

# 国家契約の仲裁条項における 裁判拒否と国内救済完了原則

湯 山 智 之\*

## 目 次

はじめに

1 問題の所在

2 仲裁条項と裁判拒否

3 仲裁条項と国内救済完了原則

結論に代えて

## はじめに

筆者はこれまで、裁判拒否の概念及び裁判拒否と国内救済完了原則との関係について検討を行ってきた。裁判拒否は、学説において有力な定義によれば、裁判所の行為に限定されず、広い意味の国家の司法機能の行使に関わる違法行為とされる<sup>1)</sup>。また、国内救済原則との関係では、裁判拒否が国際違法行為の一類型であり、国際法の実体規則すなわち一次規則に属するのに対し、国内救済完了原則は国家責任の追及の条件であり、国家責任の規則すなわち二次規則に属し、両者が同じ行為を対象とするとしても、両者は峻別されなければならない<sup>2)</sup>。

本稿では、国家と外国人が締結した契約（国家契約）中の、契約に関する紛争を仲裁で解決するとの条項（仲裁条項）の国による履行拒否における、裁判拒否と国内救済原則の問題を考察する。

---

\* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

## 1 問題の所在

(1) 国家契約（コンセッションを含む）<sup>3)</sup> は国内法上の契約とされてきた。常設国際司法裁判所のセルビア公債事件判決（1929年）による「国際法の主体としての国家の間の契約ではないすべての契約は、国内法にその基礎を有する」<sup>4)</sup> との言明がよく知られている。契約締結国（契約国）による契約の違反があっても、それは直ちに国際法違反にはならないとされてきた。

国家による国家契約の違反（破棄または国内法に基づく間接的な契約の修正を含む）が国際違法行為を構成するためには、いくつかの追加的な要素が必要であるとされてきた<sup>5)</sup>。第一は、契約の違反について裁判拒否があった場合である<sup>6)</sup>。国による契約違反の訴えに対する国内裁判所へのアクセスの拒否、訴えを審理する裁判における不正規な手続、不公正な判決の事例が想定される。第二に、国家契約の違反が恣意的または差別的なものである場合である<sup>7)</sup>。最後に、条約によって契約の遵守が義務づけられている場合である<sup>8)</sup>。ただし、この中で裁判拒否については、実質は裁判拒否それ自体が国際違法行為であって、裁判拒否によって契約違反が国際法違反に転換されるわけではないことに注意が必要である<sup>9)</sup>。

契約違反が直ちに国際責任を生じないことの理由として、外国人は国による不履行のリスク（私人間の契約でも存在するものである）を考慮に入れた上で任意で契約を締結したこと、契約違反の救済は国内裁判所で求めるべきであり、多くの国の国内法が政府の契約違反に対する救済を認めているがゆえに、不法行為の場合よりも、現地の法と裁判により救済を追及しなければならないとの要請が強いことが指摘されている<sup>10)</sup>。

このほか、契約の破棄または違反が、契約によって私人に与えられた権利の収用または国有化に相当する場合には、国際法上の収用の合法性の条件が適用され、いわゆる公益、無差別及び補償の原則に反する場合は国家

責任が生じるとされている<sup>11)</sup>。

他方で、国家契約の国による違反自体が国際法違反となり当該国の国家責任を生ぜしめるという見解もある。これは国際法上の「合意は拘束する（pacta sunt servanda）」や既得権の法理を根拠としている<sup>12)</sup>。しかし、この立場は実定法上のものとなっておらず、様々な理論的批判もある<sup>13)</sup>。

また、一定の場合には国家契約が条約または国際法上の契約となり、契約違反が直ちに国際法違反となるという「契約の国際化」が主張されている<sup>14)</sup>。その内容、条件及び効果は論者によって様々であるが、契約中に、契約の準拠法として「国際法」または「法の一般原則」が指定されている場合<sup>15)</sup>、安定化条項<sup>16)</sup>が存在する場合、仲裁条項が存在する場合<sup>17)</sup>、契約の対象が国家の経済開発に関わるものである場合などに契約が「国際化」すると主張される。

この主張の目的は、国家契約を国際法秩序に位置づけることによって、国による一方的破棄から契約を保護することにある。契約の準拠法が契約国法であれば、国内法の改廃によって国内法上は適法に契約の一方的な修正または破棄を行うことができる。しかし、国際法上の契約（または条約）と性格づけられれば、国際法優先の原則によって国家契約を当事国の国内法に優先させることができるというのが、この理論が意図するところである<sup>18)</sup>。しかし、こうした「契約の国際化」は国家実行及び学説において支持されているとはいえない<sup>19)</sup>。

ゆえに、国家契約は国内法上の契約にとどまる。もちろん、国家契約の当事者が当事者自治に基づき契約の準拠法に国際法や国際商事慣行など国家法以外の法を指定することは可能である<sup>20)</sup>。しかし、国際法の指定は契約を国際法上の契約に変質させることを意味しない<sup>21)</sup>。契約の違反が準拠法たる「国際法」に反するとされても、それは真の国際法規則の違反ではない。

したがって、一般国際法上は、国家契約の違反は一定の状況においてのみ国際法上の問題となるが、その場合でも契約当事者たる外国人に国家責

任を追及する権利が付与されるわけではなく、外国人の本国に対する契約国の国家責任が生じ、それによって本国が外交的保護権を行使できるに過ぎないと考えられる。

(2) このような国家契約には、契約の解釈適用に関する紛争を仲裁で解決するとの仲裁条項が挿入されることがある。一方で契約国の国内裁判所による解決は当該国の有利になされるおそれがあり、他方で外国人の本国による外交的保護は紛争に政治的要因を介在させる可能性及び本国の裁量により請求が提起されないおそれがあるため、仲裁が選択されるといふ<sup>22)</sup>。

仲裁条項が存在する契約を国が破棄し仲裁への付託に応じなかった場合、裁判拒否及び国内救済完了原則それぞれとの関係が問題になりうる。裁判拒否は国が在留外国人に司法的救済へのアクセスを提供する義務を含意するので、仲裁条項の実施拒否はこれに該当する余地がある。また、国内救済原則は国が放棄することができるので、仲裁を国内手続とみなして、仲裁拒否が国内救済の完了と扱われ、直ちに本国の外交的保護権の発動を許すと考える余地がある。

いくつかの裁判でこうした議論がなされた。常設国際司法裁判所に係属したロサンジェ社事件は、スイス企業である同社が1929年にユーゴスラビア政府と締結したコンセッションが同政府によって破棄された事案である。このコンセッションには仲裁条項があり、ロサンジェ社は仲裁に付託した。準拠法にはユーゴ法が指定されていたが、ユーゴは、同国の1934年法の規定——国を被告とする訴訟に対する管轄権は排他的に同国の裁判所に帰属する——が（遡及的に）適用されると主張し、仲裁人はこれを採用して仲裁を中断する裁定を下した。

スイスは、「合意は拘束する」の原則、遡及的に適用することで信義誠実の原則に反して立法権を行使した権利濫用の禁止、契約上の既得権の尊重などを根拠に、ユーゴの仲裁条項の履行義務の存在と仲裁拒否の違法性

の宣言を求めて常設国際司法裁判所に提訴したが、ユーゴは国内救済の未完了を主張した。スイスは、いかなる現実的な救済手段も存在しない場合は国内救済原則の適用はなく、また仲裁条項において契約当事者はユーゴ裁判所での訴訟を排除し仲裁人が最終的決定を行うことを意図していたと主張し<sup>23)</sup>、他方でユーゴは、その国内法体系が適切な救済手段を用意しており、仲裁条項はそれを排除するものとは解されず、ユーゴ政府と会社との関係は仲裁条項を含めてユーゴ法によって規律されると主張した<sup>24)</sup>。本事件は両国の合意により訴訟が終了したため、裁判所の判断が示されることはなかった<sup>25)</sup>。

国際司法裁判所のアングロ・イラニアン石油会社事件は、イランがその国有化法によって同社とのコンセッション契約を破棄したことに対して、英国が同契約の仲裁条項の履行、一方的破棄及び裁判拒否などの違法性の宣言、並びに賠償の裁定を求めて提訴したものである。イランは国内救済未完了を含む先決的抗弁を提起した。英国は、イランの国有化法による被害に対する救済がイラン裁判所では得られないとの救済の非実効性の例外に加えて、契約違反に対する救済手段は契約に規定された仲裁である（契約の破棄が認められるとしても法及び信義誠実の原則により破棄は仲裁条項に及ばない）がイランが契約破棄により仲裁を拒否したと主張して未完了を正当化し、また仲裁拒否が裁判拒否を構成すると主張した。また、英国は、当事者は自己の裁判官とはなりえないとの基本原則により、契約の当事者であるイランが、仲裁廷に代わって、一方的解約から生じる事項（特に補償の決定）の裁判官となることの不当性を強調した<sup>26)</sup>。イランは、それに効力を与えるところのイラン法の解釈によりコンセッションが失効したので仲裁条項も効力を失い、イラン裁判所に管轄権が移るのでそこでの救済を追及すべきこと、国内救済が完了するまでは裁判拒否も生じないので仲裁拒否による裁判拒否は成立しないことを主張した<sup>27)</sup>。裁判所はこれらの争点について判断することなく管轄権不存在の判断を下した<sup>28)</sup>。

国際司法裁判所のバイルート港湾埠頭倉庫会社及びラジオ・オリアン会

社事件は、コンセッションの下での課税免除をめぐる紛争に関して、そこに規定された仲裁の要求をレバノン政府が拒否した事案で、フランスは裁判拒否であると主張し、レバノンは、自国での国内手続がなお可能であるとして、国内救済未完了の抗弁を提起した。フランスは、仲裁条項に同意したことからレバノンは国内救済を放棄したこと、及び未完了すなわち仲裁の不実施はレバノンの拒否によるもので、同国は抗弁する立場にないことを主張して反論した<sup>29)</sup>。

このように、仲裁条項を含む国家契約の破棄は、それが裁判拒否を構成するか否か、及び仲裁条項が国内手続を排除しているがゆえに、または裁判拒否の事実のゆえに国内救済の完了を免除するか否かという問題を提起する。以下、これらの問題を検討する。

## 2 仲裁条項と裁判拒否

裁判拒否に関しては、学説では国家契約の規定する仲裁の拒否が裁判拒否に該当するとの見解が有力である。

Mann は、三つの場合を区別して論じる。第一は、単なる仲裁条項の履行拒否の場合で、国家契約の単なる不履行は国家責任を生じないが、仲裁条項の破棄は特別な性格を有する。狭義の裁判拒否は被請求国の裁判所へのアクセスの拒否を含む。仲裁条項の破棄がそれに含まれると解することは正義の要求に合致し、論理的かつ正当である。裁判拒否は主権者たる国家を前提とし、私的当事者として行為する場合は裁判拒否にならないと考えることは概念的過ぎる。第二に、アングロ・イラニアン事件のような、契約当事者たる外国人を直接対象とする特別の立法による仲裁の拒否の場合も、裁判拒否である。第三に、一般的な法律による仲裁の拒否の場合、仲裁準拠法の指定に従って法律を適用する行為は、ロサンジェ社事件でスイスが裁判拒否を主張しなかったように、裁判拒否とするのは困難であるという<sup>30)</sup>。

Schwebel は、Mann の三つの設例に沿って議論しつつ、第三の場合については見解を異にし、一般的な立法による場合でも、契約によって仲裁に合意したのであるから裁判拒否と認められるという。契約締結後の立法によって仲裁条項を破棄するのは典型的な裁判拒否であり、締結前に制定された法令であっても締結後に適用すれば裁判拒否である。さらに、仲裁条項は、それなしには外国人が契約を締結しなかったのであるから、破棄は恣意的違反として国際法に違反する。そして、契約が国内法によって規律されるものであっても、仲裁の権利の否定は補償なき取用に等しいと主張する<sup>31)</sup>。

Schwebel は、裁判拒否の概念の外延については争いがあるが、国が裁判所に対するアクセスを外国人に付与しないことが裁判拒否であることには合意があると述べ、契約が排他的救済手段として規定した仲裁を国が外国人に拒否する場合は裁判拒否に該当するという<sup>32)</sup>。

米国対外関係法第2リステートメントは、国と外国人の間の契約が仲裁条項を含んでいて、当事国が当該条項に従って紛争を付託することを拒否することは手続的裁判拒否であるとした<sup>33)</sup>。第3リステートメントも、国が外国人と締結した契約の違反または破棄について、適切なフォーラムを提供しない場合、裁判拒否による責任を負うという。それは国内裁判所に限られず、仲裁のような紛争解決のための特別のフォーラムを約束しておきながら、その約束を尊重しない場合や、下された裁定を実施しない場合は裁判拒否であるとした<sup>34)</sup>。

これに対して、Paasivirta は仲裁拒否を裁判拒否に含めることを疑問視する。仲裁は両当事者の合意に基づいているので、国家による仲裁の拒否があっても、私人の側の申立てによって仲裁が設置され裁定されることで私人の利益は保護される。実質法の問題として、裁判拒否の存在が取用の適法性（と補償額など救済の内容）に影響することはあるが、裁判拒否は国家責任の根拠であって、投資紛争を外交的保護という国家間のレベルで解決することは適切な手段とはいえないという<sup>35)</sup>。

仲裁例で、国連商取引法委員会仲裁規則に基づく Himpurna California Energy 株式会社対インドネシア事件中間裁定 (1999年) は、申立企業が、最初のインドネシア会社との仲裁で有利な裁定を獲得した後で、インドネシア政府の保証を根拠に同国政府との仲裁手続を開始したところ、現地会社の申立てにより同国裁判所が最初の裁定の執行の停止及び政府との仲裁手続の停止を命じる差止命令を発した (さらにインドネシア側仲裁人が審理に出席しなくなった) 事例である。裁定は、差止命令について、政府がその権限に事前に合意したフォーラムにおいて当事者が救済を迫及することを妨げる国の行為は裁判拒否であると認定した<sup>36)</sup>。

裁判拒否は、「外国人の司法的保護の国際的義務の国による違反を意味する、裁判機能の組織または機能におけるあらゆる不全」<sup>37)</sup> と定義されるように、国自身の司法機能または司法組織に関するものと理解されてきた。外国人との合意によって設置される仲裁廷は国の機関ではないので、定義上は裁判拒否にあてはまらない。

しかし、裁判拒否の基礎にある外国人の司法的保護の義務に照らして、国が自らの機能を外部の機関に委ねたがゆえに当該義務を免れると考えることは合理的ではない。裁判拒否との関係での国の司法的機能は、国内法上の司法機関に限定されるものではなく、国際法によって、機関を問わず、実質的機能によって定義される<sup>38)</sup>。国が締結した契約において外国人との紛争の解決のために合意した手続を尊重しないことは、裁判拒否に含まれると考えるべきであろう。また、アングロ・イラニアン事件での英国の主張にもあるように、国が契約締結によって自らを一方の当事者の立場に置いた以上、契約に関する問題について第三者である仲裁を排除して判断すべきではないことも考慮される。

もっとも、仲裁廷による不正規な手続や法の適用過誤などの「裁判拒否」の行為は、契約国に帰属しない限りその国際責任を生ぜしめない<sup>39)</sup>。しかし、国自身が仲裁廷による紛争の解決を妨げる行為は裁判拒否である。



具体的な行為として、Mann は、立法による仲裁の禁止のほかに、国が仲裁人を選任しない、選任された仲裁人に要求して辞任させる、代わりの仲裁人を選任しないといった例を挙げる<sup>40)</sup>。Schwebel は、仲裁付託義務は「行為の義務」であって、仲裁人を辞任させるなら、人数の揃わない仲裁廷が裁定を下す権限を有する場合でも、あるいは第三者が補充の仲裁人を選任する規定がある場合でも、裁判拒否に該当すると述べ<sup>41)</sup>、Himpurna 社事件のように、契約国の裁判所が外国人に対して仲裁付託を差し止める命令を発することも裁判拒否であるという<sup>42)</sup>。

しかし、国の仲裁の拒否は、実質的な拒否や妨害に相当するものでなければならぬであろう。例えば、国が仲裁人の選任を拒否しても、第三者が代わって選任する制度がある、または国側の仲裁人が欠けたままでも裁定を下す権限が認められている場合、及び国が出廷を拒否しても審理ができる場合は裁判拒否とはならないと考えるのが合理的である<sup>43)</sup>。

仲裁条項の破棄がそれ自体裁判拒否に該当する否か<sup>44)</sup>、あるいは立法による仲裁の拒否がそれ自体で裁判拒否を構成するかは当該立法の目的を含む各事案の個別事情に照らして考えるべきであるが、仲裁設置の申出が国によって拒否され、それによって仲裁手続が開始できない場合にはじめて裁判拒否が発生したといえるのではないだろうか<sup>45)</sup>。また、国内裁判所の判決の執行拒否が裁判拒否に該当するように、仲裁廷の下した裁定を契約国が実施しないことも裁判拒否に含まれる<sup>46)</sup>。

なお、ここで問題となる仲裁廷は、国際的仲裁であるか否かを問わず、また契約国の裁判所に対して排他的な管轄権を持つものである必要もないと考えられる。国が外国人の司法的保護の義務の射程を任意で仲裁に拡張したのであるから、仲裁廷の性格を問わず裁判拒否に該当すると考えるべきであろう<sup>47)</sup>。

なお、上記の結論は、「契約の国際化」の議論とは区別されなければならない。仲裁条項の不履行に国家責任が発生する結果になるが、それは仲裁条項によって裁判拒否の射程が拡大されたことによるものであって、契

約が国際化したからではない。仲裁条項の違反がそれ自体として恣意的な違反を構成するわけでもない。また、裁判拒否があれば契約違反に国際責任が生じるとの命題が正確でないことは先に述べたが、この場合は両者が一致した例外的な状況ということができよう。

### 3 仲裁条項と国内救済完了原則

国内救済完了原則については、仲裁条項を有する国家契約が破棄された場合、国内救済の完了は不要であるとの見解がある。

Schwebel 及び Wetter は、国家契約において当該契約に関する紛争を排他的な救済手段としての仲裁で解決することを合意した場合、外国人は他のいかなる救済手段も完了する必要はないと主張する。彼らは、本稿 1 章(2)で参照された裁判における、仲裁条項は他の救済手続を排除しているとの当事国の主張を実行として参照する。

彼らは、世界銀行理事会の投資紛争解決条約の草案に付された報告書(1965年)の立場——国と投資家が仲裁の援用に同意し、他の救済の援用を留保せず事前の国内救済完了を要求しない場合は、当事者の意図は他の救済を排除することにあると推定される<sup>48)</sup>——を支持しつつ、決定的なのは準拠法が契約国法であるか否かであるという。準拠法が契約国法以外の法である場合、仲裁が完了すべき唯一の救済手段である。準拠法が契約国法である場合は、当該国が仲裁に応じない場合の仲裁義務の実施、または下された仲裁裁定の執行もしくは解釈のために、外国人は契約当事国の国内手続を完了しなければならないという<sup>49)</sup>。

Schwebel は後の論文で、投資紛争解決センター (ICSID) の対象となる、締約国と他の締約国の投資家との仲裁付託の合意は、別段の定めがない限り、他のいかなる救済手段をも排除しているとみなされると規定する投資紛争解決条約26条を慣習法の傾向を反映するものとして援用している<sup>50)</sup>。

さらに、Schwebel は、仲裁条項の破棄に国内救済原則が適用されない三つの理由を挙げている。第一に、仲裁義務が国連国際法委員会（ILC）の国家責任条文草案（第1読）の義務の分類論での「行為の義務」に該当するという。第1読草案は、国内救済原則が「結果の義務」の違反に適用されるとしている。仲裁拒否は恣意的な契約の違反として国家責任が生じるが、国内救済原則の適用の余地はない。仲裁拒否による裁判拒否の責任についてもそうであるという。

第二に、国内救済原則は国と私人との合意によって放棄されることが認められており、国が私人との契約において排他的な紛争解決手段として仲裁に合意した場合は、国内手続を排除したものと解されるという。

第三に、仲裁の拒否に対して、国に仲裁に応じることを義務づける司法的または行政的救済手段は存在しないので、国内救済手段の非実効性という国内救済原則の例外に該当するという。特に契約締結後の立法によって仲裁を拒否した場合、その法令を争う手段は通常存在しない。重要なのは、仲裁に代わって賠償を裁定する国内手段の有無ではなく、仲裁拒否の違法行為を救済する手段の有無であるという<sup>51)</sup>。

他方で否定的な見解もある。Mann は、国家契約の仲裁合意が国内手続を排除していること、及び契約当事国による仲裁廷設置への協力の拒否が裁判拒否であることを認めるが、国内救済手段が利用可能である限り、私人はそれを完了しなければならないという。また、国内救済原則の放棄は被請求国から請求国になされるもので、私人との合意によって放棄することはできない。さらに、仲裁条項は放棄を含意していないし、被請求国法以外の法を準拠法に指定した事実からも放棄は推論されえない。この原則は被請求国の提供する国内救済を対象としているので、契約で合意した手続で代替することはできない。なぜなら、同原則の趣旨は、被請求国の裁判所が外国人の被害を回復することで紛争の平和的解決に資することにあるからである。同原則の例外は外国人が被請求国との真正の関係を欠く場合だけである。この点は仲裁裁定の履行の拒否についても同様であるとい

う<sup>52)</sup>。

Amerasinghe の見解は次のようなものである。仲裁条項は国内裁判を排除することを意図したとみるのが合理的であり、仲裁例でも支持されている。黙示の放棄の意義は紛争解決手段の代替であるから、トランスナショナルな仲裁であっても国内救済の代替とみなされうる。契約違反が他の要素の介在により国際法違反となる場合、仲裁条項が国内救済原則の黙示の放棄とみなされうるという。

しかし、彼は放棄の範囲は部分的であるという。仲裁条項があっても、仲裁拒否の場合の仲裁義務の履行のため、または裁定が下された場合の外国人に有利な仲裁裁定の執行、もしくは外国人に不利な裁定の取消しのため、国内救済の完了が求められる。黙示の放棄は、契約が契約当事国法以外の法を準拠法に指定したことや、裁定の執行が契約当事国の領域外でなされるがゆえに当該国が執行の手段を欠いていることから推論されえない。仲裁の拒否は裁判拒否に該当するがそれ自体、国内救済原則の例外事由ではない。また、同原則の適用があるのは、国際法違反があった後になされる手続であって、それ自体国際法違反ではない契約違反（仲裁拒否を除く）に対する仲裁手続は同原則の対象とならない。また、投資紛争解決条約なども仲裁合意を黙示の放棄とみなすが、放棄の範囲は不明確で、慣習法に委ねられるという<sup>53)</sup>。

Sornarajah は、二国間投資保護条約における投資家と投資受入国の間の仲裁についてであるが、排除する明文の規定がない限り国内救済原則は適用されると主張する。彼は ELSI 事件判決（1989年）における、国際司法裁判所の「裁判部は、そうする意図を明確にしたいかなる文言もない場合、慣習国際法の重要な原則〔国内救済原則〕が黙示に除外されたと考えられるべきであることを受け入れることはできないと認める」との判断<sup>54)</sup>を援用する。条約の規定は主権への制約が最小限になるように解釈すべきである。そこで、彼は、契約への仲裁条項の挿入だけでは除外することはできないという<sup>55)</sup>。

仲裁条項のある国家契約の破棄に対して、国内救済原則の適用は免除されるであろうか。

国内救済原則は、被請求国が放棄することができる。この場合、外国人が国内救済を完了していなくても、本国は外交的保護に訴えることができる。ILCの外交的保護条文15条(e)も、「責任があると主張されている国が、国内救済が完了されなければならないとの要件を放棄していた」場合を原則の例外としている<sup>56)</sup>。

国家が私人と締結した合意によっても放棄は可能であろうか。外交的保護条文のコメンタリーは、国内救済原則の放棄は一国と外国人との契約においても行われると述べている。また、多くの仲裁合意が明示的な放棄の条項を含んでいるとして、投資紛争解決条約26条を例に挙げる<sup>57)</sup>。国内救済原則が被請求国の利益を保護しつつ外国人の負担にも配慮するものであることを考えると、国家間の合意でなければ放棄できないとの立場は狭きに失し、私人との合意によっても放棄できると解してよいであろう<sup>58)</sup>。

しかし、国家契約の仲裁条項が放棄を含意しているか否かは別の問題である。仲裁への付託の条件としての国内救済を免除しているかどうかと、仲裁条項または他の条項の違反に起因する国際違法行為に対する、本国の外交的保護の前提条件としての国内救済が放棄されているかどうかは、論理的に区別されなければならない。国家契約で外交的保護の前提条件としての国内救済原則の放棄まで規定することはほとんどないであろう。

仲裁条項は、合意された仲裁が排他的であって、契約締結国の国内裁判その他の救済手続を排除していると解するのが妥当である。投資紛争解決条約26条前段もそうした趣旨であろうし、そもそも私人の請求は外交的保護ではないので国内救済原則の適用の必要がない<sup>59)</sup>。他方で、そのことが直ちに本国の外交的保護の条件としての国内救済を排除することまで含意しているとはいえない。一般論として、仲裁条項は国と外国人の間の紛争を外交的保護によらないで解決することを念頭に置いたもので、外交的

保護の段階まで想定しているようには思われぬ。むしろ、ELSI 事件判決が判示したように、安易に黙示の放棄を推定してはならないとも考えられる<sup>60)</sup>。

関連して、契約において契約国法以外の法が準拠法に指定されている場合に当該国の国内手続の排除が含意されているとの Schwebel の主張は正しいであろうか。そう解される理由は説明されていないが、国は自国法以外の法の選択によって、自身の法体系の提供する救済手段が不必要であることに同意したとの前提に立っていると推測されている<sup>61)</sup>。しかし、そのような前提には無理がある。準拠法に外国法が指定されていれば、国内裁判所が当事者自治を尊重して当該法を適用することもある。契約国法以外の法を準拠法に指定するのは、国内法の変更による一方的契約修正の抑制を意図する側面が大きいであろう。

仲裁が外交的保護の前提としての国内救済であるというためには、個別の契約において仲裁が国内手続を代替して紛争を解決することが明瞭である必要がある。例えば国内での承認執行義務など、契約国の国内法体系内で裁定が終局性を持つことが明示または黙示に規定されている場合がそうである<sup>62)</sup>。さらに国際違法行為が契約違反に付随したものでなければならぬ。でなければ、契約違反の救済を求める仲裁手続が国際違法行為の救済を求める手続とみなされないからである。

一般的には上記のようにいえるが、仲裁の拒否については——それは裁判拒否という国際違法行為を構成する点で他の契約違反とは異なるが——仲裁手続が実施されていない点でも特異である。国内救済手続とみなされる、契約違反に対する仲裁手続そのものが実施されていないからである。

この場合、仲裁条項が外交的保護との関係で国内手続を排除しているかどうかの検討になる点では、他の国際法違反となる契約違反と変わらない。他方で、仲裁の不実施のままでの外交的保護を正当化するためには、救済の実効性または利用可能性の欠如という国内救済原則の例外に該当することの論証が必要になる。仲裁の拒否の場合にも契約が国内手続を排除

して、仲裁を紛争の最終的な解決手段と位置づけていると解されない限り、国内手続で仲裁義務履行を求める必要があるとされる余地がある。

また、1章(2)で参照した裁判では、裁判拒否であるがゆえに国内救済原則の例外であることも示唆された。しかし、別稿でも論じたように、裁判拒否と国内救済原則の非実効性の例外は峻別すべきものである<sup>63)</sup>。過去の国際違法行為の事実と救済が得られる将来の見込みは区別して判断されるべきである。裁判拒否があった事実は当然に国内救済の完了を免除するわけではない。裁判拒否に対しても実効的かつ利用可能な救済手段が存在する限り完了しなければならないと考えられる。

## 結論に代えて

本稿では、国家と私人の契約の仲裁条項における裁判拒否と国内救済完了原則の問題を検討した。国家契約は国内法上の契約であって、国による違反または破棄は直ちに国際法違反とはならない。国際責任が生じるためには裁判拒否や恣意的な違反などの追加的要素が必要であるとされている。

このような法理は、伝統的な国家責任法すなわち外交的保護の法における個人の地位に対する制限的な態度の反映とみることができる。また、国際法の国内法に対する二元論的な立場がある<sup>64)</sup>。外国人が国家と締結した契約は国内法上のものにとどまり、また当該契約によって国際的な地位を付与されるわけではない。裁判拒否や収用の規則によって間接的に保護され、恣意的な違反という例外的な場合に保護されるにとどまる。

そこには、外国人は国家と任意で関係を結んだのであるから、不履行のリスクは一定程度甘受すべきであり、またその救済は契約国の裁判所で求めるべきであるという、国内救済原則のそれ<sup>65)</sup>と類似した観念がある。

他方で、国が仲裁条項の履行を拒否した場合は裁判拒否として直ちに国際責任の問題となると考えられる。それは、国の外国人の司法的保護義務

の拡張であるし、一部の先例が判示した、国家契約に関する紛争が公平な裁判所で裁定されるべきとの要請は仲裁にも妥当するからである。しかし、国内救済原則の適用はまた別の問題である。裁判拒否を直ちに救済原則の例外とみなせるわけではなく、いくつかの条件をクリアしなければならないと思われる。

前に述べた、契約の違反にかかわる裁判拒否や恣意性の問題、さらに契約の国際化は、現実には議論されることは多くはないが、それは、仲裁において契約の違反が認定されれば請求原因として十分であり、重ねて国際法違反まで認定される実益がないからであるかもしれない。また、投資の国際的保護と ICSID などによる投資家と受入国の仲裁の発達によって企業が保護を受けるようになる中で、仲裁拒否によって仲裁が設置されない事態やそれに対して本国が外交的保護を提起する機会は多くはないのかもしれない。

しかし、契約国による仲裁の拒否に起因する国際紛争が生じる可能性もある以上、今後の実行が注視されるべきであるし、本稿で検討した種類の現象は、裁判拒否と国内救済原則を考察するにおいて興味深い論点を提供しているように思われる。

- 1) 拙稿「国際法における「裁判拒否」の概念」立命館法学352号(2014年)541頁(以下「裁判拒否」)。
- 2) 拙稿「裁判拒否と国内救済完了原則との関係」立命館法学356号(2014年)306頁(以下「国内救済との関係」)。
- 3) 概要については、I. Marboe and A. Reinisch, *Contracts between States and Foreign Private Law Persons*, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), vol.2, p.758. 一般的に、当事者の一方が国または国の実体(国有企業)、他方がそれとは異なる国籍の自然人または法人(企業)である契約と定義される。また、契約の主題について、公法上のもしくは主権的権限に関わる、または経済の一分野での長期の独占的地位の付与に関わることを要するなどの議論もある。国家契約の定義と具体例については、J.O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors* (2011), p.15.
- 4) 適用法の決定は国際私法または抵触法の対象であり、原則として国内法の一部であると



いう。PCIJ Series A, no.20, p.41. 国際司法裁判所のアングロ・イラニアン石油会社事件判決もコンセッションは条約の性質を持たないと判示した。ICJ Reports 1952, p.110.

- 5) E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1927), p.284; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p.162; F.S. Dunn, *The Protection of Nationals* (1932), p.164; F.A. Mann, State Contracts and State Responsibility, *American Journal of International Law* (hereinafter *AJIL*), vol.54 (1960), p.575; C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), p.66; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), p.311; Marboe and Reinisch, *op.cit.*, p.762.

1929年の Harvard Law School の「外国人の被害に対する国家の国際責任に関する条約案」8条は、国の契約上の義務の不履行による外国人の被害は国内救済の完了を条件として責任が生じるとしたが、コメントリーでは「違法な不履行」に限られることを示唆し、裁判拒否、差別及び恣意的違反があった場合に介入した米国の実行を参照する。*AJIL*, vol.23 (1929), supplement, p.168. 1961年の Sohn 及び Baxter による「外国人への被害に対する国の国際責任に関する条約案」（以下、1961年の Harvard 草案）は、裁判拒否と恣意的または不法行為的な (tortious) 契約違反を挙げる。F.V. Garcia-Amador *et al.*, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries of Aliens* (1974), p.228.

- 6) 例えば、1930年5月3日の Martini 事件仲裁判決, *Report of International Arbitral Awards* (hereinafter *RIAA*), vol.2, p.986. 一般論として判示したものとして、米墨一般請求委員会の Texas 北米浚渫会社事件判決 (1926年), *ibid.*, vol.4, p.32; 灯台事件仲裁判決 (1956年), *ibid.*, vol.12, p.198. 契約国が契約違反に対する救済手続を提供していない場合 (Dunn, *op.cit.*, p.167) も含めてよいと思われる。

- 7) Borchard, *op.cit.*, p.284 (「はなはだしい違反 flagrant violation」ともいう); Dunn, *op.cit.*, p.167. 1961年の Harvard 草案12条1項は、国の「恣意的行動」による契約違反が国際法上違法であるとし、「恣意的行動」の決定にあたっては、違反とされる行為の時点における契約の適用法からの明白かつ差別的な逸脱、契約国の法が適用法である場合には締結時点における当該法からの明白かつ差別的な逸脱、同一の性質またはカテゴリーの国家契約に適用可能な、世界の主要法体系によって承認された原則からの非合理的な逸脱、及び国による条約の違反が関連するとした。Garcia-Amador *et al.*, *op.cit.*, p.222.

米国対外関係法第2リステートメントは、国家契約の違反が国際違法行為となるための条件として、「違反が正当化事由 (excuse) の誠実な主張のない恣意的な方法でなされた」ことを挙げ（ほかに違反時点で国の法及び実行が合理的な賠償の規定を持たないこと、並びに契約が対外通商、外国資源の利用及び領域外の行為に関わることなど）、物品の購入契約を締結した後で、より安価な物品があることを理由に受領を拒否する例を挙げる。American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States* (1962), p.575. 第3リステートメントは、国による外国人との契約の破棄または違反が、差別的であるかもしくは他の非商業的考慮に動機づけられていて、かつ補償が支払われなかった場合、または違反の請求を決定する適切なフォーラムが外国人に与えられず、かつ補償が支払われなかった場合に責任を負うとしている。*Ibid.*, *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States* (1986), vol.2, p.196.

仲裁判例では、Shufeldt 事件判決 (1930年) が、コンセッション契約が政府の命令によって取り消された事案で、政府がいかなる命令を制定しようと自由であるが、それが外国人に不正義をもたらす場合は賠償義務があると判示した。RIAA, vol.2, p.1095。米墨一般請求委員会の国際漁業会社事件判決 (1931年) は、カルボ条項の効力を認めつつ、契約解除が「恣意的行為ではなく、〔委員会の管轄権行使のためには〕契約の義務の嫌悪すべき義務の違反であって、それ自体国際法の一定の規則または原則の違反とみなされうるもの」が必要であるとし、メキシコ政府による解除は通常の契約当事者が有する権利の行使に過ぎず、政府によるすべての契約不履行が恣意的行為と推定されるものではないと判示した。Ibid., vol.4, p.699。ほかに、El Triunfo 会社事件仲裁判決 (1902年) は、政府は契約の当事者として私人と対等な立場に置かれるべきであるにもかかわらず、聴聞と公平な裁判所の手続なしに契約を恣意的に破棄したのは正義に反するとした。Ibid., vol.15, p.478。米・ベネズエラ混合請求委員会の Rudloff 事件本案判決 (1905年) は、コンセッション破棄を含む政府の一連の行為が「違法、恣意的かつ不正」であり、契約の一方的破棄には公共政策の考慮及び公平な裁判所による法に従った聴聞と決定が保障されなければならないと判示した。Ibid., vol.9, p.244。Turnbull ほか事件 (1905年) も、衡平の原則により、契約の破棄は一方の当事者によるのではなく、適切な裁判官によって判定されなければならない (相手方の不履行があっても) と判示した。Ibid., p.303。ICSID (北米自由貿易協定第11章に基づく仲裁) の Waste Management 株式会社事件裁定 (2004年) は、契約違反が「公然かつ正当化されない破棄 (outright and unjustified repudiation)」でなければならないとした。International Legal Materials (hereinafter ILM), vol.43, p.989。

恣意的な契約の違反であれば国際違法行為となとしても、何が「恣意的」にあたるかは容易に決定できる問題ではない。Mann は、契約の終了または介入を特別に意図した措置が恣意的であるとする。Mann, State Responsibility, p.575。国際連盟ハグ条約編纂会議に際して準備委員会が作成した議論の基礎 (1929年) の第 3 及び第 8 は、コンセッションまたは国家契約に由来する権利を直接に侵害する立法、及び行政権の作為または不作為の結果として生じた損害に国は責任を負う (一般的性格の立法または行政措置による侵害については状況による) とした。Reproduced at *Yearbook of International Law Commission* (hereinafter *ILC Yearbook*), 1956, vol.2, p.223。

また、ILC の国家責任条文の特別報告者 García-Amador の改訂草案10条 1 項は、契約またはコンセッションの違反が、国の公共の利益または経済的緊急事態の理由で正当化されない場合に責任が生じるとした。F.V. García-Amador, International responsibility: Sixth report, *ILC Yearbook*, 1961, vol.2, p.47。Mann も、ありうる定式として、契約の違反が締結後に制定された法令によるもので、かつそれが公共の安全、衛生、道徳または福祉一般の保護のために必要でない場合との提案をしている。Mann, State Responsibility, p.590。国家の公的目的のためのものであればあるいは一般的目的の立法であれば (契約者を対象としたものでなければ) 恣意的ではないとする見解として、Schachter, *op.cit.*, p.313; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed.(2008), p.547。

Schwebel は、違反が商業的理由によるものではなく、主権的理由 (governmental reasons) によるものを恣意的であると解する。S.M. Schwebel, *Justice in International*

*Law: Selected Writings* (1994), p.425. 第3リステートメントの「非商業的考慮」と類似するが、商業的な違反に責任を負わないとしても、主権的な違反のすべてに責任があるとするのは広範過ぎると思われる。この種の考え方は、国の政府が私人の資格で行った契約違反は当該国の裁判所の裁判権に服するが、主権者として権限を行使しての違反は免除されるとされた時代の産物であって、現状に適合しないと指摘するものとして、Amerasinghe, *State Responsibility*, p.86. また、この立場は私人は通常の契約不履行のリスクを引き受けるべきとの観念に由来すること、及び主権の行使による契約の修正がすべて違法ではなく、公益目的での主権の行使により契約を修正することは認められる（国際法も公用取用の権利を認めている）ことを指摘するものとして、G. Sacerdoti, *I contratti tra stati e stranieri nel diritto internazionale* (1972), p.358.

なお、先例では適正手続の欠如が考慮されている。その意味では裁判拒否とも重複するが、契約の破棄または変更に特に裁判手続を経る必要があるのは、国が同時に契約当事者と裁判所を兼ねることが許容されないとの観念に基づいている。 *Ibid.*, pp.344 and 351.

- 8) 二国間投資保護条約（BIT）では、いわゆるアンブレラ条項が挿入されることがある。ただし、裁定例には、同条項は国の主権的行為（governmental action）による契約違反のみを対象とするとの解釈を採用するものもある。同条項については、Voss, *op. cit.*, p. 221; 坂田雅夫「投資保護条約の傘条項が対象とする国家契約の違反行為」同志社法学58巻2号（2006年）931頁、濱本正太郎「義務遵守条項（アンブレラ条項）」小寺彰編『国際投資協定』（三省堂、2010年）137頁参照。
- 9) このことは、契約違反に関して外国人の待遇に関する他の国際最低基準の違反があった場合も同様である。Cf. Marboe and Reinisch, *op. cit.*, p.763. Sacerdoti は、裁判拒否及び差別の禁止、並びに取用に関する規則は、いずれも在留外国人の保護を目的としたものであって、直接、契約の遵守を対象としているものではなく、ゆえにこれらの規則の違反は契約の違反の有無に依存しないという。Sacerdoti, *op. cit.*, pp.330 and 355.
- 10) Borchard, *op. cit.*, p.285, Amerasinghe, *State Responsibility*, p.68.
- 11) 例えば BP 対リビア事件仲裁裁定（1973年）, *International Law Reports* (hereinafter *ILR*), vol.53, p.329. 契約違反に対する国家責任を一般的に取用に対する責任の問題として論じることは可能である。Cf. Amerasinghe, *State Responsibility*, p.100. 契約違反の恣意性の要件を公益性の欠如と解すれば取用の公益要件と類似するし、違反の差別性も同様である。また、契約違反が没収的（confiscatory）性格のものである場合に国際法違反になるとの論理（Borchard, *op. cit.*, p.292; Eagleton, *op. cit.*, p.165）も同様である。国は国家契約の破棄または修正の権利を有するが補償を支払う義務があると判示したものとして、May 事件仲裁判決（1900年）, *RIAA*, vol.15, p.72; 仏・ベネズエラ混合請求委員会の Orinoco 一般会社事件判決（1902年）, *ibid.*, vol.10, p.280; 伊・ベネズエラ混合請求委員会の Oliva 事件判決（1903年）, *ibid.*, p.609. アングロ・イラン石油会社事件で英国は、コンセッションを既得権であるとしてその取用の違法性（特定の外国人を対象としていること、イランの死活的公益の保護のために必要なものと証明されていないこと、及びハル3原則に従った補償が付与されていないこと）を主張した。 *ICJ Pleadings, Anglo-Iranian Oil co. Case*, pp.83, 93 and 101. 他方で、単なる契約の不履行と契約上の権利の取

用を区別すべきであるとするものとして、Waste Management 事件裁定, *ILM*, vol.43, p. 1001.

- 12) R. Jennings, *State Contracts in International Law*, *British Yearbook of International Law* (hereinafter *BYIL*), 1961, p.177. 国による国家契約の違反が「合意は拘束する」の原則に反し、直ちに国際責任を生じるとの見解を示すものとして、ロサンジェ社事件でのスイスの主張（後述）、アンバティエロス事件でのギリシアの主張, *ICJ Pleadings, Ambatielos Case*, p.71; ノルウェー公債事件におけるフランスの主張, *ICJ Pleadings, Case of Certain Norwegian Loans*, vol.1, p.34 and vol.2, p.61. 既得権の法理に依拠したものとして、サウジアラビア対 ARAMCO 事件仲裁裁定（1958年）, *ILR*, vol.27, p.168.
- 13) 「合意は拘束する」や既得権の法理が具体的な帰結を生まないこと、特に既得権は法的な概念ではなくその適用は恣意的な結果を生じること、契約にのみ既得権を適用しそれ以外の状況に適用しないのは不合理であることが指摘されている。Brownlie, *op. cit.*, p.548; M. Sornarajah, *The Pursuit of Nationalized Property* (1986), p.108.
- 14) El-Zein は契約の国際化の議論を、当事者の意思に基づく主観的国際化と一定の状況によるとする客観的国際化に分類する。L.L. El-Zein, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international* (2001), p.7. 主観的国際化の代表として Mann (F.A. Mann, *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, *BYIL*, 1959, p.34) が挙げられている。なお、García-Amador の改訂草案10条3項は、「契約またはコンセッションが国際法または国際的性格の原則によって規律されるときは、当該契約またはコンセッションに規定された義務の不履行の事実のみによって国は責任を負う」とした。García-Amador, *Sixth report*, pp.47 and 52.

客観的国際化については、Weil が、契約の適用法規と契約の拘束力が由来する「根本法秩序」を区別し、契約期間が長期であり、契約国の経済開発を目的とする国家契約は、その「重大性の中心」が国際法にあり、国際法を根本法秩序とし、契約が「契約の国際法」の規律を受けると主張した。P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, *Recueils des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (hereinafter *RCADI*), vol.128 (1969-III), p.97.

Texaco 対リビア事件（本案）仲裁裁定（1977年）は、第一に契約における、国際法及び法の一般原則を準拠法とする条項の存在、第二に紛争を国際的な仲裁に付託する条項の存在、第三に契約が途上国の資源や開発などの投資や技術援助をもたらす広範な目的を持ち、契約期間が長期にわたるがゆえに当事者間の協力を必要とし、対等な関係を設定するなどにより「経済開発協定」としての性質を有することの三点に依拠して、契約が国際法秩序に位置づけられるとした。*ILR*, vol.53, p.441. Texaco 事件裁定に依拠したものとして、米国仲裁協会規則による Revere Copper & Brass 株式会社対海外民間投資公社事件仲裁裁定（1978年）, *ibid.*, vol.56, p.275. Cf. ICSID 仲裁の AGIP 事件裁定（1979年）, *ILM*, vol.21, p.735. しかし、Texaco 事件裁定の立場も実行の裏付けを欠いており、その後の裁定例にも支持されていないとの指摘がなされている。D.W. Bowett, *State Contracts with Aliens*, *BYIL*, 1988, p.51; E. Paasivirta, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes* (1990), pp.81 and 100.

- 15) 準拠法に国際法あるいは法の一般原則を指定すること自体、国内法の変更による契約の一方的破棄または変更を免れることを意図している。Marboe and Reinisch, *op.cit.*, p.759.
- 16) 総称して安定化条項と呼ばれるが、不可変条項と区別される場合もある。狭義の安定化条項 (stabilization clause) は契約国の立法または行政措置による契約の修正を禁止するもので、不可変条項 (intangibility clause) は契約の修正に当事者の合意を要するとするものである。P. Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974), p.307. 契約締結時の国内法を準拠法に指定するものや立法・行政措置に限らず一般的状況の安定化を保障するものもある。Paasivirta, *op.cit.*, p.161.

広義の安定化条項の効果について、契約が国際化するとして、または国は条約と同様に私人に対してもその権利の放棄を約束できるとして、当該約束、「合意は拘束する」もしくは信義誠実の原則の違反により、または禁反言として国際法違反であるという主張がある。Weil, *Problèmes*, p.233; C. Greenwood, *State Contracts in International Law*, *BYIL*, 1982, p.63; R.B. Lillich, *The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements*, in R.B. Lillich and C.N. Brower (eds.), *International Arbitration in the 21st Century* (1994), p.100. アングロ・イラニアン事件において英国は、コンセッションの違反自体が国際法違反でないことを認めつつ、一方的終了権を放棄する旨の明示的約束のあるコンセッションの解約は信義誠実の原則に反し国際法違反であると主張した。*ICJ Pleadings, Anglo-Iranian Oil co. Case*, p.85. Texaco 事件裁定は、契約の国際化の文脈で、国内法の適用を制限する約束することも主権の行使であるとして、安定化条項の有効性を認めた。*ILR*, vol.53, p.473. 他方で、安定化条項の違反を国際法違反とする慣習法規則は存在しない、または私人に対して立法権を放棄することはできない、もしくは同条項も国内法上の契約にとどまるので一方的破棄を妨げえないといった理由により国際法違反とはならないとの主張がある。Mann, *State Responsibility*, p.587. クウェート対 AMINOIL 事件仲裁裁定（1982年）は、国有化の権利は国家の重要な権利であってその放棄は明示的なものでなければならず、安定化条項は国有化を禁止するものではなく、限定された期間でしか効力を持たないと判示した。*ILR*, vol.66, p.589. この裁定の安定化条項の解釈は、その文言に反し、同条項から逸脱する措置であればあるほど具体的に規定する必要があることになって妥当ではないなどの批判をするものとして、R. Higgins, *The Taking of Property by the State*, *RCADI*, vol.176 (1982-III), p.303. 国際法違反とはならないが、補償額の算定に当たって特別な考慮が払われ逸失利益を含む補償が付与されるとの主張もある。E. Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, *RCADI*, vol. 159 (1978-I), p.33; Schachter, *op.cit.*, p.315. 近年は安定化条項を規定する契約も少なくなり（代わって、法的条件の変更があった場合に契約の改定のため再交渉する旨の条項が増えているという）、仲裁例も同条項の効力を認めなくなっているという。Voss, *op.cit.*, p. 49. 安定化条項が契約解除を全面的に制限できないとしても、国家契約の違反の恣意性の有無の一つの要素にはなると思われる。「合意は拘束する」との原則が国家に求めるのは私人との契約を誠実に遵守することであって、事情変更による逸脱は許容されており、安定化条項も絶対的に変更不可能なものではないとするものとして、Sacerdoti, *op.cit.*, p.

370.

- 17) García-Amador は、紛争を国際的な仲裁で解決する条項のある契約は国際化し、当該条項の不履行は直ちに国家責任を生じるといふ。国内法に規律されるとすれば国による仲裁条項の一方的変更を許すことになり、それは条項の本質的目的に合致しないからであるといふ。F.V. García Amador, *International Responsibility: Fourth report, ILC Yearbook*, 1959, vol.2, p.31. 国際的仲裁に付託する条項は付託への同意にとどまり、契約を国際化させないとの指摘として、Voss, *op.cit.*, p.49.
- 18) 例えば、García-Amador, *Fourth report*, p.32; Weil, *Problèmes*, p.113; Voss, *op.cit.*, p.30. それはいわば国家契約の当事者の立場を対等にするものであるといえる。P. Mayer, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État, Journal du droit international*, vol.113 (1986), p.33. また、この立場では特別法優位の原則により契約が一般国際法上の国家の国有化の権利に優先することになる。
- 19) 契約の国際化の議論には、外交的保護の文脈で国際化を論じるものもあるが、外国人が契約違反に対する国際法上の請求権を有するとの見解もある。García Amador は、国際法主体である国家が個人に一方的に国際法上の権能と人格を承認することができ、ゆえに契約が国際化されるという。García Amador, *Fourth report*, p.32. *Texaco* 事件裁定は、契約の国際化により、契約の解釈適用に関しては私人に国際的権能が付与されるが、それは国家のそれと同等ではなく、制限された能力が付与されるにとどまるという。*ILR*, vol. 53, p.457. これに対して、単一国家の一方的付与によって私人が国際法主体性を得ることはできない(国際社会の承認が必要である)、できるとしても国家が一方的に付与した地位を一方的に撤回できないのは合理的ではないと批判されている。Sornarajah, *The Pursuit*, p.109; M. Kamto, *La notion de contrat d'état, Revue de l'arbitrage*, 2003, p.734; Voss, *op.cit.*, p.30.

ほかに、国際法は国家間の規則であって契約に適用可能な規則を持っていない、条約法を国家契約に類推することはできない、あるいは国際法の適用を認めるとしても、国際法は天然資源に対する永久主権及び国有化の権利を認めているので、国際化は一方的破棄または修正から契約を保護することを帰結しない、条約法においても事情の根本的变化による終了や強行規範(天然資源の永久主権も含まれると主張される)が存在するので契約の拘束は無制限ではない、契約が国際化されれば私人の側の違反も国際責任が生じるはずであるといった批判がある。例えば、Jiménez de Aréchaga, *op.cit.*, p.308; Sornarajah, *The Pursuit*, p.110.

後の仲裁例は、準拠法に契約国法が指定されている場合でも国際法も同国法の一部である(AMINOIL 事件裁定, *ILR*, vol.66, p.560)、もしくは同国法に編入されているとして適用される、または契約国法は国際法に合致する限りで適用されるとする(ICSID では、投資紛争解決条約42条1項第2文が準拠法指定がない場合に国際法が適用されることを明示しているが、それ以外の場合でも適用される)傾向があるといふ。Marboe and Reinisch, *op.cit.*, p.760. 契約の国際化と同じ結果が得られることになる。Lillich, *op.cit.*, p.92. また、42条1項第2文を受けた、仲裁例による契約の国際法の発展の余地があるとされる。*Ibid.*, p.10.

- 20) 万国国際法学会の決議「国と外国私人の間の合意における契約の準拠法」は国際法、法の一般原則、各国法に共通する原則などを含む準拠法選択の自由を認め、指定がない場合には原則として契約国法を適用する。*Annuaire l'Institut de droit international* (hereinafter *AIDI*), 1979, vol.2, p.193.
- 21) Schachter, *op.cit.*, p.309.
- 22) C.F. Dugan *et al.*, *Investor-State Arbitration* (2011), p.42.
- 23) *PCIJ Series C*, no.78, pp.40 and 160.
- 24) *Ibid.*, p.132.
- 25) *PCIJ Series A/B*, no. 69.
- 26) *ICJ Pleadings, Anglo-Iranian Oil co. Case*, pp.120, 365, and 554.
- 27) *Ibid.*, pp.288, 291 and 501.
- 28) *ICJ Reports 1952*, p.93.
- 29) *ICJ Pleadings, Case Concerning the Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôt de Beyrouth and the Société Radio-Orient*, pp.39, 67 and 87. コンセッションの仲裁条項実施の拒否が裁判拒否であるとの主張は、ペイルート電気会社事件でもなされた。*ICJ Pleadings, "Electricité de Beyrouth" Company Case*, p.58. どちらの事件も紛争の解決をみたため総件名簿から削除された。*ICJ Reports 1954*, p.107; *ICJ Reports 1960*, p.186.
- 30) F.A. Mann, *State Contracts and International Arbitration*, *BYIL*, vol.42 (1967), p.26. 国による裁定の不履行については、実行が乏しく実定法上は裁判拒否その他の国際法違反にはならないが、自国に不利な判決に従う多くの国の態度からみて重大な不正義であり、権利濫用であろうという。
- 31) S.M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987), p.61. 彼は別稿でも仲裁付託の権利が財産権であってその否定は取用であるという。*Ibid., Justice in International Law: Further Selected Writings* (2011), p.170. なお、ICSIDのSaipem社事件裁定（2009年）は、受入国裁判所による仲裁廷の仲裁権限の取消しが、仲裁裁定に具体化された契約上の権利の取用の効果を持つ措置であることを認めた。*ILM*, vol.48, p.1021.
- 32) いくつかの未公表の仲裁判決も参照している。Schwebel, *Further Selected Writings*, p. 202. Schwebelの見解を踏襲するものとして、J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), p.149. また、国が同意した仲裁条項を破棄するのは信義誠実の原則に反するとする。*Ibid.*, May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?, *Arbitration International*, vol.2 (1986), p.90.
- 33) *Restatement Second*, p.582.
- 34) *Restatement Third*, vol.2, pp.197 and 201.
- 35) Paasivirta, *op.cit.*, p.50. 裁判拒否の成否は法の問題であって実際の観点からのみ論じられるべきではなく、また、裁判拒否を外交的保護の文脈に限定すべきではなく、国と私人の紛争においても、他の違反がない場合に裁判拒否を請求原因とする実益はあると思われる。
- 36) *Yearbook: Commercial Arbitration* (hereinafter *YCA*), 2000, p.182. 仲裁廷は仲裁人の欠席が仲裁手続を妨げないことを確認して最終裁定を下した。*Ibid.*, p.186. 保険金支払いに

関する国内仲裁（米国仲裁協会）であるが、裁判所を含む受入国による国際仲裁付託の禁止が国際法に違反すると認定した裁定として、Bechtel Enterprises International 株式会社対海外民間投資公社事件仲裁裁定（2003年）、*World Trade and Arbitration Materials*, vol. 16, p.38.

- 37) C. de Visscher, *Le déni de justice en droit international*, *RCADI*, vol.52 (1935), p.388.
- 38) 拙稿「裁判拒否」574頁及び606頁注(180)。
- 39) C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed.(2004), p.260, n.43.
- 40) Mann, *International Arbitration*, p.26.
- 41) Schwebel, *International Arbitration*, p.71.
- 42) 裁判拒否以外に、外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（ニューヨーク条約）の違反や契約上の権利の恣意的没収などにより違法であると主張している。*Ibid.*, *Further Selected Writings*, p.170. Saipem 事件裁定は、投資家と受入国国有企業の契約に関する仲裁に対して、受入国裁判所が根拠なしに仲裁廷の非行を認定してその権限を取り消したことが、権利（仲裁監督の裁判権）の濫用及びニューヨーク条約の違反を構成すると判示した（裁判拒否は主張されなかった）。*ILM*, vol.48, p.1024.
- 43) Sacerdoti, *op.cit.*, p.352. Cf. Schwebel, *International Arbitration*, p.72. 未公表であるが、国による適当な理由のない仲裁手続の欠席がそれにより仲裁廷が裁定を下すことを拒否したとしたならば裁判拒否を構成するとした常設仲裁裁判所の裁定として、Turniff Construction 株式会社対スーダン事件裁定（1970年）、summarized at Schwebel, *International Arbitration*, p.87.
- 44) 契約が解除された場合に仲裁条項も効力を失うか否かは、個別の契約の解釈及び準拠法によるが、一般的には仲裁条項を無意味にする解釈はとられないであろう。国連商取引法委員会の仲裁規則（2010年）23条1項も国際商工会議所の仲裁規則（2012年）6条9項も契約からの仲裁条項の可分性を認める。契約の破棄にかかわらず仲裁条項は有効であると判示したものとして、ロサンジェ社対ユーゴの仲裁裁定（1935年）、annexed to the Memorial of the Swiss Government, *PCIJ series C*, no.78, p.105; LIAMCO 対リビア事件仲裁裁定（1977年）、*ILR*, vol.62, p.178. Elf Aquitaine Iran 対イラン国営石油会社事件中間裁定（1982年）は、イラン政府の契約無効の宣言により両会社間の契約の仲裁条項も失効したとの被申立会社の主張に対して、仲裁条項の自立性は国際仲裁法の一般に承認された原則であるとした。さらに、国際契約の仲裁条項を尊重する国の国際法上の義務は、国自身だけでなく国が支配する企業の締結した契約にも及び、仲裁条項は国によって一方的に破棄されえないとした。*YCA*, 1986, p.102. 契約の無効を判断する可能性が失われ、仲裁条項が内容と効果を失うことから、仲裁条項は契約の破棄または修正を意図した契約国の法秩序においても契約から分離されると主張するものとして、G. Kojanec, *The Legal Nature of Agreements Concluded by Private Entities with Foreign States*, in *Académie de droit international de La Haye. Colloque 1968: les accords de commerce international* (1969), p. 330. 契約の終了は準拠法によるが、仲裁条項の効力はその外にある法の一般原則によるものとして、Amerasinghe, *Local Remedies*, p.256. 仲裁条項を有する契約が国際化するとの見解については注(17)参照。他方で、Sucharitkul は、仲裁条項は任意のもの



で国が逸脱できるものであって、仲裁条項を逸脱できないならば国際法を上回る効力を持つことになる述べた。*Colloque 1968*, p.357. この問題については、川岸繁雄「国家契約における仲裁条項の機能」国際法外交雑誌82巻3号（1983年）6頁も参照。

- 45) この問題は、出訴権を否定する立法が裁判拒否となるためには外国人の側の具体的な提訴が必要かどうかの議論と類似する。拙稿「国内救済との関係」321頁及び343頁注(78)参照。注(7)で述べたように、契約者たる外国人を直接対象として契約を無効にする立法は、契約の恣意的な違反に該当すると解されうる。仲裁条項の破棄自体は裁判拒否に該当しない（外国人は国内救済を経ずに本国の外交的保護に頼ることができるに過ぎない）と指摘するものとして、Sacerdoti, *op.cit.*, p.352. なお、契約が破棄されても仲裁条項が有効であるなら、破棄自体は裁判拒否には該当しないと考えることも可能である。Cf. Kojanec, *op.cit.*, p.330.
- 46) 拙稿「裁判拒否」574頁参照。常設国際司法裁判所のベルギー-商事会社事件で、ベルギーは裁定執行の拒否の違法性を既得権の法理に基づけた。*PCIJ series A/B*, no.78, p.23. ほか、仲裁手続の遅延を裁判拒否に該当する行為に挙げるものとして、A. Verdross, *The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol.9 (1959), p.461. 仲裁援用の条件の一方的変更や裁定の執行拒否も裁判拒否であると述べるものとして、Sacerdoti, *op.cit.*, p.352. Waste Management 事件では、仲裁開始の際に求められた事前の手数料支払いを相手地方当局が拒否した行為（この結果、単独で手数料を支払えず会社は申立を下げた）が、仲裁の利用に負担を課すもので裁判拒否であると主張されたが、ICSID 仲裁廷は認めなかった。*ILM*, vol.43, p.993. Cf. Paulsson, *Denial of Justice*, p.207.
- 47) この点は、裁判拒否は国の司法体系の最終的な結果にのみ成立するという、終局性要件が存在するのであれば異なる。仲裁の拒否や妨害に対して国内裁判所で追及しうる救済手段がある限り、その完了までは裁判拒否は生じないことになる。終局性要件については、拙稿「国内救済との関係」323頁参照。
- 48) *ILM*, vol.4 (1955), p.532.
- 49) S.M. Schwebel and J.G. Wetter, *Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies*, *AJIL*, vol.60 (1966), p.60.
- 50) Schwebel, *Selected Writings*, p.201.
- 51) *Ibid.*, *International Arbitration*, p.115. 第一の理由で参照する、国内救済原則を義務の分類と結びつける考えは妥当なものではない。拙稿「国内救済との関係」328頁及び337頁注(32)参照。
- 52) Mann, *International Arbitration*, p.31. 1961年の Harvard 草案も、明示的に仲裁が排他的な救済手段であることが規定されている、国内救済を完了する外国人の義務は存続するという。完了を免除されるのは、被請求国法上、仲裁裁定が司法の審査の対象とならない場合、特に契約が被請求国の法律または国際協定の地位を有している場合に限られるという。Garcia-Amador *et al.*, *op.cit.*, p.264.
- 53) Amerasinghe, *Local Remedies*, p.261.

- 54) *ICJ Reports 1989*, p.42.
- 55) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed.(2010), p.219. ただし, BIT に関しては仲裁例はこのような解釈を採用していない。
- 56) Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session, UN Doc. A/61/10 (2006), p.76. 国内救済完了原則は被請求国の利益を保護するものであるから, 当該国によって放棄されうるものであると説明する。Commentary to Article 15, para.12, *ibid.*, p.83.
- 57) Commentary to Article 15, paras.13 and 14, *ibid.*, p.84.
- 58) 拙稿「国内救済との関係」320頁参照。国の裁判権免除に関して, 国が私人との合意で免除を放棄すれば法廷地国との関係でも有効である(国連裁判権免除条約7条1項参照)ことも参考になる。また, この結論は, 私人に本国の外交的保護に訴えないことを約束させるカルボ条項の扱いは逆の結果になる。国内救済原則は外国人の利害も考慮する制度であるから, 外国人に付与した待遇が有利か不利かで結論が異なるのは正当化されると考えられる。
- 59) 他の裁判所の手続が排除されていると判示したのとして, LIAMCO 事件裁定, *ILR*, vol.6, p.179. 国内救済原則は外交的保護の行使による国の請求に適用されるもので, 契約の当事者からの仲裁の要求には適用されないと述べるものとして, ELF Aquitaine Iran 事件裁定, *YCA*, 1986, p.105. 万国国際法学会の決議「国, 国家企業または国の実体と外国企業との間の仲裁」8条は, 仲裁義務実施の条件としての国内救済完了は, 仲裁合意が別段の定めを規定しない限り要求されないとした。*AIDI*, 1989, vol.2, p.330. 近年の投資仲裁の傾向については, S.P. Subedi, *International Investment Law*, 2nd ed.(2012), pp.93 and 130.
- 60) この点に関連して, 川岸・前掲論文14頁参照。なお, 仲裁付託にあたって外国人が国内救済の完了が義務づけられている場合は, 外国人の負担の合理性からいって, 外交的保護の条件として再び国内救済の完了を要しないと考えることができよう。
- 61) Amerasinghe, *Local Remedies*, p.261. バイルート電気会社事件でフランスはこのような主張を行った。*ICJ Pleadings, "Electricité de Beyrouth" Company Case*, p.291.
- 62) 投資紛争解決条約54条は, 締約国に ICSID 仲裁の裁定を自国の裁判所の確定判決とみなして金銭上の義務を執行する義務を課している。
- 63) 拙稿「国内救済との関係」317頁。
- 64) 契約の国際的保護の主張は, 契約を国際法の規律の下に置くもので一元論的立場に立つのに対し, それに反対する立場は二元論的立場に立つとみるものとして, A.F.M. Maniruzzaman, State Contracts in Contemporary International Law, *European Journal of International Law*, vol.12 (2001), p.309. Sacerdoti は, 契約に関する国際法規範(裁判拒否の禁止など)は直接, 契約遵守を目的としていないので, 国内法から自立して評価するもので, 準拠法上の合法違法は国際法上の違法性と無関係であるという。Sacerdoti, *op. cit.*, p.329.
- 65) 拙稿「国内救済との関係」309頁。