

コンセッションと国有化（二・完）

——コンセッションの一方的破棄と国家の国際責任についての一考察——

川 岸 繁 雄

- 一 問題の所在
- 二 コンセッションの破棄と制限条項
 - (一) 一方的破棄と国際責任
 - (二) 制限条項と国有化（以上第八卷第二・三号）
- 三 コンセッションの破棄と仲裁条項（以下本号）
 - (一) 仲裁条項と国内的救済
 - (二) 仲裁拒否と裁判拒否
- 四 若干の考察

三 コンセッションの破棄と仲裁条項

すでにみたように、学者によっては、国家と外国人との契約関係について国際法ないし法の一般原則をその契約準拠法とし国内法の適用を排除するといういわゆる実体法の国際化 (internationalization) によって、当事者間の契約関係が直接国際法秩序に帰属させられ、すべての契約不履行がその事実において (ipso facto) 国際違法行為を構成し他方の契約当事者たる外国人の国籍の属する国家に対して直接国際責任を発生させるとされた。そして、多くのコンセッション協定にみられるように、国家と外国人との契約関係を国内法秩序から排除するもう一つの手段として、さらに、契約において国内法上の通例の仲裁手続に代る仲裁裁判 (arbitration) が契約上の紛争の直接的解決手段として規定される仲裁条項 (arbitration clause : clause compromissoire) があげられる。⁽¹⁾ つまり、国家的実行においてかゝる契約の解釈・適用に関して当事者間に将来発生する紛争の解決にあたって準拠せられる制度、方法、手続が国家と外国人との間に直接合意される。その場合、通例の国内法上の仲裁手続では紛争解決が純粹に国内的基礎においてなされるように、その目的が仲裁機関の構成ならびに適用される法上紛争解決を国内裁判管轄権内にとどめることにあるのに反して、仲裁裁判所の構成、法廷地、適用される法を基準としてあらゆる面において国際的とされる仲裁裁判にあつては国内裁判管轄権が排除されるといわれる。⁽²⁾ そして、かゝる両者の基本的相違から、特に後者は、国家間の紛争を国家の選定する裁判官によって解決することを目的とする国際法上の仲裁裁判とは異なるが、一種の国際仲裁裁判 (international arbitration) ないし準国際仲裁裁判 (quasi-intern-

ational arbitration) である⁽³⁾とされる。かくしてこの手続的国際化 (internationalisation procédurale) は原則として先の実体的国際化 (internationalisation matérielle) と区別されるが、かゝる仲裁条項の挿入が明示的ないし黙示的に法の一般原則への付託と契約を国際化することの当事者の明白な意思であるとされる⁽⁴⁾ように、かかる仲裁裁判への紛争付託はその本案に国内法を適用しないという当事者の意思の表明とみなされる。したがってこれら二つの国際化プロセスは実際的には表裏の関係にあるとされる⁽⁵⁾。そして、かゝる国際化によって当事者間の関係において、契約不履行が国際的機関により国内法以外の標準に則して確定され、かつ他の契約当事者に対する国家の責任を発生させる。その結果かゝる不履行が国内法上合法とされる場合においても国家は他の契約当事者に対し責任を負わなければならないとされる⁽⁶⁾。

このような国家と外国人との間の紛争の仲裁解決はそれ自体新しくない⁽⁷⁾が、契約上の具体的な紛争を仲裁裁判に付託するために当事者間に特別に合意される仲裁協定 (arbitration agreement) を含め、契約当事者たる国家の通例の国内裁判所に代る裁判管轄権への紛争付託が基本的な保証を構成する⁽⁸⁾とされるように、かゝる仲裁条項の挿入は多くのコンセッション協定の履行にとって必要な保証として慣行上一般化しており、コンセッション協定に共通な一つの法的特徴であるとさえいわれる⁽⁹⁾。このようにして、仲裁条項が国家と外国人との契約上の紛争解決手段として契約中に挿入される理由として、かゝる仲裁裁判の低廉、迅速ならびに柔軟性などがあげられるが、さらに、コンセッション協定の履行上中立ないし中立・公平な裁判管轄権への紛争付託が重要な保証とされる⁽¹⁰⁾ように、国内裁判所の不公平、偏見、腐敗ならびに行政、立法機関の不当な圧力があげられる⁽¹¹⁾。しかし、国家と外国人との契約

に規定される仲裁条項の主たる目的はなによりも一方の契約当事者たる国家の国内裁判管轄権から契約上の紛争を排除するということにあるとされる。⁽¹²⁾ 換言すれば、通例、かゝる国家契約に関する裁判管轄権は国家の国内裁判所にあるが、かゝる仲裁裁判を国家と外国人との契約関係における排他的な紛争解決手段として規定することによって、国内裁判所への紛争の付託を回避することが可能となる。⁽¹³⁾ この点、ロザンジュ会社事件において、スイス政府は仲裁条項の目的が当事者間の将来の紛争をユーゴ国内裁判管轄権から排除 (soustraire) することにあり、したがって契約中に規定された仲裁裁判所が当事者間の紛争について終局的かつ拘束力ある決定をなす権限を有すると主張した。⁽¹⁴⁾ こうして、学者によっては、国家が外国人との契約において国際的解決手段に直接合意するという単なる事実は、少なくとも当事者間の関係において国内法上の裁判管轄権を自動的に (automatically) 排除するとされる。⁽¹⁵⁾ しかし、かゝる仲裁裁判は国内裁判管轄権に関する国家の主権を侵害するものとして、最近の国家的実行においてかならずしも一般的に受け入れられない傾向にあるといわなければならない。⁽¹⁶⁾ そして、そこでは国家契約について外国人との間に発生する紛争はもっぱら (exclusively) 国内裁判管轄権に服するとされ、仲裁裁判が紛争の特別な解決手段として例外的に認められる場合においても、かゝる仲裁裁判は本質的に国内事項であり、適用される法も基本的に一方の契約当事者たる国家の国内法であるとされる。⁽¹⁷⁾

一般国際法上、それではこの仲裁条項はいかなる法的意義を有するとされるか。かゝる仲裁条項は当事者間の将来の紛争を仲裁裁判に付託し、通例の裁判手続をへないで仲裁裁定を誠実に執行することを義務づけ、国家契約の基柢をなす経済構造の変革に対する一定の立法的安定性 (stabilité législative) を外国人に保証するとされるが、⁽¹⁸⁾

かならずしも万能ではない。国家が外国人との契約上の紛争解決手段として仲裁裁判に付託することに直接合意しても、仲裁裁判が事後において国内法上制度的に不可能とされたり、国家が仲裁条項に違反して仲裁裁判への紛争付託を拒絶したり、さらにかゝる仲裁裁判に応じたとしても仲裁裁定を執行しないといった場合、多くの複雑かつ困難な問題が提起されうる。つまり、アングロ・イラニアン石油会社事件において、英国政府がその主要申立として、コンセッション協約第二十二条の規定にもとづきアングロ・イラニアン石油会社との紛争を仲裁裁判に付託し、かゝる仲裁裁判の結果としてくだされる仲裁裁定を受諾かつ履行する義務のあることを宣言する旨請求した¹⁹⁾ように、一般国際法上国家はかゝる仲裁条項に拘束され、仲裁裁判への紛争付託を義務づけられるか。そして、国家が仲裁裁判への紛争付託を拒絶した場合、それが一般国際法上の裁判拒否 (denial of justice) として国際違法行為による国家の国際責任を発生させるか。換言すれば、一般国際法上、かゝる仲裁条項の履行拒絶が裁判拒否とみなされ、他の契約当事者たる外国人の国籍の属する国家が国際責任の諸原則を援用して自国民を保護する権利を有するとされるか否か。さらに、国家がかゝる仲裁条項によって契約中に特別に規定された救済を拒否した場合、他の契約当事者たる外国人は、裁判拒否を主張する以前において当該国家において利用しうる他の国内的救済の完了を免除されるか。あるいは、国家がその収用権限の行使としてコンセッションを破棄した場合においても、コンセッション協定に規定された仲裁裁判による救済手段が唯一適正な救済 (sole proper remedy) であることみなされるか否か。²⁰⁾

学説上、一部において、コンセッション協定のエキリブルにおける仲裁条項の特殊な重要性を理由として、国家

が契約中に規定された仲裁手続への紛争付託を拒絶したり、仲裁裁定の執行を拒絶することが一般国際法上の裁判拒否に同質化される⁽²¹⁾。たとえば、先に述べたように、かゝる仲裁条項によって当事者間のすべての紛争が契約中に規定された仲裁裁判によって解決され、その裁定が国際法原則に基礎づけられ、かくして契約を一方の契約当事者たる国家の国内法の領域から完全に排除することが当事者の意思であるという、この特別の重要性から、通例の救済に代る仲裁条項の拒否が単に悪意の付加的行為 (additional act of bad faith) であるにとどまらず、付加的な国際不法行為 (additional international tort) としての極端な裁判拒否を構成するとされる⁽²²⁾。さらに、また、契約義務一般に関する立場がどうであれ、国際法上裁判所への出訴権の拒絶が伝統的に国際責任の特別重要な事例とされているように、仲裁条項の破棄が当事者の合意しかつ裁判管轄権を有する唯一の裁判所への出訴権の拒否を合意するとして、国家と外国人との契約の単なる違反ないし不履行がかならずしも国際責任に関する国際法原則上の違法行為を構成しないということから、仲裁条項の破棄がそれ自体裁判拒否とみなされないと結論することはできないとされる。そして、かゝる仲裁条項を破棄する国家が裁判拒否としての国際違法行為の責任を負わなければならない⁽²³⁾とされるように、国家が仲裁裁判への紛争付託義務に違反してコンセンションを破棄することはそれ自体違法行為を構成し、他の契約当事者たる外国人の国籍の属する国家が干渉する権利を有するという命題を支持するかなりの権威が学説上存在し⁽²⁴⁾、さらに判例法上論理的にも、国家が外国人との契約のもとに発生する紛争を仲裁裁判に付託する旨合意し、かゝる仲裁合意にしたがうことを拒絶する場合、それ自体国際法違反としての裁判拒否が発生するという見解は支持されうるとされる⁽²⁵⁾。

一般的にいつて、国家的実行ならびに国際判例において外国人との契約上の国家義務の単なる不履行がかならずしもそれ自体国家の国際責任を発生させないとされ、学説上も通説としてかゝる不履行が国際法違反の作為または不作為をともなう場合にのみ国際責任を発生させるとされた。⁽²⁶⁾そこでは国家と外国人との間の契約の準拠法が当該国家の国内法であるとされることの結果、国家が裁判拒否のように契約違反とは別個の、少なくとも形式的に独立した国際違法行為をおこなった場合にのみ、国際法上の救済が存在するということが推定された。したがって、国家契約の違反ないし不履行の申立について国内的救済が重要な要件として利用しうるかぎりにおいて完了されなければならぬことになる。そして、かゝる国内的救済の利用が結果として裁判拒否になる場合、国際法上の救済が存在するという事に一般的合意が存在するとされる。⁽²⁷⁾このようにして、国家が外国人との契約に違反し、それに関する実効的な司法的救済を与えない場合、契約違反がそれ自体国際法違反を構成しないという伝統的立場においても国家の国際責任が発生するとされる。⁽²⁸⁾たとえば、国家が立法行為によって一方的に外国人との契約を変更ないし取消す場合、国家の当該立法行為に対する国内的な司法的救済 (local judicial remedy) が存在しない。したがって、国家が外国人に対して契約の破棄ないしその申立の決定のための真正な司法的手続への実効的な訴を拒否する場合、裁判拒否としての国際法違反が存在するという事について学説上合意が存在するといわれる。しかし、かゝる一般的合意から、学者によっては、国家が少なくとも立法措置によって契約を違反する場合、原則としてかゝる国家の立法行為に対する実効的な国内法上の提訴が存在しないということから、国家が外国人との契約の約定に違反する法律を制定する場合、一般国際法上それ自体国際違法行為を構成し、かゝる国際違法行為が裁判拒否で

あるとされうるといわれる。⁽²⁹⁾このように、国家が契約違反に対する実効的救済を与えないことが国際法違反としての裁判拒否を構成するが、学者によっては、その場合の違法性が国家による契約違反それ自体ではなくかゝる契約違反に対する実効的な提訴を認めないということにあるという伝統的立場における区別が理論的に問題であるが、実行において国家の専断・恣意的な契約違反が国際法に違反するという同一の結果になるとされる。⁽³⁰⁾

アングロ・イラニアン石油会社事件において、英国政府はその代替的申立として、イラン石油国有化法がコンセッション協約の違反に関する排他的な救済として当該協約中に規定された仲裁裁判所を排除しており、イラン政府によるかゝる仲裁裁判所への提訴の拒絶が裁判拒否を構成すると同時に、国有化措置が国内裁判所ないし協約中に規定された仲裁裁判所への提訴を認めない立法またはその他の行為から結果する場合、国家の国際責任が直接的に発生する、と主張した。英国政府によれば、イランの石油国有化法が国内裁判所ないしコンセッション協約中に規定された仲裁裁判所に当該立法の施行に関するいかなる提訴も認めておらず、イラン政府の直接の国際責任は国内的救済が存在しないという事実から発生する。そして、国際裁判の実行上確立した原則として国内的救済が存在しない場合に国内的救済原則が適用されえないということから、イラン政府の国際責任が利用しうる国内的救済の事前の完了に依拠しないと主張された。⁽³¹⁾しかし、イラン政府はその先決的抗弁において、裁判拒否が国内的救済の事前の完了後においてのみ発生するという立場から、コンセッション協約第二十二条に則して仲裁裁判に応じないことがそれ自体裁判拒否を構成するという英国政府の主張を争った。イラン政府の主張によれば、かゝる仲裁条項は国有化法の結果消滅し、仲裁条項の適用不可能性が帰するところイラン国内裁判管轄権への権能の移送となり、し

たがって裁判拒否が存在しないといわれる。(28) その上で、以下にの裁判拒否について検討を加えることとする。

- (1) Weil, Prosper, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, Recueil d. C., 1969, III, p. 156; Garcia-Amador, F. V., *Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens* (Document A/CN. 4/119), Yb. Int'l L. Comm., 1959, II, p. 32.
- (2) Garcia-Amador, F. V., *Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens* (Document A/CN. 4/125), Yb. Int'l L. Comm., 1960, II, pp. 51-52.
- (3) Mann, F. A., *State Contracts and International Arbitration*, Brit. Yb. Int'l L., 1967, p. 9. Schwebel, Stephen M., *Speculations on Specific Performance of a Contract Between a State and a Foreign National, Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, 1965, p. 210. 學者によれば、国家と外国人ないし外国企業との間の仲裁裁判は国家間の国際法上の仲裁裁判と関係国家の国内法によって規律される私法上の仲裁手続との特徴を共有する特別な仲裁裁判であるとして、国際的要素から国際仲裁裁判とされるが、かかる表現は国家間ないし国際機構間におこなわれ国際法によって規律される国際仲裁裁判との混乱を招くべからざる(Cattan, Henry, *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, New York, 1967, pp. 151-152.)。
- (4) Lalive, Jean-Flavien, *Unilateral Alteration or Abrogation by Either Party to a Contract Between a State and a Foreign National, Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, 1965, p. 273. ブルンハルトによれば、仲裁機関によって適用される実体法 (substantive law) について反対の明示的ないし黙示の規定が存在しない場合、契約の解釈、適用が国内法によって規律されることが当事者の意思であるという推定があり、したがって明示の規定が存在するか国家が黙示的同意を与えたときにのみ、契約関係の実体は当該国家の国内法以外の法によって規律されうる (Garcia-Amador, F. V., *op. cit.*, p. 32.)。

- (15) Weil, Prosper, op. cit., p. 156.
- (16) Ibid., p. 157.
- (17) Cf., Cattau, Henry, op. cit., pp. 139-140, 142 ; Guldberg, Tatiana, Settlement of Disputes Between States and Nationals of Other States, 36 Yb. A. A. A., 1966, p. 101.
- (18) Bourquin, Maurice, Arbitration and Economic Development Agreements, 15 Business Lawyer, 1960, p. 867.
- (19) Lord Arnold McNair, Q. C., The Applicability of "General Principles of Law" to Contracts Between a State and a Foreign National, Proceedings, Section of Mineral and Natural Resources Law, A. B. A., 1957, pp. 170-171 ; Lalive, Jean-Flavien, Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company, 13 Int'l & Comp. L. Q., 1964, p. 991. 聯合海運「出航ロンドンマシンの被棄と仲裁条項」海外事情研究所報告 十一 一九七四年 四九頁以下參照。
- (20) Weil, Prosper, op. cit., p. 156 ; E. Jimenez de Arechaga, L'arbitrage entre les Etats et les sociétés, Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel, Paris, 1961, p. 365.
- (21) Lalive, Jean-Flavien, op. cit., p. 995. Weter, Gillis, Salient Clause in International Investment Contracts, 17 Business Lawyer, 1962, p. 974.
- (22) Kojanec, Giovanni, Problèmes de l'arbitrage entre Etats et compagnies privées étrangères, Yb. A. A. A., 1967 /68, pp. 99-100.
- (23) Cf., Claims of the Guayaquil & Quito Railway Company against Ecuador : Arbitration Proceedings, Foreign Relations of the United States, 1913, p. 492.
- (24) Affaire Losinger & Cie, S. A. (Switzerland v. Yugoslavia), C. P. J. I., 1936, Series C., No. 78, pp. 28, 39,

40. しかし、ニューヨーク政府によれば、仲裁条項のかゝる解釈は否定され、仲裁条項の目的は将来の紛争を仲裁裁判に付託するに在り、ニューヨーク国内裁判所の裁判管轄権を排除するいかなる規定も含まれないとされる (Ibid., op. cit., p. 132.)。

(21) Garcia-Amador, F. V., Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens (Document A/CN. 4/119), Yb. Int'l L. Comm., 1959, II, p. 31.

(22) Weil, Prosper, op. cit., p. 154.

(23) Kojanec, G., Recent Developments in the Law of State Contracts, Yb. World Affairs, 1970, pp. 205-206. Cf., Zakariya, Hasan S., Hague Colloquium 1968: International Trade Agreements, 1969, pp. 363-364. たゞせば、一九六三年サウジ・アラビヤ政府は原則として外国企業との契約に仲裁条項を挿入しない旨決定しており、また一九六三年ならびに一九六四年にエジプト政府とパン・アメリカン会社との間に締結された石油協定において、仲裁裁判がエジプト石油会社と当該会社との間の紛争についてのみに規定され、国家との紛争はもっぱらエジプト国内裁判所に付託される旨規定されている (Cattan, Henry, op. cit., pp. 146-147.)。

その外、石油輸出国機構 (OPEC) は一九六七加盟国の石油政策に関する決議において、加盟国の国内法上紛争解決手段として別段の規定がある場合を除き、加盟国政府と外国企業との間に生ずることのあるあらゆる紛争がもっぱら権能ある国内裁判所の裁判管轄権に服するとしている。そのことは石油協定に関する将来のすべての紛争が原則として各国の国内裁判所に付託されることを意味する (Cf., OPEC, Resolutions Adopted at the Conferences (XIII to XXVI), 1967-1971, Vol. 2, p. 15.)。

(24) Carabiber, Charles, L'évolution de l'arbitrage commercial international, Recueil d. C., 1960, I, p. 182.

(25) I. C. J., Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), p. 11.

- (20) Cf. Lissitzyn, Oliver J., Iranian Oil, Foreign Investments and the Law, 2 Foreign Affairs Reports, 1953, p. 28; Mann, F. A., op. cit., p. 27.
- (21) Weil Prosper, op. cit., p. 140.
- (22) Schwarzenberger, Georg, The Protection of British Property Abroad, 5 Current L. Prob., 1952, p. 317.
- (23) Mann, F. A., op. cit., pp. 27-28.
- (24) White, Gillian, Nationalisation of Foreign Property, London, 1961, p. 169. かくくわく フンヤミンニ中の仲裁条項の違反を含む破棄が別個の違法行為 (a separate wrong) を構成するに結論したる (Ibid., p. 179.)。
- (25) Schwebel, Stephen M., International Protection of Contractual Agreements, Proceedings Ann.Soc. Int'l L., 1959, p. 269.
- (26) Garcia-Amador, F. V., op. cit., pp. 30-31.
- (27) Jennings, R. Y., State Contracts in International Law, Brit. Yb. Int'l L. 1961, pp. 163-164.
- (28) Wadmond, Lowell C., The Sanctity of Contract Between a Sovereign and a Foreign National, Proceedings, Section of Mineral and Natural Resources Law, A. B. A., 1957, pp. 191-192. Cf., Schwebel, Stephen M., op. cit., pp. 268-269.
- (29) Wadmond, Lowell C., op. cit., p. 192.
- (30) Schwebel, Stephen M., op. cit., p. 269. 国家による契約上の義務違反となる立法は事実上その違反についての実効的な国内的救済を与えないのであるから、いずれにしても国家の専断・恣意的行為が国際法違反であるという同一の結果に及ぶ。

国家が真正な司法的申立 (genuine judicial challenge) に服さない立法ないし行政行為によって外国人利益を収用する

- 場合、そのこと自体国際法違反たる裁判拒否を構成する。事実、国家による外国人利益の侵害が実効的な司法的救済の欠如によって特徴づけられることから、国家による外国人との契約の専断・恣意的違反によって自動的に (automatically) 国際法が侵犯されることを否定する学者も、実行上、かゝる違反が国際法違反となることを認める傾向にある (Report of the Committee on Nationalization of Property, Proceedings and Committee Reports, American Branch of the International Law Association, 1957-1958, p. 73.)。
- (11) I. C. J. Pleadings, op. cit., pp. 122-123.
- (12) Ibid, pp. 290-291.

(一) 仲裁条項と国内的救済

一般国際法上、国際法違反となる状況において、外国人が国家による権利侵害を主張する場合、国家の領域権から当該国家の国内法のもとに利用されうる国内的救済によって救済をえることを要請される。⁽¹⁾つまり、外国人が領域国において国際責任を発生させる国際法違反によって権利を侵害されたと主張し、その本国に外交的保護を求める場合、国際的訴訟手続が開始される以前において、あらかじめ利用しうる国内的救済を完了するために訴訟手続をとらなければならない。⁽²⁾かゝる国内的救済原則 (Local remedies rule) は国際判例において十分に確立した慣習国際法上の原則として、他の国家において自国民の利益が国際法に反して侵害されたと主張される事件において一般的に遵守されている。⁽³⁾このように、国内的救済の完了 (exhaustion of local remedies) が国際請求の許容性 (Admissibility) の要件とされ、したがって、かゝる国内的救済が完了されていないかぎり、外交的介入によ

るいかなる国際請求も許容されえない。換言すれば、国家が事件を取上げて国際裁判所に提訴する以前に、外国人は権利侵害の責にある国家において利用しうる救済を完了していない場合、国際裁判において、被告国家は国際請求の許容性に対する先決的抗弁 (preliminary objection) として国内的救済不完了 (non-exhaustion of local remedies) を主張することができる⁽⁴⁾とされる。

では、国家と外国人が契約において両当事者間の契約上の紛争を仲裁裁判に付託する旨を合意し、かゝる仲裁裁判が排他的な救済とされる場合、かゝる仲裁条項の範囲内の紛争に關して国際請求が提出される以前に、外国人は他の救済を完了しなければならぬか。または、かゝる仲裁条項の規定にもかゝらず国家は外国人当事者が通例の国内裁判所において利用しうる司法的救済を完了しなければ国際請求が提出されえないと抗弁しうるか否か⁽⁵⁾。

従来、学説上、この国内的救済原則が国家の国際責任の存在にかゝわる実体的規範ないし条件であるか単なる手続的規範ないし要件であるか論議されているが、学者によっては、本原則のかゝる法的性質が国内的救済原則の不適用ないし放棄 (waiver) にとって決定的に重要であるとされる。つまり、国内的救済原則が手続的規範であるとされるならばかゝる原則の放棄は可能となるが、実体的規範であるとみなされる場合、国内的救済完了の要件の放棄は論理的に不可能であるといわねばならない。というのは、国内的救済への訴が国際裁判において申し立てられる国際違法行為の実体的部分 (material part) を構成し、かゝる訴がなければ、国際訴権 (right of action) と区別されるいかなる国際訴訟原因 (cause of action) も存在しないことになる。国内的救済完了の要件の放棄が許容されるとすれば、国内的救済が裁判拒否をともなって完了されるか十分な国内的救済の不在が証明されない

かぎり、国際責任を含むいかなる訴訟原因も国際裁判において示されないことになる。⁽⁷⁾そして、国家的実行において、国家と外国人との間の契約中の仲裁条項にもとづく多くの仲裁裁判において、国家が仲裁裁判の前後において他の救済が利用され、かつ完了されるべきであると主張していないということから、仲裁裁判への紛争付託義務の排他的な導入と、国家が実際にかゝる仲裁裁判に応じたという事実にもよるが、契約によって規定された仲裁裁判が排他的な救済であり、かつ完了されるべき唯一の救済であるというのが国家の見解であるとされる。そして、仲裁的救済の排他性 (exclusive character) によって国内的救済完了の国際法原則が満たされるか否かの問題について国家が仲裁裁判において取組まなかったが、国家が他の救済への可能性を取上げることなく仲裁裁判に応じたという事実は、国家がかゝる結論を承認しているということを示している⁽⁸⁾とされる。

確かに、かゝる仲裁裁判はそれ自体一般国際法上の事前の国内的救済完了を要件としない。その場合、国内的救済原則の適用の余地はまったく存在しない。というのは、一般国際法上、国内的救済原則は国家が他の国家に対して自国民の利益擁護のために外交的保護権を発動し、国際裁判所に国際請求を提出するときに作用を開始する。そのことは、原告国家の国民が被告国家の国内法上の請求の遂行に関する通例の法廷たる国内裁判所において救済がえられないことを先ず立証しないかぎり、被告国家は国際請求を申し立てられることがないことを意味する。国家が契約中の仲裁条項に則して外国人との紛争を自国領域外の特別裁判所の裁判管轄権に付託する旨合意する場合、司法裁判所であれ仲裁裁判所であれ、国家はその法廷地法 (lex fori or lex arbitri) たるその国内法体系に服する。被告国家はそこにおいて他の契約当事者たる外国人と対峙しており、国際請求を申し立てられているわけでは

ない。したがって、かゝる仲裁裁判への同意は少なくとも当事者間の関係において他のすべての救済を排除する。かくして、国家間の特別条約が存在しないかぎり、外国人との契約上の紛争を仲裁裁判に付託する旨合意した場合、国家は国内的救済が先ず完了されなければならないということを根拠として仲裁裁判を妨害することができない。換言すれば、国家はかゝる仲裁条項を無視し、国内的救済の不完了を理由として仲裁裁判を拒絶しえないとされる。⁽⁹⁾

しかし、重要な問題は国家がかゝる仲裁条項に違反して仲裁裁判への紛争付託を拒絶したり、仲裁裁判に応じたとしてもその仲裁裁定を執行しない場合である。つまり、国家が仲裁裁判に参加しないために他の契約当事者たる外国人の国籍の属する国家が裁判拒否を理由として国際請求を提出する場合、先にも述べたように、かゝる仲裁条項の存在にもかゝらず、被告国家は外国人が自国の通例の国内裁判所において利用しうる救済を完了しないかぎり国際請求を申し立てられないと抗弁しうるか否かということである。この点、⁽¹⁰⁾ 国家と外国人との契約中の仲裁裁判への紛争付託合意の効果について明確な権威が存在しないとされるように、⁽¹⁰⁾ 国家的実行ならびに学説上、見解は対立しかならずしも一致していない。たとえば、ロザンジェ会社事件において、スイス政府は、契約中に仲裁条項を挿入することによって当事者がその自由意思にもとづいて当事者間の紛争解決に関して国内的訴訟手続の適用可能性を排除しているとして、仲裁裁判官の裁定に終局性 (caractère définitif) を付与する旨を承諾することに⁽¹¹⁾ よって紛争を他のユーゴ国内裁判所に付託することを放棄している、と主張した。そして、さらに、バイルルート港灣会社事件 (Affaire de la Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts du Beyrouth et de la So-

ciété Radio-Orient) において、フランス政府も、仲裁条項によってすべての訴が排除され、仲裁裁判官が終局的に決定をなす権利を有することから、契約当事者の意思が紛争をすべてのレバノン国内裁判所から排除することにありと主張した。フランス政府によれば、かゝる仲裁手段の選択が結果的にはその対象となる紛争をすべてのレバノン国内裁判所から終局的に排除することになり、レバノン政府は港湾会社に対して自国の国内裁判所に提訴することを要請することをあらかじめ放棄している。つまり、仲裁裁判への提訴は紛争をレバノンの国内裁判所の裁判管轄権から排除するという効果を有することになる。⁽¹²⁾

学説上も、学者によって、仲裁裁判が排他的救済であるとして仲裁条項が国内的救済原則の要件を満たすとされるが、国家が仲裁裁判に合意するという単なる事実がそれ自体国家が国内的救済原則を放棄するという事に合意するとされるように、⁽¹³⁾ 国際法上の一般原則としての国内的救済完了原則の不適用の主たる理由は被告国家による黙示的放棄である。つまり、国際法上、国家は国内的救済原則により外国人に非政治的基礎において請求の公正な決定手段を与える機会を有しており、かゝる国内的救済原則がもつばら国家のためのものであるということから、国家がその意思の表明によってこの国内的救済原則を放棄することができる。⁽¹⁴⁾ このように、国内的救済原則の不適用が究極的に契約当事者の意思によるとされるが、仲裁条項は当事者間の紛争が仲裁裁判によって終局的かつ拘束力あるものとして決定されることの国家による承認を具現化しており、そのことによって国家は国内的救済原則の要件を暗黙に (implicity) 放棄しているとされる。⁽¹⁵⁾ したがって、国家がかゝる仲裁条項に違反して仲裁裁判に依らない場合、契約の他の当事者たる外国人の国籍の属する国家は国内的救済原則と関係なく国際請求を提出するこ

とができる。⁽¹⁶⁾そして、この放棄は国家が外国人との契約上の紛争について自らの行為に関する裁判に参与しないと
いう原則を承認している多くの国際仲裁裁定の論拠と矛盾することがないのみならず、⁽¹⁷⁾国家がかかる仲裁裁判への
紛争付託義務を承認し、国内的救済原則を援用しないと示す実行が増大しているとされる。⁽¹⁸⁾しかし、こ
れに対して反対の立場からは、国家と外国人との間に契約上の紛争解決手段として仲裁裁判が選択されるという事
実から、少なくとも仲裁裁定が下されるまで紛争の本案を国内裁判所の裁判管轄権から排除することが意図される
と結論せられるか否かは別として、仲裁条項が存在する場合においても、国際請求が国際裁判所に提出される以前
においてか仲裁裁判後においてか国内的救済への訴が要請せられるということとそのことは矛盾しない。つまり、
紛争解決手段としての仲裁裁判の選択は、国家がかかる仲裁裁判への紛争付託を拒絶する場合ないし仲裁裁定を執
行しない場合、仲裁付託義務の履行または仲裁裁定の解釈・執行を確保するために外国人が利用しうる国内的救済
を完了することを要請せられるという可能性を排除するものではない。そして、かかる目的において、国内的救済
完了の必要性がないかどうかは国内的救済原則の不適用に関する例外によるものであり、黙示的放棄 (implied
waiver) とは無関係である。したがって、外国人はその種の国内的救済が利用しうるかぎりにおいてそれを完了し
なければならぬとされる。⁽¹⁹⁾この点、一般的な仲裁裁判条約の場合における国内的救済原則の適用可能性について
も、かゝる一般的な仲裁裁判条約が自動的に国内的救済原則の適用を放棄するか否かについて仲裁裁定がしばしば矛
盾しているが、ほとんどの仲裁裁定はかかる放棄を否定している。したがって、反対のことが証明されないかぎり、
国内的救済原則の不適用はそのことから推定されえないといわれるように、⁽²⁰⁾国家間の仲裁裁判協定の締結がすべて

の国内的救済を完了すべきであるという請求の放棄を含意しないということは確立した原則であるとされる。その結果、かゝる放棄は原告国家に通告されなにかぎり、外国人との契約上の取決めから引き出されえないし、特に、仲裁条項がそれ自体かゝる放棄を含意しないとされる。⁽²¹⁾

しかしながら、また他方、かゝる仲裁条項の性質、つまり仲裁手続が国家の国内法以外の法によって規律されるということから、国家が自国の法体系によって提供される救済への訴が必要でないということに合意しているという理由で、国内的救済原則の不適用が主張される。⁽²²⁾ この見解によれば、国家と外国人が契約において当事者間の紛争解決手段として第三者の法廷を規定し、契約違反の裁判準則として国内法が特に指定されない場合、国内的救済原則は適用されえない。つまり、かゝる仲裁条項が国内的救済の免除に対する合意を含意すると結論される結果、⁽²³⁾ 仲裁裁判が契約の一方当事者たる国家の国内法によって規律されない場合、当該国家がいかなる国内的救済も完了されることを主張しえず、仲裁裁判が外国人当事者の完了すべき唯一の救済であるとされる。⁽²⁴⁾ しかし、仲裁裁判を規律する目的において一方の契約当事者たる国家の国内法以外の法体系が選択されることと、仲裁付託義務の履行ないし仲裁裁定の解釈または執行を確保するために、当該国家の国内的救済が利用しうるかぎりにおいて訴えられなければならないということは矛盾しない。仲裁裁判という特定の目的のために異なる法体系を選択することはかならずしも他の目的において利用しうる国内的救済の放棄を含意しない。特に、仲裁裁判が国家の領域外においておこなわれるということから、仲裁裁判への紛争付託義務の決定を執行する手段が当該国家に存在しないということ⁽²⁵⁾を根拠として、仲裁裁判への付託義務に関する救済の黙示的放棄は推定されえない。このように、被告国家の

国内法と異なる法廷地法が合意されるという事実からも国内的救済原則の放棄が推論されえないといわなければならない。一般国際法上、完了されなければならない国内的救済が被告国家と外国人との契約によって選択される法廷において提供される救済に限定されないのみならず、特に、国内的救済原則には被告国家によって提供される国内的救済が意図されている。⁽²⁶⁾したがって、被告国家の国内法上裁判手続が存在し、外国人が裁判所への提訴を通して契約に規定された仲裁裁判への紛争付託を強制したり、仲裁裁定に従わない国家に対する司法的執行 (Judicial enforcement) を確保したり、さらに仲裁裁定の適正の審理を求めたりしうる場合、外国人は仲裁上のみならず司法上の救済を完了しなければならない。したがって、司法的救済を完了する義務は、コンセンション協定において仲裁裁判がすべての紛争に関する排他的救済 (exclusive remedy) であると規定される場合にも存在する。⁽²⁷⁾その結果がたとえ不満であるとしても、そのことは国内的救済原則に固有のものである。⁽²⁸⁾かくして、国内的救済原則上、外国人はあらゆる実効的な救済を完了することを要請され、すべての国内的救済が非実効的 (ineffectiveness) となるまで完了されなければならないように、⁽²⁹⁾仲裁裁定の執行についても拡大されるいかなる放棄も存在しない。つまり、仲裁裁定の執行上、被告国家の国内法のもとに救済が存在するかぎり完了されなければならない。そして、この国内的救済完了の義務を免除するいかなる法政策的ないし正義上の理由も存在しない。⁽³⁰⁾

このようにして、国家が仲裁条項に則して仲裁裁判に応ずることを拒絶したり、仲裁裁定を執行しない場合、国際法上の一般原則としての国内的救済原則が適用され、かゝる国内的救済が完了されない場合、被告国家は国内的救済の不完了を理由に先決的抗弁を提起しうるが、⁽³¹⁾これに関して、国家と他の国家の国民との間の投資紛争解決に

関する条約第二十六条において、仲裁裁判への当事者の同意 (consent) は別段の規定がなされないかぎり他のあらゆる救済を排除する同意とみなされうるとされる。そして、締約国がかかる仲裁裁判への同意の条件として国内法上の行政的ないし司法的救済の完了を要請しうることが認められるが、国家が仲裁裁判への紛争付託に同意し、他の救済の事前の完了を要請する権限を留保しない場合、他の救済を排除して仲裁裁判に紛争を付託することが当事者の意思とみなされ、仲裁裁判が唯一排他的救済であるとみなされうる。⁽³²⁾ このことから、国家と外国人が契約において当事者間の紛争を仲裁裁判に付託する旨合意し、かかる仲裁裁判が排他的救済であることが約束される場合、当該救済が国際請求の提出前に完了されなければならない唯一のものであるという慣習国際法の動向を条約化したものであるとして一般化されるかもしれない。⁽³³⁾ しかし、この条約のもとにおこなわれる仲裁裁判が国家と他の国家の国民との間のものであるとしても、それは国家間の条約を基礎としている。換言すれば、一般国際法上の原則としての国内的救済原則の不適用は関係国家間の合意によるといわなければならない。⁽³⁴⁾

(1) Olmstead, Cecil J., *Economic Development Agreements-Part II Agreements Between States and Aliens: Choice of Law and Remedies*, 49 *California L. Rev.*, 1961, p. 510.

(2) Law, Castor H. P., *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, 1961, p. 37. Cf., 45 *Ann. Institut*, 1956, II, p. 315.

(3) Cf. *Interhandel Case*, Judgment of March 21 st, 1959, I. C. J. Reports, 1959, p. 27.

(4) Law, Castor H. P., *op. cit.*, p. 37. Cf. Amerasinghe, Chittaranjan, *The Formal Character of the Rule of Local Remedies*, 25 *ZaöRV*, 1965, p. 445; Haesler, Thomas, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law*

of International Courts and Tribunals, Leyden, 1968, pp. 94-95.

(15) Schwebel, Stephen M. & Weter, J., Gillis, Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies, 60 Am. J. Int'l L., 1966, p. 484; Mann, F.A., op. cit., p. 33.

(16) Garcia-Amador, F. V., Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens (Document A/CN. 4/111), Yb. Int'l L. Comm., 1958, II, p. 56.

(17) Amerasinghe, Chitharanjan, op. cit., pp. 453-454.

このように、国内的救済原則が実体的規範であるか手続的規範であるかが国際的訴訟原因、国際責任の発生時点などの決定にとって重要な点あるとして、国内的救済原則の手続性 (procedurability) が国際責任との関連において確定される。この手続説において、国内的救済原則の出発点は裁判拒否であれ直接の国際法違反 (initial breach of international law) であれ国際法違反とされる行為であり、本原則の適用がかかる国際違法行為に依存する。しかし、国際的先例において、国内的救済原則の手続性は被告国家の国際責任の問題が救済の完了以前において審理をええないという意味において立証されることである (Haesler, Thomas, op. cit., pp. 114-115.)。

(18) Schwebel, Stephen M., & Weter, Gillis, op. cit., p. 487.

そして、学者によっては、国家は仲裁原則の承認によって国内的救済完了の要件を放棄し、かかる放棄が多くの国際仲裁裁定の論拠として致すものである (Carlston, Kenneth S., International Role of Concession Agreements, 52 Northwestern University L. Rev., 1957-58, p. 640.)。同じく、アメリカシニングによれば、国内的救済の問題が多くの事件において争われないという事実から、決定的でないにしても少なくとも仲裁条項が紛争の本案について国内的救済原則の放棄を含蓄するという見解が支持される。そして、この見解が反対の国際的決定が存在しないということによってある程度支持されるべきものである (Amerasinghe, C. F., The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective, 36 ZaöRV, 1976,

pp. 741-742.)。

(6) Mann, F. A., *op. cit.*, p. 33. なお、大寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」法学論叢 第七六巻 第一・二号 昭和三十九年 七十六頁参照。

(10) このように、コンセッション中の仲裁条項の挿入によって仲裁裁判が規定される場合、この仲裁裁判への付託合意の効果については明確な権威が存在しないが、国家と外国人との仲裁付託合意によって外国人は国際請求の提出以前にかゝる合意に規定された手続に従うことのみを要請せられるとするのが望ましいとされる (American Law Institut, *Restatement of the Law - The Foreign Relations Law of the United States* (Tentative Draft No. 5), 1961, pp. 121-122; *idem.*, *Restatement of the Law* (Second) - *The Foreign Relations Law of the United States*, 1965, p. 621.)。

(11) *Affaire Losinger & Cie, S. A.*, *op. cit.*, pp. 39-40, 160. これに対して、ニューヨーク政府は、仲裁条項の目的が将来の紛争を仲裁裁判に付託するところであり、ニューヨークの国内裁判管轄権を排除するという規定は含まれないと反論した (*Ibid.*, p. 132.)。しかし、スイス政府によれば、仲裁条項ならびに付託合意 (*compromise*) の性質上紛争が通例の裁判所の権能から排除され、ニューヨーク政府とロザンジェ会社が当事者間の将来の紛争を通例のニューヨーク国内裁判所から排除することに同意したとされる (*Ibid.*, p. 269.)。

(31) C. I. J. *Mémoires, Affaire de la Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient* (France c. Liban), pp. 91-93.

(31) Wadmond, Lowell, Panel I: Arbitration Between Governments and Foreign Private Firms, *Proceedings Am. Soc. Int'l L.*, 1961, p. 70.

(14) Olmstead, Cecil J., *op. cit.*, p. 510.

(19) Carlston, Kenneth S., *op. cit.*, p. 640.

- (16) Olmstead, Cecil J., *op. cit.*, p. 511. 同じく、国内的救済の完了にはコンセンション契約中に規定される仲裁裁判手続の利用が含まれ、いずれかの当事者が仲裁裁判への付託を拒絶するか仲裁裁判の仲裁裁定を執行しない場合、国内的救済はそれによって完了され、国際法廷への提訴が可能となることされる (Siksek, Simon G., *The Legal Framework for Oil Concessions in the Arab World*, Beirut, 1960, p. 120.)。 Cf., *Report of the Committee on Nationalization of Property*, *op. cit.*, p. 75.
- (17) Carlston, Kenneth S., *op. cit.*, p. 640. Cf., Toriguian, Shavarsh, *Legal Aspects of Oil Concessions in the Middle East*, Beirut, 1972, p. 59.
- (18) Olmstead, Cecil J., *op. cit.*, p. 511.
- (19) Amerasinghe, C. F., *op. cit.*, pp. 741-742.
- (20) Law, Castor H. P., *op. cit.*, pp. 97-98. そして、インターハンデル事件 (Interhandel Case) における国際司法裁判所の判決を含め、判例法上、一般仲裁裁判条約が国内的救済原則に言及せず、当事者の意思が当該条約から決定されえない場合、本原則が適用されなければならないという見解が支持される。かゝる見解は国内救済原則が国際請求に関する十分に確立した基本原則であるという事実によって補強せられる。つまり、国内的救済原則は請求が許容される以前に満たされなければならない絶対条件 (condition sine qua non) を構成しており、したがって反対のことが証明されなからぎり本原則の適用除外は推定されえないとされる。
- 同じく、アメラシングも仲裁裁判条約は国内的救済原則の放棄を含まないというのが妥当な見解であるとしている (Cf., Amerasinghe, C. F., *op. cit.*, p. 739.) が、反対に学者によっては、国家間の仲裁裁判協定は反対の規定がないかぎり国内的救済を完了することなく仲裁裁判に紛争を付託する意思を表明しているというのが妥当な見解であるとされる (Olmstead, Cecil J., *op. cit.*, p. 511.)。

- (21) Mann, F. A., *op. cit.*, pp. 34-35.
- (22) Cf. Schwebel, Stephen M. & Weter, J. Gillis, *op. cit.*, p. 499. ここでは、仲裁裁判に付託する当事者の意思ではなく、仲裁手続が一方の契約当事者たる国家の国内法に服するか否かが決定的要素であるとされる。
- (23) Hyde, James N., *Economic Development Agreements*, Recueil d. C., 1962, I, p. 352.
- (24) Schwebel, Stephen M. & Weter, J. Gillis, *op. cit.*, p. 499. もっとも、国家と外国人との協定中の仲裁条項において仲裁裁判が一方の契約当事者たる国家の仲裁法 (arbitration law) によって規律される旨規定されるか、かゝる意思が含まれる場合、外国人は仲裁付託義務の執行ないし仲裁裁定の解釈・執行に関係する救済を完了しなければならないとするのが合理的であるとされる。しかし、その場合、仲裁手続に関係しない他の救済は完了されることを要しない。なお、根岸彌「国家と外国人との契約における仲裁条項と国内的救済の問題」ノイエ・フォルシュング 第六号 一九六七年 一頁以下参照。
- (25) Amerasinghe, C. F., *op. cit.*, pp. 742-743. しかし、国際訴訟手続中の適当な時点において国内的救済が完了されていないという抗弁が提起されない場合、そのことは国内的救済原則の黙示的放棄として作用し、その後の時点においてこの抗弁は提起されえない。
- (26) Mann, F. A., *op. cit.*, pp. 34-35.
- (27) Sohn, Louis B. & Baxter, R. R., *Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (Draft No. 12 with Explanatory Notes), Massachusetts, 1961, p. 164. しかしながら、契約ないしコンセッション中に規定された手続が被告国家の国内法のもとにおいて司法的執行ないし再審にとって役立たない場合、特に契約ないしコンセッション自体が被告国家の法的地位を有する場合、それが唯一の利用可能な救済 (sole available remedy) となるとされる。

- (82) Mann, F. A., *op. cit.*, p. 35.
- (83) Munnery, David R., *The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies*, 58 *Am. J. Int'l L.*, 1964, p. 413.
- (84) Mann, F. A. *op. cit.*, p. 36. 国内的救済原則が適用されるためには、外国人が居住しないし契約などによつて有責とされる国家とのなんらかの結合關係をその自由意思にもとづいて確立していることが必要であると考えられる Meron, Theodore, *The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, *Brit. Yb. Int'l L.*, 1959, p. 101.) 'トンチ' 一方の契約当事者たる国家との真正な連關 (genuine link) の欠如が例外として役立つかぎりにおいてのみ国内的救済原則は適用されえないとしている。
- (85) *Ibid.*, p. 37.
- (86) I. C. S. I. D., *History of the Convention : Documents Concerning the Origine and the Formulation of the Convention*, Vol. II, Part II, Washington D. C., 1968, pp. 792-74, 1052, 1079-1080. Cf. *idem.*, Part I, pp. 220, 347-348, 350, 431, 524, 575, 622, 663. しかしこの規定は実体規範ではなく解釈規則 (rule of interpretation) にならざることを、国内的救済原則に関する国際法諸規則を変更するものではないとされる。
- (87) Schwebel, Stephen, M. & Weter, J. Gillis, *op. cit.*, p. 485.
- (88) Mann, F. A., *op. cit.*, pp. 32-33.

(二) 仲裁拒否と裁判拒否

国家と外国人との契約ないしコンセンション中に規定される仲裁裁判上の困難な問題としての仲裁裁判への紛争

付託と仲裁裁定の執行について述べたが、かゝる契約の一方当事者、特に国家が仲裁裁判に応じない場合、仲裁裁判が仲裁条項ないし法廷地法の規定に則して一方的に開始されうる。そして、国家の欠席にもかかわらず、仲裁裁判がかゝる法廷地法に則して開始される場合、裁判所は事件を審理し仲裁裁定をくだすことができる。しかし、仲裁裁定が両当事者の協力がなくとも仲裁手続が開始されうる規定を設けていない場合、たとえば法廷地法が不確かであるとか仲裁裁判官が任命されなかつたときの救済を規定していない場合、仲裁裁判は実質上不能となる。そのような状況において、外国人は一方の契約当事者たる国家の国内裁判所を含む通例の裁判所において利用しうる救済を求めなければならない。そして、このことは国家が仲裁条項の破棄ないし契約全体の破棄を理由として仲裁裁判に応じない場合にも原則として妥当するとされる。⁽¹⁾一般国際法上、それでは、他のすべての救済を排除して国家と外国人との合意によって挿入される仲裁条項に対する被告国家による契約の一方的変更ないし破棄の効果はどのよう⁽²⁾にみられるであろうか。アングロ・イラニアン石油会社事件において、英国政府はイラン政府がコンセッション協約を一方的に取消す権限を有するとしてもかゝる取消が当然ないし自動的に当該協約中の仲裁条項にも及び仲裁裁判を排除するものではないとして、仲裁裁判への付託不履行が悪意の行為 (tortious action) としてイランの国際責任を発生させると主張した。⁽²⁾これに対して、イラン政府はイランの主権的権利の行使としての石油産業国有化の事実が仲裁裁判に服さないという基本的立場から、コンセッション協約第二十二条がコンセッション協約と同じく国有化法によって取消され、したがって仲裁手続がアングロ・イラニアン石油会社の利用しなければならない国内の救済手段とはみなされえないと反論した。⁽³⁾国際司法裁判所はこの点について直接触れていないが、カルネイロ判

事はその反対意見において英国政府の主張を支持し、協約第二十二条によって当事者間のあらゆる性質の紛争、とりわけ協約の解釈・適用に関する紛争が仲裁裁判によって解決される旨義務的 (mandatory) かつ最も広義に規定されており、したがってイラン政府の一方的行為による石油産業国有化法によって協約が取消されたとしてもかかる行為が仲裁裁判所の裁判管轄権を排除するということにはならないとしている。⁽⁴⁾

学説上も学者によっては、仲裁条項が契約の他の条項との関連においてその独自性 (autonome) を有し、契約の取消が仲裁条項にいかなる効力もなく存続するということは一般的に認められるとされる。したがって、国家は契約全体の破棄を理由に仲裁条項の失効 (caducité) を主張しえない。この見解によれば、国家と外国人との契約において将来の紛争を解決する目的で挿入される仲裁条項はまさに国家の主権の行使としての措置の合法性を評価するために履行されなければならない。国家が紛争解決手段として自由に負った義務を免除されうるといふことは契約の本質的条項からすべての実効性 (effectivité) を剝奪することになる。したがって、仲裁条項のかゝる特殊性から仲裁条項の一方的破棄は国際違法行為とされなければならないとされる。⁽⁵⁾ そして、ロザンジュ会社事件に関する仲裁裁判において、仲裁裁判所が、契約の破棄による仲裁条項の失効を理由として裁判所の裁判管轄権を争ったユーゴ政府の主張を斥け、一方的破棄が仲裁条項にいかなる効力も有せず、契約破棄の合法性が確定されるまで仲裁条項が存続するということは確立した判例 (jurisprudence constante) であると判示したこと⁽⁶⁾ から、学者によっては、判例上からも、仲裁条項に合意した国家はその意思によるという事実においてコンセンションの一方的破棄ないし国内法の変更によってその義務を免除されえないとされる。⁽⁷⁾ もっとも、この仲裁裁定は国家と外国

人との契約中に規定された仲裁裁判所の裁定であり、国際法上の国際仲裁裁定とみなされないが、その理論的根拠が仲裁条項の可分性 (separable) にあるとして、仲裁条項に適用される国内法上の立場がどうであれ、仲裁条項の破棄は特定の国内法体系以外の法の一般原則によって確定されなければならないとされる。⁽⁸⁾これに対して、反対の立場からは、コンセッション協定は国内法上の契約としての性格を有し、そのようなものとして国内法の変更によって変更されうると主張される。換言すれば、コンセッション中の仲裁条項は実体条項と同一に変更を免れえない。この見解では、仲裁条項は真空内に (in vacuo) 存在しえず、基本契約の消滅後においても存続するということは認められえない。⁽⁹⁾そして、さらに学者によっては、仲裁条項を規律する法体系が国内法であるか国際法であるかによって区別され、国内法によって規律される仲裁条項は当該国家の事後の一方的行為によって変更ないし取消しうるとされる。そして、また仲裁規定が国際法上の義務とはみなされず、国家の国内法上の義務を構成するとされるならば、⁽¹⁰⁾ 国家契約は国家の収用権限に服し、かゝる契約中の仲裁条項はこの収用権限の行使によって失効されうるとされる。

このようにみるならば、多くの状況において、特に契約の一方当事者たる国家の態度いかんによって仲裁手続の開始が不能となるが、一般国際法上、国家が仲裁裁判に応じないことが裁判拒否とみなされ、他方の契約当事者たる外国人の国籍の属する国家は国際責任に関する諸原則を援用し国際請求を提出することができるか。この点に関して、アングロ・イラン石油会社事件における英国政府の主張によれば、イラン政府が会社との契約の約定を一方的に取消ないし変更し、協約において明示的に規定された排他的な法的救済 (exclusive legal remedy) を

会社に拒絶しており、したがって英国国民に対する裁判拒否に関する責任を負わなければならないことになる。⁽¹¹⁾そして、カルネイロ判事がその反対意見においてコンセッション協約中の仲裁条項に則して契約上のすべての問題を裁定する仲裁裁判所の設立拒絶がイラン政府の裁判拒否を構成するとしたように、⁽¹²⁾ ベイルート電力会社 (Société 'Electricité de Beyrouth') 事件およびベイルート港湾会社事件において、フランス政府も、国家と外国人との契約の違反がその事実において (ipso facto) 外国人の国籍の属する国家に対する国際責任を発生させるといふ見解をとり、国家による仲裁裁判の拒絶が国際責任に関する国際法上の意味での裁判拒否を構成し、仲裁裁判への紛争付託を正式に (formellement) 拒絶したレバノン政府が裁判拒否の責任を負わなければならないと主張した。⁽¹³⁾しかし、国際判例上、この点についての直接的権威は存在しない。

一般国際法上、国家が外国人の権利侵害に対して必要な司法的保護 (judicial protection) を与えない場合、国家は国際違法行為としてかゝる裁判拒否について国際責任を負わなければならない。したがって、国家と外国人との契約関係についても、単なる契約不履行がそれ自体当然に国際違法行為を構成せず、それ自体国際責任を発生させないが、⁽¹⁴⁾ たとえば、外国人の契約上の権利侵害に対して国家が国内的救済手続へのアクセスを拒否したり、またはそのような国内的救済が存在しないか合理的な救済を与えるに不十分である場合、裁判拒否としての国際違法行為が発生するとされるように、⁽¹⁵⁾ 契約上の義務不履行によって他の契約当事者たる外国人の権利が侵害された場合、その不履行が国家の国際義務に反する作為・不作為を構成するならば、国家は国際責任を負わなければならない。そして、かゝる目的において、契約の違反ないし破棄が裁判拒否を含む場合、それが国家の国際義務違反としての

作為・不作為を構成するものとみなされる。そこには、外国人は居住する国家の国内法上の保護と義務に服し、その権利侵害について国内裁判所に救済を求めることを要請されるのみならず、そこにおいて正義がなされうることが推定され、したがって、裁判拒否が存在する場合にのみ外国人の国籍の属する国家が外交的保護を發動し、国際法はその段階において作用を開始するとみなされる。一般的に、この裁判拒否は狭義において国家の行政、立法機関と区別される司法機関の国際違法行為としての作為・不作為のみを含むものと解釈されるが、裁判手続上の適正と裁判機能上の公正との関連において、国家の国際責任を発生させる作為・不作為について学説上見解は異なっている。換言すれば、外国人に関する司法機関がどのような状況と条件において国家の国際責任を発生させるかについて一致がない。さらに、広義においては、国家の行政ならびに立法機関の国際違法行為を含め、外国人の身体・財産に対する権利侵害に関して国家の国際責任が発生するすべての作為・不作為を含むものと解され、国際判例上の多くの事件において、契約不履行の恣意性が行政ならびに立法機関の作為・不作為を含むものと解され、国際判連繫される。⁽¹⁶⁾このように、裁判拒否概念は多義的であり、国家による外国人利益の侵害が実行上実効的な司法的救済(Effective judicial redress)の不在によって特徴づけられるということから、国家の専断・恣意的な契約違反が国際法上自動的に違法行為とみなされないとされる立場からも、かゝる契約違反が実際上国際法違反とされると主張される。⁽¹⁷⁾しかし、そこにおいてかゝる契約違反と裁判拒否とがたとえ併存するとしても、両者は少なくとも概念上区別され、国際責任を発生させるのはかゝる契約違反に救済を与えないときの裁判拒否であるといわなければならない。⁽¹⁸⁾したがって、学者によっては、国家と外国人との契約関係を規律する国際法規則が存在しないかぎり、

契約上の請求が裁判拒否に関する請求の形態でのみ提出され、そして、立法・行政措置による契約義務の不履行はすべての法的救済が完了されたか、ないしいかなる救済も利用しえない場合に裁判拒否を構成するとされるように、⁽¹⁹⁾国内法を準拠法とする契約義務に関する国家の国際責任は通例の裁判所の懈怠 (default) または国内裁判管轄権に代りうる仲裁手続への紛争付託を拒絶することによって他の契約当事者たる外国人に対する裁判拒否が存在する場合に発生するとされる。⁽²⁰⁾しかし、このことからさらに発展して、学者によっては、一般国際法上裁判所へのアクセスを与えないことが伝統的に国際責任の特殊・特別重大な事例とされており、仲裁条項を破棄する国家は裁判を拒否するとみなされるのが国際法上の学説ならびに動向に一致するとされる。この見解によれば、故意かつ自己のイニシアティブの結果として仲裁条項を履行しない国家は正義一般ないし特別に合意された正義を与えたと主張しえない。仲裁条項を履行しないことはその実際的効果として合意されかつ利用しうる裁判所へのアクセスを妨害することにひとしく、したがって仲裁合意に予定される仲裁裁判に応ずることを拒絶する場合、国家は原則として裁判拒否の責任を負わなければならない。そして、仲裁条項に則して仲裁裁判に付託することの拒絶が法廷によって仲裁合意が無効とされうる無差別・一般的立法の結果である場合は別として、仲裁条項の破棄が裁判拒否概念に含めて理解されるべきでないということにはいかなる論理上ならびに正義上の理由も存在しないとされる。⁽²¹⁾しかし、一般的に、裁判拒否概念は純粹に国家の国内裁判所における救済の利用可能性⁽²²⁾ (availability) ないし国内的な可法上の救済の利用可能性と性質⁽²³⁾ (availability and nature) との関連において理解されるといわれるように、伝統的に裁判拒否はその嚴格な意味において被告国家が外国人に対し自国の国内裁判所への出訴権を与えないことを

合意している。⁽²⁴⁾このようにみるならば、国家が仲裁条項に則して仲裁裁判に応ずることを拒絶する場合、国家は契約関係において考えられる国内法上の救済 (municipal law remedies) に対する外国人の訴を妨害するかぎりにおいてのみ裁判拒否の責任を負わなければならない。⁽²⁵⁾したがって、学者によっては、仲裁裁判の対象とされる契約当事者の実体的権利・義務が変更される場合、かゝる仲裁条項は機能的意義を喪失し、たとえば、国有化国が外国人に対し国内的な司法的ないし準司法的救済を提供している場合外国人は仲裁裁判を主張しえないとされる。そして、国有化国がかゝる仲裁条項の破棄にもかゝらず他の契約当事者たる外国人に対して国内的に救済を与えない場合、そのことが裁判拒否を構成するとされる。⁽²⁶⁾

さらに、このような仲裁裁判の拒絶のみならず、国家が仲裁裁判の結果としての仲裁裁定を執行しない場合にも新たな困難が発生するが、学者によっては、かゝる行為も国際法上裁判拒否を構成するとして、外国人の国籍の属する国家は外交的保護権を發動し、裁判拒否の責任を負う国家に対して干渉する権利を有するとされる。⁽²⁷⁾この点、ベルギー商社 (Société commerciale de Belgique) 事件において、ベルギー政府はギリシャ政府が仲裁裁定の執行を拒否し、かゝる拒否が会社の既得権 (droits acquis) の侵害としてギリシャ政府の国際義務違反を構成し、そのことからギリシャ政府の国際責任が発生すると主張した。⁽²⁸⁾これに対して、ギリシャ政府は問題が仲裁裁定の執行の拒否ではなく財政的理由による執行の不可能性であると主張した。⁽²⁹⁾そして、裁判過程においてギリシャ政府が仲裁裁定を執行することを拒絶することによって国際義務に違反したという申立は撤回されたが、常設国際司法裁判所はその判決において、ギリシャ政府が仲裁裁定の既判事項としての効力 (force of res judicata) を承認してい

ることに触れ、ギリシャ政府と当該会社との間の仲裁裁定が終局的かつ拘束的 (definitive and obligatory) であるとして仲裁裁定の拘束性 (obligatory character) を確認した。⁽³⁰⁾ このことから、学者によっては、仲裁裁定の執行拒否が会社によって取消しえざるかたちで取得された権利の侵害であり、国際法諸原則の違反を構成するとされる。⁽³¹⁾ しかし、多くの国家の国内法体系においても、国家が裁判所の裁判管轄権に付託することに合意し、事実付託したとしても判決の執行は国家に対して課されえない。したがって、たとえ契約上のものであるとしても、この点、国家の義務が先天的疾患 (congenital infirmity) を有し、判決ないし裁定を執行する一般的に承認された法的義務について論議することは困難であるとされる。ベルギー商社事件において、ベルギー政府はギリシャ政府が会社との契約中の仲裁条項に則して付託合意 (compromis) を署名し、仲裁裁定を執行する旨取消しえざるかたちで約束したと主張したが、そのことは仲裁裁判ならびにあらゆる合意に妥当し、したがってそのことから不履行が一般的に国際不法行為 (international tort) になるとはみなされえないとされる。⁽³²⁾

一般国際法上、かゝる仲裁裁定を国家の意思に反して執行することを強制する手段が存在しないとすれば、それに対する国家の態度が實際上重要となるが、国家と他の国家の国民との間の投資紛争解決に関する条約はいずれの当事者も仲裁裁判への同意を一方的に撤回しえないとし、その第五十四条において、各締約国が仲裁裁定を拘束力あるものとして承認し、国内裁判所の最終判決としてその領域内において仲裁裁定による金銭上の債務を執行する旨義務づけている。しかし、かゝる仲裁裁定の金銭上の債務の執行は領域国の現行法令によって規律され、執行に関する国家の主権ないし外国国家の主権免除 (immunity) に関する現行法令を逸脱するものとはみなされていない

い。国家は最終判決が執行されえない場合に仲裁裁定の強制執行 (forced execution) を求められない。⁽³³⁾ 国家が仲裁裁定を執行しない場合、国家は外交的保護権を行使し、仲裁裁定に従わない国家に対して国際請求を提出しうる事が許容されるが、その場合、国家はそのように限定された意味においてのみ国際違法行為の責任を負わなければならないといわなければならない。⁽³⁴⁾

- (1) Mann, F. A., op. cit., pp. 24-25.
- (2) I. C. J. Pleadings, op. cit., pp. 119-120, 121-122.
- (3) Ibid., pp. 40, 501.
- (4) I. C. J. Reports 1952, p. 146.
- (5) Weil, Prosper, op. cit., p. 222.
- (6) C. P. J. I. Series C., No. 78, pp. 110-111. この点、ニュー政府によれば、契約当事者のための仲裁手続を規定した契約が破棄され、したがって効力を有せず、契約の構成部分 (partie intégrante) をなす仲裁に関する規定も契約自体と同様現実に存在しない。かくして契約の破棄は仲裁条項の取消となり、仲裁裁判に紛争を付託する義務 (faculté) を終了せしめたことになる。しかし、仲裁裁判所はこの主張を斥けて、仲裁裁判がまさに予定された紛争について単なる一方的行為によって仲裁裁判管轄権 (jurisdiction arbitrale) を回避することを契約の一方当事者に認めることになるとした。
- (7) しかしながら、ニュー政府は常設国際司法裁判所においてこの主張をしておらず (Cf. Schwebel, Stephen M. & Welter, J. Gillis, op. cit., p. 497.)、結局当初の仲裁裁定の部分的執行を含む取引協定が当事者間になされ、常設国際司法裁判所からの申請は撤回された (Eduardo Jimenez de Arechaga, op. cit., p. 377.)。したがってこの問題は常設国際司法裁判所によって解決されていならず (Cattan, Henry, op. cit., p. 157.)。

- (7) Eduardo Jimenez de Arechaga, *op. cit.*, p. 375.
- (8) Amerasinghe, C. F., *op. cit.*, pp. 740-741.
- (9) Nawaz, M. K., Nationalization of Foreign Oil Companies-Libyan Decree of 1 September 1973, 14 *Indian J. Int'l L.*, 1974, pp. 79-80.
- (10) Wright, Quincy, Arbitration as a Symbol of Internationalism, *International Trade Arbitration* (Martin Domke ed., 1958), p. 11.
- (11) I. C. J., Pleadings, *op. cit.*, pp. 12, 120 ff.
- (12) I. C. J. Reports 1952, p. 165.
- (13) C. I. J. *Memoires, Affaire de la Société "Electricité de Beyrouth"* (France c. Liban), pp. 14, 58; C. I. J. *Memoires, Affaire de la Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient* (France c. Liban), pp. 35, 39-40.
- (14) Garcia-Amador, F. V., Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens: Part I (Document A/CN.4/106), *Yb. Int'l L. Comm.*, 1957, II, pp. 116-117, 129.
- (15) Fatouros, A. A., Government Guarantees to Foreign Investors, *New York*, 1962, pp. 251-252.
- (16) Garcia-Amador, F. V., *op. cit.*, pp. 31, 34. Cf. White, Gillian, Nationalisation of Foreign Property, *London*, p. 171.
- (17) Report of the Committee on Nationalization of Property, *op. cit.*, p. 73.
- (18) Cf. O'Connell, D. P., *International Law*, Vol. II, *London*, p. 1025.
- (19) Lipstein, K., The Place of the Calvo Clause in International Law, *Brit. Yb. Int'l L.*, 1945, p. 135.

(20) de Visser, Charles, *Théorie et réalité en droit international public*, Paris, 1970, p. 219.

フエド罗斯によれば、国家が仲裁裁判に付託することを拒否したり、仲裁手続を遅滞させたり、さびには仲裁裁定を執行しない場合、かかる行為または怠慢 (defaults) は裁判拒否を構成し、国家は国際法上自国民の外交的保護の目的上裁判拒否に責任を負う国家に対して干渉する権利を有する (Verdross, Alfred, *The Status of Foreign Private Investments Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses*, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1959, p. 461.)

(21) Mann, F. A., *op. cit.*, p. 28. マンは国家が主権者としてその国内裁判所への適切な出訴を与えないことを裁判拒否が必要条件としており、単なる仲裁条項に違反する国家は主権者としてではなく私人として行為するというふうに主張しないと述べている。このようにして国家による妨害 (Obstruction) は私人の妨害と異なり、国家が特別の誠実義務のもとにあるべきである。

(22) Hyde, James N., *op. cit.*, p. 320.

(23) Munnery, David R., *op. cit.*, p. 412.

(24) Cf., Mann, F. A. *op. cit.*, p. 28.

(25) O'Connell, D. P., *op. cit.*, pp. 1071-1072.

(26) Nawaz, M. K., *op. cit.*, pp. 79-80.

(27) Verdross, Alfred, *op. cit.*, pp. 461-462. 通常、経済開発協定中の仲裁裁判が排他的救済 (exclusive remedy) であり、国家がかかる仲裁裁判を拒絶ないし妨害する場合、他の契約当事者たる外国人の国籍の属する国家は外交的に干渉することを正当化される。その際、国家の主権的権限 (sovereign power) による協定違反に対して原則として国内的救済が存在しない。そのような場合、国内的救済原則は適用されなうとされる。 Cf., Weil, Prosper, *op. cit.*, p. 140.

- (28) C. P. J. I., Serie C No. 87, *Société commerciale de Belgique*, pp. 23-24, 174.
- (29) *Ibid.*, pp. 99-100, 188-189.
- (30) C. P. J. I. Serie A/B, No. 78, pp. 175, 178.
- (31) Eduardo Jimenez de Arechaga, *op. cit.*, p. 381.
- (32) Mann, F. A., *op. cit.*, p. 30. Cf., C. P. J. I., Serie C, No. 87, p. 23.
- (33) I. C. S. I. D., *op. cit.*, pp. 1062-1063, 1052, 1083.
- (34) Mann, F. A., *op. cit.*, pp. 31, 37.

四 若 干 の 考 察

アングロ・イラニアン石油会社事件の口頭弁論において、英国政府はイラン政府が国際司法裁判所の裁判管轄権に対する先決的抗弁としてではなく裁判管轄権確定後のみ決定されうる問題についての決定を付託しているとして、応訴管轄権 (forum prorogatum) の原則を援用し国際司法裁判所の裁判管轄権を主張したが、国際司法裁判所はイラン政府が防訴手段として裁判管轄権を一貫して否定しており、同意のいかなる要素もイラン政府の行為から推論しえないとして、その裁判管轄権を否認した。⁽¹⁾したがって、国家と外国人との契約中に規定される仲裁条項による国家の仲裁裁判への紛争付託義務ならびに仲裁裁定の執行義務の問題は直接に審理されなかった。しかし、裁判所が英国政府の主張したコンセッション協約の二重性格を否認し、かゝる協約が一国政府と一外国企業との間の利権契約であることを明らかにし、イラン政府が会社に対して主張しうるいかなる権利も英国政府に対して主張

しえず、また会社に対して履行しなければならぬいかなる義務も英国政府に対して履行することを求められえないと判示したことの意義は大きい。⁽²⁾

このように、英国政府が当該コンセッション協約の当事者でないかぎりイラン政府と英国政府との間にはいかなる契約関係も存在しない。国家と外国人との契約と国家間の条約との間の基本的相違が強調され、学者によっては、国際司法裁判所はイラン政府が当該会社を自由に国有化しようと判示していないが、実質においてかゝる行為を是認しているとされる。⁽³⁾つまり、国家と外国人とのコンセッション契約が国有化によって破棄されるとしてもそれは有効な国家行為であり、国際法上かゝる契約の期限前の破棄ないし契約義務の不履行に関して国家の国際責任が生しない。⁽⁴⁾そして、さらに国家と外国人との契約中に規定される仲裁条項が国家間のものでない以上、国家はかゝる仲裁裁判への紛争付託を国際的権利として要求しえないであろうとされる。⁽⁵⁾このようにして、アングロ・イラン石油会社事件は国有化を禁止するいわゆる制限条項ならびに国内裁判所の裁判管轄権を排除するとされる仲裁条項の法実効性に疑問を投げかけており、かかる条項が他の状況において効力を有するとしても、国家の主権的権限の行使としての国有化に対していかなる効力も有しないことを示しているとされる。⁽⁶⁾

すでにみたように、伝統的国際法理論において、国家と外国人との契約関係に関する国家の単なる不履行がそれ自体本質的に国際責任を発生させないということとはほとんど通説とされ、国家が外国人との契約上の義務違反について事後の裁判拒否 (subsequent denial of justice) の場合にのみ国際責任を負わなければならないとされた。⁽⁷⁾しかし、新しい学説上の動向として、コンセッションのもとに取得される外国人の権利が他の財産権よりも特別に

保護されなければならないとして、国有化が国家による契約違反の有効な法的理由とはみなされないとされるように、国際法上の違法な収用の概念が国家と外国人との契約関係に拡大され、収用が結果として国家と外国人との契約の破棄となる場合、特に契約に規定される収用の禁止その他の特別義務の不履行となる場合、かゝる行為が「違法」行為 (“wrongful” act) を構成し、国家の直接の国際責任を発生させるとされる。⁽⁸⁾ この見解によれば、国際法ないし法の一般原則を国家と外国人の契約関係に準用し契約をいわゆる国際化することによって、契約遵守原則が国家間の条約のみならず国家と外国人との契約関係にも国際法原則としてひとしく適用されうる事が推定され、国家が外国人との特別の取決め (special engagement) に反して私有財産を収用することは国際法違反であるとされる。⁽⁹⁾ そして、このように国家と外国人との契約が国家間の条約と同一の拘束力を有し、契約上の権利の収用がそれ自体本質的に国際違法行為とされる結果、契約遵守原則がその最も十分な意味に理解されるならば、特定履行 (specific performance) ないし原状回復 (restitution) がかゝる契約違反の適当な救済方法として認められなければならないとされる。⁽¹⁰⁾ かくして、実定国際法において契約責任の独自性 (autonomie de la responsabilité contractuelle) が主張されるが、⁽¹¹⁾ イラン政府の石油産業国有化につき英国政府がその紛争解決の交渉条件として国有化原則を正式に (formally) 承認し、さらに、国家が外国人財産ならびに外国人に付与したコンセッションを国有化ないし収用する権限のあることを承認したように、⁽¹²⁾ 学説および国家的実行において、国家が一般国際法上自国領域内において外国人財産を含む財産を国有化する権利を有することについていかなる疑いも存在しない。⁽¹³⁾ 学者によっては、国家が外国人に付与したコンセッションを単なる私契約 (private contract) として収用ないし国

有化するという明確に確立された国際法上の権利が存在しないとされたが、今日、国家がその天然資源を自由に処分する主権的権利は国家の不可譲の権利 (inalienable right) とされ、かゝる天然資源を回復する国家の国有化措置が主権的権限の表明である旨一般に承認されており、⁽¹⁵⁾ かゝる国有化には当然国家と外国人との契約関係を破棄する権限が含意されることは明白である。したがって、国家と外国人との契約は両当事者に対し拘束力を有するが、公共利益のために一方的に変更する国家の特権 (prerogative) に服するかぎり、そのことは契約の将来の履行を免除されるといふ国家の権限の存在によって修正されなければならないとされる。このように国有化する権利がその性質上国家にのみ帰属するという事実によって不平等要因 (elements of inequality) が内在しており、その意味において外国人は国家よりも重い債務を負わなければならない。⁽¹⁶⁾ そのように、かゝる国家契約は主権国家と外国人たる個人という契約当事者間の基本的不平等 (fundamental inequality) によって特徴づけられ、⁽¹⁷⁾ 一般的に国有化が条約によって禁止されないかぎり、国家は一般利益を目的として契約を破棄したり契約上の権利義務を変更するためにその主権的権限を行使しうるものとされる。⁽¹⁸⁾ 国家が公共目的のため財産を国有化する権利がかくのごとく基本的であり、かゝる権利は外国人との契約によって放棄されえない。⁽¹⁹⁾ したがって、天然資源の国有化がコンセッション協定の終了とその財産の収用を含むとしても、かゝる国有化行為は反対の国際協定がないかぎり主権の行使として合法とみなされ、たとえコンセッション協定における明示的約定に反するとしても合法な行為とされる。もっとも、コンセッション協定の終了が国家の合法的な権利の行使によるとされる場合においても、状況によっては専断・恣意的行為となり、国家がその国際義務違反の作為・不作為による外国人利益の権利侵害に責任を負わ

ければならないが、そのことの可能性は契約の約定に反する終了をその事実において (ipso facto) 違法化するということはまったく異質なものである。⁽²⁰⁾

国家による外国人の契約上の権利の収用がそれ自体国際法違反を構成するとして、契約違反を条約違反に同質化 (assimilate) することは契約と条約との基本的区別 (fundamental distinction) に反する。⁽²¹⁾ 条約違反の国有化が当然に国際法違反とされるように、国家と外国人との契約のあらゆる違反が国家の国際責任を発生させるとみなされるならば、かゝる国家契約は事実上国家間の条約ないしその他の国際協定の地位にまで高められることになる。⁽²²⁾ しかし、条約上の義務が原則として契約遵守原則により破棄されえないのに対して、国家が同一の契約上の義務を自由に破棄しようということは一見不合理であり、正義一般の意味に反するとされるかもしれない。国家が任意に結んだ外国人とのコンセッション協定によるか他の国家との条約によるかかわらず、国家は厳粛に結ばれた協定を遵守する義務がある。条約は拘束力を有するものと普遍的に承認されるが、かならずしも完璧に任意的でないのに反して、コンセッション協定は通例自国の天然資源を開発する目的で積極的に交渉され、その意味においてコンセッション協定の違反は条約違反以上に正当化されえないとされる。⁽²³⁾ しかし、コンセッション協定の他の当事者たる外国人の多くは多国籍企業であり一方の当事者たる主権国家以上に強力である。したがってそのような見解は国家と外国企業との間の取引力 (Bargaining power) の非現実的な推定に依拠しているとされる。⁽²⁴⁾ さらに、国家契約があらゆる状況において履行されなければならないという意味において、かゝる契約の違反がいかなる場合ににおいても国際法上違法であるという契約の絶対的不可侵 (absolute sanctity) を主張することは普遍的経験則な

らびに正義に反している。⁽²⁵⁾これに対して、しかしながら、国家が契約上の義務に違反しても国家の国際責任を発生させないという主張は、厳密な法的意味において、国家が自由に義務を引受けるという事実がその義務になんらの影響を与えるものではないということを認めることになるのみならず、政策的考慮からも、国家に契約を履行するしないの完全な自由を残しておくことは国家と外国人との経済関係と国際投資に極めて有害であると主張される。⁽²⁶⁾しかし、現実問題として経済上の利潤ならびに政治上その他の理由から国際投資が存続していることを考えると、かゝる考慮もコンセンション協定を変更ないし破棄する国家の主権的権利を妨げるものではないといわなければならない。⁽²⁷⁾

このようにみるならば、国家と外国人との契約一般、特に制限条項のような契約中の国家保証 (state guarantee) の法的側面を重視するあまり、かゝる保証の法的重要性が唯一ないし主要な側面であるとみなされえない。かゝる国家保証は現実においてその厳密な法的価値をはるかに越える意義を有している。つまり、この保証が与えられるという単なる事実是国家における外国資本ならびに技術の必要性についての了解があるということを意味し、かゝる了解が国家契約の基根をなしている。そして、この必要性が一時的なものでないかぎり、国家はかゝる契約の履行を拒絶することによって外国人利益を侵害することがないといわれる。そこで、厳格な形式的要因が一定の役割をはたすとしても、国家と外国人との契約の基根にある利益の共通性 (community of interests) ないし利益の相互性 (mutuality of interest) が最も重要であることが強調される。⁽²⁸⁾イラン政府の石油産業国有化によるコンセンション協定の破棄が一九五四年コンソーションスム協定 (Consoium Agreement) の締結となったように、

それは細部について相違があるとしても、基本的には旧コンセッション協約と異ならず、より正確には旧コンセッション協約の変更(modification)として特徴づけられる。かゝる変更は多分広く契約内容などにつき当事者間で交渉・協議する商議(negotiation)によって達成されえたであらうとされるように、国有化行為は複雑な取引(bargaining)過程における一手段にすぎないといふことになる。⁽²⁹⁾

このような商議が当事者間の紛争解決手段としてまず利用され、かつそのために最大限の努力がなされるといわれるように、通常、コンセッションに協定の実質的規定の再商議(renegotiation)についての規定が存在しない。しかし、法律行為ないし取引の継続性(continuing transaction)とその基根にある利益の共通性(community of interest)という事実が実行において当事者間の商議という伝統を生み出し、實際上多くの変更が当事者の協定の再検討(review)を通じて合意されてきている。⁽³⁰⁾たとえば、途上諸国において政府の合理的参加、コンセッション協定の約定と条件に関する定期的改正、協定の財政条項に関する再商議が事情変更(changing circumstances)の原則を根拠に主張され⁽³¹⁾、事実多くの石油コンセッション協定にみられる政府参加(governmental participation)や平等な利潤分配(equal profit-sharing)の問題が当事者間の合意以外の方法で解決されたと考えられることは困難である。このことの意義があまり認識されていないとしても、同一のことは使用料(royalty)や租税などコンセッションの他の重要な変更についても妥当する。これらの問題は法律的側面を包含するとしても、通例の仲裁裁判は適当な解決を与えていない。国家と外国人との仲裁裁判において、仲裁裁判所は契約の解釈・適用についての紛争を解決し、契約がいかに解釈・執行されるかを宣言判決(declaratory judgment)のかたちで裁

定するとされるように、通例、仲裁裁判における仲裁過程の主要な対象は法律紛争ないし法律問題である。しかし、過去における重要な問題は各当事者の主張の合法性に関する法律問題よりも利益の衝突 (conflict of interests) に関係している。⁽³³⁾したがって、学説上、国家契約への契約遵守ならびに既得権尊重原則の適用可能性を主張する立場からも、根本的な事情変更上必要とされる再商議についての黙示的約定が長期コンセッション協定に存在することについての黙示的承認があるということ、ならびに一定の条件のもとではあるが、既得権または確定的権利の尊重が合理的利潤 (reasonable profit) を基準として変更 (modification) されうることが認められるように、⁽³⁴⁾多くの学者から改正 (revision) の必要性が主張され、⁽³⁵⁾問題は当事者間の利害の調整ないし契約上の均衡の尊重であるとして、契約を国家の公共事業または一般政策の必要性に適応させる権利を承認することが重要であるとされる。⁽³⁶⁾しかし、国家が契約中の仲裁条項に則して仲裁裁判に紛争を付託することを拒否する理由として法律的よりはむしろ政策的考慮があげられるように、⁽³⁷⁾コンセッション協定中に規定される仲裁手続には種々の理由から協定の実質的約定を再商議する権限は含まれず、実質的変更を審理することができない。⁽³⁸⁾このようにみるならば、コンセッションは権利・義務の厳格なスキームとしてではなく当事者間の共同事業 (joint enterprise) の生ける法 (living law) として、⁽³⁹⁾一定の柔軟性が与えられなければならないとされる。⁽⁴⁰⁾そして、かゝるコンセッションが有効に機能しうるためには、当事者間の相互信頼ならびに相互理解と積極的協力がなによりも重要であるといわなければならない。⁽⁴¹⁾

(1) I. C. J. Reports 1952, pp. 113-114.

(2) Ibid., p. 112.

- (3) Wright, Quincy, op. cit., p. 11.
- (4) Sapozhnikov, V. I., Neocolonialistic Doctrines of International Protection of Foreign Concessions, Soviet Yb. Int'l L., 1966-1967, pp. 98-99.
- (5) Wright, Quincy, op. cit., p. 10.
- (6) Lisitzyn, Oliver J., op. cit., pp. 30-31.
- (7) Fatouros, Arghyris A., Legal Security for International Investment, Legal Aspect of Foreign Investment (Wolfgang G. Friedmann ed. 1959), pp. 718-719.
- (8) Garcia-Amador, F. V., Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens (Document A/CN. 4/119), Yb. Int'l L. Comm., 1959, II, p. 14.
- (9) International Bar Association, Seventh Conference of the International Bar Association, Cologne, Germany, July 21-25, 1958, p. 485.
- (10) Report of the Committee on Nationalization of Property, op. cit., p. 72. なお、この国家契約は条約と同じく拘束力を有し、契約上の権利の収用はそれ自体国際違法行為を構成するものなり。 Jennings, Robert Y., Rules Governing Contracts Between States and Foreign Nationals, Rights and Duties of Private Investors Abroad, New York, 1965, p. 137. シュリンズによれば、特に、国家が財産を収用・国有する権限ならびに契約を破棄する権限を条約ないし契約それ自体において明示的に放棄している場合、原状回復が適当な救済 (appropriate remedy) として認められるべきである。同様、そのことは経済開発協定のように契約関係に一定の期間がセットされ、国際法ないし法の一般原則を契約準拠法とする条項または仲裁条項によって契約に特殊な国際的強調 (particular international emphasis) が与えられている場合にも妥当する。

Cl, Brandon, Michael, Legal Aspects of Private Foreign Investments, 18 Federal Bar J., 1958, p. 340. 彼によれば、誠実原則 (principle of good faith) と国際法の優位 (supremacy) により国家は外国人と結んだ契約関係の不可侵 (sanctity) を尊重する義務があり、一定期間取用しない旨の事前の約束は取用によって違反されえなく (Ibid., p. 399)。

この点、コンセッションを期限前に終了する国家の権利に好意的な立場においても、その場合コンセッションの満了時点で他の契約当事者たる外国人が得たであろう利益 (profits) についても補償 (indemnity) を支払わなければならないというところが是認される。このように、コンセッションを期限前に終了する権利が十分な補償 (full indemnity) の支払いを条件とされるので、かゝる権利があるとしてその権利の行使に関して国家が支払わなければならない額と、コンセッションの期限前の終了に対する賠償として国家が支払わなければならない額の間にほとんど相違がなく、コンセッションを期限前に終了する国家の権利に関する論議には一見思われるほど実践的意義がないとされる (International Law Association, Report of the 48 th Conference (New York), 1958, pp. 193-194)。

(11) Weil, Prosper, op. cit., p. 147. この契約責任はあらゆる契約外的不法行為 (tort extracontractuelle) から独立し、一方の契約当事者たる国家が契約義務に違反したという単なる事実からその国際責任が発生するという意味において、非契約的責任 (responsabilité non contractuelle) との関連で独自性を有す。

(12) U. N. Security Council, Official Records (6 th Year 1951), 559 th Meeting (1 October 1951), p. 17; 560 th Meeting (15 October 1951), p. 29; I. C. J. Reports 1952, pp. 68, 85.

(13) Jennings, Robert Y., op. cit., pp. 135-136. 補償をともなう国有化が一応合法とみなされるが、かゝる補償は「十分、迅速、実効的」でなければならぬとされるように (Brandon, Michael, op. cit., p. 339)、「迅速、十分、実効的補償」の支払い以外に公益ならびに無差別が合法的国有化の条件とされる。したがって、国有化は外国人財産に影響を及ぼすかぎりにおいて「迅速、十分、実効的補償」をともなわない場合に違法とされなければならない。そして、「迅速、十分、実効的

補償」が支払われなかったり、明示的な禁止に違反したり、外国人に差別的である場合、国有化は国際法に反し、国家はかかる違法行為につき原状回復の義務を負わなければならないとされる (Shawcross, Hartley, *Some Problems of Nationalisation in International Law*, *International Bar Association 5th International Conference of the Legal Profession*, 1954, pp. 17-18.)。しかし、反対の立場からは、すでに述べたように、収用ないし国有化はそれ自体違法行為とみなされず、条約によって禁止されなしかぎり有効であると考えられる。したがって収用が十分な補償をとまわなしかぎり国際法に反する、とはみなされえなく (Delson, Robert, *Protection of Investments Abroad in Time of Peace*, *International Bar Association Cologne Conference*, 1958, pp. 3-4.)。

(14) Hunang, Thomas T. F., *Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question*, 51 *Ann. J. Int'l L.*, 1957, p. 307.

(15) Cf., UNCTAD, *Trade and Development Board, Official Records: Twelfth Session 3 to 25 Oct. 1972, Supplement No.1*, p. 1; *Yb. U. N. 1973*, p. 405; *Yb. U. N. 1974*, pp. 381 ff.

(16) Jennings, Robert Y., *op. cit.*, pp. 135-136.

(17) Geiger, Rainer, *The Unilateral Change of Economic Development Agreements*, 23 *Int'l & Comp. L. Q.*, 1974, p. 100. 彼によれば、経済開発協定は当事者を拘束するが、公共利益のために一方的に変更する国家の特権に服する。そして、そのような変更は協定に直接干渉する一般的な立法ないし行政行為によって可能であるとされる。したがって、一方の当事者たる国家が外国資本を必要とする途上国であるという理由で、コンセンシユン協定の絶対的不可侵 (absolute sanctity) を強要することは植民地主義の巧妙な一形態にすぎないとされる。

(18) Weil, Prosper, *op. cit.*, pp. 217, 220.

(19) Delson, R., *International Law Association, Report of the 48 Conference* (New York), 1958, p. 156.

(20) Murphy (Jr.), Cornelius F., Limitations upon the Power of a State to Determine the Amount of Compensation Payable to an Alien upon Nationalization, 3 The Valuation of Nationalized Property in International Law (R. Lillich ed. & contrib. 1975), pp. 57-58. として、天然資源を国有化する権限が主権の属性であり、かかる黙示的権限と両立しない協定に誠実原則 (good faith rule) は適用されえないとされる。さらに、米国において憲法上の主権原則から国家が私契約によってその収用権限 (eminent domain power) を放棄しえないことは確立されており、かかる原則が国際社会において途上国に適用されるべきでないというにかなる理由も存在しない。

同じく、国内法体系において公共福祉のために一方的行為をなす国家の特権の不可譲渡性 (inalienability) について争いが存在しないとして、経済開発協定の一方的変更ないし干渉は安定条項によって禁止されたり、違法化されたりしえないと主張する (Geiger, Rainer, op. cit., p. 103.)。

(21) Delson, Robert, Protection of Investments Abroad in Time of Peace, International Bar Association, Cologne Conference, 1958, p. 5.

(22) Sohn, Louis B. & Baxter, R. R., op. cit., p. 127.

(23) Foighel, Isi, Nationalization, Copenhagen, 1957, p. 73; Kissam, Leo T. & Leach, Edmond K., Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts, 28 Fordham L. Rev., 1959, p. 212. Cf., Schwebel, Stephen M., International Protection of Contractual Agreements, Proceedings Am. Soc. Int'l L., 1959, p. 273.

(24) Murphy (Jr.), Cornelius F., op. cit., p. 57. Cf., Lord Arnold McNair, Q. C., op. cit., p. 169.

(25) Mann, F. A., State Contracts and State Responsibility, 54 Am. J. Int'l L., 1960, p. 588. 公共の安全、公衆衛生、福祉一般の保護上要請される場合を別として、契約義務の不履行が契約の締結後に制定される法の適用の結果である場合、国家はそのかぎりにおいてかかる不履行によって外国人に加えた権利侵害について責任を負わなければならない (Ibid.,

p. 561.)°

- (92) Weil, Prosper, op. cit., pp. 142-143. Cf., Report of the Committee on Nationalization of Property, op. cit., p. 71.
- (93) Metzger, Stanley D., Multilateral Convention for the Protection of Private Foreign Investment, 9 J. Public L., 1960, p. 137. Cf., Nawaz, M. K., op. cit., p. 77; Nijenga, Frank X., The Legal Regime of Concession Agreements, 3 East African L. J., 1967, p. 104.
- (94) Fatouros, Arghyris A., op. cit., p. 724; Metzger, Stanley D., op. cit., p. 145.
- (95) Fatouros, Arghyris A., op. cit., p. 725.
- (96) Cattau, Henry, op. cit., p. 149; Hyde, James N., op. cit., p. 362.
- (97) OPEC, op. cit., pp. 12 ff. Cf., OPEC, OPEC and the Principle of Negotiation, 1965, pp. 1-20.
- (98) Schwebel, Stephen M., Speculation on Specific Performance of a Contract Between a State and a Foreign National, Rights and Duties of Private Investors Abroad, New York, 1965, p. 211.
- (99) Cattau, Henry, op. cit., pp. 149-150; A. de La Pradelle et N. Politis, Recueil des arghitragés internationaux, Paris, 1957, Vol. II, p. 379.
- (100) Schwebel, Stephen M., International Protection of Contractual Agreements, Proceedings Am. Soc. Int'l L., 1959, p. 273; Shawcross, Henry, op. cit., p. 28. Cf., Suratgar, David, Considerations Affecting Choice of Law Clauses in Contracts Between Governments and Foreign Nationals, 2 Indian J. Int'l L., p. 308. 彼は「たゞ」安易性なのみで確実性のためには、国家の主権的権限、特に立法権限に対する厳格な制限を回避するものが賢明である。かかる制限は単に將來の問題を残すものになり、むしろ契約上の権利を財産権以上に神聖化 (sacrosanct) するものなり (Ibid., p. 309.)°

- (35) Cf. Jain, Subhash C., *Concession Contracts and International Law*, 5 Banaras L. J., 1969, pp. 123 ff.
- (36) Reuter, Paul, *Droit international public*, Paris, 1976, p. 248.
- (37) Cattán, Henry, *op. cit.*, p. 150.
- (38) Hyde, James N., *op. cit.*, p. 362. この点 国家と他の国家の国民との間の投資紛争解決に関する条約第二十五条における「いかなる法律紛争と非法律紛争が区別され、仲裁裁判管轄権が国家と他の国家の国民との間に投資から直接発生する法律紛争 (legal dispute) に限定され、単なる利益の衝突 (mere conflicts of interests) が排除されること」 (I. C. S. I. D., *op. cit.*, pp. 1051, 1078.)°
- (39) Carlston, Kenneth S., *op. cit.*, p. 640.
- (40) Geiger, Rainer, *op. cit.*, p. 104.
- (41) Cf. Fatouros, Arghyris A., *op. cit.*, p. 725; Metzger, Stanley D., *op. cit.*, p. 145; Geiger, Rainer, *op. cit.*, p. 104; Bourquin, Maurice, *op. cit.*, p. 861; Lalive, Jean-Flavien, *Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère*, Ann. Suisse D. Int'l 1962, p. 468; Nijenga, Frank X., *op. cit.*, p. 116; OPEC, *op. cit.*, p. 7. 一九七八・六 (完)

付記—筆者は在日合衆国教育委員会(フルブライト委員会)のご厚意により一九七七年九月から一年間、バーミンガム大学法学部において国際法を研究する機会を与えられた。本稿はその間に書かれたものであり、ここに大変お世話になった同法学部のモーン (John N. Moore) ならびにリリッヒ (Richard B. Lillich) 両教授に心から深くお礼を申し上げます。