

## EU 諸国間投資協定仲裁の EU 法適合性問題

坂田 雅夫

はじめに

### I 問題の推移

- (1) EUの成立と EU 諸国間投資協定
- (2) 欧州司法裁判所 Achmea 事件先決裁定手続判決
- (3) EU 諸国共同宣言
- (4) 欧州司法裁判所2019年4月30日意見

### II 検討

- (1) EU 諸条約により EU 諸国間投資協定は終了又は適用停止したのか(条約法条約59条・30条)
- (2) 投資協定の解釈における EU 法の尊重(条約法条約31条)
- (3) Achmea 判決の論理の射程はどこまで及ぶのか
- (4) EUが締結する自由貿易協定の投資章は事実論に依拠することにより Achmea を乗り越えられるのか

おわりに

はじめに

リスボン条約の結果、通商協定などの締結は EU の共通通商政策の範囲内であると明確にされ、EU が排他的権限を持つことが確認された。これにより EU 構成諸国(以下 EU 諸国)は個別の通商協定を締結できなくなった。ここで問題となるのが、EU 構成諸国が従前に締結してい

た通商協定である。EU 諸国が、EU を構成していない第三国と締結していた条約は、EU 運営条約351条により保護されている。それに対して EU 諸国間で締結されていた通商協定は、それらの法的効力が近年争われてきている。その舞台となったのは、国家ではなく個人が直接紛争処理手続を利用できる投資保護の分野であった。いくつかの事件において従前の投資保護に関する諸協定の規定に基づき、EU 諸国の国民が別の EU 諸国を相手取って仲裁手続に訴え出た。被告となった国家側は、EU 法の規定により、従前の投資協定が暗黙裏に終了しており、当該協定に基づく仲裁は管轄を欠くと主張した。仲裁は、かかる国家側の主張を一貫して否定し続け、従前の投資協定に基づく訴えを受理してきた。この問題は当初からある種の混乱状況にあった。それは投資協定は暗黙裏に終了しているとする国家側の主張の根拠がいくつかに分かれていたからであった。

この問題は2018年から大きな動きを見せた。オランダ・チェコスロバキア投資協定に基づく仲裁裁定の無効がドイツの国内裁判所に求められた。ドイツの裁判所は、EU 法に關係する問題であるとして欧州司法裁判所の先決裁定手続に従って欧州司法裁判所の判決を求めた。欧州司法裁判所は2018年3月に下した判決<sup>1)</sup>により、EU 運営条約は EU 諸国間の投資協定に基づく仲裁を排除している、と述べた。その根拠は投

1) Case C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158. 訳語について Achmea 事件での当該文章は「先決裁定」と表記されることが多い。欧州司法裁判所による先決裁定は英語の preliminary ruling の訳語とされている。ただこの文章そのものは Judgment と表記されており、また本稿では仲裁裁定という用語をよく用いることから、本稿における区別の便宜のために文章そのものは Achmea 判決と表記し、手続について触れる際は先決裁定手続と表記する。

投資仲裁がEU法を解釈する可能性があり、EU法の解釈は欧州司法裁判所が排他的管轄を有しているからというものであった。Achmea判決を受けて、2019年1月15日EU諸国の代表は共同宣言において、EU諸国間投資協定に含まれる投資家対国家の仲裁条項の全てがEU法に反し適用不能であり、かかる条項に基づく仲裁は管轄権を欠くと断言した。その後一転して、欧州司法裁判所は2019年4月30日に、EUが新たに締結している自由貿易協定における投資裁判所の規定がEU法に適合的であると判断した。その根拠はかかる協定の投資裁判所がEU法を含む国内法を事実として扱っているからというものであった。つまりEU諸国間投資協定の仲裁はEU法を適用法規としているからEU法に反するが、EUが締結している新型の協定での投資裁判所はEU法を事実として扱っているから許されるとしたのである。

さらにEU加盟23ヶ国は2020年5月5日に新たに条約を締結した。その条約によりEU諸国間で締結されていた従前の投資協定が終了する旨が合意された。この条約によりEU諸国間の投資協定のEU法適合性問題は政治によって部分的に決着した。実務上今後も検討が必要になる問題は、EU諸国と第三国が締結していた投資協定の問題、とりわけ多数国間条約であるエネルギー憲章上の紛争の問題と、EUが新たに締結している自由貿易協定などにおける投資裁判所規定のEU法適合性問題であろう。

本稿は、欧州司法裁判所による2つの文章を中心として、欧州各国側の主張の流れを纏めることを第1の目的とする(I)。続いて、欧州各国の主張及び欧州司法裁判所の文章に対して仲裁裁判所がどのように答えているのかを手がかりにしつつ、私見を纏めていきたい(II)。

## I 問題の推移

### (1) EUの成立とEU諸国間投資協定

EUは加盟諸国間での通商協定の締結を禁じている。EUの域内市場として、統一した規則のもとで管理が行われることになっている。これまでこの共通通商政策はその範囲を拡大してきた。2009年に発効したリスボン条約により海外直接投資もEUの共通通商政策のものと明確に位置づけられた。

この共通通商政策の拡大はある問題を加盟諸国に提起した。つまりこれまで締結してきた協定の効力問題である。第三国との間で締結している条約についてはEU運営条約351条により、条約の尊重が規定されている。条約の規定上問題となるのは、EU加盟諸国間での協定であった。これらの規定は、もちろん既存の条約を終了させるべき手続が新たにとられた場合には問題は無い。ただ、それらの手続に時間がかかっている場合や、規定上すぐには終了し得ない場合などには、問題が出現し得る。

国家間の通商問題の場合、何らかの問題が出現したとしても、国家がそれを取り上げなければ、実際上の問題とはならない。問題となったのは、国家ではなく個人が訴えを提起できる制度を有している投資協定の存在である。国家が投資協定を終了させることが間に合わなかった場合には、投資家が国家を相手取って訴訟を提起してくることが可能になる。実際、EU諸国間の投資協定に基づき、多数の投資協定紛争が訴訟提起され、終了させられていなかった投資協定に基づく仲裁付託の効力が問題視されるようになった。

被告となった諸国が主に依拠したのは、既存の投資協定が暗黙裏に終了しているという議論であった。根拠としては条約法条約の54条という条約の終了についてすべての当事国の同意がある場合か、又は同条約59条のすべての当事国

が同一の事項に関し後の条約を締結する場合が根拠として用いられた。

54条に関していえば、既存の条約を終了させる明確な合意と、EU諸条約を位置づけることができるのかが問題となる。

59条に関していえば、はたしてEU諸条約は、既存の投資協定と同一の事項を定めているのかが問題となった。

以上の背景から、EU諸国が締結していた投資協定とEU法との関係が問題となってきた。加盟諸国が新たな投資協定を締結できないこと、そして既存の条約を終了させるべき義務を少なくとも政治的には負うことは明らかであったのだが、それを越えて、既存の投資協定とEU法はその内容として両立し得るのが議論されてきた。

## (2) 欧州司法裁判所 Achmea 事件先決裁定 手続判決

欧州司法裁判所が2018年3月6日に下した Achmea 事件判決は、EU諸国間投資協定がEU法に反する根拠について、EU法解釈の欧州司法裁判所による独占という理屈をはっきりと提示した。

Achmea 事件の経緯は次のとおりである。チェコは2004年に民間医療保険の自由化を認めたが、その自由化措置を2006年に部分的に撤回した。その撤回措置に伴いオランダ企業 Eureko 社は被害を受けたとして、オランダ・

チェコスロバキア投資協定(1992年)に基づきスロバキア政府を相手取って仲裁手続に訴え出た。仲裁は国連国際商取引法委員会(以下:UNCITRAL)の提案する仲裁規則に従って設立された。その後原告 Eureko 社は会社の合併により Achmea 社と社名を変更した。Achmea 事件は2010年に仲裁の管轄権裁定<sup>2)</sup>が下され、2012年に賠償を命じる仲裁本案裁定<sup>3)</sup>が下された。仲裁の被告スロバキアは、仲裁裁定の無効を求めて仲裁地であるドイツの国内裁判所に訴えを提起した。フランクフルトの上級地方裁判所は2014年12月18日にスロバキアの訴えを却下した。スロバキアは連邦通常裁判所に事件を上訴した。

連邦通常裁判所は、EU法の問題について欧州司法裁判所の先決裁定を求めた。先決裁定手続とはEU運営条約267条<sup>4)</sup>に定められる手続であり、EU法に関係する問題に関して加盟国の国内裁判所が欧州司法裁判所に先行して判断を求めるべき事が定められている。ドイツの連邦通常裁判所はこの規定に従って、欧州司法裁判所の判断を求めたのである。

諮問された内容は次の通りである。

1. 運営条約344条<sup>5)</sup>は、欧州連合加盟国間の2国間投資協定(いわゆるEU諸国間投資協定(Intra-EU BIT)に関して、投資協定の締結がこれらの締約国が欧州連合に加盟する前であって、仲裁は当該日までに付託されていない場合だとすると、一方の締約国の投

2) *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension (26 October 2010).

3) *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award (7 December 2012). 以後、判決に触れる際には本文中で関係箇所のパラグラフ番号を括弧書きする形に止める。

4) 第267条【先決裁定】欧州連合司法裁判所は、次のことに関係する先決裁定を下す管轄権を有する。

(a) 両条約の解釈

(b) 連合の各機関又は各組織の行為の効力及び解釈

このような問題がいずれかの加盟国の裁判所に提起され、その裁判所が判決を下すために当該問題に関する決定が必要であると考えられる場合には、当該裁判所は、欧州連合司法裁判所にそれに関する先決裁定を求めることが出来る。

このような問題がその決定に対して国内法上司法的救済がないような加盟国の国内裁判所に係属している事件の中で提起された場合には、その裁判所は、その事案を欧州連合司法裁判所に付託する。

5) 第344条【自己完結性】加盟国は、両条約の解釈及び適用に関する紛争を、両条約に定める以外のいかなる解釈方法にも訴えないことを約束する。

資家が、他方の締約国における投資に関する紛争が生じた際に、後者の締約国を相手取って仲裁に訴えることができるとする協定の条項の適用を排除しているか。

問1への回答が否定的である場合に

2. 運営条約267条は当該規定の適用を排除しているか。

問1及び問2への回答が否定的である場合に

3. 運営条約18条の第1文は、問1で述べられた状況下での当該規定の適用を排除しているか。

欧州司法裁判所には法務官(advocate general)という役職がある。8名の法務官が裁判所を補佐する。法務官は裁判所が判決を下す前に、完全に公平かつ独立の立場から、裁判所において理由を付した意見を提出する<sup>6)</sup>。このAchmea事件においても法務官 Watheletが2017年9月19日付けで意見書を提出している<sup>7)</sup>。その意見書は、EU法はEU諸国間投資協定を排除するものではないとするものであった。344条については、それが加盟諸国が他の手続に付託することを禁じているのであって、投資家の加盟国との間の紛争は、運営条約344条の対象とはなっていない(153)。さらに仲裁裁判所の管轄が2国間投資協定の違反に関する事件に対象が限られており、また2国間投資協定の諸規範の対象は、EU条約及びEU運営条約の対象と同じではない(173-198)。判決はこの法務官意見書と全く異なる内容となった。

欧州司法裁判所は、次のように諮問された問いの1と2を区別せずに議論しているように思える。EU法の下では、EU法の統一的かつ整合的解釈を確実にするために司法制度が整えられている(35)。特に、このEU司法制度の要(keystone)になっているのが運営条約267条の先決裁定手続である。この手続は、それによって裁判所間、とりわけ欧州司法裁判所と加盟各

国の国内諸法廷との対話が可能とするものであり、EU法の統一的解釈を確保することを目的としている。それは解釈の一貫性を保ち、その完全な効果、そして自律性を保ち、最終的にはEU法特有の性格を保つことになる(37)。先決裁定手続に諮問された第1と第2の問いはこの観点から回答されるべきである(38)。

そして裁判所は、投資協定仲裁におけるEU法解釈の可能性について次のように話を進めていく。最初に確認されるべきは、当該二国間投資協定の8条で定められる仲裁廷が解決すべき紛争が、EU法の解釈適用に関係する恐れがあるかである(39)。当該投資協定が仲裁の適用法規として「関係締約国で有効な法」と「締約国間のその他の関係する合意」を定めており、そこにはEU法が含まれ得る(40-41)。

欧州司法裁判所による先行判決手続無しに投資協定に基づく仲裁がEU法を解釈する可能性があることから、投資協定の仲裁条項は「加盟諸国間の相互信頼原則の問題となり、さらにEU運営条約267条に定められる先行判決手続によって確保されている、条約(EUの基本2条約：筆者注)に定められる法の特有の性質の保全の問題ともなっているのであって、それゆえに誠実協力原則と両立しない」と判決は述べる。さらに判決は、当該投資協定の仲裁条項は「EU法の自律性に反対の影響を与えており」、EU運営条約267条及び344条は当該投資協定の仲裁条項のようなEU加盟諸国間で締結された国際合意の条項を排除すると解釈されなければならないと結論づける(58-60)。

このように欧州司法裁判所がEU法はEU諸国間投資協定に基づく仲裁を排除(preclude)していると判断した根拠は、EU法の解釈を仲裁が行う可能性にあった。それはEU諸国が議論の根拠として用いてきていた、リスボン条約によりEU諸国間投資協定は暗黙裏に終了して

6) 中西優美子『EU法』(新世社、2012)72頁。

7) Opinion of Advocate General Wathelet (19 September 2017), Case C-284/16 *Slowakische Republic v. Achmea BV*, ECLI:EU:C:2017:699

いる、という主張とは異なる論拠であった。

Achmea 判決には明らかにされるべき問題が残されている。まず1つには問題となる投資協定仲裁が「EU法に適合せず」、「排除される」ことの意味である。Achmea 判決の議論は、終始一貫して EU 法内在的議論をしていた。EU 法に適合しないことが、EU 法秩序から排除されるという象徴的な意味しかないとしたら、この判決は実は、EU 諸国間投資協定仲裁の問題に何も回答していないに等しい。「排除される」ことの意味を探らなければならない。排除されるとは、無効になることを意味しているのだろうか。

もう一方の問題となるのは、Achmea 判決が示した解釈の射程である。Achmea 事件そのものは、オランダ・チェコスロバキア投資協定という2国間協定の話であり、その意味で限られたものである。Achmea 判決の見解を素直に読めば、EU 法を解釈する可能性がある裁判所は、EU 法に適合せず、排除されることになる。その見解は EU 諸国間投資協定に基づく仲裁に限られない影響を持つ。EU 諸国と第3国がこれまでに締結した投資協定に、その見解は及ぶのか。それは第3国との協定の遵守を定める規定とどう整合するのか。また EU 自身が新たに締結している自由貿易協定にも投資章があり、紛争処理手続も存在している。Achmea 判決の論理に従うならば、新しい自由貿易協定が持つ投資紛争処理手続の EU 法適合性も問題となる可能性がある。

### (3) EU 諸国共同宣言

Achmea 判決がいう「排除」の内容を探る上で参考になるのが、2019年1月15日に EU 加盟国代表が発した宣言<sup>8)</sup>である。その宣言は最初

に Achmea 判決の内容を次のように要約して始めている。

Case C-284/16, Achmea v. Slovak Republic 事件の2018年3月6日の判決において、欧州司法裁判所は「(欧州運営条約の)267条及び344条は、加盟諸国間で締結された協定のなかの、一方の加盟国の投資家が、他の加盟国における投資に関する紛争の際に、当該他方締約国を相手取って、その国が管轄を認めていた仲裁廷に訴えを提起できる条項(投資家対国家の仲裁条項)を排除するものと解釈されなければならない」<sup>9)</sup>。

宣言はさらに、「EU法が加盟諸国の間で締結された2国間投資協定に優位する」と断言し次のように続ける。

結果として、加盟諸国間で締結された2国間投資協定における全ての投資家対国家の仲裁条項は、EU法に反するが故に、適用不能(inapplicable)である。…投資家対国家の仲裁条項に基づき設置された仲裁廷は、2国間投資協定を引き受ける締約国たる加盟国による仲裁付託への有効な申し出が存在しないのであるから、管轄権を欠くことになる<sup>10)</sup>。

宣言は脚注の中で EU 法優位を根拠付ける一般国際法上の根拠について、ウィーン条約法条約及び慣習国際法上の「後法優位」の規定を挙げている。

この共同宣言の主な目的は、EU 加盟諸国間で、EU 諸国間投資協定を終了させる新たな合意を結ぶ意思の確認にあった。その後、EU 加盟23ヶ国は2020年5月5日に条約を締結した。その条約により EU 諸国間で締結されていた従前の投資協定が終了する旨が合意された<sup>11)</sup>。この条約により EU 諸国間の投資協定の EU 法適

8) Available at

[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf) (last visited Sep. 10, 2020).

9) *Ibid.*, p. 1.

10) *Ibid.*

合性問題は政治によって部分的に決着した。今後検討が必要になる問題は、EU諸国と第三国が締結していた投資協定の問題、とりわけ多数国間条約であるエネルギー憲章上の紛争の問題<sup>12)</sup>と、EUが新たに締結している自由貿易協定などにおける投資裁判所規定のEU法適合性問題となる。

#### (4) 欧州司法裁判所2019年4月30日意見<sup>13)</sup>

Achmea判決が示した見解が持つ射程が、実はEU諸国間投資協定に基づく仲裁に限られず、広くEU法を解釈する可能性がある裁判一般に及び得ることから、その射程の範囲が問題となった。その点で次の事例が注目を集めた。Achmea判決より前に、ベルギーがカナダとEUとの包括経済通商協定(CETA)<sup>14)</sup>が定める投資裁判制度がEU法に適合するか否かについて欧州司法裁判所の意見を求めており、それに対して裁判所が意見を述べることになっていたのである。

CETAは、その投資章のF節において投資裁判制度の設置を規定している<sup>15)</sup>。将来的には投資裁判所を設置するという点で、これまでの一般的な投資協定とは異なるが、実体規定の多くは一般的な投資協定と極めて類似している。そうするとAchmea判決で欧州司法裁判所が重視したEU法解釈の自律性の議論はCETAにも妥当する可能性がある。

実際ベルギーは「CETA仲裁は、EUがとつ

た諸措置の当該協定第8章C節及びD節の諸規定に反しているか否かを検討する際に、当該措置の効果を解釈せざるを得ないし、さらに欧州司法裁判所による先行した解釈に必ずしも依拠できない可能性がある」(48)とし、さらに「(CETAの)投資家対国家の仲裁制度規定には、CETAの仲裁がEU法の解釈につき欧州司法裁判所に先決裁定を求める義務を課していないし、またそうできる選択肢も与えられていないのであって、ベルギー王国としては、こういった制度が、それが連合を拘束する最終裁定(final awards)に到る可能性がある場合に、EU法の解釈における欧州司法裁判所の排他的管轄権の原則と両立するのか確認を求めたい」(50)と述べたのである。

2019年4月30日、欧州司法裁判所はEU法とCETAの投資裁判所制度の両立性について意見を下した<sup>16)</sup>。Achmea事件のときとは異なり、欧州司法裁判所は、CETAが定める投資紛争処理手続がEU法と両立的であるとの見解を示した。

裁判所は、欧州司法裁判所とその他の裁判所の関係について整理している。まずCETAの投資家対国家の紛争解決手続がEU法制度の枠外にあることが強調される(113)。裁判所はさらに続ける。「しかしながら、投資家対国家の仲裁手続がEU司法制度の枠外にある事実は、それ自体で、この制度がEU法秩序の自律性に反対の影響を与えることを意味しているわけで

11) Available at [https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en) (last visited Sep. 10, 2020).

12) 首脳宣言に絡んで、Achmea判決がエネルギー憲章上の仲裁にまで及ぶのかについては、EU諸国間でも意見は割れていた。エネルギー憲章仲裁にまで及ぶと考えたのは、EU28ヶ国中22ヶ国で、5ヶ国はAchmea判決はエネルギー憲章について沈黙しているとの立場をとった。Jawad Ahmad, "Introductory Note to Slovakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV (C.J.E.U.) [March 6, 2018]", *International Legal Materials*, vol. 58, pp. 1101 (2019).

13) Judgment of April 30, 2019, *Opinion 1/17 of the Court*, ECLI:EU:C:2019:341.

14) Comprehensive Economic and Trade Agreement (Canada-EU) (Signed: 30 October 2016), ARTICLE 8.31.

15) EUの常設投資裁判所構想について詳しくは、濱本正太郎「常設投資裁判所構想について：ヨーロッパ連合による提案を中心に(1)~(7)」『JCAジャーナル』第64巻(2017年)8号3頁、9号33頁、10号23頁、11号10頁、12号16頁、65巻(2018年)1号44頁、2号16頁参照。

16) Judgment of April 30, 2019, *Opinion 1/17 of the Court*, ECLI:EU:C:2019:341.

はない(115)。「EUが締結した国際協定に関して、EU条約19条が定める裁判所・法廷を持つそうした協定を解釈する管轄権は、協定の当事国である非加盟国の国内裁判所、又はそうした協定により設置される国際裁判所・法廷の管轄権に優位するものではない(116)」。そして裁判所は次のように議論を纏める。

CETAの第8章F節が、法廷、上訴法廷、そして多数国間の投資裁判所を創設すると規定すること、又はそうした法廷が当事者間で適用可能な規則や原則を考慮した上で、協定を解釈適用する管轄を持つことは排除されていない。他方で、それらの法廷がEU法制度の枠外にあることから、それらはCETA以外のEU法の諸規定を解釈適用する権限は持ち得ないし、EU諸機関がEU憲法秩序に従って行動する事を妨げる効果も持ち得る裁定を下すことも許されない(118)。

裁判所は、投資家対国家の仲裁手続がEU法秩序と両立するか否かは、CETAが設置する法廷がEU法を解釈適用する権限を持つか否かを、さらに規定上はそうした権限がないとしても、結果としてEU諸機関がEU憲法秩序に従って行動する事を阻害する効果を持つか否かを検討する必要があると検討の前提を纏めている(119)。

この問題を検討するに当たって、欧州司法裁判所はCETA8.31.2の規定を判断の根拠として重視した。その規定は「仲裁廷は、この協定の違反を構成するとされる措置の、締約国の国内法における合法性について判断する管轄を持たない。つまりある措置と協定との両立性について判断する際に、必要に応じて締約国の国内法を検討するとしても、事実の問題として検討することが許される。さらにその際には、仲裁廷は締約国の裁判所又はその他の機関によって通常とられている国内法の解釈に従わなければならない、さらに仲裁廷により与えられた国内法のいかなる意味も当事者の裁判所や当局を拘束することはない」と定めている。

これらの規定は、投資受入国又はEUが執った措置で、投資家が問題としたものがCETAを遵守していたかを検討することを求められた際に、CETAの法廷が、投資家、国家、そしてEUが提供した情報や議論に基づき、これらの措置の効果を判断すること自体は避け得ないという事実を反映するためだけのものである。こういった検討には、場合によって、被告となった当事国の国内法が検討されることも必要になる。しかしながら、CETAの8.31.2で明確に述べられているように、CETAの法廷によるそのような国内法の検討は解釈と同一視して良いものではなく、反対に国内法を事実の問題として検討することから成立しているのであって、当該法廷は、その際には、当事国の裁判所又は当局によって通常とられている解釈に従う義務があって、さらにこれらの国内当局は法廷が与えた国内法の意味に拘束されることはないのである(131)。

欧州司法裁判所は、CETAの裁判所が国内法(EU法)に言及することがあっても、それは事実としての言及であって、適用法規として解釈することはないのだから、EU法解釈の自律性を害することはないと判断したのである。

## II 検 討

EU諸国は、加盟諸国間で多数の投資協定を締結してきていた。特に後発の加盟国となった中東欧諸国との間では多くの投資協定が存在していて、加盟に伴いその存在が問題となった。EU加盟後に、EU加盟国の投資家が、他のEU加盟国を相手取って既存の投資協定に基づき仲裁に訴え出た事例が数多く出現した。国家側は、EU諸条約により、既存のEU諸国間投資協定は終了したと主張したのだが、仲裁廷がその主張を認めることはなかった。この議論は欧州司法裁判所 Achmea 判決が既存の投資協定がEU法と両立せず排除されることを明言し、さらにEU加盟諸国が共同声明でかかる仲裁が管轄を欠くことを確認したためにさらに大きな議論を招いた。

本章では、おもにこれまでの仲裁判例を整理し、EU諸国側の主張、欧州司法裁判所の2つの文書を一般国際法上どのように位置づけるべきかについて検討していきたい。仲裁判例については、筆者は別稿で2018年<sup>17)</sup>及び2019年<sup>18)</sup>の仲裁動向を分析したノートを纏めている。そのノートでは時系列で仲裁動向を纏めているが、本稿では主張内容に沿ってそれらの判例の主張を整理し直して、提示していきたい。

また2019年の欧州司法裁判所の意見については、筆者はすでに別稿<sup>19)</sup>で国際裁判所において国内法を事実として扱うという国際法上の通説について批判的検討を加えており、そこでの分析を踏まえて、EU法を事実として扱っているから、とした裁判所の意見に批判を加えたい。

#### (1) EU諸条約によりEU諸国間投資協定は終了又は適用停止したのか (条約法条約59条・30条)

EU諸国間投資協定問題に関係する初期の仲裁判例でEastern Sugar事件<sup>20)</sup>を取り上げてみよう。被告チェコ政府は、投資協定が明示に終了させられたとは主張しなかった。チェコの主張は、同国のEU加盟に伴って二国間投資協定が適用不能になったというものであった。チェコの主張の根拠は条約法条約の59条である。すべての締約国が同一の事項に関して新たな条約を締結したという理解である。

EU諸条約と投資協定が同一の事項を規律しているのが問題の焦点であろう<sup>21)</sup>。チェコ政府の見解によれば、「二国間投資協定とEU規則は同一の事項を扱う競合する法的枠組み」

と位置づけられる。「同一の事項」についてチェコ政府は明確に説明しておらず、この議論に関係して複数の主張を提起した。それらには、一方の義務の遵守が、他方の義務の違反を構成するという認識が共通している。「二国間投資協定とEU諸国間投資制度を同時に適用することが不可能であり」、「二国間投資協定の適用が、不差別・平等待遇原則の違反となること、引いてはEUにおける法秩序の統一性に影響し」(106)、また「相互信頼の原則に違反する」(107)とチェコ政府は主張している。

仲裁裁定の分析に入る前に、チェコ政府の見解とは別にこの事件の時点での欧州委員会の見解も紹介しておきたい。欧州委員会は実は初期には国家側の主張と比べると比較的穏やかな見解を示していた。Eastern Sugar事件の際に、被告チェコ政府は欧州委員会にEU諸国間投資協定に関する質問を提起していた。チェコがEUに加盟するに際して、EU諸国との間で締結していた投資協定について質問していたのである。その質問に対して欧州委員会の域内市場部門の担当官であるSchaubからチェコの財務副大臣宛の回答書が判決で引用されているので(119)、その内容を紹介しておきたい。

回答書によれば、「委員会は、EU諸国間投資協定は、その協定が扱う問題が共同体の権限の下にあるならば、終了させられるべきであるとの見解を有している」と述べられている。ただ、「EUの実効的優越は、関係する二国間投資協定の自動的終了を含むものではなく、また必ずしもそれらの規定全ての不適用を含むものでもない。共同体法の優越を害することなくこう

17) 坂田雅夫「2018年貿易・投資紛争事例の概況：投資仲裁決定」『日本国際経済法年報』28号(2019)299頁。

18) 坂田雅夫「2019年貿易・投資紛争事例の概況：投資仲裁決定」『日本国際経済法年報』29号(2020年11月刊行予定)。

19) 投資仲裁における国内法事実論については坂田雅夫「投資協定仲裁における国内法の位置づけ—事実論を再考する—」『国際法外交雑誌』117巻4号29頁(2019)を参照。

20) *Eastern Sugar BV v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award (27 March 2007).

21) Corten & Kleinによる条約法条約のコメンタリーによれば、「諸学説は『同一の事項に関する条約』という用語は厳格に解されるべきであり、二つの条約が同じ目的を有し、対象の範囲が同程度である場合にのみ、当該諸条約は同一事項に関係するととらえられるべきであると考えられる傾向にある」とされている。Olivier Corten & Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary*, vol.2 (Oxford, University Press, 2011), p. 1335.

いった諸協定を終了させるために、加盟諸国は当該協定において定められる手続に厳格に従わなければならないだろう。かかる終了は遡及的な効果を持つものであるはずがない」という見解も示されている。つまりあくまでも EU 諸国間投資協定については、それを終了させるべき義務が EU 加盟諸国にはあるが、それは自動的にかかる投資協定を終了させるものではないとされているのである。そして欧州委員会は、経済金融委員会宛の2006年のノートにおいて法的に不明確な状況を避けるために、加盟諸国は二国間投資協定を終了させる旨の交換公文を締結すべきとの提言までしている<sup>22)</sup>。

Eastern Sugar 事件仲裁裁定は、まずは問題となったオランダ・チェコスロバキア間の投資協定の終了条項を検討する。それによれば協定を終了させるためには6ヶ月前までにその旨を相手国に通告すべきとされている。仲裁裁定の時点でも、オランダ政府又はチェコ政府のいずれからも協定終了の通告は為されていなかった。さらに EU 諸条約に明確な規定があるのかも検討され、既存の二国間投資協定の改廃について規定がないことを確認し、「二国間投資協定、欧州条約、又は加盟条約のいずれも二国間投資協定が今日でも有効であるのか否か明確には述べていない」(154)と裁定は結論づける。

特定の規定がないことから、仲裁廷は国際法一般、とりわけ条約法に関するウィーン条約の規定の検討へと話を進める。問題となるのは条約法条約59条である。第59条は次のように規定している。

第59条〔後の条約の締結による条約の終了又は運用停止〕1 条約は、すべての当事国が同一の事項に関し後の条約を締結する場合において、次の何れかの条件が満たされるときは、終了したものとみなす。

(a) 当事国が当該事項を後の条約により規律す

ることを意図していたことが後の条約自体から明らかであるか又は他の方法によって確認されるかのいずれかであること。

(b) 条約と後の条約とが著しく相容れないものであるためこれらの条約を同時に適用することができないこと。

59条は同一の事項を扱う相前後する条約の問題を規律している。ここで問題となるのは、二国間投資協定と EU 諸条約は同一の事項に関するものかという点であろう。

仲裁廷は、EU 条約と二国間投資協定が同一の事項を対象にしているとするチェコ政府の主張を受け入れなかった。いくつかの実体規定について、両法体系を比較するのだが、仲裁廷が最後に着目したのは投資家対国家の仲裁条項の存在である。「投資の保護促進の観点からすると、仲裁条項は二国間投資協定の実務上最も主要な条項である。公正衡平待遇や十分な保護と保障のような一般原則は、多くの国際的、地域的、又は国内的法律制度に見受けられるが、二国間投資協定の紛争処理条項により投資受入国とは独立した国際仲裁を利用できる投資家の権利は、投資受入国による不当な侵害の可能性から投資を保護する最良の保障である。EU 法にはかかる保障規定が存在していない」(165)。

続いて紹介しておきたいのは、後に欧州司法裁判所に事件が付託されることになった Achmea 事件仲裁裁定である。EU 諸国間投資協定の問題を主に扱った2010年の管轄権裁定の段階では、まだ社名が変更されておらず、原告は Eureko という社名を用いていた。判決時の名前に従い、ここでは Eureko 事件として表記しておこう。

Eureko 事件仲裁裁定<sup>23)</sup>は、比較的詳しく EU 諸国間投資協定問題を検討している。この事件の仲裁廷も、条約法条約51条により条約が

22) *Ibid.*, para. 126.

23) *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension (26 October 2010).

終了したとする被告スロバキアの見解を認めなかった。その根拠として裁定は次のように挙げる。一つは条約法条約59条には、同条約の65条において条約終了に関する手続が定められていることである。条約法条約の規定に従えば、59条の規定は自動的に条約を終了させる性格のものではない。条約を終了させるためには65条の手続を経なければならず、仲裁廷の認識では65条の手続に必要な条約終了の通知が為されていなかったことから、問題となった投資協定はまだ終了していないとされた(234-238)。

二つ目の理由は「同一の事項」の範囲の問題である。仲裁廷は、様々な仮定の事案を検討したうえで、一方の遵守が他方の違反を構成するとはいえないと判断した。基本的にはEU法で定められた程度を越えて投資家を保護することは基本的に諸国の自由の範囲とされ、そこに義務の抵触はないと判断したのである。仲裁廷は次のように述べる。「EU法は二国間投資協定で規定されるような範囲の実体的諸権利を投資家に規定していない。二国間投資協定には規定され、EU法の下では守られていない権利が存在している。結果として、EC諸条約の文面上では、被告及びオランダがその条約によって二国間投資協定に代えようとしたと暗黙のうちに意図していたとはいえない」(262)。「二国間投資協定の規定がEU法と両立しないともいえない。公正衡平待遇、十分な保護と保障、そして収用への保護といった諸権利はEU法で定められた程度を越えており、EU法が保護する権利に加えて、これらの諸権利を充足してはならないとする理由は存在しないのである」(263)。

さて第I章で検討したAchmea事件欧州司法裁判所判決は、EU諸国間投資協定がEU運営条約267条及び344条に反していると判断していた。それではこの規定との関係で、条約法条約59条(そして30条の)「同一の事項」の適用は可能なのだろうか。Achmea判決以降のいく

つかの事例を見ていこう。

2018年のGreentech事件最終裁定<sup>24)</sup>では、多数国間条約であるエネルギー憲章が問題になっていた。エネルギー憲章がリスボン条約により修正されたのかについて、条約法条約30条を検討する。条約法条約30条は「同一の事項に関する相前後する条約の当事国の権利及び義務は2から5までの規定により決定する」としており、そして続いて「3条約の当事国のすべてが後の条約の当事国となっている場合において、第59条の規定による条約の終了又は運用停止がされていないときは、条約は、後の条約と両立する限度においてのみ、適用する」と定めている。

先に検討した初期の諸判例では59条による条約の終了に多くの議論が割かれていたが、Eureko事件仲裁が的確に指摘したように、本来59条は自動的に条約を終了させる規定ではなく、条約終了事由として援用できる規定に過ぎない、条約法条約が定める条約終了の手続規定としての同条約65条の手続を経るまでは、同条約30条により条約の制限適用が問題となるのである。

Greentech事件仲裁裁定は、条約法条約30条の規定に関連してだが、両条約が同一の事項を対象としていないとする。EU運営条約344条が2条約(EU条約とEU運営条約)上の紛争を他の手続に委ねないと定めているのは、国家間の紛争であって、投資家対国家の紛争はその対象ではないので、両条約間には抵触が存在していないとしたのである(344-351)。

その他にも多くの投資協定仲裁が条約法条約に従って、EU諸国間投資協定が、EU諸条約により終了した、又は修正されたとするEU諸国の主張を却下してきている。基本的には同種の議論が並ぶので、個別の仲裁判例の内容などは先述した筆者の別稿<sup>25)</sup>を参考にしてほしい。

24) *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Final Award (23 December 2018).

## (2) 投資協定の解釈における EU 法の尊重 (条約法条約 31 条)

条約法条約59条による条約の終了と30条による事実上の修正の議論を仲裁廷が受入れるところとならなかったために、近年の被告諸国の主張は、新たな根拠として条約法条約31条の条約解釈規則を援用する傾向にある。特に主張の根拠とされているのは条約法条約31条3項である。同条は「文脈とともに、次の物を考慮する」とし、その(c)で「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」と定めている。

Vattenfall 事件 仲裁廷は2018年8月に「Achmea 問題決定」<sup>26)</sup>と題した判断を下している。この事件では、被告ドイツが条約法の後法優先原則又は特別法優先原則に基づく主張をおこない、欧州委員会は条約法条約31条3項(c)の解釈の時に考慮されるべき「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」として EU 運営条約及び Achmea 判決を位置づける主張を提起した。仲裁廷による決定は、欧州委員会の見解に特に対応したものとなった。決定は、条約法条約31条1項の「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」という規定を条約解釈の出発点であると確認する。「解釈される条約を書き換える、又は条約規定の素直な読解を、解釈対象たる条約とは異なる国際法のその他の規則に置き換える」行為は条約法条約31条3項(c)の適切な役割ではないと明言し、欧州委員会の見解が受入不可能であると断じた(154-155)。

EU 諸国の主張によれば、EU 諸国間投資協定仲裁は管轄権を欠くことになっている。これは仲裁手続の利用を認める各投資協定の紛争処理条項を真っ向から否定するものである。条約

法条約31条の解釈規則は、その1項で条約の文言主義を基調と定めている。条約法条約31条3項(c)の「国際法の関連規則」に EU 法を読み込み、それによって、仲裁利用を認める協定の明文を否定することは、31条3項を31条1項に優位ならしめる解釈であり、条約法条約の条文の順番から言って受け入れられないものであろう。

## (3) Achmea 判決の論理の射程はどこまで及ぶのか

Achmea 判決に対して、この2年間の仲裁判例はどのように答えたのだろうか。仲裁の対応は実に様々なものであった。

まず取り上げるべきは Achmea 判決自体がとった EU 法の解釈自体に反論するものである。つまり、EU 運営条約の規定と EU 諸国間投資協定仲裁は両立することを、運営条約自体を根拠に導く立場である。最も典型例は先述の Greentech 事件仲裁であろう。EU 運営条約344条の文言を読めば「加盟国は、両条約の解釈及び適用に関する紛争を、両条約に定める以外のいかなる解決方法にも訴えないことを約束する」と規定されている。この条項での義務主体は、あくまでも「加盟国」であり、その義務内容は欧州司法裁判所以外に事件を付託しないことである。投資家は欧州司法裁判所を使えとも、投資仲裁の利用は禁ずるとも書かれてはいない。つまり投資家が投資協定仲裁を利用したとしても、344条に抵触するとは文言上読み解けないのである。

続いて取り上げるべき事は、Achmea 判決の解釈が EU 法の内在的解釈に止まり、仲裁廷は投資協定に基づく国際法上の独立した法廷であって、それは EU 法には支配されていないとする立場である。

25) 前掲注17及び注18。

26) *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue (31 August 2018).

投資協定仲裁は、投資協定に基づいて設置される条約であり、その意味で設置根拠となった投資協定及び、それを含む国際法から管轄権根拠を得ている。Electrabel 仲裁が、ICSID 仲裁の文脈ではあるが明言するように、「紛争処理機構は国際法によって排他的に支配されている」<sup>27)</sup>のである。

Landesbank 事件は2019年2月に「EU 諸国間管轄権抗弁についての決定」<sup>28)</sup>を下している。Achmea 事件欧州司法裁判所判決について、「仲裁廷は自らの権威を国内法又は EU 法に依存しているわけではなく、国際条約そして国際公法の諸規則に依存している。それゆえに、もちろん当該判決は EU 法におけるその立場の表明として適切に評価されるべきではあるが、この法廷は Achmea 事件欧州司法裁判所判決に拘束されることはない(102)」と断言する。

Magyar 事件は2019年11月に裁定<sup>29)</sup>を下している。仲裁廷は ICSID 条約に基づき管轄権決定権を持ち、投資協定によって仲裁付託が成立しているか否かを独自に決定できる。投資協定の条項と EU 諸条約の関係につき、条約法条約に従って検討する必要があるが、Achmea 判決は条約法条約に関する検討を行っていない。したがって Achmea 判決を仮に尊重しようとしたとしても、問題の解決にあたって当仲裁の参考になるようなことを述べてはいない(205-211)。最後に条約法条約に従って EU 諸条約は投資協定の条項に適用を排除し得るのかが検討される。条約法条約による前後する条約の規定は「同一の主題」に関するものでなければならぬが、EU 運営条約と投資協定は同一主題を

扱っておらず、また仮に同一主題を扱っていると仮定したとしても、規範又は義務の抵触は存在しておらず、条約法条約30条は適用されない(228-248)。

Watkins 事件は2020年1月の裁定<sup>30)</sup>において、「仲裁廷は、EU 法の問題に限ったとしても、EU 諸条約が EU 条約が定めた紛争処理機構以外の存在を禁じているのかについて、また欧州司法裁判所がもつ EU 法解釈の独占というものに被告側がどのような意味が含まれるのかについて、疑いを持っている。しかしながら、条約に基づいて設置される投資仲裁の管轄権を検討するに当たって、これらの問題は関係が無いと考える」(191)。

最後は Achmea 判決の対象を限定しようとする見解を取り上げよう。これは詳しく分けると2つに議論を分けることができる。1つは Achmea 判決が前提としたのは二国間の投資協定であって、多数国間の協定、例えばエネルギー憲章は対象としていないとする立場である。これについては、先述したように EU 諸国の中においても意見が分かれている。もう1つは問題の出発点となった Achmea 事件仲裁が UNCITRAL の仲裁規則に基づく手続だったので、それ以外の手続規則に基づく仲裁、例えば ICSID の仲裁手続等には Achmea 判決が触れていないとする立場である。

前者の例としては、2018年5月 Masdar 事件裁定<sup>31)</sup>がよく引用される最初の判例となった。同裁定は Achmea 事件がオランダ・チェコスロバキア間の二国間投資協定の問題であること、それに対しこの事件がエネルギー憲章という多

27) *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (30 November 2012), para. 4.112.

28) *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45, Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection (25 February 2019).

29) *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award (13 November 2019).

30) *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44, Award (21 January 2020).

31) *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (18 May 2018), para. 678-679.

数国間条約の問題であり、さらに同憲章には EU 自体が当事者として参加していることから、事案の性質が異なり Achmea 事件判決はこの事件には影響しないと結論づけた。Masdar 事件仲裁の数ヶ月後に前述の Vattenfall 事件仲裁廷が「Achmea 問題決定」<sup>32)</sup>と題した判断を下した。同裁定は Achmea 判決に触れながら、EU 法及び Achmea 判決の内容を汲み取るとは困難であるとしながらも、Masdar 事件を引用した上で、Achmea 判決が二国間投資協定に関するものであり、エネルギー憲章のような多数国間条約への適用可能性について同判決が沈黙していることも指摘している (163)。

後者の例としては、同じく2018年10月の UP and C.D Holding 事件<sup>33)</sup>が挙げられる。この事件では、エネルギー憲章のような多数国間協定ではなく、フランス・ハンガリー投資協定という二国間協定が仲裁付託の根拠となっていた。この裁定が着目したのは仲裁手続(及びその適用法規)の違いである。Achmea 判決が前提とした仲裁手続は UNCITRAL の仲裁規則であって、仲裁手続自体の適用法規は仲裁地として選択されたドイツ法が適用されていた。それに対して UP and C.D Holding 事件の管轄権根拠は多数国間条約である ICSID 規程であった。さらに Achmea 事件では、仲裁裁定の無効手続として、ドイツ国内法に基づきドイツの国内裁判所に付託され、それゆえに欧州司法裁判所の先行裁定手続へと事案が付託されたが、それに対して ICSID は規程52条によってそれ自体独自の無効手続を定めている (254-255)。仲裁は、Achmea 判決が ICSID 規程に言及していないことを指摘し、Achmea 判決からでは EU への加盟によってハンガリーが ICSID 規程から拘束

されなくなったと理解するのは不可能と断じる (258)。

#### (4) EU が締結する自由貿易協定の投資章は事実論に依拠することにより Achmea を乗り越えられるのか

Achmea 判決は、問題となった投資協定が、協定に基づく仲裁の適用法規として協定締約国の国内法までも対象としていたことから、この仲裁が EU 法を解釈適用し得ることを問題視した。逆に2019年の意見において、欧州司法裁判所は、CETAの手続が国内法を適用法規としておらず、問題の検討の際にやむを得ず国内法が問題になるとしても、それはあくまでも事実問題として扱われるとされているので、CETAは EU 法と両立すると判断した。

この点で2019年の仲裁からいくつか参考事例を持ってこよう。Eskosol 事件はエネルギー憲章に基づく仲裁廷で2019年5月に EU 諸国間紛争へのエネルギー憲章の適用可能性について決定を下した<sup>34)</sup>。仲裁廷は EU 諸条約がエネルギー憲章に基づく紛争における適用法規となることを否定する。ただ EU 法が事実として検討されることを否定はしていない (112-123)。さらに Achmea 判決については、仲裁廷は判決の理屈がエネルギー憲章を対象とはしていないとする (167-177)。

Belenergia 事件も同じくエネルギー憲章に基づく仲裁である<sup>35)</sup>。仲裁裁定は EU 法を事実としてではなく、仲裁廷における適用法規の一つと断言している (292)。続いてエネルギー憲章と EU 諸条約が「同一の事項に関する相前後する条約」にあたるのかが検討され、仲裁は条約法条約に依拠しつつ、まず同一事項を規定した

32) 前掲注26。

33) *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award (9 October 2018).

34) *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU Disputes (7 May 2019).

35) *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award (28 August 2019).

ものではないとし、仮に同一事項に関するものであったとしても条約法条約及びエネルギー憲章の規定により、エネルギー憲章からの義務の逸脱は認められていないとする(317-320)<sup>36)</sup>。

United Utilities事件はオランダ・エストニア間の二国間投資協定が根拠で、2019年に裁定<sup>37)</sup>が下されている。仲裁廷は、Achmea判決とこの事件の違いとして、Achmea判決が問題として投資協定が国内法を適用法規にしているのに対し、この事件では国内法が適用法規とされていないこと、またAchmea判決がICSIDの手続については触れていないこと、そして欧州司法裁判所の解釈権がEU法に及ぶものであって、本件ではその問題が生じないことを根拠として、Achmea判決の内容がこの事件における仲裁を拘束するという議論を否定した(540)。

欧州司法裁判所の見解を、要約すると、投資協定に基づく仲裁が、EU法を適用法規とするならばそれはEU法に不利に影響するが、EU法を事実として扱うならばEU法に反しない、というものであった。これは国際法廷において国内法は事実として扱われるという国際法の通説的理解を前提としている。

筆者は別稿において、この国内法事実論について検討を加えたことがあった<sup>38)</sup>。通常、国内法事実論は、国内法は事実であるから解釈・適用の対象とはならないと理解される。しかしながら、この理解はこれまでの判例を分析すると誤っていることが明らかである。多くの判例は、国内法を事実といいながら、その内容を明らかにするために解釈と同様の行動をとっている。事実であろうが、適用法規であろうが、それが文章である以上、その内容を明らかにする行為は解釈行為と呼ぶべきである。実際に、国

内法事実論については近年多くの学説により、国内法が国際裁判所により解釈適用されているとして批判を集めてきている<sup>39)</sup>。

この問題の検討に当たっては、「事実」という用語の意味を「解釈適用され得ない」としては、本質を見失う。国内法事実論の「事実」というのは、国際裁判所が「独自」の解釈をおこなうのではなく、国内裁判所における解釈に従えという意味を強く有した用語として位置づけるべきなのである。

本稿で分析されたCETA第8.31.2条を再び確認しておこう。「必要に応じて締約国の国内法を検討するとしても、事実の問題として検討することが許される。さらにその際には、仲裁廷は締約国の裁判所又はその他の機関によって通常とられている国内法の解釈に従わなければならない、さらに仲裁廷により与えられた国内法のいかなる意味も当事者の裁判所や当局を拘束することはない」。議論の中心はこの後ろの個所であって、「事実」という用語そのものにあまりこだわると議論の本筋を見失う。

そうすると欧州司法裁判所のAchmea事件先決裁定判決と翌年の同裁判所意見は整合しない部分が今後出てくる可能性もある。Achmea判決は、EU法外の投資協定仲裁が欧州司法裁判所にEU法の先決裁定を求める権限がないことを問題視していた。裏返すと、EU法を解釈適用するとしても、その問題におけるEU法の解釈を欧州司法裁判所に確認でき、それに従う存在であれば、EU法適合的なのである。それに対して、2019年の意見ではCETAが国内法を事実として扱っているという文言を重視し、EU法適合的と判断したが、CETAの仲裁が参考にする解釈は「国内裁判所で通常とられてい

36) 同裁定は、Achmea事件判決についてはエネルギー憲章が対象外であるとし、2019年のEU共同宣言については、宣言の文言や原告の国籍国であるルクセンブルク及び被告国イタリアによる声明を分析して、エネルギー憲章からの逸脱を意図するものではない、と述べる。

37) *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award (21 June 2019).

38) 前掲注19。

39) 同上、26頁。

る解釈」にとどまる。CETAの手続では、まさに仲裁で問題となっている事案における解釈を事前に各国国内裁判所、又は欧州司法裁判所に確認は出来ないのである。このことは CETA を含む EU が締結した自由貿易協定の紛争処理手続が実際に動き出し、それが欧州司法裁判所のご意向に反する解釈・適用となってしまった場合に、新たな問題として再燃してくる可能性は否定できないであろう。

### おわりに

本稿では欧州司法裁判所の2つの文章を中心に据えて、それに関係する諸国の主張や仲裁判例の動向を分析した。EU 諸国間投資協定の EU 法適合性問題は、様々な議論が複雑に絡んでおり、それぞれの主張の根拠も異なっているために、甚だ不透明な議論状況となっている。

基本的には、2020年1月に欧州各国が新たに EU 諸国間投資協定の終了を定めた合意を締結したために、問題の多くは政治的に決着を見た。問題点としては EU 諸国、又は EU が第三国と締結している協定における紛争処理条項であろう。現時点では投資仲裁は一貫して、EU 諸国側の EU 諸国間投資協定の仲裁は EU 法に反し、管轄権を持たないという主張を却下し続けている。ただこれらの仲裁は、最終的にはその執行又は無効確認を求めて、いずれかの国の国内裁判所を利用せざるを得ない。その際には、EU 加盟諸国の国内裁判所であれば、国内法への EU 法優位の原則が機能し、仲裁裁定の無効が宣言される可能性が高い。実際、Achmea 事件欧州司法裁判所先決裁定判決を受けて、ドイツの連邦通常裁判所は、元の Achmea 事件仲裁裁定の無効を確認している。

そうすると、UNCITRAL の仲裁規則に従えば、仲裁裁定の無効確認は仲裁地の国内裁判所に委

ねられることになるので、EU 諸国の国内での仲裁を避ける動きも見られるようになるかもしれない。実際 Photovoltaic 事件では仲裁地が EU 圏内のパリから圏外のジュネーブへと変更されていた。この変更そのものは Achmea 判決より前の2014年であり、同判決の内容は予想だにできなかった。しかし EU 諸国間紛争の除外抗弁は活発に見られるようになってきた時期であった。この仲裁地の変更の背景にも EU 諸国間投資紛争除外に関する問題意識が関係者で共有されていた可能性も指摘されている<sup>40)</sup>。

40) *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-21, Award (15 May 2019), 梶間茂樹「チェコ共和国の太陽光発電に関する優遇政策の不利益変更が公正衡平待遇義務違反にならないと判断された例」『JCA ジャーナル』67巻5号29頁、34頁(2020)参照。

## The Compatibility Problem of Intra EU Investment Treaty Arbitration and EU Law

Masao Sakata

An issue related to the question of the effect of the transfer of the power of concluding agreements concerning the Foreign investment from member states to European Union (EU) is the question whether the new investment competence of the EU implies that Bilateral Investment Treaties (BITs) concluded among Member States, so-called intra-EU-BITs, have become incompatible with EU law and whether such potential incompatibility implies their automatic termination.

On March 6, 2018, the Court of Justice of the European Union (CJEU) issued its preliminary ruling declaring that EU law precluded the investor-state arbitration in *Slovak Republic v. Achmea* Case. In its judgment, the CJEU ruled that the arbitration conducted under the premise of a bilateral investment treaty between the Slovak Republic and the Netherlands was incompatible with EU law, particularly the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The *Achmea* decision concerned the probability of interpretation of EU law by BIT tribunals and so incompatibility of the BIT with TFEU Articles 18, 267 and 344, and did not address the investor-state dispute settlement mechanism in the multilateral treaty such as Energy Charter Treaty or new type economic agreements among EU and other states.

On April 30, 2019, the CJEU rendered Opinion 1/17 on the compatibility with EU law of the Investment Court System (ICS) under the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union and its member states (CETA). The CJEU held that the ICS provisions were compatible with EU law. The CJEU was satisfied that the ICS did not require the CETA tribunals to interpret or apply EU law. It bore in mind the applicable law clause under Article 8.31.1, which referred only to its provisions “as interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, and other rules and principles of international law applicable between the Parties.” That provision also stated that the CETA tribunals would not have jurisdiction “to determine the legality of a measure . . . under the domestic law of a Party.” In addition, the CJEU relied on Article 8.31.2, which provides that CETA tribunals may consider domestic law (including EU law) as a matter of fact and “shall follow the prevailing interpretation” given by courts of the respondent state, holding that this reflected that CETA Tribunals would not interpret EU law. The CJEU further considered that Article 8.21 preserved the exclusive jurisdiction of the CJEU to determine the division of powers between the EU and its member states.

In many investment arbitrations, some respondent Member States have asserted that the incompatibility between intra-EU BITs and EU law would lead to the formers' automatic termination. Investment tribunals have generally rejected the claim that intra-EU-BITs EU law would be incompatible as matter of treaty law. As a result they have usually upheld their jurisdiction based on the continued validity of intra-EU-BITs. In early case, the *Eastern Sugar* tribunal rejected the argument that the alleged incompatibility would have led to an automatic treaty termination pursuant to Article 59 Vienna Convention on the Law of Treaties, holding that the *Czech Republic/Netherlands BIT* and EU law did not cover the same subject-matter. In many other arbitral tribunals, the allegation of EU States and European Commission has been rejected by various reasoning.