

Ⅶ 投資協定に関する欧州連合と構成国との権限配分

(濱本 委員)

はじめに

- I. 外国直接投資への EU 権限の拡大
 - A. リスボン条約前の状況
 - B. 変革の動き
- II. EU と EU 構成国との間での権限配分の現状
 - A. 中東欧諸国の EU 加盟に伴う第三国との BIT 改訂交渉
 - B. 第三国との BIT の EC 条約両立性が ECJ で争われた事例
- III. 日本が EU 構成国と BIT を締結する際に生じる問題
 - A. 条約当事者＝締結交渉の相手方 混合協定
 - B. 投資紛争仲裁
 - 1. 被申立人
 - 2. 仲裁判断の執行

おわりに

はじめに

欧州連合(EU)は、2009 年 12 月 1 日のリスボン条約発効に伴い、新たな統合段階に入った。それまで存在していた欧州共同体(EC)が名実共に消滅し、EU が明確に国際法人格を有する主体として新たな形で出現することとなった。

国際投資法の観点からも、極めて大きな変化が見られる。すなわち、EU 運営条約¹ (実質的に EC 設立条約を引き継ぐ条約) 207 条 (EC 条約 133 条) に、EU が排他的権限を有する共通通商政策² の中に「外国直接投資」が明示的に含まれたことである。この変化により、例えば日本が EU 構成国と二国間投資協定(BIT)を締結することはできなくなるのか、あるいは、できるとしても何らかの影響を受けることになるのか。本稿は、この問題を中心に検討する。

以下、まず、いかなる経緯を経て EU の共通通商政策に外国直接投資が含まれるようになったかを概観する (I.)。そして、投資に関する EU と EU 構成国との間での権限配分の現状を概観し (II.)、最後に、リスボン条約発効後の現在、日本が EU 構成国と BIT を締結しようとする場合に生じるであろう問題を検討する (III.)。なお、EU 法の観点からは、EU

¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne / Treaty on the Functioning of the European Union. 「欧州連合のはたらきに関する条約」と訳すのが原語の語感に最も忠実であろうが、本稿では、ほぼ定着しつつある EU 運営条約の語を用いる。

² リスボン条約発効前、すでに、共通通商政策に関して EC が排他的権限を有する (すなわち、構成国は権限を一切有さない) ことは ECJ の判例法上確立していた。同条約発効に伴い、共通通商政策に関して EU が排他的権限を有することが条約上明記されるに至った (EU 運営条約 3 条 1 項(e))。

構成国相互間に存在するBITとEU法との関係がより深刻な問題として存在するが、その問題は日本とは直接に関係するものではないため、本稿では扱わない³。

I. 外国直接投資への EU 権限の拡大

A. リスボン条約前の状況

ある事項につきECが条約締結権限を有するかどうかは、EC条約に明記されていない場合、ECが当該事項に関する対EC内的権限を有すると認められるかどうかには依存する⁴。投資に関連するECの対内的権限を示す規定としては、EC条約 49 条 2 段（第三国⁵民のサービス提供者に対する規制権限）、57 条 2 項（第三国との間の資本移動規制）、59 条（経済通貨連合維持のための対第三国資本移動規制）、60 条 1 項（共通外交安全保障政策実施のための対第三国資本移動規制）が挙げられる。しかし、一見して判るように、これは通常の国際投資協定(IIA)が対象とする事項のごく一部のみでしかない。そこで、EU構成国はこれまで単独で投資協定を数多く締結してきている。また、ECが当事者となる自由貿易協定(FTA)の中に投資に関する規定がおかれる場合、常に混合協定の形態がとられ、しかも投資保護に関する規定はほとんどおかれず⁶、実質的な投資保護はEU構成国個別のBITによることが予定される⁷のが常態であった。

B. 変革の動き

³ この問題が自覚的に論じられたものが、Eastern Sugar 仲裁の部分判断である。Eastern Sugar v. Czech Republic, SCC No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007. <<http://ita.law.uvic.ca/>> この問題一般については、以下を参照。Loïc Azoulay & Walid Ben Hamida, “La protection des investissements par le droit primaire – droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire”, in Catherine Kessedjian & Charles Leben, sous la direction de, *Le droit européen et l’investissement*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2009, pp. 69-88; Sophie Nappert, « Le droit dérivé et les investissements », in Kessedjian & Leben, *supra* note 3, pp. 89-95; Catherine Kessedjian, « L’arbitrage comme mode de règlement des différends est-il permis en cause par le droit européen ? », in Kessedjian & Leben, *supra* note 3, pp. 107-121; Hanno Wehland, “Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, pp. 297-320; Eric Teynier, “L’applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre Etats membres de l’Union européenne”, *Gazette du Palais*, 2008, Doctrine, pp. 690-697; Bruno Poulain, “Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l’Union européenne”, *Revue générale de droit international public*, t. 111, 2007, pp. 803-828; Christer Söderlund, “Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty”, *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007, pp. 455-468.

⁴ AETR 事件 ECJ 判決 1971 年 3 月 31 日、R., p. 263.

⁵ EU/EC 法の文脈において「第三国」は常に非 EU 構成国を意味する。

⁶ E.g. Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed on 15 October 2008, *Official Journal of the European Union*, 30 October 2008, L 289/I/3.

⁷ E.g. Article 21(2)(b), Agreement establishing an association between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Chile, of the other part, signed on 18 November 2002, *Official Journal of the European Union*, 30 December 2002, L352.

世界貿易機関(WTO)設立時にECが単独でWTO諸協定当事者となるべきかどうか問題となり、結局ECと共にEC全構成国もWTO諸協定に参加することとなって⁸以来、EC共通通商政策の対象範囲の拡大について議論が重ねられてきた⁹。その流れの中で、EC構成国の締結しているBITとEC設立条約との非両立性が意識されるようになり、欧州委員会は投資に関する権限を共通通商政策に含めるべく提案を重ねた¹⁰。そして、知的財産権やサービスに関する権限が共通通商政策に含められることになったことを直接のきっかけとして——サービスに関する規制と投資規制とが一部重複することは改めて指摘するまでもない——、2004年憲法条約(未発効のまま)は、III-315条(共通通商政策)において、「外国直接投資」が共通通商政策の対象範囲内にあることを明記するに至った。もっとも、当時の議論の焦点はという経緯のため、憲法条約起草過程において、共通通商政策に外国直接投資が含まれるべきかどうか、含まれるとしてそれがどのような効果をもたらすかについて、議論らしい議論がなされた形跡はない¹¹。

憲法条約批准過程が、2005年のフランス・オランダ国民投票による批准否決により暗礁に乗り上げる中、EUは、投資に関するEU権限を拡張する準備を進めた¹²。2006年に委員会が作成し理事会により採択された「EU自由貿易協定における投資ミニマム・プラットフォーム」は、通信・運輸に関するサービス業に限定してではあるものの、EUが締結するFTAに投資に関する規則を含める案を提示した¹³。

2007年に採択されたリスボン条約は、多くの面で2004年憲法条約をそのまま引き継いでおり、共通通商政策についても、新たなEU運営条約207条は、憲法条約III-315条同様、「外国直接投資」をその対象として含むこととなった。憲法条約批准過程停止後の極めて困難な政治過程の中で採択されたリスボン条約の起草過程は必ずしも明らかになっておらず、EU運営条約207条がどのような議論を経て(あるいは議論を経ずに?)現在の条文に至ったのかは不明である。

II. EUと構成国との間での権限配分の現状

⁸ Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property - Article 228 (6) of the EC Treaty. - Opinion 1/94, R. 1994, p. I-5267.

⁹ アムステルダム条約によるEC条約133条5項の新設、ニース条約によるEC条約133条5項から7項の改正・新設。

¹⁰ Commission of the European Communities, Report on the Operation of the Treaty on European Union, 10 May 1995, SEC(95) 731 final, p. 58; Commission of the European Communities, Adapting the Institutions to Make a Success of Enlargement, 26 January 2000, COM(2000) 34 final, p. 26.

¹¹ Voir Eleftheria Neframi, *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 191, n. 328.

¹² その背景には、EU構成諸国が締結しているBITの投資家保護水準は十分ではなく、世界的に見てEU圏の投資家は不利な立場にある、との欧州委員会の認識があったようである。See European Commission, Note for the attention of the 133 Committee, Issue Paper: Upgrading the EU Investment Policy, 30 May 2006, MD: 268/06.

¹³ Minimum platform on investment for EU FTAs – Provisions on establishment in template for a Title on "Establishment, trade in services and e-commerce", 28 July 2006, D (2006) 9219. See also Niklas Maydell, "The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence", in August Reinisch & Christina Knahr, *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, pp. 73-92.

上で見たように、現在では EU は外国直接投資について排他的権限を有するに至っている。しかし、ポートフォリオ投資については明示規定がなく、その限りでは権限配分の状況が不明確なままである。しかも、リスボン条約発効から間もない現段階では、EU 運営条約の下で EU がポートフォリオ投資にいかなる権限を有するかについて生じた紛争はまだ存在しない。そこで、以下、リスボン条約発効前に投資全般をめぐって EU と構成国との間の権限配分が問題となった事例をとりあげ、リスボン条約発効後の現在の状況を明らかにするために参考となる要素を抽出することを試みる。

A. 中東欧諸国の EU 加盟に伴う第三国との BIT 改訂交渉

1989 年の中欧革命あるいは体制変更後、中東欧諸国は相次いで西側諸国と BIT を締結した。EU 非構成国との間では、アメリカ合衆国あるいはカナダとの間で多くの BIT が締結されている。

その後、中東欧諸国の多くが EU と加盟交渉を始めるにあたり、これら第三国との BIT と EC 設立条約との両立性が問題となった。もちろん、これら中東欧諸国が EC 設立条約当事国となり、かつ、同条約とそれら諸国が締結していた第三国との BIT とが矛盾したとしても、いずれの条約も完全に有効なものとして存続することになる¹⁴。しかし、実践的に不都合が頻繁に生じることは当然であり、BIT と整合するように EC 設立条約を改正することが事実上考えられない以上、BIT の方を EC 設立条約と整合するように改正しなければならないことになる。

そこで、EU（欧州委員会）は、アメリカ合衆国と既存の BIT の改正に関する交渉を行い、2003 年に改正交渉の進め方に関する合意に到達した。その合意文書¹⁵によれば、資本移動やパフォーマンス要求などについて、EU 構成国としての義務との両立性を確保するために必要な改正を加えることとされている。この合意に基づき、実際に条約改正がなされている。

たとえば、1991 年のチェコ・米 BIT¹⁶ は、2003 年議定書¹⁷により大要以下のように改正された。

・パフォーマンス要求禁止 BIT 2 条 5 項

【議定書 1 条】農業・オーディオヴィジュアル分野に関しては、EU の採択する措置に基づく義務を履行するためにチェコがとる措置を制約するものではない。

¹⁴ 参照、EC 設立条約 351 条、EU 運営条約 351 条。

¹⁵ アメリカ合衆国との合意文書は、Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties, signed by the U.S., the European Commission, and acceding and candidate countries for accession to the European Union (September 22, 2003). <<http://www.state.gov/s/l/2003/44366.htm>>。

¹⁶ The Treaty between the United States of America and the Czech and Slovak Federal Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of October 22, 1991. <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002809.asp>

¹⁷ Additional Protocol between the United States of America and the Czech Republic to the Treaty between the United States of America and the Czech and Slovak Federal Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of October 22, 1991, signed at Brussels on December 10, 2003, 108th Congress, 2d Session, Senate, Treaty Doc. 108-18.

- ・内国民待遇の例外 BIT 2 条 1 項、Annex

【議定書 4 条】農業・オーディオヴィジュアル業・保険業・漁業・石油天然ガス業などを追加。

- ・最恵国待遇の例外 BIT 2 条 1 項、Annex

【議定書 4 条】農業・オーディオヴィジュアル業・石油天然ガス業

アメリカ合衆国は、このほか、エストニア¹⁸・ラトヴィア¹⁹・リトアニア²⁰・ポーランド²¹・スロヴァキア²²と、同様の議定書によりBITの改正を行っている。同国は、このほかEU構成国としてはブルガリア・ルーマニアともいずれも 1992 年にBITを締結しているが、EU加盟の遅れたこの両国とはまだ条約改正を行っていないようである。

カナダも同様の交渉を欧州委員会および BIT 相手方当事国（チェコ・ハンガリー・ラトヴィア・ポーランド・ルーマニア・スロヴァキア）と 2004 年に開始した。カナダは米国と異なり、これを機にBITを全面的に見直して新規の条約を締結するという手法をとり、現在、ラトヴィア²³・チェコ²⁴・ルーマニア²⁵との間で新たなBITが署名されている（いずれも未発効）²⁶。これら条約には、BIT 上の義務が EU 構成国としての義務と矛盾しないことを確保するための規定がおかれている（例、カナダ・ラトヴィア BIT 4 条 2 項～4 項、5 条 3 項、18 条 3 項・4 項）。

B. 第三国との BIT の EC 条約両立性が ECJ で争われた事例

¹⁸ Protocol between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia to the Treaty for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment of April 19, 1994, signed at Brussels on October 24, 2003, 108th Congress, 2d Session, Senate, Treaty Doc. 108-17.

¹⁹ Additional Protocol between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Latvia to the Treaty for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment of January 13, 1995, signed at Brussels on September 22, 2003, 108th Congress, 2d Session, Senate, Treaty Doc. 108-20.

²⁰ Additional Protocol between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Lithuania to the Treaty for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment of January 14, 1998, signed at Brussels on September 22, 2003, 108th Congress, 2d Session, Senate, Treaty Doc. 108-21.

²¹ Additional Protocol between the United States of America and the Republic of Poland to the Treaty between the United States of America and the Republic of Poland concerning Business and Economic Relations of March 21, 1990, signed at Brussels on January 12, 2004, 108th Congress, 2d Session, Senate, Treaty Doc. 108-22.

²² Additional Protocol between the United States of America and the Slovak Republic to the Treaty between the United States of America and the Czech and Slovak Federal Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of October 22, 1991, signed at Brussels on September 22, 2003.

²³ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Latvia for the Promotion and Protection of Investments, signed on 5 May 2009.
<<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/LatviaFIPA-eng.pdf>>

²⁴ Agreement between Canada and the Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments, signed on 6 May 2009. <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/CzechFIPA-eng.pdf>>

²⁵ Agreement between the Government of Canada and the Government of Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed on 8 May 2009.
<<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/RomaniaFIPA-eng.pdf>>

²⁶ その他 3 国との間では交渉中とのことであり、2010 年 3 月 29 日現在、これら 3 国のいずれかとの間で新たな BIT はまだ書名に至っていない。

上記（「I. B.」）のとおり、EU が投資についても権限を拡大する動きを見せる中で、EC 設立条約改正を待たずに、既存の EC 設立条約のいくつかの規定と BIT との両立性も問題視されるようになった。

欧州委員会が指摘したのは、オーストリア・デンマーク・フィンランド・スウェーデンが第三国と締結したBITに含まれる送金規定の中に、送金の自由を制約する事由が定められていないものがあり²⁷、EC設立条約に基づいて課され得る資本移転制約（EC設立条約 57 条 2 項（EU運営条約 64 条 2 項）、59 条（66 条）、60 条（75 条））と矛盾するおそれがある、ということである²⁸。そして、欧州委員会は、条約改正に応じる意思を表明したデンマーク²⁹を除く 3 国を欧州司法裁判所（ECJ）³⁰に提訴した。

オーストリアとスウェーデン（および訴訟参加したドイツ・リトアニア・ハンガリー）は、EC設立条約の上記諸規定に基づく資金移転制約は関連BIT当事国との関係においてははまだ具体的には設定されておらず、BITとの矛盾はあくまで仮定的なものであるから、現段階においてEC設立条約違反を問うことはできない、と主張した³¹。ECJ（大法廷）は、これら諸国の主張を退け、EC設立条約に基づく資金移転制約措置は理事会による決定があれば直ちに実施される必要があることを理由として、オーストリアおよびスウェーデンによるEC設立条約 307 条違反を認定した³²。

フィンランドは、同国が締結するBITの送金規定に「当事国の法令に従ってsubject to its laws and regulations」との定めがある³³ことを理由に、EC設立条約およびそれに基づく措置はフィンランド法秩序の一部をなすのだからBITとEC設立条約との矛盾は生じない、と主張した³⁴。しかし、ECJは、一般論としてはそうだとしても、EC設立条約およびそれに基

²⁷ E.g. Article 5, Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Korea for the Encouragement and Protection of Investments, signed at Vienna on 14 March 1991, entered into force on 1 November 1991, *UNTS*, vol. 1655, I-28479.

²⁸ “Free movement of capital: infringement procedures against Denmark, Austria, Finland and Sweden concerning Bilateral Investment Treaties with non-EU countries”, 10 May 2004, IP/04/618.

²⁹ デンマークに加えて、チェコ・イタリア・マルタが第三国と締結した BIT のいくつかを廃棄したと言われている。Bruno Poulain, “Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux”, *Revue générale de droit international public*, t. 113, 2009, p. 873, p. 875, n. 10.

³⁰ リスボン条約発効前の正式名称はヨーロッパ共同体司法裁判所(the Court of Justice of the European Communities)であった。同条約発効に伴い、ヨーロッパ連合司法裁判所(the Court of Justice of the European Union)と改称された。

³¹ Commission v. Austria, C-205/06, Judgment, Grand Chamber, 3 March 2009, paras. 18-23; Commission v. Sweden, C-249/06, Judgment, Grand Chamber, 3 March 2009, paras. 17-24. <<http://curia.europa.eu/>>

³² Commission v. Austria, *supra* note 31, paras. 36, 44-45 ; Commission v. Sweden, *supra* note , paras. 37, 44-45. この二つの判決文は、ほぼ同一である。本両判決の評釈として、Eleftheria Neframi, « Renforcement des obligations des Etats membres dans le domaine des relations extérieures », *Revue trimestrielle de droit européen*, t. 45, 2009, pp. 601-621; Panos Koutrakos, “Case C-205/06, Commission v. Austria, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported”, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 2059-2076; Michele Potestà, “Bilateral Investment Treaties and the European Union: Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, p. 225, pp. 238-245.

³³ E.g. Article 7, Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments, signed at Kandy on 27 April 1985, entered into force on 25 October 1987, *UNTS*, vol. 1499, I-25813.

³⁴ Commission v. Finland, C-118/07, Judgment, 19 November 2009, para. 16. <<http://curia.europa.eu/>>

づく措置が当該BITの当該規定に言うところの「当事国の法令」に該当するかどうかでは定かでなく、あいまいな解釈に依拠することはできないとして、やはりフィンランドによるEC設立条約 307 条違反を認定した³⁵。

この3つの判決に対しては、批判的見解も少なくない³⁶。しかし、オーストリアとスウェーデンの事件は大法廷判決であることからしても、この判断が変更される見込みは少なくとも短期的にはないと理解すべきである。

Ⅲ. 日本が EU 構成国と BIT を締結する際に生じる問題

以上の展開を前提として、リスボン条約発効後、日本について生じる問題を以下検討する。日本は、2010 年 3 月現在、いずれの EU 構成国とも BIT を締結していないので、新規に BIT を締結する場合のみが検討対象となる。そこでまず何よりも問題となるのは、条約締結交渉の相手方である（「A.」）。さらに、BIT を締結することができたとして、日本企業が BIT 上の仲裁を利用しようとする場合、誰を相手に仲裁を申し立てるか、さらに勝訴したとしていかにして執行するか、という問題もある（「B.」）。

A. 条約当事者＝締結交渉の相手方 混合協定

リスボン条約により共通通商政策に外国直接投資が含まれるようになったため、EU 構成国はもはや単独で BIT を締結する権限を有していない。したがって、EU 構成国の一つのみ（たとえばハンガリーだけ）と BIT を締結することは、現在では不可能になっており、EU 構成国と投資保護協定を締結しようとするならば、混合協定（EU それ自身と、EU 構成国の全てとが当事国となる条約）を締結しなければならない³⁷。

上記「Ⅱ. A.」に述べたように、アメリカ合衆国およびカナダは、EU 構成国との BIT 改訂にあたり、混合協定を締結することはなかった。しかし、全てリスボン条約発効前³⁸に締結された協定であり、参考にはならない³⁹。なお、カナダ外交通商省ウェブサイトによ

³⁵ *Ibid.*, paras. 38, 40, 42-43.

³⁶ たとえば、BIT 送金自由規定が当該 EU 構成国国内裁判所において直接適用可能でないとすれば（政策判断の要素が大きいところから、直接適用可能性が否定される見込みは高い）、送金規制措置をとったとしても法的に争う場としては BIT に基づく仲裁しかなく、BIT 仲裁では賠償義務が課されるにしても送金実現（特定履行）は課されない、との立場もある。Thomas Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, p. 383, p. 410.

³⁷ Jacqueline Dutheil de la Rochère, “Le pouvoir des Etats membres de l’Union européenne de conclure des traités bilatéraux d’investissement”, in Kessedjian & Leben, *supra* note 3, p. 27, p. 33 ; Markus Burgstaller, “Les aspects procéduraux de l’arbitrage – qui est partie?”, in Kessedjian & Leben, *supra* note 3, p. 124, p. 141.

³⁸ カナダの3つの改正 BIT はいずれも 2009 年 5 月に署名されており、これはリスボン条約の帰趨が定かでない時点であったことに注意が必要である。リスボン条約の発効が確実視されるに至ったのは、2009 年 6 月のドイツ連邦憲法裁判所による合憲判決、そしてとりわけ 2009 年 10 月のアイルランド国民投票（二回目）による可決を経てからである。

³⁹ EU の基本条約（EU 条約および EU 運営条約）と矛盾する条約を第三国と締結している EU 構成国は、EU 基本条約上負う義務と矛盾しないように当該第三国との条約を改正ないし終了させることを求められる（EU

れば、カナダはハンガリーとスロヴァキアとの改正BITに 2009 年末までに署名の予定とされている⁴⁰が、カナダ政府条約ウェブサイト⁴¹に 2010 年 3 月 29 日現在当該BIT署名の記録はなく、現在まだ署名に至っていないものと思われる。今後の帰趨が注目される。

この他、EUとはEU権限の範囲で枠組条約を締結し、EU構成国権限にわたる部分については全部または一部の構成国と個別の条約を締結する、という提案も見られる⁴²。しかし、この方法は、EU権限とEU構成国権限との「境界画定」を明確に行うことができることを前提としており、余り現実的とは考えられない。

B. 投資紛争仲裁

混合協定となると、相手方当事国には EU 内の先進国（独・仏・英など）を必然的に含むことになる。そのような条約に投資家対投資受入国の仲裁を定めることが政策上適切かどうかの議論はあり得るところだが、ここでは、日本が締結する他の BIT 同様の仲裁制度が定められることを前提に議論を進める。

1. 被申立人

もちろん、EUの権限に基づく措置（例、送金規制に関するEU運営条約 64 条 2 項、66 条、75 条に基づいてとられる措置）から生じる紛争の場合、EUを相手取って仲裁を申し立てることになる⁴³。反対に、構成国の権限に基づく措置（例、直接収用⁴⁴）から生じる紛争については、当該構成国を相手取って申し立てることになる。

問題は、構成国がとる措置で、それがEUの権限に基づくものかどうかが判然としない場合である。ECおよびEC構成国がそれぞれ当事者となっているエネルギー憲章条約の

運営条約 351 条 2 段)。もっとも、いつまでに改正ないし終了させなければならないかは、条約上明らかでない。共通通商政策が導入された際には 12 年の移行期間が設定された（1957 年の欧州経済共同体(EEC)設立条約 111 条、*Décision du Conseil du 9 octobre 1961 relative à l'uniformisation de la durée des accords commerciaux avec les pays tiers*, *Journal officiel des Communautés européennes*, le 4 novembre 1961, n° 71, p. 1274; *Décision du Conseil du 16 décembre 1969 concernant l'uniformisation progressive des accords relatifs aux relations commerciales des États membres avec les pays tiers et la négociation des accords communautaires* (69/494/CEE), *Journal officiel des Communautés européennes*, le 29 décembre 1969, n° L 326, p. 42) が、今回はまだ移行期間に関する措置はとられていない。過半数の EU 構成国は、自国が締結した既存の BIT を維持したいと考えている。EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 17 November 2009, Council Doc. 17446/09, para. 17.

なお、EU 構成国と第三国との間に締結されている友好通商航海条約については、それが共通通商政策の実施に害にならない限りにおいて改正ないし終了の必要がないことが EU 理事会により決定されている(Council Decision 2001/855/EC, 15 November 2001, *Official Journal of the European Communities*, 2001 L 320/13) が、BIT について類似の決定は存在しない。

⁴⁰ <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/eu6-ue6.aspx>>

⁴¹ Canada Treaty Information <<http://www.treaty-accord.gc.ca/>>

⁴² Markus Burgstaller, “European Law and Investment Treaties”, *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009, p. 181, p. 215.

⁴³ なお、ICSID 条約は国家のみが当事者となり得る（67 条）ため、EU との関係では ICSID 仲裁を利用することはできない。追加的制度(Additional Facility)も、現状の規則（2 条）ではやはり EU による利用は困難である。

⁴⁴ EU 運営条約 345 条は、所有権に関する規制につき EU が一切権限を持たないことを定めている。これは、直接収用については EU は一切関知しないことを意味する。Dutheil de la Rochère, *supra* note 37, p. 32.

場合、ECおよび／あるいはEC構成国に対して仲裁の申立があるとき、どちら（あるいは両方）が被申立人となるべきかをECとEC構成国とで 30 日以内に決定する、との宣言がECによってなされている⁴⁵。これは、EUとEU構成国との間の権限配分問題を仲裁申立後にまで先送りするものであり、相手方当事国投資家の法的地位を不安定にするとも言えなくはないが、EU権限の動態的性質を考慮するならば、やむを得ない規定である。日本がEUおよびEU構成国と混合協定を結ぶ場合、同旨の規定をおくことも考えられる。

2. 仲裁判断の執行

EU が被申立人となる仲裁手続において EU が敗訴し、かつ当該仲裁判断を自発的に履行しようとししない場合、勝訴投資家は、EU 運営条約 265 条・266 条に基づく不作為訴訟を ECJ に提起することができる。

EU構成国が被申立人となる仲裁手続の場合は、通常の投資協定仲裁と同様である。仲裁判断の執行がEU基本条約（EU条約・EU運営条約）と両立しない場合には公序則の援用により当該仲裁判断の執行を拒否すべきとするEco Swiss判例⁴⁶は投資仲裁にも適用され得るが、EU構成国を被申立人とする仲裁はEU権限が関与しない場合に限定され则认为されることから、Eco Swiss判例による執行の拒否は現実の問題とはならないであろう。

おわりに

リスボン条約は発効したばかりであり、これからの実際の運用の中で明らかにされていくのを待たざるを得ない要素も多く含まれている。たとえば、共通通商政策の対象となる「外国直接投資」の定義はEU運営条約には含まれていない。EU構成国内で設立された企業の株式10%を保有する場合、それがEU運営条約207条にいう「外国直接投資」であるかどうかを知るためには、最終的にはECJの判決を待つほかなかろう。EU権限とEU構成国権限との「境界画定」にかかるこのような問題は、EU外にいる者にとってのみならず、EU関係者にとっても難問であり、条約締結段階では混合協定形式をとることによって対応し（問題を先送りし）、紛争処理の段階になってようやく権限配分が当該事例に関する限りで明確化されることになるだろう。いずれにせよ、多くは今後の展開に残されている。

⁴⁵ Statement Submitted by the European Commission to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, *Official Journal of the European Communities*, 9 March 1998, L 69/115.

⁴⁶ Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, C-126/97, judgment of the Court, 1 June 1999, R.1999, p. I-3055, paras. 35-37, 39, 41.