



RIETI Discussion Paper Series 07-J-036

サービス貿易の自由化を伴う FTA における利益否認条項 —FTA の非柔軟性に直面する締約国のための「裏口」は開くのか？—

渡邊 伸太郎

長島・大野・常松法律事務所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

サービス貿易の自由化を伴う FTA における利益否認条項
——FTA の非柔軟性に直面する締約国のための「裏口」は開くのか？*——

渡邊伸太郎**

要旨

本稿は、自由貿易協定（FTA）のサービス貿易に規定される義務に対する例外条項の一つである利益否認条項を分析したものである。

サービス貿易に関する FTA を締結するためには、FTA の締約国は「相当な範囲の分野」において「実質的にすべての差別」を撤廃することが求められるが、サービス貿易の FTA においては業種横断的な例外条項のメニューが物品の貿易に関する FTA よりも少なく、将来の予測できない事態に対応するために FTA 締約国が利用することのできる手段が限定されている。利益否認条項はこの FTA における例外条項の限定性ないし FTA の非柔軟性の問題に対処するためのいわば「裏口」（backdoor）のような条項であり、また、FTA ごとに規定内容の差異が顕著である。

以上を前提に、本稿では、FTA のうちサービス貿易に関する規定における「相手方締約国の法人」の定義条項及び利益否認条項の組み合わせを分析し、FTA を GATS 型、EC 型及び NAFTA 型の 3 つの類型に分類している。また、利益否認条項の類型として、国籍型及び外交関係・措置型の 2 つに大別している。

さらに、本稿は、関連する投資仲裁事件の仲裁判断先例も参照しつつ、利益否認行為が FTA 締約国間で争われる場合の主張立証責任について分析を行っている。その結果、関連する FTA がどの類型を採用しているかで利益否認を行おうとする国の主張立証責任が異なり、特に GATS 型や NAFTA 型の FTA である場合においては、利益否認を行おうとする国が利益否認条項の要件について主張立証責任を負う結果、立証上の困難に遭遇することがある。つまり、「裏口」は存在しても、事実上開けることができないことになる。

また、WTO 加盟国間のサービス貿易の FTA が遵守すべき GATS 第 5 条の解釈論については未だに十分な議論の蓄積がないが、利益否認条項には GATS 第 5 条整合性の論点が存在し、一定のリーガルリスクがありえる。特に NAFTA 型の FTA に多く見られる外交関係・措置型の利益否認条項にはこのリスクが高く、紛争処理手続に持ち込まれる場合にいわば「裏口」がルール違反と判断されることもありうることになる。

最後に、本稿は、日本の今後の FTA 交渉における利益否認条項の選択について若干の議論を行っている。

*本稿は、経済産業研究所「地域経済統合への法的アプローチ」プロジェクト（代表：川瀬剛志フェルティフェロー）の成果の一部である。本稿の内容のうち意見に係る部分は筆者の個人的見解であり、筆者が所属する組織の見解を示すものではない。

**弁護士、長島・大野・常松法律事務所/shintaro_watanabe@noandt.com

1 はじめに

これまでに締結され、又は現在交渉されている自由貿易協定（FTA）のうち、サービス分野の自由化が含まれているもの又はサービス分野の自由化に関する交渉を行うことを規定するものは多数存在する。そもそも GATT 体制下ではサービスの貿易についての多国間の規律はなかったのであるが、1995 年に発効した「サービスの貿易に関する一般協定」（GATS）は WTO 加盟国間の多角的貿易交渉によりサービス貿易の自由化を行うことを可能とした。同時に GATS は、GATT 第 24 条と同趣旨の規定を第 5 条として規定し、WTO 加盟国間で締結される FTA が GATS 第 5 条に定める要件を満たさない限り、FTA 締約国たる WTO 加盟国は、当該 FTA の相手方締約国に限定してより有利な待遇を与えることができない（つまり、当該 FTA を GATS の最恵国待遇義務の例外とすることができない）こととした。この GATS 第 5 条は、これまで GATT 及び WTO における紛争解決手続において議論されたことがなく¹、その内容は依然として不明確である。そして、まさにそのことが今日の FTA の興隆に一役買っているのである。

他方、GATS において、サービス貿易に関して加盟国が行った特定約束（すなわち、市場アクセス若しくは内国民待遇に関する約束又は追加的な約束）を遵守する義務を例外的に不適用とする業種横断的な制度は、第 11 条（支払及び資金移動）、第 12 条（国際収支の擁護のための制限）、第 14 条（一般的例外）及び第 14 条の 2（安全保障のための例外）のみであり²、物品の貿易におけるアンチダンピング関税制度やセーフガード制度のような例外条項は存在しない。もちろん、WTO 加盟国は、サービス貿易交渉におけるリクエスト・アンド・オファーの過程において、当該加盟国にのみ適用される一定の業種横断的又は業種特定の例外の導入を前提としたオファー（特定約束の申入れ）を行うことは可能であるが、交渉相手国がかかる例外を容認するかは別の問題であり、そのような例外が導入される可能性は高いとはいえない。このように GATS において特定約束を遵守する義務の例外条項のメニューが少ないため、一旦特定約束が行われた後に事情の変更が生じた場合であっても、そのような事情変更が既存の例外条項の想定する場合に含まれていなければ、加盟国は当該特定約束を遵守する義務から免除されないことになる。そして、そのことを十分理解している WTO 加盟国、特に既存の特定約束の水準が比較的高くない発展途上国は、多角的貿易交渉の場で、できるだけ特定約束をしないよう慎重な態度をとるであろう。ある WTO 加盟国があるサービス業種につきなんらの特定約束を行っていない場合は、このような例外条項のメニューが少ないことから来る非柔軟性の問題に直面することもないからである。

以上は、GATS に基づく多国間のサービス貿易体制における例外条項の問題であるが、サービス貿易の FTA においては、この例外条項の問題が一層重要になる。既に述べたとお

¹ GATT 第 24 条については、トルコ・繊維輸入制限事件の 1 件が存在する。Report of the Panel, *Turkey—Restriction on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R (31 May, 1999); Report of the Appellate Body, *Turkey—Restriction on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/AB/R (22 Oct., 1999).

² 個別セクターに関する例外規定としては、GATS の「金融サービスに関する附属書」に規定された金融セクターにおける信用秩序維持措置といった例がある。同附属書 2(a)参照。

り、サービス貿易の FTA が GATS の最恵国待遇義務の例外となるための要件として GATS 第 5 条 1(a) がサービスの貿易の自由化の対象を「相当な範囲の分野」とすること、及び同条 1(b) が「第十一条、第十二条、第十四条及び第十四条の二の規定により認められる措置を除くほか、(a) の分野において、当該締約国間で第十七条の規定の意味における実質的にすべての差別が…当該協定の効力発生時に存在しないこと又は合理的な期間において撤廃されることを定めること」を定めており、したがって FTA の締約国は、「相当な範囲の分野」において「実質的にすべての差別」を撤廃することが求められている。したがって、FTA の締結を決断した WTO 加盟国は、「相当な範囲の分野」において「実質的にすべての差別」を撤廃しなければ FTA を締結することができない。言い換えると、FTA を締結して自由化を進めた締約国は、例外条項のメニューが限定されており、予測できない将来の事情の変更に直面した場合に利用することが可能な例外条項が多くないという意味で FTA の非柔軟性の問題に常に直面することになるのである。この問題に対して、FTA 締約国はどのようにアプローチすればいいのだろうか。

本稿では、GATS 第 5 条 7(a) に基づき WTO サービス理事会に通報されたサービス貿易に関する条項を含む FTA³ をベースに、前述の例外条項のメニューが限定されていることがもたらす非柔軟性の問題に関連する条項であり、かつ、FTA によって規定内容の差異が顕著な条項の例として利益否認条項⁴ を取り上げ、同条項及び関連条項である相手方締約国の法人の定義条項を分析する。以下、2 においては、GATS 及び FTA における相手方締約国の法人の定義条項と利益否認条項の規定振りを分析し、これに基づき FTA 及びその利益否認条項を類型化する。次に、3 において、投資関連条約における仲裁事例のうち利益否認条項を取り扱ったものを取り上げ、その仲裁判断を概観する。これらを前提として、4 では主張立証責任の観点から、5 では GATS 整合性の観点から、それぞれ利益否認条項を分析する。最後に 6 において、今後の FTA 交渉において我が国として利益否認条項をどのように考えていくべきかについても簡単に触れておきたい。

2 FTA における利益否認条項の分析

(1) 概要

利益否認条項は、当該条項を有する条約に基づき締約国が相手方締約国の自然人・法人に対して一定の利益を供与する義務を負っていることを前提に、何らかの理由に基づき、同締約国の同義務を免除する条項であると一応定義することができる。FTA における利益否認条項は一様ではないため、議論を整理する目的から、まず GATS における相手方締約

³ 調査の対象とした FTA は、WTO ウェブサイトに掲載されている 2007 年 3 月 1 日現在の WTO へ通報された FTA (http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/summary_e.xls) のうち、GATS 第 5 条を根拠とする 37 本 (EC のローマ条約、EFTA の欧州自由貿易連合設立条約及び EEA 条約 (欧州経済地域条約) は分析対象から外した) である。

⁴ 本稿において「裏口」とは、本文で説明したようなサービス貿易の FTA の非柔軟性に対応するための例外規定としての利益否認条項を比喩的に指すものとして用いている。なお、本稿では、サービス貿易に関する利益否認条項を取り扱う。投資に関する利益否認条項は、サービス貿易に関する利益否認条項の議論に必要な範囲で論じるが、それ自体は本稿の直接の検討対象とはしないこととする。

国の自然人・法人の定義条項及び利益否認条項について概観し、次にこれを参照しつつ各 FTA における利益否認条項の規定振りを概観する。

この概観の結果、判明した事実は以下のとおりである。

- ・「相手方締約国の法人」の定義と利益否認条項の規定振りのパターン及びサービス提供に関する第 3 モードの取扱いという 2 つの観点で分類すると、FTA は、GATS 型、EC 型及び NAFTA 型に大きく分かれる。
- ・FTA の利益否認条項の類型としては、国籍型と外交関係・措置型が存在する。

(2) GATS における「他の加盟国の自然人」・「他の加盟国の法人」

一般に、条約は、締約国の国際法上の権利義務を規定するものであるが、WTO 協定や FTA における締約国⁵の義務は、相手方締約国の自然人・法人に対し締約国が一定の利益を供与する、といった形で規定されることが多い。例えば、最恵国待遇に関する GATS 第 2 条 1 は、以下のように規定している。

1. 加盟国は、この協定の対象となる措置に関し、他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し、他の国の同種のサービス及びサービス提供者に与える待遇よりも不利でない待遇を即時かつ無条件に与える。⁶

また、内国民待遇に関する GATS 第 17 条 1 は、以下のように規定している。

1. 加盟国は、その約束表に記載した分野において、かつ、当該約束表に定める条件及び制限に従い、サービスの提供に影響を及ぼすすべての措置に関し、他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し、自国の同種のサービス及びサービス提供者に与える待遇よりも不利でない待遇を与える。⁷

GATS において「サービス提供者」はサービスを提供する者であり⁸、「者」は自然人又は法人のいずれかである⁹ため、結局、FTA を締結することによって得られる利益を実質的に享受する主体は、他の加盟国の自然人・法人のうちサービスを提供する者ということになる。このように、これらの GATS の規定は、GATS による利益を享受する主体が（他の加盟国それ自体ではなく）他の加盟国の自然人・法人であるとしている。

したがって、ある自然人・法人が「他の加盟国のサービス提供者」、つまりサービスを提供する「他の加盟国の自然人」又は「他の加盟国の法人」に該当するか否かは、WTO

⁵ 以下、WTO 協定における WTO 加盟国と FTA における締約国を併せて「締約国」と総称することがある。

⁶ 下線は筆者が追加した。

⁷ 原注は省略し、下線は筆者が追加した。

⁸ GATS 第 28 条(g)。

⁹ GATS 第 28 条(j)。

加盟国の重大な関心事であるといえる¹⁰。

このうち、ある者が「他の加盟国の自然人」に当たるかについては、GATS 第 28 条(k)においてその判断の要素が居住、国籍や永住権の有無とされているため、比較的明確に該非が判定できる¹¹。一方、「他の加盟国の法人」については、GATS 第 28 条(m)において、以下のとおり規定されている。

- (i) 他の加盟国の法律に基づいて設立され又は組織される法人であって、当該他の加盟国又は当該他の加盟国以外の加盟国の領域内で実質的な業務に従事しているもの
- (ii) 業務上の拠点を通じてサービスが提供される場合には、次のいずれかの者が所有し又は支配する法人
 - 1 他の加盟国の自然人
 - 2 (i)に規定する他の加盟国の法人

このうち、(i)は、全てのモード¹²（サービス提供の態様）について適用される定義である。これによると、ある法人が加盟国の法人であるためには、当該法人の設立・組織の際に当該加盟国の法律に準拠することが必要である（言い換えると、法人の国籍は、設立法に限定される¹³）。しかし、GATS 第 28 条(m)(i)によるとこれだけでは不十分であり、WTO 加盟国のいずれか¹⁴において「実質的な業務」に従事していない限り、当該国籍は認められない。また、GATS 第 28 条(m) (i)においては、当該法人の株主の国籍如何は考慮されていない。

一方、GATS 第 28 条(m)(ii)は第 3 モード¹⁵についてのみ適用される定義である。例えば

¹⁰ このことを FTA の文脈で述べると、GATS 第 2 条によって WTO 加盟国である第三国に均霑されることなく、相手方締約国に対してのみ、GATS における約束の水準を超えるサービス貿易自由化の利益を与えるところに FTA におけるサービス貿易の規定の実質的な意義があることから、FTA の締約国にとっても、ある自然人・法人が「他の締約国のサービス提供者」、つまりサービスを提供する「他の締約国の自然人」又は「他の締約国の法人」に該当するか否かは、当該 FTA 締約国の重大な関心事であるといえる。

¹¹ GATS 第 28 条(k)は、以下のとおり。

(k) 「他の加盟国の自然人」とは、他の加盟国又は当該他の加盟国以外の加盟国の領域内に居住する自然人であって、当該他の加盟国の法律の下で次のいずれかの要件を満たすものをいう。

- (i) 当該他の加盟国の国民であること。
- (ii) 当該他の加盟国が次に掲げるいずれかの加盟国である場合には、当該他の加盟国において永住する権利を有すること。
 - 1. 国民を有しない加盟国
 - 2. 世界貿易機関協定の受諾又は加入に際して通報するところに従い、自国の永住者に対し、サービスの貿易に影響を及ぼす措置に関し自国民に与える待遇と実質的に同一の待遇を与える加盟国。ただし、いかなる加盟国も、当該永住者に対し、当該他の加盟国が当該永住者に与えることとなる待遇よりも有利な待遇を与える義務を負うものではない。その通報には、当該他の加盟国が自国の法令に従い自国民に対して負う責任と同一の責任を自国の永住者に対して負うことの保証を含む。

¹² GATS 第 1 条 2 参照。

¹³ 本稿では、ある法人が「他の加盟国の法人」である場合の当該法人と当該他の加盟国の関係を、法人の国籍が当該他の加盟国である、と表現することがある。なお、一般国際法における法人の国籍については、例えば、山本草二「国際法（新版）」（有斐閣、1994 年）、509 頁以下参照。

¹⁴ GATS 第 28 条(m)(i)の「実質的な業務」の存在は、必ずしも当該法人の設立法に限定されない。

¹⁵ いずれかの加盟国のサービス提供者によるサービスの提供であって他の加盟国の領域内の業務上の拠点を通じて行われるもの。GATS 第 1 条 2(c)参照。

サービス消費者が存在する国（サービス消費国）の法律に基づき設立された法人（現地法人）は、GATS 第 28 条(m)(i)の定義に従えば、当該現地法人が「実質的な業務」に従事している限り、サービス消費国の法人と認識される（サービス消費国の国籍が認められる）こととなるが、当該現地法人が第 3 モードによるサービスの提供における業務上の拠点となっている場合には GATS 第 28 条(m)(ii)が適用され、当該現地法人が例えば他の法人（親会社）によって所有又は支配¹⁶されている限り親会社の国籍が現地法人の国籍となる。例えば、日本で設立され、日本で実質的な業務に従事している会社であっても、米国の会社によって所有又は支配されている限り、当該日本の会社も米国の法人として認識される。この GATS 第 28 条(m)(ii)の規定があって初めて、現地法人に対するサービス消費国の規制を純粋な国内規制ではなくサービスの貿易に対する措置と捉えることができ、したがって GATS の規律を及ぼすことができる。

なお、繰り返しになるが、この例における親会社（つまり米国の会社）については依然として GATS 第 28 条(m)(i)が適用され、親会社の株主の国籍如何は親会社の国籍の決定に影響を及ぼさないため、その子会社（つまり日本の会社）の国籍決定にも影響を及ぼさない。

(3) GATS における利益否認条項

以上見てきた「他の加盟国の法人」の定義を前提に、GATS における利益否認条項である GATS 第 27 条をみることにする。GATS 第 27 条は以下のとおり規定している¹⁷。

第二十七条 利益の否認

加盟国は、次の場合に、サービスの提供又はサービス提供者に対し、この協定の利益を否認することができる。

- (a) サービスが非加盟国の領域若しくは自国が世界貿易機関協定を適用しない加盟国の領域から又はこれらの領域内で提供されていることを証明する場合
- (b) 海上運送サービスの提供については、そのサービスが次の船舶によって、かつ、次の者によって提供されていることを証明する場合
 - (i) 非加盟国の法律又は自国が世界貿易機関協定を適用しない加盟国の法律に従って登録されている船舶
 - (ii) (i)の船舶を運航し又はその船舶の全体若しくは一部を利用する非加盟国の又は自国が世界貿易機関協定を適用しない加盟国の者
- (c) 法人であるサービス提供者が他の加盟国のサービス提供者でないこと又は自国が世界貿易機関協定を適用しない加盟国のサービス提供者であることを証明する場合

¹⁶ 所有及び支配の要件は、GATS 第 28 条(n)において定義されている。GATS 第 28 条(n)は、以下のとおり。
(n)(i) 法人が加盟国の者によって「所有」されるとは、当該加盟国の者が当該法人の五十パーセントを超える持分を受益者として所有する場合をいう。

(ii) 法人が加盟国の者によって「支配」されるとは、当該加盟国の者が当該法人の役員の過半数を指名し又は当該法人の活動を法的に管理する権限を有する場合をいう。

¹⁷ 以下においては、GATS 第 27 条(a)及び(b)には触れない。

第 27 条(c)は、「法人であるサービス提供者が他の加盟国のサービス提供者でないこと…を証明する場合」に、加盟国がサービスの提供又はサービス提供者に対して、GATS の利益を否認することを認めている。言い換えると、ある法人が WTO 加盟国のサービス提供者でないことを証明すれば、サービス消費国は当該法人のサービスの提供に関して GATS に基づく義務を負わないことになる。

ここで留意すべき点は、GATS 第 27 条は、利益の否認について手続的な義務（証明すること）を課しており¹⁸、実体的な要件（証明されるべき事項）は「他の加盟国の法人」に該当するか否かのみであることである。したがって、GATS 第 27 条における証明の対象は、第 1 モード及び第 2 モードの場合は当該法人の設立法国及び「実質的な業務」の従事の有無、第 3 モードの場合は株主・社員の設立法国・「実質的な業務」の従事の有無及び株主・社員と当該法人との間の所有支配関係の有無である¹⁹。

(4) FTA の 3 類型と「他の締約国の法人」の定義条項・利益否認条項の組み合わせ

a. 3 類型

次に、FTA における法人の定義条項と利益否認条項を概観する。ここでは、主として①利益否認条項の種類、②第 3 モードの取扱い、という 2 つの観点から、FTA を大きく 3 種類に分類して論じる。

FTA における利益否認条項は、既に論じたような GATS における利益否認条項と同種のものだけでなく、他の理由で利益否認を認めるものも存在する。具体的には、GATS におけるように、相手方締約国の法人と認識されないような法人への利益供与を否定するという利益否認条項に加えて、利益否認をしようとする締約国（利益否認国）との間に外交関係のない非締約国が相手方締約国の法人を所有・支配している場合や、利益を供与すると利益否認国が現に適用している措置の効果が減殺される場合にも利益否認を認める利益否認条項が存在する。

また、FTA の中には、第 3 モードによるサービスの提供を、サービス貿易の章で規律するものと、投資の章で規律するものが存在する。これは、以下の事情に基づくものであると推察できる。すなわち、第 3 モードによるサービスの提供の前提として、サービス提供者はサービス消費国における業務上の拠点を設立するか、又は取得することが必要であるが、これはまさに言葉の通常の意味での投資に該当し、また FTA の投資の章において定義される投資概念にも実質的に含まれている。したがって、FTA 締約国にとっては、第 3 モードによるサービスの提供及びこれに関連する相手国の義務について、FTA のサービス貿易の章で規定することも、投資の章で規定することもできるという意味で FTA 立案上の選択肢を有していることになる。

かかる 2 つの選択肢の実質的な違いは、主として紛争解決手続であると考えられる。つまり、サービス貿易の章のルールに違反する場合、当該 FTA が用意している一般的な紛争解決手続が利用されることとなるが、投資の章のルールに違反する場合はかかる一般的な

¹⁸ もっとも、後述の 4(1)参照。

¹⁹ 第 4 モードは自然人によるサービス提供の態様であるが、本稿では特には触れない。

紛争解決手続に加えて、当該投資の章が用意している投資家対国の仲裁手続を利用することができることになることが多い。したがって、サービス提供国ないし投資母国から見た場合、第3モードによるサービス提供を投資の章で取り扱う方が、FTAのサービス貿易の章で取り扱う場合よりも、投資家にとって自らのイニシアティブで紛争解決手続を利用することができ、しかも仲裁判断に基づき投資受入国から金銭賠償の支払いを受けることもできるという点で手厚い保護を実現できることになる。

以上の2つの視点でFTAを分類すると、次のような3類型に大別することができる。

	利益否認条項	第3モードの規律
GATS型	法人の定義条項とは別に、GATSと同種の利益否認条項を有する	第3モードはサービス貿易の章で規律
EC型	法人の定義条項のみ（利益否認条項なし）	第3モードはサービス貿易の章で規律
NAFTA型	法人の定義条項とは別に、GATSと同種の利益否認条項及びその他の種類の利益否認条項を有する	第3モードは投資の章で規律

b. GATS型

ここでは、GATS型FTA²⁰の代表として、タイと豪州との間のFTA（タイ・豪州間FTA）及びシンガポールと豪州との間のFTA（シンガポール・豪州間FTA）を検討する。いずれのFTAも、第3モードを含む全てのサービスの提供の態様を投資の章ではなく、サービスの章で取り扱っている。

タイ・豪州間FTA

タイ・豪州間FTA第802条aにおいて、「他の締約国の法人」は、以下のように定義されている。GATSとの違いは、実質的な業務に従事する場所が設立法国の領域内に限定されている点である。

- i. 他の締約国の法律に基づいて設立され又は組織される法人であって、当該締約国の領域内で実質的な業務に従事しているもの (constituted or otherwise organised under the law of the other Party and is

²⁰ この類型には、タイ・豪州間FTA、シンガポール・豪州間FTAの他に、韓国・チリ間FTA、韓国・シンガポール間FTA、タイ・ニュージーランド間FTA、日・シンガポール間FTA、シンガポール・ニュージーランド間FTA、豪・ニュージーランド間FTA (CER)、CARICOM、チリ・コスタリカ・エルサルバドル・グアテマラ・ホンデュラス・ニカラグア間FTA、MERCOSUR、米・ヨルダン間FTA、シンガポール・ヨルダン間FTA、メキシコ・ニカラグア間FTA、メキシコ・コスタリカ間FTA、中国・香港間FTA及び中国・マカオ間FTAが該当する。なお、日・マレーシア間FTAは、第3モードをサービス貿易の章で規律しつつも、GATSには見られない種類の利益否認条項を有しているため、GATS型とNAFTA型の折衷であると分類できる。

engaged in substantive business operations in the territory of that Party)

ii. 業務上の拠点を通じてサービスが提供される場合には、次のいずれかの者が所有し又は支配する法人

- 1 他の締約国の自然人
- 2 (i)に規定する他の締約国の法人²¹

また、タイ・豪間 FTA 第 804 条は、利益否認について、以下のように規定している。

事前の通報及び協議を条件に、締約国は、他の締約国のサービス提供者が非締約国の者 (persons) によって所有され又は支配されていることを立証する場合、当該サービス提供者に対し、この章 [サービス貿易の章] の利益を否認することができる。²²

この利益否認条項は、GATS 第 27 条が「他の加盟国の法人」の該否を利益否認の要件としていることとは異なり、「他の加盟国の法人」に該当する場合であっても非締約国の者に所有・支配されている限り、締約国による利益否認を認めている点で、利益否認を認める対象が GATS よりも若干広いといえる²³。

シンガポール・豪間 FTA

次に、シンガポール・豪間 FTA のサービス貿易の章の第 1 条(f)において、「他の締約国の法人」は、以下のように定義されている。

- i. 他の締約国の法律に基づいて設立され又は組織される法人
- ii. 業務上の拠点を通じてサービスが提供される場合には、次のいずれかの者が所有し又は支配する法人
 - 1 他の締約国の自然人
 - 2 第 1 条(f)(i)に規定する他の締約国の法人²⁴

これは、「他の締約国の法人」の一般的定義（第 1 条(f)(1)）から実質的業務従事の要件を外しているため、GATS 第 28 条(m)よりも広い定義であるといえる。

また、シンガポール・豪間 FTA のサービス貿易の章の第 17 条は、利益否認について、以下のように規定している。

事前の通報及び協議を条件に、締約国は、他の締約国のサービス提供者が非締約国の者 (persons) によって所有され又は支配されていること及び当該サービス提供者が他の締約国の領域内で実質的な業務に従事していないことを立証する場合、当該サービス提供者に対し、この章 [サービス貿易の章] の利益を否認することができる。

²¹ 筆者訳。大括弧は筆者が追加した。

²² 筆者訳。大括弧は筆者が追加した。

²³ GATS との差異としては、この他、通報・協議義務の存在も挙げられるが、以下では特に触れないこととする。

²⁴ 筆者訳。

易の章] の利益を否認することができる。²⁵

これは、「他の締約国の法人」に該当する場合であっても、非締約国の者による所有・支配と実質的業務従事の不存在の2要件の充足を証明する場合、締約国は、利益否認を行うことができるという点で、GATS やタイ・豪間 FTA とも異なる。

c. EC 型

EC 型の FTA²⁶においては、第3モードを含む全てのサービスの提供の態様を投資の章ではなく、サービスの章で取り扱っている。

EU とメキシコとの間の FTA²⁷ (EU・墨間 FTA) の第3条(e)は、EC 法人 (Community juridical person) 及びメキシコ法人 (Mexican juridical person) を定義している。第3条(e)は以下のとおりである。

EC 法人又はメキシコ法人とは、それぞれ EC の加盟国又はメキシコの法律に従って設立された法人であって、それぞれ EC 又はメキシコの領域において登録事業所、中央管理又は主たる事業所を有しているものという。

法人がそれぞれ EC 又はメキシコの領域において登録事業所又は中央管理のみ有している場合、当該法人の事業が EC 又はメキシコの経済と真正かつ継続的な連関を有しない限り、当該法人はそれぞれ EC 法人又はメキシコ法人の定義から除外される (shall not be considered as a Community or a Mexican juridical person)。²⁸

つまり、EU・墨間 FTA において、法人の国籍は設立国であるが、設立国において主たる事業所を有している場合か、設立国において登録事業所又は中央管理を有しており、かつ、設立国の経済との間で「真正かつ継続的な連関」を有する場合に、当該法人は EC 法人／メキシコ法人に該当することになる。また、EU・墨間 FTA においては、所有・支配関係は法人の国籍決定に何らの影響を有しない。

一方、EC 型の FTA には、利益否認条項はみられない。

d. NAFTA 型

²⁵ 筆者訳。大括弧は筆者が追加した。

²⁶ この類型には、EC・チリ間 FTA、EC・ヨルダン間 FTA、EC・エジプト間 FTA、EC・メキシコ間 FTA、EFTA・チリ間 FTA、EFTA・シンガポール間 FTA、EFTA・メキシコ間 FTA 及び EFTA・韓国間 FTA が該当する。

²⁷ 正確には、「欧州共同体とその加盟国を一方当事者とし、メキシコ連邦を他方当事者とする経済連携、政治調整協力協定」に基づく EU メキシコ共同委員会の決定の形式をとっている。EU-Mexico Joint Council, Decision No 2/2001 of the EU-Mexico Joint Council of 27 February 2001 implementing Articles 6, 9, 12(2)(b) and 50 of the Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement, 2001 Official Journal of the European Communities (L 70), 7.

²⁸ 筆者訳。大括弧は筆者が追加した。

NAFTA 型 FTA²⁹においては、第 3 モードを投資の章で、それ以外のモードをサービスの章で、それぞれ取り扱っているため、両方の章を検討する必要があるが、定義条項や利益否認条項の規定振りは両方の章で統一されているのが通例である。

サービスの章では、FTA の利益は、「他の締約国のサービス提供者」に対して供与されている。例えば、米国・CAFTA との間の FTA（米・CAFTA 間 FTA）において、「締約国のサービス提供者」は、「締約国の者でサービスの提供を予定するもの又はサービスを提供しているもの」とされている³⁰。「者」は自然人又は企業（enterprise）を意味し³¹、「締約国の企業」は「当該締約国の法律に基づき設立又は組織された企業、及び当該締約国の領域に設置され同領域において事業活動を行う支店」と定義されている³²。つまり、企業の国籍は設立法国家となり、実質的業務従事も所有・支配関係も国籍決定に関して何らの影響を有しないことになる。

投資の章では、NAFTA 型の FTA の利益は、「他の締約国の投資家」に対して供与されている。例えば、米・CAFTA 間 FTA において、「他の締約国の投資家」は、「締約国若しくはその国家企業、又は締約国の自然人若しくは企業」と定義されており³³、「締約国の企業」は、上述のとおり、「締約国の法律に基づき設立又は組織された企業、及び締約国の領域に設置され同領域において事業活動を行う支店」と定義されている。さらに、「投資財産」とは、「投資の性質を有するあらゆる資産であって、投資家が直接又は間接的に所有又は支配するもの」と定義されており³⁴、企業は投資に含まれるとされている³⁵。したがって、例えば第 3 モードにおける現地法人が親会社によって所有されている場合、当該現地法人は投資財産であることになり、当該現地法人に関する投資受入国の措置は投資の章の規則の規律を受けることになる。

一方、利益否認条項の規定振りは次のとおりである。例えば、米・CAFTA 間 FTA のサービスの章では、第 11.12 条が利益否認条項に当たる³⁶。繰り返しになるが、本条は第 1、第 2、第 4 モードに適用されるものである。

第 11.12 条（利益の否認）

1. 締約国は、以下の場合は、他の締約国のサービス提供者に対して、本章〔越境的サービス貿易の章〕の利益を否認することができる。

²⁹ この類型には、NAFTA に加えて、米・バーレーン間 FTA、米・CAFTA 間 FTA、米・モロッコ間 FTA、米・チリ間 FTA、米・豪間 FTA、米・シンガポール間 FTA、加・チリ間 FTA、メキシコ・エルサルバドル・グアテマラ・ホンデュラス間 FTA、パナマ・エルサルバドル・グアテマラ・ホンデュラス間 FTA、メキシコ・チリ間 FTA、日・メキシコ間 FTA が該当する。

³⁰ 米・CAFTA 間 FTA 第 11.14 条。

³¹ 米・CAFTA 間 FTA 第 2.1 条。

³² 米・CAFTA 間 FTA 第 11.14 条。少なくとも米・CAFTA 間 FTA のサービスの章では第 3 モードによるサービス提供は取り扱われないため、同条中の支店に関する定義は、以下、特に触れないこととする。

³³ 米・CAFTA 間 FTA 第 10.28 条。

³⁴ 米・CAFTA 間 FTA 第 10.28 条。

³⁵ 米・CAFTA 間 FTA 第 10.28 条。

³⁶ 実際の規定振りの細かい点は、NAFTA 型 FTA 相互で異なる場合がある。なお、メキシコ・チリ間 FTA 及びメキシコ・エルサルバドル・グアテマラ・ホンデュラス間 FTA においてはサービス貿易の章で、パナマ・エルサルバドル・グアテマラ・ホンデュラス間 FTA においてはサービス貿易の章、投資の章の両方で、外交関係・措置型の利益否認条項が規定されていない。

非締約国の者が所有し又は支配する企業がサービスを提供する場合であって、利益否認を行おうとしている締約国が

(a)当該非締約国と外交関係を維持していないとき又は

(b)当該非締約国についての措置を発動し又は維持しているときであって、当該措置が当該企業との取引を禁止するとき又は当該企業に対して本章の利益を供与すると当該措置の違反又は回避となる時

2. 第 18.3 条（通報及び情報提供）及び第 20.4 条（協議）に従い、締約国は、企業が利益否認を行おうとしている締約国以外のいずれの締約国の領域においても実質的な事業活動を有せず、かつ、非締約国の者又は利益否認を行おうとしている締約国の者が当該企業を所有し又は支配している場合は、他の締約国のサービス提供者であって当該他の締約国の企業であるものに対して、本章の利益を否認することができる。³⁷

また、米・CAFTA 間 FTA の投資の章では、第 10.12 条が利益否認条項に当たる。同条の内容は、第 11.12 条とほとんど同一であるといえる。繰り返しになるが、第 10.12 条は、サービス貿易に関する限り、第 3 モードに適用されるものである。

第 10.12 条（利益の否認）

1. 締約国は、以下の場合は、他の締約国の投資家であって当該他の締約国の企業であるもの及び当該投資家の投資に対して、本章 [投資の章] の利益を否認することができる。

非締約国の者が当該企業を所有し又は支配する場合であって、利益否認を行おうとしている締約国が

(a)当該非締約国と外交関係を維持していないとき又は

(b)当該非締約国又は当該非締約国の者についての措置を発動し又は維持しているときであって、当該措置が当該企業との取引を禁止するとき又は当該企業若しくはその投資に対して本章の利益を供与すると当該措置の違反又は回避となる時

2. 第 18.3 条（通報及び情報提供）及び第 20.4 条（協議）に従い、締約国は、企業が利益否認を行おうとしている締約国以外のいずれの締約国の領域においても実質的な事業活動を有せず、かつ、非締約国の者又は利益否認を行おうとしている締約国の者が当該企業を所有し又は支配している場合は、他の締約国の投資家であって当該他の締約国の企業であるもの及び当該投資家の投資に対して、本章の利益を否認することができる。³⁸

いずれの条の第 2 項の規定においても利益否認国は、相手国のサービス提供者の実質的な事業活動がなく、かつ、非締約国・利益否認国の者³⁹が当該サービス提供者を所有・支配している場合、相手国への通報・協議の後、利益否認をすることができる。

他方、両条の第 1 項において利益否認国は、相手国のサービス提供者を非締約国の者が

³⁷ 筆者訳。大括弧は筆者が追加した。

³⁸ 筆者訳。大括弧は筆者が追加した。

³⁹ 「非締約国の者」のみならず、「利益否認国の者」が当該サービス提供者を所有・支配する場合にも利益否認を認めるのは、NAFTA の第 11 章（投資）の投資家対国家の仲裁手続を「利益否認国の者」に利用させない趣旨とも考えられる。もっともサービス貿易の章は必ずしも同様の仲裁手続の対象とはならないのが通常であるため、必ずしも上述の趣旨では説明しきれない面がある。

所有・支配しており、(a)当該非締約国との外交関係がない場合⁴⁰、又は(b)当該非締約国について何らかの措置を発動・維持しており、利益供与がかかる措置と両立しない場合は、利益否認を行うことができるとされている。

これらの2つの項の規定を比較すると、いずれの項の規定も非締約国（又は利益否認国）の者によるサービス提供者の所有・支配を要件としている点で共通しているが、その他の要件は共通していない。また、第2項における要件の一つである実質的事業活動（の不存在）は、法人の国籍の議論における一要素であり、したがって第2項の規定はGATSにおける利益否認条項に対応する利益否認条項であるといえるが、第1項で要求される当該非締約国との外交関係の不存在又は当該非締約国について発動・維持される措置との非両立は、むしろ国対国レベルの関係に属する別次元の要素であると評価することができるため、第1項の規定はGATSにはないタイプの利益否認条項であるといえる。

(5) 利益否認条項の類型整理

これまでFTAの類型ごとに「他の締約国の法人」の定義条項と利益否認条項を見てきたが、ここでは利益否認条項の類型の整理を行う。以下では、GATS、GATS型のFTA、NAFTA型のFTAのいずれにも規定されている実質的業務従事の有無や非締約国の者による所有・支配の有無に着目した利益否認条項を「国籍型」の利益否認条項といい、NAFTA型のFTAにのみ規定されている、（非締約国の者による所有・支配の有無に加えて、）非締約国との外交関係や非締約国に関する措置の存否といった要素（換言すれば、国対国レベルの関係に属する要素）をも要件とする利益否認条項を「外交関係・措置型」の利益否認条項ということとする。

a. 国籍型

前述のとおり、FTAにおけるサービス貿易の章は、GATS第2条によって均霑されない利益を相手方締約国に限り供与するところに実質的な意義がある。その場合、いかなる範囲の法人に対してかかる特別な利益を与えるかはFTA当事国の重大な関心事であるといえる。これに対して、FTAに基づくかかる特別な利益を与えられるべき法人の範囲について、一般国際法上特段のルールは存在しないと考えられ、したがって、FTA当事国としては自由にこの法人の範囲を設定することができる。実際に、FTAにおける「他の締約国の法人」の定義条項及び国籍型の利益否認条項にはバリエーションに富んでいる。

ここで留意すべき点は、このようにFTAに基づく特別な利益を一定の法人にのみ与えるという必要性はどのFTAにも共通するが、このこと自体は必ずしも利益否認条項の必要性に直結しないことである。利益供与の対象となる法人を限定することは「他の締約国の法人」の定義条項で行うことができ、現にEC型のFTAはそのようにしている。他方、GATS型やNAFTA型のFTAは、「他の締約国の法人」の一部につき利益否認を行うという政策選択をしているといえる。つまり、これらのFTAにおいては、(i)常にFTAの利益を享受

⁴⁰ キューバ条項（Cuban Clause）と呼ばれることがある。キューバ資本の会社が米国市場へアクセスすることを米国が阻止するための条項といわれる。

する「他の締約国の法人」（利益否認条項の適用がありえないもの）、(ii)利益否認条項の適用がありうる「他の締約国の法人」、(iii)「他の締約国の法人」に該当しない法人の3種類のカテゴリーが存在し、そのうち(ii)のカテゴリーの法人については、一見すると「他の締約国の法人」に該当するため、通常はFTAの利益を享受するのであるが、利益否認国の選択により発動される利益否認条項の適用を受けうるという地位をも有することになる。これは、利益否認国から見れば、「裏口」を確保していることを意味する。

他方、「他の締約国の法人」の定義条項及び国籍型の利益否認条項が、「実質的な業務」に従事すること、設立国との「真正かつ継続的な連関」を有することといった抽象的な概念を採用していることから来る問題も発生しうる。つまり、いかなる活動を行っていれば、「実質的な業務」又は「真正かつ継続的な連関」が認められるのかは、FTAの文言からはもちろんのこと、関連するWTO紛争解決事案やFTAにおける紛争解決事案においても明らかにされていない⁴¹。

また、「他の締約国の法人」の定義条項及び国籍型の利益否認条項が非締約国の者による所有・支配を要件とすることから発生する問題がありうる。例えば、親会社Pが地域統括会社Qを所有し、地域統括会社Qが地域内の各国の現地法人R1、R2…を所有する企業グループを想定する。親会社Pと現地法人R1がそれぞれFTAの締約国で設立された法人であり、地域統括会社QがFTAの非締約国で設立された法人である場合、FTAの解釈次第では非締約国の者(Q)に所有されているR1に対して利益否認条項が適用される場合もありうる。また、上場企業は自己の株式が証券取引所において常に売買されているため、株主も変動し、極端な場合には「他の締約国の法人」であるか否かが日々変わるといふこともありうる。株主の所有・支配を要件とすることは、かかる上場企業との関係で不都合を生じることもありえる⁴²。

b. 外交関係・措置型

外交関係・措置型の利益否認条項を有しているのはNAFTA型のFTAだけである。この類型の利益否認は、まず対象となる法人が非締約国の者に所有・支配されていることを前提とする⁴³。その上で、当該非締約国と利益否認国との間の外交関係が存在しないか、当該非締約国等についての措置が存在し、利益否認をしないと当該措置との整合性が確保で

⁴¹ 二国間投資協定に基づく仲裁事案にも、「実質的な業務」の内容を判断したものは見当たらない。他方、「実質的な業務」への従事につき、さらに詳細な考慮要因を示したFTAとしては、中国・香港間FTA及び中国・マカオ間FTAがある。このようなFTAの例として、Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement, Annex 5: Definition of “Service Supplier” and Related Requirements (http://www.tid.gov.hk/english/cepa/files/main_e.doc) 参照。同Annexの3.1.2.項は、実質的な業務の判断基準として、事業の性質及び範囲、必要とされる営業年数、収益税 (profits tax)、営業場所及び雇用を列挙している。

⁴² なお、日米租税条約では、同条約の特典を受ける権利を有する法人を規定するに当たり、その者の各種類の株式その他の受益に関する持分の50パーセント以上が一方の締約国の居住者により直接又は間接に所有される法人（なお、他の要件も適用される）というように所有要件を課す一方、締約国の証券取引所に上場する一定の法人についてはその所有関係の如何にかかわらず同条約の特典を受ける権利を与えている。所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の条約第22条1(c)(i)参照。

⁴³ したがって、本稿2(5)aで見たような「所有・支配」要件と同様の問題が生じうる。

きないときに利益否認が可能となる。この外交関係・措置型の利益否認条項は、まさに利益否認国にとっての「裏口」であるといえる。

この類型についてまず指摘できることは、外交関係が存在しない非締約国の者に所有・支配されている他の締約国の法人に対して、当該法人が「実質的な事業活動」を行っている場合であっても利益否認を行う趣旨は必ずしも明確ではないということである。極端な議論ではあるが、ある FTA の利益否認条項において、外交関係の存否にかかわらず非締約国の者に所有・支配されている限りいかなる「他の締約国の法人」も利益否認できる、という立場をとるのであれば、かかる立場については、法人の国籍の議論における要素のうち「他の締約国」の領域内における「実質的な事業活動」よりも非締約国による所有・支配を重視したと説明することが可能である。かかる立場とは異なり、外交関係の有無で結論を異にするという取扱いは説明がやや困難であるといえる。

また、「当該非締約国又は当該非締約国の者についての措置」という概念はかなり広く、また、何らの修飾語も付されていないことに留意を要する。つまり、このことは、非締約国の者に所有・支配されている法人に対しては、利益否認国は、当該者に対する措置の存在を前提に、当該法人に対してもその活動を制限する措置を講じることが広く可能であることを意味し、しかも、当該法人が「実質的な事業活動」を行っている場合であっても、非締約国の者による所有・支配の事実があれば利益否認が可能となることを意味する。

以上要するに、外交関係・措置型の利益否認条項が存在する場合は、「他の締約国の法人」に対する所有・支配を行う者が誰かによって利益否認を受けうる可能性が大きく異なってくる。

3 投資関連条約における利益否認条項の発動事案をめぐる仲裁判断

以上、GATS 及び FTA における「他の加盟国の自然人」・「他の加盟国の法人」の定義条項と利益否認条項の規定振りを概観した。これまでのところ利益否認条項に関する WTO 紛争解決事案は存在しないが、同様の規定を有するエネルギー憲章条約や二国間投資協定（以下「投資関連条約」と総称する）に基づく仲裁判断の中には利益否認条項を取り扱ったものが存在する。ここでは、エネルギー憲章条約に関する Plama 事件仲裁判断と米国・ウクライナ間投資協定に関する Generation Ukraine, Inc 事件仲裁判断のうち、利益否認に関連する部分を概観する。以下に見るとおり、これら 2 つの仲裁判断においては、投資関連条約における利益否認条項の行使の要否、行使した場合の利益否認の遡及適用の可否、及び主張立証責任について触れられている。当然ながら、これらの仲裁判断はそれぞれ異なる投資関連条約を取り扱っていることから、具体的な利益否認条項の規定振りや各投資関連条約の目的、文脈等から来る解釈の差があり得るため、必ずしも仲裁判断の結果をそのまま FTA のサービスの章の利益否認条項に当てはめることはできないが、その判断過程には、参考にするべき部分も含まれると考えられる。

Plama 事件⁴⁴

⁴⁴ ICSID Case No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Decision on Jurisdiction of February 8, 2005).

キプロス法人である Plama Consortium Limited (申立人) は、ブルガリア法人である Plama AD (対象会社) の発行済株式の 96.78%を取得したが、ブルガリア政府、立法府、司法府等の作為・不作為により対象会社の運営に重大な問題が生じたため、申立人はエネルギー憲章条約⁴⁵及びキプロス・ブルガリア間投資協定に基づき仲裁を申し立てた。

この仲裁において、ブルガリア (被申立国) は、エネルギー憲章条約における利益否認条項である第 17 条(1)の適用を主張した。同条約第 17 条は、以下のとおり、NAFTA 型の FTA に見られるのと同様の利益否認条項である。

第十七条 特定の状況におけるこの部の規定の不適用

締約国は、次のものに対してこの部の規定に基づく利益を否定する権利を留保する。(Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:)

- (1) 第三国の国民が所有し又は支配する法人であって、当該法人が組織される締約国の地域において実質的な事業活動を行っていないもの
- (2) 第三国の投資家の投資財産であって、否定する締約国が次の条件のいずれかを満たすものであることを立証するもの
 - (a) 当該否定する締約国と当該第三国との間に外交関係がないこと。
 - (b) 当該否定する締約国が当該第三国について次の措置を採用し又は維持していること。
 - (i) 当該第三国の投資家との取引を禁止する措置
 - (ii) この部に規定する利益を当該第三国の投資家又はその投資財産に与える場合には侵害され又は回避されることとなる措置

ブルガリア (被申立国) は、エネルギー憲章条約第 17 条(1)はブルガリアによる特段の行為なくして適用されること、及び同条は遡及的に適用されることを主張したが、仲裁廷はいずれの主張も受け容れなかった。

まず、仲裁廷は、エネルギー憲章条約第 17 条(1)の文言から明らかに、締約国は同条に基づき利益否認を行う権利を有しているが同権利を行使する義務は有していないこと、同条の文言は異なる二国間投資協定における締約国間の異なる国家実行に配慮して規定されたことを指摘し、同条の利益否認は利益否認国が行使して初めて効力を有すると解釈した⁴⁶。また、仲裁廷は、かかる解釈はエネルギー憲章条約の目的とも整合していると判断した⁴⁷。

さらに仲裁廷は、利益否認国がエネルギー憲章条約第 17 条(1)に基づき利益否認権を行使する場合の効果は将来にわたってのみ生じ、遡及しないことを明らかにした。仲裁廷は、

⁴⁵ キプロス・ブルガリアはともにエネルギー憲章条約の締約国である。 *Ibid.*, paragraph 21 and footnote 1.

⁴⁶ *Ibid.*, paragraphs 155 and 158. なお、仲裁廷は、本文に記載したエネルギー憲章条約第 17 条(1)の規定振りを 1995 年のサービスに関する ASEAN 枠組み協定第 6 条の規定と対比させている。 *Ibid.*, paragraph 156. 仲裁廷は、以下の第 6 条の規定は、利益否認国による特段の行為を要求しないものであると解釈している。 “The benefits of this Framework Agreement shall be denied to a service supplier who is a natural person of a non-Member State or a juridical person owned or controlled by persons of a non-Member State constituted under the laws of a Member State, but not engaged in substantive business operations in the territory of Member State(s).” 下線は筆者が追加した。

⁴⁷ *Ibid.*, paragraph 157.

エネルギー憲章条約が「憲章の目的及び原則に従い、…エネルギー分野における長期の協力を促進するための法的枠組みを設定する」ことを目的としていること⁴⁸、投資実行前の投資家は、利益否認が行われているか否かを前提として投資の実行の可否を判断できる一方、一旦投資を実行してしまった投資家は受入国による利益否認の行使の影響を受けやすいため、かかる投資実行後の投資家については投資実行前の投資家と少なくとも同等の保護を行う必要があること、利益否認国による利益否認に遡及効を認めると、投資実行前の投資家が適切な情報に基づいて有する正当な期待を否定するため、重大な影響を及ぼすことを指摘して、遡及効を否定した⁴⁹。

Generation Ukraine, Inc 事件⁵⁰

米国法人である Generation Ukraine, Inc（申立人）は、ウクライナ政府の強い要請で同国に投資したが、特定のプロジェクトについての許可を取得した後に地方政府の妨害を受けたためプロジェクトは実現しなかった。このため、申立人は、ウクライナ（被申立国）に対して仲裁を申し立てた。

この仲裁において、ウクライナ（被申立国）は、米国・ウクライナ間投資協定における利益否認条項である第1条(2)を発動した。同条約第1条(2)は、以下のとおり、NAFTA型のFTAに近い利益否認条項である。

第1条

(2) 締約国は、いかなる会社に対しても、第三国の国民が当該会社を支配しており、他の締約国の会社である場合は、当該会社が当該他の締約国の領域において実質的な事業活動を行っていないとき又は利益否認を行う締約国が正常な経済関係を維持していない第三国の国民により支配されているときには、本条約の利益を否認する権利を留保する。⁵¹

ウクライナは、申立人が同条の要件である第三国の支配や実質的な事業活動に関する十分な証拠を提出していないと主張したが、仲裁廷は、同条約第1条(2)の立証責任は利益否認国が負担することを前提としつつ⁵²、ウクライナの提出した証拠を全て認めたとしても同条の「第三国の国民が当該会社を支配して」いるとの要件の充足を認定することができないとして、ウクライナの利益否認の主張を排した⁵³。

4 主張立証責任論による利益否認条項の整理（「裏口」は開けやすいか？）

ここまで、「他の加盟国の自然人」・「他の加盟国の法人」の定義条項と利益否認条項の規定を概観し、関連する仲裁事例の一部についても触れてみた。そこで、以下、異なる利益

⁴⁸ エネルギー憲章条約第2条。

⁴⁹ *Plama, supra note 44, paragraphs 161-2.*

⁵⁰ ICSID Case No. ARB/00/9, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* (Award of September 16, 2003).

⁵¹ *Ibid.*, paragraph 15.1. 筆者訳。

⁵² *Ibid.*, paragraph 15.7. なお、仲裁廷は、立証責任の分配の根拠について特段説明を付していない。

⁵³ *Ibid.*, paragraph 15.9.

否認条項の規定振りが実質的な違いをもたらすのか⁵⁴を考えてみたい。異なる規定振りが実質的に異なる効果を有するのであれば、FTA 交渉担当者としてはそのような効果の違いを念頭に置きつつ交渉するであろうし、既存の FTA を前提に行動する投資家や投資受入国にとっては、それぞれの立場で解釈論を展開するときの重要な前提となるからである。このような異なる規定振りがもたらす実質的な効果の違いを分析するに際して、本稿では、投資家対国の仲裁手続における主張立証責任の分配と FTA の GATS 整合性という 2 つの観点から分析することとする。

(1) 主張立証責任の分配

利益否認国による利益の否認は、現実には、例えば他の FTA 締約国の法人に対する経済制裁を行う場合のように、他の FTA 締約国の法人（「対象法人」）に対する何らかの具体的な不利益措置の実施を伴うことが多いと想定される。当然のことながら、このような不利益措置は対象法人の経済活動に打撃を与えたと考えられる。

その場合、対象法人は、第 3 モードが投資の章でカバーされている等により投資家対国の仲裁手続が利用可能であれば、この利益否認措置を争うため、自ら仲裁手続の利用を検討すると考えられる。また、かかる仲裁手続が利用可能でない場合は、設立準拠法国たる当該他の FTA 締約国（利益否認の相手方であるため、「相手国」と呼ぶこととする。）に働きかけ、その結果、相手国が利益否認国に対して FTA に基づく国家間の紛争解決手続に則って当該利益否認の撤回を要求する場合があります。いずれの手続の場合も、対象法人又は相手国が申立側であり、利益否認国が被申立側となる。以上を前提に、利益否認の場合の主張立証責任の分配を具体的に検討することとする。

その場合、申立側は、まず、被申立側（利益否認国）の具体的措置が FTA の条項に違反することを主張すると考えられる。既に見たように、FTA の最恵国待遇条項、市場アクセス条項及び内国民待遇条項は、「加盟国は…他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し…待遇を与える」といった規定振りであることが多い。このような規定振りを前提とする場合、申立側は、被申立側（利益否認国）の具体的措置の対象となる法人が「他の締約国のサービス提供者」に該当することを主張立証しなければならない。つまり、対象法人が「他の締約国のサービス提供者」であることについての主張立証責任は、申立側が負担することになる。

そして、申立側が、被申立側（利益否認国）の具体的措置が FTA の条項に違反することを主張立証する場合、被申立側（利益否認国）は、自らの具体的措置が利益否認条項に基づくものであることを抗弁として主張立証する必要がある。つまり、利益否認国の措置が利益否認条項に基づくものであることは、被申立側（利益否認国）が負担することになると考えられる。

このことを、FTA の 3 類型（GATS 型、EC 型、NAFTA 型）のそれぞれについて、具体的に検討する。GATS 第 27 条(c)は、「法人であるサービス提供者が他の加盟国のサービス提供者でないこと…を証明する場合」にのみ利益否認国による利益の否認が可能であると

⁵⁴ 言い換えると、「裏口」があることを前提に、どの程度「裏口」が開けやすいのか否かを利用者の立場から議論するということである。

規定している。したがって、同規定をそのまま素直に読むと、被申立側（利益否認国）にこのような主張立証責任があるようにも読める。しかし、上述のとおり、既に最恵国待遇条項、市場アクセス条項又は内国民待遇条項において「加盟国は…他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し…待遇を与える」との文言がある以上、申立側は被申立側（利益否認国）によるこれらの規定の違反についての主張立証の一環として、対象法人が「他の締約国のサービス提供者」であることについて主張立証すること⁵⁵を免れない。そして、そのような主張立証責任の分配が既になされることを前提とすれば、GATS 第 27 条(c)の「証明する場合」は、いわゆる裁判規範としては特段の法的意義を有しないことになり、被申立側（利益否認国）には、少なくとも対象法人が他の締約国のサービス提供者でないことに関する主張立証責任はないということがいえる^{56,57}。言い換えると、GATS 第 27 条(c)は、利益否認のために「他の締約国のサービス提供者」でないこと以外の要件を要求していないため、主張立証責任の分配の観点から見た場合の存在意義を有しない。

また、EC 型ではそもそも利益否認条項が存在しないため、GATS 第 27 条が有する上述の問題を有しないことになる。つまり、EC 型の FTA においては、被申立側（利益否認国）は、申立側による「他の加盟国の法人」の立証に対する反論を行えば足り、自ら立証責任を負担しているわけではない。

他方、GATS 型 FTA のうちタイ・豪間 FTA においては、相手国のサービス提供者が非締約国の者によって所有・支配されていることは「他の加盟国の法人」の定義の要素ではなく、独立した要件であるため、利益否認条項の文言のとおり、被申立側（利益否認国）はかかる非締約国の者による所有・支配の存在を主張立証する責任を負担している。また、星・豪間 FTA においては、実質的業務従事の要件に関する主張立証責任が申立側から被申立側（利益否認国）に移転しているため、被申立側（利益否認国）としては、非締約国の者による所有・支配に加えて、実質的業務従事の不存在についても主張立証する必要がある。

また、NAFTA 型においても、利益否認条項において主張立証すべき事項は、他の締約国の法人の定義の要素に含まれないため、各条項の文言のとおり、被申立側（利益否認国）の抗弁として整理される。この結論は、既に見た *Plama* 事件や *Generation Ukraine, Inc.* 事件での判示とも整合的である。

以上の結果をまとめると、次のとおりである。

	利益否認条項（要件）	主張立証責任の分配
--	------------	-----------

⁵⁵ 主張立証責任が申立側にあるということは、申立側、被申立側の主張立証の結果、要証事実（ここでは、対象法人が「他の締約国のサービス提供者」であること）について真偽不明であるとの心証を仲裁人が抱いた場合（*non liquet*）、仲裁人としてはその不利益を申立側に負担させるということの意味する。

⁵⁶ 主張立証責任は、当事者の一方にしかないものであり、例えば、ある事実の存在につき当事者の一方が主張立証責任を負う場合に、同時に、同一事実の不存在につき他方当事者が主張立証責任を負うことはない。真偽不明との心証を仲裁人が抱いた場合の処理ができなくなるからである。

⁵⁷ 条約解釈における実効性の原則から、例えば、GATS 第 27 条(c)は、利益否認国が利益否認を行う場合の当局の行為義務を示すもの（つまり、調査の結果、「証明」のレベルに至るまで当局が要件充足につき確信を有するに至ること）と解する余地もある。この場合、このような当局の「証明」が行われたことは、利益否認国の抗弁となると解されるが、かかる解釈が正当かについてはさらなる検討を要すると考えられる。

GATS	GATS 第 27 条(c) (「他の締約国のサービス提供者」以外の独立した要件なし)	申立側：利益否認行為の FTA 違反を主張立証 (被申立側 (利益否認国) は申立側の主張を反証するのみ)
GATS 型	利益否認条項あり (独立した要件あり)	申立側：利益否認行為の FTA 違反を主張立証 被申立側 (利益否認国)：利益否認条項の要件を主張立証
EC 型	利益否認条項なし	申立側：利益否認行為の FTA 違反を主張立証 (被申立側 (利益否認国) は申立側の主張を反証するのみ)
NAFTA 型	利益否認条項あり (独立した要件あり)	申立側：利益否認行為の FTA 違反を主張立証 被申立側 (利益否認国)：利益否認条項の要件を主張立証

(2) 立証の難易度

以上の分析を踏まえ、申立側 (対象法人及び利益否認の相手国) 及び被申立側 (利益否認国) による立証の難易度について検討する。

本稿 4 (1) で述べたように、対象法人が「他の締約国のサービス提供者」であることについて申立側が立証することは、比較的容易であると考えられる。対象法人にとっては自らに関する事項であり、また相手国としては対象法人の全面的な協力が得られるため、主張立証のための情報を収集することについての格別の困難に遭遇しないと考えられるためである。

他方、被申立側 (利益否認国) による抗弁の立証にはこのような協力は期待できない。当然ながら、対象法人は利益否認国に対して一切の協力を拒否することが想定され、利益否認国としては、自らのイニシアティブにより又は自ら行った利益否認を支持する者の協力を得て証拠収集を行うと考えられるが、かかる収集活動には自ずから限界がある。対象法人が上場企業等⁵⁸でない限り、対象法人に関する情報で一般的に入手可能なものは、商業登記制度によって開示が法律上強制されている基本的な情報か、対象法人自ら開示した情報に限られる。これらの中に、例えば対象法人の株主に関する情報は含まれない可能性もある⁵⁹。また、利益否認国自らが強制捜査を行うことについては、執行管轄権の制限が

⁵⁸ 例えば、日本の上場企業を含む有価証券報告書提出会社は、内閣総理大臣 (実際には、地方財務局長) に対して提出する有価証券報告書において、その「大株主の状況」の開示を義務づけられている。企業内容等の開示に関する内閣府令第 15 条第 1 項及び第 3 号様式参照。

⁵⁹ 例えば、日本の商業登記制度は会社の株主を開示していない。したがって、対象会社が自ら開示しない限り、株主が誰かは分からない。実務上、ある会社の株主ないし所有状況を調査する場合は、民間の調査会社に依頼するのが一般的であるが、かかる調査結果の信頼性は常に保証されているとはいえない。

存在する⁶⁰。

この結論は、既に見た *Generation Ukraine, Inc.* 事件での判示とも整合的である。*Generation Ukraine, Inc.* 事件においてウクライナは、「第三国による支配」（具体的には、カナダによる申立人の支配）の存在を主張しつつ、在キエフ・カナダ大使が申立人である *Generation Ukraine, Inc.* の援助（assistance）をする機会があったこと、カナダ国民が申立人の社長として建築サービスを提供した時期があったこと、申立人がトロントに代表事務所を設置し銀行口座を開設したこと、申立人のレターヘッドに「米国・カナダ・ウクライナのベンチャー」なる記載があることをその証拠として提出したようであるが⁶¹、仲裁廷は、これらの事実が仮に真実であったとしても、申立人の全株式を保有している米国国民が申立人を支配しているという事実を覆すことは困難であると判断し、結論として「第三国の支配」を認めていない⁶²。

このように、利益否認条項において被申立側（利益否認国）に主張立証責任が課せられている場合は、被申立側（利益否認国）が立証上の困難を有する場合がある。言い換えれば、「裏口」が存在しているものの、あまりに扉が重くて、事実上開けることができない状態であるということがありうる。

5 FTA の利益否認条項に対する GATS の法的規律（「裏口」は開けてもいいのか？）

冒頭で述べたとおり、WTO 加盟国間の FTA が GATS 第 5 条に定める要件を満たさない限り、当該 FTA によってもたらされる利益は WTO 加盟国に均霑されることになるという意味で、FTA が GATS 第 5 条整合性を維持することは重要であるといえる。このことは、FTA における利益否認条項についても同様に当てはまる。逆に言えば、GATS 第 5 条との整合性が確保されて初めて FTA の利益否認条項を発動することができる⁶³。以下では GATS 第 5 条 1(b) 及び同条 6 について分析を行うこととする。

(1) GATS 第 5 条 1(b) による規律

GATS 第 5 条 1 (b) は、FTA が GATS 整合的となるための要件の一つとして、以下のよう

1. この協定は、いずれの加盟国についても、締約国間でサービスの貿易を自由化する協定の締約国であること又は当該協定を締結することを妨げるものではない。ただし、当該協定が次の(a)及び(b)の要件を満たす場合に限る。
 - (a) 相当な範囲の分野を対象とすること

⁶⁰ もっとも、米国のように他国にはない高度な情報収集能力を事実上有している国については、事情は異なりうる。

⁶¹ *Generation Ukraine, Inc.*, *supra* note 50, paragraph 15.8.

⁶² *Ibid.*, paragraph 15.9.

⁶³ つまり、GATS 第 5 条整合性といういわば外的な要因で利益否認条項の利用可能性が左右されるのか否かが問題となる。これを、「裏口」付きの家を建てた後で、「裏口」が違法建築であるとの当局の指摘を受けたため、「裏口」が使用できなくなるという状況をもって例えることとする。

(b) 第十一条、第十二条、第十四条及び第十四条の二の規定により認められる措置を除くほか、(a)の分野において、当該締約国間で第十七条の規定の意味における実質的にすべての差別が次の措置により当該協定の効力発生時に存在しないこと又は合理的な期間において撤廃されることを定めること。

(i) 現行の差別的な措置の撤廃

(ii) 新たな又は一層差別的な措置の禁止⁶⁴

従って、「相当な範囲の分野」において GATS 第 17 条の規定の意味における「実質的にすべての差別」を撤廃する FTA は、最恵国待遇の例外として GATS 整合性を獲得する。また、かかる差別の撤廃の例外として、GATS 第 5 条 1(b)は、「第十一条、第十二条、第十四条及び第十四条の二の規定」を限定列挙している⁶⁵。したがって、GATS 第 5 条 1 (b)の文言からは、FTA が「第十一条、第十二条、第十四条及び第十四条の二の規定により認められる措置」以外の例外措置は、「実質的にすべて」撤廃されなければならないように解される。トルコ・繊維輸入制限事件における上級委員会の言葉を借りると、GATT 第 24 条 8(a)(i)の『「実質上のすべての貿易 (substantially all the trade)」』は『すべての貿易 (all the trade)』と同じではなく、また、『実質上のすべての貿易』が単なる『一部の貿易 (some of the trade)』よりもかなり多いことは明白である。したがって、GATT 第 24 条 8(a)(i)は「一定の柔軟性」を有しているといえることから⁶⁶、GATS においても GATT と同様に、仮に利益否認条項の問題が GATS 第 5 条のいう「第十七条の規定の意味における…差別」に該当するのであれば、GATS 第 5 条 1(b)についても GATT と同様の「一定の柔軟性」を認め、この柔軟性を前提に、利益否認条項についても「実質的にすべての差別」の存否に関する総合的評価の対象とすればよい、と考えることも可能であろう。

問題は、利益否認条項が「第十七条の規定の意味における…差別」に当たるかである。これについては、国籍型と外交関係・措置型に分けて検討する必要があるだろう。国籍型の利益否認条項がある法人の国籍（どの外国の法人か）を決定し、その結果に応じて FTA の利益を否認する機能を有する点に着目すれば、必ずしも内国民と外国国民の差別的取扱いの禁止という内国民待遇義務と重なるわけではない。したがって、国籍型の利益否認条項が必ずしも常に「第十七条の規定の意味における…差別」に当たるとは即断できない。また、外交関係・措置型の利益否認条項は、「第十七条の規定の意味における…差別」とは重ならないことが多いと思われる。したがって、利益否認条項が GATS 第 5 条 1(b)を満足するかについては、個別の FTA の規定を基に慎重に検討する必要があると考えられる。

仮に、利益否認条項が「第十七条の規定の意味における…差別」に当たらなくても、依然として GATS 第 5 条によって当該条項が正当化される余地もある。この点について、ト

⁶⁴ (a)の原注は省略した。

⁶⁵ 関税同盟及び自由貿易地域の定義に関する GATT 第 24 条 8(a)(i)及び(b)にも、実質的撤廃の例外となる条項が列挙されているが、これが限定列挙か例示列挙かについては、Angela T. Gobbi Estrella and Gary N. Horlick, *Mandatory Abolition of Anti-dumping, Countervailing Duties and Safeguards in Customs Unions and Free Trade Areas Constituted between WTO Members: Revisiting a Long-standing Discussion in Light of the Appellate Body's Turkey-Textiles Ruling*, in REGIONAL TRADE AGREEMENTS AND THE WTO LEGAL SYSTEM 109-142 (Lorand Bartels & Federico Ortino eds., 2006)参照。同論文は、トルコ・繊維輸入制限事件の上級委員会報告がこの点につき限定列挙説をとっているとしている。

⁶⁶ *Turkey—Textile and Clothing*, *supra* note 1, paragraph 48.

ルコ・繊維輸入制限事件の上級委員会報告は、GATT 第 24 条 5 によって関税同盟が GATT 整合性を獲得するための要件の一部として「GATT 第 24 条 8(a)及び 5(a)の要件を十分に満足する当該関税同盟の設立時に当該措置が導入されること」、および、「当該措置の導入が許されないとすると、関税同盟の設立が妨げられること」の二つを挙げつつ⁶⁷、後者の要件の当てはめとして、トルコが主張していたインドに対する繊維製品の数量制限によって達成しようとしている目的は、原産地規則という他の措置でも達成可能であり、したがって同数量制限は同要件を満たさない、と判断している⁶⁸。このように、上級委員会は、関税同盟設立時に導入される例外措置の許容性については厳格な判断を行っており、GATT 第 24 条 8(b)や GATS 第 5 条の適用を受ける FTA の利益否認条項の許容性を判断する際にも同様の立場をとる可能性がある。つまり、「裏口」を開けた後に、その「裏口」は違法建築なので開けてはならない、と指摘される可能性があるということである。

(2) GATS 第 5 条 6 による規律

GATS 第 5 条 6 は、次のように規定する。

6. 1 に規定する協定のいずれかの締約国の法律に基づいて設立された法人である他の加盟国のサービス提供者は、当該協定の締約国の領域内で実質的な業務を行っている場合には、当該協定に基づいて与えられる待遇を享受する権利を有する。(A service supplier of any other Member that is a juridical person constituted under the laws of a party to an agreement referred to in paragraph 1 shall be entitled to treatment granted under such agreement, provided that it engages in substantive business operations in the territory of the parties to such agreement.)

これは、FTA 導入前に、FTA 締約国法に基づき設立された法人である「他の加盟国のサービス提供者」であって、設立国の領域内で実質的な業務を行っている場合には、FTA が導入される場合 FTA に基づいて与えられる待遇を否認されないという趣旨であるように解される。同項に対応する条項は GATT に存在しないため、その内容が問題となる。

第 5 条 1 は、FTA が GATS 整合性を獲得するための要件を規定している。同項は「当該協定が次の(a)及び(b)の要件を満たす場合に限る」という規定の仕方をしており、例えば「第五条の要件を満たす場合に限る」といった規定振りを採用していない。したがって、GATS 第 5 条 6 は、FTA の GATS 整合性要件とは別の規定であると解釈することができる。この解釈を前提とすると、同項の意義は、FTA 締約国が FTA を導入する場合には、相手方締約国法に基づき設立された法人である「他の加盟国のサービス提供者」に対して、同 FTA に基づく待遇を常に与えるという WTO 加盟国の行為義務を規定していると考えることができる。もっとも、この解釈が正当かについては、十分な議論がなく、現時点では決め手がない。

問題は、このように第 5 条 6 を解する場合、FTA における外交関係・措置型の利益否認条項に基づき、FTA 締約国法に基づき設立された法人であり、なおかつ設立国の領域内で

⁶⁷ *Ibid.*, paragraph 58.

⁶⁸ *Ibid.*, paragraph 62.

実質的な業務を行っている「他の加盟国のサービス提供者」に対して利益を否認することができるかである。GATS 第 5 条 6 との関係で外交関係・措置型の利益否認条項が整合性を有すると説明することは、文言解釈では難しいと考えられる⁶⁹。

従って、FTA における外交関係・措置型の利益否認が GATS 整合性を獲得するためには、次善の策として、例えばかかる措置が GATS 第 14 条や第 14 条の 2（又はこれらに相当する FTA の条項）で正当化されると説明せざるを得ない。これは、FTA の例外条項と独立した、外交関係・措置型の利益否認条項の存在意義を否定することにつながる。

外交関係・措置型だけでなく、国籍型のうち例えばタイ・豪間 FTA のように、設立国では一切の活動をせず、専ら受入国（利益否認国）でのみ活動をする法人 X は、タイ・豪間 FTA の規定に従えば利益否認の対象となりうる。しかし、GATS 第 5 条 6 の「当該協定の締約国の領域内（in the territory of the parties to such agreement）」の「締約国」は複数形であり、サービス提供者たる法人の設立国（a party to an agreement）以外の締約国も含まれているため、法人 X は GATS 第 5 条 6 の適用を受けることになる。したがって、このような法人 X に対するタイ・豪間 FTA の規定に従った利益否認は GATS 第 5 条 6 の問題を惹起することになる。

他方、EC 型の「他の締約国の法人」の定義は、GATS 第 5 条 6 との親和性が相対的に高く、したがって同項の整合性の問題が生じる可能性は比較的低いと考えられる。

以上検討したとおり、国籍型や、外交関係・措置型の利益否認条項が GATS 整合性を獲得するかについては、法的に不安定な状態であるということになる。したがって、このような「裏口」についても違法のそしりを受けうることになる。

6 おわりに

以上では、GATS 及び FTA の利益否認条項について分析を行った。既に見たとおり、FTA における法人の定義と利益否認条項の規定振りには、GATS 型、EC 型及び NAFTA 型がある。最後に簡単ではあるが、今後の FTA 交渉において日本にとって有利な利益否認条項とはなにか、について検討する。

投資母国としての日本にとっては、相手方締約国による利益否認が常に行われぬ方が相手方締約国における日本企業の活動に関する予測可能性を高めることができるため、利益否認条項がない方が日本の利益に適う。逆に、投資受入国としての日本にとっては、日本が相手方締約国のサービス提供者に対して FTA の利益否認を行う真のニーズがある限り、利益否認条項を設けた方が有利である。このように考えると、日本が利益否認を行う真のニーズがない場合は、利益否認条項を設けないのがもっとも日本の国益に合致し、ニーズがある場合は、利益否認条項を規定して利益否認を行うことがもたらす利益と、同一の条項を利用して相手方締約国が日本に対して利益否認することがもたらす不利益を比較

⁶⁹ GATS 第 5 条 6 が WTO 加盟国の行為義務を規定しているという立場をとる場合、WTO 加盟国は、自らが締約国である FTA に基づく利益を、相手方締約国（同国が WTO 加盟国である場合に限り）の法人であって GATS 第 5 条 6 の要件を満たす者に対して供与する GATS 上の義務を負っていることとなり、当該 WTO 加盟国がかかる義務を履行しないとき、相手方締約国は WTO 紛争処理手続を利用することができることになる。つまり、GATS 第 5 条 6 は、WTO 加盟国間の FTA に限ってではあるが、WTO 紛争処理手続を利用して FTA に基づく利益の供与を求めることを可能にしていると解釈することができる。

衡量し、利益が不利益を上回る場合にのみ利益否認条項を設けるのがもっとも日本の国益に合致するといえる。

このような枠組みを前提とし、日本が利益否認を行う真のニーズを検討するに当たり、日本による利益否認の必要性、可能性、紛争解決手続との関係の3点を検討する。

まず第一に検討すべき事項は、日本及び相手方締約国にとって FTA の利益を否認すること自体の必要性（「裏口」は必要か）である。例えば、周知のとおり、日本は既に GATS の特定約束表において高い水準の特定約束を行っているため、FTA を締結することで追加的に日本が約束する範囲はもともと少ないといえる⁷⁰。したがって、この意味において日本が利益否認を行う必要性は低い（同様のことが他の先進国及び加盟交渉を経て最近 WTO に加盟した途上国についても一般にはいえる。）。逆に、WTO 原加盟国である途上国は一般に GATS における特定約束の水準が低いため、FTA の締結によってこれら途上国の特定約束の水準を高めることができる一方、これら途上国が利益否認条項を援用する対象サービスの範囲も同様に大きいことになる。

また、締約国間の経済の実態も重要である。日本と相手方締約国との間のサービス貿易の流れが双方向的なのか、一方的なのか、かかる状態は恒常的なのか、変更されうるのか、といった事情は利益否認条項の必要性に影響を与える。例えば、相手方締約国が日本にサービスを提供していなければ、日本が利益否認を行う可能性は低く、したがって利益否認条項を FTA に規定する必要性も小さい。第三モードのサービス提供に限ってみれば、日本と先進国との間では相当程度のサービス提供が双方向的に行われていると想定することも一応の合理性がありうるが、日本と東南アジア諸国との間では、日本からのサービス提供が東南アジア諸国からのサービス提供をかなり上回る状況であると想定しても不合理ではないかもしれない。そうだとすれば、日本と東南アジア諸国との間の FTA において日本が利益否認を行う可能性は低いため、利益否認条項を設ける必要性もその限りでは低いことになる。いずれにせよ、この点は個別の検討が必要であろう⁷¹。また、この締約国間の経済の実態はいわばマクロの議論ないし一般論であり、次に述べるミクロの具体的な問題が明らかに存在する場合は、当該ミクロの議論が優先される場合が多いと考えられる。

さらに、利益否認措置によって対応しようとする具体的問題の存否も、当然ながら重要である。例えば、日本と中国との間の FTA を検討するに当たり、中国において設立され北朝鮮の者によって所有・支配されているサービス提供者が存在し、かかるサービス提供者が日本に対してサービスを提供しており、そのようなサービス提供者に対する日本による利益否認のニーズが存在する場合には、同 FTA において外交関係・措置型の利益否認条項を規定する必要がある⁷²。

⁷⁰ 当然ながら、GATS に基づいて行った特定約束を、FTA に基づいて利益否認することはできない。もっとも、この点、つまり、FTA による利益否認が GATS に基づく特定約束によって制限される点は、非 WTO 加盟国との間の FTA における利益否認条項や投資の章における利益否認条項には当たらない。

⁷¹ 日銀の国際収支統計（対外・対内直接投資）によれば、日本が行う対外直接投資と比較して、外国が日本に対して行う対内直接投資は著しく少額である。また、同統計（地域別国際収支状況）は、サービス収支の状況が相手国にとって区々であり、必ずしも先進国・発展途上国の二分法では割り切れないことを示している。なお、もともとサービス貿易の統計は完備されていないこと、対外・対内直接投資がサービス貿易額の代理変数であるとはいえないこと、サービス収支の数字がごく限られた範囲のサービス貿易を反映するものに過ぎないことにも留意すべきである。

⁷² 最近発表された米国・韓国間 FTA では、NAFTA 型の外交関係・措置型の利益否認条項の文言を一部修

次に、第二として、FTA の利益否認を発動することが實際上可能か否か（扉は重くないか）という点を検討したい。この発動可能性の観点からは、利益否認の相手国の国内における情報開示制度について検討する必要がある⁷³。既に述べたとおり、利益否認条項の規定振り次第では利益否認国は自らの利益否認措置について主張立証する責任を有することとなるが、その場合にどの程度の情報を収集できるかは、利益否認の相手国の国内法制における開示制度に依存するからである。一般に先進国は情報開示制度が整備されていると考えられる一方、発展途上国については国ごとの検討が必要であろう。そうだとすると、先進国が発展途上国に対して利益否認する場合において利益否認国である先進国が十分な情報を収集できず、そのために利益否認を行うことが事実上困難になる可能性も否定できない。逆に発展途上国が先進国に対して利益否認する場合は、そのような困難に遭遇する可能性は低いと考えられる⁷⁴。

第三に、紛争解決手続との関係（「裏口」は違法建築か、違法建築であるとの指摘を受けるか）についても検討する必要がある。まず、第三モードを投資の章で規定するか、サービスの章で規定するかによって、既に述べたとおり投資家対国の仲裁条項の利用可能性が左右される。そして、投資家対国の仲裁条項が利用可能となれば、利益否認措置の FTA 適合性が審査される頻度が高まり、したがって利益否認国はある程度の萎縮効果を受けることとなる。

また GATS 第 5 条適合性の問題も重要である。上述の日本・中国間 FTA における外交関係・措置型の利益否認条項を導入し、これに基づき日本が利益否認する場合であっても、中国が日本に対して GATS 第 5 条違反を理由に WTO 紛争解決手続に訴える場合、利益否認条項の GATS 第 5 条適合性が認められるかは予断を許さないと考えられる。これは、GATS 第 5 条適合性についての WTO 紛争解決手続における先例の蓄積が不十分であることから来るものであるが、このようなリーガルリスクのために、日本の中国に対する利益否認に対する萎縮効果が発生する可能性がある。

以上を前提にすると、日本の GATS における特定約束の水準は高いため、基本的には日

正し、利益否認国と正常な経済関係（normal economic relations）を有しない非締約国の者が所有・支配するサービス提供者に対する利益否認条項を導入している。これは、「外交関係を有しない非締約国」には韓国から見た場合の北朝鮮のみならず台湾も含まれてしまうことから、台湾を利益否認の要件から外すための文言であるとされる。このことは、従来の NAFTA 型の外交関係・措置型の利益否認条項の文言を一部変更してまで当該条項を残置していることでも、北朝鮮に所有・支配されるサービス提供者に対する利益否認のニーズの存在を窺わせる。

⁷³ 本文ではいわば国際法のレベルにおける発動可能性を論じているが、国内法レベルの発動可能性の検討も実務上は重要であると考えられる。すなわち、現実の利益否認は、利益否認国の国内法又はこれに基づく利益否認国による措置の形式をとるのであるが、もともと物品の貿易に対する税関のような、あらゆるサービス貿易について一般的に水際規制を行う制度は存在しない。したがって、モードによってどの水際規制が可能かは異なり、第 3 モードによるサービス提供についての利益否認は、日本の外国為替及び外国貿易法のような投資規制法に基づき行われると想定される（ちなみに、第 2 モード及び第 4 モードによるサービス提供は、出入国管理の影響を比較的に受けやすいと考えられる。）。また、サービス提供自体に関する（水際規制以外の）国内規制は、通常は内外無差別を前提としているため（この例外としては、電波法などがある。）、これによる利益否認措置は一般的には考えにくい。もちろん、理論的には、利益否認国は利益否認のための新規立法や法改正をすることもできるのであるが、即応性や既存の国内法制との整合性の問題もありうる。

⁷⁴ このような情報の非対称性を解消するために、FTA の条項として情報開示に関する締約国の義務規定を追加することも一つの考えであろう。

本が締結する FTA においてサービス貿易についての利益否認条項を有する必要性は低いと考えられる。むしろ、日本と WTO 原加盟国である発展途上国との FTA のように、FTA で日本が追加的に約束する範囲よりも相手方締約国が追加的に約束する範囲の方が大きい場合（つまり、日本の「獲り分」が大きい場合）には、利益否認条項を規定しない積極的な意義があると考えられる。また、日本と WTO 加盟国である発展途上国との間において、発展途上国から日本に対する実際のサービス貿易の量が少ない場合には、両国間の FTA において利益否認条項を規定する必要性も低い。したがって、以上の場合には、そもそも利益否認条項を規定せず、できるだけ相手方締約国の法人の定義を広くするという戦略が日本にとって最善であると考えられる（「裏口」不要）⁷⁵。

他方、日本と相手方締約国の間に相互に一定の量のサービス貿易を行っている場合や、前述のような具体的なミクロのニーズがある場合には、前述の利益・不利益の比較衡量の結果、利益否認条項を規定するという判断も一応ありえる。このうち、相手方締約国が先進国の場合は情報開示の問題は小さいと予想されるため、日本による利益否認にも、相手方締約国による利益否認にも、困難は少ないと考えられる。この場合は、GATS 型や NAFTA 型の FTA で見られる利益否認条項の採用が考えられるが、特に GATS 第 5 条整合性の問題が生じる外交関係・措置型の利益否認条項を導入する場合には、第 3 モードを投資の章ではなくサービスの章で規定して投資家対国の仲裁条項の適用を受けないという選択肢を検討すべきであろう。他方、相手方締約国が発展途上国の場合は、相手方締約国の情報開示の問題が日本による利益否認の障害となりうる一方、相手方締約国による利益否認が比較的容易であることから、情報開示に関する規定によって手当をしつつ利益否認条項を規定するか、又は利益否認条項を有さず相手方締約国の法人の定義条項で対応する EC 型の規定に準拠することが望ましいといえる⁷⁶。

⁷⁵ 逆に、日本と WTO 加盟国である発展途上国との FTA において主張立証責任を利益否認国に負担させる GATS 型又は NAFTA 型の FTA に見られる利益否認条項を採用する場合、相手方締約国の情報開示の問題次第では日本による利益否認が困難となる一方、相手方締約国の利益否認はそれほど困難でない可能性もあり、そうだとすると日本としては望ましくない結果となる。

⁷⁶ 外交関係・措置型の利益否認条項によって達成しようとするを、他の締約国の法人の定義条項において規定することによって実現することも理論上は可能であろう。