



RIETI Discussion Paper Series 17-J-069

貿易協定を通じた国有企業規制 —「商業的考慮」の概念の展開—

関根 豪政
名古屋商科大学



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/>

貿易協定を通じた国有企業規制 －「商業的考慮」の概念の展開－*

関根豪政（名古屋商科大学）†

要 旨

関税及び貿易に関する一般協定（GATT）は、加盟国自身ではなく、その加盟国の国有企業（国家貿易企業）が国際的な貿易活動を阻害することを防止するための規律として第 17 条を設け、国有企業に「商業的考慮（commercial considerations）」に従った行動を要請してきた。そして、当該規定は長年、GATT 及び世界貿易機関（WTO）における国有企業規律の中心的な条項として位置づけられてきた。その一方で、当該規定に対しては行動規制としての不十分性が指摘されることが多く、また、実際の運用実績も芳しくないという状況にあった。

そのような背景を受け、近年に WTO に加盟した国の加盟文書や、締結数が増えている自由貿易協定（FTA）においては、GATT 第 17 条の基本構造に依拠しつつも、その内容を実質的に変更する WTO プラス規定を創設する試みが見られるようになっている。そこで本稿では、各加盟文書、米国及び EU が締結した FTA、そして環太平洋パートナーシップ（TPP）協定を中心に分析することにより、貿易協定における国有企業規律がどのように発展しているかについて分析を加える。これらにおける GATT 第 17 条からの最大の変更点は、商業的考慮概念の無差別原則からの独立と、その適用範囲の拡大にあると言えよう。

キーワード：WTO、GATT、自由貿易協定（FTA）、TPP、国有企業、商業的考慮

JEL classification: F13, K33, H79

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、所属する組織及び（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

* 本稿は、独立行政法人経済産業研究所におけるプロジェクト「現代国際通商・投資システムの総合的研究（第 III 期）」（代表：川瀬剛志ファカルティフェロー）の成果の一部である。筆者の研究報告に対して、研究会及び DP 検討会の参加者から多くの有益なコメントを頂いた。ここに記して、感謝の意を表したい。

† 名古屋商科大学経済学部准教授／taksekine@nucba.ac.jp

1. はじめに

現行の世界貿易機関（WTO）協定において国有企業の貿易制限的な行動を規制する場合には、複数の協定規定を通じて実施することが求められる¹。その中で、国家貿易企業について規律する関税及び貿易に関する一般協定（GATT）第 17 条は、貿易協定を通じた国有企業規制において重要な役割を果たす規定の一つと位置付けられる。

GATT 第 17 条は、国家貿易企業が、当該企業を設立した加盟国の輸出入の統括を請け負うことにより、国家を名宛人とする GATT 上の義務（無差別原則）を迂回することの防止を目的とする²。同時に同条項は、国家貿易企業が「商業的考慮（commercial considerations）」に基づいて行動することを求め、他の WTO 加盟国の企業に対して競争に参加する適切な機会が確保されることも要請する。GATT 第 17 条でいう国家貿易企業には、「国家企業」³のみならず「排他的な若しくは特別の特権」を付与された非国家企業も含まれることから、当該規定は、厳密には国有企業のみを対象とした規定とは言えない⁴。しかし、実際には国家貿易企業は国有企業であることが多いため、事実上国有企業に関する規制としての性質が強い規定となっている。また、後で論じるように、当該規定はその後の各種協定においては、国有企業規制として発展している経緯もあり、実質的には国有企業規律と捉える傾向も見られる。

しかしながら、目下のところ、GATT 第 17 条を正面から議論し、実際の国有企業による行為と当該規定の整合性を問題とした実務例は——GATT 第 17 条を題材とする研究例は少なくないものの——乏しい状況にある。加えて、当該規定に関しては、国有企業を規制する上では不十分であるとの指摘が数多く存在しており⁵、拡充の余地があることが長らく指摘

¹ 国有企業に対して適用しうる WTO 協定上の規定及び関連規律を概観するものとして、川島富士雄「中国における市場と政府をめぐる国際経済法上の法減少と課題：自由市場国と国家資本主義国の対立？」日本国際経済法学会年報第 21 号（2012 年）137 頁、川瀬剛志「TPP 交渉と国有企業（SOE）規制のルール策定」経済産業研究所 Special Report（2014 年）http://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/067.html、E. U. Petersmann, *GATT Law on State Trading Enterprises: Critical Evaluation of Article XVII and Proposals for Reform* in STATE TRADING IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 71, 74 (T. Cottier et al., eds., 1998).

² J. H. B. PAUWELYN ET AL. INTERNATIONAL TRADE LAW. 349 (3rd ed. 2016).

³ 「国家企業」についての GATT 上の定義は存在しないが、国家によって完全に所有されているか、国家が支配的に所有する又は管理する企業と説明される。E.g., T. Voon, *Article XVII: State Trading Enterprises* in WTO TRADE IN GOODS 386, 391 (R. Wolfrum et al., eds., 2010).

⁴ P. I. Levy, *The Treatment of Chinese SOEs in China's WTO Protocol of Accession*, 4 (EUI Working Papers RSCAS 2017/04, 2017)

⁵ 平覚「カナダ—小麦輸出および輸入穀物の取扱いに関連する措置」経済産業省『WTO パネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書 2004 年版』（2004 年）206 頁、Levy, *id.* at 5; P. C. Mavroidis & M. E. Janow, *Free Markets, State Involvement, and the WTO: Chinese State Owned Enterprises (SOEs) in the Ring*, 3 (EUI Working Papers RSCAS 2017/13, 2017); A. Mastromatteo, *WTO and SOEs: Overview of Article XVII and Related Provisions of the GATT 1994*, 13 (EUI Working Papers RSCAS 2017/13, 2017); H. Y. Lee, *Applying Competition Policy to Optimize International Trade Rules*, 10 (KIEP Staff Paper 17-01, 2017); P. Kowalski & D. Rabaioli, *Bringing Together International Trade and Investment Perspectives on State Enterprises*, 21–22 (OECD Trade Policy Paper No. 201, 2017); P. C. Mavroidis, *THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE VOL. 1: GATT 406–10* (2016); W. Davey, *Article XVII: An Overview*, in STATE TRADING IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 17, 27 (T. Cottier et al.,

されている。このように GATT 第 17 条の実質的な影響力は弱く、当該規定はいわば「冬眠状態」に近い状態に陥っているのである。

もつとも、そのような低調で懐疑的な評価を受けてきた GATT 第 17 条ではあるが、近年はその欠陥が、実質的に規定内容が書き換えられる形で解消されつつある。すなわち、WTO 発足後に加盟した国に関しては、加盟文書において追加的に約束を行うことにより、あるいは、自由貿易協定 (FTA) の締結を進めている国は WTO プラス規定を協定に追加することにより、GATT 第 17 条とは (一見類似するものの) 異なる規律を構築しつつある。よって、これらの規定の存在は、GATT 第 17 条に内在する問題点 (と認識されうる点) を、別の舞台で修正する契機になっていると言える。

このような動向を受け本稿では、現行の GATT 第 17 条に基礎を置く国有企業規制が、WTO 加盟文書や FTA を通じてどのように修正されているかの全体像を把握することを目指し、その意義について考察する。そのために、次の第 2 章で現行の GATT 第 17 条の内容と解釈を概観した上で、それが加盟文書 (第 3 章) や、米国が締結した FTA (第 4 章)、米国の北米自由協定 (NAFTA) 加盟国が締結した FTA (第 5 章)、EU の FTA (第 7 章)、その他の FTA (第 7 章) を通じてどのように発展しているかについて分析する。また、TPP 協定も国有企業に関する規律を詳細に設け、分析対象として極めて重要な題材を提供すると言えるため、その発効 (あるいは TPP-11 に引き継がれるのか) に関しては不透明な点が多いものの、本稿では議論の対象に含める (第 8 章)。

2. WTO における「商業的考慮」の概念

2.1 GATT 第 17 条

(1) 規定内容

GATT 第 17 条は以下のように定める。

- 1 (a) 各締約国は、所在地のいかんを問わず国家企業を設立し、若しくは維持し、又はいずれかの企業に対して排他的な若しくは特別の特権を正式に若しくは事実上許与するときは、その企業を、輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売に際し、民間貿易業者が行う輸入又は輸出についての政府の措置に関してこの協定に定める無差別待遇の一般原則に合致する方法で行動させることを約束する。
- (b) (a) の規定は、前記の企業が、この協定の他の規定に妥当な考慮を払った上で、商業的考慮 (価格、品質、入手の可能性、市場性、輸送等の購入又は販売の条件に対する考慮をいう。) のみに従って前記の購入又は販売を行い、かつ、他の締約国の企業に対し、通常の商慣習に従って前記の購入又は販売に参加するために競争する適当な機会を与

eds., 1998); B. M. Hoekman & P. Low, *State Trading: Rule Making Alternatives for Entities with Exclusive Rights* in STATE TRADING IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 327, 331 (T. Cottier et al., eds., 1998).

えることを要求するものと了解される。

(c) 締約国は、自国の管轄権の下にある企業 ((a)に定める企業であるかどうかを問わない。)

が(a)及び(b)の原則に従って行動することを妨げてはならない。

…… (2 項以下省略)

(2) 国家貿易企業の定義

具体的に GATT 第 17 条の規定内容を分析する前に、「国家貿易企業 (state trading enterprise)」の定義について簡潔に論ずる。

根本的に、GATT 及び関連文書においては、「国家貿易企業」についての公式の定義は設けられていない⁶。従って、第 17 条の規定から読み取ることになる。まず、同条 1 項(a)号は「国家企業 (state enterprise)」⁷若しくは「いずれかの企業に対して排他的な若しくは特別の特権を正式に若しくは事実上許与する」場合を対象としていることから、①国家企業と②排他的な又は特別の特権を与えられた企業が⁸、「国家貿易企業」に該当することになる。さらに、同条 4 項(b)号では③「輸入独占」への言及が存在することから、これら 3 種類の組織が (互いに重複する関係にはあるが) 「国家貿易企業」に該当すると把握される⁹。

また、追補的に、GATT 第 17 条における「国家貿易企業」の定義に意味を与えるのが、「1994 年の関税及び貿易に関する一般協定第 17 条の解釈に関する了解」(以下、GATT 第 17 条の解釈に関する了解)である。当該了解では、同了解第 5 項に基づいて設置される作業部会が行う検討「作業のための…定義」が設けられており、それは以下のように規定する。

⁶ ITO (国際貿易機関) 憲章及び GATT の起草当初は、国家企業について、「その運営に際して加盟国政府が、直接又は間接に、管理の実質的な措置を行使する企業」とする定義が提案されていた時期もあったが (GATT, GATT ANALYTICAL INDEX 473 (1995))、最終的には、第 31 条 (現 GATT 第 17 条) の適用における柔軟性の確保の必要性等の指摘を受けて (United Nations Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Fifteenth Meeting of Commission A*, E/PC/T/A/PV/15 (June 20, 1947) at 15–18)、ITO 憲章や GATT には残されなかったとの経緯がある (United Nations Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Report to Commission A*, E/PC/T/160 (Aug. 9, 1947) at 6)。

⁷ 英文の *state enterprise* の訳は、GATT 第 17 条においては「国家企業」とされているものの、TPP 協定においては「公的企業」と訳されている。本稿においては、原則的には「国家企業」と訳すこととする。

⁸ ただし、「排他的な若しくは特別の特権」の意味は明らかにはされていない。Voon は、「特別の特権」には競合する企業には一般的には提供されない補助金その他の利益が、「排他的な特権」には特定の製品の製造、輸出又は輸入を行う独占的権限が含まれると解説している。Voon, *supra* note 3, at 391. また、この「排他的な若しくは特別の特権」は、権利を付与する企業に独占的な地位を与えるものでなくともよいものとも説明される。J. Selivanova, *World Trade Organization Rules and Energy Pricing: Russia's Case*, 38(4) J. WORLD TRADE, 559, 588 (2004). なお、第 17 条に関する注釈においては、「排他的な若しくは特別の特権」とはならないものとして、「対外貿易の運用において品質及び能率の標準を確保するための政府の措置又は、国内天然資源の開発のために許与する特権で、当該企業の貿易活動を統制する権限を政府に与えないもの」が挙げられている。

⁹ Voon, *id.*

「政府又は非政府の企業（販売に従事する機関を含む。）であって、購入及び販売を通じ輸入又は輸出の水準又は仕向け先に影響を及ぼす排他的又は特別な権利又は特権（法令又は憲法上の権限を含む。）を付与されたもの」¹⁰

しかし、この「作業のための定義」における「国家貿易企業」の範囲は、GATT 第 17 条における「国家貿易企業」よりも狭いと理解される¹¹。その根拠としては、①作業定義で問題とされる企業がすべて「排他的又は特別な権利又は特権…を付与された」政府又は非政府の企業との限定がかけられていること、②そしてその権利が「購入及び販売を通じ輸入又は輸出の水準又は仕向け先に影響を及ぼす」ものであることが求められている点が挙げられる¹²。先で述べたように、GATT 第 17 条に基づく「国家貿易企業」は、「国家企業」と「排他的な若しくは特別の特権」が許与された企業と捉えられる¹³。よって、仮に、GATT 第 17 条と「作業のための定義」を統合的に把握すると、国家企業は「排他的な若しくは特別の特権」を内在するものと前提にしていると理解されることになるが¹⁴、他方で、GATT 第 17 条の解釈に関する了解は前文にて、「この了解が〔第 17〕条に規定する実質的な規律の適用を妨げない」としていることから、依然として GATT 第 17 条は「排他的な若しくは特別の特権」を有しない「国家企業」も適用対象とすると理解することになると考えられる¹⁵。

(3) GATT 第 17 条 1 項(a)号の解釈：「無差別待遇の一般原則」の意味

GATT 第 17 条 1 項(a)号は、「迂回防止規定」と捉えられ¹⁶、加盟国が直接行っていれば GATT の下で差別として非難されうる行為を、国家企業や排他的な又は特別の特権を許与された企業が行ったとしても、同様に GATT 違反に問えるようにする規定である¹⁷。従って、ある製品の輸出入の統括を認められた国家貿易企業が、当該製品を購入ないし販売するのに際して、たとえば取引相手の国籍や属する国家の政策、国家貿易企業のホーム国の経済的ないし政治的な関心を基礎に行動しているような場合に¹⁸、その差別的な行為を行っている主体が加盟国と捉えられなくとも、無差別待遇違反を問えることになる。また、(a)号違反と

¹⁰ さらに、1999 年には作業部会により、政府と国家貿易企業との関係及びそれらの企業が行う活動の類型に関する例示表が作成されている。Working Party on State Trading Enterprises, *Illustrative List of Relationships between Governments and State Trading Enterprises and the Kinds of Activities Engaged in by These Enterprises*, G/STR/4 (July 30, 1999).

¹¹ 松下満雄・米谷三以『国際経済法』（東京大学出版会、2015 年）662 頁。Petersmann, *supra* note 1, at 80.

¹² この定義でいう「影響」については、求められる影響の程度が定かではないとの指摘がしばしばなされている。E.g., Mastromatteo, *supra* note 5, at 5.

¹³ See also Appellate Body Report, *Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, ¶114, WT/DS276/AB/R (Aug. 30, 2004) [hereinafter, Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report].

¹⁴ Voon, *supra* note 3, at 392.

¹⁵ Petersmann, *supra* note 1, at 87.

¹⁶ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶ 85.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Panel Report, *Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, ¶ 6.88 & n. 170, WT/DS276/R (April 6, 2004) [hereinafter, Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report]. 例えば、貿易赤字の解消のために、国家貿易企業が利用されているような場合が、「ホーム国の経済的ないし政治的な関心を基礎に行動している」となりうる。

されるためには、加盟国が国家貿易企業の特定の行動を阻止する場面のみを想定している同項(c)号とは異なり、加盟国がその違反行為に介入している必要はないと理解される¹⁹。

GATT 第 17 条 1 項(a)号における大きな論点は、「無差別待遇の一般原則」に内国民待遇が含まれるのかとの問題である。当該条項の起草過程における記録からは、最恵国待遇のみを意図して起草されたと理解できる²⁰。しかし、仮にそれが肯定されるのであれば、当該条項の適用範囲は相当に限定されることになる。すなわち、ある製品の分配と輸入を請け負う国有企業（国家貿易企業）が、国産品についてはその本来の価格で分配し、輸入品については高価で分配する（ただし、輸入品の間では差別的に扱わない）ような内国民待遇違反が問題とされる場合には²¹、GATT 第 17 条によって捕捉されないことになる²²。

これまでのパネル及び上級委員会の判断を確認しても、GATT 第 17 条に内国民待遇違反が含まれるかとの問題に関して明確な結論を導くことは難しい。最初にこの問題に触れたパネル報告が、GATT 時代のベルギー家族手当基金法事件である。本件においてパネルは、GATT 第 17 条 2 項は「第 3 条で取り扱われる事項にまでは拡大されない」と断定的に結論づけている²³。ただし、本件は第 17 条 2 項の解釈であることから、同条 1 項に関する先例としては必ずしも有効ではないとも指摘されている²⁴。

その後の事例におけるパネルの判断は割れている。内国民待遇が含まれることを示した事例としては、韓国牛肉事件²⁵が存在しており、逆に含まれないことを示した判断例としては GATT 時代の事例であるカナダ外国投資審査法（FIRA）事件²⁶、及び、（黙示的に）カナダアルコール飲料販売規制事件（EEC）²⁷がある。前者の肯定的な例である韓国牛肉事件のパネルは、「この無差別待遇の一般原則には少なくとも GATT 第 1 条及び第 3 条の規定が含

¹⁹ *Id.* ¶¶ 6.42–43.

²⁰ *E.g.*, United Nations Economic and Social Council, *Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Verbatim Report of the Fifth Meeting of Committee II*, E/PC/T/C.II/PV/5 (Oct. 30, 1946) at 36; United Nations Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Fourteenth Meeting of Committee A*, E/PC/T/A/PV/14 (June 19, 1947) at 24 & 27; D. A. IRWIN ET AL., *THE GENESIS OF THE GATT* 159 (2008).

²¹ *See also* Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, ¶ 733 WT/DS161/R, WT/DS169/R (July 31, 2000) [hereinafter *Korea – Beef Panel Report*].

²² さらに、ある国産原料の販売価格を国内では低く抑え、輸出されるものに対しては高価格で提供する二重価格制度（*dual pricing policy*）が国有企業によって実行されている場合も、輸出先で差別が存在していない限り GATT 第 17 条違反を構成しない。V. Pogoretskyy, *Energy Dual Pricing in International Trade: Subsidies and Anti-dumping Perspective in REGULATION OF ENERGY IN INTERNATIONAL TRADE LAW: WTO, NAFTA & ENERGY CHARTER* 181, 198 (Y. Selivanova ed., 2011).

²³ Panel Report, *Belgian Family Allowances (Allocations Familiales)*, ¶ 4, G/32 adopted Nov. 7, 1952 BISD 1S/59.

²⁴ Petersmann, *supra* note 1, at 80. かかる指摘は、GATT 第 17 条 2 項は「輸入」との表現を用いており、第 3 条 1 項のように「輸入産品」との表現を用いていないことを根拠とする。

²⁵ *Korea – Beef Panel Report*, *supra* note 21.

²⁶ Panel Report, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, L/5504, adopted Feb. 7, 1984 BISD 30S/140 [hereinafter *Canada – FIRA Panel Report*].

²⁷ Panel Report, *Canada – Import, Distribution and Sale of Alcoholic Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies*, L/6304, adopted Mar. 22, 1988, BISD 35S/37 [hereinafter *Canada – Provincial Liquor Boards (EEC) Panel Report*].

まれる」²⁸と述べており、そのように判断される理由を詳細に示さないものの、明確に内国民待遇が含まれると述べている。他方で、後者の否定的な判断例のうち、カナダ外国投資審査法（FIRA）事件でパネルは、GATT 第 17 条 1 項でいう無差別待遇の原則に内国民待遇が包摂されるかとの決定を当該事件において示す必要はないとしつつも²⁹、最恵国待遇に限定されるとするカナダの主張に説得力を感じるとの判断を示している³⁰。この判断は、カナダアルコール飲料販売規制事件（EEC）においても参照されており、黙示的にそれを支持しているものと捉えられる³¹。

目下のところ、GATT 第 17 条について最も詳細に分析を行った事例であるカナダ小麦事件のパネル及び上級委員会の双方とも、この問題についての明確な判断は示していない。同事件のパネル手続の段階で米国は、第 17 条 1 項でいう無差別待遇の一般原則は、特定の GATT 規定を参照していないことから、最恵国待遇に限定されずに広い範囲を持つと考えられ、少なくとも①輸出市場間での販売条件の差別と、②輸出市場と国家貿易企業のホーム国内市場の間での販売条件における差別が含まれると主張した³²。パネルは②について、態度を明確にする必要はないとしつつも、米国の主張が正しいとの前提で議論を進めるとした³³。他方で、同事件の上級委員会は、どのような差別が第 17 条 1 項(a)号に含まれるかとの問題は上訴に際して付託されていないことから、この問題については判断しないとの姿勢を示しており³⁴、また、報告書を通じて「無差別的な（non-discriminatory）」との表現を用いる形でこの問題に関する議論を回避している³⁵。

この問題について示唆を与える最新の事例としてカナダ FIT 事件におけるパネルの判断が挙げられる。当該事件においてパネルは、GATT 第 3 条 8 項(a)号の検討を行う上で同第 17 条 2 項を参照しており、その際に韓国牛肉事件のパネルの判断を支持する説明を記している。パネルは、二つの規定を並行的な関係に捉えた上で、第 17 条には内国民待遇義務が含まれるとする上記の韓国牛肉事件パネル判断を参照し、「[両規定]の文言からは、両規定は、(i) 政府機関による製品の購入（第 3 条 8 項(a)号）と、(ii) 国家貿易企業を通じた製品の購入（第 17 条 2 項）という二つの形態の購入の文脈において、内国民待遇義務の範囲を画定することを意図していると結論付けられる」としている³⁶。なお、上級委員会はこの点に関するパネルの判断には直接的には触れないものの、第 17 条について議論する基礎となった第 3 条 8 項(a)号に関するパネルの解釈（「商業的再販売のため」と「政府用として」の関係に関する解釈）については支持していない³⁷。

²⁸ Korea – Beef Panel Report, *supra* note 21, ¶ 753.

²⁹ Canada – FIRA Panel Report, *supra* note 26, ¶ 5.16. 同事件では、すでに争点とされた措置（カナダ産品等の購入約束）の GATT 第 3 条 4 項違反が認定されていたため。

³⁰ *Id.*

³¹ Canada – Provincial Liquor Boards (EEC) Panel Report, *supra* note 27, ¶ 4.27.

³² Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *supra* note 18, ¶ 6.45.

³³ *Id.* ¶ 6.50.

³⁴ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶ 88.

³⁵ *E.g., Id.* ¶¶ 85–88.

³⁶ Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Canada – Measures Relating to the Feed-In Tariff Program*, ¶ 7.143, WT/DS412/R, WT/DS426/R (Dec. 19, 2012).

³⁷ Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*,

このように、現状下では、GATT 第 17 条 1 項でいう「無差別待遇の一般原則」に内国民待遇が含まれるか否かについては判断例が一定ではない状況にある。このように見解が割れる背景には、第 17 条の対象が最恵国待遇に限定されると、国家貿易企業に対して内国民待遇義務を課すことができなくことへの懸念があると考えられるが、その問題は GATT 第 3 条の適用で緩和することもできる³⁸。たとえば、カナダ雑誌事件でパネルは、カナダポスト（国営企業、crown corporation）によって運営されていた郵便料金制度（postal rates scheme）に対して第 3 条 4 項を適用した。その際、パネルは (i) カナダポストが一般的にカナダ政府の指示（governmental instruction）の下で営業していたこと、(ii) カナダポストによる雑誌の価格設定が法律に根拠づけられたカナダ政府の権限の下で実効的に規制されていたことに着目して判断を下している³⁹。

もっとも、上記のような GATT 第 3 条の直接適用は、GATT 第 17 条における内国民待遇の欠損を補填するが、他方で、パネルの判断に基づく、「政府の指示」がない場合には第 3 条の適用に限界が発生することになる⁴⁰。先で述べたように、第 17 条の利点は、政府の直接的な介入がなくとも捕捉できることにあるため、第 17 条が内国民待遇違反を含むか否かとの問題は、引き続き重要な問題であり続けると言えよう。

(4) GATT 第 17 条 1 項(b)号の解釈：「商業的考慮」の意味

(i) 「無差別待遇」と「商業的考慮」の関係

GATT 第 17 条 1 項(b)号は、国家貿易企業に対して、「商業的考慮…のみに従って」購入又は販売を行うことを求める。当該条項を巡っては、最初に、無差別待遇を規定する(a)号とどのような関係を有するかが問題となる。

この点が明確に争われ、上級委員会による判断が示されたのがカナダ小麦事件である。同事件では、米国が、(a)号と(b)号は各々独立した法的義務を含んでおり、(b)号は(a)号が定める差別的待遇以外の多様な貿易障壁を国家貿易企業が構築することに対処するための追加的な制限を定めていると主張したところ⁴¹、上級委員会は、その主張を否定し、第 1 項(b)号は同項(a)号の範囲を明らかにするものであると理解すべきとする判断を示した⁴²。そして、

Canada – Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, ¶¶ 5.68–69, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013).

³⁸ F. Roessler, *Comment: Canada–Wheat: Discrimination, Non-commercial Considerations, and the Right to Regulate Through State Trading Enterprises* in THE WTO CASE LAW OF 2004-2005: LEGAL & ECONOMIC ANALYSIS 67, 69 (H. Horn & P. C. Mavroidis, eds., 2008).

³⁹ Panel Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, ¶¶ 5.35-36, WT/DS31/R (Mar. 14, 1997). See also Panel Report, *Canada – Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, ¶ 5.6 & 16, DS17/R, adopted Feb. 18, 1992, BISD 39S/27; *Canada – Provincial Liquor Boards (EEC) Panel Report*, *supra* note 27, ¶ 4.26.

⁴⁰ また、当該事件において、政府が指示する権限が存在することのみ（つまり、実効的に規制していた事実が確認されていない状態）で GATT 第 3 条 4 項を適用してよかったのか疑問を投げかけるものとして、松下満雄ほか『ケースブック ガット・WTO 法』（有斐閣、2000 年）88 頁〔川島富士雄執筆担当〕。

⁴¹ *Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report*, *supra* note 13, ¶ 82. See also *Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report*, *supra* note 18, ¶ 6.52.

⁴² *Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report*, *id.* ¶ 89. ただし、同様の判断は GATT 期に

その根拠として、(b)号が「(a)の規定は…と了解される」とされていること⁴³、(b)号で「前記の」との表現がたびたび用いられていること⁴⁴、第17条（付属書1の「注釈及び補足規定」を含め）において(b)号が参照される場合には常に(a)号と併せて参照されていること⁴⁵、GATT 付属書1の「第17条について」（以下、第17条に関する注釈）が第17条の判断においては異なる待遇と商業的考慮の双方の検討を想定していること⁴⁶等を指摘した。よって、この上級委員会の判断に基づくと、商業的考慮の要件は、争点とされる取引が差別的（異なる状況に対して形式的に同一の待遇を与える場合も含め⁴⁷）な場合にのみ、関連性を有することになると理解されることになる⁴⁸。換言すれば、商業的考慮の要請は、差別的な行為が第17条のもとで正当化されるか否かを検討する際の考慮要素と位置付けられることになる⁴⁹。このような解釈の下では、たとえば、国家貿易企業が商業的に合理的な価格より低い価格で特定の産品を輸出し販売した場合には、他の競争業者に悪影響を与えるとしても、それが貿易相手国の間で差別を構成していない限り、GATT 第17条1項(b)号違反とは認定されないことになる⁵⁰。

(ii) カナダ小麦事件で示された「商業的考慮」に関する判断

次に、「商業的考慮」の意味について考察する。まず、GATT 自体は「商業的考慮」を定義づけていないが、カナダ小麦事件のパネルが詳細に判断を示したため、以下では当該パネル判断を中心に論ずる。

カナダ小麦事件のパネルは「商業的考慮」について、当該文言の辞書的な意味の確認からはじめ、当該文言は「商業及び取引に関連する考慮、あるいは「純粋に事業上の事項として」購入又は販売において含まれる考慮を意味すると理解されるべきである」とした⁵¹。加えて、「商業的考慮は、〔国家貿易企業〕が、自分自身及び／又は所有者、構成員、受益者等に経済的な利益をもたらす (economically advantageous) ような条件で購入又は販売を行うようにすることを含意する」ともした⁵²。次いで、パネルは「商業的考慮」を「商業的主体 (commercial actors)」と区別し、前者は輸出国貿易企業 (export STEs) があたかも「商業的主体」かのように活動することを要求するものではない（むしろ、政治的主体 (political actors) として

おけるパネルの判断においても示されていた。Canada – FIRA Panel Report, *supra* note 2641, ¶ 5.16. *But see* Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *id.*, ¶ 6.59.

⁴³ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *id.*

⁴⁴ *Id.* ¶ 90.

⁴⁵ *Id.* ¶ 93.

⁴⁶ *Id.* ¶ 94.

⁴⁷ *Id.* ¶ 87.

⁴⁸ *Id.* ¶¶ 110–112. ただし、上級委員会は「少なくとも争点とされている異なる待遇を同定する必要がある」と表現しているため、(b)号の検討に際して(a)号の詳細な分析までは必要ないと捉えられる。B. Hoekman & J. P. Trachtman, *Canada-Wheat: Discrimination, Non-commercial Considerations, and the Right to Regulate Through State Trading Enterprises*, in *THE WTO CASE LAW OF 2004-2005: LEGAL & ECONOMIC ANALYSIS* 45, 55 (H. Horn & P. C. Mavroidis, eds., 2008).

⁴⁹ Selivanova, *supra* note 8, at 589.

⁵⁰ Hoekman & Trachtman, *supra* note 48, at 58. なお、この上級委員会の判断に対する批判は後述(5)参照。

⁵¹ Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *supra* note 18, ¶ 6.85.

⁵² *Id.* ¶ 6.87.

行動することを禁ずるに過ぎない) と述べ⁵³、そのように結論付けられることは、現行の規定が、国家貿易企業が取引を行うのに際して特権を用いることを制約していないことから支持されるとした⁵⁴。また、パネルは、国家貿易企業の排他的な又は特別の特権が、自己の競争相手となる商業的主体を競争上不利な状況に追い込むとの事実のみでは、第 1 項(b)号の前半部を、かかる特権の行使を阻止させるものとして解釈させることにはならないとし⁵⁵、さらには、国家貿易企業に許与される特権は、農業協定や補助金協定といった WTO における他の協定においても制約が加えられていることも指摘した⁵⁶。他方でパネルは、商業的考慮に従って行動していないとみなされうる例にも言及しており、具体的には、輸出国国家貿易企業が特定の産品を 1 つの輸出市場で経済的に最適価格 (best price) にて販売しておきながら、別の輸出市場では地元の需給条件を充足するのに必要なものよりも低い価格で販売するような形で排他的な又は特別の特権を行使する場合を示した⁵⁷。

同事件のパネル手続ではさらに、カナダの CWB (Canadian Wheat Board) の構造や行動が「商業的考慮」に従ったものか否かが具体的に審議されており、次のような議論が展開された。まず、米国は、CWB に関して、その特権ゆえに CWB が価格設定等に際して「商業的主体」よりも大きな弾力性を有していることや、CWB が利潤ではなく売上や収益を最大化する法的任務及び統治構造に基礎づけられていること等を、第 17 条 1 項違反の根拠として指摘した⁵⁸。それに対してパネルは、CWB が西部カナダ小麦・大麦生産者の収益を顧みないとの意味で、「是が非でも」売上の最大化を志向していると推定する理由はない⁵⁹、CWB のような輸出国貿易企業が、特権に基づいて「商業的主体」よりも低価格で販売を行い得るとの事実は、それのみでは商業的考慮に従っていないと判断する根拠にはならない⁶⁰、実際に CWB が意図的に最適価格よりも低い価格で販売することは考えづらい⁶¹、CWB が自身の利潤を追求していないことについて争いはないが、そのことで CWB が商業的考慮に従って販売を行わないインセンティブを有していると結論付けられるとは考え難い⁶²、等と認定して米国の主張を否定した。また、パネルは、CWB が高品質小麦に価格プレミアムを支払うことにより当該小麦を過剰生産するインセンティブを与えていると米国が主張したことに対しても、そのような行為が「低品質生産期に高品質小麦の顧客に供給できるようにする必要性」に鑑みると、価格プレミアムによる過剰生産も商業的考慮に従っているとみなしうると判断した⁶³。加えて、パネルは、特定の市場での高品質小麦の割引販売が商業的考慮を反映していないとされるためには、それがプレミアム価格で高品質小麦を販売する適切な機会を見送らせ、かつ、高品質小麦を低品質小麦の価格競争に対応するのに必要な価格以

⁵³ *Id.* ¶¶ 6.92–94.

⁵⁴ *Id.* ¶¶ 6.95–96.

⁵⁵ *Id.* ¶ 6.100. *See also id.* ¶¶ 6.101 & 129.

⁵⁶ *Id.* ¶ 6.104.

⁵⁷ *Id.* ¶ 6.102. *See also id.* ¶ 6.129. ただし、この点に関してパネルは注 183 において、輸出国貿易企業が、競争者が市場に参入することを防止するために市場よりも低い価格を設定することは、商業的考慮に基づいていると考えられうると述べている。

⁵⁸ *Id.* ¶¶ 6.110 & 112. これらは米国が行った 4 つの主張のうち、第 1 と第 3 に該当する。

⁵⁹ *Id.* ¶ 6.127.

⁶⁰ *Id.* ¶ 6.129.

⁶¹ *Id.* ¶ 6.131.

⁶² *Id.* ¶ 6.133.

⁶³ *Id.* ¶ 6.137.

下で販売する場合は該当するとしたものの⁶⁴、この点に関して本件では証拠が不十分であるとして、実際に CWB がそのような価格行動をとったかについては肯定的な判断を示すことはなかった⁶⁵。最後に、CWB のかかる価格行動について、米国がその意図は CWB の販売と市場シェアの拡大や競争者の排除にあると主張したことに関しては、パネルは、それらは商業的な理由に基づいて行われるものであると捉えられることから、更なる詳細な情報なくして商業的考慮に従っていないと認定することはできないとした⁶⁶。

このようなパネルの判断に対して、米国が上訴に際して破棄を要求したのは同判断の一部に限定されたため⁶⁷、上級委員会には——パネルの判断に基本的には否定的ではないと考えられるもの——「商業的考慮」の意味について包括的に分析する機会はなかった。その中で、重要と考えられる点は以下の 2 つである。第 1 に、争点とされる措置の GATT 第 17 条 1 項(b)号整合性の決定に際しては、ケースバイケースで検討されるべきで、「関連市場の慎重な分析」を含むと強調した点である⁶⁸。第 2 が、(b)号の検討の範囲が(a)号の原則によって統制されなければならないことから、商業的考慮が検討される市場は「国家貿易企業が差別的な行為を行っている」とされる市場でなければならないとした点である⁶⁹。なお、その議論との流れで、上級委員会は、第 17 条 1 項の規律は特定の形態の差別的行為の防止を目的としているのであり、「当該規定を、国家貿易企業に対して包括的な競争法型の義務を課している」と解する根拠を見いだせない⁷⁰と確認している。

さらに、上級委員会は、パネルが示した国家貿易企業に認められる排他的な又は特別の特権の行使についての考え方についても、賛同する姿勢を示した。とりわけ上級委員会は、第 17 条 1 項(b)項からは「国家貿易企業による自己の特権や有利性の利用が、民間企業に「不利益を与える」かもしれないとの理由で抑制を求められる」とは理解できないと述べ、パネルの判断を支持した⁷¹。他方で上級委員会は、GATT 第 17 条 1 項の規律の遵守の有無は、市場に基礎を置く分析 (market-based analysis) を要請しているとも示している⁷²。

かかるカナダ小麦事件のパネル及び上級委員会の判断に基づくと、「商業的考慮…のみに従って」取引が行われていないと判断されるためのハードルは高いと言える。国家貿易企業に対してはある程度の商業的な行動が求められるものの、「商業的主体」としての活動が求められるわけではなく、また、「排他的な若しくは特別の特権」の行使が大きな制約を受けることになるわけでもない（ただし、「排他的な若しくは特別の特権」の行使に際しては、市場に基礎を置いた行動が要請されるため、国家貿易企業が活動を行う市場の状況に応じて評価が異なることになる）。この点、パネル報告においては、商業的考慮に従っていない行動が具体的に議論されており、例えば高品質の製品を低品質の製品市場における価格よりも低い価格で販売している（ただし差別を伴うことが必要）場合には、商業的考慮に従っ

⁶⁴ *Id.* ¶ 6.138.

⁶⁵ *Id.* ¶¶ 6.139–43.

⁶⁶ *Id.* ¶ 6.144.

⁶⁷ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶ 139.

⁶⁸ *Id.* ¶ 144.

⁶⁹ *Id.* ¶ 145.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.* ¶ 149.

⁷² *Id.*

ていないと判断される可能性が示されている。とはいえ、パネル報告に基づいても、ある国家貿易企業が民間企業では実現しえない商取引を行っていたとしても、そのことのみでは商業的考慮に従っていないと認定する根拠とはされないと予想されるため⁷³、やはり国家貿易企業が商業的考慮に従っていないとの判断は容易には下されないであろう。

その一方で、別の観点からは、上級委員会の判断は第 17 条 1 項が広範囲に適用される余地があることを再確認したとも言える。上級委員会は、第 17 条 1 項(a)号との連動性から、「商業的考慮」の対象とされる市場は差別が顕出される市場とされると判断した。もし、差別が行われていることのみが問題とされ、特権を付与されている製品には限定されないのであれば、特権が認められる市場での支配力を基礎に他の市場で非商業的な差別を行ったような場合も、第 17 条の適用対象になると考えられる。実際、条文上は、国家貿易企業の取引が排他的な又は特別の特権に関連する製品の取引であることが適用条件とされていないので、その適用範囲は特権と無関係の製品にも及ぶとすることには問題ないと思われる。後述の FTA における規定と比べた場合の、GATT 第 17 条の利点と言える⁷⁴。

(iii) 第 17 条に関する注釈

GATT 第 17 条における「商業的考慮」と関連するものとして、第 17 条に関する注釈が挙げられる。当該注釈においては、「この条の規定は、国家企業が、異なる市場において異なる価格で製品を販売することを妨げるものではない。ただし、その異なる価格は、輸出市場における需要供給の状況に応じて商業的理由に基いて定められるものでなければならない。」と記されている。この記述からも分かるように、最恵国待遇違反となるような市場ごとの販売価格を設定したとしても、それが商業的理由（輸出市場における需要供給の状況を踏まえた）に基づいている限りにおいては、第 17 条違反とされないことになる。

しかしながら、この注釈の記述からも、実質的にどのような価格設定が許容され、どのような場合が商業的理由に基づいていると認められるかを確定的に把握することは難しい。これまでのところ、そこまで踏み込んで判断を示したパネルないし上級委員会の判断例も存在しない。しかし、いくつかの文献においては、当該注釈の下でも多くの差別的な価格設定が比較的容易に許容されることを示唆する見解が示されており⁷⁵、価格設定に対する強い規制としては機能しないと予想される。

(iv) 商業的考慮の対象となる取引：貿易との関連性

上述したように、GATT 第 17 条 1 項(b)号の「商業的考慮」の対象となる取引は、同条 1 項(a)号に違反する差別的な購入又は販売とされるが、加えて、(a)号が「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」と規定することから、(b)号の「商業的考慮」の対象となる取引

⁷³ 前掲注 57 参照。

⁷⁴ 後掲注 167 参照。

⁷⁵ Pogoretsky, *supra* note 22, at 199; V. Pogoretsky & D. F. Behn, *The Tension between Trade Liberalization and Resource Sovereignty: Russia-EU Energy Relations and the Problem of Natural Gas Dual Pricing*, 9(6) OIL, GAS & ENERGY, 15 (2011).

もそのような取引であることが必要となる。

「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」の射程については、カナダ小麦事件の上級委員会において間接的に議論が行われている。同事件の上級委員会は、第 17 条 1 項(b)号の後半部が対象とする「前記の購入又は販売」は、「(i) 取引に参加している当事者の一方が国家貿易企業で、(ii) 当該取引が国家貿易企業を維持している加盟国への輸入又は同国からの輸出を伴う」と判断した⁷⁶。よって、この解釈に基づくと⁷⁷、GATT 第 17 条 1 項(b)号後半部において競争の適当な機会を与えられる「他の締約国の企業」は、国家貿易企業と直接的に取引を行っている企業に限定されることになる⁷⁸。そのため、たとえば、国家貿易企業と供給面で競争関係にある民間企業が、国家貿易企業の行動により（国家貿易企業による高品質製品の低販売価格設定等により⁷⁹）競争から排除されたとしても、国家貿易企業の買手間の購入競争に参加する機会が損なわれていない限り、第 17 条 1 項(b)号の後半部の違反を構成することはないということになる⁸⁰。

このように、第 17 条 1 項(b)号後半部が対象とするのは、国家貿易企業と外国事業者が直接取引を行っている場合とされたが、これは(b)号の前半部の「商業的考慮」の議論にどのように関連するのか。第 17 条 1 項(b)号の前半部は後半部と同様に、「前記の購入又は販売」を問題とする、すなわち(a)号でいう「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」を対象とすることから、まずは「商業的考慮」の対象となる取引も、(b)号後半部に関する上記の判断を受けて、国家貿易企業と外国事業者との間の輸出入を伴う取引が含まれると理解されることになる。

ただし、第 17 条 1 項(a)号の「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」（及び、それを受けた(b)号前半部の「前記の購入又は販売」）が、国家貿易企業と外国事業者との間の取引以外の取引をどこまで含むかについては定かではない。「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」は通常は、国家貿易企業と外国事業者（輸出の場合は外国消費者も考えられる）との間の取引を意味すると言えるが、「伴う (involving)」の文言をどの程度、輸出入と取引とを連結させたものと解釈するかには幅が生まれうる。仮に、国家貿易企業が直接輸入していなくとも、当該企業の取引相手である国内事業者が輸出入に関与している場合も「伴う」と理解するのであれば、GATT 第 17 条 1 項の適用範囲も広がることになるが、この点についての解釈は今後委ねられている状況にある。

⁷⁶ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶ 157. See also Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *supra* note 18, ¶¶ 6.69–72 & 150.

⁷⁷ ただし、国家貿易企業と競争関係にある企業が、同時に国家貿易企業からも競合産品を購入している場合については、パネルも上級委員会も判断を示していない。Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *id.* ¶ 160; Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *id.*, nn. 157 & 161.

⁷⁸ 第 17 条 1 項(b)号後半部が対象とする取引を、国家貿易企業と外国事業者の間の取引とする上級委員会の解釈に肯定的な見解としては、平、前掲注 5、207 頁。

⁷⁹ Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *supra* note 18, ¶ 6.113.

⁸⁰ See also Panel Report, *Spain – Measures Concerning Domestic Sale of Soyabean Oil*, ¶ 4.9, L/5142 (17 June, 1981), unadopted.

(5) GATT 第 17 条に対する評価

以上のような GATT 第 17 条の構造、及び、パネル及び上級委員会による判断に対しては、主に次の 2 点に関して批判的な見解が示されている。第 1 が、(a)号でいう「無差別待遇」が最恵国待遇に限定されている点である。最恵国待遇に限定されると、国家貿易企業が国内の産品を輸入産品と比べて優遇している場合を捕捉できなくなる問題が生ずる。これに対しては、内国民待遇も含めるべきとする提案が見られる一方で⁸¹、第 17 条の起草過程等を踏まえて、最恵国待遇に限定されていることを堅持する学説も見られる⁸²。

第 2 が、パネル及び上級委員会が、GATT 第 17 条 1 項(b)号の「商業的考慮」を、同条 1 項(a)号の無差別原則に従属させる判断を示してきた点である。この点については、文言との関連からの批判⁸³、起草過程の観点からの批判⁸⁴がなされている⁸⁵。文言の観点からの批判として Hoekman & Trachtman は、(b)号の「…と了解される」の表現からは、商業的考慮に従って行動していないことが(a)号の「差別」を構成する根拠になる（すなわち、検討の順番において(b)号が優先される）とも考えられると指摘する⁸⁶。また、Mavroidis は、パネル及び上級委員会の解釈が、それを無差別待遇の義務とは独立した義務とすることを意図した起草時の米国提案⁸⁷を反映していないと批判する⁸⁸。

また、直接的に批判する論者はいないが、GATT 第 17 条が「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」に限定されている点も当該条項の適用範囲を狭め、不十分性を顕著にする要因になりえる。この点につき、カナダ小麦事件の上級委員会は、「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」は第 17 条 1 項(b)号の後半部の文脈では、基本的に外国事業者と国家貿易企業との間での輸出入を伴う取引を示すと説明し、外国事業者が国家貿易企業と競争している状況を排除する判断を示した⁸⁹。果たして、国家貿易企業の取引がどの程度、輸出入と関連していると「輸入又は輸出のいずれかを伴う」とされるかについては、現時点までのパネル及び上級委員会の判断からは定かではないが、輸出入と関連性があることを

⁸¹ Hoekman & Low, *supra* note 5, at 331–32. H. P. Hestermeyer & L. Nielsen, *The Legality of Local Content Measures under WTO Law*, 48(3) J. WORLD TRADE 553, 583 (2014); M. MATSUSHITA ET AL. THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LAW, PRACTICE, & POLICY, 246 (3RD ED. 2015).

⁸² Selivanova, *supra* note 8, at 592; Pogoretsky, *supra* note 22, at 197–98; J. H. JACKSON, *WORLD TRADE & THE LAW OF GATT* 345–47 (1969).

⁸³ Hoekman & Trachtman, *supra* note 48, at 56–57.

⁸⁴ Mavroidis, *supra* note 5, at 407.

⁸⁵ See also Davey *supra* note 5, at 27; P. C. Mavroidis, *TRADE IN GOODS: THE GATT & OTHER WTO AGREEMENTS REGULATING TRADE IN GOODS* 777–78 (2nd ed. 2012); P. C. MAVROIDIS, *THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS & TRADE: A COMMENTARY* 282–83 (2005).

⁸⁶ Hoekman & Trachtman, *supra* note 48, at 56. 加えて、彼らは、(a)号でいう差別の全ては、非商業的な考慮に基づいた決定を含むと推定されるという立場をとる。同時に、ある取引が商業的考慮に基づいているか否かを判断することは、不可能ではなくとも困難を伴うことから、差別的な措置を商業的考慮によって正当化することは理論的に不可能とも指摘する。

⁸⁷ United Nations Economic and Social Council, *Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Summary Record of the Ninth Meeting*, E/PC/T/C.6/27, (Jan. 30, 1947) at 5. 実際には、米国の発案を受けて英国が文言を提案した模様である。

⁸⁸ Mavroidis, *supra* note 5, at 401 & 406–10.

⁸⁹ 第 17 条 1 項(b)号後半部が対象とする取引を、国家貿易企業と外国事業者の間の取引とする上級委員会の解釈に肯定的な見解としては、平、前掲注 5、207 頁。

前提にしているとの点で、カバーされる国家貿易企業の行動が限定されることになる⁹⁰。

上記のような批判や限界が存在する一方で、上級委員会の限定的な判断には擁護する余地があることも否定できない。GATT 第 17 条はそもそも、制定交渉に参加した国の多様な視点に基づく妥協の産物として制定されたとの経緯が存在しており⁹¹、ゆえに、明確な解釈基準を見出し難い。また、GATT 第 17 条 1 項とほぼ同一の規定内容となっているハヴァナ憲章第 29 条 1 項は、同憲章第 V 章の「制限的商慣習」と併せて適用されることが想定されていたことから、前者の規律が及ぶ範囲は限定的との点はむしろ想定内とも言える⁹²。さらに、GATT 第 17 条自身も第 3 項にて「[1 項(a)号] に定める種類の企業の運営が貿易に著しい障害を与えることがあること」から、「その障害を制限し、又は減少するための相互的かつ互恵的な基礎における交渉が国際貿易の拡大のため重要であることを認め」ており、国家貿易企業による貿易障壁については利害関係を有する当事国間の交渉で個別に調整⁹³することを求めている⁹⁴。これも、第 17 条 1 項が国家貿易企業の全ての行為に対処する規定として設計されていないことを示唆している⁹⁵。

従って、これらを加味すると、国際貿易における国家貿易企業（または国有企業）による行動を、広範囲に亘って商業的考慮の義務に服させるのであれば⁹⁶、より明確に、無差別原則と商業的考慮を分離する表現を用いる等の立法的解決を図ることが適切なアプローチと言える⁹⁷。具体的な立法の試みについては、WTO 発足後に加盟した加盟国の関連文書（第 3

⁹⁰ GATT 第 17 条の解釈に関する了解の「作業のための定義」では、「購入及び販売を通じ」て「輸入又は輸出の水準又は仕向け先に影響を及ぼす」との表現が用いられていることから、「購入及び販売」それ自体は輸出入とは直接的に関係している必要もないとも捉えられる。Mastromatteo, *supra* note 5, at 5.

⁹¹ Mavroidis, *supra* note 5, at 402. See also Irwin et al. *supra* note 20, at 160.

⁹² Mastromatteo, *supra* note 5, at 13. ハヴァナ憲章第 46 条は、「公的商業企業 (public commercial enterprises)」による商慣行が国際貿易に影響を及ぼす場合には、「適当な措置を採る」こと及び「機関と協力する」ことが求められる（詳細は、丹羽克治「ハバナ憲章の諸条項と基本原則 (中)」立教経済研究第 29 巻 3 号 (1975 年) 188 頁以下)。かかる規定は、公的商業企業による国際的な反競争行為を規制する規定であるため、GATT 第 17 条が有さない競争法型の規制としての性質を含んだものと言える。

⁹³ 例えば、「関税その他の課徴金の引下げ」を通じた調整が具体的な方法として考えられる（第 17 条に関する注釈参照）。

⁹⁴ 当該規定は 1955 年に追加された規定であるが、原形は、ハヴァナ憲章第 31 条に見出される。

⁹⁵ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶¶ 97–98. また、本条項が、後述する加盟文書における個別の交渉を基礎づけているとも理解される。Mastromatteo, *supra* note 5, at 11.

⁹⁶ 国有企業の個々の取引を商業的考慮の基準で評価することに批判的な見解として（米谷三以・藤井康次郎・根本拓「連載 TPP 政府・企業法務：第 13 回 国有企業」NBL 第 1088 号 (2016 年) 65 頁以下)。また、商業的考慮について、ある取引が商業的考慮に基づいているか否かを外形的に判断することは困難であるとする指摘もされている。Hoekman & Trachtman, *supra* note 48, at 56–57. なお、本稿では、以下で論ずる WTO 加盟文書や FTA での議論が商業的考慮の要請を軸に議論が展開されていることから、商業的考慮の妥当性の議論については省略することとする（つまり、商業的考慮の基準の是非の問題ではなく、それがどのように展開しているかとの論点に特化する）。

⁹⁷ See C. F. BERGSTEN, G. C. HUFBAUER & S. MINER, BRIDGING THE PACIFIC: TOWARD FREE TRADE & INVESTMENT BETWEEN CHINA & THE UNITED STATES, 310 (2014).

章)、そして、FTAにおける規定(第4章以下)の分析を通じて明らかにしていきたい。

3. WTO 加盟国個別の国有企業規律と「商業的考慮」

WTO 発足後、36 カ国が WTO に加盟しているが⁹⁸、その中には、中国、ロシア、サウジアラビアといった国有企業が国内市場において大きなウェイトを占める国家が数多く含まれているため⁹⁹、これらの国の加盟文書が重要な意味を持つ。

3.1 米国国内法における国際的な国有企業規制：1988 年包括通商・競争力法第 1106 条

WTO 加盟文書の分析に入る前に、米国の包括通商・競争力法第 1106 条¹⁰⁰に触れたい。この米国の国内法は、「主要国 (major foreign country)」と認定される WTO 加盟申請国との間において、当該国が第 1106 条に沿った形で国家貿易企業の統制を確保していない限り、米国は GATT を適用しないことを定める¹⁰¹。よって、加盟申請国にとっては、加盟文書における国家貿易企業(国有企業)に関する約束が第 1106 条と整合的であるか否かとの米国の判断は、加盟の実質的意義に大きな影響を与えることになる。

包括通商・競争力法第 1106 条(a)項は、主要国が WTO に加盟する前に、米大統領に対して、主要国の国家貿易企業が、①当該国の輸出において、又は、②当該国に輸入される製品と競争関係を有する製品において大きなシェア (significant share) を有するか否か、そして、③当該国家貿易企業が米国の貿易又は米国経済に対して不当な負担や制限となる、あるいは悪影響を及ぼす(又は、それらを引き起こしうる)か否かを決定することを求める。これまでのところ、5 カ国——中国¹⁰²、サウジアラビア¹⁰³、ベトナム¹⁰⁴、ウクライナ¹⁰⁵、そしてロシア¹⁰⁶——に肯定的な決定が、台湾¹⁰⁷に否定的な決定が下されている。

⁹⁸ WTO, WTO Accessions, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_e.htm (last visited Oct. 12, 2017).

⁹⁹ P. Kowalski et al. *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, 22–23 (OECD Trade Policy Papers, No. 147, 2013).

¹⁰⁰ 19 U.S.C. § 2905; Pub. L. No. 100-418.

¹⁰¹ WTO 設立協定第 13 条に基づいて、米国は WTO 協定を当該加盟国との間で「不適用」とすることになる。P. Milthorp & D. Christy, *Energy Issues in Selected WTO Accessions* in REGULATION OF ENERGY IN INTERNATIONAL TRADE LAW: WTO, NAFTA & ENERGY CHARTER 259, 279 (Y. Selivanova ed. 2011).

¹⁰² Determinations Regarding State Trading Enterprises – People’s Republic of China, Nov. 9, 2001, 66 F.R. 57357.

¹⁰³ Memorandum on Determinations under Section 1106(a) of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 – Kingdom of Saudi Arabia, Nov. 10, 2005, 70 F.R. 69419.

¹⁰⁴ Determination under Section 1106(a) of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 – Socialist Republic of Vietnam, Nov. 6, 2006, 71 F.R. 66223.

¹⁰⁵ Determination under Section 1106(a) of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 – Ukraine, Mar. 28, 2008, 73 F.R. 17879.

¹⁰⁶ Presidential Memorandum – Determinations under Section 1106(a) of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 – Russian Federation, Dec. 15, 2011, 76 F.R. 79023.

¹⁰⁷ Determinations Regarding State Trading Enterprises – Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu,

さらに、同法第 1106 条(b)項によると、上記の(a)項の規定下で肯定的な決定が下された場合、大統領は米国と当該主要国との間の WTO 協定の適用の拡大を留保 (withhold) する権限を保有することになり (1)号)、両国が国家貿易企業に関して合意に至らない限り両国間で WTO 協定が適用されないことになる ((2)号柱書)。その合意の中には、国家貿易企業が、購入 (当該国で使用されるものを除く、(2)号(A)(i)(I)) 及び、国際貿易における販売 ((2)号(A)(i)(II)) を商業的考慮に従って行うこと¹⁰⁸、そして、米国の事業者に対し、通常の慣習に従って、当該購入又は販売に参加するために競争する適当な機会を与えることの約束が含まれる ((2)号(A)(ii))。

以上のような内容の第 1106 条は、GATT 第 17 条の規定と基本構造は共有する。しかしながら、細部にはいくつか相違点を確認される。第 1 に、第 1106 条(b)項(2)号は、差別について言及しない。よって、商業的考慮は差別の有無とは無関係に要求されることになる。第 2 に、国家貿易企業と貿易の関係に関する記述の捉え方によっては、第 1106 条はより広範囲の取引に適用されると理解することも可能である。GATT 第 17 条 1 項は、「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」と規定するのに対して、第 1106 条は「国際貿易における」取引との表現を用いる。この「国際貿易における」の意味は「輸入又は輸出のいずれかを伴う」とほぼ同義と捉えるのが一般的と思われるが、他方で、第 1106 条がやや抽象的な表現を用いていることは、輸出入を直接的に伴う取引よりも広い範囲を含むと考える余地を残しているとも理解できなくもない。いずれにせよ、あえて GATT 第 17 条とは異なる表現を用いている点は注目される。

他方で、国家貿易企業の取引へ参加するために競争する適当な機会の付与に関しては、GATT と包括通商・競争力法とで、内容の共通性が確認される¹⁰⁹。もっとも、第 1106 条(b)項(2)号(A)(ii)でいう「前記の購入又は販売」は「国際貿易における」取引を示すので、当該販売又は購入と「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」の意味の相違はここでも関連性を有することになる (GATT 第 17 条と包括通商・競争力法第 1106 条の比較については、末尾表 9 参照)。

3.2 中国の WTO 加盟文書

後述するように、WTO 加盟文書において商業的考慮の概念を明確に記す慣習が定着する契機となったのはサウジアラビア (2005 年加盟) の加盟文書であったが¹¹⁰、中国 (2001 年加盟) の加盟文書はそれに先駆けて国有企業に関する詳細な約束を行っていることから、最初に取り上げる。また、中国加盟文書では、後述の他国の加盟文書とは内容や規律構造の面で特異性が確認される。

Kinmen, and Matsu, Nov. 9, 2001, 66 F.R. 57359.

¹⁰⁸ 商業的考慮には「価格、品質、入手の可能性、市場性及び輸送」が含まれる。

¹⁰⁹ 細かい相違点としては、GATT 第 17 条では「通常の商慣習」に従ってとされているのに対して、米国法では「通常の慣習」との表現が用いられている。

¹¹⁰ 後掲注 132 参照。

中国の加盟文書における国有企業関連規定は、WTO プラスの約束となっている¹¹¹。国有企業に関連する規定は、加入議定書¹¹²と作業部会報告書¹¹³のそれぞれに設けられており¹¹⁴、そのうち、商業的考慮の概念が直接的に関連するのは作業部会報告書の第 46 段落である¹¹⁵。

46. 中国代表はさらに、中国はすべての国有企業および国家投資企業が商業上の考慮（例えば、価格、品質、販売可能性および入手可能性等）のみに基づいて購入および販売を行うことを確保するとともに、他の WTO 加盟国の企業は無差別条件に基づきこれらの企業への販売およびこれらの企業からの購入について競争する適切な機会を有することを確保する旨を確認した。さらに、中国政府は、国有企業または国家投資企業の商業上の決定（購入ないし販売された物品の数量、価額または原産国を含む）に対しては、WTO 協定と整合的な方法による場合を除き、直接または間接に影響を及ぼさないことも確認した。作業部会は、これらの約束に留意した。

この作業部会報告書第 46 段落の文言を、GATT 第 17 条と比較した場合、いくつかの点で相違が確認される。第 1 に、主語が「国有企業および国家投資企業」とされている。これは、これまで「国家貿易企業」の規制に用いられていた「商業的考慮」等の概念が、国有企業規制一般においても基幹を成すことを意味する¹¹⁶。中国の加盟以前に加盟した国の作業部会報告書でも、GATT 第 17 条の適用の確認を行う際に「国有企業」に言及するものが散見されるが¹¹⁷、国家貿易企業に関する規定を国有企業規制として本格的に転用させた最初の例がこの中国の加盟文書と言えよう。第 2 に、商業的考慮が要請される取引に限定がかけられていない。GATT 第 17 条においては、商業的考慮が求められる取引は「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」とされているが、かかる文言は中国の作業部会報告書には見られない¹¹⁸。よって、国有企業の国内での取引であっても、競合する外国企業や外国産品を市場から排除する結果を招く非商業的な取引や、国有企業が非商業的な低価格で物品を国内企業に提供することにより当該企業が国内外で競争上の有利性を得るような場合は、作業部会報告書の約束に反することになる¹¹⁹。また、そのみならず、国内にある他の加盟国の

¹¹¹ J. Ya Qin, "WTO-Plus" Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System, 37(3) J. WORLD TRADE 483, 505-07 (2003).

¹¹² Protocol on the Accession of the People's Republic of China, WT/L/432 (Nov. 23, 2001).

¹¹³ Report of the Working Party on the Accession of China, WT/ACC/CHN/49 (Oct. 1, 2001).

¹¹⁴ 加入議定書第 5 条及び附属書 2A、第 6 条、附属書 1A II.4、同 IV 9 に国有企業や国家貿易企業に関する記述が存在する。また、作業部会報告書の第 210、212、213、215、217 段落にて、国家貿易企業に関する約束が行われている。

¹¹⁵ 訳は経済産業省監修、荒木一郎・西忠雄共訳『全訳 中国 WTO 加盟文書』（蒼蒼社、2003 年）912 頁に依拠。

¹¹⁶ ただし、中国の加盟文書においては「国有企業および国家投資企業」についての定義は設けられていない。

¹¹⁷ E.g., Report of the Working Party on the Accession of Georgia to the World Trade Organization, ¶ 111, WT/ACC/GEO/31 (Aug. 31, 1999).

¹¹⁸ J. Y. Qin, WTO Regulation of Subsidies to State-Owned Enterprises (SOEs): A critical Appraisal of the China Accession Protocol, 7(4) J. INT'L ECON. L. 863, 884 (2004).

¹¹⁹ 加入議定書第 9 条では、議定書附属書 4 に列挙された物品及びサービスについては、GATT 第 3 条等に合致している限りにおいて価格統制の対象とすることが認められている。これらについては、国有企業が販売するものであっても、附属書から外されるまでは商業的考慮の対象とはされないものと思われる。

投資財産（企業）にとっても、投資先の国内の国有企業との取引に越境性がなくとも、商業的考慮基準の恩恵を受けることができる。よって、中国に投資を行う投資家を保護する機能を有するようになっている¹²⁰。第3に、商業的考慮の概念が、無差別原則とは必ずしも連動していないと捉えられる¹²¹。そのように言える根拠として、商業的考慮に基づいた購入及び販売の確保が無差別条件に関する記述に先行して記述されており、無差別条件は国有企業および国家投資企業と外国企業とが取引を行う場合に限定されている点が指摘される¹²²。また、競争機会での平等待遇を充足していたとしても、取引の商業的考慮の義務からは除外されないと解されることから、結局のところ、中国の国有企業及び国家投資企業は全般的に商業的考慮に基づいた取引を行うことが求められることになる（GATT 第17条等との比較は表9参照）。

このように、中国の作業部会報告書における約束の内容がGATT 第17条の規定よりも広範に設定されている背景には、前述の米国の包括通商・競争力法第1106条の存在がある（2001年に当時のGeorge W. Bush米大統領は、中国の加盟文書が第1106条を満たすと判断している¹²³）。しかしながら、包括通商・競争力法第1106条と比較しても、中国の作業部会報告書における約束内容は、より明確に広範囲に及ぶことが示された点で特徴的である。すなわち、中国の作業部会報告書では「輸入又は輸出のいずれかを伴う」や「国際貿易における」といった取引の範囲を確定する表現が除去されているので、国内で行われる取引全般に規律が及ぶことになることになり、その結果、外国投資家／外国投資企業が関連する国内での取引も対象となることが明確にされている¹²⁴。かかるアプローチが採用された背景には、同様に国際貿易との関連性を問題としないNAFTA規定（第4章参照）が先行して締結されていることの影響があるとも推測される。

なお、ここまで、GATT 第17条と中国の加盟文書の比較との点から、GATT 第17条が対象とする物の貿易における国有企業／国家貿易企業の規律態様について中心的に論じてきたが、より大局的に捉えた場合、中国の加盟文書の国有企業規律は、物の貿易の規律であるGATT 第17条の内容をサービスの取引に拡大したとの点でも重要な意義を有している¹²⁵。上記の作業部会報告書の第46段落にはサービスの取引に関する言及は見られないが、当該約束が物の貿易に限定されない表現で記されている「IV. 経済政策」の中に含まれていることがその根拠とされる¹²⁶。なお、このようにGATT 第17条を基礎とした約束の対象をサー

¹²⁰ この点については、作業部会報告書第18段落も参照。なお、この論点は、研究会のメンバーからの助言を受けて記載した。ここに記して感謝の意を表したい。

¹²¹ Qin, *supra* note 118, at 884.

¹²² 差別的な待遇については、作業部会報告書第18段落等、別の約束との整合性が問題となる可能性がある。

¹²³ 前掲注102参照。

¹²⁴ 他方で、中国のWTO加盟文書において、規定内容が不透明なGATT 第17条に類似した約束を設けたことが、国有企業に対する規制の不透明さを助長させるとする批判もある。Levy, *supra* note 4, at 9.

¹²⁵ 中国以外の加盟文書についても同様の傾向が見られる。P. J. WILLIAMS, A HANDBOOK ON ACCESSION TO THE WTO 62 (2008).

¹²⁶ D. Bratanov, *Disciplining State Trading Practices: Lessons from WTO Accession Negotiations in WTO ACCESSIONS & TRADE MULTILATERALISM: CASE STUDIES & LESSONS FROM THE WTO AT TWENTY 764, 777* (U. Dadush & C. Osakwe, eds. 2015).

ビスの取引にまで拡大することは、物品とサービスが混合するような取引に柔軟に対応できるものとして有意義である¹²⁷。

3.3 他の加盟文書

中国を除く WTO 発足後の新規加盟国の加盟文書における国有企業／国家貿易企業規律は、大きくは2種類に分けられる¹²⁸。GATT 第 17 条の遵守を確認するものと¹²⁹、GATT 第 17 条には言及せずに、商業的考慮等の必要性について改めて記載するものである¹³⁰。前者の形式を採用するのは比較的早期に加盟文書が採択された国（1995 年から 2005 年頃まで）であり、基本的には GATT 第 17 条の遵守の確認に留まる¹³¹。それに対して、後者は近年に加盟した国の加盟文書に見られる。包括通商・競争力法第 1106 条に基づいて、国家貿易企業のシェアが大きいと米大統領により認定されたサウジアラビア¹³²、ベトナム¹³³、ウクライナ¹³⁴、ロシア¹³⁵の作業部会報告書はいずれもこの形式をとる。

これら近年に加盟した国の加盟文書における国有企業規定は GATT 第 17 条における概念に基礎を置くものの、むしろ中国の作業部会報告書と近似した内容となっており、とりわけ、商業的考慮の義務に関連して無差別待遇に関する言及が設けられていない WTO プラスの義務が採用されている点は、これら加盟文書における重要な共通点である。また、これらの加盟文書においては、「国有企業」や「国家管理企業（state-controlled enterprises）」の約束として記載されている点に特徴があり、GATT 第 17 条型の規制が国有企業規制として定着しつつある傾向が見られる。しかし一方で、中国の加盟文書とは無視しえない相違が確認される。たとえば、ロシアの作業部会報告書では、以下のように記載されている。

99. … [ロシア代表] は、ロシア連邦の加盟の日から、[国有企業、国家管理企業及び排他的な若しくは特別の特権を許与された企業] が、商業活動に従事する際に、国際貿易における購入（政府用に利用されることを意図としたものを除く）及び販売を、WTO 協定の適用可能な規定に合致する態様で行うことを確認した。彼は特に、前記の企業が商業的考慮

¹²⁷ Bratanov, *id.* at 788–89.

¹²⁸ より詳細に区分するものとして、Bratanov, *id.* 774.

¹²⁹ *E.g. Report of the Working Party on the Accession of Ecuador*, ¶ 65, WT/L/77 (July 14, 1995).

¹³⁰ 国家貿易企業の通告に関して GATT 第 17 条に言及するものはあるが、商業的考慮の文脈では当該条項に触れない傾向が見られる。

¹³¹ 細部には GATT 第 17 条から進展している部分も確認される。詳しくは、Bratanov, *supra* note 126128, at 775.

¹³² *Report of the Working Party on the Accession of the Kingdom of Saudi Arabia to the World Trade Organization*, ¶ 52 WT/ACC/SAU/61 (Nov. 1, 2005) [Saudi Arabia's Working Party Report]. サウジアラビアの作業部会報告書における約束が一つの転機となり、その後の雛形として用いられるようになった模様である。Milthorp & Christy, *supra* note 101, at 279.

¹³³ *Report of the Working Party on the Accession of Viet Nam*, ¶ 78 WT/ACC/VNM/48 (Oct. 27, 2006) [Viet Nam's Working Party Report].

¹³⁴ *Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization*, ¶ 53, WT/ACC/UKR/152 (Jan. 25, 2008) [Ukraine's Working Party Report].

¹³⁵ *Report of the Working Party on the Accession of the Russian Federation to the World Trade Organization*, ¶ 99, WT/ACC/RUS/70 (Nov. 17, 2011) [Russia's Working Party Report].

(価格、品質、入手の可能性、市場性、輸送をいう。)に従って前記の購入及び販売を行い、かつ、他の WTO 加盟国の企業に対し、通常の商慣習に従って、前記の購入又は販売に参加するために競争する適当な機会を与えることを確認した。…¹³⁶ (下線筆者追記)

下線で強調したように、ロシアの作業部会報告書においては、商業的考慮の対象となる取引が、「国際貿易における購入…及び販売」とされており、米国の包括通商・競争力法第 1106 条と同様の表現が用いられている。そのため、「国際貿易における」ないし「輸入又は輸出のいずれかを伴う」との表現が全く挿入されていない中国の加盟文書と比べると、射程範囲が限定されているということになる。加えて、国有企業の購入又は販売に参加するための適当な競争の機会を付与することを求める記述も、「国際貿易における購入…及び販売」を参照することになることから、米国包括通商・競争力法の第 1106 条と共通する一方で、当該取引の国際貿易との連動性を求めない中国の加盟文書とは相違する（これらの相違について末尾の表 9 参照）。

もともと、この「国際貿易における」が挿入されていることの影響はやや不透明である。中国の加盟文書の際にも論じたが、国際貿易との連動性が記載されていると、国内で完結する取引は商業的考慮の対象にならないと解しうるので、その結果、越境性のない外国投資家／外国投資企業の取引の保護が希薄化することになる¹³⁷。他方で、上記の第 99 段落が「経済、経済政策及び外国貿易」と題されたセクションに収められていること注目すると、貿易問題のみならず経済問題一般を含むと理解され、サービスの取引に加えて投資家保護も射程に入ると考える余地が生まれる。あるいは、「国際貿易における」の解釈次第かもしれない。いずれにせよ、この点については不透明さが残されている。

商業的考慮等の必要性に関して、改めて作業部会報告書で記載するもののうち大半は、ロシアの作業部会報告書のように「国際貿易における」取引との限定をかけており、その例として、サウジアラビア¹³⁸、ウクライナ¹³⁹、ベトナム¹⁴⁰の作業部会報告書が挙げられる¹⁴¹。し

¹³⁶ Russia's Working Party Report, *id.* ¶ 99.

¹³⁷ サービスの取引が商業的考慮の対象になるか否かとの問題については、いくつかの協定は「物品及びサービス」と明記することで解を示している。その場合、商業拠点を通じたサービス提供については対象に含まれることになる。E.g., *Report of the Working Party on the Accession of Yemen to the World Trade Organization*, ¶ 42, WT/ACC/YEM/42 (Oct. 4, 2013).

¹³⁸ Saudi Arabia's Working Party Report, *supra* note 132, ¶ 52.

¹³⁹ Ukraine's Working Party Report, *supra* note 134, ¶ 53.

¹⁴⁰ Viet Nam's Working Party Report, *supra* note 133, ¶ 78.

¹⁴¹ See also, *Report of the Working Party on the Accession of the Republic of Kazakhstan*, ¶ 142, WT/ACC/KAZ/93 (June 23, 2015); *Report of the Working Party on the Accession of Liberia*, ¶ 47, WT/LBR/KAZ/23, WT/MIN(15)/2 (Oct. 9, 2015).

かしながら、最近 WTO に加盟したタジキスタン¹⁴²、セーシェル共和国¹⁴³、アフガニスタン¹⁴⁴の作業部会報告書においては「国際貿易における」の記載が欠落し、すべての購入及び販売を対象とした約束となっている。よって、これらについては中国の加盟文書と同様に、より広範の取引において商業的考慮が求められると理解できる。このように、近年の作業部会報告書では、「国際貿易における」との表現を記載するものと記載しないものが混在している状況にあり、今後どのように展開されるかは定かではないが、前記の文言を記載しない報告書が増えつつあることから、そのような方向で一般化する可能性はある（ただし、WTO 非加盟国で国有企業が国内経済において重要な役割を占める国家は殆どないのも事実である）。

なお、ここまで GATT 第 17 条を基本に、それを越えた内容を制定する傾向が WTO 加盟文書では見られることを論じたが、加盟文書によってはさらに追加的な約束を行う場合が存在する。たとえば、カンボジアの加盟文書では GATT 第 17 条でいう特権を、今後は新たに特定の事業体に付与しないことも約束されている¹⁴⁵。

3.4 加盟文書における国有企業規律の意義と残された課題

以上、WTO 発足後の加盟国の加盟文書を概観すると分かるように、中国やロシアの作業部会報告書に代表される最近の加盟文書の下では、WTO プラスとなる国有企業規律が設けられる傾向が見られること、そして、これらの新規加盟国に国有企業の観点で重要な国が含まれていることから、GATT/WTO における国有企業規律は、GATT 第 17 条から実質的には書き換えられつつあると言える。

より具体的には、第 1 に、「国有企業」や「国家管理企業」の表現が用いられることが多く（特に近年の文書において）、それまで「国家貿易企業」の概念として用いられてきた商業的考慮等が国有企業規制の基軸とされつつある。第 2 に、国有企業に関する約束において（あるいは商業的考慮に関する約束において）無差別原則への言及が存在せず、ゆえに、商

¹⁴² *Report of the Working Party on the Accession of the Republic of Tajikistan*, ¶ 51, WT/ACC/TJK/30 (Nov. 6, 2012). 第 51 段落は以下のように、“any purchases or sales”と規定する。

“51. The representative of Tajikistan confirmed that from the date of accession, State-trading enterprises (including State-owned and State-controlled enterprises, enterprises with special or exclusive privileges, and unitary enterprises) in Tajikistan would make *any purchases or sales*, which were not for the Government's own use or consumption, solely in accordance with commercial considerations, including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale. He further confirmed that these State trading enterprises would afford the enterprises of other Members adequate opportunity, in accordance with customary business practice, to compete for participation in purchases from or sales to Tajikistan's State enterprises...” (Emphasis added).

¹⁴³ *Report of the Working Party on the Accession of the Republic of Seychelles*, ¶ 76, WT/ACC/AYC/64 (Nov. 5, 2014).

¹⁴⁴ *Report of the Working Party on the Accession of the Islamic Republic of Afghanistan*, ¶ 45, WT/ACC/AFG/36, WT/MIN(15)/6 (Nov. 13, 2015).

¹⁴⁵ *E.g. Report of the Working Party on the Accession of Cambodia*, ¶ 149, WT/ACC/KHM/21 (Aug. 15, 2003). *See also, Report of the Working Party on the Accession of Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu*, ¶ 158, WT/ACC/TPKM/18 (Oct. 5, 2001).

業的考慮の有無が当該原則とは独立して要請されるようになっている。GATT 第 17 条の下では、商業的考慮の要請は、差別的な措置が前提とされる制約に服することから、これは大きな変更点であると言える。第 3 に、文書によっては、「国際貿易における」取引との表現が用いられている、あるいはその表現もない（取引の範囲を貿易関連に限定しない）ものも存在しており、とりわけ後者であれば、国有企業の取引が広く商業的考慮の対象になると考えられる。第 4 に、作業部会報告書によって約束の記述ぶりに相違が存在しており、不透明性が残されているものの、一般論としてサービスの取引や投資家の投資財産の保護が問題となる場面にまで商業的考慮の要請が及ぶようになっている。

従って、加盟文書においては、GATT 第 17 条に向けられていた批判の多くが解消される形で（対象加盟国限りではあるが）修正が加えられ、規律が拡充していることが分かる。他方で、依然として「商業的考慮」の意味それ自体は明らかにされていない状況にもある。そのため、当該用語の定義づけ等がなされていないことは、WTO のパネル及び上級委員会の判断が踏襲されるとも理解され、例えば「排他的な若しくは特別の特権」が行使される場合においては、商業的考慮が強く要請されない可能性も残されている。この点が、次章以降で議論する FTA における国有企業規律との大きな相違であろう。

4. 米国が締結した FTA における「商業的考慮」の概念

自由貿易協定を通じた国有企業規律の立法的な試みの中でとりわけ注目されるのが、米国が締結した FTA である。本章以下、複数の章に亘って各 FTA を概観していくが、その特徴と影響力の大きさゆえ、まずは米国の協定から分析する。

4.1 NAFTA における「商業的考慮」：第 1502 条及び第 1503 条

米国が締結した FTA で最初に国有企業関連規定が設けられたのが北米自由貿易協定（NAFTA）である（後述表 2（30 頁）参照）。NAFTA において国有企業関連規定は、「競争政策、独占企業及び国家企業」と題された第 15 章の中の第 1502 条と第 1503 条の 2 つの規定から構成されている。

まず、第 1502 条は「独占企業及び国家企業（Monopolies and State Enterprises）」と題された規定であり、以下のように定める（下線は筆者追記）。

- 1 この協定のいかなる規定も、締約国が独占企業を指定することを妨げるものと解してはならない。
- 2 締約国が独占企業を指定し、その指定が他の締約国の人の利益に影響を及ぼす場合には、締約国は、
 - (a) 可能なかぎり、他の締約国に対し指定について事前に書面による通告を行うこと。
 - (b) 附属書 2004（無効化及び侵害）でいう利益の無効化又は侵害を最小限又は排除する独占企業の運営に関する条件を、指定の際に導入することに努める。
- 3 各締約国は、規制管理、行政監督その他の措置の適用を通じて、自国が指定する私

有の独占企業、又は自国が維持し、若しくは指定する政府の独占企業に関して次のことを行うことを確保する。

- (a) その独占する物品又はサービスに関して締約国が委任した規制上、行政上その他の政府の権限を行使する場合には（輸出若しくは輸入の許可の付与、商業取引の許可、割当て又は手数料その他の課徴金の賦課の権限を含む。）、この協定に基づく当該締約国の義務に反しない態様で活動すること。
- (b) その独占する物品又はサービスの関連市場における購入又は販売に当たり、商業的考慮（価格、品質、入手の可能性、市場性、輸送等の購入又は販売への条件に対する考慮をいう。）のみに従って行動すること（当該指定独占企業の指定に係る条件を(c)又は(d)の規定に反しない態様で遵守する場合を除く。）。
- (c) その独占する物品又はサービスの関連市場における購入又は販売に当たり、他の締約国の投資家の投資財産、物品及びサービス提供者に対して無差別待遇を許与すること。
- (d) その独占的な地位を利用して、自国の領域内の非独占的な市場において、他の締約国の投資家の投資財産に悪影響を及ぼす反競争的行為（独占する物品若しくはサービスの差別的提供、内部補助又は略奪的行為を通じて行う場合を含む。）に直接又は間接に従事しないこと（当該指定独占企業がその親会社、子会社又は共同所有する他の企業と取引することを通じてそのような反競争的行為に従事しないことを含む。）。

……（以下省略）

続いて、第 1503 条（国家企業）は次のように規定する。

- 1 この協定のいかなる規定も、締約国が国家企業を維持し、又は設立することを妨げるものではない。
- 2 各締約国は、規制管理、行政監督その他の措置の適用を通じて、自国が維持し、又は設立する国家企業が、委任した規制上、行政上その他の政府の権限（収用、免許の付与、商業取引の許可、割当て又は手数料その他の課徴金の賦課の権限を含む。）を行使する場合には、第 11 章（投資）及び第 14 章（金融サービス）に基づく当該締約国の義務に反しない態様で活動することを確保する。
- 3 各締約国は、自国が維持し、又は設立した国家企業が、他の締約国の投資家による自国の領域内の投資財産に対して、物品又はサービスの販売に当たり、無差別待遇を与えることを確保する。

NAFTA 第 1502 条及び第 1503 条は GATT 第 17 条に見られる各要素を包含するため、実質的には GATT 第 17 条に対応した規定と位置付けられる。しかしながら、「国家貿易企業」との表現は用いられず、代わりに「政府の独占企業（government monopoly）」や「国家企業（state enterprise）」との表現が採用され、かつ、それらの定義が¹⁴⁶、締約国の連邦政府や地

¹⁴⁶ 「政府の独占企業（government monopoly）」は、「締約国の連邦政府が所有し、若しくは持分を通じて支配している独占企業又はそのような企業が所有し、若しくは持分を通じて支配している他の独占企業をいう」と、「国家企業」は「締約国が所有し又は持分を通じて支配して

方政府、あるいは別の独占企業が「所有し、若しくは持分を通じて支配している」企業と明示されていることから、NAFTAの規定は「国有企業に関する規律」として捉えられるようになって¹⁴⁷。このような「国家貿易企業」に対する規律から「国有企業」に対する規律への衣替えは、WTO加盟文書にも見られた傾向である。

GATT第17条とNAFTA第1502条及び第1503条とを比較した場合、両者は類似するように見えるが、相違点も多い。まず、根本的に、サービス及び投資についてもGATT第17条に相当する規律が及ぶようになって¹⁴⁸。サービス貿易については、WTOの枠組下では国有企業によるサービス提供に対してサービスの貿易に関する一般協定（以下、GATS）第8条等が適用され¹⁴⁹が、当該条項には「商業的考慮」の概念は導入されていない¹⁴⁹。また、投資についても、NAFTAは第1502条3項(c)号にて、明確に「投資家の投資財産」に言及するようになって¹⁵⁰。よって、NAFTAは、サービス提供や投資家との取引を含む広い範囲で無差別待遇や商業的考慮を求めるものとして理解される。

第2の相違が、国家企業／国有企業の細分化である。GATT第17条は国家貿易企業の形態に応じて区別することはないが、NAFTAは、独占企業（政府の独占企業及び私有の独占企業の双方を含む）を第1502条で規律し、そうでない国家企業については第1503条で規律する¹⁵⁰。その結果、（指定）独占的な国家企業は、無差別待遇と商業的考慮に関する規定の両方の適合性が問題となるのに対して、その他の国家企業については、原則的には差別の禁止のみに服することになり、商業的考慮の要請が及ばないことになる（独占企業には第1503条も適用され¹⁵¹が、実際には第1502条に包摂されることになる）¹⁵¹。

第3が、「政府の権限（governmental authority）」の行使と商業的行為の区別である。NAFTA第1502条3項においては、締約国が「委任した規制上、行政上その他の政府の権限」の行使が関係する場合には(a)号が（第1503条であれば2項が）¹⁵²、商業的性格を有する行為については(b)号ないし(d)号が（第1503条であれば3項が）適用される形で住み分けがなされてい

いる企業をいう（附属書1505に記載するものを除く）」と定義されている（ともにNAFTA第1505条）。

¹⁴⁷ もちろん、独占企業であっても私有企業が含まれるので、すべての規定が国有企業に関する規律ではない。

¹⁴⁸ 電気通信サービス分野に関しては参照文書（基本電気通信の規制の枠組みに関する参照文書）も追加的な約束（GATS第18条）として関連することになる。Reference Paper (Apr. 24, 1996), https://www.wto.org/english/tratop_e/ serv_e/telecom_e/tel23_e.htm

¹⁴⁹ なお、GATS第8条2項に相当する規定は、NAFTA第1502条3項(d)号として設けられているが、NAFTAでは投資家の投資財産のみが保護対象となっている（TPP協定では、貿易への悪影響も含まれている）。

¹⁵⁰ なお、第1502条が対象とする政府の独占企業は、連邦政府が所有するものであるのに対して、第1503条の国家企業の定義には「連邦政府」とは明記されていないことから（第1505条）、州政府等の連邦政府以外の政府が所有する企業も含まれる。R. H. FOLSOM, NAFTA & FREE TRADE IN THE AMERICAS: IN A NUTSHELL, 122 (4TH ED. 2012).

¹⁵¹ さらに、無差別待遇の義務も、物品又はサービスの「販売」に対象が限定されている。NAFTA第1503条3項。

¹⁵² NAFTA第1502条3項(a)号では、政府権限等の例として、輸出入の許可書の交付、商業的取引の商品の承認、又は割当、手数料その他の課徴金の賦課が、第1503条2項では、収用、ライセンスの交付、商業的取引の承認又は割当、手数料その他の課徴金が挙げられている。

る¹⁵³。NAFTA 第 1502 条 3 項(a)号は「この協定に基づく当該締約国の義務に反しない態様で活動すること」とするため、政府権限の行使と商業的行為とで（少なくとも第 15 章で対象とされる）義務内容が異なることにはならないが¹⁵⁴、両者を切り分けることで、政府権限の行使とは区別される商業的行為において商業的考慮の義務を遵守することが求められる旨が強調される効果を有している。この点につき、GATT 第 17 条も政府権限と商業活動とを峻別しないことから、両者に対して「商業的考慮」が要請されると言え、NAFTA と GATT とでは相違が存在しないことになる。しかしながら、既述したように¹⁵⁵、国家貿易企業が、GATT 第 17 条の解釈に関する了解に記された作業部会用の定義に沿って把握されることになれば、国家貿易企業／国家企業自身が「購入及び販売を通じ輸入又は輸出の水準又は仕向け先に影響を及ぼす排他的又は特別な権利又は特権」を有することが前提となるため、「商業的考慮」が「排他的又は特別な権利又は特権」と関連する行為に限定される余地が生まれる。このように GATT 第 17 条では曖昧さが残されているが、NAFTA は権限行使と商業活動の双方が規制対象となることを明確化している¹⁵⁶。

第 4 が、「無差別待遇」と「商業的考慮」の関係である。前述のように、GATT 第 17 条では、商業的考慮を規定する 1 項(b)号は同項(a)号に依存するため、「商業的考慮」は差別との関係で把握されることになる¹⁵⁷。この点につき、「商業的考慮」について触れる NAFTA 第 1502 条 3 項(b)号でも、「指定独占企業の指定に係る条件を(c)又は(d)の規定に反しない態様で遵守する場合を除く」とされていることから¹⁵⁸、指定に係る条件を遵守する状況下で、独占企業自身が独占する物品又はサービスを取引する場合に、他の締約国の投資家の投資財産、物品、サービス提供者に無差別待遇を許与していれば、「商業的考慮」は問題とはされないことになる。要するに、行為の無差別性¹⁵⁹が商業的考慮に優先して検討される場面が設

¹⁵³ *United Parcel Services of America II v. Government of Canada, An Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, ICSID Case No. UNCT/02/1, ¶ 73 (May 24, 2007).*

¹⁵⁴ 「締約国の義務」のため、独占企業が負う商業的考慮の義務は含まれないとも読み取れる。しかし、締約国は、独占企業が商業的考慮に従って取引を行うことを確保する義務を有することから、政府権限の行使に基づく取引についても商業的考慮に従って行うことが可能な状況下で独占企業がそれを看過することは、締約国の義務を実質的に履行していない状態にあると捉えられる。

¹⁵⁵ 本稿 2.1(2)参照。

¹⁵⁶ NAFTA においても「委任した規制上、行政上その他の政府の権限」の外縁をどこに位置付けるかは問題となる。NAFTA においては、投資章における第 1502 条の参照が第 3 項(a)号に限定されているため（第 1116 条、第 1117 条）、政府権限の範囲が狭く画定されれば、投資家対政府仲裁手続で争える独占企業の行為の範囲が狭まるとの問題がある。ゆえに、「委任した規制上、行政上その他の政府の権限」の文言には広く解される動因が内在している。See *Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, supra note 153, ¶¶ 171-88.*

¹⁵⁷ *Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, supra note 13, ¶ 89.*

¹⁵⁸ NAFTA の日本語訳については、同一の表現が用いられている TPP 協定との整合性を採るために、同協定の肯定訳を基礎に訳したが、ここは「(c)又は(d)の規定に反しない…指定に係る条件を遵守する場合を除く」とすることがより正確であると思われる。

¹⁵⁹ なお、NAFTA における「無差別待遇」については、内国民待遇が含まれることが（厳密にいうと、協定下で適用される内国民待遇と最恵国待遇のうち、より有利な待遇を意味すると）明記されている。NAFTA 第 1505 条。

けられているとの点で、GATT と NAFTA に共通性が見られる¹⁶⁰。

他方で、差別的でない措置や、差別が問題とならない措置に対しても、NAFTA においては「商業的考慮」が要請される点に相違が存在する。上述した上級委員会の解釈に基づくと、GATT 第 17 条 1 項(b)号は同項(a)号と累積的に適用されうるため¹⁶¹、商業的考慮が関連するのは差別的な措置に限定されるが、NAFTA 第 1502 条は「指定に係る条件を(c)又は(d)の規定に反しない態様で遵守する場合を除く (*except to comply with any terms of its designation that are not inconsistent with subparagraph (c) or (d)*)」との表現を用いているため、(c)号 (又は(d)号) に該当しない全ての形式の取引に対して商業的考慮が必要とされる¹⁶²。つまり、(c)号を遵守していない差別的な措置に加え、差別が問題とならないような行為 (例えば、外国企業に対してのみ提供している物品の価格設定の問題) も適用対象になると理解することができる。NAFTA の規定の構造下では、商業的考慮の不存在 (第 1502 条 3 項(b)号違反) を主張するのに、差別の存在を前提とする必要はないと考えられよう¹⁶³。

また、NAFTA においては、無差別措置として商業的考慮の要請の対象外とされる取引についても、それが「指定に係る条件を…遵守する場合」との限定がかけられており、企業が独占企業として指定される際に付された条件の範囲内での行動に制約されることになる。もっとも、「指定に係る条件」の範囲については——「指定に係る条件」の外縁がどのように認識されるかは定かではないが——加盟国の裁量が認められると考えられることから、その内容次第では商業的考慮の適用の除外が認められる範囲が広く認められる可能性もある。

第 5 に、GATT 第 17 条と NAFTA 第 1502 条の間には、「商業的考慮」が求められる取引の範囲において相違が存在する。GATT 第 17 条 1 項においては、国家企業の取引が輸出入を伴う取引であることが求められることから、差別行為や商業的考慮が問題となるのは、基本的には、輸出入に関与する外国事業者 (または外国の消費者) との取引である¹⁶⁴。それに対して、「商業的考慮」について規定する NAFTA 第 1502 条 3 項(b)号では、独占する物品又はサービスの「関連市場における」独占的な購入又は販売が対象とされているため、必ずし

¹⁶⁰ ただし、NAFTA では、指定に係る条件を遵守することを意図していない独占企業の行為については、商業的考慮 (第 1502 条 3 項(b)号) と無差別待遇の義務 (同(c)号) が重疊的に適用されることになる。

¹⁶¹ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶ 99.

¹⁶² 注 158 でも論じたように、この文言を「(c)又は(d)の規定に反しない指定に係る条件」と訳すと、「指定に係る条件」それ自体が無差別性等を満たすことが求められることになり、締約国の指定条件の設定に対する義務としての意味合いも含まれることになる。この点に関しては、研究会のメンバーから貴重な助言を賜った。ここに記して感謝の意を表したい。

¹⁶³ NAFTA においては、商業的考慮の規定と無差別待遇の規定は独立して適用されるので、両者を満たして初めて NAFTA 整合的な行動と評価されることになる。となると、差別的であっても商業的考慮に基づく行動も、NAFTA 違反となってしまう。この点に関して、NAFTA には規定が存在しないものの、他の米国が締結した FTA においては、GATT の第 17 条に関する注釈 (1 について) に相当する規定が設けられる形で対応がなされている (例えば、米国・韓国 FTA 第 16.4 条、米国・シンガポール FTA 第 12.3 条 3 項)。

¹⁶⁴ 本稿 2.1(4)(iv)参照。輸入業者が輸入した産品や、輸入後に加工された産品を国家貿易企業と取引する場合は、GATT 第 17 条の適用範囲に含まれるかは定かではない。

も輸出入が関係している必要はなく、また、取引の一方が輸出入に係る外国事業者である必要もない。そのため、国家企業（独占企業）が「指定に係る条件」外で国内事業者に過度に廉価で物品を提供する（無差別であっても）ことにより競合外国事業者が市場から排除される場合にも、国家企業に NAFTA 第 1502 条 3 項(b)号違反が問える。この点は、上述した中国の WTO 加盟文書（作業部会報告書）と同じ内容となっている。

第 6 が、「商業的考慮」の意味の相違である。GATT 第 17 条も NAFTA 第 1502 条も、「商業的考慮」について、「価格、品質、入手の可能性、市場性、輸送等の購入又は販売の条件に対する考慮」との説明を付しているとの点で共通する。しかしながら、NAFTA では追加的に「商業的考慮に従って」についての定義が存在しており、「関連する事業若しくは産業において私有企業の通常の事業慣行に適合していることを意味する」とされている¹⁶⁵。かかる追加的な記述は、NAFTA と GATT における「商業的考慮」の理解に決定的な相違をもたらすであろう。先述したように、GATT 第 17 条に関して WTO パネル及び上級委員会は、国家貿易企業は商業的主体として行動することは求められないと判断しており、また、国家貿易企業が「特権や有利性」を利用することは妨げられないと判断している¹⁶⁶。これらを加味すると、GATT という商業的考慮もその観点から解釈ないし考慮されることになる。かかる理解は明確に NAFTA の定義とは親和的ではない。

さらにいうと、NAFTA の定義では「私有企業の通常の事業慣行に適合していること」との表現が用いられており、「考慮」との表現の通常の意味を超えた定義が用いられている。NAFTA の定義でいう「私有企業の通常の事業慣行」に厳密にどのような事業慣行が含まれるかは文言からのみでは定かではないが、すくなくともこの定義からは、利潤を追求することを前提とした行動が基礎になって商業的考慮が検討されることになるかと推測される¹⁶⁷。このように、NAFTA では独占企業に対して民間企業としての行動を要請することから、第 1502 条は、独占企業が「市場の原理（market force）や競争法の管理下にあるかのごとく行動させることを意図している」と記す解説も存在する¹⁶⁸（以上の GATT 第 17 条と NAFTA 第 1502 条の相違をまとめたものとして、表 1 参照）。

続いて、非独占的な国家企業に対する NAFTA 第 1503 条と GATT 第 17 条について比較するが、この両者については、かなりの相違が確認される。NAFTA 第 1503 条は第 2 項において、国家企業が政府権限を行使する際に投資と金融サービスに関する締約国の義務に反することを禁じ、第 3 項で、他の締約国の投資家による自国内の投資財産に対する自らの製品とサービスの「販売」を差別的に行うことを禁じる。NAFTA では非独占的な国家企業について、商業的考慮を問題としないことや、商業的行為における差別の禁止が自国内の投資財

¹⁶⁵ NAFTA 第 1505 条。

¹⁶⁶ Canada – Wheat Exports and Grain Imports AB Report, *supra* note 13, ¶ 149. See also, e.g., Canada – Wheat Exports and Grain Imports Panel Report, *supra* note 18, ¶¶ 6.130 & 133–34.

¹⁶⁷ なお、NAFTA 第 1502 条の下では、商業的考慮の対象となるのは「独占する物品又はサービスの関連市場における購入又は販売」のため、独占している物品以外の販売については商業的考慮が求められないことになる（ただし、同条 3 項(d)号の適用対象となる可能性はある）。よって、「独占する物品又はサービス」における「私有企業の通常の事業慣行」の判断に際しては、民間の独占企業の事業慣行をベンチマークとするのか疑問が湧く。

¹⁶⁸ Folsom, *supra* note 150, at 121.

産への販売に限定されている点に GATT との相違が存在する（表 1 参照）。NAFTA において、このように独占的な国家企業とそうでない国家企業とで区別がされ、後者に対しては規律が緩和されているのは、後者については独占的でないがゆえに貿易ないし競争歪曲効果が弱いと認識しえることに求められると推測される。

GATT 第 17 条と比べて、以上のような相違が見られる NAFTA 第 1502 条及び 1503 条であるが、GATT と比べて規制が強化されているのであろうか。解としては、部分的に強化され、部分的には緩和されているとなる。強化されている点としては、①独占企業によるサービスの提供にまで規律が及んでいる点、②輸出入が関係していなくとも独占企業の取引に商業的考慮が求められる点、③独占企業規律により保護される対象が物品、サービス提供者、そして投資家の投資財産にまで及んでいる点、④差別性が問題とならない独占企業の行為に対しても商業的考慮が及びうる点、丸 5「商業的考慮」の意味がより民間企業に近似した行動を要求するものとして把握される点が挙げられる。

他方で、緩和されている点としては、独占企業ではない国家企業については無差別原則が自国内への投資財産への販売時にのみ求められる点が挙げられる。「独占企業」は NAFTA の定義では、「締約国の領域内の関連市場において物品又はサービスの唯一の提供者又は購入者として指定される事業者（コンソーシアム又は政府組織を含む）」とされている。仮に、この定義における「唯一」の提供者又は購入者であることに忠実に従うと、寡占状態に対応することができず¹⁶⁹、商業的考慮の及ぶ範囲が相当に限定される危険性がある¹⁷⁰。

なお、NAFTA では、エネルギー及び石油化学製品については別の章（第 6 章）が設けられており、第 603 条 2 項では、締約国が、最低又は最高輸出価格要件、及び、最低又は最高輸入価格要件を設けることが禁じられている。また、第 605 条(b)号では、供給の不足等の一定の条件下で認められる輸出制限について、それが国内のエネルギー価格よりも高い輸出価格を招くことを防ぐ義務が課されている。これらの条項の主語は締約国のため、国家企業等が禁止される価格設定等を行ったとしても適用対象とはされないが、非商業的又は差別的な価格設定等の理由から第 1502 条 3 項を通じて捕捉される可能性はある¹⁷¹。

¹⁶⁹ Bergsten et al., *supra* note 97, at 313.

¹⁷⁰ なお、NAFTA 第 1502 条 3 項(d)号は、非独占市場における反競争的行為を禁ずる。これは GATS 第 8 条に類似した規定となっているが、両者にはいくつか顕著な相違も存在しており、貿易協定を通じた独占企業の規制という観点からは興味深い論点を含む。この点に関する検討は稿を改めたい。

¹⁷¹ R, R, Herran & P. Poretti, *Energy Trade and Investment under the North American Free Trade Agreement*, in REGULATION OF ENERGY IN INTERNATIONAL TRADE LAW: WTO, NAFTA & ENERGY CHARTER 335, 363 (Y. Selivanova ed. 2011).

【表 1】 GATT 第 17 条と NAFTA 第 1502 条及び 1503 条の適用関係

企業形態		GATT		NAFTA	
		無差別待遇	商業的考慮	無差別待遇	商業的考慮
独占企業	政府権限	17(1)(a)*	17(1)(b)	1502(3)(a)	1502(3)(a)
	商業活動			1502(3)(c)	1502(3)(b)
	〃（輸出入と無関係）	—	—	1502(3)(c)	1502(3)(b)
国家企業	政府権限	17(1)(a)	17(1)(b)	1503(2)	—
	商業活動			—	—
	〃（輸出入と無関係）	—	—	1503(3) [†]	—

* カナダ雑誌事件の判断に基づくと、政府権限を含む国有企業の行為は、政府の指示があるような場合には GATT 第 1 条や第 3 条の適用対象になるとも考えられる。

† 国家企業が、ホーム国内の他の締約国の投資家による投資財産に対して物品又はサービスを「販売」する場合に限定される。

4.2 米国・シンガポール FTA を除く米国が締結した FTA

後述する米国・シンガポール FTA を除いて、NAFTA 以降に米国が締結した FTA においては、国有企業に関する規定は（競争章を設けている場合に限られるが）ほぼ同一内容となっている（表 2 参照）。

【表 2】 米国が締結した FTA における国有企業規定

	国有企業 関連規定	特徴
米・イスラエル FTA	—	
米・ヨルダン FTA	—	
NAFTA	1502 条、1503 条	
米国・チリ FTA	16.3 条、16.4 条	NAFTA 型
米国・シンガポール FTA	12.3 条	国別規定以外は NAFTA とほぼ同一、シンガポールについては詳細な規定あり
米国・豪州 FTA	14.3 条、14.4 条	NAFTA 型、比較的簡素な国別規定（第 14.4 条 2 項、3 項）あり
CAFTA-DR	—	競争章が存在せず
米・モロッコ FTA	—	競争章が存在せず

米・バーレーン FTA	—	競争章が存在せず
米・オマーン FTA	—	競争章が存在せず
米・コロンビア FTA	13.5 条、13.6 条	NAFTA 型
米国・ペルー FTA	13.5 条、13.6 条	NAFTA 型
米・パナマ FTA	—	競争章が存在せず
米国・韓国 FTA	16.2 条、16.3 条	NAFTA 型

4.3 米国・シンガポール FTA

NAFTA 後に締結された協定で、国有企業に関して NAFTA よりもさらに詳細に規定を行っているのが、米国・シンガポール FTA である。まず、独占企業に関する規定である第 12.3 条 1 項については、NAFTA 第 1502 条と大差ない。相違があるのは、政府企業 (government enterprise) に関する第 12.3 条 2 項である¹⁷²。当該条項では、政府企業の設立及び維持を認める規定 ((a)号、NAFTA 第 1503 条 1 項に相当)、及び、政府権限が協定整合的に行使されることを求める規定 ((b)号、NAFTA 第 1503 条 2 項に相当¹⁷³) を配備する NAFTA の規定方法を踏襲した上で、NAFTA であれば国家企業の販売活動における無差別待遇を求める規定が挿入されていた箇所に (第 1503 条 3 項)、米国とシンガポールそれぞれの国別規定を設ける形が採用されている ((c)号以下)¹⁷⁴。しかし、米国に関する規定 ((c)号) は NAFTA の規定と同一のため、NAFTA との相違が顕著なのは、シンガポールに限った規定 ((d)号以下) である。以下では、本稿の主な関心事項である「商業的考慮」((d)号) に関する規定を中心に論ずる。

¹⁷² NAFTA でいう「国家企業」と米国・シンガポール FTA でいう「政府企業」については、米国に関しては同一の定義が設けられているが (NAFTA 第 1505 条及び米国・シンガポール FTA 第 12.8 条 6 項(a)号参照)、シンガポールについてはより詳細な指標が用いられて定義されている (第 12.8 条 6 項(b)号及び同条 5 項)。しかし、非独占的な国有企業等を対象としているという面では共通するので、以下では基本的に、米国・シンガポール FTA 第 12.3 条 2 項は NAFTA の国家企業の規定を継受するものとして、対比的に分析する。

¹⁷³ 厳密にいうと、NAFTA 第 1503 条 2 項は投資と金融サービスの章に規定する義務に限定しているのに対して、米国・シンガポール FTA では、「この協定に基づく当該締約国の義務」と範囲が拡大している点に相違がある。しかし、NAFTA 以降に NAFTA 締約国が締結した FTA では後者が採用されているため、むしろ、米国・シンガポール FTA で採用されている規定方法が一般的である。

¹⁷⁴ シンガポールの義務負担が大きい形で片務的な規定が設けられた背景の一つに、当該協定の締結時にシンガポールにおいて競争法が導入されていなかったことが背景にあると考えられる。同協定の注 12-1 では 2005 年 1 月までに一般的な競争法 (general competition legislation) を制定することが求められており、実際に、2004 年に競争法 (Competition Act) が制定されている。すなわち、米国・シンガポール FTA の締結時においては、米国が締結している FTA で一般的に挿入されている競争法の適用を求める規定 (米国・シンガポール FTA であれば第 12.2 条) の実効性が欠如していたため (あるいは、制定後も国有企業に対して競争法が実効的に運用されるか疑われたため)、それを補うために片務的で詳細な規定が必要とされたものと推測される。

米国・シンガポール FTA の第 12.3 条 2 項(d)号は、以下のように規定する。

(d) シンガポールは政府企業について、次のことを行うことを確保する。

(i) 物品又はサービスの購入又は販売に当たり、商業的考慮（価格、品質、入手可能性、市場性、輸送等の購入若しくは販売の条件に関する考慮を含む。）のみに従って行動すること、かつ、対象投資財産、アメリカ合衆国の物品及びアメリカ合衆国のサービス提供者に対して（政府企業による購入又は販売を含む。）、無差別待遇を許与すること（注）（脚注の内容は省略）

…（以下、省略）

まず、米国・シンガポール FTA は、シンガポールに適用される上記の規定を通じて、「商業的考慮」原則の適用範囲の拡大を実現していると指摘できる。NAFTA 型の協定においては、商業的考慮は独占企業にのみ関連するところ、米国・シンガポール FTA においては「シンガポールの非独占的な国家企業」にも適用されることになる（比較は表 3 参照）。

ただし、この点は、NAFTA と比べると適用範囲が拡大したと言えるが、GATT 第 17 条と比較した場合には、むしろ重複した関係にあると評価できる。なぜなら、GATT 第 17 条は国家企業に関して、独占的か非独占的かで区別してはいなかったためである。従って、NAFTA の方が「商業的考慮」が要請される範囲が限定的であったということになる（NAFTA を含めた協定の比較は末尾の表 10 参照）¹⁷⁵。

もっとも、「商業的考慮」の範囲が独占企業に限定されないとの点で米国・シンガポール FTA と GATT 第 17 条は類似するが、より全体的にみると、米国・シンガポール FTA における商業的考慮概念は適用範囲がより広い。次の 3 点が指摘される。第 1 に、サービスと投資（投資家保護）に明確に言及されている。よって、非独占的な政府企業についても、サービスや投資が関連する場面に商業的考慮の要請が及ぶことになる。第 2 に、第 12.3 条 2 項(d)号(i)の文言からもわかるように、GATT 第 17 条に見られた「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」の文言が挿入されていないため、商業的考慮が求められる取引は国際的な取引である必要はない（これは投資家保護が含まれることの裏付けとなる）。第 3 に、無差別待遇の規定が重疊的な義務とされている¹⁷⁶。第 12.3 条 2 項(d)号(i)では、商業的考慮に関する記述と、無差別待遇に関する記述が「かつ (and)」で連結されており、両者が同時に確保されていることが必要とされる規定ぶりとなっている¹⁷⁷。よって、無差別であれば商業的

¹⁷⁵ 加えて、「商業的考慮に従って」の定義も NAFTA と完全に同一である。米国・シンガポール 第 12.8 条 8 項参照。

¹⁷⁶ ここでいう「無差別待遇」は NAFTA と同様、協定下で適用される内国民待遇と最恵国待遇のうち、より有利な待遇を意味することが明記されている。第 12.8 条 11 項参照。

¹⁷⁷ ただし、付随する注 12-2 では、第 12.3 条 2 項(d)号(i)は、米国内法又はシンガポール法に適合しない行動を要求又は奨励することを意図するものではないと記されている。もし、この注の意図が、国内法で定められた正当な目的を遵守するための措置を商業的考慮の適用から除外させるものであると捉えるのであれば、商業的考慮や無差別待遇が要求される範囲は縮小することになる。とはいえ、どの程度、国内法に詳細に規定されていることが求められるのかについては、注の記載内容からは定かではない。

考慮が問題とならない GATT 第 17 条とは異なる構造を有している¹⁷⁸。

【表 3】 NAFTA 及び米国・シンガポール FTA における国有企業規制の異同

		NAFTA		米国・シンガポール FTA	
		無差別待遇	商業的考慮	無差別待遇	商業的考慮
独占企業	政府権限	1502(3)(a)	1502(3)(a)	12.3(1)(c)(i)	12.3(1)(c)(i)
	商業活動	1502(3)(c)	1502(3)(b)	12.3(1)(c)(iii)	12.3(1)(c)(ii)
	〃（輸出入と無関係）	1502(3)(c)	1502(3)(b)	12.3(1)(c)(iii)	12.3(1)(c)(ii)
政府企業	政府権限	1503(2)	—	12.3(2)(b)	12.3(2)(b) (シンガポールのみ)
	商業活動	—	—	12.3(2)(d)(i) (シンガポールのみ)	12.3(2)(d)(i) (シンガポールのみ)
	〃（輸出入と無関係）	1503(3)	—	12.3(2)(c) 12.3(2)(d)(i)	12.3(2)(d)(i) (シンガポールのみ)

興味深いのは、米国・シンガポール FTA では、シンガポールの政府企業に対して商業的考慮を求める規定が設けられた結果、シンガポールの独占的な政府企業についても、NAFTA と比べて、より厳しい規制が課される可能性が生まれた点である。すなわち、指定独占企業については、NAFTA 第 1502 条と同様に、対象投資財産、他の締約国の物品及び他の締約国のサービス提供者に対して非差別的な指定に係る条件を遵守する限りにおいて、独占商品の取引は商業的考慮の要求対象から除外されることとされているが（第 12.3 条 1 項(c)号(ii)及び(iii)）、当該独占企業が政府企業でもある場合には、第 12.3 条 2 項(d)号(i)も適用されることになるので、非差別的な行為であっても商業的考慮が求められることになる。換言すれば、シンガポールの政府独占企業については、独占企業に関する規律が政府企業に対する規律に包摂されることになり、非差別的な「指定に係る条件」の遵守による商業的考慮の除外の恩恵が受けられないことになる¹⁷⁹。このように、非独占的な政府企業の規律が強化された

¹⁷⁸ なお、異なる市場又は同一の市場内において異なる価格を定めることは、その異なる価格が通常の商業的考慮に基づいているものであれば、米国・シンガポール FTA 第 12.3 条には違反しないとされている（第 12.3 条 3 項）。よって、政府企業による差別的な価格設定であっても、商業的考慮に基づいていれば許容されることになる。

¹⁷⁹ もっとも、国内の法令において、差別的あるいは非商業的な行為が許容されている場合には、注 12-2 に基づいて、その取引は第 12.3 条 2 項(d)号(i)の適用外となる可能性がある。その場合には、独占企業と政府企業とで大きな差は生じなくなる。

ことにより¹⁸⁰、独占企業の規律よりも非独占的な政府企業の規律が厳格となる逆転現象が生まれうるのが米国・シンガポール FTA の特徴であり、これは後述の TPP 協定にも受け継がれていくことになる。

5. 米国以外の NAFTA 締約国が締結した FTA における「商業的考慮」

5.1 カナダ

カナダも NAFTA における規定を、他国との FTA における雛形として用いている（表 4 参照）。ただし、EU・カナダ包括的経済貿易協定（以下、CETA）については、特殊な構造となっており、この点は後述する。CETA 以外の FTA の特徴としては、米国が国有企業関連規定を設けていないイスラエル及びヨルダンとの協定において当該規定を設けている点が挙げられる。更に言うと、カナダ・イスラエル FTA においては、独占企業による独占物品等の購入又は販売について無差別待遇を与えるべきとする NAFTA 第 1502 条 3 項(c)号に該当する規定が設けられていないとの特徴も見られる。また、カナダ・ヨルダン FTA については、国有企業を独立した章（第 9 章）で規制している点が特徴的である。

【表 4】カナダが締結した FTA における国有企業規定

	国有企業 関連規定	特徴
NAFTA	1502 条・1503 条	
カナダ・イスラエル FTA	7.2 条、7.3 条	NAFTA 型（ただし、独占企業の商業活動における無差別待遇に関する規定が左記の規定内に存在せず）
カナダ・チリ FTA	J-02 条、J-03 条	NAFTA 型
カナダ・コスタリカ FTA	—	競争章は設けられているものの、国有企業に関する規定はなし
EFTA・カナダ FTA	19 条	GATT 第 17 条の参照
カナダ・ペルー FTA	1305 条、1306 条	NAFTA 型
カナダ・コロンビア	1305 条、1306 条	NAFTA 型
カナダ・ヨルダン FTA	9-1 条、9-2 条	NAFTA 型（ただし、権限行使に関する言及が存在せず）
カナダ・パナマ FTA	14.03 条、14.04 条	NAFTA 型

¹⁸⁰ NAFTA と比べた場合、政府企業（国家企業）についての無差別待遇の義務も、シンガポールに限って「対象投資財産、アメリカ合衆国の物品及びアメリカ合衆国のサービス提供者」への「購入又は販売」に拡大している（NAFTA 第 1503 条 3 項及び米国・シンガポール FTA 第 12.3 条 2 項(d)号(i)参照）。

カナダ・ホンジュラス FTA	15.3 条、15.4 条	NAFTA 型
カナダ・韓国 FTA	15.2 条、15.3 条	NAFTA 型
カナダ・ウクライナ FTA	9.3 条、9.4 条	NAFTA 型
CETA (EU・カナダ)	第 17 章、第 18 章	国有企業に関する独立の章（第 18 章） を設ける

CETA は、これまで NAFTA 型の国有企業規律を設けてきたカナダと、後で詳述する¹⁸¹競争法ベースの規律を設けてきた EU との協定であるがゆえに、両者を融合した性格を有する協定となっている。すなわち、国有企業に関する言及は競争政策に関する章（第 17 章）と国家企業等に関する章（第 18 章、以下、国家企業章）の双方で見られ、前者では、カナダ及び EU それぞれの国家企業や独占企業、特別の又は排他的な権利又は特権を許与された企業に対しても、競争法の適用が求められていることが明記されている（第 17.3 条 2 項）。

CETA において「商業的考慮」の概念が確認されるのは国家企業章においてであるが、当該章では、GATT 第 17 条等が協定に組み込まれることが確認されている一方で（第 18.2 条 1 項）、国家企業等の行動について詳細に記述する規定（第 18.4 条及び第 18.5 条）が設けられている点に特異性が見られる。しかし、後述するように第 18.4 条及び第 18.5 条に基づく国有企業等の行動に関する規律内容は GATT 第 17 条よりも広範囲に亘って商業的考慮を要請していることや、「商業的考慮に従って」が NAFTA における定義に依拠して設けられていることから（第 18.1 条）、これら CETA に新設されている規定との整合性がより争点になりやすいと想定される。その場合、GATT 第 17 条等を「組み込む (incorporated into)」と規定したことが、実質的にはどのような役割を果たすのかは不透明である。CETA 内の規定が GATT 第 17 条に依拠して解釈されることが強く求められるのであろうか。

NAFTA と比べた場合の CETA の特徴的な点としては、以下が指摘される。第 1 に、「特別な権利又は特権が付与された事業体」も規律の対象（「対象事業体」）として明示されており（第 18.1 条の「対象事業体」の定義の(c)号）、当該企業も無差別待遇と商業的考慮を求める規定に服する構造となっている。第 2 に、商業的考慮に関する規定（第 18.5 条）が無差別待遇規定（第 18.4 条）¹⁸²とは独立した条文として設けられている。しかしながら、それぞれの規定では相互に参照されていることから、両者の間には連関性が存在している¹⁸³。第 3 に、第 18.4 条 2 項によると、独占企業を除く国家企業等¹⁸⁴については、第 18.5 条 1 項の「商業的考慮に従って行動する」を遵守している限りにおいて、それらの企業のホーム国は第 18.4 条 1 項（無差別待遇）の義務を遵守したとみなされることになる。これは、無差別であれば商業的考慮の要請が不問とされる GATT（ただし、現在の解釈下での）や NAFTA とは

¹⁸¹ 本稿第 6 章参照。

¹⁸² なお、ここでいう無差別待遇は、協定下で適用される内国民待遇と最恵国待遇のうち、より有利な待遇とされる。CETA 第 18.1 条の「対象事業体」の定義の(b)号参照。

¹⁸³ また、CETA 第 18.5 条は「物品の購入又は販売」と規定するのみで、GATT 第 17 条のように「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」とはされていない。

¹⁸⁴ この中には、寡占企業による物品又はサービスが含まれる。第 18.1 条の「対象事業体」の定義の(b)号参照。

逆の構造となっており、より商業的考慮を優先させる規定となっている¹⁸⁵。第4に、第3の点とは反対に、第18.4条（無差別待遇）と整合的な対象事業体の行為が、第18.5条1項の下で求められる商業的考慮の対象から除外される規定（第18.5条2項）も設けられている。ただし、その範囲は、①独占企業の場合、公共サービスの義務（public service obligation）や地域的な発展等の、その独占企業が創設された、あるいは特別な権利又は特権が許与された目的を満たすために行われる行為であること（第18.5条2項(a)号）、又は、②国家企業の場合には公的な任務（public mandate）を満たすために行われる行為（同(b)号）に限定されている。なお、このように「公共サービスの義務」や「公的な任務」を根拠に、商業的考慮の適用を除外するのは、NAFTA 締約国が結んだ協定では後述の TPP 協定を除いて見られない（NAFTA との比較の詳細は表5参照）。

【表5】NAFTA 及び CETA における国有企業規制の異同

		NAFTA		CETA	
		無差別待遇	商業的考慮	無差別待遇	商業的考慮
独占企業	政府権限	1502(3)(a)	1502(3)(a)	1.10	1.10
	商業活動	1502(3)(c)	1502(3)(b)	18.4(1)	18.5(1)
	〃 (輸出入と無関係)	1502(3)(c)	1502(3)(b)	18.4(1)	18.5(1)
国家企業	政府権限	1503(2)	—	1.10	1.10
	商業活動	—	—	— (18.4(2))	18.5(1)
	〃 (輸出入と無関係)	1503(3)	—	— (18.4(2))	18.5(1)

5.2 メキシコ

メキシコが一方当事国となっている協定も概して NAFTA の第1502条及び第1503条に相似した規定を設けているが、日本や EU といった経済大国との協定においては国有企業規制に関する規定を導入できておらず、また、欧州自由貿易連合（EFTA）との協定では GATT 第17条への言及に留まる状況にある¹⁸⁶。よって、NAFTA 型を採用しているのは、南米諸国

¹⁸⁵ もっとも、NAFTA 以外の NAFTA 締約国が参加している FTA では、商業的考慮に基づいていれば、差別的な価格設定が許容される（ただし、価格の問題に限定されている点は要注意）規定が挿入されている（例えば、米国・豪州 FTA 第14.5条）。

¹⁸⁶ EFTA・メキシコ FTA 第12条。

との間で締結した協定が主である（ただし、最近の協定では競争章が設けられない傾向が見られる）。NAFTA 型を採用する協定のうちイスラエルとの FTA では、独占企業による独占物品等の購入又は販売について無差別待遇を与えるべきとする NAFTA 第 1502 条 3 項(c)号に該当する規定が設けられていない点は（第 8-05 条）、カナダ・イスラエル FTA と同様である（下記表 6 参照）。

【表 6】メキシコが締結した FTA における国有企業規制

	国有企業 関連規定	特徴
NAFTA	1502 条・1503 条	
コロンビア・メキシコ FTA	16-02 条	NAFTA 型（ただし、細部に相違あり）
EU・メキシコ AA	—	
チリ・メキシコ FTA	14-03 条、14-04 条	NAFTA 型、濫用的行為の具体例が表示
イスラエル・メキシコ FTA	8-05 条、8-06 条	NAFTA 型（ただし、独占企業の商業活動における無差別待遇に関する規定が存在せず）
EFTA・メキシコ FTA	12 条	GATT 第 17 条の参照
メキシコ・ウルグアイ FTA	14-03 条、14-04 条	NAFTA 型、濫用的行為の具体例が表示
日本・メキシコ EPA	—	
ペルー・メキシコ FTA	—	
メキシコ・中米 FTA	—	
メキシコ・パナマ FTA	—	

5.3 NAFTA に類似した他の協定

NAFTA に類似した規定を設ける協定としては、豪州・チリ FTA が存在する。ただし、同協定における規定では、商業的考慮のみに従って行動するのが「特別の又は排他的な権利の行使において」とされている点に他協定との相違点がある（第 14.4 条 2 項(a)号）。そのことが有する意義は次の 2 つと考えられる。

第 1 に、NAFTA 第 1502 条 3 項(a)号に該当する委任された政府権限の行使に関する規定は同様に設けられているため（第 14.4 条 2 項(d)号）、政府権限の行使と、特別の又は排他的な権利の行使とが異なる概念として捉えられることを示唆する。第 2 に、商業的考慮が要請される範囲が、「特別の又は排他的な権利の行使」とされている結果、権利の行使とは関係のない商業的行為に関しては規律が及ばない限定的な射程を有する規定となっている。

6. EU が締結した FTA における「商業的考慮」

6.1 EU が締結した FTA

EU が締結した FTA においては、比較的最近に締結された協定を除いて、「商業的考慮」概念が直接的に言及されることはなかった（表 7 参照）。また、最近の協定においても、ごく最近の協定を除いては、GATT 第 17 条に言及するのみであった¹⁸⁷。これは、EU においては基本的に国有企業規制が競争法政策の一環として捉えられてきたことに起因する。その意味では、EU の FTA が「商業的考慮」の概念自体の発展に一役買うことはなかった¹⁸⁸。

【表 7】 EU が締結した FTA における国有企業規制

	貿易 歪曲*1	競争法*1	無差別 待遇*1	商業的 考慮*2	GATT 第 17 条*3	紛争解決 手続*4
EU・スイス FTA	—	—	(22 条)	—	—	
EU・トルコ関税同盟	(41 条)	41 条	42 条	—	—	○（不適用規定なし）
EU・チュニジア連合協 定（AA）	38 条	—	37 条	—	—	×（紛争解決 制度議定書）
EU・フェロー諸島	—	—	(24 条)	—	—	
EU・イスラエル AA	38 条	—	37 条	—	—	
EU・モロッコ AA	38 条	—	37 条	—	—	×（紛争解決 制度議定書）
EU・南アフリカ TDCA	—	—	—	—	—	
EU・メキシコ AA	—	—	—	—	—	
EU・ヨルダン AA	55 条	—	54 条	—	—	×（紛争解決 制度議定書）
EU・エジプト AA	36 条	—	35 条	—	—	×（紛争解決 制度議定書）
EU・マケドニア安定 化・連合協定（SAA）	(70 条)	70 条	39 条	—	—	
EU・チリ AA	179 条	179 条	—	—	—	×（180 条）
EU・レバノン AA	29 条	—	28 条	—	—	×（紛争解決

¹⁸⁷ 例えば、EU・韓国 FTA 第 2.13 条。

¹⁸⁸ ただし、貿易を歪曲させる措置を禁止する規定は設けられることが多く（表 7 の「貿易歪曲」の項目参照）、そこに商業的考慮の概念が包摂される可能性はある。

						制度議定書)
EU・アルジェリア	43 条	—	42 条	—	—	
EU・アルバニア SAA	(72 条)	72 条	40 条	—	—	
EU・ボスニア・ヘルツェゴビナ SAA	(72 条)	72 条	41 条	—	—	× (第 5 議定書)
EU・CARIFORUM EPA	129 条	129 条	129 条	—	—	○ (不適用規定なし)
EU・コートジボワール EPA	—	—	—	—	—	
EU・モンテネグロ SAA	(74 条)	74 条	43 条	—	—	× (第 7 議定書)
EU・パプアニューギニア・フィジー	—	—	—	—	—	
EU・東部及び南部アフリカ EPA	—	—	—	—	—	
EU・カメルーン (中央アフリカ)	—	—	—	—	—	
EU・韓国 FTA	—	11.4 条	11.5 条	—	2.13 条	× (11.8 条)
EU・セルビア SAA	(74 条)	74 条	43 条	—	—	× (第 7 議定書)
EU・イラク PCA	—	—	(40 条)	—	40 条	
EU・コロンビア・ペルー・エクアドル	263 条	263 条	(27 条)	—	27 条	× (266 条)
EU・中米 AA	—	280 条	280 条	—	—	× (283 条)
EU・シンガポール FTA	—	12.3 条	12.4 条	12.3 条	2.12 条	× (12.14 条)
EU・グルジア AA	—	205 条	—	—	—	× (207 条)
EU・モルドバ AA	—	336 条	—	—	—	× (338 条)
EU・ウクライナ AA	—	257 条	258 条	—	—	× (261 条)
EU・SADC EPA	—	—	—	—	—	
EU・西アフリカ EPA	—	—	—	—	—	
EU・コソボ SAA	(76 条)	76 条	45 条			
EU・カザフスタン EPCA	—	158 条	166 条	167 条	164 条	○ (不適用規定なし)
EU・ベトナム FTA	—	11 章 3 条	10 章 4 条	10 章 4 条	10 章 2 条	○ (不適用規定なし)

CETA (EU・カナダ)	—	17.3・ 18.3 条	18.4 条	18.5 条	18.2 条	○ (不適用規定なし)
TTIP (EU ドラフト)	—	競争章 X.4 条	SOE 章 4 条	SOE 章 5 条	SOE 章 2 条	○ (不適用規定なし)

注：ノルウェー、アイスランド、シリア、アンドラ、サンマリノ、パレスチナとの協定は除いた。

*1 「貿易歪曲」及び「競争法」の項目は、FTA の競争章等に設けられている規定で触れられている概念を示す。「貿易歪曲」とは、公的な企業や特別の又は排他的な権利を付与された企業について、締約国間の貿易を歪曲する措置が採用されることを防止する規定が設けられていることを意味する。当該規定の多くは、EU 機能条約第 101 条及び第 106 条に基礎を置いていると理解される。「競争法」は、公的事業者等に競争法の適用を求める規定を明記する場合を表す (EU 機能条約第 106 条等の「原則」の適用や支持を要請するような場合を含む。その場合は、「貿易歪曲」の項目にも類似するので、括弧つきで「貿易歪曲」に記載している)。「無差別待遇」は政府の独占企業による物品の調達や販売における差別の排除を謳う規定を意味する。この種の規定は GATT 第 17 条 1 項(a)号と性質を共有するものから、近年の規定のように当該条項に沿って規定するものまで含む。なお、「貿易歪曲」及び「競争法」の詳細な分析については「商業的考慮」の概念を含まないため、今回の対象から外している。

*2 GATT 第 17 条とは別に商業的考慮について触れる規定が含まれている場合を示している。

*3 GATT 第 17 条に直接的に言及していないもの (例えば EU・エジプト AA 第 6 条) は除いた。

*4 紛争解決手続は、競争章や国有企業章における国有企業規制に FTA の紛争解決手続 (仲裁手続) が適用されるか否かを示した。「×」は不適用、「○」は適用。

しかしながら、ごく最近では状況が変わってきており、商業的考慮を具体的に規定する例が見られるようになってきている。実際の協定例としては、EU・シンガポール FTA¹⁸⁹、EU・カザフスタン EPCA (Enhanced Partnership and Cooperation Agreement)¹⁹⁰、EU・ベトナム FTA¹⁹¹ があり、以下、それぞれについて概観する (CETA も含まれるが、既述のため省略)¹⁹²。

EU が交渉した協定において初めて商業的考慮が明記された協定である EU・シンガポール FTA は¹⁹³、米国・シンガポール FTA の影響もあり、NAFTA において採用されてきたものに近い規律構造を有している。すなわち、第 12.3 条において公的事業者 (public undertakings) 及び特別の又は排他的な権利を委託された企業について定め、第 12.4 条において独占企業について定める方式を採用する。そして、そのような前提の上で、次の点に特徴が見られる。第 1 に、公的事業者等に関する商業的考慮の要請は、シンガポールのみが義務を負っている (第 12.3 条 4 項)。第 2 に、サービスの提供においても商業的考慮が求められ、また、協定規律により保護を受ける対象に投資家の投資財産が含まれている。第 3 に、そのシンガポー

¹⁸⁹ EU・シンガポール FTA は 2014 年 10 月にすべての章の交渉が妥結されているが、当該協定の締結権に関する EU の司法裁判所の意見が要請された結果 (Opinion 2/15, May 16, 2017)、発効に遅れが生じている。

¹⁹⁰ 2015 年 12 月署名。2016 年 5 月より暫定適用。

¹⁹¹ 2015 年 12 月最終合意。

¹⁹² なお、これらの協定と同時期に、EU・グルジア AA、EU・モルドバ AA、EU・ウクライナ AA、EU・SADC EPA、EU・西アフリカ EPA、EU・コンボ SAA が締結されているが、公的事業者については競争法の適用を謳う従来の EU の FTA の形式内に収まるため (例えば、EU・コンボ SAA 第 76 条)、本稿では検討の対象から外す。

¹⁹³ 2015 年 5 月時点の条文に依拠。 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>

ルの義務については、商業的考慮と無差別原則の義務が並置する形で規定されており、両者を同時に充足することが求められている。すなわち、無差別待遇の許与により商業的考慮の要請が除外される場面が想定されていない。第4に、商業的考慮の対象とされる取引が「物品又はサービスの購入又は販売に当たり」とされるのみで、輸出入との連動性を求める記述は存在していない。第1から第4までの点については、米国・シンガポール FTA にも見られる特徴である。第5に、NAFTA に近似した形式が採用されているものの、同協定等で見られた政府の権限の行使に関する規定が設けられていない。この点につき、独占企業について規定する第12.4条では、「商業的性格を有する独占企業」が対象とされているため、独占企業については政府権限の行使は当該規定の適用対象とはされていないと考えられる。それに対して、公的事業者及び特別の又は排他的な権利を委託された企業については、政府権限を行使する場面を排除するような記述とはなっていないため、文言から把握する範囲では、政府権限の行使も含まれる余地はあると言える。第6に、独占企業については、他の締約国の自然人又は法人との間で取引される場合の条件について無差別待遇が求められるのみで、商業的考慮については何ら言及されていない。米国・シンガポール FTA と比較した場合の、各規定の適用範囲の相違は以下の表8の通りである¹⁹⁴。

【表8】EU・シンガポール FTA と米国・シンガポール FTA の比較

		EU・シンガポール FTA		米国・シンガポール FTA	
		無差別原則	商業的考慮	無差別原則	商業的考慮
独占企業	政府権限	—	—	12.3(1)(c)(i)	12.3(1)(c)(i)
	商業活動	12.4	—	12.3(1)(c)(iii)	12.3(1)(c)(ii)
	〃（輸出入と無関係）	12.4	—	12.3(1)(c)(iii)	12.3(1)(c)(ii)
公的事業者 ／ 政府企業	政府権限	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(2)(b)	12.3(2)(b) (シンガポールのみ)
	商業活動	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(2)(d)(i) (シンガポールのみ)	12.3(2)(d)(i) (シンガポールのみ)
	〃（輸出入と無関係）	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(2)(c) 12.3(2)(d)(i)	12.3(2)(d)(i) (シンガポールのみ)

¹⁹⁴ なお、EU・シンガポール FTA では米国・シンガポール FTA とは異なり、「商業的考慮に従って」についての定義規定が設けられていない。

EU・カザフスタン EPCA も、EU・シンガポール FTA に類似した構造の国有企業関連規定を設けている。この傾向は、先述の CETA 及び後述の EU・ベトナム FTA にも確認されるため、EU の協定が、NAFTA 加盟国が締結してきた FTA の内容に近似する潮流が近年急速に強まっていることが分かる¹⁹⁵。

他方で、EU・カザフスタン EPCA では、EU・シンガポール FTA には見られない要素も確認される。第 1 に、国有企業等に関して独立した章が設けられている（第 12 章として競争章（第 11 章）から分離）。EU・シンガポール FTA、さらには NAFTA 締約国が締結してきた協定の多くでは、国有企業等については競争章の中で規定されているのと比べると、一歩進んだ協定構造となっていると言える。第 2 に、国有企業関連の規定が締約国で区別することなく規定されており、全ての締約国が同等に義務を負う構造となっている。第 3 に、国有企業章の適用が「経済活動」に限定されることが明記される一方で（第 164 条 3 項）¹⁹⁶、政府権限の行使に関しては同章の外に別の規定が設けられており（第 272 条）¹⁹⁷、両者が明確に区別されるようになっている。第 4 に、無差別待遇の付与（無差別の取引）によって商業的考慮の適用が除外される範囲が¹⁹⁸、①特別な又は排他的な権利等が付与された企業であれば権利が付与された目的、例えば「公共サービスの義務（public service obligation）」等を満たす場合、②国有企業又は国家管理企業であれば「公的な任務（public mandate）」を満たす場合に限定される点が挙げられる（第 167 条）¹⁹⁹。これまで、無差別待遇の許与によって商業的考慮の適用を除外する規定は NAFTA をはじめとする多くの FTA で設けられてきたが、基本的には指定独占企業に限定されていたため、適用除外の範囲は「指定に係る条件を…遵守する場合」であった²⁰⁰。しかし、指定独占でない国有企業等に関しては、そのような指定に係る条件が存在しえないため、商業的考慮の適用が除外されて然るべき国有企業の活動を画定するために、「公共サービスの義務」や「公的な任務」の概念が用いられることになる。実は、この EU・カザフスタン EPCA のような「公的な任務」の概念を用いる協定は他にも散見されるようになるのだが、EU・カザフスタン EPCA はその先駆けと言える。この「公的な任務」に類似した概念は後述の TPP 協定においても採用されていることから²⁰¹、その詳細は TPP 協定の分析で改めて論ずるが、ここでは、商業的考慮の範囲が指定独占で

¹⁹⁵ ただし、近隣諸国との協定においては、そのような動向が見られるわけではないので、近隣諸国との協定（既存のものを更新する場合も含め）においても同じような潮流が生ずるかは不透明である。

¹⁹⁶ 国有企業等に関する章では、「経済活動」についての定義は設けられていないが、競争章において（当該章に限定されるとはされているものの）定義付けがなされている（第 158 条 2 項）。

¹⁹⁷ その内容も NAFTA 第 1502 条 3 項(a)号や第 1503 条 2 項と基本要素を共有する。

¹⁹⁸ EU・カザフスタン EPCA では、商取引における無差別待遇に関する規定（第 166 条）についても、いくつか特徴（原材料及びエネルギー製品に関して別途規定が設けられている点（第 142 条）、無差別待遇の義務が独占企業と特別な又は排他的な権利等が付与された企業に限定されている点、当該条項の保護対象に投資家の投資財産の全てが含まれるかが定かではない点）が見られる。

¹⁹⁹ しかし、「公共サービスの義務」及び「公的な任務」についての定義は設けられていない。

²⁰⁰ NAFTA 第 1502 条 3 項(b)号。

²⁰¹ ただし、「公的な任務」（TPP の表現であれば「公共サービスの任務」）を根拠として商業的考慮の対象外とされる範囲が、TPP 協定では極めて限定的である（詳細は、後述 8.1 参照）との点に大きな違いが存在する。

はない国有企業にまで拡大し、かつ、その際の商業的考慮の適用の除外に際して「公的な任務」等を条件とする規定が、EUが締結している協定に顕出されることについて強調しておきたい。第5に、「商業的考慮に従って」について定義規定が設けられており、「国際貿易における市場経済の原則に従って運営されている私有企業の通常の商慣習に適合していることを意味する」（下線は筆者追記）とされている（第163条(g)号）。これは、「適合」を基準とする点でNAFTAやCETAで利用されている定義と共通するが²⁰²、下線部に僅かな相違点が存在している²⁰³。そして最後に、EU・カザフスタンEPCAでは、国有企業等による協定義務違反に対して、協定内の紛争解決手続が利用可能とされている。これは、国有企業関連規定を含む競争章を原則、紛争解決手続の対象外とする規定を設けるEUシンガポールFTA（第12.14条）との大きな相違である²⁰⁴（以上の、EU・カザフスタンEPCAと各FTAの比較については末尾表11も参照）²⁰⁵。

EU・ベトナムFTA²⁰⁶も国有企業に関する独立した章を設ける（第10章）。同協定も、上記のEU・カザフスタンEPCAと規律構造を共有しており、①サービス及びサービス提供者、あるいは、投資家の投資財産にまで規律が及んでいること（第10章、第4条）²⁰⁷、②商業的考慮が及ぶ取引が輸出入と関係したものに限定されない（同条1項(a)号）、③無差別待遇の許与によって商業的考慮の適用が除外される対象が、「公的な任務（public mandate）」の条件を満たす場合とされている（同号）²⁰⁸、④FTAに設置された紛争解決手続が適用される（適用除外規定が存在しない）点に共通性が確認される。他方で、「商業的考慮」の定義において、（GATT第17条で用いられている表現に加えて）「関連する事業若しくは産業において市場経済原則に従って運営されている企業が商業的な決定を行うに当たって通常考慮するであろう他の要因についての考慮をいう」（第10章、第1条(f)号、下線は筆者追記）と異なった表現が用いられている。むしろ、この定義は、後述のTPP協定における定義と近似しているのであるが、さりとて完全に一致しているわけではなく、下線部に独自性が確認される。

このようにEU・ベトナムFTAがEU・カザフスタンEPCAと非常に類似しつつも若干の相違が確認される背景には、同時期に交渉が進められていたTPP協定の影響があったこと

²⁰² NAFTA 第1505条、CETA 第18.1条参照。

²⁰³ 細部における相違としては、NAFTA等では「通常の事業慣行（normal business practices）」とされているのに対して、EU・カザフスタンEPCAでは「通常の商慣習（customary business practices）」と、GATT第17条1項(b)後半部と同じ表現が用いられている点が挙げられる。

²⁰⁴ 競争章については、その大半が依然として紛争解決手続の適用対象外とされており（第160条）、ゆえに、国有企業等に対する競争法適用に関する規定（第158条2項）は、FTAの紛争解決手続の対象外とされている。

²⁰⁵ なお、無差別原則が、協定下で適用される内国民待遇と最恵国待遇のうち、より有利な待遇を意味するとされていること（第163条(f)号）も、EU・カザフスタンEPCAの特徴であり、同時にNAFTAに類似する点である。

²⁰⁶ 本稿では、2016年1月時点での条文に依拠。<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1449>

²⁰⁷ もっとも、第10章、第2条7項によると、第4条（つまり、無差別原則と商業的考慮の義務）は、締約国が内国民待遇と最恵国待遇の規定の下で約束を行ったサービス貿易と投資に影響を与える国有企業等の商業活動に適用されるとされている。

²⁰⁸ ただし、EU・カザフスタンEPCAと同様に「公的な任務」の定義は設けられていない。

は想像に難くない。とりわけ、その影響は、上記の「商業的考慮」の定義に代表されるように、国有企業章における各用語の定義に色濃く表れている。とはいえ、EU・ベトナム FTA は必ずしも TPP とすべてが一致しているわけではなく、また、一見すると近似した規定であっても、例えば「公的な任務」の表現やその適用対象に相違が存在しており、異なった概念として発展する余地が含まれている²⁰⁹。

なお、2015 年 1 月に公表された環大西洋貿易投資パートナーシップ（以下、TTIP）協定の EU の条文提案における国有企業及び商業的考慮に関連する規定の内容は²¹⁰、近年締結された協定の中では EU・カザフスタン EPCA に最も近い。よって、①サービスの提供においても商業的考慮が求められ、また、協定規律により保護を受ける対象に投資家の投資財産が含まれている、②商業的考慮の適用が除外されるのは、特別な又は排他的な権利又は特権が付与された企業については、その権利が付与された目的——「公共サービスの義務（public service obligation）」等——の充足を、国家企業については公的な任務（public mandate）を充足するための行動であって、無差別原則規定（国有企業章、第 4 条）に整合的な場合に限定される（国有企業章、第 5 条）、③商業的考慮の対象とされる取引は、輸出入に係るものである必要がないとの特徴を共有する。また、定義条項には「商業的考慮に従って」についての定義が設けられており（国有企業章、第 1 条）、EU・カザフスタン EPCA に記されている定義と同一のものが採用されている²¹¹。

このように、商業的考慮の概念を FTA に取り込む傾向が、EU が近年に締結した協定に見られるのであるが、これらには共通した課題も存在する。それは、FTA においても GATT 第 17 条及び GATS 第 8 条における権利義務を確認する規定が設けられている点である²¹²。GATT 第 17 条が再確認されると、無差別原則と商業的考慮の関係等の理解を巡って、FTA 内の GATT 第 17 条等の確認規定と FTA の商業的考慮等に関する規定との間に齟齬が生ずることになり、その調整をいかに図るかという問題が顕在化する恐れがある。より具体的に規定されている FTA 規定が利用されれば、実質的には GATT 第 17 条の参照は無形化する可能性がある一方で、FTA 規定の解釈に影響を及ぼすことになれば、WTO プラスとなる FTA 規定を設けた意義が薄れることになりかねない。現時点では、EU が締結した協定に限定さ

²⁰⁹ EU・ベトナム FTA においては、企業の性質に関係なく「公的な任務」のみが規定されているため、国有企業を対象を限定する TPP 協定の「公共サービスの任務」と同義と理解できるかは定かではない。また、EU・ベトナム FTA では、TPP 協定の「公共サービスの任務」に類似した「公共サービスの義務（public service obligation）」は、「非商業活動」の一例として捉えられている（第 10 章、第 2 条 2 項及び注 2）。後述する TPP 協定における「公共サービスの任務」の用語は商業性を前提とするので、近似する用語でも意味が異なってくる可能性がある。

²¹⁰ TTIP の EU 条文提案は順次更新されているが、国有企業に関する章については 2015 年 1 月に公表されたものが最新となっている。

²¹¹ なお、2016 年 7 月時点の TTIP のエネルギー及び原材料に関する章の EU ドラフトでは、他の締約国へのあらゆる物品の輸出のための独占企業を新設又は維持することを禁じる規定が、物品の貿易の章に追記される可能性が示されているが、この規定に関する明確な説明は付されていない。

²¹² EU・カザフスタン EPCA 第 164 条、EU・ベトナム FTA 第 10 章、第 2 条 1 項、CETA 第 18.2 条 1 項、TTIP（EU ドラフト）国有企業章、第 2 条 1 項。EU・カザフスタン EPCA においては、WTO 加盟文書における国有企業等の章の確認も行われている。

れているが、この傾向が広く一般化すると、国有企業規律の混乱を招く危険性もある²¹³。

以上の EU の最近の FTA の動向（CETA を含め）を踏まえると、米国が締結した FTA において GATT 第 17 条における「商業的考慮」の概念を修正する試みが見られるとした結論は、EU が締結した協定においても妥当しつつあると言える²¹⁴。ごく最近まで、EU が締結した FTA については「国有企業等に対する競争法の実体規範を国際規律として導入する例」と位置付けられ、米国が締結した FTA とは区別して評価されてきたが²¹⁵、その一般的評価が否定されずとも²¹⁶、徐々に状況が変化しつつあることが分かる。加えて、本協定を含めた最近の EU の FTA からは、EU が締結した協定に、米国と FTA を締結ないし交渉した国（カナダやベトナム）との間の協定を通じて、NAFTA 型の国有企業規制が浸透している様子が窺える²¹⁷。

更に言うと、上述の EU が締結した FTA は、米国の FTA よりも一層、商業的考慮等について踏み込んだ規定を設けていることも分かる。例えば、米国の FTA は米国・シンガポール FTA 以降、TPP 協定に至るまで商業的考慮を国家企業に要求していない。換言すると、米国・シンガポール FTA における規定が慣行になることはなかった（前出の表 2 参照）。それに対して、EU が締約国の FTA では、EU・シンガポール FTA を契機に、国家企業にも商業的考慮を求める慣行が定着している（文末の表 11 参照）。また、EU が締約国の協定では、商業的考慮が拡大するのに伴い、それが無制限に拡張することを制限するために、「公的な任務」等を充足するための取引については無差別待遇の確保のみに留める規定が設けられるようになっていく。類似した概念は後述する TPP 協定にも導入されているが、結果的には、EU が先行している状況にあり、むしろ TPP 協定やアジア・太平洋諸国の今後の FTA に影響を与える可能性さえ考えられる。とはいえ、EU が締約国となっている FTA においても、公的な任務等の概念の細部に相違が確認され、今後のどのように展開されているかについては予見しえない状況にあるのも事実である。いずれにせよ、今後は EU が締結した FTA における動向も国際的な商業的考慮概念の形成に重要な役割を果たすことになるであろう。

6.2 EFTA が締結した FTA における動向

EFTA が締結した FTA は、EU の協定に類似するものが多いが、EU とは異なり近年の協

²¹³ もちろん、FTA に欠缺が存在する場合には、GATT 第 17 条等の参照により、それを補えるメリットがあるのも事実である。

²¹⁴ さらに、これらの協定では共通して、国有企業に関する章が紛争解決手続の対象とされている点にも特徴が見られる。

²¹⁵ 東條吉純「国有企業に対する国際規律：公正競争型ルールの進展」RIETI Discussion Paper Series 16-J-011（2016 年）7 頁。

²¹⁶ 例えば、EU・カザフスタン EPCA も、国有企業等に対する競争法の適用の確保を要請する規定を設けており（第 158 条 2 項及び 3 項）、その内容も、以前の協定の流れを受けたものとなっている。

²¹⁷ 他方で、TPP 協定に導入された「非商業的な援助（non-commercial assistance）」は EU・ベトナム FTA には導入されていない（ただし、競争政策章の補助金規定が適用される。第 11 章、第 x.2 条参照）。

定であっても競争法の適用や GATT 第 17 条の編入を記載するのにとどまっている²¹⁸。EU 等の動向に応じて、今後 EFTA における協定が商業的考慮等に関する詳細な規定を設ける可能性は高いが、現時点では特筆すべき特徴は見られない。

7. 商業的考慮概念の発展に寄与しうるその他の FTA

以上、NAFTA 締約国、EU、EFTA が締結した協定を概観してきたが、その他の主たる協定について簡単にまとめる。

まず、日本についてであるが、日本は日本・豪州 EPA を除いて国有企業に関する規定は設けていない。その唯一の例外である日本・豪州 EPA においても、競争中立性の概念が導入されているものの（第 15.4 条）、商業的考慮に関する言及は見られない²¹⁹。よって、競争中立性の概念が「商業的考慮」と両立しうるものであるとしても、直ちに後者の概念の発展に寄与するものとは考え難い。

その豪州であるが、国有企業に関する規定を設ける協定は散見されるものの²²⁰、先述の米国・豪州 FTA（本稿第 4.2 節参照）及び豪州・チリ FTA（本稿第 5.3 節参照）を除いて、GATT 第 17 条や商業的考慮について触れる規定が設けられないことがないため、やはり、商業的考慮の発展に大きな影響を及ぼすものとは考えられない²²¹。

なお、国有企業に対して競争法を（適切に）適用することを確認する規定を設ける FTA は多く、以下がそのような規定を含んでいる協定の例である。

- 韓国・ベトナム FTA（第 11.4 条）、韓国・ニュージーランド FTA（第 12.1 条 2 項）、韓国・豪州 FTA（第 14.3 条 2 項及び 3 項）、コロンビア・韓国 FTA（第 13.9 条 2 項）、ペルー・韓国 FTA（第 15.9 条 2 項）、韓国・シンガポール FTA（第 15.3 条 1 項）、韓国・チリ FTA（第 14.8 条 2 項）
- ASTEP（台湾・シンガポール経済パートナーシップ協定、第 10.6 条）、ニュージーランド・シンガポール CEP（第 3 条 2 項(a)及び(b)）、シンガポール・豪州 FTA（第 12 章第 3 条 1 項）
- 中国・韓国 FTA（第 14.5 条）、スイス・中国 FTA（第 10 条 2 項）、アイスランド・中国 FTA（第 62 条 2 項）
- マレーシア・豪州 FTA（第 14.4 条 3 項及び第 14.5 条）、タイ・豪州 FTA（第 1203 条）

²¹⁸ 例えば、EFTA・フィリピン FTA 第 2.16 条及び第 10.1 条 2 項。

²¹⁹ 更に言うと、GATT 第 17 条に言及する規定も存在しない。

²²⁰ 例えば、マレーシア・豪州 FTA は、国有企業に競争措置を適用すべき規定と（第 14.4 条）、特定の事業及び分野を競争措置の適用から除外すること、及び、その際の透明性の確保及び公共性の存在についての規定（第 14.5 条）を設けている。また、韓国・豪州 FTA（第 14.4 条）及び豪州・シンガポール FTA（第 12 章 4 条）は競争中立性に関する規定を設けている。

²²¹ 中国・豪州 FTA が 2015 年に発効しているが、国有企業に関する章や規定は設けられていない。この点に関する分析例として、T. Sekine, *The China–Australia FTA and Australia’s FTAs with Other Asian Countries: Their Implications for Future SOE Regulation in THE CHINA-AUSTRALIA FREE TRADE AGREEMENT: A 21ST-CENTURY MODEL* 79 (C. Picker et al. eds. 2017).

- ANZTEC (ニュージーランド・台湾 FTA、第 8 章第 2 条 1 項(b)及び第 4 条)、香港・ニュージーランド FTA (第 9 章第 2 条 1 項(b)及び第 3 条)、ニュージーランド・マレーシア FTA (第 12.2 条 2 項及び 3 項)、タイ・ニュージーランド FTA (第 11.4 条 1 項及び第 11.5 条)
- EFTA・ペルー FTA (第 8.5 条 2 項)、ペルー・チリ FTA (第 8.2 条 1 項)、EFTA・ペルー FTA (第 77 条 1 項)
- 韓国・トルコ FTA (枠組協定第 3.8 条 1 項)、トルコ・ボスニアヘルツェゴビナ FTA (第 17 条 2 項)
- 環太平洋戦略的経済連携協定 (P4、第 9.6 条 2 項)

8. TPP 協定における「商業的考慮」の概念

8.1 第 17.4 条

(1) 規定内容

TPP 協定第 17.4 条 1 項及び 2 項は以下のように規定する (注は省略)。

第 17.4 条 無差別待遇及び商業的考慮

1 各締約国は、自国の各国有企業が、商業活動に従事する場合には、次のことを行うことを確保する。

(注は省略)

(a) 物品又はサービスの購入又は販売に当たり、商業的考慮に従って行動すること (当該国有企業がその公共サービスの任務の条件を(c)(ii)の規定に反しない態様で満たす場合を除く。)

(b) 物品又はサービスの購入に当たり、

(i) 他の締約国の企業によって提供される物品又はサービスに対し、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の企業によって提供される同種の物品又はサービスに与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(ii) 自国の領域内の対象投資財産である企業によって提供される物品又はサービスに対し、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の投資家の投資財産である企業によって自国の領域内の関連市場において提供される同種の物品又はサービスに与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(c) 物品又はサービスの販売に当たり、

(i) 他の締約国の企業に対し、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の企業に与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(ii) 自国の領域内の対象投資財産である企業に対し、自国の領域内の関連市場において、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の投資家の投資財産である企業に与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

2 各締約国は、自国の各指定独占企業が次のことを行うことを確保する。

(a) その独占する物品又はサービスの関連市場における購入又は販売に当たり、商業的考慮に従って行動すること（当該指定独占企業の指定に係る条件を(b)から(d)までの規定に反しない態様で満たす場合を除く。）。

(b) その独占する物品又はサービスの購入に当たり、

(i) 他の締約国の企業によって提供される物品又はサービスに対し、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の企業によって提供される同種の物品又はサービスに与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(ii) 自国の領域内の対象投資財産である企業によって提供される物品又はサービスに対し、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の投資家の投資財産である企業によって自国の領域内の関連市場において提供される同種の物品又はサービスに与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(c) その独占する物品又はサービスの販売に当たり、

(i) 他の締約国の企業に対し、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の企業に与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(ii) 自国の領域内の対象投資財産である企業に対し、自国の領域内の関連市場において、自国、その他のいずれかの締約国又は非締約国の投資家の投資財産である企業に与える待遇よりも不利でない待遇を与えること。

(d) その独占的地位を利用して、自国の領域内の非独占的な市場において締約国間の貿易又は投資に悪影響を及ぼす反競争的行為に直接又は間接に従事しないこと（当該指定独占企業がその親会社（政府である場合を含む。）、子会社又は当該締約国若しくは当該指定独占企業が所有する他の事業体と取引することを通じてそのような反競争的行為に従事しないことを含む。）

(2) 全体的特徴

TPP 協定の国有企業に関する章の策定交渉においては米国の影響力が強かったと予測されることから、TPP 第 17.4 条も NAFTA の関連規定と基本構造を共有する結果となっている²²²。しかし、条文を単純に比較しても分かるように、決して NAFTA の関連規定をそのまま踏襲したものでもない。

²²² 交渉経緯については、以下参照。川瀬、前掲注 1、馬田啓一「TPP と競争政策の焦点：国有企業規律」石川幸一ほか編著『TPP 交渉の論点と日本』（文眞堂、2014 年）159 頁以下。

最初に取り上げられる TPP 協定第 17.4 条の特徴として、独占企業ではない国有企業に関する規定が詳細に設けられている点が指摘される。この点自体は米国・シンガポール FTA と共通するが²²³、国有企業に関する規定（第 17.4 条 1 項）が指定独占企業に関する規定（第 17.4 条 2 項）に先行している点が、これまで米国が締結してきた FTA と比べても特徴的である。これは、国有企業に関する規定をより基本的な規定とすることの意思表示とも捉えられる。

国有企業に関する規定がより重要といえる理由は、規定の順番の入れ替えに限られない。実際に適用される規律内容もそれを裏付ける形となっている。これは、指定独占企業にも該当する国有企業（「締約国が指定する又は指定した政府の独占企業」）の扱いを考えると明白である。現在の TPP 協定の構造に従うと、「指定〔された〕政府の独占企業」は国有企業でもありえることから、第 17.4 条 1 項の国有企業の規定と、同 2 項の指定独占企業に関する規定の双方が適用される。よって、当該企業が、独占する物品やサービスを商業的考慮に従わずに他の締約国の企業から購入すると、1 項(a)号及び 2 項(a)号違反を構成することになる。しかしながら、2 項(a)号については、その取引が「指定に係る条件」を満たす場合であれば、差別的な指定条件でない限り（2 項(b)号(i)に合致している限り）違反を構成しない（2 項(a)号括弧書参照）。他方で、同じ非差別的な取引であっても（1 項(b)号(i)に合致していても）、当該取引は 1 項(a)号の商業的考慮の適用を免れることはできない（商業的考慮の適用が除外されるのは 1 項(c)号(ii)のみのため）。となると、「指定〔された〕政府の独占企業」が行う取引は、指定独占企業であっても、国有企業に関する規定をも満たさない限り TPP 協定に整合的とは評価されないことになる。結果的には、「指定〔された〕政府の独占企業」については、指定独占企業に関する規定が国有企業（政府企業）に関する規定に包摂される点は米国・シンガポール FTA と同様であるが、指定された政府の独占企業については、指定独占企業に関する規定の遵守のみでほぼ十分であった（指定独占企業に関する規定を充足すれば国家企業に関する規定も充足する可能性が高いため）NAFTA 等とは相違が確認される。

このように TPP 協定においては、独占企業でない国有企業に対する規律が充実していることを踏まえ、以下では、独占企業ではない国有企業に関する規定（第 17.4 条 1 項）について詳細に検討する。

(3) 商業的考慮の適用範囲の拡大

過去の多くの FTA と同様に、TPP 協定第 17.4 条においては、サービスの取引を行う場合が商業的考慮の対象に含められており、加えて、投資家の投資財産である企業に対する国有企業等の行動が規律の対象に含められている²²⁴。そのことと連動して、当該条項では、GATT 第 17 条等に見られた「輸入又は輸出のいずれかを伴う」との取引の範囲を画定する表現が含まれておらず、ゆえに商業的考慮の対象とされる取引は輸出入が直接的に関係する場面

²²³ TPP 協定と米国・シンガポール FTA における国有企業規律の包括的な比較を行うものの例として、川瀬剛志「TPP 協定における国有企業規律：概要と評価」馬田啓一ほか編著『TPP の期待と課題：アジア太平洋の新通商秩序』（文眞堂、2016 年）156 頁以下。

²²⁴ 松下満雄「TPP 国有企業規制」国際商事法務第 44 号 7 巻（2016 年）979-80 頁。

に限定されないことが確認される²²⁵。TPP協定の規定をGATT第17条と比較すると、前者には、物品の輸出入における商業的考慮に限定されていた後者からの大幅な商業的考慮の適用範囲の拡大が見られる。

米国の視点からすると、このような商業的考慮の規律アプローチはNAFTAから継受されてきた独占企業規定を踏襲したことになるが、それを国有企業一般にまで拡大させたとの点でTPP協定に新規性を有することになる（米国・シンガポールFTA下ではシンガポールのみが片務的に国有企業／政府企業に関しても商業的考慮の義務を負っていた）²²⁶。米国の過去のFTAとの比較については末尾の表10を参照されたい。

(4) 無差別待遇と商業的考慮の関係

続いて、GATT第17条の文脈で議論を呼んでいる「無差別待遇」と「商業的考慮」の関係についてのTPP第17.4条1項における対応を論ずる。TPP第17.4条の文言は、米国が参加するFTAにおける独占企業に対する条文と同様に、「(c)(ii)の規定に反しない態様で満たす場合を除く」とされていることから、第17.4条1項(c)号(ii)が問題とされる場面以外は「商業的考慮」は無差別原則とは無関係に適用されることになる。よって、TPP協定においては、GATT第17条とは異なり、原則、「商業的考慮」は独立した要件と捉えられる²²⁷。

反対に、米国・シンガポールFTAにおける政府企業に関する規定と比べると、無差別原則の充足により商業的考慮の適用が除外される範囲が狭められているとも言える。すなわち、米国・シンガポールFTAでは政府企業については、「無差別待遇」と「商業的考慮」の両者が常に同時に充足される必要がある規定ぶりとなっているが（第12.3条2項(d)号(i)）²²⁸、TPP協定では、特定の条件下で「無差別原則」²²⁹が満たされている場合には商業的考慮の要請が除外されている²³⁰。

²²⁵ もっとも、TPP協定第17.2条1項は「この章の規定は、…自由貿易地域において締約国間の貿易又は投資に影響を及ぼすものについて適用する」と規定するため、国有企業の取引が一定程度は貿易に影響を与えるものでなければならない。

²²⁶ カナダとEUについては、CETAにおいて商業的考慮規律の国家企業への拡大を実現している。

²²⁷ R. Bhala, *Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines of SOEs*, 14(1) MANCHESTER J. INT'L ECON. L 2, 31 (2017); M. Yun, *An Analysis of the New Trade Regime for State-Owned Enterprises under the Trans-Pacific Partnership Agreement*, 20(1) J. E. ASIAN ECON. INTEGRATION, 3, 9 (2016).

²²⁸ ただし、米国・シンガポールFTAでは、国内法で求められている行為であれば、無差別待遇及び商業的考慮の適用が除外される可能性が注12-2で示されているため、その範囲では政府企業の義務は軽減されている。前掲注177参照。注12-2がどのように解釈されるかは定かではないが、解釈次第では、TPP協定における商業的考慮の適用範囲の方が広いとの結論に至る可能性もある。

²²⁹ TPP協定は、米国の過去のFTAと異なり「無差別待遇」についての定義規定を設けないが、第17.4条の各条文において、内国民待遇及び最恵国待遇の付与が明記される形で規定されている。川瀬剛志・川島富士雄「RIETI Web解説 TPP協定：17.1 国有企業及び指定独占企業（本則）Ver. 3」（2016年）2頁、http://www.rieti.go.jp/projects/tpp/pdf/17.1_soe_v3.pdf

²³⁰ なお、TPP協定第17.4条3項は、異なる条件（価格に限定されない）で物品又はサービスを

EU が締結した協定に関する考察でも論じたように²³¹、TPP 協定においては、無差別待遇による商業的考慮の適用の除外の条件も論点となる。すなわち、「公共サービスの任務の条件を…満たす場合」の意味である。「公共サービスの任務」については、「締約国の政府の任務であって、当該任務に従って国有企業が当該締約国の領域内で直接又は間接にサービスを一般公衆に対して利用可能なものとするものをいう」と説明されており²³²、協定上は特定の制約が付されていない「指定に係る条件」（指定独占企業について商業的考慮の適用が除外される条件）よりも狭い条件とされることが分かる。この「公共サービスの任務」の射程は TPP 協定においては重要な意味を持つ可能性があることから、後述の本節(6)で改めて詳細に論ずる。

そのみならず、TPP 協定第 17.4 条 1 項は、商業的考慮の対象外となる範囲を、「自国の領域内の対象投資財産である企業」に物品又はサービスを「販売」する際に無差別待遇を与えている場合に限定する。これは、例えば、NAFTA 第 1502 条 3 項(c)号のように「他の締約国の投資家の投資財産、物品、及びサービス提供者」に物品又はサービスを「購入又は販売」する際に、無差別待遇を与えていれば商業的考慮の適用対象外とするこれまでの米国が当事国の FTA における独占企業に対する規定とは異なり、無差別待遇が優先される範囲を大幅に縮小することになる²³³。このように、TPP 協定においては、無差別待遇によって国有企業への商業的考慮の適用が除外される範囲が狭く設定されており、商業的考慮が重要な意味を持つようになっている。

(5) 「商業的考慮」の定義及び意味

米国が締結してきたこれまでの FTA と比べた場合、TPP における「商業的考慮」の定義は若干異なった表現で提示されている。たとえば NAFTA 第 1505 条では、「商業的考慮に従って」が「関連する事業若しくは産業において私有企業の通常の事業慣行に適合していることを意味する」とされているのに対して、TPP 協定では、「商業的考慮」が「価格、品質、入手可能性、市場性、輸送等の購入若しくは販売の条件又は関連する事業若しくは産業において私有企業が商業的な決定を行うに当たって通常考慮されるであろう他の要因についての考慮をいう」と定義づけられている。TPP 協定の定義の後半部（「関連する事業若しくは産業」以下）と NAFTA の定義は類似しているように思われるが²³⁴、私有企業が通常考慮す

購入ないし販売すること、及び、物品又はサービスの購入ないし販売を拒否することは、商業的考慮に従っている限りにおいて、第 17.4 条でいう無差別待遇違反を構成しないとする。

²³¹ 本稿 42 頁以下参照。

²³² TPP 協定第 17.1 条。

²³³ 指定独占企業の取引については、TPP 協定自身も、無差別待遇を優先させる領域を、①独占する物品又はサービスを他の締約国の企業や対象投資財産である企業から購入する場合（第 17.4 条 2 項(b)号）、及び、②独占する物品又はサービスをそれらの企業に販売する場合（同(c)号）、と広く設定している（同(d)号も商業的考慮の適用除外となる）。なお、NAFTA 第 1503 条 3 項は、自国内の対象投資財産に物品又はサービスを販売する際に無差別待遇を求めており、その範囲は、TPP 協定第 17.4 条 1 項(a)号における商業的考慮の適用の除外の条件と近似している。

²³⁴ TPP 協定の定義の「価格、品質、入手可能性、市場性、輸送等の購入若しくは販売の条件」については、NAFTA においては商業的考慮に従った行動を要求する第 1502 条 3 項(b)号に規

るであろう要素に触れるに留まる TPP 協定は、「商業的考慮に従って」を私有企業の通常の事業慣行との「適合 (consistent with)」を求めると表現し直す NAFTA と比して、商業的考慮の厳格性が緩和されていると捉えられる²³⁵。もっとも、NAFTA の表現ほどには厳格性が求められないとはいえ、TPP 協定において、NAFTA や米国のこれまでの FTA に近似した表現が用いられたことは、GATT 第 17 条で示されている「商業的考慮」よりも一層、民間企業の視点から評価されることを意味すると言える²³⁶。

また、TPP 協定における商業的考慮概念には、第 17.4 条 1 項柱書が「商業活動に従事する場合には」とすることから、「商業活動」の定義も関連することになる²³⁷。第 17.1 条では「商業活動」について、「企業が営利を指向して行う活動であって、当該活動の結果として、物品の生産又はサービスの提供が行われ、当該物品又はサービスが、当該企業が決定する量及び価格で関連市場において消費者に販売されることとなるものをいう」とされている²³⁸。ここでは「企業が営利を指向して行う活動」と表現されており、抽象的な「企業」²³⁹による「営利 (profit-making)」的な活動を念頭に置いている点が注目される²⁴⁰。そして、この「商業活動」に該当することが第 17.4 条 1 項の適用の前提とされていることから、商業的考慮も営利性の観点が重視されると考えられる²⁴¹。

(6) 「商業的考慮」からの除外：公共サービスの任務 (public service mandate)

以上みてきたように、TPP 協定では、NAFTA をはじめとする米国が締結してきた協定に

定されており、この内容は完全に同一である。

²³⁵ TPP 協定の日本語公定訳では「商業的考慮」とは…通常考慮されるであろう他の要因についての考慮をいう」とされているが、下線部については、該当する英単語が存在しない。

²³⁶ S. Miner, *Commitments on State-Owned Enterprises*, in *ASSESSING THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP: INNOVATIONS IN TRADING RULES* 91, 94 (J. J. Schott & C. Cimio-Isaacs, eds., 2016). Lee は TPP における商業的考慮の定義は、国有企業による非採算的な活動への内部補助 (cross-subsidization) を可能とする利益獲得方法を防止する効果を有すると解説する。Lee, *supra* note 5, at 19.

²³⁷ なお、米国が当事国の FTA において、「商業活動」の用語を用いている協定は存在しない。

²³⁸ 当該定義の注釈によると「非営利の原則又は費用回収の原則に基づいて行われる」活動は、「商業活動」に該当しないことから、そのような活動は、TPP 協定第 17.4 条 1 項の適用から除外される (同条 2 項にはそのような制約が設けられていない)。

²³⁹ この定義では「企業」の形態が何ら限定されていないことから、私有企業も含めた一般的で抽象的な企業と捉えるべきと考えられる。そのように解すると、企業が通常、営利性を求めて行う活動が「商業活動」に含まれることになり、問題となる企業の行動が商業的ではないという理由のみで「商業活動」に該当しないとされ、TPP 協定第 17.4 条 1 項の適用を免れる事態が発生することを緩和できる。

²⁴⁰ 国有企業の定義においても「商業活動」の概念が顕出される。ここでの「商業活動」と「商業的考慮」の関係の理解については、卜部晃史「TPP 研究フォーラム(8) 第 8 回 政府調達/国有企業・指定独占」JCA ジャーナル第 63 巻 9 号 (2016 年) 29 頁参照。

²⁴¹ その他、商業的考慮に関連する論点として、TPP 協定では商業的考慮「のみ (solely)」の表現が欠落していることが指摘されるが (J. S. Fleury & J. M. Marcoux, *The US Shaping of State-Owned Enterprise Disciplines in the Trans-Pacific Partnership*, 19(2) J. INT'L ECON. L. 445, 456 (2016))、そのことが有する意味は定かではない。むしろ、当該文言が欠如していることは、商業的考慮の強制性が薄れたとも捉えられる。なお、同様に、商業的考慮「のみ」の表現が欠落している協定として、CETA 第 18.5 条等が存在する。

おける規定を基礎にしつつも、商業的考慮が適用される範囲を拡大（無差別待遇の許与による商業的考慮の適用の除外の範囲を限定することも含め）することを実現している。よって、国有企業には——国有企業の定義に該当し、かつ、後述の各種の例外が適用されない限りにおいて——より一層、私有企業に近似した行動が要請されることになる。しかし、他方で、そのように国有企業に私有企業としての行動を要請すると、その本来の公共的な機能を損なうことが危惧されることになる。そこで、国有企業が担う公共性を有する事業については、商業的考慮から除外することが必要となる。そのような考えを反映して、TPP 協定は無差別的に「公共サービスの任務の条件を…満たす場合」を商業的考慮の除外要因として設けるに至っている。かかる規定を踏まえると、TPP 協定で採用された規範構造は、商業性を限定的に要求する GATT/WTO のアプローチから、不完全ながら²⁴²、商業性の広範な要求プラス公益性への配慮というアプローチへと方針転換したとも言える。そのような背景を踏まえつつ、以下では「公共サービスの任務」の意味について検討を加える。

TPP 協定は「公共サービスの任務」について、「締約国の政府の任務であって、当該任務に従って国有企業が当該締約国の領域内で直接又は間接にサービスを一般公衆に対して利用可能なものとするものをいう」と定義づける²⁴³。しかしながら、この公共サービスの任務の内実はこの定義からも必ずしも定かではないため²⁴⁴、過去の FTA と対比的に捉えて検討してみたい。なお、指定独占企業における「指定に係る条件」については、NAFTA 以降、多くの協定で採用されている文言と同様のため、ここでは特段議論しない。

実は、これまでの FTA において、商業的考慮の適用の除外を「公共サービスの任務の条件」に限定してきた協定は少ない。まず、米国が締結してきた FTA で国家企業に関する規定を設ける協定においては、商業的考慮は独占企業にしか及ばないこともあり、商業的考慮の適用の除外は「指定に係る条件」に関するものとされている。同様のことは NAFTA の他の加盟国が締結した FTA（CETA は除く）についても該当する。

他方で、「公共サービスの任務」に近い概念が用いられているのが、EU が近年に署名した、あるいは発効に至った FTA である。これまでのところ、EU が締結した協定においては、「公共サービスの義務（public service obligation）」²⁴⁵や「公的な任務（public mandate）」²⁴⁶との表現が用いられてきた。しかし、いずれの協定においてもその定義は設けられておらず、どのような射程を有するのか定かではない²⁴⁷。

²⁴² 先の注釈（前掲注 238248）でも述べたように、「非営利の原則又は費用回収の原則に基づいて行われる」活動を主とする企業は「商業活動に従事する場合」に該当しないため、「公共サービスの任務」以前に「商業的考慮」の対象外とされる。その意味で、依然として商業的考慮の対象とされる国有企業の対象は限定的とも言える。

²⁴³ 当該定義の注釈では、「一般公衆に対するサービス」には、「物品の頒布」及び「一般的な社会資本サービスの提供」が含まれるとされている。

²⁴⁴ 米谷ほか、前掲注 96、71 頁。

²⁴⁵ EU・カザフスタン EPCA 第 167 条。

²⁴⁶ EU・ベトナム FTA 第 10 章、第 4 条 1 項(a)号、CETA 第 18.5 条。

²⁴⁷ EU が締結した FTA における協定における公共サービス概念は、EU 機能条約第 106 条 2 項でいう「一般的経済利益を有するサービス」に近似したものと推測されるが、異なる言葉が用いられている点は注意を要する。「一般的経済利益を有するサービス」についての研究例とし

このように、「公共サービスの任務」の内容を TPP 協定以外の貿易協定に見出すことができないのが現状である。そこで、OECD 文書に目を転じてみると、2015 年公表の「国有企業のコーポレート・ガバナンスに関するガイドライン」では、「公共政策目的 (public policy objectives)」について、「国有企業の自らの管轄内における一般公衆を益するもの」を意味し、「利潤及び株主価値の最大化とは異なる国有企業及び私有企業に課された特定のパフォーマンス要求として実施される」と説明されている²⁴⁸。より具体的には、「郵便サービスを含む公共サービスの提供、及び、公衆の関心に沿って実行されるその他の特別な義務が含まれる」とされている。さらに、同ガイドラインでは、「公共政策目的は経済活動と分離ないし混合して追求することができる」とも述べられている²⁴⁹。OECD のガイドラインを参考に考えるのであれば、郵便サービスと関連性の深い任務が TPP 協定でいう「公共サービスの任務の条件」の候補になると考えられるが、OECD のガイドラインで示されている説明は、むしろ「商業活動」該当性 (第 17.1 条及び第 17.4 条 1 項柱書) の議論に適しているのかもしれない。

また、2012 年公表の OECD 文書では、「[公共サービス] 義務 ([public service] obligations) には、遠隔地または居住人口の少ない地域へのユニバーサル・サービス義務の一部としてサービスを提供する場合 (例えば、遠隔地における郵便及び電気通信サービスの維持)、あるいは、必需品を合理的な価格で提供する場合等を含みうる」との説明が与えられている²⁵⁰。かかる理解に基づくと、ユニバーサル・サービス義務を内包するか否かも「公共サービスの任務の条件」該当性を判断する指標と考えられるが、この点については、ユニバーサル・サービスの供給義務は取引全体で商業的考慮に服させることが可能な場合もあることから、当該任務には該当しないと捉えうるとの指摘も存在する²⁵¹。

なお、TPP 協定には類似の概念として、「政府の権限の行使として提供されるサービス」が設けられており、かかるサービスについては、協定第 17.4 条 (無差別待遇及び商業的考慮) 等の規定が適用されないとされている (第 17.2 条 10 項)。この言葉は GATS 第 1 条 3 項(c)号と同一の意味と理解されることになるため (TPP 協定第 17.2 条 10 項注釈)、GATS が示す「商業的な原則に基づかず、かつ、一又は二以上のサービス提供者との競争を行うことなく提供されるサービス」を意味することになる。この 2 つの概念——「公共サービスの任務」と「政府の権限の行使として提供されるサービス」——は一見すると類似すると思われるが²⁵²、異なった概念として捉えられよう。両者の大きな相違は、商業性を含むか否か (「公共サービスの任務」は「商業活動」が問題となる場面でのみ問題とされる)、そして、「一般公衆」へのサービスか否かに求められる。また、GATS に規定される「政府の権限の行使として提供されるサービス」についてはその射程が極めて限定されており、多くの公共的な性質を有するサービスを GATS の適用外とする実質的な効果がないと認識されている

ては、青柳由香『EU 競争法の公共サービスに対する適用とその限界』(日本評論社、2013 年)。

²⁴⁸ OECD, OECD GUIDELINES ON CORPORATE GOVERNANCE OF STATE-OWNED ENTERPRISES, 15 (2015).

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ OECD, Competitive Neutrality: A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices 30 (2012), www.oecd.org/daf/ca/50250955.pdf.

²⁵¹ 米谷ほか、前掲注 96、71 頁。

²⁵² 「公共サービスの任務」には物品の頒布も含まれるので、サービス提供に限った場合である。

ことから²⁵³、TPP 協定においても「商業活動」の射程や「公共サービスの任務」の意味内容がより重要な意味を持つと考えられる。

結局のところ、「公共サービスの任務」²⁵⁴の内容については、既存の枠組からその内容を正確に予見することは困難であり、ゆえに TPP における（あるいは類似の規定を設けた協定の）実務や議論の集積、関係国間での対話等を通じた概念形成が必要になる²⁵⁵。TPP 協定の発効の見通しが不透明なため、かかる漸次的な概念形成が実現されるかはわからないが、仮にそれが可能であるとすれば、ひとまずは、先で述べたように、「公共サービスの任務の条件を…満たす」ことによって商業的考慮の義務が除外されるのは、「自国の領域内の対象投資財産である企業」に対して国有企業が物品又はサービスを無差別に「販売」する場合に限定されていることを踏まえて、「公共サービスの任務」の内実を各締約国の判断に第一義的には委ねる運用が採用されても大きな問題はないと考えられる。

また、TPP 協定自身も、「公共サービスの任務」の概念の漸次的な形成及び明確化を可能とする仕組みを備えていると言える。例えば、透明性に関する規定に設けられた情報要請の制度の利用である（第 17.10 条）。当該制度下では、「公共サービスの任務の条件」を満たす際における無差別待遇について懸念を有する締約国は、国有企業のホーム国に対して情報の提供を要請することが認められており（同条 3 項）、それを通じて情報を共有することは可能である²⁵⁶。たしかに、明確に通報及び公表義務の対象とされている独占企業の「指定の条件」とは異なり（同条 2 項）²⁵⁷、「公共サービスの任務」については必然的に通報等が義務付けられている状態にはないので、その面では国有企業の「公共サービスの任務」の内容をめぐる議論は制約を受けるが、そうであったとしても、情報要請制度は相互理解や概念形成に貢献すると期待される²⁵⁸。別の選択肢としては、第 17.12 条に基づいて設置される国有企業及び指定独占企業に関する小委員会（Committee on State-Owned Enterprises and Designated Monopolies、以下、国有企業等小委員会）を活用することも考えられる（第 17.12 条 2 項(a)号及び(b)号）。

²⁵³ E.g., M. Krajewski, *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, 6(2) J. INT'L ECON. L. 341, 358 (2003). GATS 第 1 条 3 項(b)の「政府の権限の行使として提供されるサービス」に該当するためには、①「商業的な原則に基づかず」、かつ、②「競争を行うことなく」提供されることが求められる。しかし、この両方を満たすサービスは殆ど存在しないと指摘されている。

²⁵⁴ 研究会のメンバーより、「公共サービスの任務」については、「公共サービス」と訳されているが、実質的には「公共にサービスする任務」を意味する概念ではないかとの指摘を頂いた。この点は「公共サービスの任務」を検討する上で、本質的な指摘と思われる。ここに記して感謝の意を表したい。

²⁵⁵ EU における「一般的経済利益を有するサービス」の概念も同様に EU の各条約には定義が設けられておらず、学术界での議論や判例集積により発展してきた経緯がある。この様子は、青柳、前掲注 247、43 頁以下に詳しい。

²⁵⁶ 第 17.4 条 3 項に明記されている項目（(a)号ないし(f)号）に「公共サービスの任務」は明記されていないが、同項(e)号や(f)号に該当する情報として対処できると思われる。

²⁵⁷ 類似の規定は、NAFTA（第 1502 条 2 項(a)号）や米国・シンガポール FTA（第 12.3 条 1 項 (b)号(ii)）等にも確認される。

²⁵⁸ TPP 協定第 17.4 条が関連する紛争解決パネルが設置された場合には、附属書 17-B に規定される情報交換の制度も利用できる。

8.2 例外規定

TPP 協定第 17.4 条については、いくつかの例外が設けられており、そのうちの主なものをここではとりあげる。

- 第 17.4 条に限らず、国有企業の章の全体を適用除外とする規定としては、第 17.2 条 2 項（中央銀行等による規制に係る活動等）、同条 3 項（金融規制機関による規制権限等の行使）、4 項（破綻金融機関等の破綻処理を目的とする活動）、5 項（ソブリン・ウェルス・ファンド）、6 項（独立年金基金及び関連企業）、7 項（政府調達）、8 項（政府の機能の遂行）、第 17.9 条 3 項(b)号（附属書 17-F 記載の企業）²⁵⁹が存在する。
- 第 17.4 条が適用されない場合を示す規定として、第 17.2 条 10 項（政府の権限の行使として提供されるサービス）、同 11 項（投資及びサービスに関する留保表に規定される措置に基づいた活動）、第 17.9 条 1 項（附属書 IV に記載される国有企業又は指定独占企業による活動）²⁶⁰、同 2 項（附属書 17-D 記載の地方の国有企業及び指定独占企業）、第 17.13 条 1 項（経済上の緊急事態に対応するための措置）が存在する。
- 第 17.4 条 1 項が適用されない場合を示す規定として、第 17.13 条 2 項（政府の任務に従って国有企業が提供する金融サービス）、第 17.9 条 3 項(a)号（附属書 17-E 記載の国有企業）が存在する。
- 第 17.4 条等の規定は、原則、商業活動からの年間収益が過去 3 会計年度のうち 1 年でも基準額を下回っていると適用されない（第 17.13 条 5 項）。

これらからも分かるように、TPP 協定においては数多くの例外が設けられていることから、一般論として、上記のように商業的考慮の適用範囲が拡大したと言えたとしても、広範な例外規定を通じて、商業的考慮が問題となる場面は大幅に縮小されている状況となっている。ゆえに、商業的考慮を含めた国有企業章の実効性については疑問も呈されている²⁶¹。とはいえ、上記の商業的考慮に関する規則が設けられたことは、今後の波及効果が期待されるところもあり、中長期的にはかかる規律を導入したことの効果が現れる可能性はある。

8.3 小括

これまでの GATT 第 17 条をめぐる議論を踏まえて、TPP 協定第 17.4 条を評価すると以下

²⁵⁹ ただし、第 17.2 条 5 項、6 項及び第 17.9 条 3 項(b)号（附属書 17-F）については、一部の活動が第 17.6 条（非商業的な援助）の適用対象とされる。

²⁶⁰ 附属書 IV において例外とされている項目についての分析及びその一覧は、中川淳司「TPP と日本：日本へのインパクトを探る 第 11 回 TPP の内容 (3)社会経済的課題への取組み」貿易と関税第 65 巻 5 号（2017 年）75 頁以下が詳しい。

²⁶¹ 川瀬・川島、前掲注 229、8 頁。川島富士雄「自由市場国と国家資本主義国の衝突と貿易摩擦」国際経済第 67 巻（2016 年）12 頁。

の通りである。まず、過去の FTA と同様に、国有企業規律にサービスの購入及び販売が含まれ、かつ、当該規律によって保護される範囲に投資家の投資財産も含まれるようになってきている。つまり、GATT 第 17 条を基礎とした国有企業規律がサービスや投資にまで拡大されている。また、そのことと連動する形で、商業的考慮が求められる取引の範囲に関する制約、すなわち、GATT 第 17 条で見られた「輸入又は輸出のいずれかを伴う」との限定が解除されている。その結果、投資家の投資財産（企業）に対する取引のみならず、物品の取引一般についても、輸出入とは直接的には関連しない取引が TPP 協定に服することになっている。加えて、無差別待遇を根拠に商業的考慮の義務が除外される領域が、とりわけ国有企業に関しては（第 17.4 条 1 項）極めて限定的に設定されており²⁶²、無差別に行われる取引であったとしても商業的考慮が広く要請される規定構造となっている。差別的な措置にのみ商業的考慮を要請する GATT 第 17 条とは明確な差が確認される（ただし、TPP 協定では多くの例外も設定されているには注意が必要である）。さらに、無差別原則についても、内国民待遇及び最恵国待遇が包摂されることが明示されており、内国民待遇を含まないとされる GATT 第 17 条の適用範囲の限界を拡充していると言える。

そして、TPP 協定は——発効すれば——NAFTA に類似する規定を設けてきた当該協定締約国のみならず、国有企業に関して規定を設けないか、競争法に依拠してきた締約国を包摂することになるため、それらの国が TPP 協定後に締結する FTA で TPP 型の国有企業規律を導入する強い契機になると推測される。実際に TPP 協定は、国有企業等小委員会に「二以上の締約国が参加する他の地域機関及び多数国間機関における同様の規律の発展に貢献するため〔に〕…協同の努力を発展させること」を任務として期待している（第 17.12 条 2 項 (c)号）。

あるいは、TPP 協定が発効しなかったとしても、その影響は波及するものと予想される。ここまで述べてきたように、TPP 協定における商業的考慮の概念は NAFTA における議論の延長線上にあると言えることから、例えば、NAFTA に再移入することも可能である²⁶³。また実際に、TPP 協定や NAFTA の影響が、EU が締結している協定に浸透しつつあることは既述の通りである。よって、TPP 協定が発効のいかんを問わず、TPP 参加国の今後の協定において TPP 協定に類する商業的考慮に関する規定が設けられる可能性は高いと言えよう²⁶⁴。

²⁶² 指定独占企業については、無差別待遇を根拠に商業的考慮の適用が除外される範囲は広めに設定されている。前掲注 233 参照。

²⁶³ G. C. Hufbauer & E. Jung, *NAFTA Renegotiation: US Offensive and Defensive Interest vis-a-vis Canada* 12 (Peterson Inst. for Int'l Econ., Policy Brief 17-22, 2017). 実際に交渉の基礎となっているドラフトも TPP 協定の文言に依拠している模様である。Inside US Trade, *Language in NAFTA Draft Notice Similar to TPP Text on Investment, IP, SOE* (6 April 2017). 米国において提出された NAFTA 現代化交渉に対するパブリックコメントの中には、NAFTA における国有企業規律の形成ないし強化において TPP 協定における文言を出発点とすべきとする意見が散見される。E.g. *Comment from Omar Nashashibi, National Tooling and Machining Association and Precision Metalforming Association* 3 (June 12, 2017), <https://www.regulations.gov/document?D=USTR-2017-0006-0820>; *Comment from Devi Keller, Semiconductor Industry Association* 10 (June 12, 2017), <https://www.regulations.gov/document?D=USTR-2017-0006-0706>.

²⁶⁴ ただし、TPP-11 の交渉において、国有企業規律が凍結や見直しの対象に含まれているとの報道もある。日経新聞「TPP11 首席会合、凍結要望 70 項目超に」（2017 年 9 月 21 日）。

9. 結論

以上、本稿では GATT 第 17 条に規定される「商業的考慮」の概念を中心に、GATT 第 17 条、WTO 加盟文書、自由貿易協定 (FTA) を概観し、当該概念の展開を追った。その結果、次の点が確認された。

第 1 に、GATT 第 17 条については、その有効性に関して懐疑的な見解が多く存在するが、WTO 加盟文書及び各 FTA を通じて、各国は事実上その内容に修正を加えることに成功している²⁶⁵。曖昧さを残していた第 17 条 1 項(a)号の「無差別待遇」の意味（内国民待遇が含まれるかとの問題）については、WTO 加盟文書では国有企業の活動の文脈では明記されなくなり、商業的考慮の観点から評価されることになっていることから、その議論の必要性が薄れている。それに対して FTA では、内国民待遇が含まれる（最恵国待遇を含めたより有利な待遇を意味する）ことを示す協定が増えてきている。また、第 17 条 1 項(a)号と(b)号の関係の問題——すなわち、無差別原則と商業的考慮の連動性——については、WTO 加盟文書では無差別待遇が併記されなくなったことで商業的考慮が独立して要請されると捉えられ、FTA においては無差別原則とは独立して適用されることが明確化される傾向が確認される。

第 2 に、加盟文書及び FTA においては、商業的考慮概念の及ぶ範囲に拡大傾向が見られる。とりわけ、①サービスや投資が含まれるようになってきていること（GATT 第 17 条型の規律の水平的な拡大）、②輸出入に係る取引を超えて商業的考慮が及ぶようになってきていること、③無差別待遇の充足により商業的考慮の適用が除外される範囲が縮小していることが顕著である。

第 3 に、「商業的考慮」について、FTA においては、より明確に定義を設ける協定が増えつつあり、そこでは私有企業／民間企業に類する行動をとることが強く要請されるようになってきている。他方で、WTO 加盟文書では「商業的考慮」を定義づける試みは確認されず、ゆえに、GATT 第 17 条における理解が踏襲されるものと思われ、FTA における規律と乖離が生ずる可能性がある。

一方で、このような FTA や WTO の個別の加盟文書で商業的考慮の概念を展開させることにも課題が残されている。まず指摘されるのは、商業的考慮の適用範囲が拡大することは、自由貿易を阻害する、あるいは、競争を制限する国有企業の行為を広く規制できる点で優れるかもしれないが、他方で、国有企業の社会経済的な機能を過剰に制約する危険性も孕む²⁶⁶。そのために、TPP 協定をはじめとして、最近の協定では「公共サービスの任務」等の概念が発案されるようになってきている（その結果、「商業的考慮の限定化」から「商業的考慮の広範な要求プラス公共性への配慮」へとシフトする兆候が見られる）。しかしながら、その具体的な意味内容については、少なくとも国際的な平面で議論が集積しているとは言えず、どのような形で運用されるのか不透明性が高い。「公共サービスの任務」等の認識の共有は一朝

²⁶⁵ これは FTA による WTO 法の欠缺の埋め合わせ効果を、商業的考慮の概念に関して証明したことになろう。See Kowalski & Rabaioli, *supra* note 5, at 28.

²⁶⁶ 川瀬、前掲注 1222 参照。

一夕では実現しえないものと考えられるが、商業的考慮の発展に伴い、より詳細に議論する時期に差し掛かっていると言える。

また、個別の協定でパッチワーク的に義務内容が発展することは、いわゆる断片化の問題を顕在化させる可能性がある。実際に、協定を比較すると、締約国や時系列に応じて商業的考慮の定義やその適用範囲に齟齬が生じており、商業的考慮に関する各協定における考えを収斂させる術が整備されているわけでもないことが分かる。もちろん、断片化それ自体は問題ではなく、各協定や各締約国等の状況に応じた柔軟で適切な規律の実現が画一性に優先されるべきである。しかし、この国有企業と商業的考慮の概念は、これまで理論的な議論に留まっていた断片化の問題を顕在化させる可能性があるのは事実である。各国が締結している FTA の数が相当数に増加してきた今日では、各 FTA 間で（あるいは、別の場で）概念の調和を想定した概念形成に迫られているのではないだろうか。この点は、研究及び実務の双方での今後の課題と言えよう。

最後に、簡潔にはあるが、我が国の国際貿易協定における国有企業規制の今後について論じたい。我が国はこれまで国有企業規制を FTA に設けてこなかったこと（日本・豪州 EPA を除く）、加えて現在、米国抜きで TPP 協定（TPP-11）の発効を目指していることから、TPP 協定における国有企業規制が、今後の我が国の貿易協定における国有企業規制の基軸になるものと想定される。今後の我が国の FTA において、TPP 協定の国有企業章に類する規定を設けることは、当該規律の国際的な浸透に寄与することになるため、望ましいことと言えよう²⁶⁷。しかし問題は、中国やロシア等の、TPP 協定の国有企業章に類する規律を内包する協定を受け入れるか定かではない国との間の協定である。TPP 協定の規律（あるいは、それを更に改善したもの）の制定が実現できれば理想であるが、その実現は決して容易ではないであろう²⁶⁸。他方で、本稿で主眼点とした商業的考慮に限れば、GATT 第 17 条や各国の WTO 加盟文書の存在により、議論の素地は形成されていると言え、TPP 協定の規定内容を基礎とした規律形成の機会には十分に存在する。その意味では、TPP 協定における商業的考慮概念を拡散する努力は停止すべきではなく、当該規律が普遍化することが図られるべきである。それと同時に、TPP 協定における規律構造では、社会経済機能をどのようにして確保すべきかが問題となるため、その点に関する議論を深める必要がある。TPP 協定の発効のいかに拘わらず、当該協定における国有企業規律に関する分析を継続することが重要と思われる。

²⁶⁷ 2017 年 7 月の日本・EU EPA の大枠合意を受けて公開されている条文ドラフトにおいては、公開されている項目の中に国有企業が含まれていない。競争法を国有企業にも適用することを求める規定が、「反トラスト及び合併」の章に設けられることは公開されている。European Commission, *EU-Japan trade agreement: texts of the agreement in principle* (July 6, 2017), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1684>, (last visited, Oct. 23, 2017).

²⁶⁸ 中国が TPP 協定における国有企業規律を受け入れる可能性があるか否かについて論じたものとして、川島富士雄「中国の TPP 協定加入は可能か？：ルール観点から」国際商事法務第 44 巻 4 号（2016）566 頁以下、日本関税協会「TPP と 21 世紀の関税・貿易政策研究会」「TPP の意義と課題：トランプ政権の TPP 離脱声明を受けて」貿易と関税第 65 巻 9 号（2017 年）10 頁〔松下満雄発言〕。

【表 9】 GATT 第 17 条及び WTO 加盟関連各文書の比較

	GATT 第 17 条	包括通商・競争力法第 1106 条 (WTO プラス)	ロシア作業部会報告書 (WTO プラス)	中国作業部会報告書 (WTO プラス)
対象となる企業	<ul style="list-style-type: none"> 国家貿易企業 (国家企業、排他的な若しくは特別の特権を有する企業) 	<ul style="list-style-type: none"> 国家貿易企業 	<ul style="list-style-type: none"> 国有企業 国家管理企業 排他的な若しくは特別の特権を有する企業 	<ul style="list-style-type: none"> 国有企業 国家投資企業
無差別待遇	<ul style="list-style-type: none"> 最恵国待遇のみ 商業的考慮が求められるのは差別的な措置のみ 	<ul style="list-style-type: none"> 商業的考慮と関連付けられた無差別待遇に関する記載はなし 	<ul style="list-style-type: none"> 同左 	<ul style="list-style-type: none"> 同左 (ただし、国有企業との取引に参加するための競争機会の無差別性が明記されている)
商業的考慮	<ul style="list-style-type: none"> 無差別待遇に付随 「輸入又は輸出のいずれかを伴う購入又は販売」 	<ul style="list-style-type: none"> 独立した義務 「国際貿易における」取引 	<ul style="list-style-type: none"> 同左 	<ul style="list-style-type: none"> 独立した義務 購入又は販売の範囲について限定なし (= 輸出入 / 国際貿易に関連する取引に限定されない)
取引に参加ために競争する機会の付与	<ul style="list-style-type: none"> 「通常の商慣習に従って [輸入又は輸出のいずれかを伴う] 購入又は販売に参加するために競争する適当な機会」の付与 	<ul style="list-style-type: none"> 「通常の慣習に従って [国際貿易における購入…及び販売] に参加するために競争する適当な機会」の付与 	<ul style="list-style-type: none"> GATT 第 17 条と同様の記述 	<ul style="list-style-type: none"> 国有企業等との取引に限定されるが、国際貿易との連動性は求められない 「通常の商慣習」の表現が脱落 無差別性への言及

【表 10】 GATT 及び米国が締結した各 FTA における国有企業関連規定の比較

		GATT		NAFTA		米国・シンガポール FTA		TPP	
		無差別待遇	商業的考慮	無差別待遇	商業的考慮	無差別待遇	商業的考慮	無差別待遇	商業的考慮
独占 企業	政府権限	17(1)(a)	17(1)(b)	1502(3)(a)	1502(3)(a)	12.3(1)(c)(i)	12.3(1)(c)(i)	17.3	17.3
	商業活動			1502(3)(c)	1502(3)(b)	12.3(1)(c)(iii)	12.3(1)(c)(ii)	17.4(2)(b) & 17.4(2)(c)	17.4(2)(a)
	〃（輸出 入と無関係）	—	—	1502(3)(c)	1502(3)(b)	12.3(1)(c)(iii)	12.3(1)(c)(ii)	17.4(2)(b) & 17.4(2)(c)	17.4(2)(a)
国家 企業 ／ 政府 企業 ／ 国有 企業	政府権限	17(1)(a)	17(1)(b)	1503(2)	—	12.3(2)(b)	12.3(2)(b) (シンガポ ールのみ)	17.3	17.3
	商業活動			—	—	12.3(2)(d)(i) (シンガポ ールのみ)	12.3(2)(d)(i) (シンガポ ールのみ)	17.4(1)(b) & 17.4(1)(c)	17.4(1)(a)
	〃（輸出 入と無関係）	—	—	1503(3)	—	12.3(2)(c) 12.3(2)(d)(i)	12.3(2)(d)(i) (シンガポ ールのみ)	17.4(1)(b) & 17.4(1)(c)	17.4(1)(a)

【表 11】 GATT 及び EU が締結した各 FTA における国有企業関連規定の比較

企業形態		GATT		EU・シンガポール FTA		EU・カザフスタン EPCA		EU・ベトナム FTA	
		無差別原則	商業的考慮	無差別原則	商業的考慮	無差別原則	商業的考慮	無差別原則	商業的考慮
独占企業	政府権限	17(1)(a)	17(1)(b)	—	—	272 条	272 条	第 17 章 X.18 条	第 17 章 X.18 条
	商業活動			12.4	—	166 条	167 条	第 10 章 4 条 1 項(b)	第 10 章 4 条 1 項(a)
	〃 (輸出入と無関係)	—	—	12.4	—	166 条	167 条	第 10 章 4 条 1 項(b)	第 10 章 4 条 1 項(a)
国家企業 ／ 国有企業	政府権限	17 条 1 項(a)	17 条 1 項(b)	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(4) (シンガポールのみ)	272 条	272 条	第 17 章 X.18 条	第 17 章 X.18 条
	商業活動			12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(4) (シンガポールのみ)	—	167 条	第 10 章 4 条 1 項(b)	第 10 章 4 条 1 項(a)
	〃 (輸出入と無関係)	—	—	12.3(4) (シンガポールのみ)	12.3(4) (シンガポールのみ)	—	167 条	第 10 章 4 条 1 項(b)	第 10 章 4 条 1 項(a)

GATT 及び EU が締結した各 FTA における国有企業関連規定の比較（続き）

		CETA		TTIP	
		無差別待遇	商業的考慮	無差別原則	商業的考慮
独占 企業	政府権限	1.10	1.10	冒頭規定	冒頭規定
	商業的行為	18.4(1)	18.5(1)	SOE 章 4 条	SOE 章 5 条
	〃 (輸出入と 無関係)	18.4(1)	18.5(1)	SOE 章 4 条	SOE 章 5 条
国家 企業 ／ 国有 企業	政府権限	1.10	1.10	冒頭規定	冒頭規定
	商業的行為	— (18.4(2))	18.5(1)	—	SOE 章 5 条
	〃 (輸出入と無 関係)	— (18.4(2))	18.5(1)	—	SOE 章 5 条