

アルゼンチン - 物品・サービス貿易に関する措置

申立国：パナマ(DS453)

被申立国：アルゼンチン

早稲田大学 福永有夏

I. 事実の概要

A. 対象措置

本件では、アルゼンチンが、「非協力国(non-cooperative countries)」の主としてサービス及びサービス提供者に課している金融、租税、外国為替、登録に関連する 8 つの措置が問題となった。「非協力国」とは、アルゼンチンの規則(Decree)No. 589/2013 に基づき定められる租税に係る透明性のために協力する国（「協力国(cooperative country)」に該当しない国を指す(para. 2. 1)。規則 No. 589/2013 によれば、租税に関する情報交換についての協定又は情報交換条項を含む二重課税回避のための租税条約を締結したか交渉している国は「協力国」とみなされる(2. 5-. 7)¹。公共歳入連邦管理庁(AFIP)決議 No. 3. 576/2013 によれば、「協力国」はさらに情報交換の実効性に依拠して 3 つに分類されている(2. 8)。本件申立国であるパナマは、当初「非協力国」に分類されていたが、本件申立て後、「協力国」に再分類されていた。

本件で対象とされた 8 つの措置は、下記のとおりである。

・措置 1 「利子又は報酬に対する源泉徴収税(Withholding tax on payments of interest or remuneration)」：非協力国に所在する債権者に対する利子や報酬の支払いは、利得税(gains tax, 35%)の課税標準の決定に当たり 100%純利得に相当するとみなされる(2. 13-. 14)。他方で債権者が協力国に所在する場合は 43%が純所得とみなされる(2. 14)。

・措置 2 「不当利得の推定(Presumption of unjustified increase in wealth)」：利得税の課税対象を決定する際に、非協力国からの資金の流入は不当利得とみなされる(2. 17)。

・措置 3 「移転価格に基づく取引評価(Transaction valuation based on transfer prices)」：アルゼンチンの納税者と非協力国の者との取引については、両者の関係に関わらず、移転価格に基づき取引の評価が行われる(2. 19)。

・措置 4 「費用の配分に関する実現主義規則(Payment received rule for the allocation of expenditure)」：利得税の課税標準の決定に当たり、アルゼンチンの者が非協力国の者に支払う費用は、実際に支払われる会計年度において計上されなければならない(2. 21-. 22)。

・措置 5 「再保険に係る要件(Requirements relating to reinsurance services)」：外国のサービス提供者がアルゼンチンの再保険サービス市場にアクセスするために満たさなければならない要件（協力国か否かやマネーロンダリング・テロ資金に協力している国か否

¹ 日本はアルゼンチンと租税条約を締結しており、「協力国」と分類されている。

かに係る要件と、個別リスクの額が 50,000,000 米ドルを超えるとの要件) (2. 23-. 34)。

・措置 6「アルゼンチンの資本市場アクセスのための要件(Requirements for access to the Argentine capital market)」: 株式市場の仲介者が非協力国の者からの取引注文を受けるために満たさなければならない要件(2. 35-. 36)。

・措置 7「支店の登記のための要件(Requirements for the registration of branches)」: 非協力国の会社の支店がブエノスアイレス自治市の公的商業登記簿(Public Trade Register)に記載するために課せられる追加的な要件(2. 37-. 38)。

・措置 8「外国為替承認要件(Foreign exchange authorization requirement)」: 非協力国のサービス提供者が直接投資のレパトリをする(repatriate、レパトリエーション/本国回帰)ためにはアルゼンチン中央銀行(BCRA)から事前に承認を受けなければならない(2. 39-. 40)。

B. その他の事実関係

税の透明性と情報交換に関するグローバルフォーラム(Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes) (以下、グローバルフォーラム) は、経済協力開発機構(OECD)の下で設置された政府間機関で、個別的情報交換(Exchange of information on request, EOIR)に係る国際的な基準の適用確保を図っている(2. 55-. 57)。グローバルフォーラムの加盟国は、国際 EOIR 基準の遵守についてピアレビュープロセス(peer review process, PRP)に参加することに合意している(2. 55, 2. 58)。アルゼンチンは、2段階ある PRP をすでに完了しているが、パナマは関連規制の改正が十分でなく第2段階に進んでいない(2. 58)。

金融活動作業部会(Financial Action Task Force, FATF)は、マネーロンダリングやテロ資金への対策として設置された政府間組織であり、アルゼンチンは加盟しているが、パナマは加盟していない(2. 60)。FATF 勧告はマネロン・テロ資金対策に係る国際基準として認識されており、FATF 加盟国はこれを遵守することが求められる(2. 61)。

II. 手続の時系列

2012年12月12日	協議要請
2013年5月13日	パネル設置要請
2013年6月25日	パネル設置
2015年9月30日	パネル報告発出
2016年4月14日	上級委員会報告発出
2016年5月9日	パネル報告・上級委員会報告採択

III. パネル報告要旨

A. 先決事項

1. パナマが第1回書面で新たな争点(new issue)を提起したかという問題

パナマは協議要請において、協力国と非協力国の区別を定めた規則 No. 1037/2000 によって改正された規則 No. 1344/1998 (パナマを含む非協力国を列挙する方式) に言及していたが、第1回書面及びそれ以降の主張においては、上記規則に代わって導入された規則 No. 589/2013 (パナマを含む協力国を列挙する方式) に言及している(7.5, 7.7-8)。アルゼンチンはこれを、「協議要請の対象となった紛争とは異なる新たな紛争(a new dispute, different from the one that was the subject of the request for consultations)」を提起するものと主張している(7.6)。

まず、規則 589/2013 が対象措置には含まれないが対象措置の鍵となる要素であることを確認する。規則 589/2013 は、それ以前の規則と同じとは言えないが、協力国と非協力国との区別を依然として維持しており、対象措置の「実質的な変化(substantive change)」を伴うものではなく、アルゼンチンの主張は認められない(7.9-15)。

2. 付託事項に含まれる措置5の側面

措置5について、パナマは、当初措置5の適用根拠となっていたアルゼンチン国家保険監督庁(SSN)決議 35.615/2011に加え、その後の改正決議である SSN 決議 35.794/2011、SSN 決議 38.284/2014 にも第1回及び第2回書面において言及している(7.17-18)。アルゼンチンは、これらがパネルの付託事項に含まれることに反対していない(7.17-18)。

以上について、これらの改正決議がパネル設置要請に含まれていた措置の「本質(essence)」を変えるものではないこと、またパナマがパネル設置要請において「今後行われる可能性のあるいかなる改正、拡大、追加(any possible amendments, extensions or additions)」にも言及していることから、これらの改正決議は付託事項に含まれる(7.26-34)。

3. 措置5の範囲

パナマは、措置5が再々保険サービスにも適用されると主張しているが、アルゼンチンはこれを否定している(7.35-37)。

措置5を含む SSN 決議 35.615/2011 の文言から、特に仲介者に係る規則については再々保険サービスも適用対象となると解されるが、措置5は仲介者に係る規則でないことから、措置5は再々保険サービスには適用されない(7.38-50)。

4. 検討の順序

申立国の申立ての順序に従い、GATS に基づく申立て及び抗弁を検討した後、GATT に基づく申立て及び抗弁を検討する(7.57)。

またパナマは「対象措置ごとに(measure by measure)」検討することを求めているが、より実効的に検討を行うためには「申立てごとに(claim by claim)」検討する方が望ましい(7.66-.67)。

B. 実体事項

1. GATS に基づく認定

(1) GATS の適用可能性

Canada - Autos 事件上級委員会報告を踏まえ、GATS の適用可能性は、(i)GATS 第 1 条 2 項の意味での「サービス貿易(trade in services)」があるか、かつ(ii)対象措置が当該サービス貿易に、GATS 第 1 条 1 項の意味で「影響を及ぼす(affect[s])」かを踏まえて判断される(7.83)。

i. 「サービスの貿易」

アルゼンチンは、「実際の(effective)」サービス貿易が行われていなければならない、また、申立国は自国に「帰責されうる(attributable)」具体的なサービスやサービス提供者を特定しなければならないと主張している(7.85)。

しかし、GATS 第 1 条 1 項は「現実の(actual)」サービスやサービス提供者への影響に言及しておらず、競争条件の公平さを求める GATS 第 17 条や紛争処理手続の利用について加盟国の広範な裁量を認める GATS 第 23 条といった文脈を考慮しても、現実のサービス貿易やサービス提供者を特定することは求められない(7.87-.96)。また、パナマは、対象措置に関係するサービスの分野と貿易の態様(モード)を特定しており、GATS 第 1 条 2 項の意味での「サービスの貿易」があることを証明している(7.97-.98)。

ii. 「影響を及ぼす」

アルゼンチンは、措置 8 について、サービス貿易に直接関係するものではなく、GATS の適用対象とならないと主張している(7.101, 7.108)。

これについて、GATS 第 1 条 1 項は法人の「設立(constitution)」や「取得(acquisition)」に関する措置を対象とするところ、措置 8 は商業拠点を有するサービス提供者でアルゼンチンから撤退ししたがって投資の本国回帰をしようとする者に適用されるが、投資の本国回帰に関する要件は法人の「設立」や「取得」についての判断にも影響を与えと考えられ、したがって措置 8 は「影響を及ぼす」措置と言える(7.110-.113)。

iii. 結論

以上より、措置 1~8 は GATS 第 1 条 1 項に規定される「サービスの貿易に影響を及ぼす」措置であると結論する(7.114)。

(2) GATS 第 2 条 1 項に基づく申立て

GATS 第 2 条 1 項は、特定の約束の有無にかかわらず適用される、最恵国待遇を与える「一般的かつ無条件の(general and unconditional)」義務を定めている(7.148)。GATS 第 2 条

1 項違反を証明するためには、(i)対象措置が GATS 第 2 条 1 項の対象とされること、(ii) 関連するサービス及びサービス提供者が「同種」であること、(iii)対象措置が「即時かつ無条件に (immediately and unconditionally)」「不利でない待遇 (treatment no less favourable)」を同種のサービス及びサービス提供者に与えることを証明しなければならない(7. 149)。

i. GATS 第 2 条 1 項の対象か

すでに本件対象措置が GATS 第 1 条 1 項の意味で「サービスの貿易に影響を及ぼす」措置と認定しており、本件対象措置は GATS 第 2 条 1 項の対象となる(7. 151)。

ii. サービス及びサービス提供者が同種か

GATS 第 17 条の同種性についての *China - Publications and Audiovisual Products* 事件パネル報告の判断を踏襲し、「相互に競争関係にあるサービス (services that are in a competitive relationship with each other)」か否か検討し、同時に本件の特別な事情や競争関係についての主張や証拠を考慮してサービスが同種か否かを判断する(7. 155-. 163)。

パナマは本件措置が「原産国 (origin)」のみを理由とした異なる扱いであり同種性は推定されると主張しているが、GATT について行われている同種性の推定が GATS についてそのまま妥当するわけではなく、*China - Electronic Payment Services* 事件パネル報告の判断と同様に、異なる扱いをする理由に「原産国」以外の「その他の要因 (other factors)」があるかも検討しなければならない(7. 165)。この点本件対象措置が依拠する協力国と非協力国との区別は、原産国そのものではなく「原産国と密接に関連する規制枠組み (regulatory framework inextricably linked to such origin)」であるところ、*EC - Asbestos* 事件及び *US - Clove Cigarettes* 事件の上級委員会報告を踏まえると、製品の「競争関係 (competitive relationship)」に影響する「規制上の懸念 (regulatory concerns)」は同種性を判断する際に考慮すべき「その他の要因」に含まれる(7. 166, 7. 176-. 178)。しかし、本件においてアルゼンチンは租税上の情報にアクセスできない国についても協力国として扱うなどしており、租税上の情報へのアクセスが「その他の要因」として異なる扱いに関連していると評価できないことから、本件措置は「原産国」を理由とした異なる扱いであり、したがって協力国と非協力国のサービス及びサービス提供者が同種であるとのパナマの主張を認める(7. 179-. 186)。

iii. 対象措置が同種のサービス及びサービス提供者よりも不利でない待遇を即時かつ無条件に与えているか

まずアルゼンチンは、申立国であるパナマが協力国であることから、非協力国に対する不利な待遇について証明しているとは言えないと主張しているが、不利な待遇が申立国自身に与えられていることを証明しなければならないわけでは必ずしもなく、また本件において少なくともパネル設置要請時点においてはパナマは非協力国であったことから、*EC - Bananas* 事件上級委員会報告も踏まえ、アルゼンチンの主張は認められない(7. 189, 7. 192)。

次に、「不利でない待遇」を与えていないか否かについて、アルゼンチンは、*US - Clove*

*Cigarettes*事件上級委員会のTBT協定第2条1項解釈を用いるべきと主張している(7.200)。

「不利でない待遇」の通常の意味は、「一部に他より少ない利益を与えない行為(action of not granting a benefit to some in smaller measure than to others)」である(7.205)。また文脈について、GATS第2条1項の対象が広範であることとサービスのみならずサービス提供者にも適用されるという側面を考慮すると、サービスを提供する自然人や法人を通じてサービスに直接影響を与える「規制枠組(regulatory framework)」をGATSに係る検討において考慮しなければならない場合がある(7.209-.212)。このことは、GATS前文においてサービス貿易の自由化と「国家の政策目的(national policy objectives)」の尊重がバランスされていることから確認できる(7.213-.217)。さらにGATS第17条やGATT第1条1項の文脈を踏まえても、GATS第2条1項は競争条件を変えることを問題としている(7.218-.223)。GATT第3条4項及びTBT協定第2条1項との関係について、GATSはサービス提供者にも適用されるという点でGATT第3条4項やTBT協定第2条1項と異なり、また例外条項があるという点でTBT協定と異なるが、「規制の要素(regulatory element)」が重視されているという点でGATSとTBT協定には類似点もある(7.224-.230)。とはいえ、GATSはサービス提供者にも適用されるという点を踏まえると、GATT第3条4項やTBT協定第2条1項に係る解釈をGATS第2条1項の解釈に用いることはできない(7.231)。同時に、サービス提供者に係る「規制の側面(regulatory aspects)」を考慮すべき場合がありえ、したがって、ある種の「規制上の区別(regulatory distinctions)」が「不利な待遇」を構成しない場合もありうる(7.232)。同時に、競争条件についても考慮しなければならない(7.233)。以上を踏まえ、本件措置が協力国と非協力国のサービスやサービス提供者に「異なる扱い(different treatment)」を与えているか、そのような扱いが非協力国の同種のサービスやサービス提供者に不利なものであるかを考慮する(7.235)。

まず、以下の通り、措置1~8について「異なる扱い」を与えている。すなわち措置1については純利得に関する推定が、措置2については不当利得の推定が、措置3については移転価格の自動的な適用が、措置4については費用の計上について一般原則である「発生主義規則(accrual rule)」ではなく「実現主義規則(payment received rule)」が適用されることが、措置5については再保険サービス市場アクセスのために課される要件が、措置6についてはアルゼンチンの資本市場アクセスのための要件が、措置7はブエノスアイレス自治市の公的商業登記簿に関する追加的要件が、措置8は直接投資の開始のための事前承認要件が、協力国のサービス及びサービス提供者と、非協力国のサービス及びサービス提供者とで異なる扱いがされている(7.237-.273)。

次に、以下の通り、措置1~8の「異なる扱い」は非協力国のサービスやサービス提供者に不利なものである。すなわち措置1は、課税標準を拡大することで非協力国のサービス提供者に不利となるよう競争条件を変え、かつ規則589/2013に基づく措置1の「企図と運用(design and operation)」によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性とは「対応せず(not consistent)」行われている、措

措置 2 は、不当利得の推定に「反論(rebut)」するための追加的負担を課すことで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 2 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していない、措置 3 は納税者により負担の大きい移転価格評価を強いることで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 3 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していない、措置 4 は実現主義により費用の計上を遅らせることで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 4 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していない、措置 5 は再保険サービス市場アクセスのための追加的要件を課すことで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 5 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していない、措置 6 はポートフォリオマネジメントサービスの提供者に資本市場アクセスのための追加的要件を課すことで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 6 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していない、措置 7 について、別の措置によって協力国のサービス提供者にも同様の要件が課せられているとしても、措置 7 は非協力国のサービス提供者が要件を満たしているかを「厳しく(restrictively)」評価することを求めることで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 7 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していない、措置 8 は直接投資の本国回帰に事前承認を求めることで非協力国のサービス提供者に不利になるよう競争条件を変え、かつ規則 589/2013 に基づく措置 8 の企図と運用によれば協力国と非協力国との区別はアルゼンチンが税に関する情報にアクセスできる可能性と対応していないことから、対象措置は非協力国のサービス及びサービス提供者に「不利でない待遇」を与えていない(7.278-.362)。

「不利でない待遇」を与えていないと認定したことから、「不利でない待遇」を「即時かつ無条件」に与えているかを検討する必要はない(7.363)。

以上より、措置 1~8 が GATS 第 2 条 1 項に違反していると結論する(7.367)。

(3) GATS 第 16 条 1 項及び第 16 条 2 項に基づく申立て

パナマは、再保険サービス市場の越境取引(第 1 モード)に係る外国サービス提供者の数を制限している措置 5 は、アルゼンチンが約束表で約束したよりも不利な待遇を与えており、GATS 第 16 条 1 項及び第 16 条 2 項(a)に違反していると主張している(7.382-.384)。

US - Gambling 事件上級委員会報告に基づき、(i)アルゼンチンが約束表において関連す

る市場アクセスに係る約束を行っているか、(ii)措置5がGATS第16条2項(a)の意味で「認められない制限(impermissible limitation)」を構成するかを検討する(7.391-.392)。

まず、アルゼンチンは、再保険サービスの第1モードに関して「制限しない(None)」と記載しており、「完全な特定の約束(full specific commitment)」、すなわちGATS第16条2項に列挙された措置のいずれもとらないとの約束を行っている(7.394-.400)。

次に、措置5が「認められない制限」を構成するかについて、GATS第16条2項は市場アクセスに係る約束を行った分野について取ってはならない措置を限定列挙し、ここで「明確、厳密、正確に(clearly, exactly and precisely)」列挙されている措置のみが本規定の対象となると解されるところ、(a)号はサービス提供者の数の制限に言及しており、これをサービス提供者の数以外の制限(であって間接的にサービス提供者の数を制限する措置)も対象とすると拡大解釈することは(b)、(c)、(d)号の意味を失わせる恐れがあり、GATSの趣旨及び目的に照らしても(a)号の対象とするのは「サービス提供者の数」を規制する措置に限られる(7.411-.424)。本件措置5の「個別リスク(individual risks)」の額が50,000,000米ドルを超える場合に外国のサービス提供者に「再保険事業(reinsurance operations)」を認めるとの要件は、サービス提供者の数を規制するというよりも、再保険事業や個別リスクの規制であり、したがって措置5はGATS第16条2項(a)の対象とならない(7.426-.429)。

措置5がGATS第16条2項の対象とならないと判断したことから、措置5が「サービス提供者の数」を「制限」するか否かは検討しない(7.430)。

以上より、措置5がGATS第16条2項(a)に違反するとのパナマの申立てを退ける(7.431)。

パナマのGATS第16条1項違反に関する申立てはGATS第16条1項(a)に関する申立てのみを根拠としていることから、GATS第16条1項の申立ても退ける(7.432-.435)。

なお、アルゼンチンが第2回パネル会合で提起したこの点についての「追加的論拠(additional argument)」を検討することに手続的問題がないことを確認する(7.405-.410)。

(4) GATS 第17条に基づく申立て

パナマは、措置2、措置3、措置4がGATS第17条に違反していると主張している(7.445)。

過去のパネル報告を踏まえると、GATS第17条違反を立証するためには、申立国は、(i)被申立国が内国民待遇に関する約束を行っていること、(ii)問題となっている措置が「サービスの提供に影響を及ぼす」こと、(iii)他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し、自国の同種のサービス及びサービス提供者に与える待遇よりも不利でない待遇を与えていないことについて一応の証明を行わなければならない(7.448)。

i. アルゼンチンが内国民待遇に関する約束を行っているか

第1モードに係る措置2(海運・空運に係る保険サービス(CPC81293)、再保険及び再々保険サービス(CPC81299))について、アルゼンチンは内国民待遇に関して「制限しない」と約束しており、アルゼンチンは「完全な内国民待遇(full national treatment)」を与えることを約束している(7.451-.454)。第1モード及び第2モードに係る措置3について、パ

ナマは、アルゼンチンが一部を除いて原則としてすべてのサービス分野の第 1 モード及び第 2 モードについて「制限しない」と約束していると主張しており、本来はどのサービス分野を対象とするかを特定することが望ましいが、アルゼンチンがパナマの主張に反論していないことから、パナマの主張を認める(7.455-.464)。第 1 モードに係る措置 4 についても、パナマは、アルゼンチンが一部を除いて原則としてすべてのサービス分野の第 1 モード及び第 2 モードについて「制限しない」と約束していると指摘しており、アルゼンチンが反論していないことから、パナマの主張を認める(7.465-.469)。

以上より、アルゼンチンが措置 2、措置 3、措置 4 について内国民待遇についての特定の約束を行っている結論する(7.470)。

ii. 措置 2、措置 3、措置 4 が「サービスの提供に影響を及ぼす」か

パネルはすでに、本件の 8 つの対象措置がサービスの「貿易」に影響を及ぼすと認定しており、「貿易」と「提供」は密接に関連していることから、措置 2、措置 3、措置 4 がサービスの「提供」に影響を及ぼすと結論する(7.473-.476)。

iii. 措置 2、措置 3、措置 4 が他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し、自国の同種のサービス及びサービス提供者に与える待遇よりも不利でない待遇を与えていないか

すでに GATS 第 2 条 1 項に関連して協力国と非協力国のサービス及びサービス提供者が同種であると認定しているところ、アルゼンチンのサービス及びサービス提供者は協力国のサービス及びサービス提供者と同じ待遇を受けていることから、アルゼンチンのサービス及びサービス提供者は非協力国のサービス及びサービス提供者と同種であると結論する。

GATS 第 17 条 3 項の待遇は、同種のサービス及びサービス提供者との間の「競争条件」に照らして判断しなければならないのと同時に、「競争条件に影響を与えるサービス提供者についての関連する規制上の側面(relevant regulatory aspects concerning service suppliers which have an impact on the conditions of competition)」も考慮に入れなければならない(7.491-.494)。本件において、すでに GATS 第 2 条 1 項に関連して異なる扱いがあることを認定していることから、措置 2、措置 3、措置 4 が非協力国のサービス及びサービス提供者に異なる扱いを与えていると結論する(7.495-.499)。「不利でない待遇」かについても、GATS 第 2 条 1 項に関連してすでに認定しており、措置 2、措置 3、措置 4 についても不利でない待遇を与えていないと一応認める(7.500-.504)。ただし、GATS 第 2 条 1 項については、協力国と非協力国との区別が税に関する情報にアルゼンチンがアクセスできる可能性と対応していないことが判断材料となったが(すなわち協力国であっても情報にアクセスできない場合がある)、GATS 第 17 条の検討で問題となるアルゼンチンのサービス及びサービス提供者との比較に関してはそのような非対応は存在しない(すなわちアルゼンチンのサービス及びサービス提供者については情報にアクセスでき、非協力国のサービス及びサービス提供者については情報にアクセスできない)ことに留意しなければならない(7.505-.507)。また、租税の透明性の欠如がサービス及びサービス提供者の競争条件に影響を与えること(規制がないと、透明性のあるアルゼンチンのサービス及びサービス

提供者が、透明性を欠く非協力国のサービス及びサービス提供者よりも不利になってしま
う)、措置 2、措置 3、措置 4 は非協力国のサービス及びサービス提供者が享受する意図し
ない競争上の「有利をなくす(neutralize)」ことで「競争条件を公平にする(level a playing
field)」ことを意図したもので、アルゼンチンのサービス及びサービス提供者を「優遇す
る(favour)」ものではなく、したがって非協力国のサービス及びサービス提供者に「不利
でない待遇」を与えていないとは言えない(7.509-.522)。

以上より、措置 2、措置 3、措置 4 は GATS 第 17 条に違反しない(7.525)。

(5) GATS 第 14 条(c)に基づく抗弁

i. 先決的問題

アルゼンチンは、措置 1、2、3、4、7 と措置 8 の 2 つに大きく分けて GATS 第 14 条(c)に
基づく主張を展開しているが、同時に措置ごとの主張を行っているし、また措置 1、2、3、
4、7 に関する主張を「まとめて(combined) (collective)」行っているとしても、そのこと
自体でアルゼンチンの主張が却下されるわけではない(7.573-.577)。

GATS 第 14 条(c)の(i)から(iii)は例示列挙であり、アルゼンチンは欺まんの若しくは詐
欺的な行為の防止を「含む(including)」問題に関する法令の遵守のための措置であると主
張しているが、「この協定の規定に反しない法令の遵守」に関する措置であることを証明す
ればよく、(i)に関する措置であることを証明しなければならないわけではない
(7.578-.583)。

US - Gambling 事件上級委員会報告が指摘した GATT 第 20 条との類似性を踏まえ、まず(c)
に合致しているかを検討し、(c)の措置であると認められる場合には柱書の要件に沿って適
用されているかを検討する(7.585-.587)。また *EC - Seal Products* 事件上級委員会報告、
Thailand - Cigarettes (Philippines) 事件上級委員会報告を踏まえ、「本件措置の GATS
第 2 条 1 項違反認定に至った側面(the aspects of the measures that have given rise to
the findings of inconsistency)」に注目して検討を行う(7.588)。また、*US - Gambling*
事件上級委員会報告と同様に、*Korea - Various Measures on Beef* 事件パネル報告で示さ
れた GATT 第 20 条(d)に関する法的基準を踏まえて分析を行う(7.589-.593)。

ii. それ自体が GATS に反しない法令の遵守を確保するために構築されているか

まず、アルゼンチンが一部の法令について第 2 回パネル会合まで言及しなかったこと
について、WTO 紛争処理制度において「適正手続(due process)」は重要な要素であるが、被
申立国の抗弁を第 1 回書面において行うことには困難もあり、また申立国のパナマは被申
立国の抗弁に応答する機会があったことから、当該法令についてパネルが検討することは
妨げられない(7.601-.603)。

①法令の「特定(identify)」

措置 1 から 4 について、アルゼンチンは、利得税法(Gains Tax Law, LIG)、租税手続法

(Law on Tax Procedure, LPT)、租税刑事法(Criminal Tax Law)、国家憲法(National Constitution)に言及しているが、これらはいずれもアルゼンチン国内法制の一部を構成している(7.606-.607)。GATS 第 14 条(c)によって正当化するためには被申立国は法令を「特定」しなければならず、「特定」するためには法令やその条文に言及するのみならず法令の「文言(text)」を提示しなければならないところ、アルゼンチンはこれらの法令の一部について文言を提示していない(7.609)。ただ、アルゼンチンが文言を提示していなくとも「パネルの記録(in our record)」に文言が含まれるものについてはパネルがこれを検討しないことは合理的とは言えない(7.609)。以上より、アルゼンチンが文言を提示している LIG、LPT、租税刑事法第 1 条、並びにパナマによって文言が提示されている国家憲法の規定について、法令が「特定」されていると認める(7.610)。

アルゼンチンは、措置 7 について、商事会社法(Law on Commercial Companies, LSC)No. 19.550 第 118.3 条、総括司法監査官(General Justice Inspectorate, IGJ)決議 No. 7/2005 第 188 条の文言を提示し、措置 8 については、犯罪に起因する資金の隠匿及び洗浄(Concealment and Laundering of Money of Criminal Origin)に関する法 No. 25.246 の第 20 条、第 20 条の 2、第 21 条の文言を提示していることから、アルゼンチンはこれらの法令を「特定」したと認める(7.612-.615)。

②特定された法令それ自身が GATS の規定に反しないか

LIG、LPT、IGJ 決議の一部の規定が GATS 違反と認定されたからと言って、その他の規定が当然に GATS 違反になるわけではなく、WTO 協定違反が証明されない限り加盟国の法令は WTO 協定適合的と推定されなければならないことから、アルゼンチンが特定した法令が GATS の規定に反しないと認める(7.620-.626)。

③措置が特定された法令の「遵守を確保するために構築されている(designed to secure compliance)」か

特定された法令は、アルゼンチンにおける「税徴収のための規制枠組の屋台骨を支える(form the backbone of the regulatory framework for collecting taxes)」ものである(7.636)。

中でも措置 1~4 は、LIG の利得税徴収という目的に沿って、「脱税や租税透明性を欠く地への利益の移転を最終的な目的とした不正な及び偽装された取引(fraudulent and simulated transactions whose ultimate objective is to evade taxes and/or transfer profits to jurisdictions where there is a lack of tax transparency)」を回避し、LPT や租税刑事法については、非協力国のサービス提供者との取引を利用して「税をごまかし(defraud the treasury)」ことを回避し、国家憲法については特に第 16 条の税の公平性を確保することに貢献しており、これらの法令の遵守を確保するために構築されていると認める(7.637-.639, .642)。なお、脱税と節税を区別し、違法な脱税に対する措置のみを「遵守を確保するために構築されている」措置とみなすパナマの主張は、GATS 第 14 条(c)の法令を刑事法のみ限定することになり、狭きに失する(7.640-.641)。

措置 7 及び措置 8 についても、追加的な要件や情報提供を求めることによって、特定された「法令の遵守を確保するために構築されている」と認める(7.646-.648)。

過去のパネル報告を踏まえ、措置導入時の「一般的な状況(prevaling circumstances)」を考慮しても、アルゼンチンは当時アルゼンチンの納税者と非協力国の主体との取引を通じた脱税が問題となっており、またそのような脱税に対する防御措置として本件の対象措置のような措置の有効性が OECD や G20 で確認されていたといえる(7.649-.654)。

iii. 措置が法令の遵守を確保するために「必要な(necessary)」措置であるか

US - Gambling 事件上級委員会報告や *EC - Seal Products* 事件上級委員会報告を踏まえ、①「追及されている目的の重要性(the importance of the objective pursued)」、②「対象措置の目的への貢献度(the measure's contribution to that objective)」、③「対象措置の貿易制限的効果(the trade restrictiveness of measures 1, 2, 3, 4, 7 and 8)」を考慮し、そのうえで、「対象措置と考えられる代替措置との比較が可能か(whether it is feasible to make a comparison between measures 1, 2, 3, 4, 7 and 8 and possible alternatives)」を検討する(7.658-.661)。

①追及されている目的の重要性

措置 1、2、3、4、7 について、アルゼンチンが主張している「租税の透明性を確保するため、非協力地域における有害な租税慣行によって生ずるリスクから租税徴収制度を保護する(protect the tax collection system against the risks posed by the harmful tax practices of non-cooperative jurisdictions for tax transparency purposes)」という目的はいかなる国にとっても「根本的に重要なもの(primordial importance)」であり、その重要性は国際社会においても認識されている(7.664-.671)。措置 8 について、アルゼンチンが主張している資金洗浄取引によるリスクを回避するとの目的の重要性は、過去のパネル報告で確認されているほか、WTO 以外の国際的な場においても認識されている(7.672-.676)。パナマは他にも重要な利益があることを主張しているが、他に重要な利益があるからといってアルゼンチンが実現しようとしている利益や価値の重要性が下がるわけではないし、パナマの主張している利益はアルゼンチンが実現しようとしている利益と矛盾するものではない(7.677-.678)。相対的な重要性について、本件で問題となっている利益や価値が特に途上国にとって重要なものであり、アルゼンチンにとって「究極的な重要性(utmost importance)」を有することを認める(7.681-.682)。

②対象措置の目的達成への貢献度

Brazil - Retreaded Tyres 事件上級委員会報告、*EC - Seal Products* 事件上級委員会報告に基づき、目的達成への貢献度は必要性の分析に必要なその他の要素と同じ程度に重要な指標であること、対象措置の「企図、構造、運用(design, structure and operation)」を踏まえ、目的と対象措置との間に「目的と手段の関係(ends and means relationship)」があるか否かに注目すること、「質的分析(qualitative analysis)」がより重要であることを確認する(7.683-.688)。

措置 1 は脱税の常套手段であるインサイダー融資からの利益を課税対象としていること、措置 2 は当局の情報収集を容易にし脱税を抑制する効果があること、措置 3 も同様に当局の情報収集を容易にし脱税を抑制する効果があること、措置 4 は非協力国のサービス提供者との偽装取引を回避する効果があること、措置 7 は登記される支店が正当な商業上の目的を有し真に活動をしているかの検証を可能にすること、措置 8 は資金清浄を防ぐ効果があることから、それぞれの措置は個々に目的に貢献している(7.690-.712)。同時に、これらの措置は、有害な租税慣行を事前に抑制する効果がある(7.713)。また、措置 1、2、3、4、7 は「全体として(in conjunction)」アルゼンチンが法令に沿って租税を徴収するのを確保している(7.714)。さらに、OECD をはじめとする国際的な場で「防御措置(defensive measures)」が租税制度を保護し有害な租税慣行を防ぐ正当な手段として認められていることに留意する(7.715-.716)。

以上より、措置 1、2、3、4、7、8 が目的に貢献していると結論する(7.717)。

③対象措置の貿易制限的効果

措置 1、2、3、4、7、8 はいずれも関係する分野・モードのサービス貿易を禁止するものではなく、措置 1 は潜在的に非協力国とのサービス貿易を抑制しうるがその貿易制限的効果は相対的に小さく、また措置 2、3、4、7、8 も情報提供を求めるのみで大きな貿易制限的効果は認められない(7.718-.727)。

④考えられる代替措置

上級委員会によれば、申立国であるパナマが、同程度の保護水準を達成しかつ被申立国が合理的に利用可能な代替措置を特定する責任を負うところ、措置 1、2、3 についてパナマは問題のある取引のみを対象とする措置を導入しうると主張しているが、具体的にどのような措置をとりうるのかを明らかにしていないし、措置 4、7、8 については代替措置を特定しているとは言えない(7.729-.735)。

⑤考えられる代替措置

以上を踏まえ、措置 1、2、3、4、7、8 が GATS に「反しない法令の遵守を確保するために必要な措置」とであると結論する(7.740)。

iv. 措置が GATS 第 14 条の柱書要件に適合しているか

GATS 第 14 条柱書は GATT 第 20 条柱書ときわめて類似しており、GATT 第 20 条柱書に関する上級委員会報告を踏まえると、柱書要件に合致していないと結論するためには、「措置の適用が差別を帰結している (the application of the measure must result in discrimination)」、「差別が恣意的又は不当な性質を有する (the discrimination must be arbitrary or unjustifiable in character)」、「差別が同様の条件の下にある国の中で生じている (this discrimination must occur between countries where the same conditions prevail)」ことが示されなければならない。すなわちパネルは、非協力国のサービス及びサービス提供者が協力国のサービス及びサービス提供者より差別されるように措置 1、2、3、4、7、8 が適用されているか (GATS 第 2 条 1 項に基づく最恵国待遇義務) を検討しなければ

ばならず、その際措置の「企図、体系、本質的な構造(the design, the architecture, and the revealing structure)」を考慮する(7.745-.748)。

本件において規則 No. 589/2013 は措置の企図や運用を決める重要な要素であるが、本規則は、情報交換協定や租税条約の交渉を始めたがまだ締結していない国について、アルゼンチンが情報を入手できないにもかかわらず協力国とすると定めており、租税徴収の確保や有害な租税慣行及び資金洗浄に対処するといった目的に逆効果であるし、アルゼンチンの主張と異なり、このような扱いは相手国の交渉を妥結させるインセンティブを失わせる恐れがある(7.749-.755)。また、アルゼンチンは年1回協力国のリストを更新しているが、交渉を始めていない国が含まれている反面、交渉を始めている国が含まれていないほか、当局の裁量で協力国を指定しているとの指摘もある(7.756-.757)。本規則に基づくこうした措置の運用は、交渉が始まれば情報が得られるだろうという単なる見通しに基づくものであり、グローバルフォーラムによって設定された基準と「整合的でない(difficult to reconcile)」(7.759-.760)。Brazil - Retreaded Tyers 事件上級委員会報告によれば、「措置と目的との間の関係の欠如は措置が『恣意的若しくは不当な』差別をしていることを示唆し(the absence of a relationship between the measures and the objectives indicates that the measures discriminate in an “arbitrary or unjustifiable” way)」、したがって措置1、2、3、4、7、8の適用は恣意的で不当な差別を構成すると結論する(7.761-.762)。

v. 結論

以上より、措置1、2、3、4、7、8はGATS第14条(c)によって正当化されない(7.764)。

(6) GATS 第14条(d)に基づく抗弁

アルゼンチンは、措置2、3、4のGATS第17条違反についてGATS第14条(d)を援用しているが、措置2、3、4のGATS第17条違反を認めなかったため、この点については検討しない(7.779-.780)。

(7) 金融サービス附属書パラ2(a)に基づく抗弁（信用秩序維持例外(prudential exception)）

アルゼンチンは、措置5及び措置6が金融サービス附属書パラ2(a)の措置として正当化されると主張している(7.808)。本規定が援用されたのは本件が初めてである(7.809)。

パラ2(a)の性質について、両紛争当事国とも「例外(exception)」であることに合意しており、パネルもこれを認める(7.813-.814)。これは、サービス貿易理事会で2001年3月23日に採択されたGATSに基づく特定の約束の記載についてのガイドライン(Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS))における例外についての説明とも整合的である(7.815)。したがって、被申立国であるアルゼンチンが、措置5及び措置6がパラ2(a)の措置であることを立証する責任を負う(7.816)。

パラ 2(a)の措置であることを証明するためには、アルゼンチンは、(i)措置 5 及び措置 6 が「金融サービスの提供に影響を及ぼす措置(measures affecting the supply of financial services)」であること(7.822-.825)、(ii)「問題となっている措置が信用秩序の維持のためにとられた措置であること(that the measure in question was taken for prudential reasons)」、(iii)「措置が GATS に基づく約束又は義務を回避するための手段として用いられていないこと(that the measure is not being used as a means of avoiding its commitments or obligations under the GATS)」を証明しなければならない(7.818-.821)。パナマはこれらに加えて、措置が GATS 第 6 条に規定される「国内規制(domestic regulations)」であることが証明されなければならないと主張している(7.827-.829)。しかし、パラ 2(a)は「他の規定(other provisions)」「この協定の規定(provisions of the Agreement)」と複数形を用いており、第 6 条以外が対象となることを想定している(7.832-.833)。またパラ 2 のタイトルは「国内規制」となっているが、パナマの主張と異なりパラ 2 は「資格、技術上の基準、免許(qualifications, technical standards and licensing)」に関連する国内規制だけを対象としているわけではない(7.834-.838)。さらに、文脈を構成するパラ 2(b)も国内規制のみを対象としているとは解されないことから、パラ 2(a)が GATS 第 6 条の対象とする国内規制のみを対象としているとは解されない(7.839-.847)。パラ 2(a)が加盟国の広い裁量を認めているという米国や EU をはじめとする第三国の意見や信用秩序維持措置に関しては約束表に記載すべきでないとしている「サービス貿易初期約束の記載：説明ノート(Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note)」を踏まえても、パラ 2(a)は広く解釈すべきである(7.848-.850)。

パラ 2(a)の 1 つめの要件(i)について、すでに GATS 第 1 条 1 項の意味で「サービスの貿易に影響を及ぼす」措置であり、また GATS 第 2 条 1 項に違反すると認定していることから、サービスの提供に影響を及ぼす措置であると言えるし、措置 5 (再保険サービス)も措置 6 (ポートフォリオマネジメントサービス)も金融サービスであることから、パラ 1(a)の「金融サービスの提供に影響を及ぼす措置」であると言える(7.853-.858)。

パラ 2(a)の 2 つめの要件(ii)について、「信用秩序維持のためにとられる措置(measures taken for prudential reasons)」と「信用秩序維持措置(prudential measures)」とは異なるものであり、本パラは「バーゼル銀行監督委員会で引用されるような特にプルーデンスに係ると特徴づけられるような(the measures that could be characterized as *specifically* prudential, such as those usually cited in the context of the standards defined by the Basel Committee on Banking Supervision)」「特定のタイプの措置を GATS の義務や約束から除外するのではなく (instead of exempting a *specific* type of measures from the obligations and commitments under the GATS)」、「『信用秩序維持を理由として』とられる金融サービスの提供に影響を及ぼす措置を除外又は免除することを可能にする (makes it possible to exempt or exonerate any measure affecting the supply of financial

services that has been taken “for prudential reasons”)」ものである(7.860-.861)。したがって、まず「信用秩序維持の理由(prudential reasons)」が何かを検討し、次に「そのような理由でとられている措置(a measure having been taken “for” prudential reasons)」が何かを分析する(7.863)。

「信用秩序維持の理由」について、用語の通常の意味から、「防止的又は予防的な性質の原因又は理由(“causes” or “reasons” of a “preventive” or “precautionary” nature)」を意味すると解される(7.864-.867)。またパラ2(a)に列挙されている措置は例示列挙であり、「加盟国は措置の根拠となる信用秩序維持の理由を各加盟国の価値に沿って定義する十分な自由を有するべきであるし(WTO Members should have sufficient freedom to define the prudential reasons that underpin their measures, in accordance with their own scales of values)」、第三国が指摘するように「信用秩序維持の理由」は時とともに変化する「発展的な性格(evolutionary nature)」を有していることを踏まえつつ、「金融リスクの性質や影響に関する国際社会の懸念や規制すべき信用秩序維持の理由を定義する際に十分な柔軟性を確保する必要(the concerns of the international community regarding the nature and impact of the financial risks and the consequent need to preserve sufficient flexibility when determining the prudential reasons to which the regulation should respond)」とに合致する解釈でなければならない(7.868-.875)。また「差し迫った(imminent)」リスクがなければならぬとのパナマの主張は認められない(7.876-.877)。以上より、「信用秩序維持の理由」は、「金融分野の規制当局が必ずしも差し迫っているわけではないリスク、損害又は危険を防止しようとする原因や理由(those “causes” or “reasons” that motivate financial sector regulators to act to prevent a risk, injury or danger that does not necessarily have to be imminent)」を意味する(7.879)。

「そのような理由のためにとられている措置」について、まず、GATT第20条と異なり、「必要な」措置であることや「関する」措置であることが求められていないことから、GATT第20条の解釈を準用することはできない(7.884-.885)。用語の通常の意味から、「措置と信用秩序維持の理由との間の原因と効果の合理的な関係(rational relationship of cause and effect between the measure and the prudential reason)」を意味し、措置をとる加盟国は当該措置の「企図、構造又は体系(design, structure or architecture)」からそのような関係があること、すなわち措置の「適切さ(adequacy)」を証明しなければならない(7.886-.891)。

以上を踏まえ、措置5について、アルゼンチンが特定している理由が「信用秩序維持」の理由か、またそのような理由「のために」とられているかを検討する(7.898)。アルゼンチンが特定している「被保険者の保護、保険会社及び再保険会社のソルベンシー確保、元受保険会社の支払不能や破たんの潜在的なシステミック・リスクの回避(to protect the insured, to ensure the solvency of insurers and reinsurers, and to avoid the possible

systemic risk of the insolvency and failure of direct insurance companies)」は、ラテンアメリカ保険監督者協会 (ASSAL) や保険監督者国際機構 (IAIS) の見解を踏まえても「信用秩序維持の理由」と言える (7.899-.904)。措置 5 は関連する情報を求めることで信用秩序維持に資するとは考えられるが、措置の適切さに関して、租税条約や情報交換協定を結んでいない国については情報が得られないにもかかわらず措置 5 の対象となっておらず、したがって措置と理由との間に原因と効果の合理的な関係はない (7.910-.919)。

措置 6 について、措置 5 と同様に、アルゼンチンが特定している理由が「信用秩序維持」の理由か、またそのような理由「のために」とられているかを検討する (7.931)。アルゼンチンが特定している「投資家保護、システミック・リスクの減少、資金洗浄及びテロ資金に係る犯罪の防止 (investor protection, the reduction of systemic risk, and the prevention of money laundering and terrorist financing offences)」を含む措置 6 の目的は、「信用秩序維持の理由」と言える (7.932-.937)。他方で、措置 6 は関連する情報を求めることで信用秩序維持に資するとは考えられるが、措置の適切さに関して、租税条約や情報交換協定を結んでいない国については情報が得られないにもかかわらず措置 6 の対象となっておらず、したがって措置と理由との間に原因と効果の合理的な関係はない (7.939-.944)。

措置 5 及び措置 6 がパラ 2(a) の 2 つめの要件を満たしていないと判断したので、パラ 2(a) の 3 つめの要件 (iii) については検討しない (7.945)。

以上より、措置 5 及び措置 6 はパラ 2(a) の対象とならないと結論する (7.949)。

2. 1994 年の GATT に基づく認定

措置が GATS と GATT の双方に同時に違反する可能性があることについては上級委員会も過去の事例で認めていることから、GATT に基づくパナマの申立てを検討する (7.950)。

(1) GATT 第 1 条 1 項に基づく申立て

過去の上級委員会報告を踏まえ、まずパナマが GATT 第 1 条 1 項違反を主張している措置 2 及び 3 が GATT 第 1 条 1 項の対象に含まれるかを検討する (7.971-.973)。

措置 2 について、パナマは「輸出に関連する規則及び手続 (a rule and formality in connection with exportation)」又は「輸出のための支払手段の国際的移転について課せられる課徴金 (a charge imposed on the international transfer of payments for ... exports)」であると主張している (7.978)。この点用語の英・仏・西語 (リアル・アカデミア・エスパニョーラ) の通常の意味から、措置 2 は「手続」ではなく「規則」に該当すると解される (7.981-.982)。「関連する」の英・仏・西語の意味と過去のパネル・上級委員会報告からして、「措置は輸出に伴う、つながっている、又は論理的関係がなければならぬ (the measure must be associated, linked or have a logical relationship with exportation)」 (7.984-.987)。措置 2 は、どのような取引から得られた資本であるかに関

ならず適用される措置であり、仮に資本の一部が物品の輸出によって得られたものであったとしても、措置が「輸出との論理的な関係、連携、つながり (possible logical relationship, association or link with exportation)」を有しているとは言えない(7.988-.989)。パナマが根拠としている挙げている *US - FSC* 事件上級委員会は「外国から得た収入 (foreign-source income)」を対象としているという点で本件と異なるし、*US - Poultry (China)* 事件パネル報告も輸入に対する影響があることを根拠としているところ、本件の措置 2 は輸出への影響があるとは言えない(7.992-.999)。以上より、措置 2 は第 1 条 1 項の「輸出に関連する規則及び手続」とは言えない(7.1000)。また「輸出のための支払手段の国際的移転について課せられる課徴金」かについて、パナマは第 1 回意見書でこの点を主張しながら、後の意見書等では主張を行っておらず、この主張を放棄したと言えるが、「予防的な理由で (precautionary reasons)」この点についての検討を行うこととする(7.1001)。用語の英・仏・西語の通常の意味から、「問題となっている課徴金は、国際的移転が行われている間、同時に又はその時に当該移転の支払手段について課せられなければならない (the charge in question must be imposed on the international transfer of payments during, contemporaneously with or on the occasion of the said transfer)」(7.1003-.1005)。この点措置 2 は、「財政上の措置としての性質 (fiscal in nature)」を有しており課徴金とは言えないし、上記の意味に照らして国際的移転の支払い手段について課せられているとは言えない(7.1006-.1007)。以上より措置 2 は GATT 第 1 条 1 項の対象措置と証明されておらず、したがって GATT 第 1 条 1 項に基づくパナマの申立ては認められない(7.1009-.1010)。

措置 3 について、パナマは「GATT 第 3 条 4 項によって規律される措置として (as a measure covered by Article III:3 of the GATT)」又は「輸入又は輸出に関連する規則及び手続」であることから GATT 第 1 条 1 項の対象となると主張している(7.1011)。措置 3 が GATT 第 3 条 4 項に定められる「法令又は要件 (law, regulation or requirement)」であることに争いはない(7.1015-.1016)。また、過去のパネル・上級委員会の報告では、国内における販売等を規律することを目的とした法令でなくとも、国内市場における競争条件に影響を与えるものは対象に含まれると広く解されているが、いずれの紛争においても輸入品に不利になるように国内産品を利用するインセンティブを与えるという「明白な関係 (obvious link)」があった(7.1017-.1024)。これに対して措置 3 は、そのようなインセンティブを与えるものではないうえ、その他の形でも措置 3 が非協力国からの輸入産品と国内産品との競争条件に影響を与えることが証明されていない(7.1025-.1028)。措置 3 が「輸入又は輸出に関連する規則及び手続」かについて、措置 3 は「規則」とは認められるが、輸入又は輸出「に関連する」ことについてパナマは証明を行っていない(7.1031-.1034)。以上より措置 3 は GATT 第 1 条 1 項の対象措置と証明されておらず、したがって GATT 第 1 条 1 項に基づくパナマの申立ては認められない(7.1036-.1037)。

(2) GATT 第3条4項に基づく申立て

上記で措置3はGATT第3条4項の対象とならないと認定したので、措置3がGATT第3条4項に違反するとのパナマの申立ても認められない(7.1048-.1049)。

(3) GATT 第11条1項に基づく申立て

措置3がGATT第11条1項に違反しているとのパナマの申立てについて、措置3は課税標準を決めるための手段で、「財政上の措置としての性質」を有しており、GATT第11条1項の対象から除外されている(7.1065-.1068)。したがってパナマのGATT第11条1項に基づく申立ては認められない(7.1069)。

(4) GATT 第20条(d)に基づく抗弁

措置2及び3のGATT違反を認定しなかったので、GATT第20条(d)に基づく抗弁については検討を控える(7.1073)。

IV. 上級委員会報告要旨

1. GATSに関する上訴

(1) GATS 第2条1項及び第17条に基づく「同種性」

「同種性」に関する検討は何らかの比較を必要とし、「類似しているもの(something that is similar)」を意味する(6.22)。また、GATS第2条1項も第17条もサービス及びサービス提供者の「競争機会(competitive opportunities)」に関わる規定であり、サービス及びサービス提供者が「競争関係(competition relationship)」にある時「同種」であると言える(6.22-.25)。さらに、「同種性」は個々の事件の具体的な事情を考慮に入れつつ、ケースバイケースで判断されなければならない(6.26)。物品貿易と異なり、GATSはサービスのみならずサービス提供者の「同種性」も定めていることから、サービスとサービス提供者の双方を「全体として分析(holistic analysis)」しなければならない(6.27-.29)。「同種性」の判断方法について、GATTにおいてもGATSにおいても「同種性」分析の目的は同じであり、したがってGATTについて*EC - Asbestos*事件上級委員会報告等で示された4つの指標が参考になるが、サービス貿易の特徴に合わせて調整する必要がある(6.30-.34)。

「同種性」の推定について、物品貿易と同様、措置が原産国のみに基づいて区別をしている場合には、原産国以外のすべての側面について同じサービス及びサービス提供者があると認められ、したがって「同種性」が推定され、申立国は上述した指標について立証する必要はない(6.38)。ただし、サービス貿易は物品貿易より複雑な問題(サービスのみならずサービス提供者の同種性も考慮しなければならない、GATS第28条に基づく原産国の決定原則が複雑、複数のモード(態様)がある)をはらんでおり、「同種性」の推定を行える状況は限られていることに留意しなければならない(6.38-.41)。

上記に基づき、GATS 第 2 条 1 項に関しては「同種性」の推定を行えないとのアルゼンチンの主張を退ける(6.52)。しかしながら、パネルは異なる待遇が原産国「のみに (*exclusively*)」に基づいていることを認定しておらず、にもかかわらず「同種性」の推定を行ったことは誤りであった(6.56-60)。また仮にパナマが原産国のみに基づく区別であることを一応証明していたとしても、パネルはアルゼンチンが一応の証明を反証したかを検討していない(6.63-64)。立証責任等に関するアルゼンチンの主張は訴訟経済の観点から検討しない(6.67-69)。

以上より、協力国のサービス及びサービス提供者と非協力国のサービス及びサービス提供者が同種であるとのパネル認定、及び、措置 1~8 が GATS 第 2 条 1 項に違反するとのパネル認定を取り消す(6.70-71)。

同時に、GATS 第 17 条の「同種性」に係るパネル認定は GATS 第 2 条 1 項に係るパネル認定を基礎としていることから、GATS 第 17 条に関するパネル認定も取り消す(6.76, 6.79)。

最後に、「同種性」に係るパネル認定を上記のとおり取り消したものの、協力国のサービス及びサービス提供者が、非協力国のサービス及びサービス提供者、又はアルゼンチンのサービス及びサービス提供者と同種であるかについては上級委員会は「見解を述べていない(*have taken no view*)」ことを強調する(6.80)。

アルゼンチンは、「同種性」についてアルゼンチンが立証責任を負うと上級委員会が判断した場合、又は「同種性」をパナマが一応立証した場合には、パネルの DSU 第 11 条違反を検討するよう上級委員会に求めていたが、いずれの状況も認められないため、DSU 第 11 条違反を検討する必要はないし、「法的分析を完了する(*complete the legal analysis*)」必要²もない(6.81-82)。

「同種性」に係るパネル認定を取り消したので、「不利でない待遇」に係るパネル認定や GATS 第 14 条(c)及び GATS 金融サービスに関する附属書パラ 2(a)に係るパネル認定は「ムート(*moot*)」となる(6.83)。同時に、「不利でない待遇」に係るパネル認定や GATS 第 14 条(c)及び GATS 金融サービスに関する附属書パラ 2(a)に係るパネル認定についてのパナマの上訴はおおむね「小委員会の報告において対象とされた法的な問題及び小委員会が行った法的解釈」に関するもので、したがって DSU 第 17 条 6 項で定められる上級委員会の検討範囲に含まれる(6.84)。また、パナマが上訴において提起している問題のいくつかは「GATS 規定の解釈に示唆を与えるものである(*have implications for the interpretation of provisions of the GATS*)」(6.84)。以上を踏まえ、パナマが提起しているその他の問題を以下で検討することとする(6.84)。

(2) GATS 第 2 条 1 項及び第 17 条に基づく「不利でない待遇」

GATS 第 17 条 3 項は、「国内のサービス及びサービス提供者に有利になる競争条件の修正

² アルゼンチンは、上級委員会がパネルの DSU 第 11 条違反を認定した場合に「同種」ではないことについて法的分析を完了することを求めていた(6.14)。

(modification of conditions of competition *in favour of* domestic services or service suppliers)」に「言及している (refer to)」が、GATS 第 17 条 3 項に「定められる (set out)」法的基準は「措置が他の加盟国のサービス及びサービス提供者に不利になるように競争条件を変えているか (whether a measure modifies the conditions of competition *to the detriment of* services or service suppliers of any other Member)」の検討を求めている (6. 103)。また GATS 第 17 条 1 項の注により、「自国のものでないことにより生ずる競争上の固有の不利益 (inherent competitive disadvantages which result from the foreign character)」は、措置が市場における競争条件に与える影響から「区別されなければならない (must be distinguished from)」 (6. 104)。GATS 第 2 条 1 項は無差別規定として GATS 第 17 条と本質的に同じ性質を有しており、GATS 第 17 条の「不利でない待遇」の意味は GATS 第 2 条 1 項の同じ用語の意味にも「関連する (should also be pertinent)」 (6. 105)。パネルは「不利でない待遇」を解釈する際に規制上の側面を考慮しているが、GATS は例外や柔軟規定を設けることで加盟国の「国家の政策目的 (national policy objectives)」を追求する権利を確保しており、GATS の対象が広いからと言って「不利でない待遇」を解釈するにあたって規制上の側面を別途考慮しなければならないとのパネル認定は誤りである (6. 106-. 121)。またパネルが規制上の側面をどのように位置付けているのかも不明である (6. 124-. 126)。なお、「規制上の側面に関する証拠が一律に排除されるわけではなく (our analysis does not suggest that any evidence relating to the regulatory aspects must *a priori* be excluded)」、「そのような証拠が競争条件に関連する限りで考慮されうる (to the extent that evidence relating to the regulatory aspects has a bearing on the conditions of competition, it might be taken into account)」ことを指摘する (6. 127)。

GATS 第 2 条 1 項について、パネルは規制上の側面を考慮する際に措置が競争条件を変えたか否かを検討しておらず、むしろ、TBT 協定第 2 条 1 項に係る分析と同様に、「同種のサービス及びサービス提供者が被った不利益が正当な規制上の区別のみから生じているか (whether the detrimental impact on like services and service suppliers … stems exclusively from a legitimate regulatory distinction)」、換言すれば、規制上の側面が競争上の不利益を正当化し、よって本来 GATS 第 2 条 1 項に反する措置を正当化するかを検討している (6. 136-. 137)。GATS 第 17 条についても、パネルは意図しない競争上の「有利をなくす (neutralize)」ことは「競争条件の公平さ (equality of competitive conditions)」を確保するもので GATS 第 17 条に違反しないとの立場に立っているが、内国民待遇義務によって求められる公平な競争条件とは「競争する機会の公平さ (equality of opportunities to compete)」でありサービス及びサービス提供者が「公平に競争的 (equally competitive)」であるよう保証することを求めるものではなく、パネルが「レベル・プレイイング・フィールド」概念を用いたことは「適切ではなかった (misguided)」 (6. 143-. 145)。なお第三国参加している米国は、「税当局が検証できないであろう条件でサービスを提供することは、法を遵守しているアルゼンチンの消費者やアルゼンチン法を遵守しようとしているパナマ

の提供者の視点からすれば不利になる (supplying a service on terms that tax authorities will not be able to verify … is a disadvantage from the perspective of law-abiding Argentine customers and Panamanian suppliers that seek to comply with Argentine laws)」ため、GATS 第 17 条 1 項注により、本国の租税の透明性のレベルによって「サービス及びサービス提供者が被る競争上の不利を補償するために租税上の措置を修正することをアルゼンチンは要求されない (Argentina would not be required to modify its tax measures to compensate for the competitive disadvantages of services or service suppliers)」と主張しているが、当該注は「固有の」不利益を問題としており、対象措置によって生ずる不利益を正当化するものではない (6. 146)。

以上より、パネルの GATS 第 2 条 1 項及び第 17 条の「不利でない待遇」に係る解釈は誤りであったと結論する (6. 152)。なお、措置が非協力国のサービス及びサービス提供者に不利になるように競争条件を変えていることについてのパネル認定は正しい解釈に基づき行われており、仮に「同種性」に関する認定が適切に行われていれば、GATS 第 2 条 1 項違反とのパネルの結論は支持され、かつ GATS 第 17 条 1 項にも違反するとの認定が行われた「可能性がある (would … be/could have)」 (6. 153)。とはいえ、上級委員会はパネルの「同種性」の認定を取り消しているため、GATS 第 2 条 1 項に違反するとの認定及び GATS 第 17 条に違反しないとの認定も取り消す (6. 154)。

(3) GATS 第 14 条(c)

GATS 第 14 条(c)について、*Thailand - Cigarettes (Philippines)* 事件上級委員会報告を踏まえ、第 14 条の分析において「検討される措置の側面は、違反認定に至ったものと同じでなければならない (the aspects of the measures addressed are the same as those that gave rise to its earlier finding of inconsistency)」が、違反認定に至った分析をすべて繰り返す必要は必ずしもないし、また違反認定の際に考慮しなかった側面が考慮できないわけでもない (6. 618-. 619)。本来申立国のパナマは GATS 第 14 条に係るパネル認定のどの点が違反認定に至ったものと「異なる (distinct)」のかを証明する責任を負うところ、パナマはどの点が問題なのかを特定していないことに留意する (6. 169-. 170)。パネル認定は、措置 1、2、3、4、7、8 について「一律に『追加的な情報要件』に言及 (across-the-board reference to “additional information requirements”)」するなど簡潔又は不正確なところもあるものの、GATS 第 2 条 1 項の分析と第 14 条(c)の分析において措置 1、2、3、4、7、8 の同じ側面に注目しているとは言える (6. 173-. 179)。

パナマは上訴していないが、法令の一部の規定が GATS 違反と認定されても当該法令のその他の規定は GATS に反しないと言えるかについて、「法令の一部の規定が GATS に違反していることが当該法令のその他の規定又は当該法令全体の GATS 適合性にも影響する場合があります (there may be circumstances in which the GATS-inconsistency of certain provisions of a legal instrument could affect or taint the GATS-consistency of other

parts of the same instrument or of the instrument as a whole)」ことに留意する(6. 201)。

GATS 第 14 条(c)には 2 つの要素があり、1 つめの、措置が「遵守を確保するために(to secure compliance)」という要素は、措置の「企図から当該措置が法令の特定の規則、義務又は要件の遵守を確保していると言える(its design reveals that it secures compliance with specific rules, obligations, or requirements under such laws or regulations)」ことを求めている(6. 203)。2 つめの「必要な(necessary)」措置という要素は、違反措置と関連する法令との関係についてのより踏み込んだ全体的な分析(a more in-depth, holistic analysis of the relationship between the inconsistent measure and the relevant laws or regulations)」を必要とする(6. 204)。これらの 2 要素は「概念的に異なるものではあるが関連している(conceptually distinct, yet related)」(7. 205)。

1 つめの要素に関連し、パネルが法令の「特定の規定(*specific provisions*)」ではなく「目的(*objectives*)」の遵守について検討したとのパナマの主張について、パネルは利得税法について目的のみならず特定規定の遵守を確保しているかを検討している(6. 206, 6. 210)。パネルが利得税法の特定規定の遵守を確保しているかを検討していると認めたことから、その他の法令については検討する必要がない(6. 209)。パネルが偽装取引の違法性(あるいは不遵守のおそれがあること)を検討していないとのパナマの主張について、パネルは偽装取引のみならずそれ以外の有害慣行を問題としていることから、認められない(6. 211-213)。また、「事前に(*ex ante*)」適用されるという対象措置の性質上、措置 1、2、3、4 が正当な取引とそうでない取引の双方に適用されるのは問題であるとのパナマの主張は認められないし、措置 2 の対象が広すぎるとのパナマの主張も根拠が示されていない(6. 214-217)。対象措置の企図に関するその他のパナマの主張について、パナマは十分根拠を挙げていないし、また GATS 第 14 条(c)に関するパネル認定はムートとなり、かつパナマのその他の主張を検討しても GATS 第 14 条(c)の要件を明らかにすることに資するとは考えられないことから、これらについては検討しないこととする(6. 218)。

2 つめの要素に関連し、まずパネルが「必要性」を検討した方法について、上訴の対象とはなっていないものの、パネルは「必要性」に関連する要因を別の箇所でも検討しており、これによってパネルが全体的分析を行ったのかが分かりにくくなっているという意味で、リーズニングが「分断されている(*disaggregated and compartmentalized*)」ことについての懸念を表す(6. 221)。パナマのパネル評価の客観性に関する上訴について、DSU 第 11 条の問題として提起すべきであり、この点については検討しない(6. 224-225)。パナマはまた、パネルが法令の「特定の規定(*specific provisions*)」ではなく「目的(*objectives*)」の遵守について検討したと主張している点について、パネルが法令の「一般的政策目的(*general policy objectives*)」の達成に貢献したかを検討すると述べている点には問題があるものの、パネルは実際には特定の規定に関して貢献度を検討しており、パナマの主張は認められない(6. 226-233)。なお、パネルが措置の貢献の有無を検討するのみで貢献の「程度(*extent*)」について検討していないのは問題があった(6. 234)。貿易制限的効果につ

いて、輸入禁止措置のみが貿易制限的効果を有するわけではないというのはパナマの指摘のとおりだが、パネルは輸入禁止措置のみが貿易制限的効果を有すると述べたわけではなく、輸入禁止措置ではない本件措置が有する貿易制限的効果は限定的と述べたにとどまり、したがってパナマの主張は認められない(6. 238)。パナマのその他の主張は、上述(6. 218)したのと同じ理由で検討しないこととする(6. 239)。

必要性に関するパネルの比較衡量についての上訴は、上記で退けられた根拠のみを理由としていることから、比較衡量についての上訴も退ける(6. 240)。

以上より、パナマは GATS 第 14 条に係るパネルの分析の誤りを証明していないと結論する(6. 241)。

(4) 金融サービスに関する附属書パラ 2(a)

パナマは、金融サービスに関する附属書についてどのような措置がパラ 2(a)の対象となりうるかについてのみ上訴しており、上級委員会はこの点のみを検討する(6. 246, 6. 251)。

パラ 2(a)は第 1 文も第 2 文も「措置(measures)」という文言を用いており、パラ 2(a)の対象となりうる措置を制限していないし、「この協定の他の [いかなる] 規定(any other provisions of the Agreement)」との文言を踏まえると、特定の規定をパラ 2(a)の対象から除外する解釈は認められない(6. 253-. 256)。パラ 2 の「国内規制」とのタイトルについて、同じタイトルの GATS 第 6 条が幅広い措置を対象としていることは、パラ 2 のタイトルも対象措置を制限するように解釈されるべきでないことを示唆している(6. 257-. 258)。以上の解釈は、GATS 第 28 条(a)の「措置」の定義とも整合的である(6. 259)。また GATS 前文第 3 文及び第 4 文に示される GATS の趣旨及び目的を踏まえても、国家の政策目的は様々な措置を通じて実現されると解釈すべきである(6. 260)。したがって、あらゆる措置がパラ 2(a)の対象となりうるとしたパネル認定に誤りはない(6. 262)。

またパナマは、パラ 2(a)が GATS 第 6 条の意味での「国内規制」に相当する措置のみを対象とするか否かをパネルが検討したのは誤りであったと主張している点について、パネルはパナマの主張に沿って分析を行ったのであり、パネルの分析に誤りはなかった(6. 263, 6. 267-. 271)。

V. 評釈

1. 本件の意義

本件では、金融サービス関連措置の GATS 適合性が問題となった。特に、金融サービスに関する附属書パラ 2 による正当化がパネルや上級委員会で検討されたのは、本件が初めてであった(後述 7 参照)。なお、金融サービス関連措置の GATS 適合性が問題となった案件として、ほかには *China - Payments Services* 事件がある。

本件措置に関して、パナマは当初非協力国として分類されていたが、本件手続の途中で協力国に再分類されている。なお、パナマにおける租税の透明性に係る問題については、

2016年4月のいわゆる「パナマ文書」の漏えいでも注目された。その後、パナマは初めての租税情報交換協定を日本と締結している(2016年8月25日署名、2017年3月12日発効)³。

本件パネル報告は、スペイン語版がオリジナルとなっている。複数個所で、スペイン語の標準を定めているレアル・アカデミア・エスパニョーラ(RAE)の文書を参照している。

パネリストはPierre Pettigrew氏(カナダ、議長)、Gonzalo de las Casas氏(ペルー、金融法弁護士)、Rodrigo Valenzuela氏(チリ)であり、議長以外は初めてのパネリスト任命である。

本件で上級委員会はパネルの違反認定のムートを宣告し、勧告を行っていない。しかし、このような上級委員会の検討方法には疑問もある(後述2参照)。

本件上級委員会手続では、Seung Wha Chang氏(韓国)が議長を務めた。本上級委員会報告は、米国がChang氏(韓国)の上級委員会委員再任を支持しない理由の一つとして挙げられていた(後述2参照)。

本件では上級委員会による違反認定が行われておらず、したがって勧告も行われていない。

2. 上級委員会の任務

周知のとおり、米国がSeung Wha Chang氏の上級委員会委員再任に反対し、再任にはコンセンサスが必要なため、Chang氏は上級委員会を去ることとなった。

米国がChang氏の再任に反対する理由として挙げていたのが、Chang氏がWTO協定に基づき加盟国によって求められた上級委員会の役割を尊重していないというものである⁴。米国はそのような判断に至った根拠として、4件の上級委員会報告を例示しているが、本件はそのうちの1件である⁵。本件について米国が問題としているのは、上級委員会が同種性の推定についてのパネル認定を取り消し、したがってパネルのGATS第2条1項違反認定や第17条に関する認定のムートを宣言したにもかかわらず、上訴されたその他の問題について検討を行った点である。

米国は本件報告を採択したDSB会合において、本件上級委員会報告の問題について以下のように発言している。

“…It followed that *if an issue on appeal was not necessary to resolve a particular dispute*, … then the *Appellate Body should decline to make law by resolving that unnecessary issue*. The DSU directed panels and the Appellate Body to make findings on those issues of law that were necessary to assist the DSB in helping resolve the

³ 財務省「パナマ共和国との租税情報交換協定が発効します」(2017年2月13日)、http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/press_release/20170213pa.htm; 日本経済新聞朝刊「租税情報協定が発効、パナマと、来月12日」(2017年2月14日)。

⁴ DSB Minutes of Meeting (23 May 2016), WT/DSB/M/379 (29 August 2016), para. 6.2.

⁵ 本件のほかに米国が例示しているのは、以下の通り。*India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products* (DS430); *United States – Countervailing Duty Measures on Certain Products from China* (DS437); *United States – Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China* (DS449)。

dispute. Indeed, while the United States may consider certain of the Appellate Body's statements in the remaining 46 pages of its Report correct in substance, those statements were unfortunately *not findings but more in the nature of obiter dicta*. …”

(脚注省略、強調は加筆)⁶

また、Chang 氏の再任に関連して、別の DSB 会合においては、米国は以下のように発言している。

“…Thus, more than two-thirds of the Appellate Body's analysis was comprised simply of advisory opinions on legal issues. The Appellate Body was not an academic body that may pursue issues simply because they were of interest to them or may be to certain Members in the abstract. Indeed, as the Appellate Body itself had said many years ago, *it was not the role of panels or the Appellate Body to "make law" outside of the context of resolving a dispute, in effect, to use an appeal as an occasion to write a treatise on a WTO agreement. But that was what the report had done in this appeal.*” (脚注省略、強調加筆)⁷

本件上級委員会報告（及びその他 3 件の上級委員会報告）の問題を特定の上級委員会委員の責任とすることの是非はともかくとして、本件上級委員会報告に対する米国の批判は妥当であろうか⁸。

まず、DSU 第 17 条 6 項は、「上級委員会への申立ては、小委員会の報告において対象とされた法的な問題及び小委員会が行った法的解釈に限定される」と定め、DSU 第 17 条 12 項は、「上級委員会は、その検討において、6 の規定に従って提起された問題を取り扱」わなければならないと定めている。これを踏まえれば、上級委員会は、上級委員会への上訴の中で提起された問題を検討する権限と義務を有すると言える。

また、上級委員会は、訴訟経済に照らし、紛争解決のためには必要ないと判断される場合には、提起された問題の検討を控える場合があるが、問題を検討しない裁量を有するとしても、紛争解決のために必要ではない問題を検討しない法的義務を負うとまでは言えないであろう⁹。

ただ同時に、DSU 第 3 条 4 項が、「紛争解決機関が行う勧告又は裁定は、…問題の満足すべき解決を図ることを目的とする」と定めていることなどを踏まえると、紛争解決のために必要でない問題について検討を行うことは適切とはいえず、実際これまでは、紛争解決のために必要な範囲で検討を行うというのが上級委員会のアプローチであった¹⁰。

⁶ DSB Minutes of Meeting (9 May 2016), WT/DSB/M/378 (20 June 2016), para.2.6.

⁷ DSB Minutes of Meeting (23 May 2016), WT/DSB/M/379 (29 August 2016), para.6.4.

⁸ 上級委員会の任務に関する最近の議論として、以下を参照。Robert Howse, *The World Trade Organization*, 27 EJIL 9 (2016); Afterword: Robert Howse and His Critics, 27 EJIL 1075 (2017).

20 Years On: *Global Governance by Judiciary*

⁹ この点米国も、検討を控える「べき(should)」と主張しているにとどまる。DSB Minutes of Meeting (9 May 2016), WT/DSB/M/378 (20 June 2016), para.2.6.

¹⁰ Appellate Body Report (25 April 1997), *United States - Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, at 19.

仮に本件で上級委員会が、同種性についてのパネル認定は破棄したが、紛争解決のためにはその他の点についても判断する必要がある、又は、その他の点についても判断するよう紛争当事国が求めているとの理由で、その他の点についての検討を行っていたのならば、特に問題はなかったであろう。しかし本件で上級委員会は、その他の点が GATS 規定の解釈に示唆を与えるものであることを理由に検討を行うと述べており、適切なアプローチではなかったように思われる。

なお、上級委員会委員の再任が 1 加盟国によって拒否される可能性があるというのは、委員の中立性や公平性を確保するという観点からは望ましくないであろう。今回のような問題を防ぐためには、委員の任期を 1 期に限定するのが最も有効ではないか¹¹。この点本来は、委員の再任を認めた DSU 第 17 条 2 項の改正が必要であるが、再任のための立候補をしないとの非公式の申し合わせを加盟国が行うことは考えられないであろうか¹²。

このほか本件上級委員会報告の異なる問題として、上級委員会は、同種性の推定を取り消したのち、同種性が推定されないとしても、他の指標に基づき同種と判断されうるかについての法的分析を完了していない（後述 3 参照）。この点については、DSB 会合でカナダが“surprised”と述べ、法的分析を完了できなかったのならばその理由を述べるのが望ましいと指摘している¹³。申立国のパナマが法的分析の完了を求めなかったのかもしれないが、カナダの指摘の通り釈然としない。仮に上級委員会が同種性について法的分析を完了し、同種性を認めていれば、米国が批判しているような「46 頁が傍論」というような事態にはならなかったはずである。このほかパナマが上訴していない点の検討を行っている箇所もあるなど、全体として本件上級委員会報告はちぐはぐな印象を受ける。

3. 同種性

上級委員会は、物品貿易同様、措置が原産国のみに基づいて区別をしている場合には、「同種性」が推定されると述べるとともに、サービス貿易は物品貿易より複雑な問題をはらんでいるため、「同種性」の推定を行える状況は限られていることに留意しなければならないと述べた。このような認定は妥当であろう。

上級委員会は、パネルが原産国「のみに」基づいた区別か否かを判断していないとして、同種性を推定したパネル認定を取り消した。パネルに寄り添って推測すれば、パネルは、「原産国」以外の「その他の要因」がないと判断したことで、原産国「のみに」基づいた区別であると暗に認定したと認識したのであり、パネル認定が誤りであったとは必ずしも言えないのではないかと。ただし、上級委員会の認定には、原産国「のみに」基づく区別であることを申立国が一応証明しなければならないという立証責任の分配に関する示唆が含ま

¹¹ これは、元上級委員会委員が DSB 議長に送った書簡で示唆されている点でもある。
<http://worldtradelaw.typepad.com/files/abletter.pdf>

¹² WTO 協定の手続によらない実質的な改正として、法的効果は認められない可能性が高いが、少なくとも政治的な了解としての効果はあるのではないかと。

¹³ DSB Minutes of Meeting (9 May 2016), WT/DSB/M/378 (20 June 2016), para. 2. 7.

れ¹⁴、パネルは立証責任の分配を誤ったということもできよう。いずれにせよ、本件は透明性を基準として国を分類したうえで、透明度の異なる国に異なる措置をとっているのであり、原産国「のみに」基づいた区別であったとは言えないであろう¹⁵。

上級委員会は上述の理由で同種性の推定についてのパネル認定を取り消したが、同種性が推定できないとしても、その他の指標の検討により同種性が認められるかどうかの検討を行っていない（上述2参照）。その他の指標に基づき検討した場合、本件においては同種性が認められたであろうか。

この点同種性が推定されない場合の判断指標として、上級委員会は、サービス及びサービス提供者の競争関係を考慮すべきこと、GATTにおける同種性についての4つの指標が（サービス貿易に合わせて調整が必要となるとしても）参考になることなどを認めている¹⁶。こうした指標に沿って検討すれば、本件で問題となっているサービスやサービス提供者には十分な競争関係があり、同種性があると認められたのではないだろうか。

4. 不利でない待遇

本件パネルは、異なる扱いが競争条件を不利に変えていることに加えて、アルゼンチンが外国サービス提供者の租税に関する情報にアクセスしうるかも考慮して、GATT第2条1項及び第17条適合性を検討している。競争条件のみならず、規制目的を考慮しているという点で、TBT協定第2条1項に近い分析方法である。これは、GATS前文で「国家の政策目的」とのバランスが強調されていることを踏まえた解釈であったと考えられるが、だからと言ってGATSとTBT協定の相違を十分検討することなく、またTBT協定と異なりGATSには例外規定があるにもかかわらず、TBT協定第2条1項の分析手法を準用したことは適切とは言えず、上級委員会がこの点についてのパネル認定を取り消したことは妥当であった。

他方で、上級委員会の解釈及び適用にも疑問がないわけではない。とりわけGATS第17条3項について、同規定の「国内のサービス及びサービス提供者に有利となる競争条件の修正」が、「措置が他の加盟国のサービス及びサービス提供者に不利になるように競争条件を変えているか」の検討を求めているとの上級委員会の解釈は妥当であろうか。これまでのパネル・上級委員会報告を踏まえると、「措置が他の加盟国のサービス及びサービス提供者に不利になるように競争条件を変えている」場合には、そのような措置は「不利でない待遇」を与えていないと判断される。換言すれば、本件のGATS第17条3項に関する上級委員会の解釈によれば、3項は1項を繰り返したのみで、3項自体の意味はないということになってしまう。

¹⁴ 上級委員会による立証責任の分配によれば、まずは申立国が原産国「のみに」基づく区別であることを一応立証することが求められ、そのような立証が行われたのちに、被申立国が原産国以外の「その他の要因」があることを証明することで反証することが求められよう。

¹⁵ 外国籍であること、又は特定の国籍であること自体を理由とした区別である場合に、同種性が推定されうる。Panel Report (12 August 2009), *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R, paras. 7.975-.976.

¹⁶ GATSにおける同種性については以下も参照。Panel Report (16 July 2012), *China - Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, paras. 7.698-.709.

では3項をどのような意味に解すべきであろうか。これについて、上級委員会は、「有利となる (in favour of)」を国内のサービス及びサービス提供者と外国のサービス及びサービス提供者との元々の競争条件を変えて前者を有利にすると解し、上述のような解釈を導き出している。しかし、「有利となる」を、国内のサービス及びサービス提供者が外国のサービス及びサービス提供者よりも有利となるような競争条件を作り出す、すなわち「レベル・プレイング・フィールド」ではない、国内のサービス及びサービス提供者に有利なアンレベルなプレイング・フィールドを作り出すことと解することはできないだろうか。このような解釈によれば、国内のサービス及びサービス提供者と外国のサービス及びサービス提供者との元々の競争条件を変える措置であっても、そのような措置が「レベル・プレイング・フィールド」を作り出すものであるならば GATS 第 17 条違反とならないし、逆に、国内のサービス及びサービス提供者と外国のサービス及びサービス提供者との元々の競争条件を変えない措置であっても、国内のサービス及びサービス提供者に有利なアンレベルなプレイング・フィールドを帰結しているならば、不利な待遇とみなされる。このような解釈は、GATS 第 17 条 1 項注とも整合性があるように思われる。というのも、当該注が定める「固有の競争上の不利益 (inherent competitive disadvantages)」¹⁷は、外国のサービス又はサービス提供者がその外国性がゆえに¹⁸アンレベルなプレイング・フィールドを強いられる場合があることを前提に、だからと言ってそのようなプレイング・フィールドをレベルにすることは求められないことを確認している。GATS 第 17 条 3 項で国内のサービス及びサービス提供者に有利なアンレベルなプレイング・フィールドを作り出すことを禁止しているからこそ、GATS 第 17 条 1 項注で外国性がゆえに存在する外国のサービス及びサービス提供者に対するアンレベルなプレイング・フィールドを修正する必要がないことを確認する必要があったのではないだろうか。「レベル・プレイング・フィールド」という用語を用いることの是非はともかくとして、このような解釈は本件パネルの第 17 条の解釈に近い。

上記の解釈に基づき本件措置の GATS 第 17 条適合性を検討すると、アルゼンチンの措置は、透明性に関してアルゼンチンや協力国のサービス及びサービス提供者と非協力国のサービス及びサービス提供者との間に「レベル・プレイング・フィールド」を作り出そうとするもので、GATS 第 17 条違反ではないと判断される余地があるのではないかと。

「レベル・プレイング・フィールド」と関連付けた上記の解釈は、従来の WTO 協定の解釈とは相容れないと言わざるを得ない。しかし、WTO 協定上の無差別概念が、金融法や租税法上の公平概念と異なるということを踏まえれば、物品貿易の文脈で発展してきた内国民待遇原則についてのジュリスプルーデンスを金融サービスにおける内国民待遇義務に用いることの妥当性を精査する必要があるのではないかと。物品貿易と異なり、国産サービスと外国サービスとの無差別待遇のみならず、国内のサービス提供者と外国のサービス提供

¹⁷ 公定訳は、「競争上の固有の不利益」だが、これでは何について「固有」なのかが不明確になる恐れがある。

¹⁸ 「外国性がゆえに」というのが何を意味するのかという問題もある。

者との無差別待遇を定めていることから、国内において事業者が公平に競争する「レベル・プレイング・フィールド」の実現を図る規制が許容される余地があるように思われる。

なお、上記の GATS 第 17 条 3 項解釈によって（競争条件を変えるが）違反ではないとされる措置は、GATS 第 14 条 (c) や (d) によって例外とされうる措置と部分的に重複することも考えられるが、完全に重複するわけではない。また、GATS 第 14 条によって何が例外として正当化されうるかは、GATS 第 17 条の解釈の文脈として考慮すべきであるが、GATS 第 17 条の用語の通常の意味も当然考慮しなければならない。上記の解釈は、措置の規制目的を考慮しつつ内国民待遇義務違反を検討するよう求めるという意味で、結果的には TBT 協定第 2 条 1 項の分析アプローチに近い。ただし、GATS 第 17 条の文脈で規制目的を考慮しなければならない理由は、TBT 協定第 2 条 1 項の文脈で規制目的を考慮しなければならない理由とは異なる。このほか、「レベル・プレイング・フィールド」の考慮は、GATS 第 2 条 1 項の最恵国待遇義務の文脈では求められないと解される。というのも、国内において（すなわち内国民待遇義務が問題となる文脈において）求められる規制の公平性は、外国事業者間において（すなわち最恵国待遇義務が問題となる文脈において）は通常求められない。また GATS 第 2 条には GATS 第 17 条 3 項に相当する文言がない。

上記と別の問題として、上級委員会が、同種性に関する認定を行っていないにもかかわらず、「仮に同種性を適切に認定していたら GATS 第 2 条 1 項違反と第 17 条 1 項違反が認定されていたであろう」と述べたことは、完全な蛇足であり、不適切であろう（上述 2 参照）。

5. GATS 第 14 条 (c)

GATS 第 14 条 (c) の分析手法について、パネルが *US - Gambling* 事件上級委員会報告と同様に、*Korea - Various Measures on Beef* 事件パネル報告で示された GATT 第 20 条 (d) に関する法的基準を踏まえて分析を行ったのは妥当である。しかしパネルは、実際には必ずしも *Korea - Various Measures on Beef* 事件パネル報告で示された法的基準に沿わずに検討を行っており、法的基準の適用については妥当とは言い難い。パネル報告の問題については、上級委員会によっても指摘されている。とはいえ、(c) に定められる「必要な」措置ではあるが柱書要件を満たしておらずしたがって GATS 第 14 条 (c) によって正当化されないとしたパネルの結論自体は誤りとは言えないであろう。

本件では、GATS 第 2 条 1 項違反に関するパネル認定がムートとされたので、GATS 第 14 条 (c) に関する認定は（米国の言葉を借りれば）傍論 (*obiter dicta*) に過ぎないが、潜在的には *US - Gambling* 事件でも問題となった勧告履行に係る問題を提起している。すなわち、本件措置が GATS 第 14 条柱書要件を満たさなかった主な理由は、アルゼンチンが、租税条約や情報交換協定を締結した国のみならず、交渉を始めただけの国についても協力国と分類しているなどの恣意性にある。確かに情報収集という措置の目的に照らせば、交渉を始めただけでまだ情報を得られない国を協力国と分類することには問題がある。他方でサー

ビス貿易の自由化という観点からすれば、交渉を始めた段階で協力国と分類することで貿易制限効果を抑制することは、むしろ好ましいとも評価されうる。しかし、GATS 第 14 条柱書の要件を満たすためには、交渉を始めただけの国については非協力国と分類する、より貿易制限効果が高い措置をとることを求められる可能性がある。

6. GATS 第 16 条 2 項(a)

GATS 第 16 条 2 項(a)に関する本件パネルの検討方法には疑問がある。というのも本件パネルは、措置 5 が GATS 第 16 条 2 項(a)の「対象」に含まれるかという問題と、措置 5 が GATS 第 16 条 2 項(a)の「制限」に該当するかとの問題を分けて検討すると述べながら、「対象」に関する結論を GATS 第 16 条 2 項(a)の「制限」が間接的な制限を含まないとの解釈を踏まえて導き出している（すなわちパネルは自ら行った区別を無視している）。パネルが行った分析は、むしろ、「制限」の解釈及び適用に関する問題として行うべきであった。

また、本件パネルの「制限」の解釈も妥当性を欠く。すなわち本件パネルは、GATS 第 16 条 2 項が「明白、明確、正確に」列挙されている制限のみを対象とすると述べているが、そのような制限的解釈は条約法条約に沿った解釈とは言えない。また、GATT について事実上の差別措置や数量制限措置が第 3 条や第 11 条の違反を構成しうるところ、GATS の「制限」から間接的に制限する措置を除外することにも疑問がある。この点パネルは、GATS の前文が「透明性及び漸進的な自由化」や「国家の政策目的を実現するため…規制を行い又は新たな規制を導入する権利を有すること」を強調している点を根拠としているが、同様の配慮は GATT においても求められる。このほかパネルは、(b)、(c)、(d)号との関係で条約解釈に関する実効性原則に依拠しているが、(a)号の「制限」が間接的制限を含むと解しても(b)、(c)、(d)号の意味が失われるとは必ずしも言えない（たとえば本件は個別リスクの最低水準に関する要件であるが、「制限」が間接的制限を含むと解した場合、個別リスクの水準が高く設定されれば、事業の総数が減るのみならず、参入障壁が高まることによって間接的にサービス提供者の数も減り、したがって(c)号の「制限」でもあり(a)号の「制限」でもあることになる。しかし個別リスクの水準が低く設定されれば、事業の総数は減っても参入障壁が低いいためサービス提供者数は減らず、したがって(c)号の制限ではあるが(a)号の制限ではないということになる。要は、間接的制限を含むと解しても、(a)号と(b)、(c)、(d)号が完全に重なるわけではない。また部分的に重なるような解釈が実効性原則によって排除されるとは考えられない)。また「の形(in the form)」という GATS 第 16 条 2 項(a)の文言は本規定の対象を特定のタイプの措置に限定するものではないとの *US - Gambling* 事件上級委員会報告における解釈¹⁹との適合性も疑われる。

¹⁹ Appellate Body Report (7 April 2005), *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, para. 236.

7. 信用秩序維持例外

本件では、金融サービスに関する附属書パラ 2(a)の例外の対象となる措置の範囲が争点の一つとなった。上級委員会は、あらゆる措置がパラ 2(a)の対象となりうることは明らかにしたが、どのような場合にパラ 2(a)によって例外として正当化されるかについては検討しなかった。

この点パネルは、パラ 2(a)によって例外として正当化するためには、(i)対象措置が金融サービスの提供に影響を及ぼす措置であること、(ii)対象措置が信用秩序の維持のためにとられた措置であること（第1文）、(iii)対象措置がGATSに基づく約束又は義務を回避するための手段として用いられていないこと（第2文）の3点を証明しなければならないと認定した。(i)についてのパネルの検討は問題ないと考えられるが、(ii)と(iii)のパネルの解釈及び適用は妥当であったらうか。

まず(ii)について、パネルが信用秩序維持の理由について「発展的な性格」を有すると認めたこと、柔軟な解釈が必要であると指摘したことは、信用秩序維持のための措置について加盟国に十分な裁量を認める必要があるという観点から、評価できる²⁰。他方で、措置と信用秩序維持の理由「のための(for)」措置かについての解釈には疑問がある。そもそも、理由と措置との関係を「原因と効果(cause and effect)」の関係としたのは妥当ではない²¹。因果関係が問われているわけではないのだから、「手段と目的(ends and means)」の関係と位置付けるべきであった。また、GATT第20条の「必要な」措置や「関する」措置よりも柔軟な解釈が必要とされることを認識しながら²²、措置の「適切さ」も考慮しなければならないとしたことで、実際には「必要な」措置や「関する」措置よりも制限的な解釈及び適用を行っている。このことは、本件におけるパネルの第14条(c)の検討と比較しても明らかである。本件措置は、適用のあり方に問題があるとしても、信用秩序維持を理由として導入され、また実際に部分的には信用秩序維持に貢献していることから、パラ 2(a)第1文の措置に該当すると判断できたようにも思われる。

次に(ii)と(iii)の関係について、パネルは明確な検討を行っていない。これについてWorldTradeLaw.net DSCは、パラ 2(a)の第1文（すなわち(ii)）がGATT第20条のサブパラに、パラ 2(a)第2文（すなわち(iii)）がGATT第20条の柱書にある程度対応していると指摘したうえで、パネルは第2文で検討すべきことを第1文で検討していると暗に批判している²³。確かに、第2文は、信用秩序維持のための措置であっても、「GATSに基づく約束又は義務を回避するための手段としては用いてはならない」と定めることで、第1文の例外の濫用を防止していると解され、GATT第20条（GATS第14条）サブパラの濫用防止を目

²⁰ マクロブルーデンス政策がパラ 2(a)の対象となるかという議論があるが、本パネルの解釈を踏まえれば、マクロブルーデンス政策がパラ 2(a)の対象から一律に排除されるということは考えにくい。Andrew Cornford, Coverage of prudential measures in the GATS: some conclusions of a WTO Appellate Body (2016), http://unctad.org/meetings/en/Presentation/clmem4_2016_p206_Paper_A%20Cornford_en.pdf.

²¹ ただこれは、スペイン語におけるニュアンスの違いによるかもしれない。

²² このこと自体は妥当な解釈と言える。

²³ Dispute Settlement Commentary (DSC), Panel Report, Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services (WT/DS453/R), at 46-47.

的とする GATT 第 20 条 (GATS 第 14 条) 柱書と同様の意義を有すると言える。

第 2 文が GATT 第 20 条 (GATS 第 14 条) 柱書と同様の意義を有するとしても、第 2 文と GATT 第 20 条 (GATS 第 14 条) 柱書の文言の相違を軽視すべきではない。第 2 文についてパネルは検討を行っていないが、用語の通常の意味からすれば、GATT 第 20 条 (GATS 第 14 条) 柱書と異なり、意図的に GATS の約束や義務を回避しようとする措置のみを排除しているように解される。すなわち、GATT 第 20 条 (GATS 第 14 条) 柱書が結果的に恣意的な差別を帰結している「恣意的な差別となる適用」を濫用として排除している一方で、パラ 2(a) 第 2 文は GATS に反する差別を行うことを意図する措置のみを排除していると解される。このような解釈に基づけば、パラ 2(a) は、信用秩序維持を理由とした措置について、GATS 第 14 条よりも柔軟に例外として認めているということになる。たとえば本件措置は、結果として恣意的な差別を帰結しているとしても、GATS に基づく約束又は義務を回避することを意図しているとまでは言えず、パラ 2(a) の例外として正当化される余地がある。

むしろ、文脈や趣旨及び目的などを考慮し、第 1 文をパネルのように制限的に解釈することや、第 2 文を GATT 第 20 条 (GATS 第 14 条) 柱書と同様に広く解釈することも、考えられないわけではない。