



国際経済法における国有企業の定義

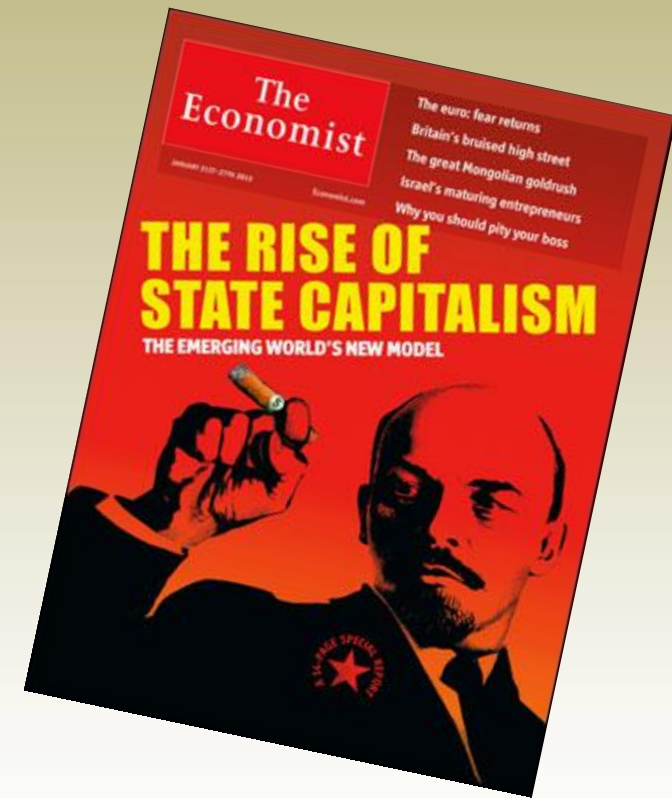
－「支配」概念を中心に－

川瀬剛志(上智大学)

報告概要

- I. 問題の所在
- II. 規制目的とSOEの定義
- III. 所有に基づく定義とその限界
- IV. 支配重視の定義
- V. 政府権限の付与は必要か
 - *US – AD and CVD (China)*
(DS379)の示唆—

- I. 国際投資法の機能的アプローチ
- II. 結論





I.

問題の所在

I. 問題の所在

Forbs Global 2000

THE LIST 2018



#1 ICBC



#2 China
Construction Bank

JPMORGAN
CHASE & CO.

#3 JPMorgan Chase

BERKSHIRE HATHAWAY INC.

#4 Berkshire
Hathaway



#5 Agricultural Bank
of China



#6 Bank of America



#7 Wells Fargo



#8 Apple



#9 Bank of China


中国平安 PINGAN

#10 Ping An
Insurance Group



II.

規制目的とSOEの定義



II. 規制目的とSOEの定義

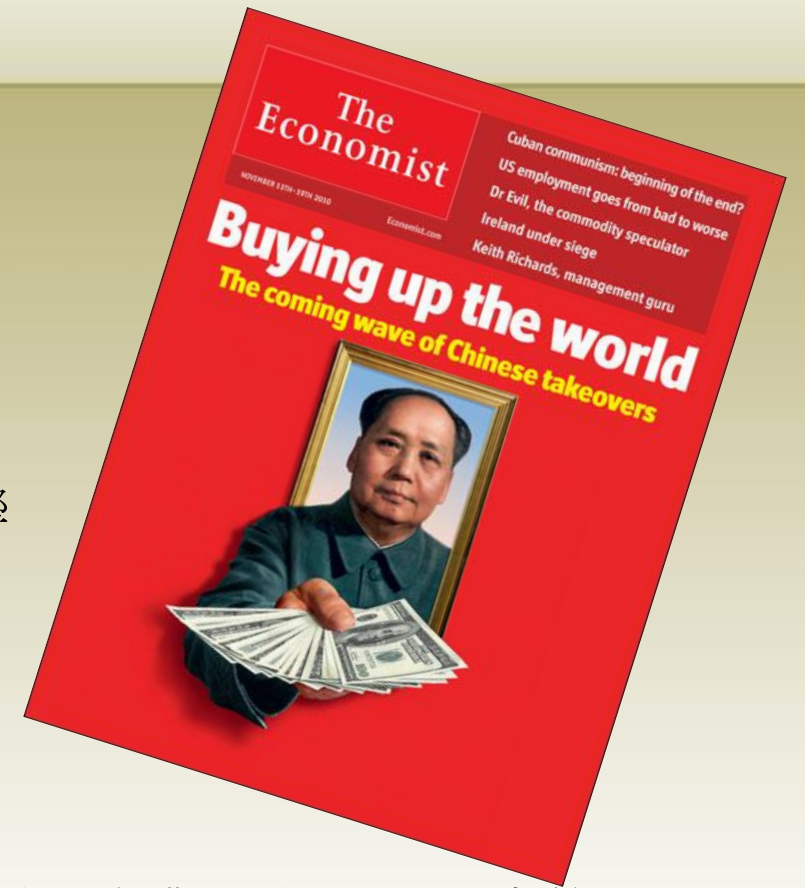
- 競争中立性(competitive neutrality): 豪州生産性委員会の競争法改革(90s初頭～2000s中盤)の文脈で提唱

“a drive to ensure that, in situations where public enterprise and private enterprise compete (or could potentially compete) in relation to the provision of goods and services in a market, that both the public entities and the private entities are essentially subject to the same external environment, where this is in the public interest”

- 支援策のバリエーション: コスト減による競争優位を付与
 - 補助金、独占権の付与、政府金融・政府保証での優遇、税制優遇、政府所有による緩慢なCG・非効率な操業、規制上の優遇、破産の免除

II. 規制目的とSOEの定義

- SOE規律の必要性: 主にRTAによるルール形成
 - SOEのグローバル展開による問題の国際化
 - >>> 国家支援による競争歪曲が国際貿易・投資に影響
 - 定義論は最初に突き当たる課題
- SOEの定義と規制目的
 - 規制目的＝国際市場における競争条件の公平性確保
 - ∴ 私企業が通常従事しない経済的不合理・反競争的を行う企業を捕捉できる定義、そのような行為を懲罰・強制する政府介入を勘案





III.

所有に基づく定義とその限界



III. 所有に基づく定義とその限界

- 原則: 政府による持分・投票権の過半数か過半数役員指名権

- OECD 2015 SOE Guideline

“enterprises that are under the control of the state, either by the state being the ultimate beneficiary owner of the majority of voting shares or otherwise exercising an equivalent degree of control.”

- CPTPP17.1条

[a] state-owned enterprise means an enterprise that is principally engaged in commercial activities in which a Party:

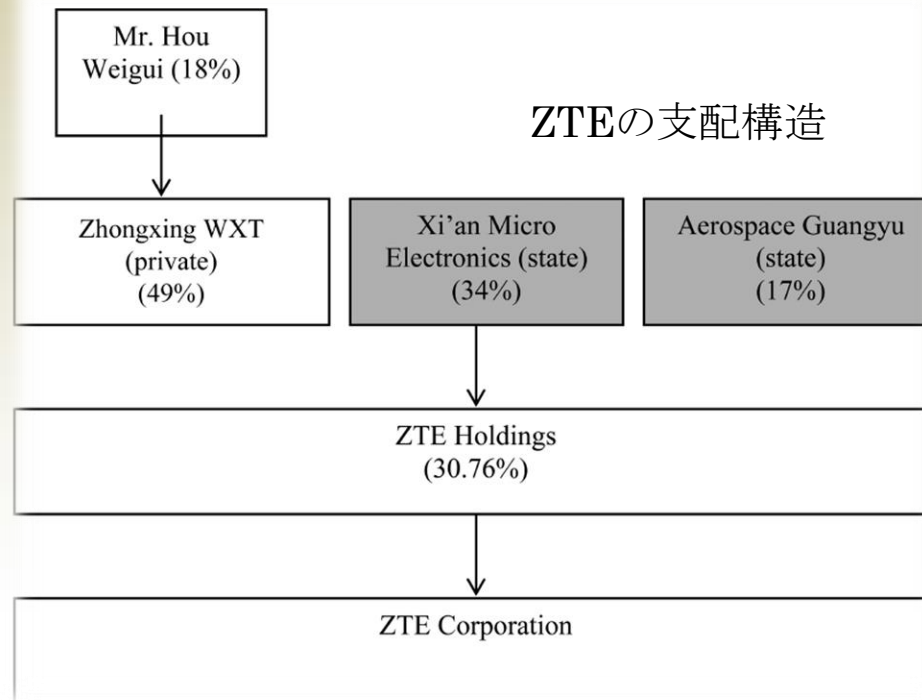
(a) directly owns more than 50 per cent of the share capital;

(b) controls, through ownership interests, the exercise of more than 50 per cent of the voting rights; or

(c) holds the power to appoint a majority of members of the board of directors or any other equivalent management body.

III. 所有に基づく定義とその限界

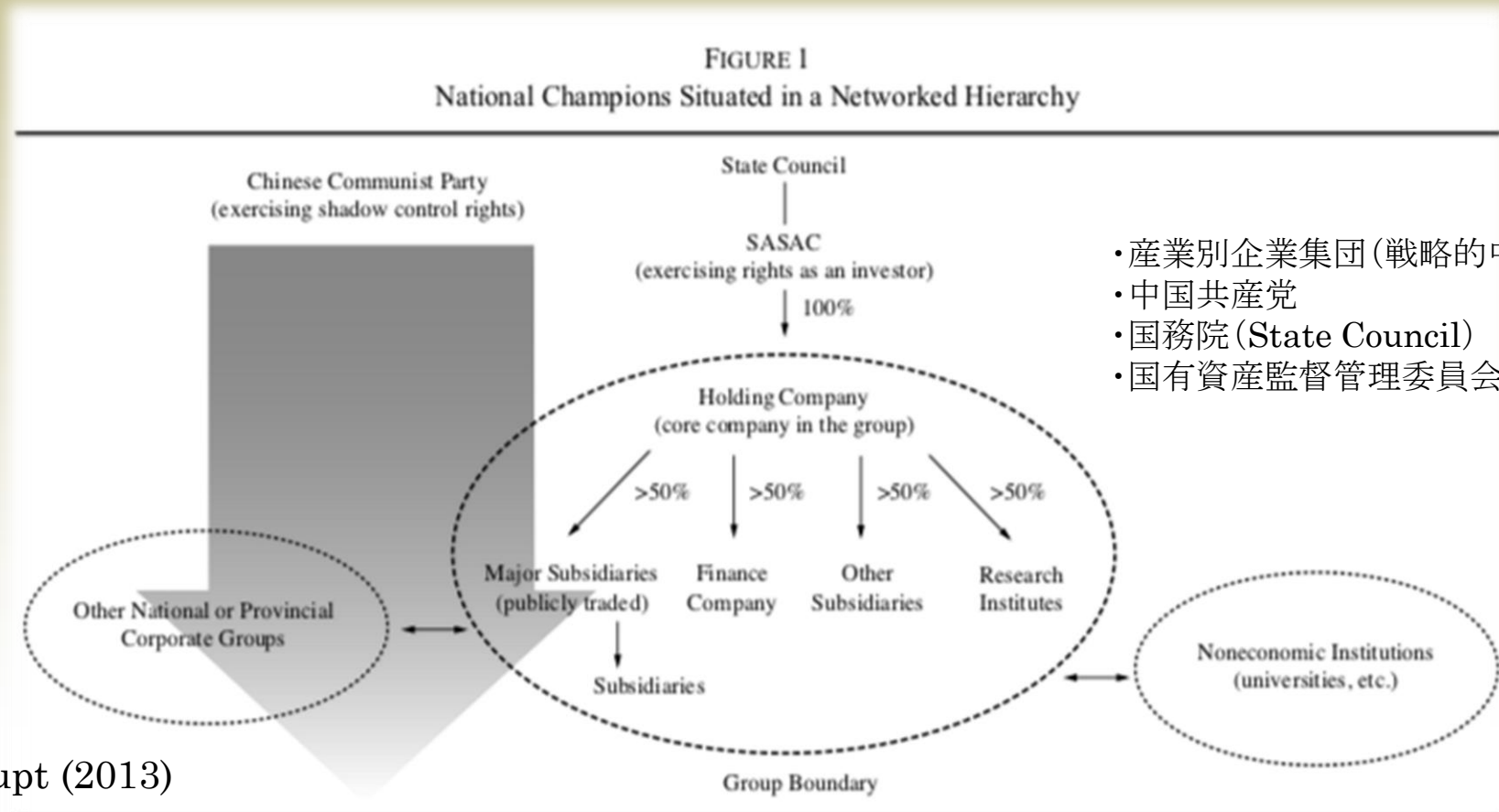
- 中国の*state-controlled enterprises*
 - 必ずしも所有と国有は連動せず、支配による国有もある
 - 中国平安保険 (Ping An) : 多数の小規模株主に分散、ごく少数の政府持分だが「国有」
 - 中国通説 (ZTE) : 政府の直接持分はゼロ >>> 間接支配 (ZTE親会社の相当数株式を完全国有企業が所有)



出典: Milhaupt & Zheng (2016)

III. 所有に基づく定義とその限界

- Networked hierarchy: 党・国家体制の各署に関係を有する企業集団の水平統合



- 産業別企業集団 (戦略的中核企業50社)
- 中国共産党
- 国務院 (State Council)
- 国有資産監督管理委員会 (SASAC)

出典: Lin & Milhaupt (2013)



III. 所有に基づく定義とその限界

- Networked hierarchyによるSOEの管理
 - 西欧的なCGの手法と異なり、株式保有(所有)による権利行使が前提ではない
 - 人事権の行使: 政府、および党の影響を受けたSASACによりSOE幹部の任命や報酬決定
 - SOEトップの党主要機関(ex. 全人代、中共党大会メンバー)とSOE幹部の併任
 - 企業内党細胞による意思伝達
 - 非法的(extralegal)手段: 事業者団体、私企業幹部と党幹部の面談、国家主導の規制枠組みへの参加強要など



III. 所有に基づく定義とその限界

- 籠絡 (“Capture”)

- 民間企業も官庁派生SOEと競争するため、政府優遇を獲得する努力 >>> 賄賂やコネを用いて政府高官の関心(歓心)に沿う
- 潜在的成長も「籠絡」手段のひとつ >>> 高成長率の維持は高級官僚の至上命題(ex. ファーウェイ)
- 企業の公私の区分は曖昧に >>> 規制対象のSOE=国有、ではない

- 公共性と効率性

- 豪州の経験: 所有の公私は企業の効率性・パフォーマンスとも無関係 >>> 市場の競争性や規制環境が重要
- SOEの正当な社会経済的役割(ex. 自然独占の管理、正の外部性、)は維持しつつSOEの経済不合理を是正するSOEルール^①の目的にも所有ベースの定義は不適合



IV.

支配重視の定義



IV. 支配重視の定義

- OECD 2015 SOE ガイドライン
 - 少数株主たる政府の支配を認識 (ex. 法令、定款、黄金株)
- 米星FTA12.8条
 - 政府企業 (government enterprises) とは政府の実効的影響力 (effective influence) 下にある企業 >>> 間接所有を含む投票権20%で実効的支配の反証可能な推定

(a) own more than 50 percent of the voting rights of an entity; or
(b) have the ability to exercise **substantial influence** over the composition of the board of directors or any other managing body of an entity, to determine the outcome of decisions on the strategic, financial, or operating policies or plans of an entity, or otherwise to exercise substantial influence over the management or operation of an entity. Where the government and its government enterprises, alone or in combination, own 50 percent or less, but **more than 20 percent**, of the voting securities of the entity and own the largest block of voting rights of such entity, there is **a rebuttable presumption** that effective influence exists.



IV. 支配重視の定義

- USMCA22.1条
 - 間接所有・少数株式による支配も含む

[a] state-owned enterprise means an enterprise that is principally engaged in commercial activities, and in which a Party:

- (a) **directly or indirectly**⁷ owns more than 50 percent of the share capital;
- (b) controls, through **direct or indirect** ownership interests, the exercise of more than 50 percent of the voting rights;
- (c) holds the power to control the enterprise **through any other ownership interest, including indirect or minority ownership**;⁸ or
- (d) holds the power to appoint a majority of members of the board of directors or any other equivalent management body.



IV. 支配重視の定義

- USMCA22.1条(続き)

7 For the purposes of this definition, the term “indirectly” refers to situations in which a Party holds an ownership interest in an enterprise through one or more state enterprises of that Party. At each level of the ownership chain, the state enterprise – either alone or in combination with other state enterprises – must own, or control through ownership interests, another enterprise.

8 For the purposes of this subparagraph, a Party holds the power to control the enterprise if, through an ownership interest, it can determine or direct important matters affecting the enterprise, excluding minority shareholder protections. In determining whether a Party has this power, all relevant legal and factual elements shall be taken into account on a case-by-case basis. Those elements may include the power to determine or direct commercial operations, including major expenditures or investments; issuances of equity or significant debt offerings; or the restructuring, merger, or dissolution of the enterprise.



IV. 支配重視の定義

- 日 EUFTA13.1条(h)

- 法令・規則による企業に対する政府支配 >>> 所有は不要

(h) “state-owned enterprise” means an enterprise that is engaged in commercial activities in which a Party:

(i) directly owns more than 50 per cent of the share capital;

(ii) controls, directly or indirectly through ownership interests, the exercise of more than 50 per cent of the voting rights;

(iii) holds the power to appoint a majority of members of the board of directors or any other equivalent management body; or

(iv) has the power to legally direct the actions of the enterprise or otherwise exercises an equivalent degree of control in accordance with its laws and regulations.



IV. 支配重視の定義

- EU越FTA11.1(g)

- 戦略的決定に対する政府支配 >>> 所有ばかりか法的権限も要求せず、つまり非公式・事実上の支配でも可

(g) “state-owned enterprise” means an enterprise, including any subsidiary, in which a Party, directly or indirectly:

- (i) owns more than 50 per cent of the enterprise’s subscribed capital or controls more than 50 per cent of the votes attached to the shares issued by the enterprise;
- (ii) can appoint more than half of the members of the enterprise’s board of directors or an equivalent body; or
- (iii) **can exercise control over the strategic decisions of the enterprise.**



IV. 支配重視の定義

- 事実上の支配はどう決定？
 - “all relevant legal and factual elements” (USMCA 脚注 8) >>> 支配の存在の推定を裏付ける問題の企業を取り巻く関連事実の包括的検討
- 参考: 委託・指示 (SCM 協定1.1条(a)(1)(iv)) の分析枠組
 - 企業に対して経済的不合理的な政策目標 (ex. 破綻企業の救済) の遂行を目的とした国による支配行使の好例
 - ケース: *US – DRAMS CVD* (DS); *EC – DRAMS CVD* (Panel)
 - 特定の決定的証拠でなく、証拠が総体として委託・指示を指し示すか
 - 考慮要素: 政府所有、役員指名権、資金的貢献の商業的合理性、受益企業救済の政府方針 etc.



V.

政府権限の付与は必要か

— *US – AD AND CVD (CHINA) (DS379)*の示唆—



V. 政府権限の付与は必要か

- *US – AD and CVD (China)* (DS379) 上級委員会:
 - Q. SCM 協定1.1条(a)(1)「公的機関」たる条件は何か？政府所有・支配の事実だけで国有企業はこれに含まれるか？

1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:

(a)(1) there is a financial contribution by **a government or any public body** within the territory of a Member (**referred to in this Agreement as “government”**), i.e. where:
[...]

(iv) a government makes payments to a funding mechanism, or **entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above** which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments;



V. 政府権限の付与は必要か

- A. 「公的機関」たる条件として政府権限の付与が必要 >>> 単に政府所有・支配だけでは不十分
- 判断理由
 - ① 1.1条(a)(1)における狭義の「政府」と「公的機関」の並列 >>> 双方が政府権限を行使できる点で共通の性質を具有
 - ② 「公的機関」も民間企業に委託・指示(同(iv)) >>> 「公的機関」にも政府権限があるはず
 - ③ 広すぎる「公的機関」の解釈は同(iv)を無効化
 - ④ 国家責任条文草案5条との共通性(*cf.* VCLT 31条(3)(c))

第5条 政府権限を行使する個人又は構成体の行為

前条の国家機関ではないが、国内法により政府権限を行使する資格が与えられる個人や構成体の行為は、特定の事例において、個人や構成体が法的資格を有して行動していることが規定された国際法上、国家の行為と考えられる。

V. 政府権限の付与は必要か



- DS379のSOE定義論へ示唆:極めて限定的
 - 問題設定が異なる
 - DS379:政府の一部である公的機関には政府権限は必要か？
 - 定義論:SOEとは本質的に政府権限を要するか？
 - DS379は多分にSCM協定の文言から導かれる判断 >>> 必ずしも他協定には該当せず



V. 政府権限の付与は必要か

- CPTPP17章

- 政府とSOEは一体ではない
 - 規制主体→客体(17.4条1項)

Article 17.4: Non-discriminatory Treatment and Commercial Considerations

1. Each Party shall ensure that each of its state-owned enterprises, when engaging in commercial activities:
 - (a) acts in accordance with commercial considerations in its purchase or sale of a good or service....

- 補助金の交付者→受領者(17.6条)

Article 17.6: Non-commercial Assistance

1. No Party shall cause¹⁷ adverse effects to the interests of another Party through the use of non-commercial assistance that it provides, either directly or indirectly¹⁸, to any of its state-owned enterprises ...



V. 政府権限の付与は必要か

- 政府の民間企業への委託・指示については規定するも(17.6条1項)、SOEによる他のSOEまたは民間企業に対する委託・指示について規定せず(17.6条2項) >>> 政府権限のない企業もSOEに含めても、当該委託・指示規定を無効化しない

Article 17.6: Non-commercial Assistance

1. No Party shall cause¹⁷ adverse effects to the interests of another Party through the use of non-commercial assistance that it provides, **either directly or indirectly¹⁸**, to any of its state-owned enterprises ...
2. Each Party shall ensure that its state enterprises and state-owned enterprises do not cause adverse effects to the interests of another Party through the use of non- commercial assistance that the state enterprise or state-owned enterprise provides to any of its state-owned enterprises ...

18 For greater certainty, **indirect provision includes the situation in which a Party entrusts or directs an enterprise that is not a state-owned enterprise** to provide non-commercial assistance.



- SOEによる委託・指示予定せず(17.6条2項) >>> SOEが政府権限を持つ可能性はあっても(17.3条)、必要条件ではない

Article 17.3: Delegated Authority

Each Party shall ensure that when its state-owned enterprises, state enterprises and designated monopolies exercise any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has directed or delegated to such entities to carry out, those entities act in a manner that is not inconsistent with that Party's obligations under this Agreement.

- DS379の意義
 - SOEに対する政府の「有意な支配(meaningful control)」に証拠として重要性 >>> 後の事案も政府支配を重視(*Canada – Renewable Energy* (DS412, DS426); *US – Certain Products (China)* (DS437); *US – Pipe and Tube (Turkey)* (DS523))
 - 政府権限の付与は政府の実効支配の証左(反証可能な推定): 上級委員会も支配が政府権限付与の証左と述べているが、逆も真なり



VI.

国際投資法の機能的アプローチ



VI. 国際投資法の機能的アプローチ

- ISDSにおけるSOEの地位: 紛争提起の適格を有する投資家か、それともBIT当事国か(ICSID条約25条)

Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between **a Contracting State** (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) **and a national of another Contracting State**, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.



VI. 国際投資法の機能的アプローチ

- *CSOB v. Slovak* (Jurisdiction, 1999)

- チェコの国有銀行の人的管轄権を審理
- Broches test: 政府の代理 (agent) として行動するか、あるいは政府権限を行使するか
 - 構造的側面 (所有、支配) よりも活動 (activities) を重視
 - 活動の目的よりも性質を重視
 - 当該企業の一般的活動と共に個別事件で問題となる具体的活動を検討



- *Maffezini v. Spain* (Jurisdiction, 2000; Award, 2000)

- 州開発公社の行為のスペインへの帰属を検討
- 管轄段階での2段階のテストで公社自体 (行為ではない) の帰属を検討
 - 構造テスト: 問題の組織に対する政府の所有や支配を検討 >>> 肯定的認定なら当該組織がホスト国の一部である反証可能な推定
 - 機能テスト: Broches テストに言及、当該組織の一般的な機能・役割を検討 >>> 本件における特定の行動については本案で審理





VI. 国際投資法の機能的アプローチ



- *CSOB v. Slovak*とは対照的
 - *CSOB*はほとんど構造面を斟酌しないのに対して*Maffezini*は重視 >>> 構造テストの結果に反証可能な推定を与える
 - 機能テストは構造テストを補完する目的で副次的に適用
- *Rumeli Telekom v. Kazakhstan* (Award, 2008)
 - 個別案件に関連する特定の行為・機能の性質のみ検討 >>> 構造的側面はもとより、一般的機能もほぼ無視

“212. ...[I]t was decided **the sole determining factor is the nature of the activities of the relevant entity**.... Furthermore, the CSOB tribunal went even further and reasoned that the standing of a state-owned entity under Article 25 of the ICSID Convention should be reviewed not on the basis of the acts and function of the state-owned entity in general, **but rather on the basis of its acts and function in connection with the actual dispute under review.**” (emphasis added)

- *BUCG v. Yemen* (Jurisdiction, 2017)もこれを踏襲

VI. 国際投資法の機能的アプローチ

- SOEルールへの示唆

- 企業の機能的側面(行為や役割)から政府の支配が明らかになり得る
 - 商業的・経済的に不合理だが政府方針には符合する行動は政府支配の証左
- 企業の構造的側面の重要性を再確認
 - Maffezini仲裁廷は組織の性質決定を行う管轄権判断で構造テストを重視、個別行為の性質は当該行為の帰属を検討する本案で検討 >>> SOE定義は前者の作業





VII.

結論



VII. 結論

- 政府所有による定義は不十分
 - 実態に即さず、範囲が狭く、競争中立性確保の目的に資さない
- 政府支配重視の定義が重要
 - 支配は法的なものだけでなく事実上の支配も >>> 委託・指示の判断枠組を参考に包括的な関連事実の評価で決定
- 政府権限の付与は不要
 - SCM協定の文言に基づくDS379の示唆は限定的
- SOEの構造だけでなく、機能的側面(行動・役割)にも着目
 - 政府支配が不合理な企業行動に具現化することがある



FIN.