



RIETI Discussion Paper Series 16-J-011

# 国有企業に対する国際規律 —公正競争型ルールの進展—

東條 吉純  
立教大学



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/>

## 国有企業に対する国際規律 —公正競争型ルールの進展—\*

東條吉純（立教大学）\*\*

## 要 旨

国有企業や特権企業による活動は、多くの国の経済において従来から重要な位置を占めており、その点は現在も変わりがない。とくに、公共サービス等の提供の担い手として、公的所有又は特権付与という法的形態が国家によって選択される場合も多い。

国有企業に対する国際規律は従来から論じられてきた問題であり、国有企業等の設立・運営を通じて、国家の国際法上の義務を潜脱するおそれが古くから認識されてきたが、近年、問題視されているのは、国有企業等に対して国家が与える各種優遇措置・競争上の優位性に由来する競争歪曲効果や悪影響である。国際規律の全体像を把握するためには、前者に対応する迂回防止型ルールと、後者に対応する公正競争型ルールとの区別が必要である。また、国際競争の「場」が国有企業の自国市場の場合（インバウンド競争市場）と外国市場の場合（アウトバウンド市場）とで、国有企業設立国の公益追求に対する法的配慮の必要性が異なるため、公正競争型ルールのあり方にも違いが生じる。

WTO 協定上の国有企業規律は、原則として迂回防止型ルールの性質をもつが、特惠貿易協定（PTA）の競争章においては、公正競争型ルールが形成されつつある。これら規律のうち、インバウンド競争市場に適用されるルールについては、EU 機能条約第 106 条 2 項モデルが、市場アクセス・バイアスを脱却し、競争政策と国有企業設立国の公益追求との適切な均衡を反映するルールとして注目される。

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）経済産業研究所「現代国際通商・投資システムの総合的研究（第Ⅱ期）」プロジェクト（代表：川瀬剛志ファカルティフェロー）の成果の一環である。

\*\* 立教大学法学部教授／e-mail: [toojoo@rikkyo.ac.jp](mailto:toojoo@rikkyo.ac.jp)

## 1 はじめに

グローバル化の進展に伴い、様々な国際競争の場面において国有企業の存在感が急速に強まっている状況を受けて、国有企業に対する新たな国際規律の導入を巡る議論が活発化している。

国有企業という法人所有形態による活動は、多くの国の経済において従来から重要な位置を占めており、その点は現在も変わりがない。とくに、公共サービス等の公共性の高いセクターにおいては、国民必需のサービスの提供の担い手たる法人に対しては、公的所有又は法的特権が付与されることが多かったと言える。こうした公共政策と親密な関わりをもつセクターにおいて、各主権国家が、どのような仕組みを選択するかは各国の裁量に委ねられる問題であり、各国の歴史、社会、文化や経済発展の度合いに応じて、様々な態様がありうる。また、国際社会においても、国有企業の設立・運営を含めた、各国の選択における自由裁量権については、これを認め合うという広いコンセンサスがあると考えてよい。

問題となるのは、国有企業の経済活動及び外国企業との競争関係が生じる貿易・投資の側面であり、経済のグローバル化の進展とともに、国有企業設立国の国内市場、国有企業投資進出先市場、輸出市場など、外国民間企業との間で様々な国際競争が活発化し、国有企業に対して国家が与える様々な特権的地位ないし競争上の優位性が批判的的となったからである。また特に、近年議論が高まりを見せているのは、国有企業が輸出競争や海外投資など、国際市場に進出する場面における競争上の弊害に対する懸念である。

国有企業に対する国際規律は、伝統的に論じられてきた問題であり、とくに、国有企業の設立運営を通じて、国家の条約上の義務を迂回ないし潜脱するリスクが古くから認識されてきた。国際法上の権利義務の主体は主権国家であるところ、国有企業が政府の規制権限を代替して行使する場合を想定したものであり、国家の義務内容を国有企業の行為にまで拡張することによって脱法行為の穴をふさぐことを目的としている。これに対して、上述の通り、近年の国有企業規制を求める声は、こうした伝統的な問題意識と密接に関連しながらも、問題の性質はやや異なり、求められる規律の内容も自ずと違っている。すなわち、国有企業を国家それ自体と一応区別した上で、指定独占や排他的特権企業などとともに、その人為的な競争上の優位性に由来する反競争行為や競争上の悪影響を規制し、国際的な公正競争の実現を目指すものである。これら性質の異なる 2 つの国有企業規制を理論上区別しておくことが有用である<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 公正競争及び反競争行為の規制に着目するルールは、ITO 憲章における制限的貿易慣行の議論とも深く関連する。同憲章では、私人による反競争的行為が国際通商に及ぼす悪影響について強く意識され、加盟国に対する国内競争法制定義務及び超国家的な競争法執行権限を含む包括的な

国有企業規制を巡る問題は、まさに、これら 2 つの観点を併せもつ問題であると言える。以下、国有企業の機能・行為を政府のそれと同一視し、当該国有企業行為にまで主権国家の義務を拡張するための国有企業規律を「迂回防止型ルール」、国有企業が政府から許与された特権的な優遇（人為的な競争上の優位性）及び不公正行為、並びに反競争効果等の除去のための規律を「公正競争型ルール」と呼ぶ。

公正競争型ルールの適用対象となる、国有企業と外国企業との間の様々な国際競争の場面のうち、国有企業が自国市場において外国企業との競争に直面する市場（インバウンド競争）は、各国の公益追求の正当性と市場アクセス利益との相剋がもっとも深刻な形で顕在化するとともに、国有企業にかかる国際競争ルールのあり方という問題を提起する。

以下、まず国有企業規律を巡る議論状況を概観した上で、WTO 協定及び FTA 等の特惠貿易協定（PTA）において形成されてきた国有企業規律の法的性質について考察する。国際通商ルールは、主権国家である加盟国を受範者とする国際法規範であり、かつ、加盟国間において相互に国家による貿易障壁の軽減及び差別待遇の禁止を目的とする、という基本的性格をもつ。したがって、国際貿易ルールにおける国有企業規律は、公正かつ自由な市場競争の維持を通じて消費者利益を保護する競争法ないし競争政策とはその法目的を異にし、加盟国に義務付けられた市場アクセス・無差別待遇義務の脱法行為を防止することを主目的とするルールという法的性質（＝迂回防止型ルール）をもつものであると考えられてきた。

これに対して、近年締結された PTA の競争章では、包括的競争法の制定・執行を義務付けるとともに、国有企業・指定独占企業による反競争的行為の禁止を内容とする国有企業規律が形成されている。また、EU を一方締約地域とする PTA では、国有企業に対する競争法適用と公益追求にかかる適用除外をセットで規定する国際競争規律モデルが見られる。この規律モデルは、国有企業の自国内インバウンド競争において、市場アクセス利益の実質実現又は均衡維持に着目する国際通商法の法理から導かれる公正競争型ルールから、各国が形成する市場競争秩序の多様性及び国有企業の設立・運営にかかる各国の公益追求の正当性を踏まえた国際競争ルールとしての公正競争型ルールへと変容する契機となりうるものである。

また、2015 年 10 月に大筋合意、翌 2016 年 2 月に署名が行われた環太平洋パートナーシップ協定（以下、「TPP 協定」）では、国有企業規律に関する独立の章を設け、国有企業に与えられる特権的な優遇の結果として他の締約国に損害が生じる場合の救済措置を含む、

---

国際競争法規定案が盛り込まれた。貿易自由化を実質的に進展させるためには、政府規制による公的障壁の低減とともに、私的障壁を適切にコントロールすることが必要であるとの認識の反映であった。

詳細な国有企業規律を定めている。同章では、国有企業及び指定独占企業に対して購入・販売における内国民待遇・最恵国待遇及び商業的考慮に従った事業活動の義務付け、指定独占企業が非独占分野における市場支配力濫用の防止義務とともに、従来の PTA にはない新たな規律として、国有企業への非商業的援助による悪影響の防止義務が創設された。非商業的援助による悪影響防止義務は、WTO 補助金協定第 3 部第 5 条・第 6 条の規律を参照した仕組みであるが、国有企業によるサービス提供について「悪影響を及ぼさないものとみなす」との規定を置くことによって、インバウンド競争における各締約国の公益追求への配慮が確認される。

## 2 国有企業を巡る議論と国際規律のアプローチ

国有企業の設立・運営それ自体に関しては、各主権国家の裁量的な政策選択の自由が許容されているが、経済のグローバル化の進展とともに、国際的競争の様々な場面において民間企業との間の競争が活発化し、国家によって与えられた競争上の優位性を背景とした、国有企業の反競争的行為その他が及ぼす悪影響に対する批判が高まっている。

というのは、国有企業は、競争者が享受できないような特権・免除を与えられていることが多く、こうした特権が競争上の優位性を生み出すものと考えられているからである。この競争上の優位性は、当該国有企業の効率性に起因するものではなく、単に国家が創出した人為的な優位性であり、市場における競争を歪曲するおそれがある。より具体的には、直接的な補助金供与、法的独占、政府保証・優遇金利による資金調達、各種規制上の優遇、競争法等の適用除外などが挙げられる。こうした優遇策が、民間企業と比較して様々な競争上の優位性を生み出し、固定・変動費用を問わず、生産コストの低減という形で効果があらわれる<sup>2</sup>。例えば、国有企業が自国内で公共サービスその他の義務を担うことへの制度上の補償が特権という形で与えられる場合、この特権による利得と公共サービス負担義務との均衡性が保たれない場合には、不公正な競争上の優位性を許与することになる<sup>3</sup>。

この点、法人の公的所有については、自然独占や外部経済効果などの様々な「市場の失敗」状況に政策的に対処するため、政府が市場経済に介入する方策として正当化されると考え

---

<sup>2</sup> Antonio Capobianco & Hans Christiansen, “Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options”, OECD Corporate Governance Working Papers, No.1, pp.5-7 (2011), .

<sup>3</sup> もっともこの問題は、各国が直面する国内システム設計上の問題でもあるということがよく分かる。国有・公有企業と民間企業との間の競争条件の公正さを巡る議論は、各国において様々な形で議論されているからである。例えば、ヤマト運輸対日本郵政公社不当廉売事件（東京高判平 19・11・28 審決集 54 卷 699 頁）、都営芝浦と場事件（最判平元・12・14 民集 43 卷 12 号 2078 頁）等を参照。

られてきた。

たとえば、公共財のように外部経済効果をもつ財の供給は、市場に委ねてしまうと社会的に最適な水準を下回るからである。また研究開発分野も国有企業が正当化される分野であり、リスクが高く民間部門が投資できないような研究開発領域を国有企業が支える場合もある。また、その国にとって重要な産業分野であると考えられるものの、民間セクターによっては産業の立ち上げが困難であるような産業分野については国有企業による事業立ち上げが政策として選択される場合があり、当該産業が分野横断的な大きなスピルオーバー効果をもつ場合には、こうした幼稚産業保護論も少なくとも理論的には正当化される。この議論は、国有企業運用を、経済発展の段階と結びつけるものであり、多くの先進国における多くの成功事例も、少なくともある一時期公的所有という事業形態に依存していたというものであり、公的所有の必要性の程度は、経済の発展段階によって違ってくるというものである。

また、新興国などの場合、民間企業に対する国家の規制的介入の基盤がぜい弱であったり、国家財政の確保のために必要である場合、対象となる政府の給付機能を民間セクターに委託することが困難な領域については、公的所有による対象事業運営が正当化される場合もある。これらは、各国の政治体制、社会・歴史的背景や経済成熟度等に依存する問題であり、制度設計それ自体を根本的に改革する移行コストにもかかわる。要するに、各主権国家は、法的独占を許与するのが望ましいと考えるセクターにおいて国有企業を設立・運営しているのであり、現実問題としても、効率的に運営される国有企業の例もある。また、民間企業による独占の場合、これを実効的に規制する法的基盤がないと、独占の弊害を適切にコントロールすることができないこととの比較においても、国有企業という選択肢を否定できない。

これに加えて、事業上の成果及び経営の非効率性という観点から、国有企業の問題点が論じられることも多い。例えば、公的所有は非効率的な経営を生み、事業成果が下がるというもの、国有企業は多くの場合民間セクターよりも緩やかな予算制約に直面し、その運営が政治的要因に左右されるため、成果達成へのインセンティブが低いこと、政策的な理由から過剰な労働者を雇用し管理職も政治的な理由の人事がなされること、経営に対する株主の監視が民間セクターの場合よりも劣ること等がそれである。

上記のように、国有企業の正当化を議論する際には、しばしば経済厚生上の成果という観点から正当化が論じられるが、国有企業の設立・運営は、必ずしも経済的目的によるものではないとの議論もあり、国際規律のあり方を考える際には、経済効率性は国有企業の正当性を測定する唯一の尺度とは言えないだろう。国有企業の設立・運営それ自体が、国際規律の対象とならないゆえんである。

これに対して、経済のグローバル化に伴い、国有企業と外国民間企業との間の競争が活発になると、国有企業の問題は、国内問題にとどまらず、国際規律の対象となるが、国際規律のあり方を考察するにあたっては、国有企業と外国企業とが互いに競い合う場としての関連市場をインバウンド競争市場とアウトバウンド競争市場とに区別することが有益である。インバウンド競争とは、国有企業の自国領域内における外国企業との競争を、アウトバウンド競争とは、国有企業の進出先の外国における外国企業との競争を指すが、これら市場における国有企業＝外国企業間の競争とでは問題とされるべき状況が異なっている。これら違いを踏まえた上で、各国による国有企業の活用ないし制度設計において、国際的に見て、正当化できないような、あるいは、それ自体として国際経済法秩序を損なうような仕組みがビルトインされており、これを国際的にどのように規律するべきかという問題と捉えるべきだからである。

インバウンド競争の場合には、国有企業の設立・運営及び公益を理由とする特権付与を前提とした上で、第一に、国家に義務付けられた市場アクセス及び無差別待遇原則の実質が損なわれるという形で問題への対処（＝迂回防止型ルール）、第二に、公益等の必要性によって正当化される特権の範囲を明確化した上で、それ以外の国有企業の取引における公正競争の実現といった競争法規制（＝公正競争型ルール）の導入などが考えられる。これに対して、アウトバウンド競争の場合には、より直接的に、設立国政府によって国有企業に与えられた競争上の優位性を背景とした競争歪曲効果等の悪影響除去や、競争条件の公正性ないし競争中立性を確保する規律の導入などが考えられる。

現在盛んに論じられている国有企業問題の本質は、その不公正な国際的事業活動による悪影響、及び、その不公正な行為を可能とする（源泉となる）政府による特権的な優遇（＝競争上の優位）の許与であるため、国際規律は、①国有企業に対する競争上の優位性そのもののコントロール、②国有企業活動による悪影響の除去に向けられるべきである。後述するように、不公正競争型ルールにおいては、所有形態中立的にあらゆる企業活動に関して適用されるルールに加えて、スクリーニング手法として特権的優遇付与に着目したルールが国際規律として徐々に形成されてきた。

他方、国際規律としての競争法ルールは、従来、限定的かつ分散的な形でしか形成されてこなかった。したがって、国有企業の反競争的行為を規制する際にも、主として各国の国内競争法に依存するしかないのが現状であり、規制上の限界を認めざるを得ない<sup>4</sup>。というのは、各国競争法は原則として自国市場の競争秩序の維持を法目的とするため、インバウンド競争の場面では、主として国有企業母国競争法に依存することになる。無論、国有企

---

<sup>4</sup> Eleanor M. Fox & Deborah Healey, “When the State Harms Competition—The Role for Competition Law”, *Antitrust Law Journal* Vol. 79, p.769 (2014).

業母国の国内競争法による問題解消も理論的には想定できるものの、外国企業との競争以前の段階において、国内競争者との競争関係において、適用除外規定を含め、国有企業の特権的地位が法的に保証されている場合があり、その場合には、当該国の競争法による競争秩序の回復が期待できないからである<sup>5</sup>。

この点、EU 機能条約第 106 条 2 項タイプの適用除外規定は、競争法と国有企業等を通じた公共政策実現のバランス設定についての一つのモデルとなりうる。後述する通り、近年締結された PTA のうち、EU を一方締約地域とするそれにおいては、EU 機能条約第 106 条 2 項タイプの適用除外規定と組み合わせる形で、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が見られる。これは、貿易、という枠組みを超えた幅広い分野にわたり規律対象範囲を設定する近年の PTA において実現した国際規律であり、かつ、各国競争法の国際的ハーモナイゼーションの進展がこれを支えている。

アウトバウンド競争については、競争が行われる市場は、輸入国又は投資受け入れ国となり、具体的には、ダンピング輸出や投資先国における原価割れ販売行為等が主として問題となるが、反競争効果に対しては輸入国等の国内競争法が有効な規制ツールとなりうる。ただし、競争法の域外適用に伴う困難性が常につきまとうことに加えて、以下のような問題が指摘される。すなわち、競争法の適用対象は私人による反競争的行為であり、国家行為を対象とする競争法の適用は大きな制約を受ける。この問題は、国際公法分野では主権免除の適用範囲問題として従来から議論が積み重ねられ、また競争法分野でも、米国判例理論における国家行為理論や外国政府強制法理に見られるように、国際礼讓に基づき裁判管轄権の行使が差し控えられてきた<sup>6</sup>。近年は、対象となる国家行為の性質が「主権的（公的）」か「商業的」かによって区別し、後者の場合には裁判管轄権を否定しないといった国家実行例が増加し、免除範囲は狭められてきているものの、国有企業による対象取引行為に関して、外国政府が深く関与する等、当該国の公政策が色濃く反映され、「主権的行為」であると性質決定されると、主権免除法理又は国家行為理論といった競争法適用国の管轄

---

<sup>5</sup> OECD, *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business* (OECD, 2012).

<sup>6</sup> 山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、1994年）249-262頁。例えば、OPECはその実態において国際カルテル行為そのものであるところ、OPECに対する米国の反トラスト訴訟において、第1審ではOPECの石油輸出カルテル行為が統治的行為であり主権免除の対象とされたのに対して、第2審は国家行為理論に依拠して管轄権を否定した。International Association of Machinists v. OPEC, 477 F. Supp. 533 (CD Cal. 1979), aff'd, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1163 (1982)。なお、これらに関連して、米国の反トラスト法域外適用にかかる相手国との法政策の衝突及び国際礼讓の考慮の可否についても、ハートフォード火災保険会社事件の米国連邦最高裁判決は、「真の抵触（true conflict）」（米国法に違反する行為を外国法により強制される場合）の有無によって判断すると判示した。Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764, 798-799 (1993)。

権行使を妨げる限界が露呈することになる。このように、排除される外国事業者の所在する本国の競争法は、上述の域外適用に伴う様々な困難とも相俟って、實際上無力である場合が多い<sup>7</sup>。また、輸入国競争法の適用を通じた国有企業行為の反競争効果除去については以下のような法理論上の問題点も指摘される。例えば、国有企業による典型的な不公正競争行為の典型的な例として指摘される不当廉売行為については、国有企業の事業目的を利潤最大化とする前提が維持できないため、主要国競争法において発展してきた略奪的価格設定の法理の合理的説明にそぐわない。というのは、通常、原価割れ販売行為は、競争者を駆逐した後の市場において市場支配力を行使することにより、原価割れ販売の損失を埋め合わせることが合理的である場合にのみ競争法違法を推定する「埋め合わせ」法理が成立しているが、国有企業による原価割れ販売の場合には、こうした前提が成立しない。

### 3 WTO による国有企業規律

それでは、WTO を通じた国有企業規律の場合はどうか。WTO 協定は、現時点に至るまで、国家帰責型ルールは無論のこと、公正競争型ルール（①国有企業に対する特権的優遇のコントロール、及び、②国有企業事業活動による競争への悪影響の除去の双方）についても、最重要な多国間規律であると言える。

まず、主要な WTO 法ルールの多くは、法的義務の対象となる各加盟国の政府規制に関連する企業の所有形態に中立的に適用されるため、民間企業のみならず国有企業の活動に関しても一律に適用されることになる<sup>8</sup>。したがって、①について、例えば、内国民待遇義務は、国有企業の自国領域内のインバウンド競争の場面において、「国内産品＝輸入産品間の競争条件の平等」という保護法益の実現を通じて、国有企業が生産・流通等に関わる国産品に対する国内規制上の優遇措置を有効に禁止する機能を果たすことになる。補助金規律についても同様であり、国有企業を含む受益企業に対する各種補助金の交付行為（＝競争上の優位の許与）が規律対象となっている。

また、②についても、ダンピング防止税や補助金相殺関税といった貿易救済法があり、輸出者が国有企業であるか否かは問わず一律にルールが適用される。これら輸入救済法は、公正かつ自由な市場競争秩序を維持し、市場支配力懸念を除去するという意味での競争政策法とは言えないとの認識が定着しているが、各加盟国の「市場」間インターフェイスを

---

<sup>7</sup> Martyn D. Taylor, *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?* (Cambridge University Press, 2006), pp.201-217.

<sup>8</sup> また、一定の法的要件の下では企業の行為が、加盟国政府に帰属せしめられ、解釈上、国家行為と同視される場合もある。日本・半導体輸出規制事件など。国有企業の場合には、この法的要件を満たす可能性が実際上高くなりうる点は指摘してよいだろう。

調整する公正競争型ルールとしての性格をもち、伝統的に、国際社会において、輸入国の権限として容認されてきたと言える。

これに対して、条文上、行為主体として国有企業又は特権的地位の許与（競争上の優位許与）を明記した上で一定の義務を定めるルールがある。これらルールは、迂回防止型ルール及び公正競争型ルールのいずれか又は双方の性質をもちうる。

例えば、GATT 第 17 条は、国家貿易企業（国家企業及び特許企業）を対象とする規定であり、以下で述べる通り、国家貿易企業の設立・運営を通じた、協定上の加盟国義務の迂回行為を取り締まるという側面（＝迂回防止型ルールの性質）が強いと理解されているが、国家貿易企業による取引における無差別待遇義務は、差別的取り扱いによる排除行為（反競争的行為）の禁止という意味において公正競争型ルールの性格も併せもつ。また、GATS 第 8 条の規定も、条文解釈上、同様に解することが適切である<sup>9</sup>。

これに対して、GATS 基本電気通信第 4 議定書の参照文書にかかる義務は、電気通信分野における国際競争法ルールを定めるものであり、電気通信分野の特質に着目し、市場支配的なネットワーク事業者による無差別かつ原価に照らした接続料金による接続義務や反競争的行為の禁止確保等を、加盟国の義務として課したものと評価できる。

以下、国有企業規律の法的手法のあり方について、後者のカテゴリ、すなわち、国有企業又は特権的地位の許与（競争上の優位許与）を明記した上で一定の義務を定めるルールについて、より詳細に考察する。

### 3.1 GATT 第 17 条

ガットの前身となった ITO 憲章の交渉者は、国家貿易企業を通じて締約国がガット上の義務を迂回するおそれについて認識しており、これに対応する規定が置かれた。国家貿易企業に関する他の規定として、第 2 条 4 項や「第 6 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条及び第 18 条に関する注解」がある。

本条の義務の法的性質について、カナダ・小麦輸出及び穀物輸入措置事件（DS276）の上級委員会報告は、本条の規定が、迂回防止規律として機能するものであることを確認し、本条 1 項(a)号の規定は、加盟国が、国家貿易企業の設立・運営又は排他的権利の付与を通じて、ガット上の差別行為として非難すべき行為を国家自身がなすことを禁じるものである

---

<sup>9</sup> 補助金協定上の補助金交付主体としての「公的機関」については、その解釈上、議決権の過半数の公的所有だけでは足りず、「政府権限を保有し、行使し、又は、付与された主体」と定義され、政府による有意な支配の有無により判断される。Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶¶ 318-322, WT/DS379/AB/R (Mar. 11, 2011).

と説示した。

### 3.1.1 適用対象範囲

第 17 条の規律対象範囲にかかる「国家貿易企業」概念についての議論は、国有企業規制を論ずる上でも参考になると思われるが、「国家貿易企業」概念の定義を一義的に定めることは、「国有企業」概念を定義することと同様に難問であり、現時点に至るまで、本条の規律範囲としての同概念の定義は明確化されていない。同条の適用範囲については、以下の規定が置かれている。すなわち、国有企業及び排他的権利又は特権を法的であるか事実上であるかを問わず許与された企業（以下、「特許企業」と呼ぶ）に対して適用される。さらに、第 17 条の注釈では、マーケット・ボードは含まれ、「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」は特許企業に含まれないと規定する。政府調達の本条の適用対象範囲外である（2 項）。また、ウルグアイ・ラウンド交渉妥結時に合意された「1994 年のガット第 17 条に関する了解」においても同様の記述が繰り返されるにとどまった。

解釈先例として、次のような事業体が「国家貿易企業」と認められている。韓国・牛肉輸入及び流通関連措置事件（DS161）において、パネルは、生産者が管理する牛肉の輸入独占組織は、ガット第 17 条の規律に服するべきであると説示した。同様に、カナダ・小麦輸出及び穀物輸入措置事件では、カナダ小麦ボードは、カナダ西部地区産小麦の輸出及び人的消費にかかる購入・販売についての排他的権利を許与されており、ガット第 17 条の規律に服すると説示した<sup>10</sup>。

### 3.1.2 法的義務の内容

国家貿易企業の活動にかかる加盟国の義務として、①無差別待遇義務の遵守（1 項(a)号）、②商業的考慮のみに従う義務（同(b)号）、③他の加盟国の企業に対して適切な競争機会を与える義務（同）がそれぞれ規定される。かつて、②③の義務が、①の無差別待遇義務の例示であるか、①とは独立の義務が設定されているのかが解釈上の問題となったが、この点、カナダ・小麦輸出及び穀物輸入措置事件上級委員会は、(b)号の義務（②③の義務）はあくまで(a)号（①の義務）の例示に過ぎないとの解釈を明らかにした。なお、ここで無差別待遇義務という場合には、最恵国待遇義務だけでなく、内国民待遇義務も含まれると解されている<sup>11</sup>。

<sup>10</sup> この他、WTO 国家貿易企業に関する作業部会の下で例示表の作成が進められている。

<sup>11</sup> Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, ¶

「商業的考慮のみに従って」の意味については、「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」であると規定される。また同条の注釈において、とくに価格差別について、「異なる市場において異なる価格で産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づいて定められるものでなければならない。」との注記がなされている。

また、同文言の解釈について、カナダ・小麦輸出及び穀物輸入措置事件において、米国は次のような主張を行った。「商業的考慮」という場合、カナダ小麦ボードは、販売数量最大化ではなく利潤最大化の目的に従って事業活動を行うことが求められると。また、カナダは自国小麦ボードに対して販売数量最大化のためにその特権を活用することを許容すべきでない。この米国主張を退けて、パネルは、次のように説示した。カナダ小麦ボードは、その特権を活用し、民間の競争者を不利に扱う正当性をもっており、市場価格を下回る低価格で販売することも許容されると述べた。また、利潤最大化することと商業的考慮に従うことは同視しえない。というのは、国家貿易企業は本質的に利潤最大化を目的とする営利企業ではなく、第 17 条の「商業的考慮」義務は、国家貿易企業に対して、営利企業のように振る舞うことまで求めるものではないと説示した。

上級委員会もパネル結論を支持し、「商業的考慮」とは、対象となる国家貿易企業の事業活動のタイプに応じて一定の幅の様々な考慮を許すものであり、関連市場において、事業活動に従事するアクターを動機づける経済的考慮もその一つである。国家貿易企業は、その事業活動において、あたかもなんら特権を与えられていないかの如く振る舞うことが義務づけられるわけではなく、第 17 条は、競争法タイプの規律を求めるものではないと説示した<sup>12</sup>。

このように、第 17 条 1 項(b)号の「商業的考慮」によって義務付けられているのは、特許企業に対して、付与された特権の活用それ自体を規制する趣旨のものではないことが確認された。もしも特権の活用それ自体を規制することになれば、民間事業者が市場支配力を行使しうるのと比較して、国家貿易企業は競争上の不利を強いられることになるからである。そして、対象取引に関して、国家貿易企業が商業的考慮のみに従っているか否かは、当該取引を取り巻く特定の状況（関連市場における競争の性質及び程度など）に照らして評価されなければならない。すなわち、市場に基づく分析を通じて評価されるべきであり、国家貿易企業に許与された特権が活用されたか否かのみによって違法性が判断されるものではない。

---

7.53, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (July 31, 2000).

<sup>12</sup> Appellate Body Report, *Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, ¶¶ 157-161, WT/DS276/AB/R (Aug. 30, 2004).

また「適切な競争機会」についても同様に、カナダ・小麦輸出及び穀物輸入措置事件において、国家貿易企業と相互に水平的な競争関係に立ち、国家貿易企業に代わって購入販売を行う外国企業の競争機会の確保にまで拡張されると米国は主張したが、上級委員会に退けられた。文理解釈上も、競争機会の対象となる「前記の購入又は販売 (such purchases or sales)」とは、(a)号に言うところの、国家貿易企業を一方の取引相手とする取引を指していると限定的に解釈される。この点においても、第 17 条が、国家貿易企業の享受する競争上の優位を除去し、国家貿易企業と民間企業との間の公正な競争条件を形成する国際規律とは言えない。

### 3.2 GATS 第 1 条 3 項(b)号

GATS は、第 1 条 3 項(b)号で、明文により「政府の権限の行使として提供されるサービス」を規律対象から除外している。これは、公共サービス等の公共性の高い分野について、国際規律の対象から除外する趣旨であり、サービス貿易がしばしば公共性の高い分野を含むことの反映であるが、その対象範囲については必ずしも明らかでないが、同規定によって適用除外となるケースは、公教育や公的社会保障など、かなり限定的なものにとどまると考えられている<sup>13</sup>。というのは、政府権限サービスの定義については、同(c)号において、①商業的な原則に基づかないこと、②他の事業者との競争が存在しないこと、という 2 つの条件が設定されているからである。

### 3.3 GATS 第 8 条<sup>14</sup>

GATS 第 8 条は、「独占的なサービス提供者」及び「排他的なサービス提供者」の活動を対象とする。「独占的なサービス提供者」については、第 28 条(h)号において「加盟国がその領域の関連市場においてサービスの唯一の提供者として法令上又は事実上許可し又は設立する者（公私を問わない。）をいう」と定義され、サービス提供者の所有形態を問わないことが明記されている。また、法令上又は事実上、加盟国が「許可し又は設立する」こと

---

<sup>13</sup> Rudolf Adlung, “Public Services and the GATS”, *Journal of International Economic Law* Vol.9 (2), p.455 (2006); Markus Krajewski, “Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework”, *Journal of International Economic Law* Vol.6 (2), p.341 (2003).

<sup>14</sup> なお、続く GATS 第 9 条は、独占的地位の濫用以外の商慣習によって競争が抑制される場合を対象とする規定であるが、当該商慣習の撤廃の義務付けが規定されるわけではない。加盟国は、当該商慣習の撤廃についての協議要請に好意的に応接することが義務づけられるに過ぎず、国際規律としては緩やかなものにとどまる。

が必要であるから、典型的には法的独占の場合が対象であり、技術の卓抜性や自然独占性等の理由により、国家の積極的な関与がないまま独占的地位を占めるに至った事業者については、本条の対象とはならない。

また、法的独占の設定と関連市場の関係について、上記の通り、「独占的なサービス提供者」とは、「関連市場において」法的独占等を設定された者を言うものと定義される。したがって、独占権の設定範囲の問題は、関連市場の画定と密接に関連することになる。あるサービスについて、加盟国が唯一の提供者として法的独占等を設定する場合、通常は、画定される関連市場も設定される独占権の範囲に合致することになるが、常に両者が合致するとは言えない。例えば、地方政府によって法的独占が設定される場合、画定される地理的市場の範囲次第では、第 8 条の規律対象となる法的独占とはみなされない可能性もあるからである。ただし、後述の通り、本条の義務の性質は、あくまでも迂回防止型ルールであり、その限りにおいて、競争法分野で想定されるように、競争制限効果の有無を判断するための市場画定は不要であり、問題となる場面は限られるだろう<sup>15</sup>。

なお、第 1 条 3 項(b)号の政府権限サービスの場合には、無論、第 8 条の規律は及ばないが、政府権限サービスは、いわゆる公共サービスよりも狭い概念であると考えられており、例えば、運輸、電気通信、エネルギー等、公共性は高くとも、商業的な原則に基づき提供されるサービス分野については、広く GATS の規律が及ぶと考えられる<sup>16</sup>。

### 3.3.1 独占的なサービス提供における義務（第 1 項）

第 1 項において、独占的なサービス提供者が当該サービスを提供するにあたって、最恵国待遇義務及び市場アクセス・内国民待遇等にかかる自由化約束上の加盟国の義務に従うことを確保することが義務づけられる。

したがって、本条の法的義務の性質は、法的独占等を通じて、加盟国が GATS 上の義務を迂回することの禁止を主たる目的とする規定にとどまるものと考えられる。

第 8 条 1 項の義務の対象範囲について、「独占的なサービスの提供に当たり」という限定が付されており、法的独占を許与された関連市場における各種事業活動（サービスの生産、流通、マーケティング、販売及び納入（第 28 条(b)号））が規律対象となるため、独占的なサービス提供者による購入（例：上流市場（投入物市場）における物品・サービスの購入）等の事業活動は規律対象外ということになり、この点、輸出及び輸入を対象範囲に含める

---

<sup>15</sup> 日本の独禁法においては、「一定の取引分野」（＝関連市場）の画定は、一定の取引の対象となる商品の範囲・役務の範囲（商品市場）、取引の地域の範囲（地理的市場）によって画定される。関連市場は、基本的には、需要者にとっての代替性という観点から判断されるが、必要に応じて供給者にとっての代替性という観点も考慮される（企業結合ガイドライン第 3 の 1）。

<sup>16</sup> 例外として、金融サービス附属書第 1 条(b)号、(c)号。

GATT 第 17 条の規律とは異なる。また、当然のことながら、本条による規律は、法的独占が許与される地理的範囲である自国領域内の事業活動に限定されるため、アウトバウンド競争における様々な反競争的行為に関しては、何ら規律していないことになる。

### 3.3.2 独占権の範囲外の市場における義務（第 2 項）

これに対して、第 8 条 2 項は、独占的なサービス提供者が、直接に又は子会社等<sup>17</sup>を通じて、独占権の範囲外のサービスであり、かつ、加盟国の自由化約束に基づくものを提供する場合に、自国領域内で自由化約束に反する態様で活動することによって、その独占的地位を濫用しないことを確保することが義務付けられる。

したがって、本項の法的義務の性質も、自国領域内の非独占分野の競争市場において、自由化約束に反する行動を通じて独占的地位を濫用し、加盟国の GATS 上の義務を迂回することの禁止を主たる目的とする規定にとどまるという性格が強い。

### 3.4 電気通信附属書及び基本電気通信第 4 議定書（参照文書）

電気通信サービスは、従来、ほとんどの国において国有企業等によって提供されてきた。同サービスは、伝送網等の電気通信ネットワーク施設への接続なしには提供し得ないという特性をもっており、同分野の規制改革（国有企業の民営化や競争導入等）が実施された国も含め、現在も多くの国において、電気通信サービス市場は、ネットワーク施設を保有する市場支配的企業の存在によって特徴づけられており、かつ、当該事業者による反競争的行為の潜在的リスクは各国間で広く認識されている。

WTO の下では、上記認識を踏まえ、電気通信附属書及び基本電気通信第 4 議定書が締結された<sup>18</sup>。また後者の交渉においては参照文書方式という独特の方法が採用された。つまり、電気通信規制のモデルを「参照文書」という形で作成し、先進国は原則として（開発途上国も可能な限り）、そのモデルの義務をすべて、約束するという方法である。したがって、参照文書それ自体に法的効力はないものの、その内容は、加盟国の自由化約束を通じて WTO 協定上の義務として実体化しており、極めて重要なものとなっている<sup>19</sup>。

---

<sup>17</sup> 第 8 条 2 項の条文上は「提携する会社」であるが、第 28 条(n)号(iii)によれば、「当該法人が当該他の者を支配し若しくは当該他の者によって支配される場合又は当該法人及び当該他の者の双方が同一の者によって支配される場合」と規定され、支配・被支配の関係がある場合に限定される。

<sup>18</sup> ただし、第 4 議定書の署名国は 65 カ国と限定的な数にとどまった。

<sup>19</sup> また参照文書方式は、電気通信分野における各国の国内規制枠組みの国際的ハーモナイゼーションを強力に推し進めるといった性質をもつ。

電気通信附属書は、「公衆電気通信の伝送網及び伝送サービスへのアクセス並びに当該伝送網及び伝送サービスの利用」（以下、「公衆伝送網へのアクセス等」という）に影響する「加盟国のすべての措置」に適用され<sup>20</sup>、加盟国は約束表に記載するサービスに関して、「合理的な、かつ差別的でない条件で」、他の加盟国のサービス提供者に対して、自国の公衆電気通信の伝送網及び伝送サービスへのアクセスと利用を確保する義務を定める<sup>21</sup>。

参照文書は、上記電気通信分野の特性にかんがみて、同分野における市場支配的企業（＝「主要なサービス提供者」）に対する規制を加盟国に義務づけている。「主要なサービス提供者」とは、「(a)不可欠な設備の管理」又は「(b)市場における自己の地位の利用」の結果として、「基本電気通信サービス……市場において（価格及び供給に関する）参加の条件に著しく影響を及ぼす能力を有するサービス提供者」をいうものと定義され<sup>22</sup>、第一に、これら事業者による反競争的行為の防止義務（1項）、第二に、これら事業者との相互接続を確保する義務（2項）を規定する<sup>23</sup>。「反競争的行為」の例示としては、(i)反競争的な内部相互補助行為（1.2項(a)号）、(ii)競争者から得た情報の反競争的な利用行為、(iii)サービス提供に必要な不可欠設備に関する技術的情報及び商業上の関連情報を適時に利用させない行為、が列挙される。また、相互接続は「特定の約束を行った範囲において」、不可欠施設を管理する主要なサービス提供者について義務付けられ、(i)差別的でない条件及び料金、品質による提供（2.2項(a)号）、(ii)十分に細分化された、透明性のある、かつ、合理的な条件及び料金（原価に照らして定められるもの）に基づく提供（2.2項(b)号）、(iii)相互接続に関する取決めの透明性（2.4項）、(iv)相互接続に関する紛争について独立の国内機関による紛争解決制度の整備、等が規定される。

参照文書の規定文言についての唯一の解釈先例であるメキシコ・電気通信サービス事件<sup>24</sup>では、国際電気通信にかかるメキシコ国内法が定める、①統一清算料金制度、②比例リターン制度、及び、③国際専用線の単純再販売禁止が、GATS 電気通信附属書及びメキシコ約束表中の参照文書に照らして問題とされた（米国申立）。

①統一清算料金制度とは、米墨間通信で最大シェアを持つ事業者間（米 Sprint 社＝墨 Telmex 社間）の交渉により合意された清算料金レートに他の事業者も従わなければならないという制度である。清算料金は、受発信国の事業者間で相互に保有する伝送網の利用対

<sup>20</sup> GATS 電気通信附属書 2 項(a)号。

<sup>21</sup> GATS 電気通信附属書 5 項。

<sup>22</sup> 参照文書（GATS 第 4 議定書・附属文書）「定義」

[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/telecom\\_e/tel23\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm)。

<sup>23</sup> その他、ユニバーサル・サービス（3項）や独立の規制機関（5項）等について規定が置かれている。

<sup>24</sup> Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R (Apr. 2, 2004).

価を清算する仕組みである。発信数の多い先進国側（米国）から一方的に途上国側（メキシコ）に支払が行われるのが通常であるため、清算料金レートの引下げ圧力が強く働き、同制度はこうした圧力に対する「防波堤」の役割を果たしていた。②比例リターン制度とは、メキシコ事業者が米国事業者に伝達を委任する「呼（call）」の割合を、自らが伝達を引き受ける「呼」の割合に合わせる制度で、国際電気通信における事業者間の市場シェアを固定する効果をもつ。③国際専用線の単純再販売とは、米墨間の電気通信サービス提供において、専用線を借りて基本電気通信サービスを提供することを言う。従来、国際専用線を利用して他者に電気通信サービスを提供することは ITU の D1 勧告によって禁止されてきたが（いわゆる「公専公」接続の禁止）、1992 年に同勧告は改正され、以降、各国の政策判断に委ねられた。国際専用線の単純再販売を認めるということは、国際通信サービスが各国事業者間の共同事業として提供されるという伝統的な仕組みを根底から覆すものであり、清算料金制度による外貨獲得も困難になるため、メキシコはこれを禁止していた。以上を踏まえて、競争政策の観点から重要と思われる争点及び法解釈について紹介し、考察を行う。

(i) 参照文書 2.2 項(b)号は、「経済的実行可能性に照らして合理的な……料金（原価に照らして定められるもの）に基づ」く相互接続の確保を義務づけるところ、「原価に照らして（cost-oriented）」の意味が争点とされた。パネルは、ITU の D.140 勧告・D.150 勧告を参照し、かつ、WTO 加盟国の国家実行上も、長期増分費用方式が電気通信分野の相互接続料金において事実上 WTO 加盟国間の国際標準となりつつあると述べ、同文言は「サービス供給に要する費用」を意味し、かつ、その算定は長期増分費用方式によるものと結論した<sup>25</sup>。また、相互接続料金の算定において、接続に要するコスト以外を勘案できるかという点について、メキシコは「合理的な」の解釈として、電気通信網の整備コスト等を考慮できると主張したが、パネルは退けた。以上に基づき、統一清算料金制度は、参照文書 2.2 項(b)号に反すると結論した<sup>26</sup>。

(ii) 参照文書 1.1 項は、「反競争的行為」の防止を義務づけ、同 1.2 項はその具体的行為類型を例示する。パネルは、WTO 加盟各国の国内競争法制が禁止する反競争的行為に価格カルテル・市場分割カルテル等が含まれることに触れた上で、参照文書中の義務について次のような理解を述べて、「反競争的行為」中に価格カルテル及び市場分割カルテルが含まれると結論した<sup>27</sup>。すなわち、参照文書の義務とは、基本電気通信分野が独占又は市場支配力

<sup>25</sup> *Id.* ¶¶ 7.168-7.177. 一般に「長期増分費用」とは、財務・会計データを駆使して複雑な計算モデルを作成し、サービス提供のための仮想値として算出された「効率的費用」（利用可能な最も効率的な設備・技術に基づく計算上のそれ）を指す。

<sup>26</sup> *Id.* ¶ 7.216.

<sup>27</sup> *Id.* ¶¶ 7.235-7.238.

に特徴づけられているとの加盟国間の認識を踏まえ、同分野における市場アクセス・内国民待遇にかかる自由化約束が実質的な意味において実現されるよう、市場支配的企業による市場支配力濫用行為等を防止するための競争促進的規制を執行する追加的約束に合意したものである、と述べた (para.7.237)。

次いで、加盟国間の法実行上は、公的規制による強制が競争法の適用免除とされる場合があることに触れつつ、それは各国が自国競争法の規律対象範囲を自由に定める規律権限をもつからである、これに対して GATS の国際的義務は、加盟国の規制権限を制約するものであり、対象行為が加盟国 (メキシコ) の国内法令によって義務づけられる場合も、その性質上「反競争的行為」に含まれる限り、GATS 上の義務を免れないと説示した。具体的には、統一清算料金制度は、事業者間の清算料金を固定するものであり、価格カルテルと同様の効果をもつ、また比例リターン制度は、市場シェアを人為的に固定するものであり、市場分割カルテルと同様の効果をもつと判断し、「反競争的行為」に該当すると結論した<sup>28</sup>。

(iii) 措置③について、まず、電気通信附属書が、音声通話 (電話) 等の基本電気通信サービスにかかる「公衆伝送網へのアクセス等」に適用があるかどうか争点とされた。メキシコは、同附属書はデータ通信等の高度電気通信サービスにのみ適用があり、だからこそ基本電気通信サービスについて追加的な自由化交渉が行われ、GATS 第 4 議定書が締結されたと主張したが、パネルは、「公衆伝送網へのアクセス等」に影響を及ぼす加盟国の「すべての措置」が同附属書の適用範囲に含まれる点を指摘し (同附属書 2 項(a)号)、基本電気通信サービスの場合にも適用あり、とした<sup>29</sup>。また、メキシコの約束表では、メキシコ国内における専用線利用とそれの「公衆伝送網へのアクセス等」について、第 3 モード (「業務上の拠点」を通じたサービス提供) の市場アクセス及び内国民待遇の制限なしとされていること<sup>30</sup>、第 3 モードによるサービスは、米墨間国際電気通信を排除していないこと等を認定し、専用線の単純再販売禁止は同附属書 5 項(b)号の義務に反すると結論した。

参照文書は、基本電気通信サービスという個別分野に限定されるものの、「主要なサービス提供者」 (=市場支配的企業) による反競争的行為を防止する包括的義務を WTO 協定上初めて規定したものと評価できる (=公正競争型ルール)。ただし、パネルも説示するとおり、電気通信分野はその特質上、いくら加盟国が自由化約束 (=市場アクセス改善) を行

<sup>28</sup> *Id.* ¶¶ 7.239-7.245, 7.262 and 7.264.

<sup>29</sup> *Id.* ¶¶ 7.278-7.288. なお、回線設備ベースによる接続については、国際基本電気通信における相互接続は「公衆伝送網へのアクセス等」に当たり、統一清算料金制度に基づく清算料金は原価に基づいておらず「合理的な……条件で」接続が確保されているとはいえないと結論された (para.7.335)。これについては「主要なサービス提供者への相互接続」問題として、参照文書上の義務違反も認定されたが、より一般的に、国際基本電気通信における公衆伝送網への合理的・無差別条件による相互接続義務が明らかになった。

<sup>30</sup> ただし、拠点設立の認可や関連法令整備等を含む諸条件が注記される。

ったとしても、公正な条件による不可欠施設への第三者アクセスの確保及び市場支配的企業による反競争的行為の防止なしには、加盟国の市場アクセス利益は、実質的に実現されない。その意味では、参照文書・電気通信附属書ともに、加盟国間の市場アクセス利益を実質的に担保するための規定であると性格づけることができる。参照文書の義務に関する上記パネル説示中（para.7.237）の「競争促進的」という表現も、かかる文脈において理解すべきだろう<sup>31</sup>。これは同時に、こと公益事業分野における市場アクセス阻害を論ずる場合には、公的障壁と私的障壁とを明確に区別することに殆ど意味がないことを示している<sup>32</sup>。各国競争法の適用によっては、競争政策の実現と評価し得る市場の形成が遅々として進まない状況において、なお国際的な開放的市場の形成及び「競争」促進に対して一定の肯定的評価が与えられることを前提とするならば、後は市場アクセス利益の相互主義的な交換を梃子として、国家間で何をどこまで合意したかという点に焦点は絞られることになる。

かかる観点から本件パネル報告を評価するならば、パネルは、「原価に照らして」「反競争的行為」等の重要な法概念について、かなり大胆な解釈を示したといえる<sup>33</sup>。特に、相互接続料金にかかる「原価に照らして」の意味を長期増分費用とし、かつ、相互接続に要するコスト以外の考慮を禁止した解釈については、パネルの法解釈における市場アクセス・バイアスに対する強い批判がある<sup>34</sup>。また「反競争的行為」の意味についても、本来は加盟国が何をどこまで合意したかが問われなければならない。参照文書中の「反競争的行為」概念は、各国に固有の競争政策及びポリシー・ミックスの多様性とは切り離された WTO 法上の法概念であり、市場アクセス利益の観点が強調され、公的障壁・私的障壁はともに軽減すべき対象とみなされるからである。

---

<sup>31</sup> Marco C.E.J. Bronckers, “The WTO Reference Paper on Telecommunications: A Model for WTO Competition Law?”, in M. Bronckers & R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson* (Kluwer Law International, 2000), p.371, pp.380-387.

<sup>32</sup> Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, *American Journal of International Law* Vol.91, p.1 (1997).

<sup>33</sup> 小寺彰「電気通信サービスに関する GATS の構造——米国・メキシコ電気通信紛争・WTO 小委員会報告のインパクトと問題点」RIETI Discussion Paper Series 05-J-001 (2005 年)、20-21 頁 (<http://www.rieti.go.jp/publications/dp/05j001.pdf>)。

<sup>34</sup> 石黒は、研究開発、伝送網の整備・高度化（例：光ケーブル網敷設）等のための原資となるべき利潤の内部留保を許容するような事業者インセンティブを考慮しない競争政策は「歪んだ競争政策」と断ずる（石黒一憲『“WTO 米墨テレコム・パネル報告” vs. NTT』の構図をめぐって——『歪んだ公正競争概念』と国家戦略』貿易と関税 626 号〔2005 年〕52 頁、66-70 頁）。たしかに、開発途上国も含む各加盟国の置かれた多様な状況を念頭に置くならば、長期増分費用方式において複数の計算モデルが許容されることを考慮に入れてもなお、国際基本電気通信における相互接続の料金水準を押し下げ、市場アクセス利益に適った法解釈が結果的に示されたことは事実である。

## 4 特恵貿易協定（PTA）による国有企業規律

現在、物品及びサービスの双方を含め、500を超える特恵貿易協定（PTA）がWTOに通知されており、貿易のみならず、労働、環境といった他分野も含めた幅広い領域について規律を形成している。国有企業規律について、多くのPTAではGATT第17条、GATS第8条の義務を取り込み、締約国の義務を拡張する迂回防止型ルールを定めるにとどまっているが、米国、EUを一方締約国・地域として締結されたPTAでは、その競争章において、さらに一步踏み込んだルールが組み込まれており、そのコアとなる規律内容はほぼ同じである。

### 4.1 米国を一方締約国とするPTA

米国を一方締約国とするPTAの場合<sup>35</sup>、相手国の状況に応じて特則が盛り込まれることもあるが<sup>36</sup>、政府企業・指定独占企業について以下のような諸規定が置かれている。

#### ①指定独占企業に関する規律

(a) 授権された規制上の権限を行使する際に、締約国の協定上の義務に適合した態様によって行動する義務。

(b) 法的独占の対象とされる物品・サービスの購入及び販売における商業的考慮にのみ従った行動。

(c) 他の締約国の物品・サービス提供者、投資に対する無差別待遇の供与。

(d) 非独占部門の事業活動における、その独占的地位を利用した反競争的行為の禁止。

#### ②国有企業に関する規律

(a) 授権された規制上の権限を行使する際に、協定上の締約国の義務に適合した態様によって行動する義務。

(b) 他の締約国の物品・サービス提供者、投資に対する無差別待遇の供与。

---

<sup>35</sup> 米星FTA（2004年発効）、米豪FTA（2005年発効）、米・チリFTA（2004年発効）、米・ペルーFTA（2009年発効）、米・コロンビアFTA（2012年発効）、米韓FTA（2012年発効）。

<sup>36</sup> 米星FTAでは、シンガポール側の義務として、以下の諸事項が規定されている。①国有企業が物品・サービスの購入及び販売において商業的考慮にのみ従った行動をとる義務、②競争制限効果をもつカルテル及び排除行為の禁止、③シンガポール政府が自国の政府企業に対して影響力を行使しない義務、④政府企業の持分比率の継続的な縮小義務、⑤政府企業の議決権等に対する政府の支配状況についての年次報告義務。

<sup>37</sup> 米豪FTAでは、米国側の義務として、州法上の公有企業について、州行為法理による保護の場合を除き、連邦反トラスト法の適用除外としないこと、豪州側の義務として、その競争中立政策に従い、いかなる政府の商業的事業にも競争上の優位を与えないこと、がそれぞれ規定される。

### ③透明性（情報提供）義務

一方の締約国の要請に基づき、競争法の執行状況、あらゆる行政単位の国有・公有企業及び指定独占企業に関する公開情報、競争法の適用除外に関連する公開情報の提供義務。

## 4.2 EU を一方締約地域とする PTA

これに対して、EU を一方締約地域とする PTA の場合<sup>38</sup>、EU 機能条約における競争規定（第 101 条、第 102 条）と公企業に関する第 106 条 2 項の条文をほぼそのまま盛り込む形で、包括的な競争法の維持と反競争的行為に対する実効的な規制、及び、公企業・特権企業（特別の又は排他的権利を付与された事業者）に対する競争法の適用を一般的に義務付けた上で、「競争法の適用が、法律上又は事実上、公企業及び特権企業に負託された特定の任務の遂行を妨げられる場合にはその限りではない」と規定する<sup>39</sup>。

EU 機能条約上、対象となる公企業は、「一般的経済利益を有するサービスの運営を委託された事業者又は歳入源を独占する性格をもつ事業者」であり、「一般的経済利益を有するサービス」とは、郵便、電気通信、エネルギー等の公益事業のことを<sup>40</sup>、「歳入源を独占する」とは、排他的権利による事業活動から国家歳入を得ることを指し、いずれも公共性の高い事業に限定されている。また、「任務遂行の阻害」要件については、裁判例の変遷を経て、1993 年 Corbeau 事件先決裁定<sup>41</sup>以降、対象公共サービスの提供のためにとられる競争制限的措置が、目的・手段間の比例性原則に照らして必要であるか否か（＝必要性テスト）によって判断されている<sup>42</sup>。

FTA 競争章における公企業・特権企業規律としては、「負託された任務」の限定はないものの、相手方締約国が公企業・特権企業の設立・運営を通じて達成しようとする公益追求と、国有企業・特権企業の市場支配力濫用等の反競争的行為をコントロールする競争政策上の利益の間の適切な均衡を反映できる規律モデルとして評価できる。

---

<sup>38</sup> EU・チリ連合協定（FTA を含む）（2003 年発効）、EU・韓 FTA（2011 年発効）、EU・コロンビア／ペルー貿易協定（2013 年発効）、EU・シンガポール FTA（未発効）。

<sup>39</sup> さらに、EU・韓 FTA（2011 年）、EU・シンガポール FTA（署名済、未発効）においては、商業的性格をもつ国家独占企業（State monopolies）による物品の購入及び流通について無差別原則の遵守を確保する義務が、EU・シンガポール FTA では、非独占分野における反競争的行為の禁止義務が、それぞれ規定されている。

<sup>40</sup> European Commission, Services of General Interest in Europe, OJ C281/3 (1996); European Commission, Services of General Interest, including Social Services of General Interest: A New European Commitment, Accompanying the Communication on “A Single Market for 21<sup>st</sup> Century Europe”, COM (2007) 725 final. 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）43-118 頁。

<sup>41</sup> Case C-320/91 Criminal proceedings against Paul Corbeau [1993] ECR I-2533.

<sup>42</sup> 青柳・前掲注（40）、119-244 頁。

#### 4.3 環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定

2015年10月5日、米国（アトランタ）で開催された TPP 閣僚会合において、TPP 協定が大筋合意に達し、翌 2016年2月4日、ニュージーランドにおいて 12カ国による署名が行われた。同協定はこの後、各国の批准手続を経て発効を目指すことになる。TPP は「21世紀型メガ FTA」と呼ばれ、広範な個別領域について、従来の PTA にはない新たな実体規範が様々な形で盛り込まれており、国有企業規律についても、従来の PTA とは異なり、独立の章（第 17 章）が設けられた。またこれに対応して、TPP 競争章（第 16 章）では、国有企業関連規定は置かれていない<sup>43</sup>。

国有企業章は、国有企業の設立・運営や指定独占企業の指定を締約国の権限として認めた上で、おおむね以下の規律が設けられている<sup>44</sup>。

第 17.3 条において、国有企業、公的企業及び指定独占企業に対して締約国政府が実施を指示・委任した政府権限の行使については、国有企業等が、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を確保することが義務づけられた。これは純然たる迂回防止型ルールである。

次に、第 17.4 条 1 項において、国有企業は物品・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し、他の締約国の企業の物品・サービス、他の締約国企業に対して最恵国待遇及び内国民待遇を与えることを確保することが義務づけられている。また同条 2 項において、指定独占企業は、法的独占の対象物品・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、他の締約国の企業の物品・サービス、他の締約国企業に対して最恵国待遇及び内国民待遇を与えることが義務付けられた。これら義務は、先行する GATT 第 17 条、GATS 第 8 条、PTA 競争章の規律とほぼ同内容のものであり、迂回防止型ルールの性格をもつ。

これに対して、第 17.4 条 2 項(d)号では、指定独占企業が、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を確保することが義務づけられている。これは、指定独占企業による独占力濫用等の反競争的行為の禁止を確保することを義務付けた規定であり、競争章の義務と並び、国際競争法の性格をもつものと考えてよい。

---

<sup>43</sup> 競争章の中で、関連規定と考えられる規定があるとすれば、第 16.1 条 1 項において、締約国は、透明性が高く、公共政策又は公共の利益を目的とすることを要件として、自国競争法に対する適用除外を設けてよいという規定のみである。

<sup>44</sup> 政府調達法は、国有企業章の規律対象から除外される（第 17.2 条 7 項）（→したがって、政府調達章によって規律される）。

また TPP において新規に創設された規律として、国有企業への非商業的援助による悪影響の防止義務がある。すなわち、国有企業に対する非商業的援助を通じて、不当な競争上の優位を与え、物品の生産・販売、越境サービス供給等において、他の締約国の利益に「悪影響 (adverse effect)」を及ぼしてはならないと規定される (第 17.6 条 1 項)。また、非商業援助を行う主体が国有企業等である場合にも同様の義務が及ぶ (同 2 項)。ただし、この義務には重要な例外規定が設けられており、国有企業が自国領域内において提供するサービスについては、「悪影響を及ぼさないものとみなす」と規定された (第 17.6 条 4 項)。

非商業的援助による悪影響の防止義務は、米国提案をベースとして、従来の PTA による規律の経験を踏まえ、国有企業又は特許企業に対する新たな規律の導入を図るものであり、民間セクターとの競争における公正な競争条件の回復を図るものであると考えられ、「悪影響」及び損害の認定手法には、WTO 補助金協定第 3 部第 5 条・第 6 条の条文が幅広く参照されている。考え方としては、TPP 協定上の利益の無効化又は侵害を構成する「悪影響」が他の締約国に生じたことを要件として、国有企業等に許与された競争上の優位性を解消する等公正な競争条件の回復を目指す規定であると想定される。

その他、透明性義務として、協定発効後 6 ヶ月以内に自国の全ての国有企業等のリストを公表し、他の締約国の要請に応じて、議決権保有比率等の支配権に関する情報、非商業的援助を含む規制上の優遇措置等についての情報を提供しなければならない (第 17.10 条)。

なお、政府権限の行使として提供されるサービスには、無差別待遇、商業的考慮 (第 17.4 条)、非商業的支援 (第 17.6 条)、透明性 (第 17.10 条) の各義務は課されない (← GATS 第 1.3 条に対応)。また、各締約国が提出した不適合措置 (non-conforming measures) に従った、国有企業等の物品・サービスの売買には、無差別待遇・商業的考慮義務は適用されない (第 17.2 条 11 項)。

#### 4.4 小察

米国を一方締約国とする FTA の国有企業規律の特徴は、以下の諸点に表れている。

第一に、WTO 法における迂回防止型ルールをより明確化する形で、国有企業及び指定独占企業が、授権された規制上の権限を行使する場合に、締約国協定上の義務に適合した態様によって行動することを義務付けたこと。第二に、無差別待遇義務の範囲を、国有企業による対象投資財産、並びに、物品・サービスの購入及び販売一般に拡大することにより、迂回防止ルールを強化するとともに、国有企業による反競争的行為 (差別的取り扱い又は

取引拒絶による排除)を禁止する国際競争ルールとしても国有企業規律を定めたこと<sup>45</sup>。第三に、典型的な独占力濫用行為である、指定独占企業による隣接市場等、非独占分野における反競争的行為の禁止をとくに明文で規定したこと。

これに対して、EUを一方締約地域とするFTAにおけるEU機能条約第106条2項モデルは、国有企業等に負託された任務の遂行に必要な場合を適用除外として、国有企業等への競争法適用を義務付けるものであり、主権国家が国有企業等を通じて追求する公益を尊重すると同時に、不効率かつ不必要に過大な特権許与を防止し、インバウンド競争において公正競争が確保される市場の領域を最大限確保するという意味をもつ。

TPPは、米国FTAモデルにおいて発展してきた諸規律を取り込み、強化する形で発展させたものと言える。とくに、非商業的援助による悪影響の防止義務は、国有企業及び指定独占企業に対する国家の多様な優遇政策が、物品・サービス貿易及び国際投資の様々な国際競争の場面において弊害として表れているとの問題意識を踏まえ、人為的な競争上の優位性による悪影響の除去を目指したものである。この新たな規律導入において、もっとも懸念されたのは、国有企業の設立・運営が正当化されるケースの一つである公共サービスの提供が阻害されるという点であった。より具体的には、国有企業の自国市場におけるインバウンド競争が念頭に置かれるが、この点、自国の国有企業によって提供されるサービスについて「悪影響を及ぼさないものとみなす」とのみなし規定が置かれ、非商業的援助・悪影響防止義務の適用対象外とされたことを特記すべきであろう。この規定は、国有企業によるサービス提供に対する各締約国の公益追求の正当性に対する配慮がなされた結果であると推測される<sup>46</sup>。国有企業によって提供されるサービスの公共性の如何について審査することなく一律に「悪影響なし」としたことは理論的にはやや疑問もあるが、国有企業の設立・運営は、零細な法人も含めると、米国や日本を含め、12の締約国すべてが様々な形で影響を受ける問題であり、その多くがサービス提供であることを考慮したものと思われる。

## 5 結びに代えて —不公正競争ルールの進展—

以上検討した通り、PTAにおいては、競争政策を含む幅広い分野についての規律形成が可能であり、米国、EUを一方締約国・地域とするPTAの国有企業規律においては、WTO協定の迂回防止型ルールをベースとして取り込みながら、より踏み込んだ国際規律が形成され、国有企業規律にかかる公正競争型ルールは着実に進化しつつあると考えてよい。また

<sup>45</sup> 指定独占企業の場合は、独占権付与の対象分野。

<sup>46</sup> Adlung, *supra* note 13; Krajewski, *supra* note 13.

これと同時に、1990年代以降の各国の競争法導入及び執行強化と ICN 等を通じたグローバルな競争政策専門家集団の形成を受けて、各国競争法の国際ハーモナイゼーションが進展している。これは各国の法制度及び経済政策において競争政策が一定の信認を得て定着したことを示しており、UNCTAD のリサーチプロジェクトとして、35 の国・地域の競争当局に対して実施された調査<sup>47</sup>においても、すべての競争当局から「自国競争法は国有企業に対して適用される」と回答を得ている<sup>48</sup>。次に問題となるのは、各国に固有の社会・経済状況や経済発展の度合いに応じて公益追求のために国有企業等に与えられる特権と競争政策との適正な均衡点を、国際規律としてどのようにルール化するかという点である。この点、上記 UNCTAD 調査では、「特権・排他的権利を与えられた企業（国有企業を含む）に対して競争法の適用はあるか」との質問に対しては、26 の国・地域が YES、9 の国・地域が NO との回答がなされたのである<sup>49</sup>。

これに対して、ガット・WTO 法を中心として形成されてきた国際通商法上の国有企業規律は、国有企業の設立・運営による加盟国の脱法行為を禁止する迂回防止ルールという法的性格を基本とする<sup>50</sup>。また、貿易救済法や補助金規律等においては、市場アクセス利益の相互交換という自由化交渉ルールを前提として、市場アクセス利益の均衡に対する加盟国の権利という観点から、補助金や特権など市場経済への国家介入に由来する競争条件の格差を是正し、市場アクセス利益の均衡を回復する仕組みが形成されてきた。

WTO 電気通信ルールにおいて述べた通り、WTO 法における公正競争ルールの本質は、加盟国の自由化約束（＝市場アクセス改善）を実質的に担保するために、公正な条件による不可欠施設への第三者アクセスの確保及び市場支配的企業による反競争的行為の防止を国際規律として追加的に合意したものであると性格づけることができる。したがって、「反競争的行為」の意味についても、本来は加盟国が何をどこまで合意したかが問われなければならない。参照文書中の「反競争的行為」概念は、各国に固有の競争政策及びポリシー・ミックスの多様性とは切り離された WTO 法上の法概念であり、市場アクセス利益の観点から強調され、公的障壁・私的障壁とともに軽減すべき対象とみなされることになる。

かかる理解を支える国際通商法ルール的基本的性格は以下のように説明される。すなわち、

---

<sup>47</sup> UNCTAD, Research Partnership Platform on Competition and Consumer Protection in 2010, <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/ResearchPartnership/Research-Partnership-Platform-on-Competition-and-Consumer-Protection-.aspx>.

<sup>48</sup> Fox & Healey, *supra* note 4, pp.776-780.

<sup>49</sup> *Id.* pp.780-783.

<sup>50</sup> 無差別待遇義務（商業的考慮遵守、取引における適切な競争機会の確保）については国有企業による購入・販売にかかる取引市場における公正な競争秩序の形成において一定の機能を果たしてきたことを注記する。

国際貿易ルールが、その基本的性格として、国際的な競争関係を念頭に、これに影響を及ぼす国家による公的規制（貿易障壁）の除去を目的とするのに対して、競争政策は、国内市場における競争秩序の保護を目的として、これを阻害する私人の反競争的行為の除去を目的とする。国家による貿易障壁の除去は、各国の一方的な政策判断に委ねたままでは進展しないため、通商政策は、主権国家間の合意に基づく、一種の『契約的』関係を通じて実現されている<sup>51</sup>。WTO 協定はこのような仕組みを提供する多国間通商条約であり、より具体的には、市場アクセス水準に関する約束（物品貿易における関税譲許やサービス貿易における自由化約束）が加盟国間で相互に交換され、かつ、交換される市場アクセス水準が「等価値 (equivalent)」であることが強く意識される<sup>52</sup>。したがって、WTO 法においては、他の加盟国が約束した市場アクセス水準に対する加盟国の利益（物品貿易の場合は「輸出利益」）が主要な保護法益とされ<sup>53</sup>、少なくとも法的には、加盟国の国内市場における有効競争の有無や自由な競争秩序の維持如何は無関係である<sup>54</sup>。また、市場アクセス改善は加盟国間の交渉を通じて個別分野ごとに段階的に実現されるため、その規律対象範囲は部分的かつ不完全なものにとどまる。

とはいえ、WTO 法の適用を通じて、加盟国の国内市場競争を歪曲するような当該国自身による貿易障壁が軽減されることによって、外国事業者の市場アクセス機会が増大し、かつ、その競争単位としての重要性が高まる場合は、当該加盟国の国内市場における競争は促進される。ただし、国際公共財としての統一的な国際競争政策を観念できるならば格別<sup>55</sup>、現在、競争政策は各国が自国競争秩序の保護を目的として、それぞれの競争法を通じて実施されており、個別具体的な競争法規制のあり方も、各国ごとに違いがある。外国事業者の市場参入に影響を及ぼす関税等の公的規制は、当該国の競争法の適用上は、通常、市場構造の一部をなす参入障壁として競争上の評価に組み込まれるにすぎない<sup>56</sup>。また、外国事業者の市場アクセスを妨げる国有企業等の事業活動に法的根拠を与える公的規制が存在す

---

<sup>51</sup> Robert E. Hudec, “Private Anticompetitive Behavior in World Markets: a WTO Perspective”, *Antitrust Bulletin* Vol.48 (4), p.1045, pp.1048-1050 (2003).

<sup>52</sup> 例えば、WTO 協定中の GATT 第 28 条 1 項、同第 28 条の 2 第 1 項、GATS 第 21 条 4 項(b)号、紛争解決了解第 22 条 4 項等の各規定を参照。

<sup>53</sup> WTO 協定における紛争解決手続は、他の加盟国の措置により「[WTO] 協定に基づき直接又は間接に自国に与えられた利益」が無効化・侵害される場合に、当該紛争を WTO に付託することができる旨定める。紛争解決了解第 3 条 3 項を参照。

<sup>54</sup> Daniel K. Tarullo, “Norms and Institutions in Global Competition Policy”, *American Journal of International Law* Vol.94, p.478, pp.483-485 (2000).

<sup>55</sup> Josef Drexler, “International Competition Policy after Cancun: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda”, *World Competition* Vol.27 (1), p.419, pp.437-446 (2003). Drexler は国際公共財としての国際競争法秩序の構築を説得的に提唱するが、現時点ではやや理想主義的な立法政策論にとどまる。

<sup>56</sup> Taylor, *supra* note 7, pp.177-178.

る場合、当該国の競争法の適用除外とされる場合も少なくないだろう。さらには、競争法が制定されていても執行が不十分な国も多い。WTO法により実現される「競争政策」の具体的含意においては、市場アクセス改善を通じてのそれが専ら強調され（WTO法のこのような特質上、市場アクセスの価値と並立すべき他の正当な価値が適正にバランスされないおそれが常に存在するという意味で、「市場アクセス・バイアス」と呼ばれる）、かつ、各加盟国の社会に固有の競争政策の多様性は一定程度捨象されることとなる。国有企業・指定独占企業に対する公正競争型ルールの問題を考察する際にも、この市場アクセス・バイアスを踏まえておくことが必要である<sup>57</sup>。

この点、TPPにおいて新たに導入された非商業的援助による悪影響の防止義務は、WTO補助金協定第3部ルールを、国有企業を対象とした国際規律として、物品・サービス取引、投資にまで拡張したものであり、上記の国際通商法上の均衡回復及び公正性の実現を目指すものと言える。かかる意味における公正競争ルールは、国有企業＝民間企業間の国際競争の「場」となる関連市場における消費者厚生への悪影響を規制のメルクマールとする通常の競争政策ルールとは位相を異にするが、上記市場アクセス利益の均衡という国際通商法上の法理に基づき、各国「市場」間のインターフェイスの調整ルールという機能が承認されてきた。

アウトバウンド競争市場においては、国有企業及び指定独占企業の特権付与の根拠となる公益追求の正当性が低下するため、より直接的に、上記国際通商法の法理に基づき、競争条件の公正性ないし「水平な競技場（Level Playing Field）」を確保するための規制が、公正競争型ルールが国際規律として承認される。また、国有企業の進出先である国の競争法執行がより強化されるならば、国有企業の反競争的行為に対する有効な規制も可能となる。

これに対して、インバウンド競争市場においては、国有企業を設立・運営する国家の公益追求の正当性と、競争条件の公正性確保の利益との間の適切な均衡が、国際規律の形成において反映されることが望ましい。この点、米国を一方締約国とするFTAを通じて形成された国有企業・指定独占企業規律では、①規制上の権限行使の際の協定上の義務遵守義務、②国有企業・指定独占企業（独占分野）の取引にかかる無差別待遇義務、③指定独占企業の非独占分野における反競争的行為の禁止が規定される。このうち、①、②の義務は、WTO

---

<sup>57</sup> もっとも、通商政策を通じた競争政策の実現可能性については、少なくとも、次のような評価を与えることができる。第一に、市場競争の促進及び活性化という観点からは、市場への自由な参入・退出が確保されることが極めて重要であることはほぼ自明であり、とりわけ、既に競争単位として確立している外国事業者による市場参入圧力の重要度は高いこと。第二に、現実的には、多くの国において競争政策の実現を妨げる様々な政治的圧力及び公的規制が存在し、こうした状況は当該国社会にとっても望ましくない場合が少なくないこと。したがって、WTO法を通じた公的障壁の軽減は、たとえそれが他の加盟国によって市場アクセス利益が追求された結果であろうとも、当該国社会における経済厚生への改善効果を期待できること、である。

協定上も規定される迂回防止型ルールであるが、②の義務については、国有企業・指定独占企業（独占分野）による外国事業者の排除（差別的取扱い）を規律する公正競争型ルールという性格も認められる。ただし、このルールが保護対象とするのはあくまでも国産品・国内事業者・国内投資財産よりも不利な扱いを受ける輸入産品・外国事業者・外国投資財産の場合のみであり、反競争的行為を広く規律対象とするものではない。また、規定文言の解釈上、市場アクセス利益の実質的な実現という観点を過度に強調すると、無差別待遇義務の解釈上、国有企業母国の公益追求の正当性との間の適切な均衡が損なわれるおそれもなしとしない<sup>58</sup>。

これに対して、EU を一方締約地域とする FTA が採用する EU 機能条約第 106 条 2 項モデルの場合、公企業・特権企業に対する競争法適用という一般原則と公益的任務の遂行阻害の場合の適用除外とがセットでルール化され、競争政策と当該国の公益追求との均衡という利益衡量状況が、条文上、より直接的に示されているようにも思える。またこの規律モデルは、従来の、市場アクセスの実質的な実現を目的とした、国際通商ルールの延長線上に位置する公正競争型ルールを、本来の競争政策に整合的な位置づけをより強く意識した国有企業規律へと向かう一つの契機ともなる。無論、経済効率性及び消費者厚生を促進を保護法益とする競争政策の観点からも、国有企業・特権企業の事業活動に対する競争法の適用除外の範囲が広いことによって発生する経済的コストは大きく、とくに、国民経済の主要産業分野において国有企業・特権企業が中心的な存在として活動する国家においては、その経済的コストは膨大である。この規律モデルの今後の課題は、「任務」の対象事業の範囲及び「(任務) 遂行阻害」という適用除外要件の意味を明確化することとなる。

PTA においては、WTO 協定のもつ管轄上の制約が解消されるため、国有企業規律についても、競争政策その他の社会・経済政策を含むより幅広い法政策上の考慮を踏まえたルール設計が可能となった。国有企業規律モデルは今なお試行錯誤の最中にあるが、①迂回防止型ルール、②アウトバウンド競争における公正な競争条件の確保（国家による競争上の優位性の影響除去）のための公正競争型ルール、③インバウンド競争における競争法適用と当該国の公益との適切な均衡を実現する公正競争型ルール、という組み合わせが一つの解となる。

---

<sup>58</sup> 東條吉純「サービス貿易自由化と規制改革」日本国際経済法学会（編）『国際経済法講座 第 1 巻 通商・投資・競争』（法律文化社、2012 年）45-64 頁。