

## 国の事業者性についての再検討

横 田 直 和

- 一 はじめに(問題の所在)
- 二 「事業者」の定義と一般的な考え方
- 三 公的部門に対する独占禁止法等の適用事例
  - (一) 公取委による適用事例
  - (二) 損害賠償請求訴訟における適用事例
- 四 国の事業者性に関する学説の概要
  - (一) 昭和二〇年代の学説
  - (二) 屠畜場事件最高裁判決前における学説
  - (三) 現在の学説
- 五 検討
  - (一) 市場メカニズムによる国の活動の規律
  - (二) 行政法としての独占禁止法の限界

- (三) 規制対象に国も含まれると解される場合の立法例
  - (四) 行政機関の間における政策調整
  - (五) 公取委による他省庁の行政への積極的関与と公取委の合憲性
- 六 おわりに

## 一 はじめに（問題の所在）

市場経済の下においては、国民生活に必要なとされる商品やサービス（以下では、私的部門により販売される物資や公的部門により提供される物資を含め、「サービス」という。）の多くは私的部門である民間の事業者により供給されており、市場の機能（市場メカニズム）を通じて価格形成がなされ、需給量が決定されることになる。しかし、市場メカニズムによっては十分に供給できない公共財や国民生活の基盤となるものを中心に、国や地方公共団体などの公的部門により供給されるサービスもある。また、これら公的部門により供給されるサービスについて、その利用者である国民が利用料金等の費用を負担しなければならないことがあり、この場合には、国民にとって当該サービスは事業者によって供給されるものと変わらないと認識されることもある。特に私的部門と公的部門が同様のサービスを供給している場合には、国民がそのいずれからサービスを受けるかは自由であるので、公的部門も私的部門との競争にさらされることとなる。公的部門が私的部門との競争にさらされることにより、公的部門が提供するサービスの内容や国民に求める費用負担の水準が国民にとって好ましい状態となり得ることは、ヤマト運輸株式会社宅急便などの宅配便と旧郵政省・日本郵政公社の郵便小包との小口荷物の輸送サービス市場の状況を見れば明らかである。

公的部門が提供するサービスが私的部門が提供するサービスと競争関係にある場合に、当該公的部門が独立採算制を採っているなど国庫の負担に限度があるときには、公的部門も私的部門における事業者と同様に、他の競争者との関係を踏まえてサービスの内容や国民に求める負担水準を決定せざるを得ないこととなる。このような場合には、公的部門は私的部門の事業者とほぼ同様の活動を行っているので、私的部門の事業者が独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）の規定に違反した場合に公取委（公正取引委員会）から行政処分を受けることとなるのと同様に、当該公的部門に対し独占禁止法が適用されるかが問題となる。私的独占、不当な取引制限、不正な取引方法など独占禁止法の主要な違反行為類型は、同法第二条第一項で定義される「事業者」を規制対象とするものであり、公的部門がこの「事業者」に該当するのであれば、当該公的部門に対し同法の規定が適用されることとなる。

公的部門が独占禁止法上の「事業者」に該当するかについては、同法第二条第一項に規定する「事業」活動を行っている限り、国を含む公的部門は「事業者」に該当するとするのが通説であり、判例の立場もほぼ同様であるとされている。経済が発展して種々のサービスが私的部門で十分に供給できるようになった現在においては、従来は公的部門で供給されてきたものであっても私的部門でも対応できる場合には積極的に民営化が図られているので、公的部門においても競争原理を導入することが重要となっているが、このことから、公的部門に対し独占禁止法を直接的に適用することが是認されることになるものではない。市場メカニズムの下で活動を行うことが求められる私的部門と、市場メカニズムの下では十分なサービスの提供ができないため公的立場から供給を行う公的部門とは、その活動を規律する原理が異なって然るべきとも考えられるのであって、特に国も「事業者」に該当すると解して独占禁止法を適用することには、我が国の法制上の問題もあると考えられる。

公的部門としては、国、普通地方公共団体のほか、公社、公団、公庫なども含まれるとされる場合が多いが、国

や普通地方公共団体では私的部門との競争は一般的に想定されることは少ないのに対し、公社、公団、公庫などは私的部門と競争することも組織設立の前提となっていると考えられる。このため、公的部門に対する独占禁止法の適用を検討するに当たっても、一般的に論ずることは適当でなく、個々の公的部門について検討を行うべきと考えられる。

郵便事業など国が直接行ってきた経済活動の多くが独立行政法人化や民営化されてきた現在においては、国が独占禁止法上の事業者該当するかどうかは実際に問題となることは少ない。しかし、独占禁止法の規制対象に国が含まれるかは、現在でも同法の解釈における主要な論点であり、また、国の事業者性を検討することは、独立行政法人を含めた行政部門が行う経済活動の適正化をどのようにして確保すべきかとの問題にも係わるものであって、公的部門一般に対する同法の適用上の問題点の検討にも資するものと考えられる。

国の事業者性については、これを肯定するのが通説・判例の立場であるが、本稿は、これを消極に解する立場から論ずるものである。

なお、独占禁止法の補完法である景品表示法（不当景品類及び不当表示防止法）も事業者を規制対象とするものであるので、国に対し同法の規定が適用されるのかも同様に解されることになる。<sup>1)</sup>

## 二 「事業者」の定義と一般的な考え方

独占禁止法の規制対象となる「事業者」については、同法第二第一項において「商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいう」と定義されている。

どのような活動を行っている者がこの「事業者」に当たるかについて、公取委が昭和五〇年四月に独占禁止懇話

会に提出した資料<sup>2)</sup>によれば、

ある目的で同種の行為を反復継続して行っているかどうか（事業としての要件）

事業者として独立しているかどうか（被傭者との区別。ただし、個人であるか法人であるかは問わない。）

事業者内容が、サービスを供給し、その対価を受けるものであるかどうか（経済事業であること、ただし、営利を目的としているかどうかは問わない。）

独占禁止法の規制になじむかどうか（独占禁止法の目的との関連）

この観点から判断されるものとされている。一般に国が事業者該当するかどうかを検討する際にも、これらが参考にされることが多いので、これらの要件につき国との関係を踏まえ説明しておくこととする。

まず、国の事業者性が問題となるのは、国民に対しサービスを継続して提供しているとの局面に限ったものである<sup>3)</sup>ので、この要件が満たされた場合である。また、国は当然に法人格を有する存在とされていること、国がサービスを提供する際に国民から利用料等を徴収する場合には、営利目的はないとしても、対価を受け取っていると見られることから、この及びの要件も問題はないと考えられる。

国の事業者性との関連で若干異なった理解がなされているのが、この要件に関してである。

この要件に関し、「従前の学説は、『事業』それ自体の性質を演繹的に把握し、そこから事業者の範囲を確定しようとしていたのに対し……、独占禁止法の適用が必要な活動を『事業』とする、いわば帰納法的な解釈手法……の登場<sup>4)</sup>と理解するような見解もあり、白石教授は、このような帰納法的な解釈が事業者性の判断を行う際の主流となっているとされている。<sup>5)</sup>

しかし、この要件については、独占禁止法上問題となるような行為を行う可能性がある者を「事業者」に該当するとする帰納法的な解釈を行うものではなく<sup>6)</sup>、から要件に該当する者であっても、市場メカニ

ズムによりその者の活動を規律することが妥当かとの観点をも踏まえて事業者性を判断しなければならないことを明らかにしたものと考えられる。昭和五〇年当時の事業者性の検討においてこの要件が明示されることになったのは、当時は、医師、建築士などの自由業者が事業者に該当するかが問題となったことと関係するものである。すなわち、宗教家、医師、弁護士に代表されるいわゆるプロフェッションについては、その業務遂行につき高い専門性、倫理性、利他性などが求められ、欧米においても、それらの者が適正に業務を遂行するための規律も、かなりの程度、当該プロフェッションの団体により自主的に行われてきた。一方、独占禁止法が規制の基礎とする市場メカニズムは、利己的な動機により行動する企業を規律の対象とするものであることから、これらのプロフェッションを同法上の事業者に該当するとして市場メカニズムにより規律することの妥当性を検討する際に、この要件からも判断することが明示されたものである。したがって、ある者の行動が社会的に大きな問題となり、その者から要件に該当するため独占禁止法で規制すべきとされる場合であっても、市場メカニズムでこれを規律するのが適当でないときは、その者は同法上の事業者に該当しないとされることとなる。<sup>17)</sup>

### 三 公的部門に対する独占禁止法等の適用事例

#### (一) 公取委による適用事例

国の行為が独占禁止法に違反するとして、公取委により同法が適用された事例はないが、公的部門のうち都道府県及び公庫については、次のとおり同法に違反するとされたものがある。

千葉県血清研究所が製薬会社との間で動物用ワクチン等の価格協定を行った事件（昭和五〇年一〇月二七日・勧告審決<sup>18)</sup>）。なお、千葉県血清研究所は千葉県の一部門であるが、千葉県ではなく同研究所が独占禁止法上の事

業者に該当するとされている。

商工組合中央金庫及び庶民金庫（国民金融公庫の前身）が銀行との間で預金金利の協定を行った事件（昭和二二年一二月二二日・第一回審判開始前同意審決<sup>19)</sup>）。なお、この事件は独占禁止法違反として審決が行われた最初の事件であるが、この金利協定が同法上問題とされたことから、臨時金利調整法が制定され昭和二二年一二月一五日に施行されている。

農林中央金庫が、私的独占に問われた乳業メーカーに協力して不公正な取引方法を用いた事件（昭和三二年七月二八日・正式審決<sup>20)</sup>）。なお、農林中央金庫が、農林省農林経済局長から新たに発出された通達により独占禁止法に違反するよつな融資は行えなくなったので同法違反は消滅した旨を審判で主張したのに対し、公取委では、当該通達の趣旨に従って業務が履行される完全な保証はない等として、同金庫に対しても排除措置を命じている。

また、景品表示法違反事件では、日本郵政公社が不当表示を行ったとして排除命令が行われている（平成一九年一月二五日<sup>21)</sup>）。

#### (二) 損害賠償請求訴訟における適用事例

公的部門の行為により損害を受けたとして損害賠償請求訴訟が提起され最高裁まで争われたものとして、東京都屠畜場不当販売損害賠償請求事件（平成元年一二月一四日・第一小法廷判決<sup>22)</sup>）及びお年玉付き年賀葉書不当販売等損害賠償請求事件（平成一〇年一二月一八日・第三小法廷判決<sup>23)</sup>）があり、前者においては、独占禁止法第一条第一項に規定する「事業者」の意味について最高裁の判断が示されている。

まず、東京都屠畜場に係る事件は、東京都が経営する屠畜場の利用料金（屠畜場使用料及び屠殺解体料）が都の

一般会計からの補助金によりコスト未満の水準に設定されていることにより損害を受けたとして、都内で屠畜場を経営する事業者が東京都に対し民法第七〇九条の規定に基づく損害賠償を請求したものである。原告である屠畜業者は、東京都の設定した利用料金がコスト割れとなっていることは「不公正な取引方法」（昭和五七年公取委告示第一五号）第六項の不当販売に該当し、独占禁止法第一九条に違反すると主張した。東京都の行為が独占禁止法第一九条違反とされるためには、まず、屠畜場を経営する都が同法上の事業者でなければならないこととなる。

この事件において、最高裁は、「独占禁止法二条一項は、事業者とは、商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいうと規定しており、この事業はなんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反復継続して受ける経済活動を指し、その主体の法的性格は問うところではないから、地方公共団体も、同法の適用除外規定がない以上、かかる経済活動の主体たる関係において事業者に当たると解すべきである」として、東京都が事業者に該当し、都の行為も独占禁止法による不当販売規制の対象となるとの判断を示している（以下、この最高裁判決を「屠畜場事件最高裁判決」という。）。ただし、東京都がコスト割れの利用料金を設定したのが物価安定目的であること、東京都と他の屠畜業者との競争関係などから、都の行為は不当販売に該当しないとされている。

次に、お年玉付き年賀葉書に係る事件は、お年玉付き年賀葉書が通常の官製葉書と同一価格で販売されていること、図画付き年賀葉書が図画のコスト以下の価格しか上乘せされていない価格で販売されること等が独占禁止法の不当販売などに該当するとして、私製葉書製造販売業者が民法第七〇九条の規定に基づく損害賠償及び同条ないし営業権に基づくお年玉年賀葉書の販売差止を請求したものである。この事件にあっても、お年玉年賀葉書等を販売する国の行為が独占禁止法上の不当販売などに該当する前提として、国が同法上の事業者に該当するかが問題となる。

この事件においては、国の行為は独占禁止法上の不当販売などには該当しないと私製葉書製造販売業者側の請求は認められなかったが、大阪地裁（平成四年八月三一日判決）<sup>14)</sup>及び大阪高裁（平成六年一〇月一四日判決）<sup>15)</sup>はその理由付けが若干異なるものの、お年玉付き郵便葉書を発行・販売する国は同法上の事業者に該当するとの判断を示している。また、最高裁判決では、「原審の適法に確定した事実関係の下においては、被上告人のお年玉付郵便葉書等の発行及び販売が昭和五七年公正取引委員会告示第一五号（不公正な取引方法）の6に定める不当販売に当たるとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない」<sup>16)</sup>などとして上告が棄却されているので、お年玉付き年賀葉書等を発行・販売する国が独占禁止法上の事業者に該当する旨が明示されているわけではないが、一般的には、最高裁もお年玉付き年賀葉書等を発行・販売する国の事業者性を認めたものと理解されている。<sup>16)</sup>

#### 四 国の事業者性に関する学説の概要

##### （一）昭和二〇年代の学説

国が独占禁止法上の事業者に該当し得るか否かについては、昭和二二年の同法制定当時から議論がなされていたところであり、同法制定当初においても、国が事業者に該当し得るとする説もあった。

例えば、独占禁止法制定当時に法案立案作業を担当された橋本龍伍氏は、国营事業につき、公的な独占などには同法の適用はないが、不公正な競争方法（現在の不公正な取引方法）などには同法の適用があり、不公正な競争方法が用いられた場合などには公取委が関係当局に対し差止め命令を発することができる<sup>16)</sup>とされている。

また、橋本氏とともに立案作業を担当された石井良三氏も、国が事業者に該当するとの説を採っているとされることが多い。石井氏は、国は事業者に該当するとされる一方、公法人の事業活動については独占禁止法の規定は一

般的に適用がないと解すべきとし、この点は同法の適用範囲に関する問題であって適用除外の問題ではないとされている。<sup>17)</sup> このため、結局、石井氏は国の事業者性を否定しているものと解される。

独占禁止法第二条第一項の規定は昭和二十八年に改正されており、事業者の定義については、それまでの「商業、工業、金融業その他の事業を営む者」から「…その他の事業を行う者」とされている。「この点については、「事業」に該当するか否かにつき営利を目的としているかどうかは問わない旨を明確にしたものとされているが、これに関連して、公取委事務局では、昭和二十八年の第二条第一項の改正は政府機関や地方公共団体などの公共団体の営利を目的としない経済行為にも独占禁止法が適用されることを立法者が明確にしたものと説明している。<sup>18)</sup> しかし、昭和二十八年改正法による第二条第一項の修正趣旨がこのようなものであるとすると、国会への政府提出法案の立案段階で国家直営事業を所管する省庁との間においても十分に調整が行われているはずであるが、公表されている資料ではこのような調整が行われたとは思われず、また、アルコール専売事業などを所管していた通商産業省の出雲井・企業局企業第一課長は、国など公法人の行為には独占禁止法の適用はないとされている。<sup>19)</sup>

## (二) 層番場事件最高裁判決前における学説

長らく独占禁止法学を主導された今村教授は、国も経済活動の主体である関係では事業者であるとされ、正田教授も政府機関なども事業者に該当するとされているなど、国も事業活動を行う限り独占禁止法上の事業者に該当すると解するのが通説であると解される。なお、昭和三十七年に景品表示法が制定されたが、その際の公取委事務局の解説においても、経済活動を行う国に対して同法の適用があるとされている。<sup>20)</sup>

また、国の活動につき公法関係と私法関係に区分し、私法関係が適用されるような法的関係の場合に独占禁止法が適用されるとする見解も見られる。<sup>21)</sup>

## (三) 現在の学説

層番場事件最高裁判決が出されて以降においては、国が経済活動を行う限り独占禁止法上の事業者に該当するとすることにほとんど異論は見られず、例えば、法科大学院向けとされるテキストにおいても、経済活動を行う国は事業者に該当するものとされている。<sup>22)</sup>

経済活動を行う国・地方公共団体が事業者に該当するとする通説に対する異論としては、行政活動につき市場メカニズムで規律するのは適当でないとする来生教授、公共性・公益目的から独占禁止法上の問題はないとする際には「事業者性」の要件による同法の適用回避が適当とする屋宮教授の説がある程度である。<sup>23)</sup>

## 五 検討

前記三及び四のとおり、経済活動を行う限り、国も独占禁止法上の事業者に該当するとするのが通説・判例であると考えられるが、このような法解釈については、次のとおり現在の法体系と整合的なものでないなどの問題があり、妥当ではない。

### (一) 市場メカニズムによる国の活動の規律

経済活動を行う国を独占禁止法上の事業者に該当すると解することは、国の行う当該経済活動を市場メカニズムにより規律しようとすることを意味する。

従来、国が行ってきた経済活動を見ると、タバコや塩の専売事業といった財源確保のためのものを除けば、国民福祉の向上や社会秩序の維持などの観点から国民生活に必要ではあるものの、市場メカニズムに委ねては十分

に供給できないサービスを提供するものであると考えられる。市場経済社会では、市場メカニズムが十分に機能しない公共財的な性質の強いサービスであるからこそ、国がこれを提供することが是認されるのであって、このような理解を前提とすれば、このようなサービスを提供する国の活動は、そもそも市場メカニズムによって規律することは適当でないこととなる。

社会公共のために必要やサービスであっても、国でしかこれを提供できない場合には、この国の活動を市場メカニズムにより規律するかどうかの問題となることはない。すなわち、このような国の活動は、前記二の からの要件を満たしたとしても、同二の 要件を満たすものではないので、国の活動を独占禁止法で規律すべきとの議論も生じることはないと考えられる。

一方、国が提供するサービスと同種のサービスが私的部門でも提供されているような場合には、国の活動を効率的にするなどのため、市場メカニズムの機能を利用することも考えられる。<sup>28)</sup>このため、国が直接提供していたサービスが特殊法人で提供されるようになり、さらに特殊法人が独立行政法人化されるなどの動きは、公共的なサービスを提供するに当たっても市場メカニズムの機能を利用しようとするものと考えられる。しかし、独立行政法人により提供されるサービスについても、市場メカニズムに委ねては十分には供給されないものであることが前提とされている。<sup>29)</sup>

さらに、国が提供するサービスであっても、経済社会が発展して豊かな社会になれば、市場メカニズムの下でも十分に供給されるようになることもある。このようなサービスについては、国の事業を民営化して、すべて私的部門で供給させることとすることが適当であろうが、法制上の取扱いとしては、そのサービスが私的部門でも供給できるか否かより、国により提供されているか否かが重要であるので、国が提供する限りにおいて、当該サービスが国でしか提供できない場合と同様に解するのが適当であると考えられる。

また、社会公共のために必要なサービスであって市場メカニズムに委ねては十分に供給できないものであっても、国がこれを直接提供する必要はなく、民間の事業者でも十分な供給ができるようなシステムを国が提供することに対応することも可能である。このようなシステムを構築するためには、補助金を交付することもあり、参入制限を設けるなどにより民間の事業者を法的に保護することも、供給義務などを課したり料金認可制を採用といった法制度を設けることもあろう。

国が補助金を交付すること自体は独占禁止法と抵触せず、事業法を制定して民間の事業者を規制する場合は、独占禁止法と当該事業法との関係が問題となるが、当該事業法に従う限り民間の事業者が独占禁止法上問題となることはない(このような場合は、独占禁止法との調整規定が設けられることとなる)。このように、国が経済活動を行ったり、民間事業者の経済活動に介入することにより、競争秩序に大きな弊害がもたらされた場合に、国が直接的に経済活動を行っているときは独占禁止法の規制対象とする一方、民間事業者の経済活動に介入しているときは同法で規制できないとすることは、競争政策を推進する観点からも著しく均衡を失したものと考えられる。

## (二) 行政法としての独占禁止法の限界

経済法の中心が経済統制法から独占禁止法を中心とするものに変化するにつれ、経済法の行政法に対する独自性が主張されるようになったが、独占禁止法などの経済法が行政法分野に属するものであることは明らかである。

田中二郎教授は、従来の行政法の解釈の実際につき行政法規の成文を重視し、成文法規を厳格な論理の法則に従って解釈する傾向があることを批判し、特に行政法規の解釈に当たっては、それが行政法秩序の中でどついう位置を占めているかを明らかにし、その目的との関連において、その意味を合目的に解釈しなければならないことを強調されている<sup>31)</sup>。しかし、屠畜場事件最高裁判決は、独占禁止法第二条第一項の文言を重視したものであって、田中

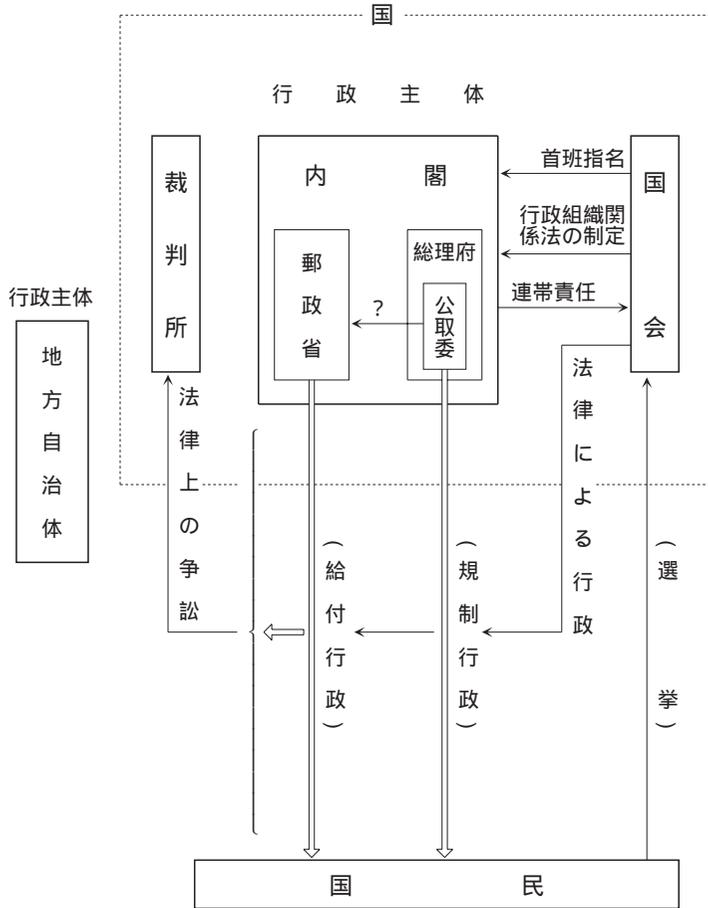
教授が批判されるような法解釈を行ったものであると思われる。<sup>32)</sup>  
このように、行政法規の条文解釈に当たっては、一般に、当該法律全体の仕組みを十分に理解した上で、その仕組みの一部として当該条文を解釈したり、憲法との関係も踏まえる必要があるとされているので、公法人、特に国に対し独占禁止法による規制が適用されるか否かの解釈を行う際にも、同法が行政法規であることを考慮する必要があると考えられる。<sup>34)</sup>

改めて指摘するまでもなく、我が国は三権分立制を採用しており、行政権は、国会で指名された内閣総理大臣が組織する内閣が国会の制定した法律に基づいて行使している。また、内閣には個々の行政法規の運用を担当する行政機関が置かれているが、個々の行政機関が行った行政行為の効果は、当然に法人格を有するとされる行政主体である国に帰属するものとされている。<sup>33)</sup> 行政法学においては、行政法上の法律関係として主たる分析対象となってきたものは行政主体である国・地方公共団体等と国民との関係（行政の外部関係）であって、行政主体と行政主体との関係や行政主体内部の関係（行政の内部関係）については十分な検討対象とされてこなかった。この後者の行政の内部関係が具体的にどのような関係であるかは、小高教授が指摘されるように必ずしも明確ではないが、行政の内部関係については、行政の外部関係とは異なった取扱いがなされるものとされている。<sup>37)</sup>

国が独占禁止法上の事業者者に該当すると解することの問題点について、お年玉付き年賀葉書不当販売等損害賠償訴訟の場合と同様の事実関係において、私製葉書製造販売業者が郵政省の行為を問題としたのではなく、公取委が郵政省の行為を問題としたと仮定して検討を行うこととする。<sup>35)</sup>

この訴訟が提起された当時においては、郵便事業は郵政省が所管する国の直営事業であり、公取委は総理府の外局として設置されていたので、三権分立にも留意して、郵便事業に係る郵政省と公取委の関係を中心に図示すると、別図のとおりである。この図で明らかとなり、公取委が郵政省の行為を問題とする場合には、国という同一の行

図 お年玉付き年賀葉書不当販売等損害賠償請求事件当時における公取委と郵政省を中心とした関係図



政主体内部の関係となる。

独占禁止法においては、同法違反行為を排除するための手続として、公取委の行政処分である審決に不服がある者は東京高裁に審決取消訴訟を提起することができる<sup>43)</sup>とされている。しかし、裁判所が裁判を行い得る対象は「法律上の争訟」に該当するもののほか特に法律で定める訴訟であるとされており（裁判所法第三条第一項）、行政機関の間など行政主体内部の紛争である機関訴訟は、一般に「法律上の争訟」に該当しないものとされている<sup>44)</sup>。機関訴訟は、特に法律で定める場合に提起できることとなっており（行政事件訴訟法第四条）、独占禁止法上の審決取消訴訟に係る規定がこの特に法律に定める場合とは解することはできないので、審決の名宛人である国ないし郵政省は独占禁止法の設ける審決取消訴訟手続を利用できないこととなる<sup>45)</sup>。このように、独占禁止法の設ける手続が利用できないこととなるような法解釈を行うことは適当でないと考えられる。

### (三) 規制対象に国も含まれると解される場合の立法例

国が活動を行う際にも、民間の事業者が活動を行う際と同様に、建物を調達したり労働者を雇用することが必要であり、建築主や雇用者を規制対象とする法律が制定される場合には、国も建築主や雇用者に該当することがあるので、国に当該法律が適用されるか否かの規定が設けられないのであれば、当該法律の規制対象者に国が含まれるかが問題となる。法律の主要な規制対象が国民や民間の事業者であっても、国がこれら規制対象者と同様の立場になり得る場合には、次のとおり、国についての適用関係を明示する規定が設けられることが多いと考えられる<sup>46)</sup>。また、国に係る適用関係についての規定がない場合には、国については適用がないと解されることもある。したがって、独占禁止法において国の適用関係に係る規定が設けられない以上、国は同法の適用対象に含まれないと解するのが適当であろう。

## ア 労働法規

労働基準法第一二二条では、「この法律及びこの法律に基づいて発する命令は、国、都道府県、市町村その他これに準ずべきものについても適用があるものとする」として、国についても同法が適用されることが規定されている。しかし、例えば一般職の国家公務員について見ると、国家公務員法附則第一六条で、労働基準法などの労働法規を適用しない旨が、国家公務員法第一次改正法附則第三条で、別に法律が制定実施されるまでの間、国家公務員法の精神に抵触しない範囲内等において労働基準法等を準用する旨が規定されている。

また、男女雇用機会均等法（雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律）では第二八条で国家公務員について適用除外が規定され、障害者雇用促進法（障害者の雇用の促進等に関する法律）では、雇用主の義務の内容が国及び地方公共団体と一般事業者で異なっており、主務大臣である厚生労働省の権限についても両者に対するもので異なっている。

## イ 建築法規

建築基準法では、建築申請等に係る一般建築主の義務につき、第一八条第一項で、国、都道府県又は建築主事を置く市町村については適用を除外するとともに、同条第二項以下でこれらの者に係る手続規定を設けている。

## ウ 教育法規

地方分権一括法による改正前の学校教育法においては、監督庁が学校閉鎖命令（第一三条）及び設備・授業等の変更命令（第一四條）を発することができる「学校」に限定はなく、同法の文言上は国立大学など国立学校が含まれるものとなっていた<sup>48)</sup>。

しかし、国立学校については、国が設置者であって文部大臣がその管理者であることから管理権限を行使して是正を図ればよい等の理由で、この学校閉鎖命令及び設備・授業等の変更命令の対象にならないものと解釈されていた<sup>44</sup>。なお、現行法では、その規定上も、これらの命令の対象となる学校に国立学校（国立大学法人が設置する学校を含む）は含まれないこととなっている。

## 工 医療法規

医療法第六条では、国の開設する病院等に係る同法の適用について政令で特別の定めをすることができるものとされている。なお、国立病院の独立行政法人化に伴い、独立行政法人国立病院機構法第二条で、医療法などについては、政令で定めるところにより、独立行政法人国立病院機構を国とみなして同法などを準用することとされている。

## (四) 行政機関の間における政策調整

国の各行政機関はそれぞれの所管業務を担当しているが、その業務を遂行するに当たり他の行政機関の所管業務との抵触が生ずることがある。

国の行政権は内閣に属するものとされ、内閣は行政権の行使につき国会に対し連帯責任を負うこととされているので、内閣総理大臣が閣議で決定した方針に基づき各行政機関を指揮監督したり、各行政機関の間の権限についての疑義は閣議にかけて内閣総理大臣が裁定するなど、内閣は一体として活動することとされている。

内閣の下における各行政機関の間において政策調整を行う必要がある場合には、ある行政機関が行政事務を行う際の根拠法に他の行政機関との間の調整規定が置かれ、当該規定に基づき調整が行われるほか、内閣府設置法又は

国家行政組織法の規定に基づき調整を行うことができるとされている<sup>45</sup>。

この内閣府設置法及び国家行政組織法の規定が設けられた平成十三年の中央省庁の再編に当たっては、内閣総理大臣の指導力を発揮して内閣全体として業務を遂行できるよう、内閣府におかれる特命担当大臣に関係行政機関の長に対する指示権を認めるなど内閣府に府省間の調整において主導権を持たせることも検討されたが、政府内部での調整の結果、この特命大臣の権限は勧告権に止められている<sup>46</sup>。

このように、上下関係にない行政機関相互における調整において一方の行政機関が他方の行政機関に命令を行い得るような権限が内閣提出法案において認められることがあり得るとは想定しがたい。この点については、従前は総理府の外局として置かれ、平成十三年の中央省庁の再編により総務省の外局となった後、内閣府の外局となっている公取委の場合も同様と考えられる。

## (五) 公取委による他省庁の行政への積極的関与と公取委の合憲性

公取委の委員長及び委員が独占禁止法の運用に関する職務を遂行するに当たって職権行使の独立性が認められており（同法第二八条）、内閣総理大臣の指揮監督を受けることがないこととされているため、かつては、公取委のような行政機関を内閣に設けることは憲法違反であるとの主張も見られた<sup>47</sup>。現在では、公取委の業務の特殊性・専門性や、人事権や予算編成権を通じて内閣総理大臣が監督し得ることなどを理由として、公取委のような独立行政委員会を設けることは憲法に違反しないとされている。

かつての公取委違憲論は、公取委が民間の事業者等に独占禁止法を適用する際に、内閣の当該事業者等への対応方針と関係なく、公取委が内閣から独立して職権を行使し得ることを問題としたものであった。内閣が独占禁止法の運用につき公取委に指示できないことの問題としては、同法の運用につき公取委に指示できないこと自体のほか、

公取委が同法を独自に運用する結果、内閣の行政の遂行に支障が生ずるおそれがあることも挙げられる。例えば、昭和五〇年代前半までは、通商産業省と公取委との間で、通商産業省としては不況期には民間事業者に減産をさせるなどの行政指導を行いたいの、当該行政指導に従った当該事業者の行為を公取委が独占禁止法違反とすることにより、同省の行政の遂行に支障が生ずるといったことが問題とされてきた。この場合、公取委は通商産業省の競争制限的な行政の遂行自体を問題として独占禁止法の運用を行ったのではなく、公取委の当該事業者に対する同法の運用を通じて、同省の行政遂行に影響を与えたものであって、その影響は間接的なものであった。また、このような場合には、当初の行政目的を実現するため、通商産業省は（競争政策上の問題は残るものの）当該事業者が独占禁止法違反に問われないような方策を探ることも可能であった。

これに対し、国が事業者に該当するとして内閣が（担当省庁を通じて）行う経済活動に対して独占禁止法を適用する場合には、内閣の行政活動に対し公取委が直接的に介入して、内閣が行おうとした行政活動の変更を求めることになると考えられる。どのような省庁が経済活動を行う際にも、国の行政権の発動として行っているものであり、内閣は一体として活動を行っているので、内閣全体の方針として当該経済活動を行うこととしているときに、公取委が当該経済活動の実施を独占禁止法違反とすることは、内閣による行政権の行使を公取委が積極的に阻止することとなる。この場合、内閣と公取委の関係はかつての公取委違憲論が前提とした状況とは異なるものであって、国を事業者に該当するとすることは経済活動に係る国の行政権の行使（の一部）を公取委の監督下に置くこととなるものであり、このような公取委の存在が合憲であるとは言いがたいと考えられる。

## 六 おわりに

現在の経済社会においては国民生活における国（行政部門）の役割は多様なものとなっており、かつての国の活動は、私的部門の活動を社会公共のために規律する規制行政が中心であったが、国民が生活するに当たり必要となる所得を確保したり、国民生活に必要なサービスを提供する給付行政も重要なものとなっている。この給付行政のうち、国民に一定の負担を求めてサービスを提供するものが本稿が検討対象とした国の経済活動である。

現在の社会では給付行政の果たす役割は非常に大きなものがあるが、給付行政に必要な財源を税金や利用料などの形で国民に負担を求めるのが困難であることから、政府は大幅な財政赤字を抱えるに至っており、その活動の効率化が求められている。

近年推進されている独立行政法人化や国立大学法人化は、公的部門（行政部門）の効率化をその目的の一つとするものであるが、この効率化を図るに当たっては、独立採算性の下で経済活動が行われることを前提とする市場メカニズムの機能を利用することが想定されているように思われる。しかし、市場メカニズムの機能により公的部門の効率化が図られるためには、当該公的部門が私的部門との競争にさらされる必要があり、当該公的部門が私的部門との競争にさらされることとなれば、当該公的部門の活動いかんによって私的部門の事業者が大きな影響を受けることになる。

私的部門であれ公的部門であれ、その経済活動を規律する法律が設けられているのであれば、これを遵守する必要があるのは当然であるが、私的部門を規制対象とする法律のみが存在する場合に、公的部門が、当該法律の適用対象とならないことを理由に、当該法律に定められたルールを全く考慮しなくてよいとすることは問題であろう。

私的部門の事業者にあつては、法律で規制されていない活動については自由にこれを行い得るとすることも一つの考え方として是認せざるを得ないであろうが、公的部門が活動を行う際には、単に法律に違反しないことだけでなく、同じ政策目的を達成するための活動として社会経済に与える悪影響がより少ない方策が他にあるのであれば、そのような方策を探ることが求められよう。例えば、東京都が物価安定等の目的で屠畜料金を安くするために補助金を支出するのであれば、都直営の屠畜場のみを交付対象とするのではなく、東京都に所在する民間の屠畜場も対象にすべきであつたのであり、その方が屠畜場間の競争に悪影響を及ぼすことなく、また物価安定等の目的もより効果的に達成されたと考えられる。

国についても、国民に新たなサービスを提供しようとする際に、当該サービスと同種のサービスを提供している民間の事業者との間の競争関係に悪影響を及ぼさないこととの視点で、当該新たなサービスの内容や提供方法が決定されるとは限らない<sup>28)</sup>。我が国においては、市場経済システムを採用しているものの、国などの公的部門が行う経済活動も重要なものとなっており、また、公的部門に対しても可能な範囲で市場メカニズムによる規律を適用していくこととされているので、これらの公的部門が経済活動を行う際に、同種の活動を行っている私的部門の事業者との競争関係に悪影響を及ぼすこととなるか否かの視点から、公的部門の活動を規律していく必要があると考えられる。

その方策としては、公的部門も独占禁止法上の事業者に該当するとして、民間の事業者と同一の基準で公取委が公的部門を規律していくこと<sup>29)</sup>や、不公正な取引方法規制については差止め請求訴訟ができることとなつたことから民間事業者が訴訟を提起することによって対応するといったことも考えられようが、公的部門を民間部門と同一の基準で規律することが妥当であるかとか、そもそも国の直営事業については本稿で検討したような問題がある。公的部門の活動により私的部門における競争秩序に悪影響が及ぼされるのであれば、競争政策担当官庁としての公取

委も何らかの対応を行うべきであるが、その場合には、独占禁止法を公的部門に適用するのではなく、関係省庁との間の政策調整という形で行うというのが妥当であると思われる<sup>30)</sup>。

国の行為によって国民や民間事業者が不利益を受けた場合の救済等については、主として行政救済法の分野における問題として検討されてきたが、これらの分野で問題となつてきたのは国と国民等が公法的な関係にある場合や国の行為の直接的な相手方である国民等との関係であつて、国が経済活動を行う際の私法的な関係における問題とか、国の行う経済活動について競争関係にある事業者のように国の行為の直接の相手方とはならない者との関係については、十分な検討が行われず、救済策としても十分なものでなかつたように思われる。今後とも、公的部門の経済活動につき市場メカニズムの機能を利用しようとする動きは強まつていくと思われるので、行政救済法の分野においても十分な対応が進められることを期待したい。

## 注

(1) 景品表示法においては「事業者」の定義規定は設けられておらず、同法が消費者保護も目的としており、消費者が取引をする相手方は独占禁止法上の「事業者」に限らないことから、同法上の「事業者」の範囲は独占禁止法のものより広いと解されることが多い(例えば、公取委事務局編『誇大広告と懸賞販売の規制 不当景品類及び不当表示防止法の解説』(ダイヤモンド社・昭和三七年)九九頁)。しかし、一般消費者が被害を受ける可能性があるか否かの観点から事業者性を判断することは適当ではなく、景品表示法は独占禁止法の補完法であるので、同法上の「事業者」も独占禁止法上の「事業者」と同一であると解すべきである。

(2) 公取委事務局編『独占禁止政策の主要課題 独占禁止懇話会資料』(大蔵省印刷局・昭和四四年)二〇三頁

(3) 事業者がサービスを提供するに当たっては、当該サービスを提供するのに必要なサービス、労働力などを他から調達している。ある経済主体が事業を行っているか否かは、サービスの提供面だけでなく調達面も踏まえて検討されるものであ

り、国が事業者に該当する場合には、サービスを提供する場合だけでなく、当該サービスの提供に必要なサービス等を調達する際にも独占禁止法が適用されることになる。

(4) 大橋敏道「独占禁止法と労働法の交錯 Labor Exemption の日米比較」『福岡大学法学論叢』第四八巻第一号（平成一五年）八頁

(5) 白石忠志『独占禁止法』（有斐閣・平成一八年）一二二―一二三頁

(6) ある者が独占禁止法上問題となる可能性のある行為を行っていないときは、その者が同法上の事業者に該当するか否かを検討する実益はない。従来の独占禁止法の運用において「事業者」に該当するとの判断がなされていないかつた者の事業者性を検討する際にも、その者による行為が同法に違反するのではないかとされて初めて問題となるものである。このため、これを一見すると、独占禁止法上問題となる行為を行う者が事業者であると見られる可能性もあるが、同法上の事業者に該当するか否かは、その者の行為が同法上問題であるか否かを判断する前に行われるべきものである。帰納的な解釈を行うことは妥当ではない。

なお、丹宗教授は、「要するに、競争制限ないし競争阻害的效果をもたらす経済活動は、教育事業であれ、医療事業であれ、『事業』活動と規定すべきである」として、そのような『事業』を行なう者は、独占禁止法の法主体たる事業者に該当すると解してよいであろう」とされている（丹宗昭信『独占および寡占市場構造規制の法理』北海道大学図書刊行会・昭和五一年）四〇頁。これは、いわゆる帰納法的な解釈を採用のものと解されるが、教育事業や医療事業における競争制限的な活動を独占禁止法により排除して市場メカニズムにより規律することが適当であるとの趣旨であるとすると、帰納法的な解釈を採用のとはなく、この要件に従って事業者性を解釈すべきとするものであると解される。

(7) 公取委が事業者性の判断につきこのような考え方を採っていたことは、豊田商事事件の際の公取委の見解を見れば明らかである。豊田商事・国家賠償請求事件（東京地裁平成四年四月二二日判決につき公取委審決集第三九巻三九一頁、大阪高裁平成一〇年一月二九日判決につき同第四四巻五五五頁）において被告・国側は「独占禁止法及び景表法の適用対象である事業者とは、公正かつ自由な競争、すなわち、企業性の承認を前提として企業の能率、商品の価格、品質などをめぐって行われる競争が可能となるようなものでなければならず、公正かつ自由な競争の促進を図る余地のない取引的活動を行う

者は事業者に当たらない」（同第三九巻四二二頁）と主張しており、事件当時の利部・公取委事務局取引部長も国会で同趣旨の答弁を行っている（衆議院・物価問題等に関する特別委員会議事録第六号（昭和六〇年六月六日）四頁及び一〇頁）。しかし、東京地裁判決で「専ら詐欺取引を行うなど公正かつ自由な競争の促進を図る余地のない取引活動を行う者は、独占禁止法及び景表法の適用対象である事業者に当たらない」（同第三九巻四七二頁）とされたものの、いずれの判決においても豊田商事の事業者性が認められている。

なお、公取委にとつて豊田商事が詐欺的商法を採っている業者であるか否かは調査を行って初めて分かることであるので、公取委が調査をせずに前記のような判断をすることは「後知恵」であるなどとして豊田商事事件の際の公取委の対応には批判がある（例えば、舟田正之「独占禁止法上の『事業者』」（判例タイムズ一三四号）平成一六年一月一日号）七三頁）が、「事業者」に係る解釈論としては前記の国側主張は正当であると考えられる。

(8) 昭和五〇年（勤）第二六号・公取委審決集第二二巻七三頁

(9) 昭和二年（判）第一号・公取委審決集第一巻一頁

(10) 昭和二年（判）第四号・公取委審決集第八巻一一二頁。なお、現在の農林中央金庫には政府出資はなされていないが、本件事件当時は政府からの出資も行われていた。

(11) 平成一九年（排）第一号・公取委排除命令集第二五巻掲載予定

(12) 昭和六一年（才）第六五五号・公取委審決集第三六巻五七〇頁

(13) 平成七年（才）第四一三三号・公取委審決集第四五巻四六七頁

(14) 大阪地裁判決（平成元年（ワ）第三九八七号）は公取委審決集第三九巻五八六頁、大阪高裁判決（平成四年（ネ）第二一一一―一三二号）は同四一巻四九〇頁。なお、大阪地裁では、郵便事業を行う国は事業者に該当するとした上で、官製葉書を発行することは郵便法により国の独占事業が認められた「郵便の業務」であつて独占禁止法の適用はないが、官製葉書にお年玉を付けて発行することは、この独占事業に固有の行為ではないので、お年玉付き年賀葉書の発行・販売については独占禁止法の適用があると判断しているものと考えられる。これに対し、大阪高裁では、「郵便法の諸規定からすると、……郵便葉書の発行・販売は、郵便の業務と関連するものの、郵便の業務そのものには含まれず、国の独占に属するものでは

ないといわなければならない。したがって、郵便葉書の発行・販売という事業に関する限り、被控訴人国もまたその事業の主体として独占禁止法の事業者に該当し、私製の郵便葉書の製造・販売を業とする事業者である控訴人らと競争関係に立つものといふべきである」とし、法的に独占が認められているか、法的独占が認められず競争関係が生じ得るかの事情を事業者性の判断要素しているように考えられる。しかし、ある経済主体につき法的独占が認められていることと当該経済主体が独占禁止法上の事業者に該当するか否かは関係がないので、大阪高裁が法的独占が認められていないことを郵便葉書を発行・販売する国の事業者性の判断基準としたのであれば妥当ではない。

- (15) 民法第七〇九条の損害賠償責任（国家賠償法上の損害賠償責任も同じ）は、具体的な法律違反行為により損害を与えた場合に限られないので、お年玉付き年賀葉書等を発行・販売する国が独占禁止法上の事業者に該当しないため同法に違反しないとしただけでは、国に損害賠償責任がないとすることはできない。このため、最高裁判決の判示が、仮に国が事業者者に該当するとの原告の主張を前提としても損害賠償責任が生ずるような違法行為はないとして、国の事業者性につき判断していいないと解する余地があるが、お年玉付き年賀葉書等を発行・販売する国が同法上の事業者に該当するとした判例として、大阪高裁判決ではなく、この最高裁判決が挙げられることも多い（例えば、金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編『独占禁止法「第二版」』（弘文堂・平成一八年）二〇頁（泉水執筆分））。

- (16) 橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』（日本経済新聞社・昭和二年）二五～六頁  
 (17) 石井良三『独占禁止法 過度経済力集中排除法』（改訂増補版）（海峽書店・昭和三年）において、「国又は地方公共団体もまたここにいう事業者のうちに含まれる」（六七～八頁）とされている一方、「国又は地方公共団体は、鉄道や電車を経営し、煙草、塩、樟脳の専売を行い、郵便……等の事業を営んでいる。これらの事業活動は、所謂国の公権力の発動によるものではないから、本来は、独占禁止法の適用を受けるべき性質のものである。ただ、本法は、……私人の事業活動を規整することを目的とするものであるから、国、地方公共団体、その他の公法人の事業活動は、本法の適用をうけないものと解すべきである。このことは、本法制定の基礎となつた昭和二〇年一月六日附の連合軍最高司令官の日本政府宛のメモランダムに徴しても明らかである。……公法人の事業活動については、本法の規定は一般に、その適用がないものと解す

べきである。従つて、この問題は、本法の適用範囲に関する問題であつて、適用除外の問題ではない」（二六九～七一頁）とされている。また、石井氏は、橋本龍伍氏が国も不正な競争方法規制の対象になると主張されたことに対し、損害賠償請求権との関係で疑義はあるものの、独占禁止法との関係においては国は常に公共の利益の代表者として取り扱われ、国の行為が公益に反することは同法の予想していないところであるため、不公正な競争方法の規定も国に適用されることはないとされている（同書二七一頁）。

- (18) 公取委事務局編『改正独占禁止法解説』（唯人社版・昭和二九年）二二頁  
 (19) 出雲井正雄『新独占禁止法の解説』（時事通信社・昭和二八年）二〇八～九頁  
 (20) 今村成和『独占禁止法「新版」』（有斐閣法律学全集・昭和五三年）三六～七頁  
 (21) 正田彬『全訂独占禁止法「一」』（日本評論社・昭和五五年）一一九頁  
 (22) 公取委事務局編・前掲（注一）一〇〇頁  
 (23) このように公法関係と私法関係を区分し、私法関係に該当する場合に国も独占禁止法上の事業者に該当し得るとするものとして、丹宗・前掲（注六）四一～二頁、田中誠二・久保欣哉『新版経済法概説（三全訂版）』（千倉書房・平成二年）九六頁、石井幸一『独占禁止法の解釈と実例』（一橋書店・昭和三〇年）二九～三〇頁、大村須賀男『私的独占禁止法における公共機関の事業者適格について』（経済法第八号（商事法務研究会・昭和四〇年）一四頁などがある。  
 (24) 白石・前掲（注五）一一七頁、金井ほか編・前掲（注15）一九～二〇頁  
 (25) 来生教授の見解については、来生新『地方公共団体の直営事業と公正取引』磯部力ほか編『地方自治判例百選「第三版」』（有斐閣別冊ジュリスト一六八号・平成一五年）一〇四～五頁及び来生新・井上従子・稲井一樹『都営「と畜場」の不当廉売に対する損害賠償請求事件最高裁判決評釈』（横浜国際経済法学第二巻一号・平成五年）一四五頁、屋宮教授の見解については、屋宮憲夫『公共料金と不当廉売規制』伊従寛ほか編『企業行動と法』（松下満雄先生還暦記念）（商事法務研究会・平成七年）一一七頁参照。  
 (26) 国が現に行っている活動のうち前記二の からの要件に該当するものを全てを「経済活動」に該当すると解すると、給付行政のような行政の活動だけでなく、司法院の活動のうち民事裁判などに係るものも経済活動に含まれる可能性が

ある。しかし、司法府の行う活動に関しても国が事業者に該当すると主張する論者はいないので、本稿においても行政府の活動のみを検討の対象とする。

- (27) 例えば、塩野教授は、サービスを提供する主体を誰にするかについては立法者の幅広い選択の余地があるものの、「日本国憲法は国民に人権としての営業の自由と私有財産制度を保障しており、サービスも市場によって提供されることを基本としている」とみることができる」とされている(塩野宏『行政法 第三版』行政組織法(有斐閣・平成一八年)八三頁)。

- (28) 近年においては、市場化テスト法(競争の導入による公共サービスの改革に関する法律)が制定されるなど、競争原理を利用して行政部門の効率化が図られるようになっており、同法は「民間にできることは民間に」という構造改革を具体化するためのものとされている(例えば、内閣府公共サービス改革推進室編『よくわかる!公共サービス改革法(市場化テスト法)入門』(ぎょうせい・平成一八年)五頁)。しかし、市場化テスト法は、国等が提供している公共サービスの実施を国等が民間の事業者に外注できるようにすることを通じて、公共サービスの提供に要する費用を縮減しようとするものである(この場合、当該公共サービスの提供に要する費用は、国等が負担するものであって、受益者たる国民から当該公共サービスの対価として徴収されるものではない)ので、郵政事業の民営化などの場合とは異なり、公共サービスの提供を市場メカニズムに委ねることとしたものではない。このため、国の事業者性と市場化テスト法を関連付けるような議論(白石・前掲(注5)一七二頁)は適当ではない。

- (29) 独立行政法人通則法第二条第一項では、独立行政法人を「国民生活及び社会経済の安定等の公共上の見地から確実に実施されることが必要な事務及び事業であつて、国が自ら主体となつて直接に実施する必要のないものうち、民間の主体にゆだねた場合には必ずしも実施されないおそれがあるもの」等を効率的かつ効果的に行わせることを目的として法律に基づき設立される法人としている。

- (30) 経済法と行政法の関係については、例えば、丹宗暁信・伊從寛『経済法総論』(青林書院現代法律学全集・平成一一年)一九三頁以下(丹宗執筆分)参照。民間の事業者が自由に活動することを認めると国家にとって好ましくない事態が生じるので国家が民間の活動を規制すべきとする経済統制法については、行政作用法の重要な部分とされ、行政法各論のテキ

スト等においても論じられることが多かった。これに対し、民間の事業者の公正かつ自由な活動を促進することが市場メカニズムを通じて社会的に望ましい状態をもたらすとして、市場メカニズムの機能を阻害する事業者の行為を公取委という行政機関が規制する独占禁止法は、行政法各論で論じられることは少なくなっている。このように、独占禁止法を中心とする経済法は行政法各論で論じれば足りるような法分野ではなくなっているが、行政機関が経済活動に介入する面をみれば、従来の行政法そのものである。

- (31) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣法律学全集・昭和三年)一八一頁

- (32) 屠畜場事件最高裁判決では、地方公共団体が独占禁止法上の事業者に該当しないとされるためには同法の適用除外規定が必要であるとしているように解されるが、石井良三氏が指摘するように(前記注17)、地方公共団体が事業者に該当するか否かは同法の適用範囲の問題であつて適用除外の問題ではないとの点でも疑問がある。すなわち、地方公共団体の活動が「商業、工業、金融業その他の事業」に該当すると一般に理解されているのであれば、地方公共団体に独占禁止法が適用されないとするにはその旨の規定が必要であることも許されよう。しかし、地方公共団体の行う活動につきこのような一般的な理解がないのであれば、独占禁止法上の事業者に該当しないとする旨の規定を待つまでもなく、地方公共団体は事業者に該当しないと解すべきであろう。なお、独占禁止法の適用除外規定は、一般に、ある経済主体等が同法の事業者又は事業者団体に該当することを前提に、当該事業者又は事業者団体の行為を同法違反とはしないとの意味で使用されており、屠畜場事件最高裁判決が指摘するような意味で同法の適用除外規定が設けられたことはないと思われる。

- (33) 例えば、塩野宏『行政法 第四版』行政法総論(有斐閣・平成一七年)五三頁。また、憲法規範又は憲法原理を踏まえ行政法規を解釈する必要があることを強調するものとして、平岡久『行政法解釈の諸問題』(勁草書房・平成一九年)九頁。なお、憲法との関係については、後記(四)及び(五)でも検討する。

- (34) 国が事業者に該当するとする論者のうち今村教授は行政法の研究者としても高名であられたが、行政法の分野では小早川教授も国が独占禁止法上の事業者に該当すると解されていると思われる(小早川光郎『行政法 上』(弘文堂・平成一年)二二四頁)。

- (35) 都道府県の場合には、その一部門が行った行為の効果は行政主体たる都道府県に帰属することになるので、前記三(一)

の千葉県血清研究所に係る事件については、同研究所ではなく千葉県を審決名宛人にすべきであったと考えられる。なお、国立大学が法人化されるに当たり、公取委では、国立大学協会に対し、法人化後の各大学の学生納付金が現在想定されているように制度設計され、その中で各大学が決定すべきことを、国大協のような組織が一定額に決定するようなことがあれば、独占禁止法に触れることとなる。(平成十四年二月二日に開催された国立大学協会の第一〇回国立大学法人化特別委員会の議事メモ (例えば、<http://www.hokudai.ac.jp/bureau/socho/agency/hojin-tokubetu-inkai141210.htm>参照))との説明を行ったとされている。仮に、公取委が国立大学が独占禁止法上の事業者に該当し得ると解しているのであれば、これは、法人化前の国立大学は国の一部門であるのに対し、法人化された後の国立大学法人がそれぞれ同法上の事業者に該当することを明らかにしたものと考えられる。

(36) 小高剛『行政法総論「第二版」』(ぎょうせい・平成二年)二二頁

(37) 行政の内部関係についての文献としては、平岡久「行政・内部法」に関する若干の考察」(同『行政立法と行政基準』(有斐閣・平成七年)所収)、多賀谷一照「内部法」論」(公法研究第五〇号・昭和六三年、二〇二頁)、高橋明男「行政の「内部」と法」(公法研究第五七号・平成七年、二一八頁)など多数のものがあるが、本稿においては、特に、榎重博「内部法の法理」(同『現代行政法の諸問題』(有斐閣・昭和五五年)所収)、藤田宙靖「行政法人門」(第五版)。(有斐閣・平成一八年)一七―三六頁を参考とした。

(38) 平成二二年の独占禁止法改正により不公正な取引方法に係る差止請求訴訟制度(現行法第二四条等)が導入されたが、この導入前の独占禁止法の運用においては、公取委が問題としなければ同法が直接的に適用されることはないとの公取委中心主義が採られていた。この公取委中心主義を前提とすると、国を事業者と解することは国に対し公取委が行政処分を行うことを意味することとなる。公取委が郵政省が所管する業務につき独占禁止法違反であるとして行政処分を行うとすると、その名宛人は法人格を有するものとなるはずであるので、行政主体たる国が名宛人になるものと考えられる。このように、国の一行政機関である公取委が国に対し行政処分を行うこととなると、この外形からだけ見ても、国が独占禁止法上の事業者該当すると解すべきでないであろう。

(39) 例えば、塩野宏『行政法「第四版」行政救済法』(有斐閣・平成一七年)三八九―九〇頁

(40) 平成一八年の法改正前には規定されていなかったが、独占禁止法第七八条では、審決取消訴訟は抗告訴訟とされている。

(41) 都道府県や特殊法人などは行政主体として国とは別の法人格を有しており、また、その経済活動が公取委から問題とされる際には都道府県等と公取委との間に行政上の上下関係等は存在しないため、両者間の紛争は法律上の争訟とされるものと思われる。なお、EU競争法上は、加盟国も事業者と取り扱われている(例えば、土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法 規制改革時代の独禁法と事業法』(日本評論社・平成十七年)四三頁(須網執筆分))が、両者の法人格が異なることから、我が国において都道府県に対し公取委が独占禁止法を適用する場合と同視できるものと思われる。

(42) なお、独占禁止法の補完法である下請法(下請代金支払遅延等防止法)においても、公的部門(「政府契約の支払遅延防止等に関する法律」第一四条で同法が準用されるもの)が発注者となる場合には、下請法上の「親事業者」に含まれないとの適用除外(第二七条第七項)が定められている。ただし、国や普通地方公共団体には資本や出資との概念がないことから、そもそも下請法上の親事業者該当することはない。

(43) 平成一一年度までの学校教育法においては、第二三条で監督庁が学校の閉鎖を命ずることが、第一四条で監督庁が設備・授業等の変更を命ずることができるものとされていたところ、学校には国立学校が含まれるとともに、国立学校及び大学の監督庁は文部大臣とされていた。なお、当時の第一四条の規定は、次のとおりであった。

第一四条 学校が、設備、授業その他の事項について、法令の規定又は監督庁の定める規程に違反したときは、監督庁は、その変更を命ずることができる。

(44) 例えば、内藤普三郎『学校教育法解説』(ひかり出版・昭和二年)五九頁、安嶋彌『学校行政法』(良書普及会・昭和三年)一一―二頁、清水成之「現行大学法制の仕組」ジュリスト四二六号(昭和四年六月一五日号)三八頁、木田宏『教育行政法(新版)』(良書普及会・昭和五八年)二二三―四頁、兼子仁『教育法「新版」』(有斐閣法律学全集・昭和五三年)三六〇頁。なお、塩野宏『行政組織法の諸問題』(有斐閣・平成三年)昭和四四年初出)七五頁も、このような解釈を一応は認ずる。

(45) 内閣府設置法及び国家行政組織法上の調整規定は、平成一三年の中央省庁の再編時に設けられたものであり、この調整規定に係る権限は委員会にも認められている(内閣府設置法第五八条第八項、国家行政組織法第一五条)ので、公取委も

当該規定に基づき他の行政機関と調整を行うことができることとなる。なお、この調整規定が設けられる以前においては、個別の法律において調整規定が設けられていない場合には、各省設置法に基づく各行政機関の所掌事務規定や権限規定を背景とした調整が行われていた。公取委の場合には、昭和五八年の各行政機関の所掌事務・権限に係る規定が整備された際に「経済法令等の調整を行うこと」との所掌事務規定が独占禁止法第二七条の二第五号として設けられた（平成一三年に削除）が、この規定の有無にかかわらず、公取委では、他省庁との間で法令立案時の調整（法令調整）や法令の運用時の調整（行政調整）を実施してきた。なお、これらの調整が事務ベースで決着がつかない場合には、最終的には閣議（実際には、その前に開催される事務次官等会議）で調整が図られることとなる。公取委は行政委員会であって委員長等の職権行使の独立性が認められていることから、最終的に閣議に諮られるような案件につきどのような立場で調整することとなるかが問題となるが、筆者が公取委事務局で法令調整等担当部署に勤務していた際の経験によれば、当時の総理府本府（総理府官房）では公取委を総理府の外局として賞勲局などの内部部局と同様に取り扱っており、このような取扱いは現在の内閣府でも変わらないものと思われる。

(46) 平成一三年に実施された中央省再編時の府省間の調整規定に係る議論については、例えば、牧原出「府・省・庁間の調整」ジュリスト一六一号（平成一一年八月一・一五日合併号）一九七頁参照。なお、独立行政法人や国立大学法人の法令違反に対する主務大臣の権限が是正措置請求権に止められていること（独立行政法人通則法第六五条など）も、これらの法人が国の行政の一部を担うとの性格を有することが考慮されたものと考えられる。

(47) 公取委違憲論の概要とこれに対する公取委の見解については、公取委事務局「公正取引委員会違憲論」に対する見解「公正取引三〇四号」（昭和五一年二月号）三〇頁参照。

(48) 国が新たな政策を講じた際に、民間の事業者に大きな悪影響を及ぼしたものの最近の例として、森内閣時代に推進されたIT戦略におけるIT講習会の事例がある。この政策立案時の当初案では、ITに関する知識等を国民に普及させるためIT講習券を配布すること（これによれば、民間のパソコン教室への需要が増加するもの、パソコン教室間の競争関係に影響は及ぼさない）が検討されたが、地域振興券の場合と同様のパラマキ批判を避けるため、地方自治体によるIT講習会を無料（受講者は教材費のみを負担）で開催することとされている。その結果、民間のパソコン教室が顧客を

奪われるなど大きな影響が出たが、この政策立案時に競争政策上の観点からの検討は行われなかったものと思われる。なお、平成一三年一月三日に和歌山市で実施されたタウンミーティングにおいて、当時の竹中・経済財政政策担当大臣は「IT講習会は民間でやるべきこと。趣旨を理解して政策を実施すべきである」と批判されている（<http://www8.cao.go.jp/town/wakayama/youshi.html>）。公的部門が経済活動を行うことにより競争秩序に悪影響を及ぼすことが問題であるとする立場では、このような公的部門のサービスの無料提供や補助金の交付も同様に問題とすべきこととなる。

(49) 公的部門も独占禁止法により一般的に規制すべきとすると、そもそも公的部門がそのような活動を行う必要があるのかとの問題も生ずるよりに思われる。例えば、従来の国立大学は国立大学法人化により民間の研究機関や教育機関と同様の基準で評価されるようになりつつあると言われるが、仮に民間と同一基準で評価されるべきとすると、そのような研究ないし教育機関を国立で設けておく必要はなくなると思われる。

(50) 国の経済活動につき公取委が積極的に介入することは本稿で指摘したように種々の問題があるが、内閣の行政権の行使は「法律による行政」として国会により規律されるものであるので、独占禁止法第四四条第二項の国会への意見提出権を行使することも考えられよう。