慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	行政法及び エネルギー法・ 政府規制産業法の課題
Sub Title	Target of the study of admnistrative law, energy law and regulated industries
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Junichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.7 (2009. 7) ,p.43- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	最終講義
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20090728-0043

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

最終講義

行政法及びエネルギー法・政府規制産業法の課題

藤原淳一郎

［はじめに］
［挨　拶］
第一部　行政法の課題
一　行政法学の目的
二　戦後行政法学の展開
1　「憲法は滅んでも行政法は存続する」？
2　行政現象の変質？
3　田中二郎・塩野宏両教科書の比較
4　行政法の教科書は何故変わったか？
(イ)　新たな立法
(ロ)　新たな行政現象
三　近時の行政の迷走は何に起因するか？
1　行政の迷走・病理現象
2　行政の迷走・病理現象の原因は？
3　戦後民主主義モデルの限界
四　「行政法学」はどこへ行く？
1　東京学派対京都学派の止揚？
2　精緻化され研ぎ澄まされた「行政法総論」？
3　行政事件訴訟法改正から『裁判実務行政法』？
4　「行政作用法各論」の復権と「特殊法」研究の加速？
5　政策決定・立法過程をとりこんだ「社会工学」？
6　小　括
〈質疑応答〉
第二部　エネルギー法・政府規制産業法の課題
一　なぜ政府規制か？
1　法律論
2　公的規制の経済学
二　なぜ規制改革・自由化か？
1　規制改革の目的・理由・背景

2 「規制」「規制機関」は死滅するか？
(イ) 規制緩和＝脱経済規制？
(ロ) 再規制に「歯止め」はあるか？
3 規制改革・自由化は成功するか？
(イ) エネルギー自由化モデル
(ロ) 自由化成功の鍵
(ハ) 規制改革・自由化の成功度は？
三 今後の改革・自由化の課題
1 課題群
2 アンバンドリング（分離）論
四 ユニバーサル・サービス
五 展 望
〈質疑応答〉

[はじめに]

二〇〇九年一月三一日午後二時から四時三〇分まで、慶應義塾大学三田西校舎五一七番教室で藤原の最終講義が開催された。国分良成学部長挨拶、（司会者による）略歴紹介に引続き、第一部・行政法、第二部・エネルギー法・政府規制産業法の二部構成での講義及び質疑応答であった。本稿は、話し言葉を書き言葉風に改めたこと、当日の配布資料をもとに若干注記を施したことを除けば、当日の講義を再現するものである。ただし質疑応答部分には、発言の趣旨を損ねない範囲内での修正を施した箇所があることをお断りしたい。

[挨　拶]

本日は、こういう悪天候の、またお寒い中、学部長はじめ学部の同僚、それから学生・卒業生の方だけでなく、審議会・研究会等でご一緒させていただいている電力、ガス、電気通信の企業・団体の方もみえており、感謝申し上げる。配付資料の「はじめに」では、多少大風呂敷に書いているが[1]、言ってみればテレビドラマで言えば「総集編」のような感じで、これまでに書いてきたことにプラス・アルファーできるかどうかわからないが、い

ずれにしても私が考えていること、あるいは考えてきたことをお話したい。

ペーパー及び資料は既にお手元にお配りしており、概ねそれに従って話を進める。ただ時間が限られており、ペーパーのすべてをこなすのは、ちょっと厳しいかなとは思う。

（1）「『定年』は人生の『一里塚』で、寂しさを一切感じないというと嘘になる。しかし九〇歳を超えてなお映画監督としてメガホンを放さない新藤兼人とまではいかないまでも『生涯現役』研究者からすれば、余り感傷に浸る余裕はなく、それは『通過点』であり、また新たな『出発点』でもある。

そこで本日は、懐古談、思い出話を極力避け、未達の『ライフワーク』を意識しつつ、学界・実務界が現在直面する、又は直面するであろう『課題』群と、それに至る大袈裟にいえば『方法論』なり『留意点』の大胆な提示に挑戦できればと考えている。

このようないささかpolemicalな講義が、アジ演説、竜頭蛇尾に終わることなく、ご参集の皆様の今後のご研究・実務へのヒントとなれば、望外の幸せである。」。

第一部　行政法の課題

最初に「行政法の課題」ということで、これは教科書的な話だが、行政法学の目的、それからそれが戦後どういうふうに展開してきたかについて、少し概略したのち、最近これはよく新聞とか雑誌とか、あるいはテレビのワイドショーも含め、どうも「行政」がおかしいのではないかと、「行政の迷走」が話題になっており、それについて、原因はどこにあるのか、それに対する処方箋はないだろうかということを少し考えてみたい。次いで、今後行政法学はどうあるべきか、これには一種類ではなくていくつかの選択肢があると思うので、私はその選択

肢のいくつかをご紹介をしていきたいと思っている。

一　行政法学の目的

まず、「行政法」とは何かというのは、これは教科書的な話であるが、田中二郎先生は「行政の組織及び作用並びにその統制［あるいは救済］に関する国内公法」[2]と定義された。

そうすると「国内公法」とは書いてある（本講では公法・私法論に立ち入らない）が、「行政法学」の素材になるもの、すなわち研究対象としては、（国、地方公共団体、独立行政法人等の）「行政」が登場人物であれば、何でも扱ってしまう。純然たる私人間の法律関係でも、「何とか行政に救いの手を延べてほしい」ということで、突然行政がいわば引きこまれてしまうことも起こり得る。そういうことからいうと、およそ日本のありとあらゆる法現象は、「行政法」と関わりがあるというふうに言っても、決して過言ではないというふうに我田引水的に考える。そうは言っても「行政法」という以上、何か「民事法」「刑事法」「国際法」とは違った特殊な法原理などが見つかるかというのが、最終ゴールではある。

では「行政法学」の目的は何かというと、行政の「法的」統制である。行政を法的な意味で統制しようということである。

二　戦後行政法学の展開

1　「憲法は滅んでも行政法は存続する」？

終戦後ご承知のように「明治憲法」から「日本国憲法」に変わった。つまり天皇主権から国民主権に変わったので、戦前の「行政法」と戦後の「行政法」とはガラッと変わらなければおかしいというか、変わって当たり前であろう。ところが戦前の美濃部達吉先生と戦後の田中二郎先生とでは、当然中身は幾分変わっているけれども、理論体系の骨格部分は、そんなに不連続ではない。かつてドイツのオットー・マイヤーが「憲法は変わっても、行政法は変わらない」と述べたことと類似であるかもしれない。

とはいっても憲法原理は変わったわけだから、当然（公法・私法論、公定力論、特別権力関係、公企業の特許等）従来の通説に対して厳しい批判が沸き起こった。その結果、あらゆる行政現象に共通の新しい原則（総論理論）を樹立するというのはなかなか難しい。そこで、私の大学院から助手の頃の学会のスタンスとしては、行政分野を横断的に研究できればいちばんいいのだけれども、むしろ各論というか、個別の分野に特化して、どんどん掘り下げて研究していく。掘り下げて研究した後に、帰納的に何か新しい原理が見つかればいいなと、概ねそういうコンセンサスが形成されつつあった、というふうに私は受け止めていた。

2　行政現象の変質？

あまり懐古談をしないと申しながら、一九八六年の学会の話を持ち出すが、「現代行政の手法」ということでシンポジウムが組まれ、私は比較的地味な「助成行政手段」というのが当たった。でも折角の機会だから前日の総会報告についてもコメントしようと、その晩に宿で書き足し、報告草稿が二〇〇字四〇枚見当のところ倍以上に膨れ上がった。そして翌日の部会報告で（持ち時間四〇分ジャストで収めたが）、私は、前述のオット・マイヤーの言葉をもじって、「行政現象は変わっても、行政法（理論）は存続するか」が、シンポジウムの課題ではないかというふうに申し上げた。総会報告では、行政過程論とか、行政手法論が盛んに議論されたが、これは分析

視点の複眼化に止まるのではないか、行政法学の手元にあるカードなり分析の道具が「手動ノコ」から「電動ノコ」に変わる程度の違いではないかと、やや冷ややかな分析をさせていただいた。[3] 右のシンポジウムにおける塩野先生のコメントのなかで、マイヤーをもじった部分のコメントも頂戴している。塩野先生も、「視点を変えるという、ビューポイントを変えるんだ」とおっしゃっているので、[4] 私の分析はそんなに外れていなかったと思っている。

3　田中二郎・塩野宏両教科書の比較

次に戦後の代表的な教科書、田中二郎先生、田中先生は神戸一中の大先輩であるが、先生の『新版行政法』、そして、田中先生の弟子のなかから塩野宏先生の『行政法』、この二つの教科書を比較してみたいと思う。

まず田中二郎『新版行政法』（弘文堂）は、上・中・下の三巻構成で、われわれ学生の頃は上巻が1と2に分かれ、2が救済法である。救済法は、「行政不服審査法」「行政事件訴訟法」が昭和三七年（入学した年）だから、当時の教科書は概説にとどまり、掘り下げた記述はみられなかった。[5] 中巻は「組織法」、下巻は「行政作用法各論」である。慶應義塾法学部の行政法の授業は、行政法総論（必修科目）、行政法各論（選択科目）、それぞれ通年四単位授業で、後者は、右の下巻の一部をピックアップし重点的講義という印象が強かった。

塩野宏『行政法』（有斐閣）は、Ⅰ・Ⅱ・Ⅲの三巻構成で、Ⅰが行政法総論、Ⅱが行政救済法、Ⅲが組織法。つまり田中先生の上巻1がⅠ、上巻2がⅡになり、反面、下巻「作用法各論」が断念された。これは一つには「作用法」について統一的な説明がなかなか難しいことが挙げられる。体系化が難しいことは同志社大学での公法学会で塩野先生自身がおっしゃったことである。また、なかなか学生諸君にそこまで教える時間の絶対数がなくなってしまった。つまり「救済法」がどんどん膨らんできたので、それにずいぶん時間がかかり、「作用法」

まで時間を割けないということもあり、各論の講義は各大学とも下火になっている。教科書レベルでも、現在入手可能なものは京都大学や名古屋大学系の人が共著で書いているのが目に付く程度である。

次に両教科書の総論（通則）部分の構成をみると、田中二郎『新版行政法上巻』は、「行政上の法律関係」「行政上の法律要件及び法律事実」「行政行為」「行政立法」「行政強制」「行政罰」となっており、この中では何といっても「行政行為論」に中心的な頁を割いて議論されている。

それに対して塩野『行政法Ⅰ』は、第二編を「行政過程論」という名称で呼び、特徴的なのは、行政行為論を含む「行為の行為形式論」と並ぶ「行政上の一般制度」「行政過程における私人」という柱立てである。とくに「行政の行為形式論」と、義務履行確保、行政調査、行政手続き等を「一般制度」に分離したことが、極めて特徴的である。(6)

右の「一般制度」を私流に解釈すると、旅券の発給あるいは営業の許認可等を「行政行為」だと言ってみても、これがどういうものかは、その根拠となっている旅券法とか食品衛生法とか電気事業法とか、個別の法律をみないとみえてこない。個別の法現象ではじめて意味のある概念である。それに対して「行政強制」「行政手続き」等は、行政横断的に一本化されているので、統一的に議論できるとして、「一般制度」と「行政の行為形式論」に分けたと思われる。ただ、この区別がはたしてどの程度の意味があるか、あるいは、教育を受ける学生諸君にとって有意義な分類と言えるかどうかについては、問題はなくはないとして、最近出た畠山教授の論文にも、多少コメントがあるので、(7)あとでご覧戴きたい。

ご参考までに、藤原の行政法総論の講義のやり方だが、これはゼミの卒業生はご記憶かも知れないが、前半（春学期）が「行政統制の法理」、後半（秋学期）が「行政の行為形式論」。前半に実は行政行為論の一部も入りこんでいる（後半に、塩野『行政法』でいう「一般制度」も混在している）。これはどうしてかというと、さっきお話

したように、行政法の目的は行政の「法的」統制である。法的統制の分析道具として、あるいは使える道具として、われわれの手元に何が与えられているのか、道具箱の中身をまず話して、それが行政行為であろうが、行政契約であろうが、行政指導であろうが、何か横断的に使えないかということで話をするためである。[8]

なお授業で使ってきた教科書は、自分で教科書を書けば一番良かっただろうが、（某出版社の『行政法総論』及び通信教育部の『行政法』教材の執筆の約束はしていたが）、教科書はいろんな人の説の寄せ集めになりかねず、なかなかオリジナリティを出しにくい気がしたので、ちょっとやる気が出なくて、あとまわしにしていた。それで田中『新版行政法』、原田尚彦『行政法要論』（学陽書房）、塩野『行政法』を用いた。最近は大橋洋一『行政法』（有斐閣）が非常に問題意識が私と近いという部分があって、使わせて戴いた。いずれも、お話しした私の講義の順序に組み替えて、学生に使ってきた。

4　行政法の教科書は何故変わったか？

(イ)　新たな立法

行政法の教科書は、田中二郎『新版行政法』の時代から比べると、塩野『行政法』も大橋『行政法』も、ずいぶん変わってきた。それはどこに原因があるのだろうか。一つ言えることは、立法がどんどんできた。田中時代にはなかった行政手続法（平成五年）を初め、「情報」に関して自治体の情報公開条例の後塵を拝しての国の情報公開法（平成一一年）、行政機関個人情報保護法（平成一五年）、等のほか、情報以外では、いわゆる政策評価法（平成一三年）も登場している。

「救済法」では何といっても平成一六年行政事件訴訟法一部改正がビッグニュースである。それからいま国会に出ている「行政不服審査法」の全面改正（案）。[9] いまの政治情勢だから、なかなか審議が進まなくストップし

ているが、いずれ国政が落ち着けば、「不服審査法」の全面改正も行われるはずである。このように田中先生の頃から比べると、メインの実定法自体が様変わりしつつある。

「組織法」では、これまた目まぐるしい。中央省庁等改革推進法（平成一〇年）を受けた橋本内閣での中央省庁の再編、自治体では、地方分権推進法（平成七年）後の地方自治法改正。このような大改正は、うっかりしてると、いまどうなってるのか、われわれのように行政法で飯を食っていてもわからなくなる。公務員制度に関してはご承知のように、またぞろ組織改革、人事院の権限を一部どっかへ移すとか、要するに内閣の権限を強くするとかで、いま改正案が与党レベルで議論されている段階である。

こういうふうに多くの国と自治体の立法があったので、それを受けて当然教科書の構成、内容が変わってくるというのは当たり前である。

㈡　新たな行政現象

次に、行政現象ということでみても、従来民法の法律行為論の向うを張った「行政行為論」偏重だった。民法とは別の手法をとっていますよ、一方的に命令・強制したり、行政の意思だけで法律関係を形成するということで特徴があるといったふうに。しかし、現場の行政活動は、「処分」を公式に打つというのは、むしろマイナーな状況が多く、行政指導、行政計画といった処分以外の行政現象が増加していった。そこで次第に行政法の研究対象に、行政行為以外のものをつけ加え広げていった。

こうした要因・要素によって、「行政法」の教科書もずいぶん章立て自体が変わってきたのである。

三　近時の行政の迷走は何に起因するか？

1　行政の迷走・病理現象

特定の省庁のことを話題にすると、私のゼミは他ゼミに比べて、卒業生がかなり公務員になっており、多少気がひけるところだが、これは何も個人を攻撃するとか、省庁を攻撃するという意味ではなく、まともな行政をやってほしいなということで、単なる例示として挙げるわけである。もちろん公務員個人レベルのスキャンダルも皆無ではないけれども、それ以上に深刻なのは、たとえば企業とグルになって個人の年収を低めにやっておくと、企業が納める厚生年金保険料は低くなるし、厚生年金の納付率も上がるという、官民グル、組織ぐるみの事実が露呈している。それから、後期高齢者医療制度については、大ブーイング。では何か変えるのかというと、舛添厚生労働大臣は、変えたい変えたいと言っておったが、最近の新聞報道、一月二五日付け産経新聞は、もう抜本見直しは宙に浮きそうだと報じている。この迷走はどこから来ているか、それをどういうふうな処方箋で直していけばいいかというところで、論文を書いているのでご参照願いたい。(10)

最近では、とくに公明党の意向で福田内閣の与党合意に基づいて始まった「定額給付金」がある。この給付金支給の大義名分も、当初の経済危機による「弱者救済」から「景気浮揚」へと変質した。ペーパーには「低額」と誤植したが、たしかに低額である。私、晴れて前期高齢者になり、給付額が二万円に上るが、昨日の夕刊の広告にある帝国ホテルのインペリアル・オペラには足りない（笑）。給付のためには、予算化する以外に、従来の行政の教科書では、「法律の留保の原則」の全部留保説的に定額給付金の根拠となる実定法が必要になるという議論がでてくる。ところがご承知のように実務は侵害留保説なので、そんな法律はつくらない。ただ何がいま議論になるかというと、とにかくお金がないわけだから、どうやって予算化するか、補正予算を組むにしても、無

い袖は振れない。もちろん日本銀行がどんどんお札を刷って配ればまた別だが、日銀も政府もそれはまさか出来ない。そこでいま国会で、「平成二〇年度における財政運営のための財政投融資特別会計からの繰り入れの特例に関する法律案」というのが出ていて、これは今回の麻生内閣でやろうとしている第二次補正のいわば財源になるわけで、ご承知のように民主党側は定額給付金に反対だから修正案を出し、総額四兆円余のうち定額給付金相当分の二兆円を引き算したものにするとの修正案を出し、衆議院で否決、参議院で可決され、いま衆参両院で調整している段階である。だから定額給付金に関しては、行政法の教科書にある「法律の留保の原則云々」と言うよりも、財政投融資から借りてこれるかどうかという、こちらのほうが実務的には議論の対象になっている。

この定額給付金も、市町村の出方によっては、給付金自体が支給されないことも起こり得ると伝えられ、何をかいわんである。

こうした内閣及び行政の迷走というのは、事案によって様々な原因が働いており、一律には議論できない。また「行政」と一口に言っても、国の行政と地方公共団体の行政とでは当然違うし、国の行政といってもまた、色々な分野があるので、非常に議論がややこしくなる。そこでさしあたり、国の行政を念頭にお話ししていきたい。

2　行政の迷走・病理現象の原因は？

どんなことがこうした行政の病理現象の原因だろうかということで、一つ目は、国会及び政治の混迷。二つ目が、当該行政過程に制度上の問題があるのではないか。三つ目が、行政過程の運用者（公務員）の資質とかモラルの問題、といったものが考えられる。

3　戦後民主主義モデルの限界

私がここ数年、行政法学者としては多少型破りな、どういうふうに型破りかというと、行政法学者は、いままで法解釈学で生きてきたが、『ラ・マンチャの男』ドン・キホーテではないが、半ば政治学的領域に足を踏み入れる議論を始めた。

つまり根源的で深刻なのは、こういった行政の病理現象が、実は「戦後民主主義モデル」自体の限界を示しているのではないか、それが破綻したと言えるかもしれないということなのである。伝統的な行政法の理論モデルというのは、まず国会が法律をつくる。次に法律を受けて行政行為が発せられる。最後に相手方が（行政行為により命じられた）義務を履行しない場合は強制行為が発動されるという「法律→行政行為→強制行為」の「三段階」の理論モデルと考えられる。[11] 他方、塩野『行政法』は、右の三段階モデルとは趣を若干異にし、右の第三段階の義務履行確保を右の第二段階の行政行為論から切り離された「一般制度」で論じようとする。とはいえ、塩野モデルも「行政行為論」の部分で「法律→行政行為」の側面を否定される筈はなかろう。

私の問題意識は、もともとの、右の第一段階の法律をつくるところ、あるいは第一段階の法律と第二段階の行政行為をつなぐところ、ここのところに根本的な原因がありはしないかということなのである。つまり、国会の実定法がまともにつくられて、主権者である国民の意思を反映したものがまともにつくられ、それが施行段階でまた国民の意向を聞きながら、政令、省令などがつくられる。あるいは、処分要件等がつくられる。こういうことが、憲法学なり行政法学が前提とするモデルであろう。しかしながら現実問題としては、政治学者自らも「主権者たる国民は、投票場に行くときだけ主権者」であるという。しかし私は、国民は、投票場でも主権者ではないのではないか。つまり一票を投じたのは、立候補者個人に投じたのか、政党に投じたのか、仮に政党に投じていても、マニフェストをトータルに支持したのか、マニフェストの一部だけを支持したのか。卑近な例として、

候補者が塾員だからとか、クリスチャンだからとかいうのもあるかも知れない。となると、選挙で勝ったから政策が支持されたということは、およそ論理的ではないだろうし、ましてや選挙で負けても、そういうときの常套セリフで、「いやあ、国民の理解がまだ十分には得られなかったようで残念。だから選挙に負けても政策は変えません」。事実、小泉純一郎首相のとき、参議院選挙で与党は敗北したが、非改選と合わせて与党議席数は過半数を維持出来たことから、右のような反応であった。このような現実に直面し、主権者を主権者たらしめるのに、どういう処方箋があるかということで、私もいろいろ頭を捻った。その結果、極めてありきたりの答えで、コロンブスの卵でもなかったが、『首相公選』と『国民投票』の採用ということを、一試論、一オプションとして挙げてみたのである。(12)

四　「行政法学」はどこへ行く?

1　東京学派対京都学派の止揚?

これから行政法学はどこへ行くのか。私が大学院の頃は、まだ東大学派対京大学派という、良い意味のライバル関係の名残があり、緊張関係が少しは存在した。たとえば教科書の自由裁量論のところをみると、「羈束行為・羈束裁量・自由裁量（便宜裁量）の区別論」において、美濃部達吉説と佐々木惣一説とが引用され語られた。ただ、これは香り程度。法律の留保をめぐる「侵害留保説対全部留保説」では、「完全全部留保説」を杉村敏正先生が一時説かれたが、必ずしも東大学派対京大学派という構図にはならなかった。その後行政手続法制定準備で当時の総務庁に研究会が組織され、京都大学からも委員が選ばれたが、そのことが非常にシンボリックな出来事であり、これは会場が上智大学だったか日本公法学会で杉村敏正先生が「行政手続法はいいことだ」とお墨付

きを与えられ、大袈裟にいえば、これが東大・京大両学派の対立の幕引きに近いと、私は個人的に受け取っている。

良い意味での緊張関係があってこそ学界は発展するわけで、学界は「大政翼賛会」であってはならない。私自身、在野精神を発揮し、ちょくちょく噛み付くが、同志社大学が会場だったか日本公法学会で塩野先生から「藤原は質問ではなく自分の意見を言い給え」と逆質問されてしまった。塩野先生は私に対して発破をお掛けになったもので、決して悪意に基づく発言ではないと思うが、これは困ったな、学会で逆質問は滅多にない。そうしたら今村成和先生が、「行政過程論はいったいどういう目的でやろうとしているのか、行政の民主的統制という観点とどうつながるんだ」と援護射撃をして下さり、胸を撫で下ろしたことがあった。このように学界で孤児かもしれないけど奮闘してきた。これは東大対京大というライバル関係が希薄になってしまい、ときどき藤原が犬の遠吠えしてたぐらいだという、我田引水の話なので、多少割り引いて聞いて欲しい（笑）。

2　精緻化され研ぎ澄まされた「行政法総論」？

次に、「行政法総論」がどんどん精緻化、あるいは研ぎ澄まされていくのではないかということで、塩野先生の教科書のように、行政の行為形式論、行政上の一般的制度、行政過程における私人という三本柱によって、どんどん「統制の法理」として進化しくことは極めて歓迎すべきである。ただ、二、2で塩野先生と私のやりとりをご覧いただいたように、行政過程論が、より精緻なものになっていくものなのか、それとも目先が変わるだけなのか。「統制の法理」として何か新しく素材として加わるものがあるのか、それとも同じ素材でも調理法が異なるものなのかは、まだ何とも判断がつかない気がしてならない。

学部長からもご紹介いただいたように、一九七五年と八五年にドイツ、八五年途中からコーネル大学、九二年

コロンビア大学という在外研究から、「君はドイツも英米もやるんだから、『行政行為論』偏重の行政法を、何とか脱却させ新しい体系に挑戦を」と年長の方から言われたことがある。たしかに戦後アメリカの影響を受けた憲法が出来上り、一時非常にアメリカ行政法の研究がブームになった。ただブームが去ってみると、最近では環境とかエネルギーとか電気通信といった先進各国の共通の課題、情報公開、個人情報保護、政策評価等の導入において、部分的にはアメリカ法の研究は盛んであるが、どうも「行政行為論」を中心に組立てたドイツ行政法に対峙するアメリカ行政法、イギリス行政法という趣旨での、アメリカ行政法研究は、姿を消してるのでないかと思われる。

たとえば先ほどの畠山論文は、アメリカ行政法は、「[行政]作用法を持たない行政法体系」だから、どうしても総論的な意味でまとめるには無理があったのではないかということを言っている。[13] 周知のように、救済法では、訴訟における原告適格類似のstandingや、処分性概念での「紛争の成熟性」類似のripenssなどがアメリカ法でも出てくる。司法統制と同時に行政実体法的な意味合いもある裁量（discretion）論は、結構イギリスでもアメリカでも教科書で重要な頁を割いており、わが国と共通点も多い。

アメリカ法的な「総論」体系が日本で構築できない原因が、アメリカ法自体にあるという以上に、実は日本の実定法が依然としてドイツ法の影響を受けていることを看過できない。その典型は行政手続法である。「行政手続というと、イギリス法のnatural justice、アメリカ法のdue process of lawがあるではないか」と、まず頭に浮かぶだろう。ところがわが国の行政手続法立法化の準備を進めた旧総務庁の雄川委員会、その後の塩野委員会、いずれもアメリカの連邦行政手続法（APA）ではなく、当時の西ドイツの連邦行政手続法がモデルになっている。むろんオーストリーはより古くから行政手続法があり、大陸法系は行政手続法と無縁とは言えないにしても、平成になってつくった行政手続法は、「申請に対する処分」「不利益処分」等、いわゆる行政行為論の影響

を根強くひきずった法概念を使っているので、「脱行政行為論」、英米法的な行政法にはなかなか変身できない。こういう制約がある。

なお、ペーパーには、最近の阿部泰隆先生の教科書『行政法解釈学Ⅰ』[14]の目次を紹介している。従来の教科書や私の授業内容との照らし合わせまでは今回準備できなかった。後半の四章は、際立った構成の特色はないようだが、中身は当然著者のメッセージで溢れていると思われる。前半の四章は、かなり阿部先生のオリジナルが入っているのではないかと思われる。

3　行政事件訴訟法改正から『裁判実務行政法』？

行政法の進む道として、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）の一部改正、法曹養成のロー・スクール開設等から、「裁判実務行政法」への変身ないし重点化が選択肢に浮上する。ただ二〇〇四年の行訴法改正、そんな大騒ぎすることかというと、訴訟要件のなかで原告適格（九条二項）・被告適格（一一条）・出訴期間（一四条）の緩和、訴訟類型として義務付け訴訟・差止め訴訟の法定訴訟化（三条六から七項）、当事者訴訟として「公法上の法律関係の確認」訴訟の明文化（四条）、釈明処分の特則（二三条の二）、仮の救済として仮の義務付け・仮の差止め（三七条の五）等を盛り込んだ程度である。

法改正前の学界はある意味「訴訟要件偏重」であった。これは実務上、訴えの利益なし、原告適格なしとかで、門前払いされたケースが余りに多いので、訴訟要件をいかに突破すべきかが課題だったためであろう。改正行訴法の下で、昨二〇〇八年秋の学習院大学での日本公法学会においても、最高裁大法廷平成一七年一二月七日の小田急高架化訴訟判決をめぐって、はたして原告適格が本当に拡大されたのかどうか。処分性については改正行訴法は手を加えていないが、土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した最高裁大法廷平成二〇年九月二〇日判

決によって「処分性」概念が変わったかどうか。このように、依然として何か改正行訴法にこだわっているというか、縛られた議論が目に付く。

さらに「訴訟類型論」も非常に活発である。というのは従来「吾が輩は猫である、名前はまだない」の無名抗告訴訟（法定外抗告訴訟）から義務付けと差止めとが法定化されたので、それをどう使えるのか。他方、「当事者訴訟」もずいぶん広がった。そこで、ある事案について、この事件はどれで訴えるのか。公法上の当事者訴訟か、三六条の「無効等」の「等」の確認をも含む法定抗告訴訟でいくべきか、あるいは依然として残された無名抗告訴訟（法定外抗告訴訟）なのかという議論が行われている。どの訴訟類型の選択が、理論的、体系的に望ましいか、さらには、各訴訟類型は、相互にどのような関係に立つべきか等の議論はもちろんあると思う。議論それ自体を否定する気はさらさらない。しかしながら、研究者であれ裁判官であれ、自説にこだわり、その結果、原告の起こした訴えを「不適法却下」すべきである、という結論になってしまうと、これは「角を矯めて牛を殺す」ことになる。むしろ自分の立場をひとまず措いて、極力原告の起こした訴えを適法視するとか、あるいは適法な訴えに向けて、訴えの変更、予備的併合等を促す訴訟指揮といった実務的処理が望まれる。この意味で、現在初稿段階の私の慶應義塾の卒業論文の中で、訴訟類型論の「休戦」、これがイスラエルとパレスチナのようにガザをめぐる停戦のようになるかどうか分からないが、ひとまず停戦して、そんなことよりも我々にやるべきことがあるだろうと述べている。[15] 大橋さんも、別のコンテクストではあるが、「訴訟要件論」だけではなく、実体審理・本案で勝てるかどうかも議論すべきではないかと指摘されており、[16] 私も同感である。このような入り口論は極力休戦して、もっと生産的な議論に進むべきではないか、というふうに思う次第である。

4 「行政作用法各論」の復権と「特殊法」研究の加速？

戦後、従前の行政法各論から数多くの法律分野が独立の法分野へと産声をあげた。こんなこと言うと経済法や租税法の人に怒られそうだが、経済法や租税法と民事法との接点については発言権はないが、行政法との接点ということで言うと、かつての行政法各論から分離・独立したと言えなくもない。そういうことからいえば、新司法試験科目入りをした環境法、まだ試験科目化していない土地法、私がやってるエネルギー法とかは、兼子仁教授のように「特殊法」なり「独立法」と呼ぶかどうかは別として、一般行政法以上に民事法との「統合」的性格が濃厚であり、どんどん研究が深化されていくべきである。

そうなると「作用法」各論の身の振り方をどうするか。先ほどの二、3で紹介のように、田中『新版行政法下巻』は各論だったが、塩野『行政法』には各論はない。行政法各論は、体系的説明が困難であるうえに、素材的にみても、分離・独立によって「も抜けの殻」状態だから「作用法」全体を通じて議論してもあまり意味ないとして、各論を放棄して、総論と独立法研究に精を出そうという道がある。

二番目に、仮に体系的説明が困難であるとしても、学生とか若い研究者に対して行政法の鳥観図を与えること。たとえば私は土地法だからといって土地法ばっかりやる、環境法だからといって環境法ばかりやる。そうすると全体の行政が見えなくなってしまう。そういうことでなくて、百貨店には一階は何売場、二階は何売場、三階は何売場と「フロアマップ」がある。美術館にも、ここに印象派、ここに浮世絵というふうに「フロアマップ」がある。そういう「フロアマップ」なり百貨店の「案内」係の役割を果たすという意味で、行政作用法各論は教育カリキュラム上も重要ということが言える。(17)

実は今学年度「行政『作用』法各論」の授業を開講した。ところが事前調査不足でゴールデンアワーにぶつかってしまい、受講生一名の幽霊授業になってしまい、誠に不本意である。最初は張り切って授業準備し、その一

名がいつ現れるかわからないから毎時間出講したが姿はない（笑）。私が退職後の二〇〇九年度春学期からは、「行政法各論」を非常勤で磯部哲君にお願いしているが、ゴールデンアワーでないところで開講してもらう予定である。初年度つまずきはしたが、内容的にはカリキュラム上も非常に重要ではないかと思っており、これをやると、法科大学院にいく人にとってもメリットがあると思われる。

行政作用法各論を体系づけ得るかは、ここでは重要ではなく、また、行政法から独立・分離するかどうかを問わず、ますます行政作用個別分野の研究の重要性は高まっていることだけは確かである。かといって、個別行政法をやったから帰納的に各論体系化につながるとか、総論に貢献できるかどうかは、いわば結果論であって、その実現は、かなり先の話だろうと思われる。当面は、着実に作用法各論の研究を学界全体で蓄積し共有することが大事であろう。とはいえ、学界をこれ一色にしようという意味では決してなくて、選択肢の一つとして提示するものである。

5　政策決定・立法過程をとりこんだ「社会工学」？

ここは三、3でお話した「ラ・マンチャの男」の続編で、ドン・キーテ的選択肢である。これが「不思議の国のアリス」なのか、カチカチ山の「狸の泥舟」かどうかわからないが、要するに私が慶應義塾創立一五〇年記念論文集に執筆した論文[18]をかいつまんで申すと、いわゆる後期高齢者医療制度の制度づくりを例にとると、いろんな代替案を十分検討したとか、国民の声をパブリック・コメントでとったという形跡はほとんどない。平成一七年の行政手続法改正で、意見公募が政省令立案にまで用いられるようになったが、同法は、内閣提案の法案の立法段階にまでは及んでいない。私は何かいい知恵はないかなということで、この論文では政策評価法についてはあまり直接の言及はしなかったが、事前の政策評価として、ありとあらゆるシミュレーションをしたり、あるい

は審議会委員と、審議会委員以外の学者・知識人とのディベートの場を設けたり、あるいは、丹念に丹念に案をつくってパブリック・コメントで揉んでいくとかしながらやれば、少なくとも内閣提案の法律については、さほどミスは起きないだろうということで、一つのオプションとして、提案したものである。

6 小 括

今後の行政法学の在り方を試論的に素描したというか、総集編としてお話したわけだが、それぞれ唯一の道ではないし、また、相互に排他的なものではない。要は「変わってはならないもの」と「変わるべきもの」とを区分して、文脈としてはオバマ大統領とは違うかもしれないが、「The world has changed and *we must change with it*」と思う。それからもう一つ、行政法学は「行政の法的統制」ということを冒頭で申したので、これまた文脈が違うけども、オバマ大統領のいう「What is required of us now is *a new era of responsibility*」という、新しい責任を従来以上に負っていると思う。

本講を私が助手の頃流行った岸洋子の「希望」にある「終わりのない旅」を借用して、「行政法学は終わりのない旅」という言葉で閉じたい。

〈質疑応答〉

司会（青木淳一） ありがとうございました。若干の時間がございますので、ご質問、コメントをお受けする。いかがでしょうか。

草薙真一（兵庫県立大学） 兵庫県立大学の草薙です。藤原先生、本日はありがとうございます。ゼミ出身者として、

＊ 発言者の敬称略。発言は書き言葉に変換。

また、大学院でもたくさんの教えを請うた者として伺いたいことがいろいろあるが、おそらくゼミ出身者であれば一度は聞いてみたいと思う点がある。「羈束行為・羈束裁量と自由裁量（便宜裁量）の区別論」（ペーパー一〇頁）について、先ほど「これは学説史的な意味だけのものだ」とご説明なさった。私がゼミ生のときのゼミの授業では、通説に立ち向かう藤原先生というイメージもある一方で、大学院の授業では、ある院生が「絶対、藤原先生、どっちの立場か言わないよね」と言っていたことを非常に印象深く覚えている。学説史的な意味であれば、客観的に議論できると思うが、あのとき先生はどちらの立場だったのか、教えていただけるか。

藤原　ちょっとご質問の意味がわからない。つまり、ここで述べておるのは、美濃部説対佐々木説という学説の対峙があったという部分で、私がどちらに立つかということか。

草薙　先生が行司役をされるとしたら、どちらに軍配を上げられるか、という程度の意味で質問した。いまとなっては、むしろ歴史の話であると思うが、二〇数年前はどうだったのか、雑感でも結構である。

藤原　この両方の学説があくまでも排他的なものであって、相交わらないものかどうかということ自体が、一つ意見が分かれるとこだなと思う。もちろん、オリジナルで主張された方々は、それぞれ一つの立場として議論されているが、私は当時は幾分教義学的に考えていたかも知れないけれど、少なくとも最近は非常にプラグマチックに物を考えるので、排他的に考えなくても、場合によっては美濃部説的な要素もあるだろうし、場合によっては佐々木説な要素もあって、それは個別の案件において何にどの程度の裁量を与えているのか、与えていないのかということの理解については、本来の筋から言うと、どちらか一方の説でなきゃいけないと思う面と、もう少しケース・バイ・ケースで考える面もあるかなと思う。そういうことで、もともと授業でもお話ししたと思うけど、この「羈束裁量・羈束行為と自由裁量（便宜裁量）」の区別論自体が、田中説による美濃部理論の脱却や、行訴法三〇条で相対化しているから、いわば定性的にどうかということはあったとしても、あまり「羈束裁量・便宜裁量」の議論自体、意味をなしてない。だから、いまの時点でそれを振り返って、どちらを支持するかとかを言うこと自体が、私はあまり意味のない質問というか、何か居直っているみたいだけれども（笑）、それが現在の私の考えである。

橋本博之（慶應義塾大学）　慶應義塾大学の橋本です。本日はいろいろお教えをいただいた。その中で「訴訟類型論」について、「休戦をするのが望ましい」というご指摘があり、私もその通りだと思う。先生が『テキストブック行政法』（有斐閣）の中で、処分性の議論というのは、ある種既判力といった観点から問題を捉えればよくて、それを一般化して訴訟類型として、これじゃ駄目みたいな話をするのはおかしい、という趣旨を書かれていて[19]、それを深くやっている人達と一緒に読ませて戴いて、行訴法の改正を議論しているとき、大変参考になった。先程先生が指摘された「訴訟類型論の休戦」という話と、かつて先生が書かれた、個別の紛争における既判力の問題として訴訟類型論を処理すべきというお考えは、いまでも維持なさっているのか。

藤原　最後のところは？

橋本　「訴訟類型論の休戦」を指摘されているが、おそらくそのためのツールは、先生が以前から示されていたのではないかと、私の理解としてはある。今日の話だと、そこは余り具体的におっしゃらなかったので、具体的に「訴訟類型論を休戦」するという場合、それでは「訴訟類型論」はどういう枠組みで扱えばいいのか、それは以前とお考えに変わりないのかということを教えていただきたい。

藤原　この場では、雑駁に考えており、従来の私の議論とつながるかとか、あるいは、そのサイド・エフェクトをどう考えるかということは詰めていない。要するに入口論のところで不毛な議論で消耗すべきではないという、ここに主眼があり、その結果を総合的、システム的にどう考えるかというところは、まだちょっと詰めておらない。

吉村典久（慶應義塾大学）　慶應義塾大学の吉村です。藤原先生、長年のお勤めご苦労さまでございました。先生が先ほど独立したとおっしゃった「租税法」の研究者として、行政法に対して持っているイメージを紹介し、それを質問とさせていただきたい。伝統的な行政法学は、どちらかというと市民と国家を峻別し、行政の侵害に対していかに市民の生活を守るかという観点で構築されてきたように理解している。藤原先生がお考えになる今後の行政法学の方向性として、この図式は維持されていくべきなのか。それとも、最近よく耳にする事前照会とか、様々なサービスを国民に提供するとか、いうなれば国民は行政に頼って生きるような存在、あるいは、行政は家族内における父親のよ

うな役割として市民に接し、その理論として行政法学を発展させていくべきなのか。特に、行政法学における市民像――独立して自分で判断をし、自分で形成をする、という自律した市民像を前提に考えるべきなのか。それとも、無知で哀れむべき国民を、行政が優しく助けていかねばならないというような他律的で、自律していない、そして無知な国民を前提とした理論を構築すべきなのか。どういう方向性が考えられるのか、その点をご質問させていただきたい。

藤原　行政法に限らないが、日本の法律学は概ねヨーロッパの法律学がそのまま輸入されている。したがって、学説としても「自律した市民」というのが前提となって組み立てられたものであるから、したがって、従来の理論体系は、もともとは行政法で言えば国家と市民社会・国民との対立関係にある、これが出発点である。ところが最近は、本日ご出席の大橋さんなんかはとくに強調しておられるが、「協働、パートナーシップ」として、一種アメリカの民主主義論・憲法論にも近いわけだが、パートナーとして市民が存在する場合もあり、すべて対立関係でことを図るのではなくて、いい意味のパートナーシップ、協働でやるという、こういう二つの要素がある。いずれにしてもそれは、自律した市民、自律した国民ということを前提にした議論だと思う。先ほどの吉村さんのご発言は、もう少し国民に対する庇護者として行政が登場するのはどうだろうかという、ご指摘だと思うのですけれども、日本の実態としてもしそういうことが行政現象として存在するのであれば、やはりそれは拾って議論する必要があるだろうと思う。そうではなくて、それはあまりにも場合によっては国民を馬鹿にしたことであるとか、逆にそれを口実に行政により権限を与えすぎるとか、そういう悪い影響があるとすれば、それは排斥してやらなければならない。要は、行政現象として先ほどご指摘になったことは、存在してるというふうに認識したとすれば、それはやはり理論のなかに組み込んで、ちゃんと説明できるように、誤った過保護状態を是正する措置も含めて、とりこんでいく必要があると思う。つまり従来の筋から言うと、そういうストーリーはちょっと考えられないけど、日本的な特色としてもしあるとすれば、それは当然含めて議論していく必要がある。

ただし、やはりいろんな考え方・思想がある。ドイツの憲法学でもスメント学派とシュミット学派の二つの学派の

対立があったように、「国家と市民社会」の関係をどうみるかについて、いろいろ説があるけど、私はベースとしてはやはり行政と国民とを対峙関係に置く、これが基本であって、いわば派生的というか、その変形としては協働関係があったり庇護者というのはあるかもしれないけど、最も基本的な枠組みを忘れてしまうと、これは行政の統制という面からちょっとまずいのではないかと、そういう大雑把な感想をもっている。

吉村　ありがとうございました。私は、伝統的に行政法学は、できるだけ行政の手足を縛ろうという考え方に基づいてきたと理解している。ところが、現代の行政に対する国民のニーズは、民事不介入の原則を放棄して、ドメスティック・ヴァイオレンスの場合のように、積極的な国家権力の介入を求めるというように、随分と変化しているのではないか。そうすると、伝統的な行政法学の議論で、国民のニーズに十分応えることができるのだろうかという疑問を感じており、このような質問をさせていただいた。

藤原　それは、たとえば自由裁量論で申すと、従来は行政が悪をなさないようにという自由裁量論であったが、最近は、権限の不行使に対して権限を行使すべきであるにもかかわらずなぜ行使しないか、そういう行政の不作為も裁量論にとりこんだり、あるいは、それを訴訟上、あるいは、国家賠償法上権利救済するという議論が非常に盛んである。当然行政法としてもそういうファクターは、織りこんで議論してると思う。決して従来行政法がそういうことを等閑視しているわけではない。

大橋洋一（学習院大学）　学習院大学の大橋です。本日はたいへん面白い話を聴かせていただき、ありがとうございます。私も特に関心を持つところだが、いまや忘れ去られてしまった「行政法各論」を復興することは非常に大事なことだと考えている。一方では、教育目標との関連で、法科大学院において学生の実力を最終的に高める上で、行政法各論の場で展開することが、非常に有効なツールであると同時に、他方では、行政法は公共政策大学院においても中核的な科目となるべきで、政策的な議論を展開する上では、やはり行政法各論の蓄積がないと不十分である。ここで「復興」という意味も、個々の独立した法分野の研究とは別に大事であるという点で、私は非常に意を強くした。しかし、先生がご指摘のように、みな独立化の傾向が強いですから、行政法各論を論ずるとした場合、具体的な素材

をどこに求めるか、これには私も非常に苦慮している。先生はこの問題を具体的にどのようにお考えなのか、お聞かせいただければと思う。

藤原　さっきお話ししたように、幽霊授業になっちゃったものだから。私も第一回目の講義ノートは必死でつくりましたけど、あとはつくっておりませんので何とも言えない。当初私がイメージしたのは、もとから体系化は難しいというので、もちろん大きく異論はあるかも知れないが、春学期に規制行政的な分野あるいは手法、秋学期に給付行政的な分野なり手法と、まずセメスターで区分する。そのうえで、春学期なら、今週は警察、今週は土地開発規制、今週は環境規制等々、秋学期なら今週は金融・財政・産業政策、今週は公企業法、今週は社会福祉法とか、そういう感じで、つまりは主なテーマごとにケース、事例を選びながらやる。事例と併せて、たとえば土地法についてはこういう規定になってますというような解説部分を入れながらやる。そういう大雑把なイメージで授業に臨もうと思った。残念ながら幽霊授業になり、私としてまだそういう意味ではやりきれていない。

先ほど大橋さんがおっしゃったように、私も行政法は司法統制の場で、あるいは企業法務に携わる人にとって大事な分野であるので、法科大学院でも重要科目であることを否定はしない。他方、公的な部門に人材を送り出す政策大学院においても行政法教育・研究の使命はそれ以上に重大だと感じている。ただ、現実問題政策大学院は非常に設置が難しいという状況にある。そんなところである。

司会　たくさんのご質問をいただきまして、ありがとうございました。予定の時間を少しオーバーしている。まだ質問等はあろうかと思うが、ここで第一部を終了させていただく。先生、ありがとうございました。

藤原　どうも失礼いたしました（拍手）。

（2）　田中二郎『新版行政法上巻』二四頁（全訂第二版。弘文堂、一九七四年）より。

（3）　藤原淳一郎「助成行政手段」公法研究四九号一七七、一八三頁。

（4）　討論要旨「現代行政の手法」同誌同号一九七、二〇三頁の塩野宏発言。

(5) このため学部・大学院当時の行政事件訴訟法の勉強には、法曹時報連載の杉本良吉裁判官の逐条解説や『行政法講座第3巻』（有斐閣）の各論文くらいしか手掛かりがなかった。

(6) 田中・前掲註(2)の「行政行為」には、「管理行為」として、公法上の契約、私人の公法行為等を含む。塩野宏『行政法Ⅰ』（第四版。有斐閣、二〇〇五年）は、公・私法論を「第一編・基礎」で論じる。塩野・同右の「行政の行為形式」中、行政指導、行政計画、「一般制度」中、行政調査、行政手続、行政情報管理等は、田中時代には（行政手続が瑕疵論で登場する程度で）問題は希薄であった。

(7) 畠山武道「行政介入の形態」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』三、一〇―一一頁（有斐閣、二〇〇八年）参照。

(8) 藤原「転換期の法学教育：体験的行政法教育論」法学研究七九巻一号一、二一―二二頁において、紹介済みである。

(9) 「特集・行政不服審査法改正・行政手続法改正の検討」ジュリスト一三七一号六頁以下参照。

(10) 藤原「転換期の行政法学：社会工学への道」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集・慶應の法律学・公法Ⅱ』二三七、二五八頁以下（慶應義塾大学出版会、二〇〇八年）。

(11) 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）』二〇頁（改訂版。青林書院、二〇〇五年）参照。

(12) 「主権者たる国民の直接選挙→国会議員に信託→国会における法律案審議→法律」という流れの中で、真に主権者たる国民の意向と、アウトプットとしての法律及びそこにあらわれた政策決定にズレが生じていはしないか。ましてや議院内閣制のもとでは、行政府（内閣）と国民との距離はますます遠くなりはしないか？　そのことが病理現象の要因の一つではないか、という疑問である。藤原「行政法学徒からみた日本型民主主義の現状と課題」法学研究七七巻一二号二九七頁以下及び藤原・前掲註(10)・二七六頁以下参照。

(13) 畠山・前掲註(7)・一一頁は、米国行政法を「[行政] 作用法を持たない行政法体系」と位置付けたうえで「アメリカ法にならって行政法総論を再構成する試みが成されたが、十分な成果をみないままに終わった」とする。

(14) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ：実質的法治国家を創造する変革の法理論』（有斐閣、二〇〇八年）。

(15) 本講ののち刊行の藤原「事例演習教授法：法科大学院行政法を中心として」法学研究八二巻三号一、三七―三九

頁。

(16) 大橋洋一「行政法教育のあるべき姿」同『都市空間制御の法理論』三九五、四〇六—四〇七頁（初出：二〇〇六年。有斐閣、二〇〇八年）

(17) 藤原・前掲註(8)・三五頁。

(18) 藤原・前掲註(10)・二五八—二七〇、二八〇—二八三頁。

(19) 伊東乾・本塾名誉教授の学説に依拠した訴訟物の「動態的」把握である。中西又三・村上武則・鈴木庸夫・古城誠・藤原淳一郎著『テキストブック行政法』二〇四、二一二—二一三頁（藤原執筆。有斐閣、一九九四年）。右の藤原執筆の第七章（行政事件訴訟）は、その当時刊行されたばかりの塩野宏『行政法Ⅱ』（有斐閣）初版を意識し、あわせて民事訴訟との対比に配慮しつつ執筆したものである。コロンビア大学での在外研究時に届いたゲラ刷りをみて、共著の宿命からか、元原稿がバッサリとカットされているのに驚かされた。わずかに当初の香りが残されている。その後改訂なきまま絶版のため「幻の名著」と自称して授業で部分的に引用してきたが、橋本教授らによって極く最近読まれていたとは、正直予想だにしなかった。

第二部　エネルギー法・政府規制産業法の課題

第一部に引き続き第二部だが、エネルギー総合推進委員会委員長（東京電力顧問）南直哉様はじめ、第一部以上に電力・ガス・電気通信等の実務の方からたくさんご出席をいただいている。

第二部でお話しする内容は、ペーパーの一八頁に概ね目次の形で出ているが、「政府規制」、本講では「政府規制」のうち社会的規制（消極的規制）はほとんど言及せず、経済的規制（積極的規制）を中心に述べるが、第一に、何故政府規制か?、第二に、何故現在規制改革が議論されるか?、第三に、今後規制改革を進めていく場合の検討課題、第四に、（突然第三から抽出の）ユニバーサル・サービス、第五に若干の展望ということで、お話しさせ

ていただく。

一　なぜ政府規制か？

余りに教科書的だが、法律論と経済学のおさらいをしておく。

1　法律論

まず、何故特定の市場・産業活動への政府規制、とくに経済規制が行われるのかというのは、法律論的には言うまでもないことだが、憲法二二条（職業選択の自由）及び二九条（所有権の保障）から導き出される「営業の自由」を前提に、それが「公共の福祉」のために、制限をされることがあるという議論である。右の「公共の福祉」は、個別の行政法レベルでは、たとえば食品衛生法は公衆衛生（食中毒防止）、薬事法は医薬品の安全な提供というふうに、具体的な「保護法益」に置き変えられる。そして一定の営業（食堂営業、医薬品の製造・販売等）について、許可制をとったり、営業活動への監視・監督、事業所・営業所への立入調査、問題があれば改善命令、一定の要件を満たせば義務違反への代執行などの強制措置等の手法が登場するのである。常にこれら全ての手法を網羅してるとは限らず、これら手法をワンセットで用意せずに、部分的に拾っているものもある。

さらに事業活動の施設の立地を考えると、これは個別の事業法には滅多に登場しない話（電気事業法四六条の二以下に環境影響評価の規定が設けられているのは、極めて例外的）で、事業横断的に、土地利用、建築規制、環境影響評価（いわゆる環境アセスメント）等について、一般の行政法令、自治体による条例・要綱による規制がかぶさる。条例・要綱には、国の規制より厳しい上乗せ規制もあり、実務的に重要になってくる。

「営業の自由」規制を時間軸でみると、ある営業の開設（開業）に際しての（新規）参入規制と、営業活動開始後の営業活動に対する規制という二種類がある。規制目的からすると、積極目的・消極目的の二分法がとられ得る。消極規制は、安全性確保などの行政法学上のいわゆる警察許可で、経済学でいう社会的規制にほぼ対応する。積極的規制は、弱者保護という社会政策的な面、あるいは酒税確保等の財政目的からする酒類製造許可や（緩和された）酒類販売規制、さらに新規参入規制・料金規制など経済学でいう経済規制を含む公益事業規制等が典型である。[20]

これら規制が憲法に触れるかどうかということについては、「公共の福祉」によって正当化されるような目的に適ってるかどうか。目的に適ってるとしても、そのやり方、手段や規制の態様に問題がないか（比例原則、平等原則への適合）をみて判断することになる。憲法学説は、裁判所に規制の合憲性をめぐって事件が持ち込まれたときに、規制の目的・手段・態様の合憲性を、どういう基準で、どの程度の密度で審査するのかについて、積極的規制であればこれはそれなりの理由があってやっているのだから違憲性が「明白」な場合に限る。消極目的であれば、ちょうど行政裁量審査の「判断代置」と同様に、裁判所もちゃんと判断できるというとで、厳格な合憲性の審査をすべきとしていた。ところが事件を抱えた裁判所の裁判官ではなく、公法学者がある法令の合憲性を論じるときには、右の二分法に何ら拘泥される必要はない。たとえば「こんな行政はいらない。建築基準法・金融商品取引法・消費者庁」、こういうショッキングな見出しの『日経ビジネス』二〇〇八年五月一二日号がメスをいれる事例があるが、積極規制、消極規制の二分論に自縛されると、こうした事例に答えることができなくなるのである。[21]

合憲性を審査するときに、ドイツ法では、日本と同じように財産権の保障規定が基本法一四条にあるので、日本の議論と非常に似た議論になる。[22] ところがアメリカはちょっと違っている。合衆国憲法には真っ正面から財産

権保障規定がない。そこでまず一つは、イギリスのコモンロー上の「common calling or public employment」で、はしけや宿屋等は、それなりの公的な義務がともなう職業である。こういう考え方をベースに、当該事業活動が、「affective by a public interest」「affective with a public interest」として「公益」にかかわるかどうかでみる。[23]

二番目には、料金・料金規制や、競争者へのネットワークの開放というオープンアクセス等を正当化できるかどうかを、第四修正及び第一四修正の、適正手続き（due process of law）条項に反するか否かで判断するものである。[24] これは日本で言うと憲法三一条で判断するわけで、いかにも迂回したまわりくどい議論のように聞こえるが、真っ正面から財産権侵害という構成をとれないため、合衆国憲法では、こういう議論しかできない。ここが結構違いである。アメリカで「第四の権力」といわれているぐらい独立行政委員会の権限が強く、独立行政委員会がかなり立法的なことをやり政策決定もやっているように見受けられる。エネルギーでも通信でも、そんな規則は憲法違反じゃないかという訴訟が皆無ではないにしても、日本で言うパブリック・コメントなんかとって、ちゃんとルール・メーキングをやって、いわば事業者納得づく（＝契約類似）だから文句ないでしょう、と言えるという側面があるかも知れない。だから手続的に十分議論はさせるが、肝心の実体権である財産権の保障という切り口がないということでは、日本やドイツよりちょっと弱いかな、という感じがしている。

2　公的規制の経済学

次に畑違いの経済学に移ると、平たく言えば、社会的規制にせよ経済的規制にせよ、マーケットに任せたのではうまくいかないというのが、公的規制を正当化する根本思想と捉えている。本講では、エネルギーを含む政府規制産業（regulated industries）、公益事業（public utilities）をとりあげる。アメリカでは政府規制産業と公益

事業とは同義語であるが[25]、日本では人によっては、公益事業に金融等を加えて政府規制産業と称する日本的用語法もある。本講では、両者を同義語とする。また、これら事業活動に対する社会的規制も重要ではあるが、本講では隅っこに置いて、経済的規制について議論する。

何故、公益事業が規制されるのか？「公益事業」という言葉が初耳という方がいらっしゃるかも知れないが、水道とか電力、ガス、電気通信といった需要家の末端までネットワークが張りめぐらされているサービスがある。水道管が蛇口まで、ガス管が元栓まで、配電線・電話回線も各戸にきている。これらが典型的な「公益事業」である。グレーゾーンにあるのは、運輸であり、航空にしても鉄道にしても、駅とか空港まで行かなければ、サービスを受けられない。運輸を含めて「公益事業」と言うけれども、サービスの設備被拘束性ということから言うと、電力やガス、水道よりは弱い。だからあとでお話するように、運輸は規制緩和がやりやすかった、手掛けやすかったというのは、そういうところから来ている。

従来経済学では、規模の経済性とか、費用の埋没性とか、あるいは設備被拘束性、サービスの必需性等、「公益事業」の要件となるべきキー・ワードを「公益事業」のステータスとして議論してきた。法的構成としては、新規参入を制限し地域独占を認め、恩恵として土地使用について特権を認めたり、あるいは土地収用も可能にする代わりに、料金の規制、サービスの品質維持義務、サービス提供義務等を負わせる、というのが典型的である。[26]

ちなみに「公益事業」概念は、アメリカでは遅くとも一九二〇年代後半には登場している。[27]連邦レベルの規制でみると、鉄道を別にすると、一九三四年連邦通信法（Federal Communications Act）[28]、一九三五年連邦電力法（Federal Power Act）[29]、一九三八年連邦天然ガス法（Natural Gas Act）[30]と、いずれも一九三〇年代中葉である。

経済規制のなかでは、新規参入規制と料金規制というのがその代表格である。近時の当該市場の競争状態や規制緩和・自由化により、若干様子が変わりつつあり、そういう意味で参入規制・料金規制の強弱、態様の違い等

をもとに規制のマトリックスを描くことができるだろう、というのを、かつて試論として述べたのである。[31] 植草先生からは、「法律学の議論って遅れてるな。やっと経済学のレベルにきたか」と、半ばお褒めの言葉をいただいているが、先生も名著『公的規制の経済学』のなかで、規制手法としては右の二規制を中心に議論を進めておられ、[32] 心強く思った次第である。

二　なぜ規制改革・自由化か？

たとえば航空についてはケネディ大統領の頃から始まっているが、典型的にはアメリカのレーガン大統領、イギリスのサッチャー首相、日本の中曽根首相の頃に、民営化、規制改革、自由化等の議論・政策が活発化したのは周知の通りである。

1　規制改革の目的・理由・背景

いったい規制改革にどういう目的・理由・背景があるかというと、国、産業構造、市場構造、政治・社会・経済情勢等による特殊性や細部を捨象して、非常に大雑把に言うと、第一に、財政赤字から「小さな政府」を実現したい。強い規制には大勢のスタッフをかかえて人件費も要るので、規制を弱め「小さな政府」を実現したい。しかも国有企業である場合には、これを株式会社化して、株式を株式市場で売り出すと、売却益が出る。わが国の場合も、旧・電々公社を民営化したＮＴＴ株の売却益が、国として相当いろんな用途に使われたのは記憶に新しい。[33] サッチャーの下でのイギリスは、この売却が成功した。成功というのは、概ね株価も上がって、購入した国民も資産形成できて懐も潤いハッピーになった。日本の場合は、残念ながら上場後、ＮＴＴの株価は下がって

しまっている。

第二の要因として、独占的に経営をやらせておいたのでは、技術革新やその普及に限界がある。それよりも競争させて市場を活性化するほうが良い、こういう考え方である。電気通信市場などはそういう傾向が非常に強い。エネルギーでもむろん技術革新はあるが、目下のところ電気通信のように、音声からデータ通信、固定と移動体の融合、放送と通信の融合といったスピード感はない。[34]

第三に注意しておかなければならないのは、「市場の失敗」論である。市場に任せていたのではうまくいかないというので、いままで規制をしていたが、逆に規制の弊害として、市場が歪になるとか、効率性に反するとか、消費者余剰が生まれない等から、今度は「規制の失敗」あるいは「政府の失敗」という要素を含んでいる。[35]

最近の長谷部論文[36]によると、これは長谷部説というよりも経済学者等の議論を借りてきているものだろうが、「規制を生み出す政治過程を多様な私益追及のための競争の過程として把握し、それがもたらす資源配分の非効率を排除する」という説明もある。

それからもう一つ、「産業のライフサイクル」論。これはお手元の資料四でも述べたが、[37] ある産業において、第一段階は事業が始まる時期（事業創設期）、これは競争的な段階である。たとえば、電気で言うと、日本もそうであるが、当初は国による参入規制はなく、いちばん甚だしいのは旧東京市における「三電競争」。三つの電力会社がそれぞれ配電ネットワークを張りめぐらし、激しい競争をやったことがある。[38] アメリカでも、シカゴなどで複数の事業者が入り乱れてやったというのは、いまだに語り草になっている。次の第二段階の、発展期になると、規制が始まる。そして、第三段階は事業の成熟期で、安定的な規制になる。最後の第四段階では、競争に親しむ。そこで再規制や非規制になる。これをアメリカの公益事業に適用して、ガス、電報、鉄道、電気、電話、航空、ケーブルＴＶなどがいまどの段階にあるかというようなことを議論する文献がある。[39] 一九九六年だから、

ちょっと古い話だが、ウィリアムズバーグで開催のミシガン州立大学公益事業研究所主催の年次研究会議の報告でも、航空、電気通信、天然ガス、電気の四事業を第四段階に並べていた。[40] それから、この産業の発展段階論は、かつてゼミ合宿で読んだダニエル・オキモト、これは日米半導体協議のときのアメリカのブレーンだが、オキモト教授も半導体がどういう段階にあるかをグラフに示して議論していた[41]ので、結構こういう説明の仕方は説得力を増すために採用されているように思える。

右の「産業のライフサイクル」をわが国で考えると、通信は第四段階と考えられるし、電力もここにあると言ってよいだろうが、ガスはまだネットワーク形成期にあるので、せいぜい大手が第三、中小が第二段階というふうにみることができるのではないか。[42]

私は、右の産業の発展段階論を、当該産業がこういう傾向を示してきた又は示しているという仮説的整理であって、何々の段階にあるから規制はこうあらねばならないとか、必ず第四段階まで到達するという論理必然的なところまではいかないと思う。いずれにせよ、先程のミシガン州立大学年次会議での報告は、本格的に競争の効果が出てくるのは、規制の見直しに着手してから大体一二年とか一六年かかってる。[43] そういう意味では、規制緩和・自由化は、かなり息の長い作業で、ある年急に何か自由化されるというのは非常に無理があるのではないかと、アメリカの経験からも言うことができる。

2 「規制」「規制機関」は死滅するか？

以上述べた様々な要因・事情から、規制緩和、規制改革が行われるとして、それでは規制はなくなってしまうのか、あるいは規制機関はなくなるのかという次の議論に移る。

(イ) 規制緩和＝脱経済規制？

本当の意味での規制緩和・脱規制（deregulation）であれば、最低限度の保安規制とか安全性確保は残るとしても、少なくとも新規参入規制や価格規制等の経済的規制はなくなってしまい、原則マーケットに委ねるということが考えられなくはない。仮に市場のプレーヤーの行動に問題があれば、独占禁止法で裁くということがあるかもしれない。これを電力、ガスでイメージすると、安全規制は残るし、あと道路占用は、道路法の占用許可制度を残すか、かつての報償契約方式[44]に戻すかということはあっても、原則経済的規制はなくなるというふうに、観念的には考えられる。

ところが現実には、再規制（re-regulation）を含む「規制改革（regulatory reform）」である。その言い分はこういうことである。「いまは『過渡期』である、いきなり全面自由化して市場に何も手を加えないと弊害があるため、うまく競争が機能するように」とか、「家庭用需要家（core, domestic or residential customer）を保護するために、どうしても規制は残る」と、こういう論理である。

たとえば電気通信では電々公社民営化後のＮＴＴ。電力・ガスでは、戦時中を含めて国有化はやっていなくて、戦後は、公営水力、公営ガスがある程度で、原則民営である。しかし事実上、供給区域独占が保障されてきた[45]。このような旧国有企業・公社又は民営の既存事業者（incumbent）が、ともすれば市場支配的行動を起こす可能性がある。それを監視して、新しい市場の円滑な運用を担保する目的のためとして、典型的には、ネットワーク部門とサーヴィス部門との区分経理等の会計処理や情報遮断については非常にうるさくなった。そういう意味では、監督権限が従前よりも強化されるのも珍しくない。

こうなると、かつてマルクス・レーニン主義者が「国家は死滅する」、つまり革命によって資本家がいなくなりプロレタリアートの世の中になれば階級が消滅するのだから、プロレタリアートを支配する道具としての「国家」は死滅すると主張したが、旧共産圏において国家は一向に死滅しなかった。旧ソ連しかり、北朝鮮しかりで

ある。これと同様、規制緩和、自由化によって「規制が消滅する」というのは、どうも幻想でしかないように思われる。

(ロ) 再規制に「歯止め」はあるか？

こうした規制ルネッサンスへの「歯止め」はあるのか。

再規制の動きを正当化する一つの論法に使われているのが、いわゆる「不可欠設備（Essential Facility）」論である。旧稿[46]で分析のように、アメリカの独禁法の世界で使われていた右の概念が、ヨーロッパに輸入された。輸入されると、どんどん適用領域が広がっていって、知的財産にまで拡張、適用される例まで出てきた。しかも面白いことに、ヨーロッパで事業法に基づいて強くテレコム規制、主としてネットワーク開放を行う場合に、旧国有会社の電話回線は、新規参入者・競争者にとって不可欠設備である。よってこれを開放しなければいけない、開放しないでおくと独禁法違反に当たるから、あらかじめ事業規制としてそれを先取りしてやるんだと、平たく言えばそういう論理である。明確にそこまで述べていなくても、思想としてはそういう考え方にもとづいている。

つまり不可欠設備論は、本来は、極端な目に余る行為について事後（ex post）に個別に独禁法違反に該当、として裁くための概念であったのが、事前（ex ante）に、これは不可欠設備だから強い規制をしなきゃと、こういうふうに論理・使われ方が変わっていったものである。

わが国でも不可欠設備という言葉は使っていないが、民営化後のＮＴＴ、分社化後のＮＴＴ東、ＮＴＴ西の有する第一種指定電気通信設備の接続約款認可（電気通信事業法三三条）制度は、この考え方がバックグラウンドにある。これは情報通信審議会接続委員会に委員として入っていて、そういう議論をしょっちゅう聞かされる。

規制緩和によって、事前（ex ante）規制から事後（ex post）規制へ移るはずだが、たとえばドイツの電力やガスでは、ネットワークの開放についても、業界の自主的な取組みや協定というのを大事にしてきた。送配電線、

ガス・パイプラインの開放（これを以下「託送」という）について、電力又はガス業界と産業団体・産業用需要家団体とが合意して、それをもとに各個別の企業が実施に移し、問題があれば連邦なり州のカルテル庁なり私訴も可能なので裁判所がそれを是正する。そういうことで、事後（ex post）規制でやってきた。[47] しかしヨーロッパの他国から見てドイツの電力・ガスの託送料は高い、それは事前規制が存在しないからだということで、ヨーロッパ中の大合唱によって、新しい指令（Directive）に織り込まれた結果、電気通信が主たる守備範囲でボンに設置された連邦ネット規制庁（Bundesnetzagentur）[48] の権限を拡張して、託送条件の事前規制に踏み切っている。

わが国では、現在は電力及びガスの託送約款は届出制で、問題があれば大臣が変更命令を出すというものである（電気事業法二四条の三及び二四条の四。ガス事業法二二条及び二二条の二）。ところが往々にして参入者側から、これは甘い、届出にはいろんな問題があるから、事前認可制にすべきだということで「事後規制から事前規制へ」という声すら起こっている始末である。

このように再規制が行われると、「規制機関」は消滅するどころか、監視人、英語では番犬（watchdog）としての役割に変身する。これが余りに大きくなると、もはや番「犬」ではなくて番「象」ではないか（watchelephant）。これは私のジョークで、そういう言葉が英語圏にあるかどうか確かめていない。それはともかく、どうやって巨大化するのを食い止めるか、歯止めはあるのか。

それでは過剰（再）規制をどう攻めるかというと、これは副業の肩書で私、弁護士登録もしておりますが（笑）。いわば手持ちの「札」としては、第一に、手続的に、新規制に厳密な事前の「政策評価」を実施させる。それからアメリカで一時議論されたサンセット・クローズを入れる。一年とか二年とか仮にやってみて、太陽が沈むがごとく規制をいったんゼロにして、そのうえで必要な規制ならば、継続・復活をはかる。そういう事前評価と時限規制が、一つの手法であろう。こんなこと審議会で言い出しても、もうあとの祭りかもしれない。二番

目は、これしか「切り札」がないという憲法の「営業の自由」侵害論。これは守る側からすれば非常にシビアであるが、実体法的検討の深化くらいしか用意されていない。

3　規制改革・自由化は成功するか？

電力・ガスについて、規制改革・自由化が成功した国もあるといわれる。何故成功したのか、国によってずいぶん状況が違うので、英米を例にとって検討してみよう。

(イ)　エネルギー自由化モデル

アメリカ型をみておこう。一九七〇年代、電力会社は、電力需要が伸びるというふうにみていたが、一九七〇年代の二度にわたる石油危機により電力需要が落ち込み、完全に目算が狂った。その結果、新規発電所建設の中止（cancelled plant）や過剰設備（excess capacity）が続出した。州公益事業委員会は、これら発電所への投資額の全額回収を認めなかった。というのは、公益事業の料金規制は公正報酬率規制（rate of return regulation）が採用され、減価償却費を含む営業費（operating expence）と公正報酬（fair return）を合わせた額を総収入すなわち総括原価（total revenue）とするものであるが、右の公正報酬は、レートベース（rate base）に報酬率を乗して求めるものである。建設工事中止の発電設備や過剰設備を右のレートベースに含めるには、当該資産が現実に供されるか供され得る（used and useful わが国では「真実かつ有効」と称する）こと、分別ある設備投資（prudent investment）であること等の関門が控えており、[49] その結果レートベースに入れられなくて、投資資金が回収できない事態が生じたのである。そこで電力会社は、全量を極力自前電源で賄うという思想をやめて、他社からの購入電源も需給計画に織り込むようになっていった。[50] この動きを加速させたのは、一九七八年の連邦公益事業政策法二一〇条で、同条は、電力会社が非電力会社の有する再生可能エネルギー発電及びコージェネレーショ

ンからの余剰電力購入を義務付けた。一九八〇年代にこの制度が本格的に動き出し、政策的に高値の購入料金を設定する州も登場し、売電目的の設備も増加していった。やがて連邦エネルギー規制委員会（FERC）は、電力会社が購入する非電力会社の電源（NUG）を「入札」で選ぶように政策誘導した。このような積み重ねから「卸電力市場」が形成されていった。[51]

他方、日本の電力会社は、卸の原発（日本原子力発電）や公営水力からの電力購入をもちろんカウントはするが、原則自前で電源を整えていこうとする思いが非常に強い。ここがアメリカとずいぶん違う。

アメリカに話を戻すと、卸活性化のためには、他社の供給区域内の電源からも卸供給を受けるための託送（Wholesale Wheeling）が必要となる。卸電力を誰が買うかということでは、発電部門の競争の恩恵を需要家にも行き渡らせるため、配電会社以外に、需要家、まずは産業の大口需要家も買えるようにしようということになる。そうすると小売り託送（Retail Wheeling）が必要となる。こういうことで、大口から始まって、小口需要家にも恩恵を拡大させるために、小売りの自由化を進めていくかどうかの議論に発展していった。ただ、小売り自由化に先頭を切ったカリフォルニア州において、ご承知と思うが電力危機が起こり、[52]その結果、現時点では、州によって小売り自由化の範囲を含めて、バラツキが出てきている。いずれにせよ、アメリカの電力で特徴的なのは、上流である卸の競争から始まって下流の小売り自由化に至った、こういう流れである。

次にアメリカのガス市場をみると、ガスは井戸元（生産）、州をまたがるパイプライン会社（輸送）、地域配給会社、この三つが、それぞれ別々の会社、いわば分業体制であった。まず、井戸元価格が自由化された。正確には、新規ガス田価格から始まって旧ガス田価格にも拡張していった。次いで州際パイプラインは輸送だけではなく卸売りも兼ねていたが、（上流の競争の恩恵を配給会社や大口産業需要家に享受させるために）輸送と卸売り機能とを分離させる。[53]会社組織はそのままでの機能分離である。最後は、小売りを含む配給レベルまで自由化する、

こういうストーリーで進んできた。

そうすると、アメリカは電気もガスも、自由化・競争は上流から下流に流れていく。それに対してヨーロッパは、ドイツ[54]を除くと北欧、イギリス、ラテン系等、多くの国で国有企業・公社が出発点である。このため、MITの著名なジョスコウ教授は、欧州は「垂直統合された独占」企業を改革するという側面が強く、（アメリカのように上流から下流という段階を追わずに）直、小売り需要家のための市場開放（market opening）に向かった、というふうに指摘している[55]。

いま「垂直統合」という言葉を使ったが、産業界の方はご承知だが、行政法研究者、学生諸君のなかにご承知ではない方もいらっしゃるかも知れないので念のため説明する。電力で言うと、エジソンがはじめてマンハッタンでやったのは、発電してその電気でストリートにパーッとライトをつけ、みんなワッと驚嘆する。発電設備と供給施設が本当に同じ場所といってもいいわけで、これは今流にいう「オンサイト」発電である。ところが大規模な水力発電が普及し始めてからは、遠距離の需要地に送ることが始まった。当初は直流か交流かという争いがあったが、交流が勝った（現時点でみると、長距離送電には直流も用いられ、OA機器のような直流製品も多い[56]）。そして、発電から送電ネットワーク、そして各地域の配電という三段階の事業展開に発展した[57]。ちなみにアメリカでは、持株会社は右の三段階・三部門を擁するが、すべての電気事業者が三段階を一手引き受けとは限らない。ガスの場合、先に述べたように、製造・輸送・配給の三段階は、分業体制であった。他方、わが国の電力は、戦後の電力再編成によって、発電・送電・配電、これを全国九社（沖縄電力を含め十社）が各供給区域ごとに一手に引き受けている、これが発送配電の「垂直統合」事業モデルである。

わが国のガスは、かつては石炭等からの都市ガスの製造、これは今主流が天然ガス、国産天然ガス又は海外からLNGで運びわが国の基地で気化するというのが主流である。パイプラインによる輸入は、一時期サハリンの

ガス輸入について検討されたが、これは遠のいた。そして国内でのガス輸送、配給という三段階で、大手は垂直統合型経営だが、公営を含めた中小は製造部門を擁しないものも多い。[58] さらに日本は、電力もガスも海外との送電線・ガス導管の連携はない。後に述べるつもりだが、これがヨーロッパやアメリカと大きく違う。自由化を議論しても、イギリス（UK）でも大陸と、アメリカ合衆国はカナダやメキシコとつながってる。いざとなったら他国からサポートを受けられず、日本は国内だけで製造・輸送・配給をまかなう「鎖国的」ネットワーク[59]が特徴的である。

さきほどの発電・送電・配電の三段階の議論は、小売りの自由化との関連では、さらに最終段階の「配電」を配電ネットワークと小売りとに分ける、こういう話になる（さらに検針等のサービスの分離もあり得る）。ガスも同じで、中低圧ガス導管ネットワークと供給とに分ける。こういう議論になってくる。こうした自由化との対比で従来の「垂直統合」モデルがある。ジャスコウ教授がいうように、欧州の多くの国では、国有企業・公社一社が上流から下流まで垂直統合していたものである。[60]

(ロ) 自由化成功の鍵

エネルギー市場の自由化は、どういう状況下で成功するかという一試論だが、第一に燃料調達が容易であること。第二に、電力でいえば発電容量に余裕があり・送変配電設備に弱点、ボトルネックがないこと。さらに、長期に電力の需給が安定していること。それから、第三に、自由化後の市場が暴走しないでまともに機能していること。こういうことが整えば、大体成功する。[61] ただ右の仮説は、先進国を念頭においたもので、途上国での成功例は説明できないという意味で、不完全ではある。

ところでブラッセルのEUの競争総局（DG Competition）を訪問する度に「われわれが考える電力・ガス自由化の『母（mother）』はイングランド&ウェールズ［の体験］である」と聞かされる。イギリスは、北海から石

油も天然ガスもとれたので、右の第一要件、潤沢なエネルギー資源を満たしていた。ところがご承知のように、イギリスも輸入国に転じている。そこで楽観シナリオに警鐘を鳴らす文献が散見される。たとえばオックスフォードのヘルムス博士は五年前に「環境とガス輸入依存という新たな問題」に対応するエネルギー政策の必要性を予言していた[62]。

(ハ) 規制改革・自由化の成功度は？

規制改革・自由化が成功したのかどうか、何を物差しに測るのか？　それにはいろいろな指標があって、たとえば第一に、新規参入者の数、新規参入者の市場シェアは何％か、換言すれば需要家のサービス提供者変更率（switching rate）。この種の議論をすると、イギリスは模範生であって、日本はまだ電力もガスも低過ぎると、よく批判される[63]。

もう一つ大事なことは、需要家による供給者（supplyer）の変更以外に、既存の事業者も対抗上どんどん料金を下げ、サービスも向上する。結果としては、全需要家が恩恵をこうむる。これはこれで自由化がもたらしたものであり、それなりに達成感はある。ただ、新規参入者の市場シェア等がなかなか伸びないと、まだ競争は不完全だ、そうすると次の手は何か、という類いの議論が、往々にして審議会等で闘わされるのである[64]。

最後に資料4にあるように、自由化が進んで競争化すると、その結果市場はどうなるか。「群雄割拠なのか、寡占化なのか」。これは私が本年を含め何回か参加したアムステルダムで開催のフレーム・ヨーロッパ・ガス会議で、ヘルムス博士がある年に指摘したが「経済セオリーから言って、寡占化するのは当たり前で、欧州委員会が群雄割拠を期待するような見方は、甘すぎる」[65]。市場は異なるが、より技術革新の激しいわが国の電気通信の世界でも、少なくとも現時点では、やはり群雄割拠じゃなくて寡占化が進んでいるのは象徴的でもある[66]。

三　今後の改革・自由化の課題

次に今後の改革・自由化の課題であるが、持ち時間がちょっと押してきたので、駆け足で述べることにする。

1　課題群

主要な課題群として、第一に「エネルギー安全保障」と「エネルギー安定供給」との整合性[67]、第二に「環境」との整合性[68]、第三にネットワーク部門と他部門の分離「アンバンドリング（Unbundling）」論がある。

2　アンバンドリング（分離）論

「アンバンドリング」概念は、資料3において整理したが、これらのうち一番目から四番目は大体日本でやってきたので、これからの議論の可能性としては、ネットワーク部門の別会社化として、五番目の「法的分離（legal unbundling）」。さらに進んで六番目の「所有分離（ownership unbundling）」である[69]。

「法的分離」はどんなものかというと、たとえば、大慶應持株会社をつくる。そして発電会社は慶應発電。送電は早稲田送電。供給（小売り）は中央電気販売。名前は二の次で、要するに持株会社が一〇〇％株式を所有したうえで、会社の組織を分ける。こういった持株会社方式も選択肢として認められているものである。公益事業の持株会社といえば、ＮＴＴ持株会社の下の、ＮＴＴ東西、ＮＴＴコム、ＮＴＴドコモ、ＮＴＴデータ等の子会社を想起するだろう[70]。

右のような分離を求める趣旨は、早稲田送電会社が、中央電気販売と他社とを託送料を含む託送条件で差別せず（内外無差別）、非差別的な託送サービスを提供し、真のサービス競争を実現することにある。したがって、ネ

ットワーク会社と販売会社とが他社の参入・利用情報を共有しない（情報遮断）等の制約にも服することになる。とはいえ、持株会社方式にとどめれば、グループ会社として、送電線ネットワーク資産を失わないという点で、次の所有分離に比べれば、事業者の理解を比較的得やすいという面がある。

他方「所有分離（ownership unbunding）」は、送電会社化した早稲田送電を、慶應持株会社から完全に分離独立した送電会社にするものである。つまり慶應は、早稲田の株式なり設備を、相対（あいたい）がまずければ入札によって、全量（慶應とつながりのない）他者に売却しなければならなくなる。このような所有分離の実現には、法的、政治的に、強い抵抗が予想される。[71]

おそらくここで一番問題なのは、配付のペーパーには書かなかったが、イギリスを称して「ウィンブルドン化」と言われる点である。イギリスはテニス大会のプレーをする場所を提供してはいるが、勝者は誰一人イギリス人ではなくて他国の人。ちょうどこのように、民営化されたイングランド&ウェールズの一二配電局が、誰の所有になっているかをみると、かつてはアメリカ系もいたが、現在は、ドイツのエー・オン（E. on）系とRWE系、フランスの電力公社（Edf）系、僅かにスコットランド系があるが、イングランドとウェールズ系はゼロである。このように、配電レベルは完全に外国資本になってる。他方、ネットワーク部門はどうかというと、これはさすがにウィンブルドン化していなくて、現時点では、旧CEGBの送電線を引き継いだナショナル・グリッドと旧英国ガス公社のガス導管を引き継いだブリティッシュ・ガスのネットワーク部門とがナショナル・グリッドに統合されている。

垂直統合事業者が典型的だが、ネットワーク部門と販売部門の両者を有する事業者が「所有分離」で送電ネットワークを手放す（売却する）ときに、ウィンブルドン化が危惧される。換言すれば、国家のエネルギー安全保障を考えなくても良いのかという論点である。詳細情報が得られていないが、ドイツの電力・ガス分野の両雄、

エー・オンとRWEの両社が、EUから独禁法違反で攻め立てられ、根負けして、両社の任意・自由意思のもと、ネットワーク部門の「所有分離」を図ると伝えられている。エー・オンの送電線をフランスや北欧が虎視眈々と狙っているときに、外国資本に手放しても良いのか、という議論が存在したのである。[72]

わが国でもし「所有分離」までいこうとしたら、やはり同じような問題が出てくる。チルドレンズ・インベスターズが電源開発株式会社（通称「Jパワー」）への支配を強めようとしたときの議論は、そこまでの危機意識は薄かったかも知れないが、国家エネルギー安全保障の観点から、外国資本について、少なくともネットワーク会社の株式所有・ネットワーク資産取得を制限すべきか否か、制限するとして、現行外国為替及び外国貿易法（外為法）で十分対処可能かどうか、対応可能であるとしても、説明責任を十分果たした外為法上の措置が可能か等、あらかじめ検討する必要があるかも知れない。[73]

わが国では、電力・ガス会社の法的分離論、所有分離論は、その是非を含めて二年から三年先の議論だろうし、ガスについていえば、中小の地方ガス会社への裾切り（適用除外）が不可欠だろう。

他方、電気通信では、二年先にNTTの見直し論が予定されており、現在のNTT東西は、ネットワーク管理部門とサービス提供の利用部門の両者を擁しているので、「分離論」が再燃する可能性もあるとみられている。

四　ユニバーサル・サービス

課題群の中から「ユニバーサル・サービス」を切り出して話そうと思ってペーパーに項目立てしているが、[74] 時間がなくなったので、もしご質問があればお答えするということでご容赦願いたい。

五　展　望

最後にエネルギー法及び政府規制産業法の展望であるが、今後テレコムにおける次世代ネットワーク（NGN）、次世代携帯、エネルギーにおける水素利用、超電導等の大きな技術革新によって物事が変わり、公益事業が担ってきた市場なり供給のシステムが、コペルニクス的転回を遂げるかもしれないし、あるいは新しいシステムが既存のシステムとある程度併存していくかも知れない。

そのような次世代において、従前の事業規制の常識をそのまま維持するのではなくて、発想の転換も必要ではないか。[75]

要は「変わってはならないもの」と「変わるべきもの」を選別する必要がある。

私には（資源）エネルギー法に関して「履行遅滞の出版契約」が二件あり、それとともに、やや長文の論文二点ほど書く気満々で、また第一部と同じように「終りのない旅」を続けたいというふうに思っている。失礼致しました。

〈質疑応答〉

＊発言者の敬称略。発言は書き言葉に変換。発言者の肩書きは、最終講義時点のものである。

司会（青木淳一）　ありがとうございました。第一部と同様、ご質問、コメントをお受けする。

草薙真一（兵庫県立大学）　兵庫県立大学の草薙です。ユニバーサル・サービスについて伺いたい。先生が本日のペーパー二一頁の中程（＝本稿第二部一、2公的規制の経済学）で、公益事業を「エネルギーを含む政府規制産業」と捉え、さらに「『公益事業』概念は、遅くとも一九二〇年代には確立」と書かれているが、「一九二〇年代に確立し

た」というのはどういうことかというと、利潤追求ではなくて、むしろ公益追求をする事業者を観念するということが確立したものだろう。公益事業として先生は、電力、ガス、水道、電気通信をまず念頭に置かれて、運輸、これはちょっと公益事業性が薄れるという話だったが、私は、鉄道、バス、タクシーといったものを公益事業に入れて何の問題もないと考えている。

参入規制や料金規制が厳しくかかっている事業者というものは、公益事業者だからであり、そういう事業者には、全国あまねく均一にサービスするというようなユニバーサル・サービスが求められるというふうに認識している。経済規制としての参入規制や料金規制というものをかける原則というものが、逆に公益事業者のアイデンティティであり、また、プライドでもあるということにもなろうかと思う。それでは、運輸と、たとえば電力・ガス、水道、電気通信といった事業との区別・違いをどのように付けたら良いのか。たとえば庶民にとって贅沢と思われていたタクシーや航空は公益事業に入れるべきか否かといった議論がかつてはあったが、それらも公益事業として考えようというのが学界の流れではないかと思う。このあたり、公益事業学会でも副会長を務められた先生がどのようにお考えか、お教えいただきたい。

藤原　アメリカの各州レベルの公益事業法には、おっしゃったように運輸も当然入っているので、「公益事業」という概念に従来から運輸が含まれていたというのは、疑いもない。ただ、わが国においても、タクシーの新規参入規制について、一時期撤廃していたのが再規制ということで、ちょっと迷走はしているが、ご承知のようにずいぶん運輸の規制緩和が進んでいる。いずれにしてもさっきお話ししたように、もともと運輸は規制緩和、自由化に親しむ。つまりタクシーや航空は市場撤退しても、車なり飛行機を売れば済むので「費用の埋没性」はない。それに対して電気、ガス、電気通信では、事業撤退のあと送電線、ガス管、電話回線、そういうものは費用回収ができなくなる。それを「埋没費用（sunk cost）」「費用の埋没性」という。そういう観点からみてずいぶん差がある。だから運輸を公益事業のなかに入れてもいいが、入れてもいいけれども公益事業性というか、その特質・規制の強弱はあると思う。そういうことで本日は運輸についてあまり言及していないし、また、規制がどんどん緩くなっており、かつて公益事業学

会が設立された頃の運輸に対する規制と、今日とでは雲泥の差がある。もはや同じ概念で括るのが、むしろ不自然かも知れない。そういう印象すら持っている。

柳迫泰宏（公正取引委員会）　総務省の柳迫です。現在、公正取引委員会に出向しており、他省庁の政府規制と独占禁止法の適用関係の調整業務等を行っている。藤原先生には大学院でお世話になり、大学院修了後、総務省に入省し、電気通信、特に「ユニバーサルサービス委員会」や「ユニバーサルサービス制度の将来像に関する研究会」で先生と一緒に仕事をさせていただいた。そこでユニバーサル・サービスについて質問させていただきたい。

本日のペーパー三一頁「ユニバーサル・サービスの今後」として、「ユニバーサルサービスからユニバーサルアクセスへ？」との記述がある。現在のユニバーサルサービス制度では、事実上ＮＴＴ東西だけが、適格電気通信事業者（電気通信事業法一〇八条）としてユニバーサル・サービスの補塡を受けられる仕組みになっている。これに対して、将来的にアクセス手段が多様化し、「ユニバーサルアクセス」という概念が出てきたとき、競争中立性、経済合理性の観点から、ユニバーサルサービスの補塡を受ける事業者を選定する際に、リヴァース・オークションのような考え方を導入すべきであるという意見が一部の経済学者から出ているが、これについて先生のお考えをお聞かせいただきたい。

藤原　いちばん最近では昨二〇〇八年一二月一六日（改組前の）情報通信審議会から「ユニバーサルサービス制度の在り方について」という答申が出ており、私はユニバーサルサービス政策委員会のメンバーの一人である。ご質問の「ユニバーサルアクセス」のイメージが、この答申三二頁の図表一四に出ている。従来の固定電話のＮＴＴ東西以外に、いろんな候補者があり、無線ＬＡＮ、光ファイバー（ＦＴＴＨ）、ケーブルテレビ等、一般の公衆がどれかにアクセスできるように、そのアクセスを保障しようという制度に変わっていくというものである。

実は私自身、まだユニバーサルアクセスということでうまく制度がつくれるかどうか自体、確信を持てていない。現時点で音声電話についてユニバーサルサービスの対象を決め、そしてその担い手を決め、それらを維持させるための仕組みを考える、これは比較的簡単だけれども、次世代のアクセスとなると、複数の選択肢があり得る。複数の選

択肢がある場合に、サポートしなければいけないサービスをどういう基準・尺度でもって決められるのか。全国大で展開しているＮＴＴの次世代ネットワーク（ＮＧＮ）なんかは当然入るだろうが、それ以外、たとえば、自治体と組んで部分的に光ファイバー網をつくっているところとか、あるいは移動体を含めて多様なサービス提供者が出てきているときに、「ユニバーサルアクセス」と言うのは簡単だけれども、どういうイメージで、どういうふうに絞りこんでいくのかということ自体、非常に難しい。ある程度絞りがかかった段階で、オークションでやらせるかどうかというのは技術的な段階の話だと思う。私は、まずユニバーサルアクセスという概念は結構なんだけど、その内実を詰めていくのがこれから第一にやらなければいけない作業で、そこが固まらない限り、技術論・手法として、どういう者をどういう手順で選ぶのかというのは、次の段階のことだと思う。やや先走った議論のようで、私としては、そこまでついていっていないというのが実情である。お答えになってるかどうかわからないが。

柳迫　ありがとうございました。

司会　ほかにはいかがでしょうか。懇親会の時間が迫っているという声もあるが、それよりもここはやっぱり学問だろうと思い（笑）、フロアの皆さまからご質問なければ、司会者の特権で、私から一つお尋ねする。

私も藤原先生からご指導をいただき、主に電気通信分野に関心を持って勉強している。そこでいつも思うのは、「競争」、「競争」といっても、「競争」って何だろう。論者によって思い描く概念が違うように思う。何をもって「競争」といっているのかな、と。もちろん経済学的に定義することはできるが、各人がイメージしているところは、またそれとは別にあるような気もする。

最近ふと思うのは、我々が、たとえば電気、ガス、電気通信を議論するとき、産業の起こりは競争からスタートしている場合もあるが、いつの間にか政府規制が頑丈に掛けられていて、それを徐々に解放し、規制緩和をしてきたように、規制から緩和へというベクトルの中で議論している。これに対して、金融の世界は元々自由なところがあって、特にアメリカ型が追求されてきた。しかし、今般のサブプライム問題、リーマンブラザーズ・ショックでガタンと崩れた途端に、「じゃあ今度は規制を掛けよう」「だけどやっぱり規制はあまり掛けないほうがいい」「自由な競争のま

まがいい」と、いろいろな声がある。公益事業を研究している者からは、自由なところから規制へ向かうベクトルの中で検討しているように見える。そういう意味では、（規制から緩和へ、自由へという、公益事業における議論の方向とは）逆方向にベクトルが向いていて、非常に面白いなと思う。先生は、今回のような米国で議論されつつある、いわゆる再規制の動きに対して、ご意見、ご感想をお持ちか。

藤原　金融は私、守備範囲に入れていないので、うっかり言うと怪我をしそうだが、そういう意味では単純な、市民レベルの感想ということで、お聞き流しいただきたい。今日の話のなかでも、ちょっと入れようと思ったのは、市場の失敗から規制を始めた。規制の失敗から規制緩和によって、ある程度市場に近づけるか、限りなく市場に任せる。そうすると今度は、当初考えたとは別の意味での「市場の暴走」のような「市場の失敗」が出てきたとき、過去に「市場の失敗」ということを議論した頃には、取引社会、取引マーケット、たとえば、原油でいえばＷＴＩとか、あるいはエンロンのような電力取引とか、そういうところにおける「市場の暴走」のようなことは、あまり議論していなかった。金融破綻は、多様な要因があり単純化できないにしても、それに類似したものかも知れない。

そういう意味では、従来「市場か規制か」という二者択一論で余りに単純化した議論が進みすぎたので、金融の世界についていえば、様々なＩＴ技術を駆使した金融商品等が出てきたりして、それはそれなりにマーケットを活性化し、すべてが悪だとは言えないけれども、その影の部分が非常にいま色濃く出てきている。ですから逆に言えば、規制緩和とか自由化といった場合は、その市場が抱えているそういう「時限爆弾」的なものも十分覚悟しながらやっていく必要がある。たとえば、日本でも卸電力取引所は、様々な工夫をこらしていて、早い話、参加できる人、メンバーシップを非常に厳格に限定しているから、エンロン事件のようなことはまず起こらないと思う。公設・アングラを問わず、そういう取引市場をつくってしまうと、デリバティヴ的な要素が入ってくるわけである。だからマーケットを自由化する場合、そういう暴走する可能性がある。ではその暴走について、どういう歯止めを用意しておくかということも、併せて大事なことだと思う。

以上、エネルギーの世界からみた話であって、私の話は、まだ金融のほうに入っていない。金融のほうはよくは分

らないので、あまり言いたくないというのが本心である。

大きな流れとしては、市場の失敗から政府規制をおいたけど、それが今行き過ぎていたので自由化させた。ただし、そのマーケットが抱えてるような問題点が出てきた。では今度は極端に規制に戻すべきか。昔型の規制に戻すという議論は、これまた行き過ぎで、だからその辺りの兼ね合いが難しくて、完全に昔に戻すわけではない。ある程度競争させるというのは、それなりに意味のあることだから、そういう要素も含んだうえで、どこに規制を入れていくか、その規制も番犬にとどめるべきであって、巨象にならないように。そういうことはエネルギーの世界からは言える。いや、金融であれで失敗した、だから市場経済はダメなんだ、エネルギーの自由化はもうやめるべぎたというのは、床屋談義としてはあるけれども、それは逆に言い過ぎかなという気がする。どうも話がとぐろをまいていて、お答えになっていないが、こんなところで……。

司会　ありがとうございます。規制から緩和へ、自由化へという一方向を見ている者からすると、それとは逆の方向から見たら、また違うのかな、と。つまり富士山も静岡県側から見るのと山梨県側から見るのとでは違うし、そういう意味では、（今般の金融をめぐる議論から）示唆を得られるのではないかと思うところがあって、そのような質問をさせていただいた。

先生、本日はたいへん興味深く、また、深く考えさせられるようなご講義を頂戴し、本当にありがとうございます。第二部のペーパーの最後三二頁に先生ご自身の宿題を書いていらっしゃるが[76]、むしろ我々が宿題を頂いたと思っている。先生の学恩に応えられるよう、これからも研究・教育に精進して参りたいという思いを強くした次第である。先生、ありがとうございました。

これをもちまして、藤原淳一郎先生のご退職を記念いたしましての最終講義を終わりとさせていただきたい。本日はお集まりをいただき、誠にありがとうございました。心よりお礼を申し上げる。ありがとうございました（拍手）。

(20)　藤原「経済的自由権—営業の自由」公法研究五九号二七六、二七九頁。なお消極的規制と積極的規制の二分法が、

経済学者がいう社会的規制・経済的規制に必ずしも対応しないとの憲法学説もある。

(21) 藤原・同右・二七八―二七九頁参照。

(22) たとえばかつての西ドイツにおける石油備蓄義務についての藤原「西ドイツの石油備蓄法（一九六五年）に関する一考察」法学研究六三巻一二号九三頁、電力託送についての藤原「ネットワークへのアクセスと財産権論序説：一九七〇年代のドイツ電力託送論」『現代民事法学の理論：西原道雄古稀記念下巻』六二五頁（信山社、二〇〇二年）参照。

(23) 藤原「一九二〇年代米国電気事業：連邦電力規制前史（3・完）」法学研究六七巻一号二五、二八―二九頁参照。

(24) CHARLES F. PHILLIPS, THE REGULATION OF PUBLIC UTILITIES, 80, 83 (2nd ed., 1988); RICHARD J. PIECE, JR., ERNEST GELLHORN. REGULATED INDUSTRIES, 78 (4th ed., 1999).

(25) 藤原「規制リストラクチャリング時代の公益事業法：電気事業を中心として」法学研究七〇巻一一号一、一三頁註(31)。

(26) 藤原「現代経済社会と公企業法」正田彬・金井貴嗣・畠山武道・藤原淳一郎『現代経済社会と法（現代経済法講座1）』二二七、二三四、二四六―二四七頁（三省堂、一九九〇年）、藤原・前掲註(25)・一一―一二頁。

(27) 藤原・前掲註(25)・一二頁。

(28) PHILLIPS, *supra* note 24 at 689.

(29) 藤原「一九二〇年代米国電気事業：連邦電力規制前史（1）」法学研究六六巻一〇号一、二―三頁。

(30) 藤原「米国における地方ガス供給事業者『バイパス』に関する一考察」『正田彬教授還暦記念論文集・国際化時代の独占禁止法の課題』二三九、二四八―二四九頁（日本評論社、一九九三年）。

(31) 藤原・前掲註(26)・二七四頁以下、二九六頁以下。

(32) 植草益『公的規制の経済学』とくに五六頁以下（筑摩書房、一九九一年）。

(33) 藤原・前掲註(26)・二六八―二七二頁。

(34) 藤原「インフラ産業の自由化」電気協会報一〇〇九号八、一〇頁参照。

(35) 植草・前掲註(32)・二〇九―二一〇頁。

(36) 長谷部恭男「国家は撤退したか：序言」ジュリスト一三五六号二、三頁。
右特集の「国家は撤退したか：『規制緩和』とリスク社会」という標題設定自体、正直違和感を覚える。経済的規制、社会的規制を問わず「事前規制から事後規制」といいつつも、後述のように（ことに公益事業絡みでは）、経済規制面での過渡的又は競争監視的「再規制」、社会的規制面での「消費者保護」「社会的リスク低減のための監視・規制」が目立つというのが、実態だからである。
(37) 藤原・前掲註(34)・九―一〇頁。
(38) 藤原「電気事業・ガス事業規制の沿革」林敏彦編『公益事業と規制緩和』一四、二二頁（東洋経済新報社、一九九〇年）。植草益・書評・エコノミスト一九九一年四月一六号九四頁参照。
(39) 藤原・前掲註(26)・二四九―二五〇頁、藤原・前掲註(25)・三二頁註四九前段。
(40) 藤原・前掲註(25)・一六頁。
(41) 藤原・同右・三三頁註四九後段。
(42) 藤原・前掲註(34)・一〇頁。
(43) 藤原・前掲註(25)・一六―一七頁。
(44) 藤原・前掲註(38)・一五頁、藤原『十九世紀電気事業規制の展開』（初出：一九八六年。慶應義塾大学法学研究会叢書第四八巻。一九八九年）。
(45) 藤原・前掲註(38)・一八、三〇頁。
(46) 藤原「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受（2・完）」法学研究七四巻三号三七頁。
(47) 「団体合意（Verbände Vereinbarung 英訳 Association Agreement）」である。藤原の旧稿たとえば「ドイツの電力・ガス自由化」月刊エネルギー二〇〇一年八月号参照。
(48) ちなみに私は、連邦ネット庁（BNA）を、改組前に総務省の調査団で一度、エネルギー部門に権限を拡張してからはエネルギーに関して二度（単身）訪問している。
(49) PHILLIPS, *supra* note 24 at 310-313, 325-327.
(50) 藤原「米国コージェネレーション法制論序説：電力会社による電気めぐる主要判決を中心として（1）」法学研

究六一巻一〇号五三、六二―六五頁。

(51) 藤原・同右・六二―六三頁、同「(2・完)」同誌六一巻一一号三五七二頁。

(52) カリフォルニア電力危機につき、藤原「法制度面からカリフォルニア電力危機に学ぶ」月刊エネルギー二〇〇一年三月号三六頁。なお Joskow, *Lessons Learned from Electricity Market Liberalization*, The Energy Journal, 2008 Special Issue: The Futures of Electricity, 9, 18-19 (2008).

(53) 藤原・前掲註(30)・二三九頁。

(54) ドイツでは地方公共団体が関与する配電・配給レベルの事業者が多く、大手を含めた総事業者の数は、電力で九〇〇、ガスで七〇〇を超えるといわれている。ちなみに私は、ドイツ大手のＲＷＥには（持株会社化以前の）一九八五年以降、ルアガスには一九八九年以降、継続的に訪問し情報交換してきた。

(55) Joskow, *supra* note 52 at 19.

(56) 藤原「電力・ガスの規制改革と競争政策」日本経済法学会編『公益事業の規制改革と競争政策（経済法学会年報二三号）』一五、一七―一八頁（有斐閣、二〇〇二年）。

(57) 藤原・前掲註(44)・八―九頁、藤原・前掲註(29)・六―二〇頁。

(58) 藤原「ガス市場の自由化」藤原淳一郎・矢島正之監修『市場由化と公益事業』一〇九頁（白桃書房、二〇〇七年）。

(59) かつて私は、わが国電力・ガスのネットワークを「鎖国的・自己完結的・閉鎖的ネットワーク」と呼んだ。藤原・前掲註(56)・二〇頁、藤原・藤原・前掲(58)・一一二―一一三頁。

(60) ただしイングランドとウェールズの電力民営化前は、ちょうどわが国の戦時中の日本発送電株式会社プラス九配電会社のように、ＣＥＧＢが発送電を、一二の地方局が配電を担当していたため、「垂直統合型」とは言い難い。

(61) 藤原・前掲註(34)・一〇―一一頁、藤原・前掲註(56)・二三頁。

(62) Dieter Hermes, Energy, the State and the Market, (2nd Ed., 2004) ガス市場に特化した好著として、藤原「紹介と批評：Ｐライト著『英国におけるガス価格：市場と供給不安定』」法学研究七九巻九号九三頁参照。二〇〇六年にライト教授を訪問した際に、「エネルギー資源のない日本では、自由化すべきではない」との指摘を受けた

ほどである。

(63) 藤原・前掲註(56)・二四頁、藤原「エネルギー産業と経済法」日本経済法学会編『経済法の理論と展開・経済法講座第1巻』二一二、二三七―二三八頁（三省堂、二〇〇二年）。

(64) 同右。

(65) 彼は論拠を格別詳論しなかったが、現在の電力・ガス供給システムを前提にする限り、欧州大手企業の欧州内の市場シェアが高まるのは、必然的でもある。

(66) 藤原・前掲註(34)・一一頁。

(67) エネルギー政策基本法（平成一四、法七一）二条（安定供給）対四条（市場原理の活用）の問題である。エネルギー資源輸入の脆弱性について、藤原「欧州ガス市場の動向」月刊エネルギー二〇〇六年六月号二六、二九頁、原油高騰による電力新規参入者の苦境につき、藤原・前掲註(34)・一一頁参照。

(68) エネルギー政策基本法三条（環境への適合）対四条（市場原理の活用）の問題である。かつて私は、環境をキーワードとする「より統制的な規制が強化される可能性」を示唆していた。藤原・前掲註(38)・三〇頁。環境要因は、必ずしも市場内部化されていない。環境税、排出権取引は、市場原理による環境対応といえるか？

自然エネルギー（ことに太陽光発電、風力）の活用として、第一に、電力会社やＰＰＳ（新規参入供給者）が発電者から有利な価格で購入することを保障するドイツの再生可能エネルギー法（ＥＥＧ）類似のシステムを構築できるか？ 第二に、電力系統が、これら分散型自然エネルギー発電の電気を受容できるか？ 藤原・前掲註(34)・一一頁、Crooks, *Obama's smart vision for the elecricity grid*, FINANTIAL TIMES, Special Report: Clean Energy, Jan. 19, 2009 at 1.

(69) アンバンドリングといっても、第一に会計（accounting）分離、第二に管理運営（manegement）ないし機能（function）分離、第三に顧客・ネットワーク利用等の情報遮断（chinese wall）、第四に人事交流遮断、第五に法的分離、第六に所有分離等、多義的である。藤原「しのびよる所有分離」月刊エネルギー二〇〇六年一一月号二三頁。

この「アンバンドリング」概念は、ネットワーク設備のオープン・アクセスでも用いられることがある。電力・ガスの託送は、目下のところ送配電線・ガス導管への接続だけであるから単純である。他方、本講第二部二2（ロ）で

言及した電気通信では、接続事業者がＮＴＴ東西両社が有する第一種指定電気通信設備との一括接続（バンドル接続）ではなく、接続事業者が自己に必要な設備・機能のみを細分化して接続（使用）することを可能にしている。これもアンバンドリングと呼んでいる。本稿執筆時点において、右の接続に際してのアンバンドリングを、第二種指定電気通信設備（移動体通信）にも及ぼすべきか否かを、情報通信審議会接続政策委員会で審議中である（二〇〇九年七月中に委員会で答申案を作成し、部会にかけたのち、答申案をパブリック・コメントにかける予定である）。

(70) もっとも後述のように、ＮＴＴ東西は純然たるネットワーク会社ではなく、サービス提供もおこなっている。

(71) いずれ別稿で論じる予定であるが、差し当たり、藤原・前掲註(69)・二四―二五頁。

(72) 藤原・前掲註(10)・二七三頁註七一。

(73) 藤原・同右・二五六―二五八、二七七―二七八頁。

(74) 本最終講義では、第一に、ユニバーサル・サービスの概念、第二に、何故ユニバーサル・サービス［確保］が浮上か?、第三に、ユニバーサル・サービス確保の法制、第四に、ユニバーサル・サービスの今後（ラスト・リゾート確保?。テレコムにおけるユニバーサルサービスの変貌?。ネットワーク維持・拡張もユニバーサルサービス基金?）の順に論じる予定であった。これら論点について、藤原・青木淳一「ユニバーサルサービスの現状と課題」藤原・矢島監修・前掲註(58)・二七九―二八一頁（藤原執筆）、藤原・前掲註(34)・一一頁等参照。

なお、昨二〇〇八年一〇月北大で開催の日本経済法学会における岸井大太郎「事業法と消費者：『競争的公益事業』とユニバーサルサービス」日本経済法学会年報二九号四八頁（有斐閣、二〇〇八年）に対する藤原発言において、シンポジウム進行に協力するため論点をしぼり、「残りは最終講義で論じる」と留保した。他者の論文をネタにするのは、最終講義にふさわしくないし、肝心の最終講義でも時間切れのため、岸井報告・論文については、機会を改めて論じたい。なお右論文での「競争的公益事業」概念は決して目新しいものではなく、藤原・前掲註(26)・二四一頁にあるように、かつて舟田正之教授も用いている。

(75) たとえば次世代において従前の事業規制の常識が通用するのか？　むしろ原則無規制（非規制）から出発という「発想の転換」が必要ではないか。藤原・前掲註(58)・一三六―一三七頁参照。

(76) 「当面、残務整理として」第一に履行遅滞の出版契約済みの『エネルギー法研究（仮題）』及び『資源エネルギー

法』。第二に、やや長編の論文は、自助努力で達成可能？　この場では、執筆論題は「マル秘」。

［付　記］

本講に際して、ペーパー（A4三二枚）のほか、左記の資料を配付した。

資料1：藤原「自著再訪・十九世紀米国電気事業規制の展開」三色旗六二五号（二〇〇〇年四月）

資料2：藤原「欧州ガス市場の動向：LNG争奪戦は世界的規模で激化する」月刊エネルギー三九巻六号（二〇〇六年六月）

資料3：藤原「しのびよる所有分離：欧州における電力・ガスの新たな火種」月刊エネルギー三〇巻一一号（二〇〇六年一一月）

資料4：藤原「インフラ産業の自由化」電気協会報一〇〇九号（二〇〇八年一二月）

最終講義を設定いただいた慶應義塾大学法学部及び裏方として準備いただいた藤原ゼミOB会幹事並びに青木ゼミの各位に謝意を表したい。また本誌への掲載を許可いただき速記者の手配もして下さった慶應義塾大学法学研究会編集委員会に御礼申上げる次第である。

（二〇〇九年七月一四日）