

Title	転換期の行政法学：社会工学への道
Sub Title	
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法II：慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008. ) ,p.235- 285
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0235">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0235</a>

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.

転換期の行政法学

——社会工学への道——

藤原淳一郎

- 一 問題の所在
- 二 事例研究
- 三 「何をなすべきか」

「現代は感動が素直に涙にならず、ただ個性のない微笑が我々の目の前にカーテンのようにたれ下がっている、そんな悲しい時代です」（マルク・シヤガール。一九六三年）

## 一 問題の所在

### 1 従来の行政法学

戦後のわが国行政法学を立上げ時期からリードされた田中二郎博士は、その教科書において、「行政法」の概念を当初「国家・公共団体等の行政主体の行政権の組織及び行政主体相互の關係並びにこれらの行政主体とその所属人民との關係を定める国内公法である」とし、のちに救済法ないし統制法を加え「行政の組織及び作用並びにその統制に関する国内公法」とされた。<sup>③</sup>

田中博士の教科書には、格別「行政法学」の任務や守備範囲についての言及はない。「行政法の全法律体系の中における地位」の款において、他の実定法分野との区別及び關係について述べられていることからすると、「行政法学」の任務を、法解釈学としての「行政法理論」の構築に設定されていたのではないかと推察される。

一九六〇年代以降、今村成和、高柳信一、室井力、兼子仁各教授らによって、田中行政法学（通説）が批判にさらされ、従前の公法・私法二元論のもとに「行政に固有の法の体系としての行政法」を集約するのではなく、フッサールをもじつていうと、何が「行政に固有」か「特有」かを、いったん「判断中止」<sup>④</sup>すべきとの声が高まった。そして「行政に関する法現象」全てを祖上にのせたうえで、何が行政に特有な現象なり法理がなのかを帰納的に解析していくべきとの主張が有力になっていった。<sup>⑤</sup> そのような時期に田中博士は、「実定行政法の解釈理

論として、従来の通説的な考え方に代わるべき新しい建設的な理論構成を試み、説得力をもつものとして、一般的にも支持されるように至っているものは極めて稀れであり、しかも、それも実定行政法全体の構造の体系的理解に立っているものとはいえないように思われる。すなわち、①あるものは、立法政策論を展開し、イデオロギー論に終わっている嫌いがあり……（傍点引用者）と述べられる。<sup>⑤</sup>これは法解釈学・解釈理論こそが行政法学であるとして、立法論・政策論を排除する姿勢すら感じさせる。<sup>⑦</sup>

かつての園部博士の分類法にいう「戦後第二期派」<sup>⑧</sup>に属する塩野教授は、「行政法学のあり方」と題する節で、「行政法とは行政に関する国内公法であり、行政法学とはこのようなものとしての行政法に関する学問であるという風に規定するとすると、そこには疑問がある」とされ、「従来のような学問観——他の学問領域とは異なつた独自の自足的体系をつくることを使命とする、また、その体系がない限り学問として成り立たない、という觀念——自体が問題ではないか」、「現在必要なのは……登場してくる問題について適切に検討できる場ないし視点を備え、かつ、その法現象の処理の方法を用意しておくこと」で、「行政法現象を動態的に考察する」ことが「行政現象を考察し、その特有なるものを見出だす……新たな視野」とされる。<sup>⑨</sup>もつとも塩野教授の「基本的立脚点は、通常の行政法の教科書と同じく法解釈学にある」と、自己規定され（傍点引用者）<sup>⑩</sup>、園部博士の分類法にいう「脱戦後派」<sup>⑪</sup>以降に属する小早川教授も、「行政法学は、行政に固有な法の体系としての行政法について考察しようとするもの」と規定する。<sup>⑫</sup>

## 2 法政策学の台頭

右にみたように「行政法学」の中心的作業は、行政法解釈（学）・行政法（理論）体系にあると理解されてきた。しかしながら、ことに行政（作用）法各論研究では顕著なことだが、それに限らずとも、個別の行政現象・行

政法現象に直面するときに、前世紀末以降の「行政」をとりまく政治・経済・社会・技術等が余りに急激に変化してきていることに気付かされる。もちろん元号が平成になって以降、行政立法を含む行政手続法、情報公開法等、新たな「革袋」が用意されたが、従前どおりの法解釈学・理論体系のみでは、行政現象・行政法現象に十分な処方箋を提示できないことが増大しつつあるように思われる。

一般に行政法学者は、国、地方公共団体等における審議会・審査会・各種委員会の委員等として、立法、政策決定、争訟裁断等にかかわってきているといえる。ただ行政法学者が、括弧書き付きの「本流」である法解釈学・理論体系と、これら立法・法政策活動の両者を、どのように結びつけるのか、両者を統合すべきか、統合できるのか、といったことがらについて、真正面から論じた文献は、皆無だったように思われる。おそらくは、立法・法政策活動が血となり肉となり、自己の法理論・法解釈学が充実に得るとの意識は、誰にもあつただろう。正面きつて立法、政策決定を論じるときも、自分の本職の法解釈技術を生かして、派生的もしくは副産物・副次的に又は副業的に立法・政策決定に足を踏み入れているという意識があつただろう。

かつて私は、平井教授の「法政策学序説」<sup>13</sup>に刺激を受けつつも、「立法段階で我々「行政法学者」が参画するとすれば、ある一定の価値判断とか政策というものが選択され確定された段階で、いわば技術的にはそういう価値の実現のためにはどういう手法をとればいいかについて発言するということ、むしろそれが本来の法律学者の役割ではないか」と、極めて禁欲的な見解を述べたことがある<sup>14</sup>。これを敷衍すると、第一に、既存の実定法について、価値実現のための手法に欠陥があれば、これを指摘すること、第二に、価値基準が既に選択され、固定化されているときに、その価値実現のための手法を提示すること、第三に、価値選択が行われる以前の段階・時点において、設価値中立的に、考え得る手法を複数メニューとして提示することを、法律学の主たる役割と考えていた<sup>15</sup>。

右の第一点は「従来の法解釈上、運用上の難点を解消するという従来の法律学の延長線上にあるもの」とも言える。いわゆる電源三法交付金について、その制度設立趣旨と運用の乖離の原因が、法律の条文自体ではなく、むしろ政省令なり運用に問題が存在することを指摘したことがあるが、これなどは適例であろう。<sup>17)</sup> 第二点は、たとえば規制緩和・競争導入をはかるときに、私は「現行の規制が最適な市場形成をゆがめており、規制「緩和なし」撤廃によりそれが克服されるのか、あるいは深刻な副作用を伴う規制緩和なのか、個別の市場の実態に即して実現可能な方策を探るといふ基本的立場」が重要と考えていた。<sup>18)</sup> このような観点からいえば、在来の規制システムや産業・事業形態を一気に荒治療するのは経済的に打撃を受ける既存事業者・既得権益者からの様々な抵抗も予測され現実には実施がなかなか難しい局面も予想されなくてはならない。そこで当該市場の状況によっては、新規参入者側も既存事業者・既得権益者側もある程度対応が可能ないように、競争導入の実施内容毎に準備期間・移行期間を設定するという意味での「アクション・プログラム」を提示する手法が選択肢としあり得る。<sup>19)</sup> また、「競争」という移植手術後の拒絶反応に配慮して、たとえば参入者と既存の事業者との利害調整のために在来の規制の一部を残したり、「激変緩和措置」や「過渡的」手法の採用も、選択肢としてあり得るだろう。先例として、一定期間が経過すれば再度当該法律の規定を再検討するという見直し条項ないし(再)検討条項を附則に設ける途も考えられる。紆余曲折の末、のちに法律自体が廃止された石油業法の附則四条等が適例であろう。

第二点と第三点の法的手法のメニュー提示は、政策決定前(第三点)であれ政策決定後(第二点)であれ、立法者又は政策執行者に対して政策目標・政策手段・法的手法の組み合わせのバランスシートを手際良く作成して、立法者、政策執行者、国民等に対し情報提供することが、法律家の役割と考えられる、という意味である。政策決定の前の段階(第三点)であれば、政策の選択肢毎の得喪を示すことが可能である得る点において、より意義深いことに疑いはないだろう。理想を言えば、右の作業のためには、法律家が社会統制の道具(tool)ないし手

段としての「法」の技術・手法的側面を会得した上で、「現実的に適正なバランスを見出し、いく技術の専門家」と自惚れないバランス感覚を有することが必要である。それ以上に法学者として求められることは、ことに政策の優劣の判断材料を提供するために、問題の解析にあたって、物事を歴史的文脈において（時間軸）、比較法・比較法政策的文脈において（地理的空間軸）、経済規制では他産業との比較や産業ライフサイクル論の文脈において（素材軸）、分析することが望まれる。<sup>(24)</sup>このためには、経済学、政治学、社会学、国際関係論、宗教学、哲学、倫理学、地勢学、工学等の知識が必要になってくる。法律学と他諸科学とのインターフェイスにおいて、一つの極端なタイプは、「餅は餅屋」とばかりに当該他科学の成果を鵜呑みにするやり方が想定されるが、実際には物事はそれほど単純に処理出来るものではない。第一に、経済学であれ工学であれ、それぞれ一定の約束事なり分析視点を（場合によっては世界観も？）共有した上で、その土俵の下で成立する「モデル理論」であり、全ての学問に共通する分析枠組みは存在しないものと覚悟しなければならない。第二に、当該学問内部にも、法律学と同様に、方法論や見解の対立が存在するだろう。そのときに、どう決着をつければ良いのか。こうした難しさを背負っていることも自覚すべきであろう。以上が、かつての私見の概要である。

兼子博士は、法解釈学以外の「法政策学」や「行政統制の仕組み」の重要性を十二分に評価されつつも、第一的には「行政法解釈学的重要性」をより強調される見解のように見受けられる。<sup>(25)</sup>他方、園部博士は、法解釈学とは異なる立法に関与する行政法学者の活動を「立法学的行政法学」ないし「行政法学者の立法政策論」と呼び、「理論的作業として正當に評価されるべきもの」と、極めて肯定的な評価をされる。<sup>(26)</sup>また山村博士は「行政法学は……環境・消費者保護、エネルギー・資源、海洋等の問題分野に立法政策的な観点から新しい法理論を提言するには程遠い状況にある」と嘆かれ「これからの行政法学は多少泥にまみれることがあっても、住民や実務の期待にこたえうる真の意味での科学としての学問の確立のために新しい道を模索すべきであろう」と指摘されたこ



とがある(傍点引用者)。<sup>(27)</sup>磯部教授はかつて「都市法学」の提唱論文において、都市法学が一般行政法理論と一戦を画して存在するために、第一に「法解釈的実益」を有すること、第二に「単なる法解釈を越えた『法政策学』としての実質を持つこと」、第三に「原理的な問題を最初から意識的に提起」していくことを挙げ、ここにおいても「法政策学」への言及がみられる。<sup>(28)</sup>また佐藤教授は、権利救済過程を控除した「行政過程」を、政策形成・計画策定、行政立法等の「政策形成・行政立法過程」と権利義務形成過程の「法関係形成過程」とに二分するとの注目すべき提言をされた。<sup>(29)</sup>教授の前者「政策形成・行政立法過程」構想には興味を覚えるが、私の理解が及ばないせいか、「政策形成過程」分析の方法論が必ずしも鮮明に伝わってこなかったように思えるのは残念である。

より積極的に立法・政策決定そのものを研究の中心に据える姿勢を打ち出した先駆者は、なんといつても阿部教授であろう。教授は、「従来の法律学では、違法か、違憲かといった限界の判定に精力を費やし、違法、違憲でなければ、あとは立法の裁量の問題などと、立法者に任せるのが主流であったが、私見では、この立法裁量にも法律学の観点からある程度まで立ち入ることができるし、立ち入るべき」として、「政策決定への法的視点の提供と、政策実施のための合理的な法制度設計を扱う」という意味での「政策法学」の研究の必要性を強調される。<sup>(30)</sup>阿部教授の政策法学は、行政法学者を震撼させた『行政の法システム上下』<sup>(31)</sup>にみられるように、決して法解釈学を排斥するものではなく、法解釈学といわば車の両輪としての実定法学者ならではの政策論を志向するものと理解されよう。

### 3 行政法学者の法政策学の守備範囲

かつて行政法学でいう「行政」の定義そのものが論争の種になった時期がある。たとえば田中博士は「近代国家における行政は、法の下に法の規制を受けながら、現実には国家目的の積極的実現をめざして行われる全体とし

て統一性をもった継続的な形成的国家活動」との積極的理解である。<sup>(32)</sup> 其後の塩野教授は、「国家作用の中から、法規の定立行為としての立法作用、国家の刑罰権の判断作用及び一定の裁判手続によって人と人の権利・義務を判断する民事司法の司法作用を除くものを、行政作用であるとみる」控除説である。<sup>(33)</sup> 小早川教授は「人民との直接の関わりのもとに行われる民刑事司法以外の公の事務の処理」とする。<sup>(34)</sup>

もつとも「行政法学」の研究対象である「行政」には、実質的立法作用としての「委任立法」をも含む<sup>(35)</sup> ことに典型的に現れているように、行政主体又は行政部の組織・作用・救済にかかわれば、実質的意味での立法作用（行政による規則定立）・司法作用（行政による紛争裁断）も研究対象である。それに加え「行政救済法」の名のもと、国家賠償請求事件のほか、諫早干拓訴訟<sup>(36)</sup>、原子力発電所建設・運転差止め訴訟等の民事訴訟も、さらには公務員の職務上の責任を追及する刑事事件も、行政法の講義・研究の対象になるのである。

行政法の体系書は、他の法律学・法律分野との関係について述べられても、議会の立法作用との関係に言及することは稀である。わずかに田中博士は、「行政府の立法……に関する権限とその限界」の項で、「法律案の提出」を挙げ、「国会が唯一の立法機関であるとする憲法の趣旨からいつて、内閣に法律案提出権を認めることが憲法上許されるかどうかについて、異論があるが、内閣法（五条）は、明文でこれを認めている」と言及するにとどめている。<sup>(40)</sup> また小早川教授は、行政の定義に関して「行政法学は、たとえ黙示的にはあれ、行政をつねに立法との積極的な関連において把握してきたのであり、それを立法・司法との消極的な区別においてのみ捉える控除説は、行政と立法との密接な関係をその視野から排除してしまうおそれを含んでいる」とされるにとどまる。<sup>(41)</sup>

磯部教授は「行政法学の課題とは『行政の組織や活動に関する法現象を観察し、それらを貫く規範原理を明確にすること』と軸足を規範の学としての法解釈学におきつつも、「公共性」概念の変容を前にして、「立法政策の問題であると切り捨て」るのではなく、「行政システム設計の法理」を追求すべきとする。教授のいう「行政

システム設計」が、政策のようでもあり、「法理」といわれると理論のようでもあり、判然としない。教授のいう国・公共団体に限定せず市民公益活動をも含めた「メタ行政法Ⅱ一般公務法」という構想<sup>(4)</sup>には賛同できない。国・公共団体で手一杯だし、種々雑多なものを寄せ集めると、焦点がぼけると危惧するからである。

一九九二年度コロンビア・ロー・スクール在外研究中にW・ゲルホーン名誉教授(当時)が、「我々の頃は行政法は「行政」手続だったが、君は手続だけではなく政策(policy)もやるのか?」とお尋ねに「法と経済」ばやりの米国で意外な質問に思えたが、今の「時代」が最近の法政策傾斜を生み出しこれに拍車をかけたと考えられる。ご質問の「手続」を「法解釈」と置換えれば、わが国の法律学にも妥当するだろう。

最近マスコミ報道において話題になった行政現象のいくつかをアットランダムに挙げるとすると、たとえば①長引く諫早湾干拓訴訟、②個人情報保護の問題をはらんだ住民基本台帳ネットワーク、③「官製不況」「コンプライアンス不況」と呼ばれる改正建築基準法、④米国産「BSE対策での」危険部位牛肉輸入、中国からの毒入り冷凍餃子輸入等、ここらもとなない「食」の「安全性」の確保、⑤二〇〇八年四月、いったん失効した(超長期にわたる)揮発油税等の道路特定財源の「暫定」税率の翌五月の再復活、⑥法案成立から二年後の二〇〇八年四月にスタートした矛盾だらけの後期高齢者医療制度、⑦しのびよるインフレ期にあっても続く無利子の預貯金を尻目に、二〇〇九・二〇一〇両年度の株式配当・投資信託分配金等に対する証券税制、⑧急激な国際的な原油高に伴うエネルギー・コスト高のもと、一般国民・産業活動への格別の燃料費対策は講じられないのに、わずか一日のゼネストだけで漁民のみを対象とする援助策を講じる動き等、どれをとってみても、これらは「行政の病理現象」としか言いようがない。これらの多くは、法施行・運用の問題だけではなく、立法そのものが疑問視されるものも含まれる。

右の病理現象を前にして、わが行政法学は、多くの場合無為無策で無力感しか抱かせないように思われる。か

つてサルトルが「飢えて死ぬ子の前で文学に何ができるか」と問題提起したが、文学ではない社会科学なら何かできるのではないか。「学問存亡の危機」に直面しつつある行政法学が、社会から置き去りにされず科学としての「存在証明」を果たすには、どうすればよいだろうか。

私は、地味な歴史研究、基礎理論研究や「学問至上主義」を否定する気はさらさらない。しかし右の焦燥感・危機意識のもと、本稿において、行政法学の「一選択肢」として、多くの論者のいう「法政策学」を一步も二歩も進めて、「伝統的な法解釈学、政策執行過程」「従前の行政過程」にとどまらない立法・政策決定過程を網羅する「社会工学」を提言するものである。議会における多くの法律案が内閣提案でありながら、行政法学が法執行段階しか追わないところに従前の行政法学のディレンマがあったのではなからうか。立法学<sup>(44)</sup>、法政策学<sup>(45)</sup>、公共政策学、行政学、政治学、公共選択論、社会学、経済学等といった他の学問分野も類似の問題意識のもとに研究していることは否めないが、本稿で意図するところは学問縦割り意識を排除するという意味で「総合科学」といえなくもない。しかし本稿は、それら立法・政策決定・政策執行の過程における病理現象に処方箋を提供するという極めて実践的な目的を有するため、科学 (science) でなく「社会工学 (social engineering)」に分類するのが正確と考えるものである。

法務研究科（法科大学院）発足以降、以前にも増して研究・執筆時間を割けなくなったせいにはかりはできないが、紙数及び執筆時間の制約上、本稿で事例を十分に扱えず、処方箋も不十分で竜頭蛇尾的試論に終始するリスクを負っている。本稿は、具体的事例において、国会議員・国務大臣、行政官等の機関又は個人の責任を追及することを意図しているものではない。本稿は、これらの病理現象が繰り返されないよう、原因を突き詰め、予防・回避するための個人の意識改革及びシステム構築に関する試論を展開することを目的としているのである。

- (1) 田中二郎博士は、私の出身校県立神戸高校(旧制神戸一中)の大先輩で、同じく神戸一中出身の浅井清教授が初代人人事院総裁として塾を離れたため、塾法学部で「行政法」を非常勤で担当されたことがある。慶應義塾大学法学部編『語り継ぐ三田法学の伝統・慶應義塾大学法学部法律学科史』三〇六頁「藤原淳一郎」(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年)参照。
- (2) 田中二郎『行政法総論』八八頁(有斐閣、一九五七年)。
- (3) 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)。
- (4) フツサルは「判断中止」を独特の文脈で用いており、本稿での意味合いと一致するものではない。山本万二郎『生命界』概念を中心とするフツサル後期思想の展開』六八―八六、二〇五―二〇七頁(泉文堂、一九六三年)参照。
- (5) 本稿は、日本行政法学史そのものを分析することを目的としていない。このため、正確な文献検証抜きの極めてラフな記述であることをお断りしたい。
- (6) 田中二郎『司法権の限界』八六、八八頁(初出…公法研究三〇号「一九六八年」。弘文堂、一九七六年)。
- (7) かといって、田中博士が「立法政策論」そのものを排斥したり、行政法学者が立法作業に関与することに否定的であったとみることは、早計であろう。
- (8) 園部逸夫「各国行政法・行政法学の動向と特色『日本』」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系1』一二一、一四五頁(有斐閣、一九八三年)。
- (9) 塩野宏『行政法1』四五―四六頁、(第四版。有斐閣、二〇〇五年)。塩野教授の「問題解決型」体系から「問題発見型」体系へという指摘は、私のような「エネルギー法」「政府規制産業法(Regulated Industries)」等の未開拓分野の研究にとつて心強いメッセージである。「問題解決型」「問題発見型」概念は、園部・前掲註(8)・一四一、一四六頁註三三参照。塩野・同右・八一頁以下にあるように塩野教授の「行政過程論」は論争を招くものだが、本稿では立ち入らない。
- (10) 塩野・同右・四六頁註6。
- (11) 園部・前掲註(8)・一四五頁「脱戦後派」以降の世代を中心に「比較的同世代に属する学者の座談会」の一つとして、塩野教授司会での小早川光郎・島山武道・原野翹・藤田宙靖・藤原淳一郎・村上武則「これからの行政法学」ジュリスト六五五号六八頁が挙がっている。

- (12) 小早川光郎「行政法上」三三頁（弘文堂、一九九九年）。
- (13) 平井宜雄「法政策学序説」ジュリスト六一三―六二二号（連載）。のちに平井宜雄「法政策学」（初版：有斐閣、一九八七年、第二版：有斐閣、一九九五年）として刊行された。
- (14) 塩野ら座談会・前掲註（11）・九四―九五頁の藤原発言。同九八頁の小早川光郎発言も、私見に近いように思われる。
- (15) 藤原淳一郎「エネルギー法学方法論序説」エネルギー経済理論研究会年報一号二五五―二五六頁（日本エネルギー経済研究所、一九八三年）。
- (16) 阿部泰隆「政策法学の基本指針」三四頁（弘文堂、一九九六年）。
- (17) 藤原淳一郎「電源三法と核燃料税（上）（下）」自治研究五四巻五号七号（一九七八年）、同「電源立地地域振興と電源三法」法令解説資料総覧二五号（一九八一年）参照。
- (18) 藤原淳一郎「運輸事業における規制緩和」ジュリスト一〇八二号五九、六三頁。
- (19) 石油業法廃止にいたる石油行政において採用された方式が代表格である。藤原淳一郎「エネルギー産業と経済法」経済法学会「経済法の理論と展開（経済法講座第一巻）」二二二、二二三、二四九―二五〇頁（三省堂、二〇〇二年）参照。「アクション・プログラム」といえば、細川内閣以後規制緩和の重点項目を閣議決定して短期決戦的に規制緩和策を講じ、特に一九九五年以降は、「規制緩和推進計画」を閣議決定し、同「別紙」において実施項目毎に「実施予定時期」を明言していた。小泉内閣以降はむしろ、「骨太方針」「工程表」という奇妙な用語が多用される。これらアクション・プログラムは、必ずしも漸次の規制改革という視点を伴うものではない。
- (20) たとえば大口ガス供給自由化をはかった第一次ガス事業法改正の折に、他社の供給区域への大口参入が争点になった。これを許可制にすべしとの論に対し、私は、許可制にしても、当該条文中に五年間程度での「失効」条項（限時規定）を盛り込むことにより、あくまで過渡的規定であることをより鮮明にし、各事業者の自助努力を促し業界再編成を加速させる手法を妥当と考えた。しかし結果的には後者の選択肢は採用されず、通常の恒久的規定に収まった（ガス事業法二三条二項二号）。ところが、第三次事業法改正時に「許可」から「届出」に緩和されている。藤原淳一郎・矢島正之の監修「市場自由化と公益事業」一四一―一五頁（白桃書房、二〇〇七年）参照。

- (21) 座談会・前掲註(11)・九七頁の磯部力発言。
- (22) 米国電気事業規制史をひもとき、「地域独占のルーツを探」りつつ、「一九〇七年のニューヨーク集及びウィスコンシン州公益事業委員会が、州レベルの独立行政委員会による電気事業、ガス事業の規制の始まり」との通説に異論を唱えた藤原淳一郎「十九世紀米国電気事業規制の展開」(初出：法学研究五九卷四号―八号「連載。一九八六年」)。慶應義塾大学法学研究会叢書四八巻「一九八九年」、一九三五年連邦法による電気事業規制が開始される直前の一九二〇年代における問題状況を、技術・経済・権力闘争等の要因を含めて分析した藤原淳一郎「一九二〇年代米国電気事業(1)(2)(3・完)」法学研究六六巻一〇号、同一一号、六七巻一號、ことに六七巻一號五〇頁図を参照。
- 〔旧著再訪「十九世紀米国電気事業規制の展開」〕三色旗六二五号二二、一七頁で指摘したように、現時点と歴史との「連続」と「不連続」の両面が考えられ、歴史そのものから直接現時点の解答を引き出すというより、現状を冷静・沈着に、物事を客観的・巨視的にみることができるところに、歴史研究の意義があろう。
- (23) 藤原淳一郎「現代経済社会と公企業法」正田彬・金井貫嗣・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、二四九―二五〇頁(三省堂、一九九〇年)、同「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、一五一―一七頁。
- (24) 藤原・前掲註(18)・五九頁、藤原淳一郎「電力市場における競争導入―発送配電垂直統合の再検討序説」経済法学会「持株会社と独占禁止法(経済法学会年報一七号)」一五三頁(有斐閣、一九九六年)。
- (25) 兼子仁「行政法学」三〇―三七頁(岩波書店、一九九七年)。
- (26) 園部・前掲註(8)・一三九頁。
- (27) 山村恒年「行政法学に期待すること」ジュリスト六五五号五一―六頁。これは学問の在り方に関わる重大な問い掛けでもある。二〇〇八年時点で見ると、環境法、消費者保護法はいわばブームに乗って研究者の母集団もひろがりをみせているが、私の手掛けるエネルギー・資源法、さらには海洋法となると、まだまだの感がする。
- (28) 磯部力「都市法学」への試み「雄川一郎先生猷呈・行政法の諸問題下」一、一六一―一八頁(有斐閣、一九九〇年)。ちなみに「日本におけるエネルギー法学の現状・エネルギー法研究序説」法学研究五〇巻一二号三六一頁(一九七七年二月)で

エネルギー旗揚げの藤原も、既述のように法政策を十分意識していた（前掲註（15）の文献参照）。

- (29) 佐藤英善『経済行政法』二二六頁（成文堂、一九九〇年）。
- (30) 阿部・前掲註（16）・二、四頁。
- (31) 阿部泰隆『行政の法システム上下』（初版・有斐閣、一九九二年、新版・有斐閣、一九九七年）。
- (32) 田中・前掲註（2）・二二頁。
- (33) 塩野・前掲註（9）・六頁。
- (34) 小早川・前掲註（12）・一四頁。
- (35) 塩野・前掲註（9）・六頁。
- (36) 藤原淳一郎「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、三三頁。その後の動きとして、二〇〇八年七月一日付日本経済新聞三九面「諫早湾訴訟国が控訴」。
- (37) たとえば二〇〇八年春学期法務研究科（法科大学院）選択科目「現代行政争訟」と銘打った演習授業では、北陸電力志賀原子力発電所二号機の新金沢地判平成一八年三月二四日（判例時報一五一五号三頁。原告勝訴、控訴）との比較で、浜岡原子力発電所の静岡地判平成一九年一〇月二六日（判例集未登載）を検討した。前者判決につき、藤原淳一郎「志賀原発2号機運転差止判決の読み方」エネルギー二〇〇六年五月号一〇頁、後者判決につき、同「危険性の立証責任原告に」二〇〇八年一〇月二七日付中日新聞（東海本社版）三二二面参照。
- (38) 同じく「現代行政争訟」授業では、薬害事件における公務員の刑事責任の最判平成二〇年三月六日（裁判所ウェブサイト掲載）を検討した。
- (39) たとえば田中・前掲註（2）・一〇六一―一四頁等。  
新司法試験において行政法が憲法とセットで「公法系科目」と称されたため、学生諸君から「行政法」が余計に誤解を受けているように思われるが、民法法との関係についていえば、公法・私法二元論に立つ論者においても、私法と行政法との交錯（同右・一一〇―一一二頁）、公法関係における私法規定の適用（同右・二二九頁以下）を論じてきた。また、山田博士のように「行政法の民法法に対する補充性・補完性と異質性」というスローガンを掲げれば、行政法・民法法の敷居は、さらに低く



なろう。山田幸男「行政法の市民法に対する異質性と補完性」法律時報三六卷二二号二五頁、藤原・前掲註(36)・三四―三五頁参照。

(40) 田中・前掲註(2)・五八―五九頁、六〇頁註(1)。

(41) 小早川・前掲註(12)・六頁。

(42) 磯部力「行政システムの構造変化と行政法学の方法」『塩野宏先生古稀記念・行政法の発展と変革・上巻』四七、四九、六一―六四頁(有斐閣、二〇〇一年)。

(43) 磯部・同右・六四―六五頁。

(44) 山田晟『立法学序説…体系論の試み』四一頁以下(有斐閣、一九九四年)には、立法政策論として食糧管理法等の具体的な事例が分析されており、興味深い。

(45) 平井・前掲註(13)・第二版は、一六七頁図8を含め、理論書としてすぐれてはいるが、本稿がもくろむ個別具体的・実践的・ミクロの「法政策」とは距離を感じる。

## 二 事例研究

本章では、前章で指摘した立法・政策決定過程を含む「『行政』の病理現象」について、若干の事例をもとに、問題が生じた原因及びそれに対する処方箋を模索していきたい。なお最初の事例は、行政現象そのものが病理現象だという意味ではなく、当該行政現象をめぐるマスメディア等の議論が混乱し「病理的」であるという意味で、あえて検討対象に加えたものである。

1 T C I による J パワー 株式買増し問題

(一) 電源開発株式会社 の 成立 ち

戦時中、わが国（内地）の電気事業は、日本発送電株式会社と九つの配電会社とに統合されたが、戦後、電力再編成に迫られ、最終的には一九五一年四月、北は北海道電力から南は九州電力の「いわゆる九電力体制」ができた<sup>47</sup>。とはいえ各社バラバラの運営ではなく、松永イズムにおいて、九電力体制のもとでの「広域融通」の観念があった（六四年制定の電気事業法「昭和三九法一七〇」に「広域的運営」の規定がある<sup>48</sup>）。しかし慢性化した当時の電力不足に立向かうために、電源開発促進法（昭和二七法二八三）に基づく電源開発株式会社（以下「電発」という）が設立された<sup>49</sup>。電発は、「電源開発」基本計画において会社が行うべきと定められた地点における電源開発をすみやかに、電気の供給を増加させることを目的とする株式会社」（同法「二三条一項」）で、事業の範囲は、「電源開発及びこれに附帯する送電変電設備の整備」（二三条一項一号）、「電気事業者に対する電気の供給」（同項三号）等である。すなわち当初は大規模水力開発（二三条二項一乃至二号参照）、のちに海外炭火力発電等により発電した電気を、九電力会社に卸売りをするというのが、電発の事業の中核であり、基幹送電線、東西のサイクル変換所の建設・運営も担当した。これらのうち、石炭火力の公害防止技術等の技術力は、海外でも高く評価されてきた。

一九八六年、いわゆる規制緩和・民営化の流れの中で、内閣が有した電発役員 の 任命 権 等 の 規定（一九条から二二条まで）を削除し（昭和六一法五四）、これを取締役・監査役の選・解任決議の大臣の認可事項に変更した（一八条改正）。しかし発行済み株式の二分の一以上の政府保有の規定（二五条）には、手をつけなかった。

二〇〇三（平成一五）年、電源開発促進法は全面廃止され、電発は特殊会社から普通の株式会社になり、これを機に会社の愛称を「電発（EPDC）」から「Jパワー」に変えた。

## (二) T C I による株式買増し希望

二〇〇四年一〇月、電発は東京証券取引所一部に上場され、政府保有株及び電力会社保有株の完全売却が行われた。<sup>(50)</sup> その結果、多くの海外投資家が株主になり、その比率は三六・八%に及ぶ。筆頭株主は、今回問題になったチルドレンズ・インベストメント・マスターファンド（以下「T C I」という）であり、その持株比率は九・九%である。<sup>(51)</sup>

二〇〇八年一月、T C I は電発の持株比率を二〇%に増加させることを計画した。一〇%を超えるため、その旨を外国為替及び外国貿易法（以下「外為法」という）及び対内直接投資等に関する政令（昭和五五政令二六一。以下「令」という）の定めにより、財務大臣及び経済産業大臣に届け出た。外為法は、「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになること」（傍点引用者。二七条三項一号イ）又は「わが国経済の円滑な運営に著しい影響を及ぼすことになること」（同号ロ）に該当すれば、事前に財務大臣及び所轄大臣に届け出（同条一項）、両大臣は「関税・外国為替等審議会」の意見を聞いて、当該対内直接投資の変更又は中止を勧告できる（同条五項）と規定する。本件電気事業は、OECD資本自由化コード三条に適合する形で、……『公の秩序』等の観点から規制を行っている業種の一つである。<sup>(52)</sup>

同年四月一五日、関税・外国為替等審議会外国為替等分科会外資特別部会は、六回のヒアリング、T C I との間の書面のやりとり等を経て、「本件投資によって公の秩序の維持が妨げられるおそれがあると認められる。よって、政府において適切な対応がとられることを求める」と結論づけた。翌一六日、両大臣は、「本件届出に係る対内投資を中止すること」を、T C I に勧告した。<sup>(53)</sup> 勧告後の五月一三日、両大臣はT C I からの弁明書も検討のうえ、「中止命令」を出した（以下「本件命令」という）。<sup>(54)</sup> T C I は、勧告を受けた当初、「日本市場は閉鎖的」と英国やE U にシグナルを送り、<sup>(55)</sup> 選択肢として徹底抗戦（行政訴訟）もちらつかせていた。電発の株主総会に増

配等の提案をしたことは伝えられたが、肝心の本件中止命令については、執筆時点で既に不服申立期間が経過してしまつた（外為法五七条一項により不服申立て前置）。今後同社は、持株比率一〇%未満の状態のまま、電発への要求を強めていく戦術に転向したかのようである。

(三) 大臣の本件命令をめぐる論点の抽出

TCIへの本件勧告及び命令についての新聞の論調をみると、産業経済新聞社説は「妥当な判断だ」と歓迎する。「市場開放派」として旗幟鮮明なフィナンシャル・タイムズ等は、当然手厳しい。わが国財界人のコメントを含め「政府が説明責任を果たしたか」といった論調が、日本経済新聞等マスメディアに数多く登場する。これら賛否、ことに批判説は、本件の具体的な事実関係及び争点を子細に検討しない抽象論・一般論が幅をきかせており、地についた議論でないため、いわば「空中戦」の様相を呈している<sup>(59)</sup>のは過言であろうか。皮肉なことに、大臣の本件勧告及び本件命令の理由部分を読むと、本件事実在即して、かなり丁寧論じているのである。以下、主要論点を、本件（勧告及び）命令を発した側の命題Aと、TCI側の命題Bとに比較対照させてみよう。<sup>(60)</sup>

命題A…本件投資は、「公の秩序の維持を妨げる」（外為法二七条三項一号イ）おそれがある。

命題A1…電発は、①原子力発電所、②送变电設備、③基幹電源を有する卸電気事業者としての役割を担っている。

命題A2-1…TCIの過去の投資行動から、電発の経営に（一層の）影響を及ぼす可能性がある。

命題A2-2…本件投資及び株主権行使を通じて、A1に掲げた基幹設備の計画・運用・維持に（悪い）影響を及ぼすおそれを払拭できない。

命題A3…右から、電気安定供給、原子力・核燃料サイクルに関するわが国の政策に（悪い）影響を及ぼす

おそれを払拭できない。

命題B…本件命令は、市場及びTCIの投資の自由を侵害する一方で、民営化された電発を準国有会社 (quasi-nationalised company) として維持しようとするものである。

命題B2-1…持株比率二〇%の株主権限は限定的である。加えて、原子力発電所や送電設備の運営に直接影響を与えることを意図しておらず、これら議決に関して、追加取得株式分の議決権を行使しないことを申し出る。

命題B2-2…公の秩序の維持を妨げる「おそれ」の認定は、「明白な法益侵害の切迫」と「具体的予見」が必要との泉佐野市民会館事件に関する最高裁判決に反する。

命題B3…積立金、料金設定等は、経済産業大臣の規制が及ぶので、「極端な配当」による設備投資・修繕費削減や、不当に高額の「卸」電気料金設定もない。

#### (四) 大臣の本件命令をめぐる論点の検討

まず命題A1の現時点での電発の役割として、①わが国の核燃料サイクル上重要な位置付けである大間原子力発電所を建設中であること、②北海道・本州・四国・九州をつなぐ送電線、東日本と西日本の電力融通を可能にするための佐久間周波数変換所 (FC) を所有・運営していること、③わが国発電設備全体の七%を占める卸電気事業者であることについては異論はなからう。

次に命題A2-1は、TCIの過去の投資行動を分析する。ドイツ証券取引所が有名な事件である。同取引所がロンドン証券取引所の買収を計画したところ、株主のTCI (持株比率八%) 先導の株主グループによって計画が頓挫し、その結果取引所のCEOと監査役会会長の二名が辞任したというものである。<sup>(6)</sup> このことから、現在の持株比率ですら、多数派工作が成功すれば、株主権を行使して企業の経営方針を変更させることが可能である

ことが判明する。このことから、命題B2―1前段の説得力がなくなる。<sup>(62)</sup>

命題B2―1後段については、TCIの過去の電発株主総会に向けての提案は、「株主価値を高める」ための増配、役員交替、株式持ち合いの解消等であり、（株式持ち合いを除き）これらが原発や送電設備の運営に直接影響を与えないということは困難である。ましてや建設中の大間原発について、政府が過半出資の会社を新たに設立しそこに譲渡すると提案するに至っては、「衣の下から鎧」どころか「原発の（故障、万一の事故等の）リスクを負いたくない」との本音が思わず漏れたのだろう。完全民営後の電発の株式を取得した者が、新たな特殊会社（国策会社）の設立を提言するというのは、余りにご都合主義ではなからうか。

命題B2―1後段で、TCIは、原発や送電設備の運営に直接影響を与える議決に関し、追加取得株式分の議決権を行使しないと申出ている。しかしその一方、自身は、右にいう「運営に直接影響を与える議決」を、反原発団体による原発関連事業の禁止・制限の定款変更議案くらいにしか解していないようで、これでは具体的な「おそれ」解消策になってはいない。

命題B2―2は、公の秩序の維持を妨げる「おそれ」の認定について、最判平成七年三月七日民集四九卷三号六八七頁を援用する。しかし泉野市民会館事件は、市民会館使用不許可の判断基準として論じた（事案処理としては、過激派への不許可を合憲・適法とした）ものである。そこで論じられたのは本件のような経済的自由権ではなく「集会の自由」であり、同等の論理で到底処理できないものである。

命題B3は、仮にTCIが「株主価値」の観点から、目先、積立金の削減、基幹設備投資の削減、増配、卸料金引き上げ等を図ろうとしても、経済産業大臣の規制に阻まれるため、「公の秩序の維持を妨げ」る「おそれ」はない、との論法である。電気事業法に照らしてTCI主張点はどうだろうか。第一に、広域的運営の観点から供給計画の作成・届出（電事法一九条一項）と大臣の変更勧告の規定（同条三項）はあるが、将来の投資を命令

する規定まではおかれていない（同条四項参照）。第二に、準備引当金の積立はある意味義務的（電事法三六条）であるが、償却等に関する命令は「電気事業の適確な遂行を図るため特に必要があるとき」（三五条）に限り発動し得る。第三に、卸供給（二二条一―号、二二条一項）に該当する限り料金等は大臣届出で、変更命令の可能性が皆無ではない（二三条）というにとどまる。このように償却と卸料金への（変更）命令を除けば、大臣の電発への直接的規制権限は存在しないことが判明する。換言すれば、「株主価値」の観点からの暴走へのブレーキ役は、電気事業法には存在しないことが判明する。

#### （五） 残された問題

TCIが本件命令を争わなかった（＝結果的に命令に従った）ため、命題Aの「公の秩序」別言「エネルギー安全保障」の錦の御旗のもと、一件落着した。しかし、今後には大きな課題を残している。

その第一は、エンロン華やかかりし頃、わが国は「規制緩和、市場自由化」一色であった。エンロンによるわが国の電気事業者、ガス事業者の買収も噂話になった。ところがカリフォルニア電力危機を契機に、エンロンが破綻してしまい、外資の話は忘れ去られた感があつた。エネルギー政策基本法（平成一四法七二）を引用するまでもなく、その後のわが国エネルギー市場の自由化は、エネルギー安全保障ないし安定供給、地球環境等の要素を組み合わせつつ実現していくふうに軌道修正されたが、電発の完全民営化が、小泉内閣時代だったせいもあって、黄金株の観念も外資脅威論もなく、政府保有のみならず電力会社の持株も含めて全て売却してしまつた。今回のTCI事件の遠因は、ここに起因するといえなくもない。

電気事業者が外資によって買収された事例は、欧州では珍しくない。たとえば民営化後の英国は、「ウインブルドン化」と呼ばれるように、発電会社、配電会社が外資の手に渡り、わずかに民営化後のナショナルグリッド（National Grid Company）保有のグリッドが旧ガス公社のパイプラインとともに英国系一社に集中保有されている

にとどまる。さすがの英国も、ロシアのガスプロムが旧ガス公社系の Centrica（有力な電力・ガス供給会社）を狙っているという噂に対しては、心中穏やかならぬものがあり、投資規制論も浮上しかねない。ところかわりドイツでは、シユミット政権下で外資に対抗すべく大型合併により、EオンとRWEのナシヨナル・チャンピオン二社を育成するかたわら、外資に門戸をひらき、フランス電力公社（EdF）によるエネルギー・バーデン・ヴェルテンベルク（EnBW。当時ドイツ三位、現在ドイツ四位）買収、北欧のヴァッテンファール（Vattenfall）によるベルリン等の複数の電力会社買収（現在ドイツ三位）に異を唱えていないのである。また、フランス、スペイン、イタリー等のラテン系諸国は、旧国営をナシヨナル・チャンピオンに育てるといふ積極的姿勢がみられる。このように、欧州主要国においては、国策が明確なことから、買収者がファンドではなく電気事業者であることが、特徴的現象である。<sup>(66)</sup>

他方、インフラファンドのターゲットは、高速道路、港湾、空港等の輸送インフラが中心のように思われたが、米国では、インフラファンドによる電気事業の買収もはじまりつつあるようである。<sup>(68)</sup>

わが国に問題を引戻すと、エンロンがそうであったように、外資とりわけファンドは、できるだけリスクを抱えるアセット（資産）、ことに原発を抱え込みたくないだろうから、電発以外の北海道から九州までの原発保有の電力九社について、持株比率を上げたり、これらを丸ごと買収する外資は、当面登場しないように思われる。ただ、競争法を含む規制によるか又は自発的かを問わず、発送配電・供給のアンバンドリングが進めば進むほど、外資にとって電気事業が現状よりもより魅力的な投資対象になる可能性は大であろう。仮にもそのような時が来るとして、エネルギー・インフラ、ことに送配電ネットワーク部門の外資による株式取得について、どのようなスタンスをとるのか。たとえば英国ですら送電インフラ会社に限っては実現していないが、発電・配電・供給会社と同様に「ウインブルドン型」か、外資を受け入れつつも大規模ネットワークはナシヨナル・チャンピオンに



保有を認める「ド、イ、ツ、型」<sup>(71)</sup>か。それとも今回のように事案毎に「黒船」対応をする「臨機応変外資制限・排除型」、逆にいえば投資外資側に、「規制リ、スク」<sup>(72)</sup>があり、これにナショナル・チャンピオン育成併用か否か、といった選択肢が考えられる。市場自由化先行の欧米とは異なり、電力ネットワークが鎖国型・閉鎖型<sup>(73)</sup>であることに留意しつつ、「電力自由化」論と並行して、これら選択肢を本腰をいれて検討すべき時期にきている気がしてならない。

## 2 後期高齢者医療制度

福田康夫首相就任後初となる国政選挙、二〇〇八年五月の衆議院山口二区補欠選挙で、野党の民主党が議席を獲得した。四月に発足したばかりの後期高齢者医療制度が、与党の敗因としてクローズアップされた。<sup>(74)</sup>

### (一) 後期高齢者医療制度発足の経緯

二〇〇二年健康保険法等の一部改正法（平成一四法一〇二）の際に「抜本的な制度改革を行うべき」との議論を受けて設けられた附則二条二項に基づいて、翌〇三年三月、「医療制度改革及び診療体系に関する基本方針」が閣議決定された。このなかで、新たな高齢者医療制度の創設及び保険者の再編・統合について、〇八年に実現をはかることとされた。これを受けて〇五年六月「経済財政運営と構造改革に関する基本方針（いわゆる『骨太の方針二〇〇五』）」においても年度内に結論を得て翌〇六年医療制度改革を断行すると閣議決定され、社会保障審議会、経済財政諮問会議等における医療制度改革議論を経て、〇五年二月一日、政府・与党医療改革協議会が「医療制度改革大綱」<sup>(75)</sup>をとりまとめた。右大綱は、冒頭の総論部分で、「安心・信頼の医療の確保と予防」「医療適正化の総合的な推進」とならんで「超高齢社会を展望した新たな医療制度の実現」の三本柱を改革の基本的な考えとして提示している。本稿の考察対象の第三の柱は、「医療費の負担について国民の理解と納得を得

ていく必要がある」が「現役世代と高齢者世代の負担の不公平」があるため、「新たな高齢者医療制度を創設し、高齢者世代と現役世代の負担を明確化し、公平で分かりやすい制度とする」こと、保険者について「市町村が運営する国民健康保険は財政基盤が脆弱であり、また、健康保険組合の中には、小規模で財政が逼迫している保険者もある。他方、政府管掌健康保険は、全国一本の保険者であり、地域の実情が保険運営に十分反映されていない」ため、「都道府県単位を軸とする保険者の再編・統合を進め、保険財政の基盤の安定を図り、医療保険制度の一元化を目指す」ことが掲げられている（傍点引用者）。

右大綱は、第三の柱の各論で「七、五以上の後期高齢者については、その心身の特性や生活実態等をふまえ、「〇八」平成二〇年度に独立した医療制度を創設する」（傍点引用者）と宣言している。具体的な制度イメージとして、「保険料徴収は市町村が行い、財政運営は都道府県単位で全市町村が加入する広域連合が行う」こと、「財源構成は、患者負担を除き、公費（約五割）、現役世代からの支援（約四割）のほか、高齢者から広く薄く保険料（約一割）を徴収する」こと、ただ右の財源構成は固定的でなく、「世代間の負担の公平を維持するため、人口構成に占める後期高齢者と現役世代の比率の変化に、応じて、それぞれの負担割合を変えていく仕組みを導入すること、患者負担は一割（現役並み所得者は三割）とすること、終末期医療、地域主治医による在宅患者に対する対応等の「新たな診療体系を構築する」ことが挙げられた。二〇〇六（平成一八）年の通常国会に一連の改革のための法案を提出し、高齢者医療制度の実施時期は二〇〇八（平成二〇）年度とされた（傍点引用者）。

翌〇六年二月、医療制度改革関連法が国会に上程され、衆参両院で審議のうえ、六月一四日成立した（平成一八法八三）。

## （二）後期高齢者医療制度の概要と問題点

いわゆる後期高齢者医療制度は、「老人保険法」ならぬ「老人保健法」（昭和五七法八〇。以下、「保健法」とい

う) 改題の「高齢者の医療の確保に関する法律」(以下、「高齢者医療法」という)に織り込まれた。

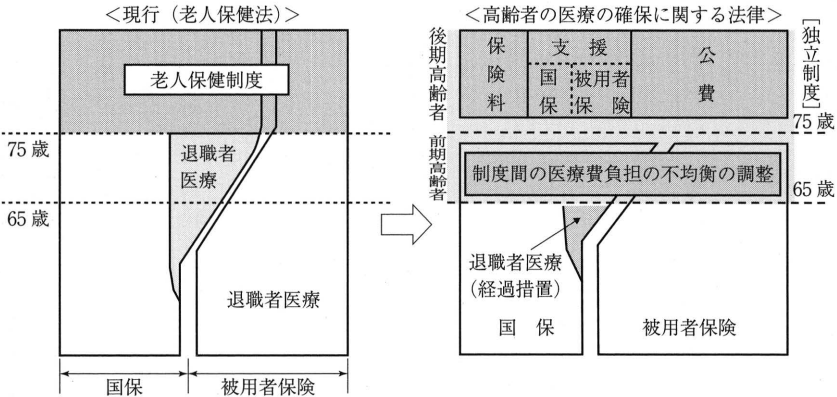
旧・保健法は、「国民の老後における健康の保持と適切な医療の確保を図るため、疾病の予防、治療、機能訓練等の保健事業を総合的に実施し、もって国民保健の向上及び老人福祉の増進を図る」のが法目的であった(一条。傍点引用者)。高齢者医療法は、「国民の高齢期における適切な医療の確保を図るため、医療費の適正化を推進するための計画の作成及び保険者による健康診査等の実施に関する措置を講ずるとともに、高齢者の医療について、国民の共同連帯の理念等に基づき、前期高齢者に係る保険者間の費用負担の調整、後期高齢者に対する適切な医療の給付等を行うために必要な制度を設け、もって国民保健の向上及び高齢者の福祉の増進を図ること」が法目的である(一条。傍点引用者)。傍点部分から明らかなように、旧・保健法にあった「健康の保持」は目的規定から消え、「医療費の適正化の推進」が加わった。さらに「国民の共同連帯の理念」という一見美しい言葉が附加された。

右の「共同連帯の理念」自体に誰も異論はないが、美辞麗句の背後には、「現役世代の負担が過重なものにならないよう」「高齢者については、現役世代との均衡を考慮した適切な保険料負担を求め」という、先の大綱で示された「世代間負担の公平」を想起させるものである。

高齢者医療法は、六五歳(誕生日が一日でない限り、翌月)以上七五歳未満を「前期高齢者」(三二条一項)、七五歳以上を「後期高齢者」(五〇条)に区分し、後者・後期高齢者について、新たに独立した医療(保険)制度を定足させるものである(四七条以下)。すなわち、被保険者は七五歳以上の者(及び六五歳以上七五歳未満で、政令で定める程度の障害の状態にある者)(五〇条)で、保険者は都道府県の区域毎に全ての市町村が加入する「広域連合」(四八条、附則三六条)である。その費用は、公費負担、被用者保険及び国民健康保険の保険者からの後期高齢者支援金(一一八条)、後期高齢者の保険料の三者から成る。このうち公費負担は、国が二分の三(九三条一

図1 新たな高齢者医療制度の創設（平成20年4月）

- 75歳以上の後期高齢者については、その心身の特性や生活実態等を踏まえ、平成20年度に独立した医療制度を創設する。
- あわせて、65歳から74歳の前期高齢者については、退職者が国民健康保険に大量に加入し、保険者間で医療費の負担に不均衡が生じていることから、これを調整する制度を創設する。
- 現行の退職者医療制度は廃止する。ただし、現行制度からの円滑な移行を図るため、平成26年度までの間における65歳未満の退職者を対象として現行の退職者医療制度を存続させる経過措置を講ずる。



出典：法令解説資料総覧295号31頁

項）及び国が広域連合へ二分の一の調整交付金（九五条）、都道府県及び市町村がそれぞれ二分の一ずつ（九六、九八条）である。高額医療費は、国及び都道府県が四分の一ずつ（九三条二項、九六条二項）、市町村は所得の少ない者への保険の減免額を一般会計から特別会計に繰入れ、都道府県が右の四分の三を負担する（九九条）。後期高齢者の保険料は、広域連合の全区域均一（一〇四条二項）とし、市町村による保険料徴収は、年金保険者による特別徴収のほか、普通徴収による（一〇七条）。

後期高齢者（患者）の（本人）負担率は、二〇〇八・二〇〇九の二年度は一分（二〇〇条二項）で、二年毎に改定される（同条三項）。以上が、後期高齢者医療制度の概要である（図1参照）<sup>76</sup>。

二〇〇六年の法改正時には、メディア報道は皆無に等しいといって過言でない（私自身

も法改正を知らなかった)が、本制度施行直前の〇八年四月を契機に、急にメディアで後期高齢者医療制度が話題に上るようになった。本制度の本質論のみならず、制度施行・実施段階での現場でのトラブルも含んで、冒頭で述べた衆議院補欠選挙を頂点に「老人パワー爆発」ともいえるべき社会現象になった。

必ずしも網羅的ではないが、メディアで報じられた本制度にまつわる問題は、以下のようなものであった。

第一に、制度のネーミングである。「高齢者」で始まるいくつかの法典が存在することから、従前の法典名「老人」を「高齢者」と呼び変えることに違和感はない。しかし高齢者に「後期」と冠することによって、該当世代が、「これには『敬老精神』のかけらもなく、『あなた方はもうお迎えが来るのみ』と言われていたようなもの。現代版『うば捨て山』だ」と反応するのも無理からぬところがある。あわてて福田内閣が法典上の正式名称に手をつけず制度の通称を「長寿高齢者」と読み替えても、「あとの祭り」である。

第二に、被保険者が後期高齢者の個人単位なので、夫婦の一方が現役の後期高齢者夫婦は、従前の組合健保から、たとえば夫が後期高齢者保険、妻が七五歳以上なら後期高齢者保険、七五歳未満なら国民健康保険と、夫婦が別々になる。従来は、高齢者自身の収入が一定額以下であれば、所得税法でも保険制度でも現役世代の扶養家族扱いだったが、後期高齢者医療制度では、七五歳以上の者は、収入に関係なく機械的に右の扶養家族から切離されるのである。

高齢者全員が保険料負担の対象(減額措置が皆無ではない)となり、月に一万五千元以上の年金収入があれば、介護保険料とあわせて特別徴収される(既述の高齢者医療法一〇七条)という、いわゆる「天引き」問題がある。すなわち、①年金原資を格別積立てないで、右から左に支給財源として消費するシステムを悪用した(保養地の会館等の)無駄使いや不正使用、②年金記録に誤りがあっても、保険料支払証明ができない(過去に支払った国民年金の領収書を保存していないとか、転職前の勤務先の倒産等により過去の厚生年金の支払い事実の証明がないとか)た

め、訂正が認められず、結果として加入年数に欠落が生じていたり、肝心の年金記録中、誰のものか判然としない五千万件程度の年金記録が存在する等の、いわゆる「消えた年金」等、年金問題が十二分に片付いていない時点における後期高齢者医療保険料の年金からの「天引き」なのである。安部内閣時代の二〇〇七年参議院選挙マニフェスト「成長を実感に…『美しい国、日本』に向けた一五五の約束」表紙の重点課題には、「信頼できる年金制度の再構築」が挙げられ、「年金記録を徹底調査。すべての被保険者に年金を完全支給」（傍点、原文赤字印刷）、「社会保険庁は廃止・解体、労働組合のぬるま湯体質を一扫」とある。<sup>(78)</sup>しかしこの選挙公約は、未達成のままである。

加えて③「しのびよる物価高」にもかかわらず、年金が（過去のデフレ時代の年金据置ききの反動で）物価スライドになり難く、かつ預貯金が超低金利で家計がインフレ対応できないという生活不安感をぬぐえない。このような諸要因からして、年金からの保険料「天引き」が、後期高齢者の怒りを買ったのである。

ちなみに厚生労働省は、住所地及び収入等による悲喜こもごもがあるにしても、市町村単位から都道府県の広域連合にまとめたことと、保険料負担を「広くうすく」したため、従前の保険料よりも減額になる者が多くなるし、軽減措置も講じるとPRしていた。<sup>(79)</sup>

第三に、右の保険料天引き制度そのもののほか、具体的な保険料徴収の現場で、三九都道府県で四万三一九一件の誤徴収又は徴収漏れが発生している。<sup>(80)</sup>

第四に、二〇〇八年四月一日からの後期高齢者医療制度発足に備えて、遅くとも同年三月末日には被保険者の手に新しい被保険証がなければならないが、四月九日時点で、全国で六万三千件余り未着であった。<sup>(81)</sup>

右のような失態は、その後それなりの善後策を講じていると思われるが、「国と地方との連携ミス」で単純に済ませられない構造的な問題点がないのかどうかの検証も必要であろう。先の〇七年参議院選挙マニフェスト

「五九、国民が安心して受けられる医療の確保」の項における「先般成立した医療制度改革法に基づき、新たな高齢者医療制度の創設など、超高齢化社会を展望した医療保険制度体系の見直しを行う……」と述べられている<sup>(82)</sup>のが虚しく聞こえるのは、私だけだろうか。

第五に、後期高齢者の医療費（診療報酬）について、高齢者医療法七一条一項の「療費の給付の取扱い……並びに療費の給付に要する費用の額の算定に関する基準」としての告示「診療報酬の算定方法を定める件」（平成二〇年厚生労働省告示五九号）において、概要以下のように記載されている（一点の単価は一〇円である）。

B〇一六 後期高齢者診療料六〇〇点

B〇一七 後期高齢者外来継続指導料二〇〇点

〇一六の患者が、他の医療機関に入院し、退院後に再び継続診療のとき、最初の診察日

B〇一八 後期高齢者終末期相談支援料二〇〇点

同意を得て終末期における診療方針等について話し合い、その内容を文書等により提供したとき

このうち「B〇一六後期高齢者診療料」は、高齢者医療法には直接見当たらない概念である。「診療報酬の算定方法の制定等に伴う実施上の留意事項について」（保医発第〇三〇五〇〇一号、厚生労働省保険局医療課長・歯科医療管理官、〇八年三月五日）によれば「慢性疾患を有する後期高齢者に対し、継続的な診療を提供し計画的な医療管理の下に、患者の心身の特性にふさわしい外来医療の提供を評価するものであり、診療所及び当該病院を中心に半径四キロメートル以内に診療所が存在しない病院において算定でき」「月一回を限度として算定する」ものである。

右の後期高齢者診療料は、慢性病を抱える患者（被保険者）が、一つの「主病」受診について医療機関と合意したときに、医療管理等、検査、画像診断、処置等を含み、基本診療料、在宅医療、投薬、注射、リハビリ、精神科専門を含まない「包括」診療料として、月額六千円という定額制である。かといって患者は、他の機関での受診を制限されるものではないという。<sup>(83)</sup>

医療関係者からは、右の後期高齢者診療料が（〇六年実績で七七一六円程度のものが）六千円と低額に押さえられ、十分な医療が担保できない、また、従前の「特定疾患療養費管理料」が、主病の医療機関のみ算定されるのは不合理、等の批判がきかれる。<sup>(84)</sup>

そもそも右の後期高齢者診療料の目的がどこにあるのか、これら告示、通達からは明らかではない。本稿での仮説として、後期高齢者は通常複数の慢性的持病を有するだろうから、主病の医療機関を「家庭医」的に指定させて、ここでの診療に集中させることにより、後期高齢者の統合的な健康管理を可能にする一方、定額制により、医療費の抑制にもつながるといえるのが目的のような気がする。仮にそうだとすると、そもそもが患者と医療機関との合意が前提となっている。また、複数有する慢性病が、一の医療機関の診療で間に合う保障はない。したがって主病の医療機関を決めても、セカンド・オピニオン等のために、（主病を含む？）同一の疾病について医療機関を渡り歩くことを阻止する仕組みにはなっていない。このように、家庭医と専門医・病院との機能分離の趣旨も不徹底、医療行為の選択肢を認めるため、医療費抑制に必ずしも直結しないということから、極めて不徹底なもののように思われる。

### （三） 後期高齢者医療制度の病理現象

後期高齢者医療制度がスタート時からつまずいた形になったが、その原因を探り、同様の過ちを繰返さないための処方箋を提示するのが本稿の使命である。



第一に、厚生労働省の社会保障審議会医療保険部会は、二〇〇三年七月一六日再開し、高齢者医療制度を含めて検討を開始したが、たとえば翌〇四年五月一三日第七回では、高齢者医療制度についての事務局案をめぐって議論した形跡がある。<sup>(85)</sup> 同部会は、〇五年一月末日、「医療保険制度改革について（意見書）」をとりまとめている（以下「意見書」という。<sup>(86)</sup>）。意見書は、新たな高齢者医療制度について、必ずしも全員一致の意見ばかりではなく、意見の分かれた点も記載されている。たとえば、被保険者の年齢について、七五歳以上とする案と、年金受給開始年齢にあわせて六五歳以上とする案がある。現役並みの収入者の医療費本人負担の割合について、二割を三割に引上げる案と、前期高齢者は二割、後期高齢者は一割にという案がある。これら意見の対立はむしろ健全で、いわば政策決定者に選択肢を示したことになる。

ところが、翌月の「大綱」には、意見書の前者の被保険者の年齢は、七五歳、現役並みの収入者の医療費本人負担は三割というふうに、事務局案に近い一種類の選択肢しか用意されていない。

仮に制度目的が、主として医療費の適正化、世代間の負担の公平の二点にあるとして、そもそも七五歳以上の高齢者のみを対象に分離独立した健康保険を設計すること自体に合理性があっただろうか。新たな後期高齢者医療保険と、医療費の適正化、世代間の負担の公平とは直結しない問題である。必ずしも高齢者に限らないが、医療費の適正化が、後期高齢者医療保険で実現できる問題でないし、実現しやすくなる問題でもない。また、世代間の負担の公平が、後期高齢者医療保険でなければ実現できない問題でないし、実現しやすくなる問題でもない。このように、制度「目的」と目的実現の「手段」たる制度との間に、何の論理的脈絡も必然性も存在しないことが判明する。

「隠居（リタイア）世代同士で助け合いましたよ」という相互扶助の精神で理屈のつきそうな「六五歳以上」というのならまだしも、高齢者のみを切出した公的保険は、他国に例を見ないものであろう。加入年令制限が珍

しくない民間会社の疾病保険との並びで考えてみても、いくら財源について公費等で援助したり高齢者の保険料を引上げるにしても限度があり、早晚採算割れで破綻するリスクが大であり、常軌を逸しているのではないかという。

おまけに仮に誰かの扶養家族であつても夫婦であつても個人に分解して個人単位で年齢によつて機械的に被保険者というのは、生活実態からかけ離れ、余りに人為的に過ぎるとしかいいようがない。

このように、後期高齢者医療制度が、何を目的とし、当該目的のためにふさわしい手段（制度）かどうか、極めて疑わしい。しかも本件立法過程、ことに法案の国会提出に至るまでの閣議決定、審議会等での検討、大綱決定、法律案閣議決定と積み重ねられた過程は、基本的にはブラックボックスである。厚生労働省のウェブサイト等からうかがい知る限りでは、いわゆるパブリック・コメント<sup>(87)</sup>等を含め、広く国民ベースでの議論を喚起した形跡は、残念ながら感じられない。小泉内閣下で特徴的なことであるが、政治力学的にみて、首相官邸の力が永田町（与党）に優位していた時期でもある<sup>(88)</sup>。実際に官邸がどの程度の影響力を行使出来たかは不詳だが、いわば事務局である厚生労働省（及び審議会）が、官邸サイドの財政再建・構造改革路線にうまく乗る形で、着々と物事を進めた可能性が高いとみられよう。

もつとも小泉総裁時代の自民党の衆参両院選挙の際のマニフェストをみると、医療制度改革はうたわれているものの、後期高齢者医療制度をイメージした具体的記述には至っていない。たとえば、二〇〇三年衆議院選挙の「小泉改革宣言」<sup>(89)</sup>及び〇四年参議院選挙「小泉改革宣言・自民党政権公約二〇〇三」<sup>(90)</sup>は同文のようだが、「宣言1、日本の明るい未来をつくります」として「二〇〇四年に年金制度を、次に介護・医療制度を改革します」と社会保障改革を宣言するが、詳論部分の「四、安心できる社会保障制度を…年金・医療・介護を抜本改革」「1、持続可能な社会保障制度へ」の項の「国民負担率から見た税制と社会保障負担のあるべき姿」で「世代間および世

代内での不公平を是正」との一般論と、「2、命と健康の安全保障の確保」で「国民皆保険制度の堅持」と言及するにとどめている。次に〇五年の「自民党政権公約二〇〇五・自民党の約束・郵政民営化こそ、すべての改革の本丸」と題するいわゆる郵政民営化解散による衆議院選挙では、「医療制度改革の断行（安心で質の高い医療提供体制、持続可能な医療保険制度の確立）」の項で、「国民皆保険制度を堅持しつつ、効率がよく、質の高い適切な医療の提供を確保するため、医療制度改革を断行する。新たな高齢者医療制度の創設……等について、年内に改革案をまとめ、次期通常国会に法案を提出する」として、「高齢者医療制度」の言葉が登場している（傍点引用者）が、その具体的内容は必ずしも明らかではない。<sup>92)</sup>

第二に、後期高齢者医療制度は、国会で十分議論を尽くされたのだろうか。実は二〇〇二年の健康保険法一部改正のときには、厚生労働委員会審議において強行採決されている。<sup>93)</sup> 四年ごとのオリンピックではないが、それからちょうど四年後の今回（二〇〇六年）も同様に、衆議院厚生労働委員会で、与党側が強行採決している。<sup>94)</sup> 与党にも「十分審議した」との言い分があるかも知れない。しかし、国民の目線で本法をみると、後期高齢者医療制度の仕組みそのもの、さらには不確定要因が多く、今後の制度運用の不透明性・不確実性等の疑問が消えないが、委員会審議は、議員ひいては国民に対して、十分な判断材料を与え、選択肢を迫る（又は原案を手直し・修正する）審議にはなり得ていなかったように思われる。これでは、何のための議会であり、何のための議員（lawmaker）なのだろうか、という疑問を禁じ得ない。

第三に、（改正）法公布の二〇〇六年六月二日から施行の二〇〇八年四月一日まで二年弱の余裕がありながら、厚生労働省は、今回の病理現象の発生を防止・阻止・緩和できなかつたのだろうか。

所管官庁は法施行のために政省令の準備をするのが常である。二〇〇七年七月、新たな後期高齢者医療制度の政省令・告示に対する意見聴取を行ったうえ、同年一〇月、政省令を公布した（平成一九政令三一八、平成一九厚

労令一二九等。また社会保障審議会・後期高齢者医療制度の在り方に関する特別部会を設け、同年四月、意見公募のうえ、同年一〇月一〇日、「後期高齢者診療報酬体系の骨子」を公表している。<sup>25</sup>ところがこれらは、皮肉にも今回の病理現象の原因でもなく病理現象の防止・除去に直結するものではなかったのである。

今回の病理現象の一つである新しい保険証が制度開始の二〇〇八年四月一日迄に七五歳以上の被保険者に届かなかったことは、どう考えても理解できない初歩的ミスである。後期高齢者の医療制度が抜本的に変更され、従来の健康保険証が使用できなくなるという根本的な情報が、十分に高齢者に達していなかったことが、そもそもの原因である。どの程度政府広報・自治体広報で後期高齢者医療制度について情報を発信したかの問題以前に、ターゲットが、経済的にも視聴覚及び認知能力においても情報をもっとも伝わりにくい年齢層を相手にしている、という最も重要なことからの自覚を欠いていたものである。そもそも「なぜ今急に制度が変更され、従前の健康保険証が無効なのか」は、高齢者ならずとも、通常人の理解を超えることがらである。このことは、現役勤労高齢者や現役世代との同居者ですら、理解しにくいし、単身世帯であればますます理解されたいことになりやすい。説明文書として、新旧両保険証のサンプルを大きく掲げ、新を丸、旧をバツで示すといった出来るだけ単純に視覚に訴えるものであれば、理解が高まったと思われるが、そのような工夫はされなかった。このため、新保険証が郵送されても、気にもとめず廃棄・紛失・焼却した例があとを絶たなかった。さらに新保険証を郵送に頼り、おまけに「転送不要」としたため、「転居先不明」で、どっさり市町村に戻される例があとを絶たなかった。これは郵政民営化直前の郵政公社時代からのサーヴィス低下も一因である。というのは、従来は住居表示変更や転居の際、一度郵便局に届ければ半ば永遠に郵便物が転送され続けたが、近年、事務合理化のためか（現住か否か、いちいち調査をする手間を省略し）届出から丸一年経てば転送は自動的に失効し、その結果旧住所の郵便物は「宛どころに尋ねあたりません」と機械的に差出し人に返送される仕組みにかわってしまっている。むしろ転送

希望の届けを更新することは可能だが、(P R不足もあって)一年限りの措置と自覚しないのが通例である。これに加えて、高齢者のなかには、経済上・健康上・生活上の理由等から、住民基本台帳の住所地はそのままにして、自分の家、子供を含む親族の家を移動し、結果として一か所定住ではない者もかなり多い。したがって、(その都度転送希望を出していない限り)郵便物が留守宅に届くことも大いにあり得るのである。

高齢者を疑心暗鬼にさせる「詐欺商法」華やかなご時世、後期高齢者医療制度に伴う健康保険証の切替え自体のP R不足もあるが、それ以上に、市町村において、新保険証が被保険者の手に渡ることを確実にするための工夫が余りにも足りず、ターゲットに即した手法ではない。裁判所の「送達」ではあるまいし(民事訴訟法九十九条によれば、郵送以外に執行官による送達もある)、郵便で送りつけて事足りりというのは、「現場」を知らないデスクワークの発想の域を出ていないのではなからうか。

「高齢者」に「後期」を冠する制度のネーミングについていえば、旧保健法の対象年齢が二〇〇二年に(それまでの七〇歳から)七五歳に引上げられたこと等もあり、「後期高齢者」という用語自体は、厚生労働省及び関連の審議会・業界では慣用語化していたふしがある。しかし表立って世間に法典・制度の名称に用いることの当否は、別問題であろう。繰返しを避けるが、霞ヶ関及び永田町の「庶民感覚」を疑うのに十分である。

批判を受けて、政府・与党は、①低所得者の保険料の低減化、②国民健康保険で納め忘れない場合又は配偶者・世帯主が本人(年金収入一八〇万円未満)<sup>96</sup>に替わり口座振替えで納める場合に限り、特別徴収(年金天引き)から普通徴収(口座振替え)を可能にした。これらは遅きに失し、ことに②だけでは、不満解消にほど遠い。

(46) 藤原淳一郎「電気事業・ガス事業規制の沿革」林敏彦編『規制緩和と公益事業』一四、二四―二五頁(東洋経済新報社、一九九〇年)。ジェネレーション・ギャップか、「戦時中、わが国電気事業は国有化された」との誤解が多い。一九三八(昭和

一三）年一月の電力管理法、日本発送電株式会社法の二法案を受けて、全国的主要送電設備及び一万KWを超える火力、五千KWを超える新規水力が出資され、翌年、日本発送電株式会社が設立された。四一年、国家総動員法を改正し、配電統制に関する勅令により配電会社九社が発足した。木村彌藏『電気事業経済』九四—一〇〇頁（経済往来社、一九七二年）。

(47) 藤原・同右：二五頁。

一九四八（昭和二三）年二月、日本発送電株式会社と配電会社は、過度経済力集中排除法による事業指定を受けた。電力会社の経営形態をめくり、同年五月、集中排除委員会のパーカー委員から七ブロック案が示される一方、電気事業民主化委員会は、北海道と四国は発送配電一貫経営とし、本州、九州は電気事業審議会を設立してそこでの審議に委ねるとの答申を出した。翌四九年二月の電気事業再編成審議会（会長は塾員で元・東邦電力社長の松永安左衛門。委員に小池隆一塾法学科長、工藤昭四郎復興金融庫副理事長、三鬼隆日本製鉄社長、水野茂夫国策バルブ副社長）による検討が行われ、日本発送電と配電九社を解体し、新たに九ブロック会社と「融通会社」を設立するとの「多数」案に加えて、発送配電一貫の九ブロックの地区別会社とする松永参考意見が併記された。最終的には松永案が採用され、政府提案の電気事業再編成法案、公益事業法案が国会で審議未了となったが、両法案は、翌五〇年、ポツダム政令たる電気事業再編成令ならびに公益事業令に形をかえて公布された。木村・同右：一一—一三頁、通商産業省資源エネルギー庁公益事業部監修・電力年報委員会編『電気事業の現状と30年の歩み』五一—五三頁（一九八二年）、日本エネルギー経済研究所編『戦後エネルギー産業史』一九七—二〇二頁（東洋経済新報社、一九八六年）参照。

(48) 藤原・前掲註(46)・三〇頁。電気「小売」市場の部分自由化によって若干変質したが、現行電気事業法二八及び二九条。

(49) 藤原淳一郎「公益事業の海外展開とアジア・インフラ」藤原淳一郎編『慶應義塾大学地域研究センター叢書』アジア・インフラストラクチャー…二一世紀への展望』一四一、一四九頁（慶應義塾大学出版会、一九九九年）。

(50) 財務省・経済産業省「電源開発（株）に対する外為法に基づく中止勧告について」↓「TCIファンドに対する勧告について」(二〇〇八年四月一六日)。www.enecho.meti.go.jp/topics/080416.htm as of June 03, 2008

(51) 『会社四季報』二〇〇八年三集夏号一八八頁（東洋経済新報社）による。

(52) 「電源開発（株）に対するTCIの投資に係る外為法に基づく中止命令について」↓「別添2・補足説明資料」一頁（二〇〇

- 八年五月一三日)。 [www.meti.go.jp/Press/2008051301.html](http://www.meti.go.jp/Press/2008051301.html) as of June 03, 2008
- (53) 財務省・経済産業省・前掲註(50)。
- (54) 二〇〇八年五月一四日付電気新聞一面及び前掲註(52)。
- (55) *TCl Urges Sanctions Over Japan Bid Block*, FINANTIAL TIMES, Apr. 24, at 16.
- (56) 二〇〇八年四月一七日付日本経済新聞夕刊一面。
- (57) 二〇〇八年四月一七日付産業経済新聞二面「主張」。
- (58) *Fears of a Return to Protectionism*, FINANTIAL TIMES, Apr. 17 2008, at 18.
- (59) 二〇〇八年五月一六日、法学部一年生のオムニバス授業「法の基礎」の「行政法」において、事例として本課題をとりあげた。東京二チャンネル番組ヴィデオ紹介のあと、見落とせない論点を指摘・解説し、新聞記事複写配付のうえ授業内レポートを課した。論点は、授業内の解説及び配付新聞記事を手掛かりに答え得るようにしたものだが、期待に反して、答案の多くは、本件に即した議論ではなく「対内投資規制は是か非か」との抽象論・一般論に終始している。高校以下での新聞記事・インターネット情報(に一切の疑問をはさまない)丸写しレポートの癖が抜け切れていないためだろうか。
- (60) 論文で検証すべき命題を掲げてから筆を進めるという形式は、法学ではおそらく希有と考えられるが、既に藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリテイ論の継受(一)」法学研究七四巻二号一、二一三頁、「(二)・完」同誌三号三七、七二頁、同「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」『西原道夫先生古稀記念・現代民法学の理論』六二五、六二八―六二九、六四四―六四五頁(信山社、二〇〇〇年)にて実験済みである。
- 本稿における命題及びその検証は、主として前掲註(50)及び註(52)から構成した。
- (61) 関係者の手記としてヴェルナー・G・ザイフェルト／ハンスヨハヒム・フォート著、北村喜園子訳、邦題『ものいう株主 (Invasion der Heuschrecken)』(原著二〇〇六年、二〇〇七年改訂。邦訳・講談社、二〇〇八年)がある。
- (62) TCIをめぐるっては、企業の解体、合併、売却(ABNアムロの事例)のほか、近時の阿達雅志「米裁判所が断罪した貨物鉄道会社を狙うTCIのデリバティブ取引」エネルギーフォーラム二〇〇八年八月号六八頁参照。
- (63) 藤原淳一郎「法・制度面からカリフォルニア電力危機に学ぶ…組織を分離すれば後戻りできない。慎重かつ安全弁備えた

制度設計を」エネルギー二〇〇一年三月号三六頁参照。

(64) 山家公雄・西村陽「検証エンロン破綻」（日本電気協会新聞部、二〇〇二年）。

(65) 中津孝司「ガスピロムが東電を買収する日」（ビジネス社、二〇〇七年）参照。

(66) いちいち示さないが、これまで折にふれて欧州の状況について、月刊エネルギー、エネルギーフォーラム等の雑誌に寄稿してきた。

(67) 「インフラファンドに投資する…社会基盤に民間資金、世界で建設ラッシュ」二〇〇八年七月二十七日付日経ヴェリタス五四面。

(68) 立松博史・東海邦博・山家公雄「電気事業とM&A」二二二頁（日本電気協会新聞部、二〇〇七年）参照。

(69) アンバンドリングの定義を含め、藤原淳一郎「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」エネルギー二〇〇六年一月号二二三頁参照。

(70) 英国原子力発電会社のブリテイッシュ・エナジー社をフランス電力公社（EdF）が取得すると噂されている。核保有国の英国が、原子力発電開発を外資に任せるのに安全保障上、違和感があるかも知れない。しかし英国型原発は非効率で永年他国に遅れをとったため、フランス又はドイツの電力会社の手を借りなければならなかったという特殊事情がある。

(71) Eオンが、EUからの競争法違反の嫌疑に堪り兼ね、自発的にエネルギー輸送部門の所有分離（ownership unbundling）に踏み切ると表明した。Antitrust Commission welcomes E.ON proposal for structural remedies to increase competition in German electricity market, Memo/08/182 of Feb 28, 2008. <http://europa.eu/rapid/pressReleaseAction.do?reference=MEMO/08/132&format=HTML&aged=0&language=en&guilanguage=en as of Aug. 12, 2008>. 新たなインフラ所有会社への移行の実施細目は不詳だが、外資も虎視眈々と狙っているなか、「民族系に」との声も高いと聞く。試金石として注視されよう。

(72) 本件で届出内容が認められないことは十分予見可能であり、TCIの読みが甘かったといえなくもない。「規制リスク」といっても、平成三年の外為法改正により法二七条の届出対象業種の透明性は高まっている。「対内直接投資及び技術導入契約の締結等に係る外国為替及び外国貿易法及び同政省令等の一部改正について」<http://209.85.175.104/search?q=cauche:sK2Ccb-GV9MJ:www.mof.go.jp/kankou/youut... as of June 19, 2008> 参照。したがって二〇〇八年四月二十二日付経済産



業公報三頁の「日本政府の対日直接投資促進の姿勢は不変」との財務・経済産業両大臣談話は、決して強弁ではない。本件事案には直接関係しないが、「外為法に基づく対内投資規制の見直しについて（参考資料）」経済産業省貿易経済局二〇〇七年六月 <http://72.14.235.104>, search?q=cauche:omqz7DMRvkj;search-e-gov.go.jp/serverlet/Public%3FCLASSNAME%3DPcm1030%26fmDownload... as of June 19, 2008 も参照。

(73) わが国の電力・ガスのネットワークが、よい意味でも悪い意味でも他国と連系されずに鎖國的・自己完結的・閉鎖的であることは、再三指摘してきたところである。藤原淳一郎「電力・ガスの規制改革と競争政策」日本経済法学会年報二三号（公益事業の規制改革と競争政策）一五、二〇頁、同「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（経済法講座第一巻）』二二二、二四三頁（三省堂、二〇〇二年）、同「ガス市場の自由化」藤原・矢島監修・前掲註（20）・一〇九、一二二―一二三頁参照。

(74) 「衆議補選民主勝利・医療制度、不安根強く」二〇〇八年四月二八日付日本経済新聞三九面、「高齢者医療国会の焦点に…首相、厚労相に再点検指示」同月二九日付同紙二面等。

(75) 「健康保険法等の一部を改正する法律」法令解説資料総覧一九五号二三頁、厚生労働省「平成一八年度医療制度改革関連資料」[www.mhlw.go.jp/bunrya/shakaihoshoriyouseido\\_01/index.html-34k](http://www.mhlw.go.jp/bunrya/shakaihoshoriyouseido_01/index.html-34k) as of July 28, 2008

(76) 同右（法令解説資料総覧）三〇頁以下。

(77) たとえば、高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律（平成一二法六八）、高齢者、身体障害者の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律（平成一二法六八）、高齢者の居住の安定確保に関する法律（平成一三法二六）は、高齢者の定義規定をおいていない。高齢者虐待の防止、高齢者の擁護者に対する支援等に関する法律（平成一七法一二四）は、「六五歳以上の者」を「高齢者」と定義する（二条一項）。また、高齢者等の雇用の安定等に関する法律（昭和四六法六八）は、高齢者を「厚生労働省令で定める年齢以上の者」として、省令に委任している（二条一項）。

(78) [www.jimint.jp/jimint/jimint/2007-seisaku/konyaku/index.html](http://www.jimint.jp/jimint/jimint/2007-seisaku/konyaku/index.html) as of July, 28, 2008

(79) 実際の保険料の減少具合については、厚生労働省保険局総務課高齢者医療企画室「長寿医療制度の実施状況の点検結果等に ついて」（二〇〇八年六月二六日）一―四頁参照。[www.mhlw.go.jp/bunrya/shakaihoshoriyouseido\\_01/pdf/info\\_02d-080630\\_c.pdf](http://www.mhlw.go.jp/bunrya/shakaihoshoriyouseido_01/pdf/info_02d-080630_c.pdf) as

of July, 28, 2008

- (80) 同右・五頁。
- (81) 同右・五頁。
- (82) 前掲註(78)。
- (83) 大竹進「スタート間近の後期高齢者医療制度」(二〇〇八年三月二十九日)。www.news.janjan.jp/living/0803/0803240464/1.php-25k.as of July 28, 2008
- (84) 大竹進「後期高齢者診療料」の問題点・厚生労働省への反論」(同年五月一日) www.news.janjan.jp/living/0805/0804230578/1.php-25k.as of July 28, 2008のほか、第一二八回中央社会保険医療協議会総会議事録及び資料(厚生労働省HP審議会から検索可能)参照。
- (85) 同じく厚生労働省HPから www.mhlw.go.jp/shingi/2003/07/ix/fs071\_6-1.txt; www.mhlw.go.jp/shingi/2004/05/ix/fs0513-1.txt as of July, 28, 2008
- (86) www.mhlw.go.jp/shingi/2005/11/s1130-6.html as of July 28, 2008
- (87) 二〇〇六年行政手続法改正(平成一七年法七三)による「意見公募手続」は、政省令等の行政立法・処分基準の定立等を対象にする(行政手続法二条八号、三八条以下)にとどまる。もともとパブリック・コメントは、一九九八年の中央省庁等改革基本法(平成一〇、法一〇三)では「重要な政策の立案に当たり……広く国民の意見を求め」(五〇条二項)とされたが、翌一九九年閣議決定は、「規制の設定又は改廃」の際に実施することとされた。大橋洋一『行政法』一五六頁(第二版、有斐閣、二〇〇四年)。私自身もエネルギー及び電気通信分野の審議会委員として経験したが、規制改革を検討する審議会において先駆的に多用されてきた。
- 行政手続法改正前の文献として、常岡孝好「諸外国の行政立法手続の動向と日本法の課題」常岡孝好編『行政立法手続』一五頁以下(信山社、一九九八年)、改正後の文献として、野口貴公美『行政立法手続の研究…米国行政法からの示唆』二〇五頁以下(日本評論社、二〇〇八年)参照。
- (88) 藤原淳一郎「行政法学徒から見た日本型民主主義現状と課題」法学研究七七卷二号二九七、三二七—三二八頁では、往年

の自民党（与党）、経団連、中央官庁のいわゆる「鉄のトライアングル」から、右三者に「首相官邸」と「世論・マスメディア」を加えた「ペンタゴン」に変化した旨、指摘した。

- (89) [www.jimin.jp/jimin/main/daily.html](http://www.jimin.jp/jimin/main/daily.html) as of July 28, 2008
- (90) [www.jimin.jp/jimin/sen-syu43/sengen/04.html](http://www.jimin.jp/jimin/sen-syu43/sengen/04.html) as of July 28, 2008
- (91) 小泉政権の実際の政策優先順位は、社会保障よりも行政改革にあり「宣言3、行政のムダをはぶき、簡素で効率的な政府を目指します」で「官から民へ」を徹底的に進めます。二〇〇五年に道路公園を民営化し、二〇〇七年四月に郵政公社を民営化します」と宣言していた。藤原・前掲註(88)・三二一—三三〇頁で論じた。
- (92) [www.jimin.jp/jimin/jimin/2005-seisaku/120yakusoku/index.html](http://www.jimin.jp/jimin/jimin/2005-seisaku/120yakusoku/index.html) as of July 28, 2008
- (93) 第一五四通常国会衆議院厚生労働委員会第二二号議事録(六月一四日)には法案採決の動議提出の委員発言は「発言する者多く、聴取不能」で、それを受けた委員長発言も、部分的に「聴取不能」だが、起立多数で可決・散会、参議院厚生労働委員会第二二号議事録(七月二五日)も「発言する者多く、議場騒然、聴取不能」と記録されている。
- (94) 第一六四通常国会衆議院厚生労働委員会第二二号議事録(二〇〇六年五月一〇日)には、法案採決の動議提出の委員発言も、それを受けた委員長発言も、ともに部分的に「聴取不能」だが起立多数で可決の旨、記録されている。
- (95) [www.rhlw.go.jp/shingy/2007/10/S1010-7.html](http://www.rhlw.go.jp/shingy/2007/10/S1010-7.html) as of July 28, 2008
- (96) 厚生労働省・前掲註(79)・一一頁。

### 三 「何をなすべきか」

#### 1 事例の小括

まず前節において検討した二事例を、簡単に総括しておこう。

(一) T C I 問題

T C I による電発（Jパワー）株式買増し問題は、法解釈論としては、外為法にいう「国の安全……公の秩序」（二七条三項一号イ）に該当するか否かにある。これを翻訳すれば、第一に「外資によるエネルギー・インフラストラクチャー保有会社の一定以上の株式取得は、わが国のエネルギー安全保障上問題を生じるか」、第二に、右の一般論点が、ことに外国公益事業者ではなく、投資ファンドによる株式取得であるときに、どう判断されるか、第三に、T C I に限定したときに、過去の投資行動から、何か特別な結論が導かれるかという三層構造になっている。右の第二論点について付言すると、決して投資ファンドを敵視する趣旨ではないが、ファンド・ビジネスは、そもそもファンド投資家に対し利益（*earn*）を一定期間内に還元するのが目的だから、ファンドがいう「会社価値の向上」「株主利益」というスローガンを、必ずしも額面通りに受け止められない事例も起こりかねない。ことに、エネルギー供給企業の株式取得においては、右のファンドの負う宿命と、より長期的視点に立った当該企業の社会的責務と、ファンド以外の（機関投資家を含む）一般株主の利益とが、どのように調和していくことができるかが、「鍵」となる。

T C I 事例についていえば、T C I の過去の投資行動（第三論点）は決して過小評価できないが、それを決定的な決め手にしたり、それに焦点を合わせ過ぎると、T C I への「偏見」「予断」にもなりかねない。そこで本件命令は、より本丸の問題、すなわち、T C I が、積極的にかつ具体的に、社会的使命を帯びた電発の経営戦略、経営ビジョンを提示しきれなかったこと、そのことよって、エネルギー安定供給への疑念が消えなかったこと（第二論点中個別具体論）、このことに尽きると思われる。

大臣の本件命令の理由を読む限り、決してわが国が対内投資に門戸を閉ざすとか、エネルギー安全保障・安定供給の確保のためにごり押ししたとかいう、いささか悪意に満ちた批判が的を得ていないことが判明する。つま

り本件は、「市場開放か」「エネルギー安全保障・安定供給か」といった原理原則をめぐる「空中戦」ではなく、具体的な事実関係をもとに、「地上戦」「現場主義」での対応と評価でき、大臣は、十二分に説明責任を果たしている、裏返していえば、本件の特殊性を説明しているものと評価できる。

本稿で本事例を検討した趣旨は、にもかかわらず「空中戦」的論評があとをたたないのと、将来的には、地上戦的な綿密さによる空中戦への備えも必要と考えたからである。外為法プロパーの問題以外に、実態に即したエネルギー安全保障、エネルギー安定供給がからむため、第一論点及び第二論点中一般論も、そろそろ検討の俎上にあげておく必要があるのではなからうか。

## (二) 後期高齢者医療制度

法成立から二年近く経った二〇〇八年四月一日に施行された新しい高齢者医療制度については、「後期」高齢者という無神経なネーミングへの拒否反応、消えた年金問題未解決のままでの原則保険料を年金天引き（特別徴収）、対象年齢者に従前の健康保険加入システムをご破算にしながら肝心の被保険証未着続出等、「何故こんなことになったのか」と首をかしげなくなる事件の続出である。目先、被保険証が制度開始に間に合ったか、保険料が下がったか上がったか等は、当人にとっては一大事でも、わが国全体の新システム全体（マクロ）で見れば、とるに足りない問題という意識が、行政のどこかにあったのかも知れない。しかし、制度開始まで準備期間が十分あった筈だから、これらは言い訳にはならないだろう。

七五歳以上のみの健康保険制度というのは、どう考えても不自然で異常の感をぬぐえない。一説には、団塊の世代（baby boomer）が高齢化のピークを迎える二〇二五年に向けて、医療給付金の削減と「現役世代の負担が加重にならないよう」とのスローガンのもと、保険料及び医療機関窓口での「一部負担金」（高齢者医療法六七条）の双方を含めた高齢者の負担割合の増加等狙いがあったともいわれている。このことは、旧保険法一条の「目

的」にあった「健康の保持」が削除され、「医療費の適正化の推進」が加わったことに顕著にあらわれている。

とはいえ、高齢者の経済的負担が今後どの程度までふくらむのか、年金を含めた可処分所得ともならみ合わせねばならないはずである。年金制度、介護保険等の他の社会保障制度とも関連させて、公費負担・現役世代負担の能力からして、この制度がいつまで持ちこたえられるのか、はなはだ心許無い。どう試算して制度設計したのか我々には明らかではなく、制度全体への信頼感も薄く、「時限爆弾」と背中合わせの制度という感じすらして背筋がぞつとする。

ところが、このような重大な制度変更が、法案の国会上程、国会審議中は注目されず、二年近く経った制度開始直前になって急に世の注目を浴びたというのも、奇妙な話である。よくよく考えれば、類似の状況は、住民基本台帳法ネットワークの導入（住民基本台帳法の一部改正）、住民監査請求経由の住民訴訟（地方自治法二四二条の二第一項）四号請求の一部改正等、行政法で飯を食っている者すら気付かない間の法改正（改悪）で、枚挙にいとまがない。したがって、後期高齢者医療制度は氷山の一角であって、国民参加の議論抜き、国民への細かい配慮抜きという病理現象に対する処方箋を、何とか考えねばならない。

## 2 「何をなすべきか」

### (一) 行政法教育・研究の問題状況

塾もその例外ではないが、法科大学院設立以後、シラバスの作成、アサイメント作成を含む授業準備、(皮肉なことに学生から必ずしも歓迎されない) 双方向授業、中間(授業内)及び期末試験の出題、解答の手引き及び採点基準の公表、採点作業、採点後の講評の公表、相對評価による成績記入と人数分布の公表、学生による授業評価への弁明書等により、研究時間が限りなく零になった。法曹養成の法科大学院カリキュラムは、「判例法」「要

件事実論」が幅をきかせ、法創造能力の養成、政策論の展開という側面は、授業時間の制約もあり、本来は法曹にとって重要な要素ながら、教育現場では隅っこに追いやられかねない。

高度職業人養成大学院としては、「天下国家・自治体のために働く」公務員志望者のスキルアップのための「政策大学院」も重要である。公務員改革等による魅力の低下・民間の旺盛な新卒採用から、公務員人気が下降線をたどりつつあるうえに、政策大学院卒業生に公務員採用試験での特典が認められなかったことから、入学者を見込めなくなったのは、痛手である。公務員の再教育・再訓練だけでは、なかなか大学院として成り立たないのだろう。その余波で、塾はまだに開校できていない。しかし「行政統制の法理」を志向する行政法にとって、政策大学院は、政策論の教育・研究を展開する絶好の場であるだけに、誠に残念である。このような現状が、行政法学研究者にも微妙に影をおとし、ますます研究の守備範囲が解釈論、判例研究にシフトし、より広く「天下国家を論じる」政策研究離れが加速しつつあるというのは、杞憂だろうか。

## (二) 若干の提言

後期高齢者医療制度の病理現象にかんがみ、省庁又は官邸が、新たな政策、制度設計又はそれらの改廃を計画したときにとるべき、あるべき理想の手順を描いてみよう。

第一段階として、新たな政策、制度設計又はそれらの改廃について、OR（オペレーションズ・リサーチ）的にその目的、その効果、それに要するであろう費用・人力等をまず試算・シミュレートする。

次いで、代替的ないくつかの選択肢ごとに、右の各要因を深掘りする。その結果として、一シナリオしか描けないときは、途中の検討過程も添えて結果をまとめることで、その結論の正当性が検証可能になる。

右作業は、省庁内のみでの検討もある得るだろうし、外部の識者をまじえた研究会・審議会の場で行うこともあり得るだろう。

第二段階として、省庁・官邸又は研究会・審議会が、右の検討結果をパブリック・コメントにかける。この「意見公募」は、中央省庁等改革基本法五〇条二項の精神を忠実に生かすものである。

第三段階として、可能な限り、省庁・官邸又は研究会・審議会委員等が識者を含む国民との意見交換・ディベートのためのシンポジウムを開催し、自らの検討結果が独断でないかどうか、他に良い代替案があるかどうかを検証する。

第四段階として、省庁・官邸又は研究会・審議会は、パブリック・コメント及びシンポジウムで受け取った意見をもとに、再検討結果を公表する。ことに各代替案の比較対照は重要である。

第五段階として、省庁・官邸は、第四段階の検討結果をもとに、最終的な方向性を示す原案骨子を再度パブリック・コメントに付す。

第六段階として、パブリック・コメントで受け取った意見をもとに、原案骨子の再検討結果を公表する。

第七段階として、法改正・法制定が必要なときは、省庁・官邸は、法要綱案等を取りまとめ、パブリック・コメント及びシンポジウム開催により、識者及び国民各層の意見を集約する。

第八段階として、内閣法制局、他省庁と調整のうえ、まとめれば内閣提案として国会に法案が上程される。

第九段階として、国会での委員会審議は、通年定期開催とし、法案審議が議題のときは、その立法目的、立法手段、費用対効果の面で、法案が正当か否か、また、主要条文について、問題がないかを重点的に審議する。法案に関連するが直結しない議員発言は、緊急性がない限り、原則封じ、別の機会とする。与野党ともに、法案に問題があれば、法案修正、附帯決議等の方法を模索・協議する。

第一〇段階として、法案（一部修正を含み）が可決されれば、所管省庁は政省令・詳細制度設計のための下準備作業に入る。



第一段階として、省庁又は委員会・審議会が政省令・詳細制度設計の原案についてパブリック・コメントをとる（行政手続法三八条以下）<sup>98</sup>。法律の条文にもよるが、この段階でも、できる限り選択肢を提示させる。

第一二段階として、省庁又は委員会・審議会は、パブリック・コメントにより受け取った意見を反映した検討結果を公表する（行政手続法四三条）。

以上、主眼は、行政手続法がカバーしない「立法前段階」の手順の提示にある。<sup>99</sup>そして、政策決定・法案提案・法案審議の各段階を通して、極力代替案・選択肢を示し、オープンな議論を展開するというものである。さらに国民との接点の極めて薄い官邸（首相直属の各種会議）の万一の独走を懸念し、これへの民主的統制をはかる意図もある。

なお、意見公募の際には、行政手続法がカバーしない「政策決定型」のものなのか、行政手続法が妥当する「法執行型」のものなのか、明確に示す必要がある。二〇〇八年春に総務省が情報通信審議会から情報通信行政審議会を分離したのは、右の趣旨にかなったものと評価できよう。また、意見公募は所管省庁ウェブサイトや業界紙で知ることができて、より周知をはかるため、メディア側も、日刊紙や法律雑誌において、政策型と執行型に分けた「意見公募一覧」を掲載し、重要な案件については十分ウォッチする態勢を組むことが望まれる。法律が成立してからいくら批判めいた報道をしても、その価値は半減である。

本稿の提言を可能にするためには、従前の理論丸呑み、暗記力が勝負の優等生ではなく、モデル理論に固執することなく、バランス感覚・寛容性に富み、いくつかの状況を想定して選択肢の提示・比較検討が可能な、創造力豊かで庶民感覚にあふれる柔軟な思考の公務員、国会議員、識者層がもっと育つ必要がある。省庁・官邸を含めた行政、国会の場で、より透明・自由・開放的な議論を展開する土壌を養う必要もある。<sup>100</sup>

そんな悠長なことはいっておられないので、当面少なくとも右記第一及び第二段階を実行に移すことを切望す

る次第である。

汚職防止という目的からか、上級公務員が二年前後で人事異動するため、任期中が高々数年先程度に視界が限られる傾向が皆無ではない。任期六年の参議院議員は別として、最長四年任期で解散リスクを負う小選挙区制の衆議院議員、他国に比して短期交替の大臣も、似たような状況である。「それでは、誰が長期の政策・制度に責任をもつのか」。こう考えると、来生たかおではないが「心寒いだけ」である。かといってわが国ではなかなかシンクタンクが育たない。あとは大学人、産業人、ジャーナリストに従来以上に期待するしかない。職業は何であれ、大臣、事務次官・局長、審議会委員等の「椅子」に執着せず、庶民感覚を忘れないで不偏不党、「国家百年の計」のために信念を貫く「独立自尊」の後輩が、わが慶應義塾から多数輩出することを祈ってやまない。

(97) 問題発見・問題解決の能力を養成すべき法科大学院教育において、立法論・政策論が重要なことはいまでもなからう。

教育理念及び制度設計を含めて論じた藤原淳一郎「いわゆるロー・スクール構想の虚像と実像」法学研究七二巻二二五号五三頁、法科大学院の教育現場から改善策を発信した、同・前掲註(36) 参照。

(98) 前掲註(87) 参照。

(99) 行政過程への法的統制論の体系書、山村恒年『行政法と合理的行政過程論…行政裁量の代替規範性』（慈学社出版、二〇〇六年）も、立法過程を準備範囲に入れていない（同書四九頁以下、七八、九六―九七頁等）。これらに対し、「国民のための行政法」構築のために、より「上流」の立法を含めた政策決定にまで踏み込まざるを得ないというのが、本稿の主張である。ある意味いわゆる政策評価法（山村・同右・四二頁）、正確には「行政機関が行う政策の評価に関する法律」（平成一三法八六）の拡充、といえなくもない。

(100) 「司令塔としての諮問会議」、「会議は議論する場ではない」という言葉に集約される。清水真人『官邸主導…小泉純一郎の革命』二二五、三八一頁（日本経済新聞社、二〇〇五年）、竹中平蔵『構造改革の真実…竹中平蔵大臣日誌』二八一頁（日本経

済新聞出版社、二〇〇六年）、同『闘う経済学…未来をつくる公共政策論入門』二七八頁（集英社インターナショナル、二〇〇八年）等参照。

(101) 二〇〇七年五月、安部内閣当時の経済財政諮問会議で、地球環境問題の議題が「議事録非公開」になった（首相官邸HPから「経済財政諮問会議」議事録・資料検索可能）のは、驚きである。首相が国際会議で提案するわが国の案（の審議）が漏れるのを防止するためらしいが、その概要は既にマスメディアに報じられており、半ば公知の事実だった。情報公開法（平成一一法四二）五条に照らして、正当な判断だったとは到底考えられない。

#### 〔付記〕

本稿校正時に、「政治家一〇〇人各省幹部に。民主・小沢氏政権構想に明記。政治主導で政策立案」（二〇〇八年九月七日付日本経済新聞一面）に接したが、右構想は、本稿主張の枠組みを変えるものではない。また日本経済新聞のオムニバス連載「経済教室・政治再生を問う」のうち、飯尾潤「粘り・凄みをもつ宰相今こそ」（九月八日付同紙二一面）は、「日本の統治構造は、霞が関・永田町で政策を決めていくスタイルから、政策の基本的方向性を総選挙などで確認した上で、政治家が政策の大枠を決め、それを官僚が肉付けして実施していく方向に変わりつつある」という。しかし選挙は、必ずしもパッケージとしての政党の政策が競われているものではない（藤原・前掲註（88）三〇二―三二二頁）。加えて飯尾論文は詳論の余裕がなかったにせよ、わが国政治・行政の在り方が所論のように変化しつつあるとの実例・実証を欠き、容易には納得し難い。御厨貫「戦後六〇年の惰性、決別急げ」（九月九日付同紙二三面）は、後期高齢者医療制度を例にとり、「福田首相は前首相と同じ失敗を犯す。確かにこのままでは医療制度は崩壊する。合理性を貫けば、高齢者にも相応の負担を求めるべし、となる。……これらの問題は、どうあっても官僚主義によって仕切られた小政治ではなく、政治家主導による大政治で徹底議論し、解を見つけるべきだった」という。しかし、高齢者医療法は、小泉内閣の下、委員会強行採決を経て可決成立したものだから、安倍・福田両内閣の責任は、原則として法の実施段階の話にとどまるといえるのが、話の筋ではなからうか。

後期高齢者医療制度に関しては、「後期高齢者医療への加入月『負担上限二倍』解消」（二〇〇八年九月九日付日本経済新聞五面）等、運用の一部手直しの明るい報道がある。その反面、健康保険組合が、後期高齢者のみならず前期高齢者を含む拠出金負

担に耐え得なくなり、西濃運輸健保の解散をはじめ、赤字転落が報じられ（同年八月二二日付日本経済新聞三面、九月一日付産業経済新聞一面、九月三日付日本経済新聞一面等）本稿指摘の「制度破綻」の懸念が、早くも顕在化しつつある。なお同年九月一日（『福田首相退陣表明日』）に政府広報「あしたのニッポン…長寿医療制度（後期高齢者医療制度）のお知らせ」が朝刊折込みで配達された。折角の広報ながら、無保険者の急増という深刻な社会現象を無視した「国民皆保険を守り」との標語や、健保組合の解散という深刻な事態を無視した「若い世代も高齢者も納得して支えあう制度」との標語等、相変わらず現場主義に根ざさない理念先行・観念論で、読んでいて虚しさを禁じ得ない。

（二〇〇八年八月二七日脱稿、同年九月二一日校正）

〔追記〕

本稿再校正時に、本稿事例一に関し、古城誠「TCIFアランドによるJパワー株式の取得——外為法と外資規制」法学教室三三七号八頁、小川竜司「電気事業への投資に係る事業規制および外資規制のあり方について」日本エネルギー法研究所月報一九三号四頁に接した。また本稿事例二に関し、「保険料率NTT健保引上げ、高齢者医療で財政悪化」（二〇〇八年九月二五日付日本経済新聞一面）と健康保険組合の苦境が報じられる一方、厚生労働大臣自ら制度見直しの旨明らかにし（同月二〇日付同紙一面）、麻生内閣は連立与党の政策協定に後期高齢者医療制度見直しを織込み（同月二四日付同紙一面）、厚生労働省は「高齢者医療制度に関する検討会」を発足させるに至った（同月二五日付同紙二面）。これら文献に基づく加筆は、今回は断念せざるを得ない。

（二〇〇八年一〇月一日再校正）