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

Title	経済規制の本質と規制緩和の許容性
Sub Title	
Author	渡井, 理佳子(Watai, Rikako)
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.317- 342
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0317

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.

経済規制の本質と規制緩和の許容性

渡井理佳子

一　はじめに
二　規制の分類と分析のアプローチ
三　自由競争と規制の本質
四　規制行政の手法とその転換
五　事後監督行政の課題
六　おわりに

一　はじめに

規制緩和は、競争環境の整備を主たる目的に、市場に存在する障壁を除去し、それを通じて経済の活性化とグローバル化を実現する取組みである。規制緩和は、政治・経済・社会の全領域を対象とするが、その主要な課題は生産の効率化、価格低下、内外価格差の縮小、消費者の選択肢の拡大といった経済面の活性化にある。これは、世界貿易機関の設立にも象徴される一九九〇年代の世界的な動きであり、日本においても同時期に行政改革の中心に据えられた。例えば、一九九五年三月の「規制緩和推進計画」および一九九八年三月の「規制緩和推進三か年計画」では、規制緩和を通じた経済の活性化、多様で豊かな国民生活、規制の国際的整合化、そして国民生活における負担の軽減の実現が目標として掲げられている。[1] 規制緩和の取組みにおいて、最初に緩和の対象とされた事項が二七九にも上った事実は、[2] 自由な経済活動の妨げとなる規制が数多く存在していたことを物語っている。

行政改革の初期の取組みとしては、一九六〇年代の第一次臨時行政調査会を挙げることができる。この時より、規制を整理し簡素化する基準としては、規制を継続する必要性が認められないもの、形式化・空文化していて実質的効果が認められないもの、規制目的に積極的意義が認められないもの、極めて少数の不当行為を防止するため多数の者が必要以上の規制を受けているもの等が示されていた。[3] これらに基づき緩和の対象となる規制を選別する際には、それによって保護されていた利益が何であったのかが留意されなければならない。規制を緩和ないし撤廃すれば、それまで保護されていた利益は失われてしまうため、引き続き維持すべき規制を確実に選別しなければならないからである。これは、規制を通じて保護する必要のある利益とは何か、ひいては規制緩和の許容性と限界をいかに捉えるかという問題であり、規制対象との関係では営業の自由の限界を見極める作業と位置づけることができる。

日本国憲法は、営業の自由を含む財産権の行使が、公共の福祉[4]を理由に制約されることを二二条および二九条で定めている。そこで、立法裁量に加えて行政活動の統制の手法が問われるが、営業の自由が市民にとって本来の自由であることからは、基本的には最低限度の制約のみが許容されるべきであり、規制行政の手法とその内容は比例原則の適用を受ける[5]。そこで、民間の活力を増進する規制緩和は、営業の自由の本質にかなった政策といえるであろう。経済活動は、自由競争の下での展開が原則であるが、営業の自由に対する高度の制約が課されている産業は数多く、それらへの典型的な規制としては市場への参入時における規制と料金設定に関する規制がある。参入規制は営業の自由の否定につながる可能性があること、そして料金規制も営業活動の自由の制約にあたることから、これらは財産権保障に直接関わる重要な規制の手法ということができる。

（1）　総務庁編『規制緩和白書』一頁（一九九九年）。

（2）　閣議決定「今後における規制緩和の推進等について」（一九九四年七月五日）。

（3）　実方謙二「行政改革と許認可の整理―経済規制再検討の視点から―」ジュリスト七五〇号七八頁以下、八〇―八一頁（一九八一年）。

（4）　基本的人権を制約する根拠としての公共の福祉については、具体的な基準を示すことが困難である。そこで、今日では、憲法訴訟を通じて人権制約のあり方を具体化する試みが中心となってきている。

（5）　比例原則は、法令上の明文の根拠がない場合でも、平等原則や信頼保護の原則と同様、法の一般原則たる条理として、行政作用への適用が常にあると考えられている。行政活動の統制としての比例原則は、警察権の限界に対する法理として発展したものであり、警察官職務執行法一条二項は「この法律に規定する手段は、……必要な最小の限度において用いるべきものであって、いやしくもその濫用にわたるようなことがあってはならない」と規定する。また、条例をめぐるケースであるが、旅館業法事件（福岡高判昭和五八年三月七日行裁例集三四巻三号三九四頁）は、立法行為による営業の自由への制約に比例原則

が及ぶと判示した。条例によって旅館業法よりも強度の規制を行うには、それに相応する合理性、すなわち、規制の必要性が存在し、かつ、規制手段がその必要性に比例した相当なものでなければならないことになる。

二　規制の分類と分析のアプローチ

参入規制と料金規制は、一般的には許認可の形式をとって営業の自由を制約する。これらは自由競争に対する障壁として機能するため、必要性と合理性によって裏付けられている必要がある。つまり、規制を肯定するには、自由競争によって得られる利益よりも、それに伴う弊害の方が大きいことが前提でなければならない。そこで、営業の自由や財産権の行使に関する規制は、規制全般においてどのような位置づけにあるのかを確認する。

経済学からの分類(6)

- 公的規制
  - 間接規制：市場そのものを堅持し整備するための規制＝独占禁止法
  - 直接規制：市場の失敗による不都合な結果を防止するための規制
    - 経済的規制：経済活動の主体の行為に直に介入＝参入規制、料金規制等
    - 社会的規制：労働者の安全・環境保全のための介入＝労働法等

1　間接規制と直接規制

規制緩和に際しては、期待される成果は何であって、それを得るためにはどのような条件が必要かを解明しておかなければならない。そこで、政策をめぐる価値判断を排除した客観的な分析をするために、従来は経済学の

手法を用いての検討が中心となっていた。これは、規制の対象となる産業の性質や特徴に着目することによって、規制緩和の効果を予想し分析するアプローチである。経済活動の自由に対する政府の介入は、公的規制ないし政府規制と呼ばれている。公的規制は、経済学の見地より、市場機構に内在する問題を解消するために、政府が経済主体の行動に関与・干渉する行為であると説明されており、[7] 市場の失敗を防止する仕組み全体を指すものと考えられている。公的規制には、大きく分けて間接規制と直接規制がある。

間接規制とは、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独占禁止法」という）に代表されるように、平等で実質的な競争の実現に向けて、市場そのものを堅持し整備するための規制である。独占禁止法は、一条で国民経済の民主的で健全な発達の促進を目的に掲げており、この直接の保護法益は自由競争経済秩序ということができる。自由競争経済秩序の維持は、「効率的な資源配分、経済の効率的な発展、技術進歩、経済成長、物価安定などの経済政策の目的を実現するために有効」[8] と解されている。独占禁止法は、原則として産業の性格を問わず適用されることから、適用対象からすれば広範な規制であるが、個別の産業の特性に応じた特有の規制でないという意味では、一般的な性質を持っている。これに対し直接規制は、間接規制により整備された市場における自由競争によっても確保できない利益を保護するため、経済活動の担い手である企業や市民の活動に、行政機関が直に介入する規制の手法である。電気事業法やガス事業法といった事業法による規制は、直接規制の典型ということができる。事業法の適用対象は特定の産業であることから、独占禁止法と比較すれば限定的な規制に過ぎないものの、一般の企業を対象としない規制であることに注目すれば、普遍性を欠く特殊な規律である。事業法が採用する規制手法は、事業の開設および拡張、事業の休廃止、合併その他の企業合同、料金設定、会計、証券発行等、企業活動の全般を対象とする包括的なものとなっている。[9] このほか、事業法によってサービスの供給義務が課されていることもあり、直接規制の対象となる事業を営む場合には、営業の自由および財産権行使に

一定の限界が見出される。

独占禁止法に代表される間接規制が、自由競争経済秩序の形成によって公共の福祉ないし公共の利益の実現を図るのに対し、直接規制は「自由競争に代えて「計画」にもとづく競争を前提」[10]にその実現を目指すものである。つまり、規制の手法に相違はあるが、間接規制と直接規制の組合わせによって、実効性のある自由競争経済秩序の形成が期待されているのである。[11]

2　経済規制

直接規制は、さらに経済的規制と社会的規制に分類される。まず経済的規制は、「市場の自由な働きに委ねておいたのでは、財・サービスの適切な供給や望ましい価格水準が確保されないおそれがある場合に、政府が、個々の産業への参入者への資格や数、設備投資の種類や量、生産数量や価格等を直接規制することによって、産業の健全な発展と消費者の利益を図ろうとするものであり、自然独占の傾向を持つ公益事業等で、参入を制限して独占を認める代わりに供給義務を課したり料金を規制したりするのが、その典型例」[12]であると説明されてきた。次に社会的規制とは、労働者の安全・環境保全のための介入など、福祉目的からの規制のことである。規制目的から分類すると、直接規制としての参入規制と料金規制は、自由競争が内在する危険を除去するための消極規制ということができる。[13]社会的規制は、国民の経済社会生活の円満な発展のために、いかなる政策を選択するかという問題であり、積極規制に該当する。営業の自由に対する介入は最小限でなければならないが、立法裁量およびその下での行政機関の裁量の余地は、積極規制の方が広く認められる。また、社会的規制は政策や予算の影響を受けるため、経済的規制よりも多く見直しの機会にさらされている。

ただし、危険の除去を目的とする消極規制と、弱者保護のための積極規制の区分は、必ずしも明白ということ

はできない。[14] 距離制限規定のように、常に同じ目的から設けられるとは限らない規制もあり、[15]「実際の法的規制の真実の意図は、両者の混合形態であることが多い」[16]との指摘もある。経済的規制と社会的規制にしても、前者は原則であるはずの自由競争を制約することから積極規制とし、後者は経済活動による弊害是正の規制であるとして消極規制に分類する見解もある。[17] そこで、行政法学の領域では、経済学のいう直接規制である経済的規制と社会的規制を「経済規制」として広く捉える試みが定着してきた。[18] これは、行政目的の達成に至るまでの全体を見据え、その中で特定の規制や行政の行為形式がどのような役割を担っているかに注目する、行政過程論や仕組み解釈からのアプローチである。このことから、規制目的による分類を前提としつつも、「行政法学が検討対象とする経済規制は、市場の失敗に起因して発生するという問題への政府（行政）の介入であり、なかでも経済学でいう直接規制」[19]という視点が導かれるのである。

経済学のアプローチは、規制下における企業行動を明らかにするものであった。これに対し、行政法学のアプローチからは、規制の本質論を通じて、規制および規制緩和の許容性ないし限界を示すことが可能となる。

3　公益事業とネットワーク産業

経済規制である参入規制や料金規制の対象となる産業は、公益事業[20]であると説明されてきた。公益事業の概念について、これまで法令や判例で定義がなされたことはないが、[21] 有力なのは、公益事業の特性をネットワーク性に求める説である。ネットワークとは、モノ、情報、エネルギー、資金等が流通していくための手段や方法であり、ある産業についての経済活動を円滑に進めるため特にネットワークが形成されているとき、その産業をネットワーク産業という。[22]

ネットワーク産業についても、いかなるネットワークを提供するかという点で差別化が生じるため、自由競争

が前提とされている。ただし、サービス提供にあたって巨額の投資の必要や場所的な制約があり、しかも提供するサービスも均質であるといった事情が加わると、ネットワーク間の競争は次第に淘汰され、やがて単独のネットワークが消費者全体を取り込んで独占を形成する。いったんネットワークが構築されても、事後的に発生した要因により、ネットワークに参加するか否かにつき選択の余地が生じたり、ネットワークに自己完結的でない部分が生じたりすれば、それを契機に自由競争が導入されていくのは、独占禁止法の目的からしても必然である。自由競争を導入しても、何らの障害も副作用も生じない場合には、特定の者に独占的な営業を認める理由は存在しないからである。産業にとってのネットワーク性は、絶対的な特性ではなく、状況の変化に常に左右されている。消費者が特定のネットワークに依存する度合いが高ければ、保護のために規制を導入する必要があるが、そのような事情を欠く場合には、自由競争を制限する規制は緩和の対象となる。[23] ネットワーク依存度に大きな影響をもたらすのは、主に科学技術の発達と消費者ニーズの多様化であり、ネットワークは一定の揺らぎを本質的に内在している。

ネットワーク産業が提供するサービスには、電気事業やガス事業のように、市民生活に密接に結びつくものが多く見られた。そこで、自然独占性に加え生活必需サービスを提供する事業を公益事業と呼んで、このような産業には公益目的からの規制が及ぶとの説明がなされることもあった。[24] ただし、自然独占性と生活必需性のうち、後者は基準として不明確であることから、主に前者の自然独占性を軸に公益事業の概念を想定し、どのような産業がこれに含まれるかが検討されていた。その後、民営化の動きやネットワーク依存度の低下に伴う競争の実現が、次第に公益事業の位置づけに変動をもたらすようになった。規制緩和によって、経済規制が全体として大幅な見直しを迫られると、公益事業が公益事業ではなくなる例が生じるからである。独占禁止法においても、電気事業等における競争導入をふまえ、自然独占事業についての適用除外について定めた旧二一条が、二〇〇〇年に

削除された。[25]

自然独占性に注目した場合、結果として公益事業に該当するのは、導管や電線によってサービスを提供し、かつネットワークの構築に巨額の投資を要する産業に限定されてしまう可能性がある。電気事業が公益事業であることに疑いはないとしても、例えば銀行業の場合は自然独占の状況にないこと、参入規制のみで料金規制が課されていないことから、電気事業とは規制の態様が異なる点を強調して、公益事業に該当しないということもできる。しかし、銀行は、市民生活と密接な関係を持つにとどまらず、国家にとって決済制度を担う重要な産業基盤であるため、規制を設ける上で電気事業と同列に扱う必要も否定できないであろう。

そこで、産業の形態ではなく、規制のあり方に着目する分類が注目されるようになってきた。これは、ある一定の基準の下に公益事業という特定の範疇をまず設定してそこに何が含まれるのかを検討するのではなく、各産業に対してどのような規制が課されているかを分析の基軸とする考え方である。

4　政府規制産業

公益事業たるネットワーク産業の概念は、産業の仕組みや特徴に注目するものであって、ネットワーク性自体が自然独占や生活必需性の要素と論理必然の関係にあるものではない。また、特定の産業が公益事業であるか否かは、時代状況に応じて移り変わる側面がある。そこで、産業の特性に注目して公益事業該当性を検討するのではなく、むしろ規制の態様や内容に着目して、その仕組みを把握する試みが有力になってきた。これが、公益事業に代わって用いられるようになった政府規制産業の概念である。政府規制産業論は、公益事業の概念よりは広い範疇の産業を対象に、特定の規制の強弱に注目して、規制行政の仕組みを検討するものである。この下では、一般企業とは異なる規制に服する銀行業は、政府規制産業としての位置づけを得られるであろう。最も特徴的な

政府産業規制は、引き続き経済学のいう直接規制としての参入規制および料金規制である。[26] 参入規制と料金規制の両方が課されている場合、その事業はかつての公益事業であることを強く示唆するが、いずれか一方のみであっても、営業の自由が大幅に制約されていることもある。

参入規制は、規模の経済性の追求および破滅的競争を回避する目的から、独占的な営業を容認せざるを得ないことへの対策として導入されたものである。[27] 最も規律の強い規制の形態は国営化であるが、日本の鉄道、電話、郵便の例からも明らかであるように、民営化が次第に進められてきており、今日の日本で純粋に官営であるのは地方公共団体による水道事業程度ということができる。なお、いかなる企業であれ、営業の開始までには必ず何らかの許可の申請を伴うことから、参入規制は政府規制産業に特有の規制ではないとの評価もあり得る。しかし、同じ営業許可であっても、政府規制産業に導入されている許可制と一般企業に対する許可制とでは、審査の視点と性格が全く異なることを軽視できないであろう。一般企業に対する営業許可は、社会からの危険の除去を目的とする消極規制であるため、許可基準を満たした申請については他事を考慮して不許可とすることはできず、行政庁の裁量の幅は原則として非常に狭く解されているのである。[28]

次に、サービス提供における料金規制ないし価格規制の手法については、行政の関与のあり方に応じて、法定制、認可制、そして届出制と、様々な類型がある。最も強度な規制方式は、法律で料金自体を定める法定制であるが、同じ法定制であっても料金そのものを法律や条例において別表の形で規定することもあれば、料金の上限のみを定めて事業者に一定の裁量の余地を付与することもある。日本の公共料金では、政府が全般的にまたは部分的に認可ないし上限を認可するものに、電気料金、ガス料金、鉄道料金等があり、政府への届出で済む関与の度合いの低い料金には国内航空運賃等がある。[29] 料金規制の手段としていずれの形式が選択されるかは、事業者にとっては大きな関心事であり、規制緩和によって独占的な市場に自由競争が認められるようになれば、料金規制

は必然的に見直しの対象となる。

(6) 総務庁編・前掲注(1)一一七―一二〇頁を参考に作成。

(7) 植草益『公的規制の経済学』二一頁（筑摩書房、一九九一年）。

(8) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』四頁（有斐閣、第三版、二〇〇六年）。独占禁止法の母法といわれる反トラスト法の目的も、一般には政治的・社会的目的を含むと解されている。村上政博『アメリカ独占禁止法―アメリカ反トラスト法』七頁（弘文堂、一九九九年）。

(9) 林敏彦『公益事業と規制緩和』「第一章 公益事業規制の背景」二頁［根岸哲執筆部分］（東京経済新報社、一九九〇年）。

(10) 佐藤英善『経済行政法』六五頁（成文堂、一九九〇年）。

(11) 独占禁止法と事業法の関係については、両者の適用が可能である場合に、どちらが優先するのかが問われることがある。これには、自由競争が原則であることから独占禁止法が原則であるという説、事業法をいわば特別法と見て事業法が優先するという説の対立がある。土田和博「独禁法と事業法による公益事業規制のあり方に関する一考察」土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法―規制改革時代の独禁法と事業法』一五三頁以下所収、一五六―一六九頁（日本評論社、二〇〇六年）。個別の事実関係において要請されている公益の実現のため、いずれの適用が相応しいかにより決定されることになるであろう。

(12) 第二次臨時行政改革推進審議会「公的規制の規制緩和等に関する答申」（一九八八年一二月一日）。

(13) 経済改革研究会「規制緩和について（中間報告）」（一九九三年一一月八日、平岩レポート）では、直接規制につき「原則自由・例外規制」の方針を打ち出した。規制改革の展望については、公益事業学会編『日本の公益事業 変革への挑戦』一―一八頁［山谷修作執筆部分］（白桃書房、二〇〇五年）が詳しい。

(14) 総務庁編『規制緩和推進の現況』三一頁（一九九六年）も、「経済的規制と社会的規制の両者を目的としている法律や、規制の中に多様な目的が複合しているものがあり、個々の規制を単純に経済的規制と社会的規制のいずれか一方に分類することは必ずしも容易ではない」という。規制目的による分類の「効用は必ずしも大きくない」との指摘もある。塩野宏『行政法Ⅱ

行政救済法』三三〇―三三二頁（有斐閣、第四版（補訂）、二〇〇八年）。

(15) 薬事法判決（最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁）の距離制限は消極規制とされたのに対し、小売市場判決（最大判昭和四七年一一月二二日刑集二六巻九号五八六頁）のそれは、積極規制と解されている。規制目的は、明文の体裁や法の趣旨全体からの仕組み解釈を通じて判断する必要がある。また、公衆浴場に関する距離制限のように、消極規制と解されていた（最大判昭和三〇年一月二六日刑集九巻一号八九頁）のが、積極規制と位置づけられるようになり（最二小判平成元年一月二〇日刑集四三巻一号一頁）、さらには両方の側面を有すると捉えられた（最三小判平成元年三月七日判例時報一三〇八号一一一頁）例もある。

(16) 園部逸夫「経済規制立法に関する違憲審査覚書」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 下 芦部信喜先生古稀祝賀』一八七頁以下所収、二〇六頁（有斐閣、一九九三年）。

(17) 愛敬浩二「憲法と独占禁止法」法学セミナー五九八号一六頁以下、一八頁（二〇〇四年）。

(18) 経済規制論についての詳細な研究に、佐藤・前掲注（10）があり、参入規制と料金規制を「『規制・監督』行政過程における行政手法」と位置づけている。

(19) 首藤重幸「経済規制と行政介入」ジュリスト増刊『行政法の争点』二四四頁以下、二四五頁（有斐閣、二〇〇四年）。

(20) 公企業、公益事業、そして政府規制産業概念導入までの歴史的経緯については、藤原淳一郎「現代経済社会における公企業と法」正田彬・金井貴嗣ほか『現代経済法講座1・現代経済社会と法』所収、二二七頁以下（三省堂、一九九〇年）、参照。

(21) 日本の法令において最も近似する概念としては、地方公営企業法二条一項の「地方公営企業」がある。これは、水道事業、交通事業等、地域の住民生活や発展に必要なサービスを供給する公営企業である。

(22) 林敏彦・松浦克己編『テレコミュニケーションの経済学 寡占と規制の世界』一二四―一二五頁［林敏彦執筆部分］（東洋経済新報社、一九九二年）、江副憲昭『ネットワーク産業の経済分析 公益事業の料金規制理論』八―九頁（勁草書房、二〇〇三年）。

(23) 郵便事業の民営化の例を見るならば、メール便等の代替サービスが台頭したことにより、ネットワーク依存性が希薄となってきていた。これに対し、水道事業の場合は複数のネットワーク構築が困難であり、引き続き依存性が高い状況にある。

(24) アメリカにおいては、Munn v. Illinois, 94 U. S. 113（1877）が、公益との関連（affected with a public interest）に規制の根拠を

求めたところから公益事業の概念について議論が始まった。ただし、この判決では公益との関連を図る基準についての具体的な判示はなされていない。

(25) 独占禁止法の適用除外については、田中裕明「独禁法の適用除外」日本経済法学会編『経済法講座第二巻・独禁法の理論と展開［1］』一四六頁以下所収、自然独占性については特に一四八頁（三省堂、二〇〇二年）、参照。

(26) 植草・前掲注（7）三四―三五頁。

(27) アメリカの電力市場を例にとるならば、一八八二年にトーマス・エジソンが最初に発電をしてから、一九二〇年代初頭までは自由競争の状況にあり、電力会社の数は最盛期には一、〇〇〇を超えていたようである。しかし、一九二七年には、一六の持株会社が電力供給の八五パーセントを占めるようになっていた。Joseph P. Tomain, *Electricity Restructuring: A Case Study in Government Regulation*, 33 TULSA L. J. 827, 830 (1998).

(28) 公衆浴場事件（最二小判昭和四七年五月一九日民集二六巻四号六九八頁）では、競願関係にある申請には先願主義が妥当すると判示された。つまり、消極規制である警察目的からの許可制については、行政庁の裁量の幅は非常に狭く、羈束されているということができる。これに対し、政府規制産業に対する許可においては、事業者の経理状態等についても考慮することが定められているのが常であり、先願主義の適用はない。さらに、計画許可の典型とされる一般廃棄物処理業の申請に対する不許可処分が争われた事件（最一小判平成一六年一月一五日判例時報一八四九号三〇頁）では、許可権者である市町村長の裁量を広く、形成的行為と理解できるほどにまで認めている。

(29) 公益事業学会編・前掲注（13）一二頁［山谷修作執筆部分］。

三　自由競争と規制の本質

規制緩和をめぐる議論の根本には、「自由競争か規制か」という二分論的な発想があるように思われる。政府に対する様々な答申においても、まず競争社会の構築が掲げられており、自由競争導入への転換が最も重視され

てきた。自由競争市場の構築は、営業の自由との関係だけではなく、規制コストの削減および国際競争力の向上にとっても不可避であることから、確かに政策上も優先されるべきである。しかし、消費者に対するサービスの安定供給が求められる産業については、規制によって企業の健全な経営状態を確保しておくことにも看過し難い価値がある。そこで、自由競争と規制は二律背反の関係にあるのではなく、一連の規制改革によって、規制ではなく自由競争を基本とする消費者の保護への転換[30]が目指されていると捉える必要がある。

政府規制産業についても、自由競争を基本とすることについては一般企業との違いはない。しかし、規制を撤廃して一般企業との足並みを揃えることが、規制緩和の最終目的とはいえないであろう。自由競争の実現を目指す過程においては、そのために必要な規制をいかに組み合わせるかが問われているのである。[31]金融行政を例に取ると、金融庁は二〇〇四年一二月に「金融改革プログラム―金融サービス立国への挑戦―」を公表し、主目的を金融システムの安定から金融システムの活力へと転換させ、これを官主導ではなく民主導で推進するとした。その上で、金融機関のガバナンスの向上とリスク管理の高度化を通じた健全な競争の推進のため、市場規律を補完するような行政の枠組みが整備されなければならないとしている。これは、自由競争と規制の両立を志向する取組みと評価できるであろう。

1　規制の根拠

規制緩和の可能性および限界を探るにあたり、規制の根拠を確認するならば、自由競争経済秩序に対する例外を認めるべきケースということができる。規制が許容される例外的な場面としては、①自由競争が存在しないか永続的に維持できない状況にあり、規制によって自由競争経済秩序の価値を実現する必要がある場合、[32]②自由競争は実現しているが、市場の不完全性故にその成果である自由競争経済秩序が実現していない場合、[33]③自由競争

が存在するか存在することが可能であって、またそれを通じて自由競争経済秩序が実現されるが、自由競争を制限することでそれを上回る価値を実現する必要のある場合[34]の三つがある。[35]これらの例外的な状況において導入される規制の目的は、独占禁止法の保護法益である自由競争経済秩序の維持と実質的には同一である。つまり、自由競争市場の力が発揮される前提が整っていないため、その成果が期待できないときに、本来の原則である自由競争に代えて規制が容認されることになる。換言すれば、市場が特定の構造上の問題に対応できない場合に規制は正当化されるが、問題が存在しないか解消されたことにより、自由競争の実現に支障のない状況となれば、存在意義を失うのである。[36]①は、主に技術面での制約から自由競争を考えることのできない状況であり、②は破滅的競争によって自然独占が形成されるため、市場の失敗の弊害を除去するために規制が導かれる場面である。[37]①と②は、概念上の区分は可能であるが、市場による調整に期待できないという点では同一である。③は、社会的規制を要する場面を考えることができる。[38]これらにおいては、自由競争が実現しているのと同じ状態が規制をもって実現されなければならないことになる。

2　規制の本質

経済規制は、本来あるべき自由競争に代替する手段であり、それによって自由競争経済秩序が維持されるが、この究極には消費者の保護がある。

(一)　経済規制の目的と参入規制

伝統的に規制の対象とされてきた産業の中にも、基本的に自由化が実現している電気通信事業のような産業もあれば、銀行業のように免許制の維持が容認されている産業もあり、規制緩和のあり方を統一的に論じるのは困難である。参入規制の目的は、基本的に需給の均衡を図ることにある。日本の例でいえば、かつての電気通信事

業法は、回線設備の保有の有無によって事業者に区分を設け、回線設備を持つ事業者に対しては、サービスの安定供給の見地から他の事業者とは異なる規制を課していた。しかし、二〇〇三年の同法の改正ではこの区分を廃止し、大規模設備設置事業者は登録制、それ以外の事業者は届出制とし、総務大臣の許可制度が撤廃された。[39] この背景には、光ケーブルやデジタル機器の開発などの技術の発展に伴って、ネットワーク間の競争が可能になったことがある。

電気通信事業については、技術革新によって複数のネットワークの共存が実現しており、一つのネットワークが破綻したとしても、それが他へ波及することはない。あるネットワークに瑕疵が存在しても、それは他のネットワークとは独立しているからである。これに対し例えば銀行業の場合は、一つの経営破綻が他へと連鎖する可能性があり、その影響が電気通信事業や一般の企業倒産の場合よりも、広く及んでしまうことが考えられる。この現象は、銀行が決済の主体であることに起因するものである。経済の発展にとっては、銀行の破綻を防止して金融システムの安定の確保を図ることには重要な意義がある。そこで、銀行業に対する規制緩和は、電気通信事業と同列ではなく、現状では市場の失敗を回避する要請が高いということができる。日本に限らず、世界諸国が銀行業に対して免許制度を導入し、参入規制の対象としてきた。免許の付与により、銀行としての最低限の健全性が保障され、預金者の保護と金融システムの安定が実現し、規制緩和の期待する経済の活性化に必要な資金の循環が確保されるのである。免許制を撤廃して銀行業に自由競争を導入した場合、決済機関として適格性を欠く者も参入して銀行が濫立し、経営破綻から市場に混乱を招く危険が生じるであろう。[40] 銀行業における免許制の目的は、参入規制を通じて預金者を保護し、さらには金融システムの安定を図ることにある。[41] つまり、参入規制が需給調整にとどまらず、消費者保護をはじめ産業基盤の保護を目的としている場合には、規制緩和には一定の限界があるということができる。

㈡　経済規制の目的と料金規制

消費者は、自由競争市場が実現すれば、自然独占と料金規制の下にあるよりも、価格の上では利益を享受できるようになる。また、規制の対象となっている産業の側にしても、自らの経営努力によって上限のない利益を手にできるため、規制緩和には大きなメリットがある。しかし、破滅的競争の回避のほかにも、規制下から自由競争の導入に移行する過渡期には、様々な問題の発生が予想される。従来、営業の自由を制限されてきた既存の事業者が、新規参入事業者との関係で不利とならないよう、規制の公平も確保されていなければならない。[42] 規制緩和および自由競争市場の実現は、否定し難い意義を有するものであるが、消費者の保護および規制の一貫性もまた軽視することのできない価値である。そこで、料金規制の目的および保護法益は、まず破滅的競争の防止とサービスの安定供給の確保を通じての消費者の保護にあり、次に事業者の利益の保護にあるということができる。

料金規制はどこまで緩和できるか、またどこまで料金決定の自由を政府規制産業の事業者に与えるかについては、規制緩和を日本に先駆けて実現してきたアメリカの例が参考となる。卸売電力市場を積極的に自由化したカリフォルニア州では、二〇〇一年に大規模な停電の発生が報告されたことに加え、[43] 大手のエネルギー産業であったエンロンの破綻の問題もあり、[44] 電力の自由化の推進は停滞を余儀なくされている。このことからも、規制緩和による自由競争の導入は、基本的には消費者に資するものであるが、その大前提としてサービスの安定供給が確保されていなければならない。競争の実現によって、消費者に不利益が及ぶ結果となるならば、料金規制の緩和は許されないというべきである。

㈢　消費者の保護

政府規制産業の経営の効率化を図り、市場を活性化させるためには、規制緩和と自由競争の導入が必要であることに争いの余地はない。しかし、自由競争によって、確保し得ない法益については、それを規制を通じて保護

する必要がある。この法益には、私益と公益の両方が考えられるが、両者は質的に相反する関係にはないというべきである。[45] つまり、両者は、相互排他的ではなく相互参照的な関係にあり、公益は私益の集合体と見ることもできるであろう。規制緩和の可能性ないし限界であるが、規制の主たる目的である消費者の保護を害するような規制緩和は、その限界を超えたものということができる。逆に、消費者の保護を害しないような規制であれば、緩和ないし撤廃が可能であり、むしろ緩和を推進すべきということができる。

（30）西村陽『電力自由化完全ガイド』一八頁（エネルギーフォーラム、二〇〇四年）。

（31）タクシー事業との関係で、根岸哲『規制産業の経済法研究第Ⅱ巻』二七頁（成文堂、一九八六年）。なお、巨額の設備投資を必要とする産業では、共通に用いる必要のある施設が必ず存在するため、この施設の利用に関する規制を撤廃することには著しい困難が伴う。こういった施設は、ボトルネック施設ないしエッセンシャル・ファシリティーと呼ばれており、「容易に複製することができないが最終財を生産するにあたって必要不可欠な中間投入財を独占」するところに特徴がある。公益事業学会編・前掲注（13）一八六頁［依田高典執筆部分］（白桃書房、二〇〇五年）。電気事業における送電線と託送をめぐるルール作りは、エッセンシャル・ファシリティーをめぐる自由競争と規制の組合せの一例ということができる。

（32）Charles F. Phillips, Jr., The Regulation of Public Utilities: Theory and Practice 50 (Public Utilities Reports Inc., 1993).

（33）*Ibid.* Stephen G. Breyer, Regulation and Its Reform 15 (Harvard Univ. Press, 1982).

（34）*Ibid.*

（35）林編・前掲注（9）「第三章 競争の成果と規制の根拠」四一頁［佐藤治正執筆部分］は、自由競争は実現しているが、それが不十分な状態にあるため、自由競争経済秩序が実現していない場合も自由競争の例外に分類している。これについては、独占禁止法をもって対処することになる。

（36）市場における構造上の問題に対して規制をもって対応したものの、問題を解決することができず規制が失敗に終わった場合にも、当該規制の正当化は困難ということができる。

(37) PHILLIPS, *supra* note 32.

(38) *Ibid.*

(39) 業務区分の廃止の背景には、インターネットプロトコル（ＩＰ）化の進展により、回線設備の保有の有無の差異が減少したことがある。多賀谷一照・岡崎俊一編著『改正電気通信事業法逐条解説』六―七頁（財団法人電気通信振興会、二〇〇五年）。

(40) 小山嘉昭『詳解銀行法』六八―六九頁（社団法人金融と財政事情研究会、二〇〇四年）。

(41) 銀行規制の本質をめぐる問題については、渡井理佳子「銀行規制の本質と規制行政の手法」公益事業研究五七巻二号三七頁以下（二〇〇五年）、同「銀行の健全性確保と規制監督行政の手法」法学研究八〇巻二号九七頁以下（二〇〇七年）がある。

(42) アメリカの電気事業では、競争導入に伴う残留投資費用の発生が問題となった。渡井理佳子「アメリカ電気事業における残留投資費用の回収」公益事業研究四三巻三号一五頁以下（一九九六年）。

(43) 電力の卸売価格と小売価格が、同時に自由化されなかったことが根底にある。卸売価格が上昇する要因があった際に、小売価格は据え置かれていた。この結果、電力会社に損失が発生したことに加え設備投資も不十分であったために、停電を引き起こす結果となった。ただし、規制緩和によって実現した自由化が、この問題を引き起こしたと直ちに結論するのは適切ではなく、自由化の推進の方法に問題があったというべきである。

(44) 連邦エネルギー規制委員会がエンロン社の顧問弁護士から入手して公表した内部文書からは、同社の行動がカリフォルニア州の停電に影響したということができる。Jacqueline Lang Weaver, *Can Energy Markets be Trusted? The Effects of the Rise and Fall of Enron on Energy Markets*, 4 HOUS. BUS. & TAX L. J. 1, 41-42 (2004). エンロンの破綻の原因が、エネルギー取引事業以外にあったと評価する場合には、電力の自由化推進に影響は生じない。しかし、山家公雄・西村陽『検証エンロン破綻』二二〇頁（日本電気協会、二〇〇二年）では、「実物資産と離れたエネルギービジネスには構造的に無理がある」という前提から分析を加えており、これは重要な視点ということができるであろう。

(45) 取消訴訟の原告適格との関係でも、立法者は公益と私益の線引きを意図していないことが多いとの指摘がある。櫻井敬子・橋本博之『行政法』二七五頁（弘文堂、二〇〇七年）。

四　規制行政の手法とその転換

日本の産業界に対する規制の手法は、一九九〇年代までは護送船団方式が中心となっていた。業界全体の利益に配慮する護送船団方式は、行政の行為形式のうち事前規制の一態様である行政指導によって展開されていた。個別の法律で、処分規定が置かれている場合でも、事前の行政指導によって相手方から任意の協力が得られれば、規制権限の発動を回避することができる。このため、行政指導を中心とする規制システムの下では、判例の蓄積による法令解釈の明確化は期待できないとの指摘もある。[46] 行政指導は、インフォーマルな行政の行為形式であるが、一九九〇年代における護送船団方式の下ではアメリカのノー・アクションレター制度[47]に類似の機能を果たしていたと見ることもできる。しかし、特に行政手続法の制定以前の行政指導は、恣意的な運用につながりやすかったこともあり、批判の対象となっていた。[48] さらに、保護主義的な規制の下にあっては、効率的な経営のインセンティブを欠くため、一九九〇年代の実質経済成長率は低下の一途をたどっていたのである。[49] 護送船団方式は、産業界を全体として保護する規制依存型のシステムであり、競争制限と保護主義という負の要因を抱えながらも、経済の安定と維持に寄与し、バブル経済に象徴される発展を導いた。しかし、バブル経済の崩壊により、日本における規制行政の手法は大きな変化に直面することとなった。金融行政を例にとると、金融制度改革は一九九六年より本格的に開始され、護送船団方式による事前規制は、アメリカ型の司法審査を中心とする事後規制へと転換されている。[50] 組織の上でも、二〇〇〇年には金融庁が設置され、金融行政を一元的に担うことで、監督体制が強化された。

事前規制が事後監督型の規制へと転換するに至った背景には、経済不況への対応に加え、規制の対象となる産業のリスク管理の失敗もある。[51] これが顕著に見られたのは、銀行をめぐる規制の問題であった。大和銀行事件[52]を

例に取ると、長年にわたる簿外取引の放置を許したリスク、事件発覚後にアメリカの法令に反する行動をとったリスクを指摘することができる。そこで、銀行に対してリスク管理体制の構築を求める一方で、行政機関は、健全性に問題のある銀行を早期に把握し、信用秩序の維持に向け必要な規制権限を行使するための体制作りを進めていった。[53] 企業において法令違反が発生しやすいのは、経営が困難に直面している場合および市場構造の変化や制度が大幅に変化した場合である。[54] 金融制度改革のスタート時における日本の銀行は、まさにこの状況に直面していたといえるであろう。

銀行法一条は、「銀行の業務の公共性にかんがみ、信用を維持し、預金者の保護を確保するとともに金融の円滑を図るため、銀行の業務の健全かつ適切な運営を期し、もって国民経済の健全な発展に資すること」を目的に掲げており、[55] これが四条の定める免許制に反映されている。免許の審査基準については、四条二項が、銀行業の免許を申請した者が銀行の業務を健全かつ効率的に遂行するに足りる財産的基礎を有すること、さらに業務の遂行に関しての知識および経験と十分な社会的信用を有すること等を規定している。金融システムの安定を図り、資金の循環と透明性を確保して経済の活性化を実現するためには、銀行の健全性の確保が不可欠である。そして、それが確保されてこそ、預金者の保護を実現することができるのである。銀行規制の本質は、預金者たる消費者の利益にあり、そのための規制であれば、それが仮に銀行業を営む者にとってコストであり自由化への障壁になっているとしても、許容されると考えられる。しかし、免許制をはじめとする様々な規制が銀行に課されてきたにもかかわらず、銀行の経営破綻および法令違反は阻止できない状況にあった。

そこで、銀行の健全性を確保するため、参入規制である免許制に加え、別の規制方式が模索されるようになってきた。銀行規制の根幹を、いかなる規制行政の手法によって実現するかについては、新たな規制の枠組みである事後規制との関係での検討が必要となる。事後規制を実効性あるものとするには、規制監督当局が、正確に情

報を把握して規制権限を行使できる状況が整っていなければならない。

(46) 森下国彦「金融関係法令の国際的適用範囲」ジュリスト一二三二号一一九頁以下、一二一頁（二〇〇二年）。

(47) 国民が何らかの活動をしようとする場合、それが法令の適用対象となるか、事前にその法令を所管する行政機関に照会する仕組みをいう。日本においても、閣議決定「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」（二〇〇一年三月二七日）により、ノー・アクションレター制度が導入されている。

(48) 行政手続法は、手続規定であるにもかかわらず、行政指導については三二条から三六条において、実体的な統制の規定を置いている。これには、行政指導が任意の協力を求めるという手法でありながら、実質的に公権力性を伴うものとなって、法律による行政の原理に反する事態が多く生じていたことへの反省がある。行政手続法は、申請に関連する行政指導、許認可の権限に関連する行政指導について、特に統制の規定を置いている。

(49) 大橋洋一『行政法 現代行政過程論』三六二―三六三頁（有斐閣、第二版、二〇〇四年）。

(50) 日本の銀行規制の転換について詳しくは、西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全㊤』六二八―六三四頁［岩倉正和執筆部分］（商事法務、二〇〇二年）、参照。

(51) 金融をめぐるリスクの課題については、弥永真生「金融機関の会計・開示と自己資本比率規制」ジュリスト一二四〇号四二頁以下（二〇〇三年）、参照。

(52) 大和銀行ニューヨーク支店の現地採用従業員が、一〇年以上にわたって簿外での取引を行い、結果として巨額の損失を発生させた事件が発端であった。

(53) 金融庁「主要行向けの総合的な監督指針（案）」（二〇〇五年八月）五頁の「基本的な考え方」においては、金融監督の目的が「信用秩序の維持、預金者保護の確保、金融の円滑を図る観点から、金融機関の業務の健全かつ適切な運営を確保」することにあると最初に示されている。主要行の評価にあたっては、経営管理（ガバナンス）、財務の健全性等、業務の適切性等の三つが主要項目とされている。

(54) 金融機関コンプライアンス研究会編『金融機関コンプライアンスハンドブック平成一七年度版』一四―一五頁（二〇〇五年）。

(55) 銀行法のいう「公共性」や「信用」は不確定概念であり、その内容に預金者保護と金融の円滑が含まれることに争いはないにしても、実際に何を意味するかは時代によりまた国により様々となっている。後藤新一「銀行の公共性と信用秩序の維持」財経詳報平成四年六月三〇日五五頁（一九九二年）。

五　事後監督行政の課題

政府規制産業に対する参入規制と料金規制は、いずれも事前規制に分類される。特に免許制に代表される参入規制は、自由競争の実現と密接な関係を持つ規制である。参入規制を緩和して自由競争市場の実現を目指す上では、事前規制から事後監督型の規制への転換が必要である。それまで規制を通じて確保されていた消費者の保護が失われないよう、規制緩和は「事後チェック型の行政への転換のためのルールづくり」[56]を伴っていなければならない。そこで、引き続き銀行業を例にとるならば、銀行の決済機関としての役割からすると、規制の目的である消費者保護のために、免許の付与後もモニタリングを徹底し、免許の撤回を含めた措置を講じることができるようにする必要がある。銀行に対する事後監督行政としての金融検査は、行政法学上は行政調査に該当する[57]。行政調査とは、行政機関が行政目的を達成するために必要な情報を収集する活動のことであり、行政過程において行政庁が決定を行う準備段階のことである[58]。行政調査は、聴聞の過程で証拠収集としてなされるもの、具体の行政決定に関して聴聞とは無関係になされるもの、そしてより広く一般的な情報収集活動に分類される[59]。規制緩和との関係では、参入を経て事業を開始した後の情報収集活動の重要性が高まったということができる。つまり、

この分類の中では、具体の行政決定に関して聴聞とは無関係になされる行政調査の役割が増しているのである。[60]

そこで、次に検討されるべきは、行政調査の統制である。これは、実体面および手続面の両方から論じていく必要がある。検査の内容や検査項目の設定については、専門度が高いことから、実体面の統制は個別法の規定によらざるを得ないであろう。手続面についても、行政手続法三条一四号は「報告又は物件の提出を命ずる処分その他その職務の遂行上必要な情報の収集を直接の目的としてされる処分及び行政指導」を同法の適用除外としており、行政調査についての統一的な手続規定を置いていない。見送りの背景には、行政調査の多様性から、全てを対象とする統一的な手続を論じることの困難があったといわれている。行政手続の概念には、行政活動の統制という意味での自由主義的な側面と、行政過程への市民参加という民主主義的な側面がある。行政調査の適正な実施との関係では前者が、調査項目の設定に関しては後者の要素が関わるであろう。この二つの側面を組み合わせた上での統制を、今後は考えていくことになる。また、収集された情報が、その後の処分に密接に関わることから、行政調査の適切な運用に加え処分時の裁量統制も重要である。

（56）総務庁編・前掲注（1）「一九九九年版規制緩和白書の刊行に寄せて」。

（57）銀行法は、二四条一項が業務または財産の状況に関する報告または資料の提出について、二五条が立入検査について規定している。検査忌避と妨害については、六三条三号および六四条一項に行政刑罰が置かれていることから、金融検査は間接強制調査に該当する。このほか、検査忌避と妨害は、二六条一項の業務停止命令、二八条の銀行免許の取消しの不利益処分の対象である。金融検査の概要については、渡井理佳子「銀行規制における検査評定制度の役割」公益事業研究五八巻三号七三頁以下（二〇〇六年）、参照。

（58）塩野宏『行政法I行政法総論』二三四頁（有斐閣、第四版（補訂）、二〇〇八年）。

（59）行政手続法研究会「行政手続法研究会報告—法律案要綱（案）昭和五八年一一月」ジュリスト八一〇号四四頁以下、四六

頁（一九八四年）。

（60）濱西隆男「「行政調査」私論（下）」自治研究七三巻三号六六頁以下、六七頁（二〇〇〇年）。

六　おわりに

経済規制は、本来あるべき自由競争に代替する手段であり、それによって自由競争経済秩序を維持し、究極的には消費者の保護を目的としている。そこで、政府規制産業における規制緩和の許容性ないし限界であるが、消費者の保護を害するような規制緩和は許されないという結論を導くことができる。日本の経済規制は、事前規制を基本とする発想から、自由市場による調整を基本とする発想へと規制行政の手法を変容させたことで、新たな局面を迎えた。規制緩和と消費者の保護を、行政過程全体として捉えた場合には、銀行業との関係で示したように、行政調査の役割がよりいっそう大きくなることが予想される。そこで、行政調査のあり方を通じ、経済規制の実効性をいかに図っていくべきかが問題となるが、これについては今後の研究課題にしたいと考えている。