

公共企業に関する法制度論序説（一）

舟田正之

※ 本稿は、私が以前に公表した二つの論文、『公共企業法』に関する一試論・『国際電気通信関係法制の研究』（昭五四）、および「公共企業法における規制原理」経済法学会年報二号（昭五六）をもとにして（殊に、本稿二の部分）、新たに加筆、構成し直したものである。大筋の理論的立場は変わっていないが、その後の規制緩和の動向をふまえ、大幅な修正加筆を加えた。

一 問題の設定

1 規制産業・公益事業

2 課題と視角1

3 視角2——社会の主体的形成

二 「公共事業」の概念構成

1 「公益事業」と「公共事業」

2 企業性

3 法的独占

4 公衆の生活必需性……以上本号

三 公共企業の目的……以下次号

四 公共企業の組織と規制手段

一 問題の設定

1 規制産業・公益事業

(1) 経済主体あるいはそのなす経済的活動に対する各種の公的規制のうち、民商法による一般的規制を除き、優れて経済政策的観点からなされるものを経済的規制 (economic regulation) と呼ぶ。従って、ここには、公害・環境とか青少年保護、社会の安全・秩序維持とかの目的による社会的規制 (social regulation) は含まれない。

(i) ここでは経済的活動を、私企業による利潤追求を目的とする諸活動に限定せず、市場経済における取引への継続的参加——反対給付を受けて財、サービスもしくは金銭を提供すること——を継続して行うことをすべて含めることとする。すなわち、病院等のなす医療事業や教育事業・音楽産業等の文化事業も、その目的が、当該事業主体にとっては、たとえ利潤追求でなく、病人の治癒、芸術的作品の創造、健全な青少年の育成等々であるとしても、市場経済および市場経済の法的制度にとっては客観的に経済的活動として評価される。経済的活動ないし事業をこのように広く捉えておかないと、後述するような公共的任務の遂行を目的とする公益事業のように、利潤追求以外の目的を制度上も（なお、当該活動主体の主観的目的は様々であり、ここでこれを問題にすると制度論自体が成り立たない。）認められて、諸活動が市場経済の一要素として機能しているにも拘らず、視野から外れてしまい、統一的な理論および制度が組み立てられなくなる。⁽¹⁾

(ii) 右述のように、公的規制を広く捉えた上で、一定の経済的活動に対し、市場経済への関わり（影響・効果）という点において、一定の経済政策的目的の実現のために制限・促進・誘導する規制を「経済的規制」という。例えば、ある事業を開始しようとする者に対し、その者の参入によって当該市場において需要に比べ供給過剰になる場合に、当該参入を許さない、という内容の参入規制は、この経済的規制に当る（例えば、電気通信事業法九条・一

○条二号参照)。

これに対し、一定の経済的活動に対し、その市場経済との関わりと関係なく、一定の社会政策的目的の実現のために規制を加える場合、それを「社会的規制」と呼ぶ。例えば、参入規制の中でも、市場における需給調整という観点からではなく、医師の治療を受けようとする患者に対して適切な治療がなされるように、あるいは、大気汚染の防止のために、ばい煙発生施設を設置しようとする者に対し一定の排出基準に適合する施設および処理方法を備えるように、一定の資格または設備能力等をもっている者に対してのみ、一定の事業を開始することを許すという規制は、社会的規制のカテゴリーに属する(医師法二条・一七条・一八条、大気汚染防止法三条・一七条参照)。ただし、右の例で誤解してはならないのは、参入規制の要件には、需給調整のような市場の客観的条件に係らしめられていゝるものと、参入申請者の人的資格、専門的能力、財政的基礎、物的施設等々の主観的要件(その者自体に関わる要件であるから、正確には「主体的」要件と呼ぶべきかもしれない。)に係らしめられているものとの二種類があり、これらは、経済的規制と社会的規制との区別に完全には重なるものではない、ということである。例えば、施設に関わる要件は、単に人命・健康の保護等を目的とする社会的規制としての性格を有することもあれば(例えば、食品衛生法二〇条以下の定める飲食店営業等の営業許可)、ユーザー保護等のために確実な事業遂行能力ある者のみに参入を許すという経済的規制としての性格に近い場合もあるのである(電気通信事業法九条、一〇条三号・四号参照)。

経済的規制と社会的規制との区別を示す例をもう一つ挙げるとすると、閉店時間に関する風俗営業法に基づく規制と「大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律」(以下、「大店法」と略記)による規制との違いは明白である。すなわち、風俗営業法は、風俗営業者が営業を営む時間を制限しているが(同法一三条)、その目的は、「善良の風俗と清浄な風俗環境を保持し、および少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため」(同

法一条)であり、社会的規制のカテゴリーに入る規制と理解される。これに対し、大店法による閉店時刻の規制(同法九条)は、周辺の中小小売業の事業活動との調整のために定められているものであり、経済的規制に当ると解される。⁽²⁾

(iii) ただし、経済的規制と社会的規制の区別は相対的なものであり、実際には両者は、その目的によって区別できないことも多く、また、機能としては、社会的規制も実際には、関係する諸市場に対し何らかの影響を与えることになるので、両規制は市場経済への影響という点では多くの場合区別し難いことに注意すべきである。その具体例としては、議論の俎上にのぼったものだけでも多数あるが、目的による区別が困難あるいは疑わしいといわれている例として、薬事法による薬局開設に関する距離制限は、「主として国民の生命および健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置」であって、「小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的」によるものではない、とした最高裁判所判決(昭和五〇年四月三〇日・民集二九卷四号五七二頁)をめぐる論議があげられる。⁽³⁾ 他方、機能の面で、経済的規制と社会的規制とが区別し難いことについては、公害規制に関し、いわゆる経済調和条項の削除をめぐる論議以来、様々の局面で明らかにされている。⁽⁴⁾ また、特定の商品・サービスに対し一定の品質ないしその表示を健康保持等の社会的目的のために公的に要求し、あるいはそのための業界の申し合わせを認めることが、一定の競争制限的效果をもつことは、わが国の公正競争規約や品質カルテルに関して夙に指摘されている通りである。⁽⁵⁾

(iv) なお、上述の経済的規制と社会的規制との区別においては、市場経済との関わりについて一定の働きかけを意図するものか否かを区別の基準として考えている。しかし、一般には、経済的規制と社会的規制、あるいは、「経済政策」と「社会政策」を、右の観点からではなく、一定の経済的成果(価格の安定、生産数量・投資の調整など)の実現を目的とするものか、それとも、青少年・老人等の一定の社会的弱者の保護や、一般に生命・健康・

安全等の確保、自然環境・社会環境の保全・改善、あるいはより広く人々の生活環境の維持・向上を目的とするものか、によって区別することが多いであろう。しかし、現代の資本主義社会の特色は、「政治社会」と区別された「経済社会」という抽象が一定の現実性を持ち得た自由主義的資本主義段階の「国家と社会の二元的構造」から決定的に乖離したことにある。すなわち、今日の社会における「経済」は、単なる交換経済 (Verkehrswirtschaft) 的事象ではありえず、政治的社会的契機が不可分に組み込まれている。⁽⁶⁾

従って、例えば、中小企業の保護・育成、あるいは消費者の選択の適正さの保障を目的とする諸規制 (中小企業カルテル、表示規制など) も、市場経済との関わりを視野の中に入れつつ行なわれる以上、経済的規制・経済政策のカテゴリーに含められるべきである。すなわち、経済的規制は、狭義の経済的成果のみを目的とするものに限るのは適当ではなく、中小企業の自立性や、消費者の選択の自由等々の、「社会的公正」という価値に関わる事柄も、それが市場経済の機能に関わって政策の対象となる限りで、経済的規制に含めるべきものと考えられる。

(v) それにも拘らず、右で経済的規制と社会的規制を区別したのは、少くとも理論的には、社会的規制は、市場経済の論理と機能という観点とは別に、社会的主義ないし公正の実現という観点から設定されるものであり、かつ、そのような性格の規制として、今日の市場経済の全面化への動きに抗しても、より広く設定し実施すべきである、という認識および評価に基づく。その詳論は別の機会に譲るが、最近のいわゆる貿易摩擦、内需拡大をめぐる議論の中で、右述の社会的規制と同様の観点から、経済的規制については規制緩和を進めるべきであるが社会的規制の方は「今後ともむしろ積極的に考えていかなければならない」との主張が説得的に提示されていることを指摘しておこう。⁽⁷⁾

(2) 右の経済的規制のうち、国民経済の全体的秩序を設定し維持するものを、秩序政策 (Ordnungspolitik) と呼び、これに基づいて成立する法を「経済秩序法」と呼ぶことができる。ただし、周知のように、近代市民法は、人

格・私的所有権・契約を基本的カテゴリーとし、これは商品交換関係から成る経済秩序をもとに構成されたものであり、この商品交換関係を支えるところの市場における競争秩序および資本制的生産関係は、近代市民法の世界では直接的には明示されていない。これに対し、現代資本主義経済の下では、競争秩序の適正化という課題を法秩序が明示的に引き受けることにより、実質的な契約的正義の実現・担保が図られ、このことは取引秩序を規制する私法秩序、更には公法秩序にも浸透すべきこととなる。ここにおいて、今日の多くの先進資本主義諸国においては、独占禁止法が各々の経済秩序法の中心的位置を占めているといえよう。⁽⁸⁾

これに対し、個別具体的な産業分野や、特定の事態（例えば不況）など、右記の経済秩序の中で生起する個々の経済的現象に対して直接的に働きかける政策・施策等に関わる法を、ここでは「経済規制法」と呼ぶこととしよう（前注（8）参照）。

(3) また、ある特定の産業分野に対する個別的な経済的規制が、そこにおける商品またはサービスに関する価格形成、品質水準の決定、当該事業の開始、設備投資計画などの重要な要素に関して加えられる場合、その産業分野を「規制産業」(regulated industries) と呼ぶのが一般である。

この規制産業にも多種多様なものが含まれるが、大きく分ければ、いわゆる公益事業（電力・ガス・電気通信・水道・運輸その他）と、それ以外の規制産業（銀行・証券・保険・石油精製その他）との二種類がある。⁽⁹⁾ このうち、公益事業はアメリカで発達してきたカテゴリーであるが、わが国の法制度上は、これを次のような内容のものとして把え直し、「公共企業」として呼び換えるのが適当であると思われる。すなわち、①一定の「法的独占」

——完全な独占のみならず、いわゆる需給調整条項に基づく参入規制がかけられ、少数独占（Ⅱ高度寡占）が法制度上予定されている場合も含む——が認容され、かつ、②提供されるサービスが、一般消費者に対して、上下水道管なり電話回線・電力線なりによって物理的にも、また契約上も直接的に供給され、その生活にとって高度の必需

財であるということから、消費者の生活が、当該サービスの供給に強く依存せざるを得ない、という特質をもつ場合、当該サービスの供給主体は、「公共企業」という特別の法的カテゴリーによって、それ特有の法的規制システムないし法制度 (Rechtsinstitution) の下に置かれていると捉えることができる。この公共企業の法概念についての精密な検討は、後に詳しく論じるが、具体的には、電気・都市ガス・電気通信を典型とし、これに次いで、右の②の要件についてやや弱い特質をもつ各種運輸サービス、また、企業性の要件で若干緩和されてはいるが、上下水道サービス等の事業を営む企業がこれに含まれると考えられる。

(4) ところで、右の二種類の政府規制産業のうち、特に公共企業にあたるもののいくつかは、わが国では、一般の私企業によって営まれる場合のほか、「特殊法人」と呼ばれる特殊な法的形態の法人格を有する組織体によって担われ、あるいは、地方公営企業という形態のように、法人格は持たないが、会計上は地方公共団体の一般会計から分離されて経営される場合もある。

従って、本書で検討の主たる対象とする公共企業に関しては、当該事業に着目した規制——行政法学の伝統的なカテゴリーによれば、「作用法」上の規制——と、当該事業をなす主体に着目した規制——「組織法」上の規制——との二種類の規制があるわけである。

2 課題と視角 1

(1) 近年、右の規制産業全般にわたって、規制緩和 (deregulation) の要求が強まり、特に、電気通信事業、旧国鉄の運輸事業等について、かなり大幅な自由化に向けた制度改革が行なわれつつあることは周知の通りである。ここでは、本来事業たる通信・運輸サービス等に関する提供条件 (料金その他の契約条件) についてのみならず、当該事業体のなすその他の事業に対する兼業規制・投資規制についても、規制の撤廃ないし緩和がなされつつある。

本稿は、このような状況の下で、公共企業に対する規制の一般的枠組みを見直すことを課題とする。

(2) 右の課題に接近するためには、現行の各種規制法と諸事業の実態という、「規範」と「事実」の両面から見ることが肝要である。すなわち、一方では、公共企業に関係する諸々の実定法的諸現象（なお、ここでは、法律だけでなく、通達等を含めた行政実務上の慣行が、實際上大きな意味をもっている。）のみを手がかりに、規制の枠組みを解明するという方法では不十分である。⁽¹⁾これは、法学上の方法としてある意味では当然のことであるが、本問題について更に次のような特殊性が考慮されるべきである。

第一に、伝統的な公益事業規制と異なり、規制緩和という一般的状況を背景に、かつ、利用者の法的地位への配慮をふまえるときは、公共企業に関する規制システムは、事業者と監督・規制行政庁と利用者との間の三面関係として把える必要がある。従って、従来のように、事業者と行政庁との間の許認可を中心とした法律関係よりも、より広い視野が要請されるのであって、殊に、行政庁・事業者と利用者との間の関係は、例えば利用者の取消訴訟に關する原告適格の問題や、許認可の実体法上の諸要件——例えば、参入規制に関する需要適合要件（例・電気通信事業法一〇条一号）、需給調整条項（同条二号）等々——の存否の判断についてのように、当該事実関係についての実態認識が前提とされて、法的な判断・評価が可能となるのである。

(3) また、第二に、右述の三者の間に生じる法的諸問題は、第一次的には当該事業に関する実定法の定めるところに従って明らかにされるべきものであることは言うを俟たない。しかしながら、それら諸実定法は不十分または不明確な規定しか置いていないことが多く、また、その内容を明らかにする判例の蓄積もきわめて乏しい。更に、当該事業・企業をめぐる社会的変化および技術的進歩によって、法の規定がその基盤としていた実態から不断に遊離する傾向にあることは不可避であること等々の事情から、解釈によって解決しなければならない事柄が常に広範囲にわたって存在することとなる。その解釈は、関係諸法規および実態の全体的な把握から得られる指導理念および解釈の指針とすべき法原理・法原則に従ってなされることが要請される。それでは、この公共企業法における指

導理念ないし法原理とは何か、という問いに答えることは、本稿の終極的目標でもあるが、それにアプローチする際の視角については、ある程度前以って考察し明らかにしておかなければならない。この点は、次に項を変えて述べることにしよう。

3 視角2——社会の主体的形成

(1) 公共企業法、あるいは公益事業に関する規制の問題を、実態の側からのみ見て、それに法制度が適合しているかという視角にのみ偏ることは、経済自然主義あるいは技術自然主義に陥り、人間の主体的行為の集合・蓄積としての社会形成というモメントを無視することになる。後にもふれるように、公益事業は、社会の共同生活の基盤となるものであるとともに、近年の技術革新の展開と関係して、公益事業がどのような技術開発・設備投資計画を立て遂行するかということが、国民経済の全体的方向あるいは社会(国民生活)の具体的形成に大きく影響を与えるようになっていく。

ところが、今日の資本主義経済においては、私企業、利潤追求動機に基づく技術の開発・利用が大規模かつ急速に進んでおり、このことは公益事業に関しても、特に近年の電気通信事業において典型的に見られる通りである。すなわち、近年のコンピュータ技術と通信技術の結合からデータ通信・オンライン情報処理が飛躍的に発達したことが、電気通信事業の自由化を促すことになった。その際、このような技術の発達、およびそれに基づく企業活動の展開を、そのまま社会的に認知すべきだとし、それらにとって障害となる規制・制度をそのことだけの故をもって攻撃する議論——さきに、これを「技術自然主義」・「経済自然主義」と呼んだ——は、私企業の営利性の追求を基本的動因とする技術進歩とその経済的利用が、人々の日常生活ないし社会全体にとってどう評価されるべきか、という点についての考慮を欠く直線的な主張であると思われる。

本来、技術の開発・発達は、社会的に見て望ましいバランスと方向性に従って進められるべきであり、営利性に

直結する技術の奇型的発達とその産業的利用は、様々な社会的歪みや権利侵害をもたらすおそれがある。⁽¹²⁾ 本稿の考察対象のうち、特に電気通信に関する右の観点からの社会的制御については、後に具体的に論ずる予定である。

(2) また、右の点と関連して、技術の発達およびその産業的利用の拡大が、社会における共同生活を支える社会資本あるいは基礎的施設（以下、社会的インフラと略記する）、具体的には、電気通信網や基幹的交通網等に大きな影響を与えることは明らかである。しかし、一般に、社会的インフラの形成・発展は、各々の社会の構成員の間での民主的な討論とコンセンサスに基づく積極的な社会形成過程の中で実現されるべきものであることも言うを俟たない。そのような政治的過程から生まれる一定のルールが法的な制度であり、また逆に、この法制度の運用という枠組みの中で、個別具体的な社会形成過程が進行することになるのである。もっとも、社会的インフラの一部については、私企業による自由な経済的活動が競争機能の媒介によって、社会的にも最適なインフラを形成する、という過程によって形成されるものである。⁽¹³⁾ しかし、どこまでを社会の構成員の政治的合意による主体的社会形成の事項とし、どこから自由競争に委ねるかという決定それ自体は、前者（社会における政治的合意形成）の領域に属する問題である。

以上を要するに、公益事業規制ないし公共企業法の一般的枠組みを検討するに際しては、社会の主体的自己形成というモメントが先行し、それによる「規範」の成立が事実を作る、という関係から出発しなければならない。もっとも、これは、ある意味では当然のことであるが、近年の行政改革論議にも一部現われたような、公企業よりも私企業の方が効率的であるとか、競争が機能し得る技術的経済的条件が整った分野は直ちに競争に委ねるべきであるとか、経済学のカテゴリーとして承認されている「公共財」以外の財・サービスは、競争に委ねるべきである等々の一般論が、具体的な個々の公益事業規制のあり方を検討する場合にも無前提に主張されることがあるので、ここで基本的視角として挙げたわけである。

(3) ただし、右に述べたことは、社会の主体的自己形成が、前提なしの社会的議論ないし世論、あるいは単なる裸の政治的決断によることを意味しているわけではない。例えば、ある公益事業規制を一定程度緩和すべきか否かについての政治的合意形成の過程の中で、複数の選択肢が提示され、それらについて、当該事業の効率性や関連諸市場における競争秩序に与える影響、取引の相手方や関連事業者の利益状況、技術革新の動向、あるいは前述の社会的インフラ形成をめぐる社会的合意および法制度的位置づけ等々が考慮された上で、社会の主体的自己形成が一つずつ積み重ねられていくべきものであろう。そして、右に挙げたような、考慮されるべき諸要素をどのような枠組みの中で整理し位置づけるかは、まず第一に、当該法制度の構成の仕方によるのであって、本書の狙いも、まさにそのようなものとしての法制度の解明ないし把握にあるわけである。

二 「公共企業」の概念構成

1 「公益事業」と「公共企業」

(1) 公益事業と公共企業という用語については、既に簡単にふれたが(一1③)、その規制の法的枠組みないし法制度を理解するという課題に取り組む前提として、対象たる公益事業・公共企業の意味・内容を更に立ち入って明確にしておくことが必要である。その際には、関連諸法規がこれらの事業をどのように定めているかということと並んで、どのような目的ないし問題意識の下で検討しようとするのかということ、ある程度はつきりしておかなければならない。

この点については、本稿は、既述(一2・3)の「課題と視角」をふまえ、一般に「公益事業」に属するとされてきた各種の事業に関する法規制を経済法体系の中で捉える、すなわち、今日の経済・社会の全体的制度の中で位置づけ意義づけるといふ問題意識の下に考察を試みることにする。具体的には、これらの事業を、一方では、民商

法等の私法体系が主として対象とするところの、経済主体による私的利潤追求のための経済活動と明確に区別すべきものと捉え、その区別の指標は、それらの事業、それ自体が直接に公共性を有すると法的に評価され、そこから各種の規制ないし法制度が成立するという点に求められると考える。他方で、それらの事業・企業を、行政作用の一種、すなわち行政法学の講学上の概念としての「公企業」として捉えるのではなく、独立の経済主体が経済社会の中で営む「経済的」活動（その意味については、前述一（1）を参照）として考えることとする。

こうした観点からは、これらの事業を、公法と私法の相互浸透の只中にあるものとして、経済法体系の中に位置づけることができ、またその特有な法的性格をふまえて、公益事業・公企業等の概念ではなく、「公企業^⑭」という経済法学上の概念が、道具概念として、あるいは、少くとも説明・認識概念としては、有益であろうと思われる。

（2）右の点の詳細は、後に立ち入って論ずることとし、ここでは「公企業」の概念を前以って提示しておく。 「公企業」という用語は、既に戦前の経済統制の時代から一部の法学者によって用いられているが、その概念は今日でも一般に確立されているわけではない。ここで「公企業」とは、公衆の生活に必需と認められる財・サービスを給付する事業を行うにつき法的に一定の独占を容認された企業、である。すなわち、公企業^⑮の概念は、①公衆の生活必需性、②法的に容認された独占性、③企業性、の三要素から成り立つ。なお、アメリカの公益事業としてのステイタス（public utility status）は、①共通（公衆）の必需性（common necessity）と②独占（monopoly）の性質をもつ事業という二要素によってテストされ、かつ、③アメリカにおける公益事業のほとんどすべては私企業によって担われているので、本稿での公企業^⑮の概念と外延的にほぼ一致するが、その内包は必ずしも同一ではない。以下、論述の便宜上、③、②、①、の順序で分説する。

2 企業性

(1) 行政法学上の「公企業」

従来、行政法学においては、この公共企業にほぼ相当するものとして（狭義の）公企業および特許企業という概念が用いられてきた。公企業とは、「国（若しくはこれと同一体とみるべき公共企業体、公団等）または地方公共団体（若しくはこれと同一体とみるべき独立法人）が、直接に社会公共の利益のために自ら経営する非権力的な事業」をさすが、「法律上一定の企業を国家的事業として、その経営権を国に留保し企業の国家的独占、これを前提として、特定の場合に、その経営権の全部または一部を他の者に付与し、その者にその経営の義務を負わしめること」があり、これを特許企業と呼ぶ⁽¹⁶⁾。公企業と特許企業は、事業主体の相違はありながら、その営む事業そのものの性質は共通であるため、両者は広義の公企業という内容的作用的概念として一括して論じられてきたのである。

この意味における公企業は、組織法上の概念である「営造物」と異なって、内容的作用的概念であるとされている。それは、「直接に社会公共の利益のために」なすすべての「非権力的な事業」を含むのであって、(イ)一時的な事業（沼のしゅんせつ・荒地の植林・道路造成等）を含み、また、これと重なることが多いが、(ロ)人民に役務を提供し、または人民をして使用することを得しめることを要素とせず、(ハ)「収益性」(Rentabilität)ないし独立採算性を要求されず、(ニ)独立の組織によるものに限られず、行政組織の一部局によってなされるものも含まれる。従って、この意味における公企業は、アメリカにおける公共事業 (public works)⁽¹⁷⁾ にほぼ相当するものをも含む広い範囲をカバーしているのである。

このような概念構成に対しては、戦後の行政法学の展開の中で様々の批判および再構成の試みがなされてきている⁽¹⁸⁾。しかし、ここでは本稿のテーマとの関連で、次の二点に留意するにとどめよう。すなわち、右の公企業概念に對する批判の鋒先は、一つは、公企業概念の右のような広い包括性に向けられ、「給付行政の目的や手段は、規制

行政に比べれば、遙かに複雑多岐に亘っているのであって、公企業というような単一の概念をもって、統一的にその構造を説明することは、到底不可能な状態に立ち至っている」として、公企業の観念は、「政府または特殊法人の経済的事業に限るのが妥当である」という狭義説が唱えられている。⁽¹⁹⁾ 批判の他の一つは、「国家独占」という構成、および私企業に対する特許と一般の許可との区別に向けられている。⁽²⁰⁾

(2) 経済性と企業性

右の点についての論議はさておき、上述の伝統的な「公企業」概念の中心的意義は、「直接に社会公共の利益のために」ということにあり、このことと関連して、これに該当する行政作用は、行政主体（あるいは、国から経営権を付与された特許企業）による公共目的の事業として扱えられ、その経済性はこの制度の本質上、少なくとも当然には考慮されない。

一般に法概念の妥当性、特に解釈学における有用性は、具体的にその対象として想定されている実態および法制度を、その概念構成を含む法的理論体系の枠内で、あるいはその視角から、どれだけ適確に扱え得るか、また、どれだけ個別具体的な法解釈に役立て得るか、という点から見べきである。「公企業」概念も、それが採用された法的理論体系との関連で評価されるべきであり、ここではその点に立ち入ることはできない。しかし、一般的に言って、行政の経済社会に対する作用という点から公企業に関する法を考える場合には、このような一定の型の行政の内容・作用に着目した概念構成も有益かもしれない、とはいえよう。殊に、公企業のうちの特許企業というカテゴリーは、一定の型の経済規制の実質を把握する可能性を有していたし、また、これとは別に、E・フォルストホフ以降の「給付行政論」は、上述の公企業概念を現代行政の実態をふまえて構成し直そうという志向の現われであるともいえよう。⁽²¹⁾

しかしながら、前述のように、経済社会における様々の経済的活動のなかで、一定の類型の実態を有するものを

取り出し、それを経済法秩序全体の中で位置づけ、評価しようとする場合には、収益性を法制度上要求されない行政作用は除外し(但し、この種の行政作用も、経済社会の中で、一定の経済的活動として機能することがあるということは言うまでもない)、収益性を法制度上要求されている独立した組織体による行政体用のみを、狭義の「経済的」活動として、その主体を「公共企業」と呼ぶのが適當であろう。すなわち、本書における公共企業は、「公共企業」より限定された意味であり、収益性すなわち營利目的性を有する独立の組織体としての「企業」のみがこれに当る。これは、経済学・商法学上という「營利を目的とする独立」の経済単位としての企業概念と一致する⁽²²⁾。従って、具体的には、「特許企業」として扱えられていた私企業、あるいは独立採算制をとっている(旧)三公社・事業団・公団等のいわゆる特殊法人・地方公営企業などが、公共企業としての資格を有している⁽²³⁾。

3 法的独占

(1) 特許企業と許可企業

前述のように、行政法学上の伝統的な「公企業」概念においては、「法律上一定の企業を国家的事業として、その経営権を国に留保」するか、あるいは、「その経営権の全部または一部を他の者に付与」するという二つの途がある⁽²⁴⁾とされていた。後者が、「特許企業」と呼ばれ、私人によって經營されるのであるから、これが上述の「企業性」の要件を充たすことはいうまでもない。後者についての問題点は、従来「特許企業」と呼ばれてきたものとその他の許可營業との区別である。すなわち、ある種の事業については、それを私人が営むに際して、特許・許可を受けることが法律上義務づけられている。憲法上は、いずれも「營業の自由」に対する制限として捉えられる⁽²⁴⁾これらの法的規制は、二つのタイプに分かつことができる⁽²⁴⁾とされる。それが、従来いわれているところの特許企業に対する法的規制と許可營業に対する法的規制(行政法の講学上という「警察」)である。

この二つのタイプの法的規制は、諸法律の規定から導かれる規制システムとして扱えるとき、次の二点において

區別される。⁽²⁵⁾ 第一に、特許・許可の基準の内容について、特許基準としては、企業の公益上の必要・成否の見込・出願者の事業経営能力などの客観的条件が規定されている。これに対し、許可基準としては、当該営業を営むのに不適当な者を排除するための人的主観的要件が主たるものである。⁽²⁶⁾ 第二に、事業遂行に関する干渉の程度に軽重がある。すなわち、特許企業に対しては、各種の特別の義務（事業開始および遂行の義務、供給義務など）が課せられ、事業経営内容に関し行政庁の積極的監督に望し、その反面で各種の特典（「公企業特権」）が与えられる。これに対し、許可企業に対しては、特許企業規制にみられるような、経営全体の適正かつ安定的な遂行を監督し保障する仕組みはとられていず、必要最小限の部分的規制がかかるにとどまる。

また、特許と許可とを區別することの法的意義は、従来、公企業の特許が、公権を設定する形成的行為であること、それは原則として自由裁量行為であること、および、それは特許企業者を特別権力関係に従属せしめる行為であること、の三点に求められていた。⁽²⁷⁾ しかし、後二者に対しては今日、否定的見解が有力である。更に、形成的行為については、許可が制限・禁止の解除であることとの差異が、特許・許可を受けないで事業を行なった場合の私法上の効果の有無にあるとすれば、⁽²⁸⁾ 実際上はあまり実益のない議論であろう。

ところで、しばしば説かれているように、特に戦後の公益事業令（昭和二五年）以下の新しい諸立法は、前述の規定の上における特許と許可の差異を不分明にし、また区別の法的意義をもほとんど失なわしめるに至った。これに加えるに、昭和初頭頃からの現代資本主義への新しい展開は、⁽²⁹⁾ 特許企業と許可営業のいずれにも属さない、いわばそれら両者の中間に統制許可、調整許可、⁽³⁰⁾ 計画許可等と呼ばれる法規制を生み出し、今日でも、例えば石油業法、武器製造業法、銀行法、小売商業調整特別措置法などにその例が見られる。⁽³¹⁾ これらは、伝統的な警察許可が単なる社会公共の維持という消極目的に限定されているのに対し、当該事業者、関連事業者あるいは消費者の保護、より広くは公共の福祉のためという積極目的の下に課される許可であり、前述の許可要件等に関する諸規定を見て

も、特許と許可のいずれとも判別できない定め方がなされている。

このような事情から、前述(二2(1))のように、一部の学説は、営業許可と特許(あるいは統制許可)との区別を否定するに至る。あるいは、右の「公企業」と並んで、行政作用法の中の一つの独立したカテゴリーとして、「統制」、「規制」等の概念を立てる説もある⁽³²⁾。しかし、前者の説については、許可の行政行為としての法的特質に関する考察はなされているが、これらの諸事業に対する全体の規制システム(許可は、全体システムの一部に過ぎないことに注意。)について、個別具体的に法的検討がなされているわけではないし、後者の説における「統制」、あるいは近年の規制法というカテゴリーも、規制の形態に関する分類学以上のものではない⁽³³⁾。

これに対し、本稿では、仮に実定法の規定の仕方および法的意義からは、特許と許可との有意な区別の基準を得られないとしても、次の3(2)・(3)および(4)に述べるような実態上および制度上の差異から、経済法学上の法的構成として、一般の自由企業(営業許可あるいは調整許可・計画許可に係らしめられる企業を含む。)と「公企業」とを区別すべきであり、そこから各々に特有の法的特色を類型的に把握することができるのではないかの立場に立つものである。

(2) 国家独占

そこで問題は、各種の事業の実態上・制度上の特徴をどのように捉え、かつ類型化し、それを法的構成の中にどのように持ち込むかということになる。

ところで、上述の特許企業と許可企業の区別は、従来から、上述のような実定法上の規定あるいは法的意義の相違から説明されていたのみならず、むしろ理論構成上は、両者の事業の本質が異なるものであるから実定法上の扱いが異なってくる、と説かれていた。その事業の本質の違いとは、さきの引用文(二2(1)冒頭参照)に示されているように、特許企業の行なう事業は、元来、国家が独占的に行なうべき性質のものであって、許可営業のように本来

は私人が自然の自由の下に行ないうるものとは区別される、という点である。

このいわゆる「国家独占」論に対しては、周知のように、従来から既に多くの論者の批判があるところである。もっとも、抽象的論理としては国家独占という構成が成り立たないわけではなく、また、現行憲法に違反するとも直ちには言えないであろう。⁽³⁵⁾ 例えば、わが国とは様々の実態上のおよび法的状況の異なる西ドイツにおいては、(i)「公の勤務」あるいは「国家に留保されている職業」、(ii)警察的規制のみ受ける自由な職業、(iii)前二者の中間領域としての「国家に拘束されている職業」という三区分が存在し、(i)の職業については国家独占 (Staatsmonopol) が前提とされている。⁽³⁶⁾

従って、ここでも問題は、個々の具体的な実定法の規定の定め方およびそれに対応する実態、そして、とりわけそれらを見る視角および法的構成の方法にかかっているわけである。しかして、右述の国家独占論については、それが行政法学上の目的論的構成として、適當あるいは有効であるかどうかはここでは措くこととして、少くとも前述のような本稿の問題関心ないし視角からすれば、国家独占という構成をとる必然性および合理性を見出すことはできないと考えられる。経済的企業活動として成り立ち得る事業のうち、ある種のもは、様々の理由に基づいて、法律上、国家のみがなすこととされ（例えば、郵便事業、職業紹介事業）、あるいは、国家が認めた特定の者のみが一定の事業をなすことができるとされ（次の項—2(3)で挙げる「特許企業」と「許可企業」、更には、法律上、一の者に限って公約な認定または試験等の業務を行なわしめる場合（例えば、電気通信事業法五六条・六八条の定める指定試験機関・指定認機関）もある。この他、宇宙の商業的利用、鉱業権に関する鉱業特許主義（鉱業法二条）など極めて多様な形態の事業規制が展開されている。

右に瞥見したように、一定の事業ないし職業を、国家等の行政主体または一定の私人のみがなし得るとされる場合でも、その理由および具体的な法制度の立て方は多種多様である。しかし、前述のように（21参照）、それらの

事業の行政作用法上の法的位置づけないし評価という観点から見のではなく、経済社会における様々の事業主体による経済的活動の中から、一定の法的類型を構成するという観点からは、事業の本質上、国家が独占すべきものか否かという区別ではなく、むしろ逆に、一般的な「営業の自由」を前提として、一定の事業について加えられる法的制限の類型化を考えるべきであろう。

また、従来、国家独占の対象とされてきた事業には、重商主義段階の下でも、各々の歴史的沿革によって極めて多種多様な事業が含まれていたにも拘らず、それらは国家独占、特許等の法概念で把握されていたのであるが、今日では、典型的な国家独占事業とされてきた郵便事業や、同じく国家独占に基づく特許企業と考えられてきた鉄道事業、電気事業についても、それらをめぐる経済的社会的状況は著しく変化しているとともに、独占の法的形態およびその理由にも新しい様々なものが現われている。従って、行政法上の概念としても、国家独占的構成の有効性には疑問があり、行政法学においてこれに代わる様々の構成が試みられているのも当然であろう(二二(1)末尾参照)。

(3) 法的独占

(i) 国家独占という構成をとらないとしても、その帰結たる一定の事業主体に対する独占的経営の承認ということ自体は、現行諸実定法が、一定の条件・範囲の下で、明らかに認めているところである。すなわち、国家独占といういわば「前法律的」構成をとらないとしても、一定の法規から直接、あるいは法律上の授權に基づく行政行為を通して「後法律的」に、一定の企業に関する独占的地位 (Monopolstellung) が基礎づけられていると解することができる。⁽³⁷⁾ この意味での「法的独占」(rechtliches Monopol) を認められた企業を「公共企業」として、前述した他の類型の企業、殊に規制産業に属する企業と区別することができよう。

もっとも、実際の法律の中で、一定の事業につき明文上、正面から法的独占を認めているものは極く僅かしか例がない。ここで、法的独占を、「ある一定の活動を一般的に、あるいはある限定された地域内において、排他的に

なす権限」を法律上認められること、またはその権限（P・バドゥラ——前注（35））、と理解するならば、法的独占を
実定法上、明文で認めているのは、西ドイツでは例えば郵便、わが国の法律制度においても郵便法（二条・五条）、貨
幣の製造・発行に関する貨幣法（一条）、水道法（八条四号）など僅かな例があるのみである。^{（38）}

実際には、個々の事業形態につき個別的な規制を定める（例えば旧公衆電気通信法の場合）とか、許認可行政の
運用を通じて一定の独占（とくに地域独占）的経営を認めている（例えば電気事業法、ガス事業法）場合が多い。
もつとも、これらの規定の仕方から、独占は単に事実上保障されているというのも形式的に過ぎる見方であろう。
（旧）公衆電気通信法や電気事業法等の場合でも、規定の個別的解釈および全体的構造を勘案して、法的独占が一定
の条件・範囲で認められていると言ってよいと思われる。むしろ、その独占の認められる条件・範囲の解釈が問題
なのである。

（ii）他方で、公益事業以外の規制産業については、例えば、「調整許可」とか「計画許可」と呼ばれている参入
規制（例えば、石油精製業の許可や小売商業調整特別措置法三条による小売市場の許可）によって、その限りで、一定の独
占的地位が保障されている場合があり、これと前述の「法的独占」の場合との差異は本質的なものではなく、参入
規制の程度の差にすぎないともいえる。

しかしながら、少くともわが国の現行実定諸法における規制システムの型としては、公共企業とそれ以外の規制
産業とを区別した規定の仕方になっているように思われる。第一に、公共企業に対する法規制の場合は、一般に、
単に参入規制のみならず、事業経営に対する様々の監督、契約締結強制、そして料金規制がワン・セットになっ
て^{（39）}おり、第二に、公共企業に対する上述の「法的独占」と比べると、その他の政府規制は、競争事業者間の需給調
整、いわゆる過当競争の防止を目的とするものが多く、積極的に独占的地位を与えて、一定の公共目的を遂行させ
ようとするまでの強い公共性を認められてはいない。もちろん、個々の実定法によって様々の差異はあるであろう

が、規制の型としては両者を区別することができよう。⁽⁴⁰⁾ただし、この区別は、規制システム全体の型としてであつて、そこから特許と許可それ自体の法的性格についての区別を導くことができるかは別の問題である。特に、前述の「法的独占」とその他の規制産業の各々の場合に、事業者は単に反射的利益を享受しているにすぎないか、それとも「独占権」なのか、という問題があるが(例えば、既存の事業者は、新規参入を認めた行政庁の特許または許可の取消を求める原告適格を有するか、あるいは、新規参入者に対し、違法な参入許可等によって受けた損害の賠償請求をなし得るか、等々)、それは専ら、各々の個別的法制度および紛争の具体的状況との相関関係で決まることであり、これについての一般論はほとんど意味がないと考えられる。

(iii) 右述の意味における法的独占の実態的根拠は、明らかに国家独占を巡る制度的沿革ではなく、「自然独占」として特徴づけられている諸事由である。⁽⁴¹⁾独禁法二一条は、この自然独占論に拠っており、それを規範化したものである。また、戦後制定ないし改正された公共企業に関する諸法も、自然独占という実態認識を前提として、諸々の規定をおいているといえよう。⁽⁴²⁾

しかしながら、ここで留意すべきことは、アメリカの公益事業を素材とし新古典派経済理論の基礎の上に立つこの自然独占論、およびそれを理論的根拠とする公益事業規制が、近年様々の批判をあびているということである。すなわち、公益事業の概念またはステイタス(前述、二(2)参照)およびその規制の実効性に関して、アメリカでは一九六〇年前後を境として、全体として規制に批判的な一連の経済学上の諸研究が現われている。⁽⁴³⁾特に、「自然独占」という概念に対しては、今日、理論的に重大な疑問が提示されてきており、また、事実上の問題としても、近年の公益事業の特徴として、その著しい成長、技術的進歩、そして競争的環境が指摘されている。すなわち、従来比較的素朴に「自然独占」産業にあたるとされてきた事業分野についても、代替産業などの近年の技術革新の発展とも関連して、具体的にどの事業、あるいはより細かく、どの種の商品・役務の供給事業が自然独占の要件を備

えているかを、一概に明確に確定することが困難なものが多くなりつつあり、自然独占に関する経済学上の理論および法制度の妥当性・有効性に関する再検討がなされつつある。また、アメリカにおける現実の公益事業規制の法的歴史的分析とも係わる問題であるが、公益事業規制という経済規制の類型そのものが、トータルとして経済・社会政策（「公共政策」 public policy）の産物にすぎず、自然独占に関する経済学上の理論によって直接的に根拠づけられるものではないと説かれるに至っている。なお、右のようなアメリカの動向と関連して、わが国の経済学・法学上の研究⁽⁴⁴⁾においても、従来の公益事業規制に対して、競争政策的観点を少くとも補完的に導入すべきことが説かれるに至っていることも周知の通りである。

右の一般論と関連して、各論的に見ても、公益事業規制をかけるべきか否かが問題となる産業——例えば、今日の状況の下では、熱供給事業、路線トラック事業、航空運輸事業を想定すればよいであろう——は、地域ないし路線によって状況はかなり異なるし、当該事業と競争関係（ないし代替関係）に立つ諸産業との関係をどう評価するかは、論者により異なるところが大きいであろう。

(iv) ここで右の議論の詳細に立ち入ることはできないので、公益事業に対する規制システム（Ⅱ「公共企業法」）を考察する場合の前提として、次の二点を指摘するにとどめよう。

第一に、公益事業規制に服する産業分野においても、一定の範囲と程度においては、競争の機能する余地が、法制度上および経済の実態において残されており、しかも公益事業規制のみによっては規制の究極的な目的（その内容こそが問題であり、それについて本稿の立場は次の三で述べる）⁽⁴⁵⁾を実現し得ず、独禁法および各種規制法に基づく競争政策が補完的に採用されるべきである。

第二に、右の競争的契機というファクターが更に進むと、当該事業それ自体についても、部分的に競争が認められるケースが、殊に最近の技術革新と関連して現われてくる。例えば、コージェネレーションや燃料電池等の分散

型電源によって、自家発電の枠を超えた電力供給事業が行なわれるケースや、電気通信事業において、NTTの普遍的供給（ユニバーサル・サービス）体制を前提にしながらも、部分的な新規参入がなされる場合などである。ここでは、参入が行なわれた地域・サービスに限っては、競争が生じることになる。

しかし、その競争が部分的・限定的、あるいは、当該事業全体の中に占める供給量が極く少なく、他方で、当該事業の公共性（その中核的内容は、次款（4）で述べる「公衆の生活必需性」である。）が依然として認められる限りで、既存の「公共企業」（右の例で言えば、一般電気事業者、あるいはNTT）に対し、従前と同様の包括的規制と保護がかけられる。この場合、新規参入者に対しては、既存の公共企業のなす普遍的供給を侵害しないように、需給調整条項に基づく参入規制（これは、参入の可否のみならず、参入の地域、提供するサービスの種類、設備の能力等についても規制を含む。）や、公共企業との調整（例えば、接続料、バックアップ供給契約等について）に関する規制が行なわれる。従って、ここでは、公共企業の法的独占は、新規参入者との競争から法的に保護されているという意味で、一定の程度・範囲で依然として維持されているといえよう。

ただし、競争が右の程度・範囲を超えて全面化した場合——例えば、現在のアメリカの長距離基本サービスや、わが国の路線トラック事業——、たとえ参入規制その他の規制が法律上は残っているとしても、もはや法的独占とは言えないであろう。この場合には、ここで述べている「公共企業」とは異なるタイプの、いわゆる「競争的公益事業」のカテゴリーに既に移っていると考えるべきであろう。

第三に、自然独占産業が、その他の産業分野と明確に区別されうるという自然独占論の命題を仮に認めるとしても、自然独占産業と公益事業とは完全に同一範囲をカバーするものではない。すなわち、「すべての自然独占市場が規制されているわけではない」（例えば新聞）し、逆に「すべての公益事業が自然独占の特徴を具えているわけではない」⁽⁴⁶⁾。このことは、法制度の形成という点からすれば当然のことであって、ある産業に対し公益事業批判をか

けるか否かという立法政策的判断は、経済学上の根拠を参考にしつつも、結局は、各々の社会の具体的状況の中で、公共目的あるいは当該産業に関する世論と政治力学の織りなす社会的動態との関わりにおいて下されるものである。ただし、制度の合理的形成という観点からは、経済学上の根拠に仮に拠らない場合は、それについての合理的ないし説得的な論理およびそれに対する世論の支持が要請されるといえよう。

更に、自然独占、あるいは費用逓減産業等の公益事業を特徴づける経済学上の概念は、理論モデルとしては一義的に構成されるが、実態たる諸産業はいわば諸要素につき連続的な差異を示すのが通常である。従って、立法政策論として、経済学上の自然独占に当ることを根拠に、ある産業に対し公益事業規制をかけることを決める場合でも、典型的に公益事業に当る産業（例えば、今日の状況でも、電気事業のうちの送配電事業は、電気通信事業とも併用し得るという要素を別とすれば、埋没費用あるいは規模の経済性の観点から、自然独占産業に該当するといえよう⁴⁷⁾）は別として、最後は政策的決断によらねばならないことになる。

4 「公衆の生活必需性」

(1) 公共企業の第三の要素は、「公衆の生活必需性」である。すなわち、国民の一人一人の実際の生活にとって必需である財またはサービス（ただし、公共企業が供給するのは、実際上はサービスに限られる。）を供給する事業が、特定の企業によって独占的に営まれている場合、それを公共企業規制という特別の規制に服せしめるのである。むしろ規制の根拠・目的から言えば、公衆の生活必需的サービスを適正な条件の下で安定的に供給すべき事業であるから規制が必要とされるところである。

言うまでもなく、資本主義経済体制の下にあっては、財・サービスの生産・流通は私企業によって市場メカニズムを通して実現されるのが原則である。そして、この市場メカニズムが有効に機能しない、またはたとえ機能してもそのもたらす成果・業績（給付 Leistung）が社会的に望ましくないものである場合、その機能障害の態容に応じ

た規制、あるいはそうした業績の反社会性を匡正し、公共目的に合致する業績を積極的に作り出す方向に向けての規制が要請されることになる。競争機能障害の一態容としての「自然独占」的市場、あるいはより一般的に言えば、構造的な「不完全競争」市場ないし「独占的競争」市場において、公衆の必需的サービスが、社会的に望ましくない形態・内容で給付されることを防止し、あるべき(と一定の社会において判断された)給付の形態・内容を積極的に実現するための法制度が、公共企業法にほかならない。その際、何が社会的に望ましいものであるか(公共目的の具体的内容)は当該社会における公共企業に関する法制度との係わりの中で政治的過程において決定され、それが具体的な各実定法規およびその運用としての行政において具体化されるわけである。

この公共目的の具体的決定の判断枠組・決定原則は、各々の社会において異なるのは当然であり、それは各々の法制度の相違としても現われる。例えば、ある社会の法制度の下では、公共企業によるサービスの給付が、仮に競争機能が十分有効に機能していれば達成されるであろう内容に等しくなるように規制がなされ、別の社会の法制度の下では、競争とは別の基準に従って規制がなされる。この別の基準としては、例えば、「健康で文化的な最低限度の生活」を国民に保障するために一定量の給付までは無料にする、等の規制がありえよう。前者の場合でも、基準とされるのは、事実において存在している不完全競争ではなく、いわば規範として想定される有効競争なのであるから、結局いずれの場合でも、生活必需的サービスの生産・流通・消費に関する一定の経済・社会政策的判断枠組ないし原則が要請されることになる。

もちろん、生活必需的サービスということだけであれば、例えば肉、野菜は、部分的には諸々の規制ないし公的関与を受けながらも、基本的には自由競争に委ねられている。これらと電力等の公共企業との差違は、後者の経済的物理的特性、すなわち「規模に関する収穫逓増」という市場の失敗(前述の「自然独占」性)、および、サービスの供給者から消費者まで電気通信回線、水道管、電力線等で結ばれていることなどの事情によって、「自由な競

争秩序の維持を通しては、需要者である一般市民、消費者に、競争による利益が確保されるとは考えられない事業として性格づけられるということ⁽⁴⁸⁾に求められる。公共企業規制は、独占的大企業が、一般家庭における消費者に對して、ほとんどの場合は上述の意味で物理的に直接に、また、流通過程を経ないという意味でも直接的に、人々の生活にとって必需性の高いサービスを提供する、ということを中心として制度が立てられていると考えられるべきであり、それは本質的に消費者問題であるといってもよい。すなわち、公共企業規制は、独占的大企業が消費者に對して生活必需的サービスを供給し、両者の関係を自由競争に委ねることが消費者の権利ないし利益の確保には結びつかず、または、社会的に望ましくない事態をもたらすおそれがある、という公共政策的判断を基礎として設定されたものである。

(2) ところで、「法的独占」と「公衆の生活必需性」のうち、前者のみを要件として公共企業規制をとらえる見解がある。これによれば、「公益事業が法的に規制されるのは、その独占力が乱用されることがないようにするためであつて、保護育成するためのものではない」⁽⁴⁹⁾。この独占力の濫用に対するチェックという消極的な規制原理からは、『公共企業』規制の目標は、あたかも『公共企業』が競争的環境のもとで活動する場合にもたらすであろう諸結果と同じ結果を確保すること、すなわち競争の代用ないし代替物たることである⁽⁵⁰⁾とされる。このいわゆる *Als-ob-Wettbewerb* (想定される競争)⁽⁵¹⁾論もいふべき主張に對し、本稿はむしろ「公衆の必需性」に係わる事業の内容を政策的に決定し、しかもその際の公共目的の具体的内容は、競争の観点とは必然的に関連するものではなく、むしろそれとは一旦切り離された決定原則を通して具体化される、という点に、公共企業規制の核心を見出している。

第一に、「独禁法は、独占を放置することは、その企業の提供する給付が公衆の日常生活に不可欠であるか否かを問わず、いずれにしても望ましくないという立場から独占の形成を阻止しようとするのであり、したがって独占

を容認するならば、その独占企業の提供する給付が公衆の生活必需に属するか否かを問うことなく……規制を加えなければならない」との批判は、その限りでは、すなわち、法的独占であれ、事実上の独占であれ、競争の有効な機能が期待できない以上、規制を加えなければならない、という点では、正当なものと考えられる。しかし、前述のように、その際の規制としては、様々の類型がありうるものであり、①独占が形成されるに至った諸事情（自然独占産業か、その他の政治的事情か等々）、および②給付される財・サービスの性質および社会的評価によって、規制方式が異なってくる。前者①については、財政独占（例えばわが国の煙草）、特許などの法的独占の場合や、許可を通じて一定の行為につき一定の事業者または事業者団体に独占を許容する場合（例えば、前述の「調整許可」による参入規制や、独禁法およびその適用除外立法による不況カルテル）、更には一般産業で事実上独占的狀態に至った場合などがあり、各々の事情に応じた規制がなされる。後者②についても、公衆の生活必需的サービスは、市場経済の論理とは別個の、そのサービスに関する特定の政策判断に基づく価格・料金等において給付される、という規制の仕方が存在しうるものであり（例えば、医療サービス、NHKの受信料等々）、「競争がもたらすのと同じの結果を確保する見地から」の規制がなされるべきであると論理必然的に言えるわけではないと考えられる。

(3) 第二に、「公衆の必需性」ということが時・所によって変化する相対的なものであり、「公共企業」の概念要素としては不適當であるという批判について。公共企業が公衆の生活必需的サービスを提供するという点に着目する場合は、肉・野菜などと同じく、安定的にかつ安価に供給されることのみを目的とするだけでは不十分である。必需性は、需要の価格弾力性が小さいことを意味するにすぎず、当該産業を構成する企業が多数あれば規制の必要はうすくなるからである。⁽⁵²⁾

従って、単なる必需性ではなく、公共企業による諸事業が広く社会形成的機能を果たしつつ、個々の消費者に直接供給するものである、という点に、規制の特別の根拠を求めるべきであろう。この点については、既に簡単には

ふれたが（一三）、具体的に・電気・ガス・水道・公共輸送等が生活必需性を帯びるに至った歴史的展開、および、それらが消費者の生活を様々の面から変え、規定していること、あるいはダム・原発立地・全国新幹線網・高速自動車用道路に明確な形で現われているように、一国の国土開発ないし環境保全・形成にまで大きな影響を与えるものであること、等を広く考慮しなければならない。ここで詳論する余裕はないが、一般に、資本主義の生成・発展とそれに伴う都市化およびテクノロジーの進展は、人々の生活を諸々の社会的給付に大きく依存せしめる方向に推し進め、生活必需的給付の範囲を拡大しつつある。このことは単なる量的拡大現象ではなく、特に、近代科学技術を組織的にとりこんだ大企業が、消費者の需要を次々に創出し管理するという、「消費者主権」とは正反対の事態が拡がりつつある。例えば、旧国鉄のような公共運輸機関が自家用自動車のために衰退しつつあることも、このことと無関係ではない。企業の営利的活動に直接結びつく技術開発の奇形的発達、社会のあり方、人々の生活様式をも大きく規定していることは、既にしばしば指摘・警告されているところである。こうした状況にあつては、技術のそのような意味での盲目的進歩に抗して社会形成ないし生活様式の持続的変革を公衆自身の公共的判断に基づいて遂行することがますます重要になっていくといえよう。特に、交通・放送・電気通信などの分野に典型的に見られるように、近年の公共企業のなす事業の飛躍的な技術の進歩、その著しい成長は、社会の有機的構成に大きく影響を与えている。従って、公衆の生活に不可欠なサービスの給付は、前述のような企業の営利的活動ないし市場メカニズムに全面的に委ねることなく、また、その代替物としての「想定競争」論による規制にとどまるのではなく、第一義的には、むしろそのような市場経済原理とは一旦切り離されたところで、この種のサービスを公衆の公共的判断を汲み取った政策による積極的かつ包括的な規制の対象とすべきであると考えられる。

わが国の公共企業に関する諸々の実定法が、上述のような規制原理に立っているかあるいは、どの程度この原理を貫徹すべきものとしているかは、個々に検討しなければならず、ここで一般的に確定的なことを述べることは

できない。しかし、公共企業法の規定の不十分さから、明文の規定から直ちに理解することができる範囲はむしろ小さく、多くの場合は解釈ないし当該制度全体の把握を通じて明らかにしなければならない。その解釈の基礎となるべき法構成の中に、わが憲法の保障する「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」(二五条)をふまえ、上述の原理的理解を織り込むことができるのではないかと思われる。

(4) 第三に、公共企業のうちのある種のもの(例えば電気事業を営む企業)においては、公衆の日常生活に不可欠な給付を提供するという面と一般産業に基礎的な給付を提供するという面とがあり、場合によっては量的には後者の方が優越しているにもかかわらず、両者を区別することなく同一の規制に服せしめられている。この事情から、「公衆の生活必需性」の故に公共企業を特別に考えるよりは、「法的独占」企業に対し、競争の代替機能を果すべく意図された法規制がなされると理解すべきであるとの批判がある。

公共企業が、上の指摘にあるような二種類の事業ないし同一の事業における二種類の異なる社会的機能を有しているという点は、公共企業に対する法規制を考える上で看過してはならない重要なポイントである。しかしながら、このことから直ちに、公共企業の活動を一般の私企業に近づけようとする規制が引き出されるものではなく、むしろ逆に公共企業の諸活動のうち、真に生活必需的サービスに関わるものを、その他の財・サービスに関する諸活動から区別して規制をかけるべきである、という政策原理が引き出されると考えられる。

しかもこの峻別の原理は、企業活動の実態から導かれる政策原理であるのみならず、規制の法原理としても、少くとも幾つかの公共企業法において実定法上妥当するものである。例えば、(旧)公衆電気通信法においては、一般の電話業務のような「公衆型」業務とデータ通信のような「専用型」業務とが区別された法制度になっていたと解される。⁽⁵³⁾ もっとも、現行の電気通信事業法それ自体は、右のような区別を採用していない。しかし、NTT法二条は、NTTが、「国民生活に不可欠な電話の役務を適切な条件で公平に提供することにより、当該役務のあまね

く日本全国における安定的な供給の確保に寄与する……よう努めなければならない」と定め、諸々の電気通信役務のうちで特に電話役務を取りあげ、かつ、「国民生活」にとってそれが不可欠であるとし、その適正な提供をNTTの「責務」と明示している。⁽⁵⁴⁾

更に、別の例をあげるとすれば、同じ電気通信事業のうち、国際電気通信事業も、企業活動のための通信に対する国民生活のための通信を優先する制度となっている。すなわち、国際電気通信条約（以下、「ITU条約」と略記）に基づいて設立された国際電気通信連合（ITU）の定める業務規則（同条約四二条、四四条参照）は、「公衆電気通信業務の需要が満たされた後、なお、回線が利用できる関係においては、国際回線を利用者専用に供することが出来る」と定めている（電信規則四条四項。同旨、電話規則四条二項）。回線過剰の今日では、この規定の実際的意義はほとんどないが、国際通信の全システムの中で公衆通信業務の確保が第一次的な重要性をもつものであり、これに対し回線貸貸業務（専用線サービス）は優先順位の低い業務であるという位置づけ自体は一般に認められているといえよう。これらにおいては前述の公共企業の二面性が、公衆電気通信業務と回線貸貸業務という二種類の業務に対する法規制の相異として現われているのであり、このことは、ここに例示的にあげた事業以外の事業に関する公共企業法に関しても、今後、解釈上展開されるべきものと考えられる。⁽⁵⁵⁾

（１）一定の法制度、例えば独占禁止法制の下では、社会的活動が市場経済における取引として客観的に評価され機能している限りで、利潤以外の目的をも有しているとしても、「経済的」活動として扱うことが要請されていると考えられる。具体例として、独占禁止法の被規制主体である「事業者」（同法二条一項）には、医師、教育事業者等も含まれる。正田彬『全訂独占禁止法』一―二六頁以下（昭五五）、金子晃「事業者の範囲」独禁法審決・判例百選（第三版）一二頁以下等を参照。最近の判決として、地方公共団体がと畜事業を行うのは、「その行政施策の一環として、食肉の確保及び安定供給という公益目的のため」であるとしても、当該地方公共団体は独禁法の事業者に当り、同法の適用を受ける、とした東京高裁昭和六一年二月二四日判決（判例時報一一八二号三四頁以下）がある。

（２）ただし、この営業時間規制も、広義の「警察」（Police）、すなわち、社会公共の秩序維持のための行政に関する把え方によっては本文に述べたような社会的規制と経済的規制の相異は認められない、という議論もあり得る。詳しくは、舟田「取引における力の濫用」（二）立教

法学一八号一五頁、二四頁を参照。

(3) 本判決については多数の研究があるが、さし当り、佐藤功「棄事法違憲判決について」判例時報七七号三頁以下、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(昭五六)二七七頁以下等を参照。

(4) 公害規制についての経済法的アプローチの例として、正田彬「公害防止は法的に可能か」季刊中央公論・経営問題(昭四六・夏季特別号)六六頁以下を参照。

(5) 舟田『公正な競争』の規範的意義(下)公正取引四二四号四二頁参照。なお、社会的規制がその機能において市場経済に一定の影響を与えるという認識を重視して、公正取引委員会内に設置された経済調査研究会の報告書「経済構造の変化と産業組織」(昭六二——その概要は、公正取引四四〇号二二頁以下に紹介されている。)は、規制緩和の進展に関連して次のように指摘している。「規制は、生命・身体の安全、環境の保全、消費者の保護、特定の産業の健全な発達など様々な社会的、経済的、文化的目的を達成するために導入されたものであり、その方法として、事業の開始、設備の新増設、価格又は料金、数量、商品又はサービスの内容などに係る事業者の意思決定、活動について、行政庁が法令の規定に基づき関与するものである。

いうまでもなく我が国は、自由経済体制をとり、自由貿易主義に拠っており、公正かつ自由な競争の維持促進を図ることが経済運営の基本とされている。

したがって、経済的目的からする規制は、本来自由であるべき市場における例外的なものとして位置づけられるものであり、必要最小限の範囲に限られるべきものである。また、社会的、文化的目的からする規制についても、その手段、方法等が合理的に必要と認められる範囲を超え、公正かつ自由な競争を阻害することのないようにする必要がある。

(6) 舟田『ドイツ『経済制度』理論史』国家学会雑誌九〇巻九一〇号六三四頁以下、六五〇頁以下参照。

(7) 宮崎勇『九〇年代の日本経済』岩波ブックレット(昭六一)五三頁を参照。なお、実方謙二『経済規制と競争政策』(昭五八)一頁以下では、本稿における「経済的規制」を「経済規制」と呼んでいる。

(8) 以上については、舟田「現代経済法の体系」・丹宗昭信・厚谷襄児編『現代経済法入門』(昭五六)六九頁以下、同「経済法の生成と展開」・森實・依田精一編『日本の現代法』(昭五八)一六六頁以下、同・前注(2)・立教法学二八号二二頁、三六頁以下、等を参照。

なお、産業政策(industrial policy)という用語については、例えば小宮隆太郎『現代日本経済研究』(昭五〇)三〇八頁によれば、「……で使われる『産業政策』という言葉は、産業間の資源配分や、個々の産業の私企業によるある種の経済活動の水準を、そのような政策が行なわれない場合とは異なったものに変えるために行なわれる政府の政策を指す。つまり、産業政策はある種の産業における生産・投資・研究開発・近代化・産業再編成を促進し、また他の産業におけるそれらを抑制するものである」とされる。従って、ここには、法外的政策も含まれる。この点を除けば、本文でいう「経済規制法」と重なる部分が大きいといえよう。なお、「産業政策」の意義については、経済学的研究

として、小宮・前掲書の他、伊藤・奥野・清野・鈴村「産業政策の経済分析1-4」季刊現代経済五八号と六一号、鶴田俊正『戦後日本の産業政策』(昭五七)、小宮・奥野・鈴村編『日本の産業政策』(昭五九)等がある。昭和五七と五八年頃の日米間の産業政策をめぐる論議を契機として、通産省は「日本の産業政策の基本的考え方について」と題する見解を公表している(昭和五八年四月一八日付。なお、同省内のグループによる「日本の産業政策」日経新聞昭和五七年四月一〇日と一月二十九日をも参照)。

(9) 「規制産業」(regulated industries)は、アメリカにおいては通常「公益事業」(public utilities industries)と同義に用いられている。C.F. PHILLIPS, JR., THE ECONOMICS OF REGULATION 3 (1965)。しかし「公益事業」が本文で述べるように確定した概念であるのに対し、「規制」はより広い意味で用いられることが多い。Almarin Phillips, Introduction, in PROMOTING COMPETITION IN REGULATED MARKETS 1-2 (A. Phillips ed. 1975)。この広義における「規制」は、西ドイツにおける「干渉」・「経済統制」(Intervention, Wirtschaftslenkung)にほぼ対応する。この点については、舟田・前注(2)・立教法学二八号二四頁以下参照。

わが国の規制産業については、根岸哲「市場参入に対する競争制限的行政介入」ジュリスト五九二号二二頁以下(同『規制産業の経済法的研究』I(昭五九)二二頁以下所収)、同「直接規制政策」・荒他編『経済学3——産業組織論』(昭五一)一七七頁以下、一八九頁以下、樋口嘉重「独占禁止政策と適用除外領域」経済評論二四巻五号六四頁以下、同「政府規制産業と独占禁止法」ジュリスト六八五号七二頁以下、鈴木満「事業活動規制制度の現状と競争政策上の問題点」公正取引三一六号二頁以下、および上野裕也『日本の経済制度』(昭五三)二一九頁以下の法令リスト、等を参照。なお、独占法の適用除外分野ないし政府規制産業の現状の概観のためには、公取委事務局『独占禁止懇話会資料集』VI一三〇頁以下、同上VII三五九頁以下、同上I一頁以下が参考となる。

(10) わが国における規制緩和の議論の一つの契機となったのは、OECDの次のレポートである。OECD, Report of RBP Comm., "Competition Policy in Regulated Sectors" (1979)。その邦訳として、公取委事務局官房渉外室「規制分野における競争政策」(未公刊)、またその解説として、生駒賢治「規制産業における競争政策」公正取引三四四号四頁がある。その後このレポートをもとに、OECDの理事会勧告が出されている(野口文夫「競争政策及びその適用除外分野又は規制分野に関する理事会勧告」公正取引三四八号二六頁参照)。

(11) 磯部力「公企業」・『岩波講座——基本法学7(企業)』(昭五八)三〇八頁以下参照。

(12) この点については従来から多くの議論があるが、最近この趣旨の主張を強く説いたものとして、正村公宏『産業主義を超えて』(昭六一)四三頁以下参照。

(13) 社会的インフラの重要な部分は、後述のように、公衆の生活必需的サービスを供給するシステムであり、周知のように、E・フォールストホフは、これを「生活の保護」(Daseinsicherung)と呼んだ。そして、今日でも第一義的には、その一部は、社会内部で自律的に供給され(彼は、これを「生活の安定」Daseinstabilisierungと呼ぶ)、それがカバーし得ない部分は、公的な配慮と措置すなわち「生存配慮」(Daseinsvorsorge)が要請されると説かれていなければならない。vgl. E. Forsthoft, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S.

20 f. auch vgl. W. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967), S. 138 ff.

(14) この「公共企業」という用語ないし概念は、古くは北村五良「公共企業概念の重要性」国民経済雑誌四九卷三、四、五、六号に見出している。同論文の法学上の位置づけについては、山田幸男『公企業法』(法律学全集) (昭三二) 八頁、九、一〇頁、九六頁以下等を参照。なお、「公共企業」にふれたものとしては他に、根岸哲「政府規制産業における規制と競争機能との交錯」(一) 神戸法学一九卷一・二号、三・四号(同・前注(9))、『規制産業の経済法的研究』I 三頁以下所収)、原野翹「アメリカにおける公共企業料金の決定と司法審査」民商四六卷三三三頁以下、同「アメリカ公共企業法序説」岡山大・法経学会雑誌一七三三三九一頁以下、同「アメリカ法における公共企業の開設規制の法形態」岡山大・法学会雑誌一九卷三四号一六七頁以下、山田幸男「公共企業に関する若干の考察」・『田中古稀記念・公法の理論』下II (昭五二) 八六頁、等がある。

(15) 北久一『公益企業論』(全訂新版・昭四九) 四三頁、佐々木弘『現代公益企業論』(昭五六) 三六頁以下参照。法学上の研究としては、さしあたり、今村『私的独占禁止法の研究』(昭三一) 一二七頁以下、田中英夫「公益事業の料金の統制の内容と Due Process Clause」社会科学研究一〇卷一号七〇頁以下、原野・前注(14)所掲の諸論文、根岸・前注(14)・神戸法学雑誌一九卷一・二号一頁以下、三・四号三六九頁以下(同・前注(9))・『規制産業の経済法的研究』I 三頁以下所収)、吉永栄助「二三の公益事業に関する統制」公益事業研究二九卷二号三頁以下、等を参照。

(16) 田中二郎『新版・行政法』下巻II (昭三三) 四七〇頁、四七九、四八九頁参照。なお、現行版については、同書(全訂第二版・昭五八) 一一四頁以下を参照。

(17) 北・前注(15)・『公益企業論』四頁、三六頁参照。なお、このアメリカにおける公共事業の概念は、塩野宏「国土開発」・『未来社会と法』(現代法学全集・昭五一) 一三九頁注1におけるそれとは明らかに異なっている。

(18) 山田・前注(14)・『公企業法』にその詳細な検討がある。それ以降のものとしては、原田尚彦「国の企業規制と特許企業」立教法学七号・八号、今村成和「公企業及び公共企業の特許」・『行政法講座』六卷一六四頁以下(同『現代の行政と行政法理論』(昭四七) 六五頁以下所収)、その他の学説の概観として、金子・山本・広岡編『行政法』上巻(昭和四九年) 二八二頁以下、磯部・前注(11)・『基本法学7』等を参照。

(19) 今村・前注(18)・『現代の行政と行政法の理論』一八頁、六五頁以下。

(20) 杉村敏正『全訂行政法講義総論』上巻(昭四四) 一八一頁、原田・前注(18) 立教法学七号・八号、同「運送事業と許認可行政」ジュリスト四六三三号一八頁以下、山内一夫『行政法論考』(昭四〇) 二二九頁等参照。

本稿では後に述べるように、許可営業を営む企業と「公共企業」とを区別すべきものと考えているが、許可と特許との区別それ自体については立ち入らないこととする。ただし、後の行論(3(1))でも明らかなように、許可と特許の二分法だけでは経済規制の理解としては不十分

であると考えられる（放送局の免許についての塩野宏「放送事業と行政介入」ジュリスト四六三号三五と三七頁の論述を参照）。

- (21) 給付行政論については、前注(13)でもふれたが、わが国の研究としては、村上武則「給付行政の諸問題」・『現代行政法大系』1（昭五八）八一頁以下およびそこに所掲の文献を参照。

- (22) 山田・前注(14)・『公企業法』四九頁以下参照。このように、実体概念として「企業」を観念するとすれば、内容的概念ではあっても、作用的概念ではないと考えられる（今村・前注(18)・『現代の行政と行政法の理論』七〇頁参照）。

また、ここでの「収益性」という要件は、その事業の性質よりみて収益性が存するか否かということに意義があるのではなく、当該実定法が営利性ないし独立採算性を制度的に採用しているか否かという形式的な見地からとられるべきものである（山田・前注(14)・『公企業法』四五〜四六頁参照）。

なお、西ドイツにおいては、「企業」(Unternehmen)概念について、近年様々な議論がなされている。V・エメリッヒによれば、法概念としての一般的な「企業」概念は、多くの議論がなされたにも拘らず法学上は未だ確立しているわけではなく、当該概念が用いられている法律ごとに確定せざるを得ない。しかし、企業概念の中核は、「主観的には、独立した経済的活動の意思、客観的には、一定の独立化された組織において、この意思が客観的に(sachlich)刻印されている」とある。vgl. V. Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen (1969), S. 50-63. auch vgl. Jürgen Backhaus, Öffentliche Unternehmen (1977), S. 14 ff. 以下では「法人格が必ずしも要求されていないこと、そして、そのこととの関連で、国家の企業性が一つの争点であることに注意すべきである。この点については、右掲書のほか、わが国の研究として、末永敏和「国家の企業性」・『岡山大学法学会雑誌』三〇巻二頁一頁およびそこに所掲の諸文献を参照。

- (23) 本文で述べたような公共企業概念構成からは、法人格を有するか否かは決定的な問題ではなく、経済社会において実質的に経済的企業として機能することが法制度上予定され、かつ後述の意味における「公共性」を有する事業を営むものであるかが問題である。従って、法人格を有しない地方公営企業(水道、運輸事業など)も、一定限度でここにいる公共企業に含ましめてよいと考えられる。なお、「特殊法人」は、通常は行政組織法上の概念として用いられ(舟田「特殊法人の位置づけと法的性格」別冊ジュリスト・行政法の争点一二六頁以下参照)、社会的機能ないし目的に着目した概念である「公共企業」とは、次元を異にする。ここでの観点からは、「公共企業体」(山田・前注(14)・『公企業法』一五二頁)、「特殊企業形態」(金沢良雄『経済法』(法律学全集・昭五五)二八六頁以下、二九二頁参照)などの概念の方が、ここである「公共企業」に近い性質を有している。

- (24) 通説の国家独占的構成の下では、特許企業については営業の自由は認められず、国と特別権力関係にあるとされていた。これに対し、戦後は、本文のように説く者がむしろ多い。なお、アメリカにおいても、「権利」としての営業と「特惠」(privilege)としての営業の区別を否定する学説・判例が大勢を占めつつあることは示唆的である(原田・前注(18)・立教法学八号一六六頁以下参照)。

- (25) 山田・前注(14)・『公企業法』五九頁、成田頼明「ガス事業の許可と自由裁量」法の法令四八九号三七と三八頁、塩野宏「公衆浴場の許可

の性質―許可と特許―・室井力・塩野編『行政法を学ぶ1』(昭五三)一一三頁以下、今村・前注(18)・『現代の行政と行政法の理論』八九頁以下、等参照。

(26) この点につき参考となる例として、西ドイツ薬事法上の許可制度が、職業に携わる者の主観的・条件的他に、「需要の審査」等の客観的條件をも定めていたことを違憲とした連邦憲法裁判所の判決がある(舟田「職業の自由と『営業の自由』」ジュリスト五九二号三〇頁以下、殊に三三頁参照)。わが国の同様の事例については、既にふれた(一1(i)参照)。

(27) 原龍之助「公企業特許の性質」公法雑誌四卷五号三〇頁以下参照。

(28) 山田・前注(14)・『公企業法』八八、八九頁は、特許企業とすることの実益をこの点に求めている。

(29) 田中二郎『公企業法』(新法学全集・昭一一)は、こうした歴史的展開の中から生まれた業績であるが、戦後の独禁法制の下では、これら戦前の実態に基づく議論とは一旦切り離して考えるべきであろう(山田・前注(14)・『公企業法』八頁、九七、九八頁参照)。なお、田中・前注(16)・『新版・行政法』下巻Ⅱにおける「公企業」は、本稿でいう「公企業」とは異なる概念である。

(30) 「統制許可」については、田中・前注(16)・『行政法講義案』下巻(昭二六)一〇四頁以下、「調整許可」・「計画許可」については、原田・前注(18)・立教法学七号七〇頁註(6)、成田頼明他編『行政法講義』下巻(昭四五)四八、四九頁(原田執筆部分)を参照。

(31) これらについては、雄川一郎他・座談会「事業の免許制・許可制」ジュリスト二九三号六頁以下、根岸哲「市場参入に対する競争制限的行政介入」ジュリスト五九二号二頁以下(前注(9)・『規制産業の経済法的研究』二二頁所収)に簡単な概観がある、最近この点にふれたものとして、藤原淳一郎「日本におけるエネルギー法学の現状」法学研究五〇巻一二号一八三五、一八三六頁がある。ここで個々の詳細に立ち入ることはできないが、銀行法に関しては、批判・ジュリスト五四七号一一六頁以下、小売商業調整特別措置法に関しては、批判・ジュリスト四八〇号一四六頁以下で簡単にふれておいた。

(32) 「統制」については、田中・前注(30)・『行政法講義案』一〇四頁以下、「規制法」については田中・前注(16)・『新版・行政法』(全訂第二版・下巻)八四頁以下、遠藤博也『行政法Ⅱ(各論)』(現代法律学講座・昭五二)一九〇頁以下参照。

(33) もっとも、戦後の幾つかの新しい方向は別として、古典的市民法体系との関連で成立した近代行政法学は、国家ないし行政の領域と区別される社会を、本質的に自律的で自由な領域として想定していたこととも絡んで(「国家と社会の二元主義」)、経済規制および規制対象たる経済的諸行為・諸関係を実質的に把える法概念も理論枠組も有していないのであるから、本文で述べたことは当然のことであるとも言えよう(藤田宙靖『行政法学の思考形式』(昭五三)六五頁以下、三六〇頁以下、舟田・前注(6)・国家学会雑誌八八巻七・八号四四一頁以下、九〇巻九・一〇号六四三頁参照)。

(34) ここでの本質とは、歴史的沿革や各事業の国家独占に関わる個別具体的事情と離れて、「事業の性質」として、「この実質として」、公企業と許可企業とが異なるという意味である。

- (35) 座談会・前注(31)・ジュリスト二九三号一一頁(塩野発言)。
- (36) 舟田・前注(26)・ジュリスト五九二号三三頁参照。「国家独占」の概念については、vgl. P. Badura, Das Verwaltungsmonopol (1963), S. 1 ff., insbes. S. 7 f. 「法的独占」や「事実上の独占」(tatsächliches Monopol)との区別については、z.B. vgl. P. Badura, a.a. O., S. 3 ff., H.C. Nipperdey, Wirtschaftsrecht, in: K. Hax u. T. Wessels (hrsg.), Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. II (1959), S. 1628 f. 藤原・前注(31)・法学研究五〇巻一二号一八二八頁以下、運輸経済研究センター『欧米の交通公企業』(昭五五)六八頁以下(舟田執筆部分)等を参照。
- (37) 「前法律的」及び「後法律的」という言葉は、座談会・前注(31)・ジュリスト二九三号一二頁における雄川発言によった。
- (38) なお、貨幣の製造・発行、郵便事業は、本稿にいう「公企業」による事業ではなく、公行政のカテゴリーに属する。これらの事業については、今村・前注(18)・『現代の行政と行政法の理論』七九頁、根岸・前注(9)・『規制産業の経済法的研究』七頁注等がふれている。
- (39) 法的独占を認められている公企業と、認められていない規制産業との間の相違のうち、最も重要な点が料金に対する規制の程度・態様にあることはいうまでもない(山内・前注(20)・『行政法論考』二九〇頁以下参照)。
- (40) 同旨、遠藤・前注(32)『行政法Ⅱ』・一五六頁。なお、磯部・前注(11)・『基本法学Ⅶ』三一〇頁以下をも参照。
- (41) 供給面において、規模の経済性が著しく大きく、企業が最小最適規模の供給を実現するためには、一社または極めて少数の企業しか市場に存在する余地がない産業を、自然独占産業ないし自然寡占産業という。詳細は、J.S. Bain『産業組織論』下(宮澤健一監訳、昭四五)下巻六八六～七〇〇頁、七二六～七二八頁参照。なお、自然独占及び公益事業規制に関する要を得た概観と問題点の指摘として、根岸・前注(9)・『規制産業の経済法学的研究』一七八頁以下、同・前注(9)・『経済学Ⅲ』一七七頁以下がある。
- (42) より精確には、公企業に関する諸法には、自然独占を前提として規定をおいているものと、戦前からの国家独占を基礎とする規定の仕方のもの(例えば、(旧)地方鉄道法)とがある。しかし、後者には、不十分な規定しかないこともあり、公企業に関する統一的な規制の法体系という要請からも、これらについても前者に属する諸法及び独禁法と整合的な制度把握が妥当な解釈を導くものと考えられる。
- (43) その概括及び文献については、J・ステイグラー『小さな政府の経済学』(一九七五年・余語・宇佐美訳・昭五六)三五頁以下、E.M. Zimmerman, The Legal Framework of Competitive Policies toward Regulated Industries, in supra note 9 (A. Phillips, ed.), at 367-370. S.C. リトルチャイルド『電気通信経済学の基礎』(一九七九年・西井昭訳・昭五七)二九三頁以下等を参照。わが国の研究としては、佐々木弘「公益事業研究の新展開」国民経済雑誌一二四巻二号八七頁以下、同・前注(15)・『現代の公益企業論』九頁以下、南部鶴彦「公的規制の制度と公共料金」経評二五巻五号六頁以下、同『産業組織と公共政策の理論』(昭五七)一七一頁以下等を参照。
- (44) 今井賢一『現代産業組織』(昭五一)三二三頁以下、季刊現代経済二七号(特集・政府と企業)所掲の諸論稿、南部・前注(43)・『産業組織と公共政策の理論』一九五頁以下、同『テレコム・エコノミクス』(昭六一)七三頁以下、同「自由経済体制と行政介入の方向」財経詳

報一三四六号二三頁以下、永井進「政府規制緩和分野についての評価と問題点の分析——電気通信事業のケースを中心にして——」公正取引委員会昭和六一年度委託調査(未公開)等参照。法律論ないし制度論を扱ったものとしては、根岸・前注(9)・『規制産業の経済法的研究』Ⅱ一五頁以下、実方・前注(7)・『経済規制と競争政策』一頁以下、田中真「公益事業と独禁法」公正取引二五四号以下、等がある。

(45) 法的独占と競争の交錯は、様々の次元で問題となるが、次の三点が特に重要であろう。

第一に、法的独占は、各種規制法上、必ず一定の範囲・程度が定められているはずである(そうでない場合には解釈・運用において、この点は明らかにされなければならない)。その範囲・程度を超える行為等に対しては、独禁法の適用がなされることになる。この点は、独禁法二三条の解釈論としても、また、タクシー事業など具体的ケースについても多くの論者が検討しているが、さし当り、根岸・前注(7)・『規制産業の経済法的研究』Ⅱ一五頁以下を参照。

第二に、法的独占が容認されている事業についても、一定の場合は当該事業者以外の者が当該事業と事実上は競争関係に立つ行為を行うことが認められている。例えば、自家発電、自家用自動車運送などは、各々「一般電気事業」・「卸電気事業」(電気事業法二条一項・三項)あるいは「自動車運送事業」(道路運送法二条二項)に該当しないから、法的独占を侵すものではないが、事実上は競争ないし並存の関係にある例である。

第三に、事実上の競争関係は、右に見た同一の商品・役務について存在しうるのみならず、代替品との間に相当広範囲に存在する。鉄道と自動車、あるいは家庭内の暖房に関する電気とガスなどがその例である。もっとも、生活必需的サービスについては、需要の弾力性は極く小さくなるものが多いことに注意しなければならない。dazu z.B. vgl. P. Babura, oben Ann. 36, S. 4 Ann. 8.

(46) W.K. Jones, *CASES AND MATERIALS ON REGULATED INDUSTRIES* 52 (2nd. 1976).

(47) 今井・前注(44)・『現代産業組織』三二三頁以下、藤原「地域分散型石油代替エネルギー導入の法的問題」公益事業研究三五巻一号一〇四頁以下、同「電気事業における独占と競争」公益事業研究三八巻一号八一頁以下等を参照。

(48) 正田彬「地方公営企業と消費生活」・正田・鈴木「消費生活関係条例」(昭五五)二〇一・二〇二頁。

(49) 厚谷襄児「独占禁止政策と公共料金」ジュリスト三三五号四三頁。

(50) 根岸・前注(9)・『規制産業の経済法的研究』Ⅰ一七四頁。

(51) この言葉は、西ドイツの競争制限禁止法(GWB)二二条に関する法運用および法理論から生まれた *Als-ob-Wettbewerb Preis* (想定された競争価格)論から借用したものである。これについては、菊地元一「多国籍企業と独占禁止法(2)」青山法学論集一八巻四号七・八頁、舟田・前注(8)・立教法学二七号一四頁等を参照。

(52) 例えば、岡野・山田編『交通経済学講義』(昭四九)一三三頁参照。もっとも、これは一般論にすぎず、財・サービスの特性に対する法的政策的評価に基づいて、例えば価格弾力性がゼロに近いとも言われている医療サービスに関するような特別の法制度が必要とされる場合も

ある。

(53) (旧) 公衆電気通信法において、公衆型業務とは、「電気通信設備を用いて他人の通信を媒介」(同法二条三号)する電報・電話・加入電信等の公衆業務をさし、専用型業務とは、「電気通信設備を他人の通信の用に供する」(同法二条三号)専用契約(同法五六条)、特定通信回線供用契約(同法五五五条の九)、データ通信設備使用契約(同法五五五条の一九)等に係る業務をさす。これら二つの型の業務の相違は、前者(公衆型業務)に関しては厳しい供給(サービスの継続的提供)義務が課せられている(例えば、同法二三条、四二・四三条、五五五条の七)のに対し、後者(専用型業務)に関しては、公衆型業務に支障がない場合等に限り、契約締結強制が課され、あるいは契約を結ぶことが許されている(同法五六条、五五五条の一、五五五条の二〇)点に端的に現われている。

(54) 電気通信事業の公共性の中心が「国民生活に必需のサービスの提供が確保されること」にある、という視点に立つものとして、郵政省内に設置された電電公社経営形態問題等調査研究会の報告書「国内公衆電気通信事業の経営形態等に関する研究」(昭五七・通信文化社)がある。本報告については、日経新聞昭和五七年一〇月二七日付朝刊参照。

(55) 下水道法についても、工場廃水と生活污水とは区別すべきものと解される(舟田「公害規制法としての下水道」公害研究七卷一号一八頁以下参照)。なお、廃棄物処理法や下水道法は、厳格な意味では公共企業法には該当しないが、生活必需的サービスを独占的に営む点、また特に下水道については雨水公費・汚水私費の原則の下で、汚水について受益者負担原則が適用されるという点で、部分的に公共企業法と共通する性格を有するといえよう。