

# 電子公衆送信の基盤としての 「通行権法(案)」

林 紘一郎



## ▶ 1 はじめに

本稿は「包括メディア産業法の構想」(林 2000a)、本紀要No.50)「電子メディア共通法としての電子公衆送信法(案)」(林 2002b)、同No.52)に続く私の立法論の最後の部分であり、これによって「電子メディア共通法シリーズ」は完結する。

そこで本稿では、まず「2.融合問題に関する検討経緯」において、これまでの検討経緯を総括する形で私の方法論を再確認し、「3.電子公衆送信法(案)の概要」において、既に提起済みの法案について概要を説明する。その上で本題に入り「4.通行権の設定方法と評価基準」において総則的説明を加えた後、「5.無線通行権の現状と改革案」および「6.有線通行権の現状と改革案」において、問題点の摘出と立法論としての改善案(無線においては周波数管理の漸進的撤廃を、有線については通行権のハードからの分離と証券化等)を提示する。さらに最後の「7.アナログ法制とデジタル法制」において、これまで懸案として保留してきた、現行法と立法論の関係について私なりの概念整理を行ない、シリーズのまとめとする。

## ▶ 2 融合問題に関する検討経緯

### (1) 分析の視角

メディア産業で規制と呼ばれているものは、情報を運ぶ手段である Conduit (以下 Cd) に関するもの(主として経済的規制)と、運ばれる内容である Content (Ct) に関する規制(主として社会的規制)に大別される。前者はある事業を始めたり廃業しようとする時に何らかの手続きが必要か(参入・撤退規制)、価格を自由に設定することができず政府の関与があるか(料金規制)、事業分野を超えた資本関係等について独占禁止法による事後規制に加えて事前規制(資本関係や番組制作・配給に関する集中排除原則、クロス・オーナーシップの禁止など)があるか、といった経済的側面に関する政府規制を言う。後者は番組内容などが、法や公序良俗に触れないこと、政治的に中立であることなどを担保するもので、放送における「公平原則」(Fairness Doctrine)または「番組編集準則」(放送法3条の2、1項)や「調和原則」(同2項)が代表例である<sup>1)</sup>。

脚注

1. もっとも経済的規制が社会的規制につながるケース(例えばコンテンツに関する集中排除原則が、結果としてコンテンツの多

様化につながる)もあるが、ここでは一応二つに分けておこう。



図表1 メディア産業と規制の種類

Cd規制	Ct規制	
	あり	なし
あり	B型	C型
なし	? (I型)	P型

この2つの区分を使うと、4つの組み合わせが得られる(図表1参照)。すなわちCd、Ctともに「あり」、両者ともに「なし」、片方のみ「あり」といった区分になる<sup>2)</sup>。この区分を既存のメディア産業に当てはめてみると、次の3つの例が典型的であることがわかる(椛1998]、Poo[1983])。

P型(出版)モデル:メディアへの参入・撤退や、メディアの提供する情報内容について、何の制約もない。すなわち、優先する一般法上の法益に触れない限り自由。

C型(コモン・キャリア)モデル:参入・撤退や料金について、国の規制あり。伝送内容については、事業者は関知してはならない。逆の面から見れば、コモン・キャリアは、伝送内容については責任を問われない。

B型(放送)モデル:参入・撤退について、国の規制あり。送信内容について、事業者は社会全体の意見を公平に紹介し、異なる見解にも表明の機会を与える、などの義務を負う。

この3類型の中には、I型(インターネット)モデルというもの存在しないが、コンピュータ分野にはCd規制もCt規制もないのだから、基本的にはP型と言えよう<sup>3)</sup>。しかし実際には、インターネットにCd規制はないが、Ct規制についてはアメリカでも自由を良しとする派(いわば「憲法修正1条」派)と、青少年への悪影響を防止すべきだとする派(「パターナリスト」派)に2分されているかに見える。しかも、Ctに関する責任について事情を知っているCdの側も責任を負うべきか否か(いわゆるサービス・プロバイダーの責任問題)で、事態はさらに複雑になっている<sup>4)</sup>。

## (2)「包括メディア産業法」の構想

私は、以上の視点にたつて検討した中間的な成果を「包括メディア産業法の構想」として発表した(椛2000a]。その骨子となる点は、図表2のとおりである。

まず、融合法を構築するための方法論として、A. インターネット型通信包摂型、B. マルチメディア法付加型、C. 総則的法律抽出型、D. レイヤ別分離型<sup>5)</sup>、の4案を考えた。4案は、それぞれにプラスとマイナスがあるが、図表1の違いを乗り越えるためには、CdとCtの両軸を同時に検討することはできず、両者を分けて考えるしかない。しかも今後の技術革新を促進するような制度を作るとなれば、苦しくともD案で検討してみるしかない、というのが私の結論であった。

### 脚注

- ここで、規制が「ある」という場合には、独占禁止法など一般法における原則に従わなければならないだけでなく、業法における個別規制が存在し、それにも従わなければならない場合を指す。
- 電子出版という用語は、この意味では核心を突いている、と言えるかも知れない。
- アメリカでは1968年の通信法の改正において、わいせつ情報の提供者に対して「それと知りながら」回線設備などを提供して

いる者にも、責任が生ずることになった。1996年通信法でもこの概念が踏襲され、「わいせつ情報」に関する規制の部分は合憲とされている。このことから、アメリカのC型はすでにC型に変質しているとも言える。

- 前論文までは、このD案を「水平分離型」と呼んできたが、産業界論の研究者の間では「垂直分離型」と呼ぶ向きもあり、混同を避けるため誤解のない表現に改めた。

図表2 融合法の作り方(4案)

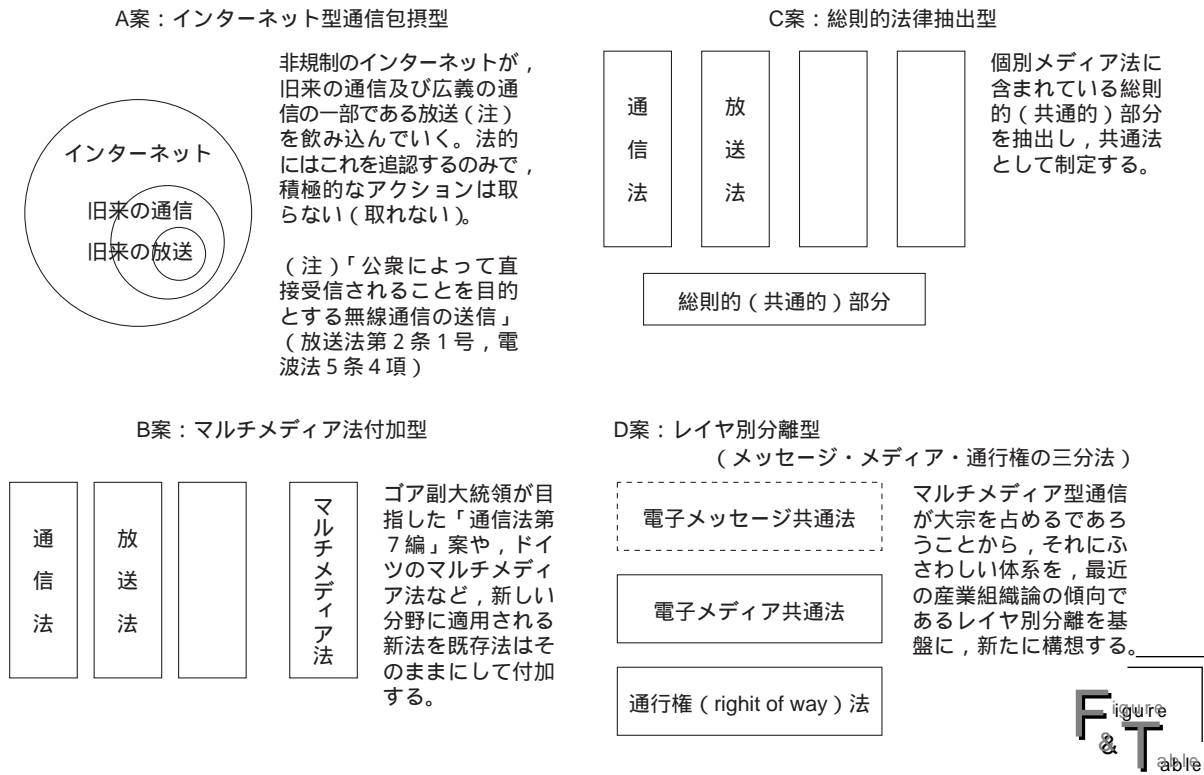


Figure  
& Table

(3) 提案に関する各界(とりわけ放送業界)の反応

この私の提案に極めて近いものが、2001年暮れに総理大臣直轄の「IT戦略本部」から提言され、一躍世間の注目を浴びることになった(IT戦略本部[2001])。また他の組織からも、同種の提言が相次いだ(枕[2002d])。

私案とIT戦略本部の提言とは、「コンピュータの小型・軽量・パーソナル化で一般的傾向となったレイヤ構造とアンバンドリングは、今後の産業組織を考える上で、基本的な枠組みとなり得る」と考える点で同一基盤の上に立っている。そして通信と放送の融合問題を考えるに当たっても、「レイヤ毎に規律を分けて考える」こと、すなわち「レイヤ別分離」が方法論として優れていると考える点でも一致している<sup>6)</sup>。

しかしIT戦略本部の提言はさらに進んで、「通信と放送のビジネスを行なう事業者は、企業形態としても分離せよ」と主張しているかに見えることから、各界(とりわけ放送業界)の反発を招いた。これに対して私は「融合法を策定するに当たっては、レイヤ別分離して作るしかない」すなわち前述のD案が最善であることを主張しているに過ぎない。

両者の違いは、次のような例を考えると理解しやすい。すなわち私案の如く、「メディア共通法」と「通行権法」が出来たことしよう。IT戦略本部的な発想では、2つの法律が出来るということは、夫々の領域が異なった法理念に支配されていることを意味している。したがってビジネス的にも理念が違う以上、別会社にするのが効率的であるはず

脚注

6. この点は夙に鬼木教授が主張されてきたことである(鬼木[1996][2002a][2002b]など)。鬼木説と私の説の違いについ

ては、後段で述べる。

だと勧めているようである。これに対して私は、「指摘は当然だが、それは官僚の過剰介入ではないか」と考える。企業の効率性の評価は市場が行なうべきで、政府が行なうべきではない。まして放送は言論機関であり、政府の介入は最小限でなければならぬまい（林 2002a）。

むしろ問題は放送については参入規制が厳しすぎ、近年においては衛星放送やコミュニティ放送などの例外を除いて、新規参入がないことであろう。つまり放送は未だ「産業」以前の状態に置かれている（林 2000b）。この現状を打開するため「レイヤ別分離」を企業形態にも適用すること、すなわち独占禁止法的な意味での「構造分離」が、市場の活性化に役立つ最善の手段であるとの合意がなされるなら、それもまた可であろう。イギリスが90年代初めから導入した、放送事業に関する規制改革がまさにこれであった。すなわち放送の送信設備を別法人にすることによって、「番組制作」と「伝送」を分けようとする「レイヤ別分離」で、その限りで私の主張と一致する（林・池田 2002a）。

### ▶ 3 電子公衆送信法（案）の概要

#### (1) 法案の骨格と前提

以上を踏まえて、「電子公衆送信業務の自由を保障し必要最低限の規律を定める法律（略称、電子公衆送信法）（案）」を「叩き台」として準備した（林 2002b）。学者が法案まで準備するのは極めて異例のことと思われるが、これは2つの目的を持っている。一つは、本論で展開した「あるべき法制度」を論ずるためには、具体的な条文を示すことが理解を深め、論点を際立たせる効果を持つことである。そして第二は、この仮想立法化過程を通じて私の論点を整理し、本論そのものを推敲・修正するための、チェック機能を果たしてくれることである。このフィードバック過程を通じて、法案がreference modelとして役立つことを期待している<sup>7)</sup>。

そこで、この法案の前提となる考え方を摘記し、確認しておこう。

この法案は、図表2におけるD案を出発点にした「電子メディア共通法」である。したがってCdとCtは分離されるものと仮定しており、「放送型サービス」も例外ではない<sup>8)</sup>。

電子メディアであっても、CdとCtがともに規制なしで運営できるP型（図表1）が成り立ち得るなら、それに越したことはない。

しかし残念なことに、紙メディアにおける完全非規制政策をCdに適用することは可能だが（林 2002c）、Ctには電子メディアをそのまま適用できないことは、ISPの責任問題などが示すとおりである。

そこで、電子メディアについて最少限の規制を制限列挙するとともに、免責条項をも規定し、言論の自由や取引の安全性を確保しようというのが、本法案の狙いである。

その構成は結果的に、D案を中心としながらもA案的要素（インターネット重視）、B案的要素（後述のアナログ法制の残置）を加味したものになった。

#### (2) 法案の構成

法案の詳細は林 2002b]をお読みいただくことにし、ここでは章立てから読み取れる、

7. この2つ以外に、役人に私のアイデアを「良いとこ取り」されない効果を、挙げておいた方が良いかもしれない。

8. 本稿では、現行の放送法に定める「放送」より広い意味での広帯域サービスを、総称して「放送型サービス」と呼ぶ。



全体の構成だけに触れておこう。

第1章の「総則」は、目的(第1条)と用語の定義(第2条)から成り、短いがこの法案の目的と主要概念を網羅している。第2章「電子公衆送信役務の規律」は、言論の自由と検閲の禁止(第3条)、秘密の保護(第4条)、受信の自由(第5条)、不正アクセス行為および関連行為の禁止(第6～8条)など、誰でも(事業者であるか否か等に拘らず)守らなければならない規律について述べている。なお「受信の自由」は耳慣れない用語であろうが、全体が「送信」を規律している中で、「受信」について述べた唯一の規定である<sup>9)</sup>。

第3章「電子公衆送信業者および電子公衆送信事業者の義務」は、「業として」または「業務として」電子公衆送信を行なう者すべてが守らなければならない重要通信の確保(第9条)、必需サービスの確保(第10条)と、「事業として」これを営む者が守らなければならない個人情報の保護(第11条)、さらには事業者のうち一定規模を超える者だけが守らなければならない、オープン・アクセスの保障義務(第12条)、相互接続義務(第13条)の三層構造の規定が置かれている。

第4章「電子公衆送信管理委員会」は、総務省の旧郵政省関連部局に代わる独立行政委員会としての権限や組織を定める3条(第14～16条)から成っているが、原案は「通行権法」の部分の欠いた片肺飛行であるので、これを取りこんだ形で再構築されねばなるまい(この部分が本論文で補強される)。

第5章「免責と罰則」は、サービス・プロバイダーなどの免責を定めた2条(第17条、18条)と、主として第2章違反の行為に対する罰則を定める3条(第19～21条)から成っている。この分野では未だ確立された責任分界点が定まっていないので、大いに議論のあるところであろうし、また議論を沸き起すことが筆者の狙いでもある<sup>10)</sup>。

最後の第6章「雑則」は、適用除外(第22条)、関連法規の廃止(第23条)、関連法規の読み替え(第24条)を定めている。

### (3)「通信・放送融合法」から、「インターネットの自由と規律法」へ

私はこの案を「通信と放送の融合法」と考えて検討してきたが、結局は「インターネットの自由と規律法」的なものであることが分かった。これはしごく当然のこととも言える。なぜなら、インターネットは「第3のネットワーク」として、「通信」と「放送型サービス」の枠外にあるのではなく、その両者と個別に融合するだけでなく、この両者を包摂するものとして、独自の存在感を示しつつあるからである(図表2のA案参照)。

しかし、その過程には若干の時間差があることにも、気づかざるを得なかった。つまり、コンピュータと通信の融合が始まってから既に30年以上になり、通信とインターネットは今や同義語とも言えるほど融合しつつある。それに対して、放送型サービスすなわちブロードバンド送信がインターネットで可能になったのは、ごく数年前からのことであり、産業的な発展は今後の課題とされている。

とすれば、インターネットを介して通信と放送の融合現象を、統一的に把握し得る法体系を作るにあたって、「通信とインターネット」の部分はすぐにも提示可能だが、「放送型サービスとインターネット」の部分は、今後の検討に待たねばならない要素が多

脚注

9. 2002年に施行された「迷惑メール対策法」と「特定商取引法」の改正は、スパムメールに関して間接的に「受信の自由」を法制化したものを見ることができる。今後はここで採択されたopt-out原則(自分宛のメールの着信を拒否することを、発信者(ISP)に通知することにより事後の着信を拒否することができ

る)が、他のコミュニケーション行為にも応用可能か否かが検討されなければならない。

10. 松井教授から早くも反論をいただいたことに感謝したい(松井[2002])。

いことを意味している。しかし、インターネットを検討の中心に据えたことで、その革新性を法制度にも生かすことができ、次に述べるように2つの点で「パラダイム・シフト」とも呼ぶべき革新を内包している。

#### (4) マス・メディアの一部がパーソナル・メディア

まず通信サービスと放送型サービスを、どちらかと言えば放送型を主体にして再構成していることである。通信サービスと放送型サービスは、双方向と一方向、パーソナル・メディアとマス・メディア、という従来は全く相反する概念であった。私の試案は、これをどちらかと言えば「放送型寄り」に再定義したことになる。なぜなら「電子公衆送信」は、なによりもまず「送信」であり、また「公衆」を相手にした送信だからである。

しかし「送信」が無ければ「受信」は理論的にあり得ないし、「公衆」の概念規定如何では、1人もまた公衆と言うこともできるであろう。著作権法が「この法律にいう公衆には、特定かつ多数の者を含むものとする」(2条5項)という先鞭をつけたので、これを延長すれば上記のような規定も可能と思われる(林 2000c)。また私案では、「アクセスを許容する」ことも「送信」の中に入っている(第2条)ので、ここに受信の一形態を内包しているとも言えよう。要は、結果として受信相手が一人になっても、コミュニケーション・メディアがオープンになっていて、誰にでも使えるもので、誰に対しても発信できるものであれば、「公衆送信」のための手段だという発想が大切だと思う。

そして面白いことに、この定義によって、従来わが国においては「放送が通信の一部」であった(図表2のA案に示したとおり。放送法2条1号などに明記されている)のが、今後は有線を含めて「パーソナル・メディアはマス・メディアの一部」(「特定送信」は「電子公衆送信」の一部。これは「プロバイダー責任(制限)法」とは逆の発想<sup>11)</sup>)になるという、法的な逆転現象が生ずる。

このような定義自体が妥当か否かについては、別の観点から検証されなければならないが、ビジネス展開には有利な条件となろう。たとえば「放送型サービス」についてもCdとCtを分離しさえすれば、Cd部分はこの緩やかな規制法の下で事業を行なうことができる。残った部分は、それこそ「コンテンツ・ビジネス」として、これまた完全非規制の環境下に置かれることになる。

#### (5) 「事業者」「業者」「利用者」の3区分

次に第2点として、「事業者」概念を規律の中心的手段としては用いなかった点に触れよう。従来、通信にせよ放送にせよ役務を規律する際には必ず「事業者」を特定し、当該「事業者」に一定の規律を課すことを通じて、役務の確実性・安全性・廉価性などが担保されてきた。「電気通信事業法」は名の通り事業と事業者を規律するものであるし、「放送法」は「放送事業法」とは書いてないが、実質は事業法である。

しかしインターネットの時代に、このような「事業者規制」が引き続き有効であろうか? 有効であるためには、役務なりその基礎になっている設備なりに何らかの稀少性があり、事業者でなければ成し得ない要素を包含していなければなるまい。しかしインターネットの世界では、おどろくべき価格破壊とインターフェイス技術の進歩によっ

#### 脚注

11. 「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報開示に関する法律」(いわゆる「プロバイダー責任(制限)法」)では、「特定電気通信」を「不特定多数の者によって受信

されることを目的とする電気通信の送信」としつつ、「公衆によって直接受信されることを目的とする電気通信の送信」(これが一般的には、図表2でいう「放送」)を除いている。

て、誰でもがネットワークを構築・運用できるようになっている<sup>(12)</sup>。LANの隆盛がその証拠であるし、今後は無線LANが飛躍的に伸びると期待されている。

今後のネットワークは、事業者のものと利用者のもの、有料のものと無料のもの、専用型のもとの公衆型のもの、自己所有のものと借り入れたもの、などが渾然一体となった、ネットワークのネットワーク(それこそインターネットの語源である)へと変化していくであろう(杵 1998)。試案は、このような変化を若干先取りしたものと自負している<sup>(13)</sup>。

しかし、このことは新たな難題をも提起している。添付した法文では、電子公衆送信業者(業としてまたは業務として電子公衆送信役務の提供を行なう者)、電子公衆送信事業者(電子公衆送信業者のうち事業としてこれを行なう者)、利用者の3者を区別しているが、その差はますます曖昧になっている。もっとも「事業として」「業として」「業務として」の3区分そのものも、必ずしも明確ではないし(高辻ほか[1998]参照)、実は「電子計算機」や「アクセス」といった最も基本的な概念は、法律用語としては全く定義されていないのである(「不正アクセス禁止法」や刑法を見よ<sup>(14)</sup>)。

しかし法的には、このいずれに分類されるかで権利・義務関係に差が出るとすれば、明確な定義が要請される。このジレンマをどう解決したら良いか、なお思案中である。

## ▶ 4 通行権の設定方法と評価基準

### (1) 所有権・用益権・コモンズ

「通行権」とは、他人あるいは公共の財産を「通行」あるいは「通信」のために利用する場合一般を指すものと考えよう<sup>(15)</sup>。メディアを事業として行なう場合にも、この「通行権」が最も基本的な権利の一つとなる<sup>(16)</sup>。私は杵 2000a]において、メディア産業に関する種々の法を次の6つに分類することを提案したが、その第1に掲げた「有限資源配分法」は、後述するように周波数をコモンズ化する可能性が開けた現在では、「通行権法」と言い替えることが妥当だろう(なお、通行権にはドメイン・ネームや電話番号など、有線・無線の通行権に限定されない広がりがあるが、本稿ではさしむき後2者に限定して、論を進めることにしたい)。

有限資源配分法、 サービス規律法、 事業主体法、 コンテンツ規律法、 産業支援法、 規制機関法。

通行権を獲得するには種々の方法があるが、権利の強いものから順に、代表的なパターンを考えてみよう(図表3)。まず最も強い権利は、所有権である。鉄道を敷設する場合には、列車を走らせる軌道上に排他権を設定するのが普通だから、当時の「通行権」は所有権と同じだったかもしれない。しかし、電力線や通信線を敷設するのに、全区間にわたって所有権を得なければならないとすれば、その費用と事務処理は膨大で、事業

脚注

12. ビジネス的な観点からは、専門分野であったネットワークの構築と運用が、DIY(Do It Yourself)でできるようになった、と表現しても良い。  
13. 前出(注11)の「プロバイダー責任(制限)法」では、事業者以外の者も対象となっている。  
14. 「不正アクセス禁止法」においては「アクセス制御機能」が、「刑法」においては「電磁的記録」が定義されているが、いずれにおいても「電子計算機」は未定義のまま使われている。  
15. このように広く考えると、自分の家に到達するために他人の敷地を横切らねばならない場合(民法209~213条)や、有体物を

占有しないが、周波数の割当を受けて初めて無線通信が出来る場合など、幅広く「通行権」を考えることが出来る。なお、後述の注30を参照。

16. こうした認識は、公的機関や厳しい規制下の私企業が、通信・放送サービスを提供していた時代には、生ずる余地がなかった。「通信法」と名のつく法領域は行政法の一分野と考えられ、以下に述べる通行権法の部分は、有線については全く無視され、無線については当然の前提とされていたようである(團部・植村[1960])。

図表3 通行権における所有権とコモンス

方式	例	概要	メリット	デメリット
所有権	鉄道の軌道	通行権の確保のために必要な資源を所有する	排他性に優れているので、事業者が意のままに使用できる	コストが高く事務処理が膨大になる
用役権	電柱設置、電線の地上通過、道路の掘削と下部の使用、周波数の割当	通行権の確保に必要な限度で、他人の所有物を利用する権利を獲得する	必要な限度で物権的な排他権を持つことが出来る	私有財産については上記と同様。公有財産については客観的な手続きに基づく必要がある
コモンス	ライセンス・フリーの電波、時分割多重など	権利の設定は行わず、誰でも自由に利用できる	取引コストがゼロとなり、参入による市場の活性化が期待できる	混雑回避のための手段を工夫する必要がある



を不可能にしかねない。

そこで、これらの事業については、「用益物権」の一種である「地上権」(民法265条以下)を設定したり、債権としての「借地権」を設定するため「賃貸借契約」を結ぶ方法(民法601条以下)がとられている。しかし、これらの事業を遂行するためには、細くて長いケーブルを連続して敷設しなければならないため、交渉しなければならない土地所有者の数は膨大になり、一人でも了解が得られないとケーブルの敷設を延期せざるを得なかったり、場合によっては事業が不可能になったりする。

以上はまず、土地という有体物と切り離し難い有線系の通行権について述べたが、無線における通行権、すなわち周波数割当については、その権利の性格が本格的に論議されたことはない。後述するように混信を避けるためには、これまでの技術では「周波数」に着目した管理しかできなかつたため、これを政府が割り当てるのは理にかなったこととされてきた。しかしこれを私法上の権利だと考えると、「所有権は国が持ち、用役権の一部がライセンスを得た者に期限付きで与えられている」と考えるしかないから、上記の土地の場合とほぼ同種の扱いと考えられる。

このように何らかの形で権利を設定する方法の対極にあるのが、これを共有地(コモンス)として開放し、誰にも利用可能にする方法である。近代法においては、そのようなことは不可能と思われるかもしれないが、実は無線LANに現に使われている2.4 GHz帯の一部は免許不要のコモンスであり、電子レンジなどにも自由に使われている。

## (2) アンチ・コモンス状態の回避<sup>(17)</sup>

ところでコモンスについては、いわゆる「コモンスの悲劇」が有名である(Hardin [1968])。牧草地が入会地として共有になっていると、羊の飼い主はなるべく多くの羊を飼って草を食べさせようとするから、牧草が全て食い荒らされて牧草地はだめになってしまうとされる。その対策として経済学者が勧めるのが、所有権を設定して所有者に土地の管理を任せることである。

ところが所有権さえ設定すれば、全てがうまく行くというわけでもない。旧ソ連邦の崩壊で、かつての共産主義国家は全て私有財産制を認めることになったが、少なくとも

17. 本節の記述は、主として林・池田 [2002b] による。



当初は、ことごとくうまく行かなかった。この状態を観察したヘラーは、一方で不動産が不足して路上に多くの露天商が並んでいるにもかかわらず、ビルがほとんど空き室状態になっている状況を「アンチ・コモンズの悲劇」と呼んだ(Heller[1998])。原因は、公式の所有者以外にマフィアが縄張りを持ち、「みかじめ料」を払わないと実際に使うことは出来ないからである。

このような「コモンズの悲劇」も「アンチ・コモンズの悲劇」も起きないためにはどうしたら良いか。唯一の解とは言えないかも知れないが、コモンズの中でも核となるべきコモンズ(Benkler[2001]は、これをコア・コモンズと名づけた)を特定し、それ以外は所有権とそれに準じた何らかの役権を設定することではないか、と思われる。20世紀の間に社会主義が興隆しかつ崩壊したことは、大きな流れとして見れば、所有権を前提にした市場主義=資本主義の優位が証明されたことに他ならないからである。

何がコア・コモンズであるかは、時代環境や技術変化に伴って流動的だが、20世紀の間中周波数によって管理することが当然とされてきた電波が、当面の最大の候補になり得るものと思われる<sup>(18)</sup>(この点については、次章で再説する)。

### (3) 有線と無線の競争

以上のように、有線と無線の通行権を並列的に検討してきた背景には、有線と無線の公正な技術競争こそ革新の源動力である、との信念がある。日本では1990年のNTTによる「VI&P」構想以来、光ファイバーこそブロードバンドの主役だという神話が定着してしまっただが、長期的に見れば有線と無線は良好な「システム間競争」を展開してきた。政府にせよ企業にせよ、どれかの技術を選択することは思考停止(自己決定によるlock-in)に他ならず、予断を持つべきではない。技術発展の可能性は市場競争によって事後的に発見されるに過ぎず、事前に先入観によって決定するのは、社会主義になってしまう。

この意味では、私の法案の第3章において提案中の「電子公衆送信管理委員会」が、この両者の通行権を管理することが、レベル・プレイング・フィールドを担保する有効な手段であるとも考えられる。しかし、この案には次のような欠点がある。

有線の通行権は、通信関係以外にも、電気・ガス・水道・下水道などといった公益事業に広く利用されるので、これを同委員会の専管とすることには理解が得られまい。

有線の通行権は土地に付着しており、私有地の場合には私的自治を原則とし、公有地の場合には、国・都道府県・市町村などが分散管理することが望ましい。

無線の通行権は広く空中に拡散し、また利用者も移動して使用するので、(仮に管理が必要だとすれば)全国一元的に行なうことが望ましい。

無線の通行権も、放送や通信以外の用途でも利用される。しかし主たる用途が通信関係であることから、これを「電子公衆送信管理委員会」が所管することには理解が得られよう。



18. コア・コモンズに近い概念として、essential facilityの理論がある。しかし、この概念は、字義どおり競争事業者が使いたいと考える「物理的施設」を対象にし、独禁法を前提にする「事後調整」であり、事前に所有権を与えつつも、事後にその排他性を否定するという矛盾を孕んでいる。これに対してコ

ア・コモンズは、物理的施設のみならず、周波数や著作権など無体物も対象にし、事前にコア・コモンズであるか否かが特定されている、という点に特徴がある。したがってessential facilityの理論がアンチ・コモンズ状態をもたらしかねないのに対して、コア・コモンズにはその危険がない。

#### □ 通行権利用状況の効率性評価

このように、有線と無線の通行権を一元的に管理することができないとすれば、それらが効率的に使われることを保証するには、どうしたら良いだろうか？本来なら、それぞれの利用効率を何らかの数値で捉えて公表し、改善につなげたり、非効率な使い方をしていることが明白であれば、より効率的な使い方をする人に転用することを促したりするのが望ましい（日本経団連 [2002]）。

たとえば無線の例では、UHF帯の放送用周波数やタクシー無線の帯域が非効率な使われ方である一方、携帯電話用の帯域は非常に効率的に使われていて、なお逼迫しているというアンバランスが問題になっている。また道路占用許可を得て、道路を掘削して管路を埋設したり電柱を建てた後で、これらの通信路がどの程度活用されているか、といったデータが公表されることは稀である。これらは結果として、既得権益を有する者に有利に働いており、新規参入を阻害していると言わざるを得ない。

しかし、仮に公表を義務付けたとしても、実効性が担保される訳ではない。既得権を得た事業者は、利用度が低ければ実態を隠そうとするだろうし、数値化そのものに困難が伴うからである。通信量（トラフィック）は時々刻々変化するので、どの時点で、どの区間を取るかで、大きな差が出る。またインターネットのように、一時的にトラフィックが集中しやすく、かつ迂回が容易なメディアについては、時間や区間をどう設定するかという困難もある。

したがって、さしむきの評価基準としては、有線と無線という2大システム間の競争に期待し、「効率性は市場で事後的に評価される」と考えるしかあるまい。デジタル時代になってからの、有線（主として光ファイバー）と無線の競争は熾烈であり、仮にどちらかの通行権がコスト高だとすれば、技術間競争の優劣にも、少なからぬ影響を与えるからである。この方法は迂遠のようでもあり、また無為・無策との批判もあろうが、事情を知らぬ官僚が独断で判断するよりは、「よしましな」手段だと言うしかあるまい。

### ▶ 5 通行権の現状と改革案<sup>(19)</sup>

#### (1) 無線通行権 = 周波数の割当か？

無線による通行権を制御する手段としては、理論的にはA. 周波数、B. 出力、C. 空間、D. 時間、の4つのパラメーターがあり得る。しかし技術が十分開発されていない時代には、特定者だけが通信できる経路を確保する手段として、C. やD. が一義的手段として有効とは考えられなかった。混信を避ける最良の方法は、A. の周波数を割当（免許）によって管理し（しかも干渉を避けるための余裕を持たせ）、送信者と受信者が同じ周波数を使うこと。加えてB. の出力を、干渉を避けるために必要最小限のレベルに維持することであり、そこから放送と（狭義の）通信の分離も始まった。この考え方の前提には、暗黙のうちに次の条件が所与とされていた。

信号を遠くまで伝えるためには、出力を上げるしかない。例えば、100km先まで信号を送るには、500kwというような大出力を要し、しかも他の雑音を排除するため、その信号を送る搬送波の周波数帯を排他的に利用できなければならない。

この逆ルートで信号を返そうとすれば同じ条件が必要になるが、それは（中継基幹回線を除き）非現実的なので、無線は主として基地局から受信端末へという一

19. 本章の記述は、山田・池田 [2002] および池田・林 [2002] に多くを負っている。記して、池田・山田両氏に謝意を表す。

方向のメディア、すなわち放送用として活用されてきた。

この場合受信端末には、単に信号を周波数毎に識別して受信するだけの機能があればよいので安価になり、ラジオ・テレビの普及としてマス・メディアの隆盛に貢献した。

ところで電波の免許制とは、先の分類で言えば用役権の設定に他ならない。したがって法律上は免許を更新しなければ、政府が取り戻すことができる。しかし現実には、利用者が大きな投資をしているため、特別な事情がない限り免許は更新される。このため、いったん免許を取得すると事実上の所有権に近い権利が発生し、その売買も実質的に行なわれている。Coase[1959]はこうした実態を踏まえて、周波数に事実上の所有権を与えるオークションを提案したが、これを一歩進めれば政府による割当を止め、文字どおりの私有財産として売買することも考えられる。

1994年からアメリカで行なわれた、PCS=Personal Communications Services(第2世代携帯電話)用周波数のオークションは、その先駆けとして世界中の関心を集めた。ところが、2000年に行なわれた欧州の第3世代(3G)携帯電話のオークションの免許料は、合計で1500億ドルにのぼり、通信業者の経営危機を招いた。もちろん、この最大の原因は3Gへの過大な期待による「ワイヤレス・バブル」にあり、参加者の評価が正しいかどうかは制度設計の是非とは別の問題である。しかし、オークションが投機熱をあおる結果になったことは間違いなく、業者の資金難によって3Gの導入が大幅に遅れ、一部の地域では免許が返上されるなど混乱が生じた<sup>(20)</sup>。

このような中で、イギリスの貿易産業省が2001年から2002年にかけて検討した案は、これらの欠点を是正することを前提にした、オークションを原則とするものであった<sup>(21)</sup>。アメリカのFCCも、PCSオークションの成功を踏まえて、当初はオークションを原則とすることで(周波数管理改善の)検討を始めた。ところが、その検討過程で思わぬ「コペルニクス的転回」をすることになったが、その原因はデジタル(パケット)無線の特質に由来する。

## (2) デジタル無線によるコモンス化

従来の電波政策は周波数の管理と同義だったが、デジタル(パケット)無線技術では、情報は時間・空間・コードなどによって多重化されるので、周波数はコントロール変数として唯一でも必須でもない<sup>(22)</sup>。この関係を前項の管理のパラメーターである、A. 周波数、B. 出力、C. 空間、D. 時間、を使って説明しよう。

アナログ時代の送信方式は、信号を乗せる搬送波の周波数帯域を、いわば土地のように排他的に確保し、その上に信号を振幅か周波数で変調(AMかFM)して重畳して送り、受信側で搬送波を除去して信号を取り出す、というものである(A. とB. による非弾力的規制)。

これに対してデジタルのパケット無線では、搬送波は一般的には必要だが、これを低出力にして一定距離以上には到達しないような小さな区間(マイクロ・セル)に封じ込める(C. を最大限に活用するため、B. を規制する)。そしてこの区間内では特定の周波数帯を使うが、一つおいた隣の区域でもまた同じ周波数帯が使えるようにして、効率

● 脚注

20. しかも免許料は一般財源となって通信産業には還元されないの  
で、結果的には戦略産業である電気通信に課税する「負の産業  
政策」になってしまう。またオークションすべき周波数が、使  
いやすい帯域(300MHz~3GHz)にほとんど残っていないとい  
う問題がある。

21. マーチン・ケープ教授を主査とする委員会の提言の形を取っ  
ている。Cave [2002]

22. この点が電力事業と電気通信事業(あるいは強電と弱電)を分  
ける、最大のポイントになるかも知れない



化を図る（A. の弾力的活用。ここまではアナログでも可能であり、携帯電話を実現した）。加えてパケット化された情報は時間・空間・コードのいずれかによって多重化されて<sup>(23)</sup>送信されるので、伝送効率はさらに高まる（C. かD. の最大限の活用）。コード多重（CDMA）の場合には、信号がマイクロ・セル内に広く拡散され、インテリジェント化された端末が、自分あてのパケットを見つけ出して受信し再構成する。

視点を変えて、前述したアナログ時代の3つの暗黙の前提と対比すれば、のセンター・エンド型の一方方向性は制約ではなくなり、も双方向通信可能なため失われ、は全く逆転して受信側にインテリジェンスがあってネットワークの機能は単純化されている。言い換えれば、大出力一方方向型の利用法（すなわち放送型）は、かつて当たり前のことであったが、今日では全く贅沢な利用法であることになり、パケット方式を利用すれば何百倍、何千倍といった効率の良い放送が可能になる。デジタル方式では、無線局の数が増えれば増えるほど（セルが小さければ小さいほど）また時間や空間のスロット（切り口）が小さければ小さいほど、コードの場合には受信側の識別能力が上げれば上がるほど伝送の効率が上がり、理論的には無制限に近い電波の利用が可能になる。つまり電波はコモンズに近づくのである。

こうしたドラスティックな変化は、インターネットの急展開で我々が経験したところと変わらない<sup>(24)</sup>。このような「フリーランチ」が存在するというのには信じがたいかもしれないが、「有体物」である土地の場合でも、もし垂直方向に無限に利用可能で何万階ものビルを建てることができるとしたら、土地を無償で開放しても資源の競合は起こらないだろう。つまり周波数が稀少であるように見えるのは、それを利用する無線技術の処理能力の制約であり、技術革新によって処理能力の上限が必要な通信量を超えれば、帯域の制約を意識することなく通信することは夢物語とはいえない。技術的にはそれはすでに可能であり、必要なのは規制改革の方である。

### (3) 電波管理のコペルニクスの転回？

このような時代の変化を敏感に察知したFCCは、当初は共和党政権下にふさわしくオークション志向のように見えたが、2002年11月7日に発表されたタスクフォースの勧告案（FCC 2002a）では路線を変更して、コモンズ派に改宗しつつあるかのように見える。なぜならその骨子は

これまで電波は主として、周波数・出力・空間を制限することによって管理してきたが、今後は時間の要素をより重視すべきである。

周波数の空きをより効率的に利用するためには、干渉を防ぐための「干渉温度」とも呼ぶべき数値を設定して管理すべきである。

この温度以下の場合には、主たる目的のための利用（1次利用）を妨げない範囲での「2次的利用」を促進すべきである。具体的には、後述の「公共の安全」のための帯域にも「2次的利用」を認める、免許不要帯域を増やす、Easement<sup>(25)</sup>の設定など。

#### 脚注

23. 時間分割多重（Time Division Multiple Access）とは、信号伝送の効率が上がったためにできる隙間を利用して、信号を多重的に送信する方法を言う。同じく空間分割多重とは、利用可能な空間を幾つかに分割し、空きの部分を利用して多重的に送信する方法を言う。コード分割多重（Code Division Multiple Access）とは、信号をコード化して空中に拡散させ、受信端末側で自分あての信号を取り出して受信することにより、多重化を図る方法を言う。

24. もともとポール・バランがパケット方式を提案した際は、パケット無線を念頭においたものであった（Baran [1964]）。

25. Easement「地役権」ある土地の所有者が、別の土地（通常は隣の土地）をその所有権の行使と両立するような特定の目的で利用しうる権利。利用目的は、通行権、流水に関する権利、採光権等があり、単なる利用権で収益を伴わないところに特徴がある。地役権は、明示の合意による場合、黙示の設定と見られる場合、時効取得の場合等に成立する（鴻・北沢 [2000]）。



これまでの周波数管理は「Command & Control」(以下、C&C)方式だが、今後C&C方式は例外的に適用するにとどめ、排他権の設定とコモンズ型の活用を進めるべきである。

とされているからである。コモンズ型は3方式鼎立の一要素に過ぎないように見えるが、ごく最近までは一顧だにされなかったことと対比すれば、実質的にはコモンズの優位性を行政機関が初めて認めたケースと言えよう<sup>26)</sup>。

このことは、で当面想定されているのが「オーバーレイ」と呼ばれる方式であり、仮に周波数がすでに誰かに割り当てられていても、空き時間には割り込んで利用することを可能にする方法であること、もまた従来干渉を避けるために帯域の前後に設けていた干渉回避帯域をなるべく僅少にして、利用効率を上げようとするものであることを勘案すれば、より明白になるものと思われる。

私の目標はFCCよりさらに進んで、最終的には現在の社会主義的な電波管理を廃止し、すべての帯域を無免許で開放することである。このためには、現在の免許を原則として更新せず、設備の償却が終わり次第政府に返還し、それを無免許で開放するという長期的な目標を明示する必要がある。ただこれは結果として、既存の無線利用者の期待利益を侵害することになるから、政府が電波を買い上げる「逆オークション」を行なうことも一案だろう。現在の周波数オークションとは逆に、政府が民間に対して電波を買い取る競売を行ない(連続する)周波数あたり最低の価格を出した利用者の帯域を買い取るのである<sup>27)</sup>。

#### (4) 3方式鼎立と適用領域

全ての周波数帯が無免許で開放され、ソフトウェア無線などによって自由に空いた帯域を選んで通信できるようになれば、電波行政は異なる変調方式の干渉を防ぐための基準認証や、違法電波の取り締まりなどの実務に限定される。また無線LANでは、ユーザーが通信事業者を兼ねることもできるので、コモン・キャリアを規制する業務としての通信規制(のうち無線に関する部分)そのものが意味を持たなくなる。

ここでは通信端末は普通の電気製品なので、政府が標準化や品質管理を行なう必要はなく、無線機器業界の自主組織でやってもよいし、インターネットに関連する部分はNPOがやってもよい。電波利用の監視は、通常の違法行為と同様警察が一括して行なえばよい。こうして通信(とくに放送)が「普通の産業」となるためには(林 2000b)], 自動車の発達が公的な道路建設と表裏一体であったように、インフラの部分が安く容易に利用できることが不可欠なのである。

しかし、すべての帯域を直ちにコモンズ化することには、3つの面から困難が予想される。第1点は、国防・海難救助など「公共安全」の目的でC&Cとして留保される部分が(ごく限られた範囲にせよ)残らざるを得ないこと。第2点は、周波数の特性から見て、C&Cに向いている分野がありそうなことである。ネットワーク上の議論では、3MHz未满是明らかにC&C向きであり、3MHzから30MHzまでも多分そうだろう。30MHzから3GHzもそうかも知れない。3GHz以上がそうでないことは明らかだ、という

脚注

26. もっとも同じ日付でFCCの別の部局から、オークションの効率的実施法についての提案が出されている(FCC [2002b])ことから、FCC内部の意識統一がなされていないことが窺える。

27. 公共用途についても一括して買い取り、その両側の周波数の応札価格の平均をつける。これは一種の政府調達なので、通常の競売手続きを準用すればよい。その資金は電波利用料を引き上

げ、帯域単位で課金することによってまかなう。この場合の価格は、通常の周波数オークションとは逆に、もっとも非効率に電波を利用している業者の機会費用で決まるので、きわめて低くなると考えられる。また、これで取引が成立しなかった場合には、事実上無償で免許を停止される可能性もあるので、少しでも値のつくうちに売り出そうとするだろう。

妥協案が紹介されている。第3点は、仮にコモンス化がすべての帯域で可能だとしても、すでにC&Cやオークションによって、周波数の権利を取得した利用者があり、これらの人々の権利を直ちに奪うことはできないことである。

FCCの案もこれらの点に配慮して、C&C、排他権の設定、コモンスの3方式の鼎立を認めるが、C&Cの範囲を現状以上に拡大しないことを提案している。現実的な案としては妥当なところだろう。わが国においても、C&Cの適用領域を次第に縮小する、コモンス化の可能性を極限まで追求する、オークションの実施に当たっては、いずれコモンス化するなどの変更が可能な留保を付ける、といった配慮が必要であろう。

## ▶ 6 有線通行権の現状と改革案

### (1) 有線通行権の法的位置付け

有線の通行権については各事業法において、「契約自由の原則」により当事者間の交渉を原則としつつも、必要な限度で主務大臣が介入することを認めている。電気通信事業法においては、行政法上の「公的使用」「土地の使用権」として、次のような手順を定めている（同法73～88条。電気通信法制研究会[1987]。なお条文の中には土地以外にも公用水面、水底線路などの規定があるが、以下では土地についてのみ述べる）。

第一種電気通信事業者は、線路を設置するため、他人の土地を利用（所有者の利用を著しく妨げない限度において）することが必要かつ適当であるときは、総務大臣の認可を受けて、土地所有者に使用権（15年）の協議を求めることができる。総務大臣は認可申請の際、必要があれば土地所有者の意見を聴く。

認可したときは、土地所有者に通知するとともに、公告する。

両当事者の協議が整った場合は、第一種事業者はその内容を総務大臣に届け出、それによって使用権の効力が発生する。

協議不調のときは、一種事業者が認可の日から3月以内に、総務大臣に裁定を申請することができる。

総務大臣は、裁定の申請を受理したときは、3日以内にその申請書の写しを当該市町村長に送付するとともに、土地等の所有者に裁定の申請があった旨を通知する。

市町村長は、前項の書類を受け取ったときは、3日以内にその旨を公告する。

土地の所有者その他の利害関係人は、公告の日から10日以内に、総務大臣に意見書を出すことができる。

総務大臣は、前項の期間が経過した後、速やかに裁定をしなければならない。

上記のほか、一種事業者は、他人の土地等を利用することが必要であって、やむを得ないときは、その土地等の利用を著しく妨げない限度において、一時これを使用することができる。

以上は私有地についての手続きであるが、土地の所有者が政府（中央・地方）で、用途が道路である場合には、「道路占有許可」という形でその手続きが法定されている。道路法32条以下によれば、

まず一般論として、道路に電柱等を設け、継続して道路を使用しようとする場合においては、道路管理者の許可を受けなければならない。

許可を受けようとする者は、道路の占有期間などを記載した申請書を、道路管理者に提出しなければならない。

道路管理者は、道路の占有が道路の敷地外に余地がないためにやむを得ないものであり、政令で定める基準に適合する場合に限り、許可を与えることができる。

水道、電気、ガス、電気通信事業等のための道路の占有については、その事業の用に供するものを道路に設けようとする場合は、工事を実施しようとする日の一月前までに、あらかじめ当該工事の計画書を道路管理者に提出しておかなければならない。

道路管理者は、前項の計画書に基づく工事のための道路の占有の許可の申請があった場合において、政令で定める基準に適合するときは、許可を与えなければならない。

## (2) 有線系における所有権対コモنز

現在は無線の技術革新が目覚しいため、そちらに目が行きがちである。しかし有線のネットワークにおいても、中継系の帯域は飛躍的に拡大したが、光ファイバーに多額の投資を行なった世界のキャリアは軒並み大きな損失を出し、アメリカの光ファイバーの利用率は10%未満といわれる<sup>(28)</sup>。この原因として最大の問題は、加入者線のボトルネック(いわゆるlast one mile)が解消されていないことだろう。

アメリカでは1996年電気通信法で、加入者線のアンバンドリング(ネットワーク要素毎の切り売り)やコロケーション(競争会社の機材を電話局に併置することを義務づける)規制などによって、DSLへの参入が政策的に促進されたが、結果的には多くのCLEC(競争的地域通信事業者)の経営は破綻した。このように物理的なインフラが過剰であるにもかかわらず、ブロードバンドの普及が止まっているという「供給過剰のなかの物不足」は、明らかに技術ではなく流通段階の問題である。この原因として、通信事業者への過剰な規制が、権利の重複による「アンチ・コモنزの悲劇」をもたらしていることが考えられる。

この問題を解決する方策としては、徹底した所有権方式に戻す方向(P方式)と、徹底したコモنزに移行する方法(C方式)の2つが考えられる。この中間解はアンチ・コモنز状況となって、事態の解決にはならないように思われる<sup>(29)</sup>。ところがわが国では、その矛盾を解決するかに見えるきっかけが、無線LANの基地局を設置するために、他人の私有地を利用しようとした第一種事業者が、総務大臣の認可を求められることができるか否かをめぐる紛争によって生じた。

事案の概要はこうである。無線LANを多くの地域に展開して、他の事業者の(固定)ネットワークと相互接続することにより全国展開を図ろうとする、モバイル・インターネット・サービス株式会社(第一種事業者。以下MIS)は、東日本旅客鉄道株式会社(以下JR)の土地にアンテナを設置すべく交渉を進めたが不調になったため、事業法72条1項により、権利の設定に関する協議を求める認可を申請した(2002年3月19日)。

これについて審査した総務省は、次の6項目について、いずれもMISの主張に合理性があるとして、同省に設置されている電気通信事業紛争処理委員会(以下、委員会)に対して、申請どおり認可したいとして諮問した(6月17日)。

第一種電気通信事業の用に供する設備であること。

線路および空中線ならびにこれらの付属設備(広義の線路)であること。

土地およびこれに定着する建物その他の工作物であること。

● 脚注

28. 日本でもNTTの光ファイバーの利用率は10%程度、それ以外の電力会社や国土交通省の持つ(総延長でNTTを上回る)光ファイバーに至っては、1%も利用されていない。

29. 前述のessential facility 理論の欠点を補うため、業法レベルで施設を特定した「オープン・アクセス」政策が導入されてい

る。確かにここでは、所有権者が事後的に排他権を退けられるという弊害はないが、逆に業法による事前の規制と独禁法による事後の規制が、重複的に適用されるという欠点が生ずる。この点からすれば、依然としてアンチ・コモنز状態をもたらしかねないという欠陥は是正されていない。

他人の土地等を使用することが必要かつ適当であること。

所有者の利用を妨げない限度において利用するものであること。

線路を支持するために利用するものであること。

ところが諮問を受けた委員会は、本制度は「一の土地等の内部に現在する利用者に対し電気通信役務を提供するために、当該土地等の内部に設置されるような態様のものを想定していない」から、「認可することは相当ではない」という答申を出した（7月30日）。受け取った総務省は再度検討した結果、答申の趣旨を尊重することとし、理由を再整理して認可しないことと決した（8月8日）。これを不服とするMISは異議を申し立てたが、決定は覆らなかった（その後同社は、このサービス自体を中止せざるを得なくなった）。

ここで意見が分かれた核心の部分は、**図表4**において「線路」に該当するか否かである。前述したとおり、細くて長いケーブルを連続して敷設しなければならないような場合（図表4の上部2段）には、「線路」に該当するという点で両者に差がないが、「同一構内」「同一建物内」のような、権利者が比較的少数の一つの場所で通信を行なおうとする場合にも、アンテナ等を「広義の線路」として事業法を適用してよいか否かについて、両者の判断は分かれた。すなわち総務省諮問案が、「不特定多数の利用者が往来する公共的な空間で、公益上の必要性が高い」と思われるケース（したがって、いわゆるマンションの敷地内などは除かれる）については、無線アンテナ等を「線路」とみなして良いと考えるのに対して、委員会は「線路」には該当しないから、「原則として、土地等の所有者の判断に委ねる」べきだとしたのである。

図表4 総務大臣の諮問及び電気通信事業紛争処理委員会の答申について

		総務大臣の諮問	紛争処理委員会の答申
中継系の線路		「線路」に該当	「線路」に該当
下記以外の場合		「線路」に該当	「線路」に該当
末端系の線路	様々な最終目的地に向かう不特定多数の利用者が往来している公共的な空間 (鉄道駅など)	「線路」に該当 ↓ 認可することが適当 (理由：端末系の線路については、それが設置されなければ、そのエリアにおける利用者に電気通信役務を提供することが不可能となる(設備による拘束性)。かつ、不特定多数の利用者が往来する公共的な空間であり、公益上の必要性は相対的に高い。)	「線路」に該当せず ↓ 認可することは不適当 (理由：設置する線路が、その土地等に現在する人を専ら又は主として対象としている場合には、その土地等に現在する人に対し通信の役務を提供するかどうかは、原則として、土地等の権利者の判断に委ねるのが当然。)
	同一構内又は同一の建物内の通信のための線路の設置の場合 (マンション、競技場など)	「線路」に該当 ただし、認可することは不適当 (理由：基本的にマンション管理組合とマンション住民との間等の私的関係において解決が図られるべきもの。)	「線路」に該当せず (理由：同上)

本  
件



出典：<[http://www.soumu.go.jp/s-news/2002/020808\\_4.html](http://www.soumu.go.jp/s-news/2002/020808_4.html)>



### (3) MIS事件に見る「通行権」概念の必要性

本件は、現在の法律に照らして判断する限り、総務省の最終判断(=委員会の判断)に分があると言うしかない。しかし、無線の通行権と有線のそれとが微妙に交錯した、この事件の含意はより深いものがある。それを探ってみよう。

まずは、法体系のあり方である。現在、電気通信設備を規律する法には、電波法・有線電気通信法・電気通信事業法の3法があるが、前2者は事業の用に供するか否かを問わず、およそ電気通信のために用いられる設備一般を律するのに対して、最後のものは事業用の設備について律するものである。つまり前2者が一般法、後者が特別法の関係になり、「特別法が一般法に優先する」という原則に従う。従ってこのケースでは、電気通信事業法に基づいて判断が下されることになり、文理解釈をすれば総務省の判断のようにならざるを得ない。

しかし、かつて分離可能だった事業用の設備と私設設備とが、渾然一体になりつつある(法律的には電波法・有線電気通信法の一般法と、電気通信事業法という特別法の世界とが融合してきた)のも事実である。また無線と有線が一体不可分な形で利用されるようになり、電波法と有線電気通信法を分けていることすら、時代遅れになったということかも知れない。

それでは立法論として、どのように対応したら良いのだろうか? まずは「道路の占用」を自由化し、事業者に限らず手続きを簡素化して可能にしようという案が考えられる。経団連が提案した「第一種電気通信事業者に限らず、電気通信サービスを提供する者には、届け出だけで広く道路占用許可を与える」という案は、私有地はさて置き道路という公有地について、その具体化の一例だと思われる(経団連 2001)<sup>30)</sup>。

しかし、関連法の改正で解決可能な問題でない点にこそ、このケースの深刻さと意義がある。どのような改正を行なおうと、私有地について電気通信設備が設置可能なのは、その場所の排他的使用权(一般的には所有権)を持っている人(法人を含む)と、その人から権利を譲り受けた人に限られる。所有権は憲法でも保障されている近代法の基本的権利で、「公共の福祉」に合致するごく限られた場合のほか、これを強制的に収用することはできない。総務省の判断が、土地の所有者であるJR東日本に見かけ上有利になっているのは、このような背景に基づくものである<sup>31)</sup>。

しかし、「土地の所有権は法令の制限内においてその上下に及ぶ」(民法207条)という原則の下でも、「大深度地下の公共的利用に関する特別措置法」ができたように、無線LANについても特別法を用意する案が考えられる。また民法の原則にかかわらず、上空を通過する飛行機には土地所有者の権利が及ばないように、無線LANの利用電波が所有地を通過しても、その程度は所有者は甘受せよ、というコンセンサスを作る余地はあるだろう(無線LANのアンテナが所有地または建物に設置されても、所有者は甘受せよ、とは言い過ぎのように思うが)。

なお、現在も独占禁止法上のテーマになっている「エッセンシャル・ファシリティ」論を使って、土地(または建物)の所有者は無線LANの設置上、代替可能性が少ない土地または建物を所有している場合は、何らかの基準でこれを相当な対価で使用させなければならない、という義務付け(つまりオープン・アクセスの義務付け)をする案も考

● 脚注

30. 私案として提起中の「電子公衆送信法」の中では、前述の3法を一挙に廃止して私案に統合することを考えたが、電波法の周波数割当のところが残るので一挙に廃止することはできず、とりあえず有線電気通信法だけを廃止する案になっている。

31. この指摘は意外かも知れないが、逆に読者が土地の所有者である場合を考えれば、国は確実に読者の権利を保護してくれていることになる。

えられる。しかし、電話の相互接続のもたらした混乱を考えると、経済学的な見地からコモンズ論を深めた上で、特別立法を考えるのが筋かと思う。

#### (4) 通行権の考え方

前述のとおり技術の動向と世界の大勢は、限定的なコモンズ(コア・コモンズ)を発見しそれを共有化する方向に動いており(Benkler[2001])その流れに乗ることが得策である。有線・無線を問わずコモンズたり得るのは具体的な特定の道路掘削権や周波数帯域(ハード)ではなく、それを利用した通信目的の利用権(ソフト)である。この利用権(right of way)<sup>32)</sup>をハードから切り離し(アンバンドル)、自由利用できる制度を設計すべきである。

ところが有体物を中心とした現在の法体系では、無形の「通行権」は何らかの形で有体物に体化したものとして扱われている。前述のMIS事件で「線路」というハードが問題になったのは、そのためである。今後はハードを扱うのではなく、「通行権」そのものを扱う立法が必要であろう。

この両者を混同し、利用権を得て設備投資をした者にその設備を競業者に安価で賃貸せよと命ずるのは、経済学的にはディスインセンティブであり、法学的には所有権の不当な収用(taking)である。つまるところ(少なくとも日本の)道路占用許可や周波数の割当が、既存の事業者に着しく有利に働き(前者における「公益事業特権」<sup>33)</sup>、後者における「C&C方式」)、参入障壁となっている点を抜本的に改善することが、コモンズ化への第一歩となる。ここで「官営経済」の日本では、次の2つの点に留意が必要であろう。

1つはまず、コモンズとなるべき部分を管理している者には、それを利用した設備を自ら設置することを禁ずるという「アンバンドル」規制である。旧建設省による光ファイバーの建設は、順調にいったが全く利用されていない。これは需要との接点と責任が無い官庁が、公共事業的感覚でビジネスを行なうと、無駄が生ずるばかりという証左である。旧郵政省がMCA無線を推進しようとして、財団を作っても機能しなかったことも同様である。管理者は権利の管理のみを行ない、権利を活かしたビジネスは民に任せるべきである<sup>34)</sup>。

第2のより重要な論点は、コモンズ化が可能であるとの前提の下で、できるだけ透明な利用手順(完全自由利用、先着順、オークションなど)を定めるべきことである。無線系については完全自由利用が可能はずであるから、国際協調上必要な帯域の割当(allocation)は必要最小限にし、なるべく多くの帯域を直ちに自由利用とすべきである。(ただし自由利用を妨げる行為については、従来以上の厳罰を持って対処することと対である。)つまりassignment不要とすべきである。一方有線系のright of wayは、公益事業者に限らず通信に利用しようとする者には広く認めるべきであるが、無線系の場合ほど自由に利用できない地域などがあれば、先着順・オークションなど要は透明な方法によることとし、権利を管理している者の裁量は最小限にすべきである。また「通行権」を証券化して、転々流通を可能にすれば、ハードとソフトが別物であることを明確にでき

#### 脚注

32. Right of way「通行権」(イ)他人の土地の一部を通行しうる権利。地役権(easement)の一種である。発生原因には、明示の設定行為による場合、土地所有者の黙示の承認による場合、慣習もしくは法律の規定による場合等がある。(ロ)鉄道については、他人の土地の一部を通行しうる権利のほか、道床が構築されている他人の土地そのものを指すことがある。(ハ)道路交通または海上交通における優先通行権を意味することもある(鴻・北沢[2000])。

33. ケーブル・テレビ(CATV)事業は、電気通信事業と同程度に公益性を有すると思われるが、歴史的経緯もあり、公益事業特権を与えられていない。前出の経団連[2001]提言で最初に利益を受けるのは、CATVであろう。

34. 「上下分離」に早くから注目され、数々の貴重な提言をされている鬼木教授も、官の非効率に対する警戒心が弱いように思われる(鬼木[2002a][2002b])。この点が、私と意見を異にする最大のポイントである。

るだけでなく、参入や撤退を容易にする効果もあろう。

しかし現状では、right of wayの付与方式が官僚の手に握られていてコストが不明であるため、公平か否かを判断することすらできない。この壁を突き崩すことが、コモンス化へ進む第一歩となる。このような意味では、できるだけ早期に電波のコモンス化を行ない、その成果をベースに有線系の通行権の改革に進むことが現実的と思われる。したがって先に提案した「電子公衆送信法(案)」には、さしむき現行電気通信事業法の73条~78条の合計6条を加えることにしたい。

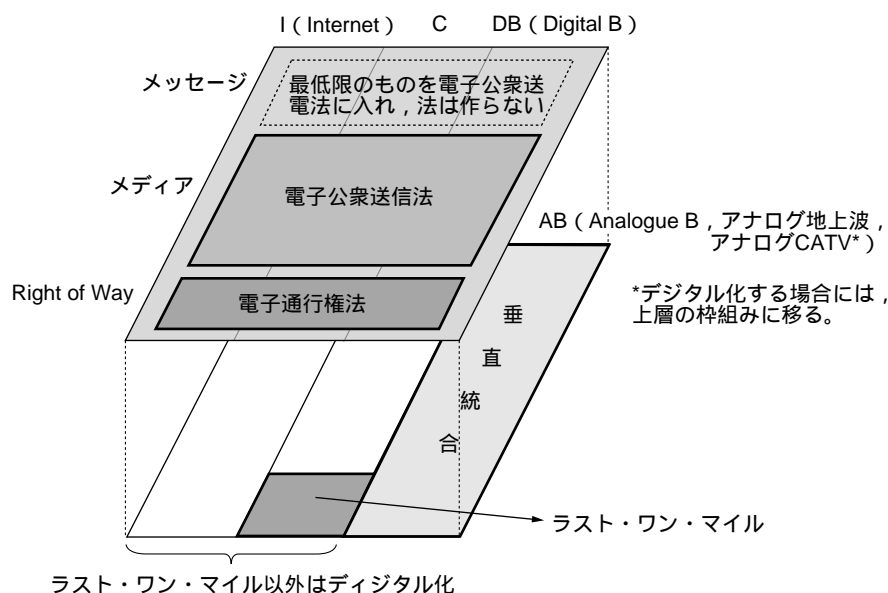
## ▶ 7 アナログ法制とデジタル法制

かくして曲りなりにも法案の骨組みはできたが、問題は山積している。とりわけ私が提示したのは、先のD案における「電子メディア共通法」と「通行権法」の部分で、「電子メッセージ」については憲法の言論の自由などに任せておけば十分なのか否か、については未提案のままである。憲法学者から「最低限の規律」を求めてモデル法を作る意図はわかるが、それが「より多くの規律」を導入するきっかけになるのではないか、という懸念が表明されるのは、当然のことと言えよう(松井[2002])。

しかし法案の骨子を提示して、各方面との議論を深めるにつれ(とりわけアメリカの友人達との対話によって)、おぼろげながらも次の検討課題が浮かび上がってきた。それを図表5によって説明しよう。

まず本図には、端末(Customer Premises Equipment =CPE)が描かれていない。この部分はまったく「非規制」であり、今後も「非規制」を維持すべきである。「電子公衆送信法」は、設備やコンテンツがデジタル化された状態にのみ適用し、アナログ設備については、従来どおりの法体系を適用する。つまり法体系が2階建てとなり、デジタル化に伴って1階から2階に上がってくる形を取る。このことはデジタル化のテンポが遅い放送事業にとって、とくに重大な意味がある。

図表5 3次元D案



「電子通行権法」とは、電磁波（無線の場合）や道路や電柱・管路（有線の場合）などの何らかの媒体を前提とするが、それらとは法律的には切り離された、パッチャルな利用権を設定するための新たな法律である。したがって図の外部に、民法における物権や債権の規定、あるいは道路法における「道路占用」などの規定が前提とされている。

無線系の「通行権」は周波数の割当てと同一視されてきたが、従来は不可能とされていたライセンス・フリーな利用や、オーバーレイ方式など新たな技術開発の成果を積極的に採り入れ、出力規制など全く別の観点からの規制に模様替えすべきである。

有線系の通行権のうち道路占用許可については、電子公衆送信管理委員会に「相互接続義務を無差別に負う」旨届け出た者は、自動的に「公益事業特権」を得ることとすれば、一歩前進である（経済団体連合会 [2001]）。私有地の扱いについては、立法措置により「通行権」を法定するとともに、有体物に対する所有権などと分離して債権化（証券化）する方法を考案すべきである。

「メッセージ共通法」は、言論の自由を最大限守るとの立場から、（必要としても）最少限のものに限定すべきである。検討すべきは、番組編集準則を適用すべき「放送」とはどの範囲のものか。CATVにおいて「must-carry」と「may-carry」の原則をどのように適用するか、の2点に絞られよう。

私の案は基本的に設備規制であって、サービス規制は「重要通信の確保」と「必需サービス」（旧来のユニバーサル・サービスのこと。ただし放送も含む）しか考えていない。しかし、EU・アメリカともに、サービス層に何らかの規制が必要だという考え方に立っているかに見える。とくに「プロトコルあるいは技術標準」「CASあるいはプラットフォーム・ビジネス」「電子商取引のための認証」などの機能について、市場原理に任せるのか、何らかの公的関与が必要なのか、は議論が不十分である。しかし通信業界がワールド・コム・ショックから立ち直れず、放送業界も地上波テレビのデジタル化の前で逡巡している現状では、なおしばらくは市場の立ち直りを待つしかないように思われる。

---

## 参考文献

- IT戦略本部 [1999] 「IT分野の規制改革の方向性」IT関連規制改革専門調査会、<<http://www.kantei.go.jp/jp/it/network/dai8/8siryu.html>>
- 池田信夫・林紘一郎 [2002] 「通信政策：ネットワークにおける所有権とコモンズ」奥野正寛・竹村彰通・新宅純二郎（編著）『電子社会と市場経済』新世社
- 鴻常夫・北沢正啓（編）[2000] 『英米商事法辞典』商事法務研究会
- 鬼木甫 [1996] 『情報ハイウェイ建設のエコノミクス』日本評論社
- 鬼木甫 [2002a] 『電波資源のエコノミクス—米国の周波数オークション』現代図書
- 鬼木甫 [2002b] 『インフラレベルから見た通信と放送の融合—上下分離による競争環境の整備について』ITME Discussion Paper No.103 東京大学経済学部
- 経済団体連合会 [2001] 「IT分野の競争政策と新通信法（競争促進法）の骨子」経済団体連合会（12月18日）<<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2001/061/index.html>>
- 園部敏・植村栄治 [1960] 『交通法・通信法（新版）』有斐閣 法律学全集15-
- 高辻正巳・吉国一郎・角田礼次郎・茂串俊・味村治・工藤敦夫・大出峻郎・大森政輔（編）[1996] 『法令用語辞典（第7次改定版）』学陽書房
- 電気通信法制研究会 [1987] 『逐条解説：電気通信事業法』第一法規出版
- 日本経済団体連合会 [2002] 「電波の有効利用に向けて」日本経済団体連合会（12月17日）
- 林紘一郎 [1998] 『ネットワーキング—情報社会の経済学』NTT出版
- 林紘一郎 [2000a] 「包括メディア産業法の構想」『メディア・コミュニケーション』慶応義塾大学メディア・コミュニケーション研究所
- 林紘一郎 [2000b] 「放送はフツ—の産業になれ」『情報通信アウトlook2000』NTT出版



- 林紘一郎 [2000c] 「著作権とメディア融合法と」『通産ジャーナル』11月号, 通商産業調査会
- 林紘一郎 [2002a] 「自由なメディアの危機」『朝日新聞』「ねっとアゴラ」欄, 2月1日付
- 林紘一郎 [2002b] 「電子メディア共通法としての電子公衆送信法(案)」『メディア・コミュニケーション』慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所
- 林紘一郎 [2002c] 「インターネットと非規制政策」林・池田 [2002a] 所収
- 林紘一郎 [2000d] 「通信・放送分野における競争政策上の諸問題」『法とコンピュータ』第20号, 法とコンピュータ学会
- 林紘一郎・池田信夫(編著)[2002a] 『ブロードバンド時代の制度設計』東洋経済新報社
- 林紘一郎・池田信夫 [2002b] 「通信ネットワークにおける所有権とコモンズ」『Computer Today』No.112
- 山田肇・池田信夫 [2002] 「次世代インターネットの基盤」林・池田 [2002] 所収
- 松井茂記 [2002] 『インターネットと憲法』岩波書店
- Baran, Paul [1964] "On Distributed Communications" RAXD Corporation
- Benkler, Yochai [2001] "Property, Commons, and the First Amendment: Toward a Core Common Infrastructure" <<http://www/law/nyu.edu/benklery/White Paper.pdf>>
- Cave, Martin [2002] "Review of Radio Spectrum Management" Department of Trade and Industry
- Coase, Ronald H. [1959] "The Federal Communications Commission" "Journal of Law and Economics" No.2
- Federal Communications Commission (FCC) [2002a] "Spectrum Policy Task Force Report" ET Docket NO.02-135
- Federal Communications Commission (FCC) [2002b] "A Proposal for a Rapid Transition to Market Allocation of Spectrum" OPP Working Paper No.38
- Hardin, G. [1968] "The Tragedy of Commons" "Science" 162
- Heller, M. A. [1998] "The Tragedy of Anti-commons" "Harvard Law Review" 111
- Pool, Ithiel de Sola [1983] "Technology of Freedom" Harvard Univ. Press 堀部政男(監訳)[1988] 『自由のためのテクノロジー』東京大学出版会

(林 紘一郎 慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所教授)