

【コメント】

独禁法におけるソフトローの概略⁽¹⁾

白石 忠志

かりに裁判所において判断されることとなってもエンフォースされないルールを通用させている場合の当該ルールを「ソフトロー」と呼ぶのであるとすれば、大久保直樹報告は、独禁法におけるソフトローの一翼を担う「警告」の1つの事案について、多角的にアプローチしたもの、ということができる。独禁法においては、価格協定や入札談合のように、違反か否かが比較的明瞭(「クリアカット」)である違反行為類型と、大久保報告が取り上げたコナミ事件⁽²⁾で登場する取引拒絶のように、違反か否かの判断が難しい(「グレーゾーン」)違反行為類型とが存在する。そして、グレーゾーンの行為類型については、いまだ、十分な違反要件論が戦わされず、公取委も手探りで落としどころを求めているのが実情である。したがって、グレーのなかでもどちらかという黒に近いと言いやすい事例は正式の事件とされるものの、真にグレーの事件については、「警告」という、非公式で、それ自体の取消しを裁判所に請求されないような手法によって、事実関係を必ずしも明確にすることなく、また、そこに適用されたルールを十二分に明確にすることなく、意見表明がおこなわれることがある。大久保報告は、そのようなコナミ事件警告について、公取委報道発表が残したわずかな痕跡を頼りに、どのようなルールが妥当すると公取委は考えたのか、それは裁判所でエンフォースされるようなものか、ということを明らかにするための前提を提供しようとするものであった。

独禁法におけるソフトローは、もとより、「警告」によるものだけではない。

まず、個別の事件を念頭に置かずに「ガイドライン」を策定する、という手法がある。公取委がそこに示した独禁法解釈も、もとより裁判所でエンフォースされる保障のないものであるが、さらにソフトローの観点から興味深いのは、「問題となる行為」のほかに「望ましい行為」がガイドラインに掲げられることがある、という点である。いくつかの例があるが、特に、「適正な電力取引に

ついでに「問題となる行為」のほかに「望ましい行為」を掲げている好例である⁽³⁾。「望ましい行為」は、ゴルフでいうフェアウェイに警えられる。すなわち、それを外したからといって直ちにOB（違反）であるということではないが、しかし、なるべくそこをキープすることが望まれる、ということである。電力会社の他者排除行為という、まさに上記「グレーゾーン」の行為類型について、裁判所においてエンフォースされると公取委や経済産業省が期待するルールを超えて、電力会社に対して一定のことを求めようとしている、ということになる。グレーゾーンの問題については、そのような手法を採ったほうが、好むと好まざるとにかかわらず、明確な基準を示しやすい、という事情もある。

次に、個別の案件の処理に移ると、まず、事前相談に対する公取委の回答を挙げることができる。ここでも、まず、「独禁法違反」ではなく、「独禁法に違反するおそれ」があるということ伝えて再び計画を練り直したうえで相談するよう促す、という意味で、「違反するおそれ」という、それ自体としては裁判所でエンフォースされないルールが妥当している⁽⁴⁾。また、相談者が練り直した計画が改めて相談され公取委がそれを認めた場合、そのような新たな計画で新たに付加された部分が「承認条件」と呼ばれることがあるが、これも、公取委が排除措置命令で命じ得る（裁判所で司法審査を受けても是認される）ものとは限らない。公取委は、あくまで、みずから条件を付けるのではなく、「違反のおそれ」の有無のみを回答するのであって、練り直しは相談者の側でおこなうのである、という建前をとっている。そこでは、法律上の正式な排除措置命令では命じ得ないような内容の「承認条件」が付けられることも、論理的には、あり得ることになる。もちろん、排除措置命令の内容それ自体が裁判所で争われることが多くないため、どの範囲までが裁判所でエンフォースされ得るかということ自体が、不明確であることにも留意する必要がある。

さらに、個別事件の関係では、コナミ事件のように「警告」に至らないまでも、「△△株式会社の独禁法違反被疑事件の処理について」といった報道発表を公取委がおこない、それに付随して、公取委が、パブリックコメントにもかけられない「考え方」という一般論をあわせて公表することがある⁽⁵⁾。これも、パブリックコメントの対象となるガイドラインに示された公取委の独禁法解釈よりもますます、裁判所でエンフォースされる可能性が相対的に小さいものであ

るが、しかし、関係者および関係業界に一定のインパクトを与えるものであろう。

また、「被疑事件の処理について」か「警告」かあるいは法律上の正式事件であるかを問わず、独禁法違反か否かが問題となった者とは異なり独禁法違反か否かが問題となっていない関係者に対し、「要請」や「指摘」ということを、公取委がおこなうことがある。これらのなかには、昂ずれば独禁法違反となるかもしれないものが含まれる場合もないわけではないが⁽⁶⁾、独禁法違反となり得ないと考えられている立場にある者（たとえば監督官庁や発注官庁等）を相手方とする場合もある⁽⁷⁾。これもやはり、独禁法上のソフトローの1つの形態と言えるだろう。

これらの全貌を明らかにすることは大きな課題であり、大久保報告は、その第1歩を、記そうと試みたものである。独禁法をめぐる規範は、他の法分野との比較においては、いまだ、法的説得性という観点からのメスが十分に入っていない。最近では、それに対する問題意識がしばしば指摘されるようになったところであるが、さらに今後の展開が注目される。

- (1) シンポジウム当日、私のコメントは事情によりごく短時間でおこなわれ、そして、そのあとの神田秀樹教授による総括的発言（本誌57頁参照）は非常に示唆に富むものであった。本稿は、神田総括に触発されたところを盛り込んで執筆しており、そのために、当日の口頭による私のコメントとはかなり異なるものであるので、予めお断りしておきたい。
- (2) 公正取引委員会「コナミ株式会社に対する警告等について」（平成15年4月22日）。
- (3) 公正取引委員会・経済産業省「適正な電力取引についての指針」（最終改定：平成17年5月20日）。平成11年に公表された最初の電力ガイドライン以来、「望ましい行為」の記述が見られる。詳しくは、白石忠志「事業法と独禁法の共同ガイドライン」中里実＝石黒一憲（編著）『電子社会と法システム』（新世社、平成14年）。
- (4) 企業結合の事前相談に対して問題がある旨の回答がなされた例として、やや以前の有名なものでは日本航空・日本エアシステムの事例（平成14年3月15日）、最近では、東海カーボンと三菱化学の事例（平成17年1月24日）、PSジャパンと大日本インキ化学工業の事例（平成17年4月1日）、などがあり、いずれも、違反の「おそれがある」という結論となっている。
- (5) 最近の例として、公正取引委員会「キヤノン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」（平成16年10月21日）に添付された、「レーザープリンタに装着されるトナーカートリッジへのICチップの搭載とトナーカートリッジの再生利用に関する独占禁止法上の考え方」がある。

- (6) 一例として、コナミ事件に登場した日本野球機構に対する「要請」がある。
- (7) 発注者への要請の例として、松下電器産業への警告（平成16年12月14日）に伴う警察庁への要請、日本道路公団発注情報表示工事談合に関する勧告（平成17年4月7日）に伴う日本道路公団への要請，などがある。