

公正取引委員会の事前相談制度について  
ソフトロー形成の観点からの考察

山中藍子  
東京大学大学院法学政治学研究科

2005年3月

## 目次

1	はじめに .....	2
2	公正取引委員会によるソフトロー形成と事前相談制度の概要 .....	3
2 - 1	独禁法上の公表権 公表の一般的な法的根拠 .....	3
2 - 2	事前相談制度についての閣議決定に基づく各行政庁共通の枠組み .....	3
2 - 3	公取委の事前相談制度 .....	4
2 - 3 - 1	一般事前相談制度 .....	4
2 - 3 - 2	企業結合事前相談制度 .....	6
3	いくつかの論点の検討 .....	6
3 - 1	非公式な事前相談の存在 .....	6
3 - 2	事前相談制度と相談の任意公開の違い ソフトロー形成の観点から .....	8
3 - 3	「公表」の意味 .....	9
3 - 4	「法的措置」の範囲 .....	9
3 - 5	「仮定」の事例も対象とするべきか .....	10
3 - 6	公取委によるソフトローは、どの程度ソフトローとしての力を持つか .....	10
4	おわりに .....	11

### 1 はじめに

「裁判所によって履行が確保されないが、拘束力を持って世の中に存在するルール」を「ソフトロー」として定義する時<sup>1</sup>、「行政による事前相談回答」もソフトローの範囲に入る<sup>2</sup>。本稿では、行政の事前相談制度の1つである公正取引委員会（以下「公取委」）の事前相談制度について検討する。

現在の独禁法のエンフォースメントは、公取委中心に行なわれている<sup>3</sup>。公取委の判断は決して裁判所を拘束するわけではない。だが、現在、多くの企業は予防法務に力をいれており、公取委の判断はその意味で重要である。公取委の考え方は、事前相談制度回

<sup>1</sup> 本 COE プログラムでは、このようなソフトローの定義に従い、研究報告がなされている。

<sup>2</sup> いわゆるノー・アクションレター制度の行政庁の回答の行為規範性から「事実上の法源」としての地位を占める可能性も指摘されている（笠井修・高山佳奈子「ノー・アクションレター制度に対する信頼と民・刑事責任（1）」NBL720号（2001年）8頁）。これは、まさに行政庁の回答が「ソフトロー」として機能することを指摘していると言える。

<sup>3</sup> いわゆる公取委中心主義。根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）287頁。ただし、私人による差止請求訴訟（独禁法24条）など、裁判所に判断が持ち込まれるケースも近年増加している。

答も含め、様々な形で広く公開されている<sup>4</sup>。ソフトローの観点からは「ルール」として非常に大きな存在であると言える<sup>5</sup>。

## 2 公正取引委員会によるソフトロー形成と事前相談制度の概要

公取委によるソフトロー形成に重要な役割を果たす制度が、事前相談制度と公取委の考え方の公表である。ここでは、公取委による様々な考え方の公表と事前相談制度について、概観する。

### 2 - 1 独禁法上の公表権 公表の一般的な法的根拠

独禁法 43 条は、公取委が独禁法の適正な運用に必要な事項に関して公表できることを定めている<sup>6</sup>。これは「公表権」と呼ばれ、各種ガイドラインや事案処理結果の回答は、この公表権をもとに公表されている<sup>7</sup>。ガイドラインや「についての考え方」と題する文書は一般的なソフトローとして作用する一方、個別事案に関わるものは、それが積み重なることでソフトローとして作用すると言うことができる。もっとも、両者の区別は相対的なものである。

いずれにしても、この公表権の存在が、ソフトロー形成に大きな意味を持っている。

### 2 - 2 事前相談制度についての閣議決定に基づく各行政庁共通の枠組み

平成 13 年 1 月 22 日の「e-Japan 戦略」に従い、平成 13 年 3 月 27 日「行政機関による法令適用事前確認手続きの導入について」が閣議決定された（平成 16 年 3 月 19 日に適用対象の拡大改訂、以下「閣議決定」<sup>8</sup>）。閣議決定による枠組みの指針は、以下の通りである。

対象は、民間企業等の事業活動に係る法令であり、違反が罰則の対象となる条文と不利益処分の根拠となる条文である。照会手続では、将来自らが行おうとする行為に係る個別具体的な事実を書面により示すことが求められ、申請時に公表に同意していることが必要となる。その上で、行政庁は、原則 30 日以内に書面で回答する。回答の際は「捜査機関や司法判断を拘束しうるものではない」旨を明示する。回答を行わないこと

<sup>4</sup> 公取委は、行政庁の中では情報発信（「広報」）機能が発達しており、研究・教育のしやすさという面では裁判所（裁判例の公表）に類すると指摘されている（白石忠志「公取委の広報について」公正取引 630 号（2003 年）19 頁）。この点は、公取委によるソフトロー形成が進んできたことにも関係する。

<sup>5</sup> 特にガイドラインに関して、裁判所を拘束するルールではないにも関わらず、あたかも法律であるかの扱い方をされ、裁判所の判決の中でさえガイドラインに引きずられたものが存在するという実態が批判的に指摘されている（白石忠志『独禁法講義〔第 2 版〕』164 頁）。それだけソフトローに支配されている面が大きいと言える。

<sup>6</sup> 行政手続法 12 条（不利益処分基準を公にする努力義務）は、独禁法 70 条の 2 により適用除外とされている。

<sup>7</sup> 今村成和他編『注解経済法〔上巻〕』（青林書院、1985 年）572 頁〔菊池元一執筆〕、丹宗暁信・岸井大太郎『独占禁止手続法』（有斐閣、2002 年）89 頁〔高橋滋執筆〕。この公表は、制裁目的の公表ではなく、情報提供目的の公表と位置付けられているようである。

<sup>8</sup> 総務省 HP（<http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/houteki.htm>）参照。

もできる。回答内容は、情報公開法の不開示事由に該当する事項を除き、原則として回答から 30 日以内に公表される。

現在、この閣議決定に基づき、対象となる所管法令を持つ全ての省庁が、事前確認手続を導入している<sup>9</sup>。ただ、閣議決定の定める範囲に限定されず、広く所管法令について事前確認手続の対象としている省庁が多い。

この制度のモデルとされたのは、アメリカ証券取引委員会（SEC）のノー・アクションレター制度のようである<sup>10</sup>。

## 2 - 3 公取委の事前相談制度

公取委は、前述の平成 13 年閣議決定の後、従前から各種ガイドラインの中で設けていた事前相談制度を一本化した。所管する独禁法・下請法・景表法について、広い事前相談制度を設けている。

公取委の事前相談制度は 2 つある。1 つは「事業者等の活動に係る事前相談制度」（平成 13 年 10 月 1 日、以下「一般事前相談制度」）に基づく事前相談制度であり、もう 1 つは「企業結合計画に関する事前相談に対する対応方針」（平成 14 年 12 月 11 日、以下「企業結合事前相談制度」）に基づく事前相談制度である。後者は、企業結合規制を対象として、事前届出手続の前に置かれたものであり、前者はそれ以外をカバーする一般的な事前相談制度である。事前相談制度による回答は、事実行為（情報提供）であるとされている<sup>11</sup>。

### 2 - 3 - 1 一般事前相談制度

一般事前相談制度は、申請時に公表への同意を要件とする点、書面により回答する点、回答期間を原則 30 日とする点は、閣議決定の枠組みに従っている。

閣議決定の枠組みと比較して特徴的な点は 2 つある。第 1 に、回答の「効果」が明示されている。つまり、相談内容の通りである限り「法的措置を取らない」ことが約束される。閣議決定の枠組みでは、照会者が確認を希望する法令の適用対象となるかならないかを回答するのが基本であり「法的措置を取らない」と約束する形ではない。

---

<sup>9</sup> 「電子政府の総合窓口」HP から、各省庁の事前確認手続制度のページにリンクされている（[http://www.e-gov.go.jp/link/no\\_action\\_letter.html](http://www.e-gov.go.jp/link/no_action_letter.html)）。

総務省による実施状況調査結果がこれまでに 3 回（平成 13・14・15 年度）公表されている。（[http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/tetuduki\\_04\\_02.html](http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/tetuduki_04_02.html)）

なお、財務省・国税庁は「文書回答手続」を定めている。これは、取引後・納税申告前に、税務上の取扱いが正しいかどうか、個別に照会できる制度である（ソフトローの観点から論じるものとして、増井良啓「租税法の形成におけるアドバンス・ルーリングの役割」COE ディスカッションペーパーシリーズ 2005-1（2005 年））。文書回答手続は閣議決定に基づくものとは別の位置付けにあるようである。

<sup>10</sup> 米国 SEC のノー・アクションレター制度を分析し、日本での制度導入を提言するものとして、常岡孝好「法令解釈照会制度と不問通知（no-action letter）」『公法学の法と政策（下）』（2000 年、有斐閣）445 頁。公取委の事前相談制度は、日本における類似制度の先例であると指摘・評価されている（同 447 頁）。

<sup>11</sup> 公取委「『事業者等の活動に係る事前相談制度』の公表について」（平成 14 年 12 月 11 日）別紙（パブリックコメントに対する公取委の考え方）5 頁。

第 2 に、「回答撤回」の手続きを定めている。これは、回答時点では問題ない行為でも、その後の市場状況の変化等、相談者の行為によらない事情により、問題となりうる可能性があるからである。排除措置命令等の法的措置を取る必要が生じた場合には、回答撤回の上、合理的な期間を置いて法的措置を取ることとされている。回答撤回の手続きを定めたものは他省庁の制度では見当たらない<sup>12</sup>。

回答を公表しない場合について、独禁法 43 条の「競争者の秘密を除いて」という制限<sup>13</sup>に加え、一般事前相談制度には情報公開法の不開示事由に該当する場合という制限が設けられている。特に、同法 5 条 2 号イ「公表により競争上の地位を害するおそれのあるもの」、及び 8 条の存否応答拒否に当たる場合<sup>14</sup>が考えられる。

一般事前相談制度について、公取委が統計データとして公表する回答実績および相談件数は、以下の通りである（相談件数データは、事業者団体からの相談も含む。平成 13 年度の相談件数は、一般事前相談制度導入前の相談も含む）<sup>15</sup>。相談件数は、その公表率の低さからも、一般事前相談制度によらない相談も含んでいると予想される。

	回答件数	相談件数
平成 13 年度	4 件	1,892 件
平成 14 年度	4 件	1,582 件
平成 15 年度	4 件	1,583 件

一般事前相談制度による相談の回答は、公取委ホームページで公表されている<sup>16</sup>。また、他の事業者等の参考になるとと思われる事例の概要をまとめた『相談事例集』<sup>17</sup>が作

<sup>12</sup> 各省庁 HP による。ただ、厚生労働省・国土交通省・環境省は、事前相談制度による回答後に取扱いを変更する場合の公表努力義務を定める。

<sup>13</sup> 企業秘密の開示はできないと考えられている（今村他・前掲注 7・573 頁〔菊池元一執筆〕）。昭和 52 年改正時には、公表の対象から除外される「事業者の秘密」は、公知の事実でないこと、法律上保護に値すると客観的に認められる秘密であること、事業者が秘密とする意思のあること、の 3 要件を総合的に判断するとされた。

これは、不競法で保護される営業秘密とほぼ同じと言える（不競法 2 条 4 項は、秘密管理性・非公知性・有用性を要件とする。田村善之『不正競争法概説〔第 2 版〕』（有斐閣、2003 年）328 頁以下）。独禁法 43 条の「事業者の秘密」と不競法上の営業秘密との対応関係は明らかでない。立法的には、両者の保護範囲関係を明らかにすべきだと考えられる。

<sup>14</sup> 8 条による存否応答拒否の例として「特定企業を名指しして新商品の認可申請書の開示を請求することにより、特定企業の企業戦略が競争企業に知られ、競争上の地位を侵害することがありうる」と指摘されている（宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説〔第 2 版〕』（有斐閣、2004 年）82 頁）。独禁法の前相談制度回答は、認可申請書とは異なるが、特定企業の企業戦略が競争企業に知られる弊害としては同じことと言える。

<sup>15</sup> データは、前掲注 9・総務省「実施状況調査結果」、公取委「『独占禁止法に関する相談事例集』の作成・公表について」（平成 16 年 6 月 15 日）、公取委 HP「事前相談制度に係る回答一覧」、平成 15 年度公正取引委員会年次報告書（平成 16 年 9 月 24 日）204～205 頁から、作成した。

<sup>16</sup> 「事前相談制度に係る回答一覧」公取委 HP（<http://www.jftc.go.jp/jizen/soudan.htm>）。現在のところ、平成 15 年度分までを時系列で掲載している。

<sup>17</sup> <http://www.jftc.go.jp/pressrelease/soudanjirei.htm>

成・公表されている。『相談事例集』には、一般事前相談制度による回答も含む。

### 2 - 3 - 2 企業結合事前相談制度

大部分の企業結合規制では、事前届出制が採用されている。これは、いったん行われると原状回復が難しい企業結合（典型的には合併）について、問題となりそうな行為はできるだけ早い段階で指摘されるほうが事業者にとってもよい、という考え方による。この事前届出手続の前に、事前相談制度が置かれている<sup>18</sup>。基本的には、一般事前相談制度と同様の手続であり、以下、異なる点のみを指摘する。

企業結合事前相談制度では、審査が2段階になっている。原則30日以内に回答する「書面審査」と、その後必要に応じて行いさらに90日以内に回答する「詳細審査」である。書面審査が終わった段階で、詳細審査に入る旨の公表がなされる。

また、事前相談の前に、企業結合ガイドラインや提出資料の内容について等、事前に照会できることが明示されている。

企業結合事前相談事例は、個別に公表されるだけでなく、平成5年度から毎年その年の主要な企業結合事例を集めた『企業結合事例集』としてまとめられている<sup>19</sup>。

これらの公表資料を参照すると、問題なしとされた事案、当初の計画では問題があるが、その後当事会社が提示した以下の条件の下ならば問題ないと事案がある。そして、問題を指摘されたために企業結合を断念した事案が公表されることもある<sup>20</sup>。

の種類の事案について、当事会社の提示する条件の内容は、公取委が示唆したものも含みうる。だが公取委は、これは行政指導ではないと考えているようである<sup>21</sup>。ただ、事前届出の事前相談内容は、「計画」に盛り込むことを通じて、実行が間接的に強制される<sup>22</sup>。

## 3 いくつかの論点の検討

以下では、公取委の事前相談制度を中心にいくつかの問題点を指摘し、検討する。特に、現在、相当程度機能していると思われる国税庁の文書回答手続及び相談事例公表との構造上の簡単な比較を試みる。

### 3 - 1 非公式な事前相談の存在

事前相談制度手続によらない相談も存在することが、明示的に示されている<sup>23</sup>。一般事

<sup>18</sup> 事前届出制がとられていない企業結合事例についても、事前相談は可能であると考えられる。

<sup>19</sup> <http://www.jftc.go.jp/ma/jirei.htm> 参照。

<sup>20</sup> 最近の事例として「東海カーボン株式会社と三菱化学株式会社のカーボンブラック事業の統合について」（平成17年1月24日）。これは、書面審査に加えて詳細審査が行われていた事案である。

<sup>21</sup> 白石・前掲注5・162頁。ただし、行政手続法32条との関係では、疑問の余地が残る。

<sup>22</sup> 白石・前掲注5・162頁

<sup>23</sup> 他省庁でも、事前相談制度の中に明示はされていないものの、いわゆる「原課への相談」という形で一般的相談が存在することは間違いない。公表される事前相談制度と、非公式な一般的相談の2本立ての状況にあるという点では、公取委も他省庁も同じである。

前相談制度の「1 趣旨」には「本制度によらない一般的な相談については、従来と同様に取り扱いすることとする」とあるからである。例えば、公表に同意できない場合や、「仮定」の事案については、この一般的相談によることとなる。この場合、相談者は、回答期限も不明確な上、書面での回答も確約されないというデメリットがある一方で、公表したくない事項は隠すことができる。

そもそも、いわゆる日本版ノー・アクションレター制度は、従来の一般的相談と比較した場合、個別性（特定の個別案件に対する法令適用についての行政見解を示す）、文書性、明確な期限性（回答期限についての予見可能性）、原則回答性（回答を行わない要件が限定的）、事後的公表による規範性（照会内容と同様あるいは類似した事業活動を計画する他の事業者の活動に資する）という、5つの特性があると指摘されている<sup>24</sup>。公取委の「一般的な相談」は、この5つの特性のどこまで満たしているのかは定かではない。

ではなぜ相談件数は多いのに、事前相談制度に従い公表される件数が少ないのか。背景事情として一つ考えられるのは、「取引行為前に公表されることへの抵抗感」があるのではないかと考えられる。つまり、非開示事由該当の事例が多いというよりは、そもそも一般事前相談制度により相談する事例が少ないと推測される。一般事前相談制度では、企業秘密に当たる事柄の公表はしないこととなっているが、それでも、ビジネスの命とも言えるノウハウ的な部分が、例え事業者名を匿名にする等の配慮がなされても、実際に行う前に公表される可能性があることは、行政庁の法的措置が取られることはないことが確約されるメリットと天秤にかけても、企業に事前相談制度により相談することをためらわせてしまうのではないだろうか<sup>25・26</sup>。

この点が、導入後、比較的短期間のうちに事例が蓄積している国税庁の文書回答制度との違いではないかと考えられる。国税庁は、取引後・課税前に相談するため、取引ノウハウを事前に公表される心配がないからである。

また、事例を分析する際に、対消費者取引か、事業者間取引か、と言った違いに着目する必要もあるだろう。対消費者取引は、一度行えば取引ノウハウが開示されるが、事

<sup>24</sup> 山崎琢夫・溝口俊徳・中原廣道「経済産業省におけるノーアクションレター制度とその実績」NBL734号（2002年）31頁

<sup>25</sup> 独禁法に関する「公表への抵抗感」が示されているものとして、公取委・前掲注11・別紙1～2頁、6頁。

独禁法以外の事前相談制度について、遠藤博志「インサイダー取引規制に関する企業の意識 日本経団連のアンケート調査結果の概要」商事法務1679号（2003年）18頁によると、金融庁のノー・アクションレター制度について「個々の株式売買の状況が公表されることには抵抗感が強いので、個々の取引が特定できないような制度とすべき」という意見があったとされている。また、総務省・前掲注9「実施状況調査結果（平成14年度）」（平成15年6月20日）では、手続が活用されていないと考えている省庁の意見として「電話等による照会に原課が随時対応している」ことをあげる。断片的ではあるが、「事業者の公表への抵抗感」を垣間見ることができる。

<sup>26</sup> 常岡・前掲注10・465頁では、回答内容の一定期間非公開の取扱いを、照会者の正当な競争上の利益に配慮していると評価する。確かにそのような側面もあると言えるが、特に事業者間で繰り返される取引は、他の競争者にその取引内容が分からないようにされることが多いと思われ（契約上、契約内容の守秘義務が課されることもあるだろう）、競争上の利益が十分保護されるとは言えない。

業者間取引は相対的に開示度が低いいため、対消費者取引ほど事前相談制度による公表への抵抗感が低くなるという仮説を立てることができるからである。

以上をまとめると、「公表」という要素が事前相談制度を用いる際のネックになっていると言えるが、一方で「公表」は事前相談制度（さらに一般的に言えば行政庁の裁量）の透明性確保とソフトロー形成に必要な基本要素であるところに、ジレンマが存在すると言える。

### 3 - 2 事前相談制度と相談の任意公開の違い ソフトロー形成の観点から

事前相談制度による回答であるか、非公式の一般的な相談が何らかの形で公表されているのか（事前相談集に取り上げられる、一般論としてガイドラインに盛り込まれる等<sup>27)</sup>、この違いは、ソフトロー形成の観点から結論に違いをもたらすか。

ソフトローの観点から分析する場合、当該個別案件の回答の枠を超え、回答の公表とその蓄積により一般的な規範として作用することに着目している。制度による回答か、行政庁任意（裁量による）の公開かは、結論として、違いはないと考えられる。

ただ、行政庁任意の公開の場合には、その公開基準が存在するのか、存在するとして基準が平等なものであるかどうかが問題となる。行政庁任意の公開がどこまで実行されるかは裁量の範囲ではあるが、一部の偏った事例のみ公開され、偏った形でソフトローが形成される可能性が否定できない。

公取委は、年次報告書での説明で、一応の公表基準を示してはいる<sup>28)</sup>。それによれば、「法的措置及び警告については、当該事実を公表している。また、注意及び打ち切りについては、競争政策上公表することが望ましいと考えられる事案については、関係事業者から公表する旨の了解を得た場合又は違反被疑の対象となった事業者が公表を望む場合は、その旨公表している」。だが、正しいソフトロー形成の観点からこれで十分かどうかは更なる検討が必要であろう<sup>29)</sup>。ただ、事実上の問題として、相談事例の公表システムが充実している国税庁と比較して、公取委に関してはマンパワーの限界があることは否定できない<sup>30)</sup>。

公取委の事前相談制度は件数が少ない。独禁法に関するソフトロー形成を考えると、事前相談制度だけを見て判断することは適当ではないと考えられる。

<sup>27)</sup> 国税庁 HP でも、文書回答手続による回答事例とは別に、納税者からの相談事例に対する回答内容を公表している。

<sup>28)</sup> 公取委・前掲注 15 『年次報告』 25 頁。

<sup>29)</sup> 企業結合事案について、明確な公表基準がないことを批判し、予見可能性向上のためにも企業秘密を除いて審査内容を公表すべきとの提言もある（経済産業省・競争政策研究会「競争政策研究会中間報告 産業再生に向けた企業結合審査の迅速化・透明化」(2002年2月) 13 頁、62～64 頁)。

<sup>30)</sup> 逆に、行政側の人的・物的リソースの限界に対応するために、ノー・アクションレター制度を活用することで、被規制者の適法な活動の自由を確保できることも指摘されている（斎藤誠「公法的観点から見た銀行監督法制」金融法研究第 20 号(2004 年) 66 頁)。この見解をふまえれば、全ての相談に対応できる要員はなくとも、公表活動が十分に行えるだけの要員が確保できればよい（おそらく後者のほうが人員確保は容易）と言うことができる。



### 3 - 3 「公表」の意味

事前相談制度に言う「公表」とは、回答後の一般的公表だけでなく、回答前に行われる「回答のために必要な第三者へのヒアリング相手」への「公表」を含みうる。一般事前相談制度の「7 検討、照会等」では、申出者の同意を得て第三者ヒアリング等を行う可能性が示されている。ヒアリングに同意しなければ「審査資料不十分」という形で回答が得られない可能性がある。また、企業結合事前相談制度の「2 申出の要件(3)」では、公表への同意を要件とするが、そのすぐ下で当該企業結合当事者以外へのヒアリングを示唆しており、回答前の公表も含んでいると言える。

ソフトロー形成との関係では、「行政庁の回答」の内容がまさにソフトローになるのであって、この論点はそれほど重要ではないかもしれない。だが、前述のような「公表への抵抗感」、そして当該事業者のみでは法令違反の可能性を十分に検討できない事案も少なくないという特殊性があり、この点も、国税庁の文書回答制度と置かれた状況が異なると言える。

### 3 - 4 「法的措置」の範囲

回答では「法的措置を取らない」ことを約束するが、ここにいう法的措置の範囲は何か。独禁法のエンフォースメントには、独禁法典に書かれていない(勧告未満の)処分として警告・注意がある。警告・注意は行政指導と考えられているが<sup>31</sup>、ここにいう「法的措置」に含むと考えるべきだろう<sup>32</sup>。

では、時折出される「被疑事件の審査打ち切り」の公表はどうか。この公表は、独禁法 43 条によるものと考えられるが、法的な位置付けは明らかでない。公表そのものは事業者に対する法的措置ではないが、事業上、社会的制裁を招く可能性はある<sup>33・34</sup>。

この点は、公取委の独禁法エンフォースメント手段独特の問題として指摘することができる。

<sup>31</sup> 根岸・舟田・前掲注 3・299 頁

<sup>32</sup> 前述 3 - 2 の通り、公取委・前掲注 15『年次報告』25 頁に、警告・注意・審査打ち切りについて説明がある。「法的措置及び警告については」という記述から、公取委は「法的措置」には警告等は含まないと考えていると推測される。ただ、事前相談制度公表の「法的措置を取らない」に言う「法的措置」は、より広く警告・注意まで含むと考えるべきである。

<sup>33</sup> 審査打ち切りの公表において、事業者名が公表されている事案と公表されていない事案がある。事業者名を公表するか否かの基準は明らかでない。

最近の事例で、事業者名が公表されている事案として「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)、抽象的記載にとどまる事案として「乗合バス事業者に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」(平成 17 年 2 月 3 日、もっとも本件では事業者名は容易に特定できる)。

<sup>34</sup> 一般的に、行政による公表が、間接的に違反行為を抑止しようとする場合もあることを指摘し、違法でない行為に対する行政指導への不服従に対する制裁として公表することは、行政指導への服従を間接的に強要するものとなり、行政手続法に照らして適切ではないとされる(宇賀克也「行政制裁」ジュリスト 1228 号(2002 年、60 頁))。

独禁法被疑事件の審査打ち切り事例も、公取委の調査の後に被疑行為をやめた等の事情があることが多く、行政指導への服従の間接強制に当たる可能性もあると考えられる。

### 3 - 5 「仮定」の事例も対象とするべきか

事前相談制度一般において「仮定」の事例も対象とすべきかという論点がある。公取委の事前相談制度では、この点について明らかでない。一般事前相談制度の要件に「将来自らが行おうとする行為にかかる個別具体的な事実を示すこと」とあるが、これからだけでは明らかにならない。公取委は、適切な判断を行うに足るだけの情報提供があれば（起業前の事案や具体化していない段階でも）回答を行うとする<sup>35</sup>。

一方、企業結合事前相談制度にも同様に「具体的計画内容を示すこと」とある。この点は「この会社と合併することは問題となるか」といったシミュレーション段階の相談には応じられないとしていると解釈されている<sup>36</sup>。一応、公取委は「仮定」の事例は対象としないようである。ただ、非公開の一般的相談の範囲で、どこまで応じているかは分からない。

相談者側には、仮定の事例を対象としてほしいというニーズもある。これに行政が応じるべきかどうかを考えるには、2つの点を考慮する必要があると考えられる。

第1に、限られた行政庁の人員でどこまで相談サービスを提供すべきか、という点である。現在の制度は、その中で、仮定の事例は対象としないという政策判断をしていると言える。そして、仮定の事例について検討するのは、まさに事業者自身であり、法曹資格者等が有益な助言等を行えば足りる<sup>37</sup>。むしろ、行政庁が自らの判断のみで回答するより、予防法務の観点からはより総合的な考慮ができるとも言える。

第2に、仮定の事例を回答対象とすることは、ルールの透明化というメリットはあるが、逆に行政による事前介入の範囲を広げることにもなりかねない。

この2つの点から、私は「仮定」の事前相談には応じる必要はないと考える。

### 3 - 6 公取委によるソフトローは、どの程度ソフトローとしての力を持つか

最後に、より根本的な論点として、公取委により形成されるソフトローはどの程度ソフトローとして力を持つのか、私人間取引にどの程度の力を及ぼすかという点を考えてみたい。

先にも述べたように、現在の独禁法実務において、公取委は重要なポジションにある。ただ、公取委が重要なアクターであることと、その提示する考え方がソフトローとして機能し人々が拘束されるかは、一応別の問題である。

税務に関しても、同様に行政庁の判断が公表・蓄積され、ソフトローとして機能している。税務ソフトローと公取委ソフトローの最大の違いは「いかに多くの人によって検証され、もまれるか」である<sup>38</sup>。ハードローとの関連で多くの人により検証され、納得が得られる規範でなければ、いったん公取委から提示されたソフトローであっても、裁判

<sup>35</sup> 公取委・前掲注11・別紙1頁。

<sup>36</sup> 丹宗暁信・岸井大太郎・前掲注7・150頁〔向田直範執筆〕

<sup>37</sup> 常岡・前掲注10・452頁および465頁では、米国SECのノー・アクションレター制度が、そもそも証券諸法に携わる法律家を手助けする制度として設けられたものであり、実際にも法律家の支援を要する専門的手続になっていると指摘されている。

<sup>38</sup> 第4回COEシンポジウム「ビジネスローのソフト化：ソフトローの先端事例研究」(2005年3月14日)における白石忠志教授のコメント。また、白石忠志「さらに法的な独禁法へ」NBL800号(2005年)83頁も参照。

所等の判断により否定されることとなるであろう。

なお、公取委の示す「準則」の力について、景表法上の排除命令・審決（これらは行政処分である）により形成された準則に強い力を肯定する裁判例がある<sup>39</sup>。いわゆる先例拘束の法理を認めたものと言われる（この文脈では、公取委自身が自らの判断に拘束されるという意味であって、裁判所を拘束するという意味ではない）<sup>40</sup>。単に「行政庁の裁量権の範囲の逸脱」としておらず、ソフトロー形成の観点から注目すべき裁判例である。

この裁判例の論理を、公取委の示す規範全般（ソフトロー）にまで及ぼすべきだとは直ちには言えないが<sup>41</sup>、独禁法で広い公表権を定めていることから<sup>42</sup>、公取委自身がいったん提示した規範を予告なしにくつがえして適用することは否定されるべきだと考えられる。そして、公取委自らが拘束される結果として、ソフトローの力も高まり、その結果、私人間取引に及ぼす力も強くなると考えられるのではないかと。ただし、公取委が理不尽な解釈論を取っていないことが大前提となるだろう<sup>43</sup>。

#### 4 おわりに

公取委は、事前相談制度について、「手続が活用されている」との認識を示している<sup>44</sup>。だが、ソフトローの明確化と蓄積という点からは、まだ活用されているとは言い難い状況にあると言える。これには、取引前の事前相談制度であって公表への抵抗感が強いという事業者サイドの事情もある。ソフトローを明確化すべきという観点からは、公表の方法や時期について、制度設計により工夫する必要性が感じられる。

---

<sup>39</sup> 景表法に関する東京もち事件（東京高判平成8年3月29日判時1571号48頁）の一般論。排除命令（景表法）や審決で示した準則が先例として確立し、事業者がその準則に従っている場合で、その準則を変更する場合は、不意打ちとならないよう、新たな準則を周知させ、合理的な期間が経過したあとに初めて新たな準則に基づく規制権限を行使するのが相当であるとする（上告審では、この論点についての判断を示さず、棄却している。最判平成12年3月14日審決集46巻581頁・百選113事件）。

<sup>40</sup> 根岸・舟田・前掲注3・305頁。

<sup>41</sup> 東京もち事件の評釈には、先例変更力を認めることは行政機関の内部基準による法創造を許容することとなるとして批判するものもあるが（内田耕作・判例評論458号37頁）、同判決の趣旨をソフトローの観点から解釈すれば、上記批判は当たらないと考えられる。

<sup>42</sup> 独禁法の公表権と類似の規定として、行政手続法12条（不利益処分基準を公にする努力義務）がある。この不利益処分基準の変更の可否について、法令では特に定められておらず、議論もあまり見られないが、東京もち事件を「裁量基準と信頼保護の関係についての事案」と位置づけ、行政手続法上の不利益処分基準変更についても参照すべきと指摘されている（塩野宏・高木光『条解行政手続法』（2000年、弘文堂）189～190頁）。

<sup>43</sup> 白石・前掲注5・163頁参照。

<sup>44</sup> 総務省・前掲注9「実施状況調査結果（平成14年度）」