

独占禁止法のインフォーマルな執行

危うさの自覚と改善の方向

内田耕作

Kosaku Uchida

滋賀大学 経済学部 / 教授

独占禁止法(独禁法)の執行・実現は、行政的規制、刑事制裁、民事上の救済手段に分けることができる。行政的規制には、排除措置命令や課徴金納付命令などだけでなく、それ以外の警告・注意等、基準・指針(ガイドライン)、相談がある¹⁾。本稿では、排除措置命令や課徴金納付命令などをフォーマルな執行と、それ以外をインフォーマルな執行と位置付ける。

インフォーマルな執行は、フォーマルな執行を補う利点を有する。しかし反面、危うさも有する²⁾。インフォーマルな執行が不適切であれば、事業者の正当な事業活動が抑止され得る。これが主たる危うさである³⁾。のみならず、執行機関である公正取引委員会(以下、「公取委」という)の信頼性の喪失・低下ももたらされ得る。これも危うさの一面であり、生じるダメージは大きい。

インフォーマルな執行が相応の利点を有するということであれば、その廃止は選択肢とはなり得ないであろう。残されるのは、危うさを常に自覚した上で、インフォーマルな執行をすることである。危うさの一般的自覚では十分でない。インフォーマルな執行の手段ごとに、どの局面でどのような態様の危うさがどのような原因により起きるのか、具体的かつトータルに自覚していることが重要である。またインフォーマルな執行の改善が必要であるが、そのためにも、危うさを具体的に把握していなければならない。本稿で解明を図る所以である。

1) 以下、分類は、岸井大太郎ほか『経済法[第6版]』22、25-26頁(有斐閣、2010)による。

2) インフォーマルな執行の利点と危うさについて一般的に述べたものとして、栗田誠「競争法の実効的なエンフォースメントに対する障壁—日本独禁法の制度的欠陥—」公取722号20、26-28頁(2010)参照。

3) 逆に過少規制となる危うさもある。中里実(編)『政府規制とソフトロー』(有斐閣、2008)所収の白石論文参照。白石忠志「独占禁止法における

叙述は、次の順による。まず、インフォーマルな執行の諸相をトータルに明らかにする(Ⅱ)。次に、インフォーマルな執行の危うさを具体的に明らかにする(Ⅲ)。そして最後に、インフォーマルな執行の手段ごとに改善の方向を示唆し、結びとする(Ⅳ)。

Ⅱ インフォーマルな執行の諸相

警告・注意等、基準・指針(ガイドライン)、相談が、インフォーマルな執行となる。

1: 警告・注意等

ア 審査事件のうち必要なものについては審査が行われ、違反する事実があると認められたときは、排除措置命令が行われる⁴⁾。また、「法的措置を採るに足る証拠が得られなかった場合であっても、独占禁止法違反の疑いがあるときは」、関係事業者に対して警告が行われ、是正措置を採るよう指導される。さらに、「違反行為の存在を疑うに足る証拠は得られなかったが、独占禁止法違反につながるおそれのある行為がみられた場合には」、未然防止を図る観点から注意が行われる⁵⁾。

イ 警告が行われたときは、その旨公表される⁶⁾。また、注意については、競争政策上公表することが望ましいと考えられる事案であり、かつ、関係事業者から公表する旨の了解が得られ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、その旨公表される。

ウ 審査事件のうち警告が行われた件数、注意が行われた件数は、それぞれ表のとおりである。内訳としては、不当廉売、優越的地位の濫用に係るものが多い。

また、酒類・石油製品・家庭用電気製品等については、迅速処理⁷⁾により別途、不当廉売につながるおそれがあるとして注意が行われている⁸⁾。件数は表に示すとおり、多数に及ぶ。

警告・注意の件数

	平成 19年度	平成 20年度	平成 21年度	平成 22年度	平成 23年度
警告	10	4	9	3	2
(内訳) 不当廉売	6	3	7	0	1
(内訳) 優越的地位 の濫用	0	1	2	0	0
注意	88	87	69	95	138
(内訳) 不当廉売	10	4	7	9	48
(内訳) 優越的地位 の濫用	12	8	22	55	52
迅速処理による 注意	1,679	3,654	3,235	2,700	1,772

(出所) 「平成23年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」(平成24年6月6日、公正取引委員会)を基に作成。

2: 基準・指針(ガイドライン)

公取委は、「独占禁止法違反事件に対して厳正に対処するとともに、独占禁止法の運用についての透明性を確保し、違法行為の未然防止の観点から、種々のガイドライン(独占禁止法上の指針、事務処理基準等)を作成、公表している」とされる⁹⁾。

ソフトローの概観」(95頁)、「行為者に有利な事件処理による独禁法上の規範形成」(145頁)参照。

4) 以下、『平成22年度公正取引委員会年次報告』21頁による。

5) この他、「独禁法上問題を生じさせるおそれのある行為が発見された場合、関係する事業者や事業者団体に対し違反行為の防止などに係る指導や要望・指摘などがなされることがある」。岸井・前掲(注1)25頁。
なお本稿ではこれについては取り上げない。

6) 以下、『平成22年度公正取引委員会年次報告』21頁による。

7) 申告のあった不当廉売事案に対し可能な限り迅速に処理する(原則2か月以内)という方針に基づいて行う処理。

8) 『平成22年度公正取引委員会年次報告』177頁による。

9) 植松勲(編著)『事例解説独占禁止法ガイドライン総集編』i頁(判例タイムズ社、1998)参照。また、上杉秋則ほか『21世紀の競争政策』181-86頁(東京布井出版、2000)、村上政博『独占禁止法の日米比較(下)』36-40頁(弘文堂、1992)参照。

ア リスト 主要なガイドラインには、次のものがある¹⁰⁾。

〔行政指導関係〕

- ① 行政指導に関する独占禁止法上の考え方(平成6年6月30日、公正取引委員会)

〔私的独占関係〕

- ② 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針(平成21年10月28日、公正取引委員会)

〔流通・取引関係〕

- ③ 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針(平成3年7月11日、公正取引委員会事務局)

〔事業者団体関係〕

- ④ 事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針(平成7年10月30日、公正取引委員会)
⑤ 医師会の活動に関する独占禁止法上の指針(昭和56年8月7日、公正取引委員会事務局)
⑥ 公共的な入札に係る事業者及び事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針(平成6年7月5日、公正取引委員会)
⑦ リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針(平成13年6月26日、公正取引委員会)

- ⑧ 資格者団体の活動に関する独占禁止法上の考え方(平成13年10月24日、公正取引委員会)

〔独占的状态関係〕

- ⑨ 独占的状态の定義規定のうち事業分野に関する考え方について(昭和52年11月29日、公正取引委員会事務局)

〔企業結合関係〕

- ⑩ 事業支配力が過度に集中することとなる会社の考え方(平成14年11月12日、公正取引委員会)
⑪ 独占禁止法第11条の規定による銀行又は保険会社の議決権の保有等の認可についての考え方(平成14年11月12日、公正取引委員会)
⑫ 債務の株式化に係る独占禁止法第11条の規定による認可についての考え方(平成14年11月12日、公正取引委員会)
⑬ 企業結合審査の手続に関する対応方針(平成23年6月14日、公正取引委員会)
⑭ 企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針(平成16年5月31日、公正取引委員会)

〔不公正な取引方法等関係〕

- ⑮ 不当廉売に関する独占禁止法上の考え方(平成21年12月18日、公正取引委員会)
⑯ 優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方(平成22年11月30日、公正取引委員会)
⑰ 共同研究開発に関する独占禁止法上の指針(平成5年4月20日、公正取引委員会)

10) 公正取引委員会事務局(編)『独占禁止法関係法令集(平成22年版)』(公正取引協会、2010)の「運用基準等」に収録されているものを基に、その後策定されたものを加え、廃止されたものを削除した。
公取委ホームページの「所管法令・ガイドライン等」も参照。

- ⑮ 役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針(平成10年3月17日、公正取引委員会)
- ⑯ 適正な電力取引についての指針(平成23年9月5日、公正取引委員会・経済産業省)
- ⑰ 適正なガス取引についての指針(平成23年9月5日、公正取引委員会・経済産業省)
- ⑱ 電気通信事業分野における競争の促進に関する指針(平成24年4月27日、公正取引委員会・総務省)
- ㉒ フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について(平成14年4月24日、公正取引委員会)
- ㉓ 金融機関の業態区分の緩和及び業務範囲の拡大に伴う不公正な取引方法について(平成16年12月1日、公正取引委員会)
- ㉔ 標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方(平成17年6月29日、公正取引委員会)
- ㉕ 農業協同組合の活動に関する独占禁止法上の指針(平成19年4月18日、公正取引委員会)
- ㉖ 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(平成19年9月28日、公正取引委員会)
- ㉗ 建設業の下請取引に関する不公正な取引方法の認定基準(昭和47年4月1日、事務局長通達第4号)

〔事前相談関係〕

- ㉘ 事業者等の活動に係る事前相談制度(平成13年10月1日、公正取引委員会)

〔刑事告発関係〕

- ㉙ 独占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針(平成17年10月7日、公正取引委員会)

イ 作成・公表の趣旨 作成・公表の趣旨は、黙示的なものを含めガイドライン中で明らかにされているものと、明らかにされていないものがある。後者には、⑨・⑪・⑫・㉗が該当する。他方、明らかにされているものは、およそ次のように分類することができる。

i 法運用の透明性の確保と事業者の予見性の確保 ②・⑩・⑬・⑭・⑮・⑯・㉘がそうである。例えば、⑮では、「不当廉売に係る法運用の透明性、事業者の予見可能性を向上させる」とされる。

ii 違反行為の未然防止と適正な活動に役立たせること ③・④・⑮・㉒・㉔がそうである。例えば、③では、「事業者及び事業者団体の独占禁止法違反行為の未然防止とその適切な活動の展開に役立てようとするものである」とされる。

なお、⑤・⑧はこの類型の変形とみることができる。⑤は「同法〔独占禁止法〕に抵触することとなる活動を未然に防止しようとするものである」ことが、⑧は「資格者団体による自主規制の見直しやその見直し後の適正な活動に資する」ことが、作成・公表の趣旨とされる。

iii 違反行為の未然防止と公正かつ自由な競争の促進 ②③・②⑤がそうである。②⑤では、「連合会及び単位農協による違反行為を未然に防止するとともに、農業分野における公正かつ自由な競争の促進に役立てる」とされる。

iv 公正かつ自由な競争の促進など ①⑦がそうである。⑦・②⑥もこれに当たろう。①⑦では「共同研究開発が競争を阻害することなく、競争を一層促進するものとして実施されることを期待」とするとされる。

v 行政介入の未然防止・最小化と経営自主性の尊重・自主的な経営環境の整備 ①⑨では「電気事業制度改革の理念である経営自主性の最大限の尊重・行政介入の最小化が図られる」とされ、②⑩では「ガス事業法・独占禁止法違反に問われるという直接的な行政介入を未然に防止し、市場参加者が安心して経済取引を行えるような環境を整える」とされる。

vi 法適用関係をめぐる事業者の無用の混乱・負担の取り去り ②⑪では、「独占禁止法と電気通信事業法の適用関係をめぐる事業者の無用の混乱や負担を生じさせないようにする」とされる。

vii 行政機関におけるガイドラインへの留意と、問題を生じさせるおそれのある事案の公取委との事前調整 ①⑫では、「行政機関においては、本考え方に十分留意するとともに、本考え方で示したような独占禁止法との関係において問題を生じさせるおそれがある行政指導を行うに当たって個々の事案ごとに事前に公正取引委員会と調整することを期待するものである」とされる。

viii 独禁法の適正な適用 ②⑨では、「独占禁止法の適正な適用を図るため」、犯則事件の調査・告発を行っていくこととされる。

3：相談

ア 事業者等が行おうとする具体的な行為が独禁法等の規定に抵触するか否かについての相談は、「事業者等の活動に係る事前相談制度」(平成13年10月1日、公正取引委員会)に基づくものと、それによらない一般的なものに二分することができる¹¹⁾。

「事業者等の活動に係る事前相談制度」は、事業者等からの書面による事前相談に対して書面により回答する、従前から実施されていた事前相談の一層の充実を図ったものである。整備は、法運用の透明性の向上を図るとともに、法適用に関する予見可能性を高めるとの観点からなされた。

他方、一般的な相談は、電話・来庁等、事前相談制度によらない相談である。公取委は、違反行為の未然防止を図るため、積極的に対応し、原則として口頭で回答するとされる。

イ 「事業者等の活動に係る事前相談制度」による相談については、申出者名並びに相談及び回答の内容がその都度、公取委のホームページ等において公表される。

一般的な相談については、事業者等の独禁法に対する理解を一層深めるため、他の事業者等にも参考になると思われる相談の概要が相談事例集として取りまとめられ、公表される¹²⁾。

11) 以下の叙述は、『平成13年度公正取引委員会年次報告』168～169頁、公正取引委員会事務局『独占禁止法に関する相談事例集(平成22年度)』の「はじめに」による。また、「公正取引委員会における平成19年度の政策評価について」(平成19年7月25日、公正取引委員会)、山中藍子「公正取引委員会の事前相談制度——ソフトローの観点からの考察」中里実(編)『政府規制とソフトロー』99頁(有斐閣、2008)参照。
なお、具体的な企業結合計画に関する事前相談が「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、公正取引委員会)に基づいて行われてきたが、平成23年、事前相談制度は廃止され、新たに「企業結合審査の手続に関する対応方針」が策定されている。本稿では、これらについては触れない。

12) 『平成13年度公正取引委員会年次報告』169頁参照。

13) 以下、該当年度の公正取引委員会年次報告による。なお、制度発足当初の相談件数は相応にあった。平成13年度～15年度：各4件。平成16・17年度：0件。山中・前掲(注11)109頁参照。

ウ 平成18年度から平成22年度の5年間を見る限りでは、「事業者等の活動に係る事前相談制度」による相談は、平成18年度の1件しかない¹³⁾。

それに対し、一般的な相談、すなわち、企業結合に係る相談を除く事業者及び事業者団体による独禁法に関する相談の件数は、平成18年度：2,379件、平成19年度：2,330件、平成20年度：2,691件、平成21年度：3,000件、平成22年度：2,331件と多数に及ぶ。

Ⅲ インフォーマルな執行の危うさの 具体的様相

1: 警告・注意等

(1) 名宛人となる事業者にとってのリスク

警告¹⁴⁾は、事前手続を経た上で行わなければならない(審査規則31条・32条)。公取委は、警告をしようとするとき、名宛人となるべき者に対し、あらかじめ、「意見を述べ、及び証拠を提出する機会を付与しなければならない」。機会を付与するとき、「予定される警告の趣旨及び内容」と、「文書により意見を述べ、及び証拠を提出することができる旨並びにその期限」を書面により通知しなければならない。警告はその上で文書によって行い、警告書には、「警告の趣旨及び内容」を示さなければならない。

警告の事前手続規定は平成21年の審査規則の改正で追加されたものである。事前に、「予定される警告の趣旨及び内容」が通知され、また「文書により意見を述べ、及び証拠を提出する」機会

が付与される点で、名宛人となる事業者にとっての手続保障が厚くなり、リスク軽減となったことは間違いない。しかし、証拠を提出する機会の付与については疑問が残る。立証責任の転換により安易な警告を行うということがあってはならない。

また、近時の警告件数は、例えば平成元年度前後と比べても著しく減少しており¹⁵⁾、現実には警告の弊害は少なくなっているのかもしれない。にもかかわらず、危うさを絶えず自覚することは必要である。

(2) 事業者一般にとってのリスク

警告・注意がもたらす事業者一般にとってのリスクは、公表を通じて生じる。ここでは、高知市に給油所を運営する石油製品小売業者等に対する警告(平21・4・3)を例に、リスクの具体的様相を述べる。

公表文は、概要、次のように述べる。高知市において給油所を運営する石油製品小売業者等7社が、それぞれ高知市に所在する給油所において、平成20年12月から平成21年1月までの間の一定期間、レギュラーガソリンについて、その供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給し、各給油所の周辺地域に所在する他の石油製品小売業者の事業活動を困難にさせる恐れを生じさせた疑いのある事実が認められた。これらの行為は、それぞれ、不当廉売に該当し、独禁法19条の規定に違反するおそれがあることから、7社に対し、今後、このような行為を行わないよう警告した。

この公表文からは、法的措置が採られなかった具体的な理由は分らない。また警告がなされた具体的な理由も分らない。ポイントは、「平成20

14) 警告とは、公取委が所定の「規定に違反するおそれがある行為がある又はあったと認める場合において、当該事業者又は当該事業者団体に対して、その行為を取りやめること又はその行為を再び行わないようにすることその他必要な事項を指示すること」をいう(審査規則31条1項)。なお、注意についての事前手続は定められていない。本稿では注意についての検討はしない。

15) 警告件数は、昭和63年度：65件、平成元年度：115件、平成2年度：60件であった。『平成3年度公正取引委員会年次報告』18頁参照。近時の件数については前掲表参照。

年12月から平成21年1月までの間の一定期間」が、「継続して」という要件を充足するか否かにありそうであるが、法規定をなぞるに近いこういった公表文は、判断基準をあいまいにすることで、違反すれすれの行為を抑止する一般的な威嚇効果を持つ。しかしそれは、警告を公表する本来の趣旨ではないであろう。事業者一般にとっては、正当な事業活動を謙抑する大きなリスクとなる。ここに、警告の公表文の危うさが露呈する。

2: 基準・指針 (ガイドライン)

ガイドラインには、法運用の透明性の確保、事務処理の統一性の確保、事業者の予見性の確保などの利点がある。しかし、危うさもある。以下、三つに分けてその原因をみる¹⁶⁾。

(1) ガイドラインの内容に起因する危うさ

事業者は、ガイドラインに従おうとする。「事業者は、公取委に睨まれないよう、なるべく安全策をとる。かりに公取委が理不尽な解釈論をとって、それを裁判所まで持ち込んで戦えば勝てそうな場合でも、事業者としては、面倒なことにならないように公取委の言い分を吞んでしまうことも少なくない」とさえ言われる。ガイドラインの内容に問題があれば、事業者の正当な事業活動は阻害・侵害されることになる。

規範定立型ガイドライン (それまで明らかでなかった違反基準を明らかにするもの。③・④・⑭など) にあっては、明らかにされる違反基準が不適切であれば、事業者の正当な事業活動が侵害される。

行為誘導型ガイドライン (違反要件が微妙な分野で、実際に違反と結論づけるのがむずかしい事例が多いことから、「何が望ましいか」を併記する

もの。⑭が代表) の場合、誘導の仕方によっては、事業者の正当な事業活動が阻害される。

業界啓蒙型ガイドライン (目新しいものではないが、当該事業分野に特化した例を用いながら独禁法の違反基準を明らかにするもの。「酒類の流通における不当廉売、差別対価等への対応について」(平成21年12月18日、公正取引委員会) など) にあっては、「特定の事実認識を前提にしつつそのことを明らかにしないまま違反基準を論じてしまうことがあるので、必ずしも一般的とは言えない違反基準が一人歩きする場合」がある。その場合、事業者の適正な事業活動が阻害・侵害され得る。

(2) ガイドラインの作り方に起因する危うさ

次のように言われる。「公取委のガイドラインの多くは、いわゆる『外形に基づく(form-based)』アプローチを採用しており、様々な具体的行為類型を『黒』『灰』『白』に色分けしようとするものである。」④など。「こうしたガイドラインでは、競争上中立的な行為やむしろ競争促進的な行為まで過剰に抑止してしまうおそれがある。」

(3) ガイドラインを扱う側に起因する危うさ

次のようにさえ言われる。「公取委官僚が書いた審決解説のなかには、自分が担当した審決が法律にいかにか合致しているかということよりも、審決がガイドラインにいかにか合致しているかということのほうに気をとられているものも、ないわけではない。研究者が書く文章のなかにもまた、同種のものが散見される。裁判所の判決のなかにも、裁判官が独禁法の素人であることが多いためか、ガイドラインの文言に引きずられたものが存在する。」

ガイドラインが「あたかも法律であるかのような扱い方」をされれば、これに起因する危うさも生じることになるだろう。

¹⁶⁾ 以下の(1)・(3)は、白石忠志『独禁法講義』138-39頁(有斐閣、1997)、『独禁法講義[第2版]』163-64頁(有斐閣、2000)、『独禁法講義[第3版]』163-64頁(有斐閣、2005)の主張を整理し、その上で本稿の問題関心に即して若干の展開を図ったものである。他方、(2)は、栗田・前掲(注2)27頁参照。

¹⁷⁾ 以下、公正取引委員会事務総局『独占禁止法に関する相談事例集(平成22年度)』の「はじめに」による。

3: 相談

公取委は、「事業者等の独占禁止法に関する理解を一層深めることを目的として」、個別の相談のうち、「相談者以外にも参考となると思われるものの概要を、主要な相談事例として取りまとめて公表」している¹⁷⁾。取りまとめ、公表の留意点は、「法運用の考え方を具体的かつ分かりやすく示す」ことにあるとされる。

平成18年度から平成22年度の相談事例集によれば、回答における独占禁止法上の評価は、「独占禁止法上問題となるものではない」、「直ちに独占禁止法上問題となるものではない」、一部の要件を充足する「可能性がある」、「独占禁止法上問題となるおそれがある」、の四つの表現で有意に書き分けられている¹⁸⁾。

問題は、これらの表現が萎縮効果を生み出すかである。法運用の考え方が「具体的かつ分かりやすく」示されている限り、問題は少ないともいえるが、少なくとも、「直ちに独占禁止法上問題となるものではない」、一部の要件を充足する「可能性がある」との表現が用いられている場合、精査を要する。

また、回答の要旨が相談事例集の目次と個別の相談事例の冒頭に掲げられていることは、便利ではあるが、そこを見るところによっては誤解が生じる可能性があり、独占禁止法上の評価に係る表現の持つ問題性を増幅させる。以下、具体的な相談事例に即して検討する。

ア 「直ちに独占禁止法上問題となるものではない」との表現 取り上げるのは、日刊新聞の発行者（X社）による長期購読者向け割引に係る相談に対する回答である（平成20年度）。

相談の要旨は、次のようである。以下の条件、すなわち、①購読期間は1年間とすること、②1年分の購読料を一括前払いで支払うこと、③支払手段はクレジットカードとすること、を満たす長期購読者向けに、自社が発行する日刊新聞の定価を割引くことを検討している（なお、割引幅はX社及び新聞販売店に利益が出る範囲となっている）。このような販売方法は独禁法上問題ないか。

それに対し、一般論として、新聞発行者が相手方により定価を割引いて新聞を販売することは独禁法上問題となるが、正当かつ合理的な理由がある割引についてはこの限りではない（新聞業特殊指定1項）、との考え方を示す。その上で、本件については、長期購読者を対象とする趣旨、割引の条件、割引幅の水準など相談内容を総合的に勘案すれば、「正当かつ合理的な理由がある割引であると考えられ、直ちに独占禁止法上問題となるものではない」とする。

そこで、X社が当該条件を満たす長期購読者向けに自社が発行する日刊新聞の定価を割引くことは、「直ちに独占禁止法上の問題となるものではない」と回答した。

この回答をめぐっては、次の疑問がある。正当かつ合理的な理由がある割引であれば、そもそも独禁法上問題となることはないのではないか。「直ちに」という言葉を挿入し、独禁法上問題となる余地があることを示したのはどうしてか。どのような場合に独禁法上問題となる余地があるのか。相談事例集を見ても、これらの疑問に答えてくれない。

逆に、「直ちに独占禁止法上の問題となるものではない」という表現は、事業者の正当な活動を萎縮させる効果を生むおそれさえある。しかも、事業

¹⁸⁾ もっとも、平成21・22年度の相談事例集には、「直ちに独占禁止法上問題となるものではない」という表現は用いられていない。方針の変更によるものか偶然によるものかは、不明である。

者の正当な活動が萎縮し、購読料(定価)割引が躊躇される事態は、公取委の基本的な考え方とも背反する¹⁹⁾。

イ 一部の要件を充足する「可能性がある」との表現 取り上げるのは、法人向け及び官公庁向けシステム製品の販売業者(X社)によるシステム製品の不当廉売に係る相談に対する回答である(平成21年度)。

相談の要旨は、次のようである。X社は、官公庁Yを含む複数の顧客がシステム製品Aを導入すること、当該顧客がシステム製品Aに係る調査・研究業務を発注すること等が見込まれることが市場調査の結果等から明らかになったため、システム製品Aに絞った調査・研究業務(本件調査研究業務)を積極的に実施してきた。官公庁Yは、システム製品Aの技術動向、試作品の製作等を内容とする調査・研究業務を入札により発注することとなり、X社は入札に参加することとしている。官公庁Yが発注するシステム製品Aに係る調査・研究業務の内容は、X社が社内で既に実施済みである本件調査研究業務とほとんど一致しているため、官公庁Yのシステム製品Aに係る調査・研究業務を受注したとしても、X社は、新たに調査・研究業務を行う必要はほとんどない。そこでX社は、本件入札に参加するに当たり、既に実施済みであって一括して計上されている本件調査研究業務に要した費用を原価に参入せずに、入札価格を決定することを検討している。このようにして設定した入札価格は、独禁法2条9項3号で規定する「供給に要する費用を著しく下回る対価」に該当するか。

それに対し、公取委は、法規定と「供給に要する費用」要件の解釈、「供給に要する費用」要件への事案の当てはめ、不当廉売の法適用に分けて、独

禁法上の考え方を示す。まず、不当廉売として独禁法上問題となる場合として独禁法2条9項3号と一般指定6項に該当する場合を挙げ、独禁法2条9項3号の「供給に要する費用」、「著しく下回る」の解釈を示す。次に、事例に即して、X社が本件調査研究業務に要した費用が可変的性質を持つ費用となること、本件調査研究業務に要した費用の全額ではなく、合理的な回収見込みに基づいて官公庁Y向けに賦課された額が、入札における可変的性質を持つ費用となることを明らかにし、その上で、X社が、「本件調査研究業務に要した費用を原価に参入せずに入札価格を設定する場合、当該入札価格が可変的性質を持つ費用を下回り、『供給に要する費用を著しく下回る対価』となる可能性がある」と結論付ける。そして最後に「なお書き」で、独禁法2条9項3号に該当するかどうかは、供給に要する費用と価格との関係のみならず、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれの有無等の要件から、個々の事案ごとに判断されること、また、可変的性質を持つ費用以上の価格であっても、不当に低い対価で他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれのあるものは、一般指定6項に該当することとなることを示す。

そして、「X社が、本件入札において、既に実施済みの本件調査・研究業務に要した費用を原価に参入せずに入札価格を設定する場合、当該入札価格が『供給に要する費用を著しく下回る対価』となる可能性がある」との回答の要旨を示す。

公取委が示した「独禁法上の考え方」に異論があるわけではない。本稿で俎上に乗せたいのは、とりわけ、事例集の目次と各事例の冒頭に掲げられた「システム製品の販売業者が、官公庁の発注する調査・研究業務の入札において、既に実施済

19) この点、公取委は、「新聞特殊指定は価格競争を原則的又は全面的に禁止するとの考え方に立脚しており、同指定を維持することは、……法的相当性や消費者利益の観点から問題がある」と指摘している。「特殊指定の見直しについて」(平成18年5月31日、公正取引委員会)参照。

みの調査・研究業務に要した費用を原価に参入せずに入札価格を設定する場合、当該入札価格が『供給に要する費用を著しく下回る対価』となる可能性があると回答した事例」という囲みの記述である。

疑義があるのは、回答の概要が誤解を生まないものとなっているかである。一つに、「一部の要件」を充足する可能性があるとの回答が、違法性判断を示す回答と誤解されるおそれはないか。二つに、一部の要件を充足する「可能性」の含意が不明であり、誤解されるおそれはないか。要するに、これらの疑義が生じるのは、概要が、相談内容、独占法上の考え方を単純化する余り、相談事例の公表から知りたい要点を捨象していることによる。

確かに、事例集の目次と各事例の冒頭に掲げられた囲みの記述に接して、「相談者」、「相談の要旨」、「独占禁止法上の考え方」、「回答の要旨」と順を追って相談事例を読み進めていけば、誤解が生じる余地はないとの反論も予想される。また、相談内容に誠実に答えており、問題があるとすればその根源は相談内容にあるとの反論もあり得よう。しかし、独占法のインフォーマルな執行には危うさがある。その自覚のために、誤解を生む別異の読み方があることを示すことには意味がある。

本事例に即して言えば、X社による本件調査研究業務の積極的实施は、官公庁Yを含む複数の顧客に対応するためであること、したがって、入札における可変的性質を持つ費用となるのは、本件調査研究業務に要した費用の全額ではなく、合理的な回収見込みに基づいて官公庁Y向けに賦課された額であること、また、独占法違反は、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれも含めて個々の事案ごとに判断されること、を盛り込んだ

回答の概要を示すことが求められる。そうして初めて、誤解を生むことなく有為な情報が提供され、相談事例の公表の実を挙げることができる。

IV インフォーマルな執行の改善の方向

インフォーマルな執行の改善の方向も、危うさの具体的様相に対応して個別に探らなければならない。

1: 警告・注意等

(1) 現行の警告・注意等の措置を維持する場合

年次報告書によれば、警告が行われるのは、「法的措置を採るに足る証拠が得られなかった場合であっても、独占禁止法違反の疑いがあるとき」であり、注意が行われるのは、「違反行為の存在を疑うに足る証拠は得られなかったが、独占禁止法違反につながるおそれのある行為がみられた場合」である(前出Ⅱ1ア)。

警告・注意が実際にこの方針通りに運用されているかは、はなはだ疑問である。特に不当廉売、優越的地位の濫用に関わっては、そのように言うことができる。確かに、警告の件数は平成2年度と3年度を境におよそ3分の1以下に減少し(平成2年度: 60件、平成3年度: 24件)、また平成15年度と16年度を境にほぼ1桁に減少している²⁰⁾(平成15年度: 13件、平成16年度: 9件)。しかし、警告の具体的内容を見る限り、この疑念は払拭できない。

公取委の現在の方針を貫徹するのであれば、方針通りに厳格な運用を行い、名宛人となる事業者のリスク、公表による事業者一般のリスクを除く必要がある。

²⁰⁾ 各年度の『公正取引委員会年次報告』の「審査事件処理状況」参照。

(2) 制度改革をする場合

制度改革を企図するのであれば、事業者の正当な事業活動を抑止することなく、公正かつ自由な競争の促進に資する仕組みに改変しなければならない。

警告・注意による不公正な取引方法の規制に関わって、次の主張がなされている²¹⁾。「日本では、審決などの公式の不公正取引の規制は少ないように見えるが、非公式の警告や注意により、不公正取引の規制が相当数行われている。このような日本の現状はそのままよいであろうか。」この主張の要点は、私人の民事訴訟に任せる、他の行政機関の法執行に託す、特別法の制定により公取委が所管するといった選択肢を例示し、「競争法の効果的でバランスのとれた執行のために何らかの選択が行われるべきであろう」と結論付けることにある。論者の選択肢には入っていないが、不公正な取引方法の規制の在り方との関わりで警告・注意等の制度改革を行うことも、選択肢となるであろう。問題関心を述べるにとどめる。

2: 基準・指針 (ガイドライン)

(1) ガイドラインの作り方

ガイドラインの作り方に関わっては、「外形に基づく (form-based) 」アプローチに代えて、次のアプローチが提案され、またその論拠が示されている²²⁾。「いわゆる『効果に基づく (effect-based) 』アプローチを採用し、経済界や弁護士に、公取委が用いる分析上の枠組みやロードマップを提供することこそが求められている。」「経済界 (関係する事業者) は、問題となり得る行為やその他の関連情報を十分に持っている。関係業者は、公取委のガイドラインに示された分析枠組みに持っている関

連情報を代入することにより、公取委が問題となっている行為について下すであろう独占禁止法上の判断をあらかじめ予測できる。こうしたガイドラインこそが必要なのである。」

このアプローチは、確かに、ガイドラインの作り方の改善の方向性を示している。しかし、改善が有効に機能するためには、経済界 (関係する事業者) が、問題となり得る行為やその他の関連情報を十分に持っていること、場合によっては弁護士がついていることという前提が満たされていなければならない。この前提が満たされない場合も多いのではないか。また、ガイドラインの内容と組み合わせてみれば、規範定立型ガイドラインの場合、このアプローチが有効といえるか、疑問である。

結局、経済界 (関係する事業者) の実情、ガイドラインの内容を勘案して、両アプローチを併用していくほかないであろう。

(2) ガイドラインの内容

規範定立型ガイドラインは、違反基準が明らかでなかったものを明らかにするものであるから、さしあたり「外形に基づく (form-based) 」アプローチに重きを置くことになろう。そして、正当な事業活動を侵害しないよう、適切な違反基準を定立することになる。

行為誘導型ガイドラインは、違反要件が微妙な分野で、「何が望ましいか」を併記するものであるから、いわゆる「効果に基づく (effect-based) 」アプローチに重きを置くこともできる。もっとも、正当な事業活動が阻害されないよう、誘導の仕方に配慮する必要がある。

業界啓蒙型ガイドラインは、問題となり得る行為やその他の関連情報を十分に持っているとはいえない経済界 (関係する事業者) において用いら

²¹⁾ 稗貫俊文「序論：競争法の多元的エンフォースメント」公取722号2、4頁(2010)。

²²⁾ 栗田・前掲(注2)27頁。

れるとすれば、「外形に基づく(form-based)」アプローチに重きを置くことになる。そこでは、適正な事業活動が阻害・侵害されないよう、違反基準が一人歩きしないよう配慮する必要がある。

(3) ガイドラインの扱い

ガイドラインは、「あたかも法律であるかのような扱い方」をされてはならない。このことは、ガイドラインの作り方、内容にも関わっている。しかし、ガイドラインの過小評価にも問題がある。独禁法の文言は一般的・抽象的であり、意味内容が一義的であるとは言い難い。他方、公取委は、法律又は経済に関する学識経験のある委員長及び委員で構成される独立行政委員会である。その公取委が、独禁法の厳正な対処、独禁法運用の透明性の確保、違反行為の未然防止などの観点から作成・公表するものであるから、ガイドラインにはそれなりの重みがある。

3: 相談

公取委は、独禁法違反行為の未然防止と事業者等の適切な活動に役立てるため、各種のガイドラインを公表し、どのような行為が独禁法上問題となるのかを明らかにするとともに、個別の相談に対応しているとする²³⁾。また、公取委では、事業者等の独禁法に関する理解を一層深めることを目的として、相談者以外にも参考となると思われる相談の概要を、主要な相談事例として取りまとめて公表してきているとする。

このことからすれば、相談は、ガイドラインを踏まえ、また相談事案に即して、独禁法上の考え方と回答を具体的に示すものでなければならない。相談の概要の公表も、相談事案に即して、ガイドラインの考え方を具体化し、また明確にするもの

でなければならない。公表の留意点は、「法運用の考え方を具体的かつ分かりやすく示すこと」にあるとされている。

相談事例の公表の実際をみると、次の問題がある。回答における独禁法上の評価のうち少なくとも、「直ちに独占禁止法上問題となるものではない」、一部の要件を充足する「可能性がある」との表現は、「法運用の考え方を具体的かつ分かりやすく示す」ものとは言えず、萎縮効果を生み出すおそれがある。もっとも、前者の表現は平成21年度以降用いられておらず、また後者は平成20年度の相談事案の内容に由来する個別事情かもしれない。その限りで、問題は解消されている、あるいはないといえるかもしれない。

また、回答の要旨が相談事例集の目次と個別の相談事例の冒頭に掲げられていることは便利であるが、そこを見るにとどまる場合には誤解が生じる可能性がある。独禁法上の評価に係る、疑問のある表現の問題性が増幅される。

ともかく、萎縮効果を生み出さない公表の在り方が模索されなければならない。

【付記】

脱稿後、公正取引委員会事務総局『独占禁止法に関する相談事例集(平成23年度)』が公表された。その内容を本稿に盛り込むことはできなかったが、本稿の主張は基本的に変わらない。

²³⁾ 以下、公正取引委員会事務総局『独占禁止法に関する相談事例集(平成22年度)』の「はじめに」による。

Informal Enforcement of the Anti-Monopoly Act

**Awareness of Possible Risks and Improvements
in Informal Measures**

Kosaku Uchida

Informal enforcement of the Anti-Monopoly Act, including warnings, guidelines and consultation, helps supplement formal action. But it also brings risks. Inappropriate informal enforcement disrupts legitimate business activities. Failure of informal action can lead to a decrease or even total loss of credibility of the agency enforcing the law -- the Fair Trade Commission -- thereby causing substantial damage.

As long as informal enforcement has a positive outcome, abandoning it is not an option. Thus, such enforcement requires awareness of risks -- not merely knowing what they are, but grasping them comprehensively and practically. The enforcement requires identification of risks and their causes in each phase. A concrete understanding of such risks is necessary for improving such enforcement.

In this paper, various aspects of informal enforcement of the act are examined in depth. Risks involved are then explored concretely. Finally, ways to improve informal measures are suggested.

