

【コメント】

独禁法ソフトロー研究の難しさ：  
柏木報告に対するコメント

白石 忠志

このたび競争法関係のプレゼンテーションをお願いした柏木裕介弁護士は、企業結合規制に関するソフトローを語るにふさわしい稀有の経歴をお持ちです。柏木弁護士は、任期付採用の弁護士として公取委事務総局に勤務し、後に平成 21 年改正として結実する企業結合届出制度の抜本改正案の作成を担当されました。そして現在は、TMI 総合法律事務所において、逆に、抜本改正後の届出制度のもとでの届出、そしてその前段階の過程である事前相談を数多く受任しておられるようです。

本日のテーマについては既に柏木弁護士から語り尽くされていますので、私からは、私のような研究者にとって独禁法のソフトローを研究することがいかに難しいか、という話をいたします。民事法系のソフトローの研究と同様の難しさもあれば、かなり異なる難しさもあると思います。

どの法分野も、多かれ少なかれ、そうだとは思いますが、独禁法においても、法令・ガイドラインに書いてあるとおりの規制がおこなわれているとは限りません。

たとえば、公取委における企業結合の事前相談では第 1 次審査に入る事例自体が少ないという件（「第ゼロ次審査」）があります。教科書では、どうしても、公取委が発表した事前相談対応方針を参照し、「第 1 次審査」や「第 2 次審査」という枠組みを紹介してしまいます。しかし現実には、その前の段階で終わってしまう事例が多い、というのです。

独禁法における秘められたソフトローの宝庫である他の例として、課徴金減免制度があります。例を挙げていけばキリがありませんが、たとえば、「公正取引委員会は……速やかに……通知しなければならない」とされる第 7 条の 2 第 15 項（平成 21 年改正前は同条第 10 項）の通知は、まったく「速やか」ではな

い、という話を、しばしば仄聞するところです。

ところが、独禁法をめぐる以上のようなソフトローは、秘密を守るべき空間のなかで形成されることが多い、という特徴があります。もちろん、民事法系のソフトローも、秘密空間で形成されることは少なくないでしょう。しかし、同様のソフトロー規範を前提として行動している主体が数多く存在するため、その規範それ自体はさほどの秘密でもなく、公然と語られることが多いのではないのでしょうか。それに対して独禁法のソフトローは、様子が異なります。関係主体の数が限られており、案件の数も多くはありません。企業・代理人の側も、公取委の側も、いくら抽象化してソフトロー規範を語ろうとしても、どの具体的事象を想定しているのかが関係者にわかってしまうので、それをおそれて結局は何も発言しない、ということが多いように思います。無理もないことです。

そのようななかでは、真に通用している規範を研究しようとする側も、うっかりとは質問できないこととなります。秘密にしておきたい側にあれこれと訊くのは気の毒ですし、その前に何よりも、そのようなことを無遠慮に訊く研究者は、信用を失うだけでしょう。

そのようななかで真の規範を研究するコツのひとつは、秘密空間から滲み出してくる情報をキャッチできるような感度の高いアンテナを持つ、ということではないのでしょうか。もう少し具体的に言うと、次のようなことです。

「別に秘密ではないのだが、公にされているわけでもない情報」というものも、秘密空間には蓄積されています。それらは、秘密をきちんと守る公取委職員や弁護士の間からも、少しずつ滲み出していきます。あるいは、具体的事象は秘密だが、それを抽象化・一般化した言辞であれば外に出ても構わない、ということがあられるでしょう。もちろん、上記のように、抽象化・一般化した言辞が特定事象を想起させてしまうときがあるでしょうが、同様の事象が多く積み重なるにつれて、抽象化・一般化した言辞は秘密性を少しずつ失うものと思われれます。

研究のカギは、そのような、それ自体は秘密ではない情報が滲み出したときに、それを有用な情報として受け止める能力が備わっているか、という点にありそうです。たとえば、課徴金減免制度における減免申請の順位がどのように決まるかという、それは、違反者のなかで何番目であるかによって決まる、ということを経7条の2第10項以下(平成21年改正前は同条第7項以下)の条

文によって知っていれば、次のようなことを想像することができます。すなわち、公取委が調査を進め事実認定をおこなううちに、ある減免申請者は違反者ではない（あるいは、問題行為はおこなっているのだが当該検討対象市場に關係する行為であるとは言えない）とわかってくることはあり得るのであって、そうであるとすれば、公取委がそう簡単には順位を確定させることができない事例というものがあるはずだ、と想像することができるでしょう。そうすると、第7条の2第15項の通知を「速やかに」おこなうのは実は容易ではないのではないか、という仮説を、みずからのなかに持つことができます。そのような思考を重ねたうえで、弁護士等から滲み出してくる抽象的・一般的な情報に接すれば、すべてが繋がってきます。みずからの仮説を当該弁護士等に話してみても、その見通しが当たっているか否かを打診することもできます。なかには、そのような、秘密ではないがあまり公になっていないという情報を、積極的に発信する弁護士等もいます。それを受け止め、構造化するには、既に公になっている諸情報を知り尽くし、新たな情報を有機的に位置づけるための受け皿を、自分の頭の中に持っている必要があります。

私は、秘密情報にはあまり興味はありません。以上のように、公にされた情報を組み合わせて真の規範を明らかにしていく作業の知的醍醐味を、何度も味わってしまったからです。

経済法が司法試験科目となり、「通説・実務」を学生に教えると称して、法令・ガイドラインをそのままコピーしたような情報ばかりが蔓延しているのが、大学周辺での独禁法分野の実情だと言わざるを得ません。そのような雰囲気の中で、法令・ガイドラインとは異なるが公取委を含む実務家の間では当然とされている真の規範に向き合うのは、このうえなく知的刺激に満ちています。

以上