

# 1996年アメリカ電気通信法271条(d)(2)(A)に基づく 「協議」について

菅野 貴 樹

## 1. 序 論

### (1) 課題

公益事業に競争促進措置を講じる方法を検討するためには、事業法と競争法（独占的、協調的、または競争方法として不公正な行動を防ぐことを目的とする法令の総称）との関係が大きな争点となる。

このことについて、アメリカ反トラスト訴訟（反トラスト法はアメリカにおける競争法の総称）において、事業法が競争法の執行に資する場合が生じている。具体的には、裁判所が競争法上の救済措置を執行する際に、先行している規制当局（事業法を所管する行政機関）の行政処分等を取り入れる場合がある。そして、essential facilityを認めた判例が規制当局の行政処分等を救済措置に取り入れた事例であることが認められる<sup>1)</sup>。

ここで、上記の状況は、裁判所が先行している規制当局の行為（行政処分等）を一方的に取り入れる状況である。これに対して、事業法上及び競争法上の他の法制度を見ると、競争当局（競争法を所管する行政機関）が規制当局の行為（行政処分等）を積極的に支援する場合が生じていることが分かる。このとき、規制当局と競争当局との間で一種の協働関係が生じているのである。

---

1) 菅野貴樹「競争法と事業法の関係についての一考察」商学討究68巻1号273頁以下（2017）。

## (2) 問題意識及び構成

このことについて、本稿の問題意識は、競争当局が規制当局の行為（行政処分等）を積極的に支援する場合が生じるというものである。具体的には、規制当局の行為を行うに当たって、競争当局が反トラスト分析の専門的技術を助言することで、支援しているというものである。

この問題意識を踏まえ、本稿は、競争当局が規制当局の行為を支援したものと考えられる具体的事例として、1996年電気通信法<sup>2)</sup>271条(d)(2)(A)に基づく、規制当局である連邦通信委員会（以下、「FCC」）から司法長官（実務は競争当局である司法省（以下、「DOJ」）が行う、以下同じ。）に対する「協議」を取り上げる（郵政省郵政研究所は、同条(d)(2)(A)の原文の「consultation」を「協議」と翻訳する。この「協議」の概念を特定するため、以下括弧書きとする<sup>3)</sup>。）。同条(d)(2)(A)は、修正同意審決（以下、「MFJ」<sup>4)</sup>）によって分割されたBell系地域電話会社が長距離部門等に再参入することについて、FCCが許可するのに当たって司法長官に「協議」することを定めたものである（FCCは司法長官の評価を十分に尊重するが、評価は排他的効果を持つものではない。）。この「協議」は、FCCとDOJとの権限のバランスを図るために設けられたもの

---

2) Telecommunication Act of 1996, Pub. L. 104-104, 110 Stat. 56 (1996) (codified as amended at 47 U.S.C. § 5 (2012)). [hereinafter *Telecommunication Act*] 土佐和生『電気通信事業における相互接続規制の法制度的検討』立命館法學1996年6号(250号), 1475-94頁(135-54頁), 1478-80頁(138-40頁)(1996)参照。

3) *Telecommunication Act*, at § 271(d)(2)(A). 郵政省郵政研究所編『1996年米国電気通信法の解説: 21世紀情報革命への挑戦』174-75頁(商事法務研究所, 1997)。1996年電気通信法271条(d)(2)(A)に基づく「協議」について、注67~68(後述)参照。なお、日本法における協議について、山内一夫『新行政法論考』170-74頁(成文堂, 1979)[初出「官庁間の協議について」時の法令700・701号46頁以下(大蔵省印刷局, 1970)], 碓井光明「行政法における協議手続」明治大学法科大学院論集10号159頁以下(明治大学法科大学院, 2012), 宇賀克也『行政法概説Ⅲ(第5版)行政組織法/公務員法/公物法』72-73頁(有斐閣, 2019)参照。無論、日本法における「協議」とアメリカ法における「consultation」とを同一概念であると軽々に決めつけることはできない。

4) *United States v. American Tel. and Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom.* [hereinafter *AT&T[1982]*]

である。しかるに、同法の審議過程を見ると、「協議」が反トラスト分析の専門的技術を助言する形態による支援と考えられていたことが認められる。また、「協議」の運用実績を見ると、DOJの意見が助言として機能していたことも認められる。

1996年電気通信法271条(d)(2)(A)に基づく「協議」の内容について、同法の審議過程を検討する先行研究は皆無である。また、同条に基づく再参入の許可及び「協議」は、過渡的で例外的な制度である趣旨の指摘もある<sup>5)</sup>。しかし、規制当局と競争当局との関係が争点となっている他の公益事業においても、両者の協議（これに類するものを含む。）を定めるものがあり<sup>6)</sup>、これらの公益事業における両者の関係のあり方を検討するには、参考にするべき法制度の事例として、本稿での議論が参考になるものと考えられる。

このような趣旨から、本稿は、1996年電気通信法の審議過程におけるFCCとDOJとの関係を巡る議論を検討し、「協議」の運用実績なども補足する。その上で、規制当局と競争当局との関係について考察を行うことにしたい。

## 2. 1996年電気通信法の審議過程

### (1) 1996年電気通信法の成立までの経緯

1996年電気通信法の審議過程を検討するに当たって、同法の成立までの経緯を整理する。その上で、FCC及びDOJがAmerican Telephone and Telegraph

---

5) 栗田誠「第4章 規制当局と競争当局の関係 米国との比較を中心に」岸井大太郎・鳥居昭夫編『公益事業の規制改革と競争政策』85頁以下、107頁（法政大学現代法研究所、2005）。

6) 一例として、航空規制緩和法26条(a)(2)による改正1958年連邦航空法408条(b)(1)に基づく、国際航空事業の統合の許可についての運輸長官（実務は運輸省が行う。）と司法長官（実務はDOJが行う。）との関係がある。Airline Deregulation Act of 1978, Pub. L. 95-504, 92 Stat. 1705 (1978) (codified as amended at 49 U.S.C. § 1301 (2012)). 国際航空事業における運輸省とDOJとの関係のあり方について、公正取引委員会競争政策研究センター『諸外国における外航海運及び国際航空に関する競争法適用除外制度の動向と我が国への示唆』CR 02-16, 114-22頁（2016）参照。

Company (以下、「AT&T」) 分割に参画したこと、及び同法の審議過程において、FCCとDOJとの関係が焦点の一つとして議論されることになったことに着目する。

1996年電気通信法の成立について、遠因の一つにはAT&T分割があった。AT&Tは、通信機器及び下位市場についてSherman法<sup>7)</sup> 2条違反を理由として訴えられ、最終的にMFJによって、1984年に、長距離部門からBell系地域電話会社、Western Electric、及びBell研究所を分割した<sup>8)</sup>。このとき、FCC及びDOJが、一連の訴訟に参画した。FCCは、競争法の適用除外に係る争点照会 (reference) に対して法廷助言書において支援を表明し<sup>9)</sup>、支援の枠組みが以後の訴訟過程に適用された<sup>10)</sup>。また、DOJは、MFJの補足判決によって、Bell系地域電話会社の事業制限の免除の審査を担当することになった<sup>11)</sup>。

その後、AT&T分割から約10年が経過し、産業構造の見直しによるBell系地域電話会社の事業制限の解除、及びClinton政権の「情報スーパー・ハイウェイ構想」への法的対応が求められ、これらが1996年電気通信法の成立の背景になった<sup>12)</sup>。

このような状況の下で、Clinton政権の意向を受けて、Bell系地域電話会社が

---

7) Sherman Act, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. § § 1-7 (2012).

8) *AT&T[1982]*, *supra* note 4.

9) FCCは、具体的手続として「primary jurisdiction doctrine (以下、PJD) に基づく争点照会」の枠組みを明示した。Memorandum of FCC as Amicus Curiae, reprinted at 62 F.C.C. 2d 1102, Appendix: 343-44 (1977). もっとも、法廷助言書においては、「争点照会」をPJDを具体化する手段として位置付けており、「争点照会」をPJDの代替的手段と位置付ける現在の学説と異なることには注意すべきである。See RICHARD J. PIERCE, Jr., ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 1212-13 (Wolters Kluwer Law & Business 5th ed., 2010). リチャード・J・ピアース・Jr. (正木宏長訳) 『アメリカ行政法』149-50頁 (勁草書房, 2017) 参照。

10) *United States v. AT&T, Western Electric Co., Bell Telephone Laboratories*, 427 F. Supp. 57, 62-63 (D.D.C. 1976) (Waddy, J.), *cert. denied*, 429 U.S. 1071 (1977), *cert. denied*, No. 77-1009 (D.C.Cir., 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 966 (1977).

11) *United States v. Western Elec. Co., Inc.*, 592 F. Supp. 846, 873-74 (D.D.C. 1984).

12) 浅井澄子「1996年電気通信法の概要と意義」郵政省郵政研究所編『1996年米国電気通信法の解説: 21世紀情報革命への挑戦』17頁以下, 17-18頁 (商事法務研究所, 1997), 廣瀬淳子「分割政府における立法過程に関する一考察—一九九六年情報通信法の立法過程—」レファレンス49巻2号 (577号) 34頁以下, 40-41頁 (国立国会図書館調査立法考査局, 1999) 参照。

長距離部門等に再参入することを可能にすることなどを内容とする法案が作成された。第103議会（1993～1994年）において、下院では、法案（H.R. 3626<sup>13）</sup>及びH.R. 3636<sup>14）</sup>が提出され、司法委員会及びエネルギー・商務委員会で可決され、本会議を通過した（本会議通過後法案（H.R. 3626）に一本化された。）。他方で、上院では、法案（S. 1822<sup>15）</sup>が提出されたが、審議が難航し、商務・科学・運輸委員会で可決されたが、本会議の審議に入らずに廃案になった<sup>16）</sup>。

しかし、1994年11月の中間選挙によって、上院及び下院の両方とも共和党が多数派となったことから議会の状況は大きく変わった。第104議会（1995～1996年）において、上院では、規制緩和を求める法案（S. 652<sup>17）</sup>が提出され、商務・科学・運輸委員会で可決され、本会議を通過した。また、下院では、法案（H.R. 1555<sup>18）</sup>が提出され、商務委員会で可決された後、本会議で規制緩和を求める包括的な修正案（Amendment No. 1-1<sup>19）</sup>が提出され可決された。これらの法案（S. 652及びH.R. 1555）に対して、Clinton政権の意向を受けて修正案が提出された。もっとも、Clinton政権及び民主党と共和党とは鼎立する反面、超党派のコンセンサスを得るものでもあったとされる。その上で、両院協議会での調整を経て、法律として成立した<sup>20）</sup>。最終的に、成立した1996年電気通信法は、Bell系地域電話会社が長距離部門等に再参入することについて、FCCが許可するものになった。

ここで、Clinton政権は、第104議会の上院審議及び下院審議において、修正案として4条項を強く支持したが<sup>21）</sup>、このうちの一つがFCCとDOJとを共管と

13) H.R. 3626, 103th Cong. (1994).

14) H.R. 3636, 103th Cong. (1994).

15) S. 1822, 103th Cong. (1994).

16) 廣瀬淳子 [前掲注12] 41-42頁, 待鳥聡史「連邦議会における大統領支持連合の形成—一九九六年情報通信法の立法過程を事例として—」レヴァイアサン36号, 35頁以下, 47頁 (現代日本政治研究会, 2005) 参照。

17) S. 652, 104th Cong. (1995).

18) H.R. 1555, 104th Cong. (1995).

19) 141 Cong. Rec. H8426-51 (1995).

20) *Id.* at H9954-10000.

21) Clinton政権は、i) Bell系地域電話会社とケーブルテレビ会社の合併規制、ii)

する案（以下、「共管案」）であった。後述のとおり、成立した1996年電気通信法271条(d)(2)(A)は、FCCとDOJとの権限のバランスを図るため、FCCが許可するに当たって司法長官に「協議」することを定めたものになった（以下、「協議案」）。これに対して、共管案は、Bell系地域電話会社が、FCC及びDOJの許可によって長距離部門等に再参入することができるとするものであった。このため、FCCが許可するに当たって、DOJは「協議」を受けるのか（協議案）、共管するのか（共管案）という、DOJの役割の問題が提起されたのである。こうして、1996年電気通信法の審議過程において、AT&T分割に係る一連の訴訟に参画したFCCとDOJとの関係が焦点の一つとして議論されることになったのである。

## (2) 上院修正案及び下院修正案を巡る審議過程

前項を踏まえ、1996年電気通信法の審議過程について、FCCとDOJとの関係に着目し、協議案と共管案とを比較検討する。以下、審議過程の概要を示す。

### i) 上院審議

第104議会の上院審議においては、協議案である当初案に対して共管案である2つの修正案（再修正を含む。）が提出され、協議案に賛成する上院議員からも共管案に反対しつつ、共管案との意見の一致を見せる展開になった。

まず、Pressler上院議員は、法案（S. 652<sup>22)</sup>、以下、「上院当初案」）を提出した。上院当初案は、Bell系地域電話会社が、FCCの許可によって長距離部門等に再参入できるとし、FCCが許可するのに司法長官（実務はDOJが行う、以下同じ。）に「協議」するものであった<sup>23)</sup>。

---

Bell地域電話会社が長距離部門等に参入する際のDOJの共管（拒否権）、iii) コンピューターネットワーク上での猥褻文書などの規制、及びiv) ケーブルテレビへの価格規制を強く支持したが、i) 以外は1996年電気通信法に盛り込まれなかった。廣瀬 [前掲注12] 43-44頁、待鳥 [前掲注16] 47-49頁参照。

22) S. 652, *supra* note 17.

23) 141 Cong. Rec. S7881-94 (1995).

上院当初案に対して、Dorgan上院議員は、修正案 (Amendment No. 1284)<sup>24)</sup>を提出した。修正案 (Amendment No. 1284) は、許可の権限をFCCと司法長官との共管とするものであった。Dorgan上院議員は、政策決定からDOJが除外されることに反対し、「競争を妨げる独占力を使用する高い可能性がない。」旨のMFJによる「8(c)テスト」<sup>25)</sup>を確立させることを主張した。寡占化により競争が減少した実例を挙げ、協議を受けるだけではDOJは重要な扱いを受けないとした。その上で、DOJが競争を保護、促進する専門的技術を有する機関であり、AT&T分割の実績があるのに対し、FCCには、これらの権限が授権されておらず、執行が重荷となるとも結論付けた<sup>26)</sup>。

また、Thurmond上院議員は、修正案 (Amendment No. 1285)<sup>27)</sup>を提出した。修正案 (Amendment No. 1285) も許可の権限を共管とするものであった。Thurmond上院議員は、反トラスト原理がDOJによって決定されることを確実にし、「競争を実質的に減少させるか、独占を形成する傾向か」旨のClayton法<sup>28)</sup> 7条基準を適用させることを主張した。上院当初案が反トラスト分析を要求しないことを批判し、Clayton法7条基準が「8(c)テスト」よりはるかに穏当、柔軟な分析であると指摘した。その上で、DOJがAT&T分割の実績及び反トラスト分析の専門的技術を有するのに対し、FCCは専門的技術を有せず、有すること自体が重複で非効率であると結論付けた<sup>29)</sup>。

これらの修正案 (Amendment No. 1284及びAmendment No. 1285) に対して、Pressler上院議員は、DOJを政策決定機関にするものと批判した。DOJに独立した許可権限を与えることになるとして、前例がなく、上訴及び再審査手

---

24) *Id.* at S8001, S8008-09.

25) *AT&T[1982]*, *supra* note 4, at 225.

26) 141 Cong. Rec. S8002-03 (1995).

27) *Id.* at S8001, S8010-11.

28) Clayton Law, Pub. L. 63-212, 38 Stat. 730 (1914) (codified as amended at 15 U.S.C. § § 12-27, 29 U.S.C. § § 52-53 (2012)).

29) 141 Cong. Rec. S8004-05 (1995). Kerry上院議員は、DOJの (MFJの) 実績及び専門的技術を理由として、修正案 (Amendment No. 1284)、及び修正案 (Amendment No. 1285) を支持し、一本化を求めた。*Id.* at S8074.

続が不明確で行政手続法<sup>30)</sup>上の適正手続の問題を生じることなどから、FCCと同等な権限を付与すべきではないと主張した。他方で、Sherman法及びClayton法が非常に良い基準であり、十分な権限をDOJに付与するとして、FCCに権限が付与されるチェックリスト及び公益基準とのデリケートなバランスを解決するものと結論付けた<sup>31)</sup>。

しかるに、Thurmond上院議員は、第二次修正案（Amendment No. 1285）<sup>32)</sup>を提出した。第二次修正案（Amendment No. 1285）は、FCCとDOJとの間の役割の区分を明確化するものであった。Thurmond上院議員は、反トラスト分析はDOJだけによって行われるべきであり、FCCによる公益分析を制限することを示した<sup>33)</sup>。

これに対して、Pressler上院議員は、改めて、DOJには政策決定の役割を付与しないが、FCCはDOJのフルパートナーを認め、この法案の適用から独立したSherman法及びClayton法の適用を認める法的枠組みを有することを指摘した。安全装置として、州の市場開放要求、公益基準の確認、チェックリストの証明、子会社設置条件、非差別条件、及び内部相互補助禁止を紹介した。DOJの関与として、FCCの全ての手続きへの完全な参画、Hobbs Civil Appeals法<sup>34)</sup>に基づく独立した訴訟参加、並びにこの法案の適用から独立したSherman法、Clayton法及びHart-Scott-Rodino法<sup>35)</sup>の適用が残ること、さらに、DOJの

---

30) Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § § 500-96 (2012).

31) 141 Cong. Rec. S8005-07, S8073 (1995).

32) *Id.* at S8145-46.

33) *Id.* at S8146. Dorgan上院議員は、Thurmond上院議員の第二次修正案（Amendment No. 1285）について、FCCとDOJとの異なる役割を意図して、いかなる重複もないようにしたとして支持した。他方で、行政手続法上の問題については、修正案がDOJの規制当局としての役割を論じたものではないと反論した。*Id.* at S8149-50, S8218-19. Kerry上院議員も、DOJとFCCとが同時に審査することから不要な重複はなく、審査基準が明確であることから事後の反トラスト起訴の見込みを減少させるとした。また、競争の有無を決定する権限をDOJに付与するもので、規制当局の役割を付与しないと反論した。*Id.* at S8139-40, S8162, S8196-97.

34) Hobbs Civil Appeals Act, 18 U.S.C. § 1951 (2012).

35) Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, Pub. L. 94-435, 90 Stat. 1383 (1976) (codified as amended at 15 U.S.C. § 18a (2012)). Hart-Scott-Rodino

協議におけるMFJによる8(c)テスト、Clayton法（7条）基準、及び公益基準の勧告を紹介した。その上で、DOJが法案に関与する多くの状態が既に存在すると結論付けた<sup>36)</sup>。

その上で、修正案（Amendment No. 1285）は審議が打ち切られた後、取り下げられた（修正案（Amendment No. 1284）は同時に取り下げられた<sup>37)</sup>）。

## ii) 下院審議

第104議会の下院審議においては、DOJの役割を明記していなかった当初案に対して協議案である修正案と共管案である修正案とが提出され、協議案に賛成する下院議員からも共管案に反対しつつ、共管案との意見の一致を見せる展開になった。

まず、Bliley下院議員、Fields下院議員などは、法案（H.R. 1555）<sup>38)</sup>（以下、下院当初案）を提出した。下院当初案は、FCCが許可するに当たって、DOJの役割を明記していなかった。

下院当初案に対して、Bliley下院議員及びFields下院議員は、自ら修正案（Amendment No. 1-1）<sup>39)</sup>を提出した。修正案（Amendment No. 1-1）は、FCCが許可するのに司法長官に「協議」するものであった<sup>40)</sup>。Bliley下院議員は、司法委員会がMFJの手続きを反映した法案（H.R. 1528）<sup>41)</sup>を報告していたことを踏まえ、当該修正が商務委員会と司法委員会との間の妥協を反映したものと説明した。その上で、FCCが審査し、審査期間内に司法長官に協議し、司法長官のコメントがFCCの記録に加えられるアプローチが公正でバランスが取れているものであると結論付けた<sup>42)</sup>。

---

法は、合併事前届出を定めたClayton法の修正法である。

36) 141 Cong. Rec. S8146-47, S8162-64 (1995).

37) *Id.* at S8225.

38) H.R. 1555, *supra* note 18.

39) 前掲注19と同じ。

40) 141 Cong. Rec. H8444-51 (1995).

41) H.R. 1528, 104th Cong. (1995).

42) 141 Cong. Rec. H8282, H8451 (1995).

また、司法委員会委員長であり修正案（Amendment No. 2-2（後述））の共同提出者でもあるHyde下院議員は、修正案（Amendment No. 1-1）を一応支持した。司法委員会の報告した法案（H.R. 1528）がMFJをDOJの反トラスト審査に取り替えることを提案したのに対し、商務委員会の報告した法案（H.R. 1555）が地域電話網を開放させる連邦規制及び州規制を適用させる通信法（事業法）アプローチを採用したことを示した。その上で、DOJの「協議」の役割について、法案上の競争的チェックリストに適合するかの立証に、法案（H.R. 1528）に含まれる反トラスト基準を適用すること、及び反トラスト基準の適用後にDOJがFCCに意見を提出し、提出意見が立証資料の一部になることを示し、このアプローチの下でFCCにはDOJの反トラスト分析の恩恵が少なくともあると評価した<sup>43)</sup>。

その上で、修正案（Amendment No. 1-1）は採決され、賛成多数で可決された<sup>44)</sup>。

他方で、Hyde下院議員及びConyers下院議員は、修正案（Amendment No. 2-2）<sup>45)</sup>を提出した。修正案（Amendment No. 2-2）は、許可の権限をFCCと司法長官との共管とするものであった<sup>46)</sup>。共同提出者のConyers下院議員は、修正案（Amendment No. 2-2）の内容が司法委員会の報告した法案（H.R. 1528）の内容と同じであり、昨年下院を通過した法案（H.R. 3626）<sup>47)</sup>よりも穏当であるとした。その上で、DOJが反トラスト法の執行に権限を有し、MFJによって専門的技術を有するのに対し、FCCにはいかなる反トラスト原理のバックグラウンドもないことから、この修正がDOJの伝統的な役割を回復

---

43) *Id.* at H8291-92. これに対して、Conyers下院議員は、地域電話網の独占支配がほとんど変化しておらず電話料金が高騰することを懸念し、DOJが反トラスト審査の役割を有するのを確実にする必要があるとして、法案（H.R. 1555）及び修正案（Amendment No. 1-1）に反対した。*Id.* at H8284, H8289.

44) *Id.* at H8459-60.

45) *Id.* at H8461-62.

46) *Id.*

47) H.R. 3626, *supra* note 13.

させるとした<sup>48)</sup>。Scott下院議員も、修正案（Amendment No. 1-1）について審査過程におけるDOJの独立した発言権を奪うことで競争市場の発展を脅かすことを懸念し、修正案（Amendment No. 2-2）に賛成した<sup>49)</sup>。

これに対して、Field下院議員は、チェックリストの作成、州公益事業委員会の関与、及びFCCの審査があるので、DOJに回線を競争者に開放させる役割を付与する必要がないことを指摘した<sup>50)</sup>。Hastings下院議員は、DOJがSherman法、Clayton法、及び他の反トラスト法の下に付与された役割を依然として有し、反トラスト法の執行機関であることから、規制当局ではなく、規制当局であるべきではないと主張した<sup>51)</sup>。Oxley下院議員は、Sherman法及びClayton法を撤廃せず、DOJは退場しないとする。その上で、2つの連邦政府機関に審査させることで不必要な官僚機構を創出することから、政府規則の影響力を排除する法案の目的に反しているとして、修正案（Amendment No. 2-2）に反対した<sup>52)</sup>。

その上で、修正案（Amendment No. 2-2）は採決され、反対多数で否決された<sup>53)</sup>。

---

48) 141 Cong. Rec. H8462-63 (1995).

49) *Id.* at H8287. Bryant下院議員は、DOJが長年この領域でよい仕事を行ってきたことから、競争を妨害するかを判断できるようにすべきであるとして、修正案（Amendment No. 2-2）を評価した。*Id.* at H8463. Jackson-lee下院議員は、FCCとDOJとが協働して相互に補完するものと認識し、真に競争的であるために、「協議」の役割以上のDOJの強い役割を支持すると結論付けた。*Id.* at H8466. もっとも、Hyde下院議員は、DOJは参入を監督し競争関係を分析するには適切な機関ではあるが、規制過程に入ると迅速かつ公正な（審査）過程でなくなることを懸念した。*Id.* at H8464.

50) *Id.*

51) *Id.* at H8465.

52) *Id.* at H8468. Bliley下院議員は、2つの連邦政府機関による決定が1つの機関による決定よりもはるかに困難になるとして、規則緩和の観点から修正案（Amendment No. 2-2）に反対した。*Id.* at H8463. Dingell下院議員も、迅速な決定が完全に不可能になることを指摘した。*Id.*

53) *Id.* at H8477-78.

### (3) 協議案及び共管案を巡る審議過程における意見の一致

繰り返しになるが、1996年電気通信法271条(d)(2)(A)に基づく「協議」は、FCCとDOJとの権限のバランスを図るために設けられたものである。しかるに、上院修正案及び下院修正案を巡る審議過程における協議案及び共管案に対する賛否を見ると、FCCとDOJとの関係についてある種の意見の一致があるものと考えられる。一致した意見とは、反トラスト原理の適用が必要であり、このためには専門的技術を有するDOJの参画が必要であると考えられていたことである。以下、このことを示す。

協議案及び共管案に対する賛否の主たる論点は、i) DOJの参画の必要性、及びii) DOJの役割である。これらの論点は、それぞれ下記のとおりまとめることができる。

協議案（上院当初案（S. 652）及び下院修正案（Amendment No. 1-1））に賛成する意見は、i) DOJへの協議により反トラスト基準の適用により反トラスト分析の恩恵が少なくともある、ii) 共管案の場合、DOJは政策決定機関ではなく、行政手続法の手続保障を欠く、さらに、FCC及びDOJの2つの機関（の権限）が重複する問題が生じると指摘する。

共管案（上院修正案（Amendment No. 1284及びAmendment No. 1285）並びに下院修正案（Amendment No. 2-2））に賛成する意見は、i) 反トラスト原理の適用を実施するためには、FCCにはバックグラウンドがなく、反トラスト分析の専門的技術を有するDOJの参画が、ii) 競争を促進させるためにはDOJに独立の役割が必要であると指摘する。

これを詳しく見ると、協議案と共管案とで意見が一致しているのは、反トラスト分析の専門的技術を有するDOJの参画の必要性である。協議案においても、「(法案上の)競争的チェックリストに適合するかの立証に（Sherman法及びClayton法上の）反トラスト基準を適用すること、及びDOJの提出意見がその立証資料となる」旨の役割を示し、DOJの反トラスト分析の恩恵が少なくとも

あると評価する<sup>54)</sup>。このように、DOJを参画させる必要性については、超党派のコンセンサスを得るものであったと考えられる。

これに対して、協議案と共管案とで意見が一致していないのはDOJの役割である。このことについて、協議案は、DOJが政策決定機関ではなく、この適性を欠くこと、及び二重行政と化すことを批判する。その上で、共管案が主張するDOJに独立した役割を持たせるため、協議案は「DOJのフルパートナーを認めるとともに、この法案の適用から独立したSherman法及びClayton法の適用を認める。」旨の法的枠組みを導入するのである。すなわち、法案において、FCCの全ての手続きへの完全な参画、独立した訴訟参加、及び協議におけるMFJによる8(c)テスト、Clayton法（7条）基準、及び公益基準の勧告によるDOJの参画を認める。また、この法案の適用から独立したSherman法及びClayton法（Hart-Scott-Rodino法を含む、以下同じ。）の適用を認めるのである<sup>55)</sup>。その上で、この法的枠組みがデリケートなバランスを解決するものと評価するのである<sup>56)</sup>。協議案のこの考えは、DOJの役割について超党派のコンセンサスを得ようとするものであったと考えられる。その上で、協議案が上院及び下院とも可決され、両院協議会での調整を経て、成案となったのである。

#### (4) 協議案に対する評価

ところで、協議案が認めた「法案と独立したSherman法及びClayton法の適用を認める」ことはいかなる意味を持つのであろうか。それは、「「協議」にはFCCとDOJとの双方の合意を有しない」旨の意味を持つのである。協議を受ける側のDOJは、FCCの許可に関わらず、独立してSherman法及びClayton法を適用できるのである。他方、協議する側のFCCも、DOJの「協議」の回答内容に関わらず、総合的な政策判断に基づき許可できるのである。したがって、FCCとDOJとの合意を有しないのである。1996年電気通信法271条(d)(2)(A)の

54) 前掲注43前段と同じ。

55) 前掲注36と同じ。

56) 前掲注31と同じ。

「評価は排他的効果を持たない」旨の条文は、この趣旨を反映したものとも考えられる。

この「協議」の概念についての議論をさらに展開する。協議案における「協議」とは、合意を有しないことから、意見徴収・意見提出に類するものである<sup>57)</sup>。ここで、DOJの意見は反トラスト分析に基づくものであることに注意すべきであろう。DOJの意見提出は、単なるネガティブチェックではなく、この根拠となる反トラスト分析の専門的技術の積極的な提供であると考えられる<sup>58)</sup>。とすれば、意見徴収・意見提出の利点とは何か。一致した意見のとおり、この利点は、反トラスト分析の専門的技術を有するDOJを参画させることにあるものと考えられる。すなわち、FCCは、元来、反トラスト法の執行権限を有しない。また、1996年電気通信法は、これを専管するFCCに反トラスト法に基づく権限を付与しない。このため、同法の枠組みにおいて、FCCは、反トラスト分析も含めた総合的な政策判断に基づき許可・不許可するのであるが、許可・不許可するのに必要な反トラスト分析の専門的技術を有しない。これに対し、DOJは、AT&T分割の実績、及びMFJによる役割によって、反トラスト分析の専門的技術を有する。このため、DOJからFCCに意見提出することによって、反トラスト分析の専門的技術を助言することができるのである。協議する側のFCCにとっても、同法271条(d)(2)(A)の「評価を十分に尊重する」旨の義務の履行に止まらない利点を有するのである。したがって、審議過程において、この「協議」は、許可・不許可するのに必要な反トラスト分析の専門的技術を助言する形態による支援と考えられていたと解釈することができるのである。

---

57) 日本法における「意見徴収」について、宇賀〔前掲注3〕73頁参照。

58) 日本法における議論ではあるが、行政機関の意見表明を肯定するものとして、山内〔前掲注3〕173頁参照。

### 3. 協議実績及び学説

#### (1) DOJの支援する意思

審議過程における一致した意見に対して、DOJ自身は助言する形態によって支援する意思を有していることが認められる。個別の「協議」に先だって、DOJは、安全措置の創設に対するFCCへの回答意見において、FCCを支援することを明言しながら助言したのであった<sup>59)</sup>。

安全措置は、長距離電気通信市場におけるBell系地域電話会社による市場支配力の潜在的濫用及び競争の不公平な方法を規制するものであった。DOJは、1996年電気通信法271条及び272条<sup>60)</sup>に基づく安全措置が適切及び有用であることを認めた上で、それでもなお、反競争的濫用を防止するには、競争の確保がより有効であると指摘した。その上で、安全措置に基づく最大限の構造的分離、並びに非差別措置及び証拠収集の執行を評価して、加えて、費用等の定期的な報告、被告への立証責任の転換、合理性の推定の否定、及び不可欠施設から生じる市場支配力への対応を、FCCを支援することを明言しながら助言したのであった。

#### (2) 協議実績

「協議」の運用実績を見ると、DOJの意見が助言として機能していることが認められる。

1996年電気事業法制定当初は、DOJが否定の助言を行い、これを受けてFCCが不許可にしたものが多かった。South Carolina州InterLATA（事業エリア、以下同じ。）に係るBellSouth Corporation等の事例を例にとると、DOJはBellSouth

---

59) DOJ Reply Comments in the Matter of Implementation of the Non-Accounting Safeguards of Sections 271 and 272 of the Communications Act of 1934, as amended, and Regulatory Treatment of LEC Provision of Interexchange Services Originating in the LEC's Local Exchange Area (Sep. 30, 1996), <https://www.justice.gov/atr/reply-comments-implementation-non-accounting-safeguards-section-271-communications-act-1934-et> (last visited July 30, 2019).

60) *Telecommunication Act*, at § 272. 1996年電気通信法272条は、許可後3年間は会計分離した会社によって事業を実施することを求める旨の時的規制である。

が競争的チェックリストの条件を満足せず、地域電話市場が完全及び不可逆的に開放させるのを確実にする全ての方策を講じていないとして、申請は否定されるべきである旨の助言を行い<sup>61)</sup>、これを受けてFCCは不許可にした<sup>62)</sup>。

その後、DOJが肯定の助言を行い、これを受けてFCCが許可したものが増加した。Arizona州InterLATAに係るQwestの事例を例にとると、DOJは、Arizona州で地域電話市場を開放するのに成功したとして、許可するのを推薦する旨の助言を行い<sup>63)</sup>、これを受けてFCCは許可した<sup>64)</sup>。

このように、DOJの意見は反トラスト分析を根拠とするものであり、DOJの意見のとおり、FCCが許可・不許可していることが認められる。このことから、反トラスト分析の専門的技術を有しないFCCにとって、同法271条(d)(2)(A)の「評価を十分に尊重する」旨の義務的な履行に止まらず、DOJの意見が助言として機能していることが認められるのである。

他方で、DOJは助言を行うものの、FCCに判断を任せたものも認められる。端緒となったのは、New York州InterLATAに係るBell Atlantic（現Verizon Communications Inc.）の事例である。DOJは、音声及び高度データサービスを供給する非分離回線網（unbundled loop）へのaccessについて市場開放手順が完了していないことを指摘した。その上で、競争上の制約が残る限り許可す

---

61) Application by BellSouth Corporation, BellSouth Telecommunications, Inc., and BellSouth Long Distance, Inc., for Provision of In-Region, InterLATA Services in South Carolina, CC No. 97-208. (Nov. 4, 1997), <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/1262.pdf>.

62) In the Matter of Application of BellSouth Corporation, et al. Pursuant to Section 271 of the Communications Act of 1934, as amended, To Provide In-Region, InterLATA Services In South Carolina, No. FCC 97-418. (Dec. 24, 1997), [https://transition.fcc.gov/Bureaus/Common\\_Carrier/Orders/1997/fcc97418.txt](https://transition.fcc.gov/Bureaus/Common_Carrier/Orders/1997/fcc97418.txt).

63) In the Matter of Qwest Communications International, Inc. Application for Authority to Provide In-Region, InterLATA Services in the State of Arizona, WC No. 03-194 (Oct. 9, 2003), <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/09/06/201359.pdf>.

64) Section 272 Sunsets for Qwest in the State of Arizona by Operation of Law on December 3, 2006 pursuant to Section 272(f)(1), No. DA 06-2464. (Dec. 4, 2006), [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/DA-06-2464A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-06-2464A1.pdf).

るべきではないとして、「再申請の際に許可を可能とする措置」を明確にすることで、FCCは申請を否定できることを指摘した。他方で、代替案として、Bell Atlanticが市場開放措置を講じ、必要条件を満たすことを証明した後のみ認められる旨の条件付きで許可する可能性を排除しない旨の助言を行い<sup>65)</sup>、これを受けてFCCは許可した<sup>66)</sup>。

このような事例は、独立したSherman法及びClayton法の適用を否定しない前提ではあるが、DOJがFCCに判断を任せるものであり、単なるネガティブチェックではなく、DOJが助言に徹する姿勢を示すものと認められるのである。

### (3) 学説

学説は、複数の行政機関による統一的審査の観点から見て、FCCとDOJとが合意できないことを批判するが、DOJの専門性を活用させるようにDOJの役割を修正させるものと評価する。James R. Weiss及びMartin L. Sternは、合併審査の適否の観点から1996年電気通信法271条に着目し、同条による枠組みについて、FCCが調査を指揮し、DOJが意見を提出するものと認識した。行政機関の法的権限が異なることから、DOJがFCCとは別個に調査を始め、必要があれば訴追する機会を拡大させるとして、行政機関間で合意できないことを批判した。無論、このことは複数の行政機関による統一的審査の見地からの批判であり、Weiss及びSternは、並列審査による非効率性抜きにDOJの専門性を活用する利点を評価した<sup>67)</sup>。DOJの専門性を活用することについて、ABA（全米法

---

65) In the Matter of Application by New York Telephone Company (d/b/a/ Bell Atlantic - New York), Bell Atlantic Communications, Inc., NYNEX Long Distance Company, and Bell Atlantic Global Networks, Inc., for Authorization to Provide In-Region, InterLATA Services in New York, CC No. 99-295 (Nov. 1, 1999), [https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/09/06/3813\\_0.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/09/06/3813_0.pdf).

66) Application by Bell Atlantic New York for Authorization Under Section 271 of the Communications Act To Provide In-Region, InterLATA Service in the State of New York, 15 FCC Rcd. 3953 (1999). 城所岩生『米国通信改革法解説』82-83頁（木鐸社，2001）参照。

67) James R. Weiss & Martin L. Stern, Serving two masters: The dual jurisdiction of the FCC and the Justice Department over telecommunications transactions,

曹協会) 反トラスト部会は、1996年電気通信法が、FCCが承認を与える前にDOJに評価を求めるものであり、DOJは合併を査定する伝統的役割を回復することに加えて、同法271条に従って承認を審査するものとして、DOJの役割を修正させると結論付けた<sup>68)</sup>。

#### 4. 考 察

これらの検討を踏まえ、規制当局と競争当局との関係について考察を行う。

まず、1996年電気通信法の審議過程における一致した意見として、DOJの参画の必要性があり、同法271条(d)(2)(A)に基づく「協議」は助言する形態による支援と考えられていたことが認められる。また、DOJ自らも支援する意思を有しており、「協議」の運用実績を見ると、DOJの意見が助言として機能していることも認められる。

このように考えると、同条(d)(2)(A)に基づく「協議」は、単なるネガティブチェックではなく、反トラスト分析の専門的技術を助言することで、支援となっているのではないか。

「協議」が助言することで支援となっているという考えは、同条に基づくFCCとDOJとの関係を理解するだけでなく、協議を定める他の公益事業における規制当局と競争当局との関係のあり方を検討することに資するものと考えられる。

こうしたことから、本稿では、同条に基づく「協議」は、助言することで、競争当局が規制当局の行為を積極的に支援する法制度の事例である旨結論付けることにしたい<sup>69)</sup>。

---

Commlaw Conspectus 6, 195, 210-11 (1998).

68) ABA SEC. ANTITRUST, TELECOM ANTITRUST HANDBOOK 290-92 (2005).  
See PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, vol. 1B, ¶251k (Wolters Kluwer Law & Business 4th ed. (2013)).

69) 本論文のうち意見に係る部分は個人的なものである。