

公正取引委員会事務総局官房参事官  
経済取引局総務課企画室  
確約手続対応方針案等担当 御中

「確約手続に関する対応指針」(案)に対する意見

競争法フォーラム

## 第1 はじめに

競争法フォーラムでは、本年7月11日に公正取引委員会(以下「公取委」という)から「確約手続に関する対応指針」(案)(以下「確約手続対応方針案」という)が示され、意見等の募集のあったことを受け、以下のとおり意見を提出する。

本意見書においては、基本的に確約手続対応方針案の内容に沿って、その内容を分析して、重要と思われる点について意見を述べる形とした。

## 第2 確約手続対応方針案に対する個別意見

### 1 確約手続対応指針案「1 趣旨」について

確約手続においては違反事実の認定を行うものではないのであるから、「問題解決」との用語を用いるのは相当ではなく、例えば「競争上の懸念を解消する」との表現を用いるのが適切である。

### 2 確約手続対応方針案の「3 確約手続に関する相談」について

確約手続に関する相談によって公正取引委員会と事業者との間の意思疎通を密にすることは適切であると考えますが、確約手続の利用を促進するためには、相談の事実その他の意見表明によって被疑事業者が不利益に取り扱われることはない旨の明示が必要である。

### 3 確約手続対応方針案の「4 確約手続の流れ」について

公取委が考える「独占禁止法の規定に違反する事実があると思料する場合」(独占禁止法(以下「法」)48条の2)における「思料する場合」の意義と

しては、公取委が証拠はないが主観的に違法行為があると考えているという段階から、ある程度の証拠はあるものの違反の認定まではできない段階、さらには証拠をもって排除措置命令を出せる（且つ争っても裁判所で負けないだけの確実な証拠がある）という段階まで相当の開きが生じ得ると考えられる。また、現行独占禁止法においては「思料する」との用語は一般人による違反事実申告の端緒についても用いられるなど（法45条1項）、その概念の幅は相当広い。このように相当に幅が広くなり得ることに照らせば、後記5（2）で述べる確約措置に関する議論（特に措置内容の十分性に関する議論）にも関連するが、過去の事案において明確に違反が認定された上で必要とされた措置と同程度の内容が必ずしも常に求められるわけではないことが明記される必要がある。

また、確約手続通知の前提となる事実認定や競争への悪影響の評価の程度に、上記のような幅があり得ることを前提とした上で制度を構築するのであれば、まずそのような幅があり得ることを明確に示すべきである。その上で、その幅の中において前提とする事実認定と競争への悪影響の評価に基づいて確約手続通知を行うことが客観的合理性を持つものであること、言い換えれば公取委が独占禁止法違反を立証し、行政処分を行うことが困難な事案において、厳密な事実認定や競争への悪影響の評価を行う努力を回避する方便として安易に確約手続を利用するものではないことを担保する方策を示すべきである。

#### **4 確約手続対応方針案の「5 確約手続の対象」について**

新規性のある案件や適用除外規定との適用関係が問題となる場合などにおいて制度の柔軟性を適切に活用した解決を図るためにも、入札談合、価格カルテル等については、「原則として」確約手続の対象としないとするなど、例外的に対象とすることができる余地を残すのが相当である。

#### **5 確約手続対応方針案の「6 確約計画」について**

##### **（1） 「（1）確約認定申請をするか否かの判断」について**

「被通知事業者が確約認定申請をしなかったとしても、その後の調査において、確約認定申請をしなかったことを理由として被通知事業者が不利益に取り扱われることはない。」との記載をしたことは積極的に評価する。しかし、それに加えて、「被通知事業者が確約認定申請をした事実及びその際に公取委

に提供した情報により、被通知事業者が不利益に取り扱われることはない。」ことも明記されるべきである。かかる記載がなければ、被通知事業者が確約認定申請を躊躇することにもなりかねず、制度の趣旨が失われることになるからである。

## **(2) 「(3) 確約措置 ア 基本的考え方」について**

制度に柔軟性を確保する観点からは、十分性判断が硬直化するのは避けるべきであり、先例に過度に依拠することがないようにすべきである。特に、排除措置命令の先例は違反事実の認定を前提とするものであるのに対し、確約手続においては違反事実の認定がされるわけではないのであるから、措置内容が異なることがあってもよいことを明らかにすべきであり、そのような観点から、「(ア) 措置内容の十分性」において「参考にする」とあるのは「参考にすることができる」とするべきである。

また、「(イ) 措置実施の確実性」において「確約措置の内容が契約変更を伴うなど第三者との合意が必要な場合には、当該第三者との合意を確約認定申請時までに成立させなければ、原則として、措置実施の確実性を満たすと認めることはできない」とされている点について、確約手続通知の日から60日以内に合意することは難しい場合もあり得ることから、必ずしも確約認定申請時までに当該第三者と合意できなくとも、申請時には一定期間内に合意を成立させることを約し、それが実現した場合に確約認定を行うという取り扱いをしても措置実施の確実性の問題はないと思われる。特に、契約変更については、契約条件が複雑、契約当事者多数など、60日以内に変更するのは多くの場合現実的でなく、柔軟な対応をする旨に変更すべきである。なお、「(3) 確約措置 イ 確約措置の典型例」中の「(キ) 履行状況の報告」における履行状況の監視等を委託した独立した第三者からの公取委への報告も、そのためのものとして活用されるべきである。したがって、「(イ) 措置実施の確実性」において「…成立させなければ、原則として、措置実施の確実性を満たすと認めることはできない。」とあるのは、「…成立させれば、原則として、措置実施の確実性を満たすものと判断される。」という記載に変更すべきである。

## **(3) 「(3) 確約措置 イ 確約措置の典型例」について**

同「(エ) 契約変更」について、「契約変更」という措置とその効果において同等性が期待されうることに鑑みれば、「契約変更」と併せて「契約条項の不行使」も挙げられてよいのではないか。なお、この契約条項の不行使の場合、確

約手続においては、その措置実施の確実性を担保する何らかの手当てが必要と考えられるので、そのための手当が必要であることについても説明すべきである。

また同「(カ)取引先等に提供させた金銭的価値の回復」について、金銭的価値の回復は、対価の減額等の場合の必須条件であるような表現は避けるべきである。例えば、「有益である」を「有益となる場合がある」に改めるのが相当である。

さらに同「(キ)履行状況の報告」において、「独立した第三者」とは公取委が認める者に限るとされているが、その選考については柔軟な対応がなされるべきである。

## **6 確約手続対応方針案の「8 認定又は却下 (1) 確約計画の認定又は却下に当たっての考え方」について**

確約認定申請を却下する場合は、いきなり却下するのではなく、却下する前に、被通知事業者に対し、確約措置が認定要件に適合しないと判断する理由を通知して、是正の機会を付与すべきある。仮に、通知をしないとしても、却下前に何らかの形で公取委と被通知事業者との間で協議があつてしかるべきである。いずれの形で運用するにせよ、指針の中に明記することが相当である。

## **7 確約手続対応方針案の「11 確約計画の認定に関する公表」について**

公表しない場合もあつてもよいと考える。前記3で述べた「思料する場合」において想定する被疑事実の嫌疑の程度にも関係すると思われるが、例えば、嫌疑がまだ薄い段階で、競争の早期回復を優先して、調査開始後の早い段階で合意ができた場合などは公表までしないという選択肢があつてもよいのではないか。

また、公表しない場合もあり得るとする場合には、これに伴って、公表するか否かについて被通知事業者の意見を聞くことにするのが相当である。

他方、公表する場合の内容については、営業秘密に該当する事項は公表されないこと、また、事前に営業秘密の記載の有無の確認や協議を行うことを明記するのが相当である。

## **8 確約手続対応方針案の「12 確約手続移行前の手続との関係等 (3) 確約手続において事業者から提出された資料の取扱い」について**

被疑事業者が公取委との意思疎通及び合意を通じて協調的に競争上の懸念を解消することを目指して提出した資料を、認定却下等の後に、公取委が法的措置を採る上での証拠として使用するという点については問題がある。

確約手続対応方針案は、「申請に当たって申請者から提出された資料が証拠として一切使用できないとすれば、法的措置を採る上で必要となる事実の認定に支障が生じるおそれがある」と指摘するが、当該証拠は、認定申請なければ公取委が入手できなかった証拠であり、それにもかかわらずそれを使用することを正当化する根拠が不明である。

また、このようなリスクがあれば、事業者としても、確約手続の中で、公取委を信頼して資料を提出することができなくなりかねず、事業者と公取委との間の意思疎通を促進して合意による違反の疑いを自主的に解決するという制度の趣旨が失われる。

さらに、認定申請の取下げを不利益に取り扱わないという説明とも矛盾する。

したがって、公取委が懸念する、「申請に当たって申請者から提出された資料」の中に、「法的措置を採る上で必要となる事実の認定」に使用される証拠となるべきものがあり得るという点について、まず、公取委としては少なくとも、「申請に当たって申請者から提出された資料」に、申請者として自らの違反を認める趣旨の資料を含めるべきことを求めることはない旨を、明記すべきである。また、認定却下等の後に、「申請に当たって申請者から提出された資料」を利用して、当該申請者であった事業者として自らの違反を認める趣旨の資料（当該事業者の従業員等による供述調書等を含む）の作成を求めることはない旨を、併せて明記すべきである。

なお、前記5（1）においても述べたが、認定申請自体も不利益に取り扱わないことを明示すべきであり、認定申請をしたことによりその後の手続で不利な結果が生じるような建て付けとすべきではない。

以上

提出者：競争法フォーラム（会長 中藤 力）

事務局

東京都港区愛宕1丁目3番4号愛宕東洋ビル3階

矢吹法律事務所内

電話 03-5425-6763

FAX 03-3437-3680

Email [info@jclf.jp](mailto:info@jclf.jp)

事務局長 矢吹公敏