

Legal Update

確約手続に関する対応方針(案)の公表

(執筆者) 雨宮 慶

1. はじめに

確約手続の内容を定める独禁法改正法(TPP整備法)¹は、2016年12月9日に成立し、翌2017年1月19日には公正取引委員会(公取委)は確約手続に関する規則²(以下、「確約規則」といいます)を制定しました。

これらの独禁法改正法、確約規則の内容やその問題点は2018年7月4日付けニュースレター³でご紹介したところですが、今般、公取委は、確約手続の運用の指針を示す「確約手続に関する対応方針」(確約手続ガイドライン)の案(以下「ガイドライン(案)」)といいますが⁴を公表し、パブリックコメントに付しました。パブリックコメントの締切りは2018年8月10日です。

本書では、今般公表されたガイドライン(案)及びその問題点をご紹介します。

2. 全体の構成及び記載事項

ガイドライン(案)は全体で11頁(実質10頁)あり、ガイドラインの趣旨の説明に続き、確約手続の流れに沿って11項目について、それぞれ公取委の考え方を示しています。

このうち「6. 確約計画」の項では、最も多い4頁を割いて説明しています。この、「6. 確約計画」の中の「(3) 確約措置の記載」や、「12. 確約手続移行前の手続との関係等」という項目は、これまでほとんど情報がなく、ガイドライン(案)ではじめて言及される事項です。それ以外の部分は、基本的には概ね法令の規定を改めて再言しており、目新しい記載は多くありません。ただ、一読しただけでは気付かないようなところに、公取委の見解が表明されていることがありますので、注意が必要です。

3. 基本方針の記載がないこと

ガイドライン(案)は、確約手続の最も重要な要件である「違反する事実があると思料する場合」について、公取委がどう解釈するのかを示していません。このことにより、ガイドラインの記載の一貫性に疑問が残るという問題があります。

¹「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」。

²「公正取引委員会の確約手続に関する規則」。

³ 確約手続の内容については、[2018年7月4日付けニュースレター](#)をご参照下さい。また、確約手続の施行日に関する改正法については [2018年7月2日付けニュースレター](#)をご参照下さい。

⁴ 「[確約手続に関する対応方針\(案\)](#)」。

法律上、確約手続きは、公取委が、独禁法に「違反する事実があると思料する場合」に、違反の疑いの理由となる行為について、確約手続きに付すことが適当であると判断するときのみ利用されます。

ガイドライン(案)は、この「違反する事実があると思料する場合」(以下「思料する場合」といいます)とはどういう意味かについて、全く言及していません。ですから、これが例えば①証拠に基づき確実に違反行為の認定ができ、直ちに排除措置命令を出せるところまで調査が進んだ状況なのか、②一応の調査が済んで違反の可能性が高く、証拠が不十分ながらも今後違反行為を立証する証拠が集まる見込みが高い状況なのか、③調査の半ばで違反の可能性もあるが、今後十分な証拠が集まらない可能性も高い状況なのか、さらには④証拠はないが公取委は違反だと主観的に信じている状況を言うのかについて、公取委の立場は明らかではありません。

各所から看取される公取委の見解は、その箇所ごとに前提が異なるようにもみられ、全体として整合していない感があります。この点が明らかにされないことにより、確約手続き開始の予想されるタイミングについても予想できないという問題が残ります。

4. 「思料する場合」以外の記載及び問題点

続いて、ガイドライン(案)における「思料する場合」以外の個別の記載及び問題点のうち、重要なものを取り上げます。

(1) 確約手続きの利用可能性に関する相談

ガイドライン(案)は、「事業者側からの」相談は可能と明示しています。

(2) 確約手続きの対象と確約通知

確約手続きは、公取委がその裁量により、調査対象行為が確約手続きの利用が可能である旨の通知(確約通知⁵)を事業者に送達することにより開始されますが、カルテルや入札談合は、対象としないとしています。また、刑事事件の対象となる行為や10年以内の同一条項の違反(再犯)も対象としないとしています。

確約通知には、法令上、違反の疑いのある行為の概要と適用法条を記載しなければなりません、「排除措置命令書と同程度に詳細な事実の認定や法令の適用の記載がなされるものではない」と述べています。通知の日から60日以内に排除措置計画を立案して認定申請し、公取委の認定を受けなければ確約手続きを利用できない事業者にとっては酷な記載です。

(3) 認定申請をしない場合の取扱い

ガイドライン(案)は、認定申請を行うか否かは事業者の自主的な判断によるので、認定申請を行わなかったことを理由として、当該事業者の不利益に取扱うことはないと明言しています。また、一旦認定申請を行った後に申請を取下げた場合も同様です。この記載は、事業者の不安を払拭するために有益です。

(4) 排除措置計画⁶に求められる内容

⁵ ガイドライン(案)は確約手続通知と呼んでいますが、本書ではこれまでのニュースレターの用語法と統一して「確約通知」と呼びます。

⁶ ガイドライン(案)は確約計画と呼んでいますが、本書ではこれまでのニュースレターの用語法と統一して「排除措置計画」と呼びます。

ア 排除措置計画に求められる内容の十分性と実施の確実性

ガイドライン(案)は「6.確約計画」の中の「(3)確約措置の記載」において、事業者自らが立案して認定申請する際の排除措置は、違反行為(違反被疑行為)を排除するのに十分なものであること(措置内容の十分性)と、確実に実施が見込まれること(措置実施の確実性)が必要であることを強調しています⁷。

イ 典型例は排除措置命令(行政処分)と同様の内容

ガイドライン(案)は措置内容の十分性について、「過去に排除措置命令等で違反行為が認定された事案」のうち、行為の概要や適用法条が類似するものの「措置の内容を参考にすると述べています。そして、考えられる措置の「典型例」の冒頭に、排除措置命令で通常命じられるもの⁸を列挙しています。

前述したとおり、確約通知の行為の概要と適用法条の記載は、排除措置命令書と同程度に詳細にすることはない一方、それを見て事業者が立案する排除措置計画は排除措置命令と同様の内容を要求するというのは一貫せず、事業者に酷なように思われます⁹。

ウ 契約内容の変更

措置内容の十分性を満たすために、排除措置計画において契約内容の変更が不可欠な場合もあると述べています。ただ、第三者との合意が必要な場合、認定申請の時点(確約通知から60日)までに合意が成立していなければ、原則として措置内容の十分性を満たさないとしています。これは現実的には相当困難で¹⁰、事業者に酷な要求と見られます。

エ 事業譲渡、被害弁償、履行状況の報告

ガイドライン(案)は、措置内容の十分性を満たすために事業譲渡は「必要となる場合がある」、被害弁償は「有益である」と述べ、排除措置命令で通常命じられるものに続けて同列に論じています。

また第三者による計画実施の監視(モニター)が措置実施の確実性を満たすために「必要な措置の一つである」と述べています¹¹。

(5) 排除措置計画に対する意見募集

公取委が排除措置計画の認定の是非を判断するにあたり、個別に利害関係者に対して意見聴取を行うことがあるほか、ウェブサイト等において広く第三者に意見を求める必要があると判断した場合には、これを行うと記載されています。少なくとも文言上は、認定申請を行った事業者の同意なくこれを行うかのような記載になっており、同意の有無や秘密情報の取扱いについて懸念が残ります。

⁷ この2点は、認定の要件として法律(独禁法改正法)で要求されています。

⁸ 違反被疑行為を取りやめる(またはすでに取りやめている)ことと今後行わないこと取締役会決議、取引先に対する通知や利用者に対する周知(いわゆる3点セット)やコンプライアンス体制の整備を挙げています。

⁹ 確約通知の記載は、「思料する場合」について①を前提にせず(したがって、それより粗い認定でも事業者に対し、行政処分の回避をちらつかせた認定申請の推奨が可能)、認定(公取委が事業者の計画を承認すること)の条件となる措置の内容は①と同様のものを要求することになります。

¹⁰ 排除措置計画に、「思料する場合」に関する①を前提とした場合と同様の「内容を求める」ことを超えて、命令の「内容が執行された」と同様の結果を求めているように思われます。

¹¹ このような監視(モニター)は、これがなければ措置実施の確実性を欠くので認定しないというまでのものではないと見られます。

(6) 事案処理の公表

公取委は認定後¹²、認定された計画の概要を違反被疑行為と共に公表します。この際、公取委は独禁法違反の認定¹³を行ったのではないことを明記します。これは事業者にとって望ましいことといえます。一方、公表の具体的なタイミングについては記載がなく、実際の運用を見なければ明らかではありません。

さらに、ガイドライン(案)は、認定申請の却下、取下げ、認定の取消しの場合にも、例外的に公表することがあるとしています。

(7) 確約手続きにおいて事業者が提出した資料

ガイドライン(案)は、「12. 確約手続移行前の手続との関係等」という項目の下、公取委が認定を却下した場合または認定を取消した場合、事業者が認定申請において提出した資料を、公取委が行政処分を行うための証拠とすることがあると述べています。

この記述は唐突の感を否めません。認定申請がなければ公取委が入手しえなかった資料を、認定申請を奇貨として証拠として使用できる根拠が明らかでないのみならず、これを行えば事業者の認定申請を躊躇させることになり、萎縮効果が大きく、確約制度の趣旨を失わせる危険もあります。さらに、同じガイドライン(案)が、認定申請を取下げたことを理由として当該事業者の不利益に取扱うことはない、と述べていることとの整合性も問われるように思われます。

5. まとめ

前述したように、ガイドライン(案)は、法令の規定だけでは明らかでない確約手続きの実務上の運用について、ある程度の指針を提供している点で有用といえます。一方、ガイドライン(案)は、公取委による「思料する場合」の解釈を示しておらず、事業者の根本的な疑問や不安を解消するのに十分とも言い切れません。個別部分ごとの整合性や、認定に際して提出した資料の取扱いなど、他の懸念事項もあります。

ただ、ガイドライン(案)はパブリックコメントに付されており、コメントに応じ修正される余地があります。特に、事業者と公取委の合意により、行政処分を回避する制度が設けられるのは、独禁法の歴史上初めてのことで、公取委が案を作成する過程では認識していない問題にも、いろいろな視点からコメントが出されることも考えられます。

ガイドラインの成案が公表される際に、成案に反映されなかったコメントやそれに対する公取委の考え方も公表されるのが通常ですので、成案のみならずその考え方も精査することが肝要です。

コンタクト

両宮 慶
東京オフィス
03-3214-6522
KAmemiya@mofocom

¹² 公取委が事業者の排除措置計画を承認するという意味での「認定」です。

¹³ 独禁法違反を認定するという意味での「認定」です。

このニュースレターがご提供する情報は一般的なもので、いかなる個別の事案に対しても適用されることを保証したり、解決を提供するものではありません。具体的な事案においては、当該事案に対する個別の法的助言なくして、ご判断をなされないようお願い申し上げます。