

2018年8月8日

## 「確約手続に関する対応方針（案）」に対する意見

日本商工会議所  
東京商工会議所

今般、公正取引委員会から、「確約手続に関する対応方針」（案）に対する意見が募集された。確約手続は、より早期に競争上の問題解決を図るため、企業が公正取引委員会と協調し、自主的に違反被疑行為の問題解決に取り組むことを可能とする制度であり、競争上の問題の早期是正を行うための新たな制度が導入されることは、不当な取引等により苦しむ中小企業をはじめとする被害企業や広く社会一般の利益にも資するものである。

しかし、一方で、確約手続は日本では初めて導入される制度であることから、企業の自由な事業活動が阻害されたり、企業が思わぬ不利益を被ったり、企業間で不公平が生じたりすることがないように、まずは、運用の透明性、公正性を高めることにより、本制度を適切に機能させるべきである。その上で、法務対応力が限られる中小・小規模企業との対話、相談対応における丁寧な制度運用を望む。また、定期的に制度の運用状況について評価を行い、必要に応じて見直しを図る仕組みとすることも重要である。

なお、被害企業が1社または数社しか存在しない場合など、取引構造によっては、本制度の運用過程において、情報提供者たる被害企業が、加害企業から特定されることによる将来的な取引環境の悪化等を懸念する声がある。公正取引委員会においては、こうした懸念に十分配慮されたい。

以上の基本的認識及び制度全体にかかる要望事項のほか、本案の各論に対する意見を以下の通り申し述べる。

### 1. 確約手続に付すことが適当と判断する際の基準について

（対応方針案1頁「2 確約手続の開始」、2頁「5 確約手続の対象」）

#### ➤ 意見

確約手続の対象となり得る行為について、通常手続である調査継続の対象ではなく、「確約手続に付すことが適当と判断する」際の基準や具体的な事例を明示すべきである。

## ➤ 理由

確約手続は、公正取引委員会が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において、その疑いの理由となった行為（以下「違反被疑行為」）について、確約手続に付すことが適当であると判断するとき、違反被疑行為を行っている又は行っていた事業者（以下「違反被疑行為者」）に通知を行うとされている。確約手続の対象となり得る行為、及び、対象とされない行為についての類型イメージの例は本案で示されているが、確約手続の対象となり得る行為のうち、公正取引委員会が「確約手続に付すことが適当と判断する」基準については明示されていない。

例えば、類似した事案について、一方は確約手続の対象とされたが、もう一方は確約手続の対象として不適当と判断されたなど、異なる取扱いがなされた場合、判断基準が明示されていなければ、被通知事業者及び通常の調査手続に付せられる違反被疑行為者の間で不公平を生じさせる結果になりかねないと考えられる。確約手続に付すことが適当かどうかについて、どのように公正取引委員会が判断するのか、その基準や具体的な事例を明示することによって、企業の予見可能性を確保するとともに、制度運用の透明性を高めるべきである。

## 2. 確約認定申請後、当該確約計画が認定されるまでの期間について

（対応方針案 2 頁「4 確約手続の流れ」、7 頁「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」）

### ➤ 意見

確約認定申請後、当該確約計画が認定されるまでの期間が、本案には記載されていないため、ある程度の目安となる標準的な処理日数及び上限を明示すべきである。また、確約手続通知を行う際に、違反被疑行為者に対し、事案ごとに確約認定申請後、当該確約計画が認定されるまでの目安となる期間を明示すべきである。

### ➤ 理由

確約手続通知を受けた者（以下「被通知事業者」）が確約認定申請をする場合は、確約手続通知を受けた日から 60 日以内に、違反被疑行為を排除するために必要な措置の実施に関する排除確保措置計画（以下「確約計画」）の認定の申請（以下「確約認定申請」）をしなければならないとされている。他方、被通知事業者による確約認定申請後、当該確約計画が公正取引委員会によって認定されるまでの期間は、本案では明示されていない。

この点、確約手続自体が、要すれば、企業が公正取引委員会と協調し、独占禁止法違反行為を早期に是正するための制度であるはずのところ、認定手続に

多くの時間を要するのは本旨に反するものである。

しかも、そもそも、「確約手続に関する対応方針」が策定される趣旨は、確約手続に関する考え方を可能な限り明確にし、法運用の透明性・事業者の予見可能性を確保することにある。事案ごとに個別具体的な事情が存することを鑑みれば、一律に一定の期間を定めることは困難であるとも考えられるが、一方で、確約認定申請を行う企業側の立場からすれば、確約計画が認定されるまでの所要期間が全く不明とすると、企業にとっての予見可能性が著しく害されていると言わざるを得ず、事業活動にも支障をきたす。よって、企業の予見可能性が十分確保され、自由な事業活動を阻害したり、不利益が及ぶことの無いよう、ある程度の目安となる標準的な処理日数及び上限を本対応方針において明確に示すべきである。例えば、「原則 60 日以内、事案によってはさらに 60 日間の延長が可能であるが、延長回数は 1 回限りとする」など、2 段階に設定して公開するなどの方法も考えられる。

さらに、予見可能性確保のため、確約手続通知を行う際に、違反被疑行為者に対し、事案ごとに確約認定申請後、当該確約計画が認定されるまでの目安となる期間を明示すべきである。

これらの措置によるメリットは主に 2 点ある。第 1 に、確約認定申請後、当該確約計画が認定されるまでの標準的な処理日数や上限を企業側に示し、企業の予見可能性を確保することによって、企業側が問題解決のため、より迅速かつ高いレベルの協力体制をとることができることである。第 2 に、被害企業の立場からも、当該確約計画が認定されるまでの目安となる期間が示されれば、違反被疑行為が排除されるまでの期間が分かるため、企業経営にメリットがあると考えられる。

したがって、ある程度の目安となる標準的な処理日数及び上限を企業に明示することは、本制度の効果的な運用に資するものであるといえる。

### 3. 認定申請書類の作成、ならびに、確約計画の策定に係る相談対応について (対応方針案 4 頁「6 確約計画 (2) 確約認定申請、(3) 確約措置」、7 頁「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」)

#### ➤ 対応方針 (案) の内容

確約認定申請をしようとする企業は、確約手続規則様式第 1 号又は第 3 号による申請書 (以下「認定申請書」と総称) を用いて確約認定申請をする必要があり、認定申請書には確約手続規則第 8 条第 2 項各号又は第 22 条第 2 項各号に掲げる書類 (以下「認定申請添付書類」と総称) を添付する必要があるとされている。

さらに、確約計画に記載する排除措置又は排除確保措置（以下「確約措置」と総称）の内容には、確約計画における確約措置が違反被疑行為を排除する又は違反被疑行為が排除されたことを確保するために十分なものであること（以下「措置内容の十分性」）、及び、確実に実施されると見込まれるものであること（以下「措置実施の確実性」）が満たされている必要があるとされている。

➤ **意見**

確約手続通知が行われた後において、公正取引委員会は、必要と認められる場合又は申請者から認定における論点等について説明を求められた場合には、その時点における論点等について説明するとされており、中小・小規模企業が、措置内容の十分性や措置実施の確実性という要件を満たした確約計画の策定が円滑に行えるよう、企業から問い合わせがあった場合には、意思疎通を密にし、特に丁寧な相談対応を望む。

➤ **理由**

認定申請書及び認定申請添付書類（以下「認定申請書類」と総称）の一部様式や種類が確約手続規則により示されているものの、中小・小規模企業においては、法務部が設置されていない、又は、法務担当者や顧問弁護士がいない場合も多く、措置内容の十分性や措置実施の確実性という要件を満たしている認定申請書類を作成するにあたり、単独では十分に対応できない場合も多い。

中小・小規模企業がその企業規模による法務対応力の差ゆえに、大企業に比して不利益を被ることが無いよう、公正取引委員会と企業との間の意思疎通を密にし、特に丁寧な対応を配慮いただきたい。確約手続は、違反被疑行為について公正取引委員会と企業の合意により自主的に競争上の問題解決に取り組む制度であり、認定申請書類の作成や確約計画の策定に係る企業へのきめ細かな相談対応は、協調して競争上の問題をより早期に解決を図ることに資するものとして、双方にとって有益であると言える。

#### 4. 違反被疑行為の排除について

（対応方針案5頁「6 確約計画（3）確約措置 ア基本的な考え方」）

➤ **意見**

被通知事業者が確約認定申請をする際には、申請時点で違反被疑行為が排除されているべきであり、排除されていることを確認する手段や排除されていると判断する際の基準が定められるべきである。

➤ **理由**

確約計画の認定がされるまで、当該確約計画の内容が必ずしも履行されず、違反被疑行為の排除自体が行われないうことがありうるとすれば、より早

期に競争上の問題解決を図るために導入されるはずの確約手続の趣旨にもとると言わざるを得ない。早期に競争秩序の回復がなされるよう、被通知事業者が確約認定申請をする時点で、違反被疑行為が確実に排除され、被害者たる特に中小企業等の不利益が解消されているべきである。加えて、当該違反被疑行為が排除されたことや被害企業等の不利益が解消されたことを確認する手段やその判断基準が定められ、明示されているべきである。

## 5. 確約措置の履行状況を公正取引委員会に定期的に報告する「第三者」について

(対応方針案6頁「6 確約計画(3) 確約措置 イ 確約措置の典型例 (キ) 履行状況の報告」)

### ➤ 意見

確約措置の履行状況について、被通知事業者又は被通知事業者が履行状況の監視等を委託した独立した第三者が公正取引委員会に対して定期的に報告することが必要とされており、「第三者」とは「公正取引委員会が認めるものに限る」とされている。どのような「第三者」であれば公正取引委員会に認められるのか、具体的に明示すべきである。例えば、被通知事業者が履行状況の監視等を委託するため、報酬を支払い、弁護士・弁護士法人、監査法人等を雇った場合、そのような弁護士・弁護士法人や監査法人等が果たして真に「独立した第三者」と言えるのかどうか、その判断は容易ではない。公正取引委員会が、どのような基準で「第三者」の独立性を判断し、確保するのか明示すべきである。

加えて、被通知事業者が「第三者」に確約措置の履行状況の監視、報告等を委託する場合、費用的な負担が発生することから、どのような場合、どの程度の期間、「第三者」に委託をしなければならないのか具体的に明示すべきである。

### ➤ 理由

被通知事業者が履行状況の監視等を委託することができる独立した第三者について、本案では「公正取引委員会が認めるものに限る」という条件が付記されているものの、具体的にはどのような者であれば本条件に該当するのかが不明瞭なため、その認定基準を明示すべきである。

加えて、被通知事業者が「第三者」に確約措置の履行状況の監視、報告等の委託について、事案ごとに個別具体的な事情が存することを鑑みれば、一律に一定の基準や期間を定めることは困難であるとも考えられる。一方、被通知事業者が「第三者」に履行状況の監視、報告等を委託する場合、当然に外部の者となり、当該業務に対する費用が発生し、中小・小規模企業にとっては、その負担は決して軽くないと想定される。したがって、当該被通知事業者の予見可

能性を確保するために、どのような場合、どの程度の期間、「第三者」への委託が必要なのか、具体的に明示すべきである。

## 6. 申請を受けた確約計画に係る第三者への意見募集、ならびに、認定された確約計画の事後的検証に際する被害企業の参加について

(対応方針案7頁「7 意見募集」)

### ➤ 意見

公正取引委員会は、申請を受けた確約計画が認定要件に適合するか否かの判断に当たり、被害企業が明確である場合には、必ず当該被害企業に対して意見の陳述の機会を設けるほか、意見の有無やその内容の確認を行うべきである。また、認定された確約計画についても、不備があると考えられる場合には、被害企業が意見を述べられる制度を設けるべきである。

### ➤ 理由

公正取引委員会は、申請を受けた確約計画が認定要件に適合するか否かの判断に当たり、広く第三者の意見を参考にする必要があると認める場合には、申請を受けた確約計画の概要について第三者からの意見を募集する場合があるとされている。しかし、競争秩序の回復を確保する観点から、確約計画に記載する確約措置について、措置内容の十分性と措置実施の確実性を確保するため、第三者への「7 意見募集」は、必要がある場合に限り行うのではなく、被害企業に対して必ず意見確認を行ったうえで、確約計画が認定要件に適合するか否かの判断を行うべきである。

また、確約計画が認定された場合、作成した違反被疑行為者自身がその内容について争いを起こすことは考えづらい。他方、例えば被害企業が明確であり、かつ、その被害企業が認定された当該確約計画の内容について、競争秩序の回復が確保できない不十分な内容だと判断したとしても、確約計画の認定についてはおそらく当事者適格を欠くため、裁判を起こして不服を申し立てるなどの手段がとれない。そこで、認定された確約計画の事後的な検証に、被害企業も部分的に参加できる制度を行政手続の中で導入すべきである。

## 7. 被通知事業者が確約措置の一環として、取引先等に提供させた金銭的価値の回復を行ったものの、確約計画が却下され課徴金が賦課された場合等の調整について

(対応方針案7頁「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」)

➤ **意見**

被通知事業者が確約計画に記載する確約措置として、例えば、取引先等に提供させた金銭的価値の回復を被通知事業者が取引先に対して行った場合において、提出された確約計画が認定要件に適合せず却下され、法的措置が採られた結果、課徴金が賦課されることになった場合は、既に取り先に支払った金額については課徴金から減額されるべきである。

➤ **理由**

確約計画という新制度であっても、従来の手続であっても、共に独占禁止法違反の疑いについて解決し、競争秩序の回復を図るための手段であることを考えれば、最終的にどちらの手続により競争上の問題が是正されたかに関わらず、違反被疑行為者が負担した金額は、違反被疑行為者自身の不当利得の収奪の一環として扱われるべきであり、課徴金の算定から減額されるべきである。

**8. 確約計画を認定、及び、却下する際の判断基準の明確化、ならびに、却下前の被通知事業者に対する相談対応等について**

(対応方針案7頁「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」、5頁「6 確約計画(3) 確約措置 ア基本的な考え方」)

➤ **意見**

確約計画を認定、及び、却下する際の判断基準をそれぞれ具体的に示すべきである。また、提出された確約計画について確約措置が認定要件に適合しないと判断される場合であっても、却下の判断を行う前に、公正取引委員会は当該確約計画が認定要件に適合するよう、被通知事業者に対し相談対応を行うなど、可能な限り意思疎通を図るべきである。

➤ **理由**

公正取引委員会は、被通知事業者から確約認定申請を受けた後、認定申請書類に基づき、認定要件に適合するか否かの判断を行うものであり、確約措置が認定要件に適合すると判断するとき、すなわち、措置内容の十分性及び措置実施の実効性をいずれも満たすときには、当該確約計画の認定をすとされており、例えば、本案では、措置内容の十分性とは「違反被疑行為を排除する又は違反被疑行為が排除されたことを確保するために十分なものであること」とされている。本案のように「十分なものであること」という内容のみでは、判断基準として不明瞭に過ぎ、恣意的な運用がなされる懸念も生じうる。また、具体的な判断基準が明確に示されていない状況で、類似の事案において提出された確約計画が似通っていた場合に、一方は認定され、もう一方は却下されることがあれば不公平であり、同時にそのような結果は被害者側の立場からも納得

できるものではない。よって、確約計画の認定、及び、却下の具体的な判断基準を示すべきである。

また、確約手続が、公正取引委員会と事業者が競争上の問題をより早期に是正するために協調的に取り組むための制度であることを考えれば、提出された確約計画の確約措置が認定要件に適合しないと判断される場合であっても、却下の判断を行う前に、公正取引委員会は当該確約計画が認定要件に適合するよう、被通知事業者に助言等を行うなど、可能な限り意思疎通を図り、自主的な解決がなされるようにすべきである。

## 9. 確約手続において事業者から提出された資料が返却されず、法的措置を採る上で必要となる事実認定を行う際の証拠として使用される可能性があることについて

(対応方針案 10 頁「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」)

### ➤ 意見

確約認定申請にあたり提出された資料は、確約認定申請を却下した場合若しくは確約計画の認定を取り消した場合又は申請者が確約認定申請を取り下げた場合には返却されず、かつ、法的措置を採る上で必要となる事実の認定を行うための証拠として使用することもあり得ることを、確約手続通知の機会を利用するなどして、書面により、違反被疑行為者に対し、確約認定申請前に十分に明示することを明確化すべきである。また、確約計画が却下され法的措置が採られることになった場合においても、結果的に却下されたとしても確約認定申請を行い、自主的に資料を提出したことは調査協力として一定の評価を得られるような制度設計とすることを望むものである。

### ➤ 理由

公正取引委員会が確約認定申請を却下した場合若しくは確約計画の認定を取り消した場合又は申請者が確約認定申請を取り下げた場合に、申請に当たって申請者から提出された資料を返却することはせず、かつ、法的措置を採る上で必要となる事実の認定を行うための証拠として使用することもあり得るとされている。

しかし、本来は、当該資料は確約認定申請を目的に提出されたものであり、営業秘密等を含む可能性もある本資料が、法的措置に移行した場合には、最終的には裁判で使用され公開されることもありえ、また、不利な証拠として取り扱われる可能性もあるとすれば、企業側が適切な防御権を行使することが困難な状況になることも予想されるとともに、企業に多大な損害を与える可能性もあ

る。自らの正当な利益を守るための、企業による正当な防御権の行使を可能とし、公正取引委員会の処分が企業にとって不意打ち的な効果を持たぬよう、公正取引委員会においては本制度の適切な運用が求められるとともに、確約手続において事業者から提出された資料が返却されず、法的措置を採る上で必要となる事実認定を行う際の証拠として使用される可能性があることを、当該違反被疑行為者に対し、確約認定申請前に明示すべきである。

また、結果的に提出した確約計画が却下されたとしても、公正取引委員会と協調し、競争上の問題を早期に是正するため確約認定申請を行い、資料を提出したことは、違反被疑行為者が当該競争上の問題解決のため示した姿勢であり、法的措置が採られた場合にも、調査協力として評価されるべきものであると考える。

以上