HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	独占禁止法における確約手続についての若干の検討
Author(s)	厚谷, 襄児
Citation	北大法学論集, 69(2), 490[1]-467[24]
Issue Date	2018-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71193
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no2_03.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

独占禁止法における確約手続についての若干の検討

厚　谷　襄　児

目　　次

はじめに
第１　確約手続の進行過程
第２　確約手続制度における論点
むすび

はじめに

本稿は、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（平成28年法律第108号）に織り込まれている独占禁止法の「確約手続」に係る規定について、若干の論点を摘示しようとするものである。

確約手続については、既に多くの解説・論説が発表されている[1]が、

[1] 白石忠志・独占禁止法（第３版）602頁以下（有斐閣、平成28）
植村幸也・裁量型減免制度と確約制度に関する独禁法改正について（法律時報89巻１号12頁以下）
小室尚彦・「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」による独占禁止法改正（確約手続の導入）の概要等について（公正取引798号２頁以下）
泉水文雄・確約手続の導入について―EU・米国の諸制度を比較して（公正取引798号９頁以下）

それらは主に制度論からのものである。他方、確約手続に係る規定には、解釈問題を含めなお論じられるべき論点が残されているものと思料される。ただ、解釈問題に係る諸問題は、実務過程を通じて生じてくるものなので、現時点で採り上げる論点は限定される。本稿では、確約手続の意義及び概要を手続の進行に沿って伝え（第１）、次いで、確約手続の進行過程において気付いた若干の論点を摘示することとする（第２）。

第１　確約手続の進行過程

はじめに、確約手続の概要をその進行過程に沿って述べる。

１　確約手続の意義と対象

（１）　意義

独占禁止法に確約手続に係る規定が織り込まれたが、「確約手続」という文言はなく、その定義規定も定められていない。確約手続については、「公正取引委員会の確約手続に関する規則」（平成29年公正取引委員会規則第１号、以下「規則」という。）が制定され、その第１条に「公正取引委員会（・・）が行う、確約手続（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（・・）第48条の２から第48条の９までの手続をいう。・・）」とある。この括弧書きの手続が確約手続の定義といえよう。それは、独占禁止法違反被疑事件（以下「違

多田敏明・確約手続の課題と留意点―事業者サイドの視点から（公正取引798号16頁以下）

朝倉真一・独占禁止法の平成28年改正の解説（NBL1095号４頁以下）

中里浩・公正取引委員会の確約手続に関する「規則」の制定について（NBL1095号14頁以下）

篠浦雅幸・確約手続の導入についてー運用に関する諸論点についての一考察（NBL1095号24頁以下）

高橋滋・小川聖史　競争法執行手続としての確約手続に関する OECD 報告書の概要（一橋法学15巻２号953頁以下）

岡田直巳・欧州競争法の確約決定制度に関する基礎的研究―近年の批判的議論にみる特徴と課題（青山ローフォーラム４巻２号117頁）

反被疑事件」という。）の処理手続の一である。

確約手続については、「環太平洋パートナーシップ協定」（以下「TPP 協定」という。）に「各締約国は、自国の国の競争当局に対し、違反の疑いについて、当該国の競争当局とその執行の活動の対象となる者との間の合意により自主的に解決する権限を与える」（第16.　２条５）と定められており、この条項を担保するため、違反被疑事件について、公正取引委員会と事業者との「合意により自主的に解決する」制度[2]、あるいは、「・・独占禁止法違反被疑事件ついて、公正取引委員会と執行活動の対象となる者が合意することにより事件を解決する手続」[3]として定められたと解説されている。

いずれの解説においても、確約手続は、公正取引委員会とその審査活動の対象である違反被疑事件の行為者との間の「合意」が要素とされている。実定確約手続は、公正取引委員会による被疑行為者への「通知」（48条の２）→被疑行為者による排除措置計画の「申請」（48条の３第１項）→公正取引委員会による申請の「認定」（48条の３第３項）という段階を踏む。その過程のどの段階で公正取引委員会と被疑行為者との間に「合意」があるというかが問われる。

（２）　対象

確約手続の対象は、違反条項の全面に亘る違反被疑行為（48条の２）である。ただ、本稿においては、そのうち、実務上排除措置命令（７条、８条の２、20条）又は課徴金納付命令（７条の２、８条の３、20条の２～６）の対象とされてきた私的独占（３条前段）、不当な取引制限（３条後段）、事業者団体による競争制限的活動（８条）及び不公正な取引方法（19条）に係る論点について検討することとする。

２　確約手続の通知

（１）　公正取引委員会は、独占禁止法「第３条、・・第８条・・又は第19条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

[2] 小室前掲３頁

[3] 朝倉前掲５頁

の疑いの理由となった行為について、公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるときは、当該行為をしている者に対し、次に掲げる事項を書面により通知することができる」(48条の２)、と定められている。この「通知」により、確約手続が開始される[4]。

確約手続開始の前提として、公正取引委員会は、事業者・事業者団体による違反被疑行為について、「事件」として調査を行っている。多くの場合、事件について必要な調査をするために、立入り検査処分がなされているであろう（47条１項４号)。

なお、公正取引委員会が通知できる最終時点は、違反被疑事件に係る意見聴取の通知（50条１項）前である（課徴金に係る意見聴取の通知(62条４項)の場合を含む。)(48条の２第１項ただし書)。

通知をするときについて、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について､公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるとき」､という定め方をしているのは、通知の対象を絞り込もうとするものと理解できよう。そうして､「書面により通知することができる」というのであるから、通知をするか否かは、公正取引委員会の裁量によるといえよう。そこで通知の対象を公正取引委員会の裁量で絞り込む基準が問題とされる。

（２） 確約手続の「通知」の内容

被疑行為者に対する通知事項は、①当該行為の概要、②違反する疑いのある法令の条項及び③次条第１項の規定による認定の申請をすることができる旨の３項目である（48条の２)。

「当該行為の概要」の「当該行為」は、独占禁止法の「規定に違反する疑いの理由となった行為」であり、通知するのはその「概要」である。被疑行為を「認定」したものではない。本稿では、公正取引委員会が「当該行為」を被疑行為として調査し、その実態を明ら

[4] 独占禁止法「第３条・・第８条・・又は第19条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」を適宜「被疑行為」といい、また､「当該行為をしている者」を適宜「被疑行為者」という。

かにすることを「解明」ということとする。「当該行為」の「解明」は、公正取引委員会の責任において行う。また、公正取引委員会は、どの程度「当該行為」を解明し、被疑行為者にその「概要」を通知しなければならないかが検討課題である。

3　排除措置計画の作成と申請

（1）　確約手続の通知を受けた被疑行為者は、疑いの理由となった行為を排除するために必要な措置を自ら策定し、実施しようとするときは、公正取引委員会規則の定めるところにより、その実施しようとする措置（以下「排除措置計画」という。）を作成し、これを通知の日から60日以内に公正取引委員会に提出して、その認定を申請することができる（48条の３第１項）。

（2）　排除措置計画には、①排除措置の内容、②排除措置の実施時限及び③その他公正取引委員会規則で定める事項を記載しなければならない（同条２項）。

確約手続において、被疑行為者が法的に関与するのは、「排除措置計画」の作成・申請である。排除措置計画は、「当該行為の概要」、つまり公正取引委員会が解明した行為の概要に適切に対応したものでなければならない。通知を受けた被疑行為者が「当該行為の概要」に対応して「排除措置計画」を策定することが、確約手続の狙いであり、特色であるといえよう。

4　排除措置計画の認定

（1）　公正取引委員会は、被疑行為者からの排除措置計画の認定の申請があった場合において、その排除措置計画が次の各号のいずれにも適合すると認めるときは、その認定をするものとする（48条の３第３項）。

①　排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであること。

②　排除措置が確実に実施されると見込まれるものであること。

公正取引委員会は、被疑行為者から排除措置計画の認定の申請を受けたなら、これに対し、認定するか、却下するかである。①

の「・・行為を排除するために十分なもの」は「十分性」の観点から、②の「排除措置が確実に実施される」は「確実性」の観点から「当該行為の概要」に照らして判断される。

（2） 排除措置計画の認定手続

排除措置計画の認定は文書によって行い、認定書には、委員長及び合議に出席した委員がこれに記名押印しなければならない（48条の３第４項）。認定は、その名宛人に認定書の謄本を送達することによって、その効力を生ずる（48条の３第５項）。

排除措置計画の認定手続は、違反行為に対する排除措置命令と同じであり（61条１項）、排除措置計画の認定が排除措置命令と手続的に同じ重さを有しているといえる。

5 排除措置計画の申請の却下及び変更

（1） 公正取引委員会は、被疑行為者からの認定の申請があった場合において、その排除措置計画が認定に係る二つの要件（48条の２第３項）のいずれかに適合しないと認めるときは、決定で却下しなければならない（48条の３第６項）。

認定の却下の手続には、認定の規定（48条の３第４項）、決定書の送達の規定（同条５項）が準用される（同条７項）。却下の決定書には、①排除措置計画の認定を却下した旨、及び②却下の理由を記載しなければならない（規則13条２項）。

（2） 排除措置計画の認定を受けた者は、その認定に係る排除措置計画を変更しようとするときは、公正取引委員会規則の定めるところにより、公正取引委員会の認定を受けなければならない（８条の３第８項）。その手続には、認定及び却下の規定が準用される（同条９項）。

6 排除措置計画の認定の効果

公正取引委員会が申請の認定をした場合において、当該認定に係る疑いの理由となった行為及び排除措置に係る行為については、次の規定は、適用しない（48条の４）。

私的独占、不当な取引制限の排除措置命令（７条１項）及びその既往

の排除措置命令（同条２項）
事業者団体の制限活動の排除措置命令（８条の２第１項）及びその既往の排除措置命令（８条の２第２項）及び管理人・構成事業者への排除措置命令（同条３項）
不公正な取引方法の排除措置命令（20条１項）及びその既往の排除措置命令（同条２項）。
不当な取引制限の課徴金納付命令（７条の２第１項）、
私的独占（支配）の課徴金納付命令（７条の２第２項）、私的独占（排除）の課徴金納付命令（７条の２第４項）、
事業者団体構成事業者への課徴金納付命令（８条の３第１項）
不公正な取引方法の課徴金納付命令（20条の２から第20条の６）

違反行為に対する排除措置命令又は課徴金納付命令の規定が適用されない。これは法定効果である。

７　排除措置計画の認定取消し・除斥期間の特例

（１）　公正取引委員会は、次の各号のいずれかに該当するときは、決定で、認定を取り消さなければならない（48条の５第１項）。

①　認定を受けた排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるとき

②　認定を受けた者が虚偽又は不正の事実に基いて当該認定を受けたことが判明したとき

認定の取消決定には、認定の決定の手続（48条の３第４項）及び決定の効力発生（同条５項）に係る規定を準用する。

排除措置計画の認定が取り消されると、その被疑行為は、違反被疑事件として、意見聴取手続（49条）へ移行するであろうし、また、排除措置計画の認定の取消しは、認定を受けた被疑行為者にとっては不利益処分である。

（２）　除斥期間の特例

①　排除措置命令に係る除斥期間（48条の５第３項）及び課徴金納付命令に係る除斥期間（同条４項）の規定については、不当な取引制限に係る排除措置計画の認定の取消しを例にみてみる。

不当な取引制限事件については、排除措置計画を取り消すなら、

改めてその事案を違反行為として、排除措置命令（７条１項）をしなければならない。その時点において、違反行為が既になくなっているであろう。排除措置命令は、「当該行為がなくなった日から５年を経過したときは、出すことができない（７条２項ただし書）。この期間を「除斥期間」という。

不当な取引制限の課徴金納付命令について、「当該行為の実行としての事業活動を行った日から当該行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間（当該期間を超えるときは、当該行為の実行としての事業活動がなくなる日からさかのぼって３年間）」を「実行期間」といい、その期間の事業活動について課徴金を賦課する（７条の２第１項）。その実行期間の終了した日から５年を経過したときは、課徴金納付を命ずることができない（７条の２第27項）。

③　除斥期間に対処して、排除措置計画の取消しが除斥期間の満了する日の２年前の日以後にあったときは、取消しの決定の日から２年間においても、排除措置命令・課徴金納付命令ができるとしている（48条の５第３項）。

上記のことは、私的独占（支配）（７条の２第２項）、私的独占（排除）（７条の２第３項）、事業者団体違反行為（８条の３）及び不公正な取引方法（20条の２から20条の６まで）も同様である[5]。

第２　確約手続制度における若干の論点

わが国の確約手続制度の運用において想定される法的論点について、独占禁止法の分野のみでなく行政法の分野と係わりがあると想定される

[5] 48条の６から48条の９までに、私的独占（３条）、不当な取引制限（３条）、事業者団体活動規制（８条）又は不公正な取引方法（19条）の規定に違反する疑いの理由となった行為が既になくなっている場合における「排除確保措置計画」についての認定等の手続が規定されているが、これらは、これまで述べてきた排除措置計画の手続に対応しているので、省略する。ただし、実務上、確約手続の認定時では、被疑行為が終わっているであろうから、公正取引委員会が被疑行為者の申請の認定･却下するのは「排除確保措置計画」についてであろう。

論点も含めて摘示することとする。

1　確約手続における「確約」と「合意」について

「確約手続」という文言は、独占禁止法には定められておらず、公正取引委員会規則の名称が「独占禁止法の確約手続に関する規則」であり、その規則１条に「公正取引委員会（・・）が行う確約手続（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（・・）第48条の２から第48条の９までの手続をいう。）・・」と定めている。この括弧書きが「確約手続」の定義であるといえよう。

「確約手続」は、公正取引委員会による「当該行為の概要」の「通知」（48条の２）→通知を受けた被疑行為者による排除措置計画の認定の「申請」（48条の３第１項）→公正取引委員会による申請の「認定」（同条３項）又は「却下」（同条６項）の手続を踏む。その認定の効果は、排除措置命令・課徴金納付命令を受けない（48条の４）ことである。「確約手続」制度は、規則において、「確約手続」を独占禁止法「第48条の２から48条の９までの手続をいう」と定めたのは、そのような手続過程、あるいは手続の仕組みを捉えたといえよう。ところで、その過程・仕組みにあって「確約」ないし「合意」というのは、どこを指すのか。

公正取引委員会の担当官による解説によると、確約手続制度は、TPP協定に定める競争当局とその執行活動の対象となる者との間に合意による自主的解決する権限（16.　２条５）を担保するため、「独占禁止法を改正し、独占禁止法の違反の疑いについて公正取引委員会と事業者との『合意により自主的に解決する』制度として導入した」もの[6]、あるいは、「確約手続のように、行政庁と事業者とが合意により事件を解決する法制度は、我が国についてこれまで例が見られない制度である。そしてこの確約手続は競争当局と事業者とが、言わば同じ方向を向いて違反行為の抑止に向けて行動することによって、より迅速な事案処理を可能とする効率的・効果的な制度である」[7]という。

上記の解説によるなら、「確約手続」には、独占禁止法の所管行政庁

[6] 小室前掲３頁
[7] 朝倉前掲13頁

である公正取引委員会と被疑行為者との「合意」が織り込まれていると受け取られているのではないか。

そのような理解がある。「今般わが国で導入される確約手続の最大のポイントは、ＥＵにおけるそれと同じく、業者と当局（公取委）との合意により、違反行為を認定することなく、独占禁止法違反の疑いを解消する点にある。この合意は、法律的には、事業者による排除措置計画の認定の『申請』を受け、公取委が『認定』という行政行為を行うことを指す（改正法48条の３参照）」と[8]。

実定確約手続に「合意」が制度として織り込まれているなら、上記の記述のように理解されよう。そうであるとしたら、その「合意」は「行政契約」・「公法上の契約」の法理に遵い、その合意によって法的効果が生ずることになるのでないか。しかし、実定確約手続では、その効果として、公正取引委員会の認定による排除措置命令・課徴金納付命令の回避が法定されている（48条の４）。実定確約手続についての「合意」は、比喩的であり、法的には、公正取引委員会による「認定」制度、「排除措置計画認定制度」でないのか[9]。そうして、他に公正取引委員会と事業者との「合意」と捉えることができる要因は見い出せない[10、11]。

---

[8] 篠浦前掲24頁

[9] 白石前掲603頁　白石教授は、「確約手続」制度を「排除措置計画等認定制度」という。「等」は排除確保措置計画」を含めるからである。

[10] 行政法分野では「確約」という概念が取り上げられている（藤田宙靖・行政法総論317頁（青林書院・2013）。それは、「ある行政行為をすることを行政庁が私人に約束した時に、このような約束は契約として法的拘束力を持つか、という問題」である。「この問題も例えばドイツにおいては、いわゆる『確約』の法理として、広く肯定的に解され、近時わが国でもその紹介及び導入が図られているところであるが、最高裁判例はこのような考え方を導入することには、未だ積極的であるとは言えない」、という。

ここでの「確約」については、菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」（公法の理論【下Ⅰ】1755頁・有斐閣、昭52）及び乙部哲郎「（乙部哲郎・行政上の確約の法理」（神戸学院大学法学研究叢書２）（日本評論社、1988）がある。菊井論文で「確約」について、「行政庁が将来行なうであろう公法的行為について、自己拘束する意図をもって相手方に対して行う意思表示」と定義づけている（1758頁）。行政法分野で取り上げられている「確約」概念は、独禁法の「確

2　確約手続の開始

（1）　公正取引委員会は、私的独占（3条前段）、不当な取引制限（3条後段）、事業者団体の活動規制（8条）及び不公正な取引方法（19条）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について、公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるとき」に「当該行為をしている者」に対し、法定事項を「書面により通知することができる」（48条の2）と定める。この通知により確約手続は開始する。

（2）　通知の要件として、「規定に違反する事実があると思料する場合」、「その疑いの理由となった行為について、公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるとき」と定めている。この規定の

約手続」とは性格が異なるものであり、概念が混同しないように留意すべきであろう。

[11] 平成17年独占禁止法改正以前に違反被疑事件処理手続に事前審判手続があった。その当時の事件処理は、勧告→応諾→勧告審決・不応諾→審判手続→審判審決。審判手続の過程で同意審決という仕組みが織り込まれていた。同意審決制度が「確約手続」制度に類似している。

同意審決について、旧独占禁止法53条の3は、「公正取引委員会は、審判開始決定をした後、被審人が、審判開始決定書記載の事実及び法律の適用を認めて、公正取引委員会に対し、その後の審判手続を経ないで審決を受ける旨を文書を以て申し出て、かつ、当該違反行為を排除し、若しくは当該違反行為が排除されたことを確保し、又は独占的状態に係る商品若しくは役務について競争を回復させるために自らとるべき具体的措置に関する計画書を提出した場合において、適当と認めたときは、その後の審判手続を経ないで当該計画書記載の具体的措置と同趣旨の審決をすることができる」、と定めていた。

これは、アメリカのConsent decreeの手続に準じたものである。「申立の主導権は被審人の側にある訳で、委員会は、申出を適当と認めたときに、申出と同一内容の審決をするに過ぎない（もっとも事前の折衝があり得ることは当然である）。一種の和解の制度と考えてよく（入江前掲論文22頁）、排除措置についての意見の一致がこの手続の要素をなしている。」（今村成和・独占禁止法［新版・法律学全集52巻の2］249～250頁、有斐閣・昭36）

同意審決は、簡易な事件処理手続であるが、審判手続過程における事件処理方式であり、また、同意審決によって、特段の恩恵はなく、確約手続とは性格を異にする。

要件の定め振りをみると、「その疑いの理由となった行為」のうち、通知する場合を「公正且つ自由な競争の促進を図る上に必要があるとき」に絞り込もうとするように読み取れる。しかし、「公正かつ自由な競争の促進を図る」ことは、独占禁止法の「固有の目的」（１条）であり、公正取引委員会が被疑行為の調査を行うことが、この目的に悖ることはないであろうから、この規定が確約手続開始を絞り込む要件として、取分け機能するとは思われない。そうであるなら、この要件からは、通知すべきでない事案を区分することができないのでないか。

（３） 確約手続の通知について「することができる」とあるので、通知をするか否かは、公正取引委員会の裁量である。そこで、通知の要件の規定から通知すべきでない事案を区分できないとすると、通知するかしないかの区分する基準を別に求めなければならない。

担当官の説明によるなら、「確約手続の対象として主として単独行為が想定されるところ、公正取引委員会が調査を行う全ての事案について確約手続を適用することは適切でないと考えられることから、改正法48条の２の規定により、公正取引委員会が確約手続の対象とすることが適当か否かの事案選択を行うことにしている。具体的な適用対象については、今後、確約手続に関するガイドライン（仮称）の策定に際して検討されるものと考えられる・・」[12]という[13]。

（４） 公正取引委員会の通知を受けた被疑行為者が策定し、申請した排除措置計画が認定されるなら、その効果として排除措置命令・課徴金納付命令が回避される（48条の４）。

通知を受けなければ、その被疑行為は、通常の違反事件として、排除措置命令が出され、また、多くの事案には課徴金納付命令が

[12] 小室前掲５頁

[13] 独占禁止法上の「単独行為」については、公正取引2017年12月号で「単独行為規制をめぐる問題」と題して特集している。取分け泉水文雄「単独行為規制をめぐる問題」（２頁）参照。

出されることとなる。そこで、特定の被疑行為が、通知を受けて排除措置計画の認定へと進むのか、違反事件として、排除措置命令・課徴金納付命令により規制されるかを区分けする基準を要する。規制体系としては、被疑行為に対する排除措置命令が基本的なのであるから、確約手続の通知の対象を絞り込むべきであろう。48条の２の規定の通知の要件の定め振りはそれを示しているのであろうが、規定の定め方が抽象的で基準として十分に機能しないであろうと思われる。そこで通知の基準をガイドラインに定めることになろう[14]が、その基準を定める論拠・論理が重要である。

担当官は「確約手続の対象として主として単独行為が想定される」とし、また、「排除措置計画の認定の効果として排除措置命令及び課徴金納付命令を行わないこととなることから、悪質な行為を確約手続の対象とすることは適当でなく、改正法48条の２に列挙された禁止規定の対象となる行為のうち、価格カルテル・入札談合等については、確約手続の対象外となるものと考えられる」とする[15]。

価格カルテル・入札談合を通知の対象とすべきないこと自体は受容されるとして、それを通知の対象としないのは、「悪質な行為」だからということであろうか。そうであるなら、独占禁止法上の「悪質」とは何かが問われよう。「排除措置計画の認定の効果として排除措置命令及び課徴金納付命令を行わないこととなることから、悪質な行為」というのであるなら、単独の私的独占もそれに当たるのでないか。それに通知をしないか。そうでなく、通知の対象とするのであるなら、説明の仕方が異なるのでないか。基準として重要なのは、通知をする対象をどのような基準で絞り込むかということであり、それには通知の基準を法意からどう導くかが関心事となるのでないか。

（５）　それでは、通知の対象とされるか否かの基準の参考の一つとして過去10年間に価格協定・入札談合事件、単独行為事件など違反

[14] 小室前掲５頁
[15] 小室前掲５頁

行為の類型がどうなっているかみてみよう。

次頁の表は、過去10年間の違反行為の類型別表である[16]。その表から、次のようにいえよう。

ア　私的独占事件が２件あり、いずれも単独行為事件である。

イ　不当な取引制限事件は、事件数が多いが、１件を除き価格協定事件・入札談合事件であるから、通知の対象とはされないであろう。平成20年度に価格カルテル・入札談合以外の不当な取引制限事件が１件（三菱マテリアル㈱ほか２名事件（平成20年10月17日排除措置命令、審決集692頁、課徴金納付命令、審決集755頁）ある。この事件は、地方公共団体が売却する溶融メタル等の入札・随意契約における、購入予定者の決定である。公正取引委員会の分類によると「数量、販路、顧客移動禁止、設備制限当のカルテル」であるとされているが、事実関係は、入札談合と差別されるものではないであろう。

ウ　事業者団体の構成事業者に対する競争の実質的制限（１号）事件が２件、事業活動・機能の制限（４号）事件が３件ある。１号事件は価格制限事件である。このような事案は、通知の対象とされないであろう。

エ　不公正な取引方法のうち、優越した地位の濫用事件は、大型専門店、スーパの事件が多い。これらの事案については、現在、タスクフォース方式といわれる仕方で処理されているが、通知の対象とする事案もあり得よう。法定不公正な取引方法（２条９項１号から４号）事件と指定不公正な取引方法事件は、単独行為事件である。これらが通知の対象となるのであろう。

過去10年間における違反事件から推測するなら、確約手続の対象となる事件は、私的独占事件、不公正な取引方法事件であろう。そうであるなら、確約手続の件数は年に数件ということでないか。

[16] 公正取引委員会年次報告により作成

過去10年間の違反行為の類型

	私的独占		不当な取引制限			事業者団体			不公正な取引方法						
平成(年度)	排除	支配	価格	入札	他	1号	4号	5号	再販	他拘束	取引妨害	優越	不当廉売	取引拒絶	計
19			6	14			1						2	1	24
20	1		8	2	1				1			4			17
21			5	17						2		2			26
22			6	4						1		1			12
23			5	12					1		1	3			22
24			1	19											20
25			7	9		1						1			18
26	1		4	2		1					1	1			10
27			2	5			2								9
28			1	8					1	1					11
計	2		45	92	1	2	3		3	4	2	12	2	1	169

（6） 新規の事案、解釈の変更の事案を、通知の対象とする場合には、公正取引委員会による行為の解明が新規の事案、解釈の変更事案であることを被疑行為者が理解し、それに相応しい排除措置計画を策定し、そのことが利害関係者も理解できる程度に明らかにされることが望まれよう。新規の事案[17]、解釈を変更する事案[18]は、その扱いが先例となるからである。

（7） 公正取引委員会は、現在、警告により処理している事案がある。それは、排除措置命令を行うに足る証拠が得られなかった場合である。警告とは、「委員会が、法第３条、第６条、第８条又は第19条の規定に違反するおそれがある行為がある又はあったと認める場合において、当該事業者又は当該事業者団体に対して、その

[17] 新規の事案は、被疑行為に前例がないものである。これまでも不公正な取引方法事件には多くみられた。例えば、流通系列のタイプとして最初の一店一帳合事件がそれであろう（日本光学事件［昭47・６・30勧告審決、審決集19巻25頁］）。

[18] 解釈の変更の事例は建築家を事業者として独占禁止法を適用した事案であろう（昭54・９・19審判審決、審決集26巻25頁）。

行為を取りやめること又はその行為を再び行わないようにすることその他必要な事項を指示すること」（公正取引委員会の審査に関する規則26条括弧書き）である。

警告は、文書によって行い、警告書には、警告の趣旨及び内容を示し、審査局長がこれに記名押印しなければならない。公正取引委員会は、警告を使用とするときは、当該警告の名宛人となるべき者に対し、あらかじめ、意見を述べ、及び証拠を提出する機会を付与しなければならない。警告をしたときは、その旨を公表している[19]。

確約手続と警告を比較すると、次のようにいえる。

① 確約手続は法的制度であり、規範的性格を有する。警告はいわゆる行政指導である。

② 確約手続の認定書には委員長・委員が記名押印する。警告書は審査局長が記名押印する。手続の重みが異なる。

警告の対象となる違反被疑事件の事実の解明の程度は、「排除措置命令を行うに足る証拠が得られなかった場合であっても、違反の疑いがあるとき」である。事実の解明度は、確約手続の通知の要件を具備する程度になるものがあるなら、これまで警告で処理してきた事案が確約手続により処理する方が好ましいものがあるのではないか。

3 通知事項

（1） 公正取引委員会による通知すべき事項は、①当該行為の概要、②違反する疑いのある法令の条項、及び③次条第１項の規定による認定の申請をすることができる旨である（48条の２）。

「当該行為の概要」の「当該行為」とは、私的独占（３条前段）、不当な取引制限（３条後段）、事業者団体の活動規制（８条）及び不公正な取引方法（19条）に係る「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」である。

[19] 平成28年度10件の警告事件があった。そのうち９件は教科書に係る利益供与による誘引事件であり、１件は不当な取引制限事件である［平成28年度年次報告62頁］。

その「概要」を書面により通知することができる。「その疑いの理由となった行為」、つまり「当該行為」を解明するのは、公正取引委員会の通常の審査活動である。

公正取引委員会が「当該行為」の解明の過程、つまり、被疑行為の調査過程で、被疑行為者が確約手続の開始を期待して行為の解明に協力するであろう。確約手続制度の導入それを期待してのことである。ただ、被疑行為者の協力は、事実上の行為である。

公正取引委員会が解明した「その疑いの理由となった行為」、即ち「当該行為」をどの程度「概要」として記載すべきかが問われるであろう。

（2）「概要」の内容

① 通知をするのは、私的独占、不当な取引制限、事業者団体の活動規制及び不公正な取引方法に係る規定に「違反する事実があると思料する場合において」であり、通知には「違反する疑いのある法令の条項」（以下「被疑条項」という。）の記載を要するのであるから、通知を受けた被疑行為者が「当該行為」の被疑条項を察知できる程度の事実が「概要」として記載されていなければならないであろう。

② 後述するように、通知を受けた被疑行為者は、排除措置計画を策定し、その認定の「申請」を行う（48条の３第１項）。排除措置計画には、「排除措置の内容」を記載しなければならない。その申請書には「排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであることを示す書類」を添付する（規則８条２項）。そのためには、「概要」に記載された行為を前提にして、それを排除するに十分なものを示すこととなる。このように「概要」が基準となる。

③ 被疑行為者は、現に「被疑行為」を行いつつある。このことは、競争市場という公共空間の機能を犯し、消費者、競争事業者あるいは取引先事業者の利益に損失を与えているのであり、その原因となった行為及び結果を除去するのが排除措置計画である。とするなら、消費者・競争事業者・取引先事業者が納得する程度に解明された行為が概要に記載されるべきであろう。

④　手続面からも排除措置計画の認定の公正取引委員会の議決方法（65条）、認定書の方式（48条の３第４項）、効力の発生（同条５項）は排除措置命令と同様であることは、「概要」に記載される行為の解明が排除措置命令に匹敵するものであることが望まれよう[20]。

⑤　行政の原則的考え方から「概要」の記載について、次のようにいえよう。

ア　事実の解明の程度の観点からみるなら、被疑行為の解明に対応して排除措置が採られる。したがって、その程度が不十分であるなら、不十分な排除措置しか採られず、被疑行為が残存するおそれがある。

イ　透明性の観点から、「公正取引委員会は、この法律の適正な運用を図るため、事業者の秘密を除いて、必要な事項を一般に公表することができる。」（43条）と定めている。事案の概要、排除措置計画は、公表される[21]というのだから、消費者・競争事業者は、公表により事実を認識できる。その際に、「概要」と排除措置計画の対応を理解できる程度に事実の解明がなされることが望まれる。

ウ　公平性の観点から、どのような行為にどのような排除措置計画が作成され、認定されたかということは、後に続く被疑行為に対し通知すべきか、後続の被疑行為者がどのような排除措置計画を作成するかの参考となる。

---

[20]「確約手続は、審査手続の途中で行われるものであり、かつ、競争秩序に迅速な回復を図るなどの手続の趣旨に鑑みれば、行為の概要についての詳細な記載には限界があるものと考えられる（・・）。他方、・・事業者と公正取引委員会との間のコミュニケーションを含めた一連の手続を通じて、公正取引委員会の有する競争上の懸念は十分に伝達できるものであると考えられる。」（中里浩前掲16頁）。「競争秩序の迅速な回復を図る」ことが「確約手続の趣旨」であるといっても、制度上「確約手続」の時間的制約は、被疑行為者の申請期間（48条の３第１項）のみであることからみて、「違反する疑いのある行為の概要」を詳細に記載することには限界があることと論理的に接続するか疑問である。

[21] 小室前掲７頁

上記のよう考え方は「概要」の内容を縛ることとなり、確約手続制度の狙いである簡易性、柔軟性、弾力性が後退するのでないかとの懸念する向きもあろう。しかし、行政上の制度に共通する水準を確保することは、行政に関与する上で共通の基本的なことであると思料するのであり、上記の諸点は、行政の在り方としては無視できない。

⑤　通知を受けた被疑行為者が、「概要」の内容に不服があるとき、公正取引委員会に対し、その旨を告げて訂正を申し立てることが認められるか。訂正手続が定められていないので、法的にはできないであろう。

5　認定の申請

通知を受けた被疑行為者は、排除措置計画を作成し、「これを当該通知の日から60日以内に公正取引委員会に提出して、その認定を申請することができる」(48条の３第１項)。 申請の時点を起点に60日以内である。

排除措置計画は、申請書を提出する（規則８条１項)。申請書には、①排除措置の内容、②排除措置の実施期限、③その他公正取引委員会規則で定める事項を記載しなければならない。

「排除措置の内容」は、「概要」に対応した措置である。「概要」から外れている事実を含まないし、それに記述されている事実の全てを前提とした措置である。「概要」の拘束性といえるか。

「排除措置」であるから、違反行為に対する排除措置（７条１項）と同じく、「違反行為を排除し、当該行為によってもたらされた違法状態を除去し、競争秩序の回復を図るとともに、当該行為の再発を防止することを目的として」いる[22]。

規則によると、認定の申請には「排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであることを示す書類」及び「排除措置が確実に実施されると見込まれるものであることを示す書類」を添付する

[22] 根岸哲・注釈独占禁止法125頁（有斐閣・2009)、ただし、排除措置命令は、作為・不作為を命ずる行政処分（下命処分）であるが、確約手続における排除措置計画は、被疑行為者による自主的措置である。

（８条２項）。前者は、排除措置計画の「十分性」、後者を「確実性」という観点から、排除措置計画の認定要件に対応している。

６　排除措置計画の認定

（１）　公正取引委員会は、違反被疑者からの認定の申請があった場合において、その排除措置計画が次の各号のいずれにも適合すると認めるときは、その認定をするものとする（48条の３第３項）。

①　排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであること、

②　排除措置が確実に実施されると見込まれるものであること。

公正取引委員会は、被疑行為者から排除措置計画の認定の申請を受けたなら、これを認定するか、却下するかである。

認定の判断枠組みについては、通知された「概要」を前提に二つの要件が定められている。「被疑行為を排除するために」という「十分性」と排除措置の実施の「確実性」についてである。それは、申請の内容を「概要」の記載事実に照らして判断する。「概要」の拘束性といえよう。

（２）　排除措置計画の認定は、文書によって行い、認定書には、委員長及び合議に出席し委員がこれに記名押印しなければならない（48条４項）。この手続は、違反行為に対する排除措置命令と同じであり（61条１項）、このことは、排除措置計画の認定が、排除措置命令と同じ重要さを有しているということである。

７　認定の効果

公正取引委員会が被疑行為者による排除措置計画の申請を認定するなら、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法に係る排除措置命令及び課徴金納付命令についての規定は、「当該認定に係る疑いの理由となった行為及び排除措置命令に係る行為については、適用しない」、と定められている（48条の４）。排除措置命令（７条１項、２項、８条の２第１項、20条１項、２項）及び課徴金納付命令（７条の２第１項、第２項、第８条の３、20条の２から20条の６まで）の規定が適用除外となる。適用除外という効果は、法定効果である。

「当該認定に係る疑いの理由となった行為」は、48条の２に規定する私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法に係る「当該行為」に当たる。「排除措置に係る行為」は、排除措置計画に記載されている排除措置の内容に係る行為であろう。本稿の対象とする被疑行為に対する排除措置は、それら被疑行為の差止めに係るものである。

上記の適用除外となるのは、規定に違反の疑いの理由となった行為であり、違反行為それ自体ではない。例えば、私的独占及び不当な取引制限の排除措置命令は「第３条・・の規定に違反する行為があるとき」に命ずるのである。他方、確約手続の対象は第３条の規定に違反するものでないから、３条の規定を適用除外とするのは、確認的なものである。

被疑行為者にとっては、排除措置命令・課徴金納付命令が免じられることが確約手続への最大の関心事であろう。被疑行為者がこの恩恵を享受しようとして、公正取引委員会による審査活動に自発的に協力し、それが被疑事件の早期処理に繋がるものと期待されるのである。

８　申請の却下

公正取引委員会は、認定の申請があった場合において、その排除措置計画が48条の３第３項各号のいずれかに適合しないと認めるときは、決定でこれを却下しなければならない（48条の３第６項）。

却下の理由は、行為を排除するために十分なものでない（１号）又は、確実に実施されると見込まれない（２号）のいずれにもあるいはいずれかに該当する場合である。

決定は決定書によって行い、それには、その旨と却下の理由を記載する（規則13条）決定の手続、決定書は、排除措置命令の手続に匹敵するほどの重みがある。

独占禁止法70条の11に、行政手続法第２章及び第３章の規定は、公正取引委員会のする「決定その他の処分」には適用しないとあるので、「却下」は行政処分であることを前提にこの規定をおいたものといえよう。これにより、通知がなかった状況となり、事件は、通常の事件処理手続に移行することになる。

９　認定の取消し

（1） 公正取引委員会は、次の各号のいずれかに該当するときは、決定で、認定を取り消さなければならない（48条の５第１項）。

一　認定を受けた排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるとき

二　認定を受けた者が虚偽又は不正の事実に基いて当該認定を受けたことが判明したとき

排除措置計画の認定の取消しの法的性格をみると、１号事由である「認定を受けた排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるとき」というのは、その認定時において認定それ自体は違法ではなく、後発的事情を理由としての取消しであるから、その法的性格は「撤回」であろう。２号事由である「認定を受けた者が虚偽又は不正の事実に基いて当該認定を受けたこと」というのは、その認定自体が瑕疵（原始的瑕疵）を含んでいるので、その法的性格は、「取消」であろう[23]。

認定の取消しの性格の違いが具体的に現れると思料する事例をしては、次ような場合であろう。

排除措置計画に、排除措置として、取締役会の決議、その旨の取引先への通知、従業員への周知徹底を定めて認定された。その後、被疑行為者が取締役の決議したのみで、他の措置が滞っていたところ認定が取り消された。その認定取消しが１号事由によるものであるなら、認定の「撤回」であるから、取締役会の決議は排除措置計画によるものとされる。他方、２号事由による取消しであるなら、取締役会の決議を含め排除措置計画それ自体が無効ということになろう。

むすび

1　確約手続制度については、規則において「確約手続」を独占禁止法「第

[23] 塩野宏・行政法Ⅰ［６版］188頁［有斐閣、2015年］、藤田宙靖・前掲注10、231頁、原田大樹・行政行為の取消しと撤回［行政法クロニクル第10回］［法学教室448号70頁］）、石川敏行・行政処分の取消し・撤回の制限［法学教室237号45頁］

48条の２から48条の９までの手続をいう」と定め、公正取引委員会による「当該行為の概要」の「通知」（48条の２）→通知を受けた被疑行為者による排除措置計画の認定の「申請」（48条の３第１項）→公正取引委員会による申請の「認定」（同条３項）又は「却下」（同条６項）の手続を踏み、その認定の効果は、排除措置命令・課徴金納付命令を受けない（48条の４）というものであり、そのような手続過程、あるいは手続の仕組みとして捉えたものといえよう。

その手続過程である公正取引委員会による通知の内容である「当該行為の概要」の解明は、公正取引委員会がその責任において行う。被疑行為者は、「概要」に対応する「排除措置計画」を策定し、公正取引委員会に認定を申請する。ここで被疑行為者が確約手続に法的に初めて関与する。ここに確約手続制度としての特色があり、また、確約手続制度の狙いであるといえよう。公正取引委員会は、認定の申請に対し、「概要」に照らし「十分性」と「確実性」の観点から判断して認定又は却下する。このようにみると、「概要」が確約手続制度の中核概念といえるか。

２　本稿では、確約手続について解釈論的に若干の問題点を摘示してきた。それは、被疑行為者の協力の下で迅速に事案を処理しようという意図を有する制度であるといえる。

しかし、実定確約手続制度は、法的には、被疑行為者の協力・自発的行為を受け止めるものではなく、事実上受け入れるものとなっているのでないか。そうであるなら、確約手続の過程において、公正取引委員会が責任を負うもの、被疑行為者が責任を負うものを明確にした上で、両者の協力の下に手続を進めるべきものでないか。

３　確約手続の導入の狙いは、違反被疑事件を迅速に処理するということであろう。独占禁止法の違反事件処理の在り方を振り返ってみると、次のようにいえよう。

独占禁止法制定当初から事後的審判手続になるまでは、勧告→勧告審決→審判手続→審決という過程を経た。その上、実質的証拠の原則が認められ、同意審決が織り込まれていたし、緊急停止命令あるいは差止命令制度が織り込まれた。審判手続は、被審人の主張を十分に聴取したうえで公正な行政処分を行うというもので「手続指向型」とい

えよう。それ故、公正取引委員会は「準司法機関」といわれた。

これに対し、事後的審判手続となったが、それでも審判手続を経た上で、実質的証拠の原則が認められていた。その後、審判手続が廃止され、排除措置命令となり、事前手続は、意見申述手続となり、実質的証拠の原則が廃止された。それは、違反事件の処理を簡易に処理しようとするもので、「簡易処理指向型」といえる。公正取引委員会は、合議制の行政機関である点で特異性を保持している。

今般、確約手続の導入により一層の事件処理の簡易・迅速性が望まれるようになった。しかも、被疑行為者に政策的に排除措置命令・課徴金納付命令の回避といういわば恩恵を付与しての制度である。これは「簡易・迅速処理指向型」といえようか。この制度の下での適切な事件処理がどのように進展するかが関心事である。

追記　本稿は、2017年12月23日、北海道大学経済法研究会において発表したものである。