# **公取委の「確約」多用は妥当か？**

2022年8月11日記

## **確約・審査終了・警告の多用**

　独占禁止法は、同法違反の行為に対して、排除措置命令によって対処することを基本としている（7条1項、8条の2第1項、20条1項）。

しかし、近年、公取委は、これ以外の、確約、審査終了の報道発表、警告等によって事件を処理することが多い。

公取委は、確約制度施行（2018年12月）後、13件の確約計画認定を行っている。これに対し、排除措置命令・課徴金納付命令は、マイナミ空港サービス＝課徴金納付命令令和3年2月19日移行は、すべて談合入札に関する事件である。つまり、この1年半の期間、談合入札以外の事案は、すべて確約手続で処理されているのである。

独占禁止法上、明文で規定されている手続は、上記の排除措置命令・課徴金納付命令と確約計画認定だけである。しかし、実際には、これら以外に、実際に審査を行ったが、違反行為がないとされた、または当事者が自主的な改善措置をとったとして審査打ち切りとされた事件（審査終了事件）がある。その中では、アップル・インクアップル（令和3・9・2）や、楽天送料無料事件（令和3・12・6）など、社会的に注目された事案も含まれている。

さらに、警告事件として、大阪瓦斯事件（平成31・1・24）、丸井産業事件（令和元・5・15）など、優越的地位の濫⽤に当たるおそれがあるとされた事件もある。これらでは、金銭提供をさせる行為や押込販売に係る行為が行われたとされている。

## **2．確約のメリット・デメリット**

これらのうち、確約手続で処理される理由としては、次の2つがあると考えられる。

1. 課徴金が課されないし、独禁法違反が認められたのではないので、事業者としては受け入れやすい。
2. 公取委としては、取消訴訟で争われるリスクがなく、迅速に処理することができる。

このうちの2については、デメリットと裏腹の関係にある。確約では、独禁法違反が認められないのであるが、それは違反事実の立証が困難であるとされたか、あるいは解釈上、当該行為が独禁法といえるか判断がつきにくいという2つの場合が考えられる。

私は、当初、後者の場合、典型的には当該事案に新規性があるケースでは、確約制度を利用する意味があると考えていた。例えば、デジタルプラットフォームに関し、従来の事例にはないような新しいタイプの行為が行われ、解釈としても議論が分かれる可能性が高い場合、当該事業者と話し合って、なるべく反競争的でない行為に誘導して早期に対処することなどが期待されると考えられたのである。

これに対し、前者、すなわち事実の立証が困難な場合については、個別具体的な事案ごとに判断せざるを得ないであろう。しかし、訴訟で争われるリスクを冒してでも、違反として命令を出すべきだった、という場合もあるように思われる。

## **3．被害の回復**

これらに加え、確約計画において、当該行為によって不当な被害を受けた者に対し、その被害の回復を図るとすることができる、というメリットが挙げられることがある。

ゲンキー事件＝確約令和2 ・8 ・5とアマゾンジャパン減額等事件＝確約令和2・9・10は、いずれも優越的地位の濫用事件で、納⼊業者に対し、従業員等の派遣、減額、各種の金銭提供、返品を強要した事案であり、これらにおいては、確約計画で納⼊業者における⾦銭的価値を回復することとされ、これは確約という手続をとったことによって可能になった、と説明されることがある。

しかし、第1に、独禁法違反行為によって被害を受けた者は、私訴によって損害賠償請求をすることができるはずである。もちろん実際には、訴訟コストやリスクなどの点で、これは極めて高いハードルであるが、そうであれば、このルートが容易になるような方策を考えるのが本筋である。

第2に、排除措置命令においても、被害の回復を命じることができると解される。独禁法7条1項の「これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置」に、独禁法違反行為が残存しているのだから、不利益回復の措置＝利益返還または返金の命令を含むと解することができる。

上の解釈が妥当であるとすれば、確約だから被害の回復を図ることができるという議論は疑問であるということになる。

なお、参考として、ドイツの競争制限禁止法では、違法状態排除処分のひとつとして、利益返還命令（GWB32条2a項）が定められている。

GWB32条2a項１文「カルテル庁は、違反中止処分において、カルテル法違反行為により生じた利益の返還を命じることができる。」

* 上記の利益返還命令を肯定する見解として、

根岸哲「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報27号21頁以下、29頁（2006）

舟田正之『不公正な取引方法』（有斐閣、2009）219頁

舟田正之「東京電力の料金値上げ注意事件について」公正取引744号47頁以下、52頁（2012）

宗田貴行「独禁法・景表法違反に係る消費者被害救済の改善」日本経済法学会年報40号34頁以下（2019）

## **4．その他**

確約手続が多用されていることについては、その他、多くの問題があるが、ここでは割愛する。

下に掲げたのは、毎日新聞8月3日付夕刊の記事であるが、その最後にある私のコメントを参照されたい。

同じ紙面のウェッブ記事は、下記のとおり（7月28日付）

<https://mainichi.jp/articles/20220728/k00/00m/040/197000c>