

序章 独占禁止法の全体像

3 独占禁止法違反に対するサンクション等 (2) 課徴金について [土田]

● 13頁最終行の後に下記を追加する。

2019年改正では、主として不当な取引制限について課徴金制度をめぐる改正が行われた(2020年12月25日施行)。まず課徴金の算定の基礎が拡大するとともに(7条の2第1項1号~4号)、算定期間が最長10年に延長された(2条の2第13項)。課徴金の納付は、実行期間が終了してから7年まで命じられることとなった(7条の8第6項)。従来しばしば争われた業種別算定率も廃止され、4%の算定率が適用される「中小企業」の定義が厳格化された(7条の2第2項)。

15%の割増算定率については、これが適用される繰返し違反の対象が拡大し(7条の3第1項2号、3号)、不当な取引制限の実行の要求、中止の妨害が追加された(7条の3第2項3号ハ、ニ)。

次に、従来の課徴金減免制度に加えて、調査協力減算制度が導入された(7条の5)。これは、課徴金減免制度においては、不当な取引制限の禁止に違反した事業者の課徴金減免が公取委への申請順位によって決まり、順位に基づく減免が確保されれば、それ以上の協力は行われなかったため、新たに調査協力の程度や提出した証拠の価値により課徴金の減算が行われる制度が追加された。その結果、申請順位による減免は、調査開始前の1位が全額免除、2位が20%減額、3位~5位が10%減額、6位以降が5%減額となり、調査開始後は、最大3社が10%減額(調査開始前と合わせて5位以内となる場合に適用される)、それ以外が5%の減額となる(7条の4第1項、第2項)。また新設された調査協力減算制度は、調査開始前の2位以降の事業者について最大40%の減額、調査開始後は最大20%の減額となる。

さらに、以上のように課徴金制度の強化、調査協力減算制度の導入等、総じてサンクションの強化が行われるならば、それに見合う「防衛権」の充実が必要であるとの要請が事業者から行われたこともあって、弁護士・依頼者間の通信秘密の保護(いわゆる秘匿特権)が審査規則(公取委を拘束する規則)に定められた。すなわち、不当な取引制限に関する法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記載した文書で、一定の要件を満たすものには、審査官はアクセスしな

い（違反の立証の資料とするため閲覧等しない）こととされた。具体的には、不当な取引制限の禁止に違反した疑いで事業者の事業所に立入検査が行われる場合、事業者が一定の要件を満たす資料について本制度の取扱いを求めたときには、立入検査を行う職員は、これを閲覧することなく、厳封して持ち帰り、審査を行う部局には属さない判別官が要件を満たす物件か否かを判別し、要件を満たせば当該物件を事業者に還付し、そうでなければ審査官に引き渡すというものである。

第1章 総 則

●人材獲得を巡る独占禁止法上の問題 [東條]

人材の獲得を巡る競争は独占禁止法の適用対象であるが、従来、労働法制との適用関係のすみわけの問題を含め、人材獲得競争に関する独占禁止法上の考え方が明確に整理されているとは言えなかった。

昨今、個人の働き方が多様化し、副業・兼業を含め、「フリーランス」（スポーツ選手、芸能人等を含む）が一層増加するとともに、労働人口の減少等により、深刻な人手不足に陥るケースも予想される。このように人材獲得競争の活発化が予想される一方で、活発化した競争を制限する行為が行われるおそれが指摘されている。

こうした背景事情を踏まえ、公正取引委員会・競争政策研究センターがとりまとめた「人材と競争政策に関する検討会報告書」（2018年2月15日）は、公正かつ自由な人材獲得競争を確保する独占法上の意義についてあらためて確認するとともに、次のような各種行為が独占法違反になるとの考えを明らかにした。①複数の発注者が共同して、フリーランスに対する報酬・取引条件や、移籍・転職の制限を取り決めること（＝不当な取引制限）、②優越的地位にある発注者による制限・義務等がフリーランスに対し不当に不利益を与えること（＝優越的地位の濫用）、③フリーランスの他の発注者との取引機会を失わせる制限・義務等（＝私的独占、取引拒絶、排他条件付取引、拘束条件付取引など）、④他の発注者との取引を妨げる各種の行為（＝取引妨害）。

同報告書で整理された考え方をスポーツ事業分野において明らかにしたのが、「スポーツ事業分野における移籍制限ルールに関する独占禁止法上の考え方」（公正取引委員会、2019年6月17日）である。スポーツ事業分野においては、スポーツ統括団体によるチーム間の選手の移籍や転職について一定の制約や条件を課す移籍制限ルールを定めている事例が多く確認され、公正かつ自由な人材獲得競争という観点からみて、合理性や必要性が疑問視されるものの存在が認められる。

スポーツ・チームは、スポーツ活動を通じた事業活動を行っており、独禁法上の「事業者」であるところ（⇒ 第1章 2 「事業者、事業の例」24～26頁）、スポーツ分野における移籍制限ルールも、共同して、人材の移籍・転職を制限する旨の取り決めに当たり、不当な取引制限に該当する。ただし、移籍制限ルールが、①選手の育成費用の回収可能性を確保することにより、選手育成インセンティブを向上させること、②チームの戦力を均衡させることにより、競技としての魅力を維持・向上させること、の2つの面で競争促進効果をもつ場合もありうるため、移籍制限ルールは、直ちに違反とされるのではなく、目的の合理性及び手段の相当性という観点から、様々な要素を総合的に考慮し、その合理性・必要性が個別に判断される。より具体的には、制限の期間等が目的達成に必要な範囲にとどまるか、移籍金制度等より制限的でない他の手段はとり得ないかなどが考慮されることになる（⇒ 第2章 第2節 「不当な取引制限の禁止」、6 (2) 「共同行為の正当化事由」71～72頁）。

また芸能分野においても、芸能人の移籍・独立に関して不当な不利益を課す行為や、一方的に著しく低い報酬での取引を要請する行為等は、優越的地位の濫用に該当するおそれがある（⇒ 第5章 「不公正な取引方法の禁止」、第2節第5款 1 「取引上の優越的地位の濫用」225～229頁）。

第2章 私的独占の禁止・不当な取引制限の禁止

第5節 課徴金

●課徴金関係の改正

2019年独禁法改正の中心は、課徴金制度の見直しである。制度趣旨（⇒95頁）に変わりはないが、課徴金の算定方法が見直され、また新たに調査協力減算制度が導入された。以下、改正の概要を解説する。〔武田〕

① 課徴金の算定方法の見直し

(1) 課徴金算定基礎の拡大（97頁以下）

第7条の2① 事業者が、不当な取引制限……であつて、商品若しくは役務の対価に係るもの又は商品若しくは役務の供給量若しくは購入量、市場占有率若しくは取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるものをしたときは、公正取引委員会は、……当該事業者に対し、第1号から第3号までに掲げる額の合計額に100分の

10 を乗じて得た額及び第 4 号に掲げる額の合算額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。(略)

一 当該違反行為……に係る一定の取引分野において当該事業者及びその特定非違反供給子会社等が供給した当該商品又は役務……並びに当該一定の取引分野において当該事業者及び当該特定非違反供給子会社等が当該事業者の供給子会社等に供給した当該商品又は役務……の政令で定める方法により算定した、当該違反行為に係る実行期間における売上額

二 (略)

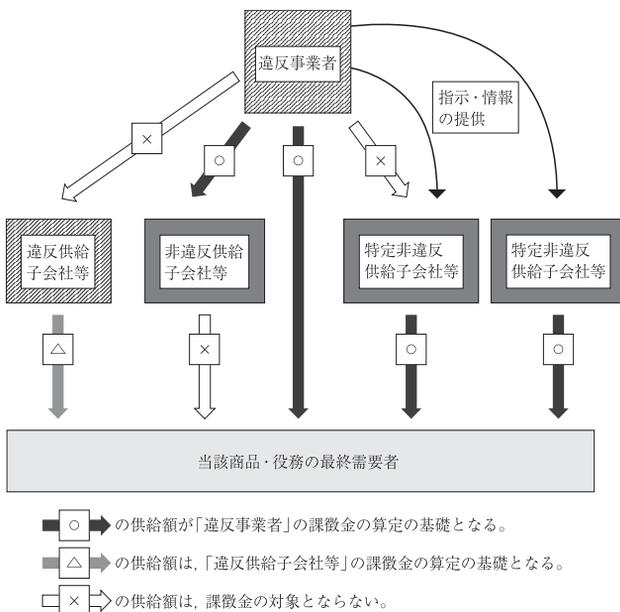
三 当該違反行為に係る商品又は役務の全部又は一部の製造、販売、管理その他の当該商品又は役務に密接に関連する業務として政令で定めるものであつて、当該事業者及びその完全子会社等……が行つたものの対価の額に相当する額として政令で定める方法により算定した額

四 当該違反行為に係る商品若しくは役務を他の者……に供給しないこと……に関し、手数料、報酬その他名目のいかなを問わず、当該事業者及びその完全子会社等が得た金銭その他の財産上の利益に相当する額として政令で定める方法により算定した額

7 条の 2 第 1 項本文は、不当な取引制限のうち、「商品若しくは役務の対価に係るもの又は商品若しくは役務の供給量若しくは購入量、市場占有率若しくは取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるもの」に課徴金を課すとする。不当な取引制限に該当する事項を内容とする国際的協定若しくは国際的契約についても同様である。これらは改正前と変わりがない(⇒99 頁)。供給カルテルについて、課徴金額は次の 3 つを合算したものになる(購入カルテルについては、1 号に代わり、2 号に従い金額を算定する)。

第一に、次図のように、①違反事業者と「特定非違反供給子会社等」が供給した当該商品又は役務と、②それらが「供給子会社等」に供給した当該商品又は役務について、実行期間における売上額の 10% を算定する(7 条の 2 第 1 項 1 号)。ここで、「特定非違反供給子会社等」は、違反事業者からの指示または情報に基づき当該商品または役務を供給する完全子会社等である(2 条の 2 第 7 項)。また、「完全子会社等」は、議決権の全部を有する関係でつながる会社である(同条 3 項)。特定非違反供給子会社等に対する指示または情報の内容は、「他の者に当該違反行為に係る商品又は役務を供給することについて」のものに限られる(同条 7 項)。

第二に、違反行為に「密接に関連する業務」について、違反事業者およびその完全子会社等が行つたものの対価の額の 10% を算定する(7 条の 2 第 1 項 3 号)。「完全子会社等」の範囲は、上で見た(2 条の 2 第 3 項)。密接関連業務は、違反行為に係る商品または役務の全部または一部を行わないことを条件として行う製造、販売、加工その他の商品または役務を供給する業務であつて、他の違反行為者が違反行為



(松本博明編著『逐条解説 令和元年改正独占禁止法』(商事法務, 2020年) 34頁の図表をもとに作図)

に係る商品または役務を供給するために必要とされるものである(独禁令6条1項)。

第三に、違反事業者および完全子会社等が当該商品または役務を受けないことに関して得た金銭その他の財産上の利益に相当する額を算定する(7条の2第1項4号)。たとえば談合金がこれに該当する。上の2つが売上額の10%を乗じて計算されるのに対して、ここでは全額が課徴金額に算入される。

改正前において、第一の売上額は違反事業者のものに限られていた(特定非違反供給子会社等なる概念はなかった)。また第二および第三は、課徴金の算定基礎ではなかった。なお、立法段階では「当該商品又は役務」の改正も検討された。「当該商品又は役務」については、違反行為の拘束を受けたこと、また具体的競争制限効果が発生したことの立証が必要とされている(⇒100頁)。改正が見送られたことで、今後もそれらの立証が必要である。また、国際市場分割カルテルにおける外国事業者について、国内に売上高がないにもかかわらず課徴金を課すための立法も検討されたが、これも見送られた。

(2) 算定期間の延長・除斥期間の延長・売上額の推計

改正前において、実行期間は違反行為の終期からさかのぼって3年が上限であった(⇒100頁)。改正によって、算定期間の始期は、最長で立入検査等の日からさか

のほって10年前の日までとなった(2条の2第13項)。また、排除措置命令および課徴金納付命令の除斥期間が、5年から7年に延長された(7条2項ただし書、7条の8第6項)。

事業者が、審査官等による事実の報告や資料の提出の求めに応じない場合には、上で見た7条の2第1項各号の額を合理的な方法により推計することができる(同条3項)。審査規則23条の6第1項は、不当な取引制限について、実行期間のうち算定基礎額を把握できた期間における額を当該期間の日数で除したものに把握できない期間の日数を乗する方法を示している。

(3) その他の改正

①業種別算定率(⇒97頁)が廃止された。②中小企業算定率が適用される場合(⇒98頁)を限定した。中小企業算定率が適用されるのは、違反事業者および子会社等の全てが7条の2第2項の要件を満たす場合に限られる。③早期離脱に係る算定率の軽減(⇒107頁)が廃止された。④違反の繰返しに係る算定率の加重(⇒108頁)について、完全子会社(2条の2第3項)が過去10年以内に課徴金納付命令等を受けた場合も含むなどの改正がなされた(7条の3第1項)。⑤違反の主導に係る算定率の加重(⇒108頁)について、その範囲を拡大して、隠蔽仮装の要求等をした者(7条の3第2項3号ハ)や、課徴金減免制度に係る事実の報告等を行わないことを要求した者(同号ニ)などを含むとした。⑥事業譲渡等による課徴金納付命令の承継(⇒116頁)について、調査開始日前に事業譲渡等がなされた場合にも課徴金納付命令をなし得るとした(7条の8第4項)。

② 調査協力減算制度の導入(⇒109頁以下)

(1) 調査協力減算制度・適用事業者数

第7条の5① 公正取引委員会は、……事業者……から次の各号に掲げる行為についての協議の申出があつたときは、報告等事業者との間で協議を行うものとし、……報告等事業者との間で、報告等事業者が同号に掲げる行為をし、かつ、公正取引委員会が第2号に掲げる行為をすることを内容とする合意をすることができる。

一 次に掲げる行為

イ 当該協議において、公正取引委員会に対し、報告し、又は提出する旨の申出を行った事実又は資料を当該合意後直ちに報告し、又は提出すること。

ロ ……事実の報告及び資料の提出又はイに掲げる行為により得られた事実又は資料に関し、公正取引委員会の求めに応じ、事実の報告、資料の提出、公正取引委員会による報告等事業者の物件の検査……の承諾その他の行為を行うこと。

ハ 公正取引委員会による調査により判明した事実に関し、公正取引委員会の求めに応じ、事実の報告、資料の提出、検査の承諾その他の行為を行うこと。

二 減算前課徴金額に次のイ又はロに掲げる事業者の区分に応じ、当該イ又はロに定める割合（…「上限割合」という。）の範囲内において、当該合意において定める特定の割合（…「特定割合」という。）を乗じて得た額を、当該減算前課徴金額から減額すること。

イ 前条第2項第1号から第4号までに規定する事実の報告及び資料の提出を行った事業者 100分の40以下

ロ 前条第3項第1号又は第2号に規定する事実の報告及び資料の提出を行った事業者 100分の20以下

改正前の課徴金減免制度は、もっぱら申請順位に応じて減免率が決定されていた。改正法は、事業者の調査協力のインセンティブを高めるために、申請順位に応じた減免率に加えて、事業者の協力度合いに応じた減算率を付与する調査協力減算制度を導入した（7条の5）。申請順位に応じた減算率が違反行為からの逸脱のインセンティブを与え（7条の4）、協力度合いに応じた減算率が調査協力のインセンティブを与えることになる。調査開始前の第1位の申請者には課徴金を免除することに変更はない（同条1項1号）。逸脱への強いインセンティブを与える必要があるとともに、最初の申請者は最も重要な情報を有すると考えられるからである。調査協力の度合いに応じた減算率の上限割合は、調査開始前であれば最大40%、調査開始後であれば最大20%である（7条の5第1項2号）。調査開始前の情報は、立入検査に必要な情報を含むことから、価値が高いと考えられる。改正前において申請者数は最大5社に限定されていたが、申請者数の上限が撤廃された。これらをまとめて、新課徴金減免制度は次図のようになる。

●改正後

調査開始	申請順位	申請順位に応じた減免率	協力度合いに応じた減算率
前	1位	全額免除	+ 最大40%
	2位	20%	
	3～5位	10%	
	6位以下	5%	
後	最大3社(注)	10%	+ 最大20%
	上記以下	5%	

- ▶申請順位に応じた減免率に、事業者の実態解明への協力度合い（事業者が自主的に提出した証拠の価値）に応じた減算率を付加
- ▶申請者数の上限を撤廃（全ての調査対象事業者に自主的な調査協力の機会あり）
- ▶事業者による協力の内容と公正取引委員会による減算率の付加について両者間で協議

【参考】現行制度

調査開始	申請順位	申請順位に応じた減免率
前	1位	全額免除
	2位	50%
	3～5位	30%
	6位以下	
後	最大3社(注)	30%
	上記以下	

- ▶減免率は、申請順位に応じて決定（固定値）。減免率に、事業者の実態解明への協力度合いは反映されない。
- ▶申請者数は最大5社までに限定

(注)調査開始日前と合わせて5位以内である場合に適用

(出典) 公正取引委員会資料

(2) 協議・合意

事業者は課徴金減免制度における報告等を行った上で、事実の真相の解明に資する事実等を把握すべく更に協力する意思がある場合には、協議開始の申出を行い、公正取引委員会と合意した上で、当該合意に基づく事実の報告または資料の提出を行うことができる（協議・合意は必須である）。協議の申出ができるのは、課徴金減免制度における報告等を十分に行った上で、7条の4第5項に基づく通知（5項通知）を受けた事業者に限られる。協議の申出ができる時期は限られる（7条の5第8項、課徴金の減免に係る事実の報告及び資料の提出に関する規則14条）。協議の流れは次図のようになる。

●協議の流れ



※1 仮に、協議が不調に終わった場合、協議中の事業者の説明内容を記録していたとしても、それ自体は証拠にならない。

※2 事業者が協議において提示した協力行為を実施した場合、公正取引委員会は提示した減算率を適用する（事業者が減免失格事由に該当する場合は、申請順位に応じた減免率も協力度合いに応じた減算率も適用はなくなる）。

(出典) 公正取引委員会資料

第7条の5② 公正取引委員会は、前項の協議において報告等事業者により説明された同項第1号に掲げる行為により得られる事実又は資料が事件の真相の迅速な解明に必要であることに加えて、報告等事業者が同項の合意後に当該事件についての新たな事実又は資料があつて同項の公正取引委員会規則で定める事項に係る事実に係るものを把握する蓋然性が高いと認められる場合において、当該新たな事実又は資料の報告又は提出に当該合意後一定の期間を要する事情があると認めるときは、報告等事業者に対し、当該協議において、報告等事業者が同号に掲げる行為に加えて第1号に掲げる行為をすることを当該合意の内容に含めるとともに、公正取引委員会が同項第2号に掲げる行為をすることに代えて第2号に掲げる行為をすることを当該合意の内容とするよう求めることができる。

一 次に掲げる行為

イ 当該合意後、当該新たな事実又は資料を把握したときは、直ちに、公正取引委員会に当該新たな事実又は資料の報告又は提出を行うこと。

ロ イに掲げる行為により得られた事実又は資料に関し、公正取引委員会の求めに応じ、事実の報告、資料の提出、検査の承諾その他の行為を行うこと。

二 減算前課徴金額に、特定割合を下限とし、これに報告等事業者が前号に掲げる行為をすることに対し減算前課徴金額を更に減ることができる割合として公正取引委員会規則で定めるところにより当該合意において定める割合を加算した割合……を上限とする範囲内において、公正取引委員会が当該行為により得られた前項の公正取引委員会規則で定める事項に係る事実の内容を評価して決定する割合（……「評価後割合」という。）を乗じて得た額を、当該減算前課徴金額から減額すること。

協力度合いに応じた減算率は、公正取引委員会と事業者との合意による。合意には、(ア) 減算率を特定して定めるもの(特定割合の合意)と、(イ) 減算率の上限と下限を定めるものがある。(ア) 特定割合の合意は、公正取引委員会が、課徴金減免制度(7条の4)における報告の内容などのほか、合意後に報告されると見込まれる事実や提出されると見込まれる資料を評価して、減算率を定めるものである(7条の5第1項)。これに対して、(イ) 上限および下限についての合意は、公正取引委員会が、事業者が合意後新たに把握し、調査協力減算制度における報告等を行った事実等を評価して、上限および下限の範囲内で減算率を決定するものである(同条2項)。このような幅のある減算率の合意が可能であるのは、法文上、①事業者が合意後に新たな事実または資料であって、事件の真相の解明に資するものを把握する蓋然性が高いと認められる場合であり、かつ②当該事実または資料の報告または提出に一定の期間を要する事情があると認めるときに限られる(同項柱書)。もともと公正取引委員会は、調査期間を通じた協力の内容が減算率に反映されることは、事業者にとっても有益と考えられることから、事業者に対して、通常、上限および下限についての合意を求めることになるとする(調査協力減算制度の運用方針3(2)イ)。最終的な減算率(評価後割合)は、上限および下限の範囲内で、提出された事実等が事件の真相の解明に資する程度を公正取引委員会が評価して決定する。

(3) 評価方法・減算率

減算率(特定割合、評価後割合)は、事業者の報告等の内容が事件の真相の解明に資する程度に応じて、決定される。同評価について、公正取引委員会は、事件の真相の解明の状況を踏まえつつ、報告等の内容が、①具体的かつ詳細であるか否か、②公正取引委員会規則が定める「事件の真相の解明に資する」事項について網羅的であるか否か、③当該報告等事業者が提出した資料により裏付けられるか否かの要素を考慮するとする(調査協力減算制度の運用方針4(1))。また、これら3つの要素から、下表のとおり減算率を決定するという(同(3)表2。下掲)。

表2 事件の真相の解明に資する程度に応じた減算率

調査開始日前	調査開始日以後	事件の真相の解明に資する程度
40%	20%	高い(全ての要素を満たす)
20%	10%	中程度である(二つの要素を満たす)
10%	5%	低い(一つの要素を満たす)

事業者は、合意において定められた期限までに報告等を履行する。事業者が調査協力減算制度に基づく報告等を期限までに履行しない場合には、協力度合いに応じた減算率のみならず、申請順位に応じた減算率も受けることができない(7条の6

第7号)。さらに改正法によって、調査協力減算制度における虚偽報告等（同条1号）、減免申請等の妨害行為（同条5号）、減免申請等を行った事実の漏洩（同条6号）が、減免失格事由として追加された。

(4) 判別手続

調査協力制度の導入にあわせて、所定の手続により一定の条件を満たすことが確認された事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記録した物件を審査官がその内容に接することなく還付する手続が導入された（審査規則23条の2以下、事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容が記録されている物件の取扱指針）。新課徴金減免制度を機能させるとともに、適正手続を保障することを目的とする。不当な取引制限にかかる行政調査手続を対象とする（犯則調査手続は対象外である）。本取扱いの要件を判断するために、新たに判別官が置かれる（審査規則23条の4）。

③ 私的独占等に係る課徴金制度の見直し（⇨102頁以下、130頁、237頁以下）

私的独占に係る課徴金制度（7条の9）、事業者団体に係る課徴金制度（8条の3）、不公正な取引方法に係る課徴金制度（20条の2～20条の7）について、課徴金の算定期間や除斥期間の延長等の改正が行われた。

第4章 企業結合の規制

●第1節および第3節について、下記のとおり補足する。[栗田]

第1節 総説

② 市場集中規制（132頁）について

企業結合ガイドラインが2019年12月に改定された。デジタルサービス等の特徴（多面市場、ネットワーク効果、スイッチングコスト等）を踏まえた市場画定や競争分析の考え方が追記され、特に、垂直型および混合型の企業結合に関する記述が近年の審査事例を踏まえてほぼ全面的に改定されている。

③ 企業結合規制の手続（133頁）について

企業結合対応方針についても2019年12月に改定された。届出基準を満たさない企業結合であっても、買収対価の総額が大きい等の場合には企業結合審査を行うことを明記し、公取委への相談を促している。

4 企業結合と業務提携（134頁）について

公取委の競争政策研究センターが設けた「業務提携に関する検討会」の報告書が2019年7月に公表された。報告書では、業務提携が事業活動の一体化の観点からみて企業結合と類似しており、企業結合ガイドラインの考え方を踏まえつつ、特有の性質を取り入れて市場競争への影響を評価することを提言している。また、業務提携に伴う情報交換・共有やコスト構造の共通化、イノベーションへの影響に関する分析方法を具体的に提示するとともに、業務提携の形態（水平的・垂直的・混合的）や個別類型（生産・販売・購入・物流・研究開発・技術・標準化）ごとの評価方法を詳細に整理している。

第3節 市場集中規制

5 一定の取引分野の画定（3）**市場の画定方法**（146頁）について

2019年の企業結合ガイドラインの改定により、次の記述が追加されている。

第三者にサービスの「場」を提供し、そこに異なる複数の需要者層が存在する多面市場を形成するプラットフォームの場合、基本的にはそれぞれの需要者層ごとに一定の取引分野を画定することになるが、間接ネットワーク効果が強く働くような場合には、それぞれの需要者層を包含した一つの一定の取引分野を重層的に画定することがある。また、専ら価格ではなく品質等を手段として競争が行われているような場合には、ある地域におけるある商品の品質等が悪化した場合に、または、ある地域においてある商品の提供を受けるにあたり需要者が負担する費用が上昇した場合に、当該商品および地域について、需要者が当該商品の購入を他の商品または地域に振り替える程度を考慮することがある。

7 競争効果分析（3）**単独行動による競争制限効果**（149頁）について

①当事会社の地位および競争者の状況（150頁）

2019年の企業結合ガイドライン改定により、考慮事項として研究開発の実態と市場の特性が追加された。前者は、当事会社が競合する商品の研究開発を行っている場合に、当該商品の市場や研究開発の意欲に及ぼす影響を考慮するものである。また、後者は、直接・間接のネットワーク効果や規模の経済性等の特性を踏まえて競争への影響を評価するものである。

⑧当事会社の経営状況（152頁）の次に、**⑨**を追加する。

⑨一定の取引分野の規模

これは、市場規模が小さく、企業結合がなくても複数の事業者による競争の維持が困難な場合には、当該複数の事業者が企業結合によって1社となったとしても、通常、競争の実質的制限には当たらない、とするものであり、ふくおかフィナンシャルグループによる十八銀行の株式取得(=4-10)で初めて示された考え方を明記したものである。

同(6) 垂直型・混合型企業結合 (154頁) について

従来の企業結合ガイドラインは垂直型と混合型を一括して簡潔に記述していたが、2019年の改定では、垂直型と混合型を分けてそれぞれにつき詳細に競争分析の考え方が示されている。これは、近年、垂直型や混合型の企業結合で詳細な審査を必要とする事案が多発し知見が蓄積されたことや、デジタル分野等においてデータ等の重要な投入財を有する企業を買収する事例が増えていることを反映したものである。

垂直型については、単独行動による競争制限効果として、川下市場における供給拒否等による「投入物閉鎖」の能力とインセンティブの有無を分析するとともに、秘密情報の入手による市場の閉鎖性・排他性を検討する。また、川上市場における購入拒否等による「顧客閉鎖」の能力とインセンティブの有無を分析するとともに、秘密情報の入手による市場の閉鎖性・排他性を検討する。さらに、協調行動による競争制限効果として、秘密情報の入手による協調行動の容易化等を分析する。

また、混合型については、当事会社それぞれの商品を組み合わせることで供給すること(組合せ供給)により市場の閉鎖性・排他性(混合型市場閉鎖)をもたらしたり、データ等の重要な投入財を有する潜在的競争者との企業結合により新規参入の可能性を消滅させたりすることによる競争制限を分析する。

9 事前届出 (157頁) について

企業結合対応方針が2019年に改定され、届出不要の企業結合計画に関する審査の項目が大幅に拡充された。被買収会社の国内売上高等に係る基準のみを満たさないために届出不要となる企業結合計画のうち、買収に係る対価の総額が大きく、かつ、国内の需要者に影響を与えると見込まれるものについては、当事会社に資料等の提出を求め、企業結合審査を行うことが明記された。さらに、買収対価の総額が400億円を超えると見込まれ、かつ、被買収会社が国内に拠点を有する、国内の需要者向けに営業活動を行っている、国内売上高合計が1億円を超えるなど、当該計画が国内の需要者に影響を与えると見込まれる場合には、公取委に相談することが

望まれる旨明記された。しかも、相談がない場合には当事会社に資料等の提出を求め審査を行うこと、買収対価が400億円以下であっても必要があれば審査を行うことが注記されている。

10 審査手続（158頁）について

企業結合対応方針の改定により、別添の「公正取引委員会が企業結合審査において参考とする資料の例」において、「当事会社の認識を確認するために、当事会社の内部文書……の提出を求めることがある」と注記された。従来の実務を明確化したものと説明されているが、実際上の影響は大きいと思われる。

なお、地方乗合バス会社や地域銀行の経営統合等に関する独禁法による企業結合審査の特例を定める法律が2020年に制定された。これは、ふくおかフィナンシャルグループによる十八銀行の株式取得事案の独禁法による企業結合審査が長期化し、債権譲渡等の問題解消措置を条件に最終的に容認されたものの（＝4-10）、企業結合審査が地域経済を支える地域銀行の経営統合を推進する上での支障になりかねないとの金融庁等からの問題提起を受けて、内閣総理大臣主催の未来投資会議における地方創生に関わる議題として検討された結果、主務大臣の認可を得て行う地域銀行の経営統合と地方乗合バス会社の共同経営協定・経営統合について独禁法の適用除外とするものであり、認可にあたっては公取委との協議が求められており、また、10年以内に廃止するものとされている。本法の対象となる企業結合については、主務大臣の認可を得て行うか、公取委の企業結合審査を受けるか、当事会社が選択できることになる。

第5章 不公正な取引方法の禁止

● 229頁24行目に **1** 取引上の優越的地位の濫用の一項目として、次の(4)を加える。[土田]

(4) 「消費者優越」ガイドライン

公取委は、2019年末、「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（同年12月17日）を公表した。これは、デジタル・プラットフォーム（DP）を運営する事業者が情報検索、SNS、電子商取引等のサービスを個人ユーザー（消費者）に金銭的对価を受けることなく提供する代わりに、当該消費者の個人情報等を正常な商慣習に照らして不当に収集し、利用することを優越的地位濫用に該当し得ると

し、その考え方を明らかにしたものである。

ガイドラインは、消費者が金銭の支払をしなくとも、経済的価値を有する「個人情報等」（個人情報保護法上の「個人情報」〔2条1項〕とウェブサイトの閲覧履歴、携帯電話の位置情報など、他の情報と照合することにより容易に特定の個人を識別できる個人に関する情報）を対価として提供して、一定のサービスの提供を受ける消費者は、独禁法2条9項5号にいう「取引の相手方」、「取引する相手方」に当たるとする。

こうした消費者に対してDP事業者が「優越している」と認められる場合として、ガイドラインは、当該サービスと代替可能なサービスを提供するDP事業者が存在しない場合、存在していたとしても当該サービスの利用をやめることが事実上困難である場合（消費者がサービス利用で蓄積したデータを他のサービスで利用できない場合）などを挙げる。

その上で、ガイドラインは、例えば、以下のような行為が2条9項5号イ、ロ、ハに該当する濫用行為に当たり得るとしている。(1)個人情報等の不当な取得として、①利用目的を消費者に知らせずに個人情報を取得すること、②利用目的の達成に必要な範囲を超えて、消費者の意に反して個人情報を取得すること、③継続してサービスを利用する消費者に対して、対価として提供する個人情報等とは別に個人情報等その他の経済上の利益を提供させること、(2)個人情報等の不当な利用としては、④利用目的の達成に必要な範囲を超えて、消費者の意に反して個人情報を利用すること、⑤個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置を講じずに個人情報を利用すること。

ガイドラインが規定する上記の濫用行為のほとんどは、個人情報保護法にも違反する行為である（そうであれば「取引の相手方に不利益となる」〔2条9項5号ハ〕との判断が相対的に容易であると考えられる）が、③など同法に違反しない行為（同号ロ）についても独禁法上、優越的地位濫用に当たり得るとしている点、消費者に対する優越的地位濫用の規制可能性を初めて示した点が注目に値する。

第6章 適用除外

2 個別法に基づく適用除外（244頁）について〔栗田〕

地方乗合バス会社の共同経営協定と合併等、および地域銀行の合併等について、主務大臣の認可を得て行う場合には、独禁法の適用除外とする特例法が2020年に制定された。主務大臣の認可に際しては、公取委との協議が必要であり、また、本特例法は10年以内に廃止するものとされている。

第9章 エンフォースメント

●第1節および第2節について、下記のとおり補足する。〔栗田〕

第1節 エンフォースメントの全体像

4 公取委の審査手続問題（303頁）について

2019年の独禁法改正は、課徴金の算定方法の硬直性を改善するとともに、事業者の調査協力へのインセンティブを高めるために課徴金減免制度に事業者の調査協力の度合いに応じて課徴金を減算する仕組み（調査協力減算制度）を導入することを主な内容としている。この改正法案を取りまとめるに際しては、事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記録した文書で一定の要件を満たすものについて、審査官がアクセスしないこと等を内容とする手続を独禁法76条1項の規定に基づく公取委規則により整備することとされた。これは、事業者が調査協力を効果的に行うためには外部の弁護士に相談するニーズがより高まると考えられることから、新たな課徴金減免制度をより効果的に機能させるとともに、当該相談に係る法的意見についての秘密を実質的に保護し、適正手続を確保しようとするものである。いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権を制度化することを求める経済界や法曹界の意見を踏まえて設けられたものであるが、権利を創設するものではなく、また、その適用範囲も限定されている。

具体的には、公取委の行政調査手続において、所定の手続により一定の条件を満たすことが確認された事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記録した物件を、審査官がその内容に接することなく還付する手続（判別手続）を設ける。審査規則に関係規定を追加するとともに、その取扱いを明確にし、事業者の予見可能性を確保する観点から、「事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容が記録されている物件の取扱指針」（判別指針）が策定されている（いずれも、改正法の施行日である2020年12月25日から施行）。

判別手続は、課徴金減免制度の対象となる被疑行為に係る行政調査のみに関わるものであり、犯則調査手続は対象としておらず、ましてや、課徴金減免制度の対象にならない被疑行為（私的独占や不公正な取引方法）は対象外である。

第2節 行政手続

第1款 事件の調査

2 審査官の権限（307頁）について

公取委の行政調査において審査官が物件の提出命令を行うに際し、課徴金減免対象被疑行為に関する法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信（特定通信）の内容を記録した物件で一定の要件を満たすものについては、審査官がその内容に接することなく還付する手続（判別手続）が導入された（独禁法自体ではなく、公取委の審査規則に規定されている）。こうした取扱いの対象になる特定通信とは、課徴金減免の対象となる違反（不当な取引制限およびそれに相当する8条1号該当行為）の被疑行為に関する法的意見についての弁護士（原則として組織内弁護士は含まれない）への相談とその回答であり、事実を主たる内容とするものは含まれない。また、特定通信の内容を記録した物件（電子データを含む）が適切に保管されていることが必要であり、典型的には、特定物件である旨の表示、特定の保管場所での保管、内容を知る者の限定が求められる。

本取扱いの適用を受けるためには、提出命令を受けるに際して、審査官に対し申出書を提出し、かつ、原則として2週間以内に特定通信ごとにその概要を記載した概要文書を公取委に提出する必要がある。審査官は、申出のあった物件（特定物件）については、封をした上で提出命令を行い、封を解くことなく判別官に引き継ぐ。判別官は、事件ごとに委員会から指定され、本取扱いの対象となることの確認を独立して行う。確認ができた特定物件は提出者に還付され、確認ができなかった特定物件は審査官に引き継がれる。

第2款 確約手続

3 確約手続の対象となる違反被疑行為、4 確約手続の課題（311頁）について

2018年12月末の確約手続の導入後、2020年11月末までに6件の確約計画の認定事例があった（なお、公取委は、確約認定を「法的措置」として扱っている）。その内訳は、不公正な取引方法の拘束条件付取引が3件（同索性条項1件、価格広告等の制限2件）、優越的地位濫用が2件、私的独占または不公正な取引方法（取引妨害）が1件である。これらの中には、かなり長期の審査を経て確約手続がとられたものもあり、違反被疑行為の迅速な排除という趣旨からみて疑問が残る。また、これまで第三者からの意見募集は行われておらず、違反被疑行為の公表が簡潔で、その想定される競争制限効果の発生メカニズムに全く言及がないなど、運用には改善の余地がある。