

独占禁止法上の緊急停止命令に関する一考察

—— EU 競争法及びドイツ競争制限禁止法を参考として ——

島村 健太郎*

はじめに

I EU 及びドイツにおける暫定措置

II 独占禁止法における緊急停止命令

III 検討

おわりに

はじめに

独占禁止法違反がある場合には競争秩序の回復のため、競争当局である公正取引委員会（以下「公取委」という）による正式な行政処分として排除措置命令が発令される。しかし、そのような処分が行われるまでの間に競争秩序の侵害が回復しがたい状況に陥るおそれがある場合には、裁判所が、公取委の申立てにより、当該違反被疑行為を即座に停止するよう命じることができるという緊急停止命令（独占禁止法 70 条の 4）の制度が設けられている。もっとも、我が国では公取委によって緊急停止命令の申立てが行われた事件は 8 件のみであり、これまでに緊急停止命令が活発に活用されている状況にはない。

一方で、我が国では 2020 年に公取委による緊急停止命令の申立てが裁判所に対して行われており、近年、我が国において緊急停止命令を利用する動きがみられる。競争秩序の早期回復の制度を活用するような動きが見られるようになった要因の一つとして、経済活動のデジタル化が関係しているのではないかと考えら

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 20 巻第 1 号 2021 年 3 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

れる。すなわち、デジタルエコノミーの発達によって、例えば、市場支配力を持ったデジタル・プラットフォーム事業者の優越的地位の濫用行為等の独占禁止法違反について、すぐに差し止めなければ回復しがたい損害が生じるような行為がなされ得ようになった一方、事業活動の複雑化や新規性によってそのような行為の違反認定に公取委が時間を要する事態も生じ得る¹⁾。そのような違反行為においては、公取委における正式な行政処分よりも先に、まずは違反行為を差し止めるための命令を発出することが必要になってくると考えられる。このような傾向は、我が国に限らず、世界各国において共通であって、競争秩序を早期に回復できる仕組みが従来に増して重要となっている²⁾。

しかし、我が国の緊急停止命令は、競争当局である公取委が緊急停止命令の必要があると認めるときに、裁判所に対して申し立て、裁判所がその決定を行う制度となっている。確かに、独占禁止法に係る行政処分は、事業者の経済活動に重大な影響を与えるものであって、慎重な手続が求められる。一方で、緊急停止命令の対象となる行為は、競争秩序に回復しがたい損害が生じ得るという緊急性を要するものであって、そのような緊急性を要する違反行為の類型や場面は限定的

-
- 1) さらに、泉水文雄「総論：執行力を確保するとともに調査協力の誘因を与えるエンフォースメントの構築」（日本経済法学会年報41号、2020年）10頁は、「令和元年改正により除斥期間が7年間に（7条2項ただし書き、20条2項）、課徴金算定期間も調査開始日からさかのぼって10年前からとなり、審査の長期化も予想される。」としている。
 - 2) Podszun/Deuschle, *Einstweilige Maßnahmen im Kartellrecht*, WuW, 2019, S. 614. また、暫定措置（後記のとおり、我が国の緊急停止命令に相当すると考えられる措置）を活用することを提唱する近年の文献として、Alexandre Ruiz Feases, *Sharpening the European Commission's tools: interim measures*, *European competition journal*, 2020, pp. 13ff., available at <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1805697> (last visited 4.12.2020); Despoina Mantzari, *Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution and Implications for Digital Markets*, *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series* 1/2020, 2020, pp. 15ff., available at https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles_1-2020-final.pdf (last visited 4.12.2020); Jason Furman and others, *Unlocking digital competition*, *Report of the Digital Competition Expert Panel*, UK CMA, 2019, pp. 103ff., available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (last visited 4.12.2020); Jean-Yves Art, *Interim Relief in EU Competition Law: a Matter of Relevance*, *Italian Antitrust Review*, 2015, pp. 66ff., available at <http://a-p-p-review.com/article/view/11379/10557> (last visited 4.12.2020).

であると考えられる。そのような事情を踏まえれば、特定の場面においては、事業者の防御権に一定の配慮をしつつも、より迅速に競争当局の判断によって緊急停止命令を発令し得ることが、独占禁止法における競争秩序の早期回復の在り方として望ましいであろう³⁾。

EU では 2003 年 1 号理事会規則 (Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty) 8 条に、ドイツでは競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 32a 条において暫定措置 (interim measures/einstweilige Maßnahmen) が規定されている。EU 及びドイツの暫定措置の制度は、我が国と異なり、競争当局が暫定措置の必要性を判断し、競争当局自身が決定によって暫定措置を講じることになる。EU 及びドイツの暫定措置は、緊急停止命令と同一の制度ではないが、競争秩序の早期回復に関する制度として緊急停止命令に通じる制度と位置付けられると考えられる。もっとも、EU では 2003 年 1 号理事会規則 8 条による暫定措置が行なわれた事件は 1 件のみであり、ドイツでは競争制限禁止法 32a 条による暫定措置が講じられたことは未だなく、EU 及びドイツにおいても暫定措置が活発に活用されているとはいえない。

しかし、EU においても 2019 年に欧州委員会が暫定措置を行っており、近年、EU でも暫定措置制度を利用する動きがみられる。また、ドイツにおいては、暫定措置が講じられた事例はないものの、今後、より暫定措置制度を有効に活用し得るよう、2021 年 1 月 18 日に成立した競争制限禁止法第 10 次改正法において暫定措置に関する改正が行われている。EU においてもドイツにおいても、このように暫定措置制度を活用するような方針となった背景としては、後記 I のとおり、デジタルエコノミーへの対応が挙げられている。

3) 土佐和生「執行手段の多元化と共同規制を通じた独禁法の実現」(日本経済法学会年報 41 号、2020 年) 39 頁以下では、EU では確約手続に基づく事件処理ですら迅速性・有効性に欠けるとの主張があり、暫定措置の積極運用へと移行しつつあり、我が国でも緊急停止命令の積極活用も併せつつ、緊急即時の是正手段について本手続の運用実績を踏まえつつ議論があり得る旨の指摘がなされている。また、泉水・前掲注 1) 10 頁においても、緊急停止命令の決定は 45 年前を最後に出されておらず、現代において十分に機能するか、改善の余地はないか検討すべきであると指摘している。

今後は、我が国においても更に競争秩序の早期回復が重要となると考えられるが、その法制度について、我が国と EU 及びドイツでは異なるものとなっている。そこで、本稿は、EU 及びドイツにおける暫定措置に係る法制度とデジタルエコノミーへの対応としての近年の動向を参考にしつつ、我が国においてもデジタル・プラットフォーム事業者の優越的地位の濫用行為への対応等として、競争秩序の早期回復を図ることを目的とした独占禁止法上の制度変更について、具体的提案を行うものである。なお、本稿における意見は、筆者の個人的見解であって、筆者が所属するいかなる組織の見解・認識とは無関係である。

本稿では、まずは、EU における暫定措置の近年の事例及びドイツにおける法改正の状況を概観することにより、近年において EU 及びドイツで暫定措置がどのように位置付けられているのか確認する（以下Ⅰ）。さらに、近年において我が国で行われた公取委による緊急停止命令の申立てに関する事例を確認し、緊急停止命令がどのように機能しているのか確認する（以下Ⅱ）。それらを踏まえ、独占禁止法における競争秩序の早期回復の在り方について検討する（以下Ⅲ）。

I EU 及びドイツにおける暫定措置

1 概説

EU の 2003 年 1 号理事会規則 8 条 1 項は、暫定措置に関し、次のように規定している。すなわち、欧州委員会は、競争に対する重大かつ回復不可能な損害の危険性が存在する緊急の場合には、違反行為の一応の認定（*prima facie finding of infringement*）を基礎として、自ら、決定により、暫定措置（*interim measures*）を命じることができる⁴⁾。また、ドイツでは、第 10 次改正前の競争制限禁止法 32a 条 1 項に、カルテル官庁は、競争において、重大かつ回復不可能な損

4) 2003 年 1 号理事会規則 8 条 1 項の原文は次のとおりである。「In cases of urgency due to the risk of serious and irreparable damage to competition, the Commission, acting on its own initiative may by decision, on the basis of a *prima facie finding of infringement*, order interim measures.」。なお、「*prima facie finding*」について、「疎明による認定」などと訳される場合もあるが（例えば、井上朗『EU 競争法の手続と実務〔全訂版〕』（民事法研究会、2016 年）377 頁）、本稿では、「一応の認定」としている。

害の危険性が存在する緊急の場合には、職権により、暫定措置 (einstweilige Maßnahmen) を命じることができると規定していた⁵⁾。

暫定措置の規定は、まずは EU において明文化された。その契機となったのは、1980 年の Camera Care 事件⁶⁾である。事件当時は EU 競争法に暫定措置に関する規定は設けられていなかったものの、欧州司法裁判所は、加盟国の利益を侵害する効果のある事業者の競争上問題となる行為について、他の事業者に損害を与え、又は、共同体の競争政策を容認できない危険性にさらす場合には、違反行為を禁止する暫定措置を講じる必要があると判示した。その後、暫定措置の権限が、2003 年 1 号理事会規則 8 条において明文化された⁷⁾。これを受けて、ドイツでは 2005 年の競争制限禁止法第 7 次改正において、EU 競争法の手続と収れんさせることを目的に暫定措置が競争制限禁止法に規定された。

こうして、EU 及びドイツにおいて暫定措置の規定が整備されるに至ったが、EU においても、ドイツにおいても暫定措置は最近までほとんど活用されてこなかった。その要因として、暫定措置の要件となっている「重大かつ回避不可能な損害」に関する証明 (establish) が困難であること、また、「違反行為の一応の認定」に関する要件のハードルが高いものと解され得ていたことが挙げられている⁸⁾。しかし、近年、EU では、Broadcom 社に対して暫定措置が講じられており⁹⁾、欧州委員会において、現在の社会経済におけるデジタル化を踏まえ、暫定措置の重要性が認識されるようになってきている。さらに、ドイツでは、法執行の実例はないものの、今後、暫定措置を講じやすくするよう法改正が競争制限禁

5) 第 10 次改正前の競争制限禁止法 32a 条 1 項の原文は次のとおりである。「Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.」。

6) Camera Care Ltd v Commission of the European Communities, Case 792/79 R, EU: C: 1980: 18, 1980. 1. 17.

7) European Union DG Competition, Antitrust Manual of Procedures, 2012, ch 17 para 1ff.

8) Richard Whish & David Bailey, Competition Law, 9th edition, 2018, p. 263; Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 85f.; Podszun/Deuschle, aa.O. (Fn. 2), S. 617.

9) AT. 40608, Interim Measures Decision, 2019. 10. 16.

止法第10次改正において行われている。

そこで、以下では、**2**において、Broadcom 事件を概観しつつ、EU における暫定措置の状況について確認する。さらに、**3**において、競争制限禁止法第10次改正の内容を整理しつつ、ドイツにおける暫定措置の状況について概観する。

2 EU における暫定措置

欧州委員会は、EU 競争法である EU 機能条約 (Treaty on the Functioning of European Union) 101 条又は 102 条の規定に違反する行為がある場合には、2003 年 1 号理事会規則所定の権限を行使することになる。2003 年 1 号理事会規則においては、違反行為の禁止決定 (2003 年 1 号理事会規則 7 条)、違反行為禁止の暫定措置 (2003 年 1 号理事会規則 8 条)、確約決定 (2003 年 1 号理事会規則 9 条) が定められており、その他に違反行為が認められない場合等には法適用を行わないとする決定 (2003 年 1 号理事会規則 10 条) を下すことができる。

前記 **1** のとおり、EU では、暫定措置として、2003 年 1 号理事会規則 8 条に、欧州委員会は、競争に対する重大かつ回復不可能な損害の危険性が存在する緊急の場合には、違反行為の一応の認定を基礎として、自ら、決定により、暫定措置を命じることができると規定している。暫定措置は、基本的には、正式の決定まで現状を維持するために講じるというものでなければならぬと解されている¹⁰⁾。

欧州委員会は、2019 年 10 月 16 日に Broadcom 社に対して暫定措置の決定を行った。これは、2003 年 1 号理事会規則に暫定措置が明文化されて以来、初めての同規定に基づく暫定措置に関する法執行となる。まず、以下では Broadcom 事件の内容を確認する¹¹⁾。

暫定措置の決定に関する欧州委員会の発表によれば、Broadcom 社は、システムオンチップを含むテレビセットトップボックスやモデム用のチップセットの供

10) Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 1. EU/Teil 2 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage, 2012, Art. 8 VO 1/2003 Rn. 7.

11) 以下、事件の内容について、AT. 40608, Press release: Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets, 2019. 10. 16.

給において世界で最も有力な事業者であるとされている。そして、システムオンチップは、単一ユニットにおいて、様々な要素の電子回路を統合するものであって、セットトップボックスやモデムの重要な要素となるものであり、テレビ信号の送信や顧客端末との接続に不可欠なものであるとされている。

欧州委員会は、2019年6月に、Broadcom社が排他行為、拘束行為、抱き合わせ販売、相互運用の低下（interoperability degradation）、知的財産権の濫用等の行為によって、チップセットやセントラルオフィス・ヘッドエンド設備用の部品の市場において競争を制限しているか否か調査を開始した。同時に、欧州委員会は、最終決定における禁止決定等の効果を保障するために、Broadcom社に対して暫定措置を講じることが必要であると判断し、暫定措置に関する異議告知書（Statement of Objections）を発出した。その後、欧州委員会は、2019年10月に、暫定措置を講じる旨の決定を下した。

欧州委員会は、暫定措置の決定に当たって、Broadcom社に関し、次の諸事実を認定した。

第一に、Broadcom社は、一応（at first sight）、テレビセットトップボックス、fibre モデム、xDSL モデムのシステムオンチップ市場において独占的な地位にあること。第二に、Broadcom社は、一応の独占的な地位（prima facie dominant position）を利用して競争法に反する行為を行っており、特に、テレビセットトップボックス及びモデムを製造する主要製造業者6社との間で、反競争的な内容を含む契約を締結していたこと。その反競争的な内容とは、①テレビセットトップボックス、fibre モデム、xDSL モデムのシステムオンチップ市場におけるBroadcom社の一応の独占的地位を強化するため、同社は、これら商品を同社のみからの排他的購入義務を課し、実際に同社のみから購入した取引先に対しては、リベートやその他の金銭以外の利益（例えば、技術への早期アクセスやプレミアム技術的サポート）など取引上の利益を供与するというもの、及び、②テレビセットトップボックス、fibre モデム、xDSL モデムのシステムオンチップ市場におけるBroadcom社の一応の独占的地位を別の市場であるケーブルモデム用のシステムオンチップ市場でも用いるため、同社は、ケーブルモデム用のシステムオンチップを同社から排他的に購入するという条件に応じた取引先に対し

ては、金銭又は非金銭的な利益といった取引上の利益を供与する、というものであった。

欧州委員会は、あらゆる証拠を分析した上で、仮に Broadcom 社が同事件における行為を継続した場合には、モデムやテレビセットトップボックス用の WiFi 6 規格の導入に関連する入札等の将来行われる多くの入札に影響を与えることになる結論付けた。すなわち、同事件における Broadcom 社の行為によって、他のチップセット供給事業者は市場から撤退せざるを得なくなり、最終的に競争において重大かつ回復不可能な損害が生じることになると欧州委員会は判断したのである。

欧州委員会は、将来的に下す最終決定の有効性を保障し、競争法の法執行を実効的なものとするため、Broadcom 社に対して、①欧州委員会によって確認された反競争的な条項の適用を一時的に停止し、取引先に対して当該条項を適用しない旨を通知すること、及び、②取引先との契約において、当該条項と同様又は同等の目的・効果のある規定を含む契約をしてはならず、同等の目的・効果のある罰又は報復行為を実施してはならないとする内容の暫定措置の決定を行った。Broadcom 社は、30 日以内に当該決定に従った措置を採らなければならず、当該暫定措置は、3 年間又は Broadcom 社への欧州委員会の最終決定が行われる日若しくは欧州委員会の調査終了日のいずれか早い日まで適用されるとされた。

ドイツの学説においては、Broadcom 事件は暫定措置を講じるのに非常に適した事例であったとの指摘がある¹²⁾。その理由として、第一に、欧州委員会は、2017 年に Broadcom 社と Brocade 社の企業結合審査を行っており、条件付きで承認をしている¹³⁾。そのため、欧州委員会は、Broadcom 事件に関連する市場にある程度の知見があり、市場画定や当該市場に係る調査をすぐに行うことができたことが挙げられている。第二に、前記企業結合審査において、Broadcom 社は、いくつかの市場で高いシェアを有しており、それらの市場への参入をコントロールし得る立場にあったということを欧州委員会は把握していた。そのような立場にある事業者が反競争的行為を行う可能性があることは予想し得ることであって、

12) 以下の理由について、Podszun/Deuschle, aa.O. (Fn. 2), S. 613.

13) BROADCOM/BROCADE, Case M. 8314, 2017. 5. 12.

また、そのような反競争的行為は競争法において従来からよくみられた違反行為であり、新たな難しい論点となるものではないことが挙げられている。すなわち、Broadcom 社の行為は競争法における典型的な違反行為であったといえる。第三に、Broadcom 事件の対象となった分野は、国民経済にダイナミックな影響を与えるものであり、また、特許やロックイン技術によって市場の独占化の危険性が常にあることが挙げられている。要するに、Broadcom 事件は、以上に挙げた 3 点から、暫定措置を講じるのに非常に適した稀な事件であったとされている¹⁴⁾。

一方で、このような状況を満たす事件はあまり多くはないとも指摘されている¹⁵⁾。ドイツの学説が指摘するとおり、全ての事件において暫定措置を適用することが適当であるとは限らず、暫定措置が適する事件は限定的であると考えられる。もっとも、欧州委員会は、経済のデジタル化の進展によって、市場の動きはより早くなっていることを踏まえて、競争法や競争当局の法執行もそのような動きに対応していくことが必要であるとしている。そして、デジタルエコノミーに対応する手段の一つに暫定措置があると指摘し、今後もこれを積極的に活用するとの意向を表明している¹⁶⁾。

従来、EU において、暫定措置が講じられてこなかった要因として、重大かつ回復不可能な損害の証明 (establish) が困難であることが学界から指摘されている¹⁷⁾。さらに、欧州委員会の競争政策を担当する委員である Vestager 氏¹⁸⁾は、回復不可能な損害の証明が過大な負担となっており、暫定措置が講じられない要因となっていると指摘している¹⁹⁾。なお、Broadcom 事件の直近の事件としては IMS Health 事件²⁰⁾があり、欧州委員会は、2010 年に、IMS Health 社に対して

14) Podszun/Deuschle, a.a.O. (Fn. 2), S. 613f.

15) Podszun/Deuschle, a.a.O. (Fn. 2), S. 613f.

16) Margrethe Vestager, Speech, Keeping the EU competitive in a green and digital world, 2020. 3. 2, available at https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/keeping-eu-competitive-green-and-digital-world_en (last visited 6. 6. 2020).

17) Whish & Bailey, supra note 8, p. 263; Feases, supra note 2, pp. 13ff.; Mantzari, supra note 2, pp. 9ff.; Art, supra note 2, pp. 62ff.

18) 2014 年から 2019 年において競争政策の担当委員であり、2019 年以降はデジタル関連及び競争政策を担当する上級副委員長 (Executive Vice-President) に就任している。

19) Financial Times, EU considers tougher competition powers, 2017. 7. 2.

暫定措置を講じる決定を下した。しかし、この暫定措置の決定に係る抗告訴訟において、一般裁判所 (the general court) は、暫定措置を講じた場合に保護される利益と IMS Health 社が被る損失の利益衡量を行った上で、暫定措置を講じた場合には、IMS Health 社は重大な損失を被るリスクがあると認定して、暫定措置を停止するよう判断した²¹⁾。その後、欧州委員会は IMS Health 社に対する暫定措置を取り消している。IMS Health 事件と Broadcom 事件を比較したときに、Broadcom 事件は、重大かつ回復不可能な損害の立証を迅速に行い得た事件であったと考えられる。なぜならば、先にも述べたように、欧州委員会は、同事件以前に、Broadcom 社と Brocade 社の企業結合審査を行っており、市場の状況を詳細に把握し、Broadcom 社の違反行為は典型的な競争法違反の行為であったからである。

暫定措置は、Broadcom 事件では、最終決定の前に、違反被疑行為を迅速に差し止めることにより、競争秩序の早期回復を図ったものである。もっとも、暫定措置は、早期に違反行為を一時的に停止させるものであって、事件を早期に解決するというものではない²²⁾。

Broadcom 事件においても、2019 年 10 月に暫定措置の決定が行われたが、その後も最終決定のための手続は継続しており、2020 年 4 月 1 日に Broadcom 社から確約の提案が行われ、同月 27 日に欧州委員会が確約提案へのフィードバックを行い、同月 30 日から市場テスト²³⁾が行われ、同年 10 月 7 日に確約決定が確定している。このように、暫定措置は、競争法の手続を早期に終了させるものでは決してない。むしろ、暫定措置によって可能となるのは、早期に競争秩序を回復させることであり、これによって最終決定のための手続をある程度時間を掛けて慎重に進めることができるようになる。デジタルエコノミーにおいては、重大かつ回復不可能な損害を生じさせる行為が行われ得る。そのような行為が従来には見られない違反行為の類型である場合には、暫定措置によって当該行為を差

20) IMS Health v Commission, Case T-184/01 R, ECLI: EU: T: 2001: 259, 2001. 10. 26.

21) IMS Health v Commission, Case T-184/01 R, ECLI: EU: T: 2001: 259, 2001. 10. 26, Rn. 140ff.

22) Podszun/Deuschle, a.a.O. (Fn. 2), S. 618.

23) 我が国における意見募集に相当するものと考えられる。

し止めて、違反の認定は慎重に検討して結論を出すということが必要になる事例も生じ得ると考えられる。

3 ドイツにおける暫定措置

競争制限禁止法を所管する連邦カルテル庁及び州最上級官庁（以下「カルテル官庁」という）は、事業者等が競争制限禁止法の禁止行為や EU 機能条約 101 条又は 102 条に係る違反行為を行った場合には、行政事件手続として、除去決定（競争制限禁止法 32 条）を講じるほか、確約決定（競争制限禁止法 32b 条）や利益剥奪決定（競争制限禁止法 34 条）を講じる権限を有している。逆に、違反行為が認められない場合等には、法適用を行わないとする決定（競争制限禁止法 32c 条）を行うことになる。

さらに、ドイツの競争制限禁止法 32a 条は、暫定措置が規定されている。第 10 次改正前の同条 1 項は、「カルテル官庁は、差し迫った状況において、競争について重大かつ回復不可能な損害が生じるおそれがある場合には、職権によって暫定措置を命じることができる」と規定していた。暫定措置は、競争制限禁止法 32 条の除去決定といった正式な決定において命じる可能性のある範囲内の内容で命じなければならず、正式決定の趣旨とは異なる目的で命じることはできない。もっとも、暫定措置の段階では正式決定は未だ行われていないため、暫定措置を講じるに当たって、正式決定の目的を具体化することや正式決定のために必要とされる要件事実が揃っていることを示すことが厳密に求められているわけではなく、暫定措置を講じることがその時点の状況において合法的に見えること又は少なくともその正当性に重大な疑義がないことで十分であると解されている²⁴⁾。競争制限禁止法 32a 条は、2005 年の第 7 次改正で導入された規定であるが、導入以来、現時点で運用された実績はない。

しかし、ドイツの独占委員会²⁵⁾ (Monopolkommission) 及び競争法委員会 4.0²⁶⁾ (Kommission Wettbewerbsrecht 4.0) は、デジタルエコノミーにおいては、市場の急速な変化に対応するため、特に市場支配的地位の濫用事件では暫定措置

24) Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar, 9. Auflage, 2018, § 32a Rn. 8.

を積極的に活用すべきであると提言している²⁷⁾。そして、政府は、競争制限禁止法第10次改正において、暫定措置に関する法改正を行っている²⁸⁾。当該改正では、法治国家としての保障を制限することなく、また、事業者に過度の負担を課すことなく、時機にかなった法執行をカルテル官庁が行えるようにする必要があるとされている。その上で、暫定措置は、競争又は個別の事業者に対して継続的な損害がもたらされることを回避するために、迅速に活用できる制度とする必要があるとされている。政府草案理由書では、暫定措置制度の活用を想定する濫用行為や反競争的行為の事例として、排他的契約やMFN条項による競争者排除又は市場参入の妨害といった契約上の制限に係る違反行為が挙げられている。また、反競争的な排除効果のある抱き合わせ行為や市場参入に不可欠な施設へのアクセスを制限する行為なども問題となり得るとされている²⁹⁾。

もっとも、ドイツ及びEUにおいては暫定措置が法定されて以来、措置が講じられた実績がほとんどない。政府草案理由書によれば、EUにおいては、暫定措置が2003年1号理事会規則8条に規定される前は、実務上において暫定措置が講じられていたことに鑑みると、競争制限禁止法32a条や2003年1号理事会規則における暫定措置の規定は厳し過ぎるものであって、暫定措置を効果的に講じることができるよう改正することが必要であるとされている³⁰⁾。

25) 独占委員会は、1973年の第2次競争制限禁止法改正において創設された委員会であり、経済、経営、社会政策、科学技術又は経済法に関する知識及び経験を有する5名の委員から構成される。独占委員会は、ドイツにおける企業集中の現状や動向、企業結合規制について評価し、2年ごとに報告書を作成しているとともに、政府の指示や独自の裁量により専門家報告書を作成することができる。

26) 競争法委員会4.0は、ドイツ及びヨーロッパの競争法におけるデジタルエコノミーの課題への対応を目的に連邦政府が創設した委員会であり、デジタルエコノミーにおける競争政策に関する報告書の作成などを行っている。

27) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, S. 168f; Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 73ff.

28) 2021年1月14日に連邦議会(Bundestag)で改正法案が可決され、同月18日に改正法が成立・公布されている。

29) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 83f.

30) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 84.

そこで、競争制限禁止法第10次改正においては、同法32a条1項の暫定措置の規定を次のように改正している³¹⁾。すなわち、改正競争制限禁止法32a条1項は、「32条1項にいう違反行為が優越的に蓋然性のあるものとして生じており、競争の保護又は直ちに差し迫った深刻な他の事業者への侵害のために暫定措置を講じる必要がある場合には、カルテル官庁は職権によって暫定措置を命じることができる。当事会社が、当該措置が不当で優越的な公共の利益によって望ましくない負担が生じることを確からしい事実によって示した場合にはこの限りでない。」³²⁾とされている³³⁾。

第10次改正前の競争制限禁止法32a条1項では、「重大かつ回復不可能な損害」が要件となっていたが、政府草案理由書では、この要件が厳しいものであったため、これまでに暫定措置が講じられてこなかったと指摘されている。そこで、当該要件の緩和が検討されることになったが、一方で、暫定措置は事業者のビジネスモデルへの介入となり得るものであって、事実及び法的状況の簡易な審査で暫定措置を講じる場合には特別な正当性が必要となるとされている。そのため、暫定措置を講じるためには、仮にそうしなかったならば相応の損害が生じるという要件が必要とされ、改正法においては、「競争の保護又は直ちに差し迫った深刻な他の事業者への侵害」が生じていることが要件として定められた。

政府草案理由書によると、「競争の保護又は直ちに差し迫った深刻な他の事業者への侵害」という要件が充足されているか否かの判断において、カルテル官庁は、競争保護の利益や当事会社の利益等の様々な利益考慮に基づいて、暫定措置

31) なお、第10次改正の対象は競争制限禁止法32a条1項であり、同条2項は改正されていない。

32) 改正競争制限禁止法32a条の原文は次のとおりである。「Die Kartellbehörde kann von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne des § 32 Absatz 1 überwiegend wahrscheinlich erscheint und die einstweilige Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist. Dies gilt nicht, sofern das betroffene Unternehmen Tatsachen glaubhaft macht, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.」。

33) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 13.

をすぐに講じる必要性や当事会社の利益との比例関係を勘案する必要があるとされている。そして、特に競争の保護を超えて特定の他の事業者の保護のために暫定措置の必要性があると判断するためには、暫定措置が他の事業者の保護のために具体的に必要とされていることが認められなければならないとされている。すなわち、他の事業者の深刻な侵害が直ちに差し迫っているものでなければならないということになり、それらの侵害は、既に継続して生じているものか、又は、近い将来に生じることが見込まれるものでなければならないとされている。政府草案理由書においては、他の事業者の市場の地位を持続的に損なわせる場合や当該市場から他の事業者が撤退することが危惧される場合には、「深刻な」侵害に該当することになるとされている³⁴⁾。

改正後における暫定措置の保護法益は、従来と同様に、第一には、歪みのない競争プロセスという意味における競争であるが、さらに、他の事業者の具体的な損害のために暫定措置を講じるということも暫定措置の枠内においては正当化されることになるとされている。すなわち、例えば、取引拒絶、差別的取扱い、不可欠施設へのアクセス制限といった行為は、被害を受ける事業者にとっては短期間で死活問題となる損害が生じる行為であり、それゆえに暫定措置が必要となる可能性がある。それらの行為は、典型的な事件としては特定の他の事業者を狙って行われるものであるが、その結果として競争全体にも損害が及び得ることになるため、暫定措置はそのような事態を防止することを法益としていると解されている。そのような視点に立つと、競争制限禁止法は、基本的には、競争プロセス全体の維持を対象としているものではあるが、個々の事業者の保護も決して対象外となるものではないとされている³⁵⁾。学説においても、競争制限禁止法の保護法益が、競争にあることは基本的には正しく、また、個別の競争者の保護も含むことについては、競争は競争者なしには機能するものではないことは今日では一般に認められることであると指摘されている³⁶⁾。カルテル官庁が暫定措置

34) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 84f.

35) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 84f.

36) Podszun/Deuschle, a.a.O. (Fn. 2), S. 617.

を講じる際は事実や法的状況の完全な解明がまだ終わっていないために、競争全体の損害よりも他の事業者の具体的な損害の方がより示しやすい場合も想定され、このことによって暫定措置の運用が改善されることが期待されている³⁷⁾。

暫定措置に当たっては、カルテル官庁が違反行為を最終判断として認定するものではないが、事業者の経済活動への介入という側面があることを考慮すると、違反行為を認定することはなくとも違反行為があることについて一定の蓋然性があることを示すことは必要となると解されている。もっとも、違反行為の立証に関して、従来、競争制限禁止法 32a 条 1 項では、EU 競争法における 2003 年 1 号理事会規則 8 条と同様に、一応確定された違反行為 (*prima facie festgestellte Zuwiderhandlung*) であることを示すことが必要であると解されていた。しかし、EU レベルにおいても、この基準の実務や判例が不足しており、この基準について最終決定と同レベルでの違反行為の認定を行う必要があると解され得る状況であった。そして、政府草案理由書では、このことが、実務において暫定措置が講じられない主な要因となっていた可能性がある」と指摘されている³⁸⁾。

このような状況を踏まえ、競争制限禁止法第 10 次改正では、違反行為の証明において、必要となる証明度を緩和することが明確になるよう改正が行われている。この改正に当たって、政府草案理由書においては、欧州委員会の決定の執行停止 (EU 機能条約 278 条³⁹⁾ 及び 279 条⁴⁰⁾) に係る事件が参照されており、同事件は、次のように判示している。すなわち、一般裁判所は、仮の救済を行うに当たっては、当事会社の重大かつ回復不可能な損害 (*serious and irreparable damage*) の有無や程度について評価することが必要となるが、当事会社はその損害

37) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 85f.

38) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 85f.

39) EU 機能条約 278 条は、「Actions brought before the Court of Justice of the European Union shall not have suspensory effect. The Court may, however, if it considers that circumstances so require, order that application of the contested act be suspended.」と規定している。

40) EU 機能条約 279 条は、「The Court of Justice of the European Union may in any cases before it prescribe any necessary interim measures.」(下線は筆者による)と規定している。

の発生に関して「絶対的な確実性」(absolute Sicherheit, absolute certainty)ではなく、「十分な程度の蓋然性」(hinreichender Grad der Wahrscheinlichkeit, sufficient degree of probability)を示すことで足りる、と判示している⁴¹⁾。この判決を踏まえ、改正後の競争制限禁止法 32a 条 1 項は、違反行為の証明においては、「優越的な蓋然性」(überwiegende Wahrscheinlichkeit)という基準を満たすものであればよい旨を規定した。そして、政府草案理由書によれば、「優越的な蓋然性」という基準を満たす証明であるか否かは次の観点から判断される。すなわち、カルテル官庁は、暫定措置に係る審査段階において、当該違反被疑行為が行われたということが最終決定において認定される可能性が否定される可能性よりも高いと認められるか否か (more likely than not⁴²⁾) によって判断することができる⁴³⁾。

このように、第 10 次改正では暫定措置を講じるために必要とされる違反行為の証明の証明度が緩和されているが、暫定措置が過度に利用されることは想定されていない。政府草案理由書によれば、暫定措置を講じるに当たっては、カルテル官庁は、暫定措置の必要性を検討することに加えて、暫定措置によって守られる利益とそれに相反する当事会社の利益とが比例しているかという比例原則の観点も考慮することが必要となる。さらに、事業者の防御権として、改正後の競争制限禁止法 32a 条 1 項 2 文では、「当事会社が、当該措置が不当で優越的な公共の利益によって望ましくない負担が生じることを確からしい事実によって示した場合にはこの限りでない。」とする過大損害の条項 (Härtefallklausel) が規定されており、暫定措置を行うことができない場合が規定されている。過大損害の条項では、立証責任は事業者に課せられているが、ビジネス上の事実、特に会社の事業に係る数値等は事業者が把握しているため妥当であるとされている。もっとも、暫定措置に係る手続であるということを考慮すると、事業者は負担について

41) Reagens SpA v European Commission, Case T-30/10 R, ECLI: EU: T: 2010: 194, 2010. 5. 12, Rn. 31.

42) アメリカやイギリスなどの民事訴訟手続において原則的な証明度とされている「証拠の優越 (preponderance of evidence)」原則に相当するものと思われる。

43) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 85f.

疎明 (Glaubhaftmachung) することで足りるとされている⁴⁴⁾。

なお、暫定措置について、カルテル官庁は延長する場合も含めて1年を超えない範囲で期限を付すことが必要になる (競争制限禁止法 32a 条 2 項)。これは、事業者の利益のために規定されており、1年を超えない範囲という点については、2003 年 1 号理事会規則 8 条 2 項よりも付加された規定になっている。

II 独占禁止法における緊急停止命令

我が国においては、独占禁止法違反行為に対して公取委が講じる主な行政上の措置として、排除措置命令及び課徴金納付命令があり、その他には確約認定が行われる。また、独占禁止法において、裁判所は、緊急の必要があると認めるときは、公取委の申立てにより独占禁止法の規定に違反する疑いのある行為をしている者に対し、当該行為等を一時停止すべきことを命じることができるとする緊急停止命令が規定されている (独占禁止法 70 条の 4 第 1 項)。このように、独占禁止法における緊急停止命令は、競争当局である公取委の申立てに基づいて裁判所が命じることになる。緊急停止命令において命じることができるとして、違反行為、議決権の行使又は会社の役員の業務の執行を一時停止すべきことが独占禁止法 70 条の 4 第 1 項に挙げられている⁴⁵⁾。緊急停止命令は、東京地方裁判所において (独占禁止法 85 条 2 号)、非訟事件手続法によって行われる (独占禁止

44) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492, S. 86.

45) 緊急停止命令に類似するが異なる制度として民事訴訟における仮処分が挙げられる。仮処分は、民事保全法 24 条において、「裁判所は、仮処分命令の申立ての目的を達するため、債務者に対し一定の行為を命じ、若しくは禁止し、若しくは給付を命じ、又は保管人に目的物を保管させる処分その他の必要な処分をすることができる。」とされている。仮処分の方法の決定については、裁判所に自由裁量が認められているが、当該裁量権は無制限なものではなく、仮処分制度の本質ないし目的との関係に伴う内在的な限界 (①申立ての範囲内であること、②申立ての目的を達成するための必要限度を超えないこと、③仮処分の結果について原状回復が可能であること、④本案請求の範囲内であること、⑤仮処分が不法又は不能なものでなく、かつ、現実には執行可能であること) が存在するとされている。山本和彦ほか編「別冊法学セミナー No. 226・新基本法コンメンタール・民事保全法」(日本評論社、2014 年) 93 頁 (畑宏樹執筆)。

法70条の4第2項)。

このように、我が国の緊急停止命令は裁判所が発令することになるが、EU及びドイツの暫定措置は競争当局が講じるものである。原始独占禁止法の制定過程を当時の資料等に基づいて解明した文献においては、原始独占禁止法における緊急停止命令の制定過程について次のように述べられている⁴⁶⁾。

「当初の一連の法律案には緊急停止命令等の制度はみられないが、1947年1月15日付「法律案」において初めて類似の規定が現れ、委員会は、裁定前にも緊急な必要があると認めるときは必要な処分ができるとした。この法案の制度には、①利害関係人の申立により又は職権によること、②命令を出すのは委員会であり、裁判所は手続に関与しないこと、④事件関係人の意見を聞かなければならないこと等に特徴がある。この特徴は、文言の変遷を経ながらも、司令部に提出した1月28日付「試案」に引き継がれた。この立法趣旨は、1月23日付「立案要旨」にみられ、委員会は、裁定の前に緊急停止命令を出すことができるとしたこと、これは「カイク」案が緊急命令の処分権を与えることを強調していることを参考として、委員会が独立機関であることから、委員会に強力な権限を与えるものであるとしている。

上記の特徴については、その後、米国側の指示によるものと推測されるが、二点の大きな変更が加えられた。まず、2月24日付「Revised draft」であり、そこには、②について、緊急命令を委員会によるのではなく、利害関係人又は委員会の申し立てに基づき、「裁判所 (Court)」の命令によってなすことをうかがわせる英文が手書きで加えられている。これを受け、3月9日付「第三次修正案」では、公正取引委員会又は利害関係者の申し立てにより、「裁判所」が緊急停止命令を出すことができるとし、その「裁判所」は東京高等裁判所であるとした。第二に、3月11日付「Third Revised Draft」について、従来規定のあった「又は利害関係人」が手書きにより削除され、①にあった利害関係人による緊急停止命令を申し立てる制度が米国側の修正意

46) 泉水文雄＝西村暢史「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆：公取委の組織、司法制度、損害賠償、刑事制度」(2008年)47頁(泉水文雄執筆)。

見によってなくなったことが推測される。』⁴⁷⁾

このようなことから、我が国において緊急停止命令を裁判所が発令することとなった理由は明確ではないが、競争当局に緊急停止命令を発令する権限を認めたのでは権限が強力になり過ぎるという懸念から、競争当局には緊急停止命令を命じるべきことを申し立てる権限を、裁判所には同命令を実際に命じる権限を付与したのではないかと考えられる。

緊急停止命令の要件は、違反被疑行為の存在と緊急必要性である⁴⁸⁾。緊急停止命令は、一時的、暫定的なものであり、かつ、迅速な処理を要することから、上記2要件に関する疎明で足りると解されている⁴⁹⁾。緊急必要性については、中部読売新聞社事件⁵⁰⁾において、東京高裁は、「被申立人が中部読売新聞を発行した後東海三県において競争関係にある中日、朝日、毎日その他の新聞の同地方の顧客が継続購読を中止して中部読売新聞に切替える者が続出していることは前記のとおりで、この事態を申立人の審決をもつて排除措置を命ずるまで放置するときは、勢いのおもむくところ、他の競争事業者もこれに対抗するため、各種の手段を講ずることは必至であり、同地域における新聞販売事業の公正な競争秩序は侵害され、回復し難い状況におちいるものというほかないことは明らかであるから、被申立人の前記行為は、直ちにこれを停止すべき緊急の必要性が存在する。」と判示している。

47) なお、引用中にある『「カйм」案』とは、泉水文雄＝西村暢史「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆」(2006年)5頁注11によると、「一般的に「カйм」案とは、米国側の最初の立法担当者であるカйм(Kime)氏(日本側は「カйм判事(Judge Kime)」と呼んでいたようである。)により1946年8月(日にちは不明)に提示された法案であり、米国側の意図を踏まえて日本側が立法作業を開始することとなった最初の時点と位置付けることもできる。」とされている。なお、カйм案の位置付けについて、泉水文雄「独禁法上の基本概念の立法史的検討」正田彬先生古希祝賀『独占禁止法政策の理論と展開』(三省堂、1999年)66頁以下参照。

48) 金井貴嗣ほか『独占禁止法〔第6版〕』(弘文堂、2018年)527頁以下(鈴木孝之執筆)。

49) 中山武憲「緊急停止命令の要件〔中部読売新聞社緊急停止命令事件〕」厚谷襄児・稗貫俊文編『独禁法審決・判例百選〔第六版〕』(2002年)229頁、金井ほか・前掲注48)528頁(鈴木)、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』(有斐閣、2015年)312頁、白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』(有斐閣、2016年)649頁。

50) 東京高決昭和50年4月30日高民集28巻2号174頁。

平成17年の独占禁止法改正前は事前審判手続が採用されており、特に審判手続が終結した後に出される審判審決によって排除措置が行われる場合には相当の年月を要していたために緊急停止命令の存在意義が高かったと考えられる。しかし、平成17年改正によって事後審判手続に移行し、公取委は排除措置命令を直ちに講じることができるようになったため、同改正前に比べると緊急停止命令の制度としての存在意義は薄まったように思われる。もっとも、学説において、緊急停止命令は、その要件である違反被疑行為の存在と緊急必要性についての疎明で足りることや、意見聴取手続が不要であることなどから存在意義が認められると指摘されている⁵¹⁾。

現在までに緊急停止命令の申立てが行われた事件は8件であって、7件は私的独占・不公正な取引方法に関する事件であり、1件は企業結合に関する事件である。8件のうち、3件は公取委によって申立てが取り下げられているが、5件は緊急停止命令が発せられており、緊急停止命令が裁判所によって全面的に認められなかった事件はない⁵²⁾。

これまでに緊急停止命令が発せられた5件はいずれも新聞業における不公正な取引方法に関する事件である。新聞業において緊急停止命令が行われている背景としては、新聞の購読は継続的に行われているために緊急性の立証が容易であったためであろうとの指摘がある⁵³⁾。

このように、緊急停止命令の要件としては、違反被疑行為の存在と緊急必要性であるが、それらは疎明で足り、これまでに裁判所が公取委の申立てを全面的に否定した事例はなく、緊急停止命令の要件が法運用の妨げになっているものではないと思われる。一方で、これまでに緊急停止命令が発せられたのは新聞業に偏っており、また、最後に緊急停止命令の決定が出されたのは昭和50年とおおよそ50年前であって緊急停止命令が独占禁止法において活発に活用されているとは

51) 白石・前掲注49) 649頁。

52) もっとも、株式会社朝日新聞社ほか153名に対する件(昭和30年(行ウ)第2号)においては、5名については、「被申立人らの提出した疎明方法によれば、すでに千葉新聞社と合意のうえ円満に取引を止めたものであることがうかがわれるから、これらの被申立人らに対する本件申立は理由がないものとして却下すべきものである。」とされている。

53) 中山・前掲注49) 229頁。

いえない。

しかし、2004年に音楽放送事業者である株式会社有線ブロードネットワークス及び株式会社日本ネットワークヴィジョンに対して、緊急停止命令の申立てが行われている⁵⁴⁾。さらに2020年にデジタル・プラットフォーム事業者である楽天株式会社（以下「楽天」という）に対して、同社が運営するオンラインモールの楽天市場において、優越的地位の濫用（独占禁止法2条9項5号ハ）に該当する行為が行われている疑いがあるとして緊急停止命令の申立てが行われた。

楽天事件では、楽天が、同社が運営するオンラインモール「楽天市場」において、1回の合計の注文金額が税込み3,980円以上（沖縄、離島等宛ては税込み9,800円以上）の場合に商品の販売価格とともに「送料無料」と表示する「共通の送料込みライン」と称する施策など、出店事業者が一律に別途送料を収受し得ないこととなる施策を実施するとした。

公取委は、当該施策について、自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、取引の相手方に不利益となるように取引の条件を変更しているものであって、優越的地位の濫用（独占禁止法2条9項5号ハ）に違反する疑いがあるとした。そして、楽天が当該施策を実施することになれば、相当数の出店事業者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害し、自由な競争基盤に悪影響を及ぼす状況が続くことになるとともに、当該出店事業者とその競争者との競争に重大な悪影響を及ぼすなど、公正かつ自由な競争秩序が著しく侵害されることとなり、排除措置命令を待っている侵害された公正かつ自由な競争秩序が回復し難い状況に陥ることになるため、「共通の送料込みライン」とする当該施策の実施を一時停止することについて、緊急の必要があるとして公取委は緊急停止命令を裁判所に申し立てた⁵⁵⁾。

もっとも、同事件では、楽天が、2020年3月6日に、同月18日から実施予定の当該施策について、新型コロナウイルスの感染拡大等の影響に鑑みて出店事業

54) なお、緊急停止命令の申立て後に、同2社は違反行為を取りやめたため、公取委は緊急停止命令の申立てを取り下げている。

55) 公正取引委員会「楽天株式会社に対する緊急停止命令の申立てについて」（令和2年2月28日）（<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/feb/200228.html> [2020年10月17日閲覧]）。

者が参加するか否かを自らの判断で選択できるようにすること等を公表し、東京地方裁判所における緊急停止命令に係る手続においてもその旨を表明した。公取委は、当該施策について、出店事業者が参加するか否かを自らの判断で選択できるようになるのであれば、当面は一時停止を求める緊急性が薄れると判断し、緊急停止命令の申立てを取り下げた⁵⁶⁾。

楽天事件については、楽天の優越的地位の濫用行為は、様々な事情を考慮した上で初めて独占禁止法違反の有無が認定できる類型のものであるとした上で、公取委の公表情報のみからは緊急停止命令を申し立てる特段の必要性が判然としないとの指摘がなされている⁵⁷⁾。

確かに、楽天事件の申立てに係る公取委の公表資料は、簡潔であり、公取委の判断や検討内容の詳細は把握しかねると思われる。もっとも、緊急停止命令という制度の性質上、公取委は違反被疑行為の存在と緊急必要性を疎明すれば足りるところ、公取委の発表によれば、公取委は、楽天の行為によって、「相当数の出店事業者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害し、自由な競争基盤に悪影響を及ぼす状況が続くことになる」こと及び「当該出店事業者とその競争者との競争に重大な悪影響を及ぼす」ことを明示しており、「排除措置命令を待っていては、侵害された公正かつ自由な競争秩序が回復し難い状況に陥る」とされたのであるから⁵⁸⁾、公取委が緊急停止命令を申し立てたことは必要であったと考えられる。本件については、事件の当事者以外の第三者に示す情報としては、その具体的な内容をもう少し充実させる必要があったであろう。

一方で、楽天事件においては、楽天が、新型コロナウイルスの感染拡大等の影響に鑑みて出店事業者が「共通の送料込みライン」に参加するか否かを自らの判断で選択できるようにすること等を表明し、公取委は、それに伴って緊急停止命令の申立てを取り下げている。そして、楽天は、3月18日から3,980円以上で送

56) 公正取引委員会「楽天株式会社に対する緊急停止命令の申立ての取下げについて」(令和2年3月10日)(<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/mar/200310.html> [2020年10月17日閲覧])。

57) 小川聖史「楽天の送料問題に対する公取委の緊急停止命令の申立て・取下げをめぐる独占禁法上の考察」NBL No. 1170 (2020年) 54頁。

58) 公正取引委員会・前掲注55)。

料無料とする施策を実施している⁵⁹⁾。公取委の緊急停止命令の申立ての取下げに係る公表資料では、「出店事業者が参加するか否かを自らの判断で選択できるになるのであれば、当面は、一時停止を求める緊急性が薄れるものと判断し」としているが⁶⁰⁾、当該楽天の行為について、公取委が述べるように緊急停止命令の必要性、緊急性が実際になくなったのか明らかではないようにも思われる。

緊急停止命令は、違反被疑行為を疎明することによって事業者の活動を一時的に停止させるものであり、競争当局にとって強力な権限となるものである。そのため、透明性と公正かつ統一的な運用や事業者の防御権といった要素は重要となる。もっとも、EU やドイツにおいては、特にデジタルエコノミーにおける市場支配的地位の濫用行為への競争法の対応として暫定措置の活用が期待されているところである⁶¹⁾。我が国においても、デジタルエコノミーの発展は進んでおり、EU やドイツの状況も踏まえつつ、いかなる分野、違反行為で緊急停止命令が必要となるのか、緊急停止命令をどのような形式で講じることが実効性を有するのか等の独占禁止法における効果的な緊急停止命令の活用を前提とした上で、緊急停止命令の在り方を検討することが必要となるのではないかとと思われる。

Ⅲ 検討

緊急停止命令は、従来は EU 及びドイツと同様に我が国でもあまり活用されてこなかった。しかし、緊急停止命令は、競争秩序の早期回復を目的とした重要な制度となるものである。もっとも、緊急停止命令は、全ての場面において必ずしも必要となるものではなく、活用が期待される場面は限られてくるものと考えられる。

そこで、以下 I において、緊急停止命令の活用が期待される場面を想定しつつ、その活用の方法を検討する（活用の在り方の検討）。次に、緊急停止命令は、現

59) 楽天「送料無料ラインガイド」(<https://event.rakuten.co.jp/guide/freeshippingline/> [2020 年 6 月 27 日閲覧])。

60) 公正取引委員会・前掲注 56)。

61) 小川・前掲注 57) 54 頁以下。

在、公取委が申し立てて裁判所が決定をするという形式になっているが、EU 及びドイツでは競争当局が直接、暫定措置を講じている。そこで、以下 2 において、緊急停止命令に関する制度をどのように設計していくことが望ましいか検討する（制度設計の検討）。

1 緊急停止命令の活用の在り方

緊急停止命令は、公取委の調査開始後においても違反行為が継続している場合に必要となる。違反行為がカルテルや談合といった不当な取引制限の場合、ほとんどの事件において、課徴金減免制度の活用によって公取委の調査開始までに違反行為が取りやめられているか、又は、公取委の立入検査を契機に違反行為が取りやめられている。そのため、違反行為が不当な取引制限の場合には、緊急停止命令を活用する必要性は基本的には認められない。

一方で、これまでに緊急停止命令の申立てが行われた違反行為のほとんどが不公正な取引方法である。不公正な取引方法は、その行為が独占禁止法違反となるか否かは様々な事情を考慮して判断されることが多く、事業者が違反行為と認識せずに行っていることもあり、排除措置命令時まで違反行為が継続されることもある。特にデジタルエコノミーの発展により、これまでになかった形態の取引が行われるようになったり、経済活動が複雑化するようになると、そこでの行為が独占禁止法違反となるか否かは、慎重に調査し判断することが必要になる場合も起こり得る。そのような場合には、行為者は、その行為をすぐに取りやめることにはない上に、公取委の判断も長期化し、公取委の排除措置命令が行われるまでに、その行為によって競争秩序において重大かつ回復しがたい損害が生じる可能性がある。緊急停止命令は、まさにそのような状況において活用されることが最も効果を発揮すると思われる。

ドイツの学説においては、デジタルエコノミー分野の事件である EU の Google Shopping 事件⁶²⁾やドイツの Facebook 事件⁶³⁾について、競争当局は決定までに長時間を要しており、これらの事件では暫定措置は講じられていないが、

62) CASE AT. 39740, Prohibition Decision, 2017. 6. 27.

63) B6-22/16, Beschluss, 2019. 2. 6.

暫定措置が講じられていれば、市場に深刻な損害を与える行為が広がる危険性を除去することができたのではないかと指摘がある。また、これらの事件では、暫定措置が講じられていないことは、違反事業者が競争当局の手続を遅らせるインセンティブを高めていたとも指摘されている⁶⁴⁾。我が国においても、緊急停止命令は、デジタルエコノミーの発展に対応した独占禁止法の法執行において重要なツールとなり得るものであり、特に優越的地位の濫用行為を含む不公正な取引方法や私的独占の違反行為においてその効果を発揮するものであって、楽天事件も、途中で公取委の申立ては取り下げられたものの、そのような事例の一つとなると考えられる。

環太平洋パートナーシップ協定の締結及び環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な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）により、独占禁止法に確約手続が導入された。確約手続は、私的独占、不当な取引制限、当事者団体の禁止行為、不公正な取引方法、禁止される一般集中又は禁止される企業結合に関する違反被疑行為が対象となり得るものの、私的独占及び不公正な取引方法を中心に活用され则认为られる。確約手続は、公取委と事業者が協調的に事件処理を行い、競争上の問題点を早期に是正し、効果的・効率的な独占禁止法の法執行に資することが期待されているものである。確約手続に移行することが可能となるのは、公取委の調査開始以降、公取委が意見聴取の通知をするまでの間に確約手続通知をした場合となる（独占禁止法 48 条の 2 又は 48 条の 6）。

事件の内容や性質によって異なるが、今後、私的独占や不公正な取引方法に係る事件においては、確約手続が積極的に活用されることが予想され、そのことは、デジタルエコノミー分野においても当てはまるであろう。そのようなことから、私的独占及び不公正な取引方法に係る事件においては、公取委が、まずは確約手続の適用を検討し、確約手続の適用が妥当でない場合や確約手続の適用よりも更に早期に違反行為を差し止める必要がある場合などの例外的な場合に緊急停止命令を活用することが適当となると思われる。すなわち、公取委は、調査開始後に

64) Podszun/Deuschle, a.a.O. (Fn. 2), S. 614.

において、事件の全体的な状況を総合的に勘案して、まずは事業者が協調的に事件処理を行うことが見込まれるか否かによって確約手続の適用を検討し、確約手続の適用が適当でない場合には緊急停止命令の必要性を検討することが必要になると考えられるが、緊急停止命令は、あくまでも手続が長期化して競争秩序に重大な損害が生じることの防止策として位置付けることが妥当であろう⁶⁵⁾。

2 緊急停止命令の制度の在り方

独占禁止法における緊急停止命令は、公取委が申立て、裁判所が決定を行う。裁判所が決定を行うことになった理由は、前記Ⅱのとおり、公取委に緊急停止命令を認めたのではその権限が強力になり過ぎるためであり、それゆえに裁判所に決定の権限を付与したのではないかと考えられる。

しかし、緊急停止命令は、競争秩序に重大かつ回復不可能な損害が生じる可能性があり、早期の競争秩序の回復が必要となる緊急性を要する場合に命じられるものであって、緊急停止命令の発令権限は公取委に認められた方がより制度趣旨に適うのではないと思われる。そこで、以下では、公取委に緊急停止命令を発令する権限を付与することの是非、及び、公取委に緊急停止命令の発令権限を認めた場合の事業者の防御権の保護について検討してみたい。

まず、排除措置命令について、独占禁止法に関する従来判例・裁判例及び学説によれば、競争秩序の回復のための行政処分を行うか否か、またどのような処分を行うのかについての判断は、公取委の裁量に委ねられていると解されている⁶⁶⁾。すなわち、違反行為を解消し、競争秩序の回復のための措置については、公取委に独占禁止法の執行機関としての専門性が認められる。排除措置命令は、競争秩序の維持という法目的実現のための行政的手段であって⁶⁷⁾、緊急停止命令も同様の機能を有していると考えられる。そうであるならば、違反行為を差し止めるタイミングについても、公取委の判断に委ねることは適当ではないだろうか。競争秩序の回復が見込めなくなるほどの深刻な損害が生じる可能性がある場

65) 手続の流れとしては、緊急停止命令後に確約手続を行うこともあり得る。Podszun/Deuschle, aa.O. (Fn.2), S. 618. では、暫定措置について、事業者が確約等の手続に進むことの圧迫手段 (Druckmittel) となり得ることを指摘している。

合に、当該行為を緊急に差し止める措置を公取委の権限の下でその判断によって講じ得るとすること自体は、従来から排除措置命令が公取委の裁量で行われていることからしても、妥当ではないかと思われる。

また、現行の独占禁止法上、緊急停止命令については、平成 25 年改正後においても、排除措置命令と異なり、保証金や有価証券の供託による執行免除を求めることが可能である（独占禁止法 70 条の 5）。さらに、緊急停止命令への違反については、排除措置命令と異なり、30 万円の過料が課されるのみである（独占禁止法 98 条）。これらの規定は、排除措置命令との比較において、緊急停止命令の実効性の確保を弱める要素となっていると思われる。こうした観点からも、緊急停止命令を排除措置命令と同様の位置付けとすることが必要ではないかと考えられる。

もっとも、緊急停止命令は、違反被疑行為の存在と緊急必要性についての疎明で足り、また、意見聴取手続を経ずに行われる。そのため、事業者の防御権をいかに保護するかということが問題となる。ドイツでは、暫定措置の発令の必要性の検討に当たっては、カルテル官庁は暫定措置の必要性に加え、比例原則の観点も考慮する必要があるとされている。さらに、第 10 次改正後の競争制限禁止法 32a 条 1 項 2 文では、暫定措置を行うことができない場合として、当事会社が、当該措置が不当で過大な負担を生じさせることを確からしい事実によって示した場合が挙げられており、そのことについて事業者が疎明することで足りると解されている。独占禁止法においても、ドイツと同様に、緊急停止命令を行うことが

66) 判例・裁判例における排除措置の内容及びその範囲の広がりについて、東京高判昭和 46 年 7 月 17 日行裁判集 22 巻 7 号 1022 頁（第一次育児用粉ミルク〔明治商事〕事件）。公取委が排除措置命令を講じる可否かについて、最判平成 19 年 4 月 19 日裁判集民 224 号 123 頁（郵便区分機談合事件）。

学説について、林秀弥「公正取引委員会の裁量処分にかかる司法審査：直接訴訟を見据えて」金井貴嗣ほか編『経済法の現代的課題・舟田正之先生古稀祝賀』（有斐閣、2017 年）493 頁、根岸＝舟田・前掲注 49）305 頁、金井ほか・前掲注 48）498 頁以下（鈴木）、宇都宮秀樹ほか「平成 25 年改正独占禁止法の論点」NBL 1022 号（2014 年）39 頁以下、島崎伸夫「審判制度廃止後の独占禁止法抗告訴訟に関する考察」NBL 1085 号（2016 年）32 頁。

67) 鈴木加入「排除措置命令の内容と限界」『経済法講座 3・独禁法の理論と展開（2）』（三省堂、2002 年）268 頁。

できない場合を規定することにより、不当な緊急停止命令が行なわれない又は裁判所によって速やかに取り消すことのできる制度を構築することができるのではないだろうか。そして、そうすることによって事業者の防御権が保護できるものと考えられる。

以上のように、独占禁止法上の緊急停止命令についても、EU及びドイツと同様に、競争当局である公取委が直接に命じることができるようになることが競争秩序の回復という制度趣旨に合致すると考えられるが、一方で緊急停止命令は意見聴取手続を経ないで発令されるという特殊性に鑑みて、事業者の防御権の保護として、緊急停止命令が講じられない場合を明確にすることが必要であろう。緊急停止命令の手続についても、公取委が処分を行い、裁判所でその司法審査を受けるという平成25年独占禁止法改正によって整備された手続に揃えることは、独占禁止法の措置体系の一貫性を担保することにつながるのではないだろうか。

おわりに

我が国において、従来、緊急停止命令はほとんど活用されてこなかった、しかし、経済活動の変化が大きいデジタルエコノミーへの競争法の対応のツールとしてEUやドイツにおいては暫定措置が積極的に活用されようとしている。我が国においても、デジタルエコノミーへの対応が必要であるという状況は同じであって、公取委においても対策の強化が望まれるところである。

もっとも、緊急停止命令は、その決定を行うまでの迅速性が必要となるものである。そのため、同命令の対象となる分野に関する市場の状況や取引慣行等の事前の予備知識があれば、より正確に、効果的な対応をとることが可能となる。公取委は、事件審査のほか、企業結合規制や実態調査も行っている。公取委は、独占禁止法の法執行の専門機関として、その知識や経験に基づく専門性を最大限に活用、発揮して、デジタルエコノミーをはじめとした新たな難局に適切かつ迅速に対処してくれることを期待したい。