

訴訟・仮処分・公取委申告を通じた

独禁法違反行為の牽制

はじめに

最近、企業が競争業者や取引相手方に対し、独禁法違反行為の差止めや独禁法違反による損害の賠償を裁判所において請求する事例が次々と現れている^{注1)}。また、独禁法(不正な取引方法)違反行為の差止め処分申立てについて認容決定が行われたことも明らかとなっている。

もともと、実際に競争業者や取引相手方に対する「独禁法の攻撃的活用」を検討してみると、①証拠が十分か否かについての懸念、②取引相手

方に対して訴訟等を提起することによる取引関係悪化の懸念、③判決等までに長い期間を要し、ビジネスチャンスを失い、費用倒れに終わる懸念等が生じ、躊躇してしまいかもしれない。

そこで本稿では、これらの懸念事項を踏まえつつ、取引相手方や競争業者に対して独禁法を攻撃的に活用し、公正な競争秩序を回復するためにとり得る手法について検討する。

1 違反行為を差し止める方法

取引相手方や競争業者が独禁法違反行為に及んでいると思われる場合には、当該行為を差し止めることによって、自社が公正な競争基盤の下でビジネスを展開できるようなことが必要となるだろう。

独禁法違反を理由として当該行為を差し止める手法としては、例えば①公取委への申告(措置請求)や②差止訴訟の提起・差止め仮処分の申立てが考えられる。もちろん、公取委に対して申告を行い、並行して裁判所

元・公取委審査専門官／弁護士
平山賢太郎

Kentaro Hirayama

01年東京大学法学部卒業。02年弁護士登録、アンダーソン・毛利・友常法律事務所入所。07年～10年公正取引委員会事務総局審査専門官(主査)として違反被疑事件の審査等を担当。著作『法務の疑問に答える 中国独禁法Q&A』(共著)(レクスネクシス・ジャパン、2011)、『優越的地位濫用事件における初の課徴金納付命令』(ジュリスト2011年10月1日号)ほか多数。

(1) 公取委への申告

独禁法違反行為を差し止めるため、以前から、公取委に対する申告(独禁法45条)がしばしば用いられていた。これは、独禁法に違反する事実があると思量する者がその事実を

に対して差し止め仮処分の申立てを行うことも妨げられない。同時並行的に複数の手法を併用することがむしろ有効な場合もある。このことは、差止め仮処分の申立てを受けた事業者にとっては、同一の行為について秘密裡に公取委に対する申告も行われて審査開始(立入検査)が迫っている可能性があることを意味する。

注1)

差止訴訟に関する最近の判決として、東京地判平23・7・28金判1373号25頁[東京スター銀行対三菱東京UFJ銀行]がある。また、排除措置命令確定後における損害賠償請求の最近の例として、グリー株式会社およびKDDI株式会社による株式会社ディー・エヌ・エーに対する損害賠償請求訴訟がある(独禁法25条ではなく不法行為(民法709条)に基づくもの)。

注2)

「見切り発車」で差止訴訟を提起し、後に見込み違いが明らかとなった場合には、取引関係の修復は困難となりかねない。しかし、申告であれば秘密が守られるので「見切り発車」によるデメリットはほとんど考えられない。

注3)

仮処分と本訴を同時に提起することも可能である。なお、独禁法差止訴訟および差止仮処分はすべて東京地裁において提起できる(競合的裁判管轄(独禁法84条の2、差止仮処分について民事保全法12条))。

独禁法 24条

第8条第5号又は第19条の規定に違反する行為によつてその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

公取委に申告して「適当な措置」(排除措置命令等)を求める制度である。

公取委に対して申告を行った場合、申告した旨および申告内容についての秘密は当然ながら守られる^{注2)}。また、申告受付部署との対話を通じて追加証拠による補強が必要な点を感じ取ることができれば、後に(あるいは並行して)差止仮処分を申し立てる際に有効であろう。

なお、違反被疑事業者の中には、公取委による正式審査(立入検査等)が開始されると命令を待つことなく違反被疑行為を早々に取りやめる者も少なくないので、申告人は立入検査の開始によって所期の目的を一応達成できる場合も多い。また、公取

委は排除措置命令のほか注意(優越的地位濫用について55件(平成22年度))によって柔軟に事件を処理しており、これによって違反被疑行為が取りやめられることも期待できる。

もつとも、公取委が申告に係る事実について調査を行うとはいっても、立入検査等を開始すべき義務や期限はない。したがって、競争環境の変化が激しい業界における事業や、事業の存続に関わる甚大な損害が生じている事案では、公取委による調査開始を漫然と待っているだけでは手遅れとなりかねない。そこで、申告を行う場合には、違反被疑行為のポイントと事態の緊急性を公取委に対して的確に伝える工夫が必要であるし、また同種行為が他社に対してもあまねく行われていることがうかがわれるのであれば、特にその旨を強調することによって競争秩序に対する影響の深刻さを訴える必要もあるだろう。

申告を受け付けた公取委がなかなか正式審査を開始しない場合には、それが①独禁法違反の論拠や証拠が弱いことによるものなのか、②被害者にとつては重大な問題で

あつても競争秩序全体に対する影響は小さいため審査に着手しづらいのか、あるいは③単に何らかの理由による事件選別の結果なのか、見極める必要がある。そして、②③であろうと感じられる場合には、裁判所を通じて独禁法違反行為を牽制すべく、差止仮処分や差止訴訟を検討することとなる。

(2) 差止仮処分・差止訴訟

独禁法24条は、独禁法19条(不公正取引方法)等に違反する行為による利益侵害について、停止・予防を請求できる旨規定している。

独禁法24条差止訴訟の概要は公取委年次報告に掲載されているが、独禁法違反を認定して請求を認容した判決は存在しない。これに対して、認容決定が行われたことが明らかになっているのが差止仮処分(仮の地位を定める仮処分)である(東京地決平23・3・30「ドライアイス仮処分申立て」)。

差止仮処分は、差止訴訟(本訴)より迅速に一応の判断が得られる点が重要である^{注3)}。違反行為が継続しており損害が拡大していくことが

予想される事案では、仮処分によって当該行為を迅速に停止させることがビジネス上重要な場合も多いであろうし、短期間で一応の判断を得ることにより、和解交渉の進展も期待できる。さらに、短期間で一応の判断を得られることはリーガルコスト等の観点からもメリットが大きい。なお、外国事業者に対する差止仮処分では審尋期日の呼出しが国際送達を用いずに行われることもあり（クーリエ便等。民事保全規則3条1項）、これを契機として国内代理人が早期に選定され、審理や和解交渉が進展することも期待できる。

差止訴訟においては「著しい損害」（独禁法24条）の立証が原告にとつて高いハードルであると論じられることがある。しかし、差止仮処分においては保全すべき権利・保全の必要性を疎明すれば足りるし、認容決定において保全執行の条件として仮処分債権者に担保提供を求めることにより調整が図られているので、筆者の経験の限り、前記の要件自体は仮処分申立てを躊躇させるほど厳しいものではないように感じられる。前記ドライアイス仮処分申立

てにおいても簡潔な検討によって要件該当性が肯定されている。

なお、虚偽事実流布による取引妨害事案は、独禁法に加えて信用毀損（不正競争防止法2条1項14号）の観点からも問題となり得る（例えば前記ドライアイス仮処分申立て）。かかる場合には、独禁法に係る主張については東京地裁民事8部（商事部）へ、不正競争防止法に係る主張については知的財産権部へ、それぞれ差止仮処分を申し立てることにより、民事8部において独禁法に係る論点に集中した迅速な審理が行われることを期待できる。

このように、差止仮処分は「独禁法の攻撃的活用」における重要な選択肢であるように思われるが、その利用実態（件数、申立内容等）は明らかでなく、裁判所ウェブサイトに時折掲載される決定文から利用実態の一端をわずかにうかがい知ることができるとどまる^{注4)}。しかし、差止仮処分が競争秩序の早期回復、そして有利な内容の和解へつながる「独禁法の攻撃的活用」のツールとして注目され始めていることは、筆者の経験からも確かであるように感じ

図表1 独禁法違反行為の差止め・排除の方法

	公取委への申告	差止仮処分	差止訴訟
提訴・申告時点における証拠の必要性	<p>証拠をそろえる必要はない</p> <ul style="list-style-type: none"> 公取委からの要請に応じて追加提出すれば足りる 審査開始後は公取委が調査権限に基づいて証拠を収集する 	<p>証拠をそろえておくことが望ましい</p> <ul style="list-style-type: none"> 疎明で足りる 迅速審理のため、陳述書等疎明資料をそろえて申立てすべき 疎明ゆえ証拠方法が制限される 	<p>証拠をそろえておくことが望ましい</p> <ul style="list-style-type: none"> 証明が必要 文書提出命令の特則等により、提訴後の証拠収集の途が拡大した
取引関係への影響	<p>秘密が守られる</p> <ul style="list-style-type: none"> 公取委は審査開始後も申告の有無や申告人を明らかにしない 	<p>相手方（被告・仮処分債務者）に対して明らかになる</p> <ul style="list-style-type: none"> 取引相手方に対する訴訟等では、継続中の取引関係が事実上悪化するリスクあり 	
所要期間	<p>ケース・バイ・ケース</p> <ul style="list-style-type: none"> 訴訟ではないので、コスト面で有利 公取委が審査開始するとは限らない 審査開始や公取委命令を待つ間にビジネスチャンスを失うリスクあり 	<p>短期間で決定を得ることができる</p> <ul style="list-style-type: none"> 短期間ゆえ、コスト面で有利（ただし、担保提供を求められる可能性も高い） 迅速に一応の解決を期待できる 最終的解決ではないので、和解や本訴による最終的解決が必要 	<p>長期間を要する</p> <ul style="list-style-type: none"> 第一審判決まで数年を要する場合があります、訴訟対応コスト管理にも注意が必要 判決を待つ間にビジネスチャンスを失うリスクあり 最終的解決が得られる

られる(以上、図表1参照)。

(3) 提訴等を受けた 場合の対応

差止仮処分申立てを受けた事業者(仮処分債務者)は第1回期日までに対応策を練り、的確な反論を用意しなければならぬ(引き延ばしを図ることは認容決定につながりかねない)。行為の適法性に確信が持てない場合には、いかなる対応策をとるかが悩ましい問題となる。

とりわけ、同一事案について公取委に対する申告が併走しているとすれば、裁判所が仮処分認容決定を行った場合、申告に係る事実は一応もつともらしいと公取委が考えて

正式審査(立入検査等)へ乗り出す可

注5)

能性が高まるであろう。立入検査は新聞等で報道されることがあるので、レピュテーション・リスクについて考慮することも重要である。

したがって仮処分債務者としては、事件の筋を早期に見極め、裁判所による決定を待つことなく、あるいは決定後速やかに、仮処分債権者との間で和解協議を開始することを検討することが必要となるだろう。

2 行為類型ごとの 検討

差止訴訟・差止仮処分は、公取委

注4)

裁判所は差止訴訟について公取委へ通知する(独禁法83条の3)。しかし、仮処分申立てについては同様の規定がないためか、公取委年次報告等において概要が明らかにされていない。

注5)

公取委は、裁判所が被疑事業者の反論を踏まえて行った認容決定を申告人を通じて入手し、被疑事業者からの反論の内容や裁判所の判断内容を把握して、審査開始を判断する際の参考とする可能性がある。

なお、差止訴訟においても、第一審判決を公取委が参考とする可能性があるが、第一審判決までに相当の期間を要するので、被疑事業者にとつての緊急性はかなり低い。

注6)

事業者が、競争業者の顧客に、当該競争業者との取引を拒絶させる行為は、取引妨害のほか間接取引拒絶(一般指定2項等)にも該当する可能性がある。しかし、間接取引拒絶の立証等においては自由競争減殺(他の顧客を見出すことの困難化等によって事業活動が困難となるおそれ)を示す必要があり、必ずしも容易ではない。

なお、原告等が取引妨害と間接取引拒絶の双方を選択的に主張した場合、裁判所がいずれを先に審理すべきか(適用関係)は明らかではない。

に対する申告とは異なり、相手方(被

告・仮処分債務者)に対して秘密裡に

行うことができない。したがって、それなりの証拠が手の中にない場合には提訴等を躊躇するのが自然である。とりわけ、競争業者ではなく取引

相手方に対して提訴等に及ぶ場合には、それにより取引上の信頼関係が損なわれることは避けがたいので、かかるリスクを覚悟の上で提訴等に踏み切るためには相当程度の確度ある証拠がそろっていることが重要である。

もつとも、独禁法19条(不正な取引方法)には多種多様な行為類型が含まれているので、原告・仮処分債権者(以下「原告等」という)から見た立証の容易性は行為類型によってまちまちである。

(1) 取引妨害・間接取引拒絶

競争業者に対する取引妨害(一般指定14項)は、差止訴訟や差止仮処分になじむ行為類型の一つである。取引妨害は、行為の反社会性等、競争手段としての不公正さに着目するものであり(不正手段型)、競争業者が排除されて自由競争が減殺されて

いくことを要件としない。したがって

原告等は、競争業者である相手方の

行為が前記の意味において不正であることを示せば足り、自由競争減殺の立証等に立ち入る必要はない注6)。

取引妨害事案である前記ドライアイス仮処分申立てでは、誹謗中傷等の行為が「それ自体」公正競争阻害性を有すると判断されている。さらに、「著しい損害についても、行為態様や経緯を考慮したうえで肯定的結論が導かれている。

なお、妨害行為の立証等については、妨害行為が競争業者に対して直接に行われる場合は立証等が容易であろうが、競争業者の顧客に対して行われる場合(誹謗中傷等)には、誹謗中傷を記した通知書等の提供を顧客に求めるなど協力を得る必要が生じ得る。

(2) 優越的地位の濫用・ 直接取引拒絶

優越的地位の濫用(独禁法2条9項5号)も、裁判所を通じた牽制が考慮に値する類型である。

まず、優越的地位(取引必要性)の

立証等においては、総売上げに占める相手方との取引額の割合（取引依存度）等、原告等において比較的容易に入手可能な情報が役立つ。また、相手方の取引を継続するため原告等が相手方に告げずに行った設備投資等、相手方が知らない事実も補強材料となるだろう。相手方が原告等のビジネスに必須の原材料等を供給している場合も優越的地位が比較的肯定されやすいが、かかる必須性も原告等において説得的に主張可能だろう。

濫用行為の立証においては、交渉経緯の不当性が重要な意味を有する。原告等において会合内容の記録（書面化）を日頃から詳細かつ適切に行っていたら大いに役立つ。現に、優越的地位濫用（代金減額）等を根拠とする差止仮処分申立て（東京高決平成22年9月1日「買ったとき差止仮処分申立て」）では交渉経緯が詳細に検討されている（結論として被保全権利の疎明があったといえないとされている）。

なお、優越的地位濫用ガイドライン（公取委「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」）平成22

年11月30日）は、公正競争阻害性の判断にあたって「行為の広がり」等を考慮するとしているが、特定の取引相手方にしか不利益を与えていない場合であっても阻害性を認め得る旨明記されている。この考え方によれば、原告等が、濫用行為が他の事業者に対しても同様に行われていないことを立証することは必須ではない。

もっとも、現に取引関係が存続している取引相手方に対して差止仮処分や差止訴訟を提起するに際しては、純粋な法律上の検討のみならず、経営陣の覚悟や決断も必要となり得る。これに対して、取引相手方から一方的に値上げ等を通告され承諾できずにいたところ取引停止通知を受けたような場合には、取引上の信頼関係はもはや破壊されており、独占禁止法の攻撃的活用を躊躇する必要性に乏しい場合もある。

かかる取引停止事案では、適用条文として優越的地位濫用に代えて直接取引拒絶（一般指定2項）を用いることも考えられる^{注7)}。いずれの規定によるにせよ、当該取引拒絶が優越的地位濫用（例えば一方的値上げ）

の実効性確保のために行われていると主張するのであれば、判断枠組みは実質的に同様である。したがって、裁判所において交渉経緯等が具体的に検討されることとなる（例えば、東京地判平23・7・28金判1373号25頁「東京スター銀行対三菱東京UFJ銀行」）。

(3) 不当廉売

以上に対して、立証上困難に直面する可能性が高いように思われるのが、不当廉売（独占禁止法2条9項3号、一般指定6項）事案である。

不当廉売規制は「企業の効率性によって達成した低価格で商品を提供するのではなく、採算を度外視した低価格によって顧客を獲得しようとする」行為の規制を趣旨とするから（公取委「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」平成21年12月18日）、廉売者のコスト構造を解明する必要が生じる。そのためには廉売者の社内文書等を分析することが必要となることが多いと思われるが、それを原告等が提訴等に先立って行うことは容易でない。

なお、差止訴訟（本訴）については

文書提出命令の特則が導入され（独占禁止法83条の4）、侵害行為を立証するため必要な書類について、提出拒否に正当理由のある場合を除いて提出命令の対象となるものとされている^{注8)}。この制度は違反行為立証に資するであろうが、相手方の手の中に存在するかもしれない（ないかもしれない）資料に頼らなければ立証等が困難である場合には、そもそも提訴することが適切か否か慎重に検討すべきだろう。

3

損害賠償請求

損害賠償請求訴訟は、差止訴訟や公取委命令（排除措置命令）によって独占禁止法違反行為が認定された後に提起されることが多い。

独占禁止法違反を理由とする損害賠償請求については、独占禁止法25条および民事訴訟法248条の活用がしばしば議論されてきた。独占禁止法25条は排除措置命令等の確定後に違反行為者が無過失損害賠償責任を負う旨の規定であり、民事訴訟法248条

注7)

取引停止・取引拒絶が優越的地位濫用に該当するか否かは、独禁法の文言上は明確でない。

注8)

文書提出命令の特別導入前の不当廉売事例として、東京高判平19・11・28判時2034号34頁[ヤマト運輸対郵政]がある。

注9)

独禁法25条と民法709条を併用する場合には、前者は東京高裁の専属管轄であるため手続が複数裁判所に係属し、一方の手続を停止するなど調整が行われることがある。

注10)

消滅時効(3年)の起算点は、民法709条については被害者が損害および加害者を知った時であり(民法724条)、独禁法25条については命令等が確定した日である(独禁法26条2項)。

注11)

東京地判平20・12・10判時2035号70頁[USEN対キャンシステム]、東京地判平9・4・9判時1629号70頁[日本遊戯統協同組合]等がある。なお、独禁法25条訴訟には裁判所から公取委に対する損害額についての義務的求意見制度(独禁法旧84条)が存在したが、最近の法改正により任意的求意見制度へと改められた。

独禁法 25条

第3条、第6条又は第19条の規定に違反する行為をした事業者(第6条の規定に違反する行為をした事業者にあつては、当該国際的協定又は国際的契約において、不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を自ら用いた事業者に限る。)及び第8条の規定に違反する行為をした事業者団体は、被害者に対し、損害賠償の責めに任ずる。

2 事業者及び事業者団体は、故意又は過失がなかつたことを証明して、前項に規定する責任を免れることができない。

は損害額の立証が極めて困難である場合に裁判所が相当な損害額を認定できる旨の規定である。

排除措置命令等における認定事実は損害賠償請求において事実上の推定効を有するといわれているほか、独禁法25条訴訟の原告は被告の故意・過失を立証する必要がないので、因果関係や損害額算定の立証に専念できる。もつとも、被害者が思い描く違反行為と排除措置命令書において認定される違反行為の範囲が一致するとは限らない。被害者が思い描く違反行為の範囲のほうが「大きい」場合に当該「大きい」賠償

を求めるのであれば、独禁法25条と民法709条を併用するか、あるいは民法709条のみに基づいて行うこととなる^{注9)}。民法709条賠償請求権の消滅時効は独禁法25条より先に成立するので^{注10)}、審査・審判等が長期化している事件では時効管理の必要も生じ得る。

裁判所は、入札談合事件に関する損害賠償請求訴訟において民事訴訟法248条をしばしば用いているが、企業間紛争に係る独禁法関連の損害賠償請求事件では、むしろ同条に依拠することなく損害額算定を行っている^{注11)}。

4 「独禁法の攻撃的活用」へ向けて

独禁法違反行為の排除については、公取委が長年にわたり積極的執行の中心的役割を担ってきたものであり、かかる役割に大きな変化が生じることは今後もないだろう。しかし、競争秩序全体にはそれほど大きな影響を与えない(それゆえ公取委が優先的に審査を行うことを期

待しがたい)事案であっても、被害者が回復しがたい損害を受けるおそれがある場合には、事業者自らのイニシアチブで裁判所を通じて違反行為を牽制し得る、ということを認識しておくことは事業者の法務戦略上重要である。

もつとも、被害者が裁判所を通じて違反行為を牽制しようとする場合には、相手方の行為の違法性について自ら検討・評価を行う必要が生じる。公取委に対する申告においては公取委の専門的知見に頼ればよいが、裁判所における差止仮処分等においてはそうはいかない。他方、差止仮処分等の申立て等を受けた事業者の側でも、迅速な対応を怠ったがゆえに窮地に追い込まれるというのではないように、自社の行為やビジネスモデルが適法である旨の反論を構築するために必要な論拠を用意しておくことが望まれよう。

したがって、事業者においては、自社のビジネスモデルや個々の取引について独禁法の観点から分析する能力が今後いっそう必要とされるようになっていくものと思われる。

BJJ