

# EUにおける競争法違反行為に係る

## 民事的救済制度の新たな展開

——我が国の独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入についての示唆——

宗 田 貴 行

### 目次

- 一 はじめに
- 二 EC競争法違反行為に係る民事的救済に関する欧州委員会及び欧州裁判所の新たな展開
- 三 EU加盟国におけるEC競争法及び加盟国競争法に係る民事的救済制度の新たな展開
  - (一) イギリス
  - (二) フランス
  - (三) ドイツ
- 四 検討——我が国の独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入についての示唆——
- 五 おわりに

## 一 はじめに

近時、我が国においては、消費者契約法、独占禁止法、景品表示法等への団体訴訟制度の導入の議論がなされている。すなわち、独占禁止法改正（平成一二年法律第七六号）により、差止請求権制度（同法二四條）が導入され、その立法過程における衆議院商工委員会（平成一二年四月一九日）及び参議院経済・産業委員会（同年五月一日）において附帯決議がなされ、「被害者が迅速かつ適切な救済を得られるよう、また、違反行為に対する抑止力としての機能にも着目しつつ、団体訴権等につき司法制度改革に係る検討状況等も踏まえつつ、引き続き検討を行うこと」とされた。

そして、司法制度改革審議会意見書（平成一三年六月一二日司法制度改革審議会）は、被害救済の実効化のための少額多数被害への対応の改善として、「団体訴権の導入（…中略…）<sup>(1)</sup>について、法分野ごとに、個別の実体法において、（…中略…）検討されるべきである」とした。

さらに、司法制度改革促進計画（平成一四年三月一九日閣議決定）は、内閣府、公正取引委員会、経済産業省が、団体訴権の導入、導入する場合の適格団体の決め方等について、各法分野ごとに、個別の実体法において、その法律の目的やその法律が保護しようとしている権利、利益等を考慮した検討を行うとした。そして、現在、内閣府は、消費者契約法について、消費者団体訴訟導入の検討を行っている。<sup>(2)</sup>

そして、消費者基本計画（平成一七年四月八日閣議決定）<sup>(3)</sup>一一頁は、「一定の消費者団体が消費者全体の利益を擁護するため、事業者の不当な行為に対し、差止めを求める訴えを提起することを認める制度の導入に向けて検討する。」とし、内閣府は、「平成一八年通常国会に関連法案を提出すること」としている。また、「独占禁止法及び景品表示法

における団体訴権の導入について検討する。」とし、公正取引委員会は、「平成一九年までに一定の結論を得ること」としているのである。

消費者契約法上の違反行為と同様に、独占禁止法や景品表示法に違反する行為は、それによって、多数の消費者等に被害が生じる性格を有するものである。しかし、個々の被害者は、一定の独占禁止法違反については、差止請求権が独占禁止法二四条により認められているにもかかわらず、被害が少額であること等から、自ら訴訟を提起することを望まない又はこれが困難であるといえる。したがって、これらの違反行為に対する集団的被害の救済手段が必要であるといえるのである。また、公正取引委員会の排除措置による違反行為の除去は、必ずしも、被害者の救済という見地から行われるものではなく、又、全ての被害者を救済するために、公正取引委員会が、全ての違反行為を除去することは、その人員・予算に限界があり、不可能である。そこで、独占禁止法及び景品表示法への団体訴訟制度を導入することについての検討の必要があるといえるのである。

このような問題状況は、EU諸国においても同様である。EU諸国においては、EC競争法（EC条約八一条及び八二条）違反に関する欧州委員会の事件処理の負担が過度であったため、EC競争法に関する加盟国裁判所での民事訴訟を促進する政策が、今日推し進められているところである。また、EU加盟国においては、独占禁止法及び景品表示法に相当する諸法において、すでに、古くから、例えば、ドイツにおいてそれが顕著であるように、団体訴訟制度が非常に活発に利用されており、また、フランスやイギリスといった他の加盟国においても、これら諸法に関する民事的救済制度、ことに団体訴訟制度について、近時、新たな展開がみられるのである。

そこで、本稿においては、まず、EC競争法違反行為に係る民事的救済に関する欧州委員会及び欧州裁判所の新たな展開をみた上で、主要なEU加盟国における競争法違反行為にかかる民事的救済制度の近時の展開を明らかにし、

我が国の独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入について検討を行うこととする。

なお、筆者は、ドイツ留学中（一九九〇—二〇〇〇年）にドイツ競争制限防止法上の団体訴訟制度について、調査・研究し、帰国後、さらに、約五年間にわたり、ドイツ競争制限防止法、ドイツ不正競争防止法、ドイツ差止訴訟法、ドイツ書籍価格拘束法、ドイツ法律相談法における団体訴訟制度について、調査・研究を行った。また、二〇〇四年七月から八月にかけて、ドイツにおいて、不正競争克服センター、消費者センター総連盟、連邦カルテル庁で、団体訴訟制度に関しインタビューを行った。日本においては、消費者契約法への消費者団体訴訟制度の導入に関し、内閣府の調査報告書（「諸外国における消費者団体訴訟制度」）の作成に協力させて頂いた。そして、二〇〇四年一〇月には、日本経済法学会において、個別報告「独占禁止法への団体訴訟制度の導入について」を行わせて頂いた。<sup>(4)</sup> また、独占禁止法への団体訴訟制度の導入について、公正取引委員会に有識者ヒアリング等の協力をさせて頂いている。本稿は、これらの活動の集大成である。お世話になった方々に、この場を借りて御礼を申し上げます。

## 二 EC競争法違反行為に係る民事的救済に関する欧州委員会及び

### 欧州裁判所の新たな展開

<sup>(5)</sup> 近年、EUにおいては、以下のように、加盟国裁判所による条約八一条及び八二条の適用の重要性が増してきている。

従来から、条約八一条三項（旧八五条三項）による適用免除の申立てが欧州委員会にとって過大な負担であったため、かかる負担の軽減及び事件処理の時間の短縮が欧州委員会の課題とされていた。そして、この傾向は二〇〇四年五月一日からさらに一〇カ国が新たに加盟国として追加されたことにより、一層強まることが予想されるところであ

る。

そこで、欧州委員会は、一九九三年欧州委員会告示「欧州共同体条約八五条及び八六条の適用における欧州委員会と加盟国裁判所の協力について」、欧州共同体条約八五条及び八六条の加盟国裁判所による適用についての報告書（一九九七年七月）を公表した。また、一九九九年欧州委員会白書「欧州共同体条約八五条及び八六条の適用のための規則の現代化」において、加盟国裁判所による条約適用の促進を推奨した。すなわち、適用免除の判断の迅速化により、加盟国裁判所における損害賠償請求を早期に実現することを可能にすることを指摘したのである。さらに、欧州委員会は、「欧州競争法年次報告書二〇〇一年—欧州共同体反トラスト法の効果的な民事エンフォースメント」を公表した。これは、二〇〇一年に六月一日及び二日に開催されたワークショップにおけるワーキングペーパーをまとめたものであり、各加盟国からの参加者により、二〇〇一年までの欧州共同体条約八五条及び八六条に関する民事的救済についての状況が、実体法的側面及び手続法的側面について報告され、さらに、仲裁裁判所について、最後に、刑事的制裁について報告されている。

欧州委員会によるこういった一連の動きがある一方で、欧州裁判所は、二〇〇一年における *Courage v Crehan* 事件<sup>(11)</sup> 欧州裁判所二〇〇一年九月二〇日判決において、「条約八五条の完全な有効性及び、特に、同条による禁止の実際上の効果は、競争を制限又は消滅させる契約又は行為によって生じた損害の賠償をいかなる個人も訴えることが許されないのならば、危ぶまれる。」<sup>(12)</sup> 「国内裁判所に対する損害賠償請求訴訟は、欧州共同体における有効な競争の維持に大いに貢献しうるものである。なぜなら、反競争的合意又は行為に対する意欲を妨げるものであるからである。」と述べ、条約旧八五条違反による被害者が損害賠償請求訴訟を国内裁判所に提起しうることを初めて明確に認めたのである。<sup>(13)</sup>

これにより、イギリスについて後述するように、条約八一条及び八二条を有効に機能させるために、これらの規定違反に基づく損害賠償請求権及び差止請求権が認められる者の範囲が、国内法上の従来判例に比して、拡大されることとなったのである。<sup>(14)</sup> また、その後、後述するように、ドイツにおけるGWB第七次改正による「保護法規性の要求の撤廃」を導くこととなったのである。このように、今日において、EC競争法違反にかかる民事的救済は、加盟国の国内法へ大きな影響を与えているといえるのである。

このような欧州裁判所の本判決が出されたこと、及び、前述したような欧州委員会の条約八一条及び八二条に関する民事的救済制度の強化政策を背景として、近時、加盟国裁判所による条約八一条及び八二条適用のケースが、年々、増加する傾向にあるのである。<sup>(15)</sup>

そして、欧州委員会の事件処理の負担を軽減するために、条約八一条三項に係る判断を加盟国裁判所が行えることとする二〇〇三年新規則<sup>(16)</sup>が、二〇〇四年五月から施行されたのである。すなわち、条約八一条及び八二条についての二〇〇三年新規則により、申立人は、加盟国裁判所及び競争当局に、直接、適用免除の申立てができることとなり（新規則一条）、さらに、加盟国裁判所は、条約八一条及び八二条が問題となると考えられる場合には、これらの条項を適用することとされ、特に、条約八一条適用の場合については、同条三項の要件を満たす協定・事業者団体の決定・協調行為に、国内の競争法を適用してはならないとされているのである（新規則三条）。すなわち、前述した二〇〇三年新規則三条は、条約八一条に関しては、国内競争法がより厳格な場合には、条約八一条により禁止されない協定や行為について、国内競争法を適用してはならないとしているのである。<sup>(17)</sup> また、同規則一六条は、国内裁判所は、欧州委員会の決定と矛盾する判断を行ってはならないとしており、国内裁判所は、同一違反行為について、欧州委員会の決定に拘束されるのである。さらに、前述した一九九三年の欧州委員会告示が出された後、二〇〇三年までの十年間に、

すでに欧州委員会は五六の意見を加盟国裁判所に行なっていたのであり、これを踏まえ、同規則一五条一項は、国内裁判所は、条約八一条及び八二条に関する国内の裁判手続において、情報及び意見を欧州委員会に求めうるとしてい<sup>(18)</sup>る。この意見は、国内裁判所を拘束するものではない。本条の目的は、条約八一条及び八二条の統一適用の保障にある。同規則一五条二項及び三項は、加盟国は欧州委員会に条約八一条及び八二条に関する判決のコピーを渡すこと、各加盟国競争当局は、その加盟国の裁判所から、条約八一条及び八二条の適用に関する意見を書面で渡されうること、条約八一条及び八二条の統一適用が要求される限りで、欧州委員会は、固有のイニシアティブで加盟国裁判所に書面で意見を行いうること及び、欧州委員会は、加盟国裁判所の許可を得て、口頭でも意見を行いうることを規定している。なお、欧州法の優先性の原則により<sup>(19)</sup>、国内競争法が、より厳格ではない場合に、条約八一条及び八二条が適用されうるのである。<sup>(20)</sup>

そして、二〇〇四年において公表された「欧州競争法違反行為に係る申告についての欧州委員会の取扱いに関する通知」<sup>(21)</sup>は、加盟国の国内裁判所は、欧州競争法違反行為による被害者の訴えを処理する義務があるのに対し、各加盟国の競争当局や欧州委員会は、全ての申告について、調査を行なうことはできず、申告については、全事例の取り扱いの中で、優先順位をつけていかざるを得ないものであるとしている。こういった欧州委員会の方針は、競争法のエンフォースメントについての行政と司法の協同という視点からすれば、我が国においても、公正取引委員会には、人員・予算の限界があることは同様であり、参考になるといえる。

このような状況において、二〇〇四年に、欧州委員会は、「加盟国裁判所による条約八一条及び八二条の適用についての報告書」<sup>(22)</sup>をまとめ、公表した。これにおいては、二〇〇四年までの各加盟国裁判所における条約八一条及び八二条の適用の状況についての報告及び、それらをまとめた総括的報告がなされている。また、欧州委員会は、二〇〇四

年に、「欧州委員会と国内裁判所との間の協力についての通知」<sup>(23)</sup>を出している。

そして、加盟国における条約八一条及び八二条違反及び各加盟国の競争法違反にかかる民事的救済制度においては、後述するように、競争法違反行為による被害は、多数の者に拡散して生ずるものであり、個々の被害者からの提訴のための十分な刺激とならないため、団体訴訟制度による集団的被害の救済が、近時、重要な課題となっているのである。

そこで、以下においては、これらに鑑み、条約八一条及び八二条違反及び主要な加盟国の競争法違反<sup>(24)</sup>にかかる民事的救済制度について、前述した欧州委員会の報告書等を参考にして、近時の新たな展開を紹介し検討した上で、これを参考にして、我が国の独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入にかかる諸論点を検討することとする。

### 三 EU加盟国におけるEC競争法及び加盟国競争法に係る民事的救済制度の新たな展開

前述のようなEC競争法違反に関する民事的救済に関する欧州委員会及び欧州裁判所による近時の展開を背景として、以下みるように、各加盟国において、EC競争法及び加盟国競争法に関する民事的救済制度について、近時、新たな展開がみられる。

#### (一) イギリス

##### 1 総論

イギリスにおける競争法の代表的テキストにおいては、イギリスにおける競争法に関する民事的救済制度について、以下のように指摘されている。<sup>(25)</sup>すなわち、「競争法違反行為の被害者による損害賠償請求は、刑事罰が科されることと、ほとんど変わらない効果を有しうるものである。むしろ、法システムへの効果は、以下のように、前者の方がより顕



著であり、かつ、提訴することについて、行政当局よりも多くのモチベーションをしばしば有する被害者個人に、エンフォースメントの負担が移行される場合もある。すなわち、このことは、個人によるエンフォースメントが、エンフォースメント・レジームの中で中心的なものであり、かつクレイトン法四条のもとで、三倍額損害賠償請求により<sup>(26)</sup>それが奨励されているアメリカの反トラスト法システムにおいて、明白である。しかしながら、従来から、欧州共同体及びイギリスにおいては、公的規制（刑事及び行政的規制）が前面に出ており、いかなる個人の権利も、補助的存在に過ぎないのである。この背景として、ヨーロッパにおいては、アメリカとは異なり、商業上の事柄について、裁判所への提訴に対し消極的であるという国民性があり、これらの間には、明白な法文化の差がある。」また、二〇〇一年にイギリス通商産業省が行なった専門家アンケートによると、アメリカにおいては、競争政策が重要であると考えられる回答者が、八三％であったのに対し、イギリスにおいては、これがたったの一〇％に過ぎなかったのである。<sup>(27)</sup>「この点は、競争法違反の被害者による加盟国裁判所への提訴を奨励する欧州委員会を憤慨させるところとなっている。たしかに、一九九八年競争法制定にあたっては、被害者からの提訴に鑑み、同法違反行為に対する制裁を低減化することが提案されたが、政府は、以下の理由からそれに従わなかった。すなわち、競争法違反行為により被害を受けた消費者や小企業は、自らの権利に基づき提訴することがほとんど不可能であるし、小企業は、費用への考慮から、自ら提訴することを著しく嫌う傾向にあるからである。そこで、イギリスにおいては、強力な公的なペナルティが、一九九八年競争法上、規定されたのである。」

ここで指摘されているように、第一に、イギリスにおいては、アメリカにおいてはとは異なり、競争法上のエンフォースメントは、我が国と同様に、行政庁が中心となって行われるものである。第二に、競争法違反による個々の被害者は、そもそも提訴が不可能であったり、費用への考慮等から自ら提訴することを望まないといった事情を有するも

のである。しかし、前述したように、条約八一条及び八二条違反に関する欧州委員会の事件処理の負担を軽減するために、加盟国裁判所におけるこれらの規定違反にかかる民事訴訟を促進する必要があるのである。そこで、近年のイギリスにおいては、以下のように、競争法違反にかかる民事訴訟を促進するための改正が行なわれているのである。

## 2 競争法違反による被害者の損害賠償請求権及び差止請求権

(1) 従来、イギリスにおいては、第一に、カルテルについては、一九七六年制限的取引慣行法上、公正取引庁 (Office of Fair Trading, OFT) に登録していない協定が実施されることにより影響を受ける者は、損害賠償請求権を有すると規定されていた (一九七六年制限的取引慣行法<sup>(28)</sup>三五条二項)。

第二に、再販売価格維持行為についても、一九七六年再販売価格法上、被害者は、損害賠償請求権を有すると規定されていた (一九七六年再販売価格法<sup>(29)</sup>二五条二項・三項)。

第三に、価格差別や抱き合わせ販売、全製品購入強制、排他的取引等の反競争行為 (一九八〇年競争法二条) については、国務大臣の命令違反に対し、差止・損害賠償請求権が被害者に認められていた。<sup>(30)</sup>

しかし、これらは、ほとんど利用されることはなかったのである。<sup>(31)</sup>

第四に、独占及び企業結合に関し規定する一九七三年公正取引法 (Fair Trading Act 1973) 上、事業者が、消費者にとって有害で、かつ不公正とみなされる事業を行っている場合に、一定の条件の下で、公正取引長官が制限的慣行裁判所 (Restrictive Practices Court) に差止請求することが認められていた。<sup>(32)</sup> しかし、この訴追には、手間と時間がかかりすぎたことから、違法行為の抑制には、余り効果がないとされていたのである。<sup>(33)</sup>

その後、前述した一九七六年制限的取引慣行法、一九七六年再販売価格法及び一九八〇年競争法 (Competition Act 1980) <sup>(34)</sup> における反競争行為に関する規定は、一九九八年競争法 (Competition Act 1998) の制定・施行に伴い、廃止さ

れ（同法一条、一七条）、二〇〇〇年三月一日から施行されている一九九八年競争法においては、同法違反による被害者の損害賠償請求権及び差止請求権を規定した条文はない。しかし、これらの請求権を肯定するのが、以下のように、今日では、一般的である。<sup>(35)</sup>

(2) この点については、まず、条約八一条及び八二条違反による被害者の損害賠償請求権についての議論をみなければならぬ。

条約八一条・八二条違反による被害者が、損害賠償請求訴訟をイギリス国内裁判所に提訴することについてのリーディング・ケースである一九八四年における Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board 事件貴族院判決<sup>(36)</sup>（被告が、バター<sup>(36)</sup>の供給を拒絶した行為が、条約八二条違反にあたるとして、争われた事例）は、「条約八六条（現八二条）により課されている共同体市場における支配的地位を濫用しない義務の違反は、共同体市場における経済的繁栄を達成するためだけでなく、かかる義務違反により損害を受けた私人の利益のためにも課される制定法上の義務違反として、イギリス法上、分類されうるものである。」と述べ、これを肯定した。

近時、前述したように、Courage v Crehan 事件欧州裁判所二〇〇一年九月二〇日判決が、この点を明確に肯定した後、イギリスにおいては、Arkin v. Borchard Lines Ltd 事件高等院二〇〇三年四月一〇日判決<sup>(37)</sup>は、条約八一条又は八二条違反に基づき損害を受けた者は、制定法違反にかかる訴えとして、損害賠償請求訴訟を提起しうるとした。さらに、Bernard Crehan v. Imntrepreneur Pub Company 事件二〇〇四年五月二二日控訴院判決<sup>(38)</sup>は、前記 Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board 事件判決を引用して、「EC条約八一条及び八二条の規定によって課せられている義務の違反がある場合には、イギリス法上、制定法上の義務違反として、私人は、その義務違反によってもたらされた損失又は損害の賠償を求める訴えを提起できる。」と判示し、これを確定的なものとしたのである。<sup>(39)</sup>

条約八一条及び八二条違反に関する民事訴訟は、これらの事例等があるが、目下のところ、それ程多いわけではない。また、請求が認容された事例は、近時に至るまで存在しなかった。この理由として、以下の点が挙げられる。

第一に、民事訴訟法の近時のウルフ改正<sup>(40)</sup>以前においては、イギリスの裁判手続における費用がかさむこと、<sup>(41)</sup>審理が複雑であること、手続が遅延することといった問題が存在したことである。これにより、競争法違反の被害者が、そもそも訴えることに消極的となることが考えられる。

第二に、EC競争法の規制内容がいまいであることから生じる提訴の冒険的性格が指摘されている。<sup>(42)</sup>

第三に、従来から、イギリスにおける裁判官は、競争法についてのトレーニングを受けてこなかったため、競争法についての専門的な知識を有する裁判官が、ほとんどの点である。<sup>(43)</sup>それ故に、原告は、競争法訴訟に関し、裁判所に対する不信感を抱くことになるのである。<sup>(44)</sup>この点から、後述するように、競争法の特別裁判所が創設されている。

第四に、一九九八年競争法の前身である一九七六年制限的取引慣行法の下で、法令上、損害賠償請求権が認められていたにもかかわらず、損害賠償についての確固たる前例が存在せず、かつ、一九九八年競争法が二〇〇〇年三月一日に施行されてから、同法第一章（反競争的合意、第二条）及び第二章（市場支配的地位の濫用、第一六条）の禁止に関する損害賠償請求を認容する事例がなかったことが挙げられる。<sup>(45)</sup>また、これゆえに、国内法における救済法及び手続法について、不明瞭さがあったのである。<sup>(46)</sup>

第五に、被害者たる原告にとって、EC競争法違反を立証するために必要な証拠を収集することが困難である点である。<sup>(47)</sup>

第六に、前述したような、イギリスにおける裁判官の競争法に関する知識や訓練の不十分さから、イギリスにおける裁判所は、競争法の事例に関する経済学的主張を扱うことについて、嫌悪感を示す点である。

第七に、敗訴した場合に、相手方当事者の費用を負担することになる不安である。<sup>(48)</sup>

第八に、イギリスの裁判所が、手続の多様化について、消極的である点が指摘されている。<sup>(49)</sup> すなわち、国内裁判所に対し、EC競争法違反行為にかかる損害賠償請求訴訟を提起すると共に、EC競争法違反について、欧州委員会に申告する場合には、委員会が、その申告に関し検討するまで、裁判手続が遅らされることとなるのである。なお、欧州共同体条約二三四条に基づく先決判決を求める道もある。しかし、これは、欧州第一審裁判所に対しなされるものではなく、直接、欧州裁判所に対しなされるものであり、控訴手続が用意されていない。また、先決問題については、抽象的に解答されねばならず、それ故に、事例の解決のために、役立つ見込みがないことが多いとされている。<sup>(50)</sup>

これらの理由から、潜在的な原告は、自ら民事訴訟を提起することよりは、欧州委員会や加盟国の競争当局に対して、費用を負担することなく、申立てを行なうことをより好むものといえる。そして、欧州委員会の決定は、前述したように、二〇〇三年新規則により、国内裁判所を拘束するものとされているため、<sup>(51)</sup> 欧州委員会の決定後に、被害者が損害賠償請求訴訟を提起するというのが、現状であると考えられるのである。<sup>(52)</sup>

このような状況下において、パブ・テナント業者によるテナント・リースとビール購入の抱合わせの事案である前述した Bernard Crehan v. Intrepreneur Pub Company 事件<sup>(53)</sup> 二〇〇四年五月二二日控訴院判決は、条約八一条違反に基づく損害賠償請求を初めて認容しており、注目されている。

欧州競争法違反にかかる民事的救済については、これを促進するために、イギリスにおいては、近時、競争法に関する特別裁判所である競争控訴裁判所の新設、消費者団体訴訟制度及び Super-Complaints 制度の導入がなされている。これらについては後述することとして、これらの他に、近時の展開としては、以下の点を指摘することができる。第一に、いわゆる「ユーロ・ディフェンス」についてである。すなわち、前述した理由に基づき、条約八一条及び

八二条違反による被害者が、自ら原告となって、民事訴訟を提起することは、あまり行なわれぬものといえるが、条約八一条及び八二条違反が民事訴訟において問題となる事例は、原告が、これらの違反を主張する場合だけではない。すなわち、民事訴訟における被告側から、その事例で問題となっている契約が、条約八一条又は八二条に違反することを主張する、いわゆる「ユーロ・ディフェンス」がたびたび問題となっているのである。例えば、Intel v. Via Technologie 事件控訴院二〇〇二年一月二〇日決定<sup>(54)</sup>においては、原告が、被告により原告の特許が侵害されたと主張した事例において、被告は、原告が被告に対し特許の使用許諾を拒絶した行為が、条約八一条及び八二条に違反すると主張し、裁判所は、かかる違反を認定している。この「ユーロ・ディフェンス」がなされると、この抗弁に対する反対の主張のために、専門的な経済的証拠を伴った長引く審理をもたらすことになる。しかし、はじめから、この抗弁が許されないとはいえないため、この抗弁を直ちに却下してはならないと指摘されている<sup>(55)</sup>。なお、一九九八年競争法第一章及び第二章違反も併せて同様に抗弁として提出されることが多く、この場合、「競争法の抗弁」といわれている。

第二に、アメリカ反トラスト法上の概念である「反トラスト法上の損害 (antitrust injury)」についてである。イギリスにおいては、制定法違反の責任の立証については、以下のようになっている。すなわち、条約八一条違反の責任を立証するためには、以下のことを証明する必要がある。①制定法(条約八一条)違反の事実、②制定法違反が原告の損失 (loss) 及び損害をもたらしたこと (因果関係)、③損害が遠過ぎない (not too remote) ことである<sup>(56)</sup>。この他に、さらに、「反トラスト法上の損害」の立証が必要であるかについて、以下のように判示されている。「イギリス法上、制定法上の義務違反を理由に、訴えを提起する個人は義務が彼に向けられていることのみならず、その義務が、彼の被った損害の種類に関しての義務であることを立証しなければならないことも、確立した判例である<sup>(58)</sup>」ところ、

アメリカの判決 (Brunswick Co. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc, 97 S. Ct 690 (1977)) に依拠して、<sup>(59)</sup>「反トラス  
ト法上の損害」が必要であるとの被告の主張について、前記 Bernard Crehan v. Intrepreneur Pub Company 事件二  
〇〇四年五月二一日控訴院判決は、「Crehan 事件に関する高等院二〇〇三年六月二六日決定は、<sup>(60)</sup>以下の二つの条件が  
満たされる場合には、契約から生じた損害の賠償を求めることができると判示している。第一の条件は、契約が条約  
八一条に違反することである。第二の条件は、契約が特定の原告に損害をもたらすことである。」<sup>(61)</sup>と判示し、この主張  
を退け、イギリス法上、アメリカ反トラス法上必要とされる「反トラス法上の損害」は必要ではないとしたので  
ある。これは、条約八一条・八二条違反により被害を受けた「いかなる者」も損害賠償請求をなしうると判示した前  
記 Courage v. Crehan 事件二〇〇一年欧州裁判所判決のひとつの影響といえることができるであろう。

第三に、従来、イギリスの国内裁判所が、国内の競争法に違反する協定の一方当事者が、その協定により生じた損  
害について、賠償請求権を有さないとしてきたの<sup>(62)</sup>に対し、前述した Courage v. Crehan 事件欧州裁判所判決が、共同  
体法の有効性及び同等性の原則に基づき、違反についての「重大な責任」がない限り、その協定の一方当事者は、か  
かる請求権を有しうると判示した点である。本判決は、「重大な責任」の有無の判断においては、原告となった当該契  
約当事者が、他方当事者よりも際立って弱い立場にあるか否かが重要となるとし、本件において、他方当事者は、唯  
一、最大手のパブ所有者であり、原告は、かかる立場にあるといえ、「重大な責任」は原告にはないといえるため、損  
害賠償請求権が原告に認められうるとしたのである。<sup>(63)</sup> 前述のように、契約当事者間の力の格差が、重要な要素となる  
ため、多くの場合に、損害賠償請求権が認められうるとされるのは、垂直的合意の場合であるといえる。<sup>(64)</sup> このように、  
従来の国内法上の判例を覆し、かつ、新たな基準を提示しており、欧州競争法違反にかかる民事的救済は、加盟国の  
国内法へ大きな影響力をもつものになっているといえる。

第四に、欧州競争法違反に基づく被害者の損害賠償請求権の法的性質についてである。すなわち、前述した一連のイギリスにおける条約八一条及び八二条違反にかかる損害賠償請求権についての判例は、被害者の損害賠償請求権を欧州競争法という制定法上の義務の違反による効果と捉えている。これに対し、後述するように、近時の改正により新設された競争控訴裁判所において、欧州競争法違反にかかる損害賠償請求訴訟が初めて提起された事例である BCI Old Co Ltd and others v Aventis and others 事件競争控訴裁判所における審理(二〇〇四年七月二六日)<sup>(65)</sup>において、クリストファー裁判長は、「一九九八年競争法又は共同体法違反に基づく請求は、不法行為訴訟の類推の方法で、損害の性質が捉えられるのか、例えば、『不当な利得 (unjust enrichment)』という一般的呼称のもとで行なわれうる請求の一種と捉えうるか否か」問題がある、と述べているのである。<sup>(66)</sup>

第五に、前述のように、二〇〇三年新規則一六条が、条約八一条及び八二条違反にかかる欧州委員会の決定における事実認定に、国内裁判所が拘束されると定めている点である。従来、欧州裁判所マスターフーズ事件判決は、国内裁判所が条約八一条及び八二条違反について審理しているときに、すでに、同一行為について、欧州委員会の決定がある場合に、「たとえ、第一審国内裁判所による判断に、後の判断が矛盾することとなるにしても、国内裁判所は、欧州委員会の決定に反した判断をしてはならない。」<sup>(68)</sup>としていた (EC条約一〇条二項参照)。また、Iberian (UK) Ltd v BPP 事件高等院判決が、「もちろん、当事者の司法 (justice) の利益が考慮される必要があるが、本件におけるように、当事者が、欧州委員会の手続において、同一の争点について反論し、かつ、不服申立についての現実に合理的な機会を与えられていた場合には、欧州において、獲得された結論を受け入れることを彼に義務づけるとしても、不当とはいえない。」と述べたように、前述のような場合に、被告は、欧州委員会の決定を覆すことを、国内裁判所の手続において、試みることはできないのである。<sup>(69)</sup>しかし、欧州委員会が国内裁判所との協力についての通知において指摘



しているように、国内裁判所は、欧州委員会の決定に疑いを抱く場合には、欧州裁判所による反対によってのみ、その決定の拘束効果を妨げうるのである。したがって、欧州委員会の決定による国内裁判所への拘束効果には、以下の二つの例外があることになる。<sup>(70)</sup>すなわち、まず、欧州委員会の決定は、条約二三〇条に基づく欧州裁判所に対する不服申立の対象となるものである。この場合に、国内裁判所の手続は、欧州裁判所の最終的判断が出されるまで、欧州委員会の決定の有効性について、司法裁判所 (Court of Justice) への先決判断についての照会が許されない限りにおいて、係属したままになる。次に、条約二三〇条に基づく提訴がなされない場合には、国内裁判所は、手続に係属したまま、条約二三〇条に基づく先決判断を欧州裁判所に求めることしか、欧州委員会の決定における事実認定の拘束を免れる方法がない。この場合に、欧州裁判所の判断が出るまでに、国内裁判所は、当事者の利益を保護するために、仮処分を出すか否かを検討しなければならないのである。<sup>(71)</sup>もともと、ここにおける「拘束」の意味について、明らかになっているとはいえず、それは後述するドイツにおいてはGWB第七次改正で明らかにされている。

第六に、EC競争法の事例の管轄に関する特別ルールについてである。二〇〇四年までは、EC競争法の事例の管轄について、特別ルールは存在しなかったが、二〇〇四年一月に民事訴訟法（但し、イングランド及びウェールズのみ）が改正され、全てのEC競争法の事例は、高等法院エクイティ部に提起もしくは移送されるべきであるとされているのである（民事訴訟規則 CPR, Part 30.8）。同時に、これに関するプラクティカル・ディレクション<sup>(72)</sup>が<sup>(73)</sup>出されている。

第七に、前述のように、条約八一条及び八二条違反による被害者は、違反行為者に対し、差止請求及び損害賠償請求をなすうるが、近時、二〇〇二年エンタープライズ法二〇四条は、一九八六年会社取締役資格喪失法 (Company Directors Disqualification Act 1986, CDDA 1986) に、新たなサンクションを導入している。すなわち、取締役は、

その会社のEC又は国内競争法違反の責任について、知っていたか、知るべきであった場合には、最高一五年間、職場における資格を剥奪されうるのである（CDDA一九八六第九A条四項<sup>(75)</sup>）。

(3) 一九九八年競争法上、たしかに、明文で同法違反にかかる差止・損害賠償請求権を定めた規定は存在しない。しかし、第一に、前述のように条約八一条又は八二条違反に基づく制定法違反としての差止・損害賠償請求が認められているといえるところ、一九九八年競争法は、可能な限り、EC競争法と同様の解釈を行うべき旨が規定されている（同法六〇条<sup>(77)</sup>）。

第二に、イギリス通商産業省の解説は、<sup>(78)</sup> 第三者は、違反事業者に対し、損害賠償請求が可能であるとしている<sup>(79)</sup>。

第三に、一九九八年競争法上、被害者の損害賠償請求を前提とした規定が存在する（情報開示に関する同法五五条<sup>(80)</sup>、公正取引庁の事実認定の拘束力を規定する五八条<sup>(81・82)</sup>）。

第四に、同法の法案三一条一項は、「公正取引長官の命令に従う者は、違反により損害を受けたいかなる者からも、訴えられうる。」と規定していたのであり、少なくとも、公正取引長官の命令（現行法では公正取引庁の決定）があり、それに違反し、それにより損害を受けた者は、損害賠償請求をなしうると考えられる<sup>(83)</sup>。

これらの点に鑑みると、一九九八年競争法第一章（同法二条）及び第二章（同法一六条）違反に基づく差止・損害賠償請求権が、被害者に認められているといえるのである<sup>(84)</sup>。

さらに、近時は、二〇〇二年エンタープライズ法<sup>(85)</sup>二〇条（二〇〇三年六月二〇日施行）により、一九九八年競争法五八A条が挿入され、通常の民事裁判所に対する訴えは、第一章及び第二章の禁止及びEC条約八一条及び八二条違反に関する公正取引庁（及び競争控訴裁判所）の決定についての控訴期間経過後<sup>(86)</sup>、又は、控訴が失敗に終わった後のみに許されることとされている。なお、同条は、二〇〇二年エンタープライズ法の施行前になされた決定に関しては、

適用されない。これにより、一九九八年競争法第一章及び第二章違反の被害者が民事訴訟を提起しうるものが、より明確化されたといえるのである。また、このような形で、公的執行と私的権利との間の関係が明確にされている。このように、行政庁の決定による違反の認定及び違反の除去が行われた後においてのみ、民事訴訟が提起されうるのである。こういったいわゆる「フォロー・オン (follow on)」なとし「ピグgyバック (piggy back)」型の提訴が予定されているため、民事訴訟においては、損害賠償請求訴訟が中心となるといえる。<sup>(87)</sup>

一九九八年競争法第一章及び第二章違反に関する民事訴訟の利用状況については、第一に、従来に比して、多くの民事訴訟が提起されているが、前述した条約八一条及び八二条違反に係る民事訴訟についてと同様の事情が存在することから、二〇〇四年九月において、イギリスにおいて、一九九八年競争法違反に関し、損害賠償請求が認めされた事例はないとされている。<sup>(88)</sup>

第二に、差止請求に関しては、前述した一九九八年競争法五八A条が施行される前の事例として、原告のウェブサイト上に広告を掲載する者に対し、支配的地位にある被告のウェブサイト上に広告を掲載しないとされた被告の行為が、一九九八年競争法第二章違反であると原告が主張し、かかる行為の差止めの仮処分を求め、請求が認めされた事例がある。<sup>(89)</sup>

第三に、差止請求の事例は、この事例のように、全て仮処分の事例であり、本案判決により違反が差止められた事例はないとされている。<sup>(90)</sup>

第四に、一九九八年競争法第二章違反に関する民事訴訟が提起されると共に、同一の行為について、公正取引庁の調査が行なわれる事例が存在したことである。この事例においては、民事訴訟の手続が一時的に停止して、公正取引庁の審査結果を待っていたところ、結局、公正取引庁は、被告の支配的地位がないため、違反が成立しないとしたと

されている。<sup>(92)</sup>

第五に、たしかに、公正取引庁への申立ては、費用がかからず、民事訴訟を提起するよりも、被害者にとって有利であるが、裁判所は、個々の事例における原告に見合った必要性を踏まえた救済を与えうるのに対し、公正取引庁は一般的な立場から検討することを義務づけられているという差がある。たしかに、一九九八年競争法違反にかかる民事訴訟は、従来、積極的に利用されてきたとはいえないが、このような利点もあることから、今後、その活用が奨励されるべきであり、この奨励こそが、二〇〇二年エンタープライズ法の立法趣旨であるとされている。<sup>(93)</sup>

### 3 競争控訴裁判所の新設

前述のように、イギリスにおいては、競争法の専門的知識を有する裁判官が少ないという問題があるところ、前述のように、専門的行政機関である公正取引庁・欧州委員会の確定した決定のあった違反行為についてのみ、通常の裁判所での損害賠償請求の提訴が認められるとする（一九九八年競争法五八A条）ことだけではなく、以下のように、競争法の特別の裁判所を創設することにより、これに対処しようとしているのである。

二〇〇二年エンタープライズ法一八条により導入された一九九八年競争法四七A条は、以下の関連規定の違反により被害を受けた者は、損害賠償請求又は金銭に係る他の全ての訴訟を競争控訴裁判所(Competition Appeal Tribunal, CAT)に提起しうると規定する。

ここにいう関連規定とは、同法第一章及び第二章の禁止規定、条約八一条及び八二条の禁止規定、欧州炭鉱共同体条約六五条一項の規定、同条約六六条七項の規定である（一九九八年競争法四七A条二項）。

競争控訴裁判所は、公正取引庁の決定についての取消訴訟が審理される競争法についての特別の裁判所でもある（二〇〇二年エンタープライズ法一二条、一九九八年競争法四八条）。

この競争控訴裁判所の手続については、損害賠償請求訴訟に適用される通常のルールは適用されず（同法四七A条三項）、二〇〇三年及び二〇〇四年の競争控訴裁判所規則（Competition Appeal Tribunal Rules 2003, SI 2003/1372; SI 2004/2068）<sup>(94)</sup>が適用され、後述する事例においても明らかのように、通常の民事訴訟とは異なる扱いがなされている。まず、通常の民事訴訟における手続については、以下のとおりである。まず、EC競争法について、プリーディングが、今日大きく貢献している。すなわち、条約八一条違反の場合は、競争への重大な影響、取引への重大な影響、条約八二条の場合には、支配的地位の存在、その濫用、取引への影響について、プリーディングによる明確化が有効に行われているのである。<sup>(95)</sup>

次に、証拠方法については、制限はなく、書証及び人証がある（CPR三二条）。民事裁判所において、通常のディスカバリーのルール（CPR三一条）が適用される。ディスクロージャーは、争点及び手続の対象となる当事者のコントロール下にある全ての文書の存在について、一方当事者が他方当事者に公開することを義務づける手続である。基本的に、ディスクロージャーは、文書のリストの交換により行われるものである。他方当事者は、法律家に認められる秘匿特権のある文書を除いて、文書を調査し、そのコピーを公開してもらおう権限を有する（CPR三一条）。裁判所が特段に指摘しない限り、標準的ディスクロージャーが行われる。当事者は、合意により、ディスクロージャーを免除又は制限することができ、裁判所も、ディスクロージャーを免除又は制限することができる。標準的ディスクロージャーの対象となる文書は、①当事者が依存する文書、②自身に不利に影響し、又は他方当事者に不利に影響し、又は他方当事者を支援する文書、③関連指令により提出が要求される文書である。<sup>(96)</sup>

訴訟前のディスクロージャーは、以下のものである。すなわち、一九八一年最高裁判所法三三三条二項及び一九八四年民事裁判所法五二条二項の下で、裁判所は、一定の要件のもと、訴訟前のディスクロージャーを被告となる者に命

じる権限を有する。

証人に関しては、口頭の証人尋問及び反対尋問に基づき作成され審理前に交換された文書を添えた証人の陳述文書によりなされる。専門家の証人については、以下のとおりである。すなわち、専門家の証人は、「コモロー上の証人は事実を述べなければならず意見を述べてはならない」という一般的ルールの例外である。以下の四つの要件が満たされる場合に、専門家の証人による証拠は認められる。①事案が専門的知見を必要とし、②裁判所がその結論に達するために証拠が助けとなり、③問題となる領域についての専門家が存在し、④特定の証人が、適切に特定の知識分野における専門家としての能力を有することである。<sup>(97)</sup>

以上に対し、競争控訴裁判所の一九九八年競争法四七A条及び四七B条の下での損害賠償請求訴訟についての手続には、CAT規則二〇〇三年が二〇〇三年六月二〇日から適用されている。

競争控訴裁判所の手続には、以下三つの特徴がある。<sup>(98)</sup>

第一に、競争控訴裁判所は、通常の民事裁判所よりも、介入主義の色彩の強いものである。

これに関し、特に、CAT二〇〇三年規則四四一条一項は、事案の公正な処理の確保の観点から、裁判所の権限の積極的な行使が、以下の各規定に従い行われることを要求している。すなわち、手続の併合に関する一七条、手続が行われる地域の指定に関する一八条、口頭の聴聞の時間的制限を設けること等の手続の進行についての方法を指示すること等といった裁判所の指揮に関する一九条、手続を促進するためのケース・マネージメント・カンファレンス等の設置に関する二〇条、口頭の聴聞のタイムテーブルの作成に関する二一条、証拠に対するコントロール権限に関する二二条、証人の召喚に関する二三条、及び、指揮違反の当事者を手続から排斥することに関する二四条である。

CAT二〇〇三年規則四四一条二項は、事案を公正に処理するために、以下のことが行われるべきであると規定する。

すなわち、①両当事者のイコール・フットディング、②費用の削減、③賠償金額、事案の重要性、複雑性、両当事者の財政的地位を考慮した事案の処理、④迅速な事案の処理、⑤裁判所の資源の適切な分配である。

第二に、CAT規則二〇〇三年においては、事案の公正な処理を確保するために設計された優先事項を確保する観点でのケース・マネージメントについてが、大きなウェイトを占めている。

とくに、ケース・マネージメントに関するCAT二〇〇三年規則（同規則一九条及び二〇条）は、明白に、第一審裁判所の手続及び取調べの基準に影響されている。例えば、競争控訴裁判所は、以下の指令（directions）を職権で出すこともできるのである。例えば、①口頭の聴聞に関する時間的制限についても含めた手続のやり方の設定、②出席、証拠の提出、文書の提出の要求、③証言、専門家の報告の優先的提出、④証人尋問又は反対尋問、⑤手続の各局面での時間的制限の設定（以上、CAT二〇〇三年規則一九条二項等）。また、競争控訴裁判所によっても、CAT規則二〇〇三年一九条二項（k）のもとで、民事訴訟の通常のディスカバリーのルールが適用される。但し、競争控訴裁判所の場合には、自動的にではなく、裁判所の命令により、ディスクロージャーが行われる（CAT規則二〇〇三年一九条二項（k））。しかし、未だ、それが適用された事例はない。<sup>(99)</sup>さらに、競争控訴裁判所は、職権で、①当事者に質問をすること、②手続の各局面で、当事者を呼び、書面又は口頭で、意見を陳述させること、③当事者又は第三者に、情報又は詳細についての説明を要求すること、④事案に関する文書又はいかなる書類の提出を求めること、⑤当事者の代理人又は当事者をミーティングに呼び出すことができる（CAT二〇〇三年規則一九条三項）。

第三に、第一審裁判所の手続と同様に、最大限のフレキシビリティが、競争控訴裁判所のコントロールの下で、予定されている。<sup>(100)</sup>

例えば、証人の召喚に関するCAT二〇〇三年規則二三条は、いつでも職権で又は当事者の申し出に基づき、イギ

リスに在る者に対し、証人として競争裁判所に出頭すること、いかなる質問にも答えること、いかなる所有文書をも提出することを、競争控訴裁判所は、要求することができると規定する。

CAT二〇〇三年規則五三条は、秘密文書の取扱いについての特別ルールを定める。ここで、秘密文書とすべきか否かの判断は、当事者の聴聞後に、以下の要素を考慮して、競争控訴裁判所が決定する。すなわち、①ある情報について、公開することが公共の利益に反するか、②商業上の情報の公開により、その情報に係る事業者の合法的な事業活動が著しく害されるか、③個人の生活に関する情報を公開することが、その個人の利益を著しく害するか、である。これは、EC二〇〇三年新規則一五条二項及び欧州委員会の国内裁判所との協力についての通知において要求されている基準よりも、信用情報及び職務上の秘密を手厚く保護している。通常の民事の裁判所で裁判官は、信用情報をディスクロージャーから外す権限を有さないのである。

この競争控訴裁判所への民事訴訟の提起は、以下のように、公正取引庁又は欧州委員会の決定があった後に制限されている。すなわち、前述した関連規定違反を認定した公正取引庁又は欧州委員会の決定があり、かつ、決定についての控訴期間（決定後二ヶ月（競争控訴裁判所規則八条一項）の経過後又は控訴が失敗に終わった後まで、競争控訴裁判所の許可のない限り、競争控訴裁判所に対し、いかなる訴えも提起されえない（一九九八年競争法四七A条五〜八項）<sup>(10)</sup>。これゆえに、一九九八年競争法四七A条により、提訴しうる請求権は、損害賠償等の金銭にかかる訴訟に限定されているのである。

一九九八年競争法四七A条における最大のポイントは、同条九項が、「本条の適用される請求の判断において、控訴裁判所は、当該禁止違反を認定した六項において掲げられた決定に依拠する。」と規定している点である。これにより、関連規定違反による被害者たる原告は、違反を立証する必要なく、提訴しうることになり、手続が活性化され、かつ、



提訴が奨励されるといえる。また、競争法違反の被害者は、自ら民事訴訟を提起するインセンティブに乏しいという事情がある場合も多く認められることから、その場合については、これにより、公正取引庁への申立てが奨励されるといえる。<sup>(102)</sup>

このような一九九八年競争法四七A条に基づく提訴については、以下の点で、欧州委員会への申立てよりも、被害者にとって、利点があることが指摘されている。すなわち、第一に、条約八一条及び八二条違反だけではなく、一九九八年競争法違反も併せて主張できること、第二に、競争控訴裁判所は、欧州委員会とは異なり、損害賠償を命ずる権限を有することである。<sup>(103)</sup> しかしながら、原告は、損害賠償請求のために必要な因果関係や損害ないし損害額の立証を要されるのである。また、通常の裁判所への提訴との差において利点となりうるのは、競争控訴裁判所は、競争法の専門的な裁判官を擁しうる点である。<sup>(104)</sup>

この一九九八年競争法四七A条に基づく最初の事例は、*BCL Old and Others v Aventis SA, Rhodia Limited, F. Hoffman-La Roche AG and Roche Products Limited* (Case 1028/5/7/04) 事件競争控訴裁判所二〇〇五年一月二八日判決である。<sup>(105)</sup> 本件は、欧州委員会決定(OJ2003/L6/1)により認定されたビタミンメーカーの価格カルテルによって被害を受けたと主張する家畜の飼育用のビタミンの購入者が、一九九八年競争法四七A条に基づき損害賠償請求訴訟を競争控訴裁判所に提訴した事例(請求棄却)である。

本件において、原告は、原告からの購入者たるスーパーマーケット及び卸売業者の購買力により、カルテルによる価格上昇分の余計な費用を彼らに転嫁できなかったため、カルテルにより損害を受けたと主張したことから、この原告からの購入者を被告として手続に追加することが、以下のように問題となったのである。すなわち、もはや、前述の二〇〇三年競争控訴裁判所規則三一条により定められた提訴期間(欧州委員会の決定または訴因(cause of action))

発生後二年）は経過しており、新たな提訴は、かかる購入者にとって無理であったため、同規則三五条により、係属する手続への当事者の追加が行われたのである。

なお、前述してきた一九九八年競争法四七A条に基づく提訴権は、他の民事訴訟に関する提訴権に影響を与えるものではない（同条一〇項）。また、CATの判決に対する不服は、控訴院に対しなされうる（一九九八年競争法四九条）。

#### 4 一九九八年競争法への消費者団体訴訟制度の導入

(1) このように、近時、イギリスにおいては、競争法違反に関する民事訴訟を促進するための改正がなされているが、競争法違反の被害者個人からの提訴については、前述したような事情がある。さらに、消費者が被害者となる場合について、二〇〇二年エンタープライズ法制定のための二〇〇一年におけるホワイトペーパー（A World Class Competition Regime, Cm. 5233, July 2001）<sup>(107)</sup>は、以下の点を指摘した。

第一に、「政府は、消費者のための損害賠償請求訴訟の簡便化を行うことを望んでいる。消費者のための損害賠償請求訴訟の事例においては、しばしば、比較的僅かな損失により被害を受ける多数の者が関係するものである。このような事例においては、そのような被害者のために、消費者を代表する組織から提訴されることの重要性が認識されるべきである。」<sup>(108)</sup>という点である。

第二に、競争法違反行為により消費者へ被害が生じる場合には、消費者は、そもそも、違反行為と距離のあるところに存在しており、違反行為者を特定することが困難であることである。

第三に、もし、競争法違反行為により多数の被害者が生じる場合に、提訴するために、多数の被害者を特定することが要求されるならば、被害を受けた消費者集団は、提訴することのインセンティブをほとんど有さないであろうという点である。<sup>(109)</sup>

これらの点に鑑み、以下のように、二〇〇二年エンタープライズ法により、一九九八年競争法上、消費者団体訴訟制度が新たに導入されたのである。

一九九八年競争法上、消費者団体訴訟制度は、当初、規定されていなかったが、二〇〇二年エンタープライズ法により、競争法四七B条が追加され、反競争的合意（一九九八年競争法第一章及びEC条約八一条）・市場支配的地位の濫用（一九九八年競争法第二章及びEC条約八二条）に対し認められている消費者個人の損害賠償請求権について、公正取引庁・国内裁判所・欧州裁判所の決定又は判決等により違反行為が確定している場合に、国務大臣により指定された消費者組織が、二人以上の個人の同意がある場合に、それらの者を代理（代表）して競争控訴裁判所に提訴する「消費者代理請求」という形での消費者団体訴訟制度が認められている。<sup>(10)</sup> なお、これについても、前述した二〇〇三年及び二〇〇四年競争控訴裁判所規則が適用される。

一九九八年競争法四七B条の下で、命令により、消費者保護団体として指定された組織は、個人の消費者の利益のために訴えを提起することができる。同条は、「指定」組織は、（一九九八年競争法及び競争控訴裁判所規則に関し）少なくとも、二人の個人の利益のための（同条一項）「消費者代理請求」をその個人の同意のある場合に（同条二項）、競争控訴裁判所に提起する又は手続を承継することができる<sup>(11)</sup>と規定する。

ここにおいて、「指定された」とは、消費者団体のように、ある組織について、一九九八年競争法四七条の目的のために、国務大臣が設定した基準に合致したとして、同大臣により出された命令において、指定されることを意味する。この命令による基準については、後述する。

「消費者代理請求」は、代理（代表）される個人が、取引の客体として取扱う商品又は役務に（直接又は間接に）影響を与える違反に関係する場合にはなされる（一九九八年競争法四七B条二項・七項・八項<sup>(12)</sup>）。したがって、ここに

いう代理（代表）される個人は、消費者でなければならず、消費者ではない場合に、裁判所により、請求は棄却される（二〇〇三年競争控訴裁判所規則四〇条一項（b））。

そして、一九九八年競争法四七B条に基づく消費者代理請求は、同一の違反（same infringement）に関連しなければならぬ（一九九八年競争法四七B条四項<sup>(112)</sup>）。

また、損害が賠償される場合には、支払われる金銭は、原則として、個人に属するが、競争控訴裁判所は、指定組織と、個人との間の合意がある場合には、かかる金銭は、その組織に支払われねばならないと命じることができる（同法四七B条六項）。

最後に、一九九八年競争法四七B条に基づく消費者組織による訴訟によって代表されている個人が、同法四七A条に基づく訴訟を提訴する場合に、同法四七B条による訴訟は、その個人の同意をもって、続行されうる（同条三項（b）<sup>(113)</sup>）。

以上のように、同法四七B条による消費者代理請求は、第一に、指定された組織のみが原告となる点で、第二に、損害賠償請求権等を有する個人の同意を要する点で、アメリカにおけるクラスアクションとは異なるものである<sup>(114)</sup>。なお、二〇〇五年六月において、本条適用の事例はない<sup>(115)</sup>。

(2) イギリスにおいては、従来から、代表訴訟、集団訴訟命令、訴えの併合が認められているが、それらは、以下のようなものであり、消費者代理請求とは、異なるものである<sup>(116)</sup>。

代表訴訟及び集団訴訟命令とは、以下のものである<sup>(117)</sup>。すなわち、イギリスにおいては、同種の訴えの当事者の併合（民事訴訟規則CPR一九・一条）とは別に、二以上の者が「同一の利益」を有するときに、代表訴訟を一つの訴えで訴えること（民事訴訟規則一九・六条一項）又は、より一般的に、多数の原告及び共通する法的争点又は関連する

事実が存在する場合に、集団訴訟命令 (Group Litigation Order) (民事訴訟規則一九・一一條) が認められているのである。

まず、代表訴訟は、その救済の性質に従い、原告が代表する人々の全ての利益になる場合にのみ、提起されうるものであり、これは、比較的、稀に行なわれるに過ぎない。

次に、集団訴訟命令は、民事訴訟規則一九・一〇條〜一九・一二條の下で、裁判所による厳格な監督が予定されている。しかし、二〇〇四年九月の時点で、この命令が行われた競争法関係の損害賠償請求の事例の前例はないとされている。<sup>(118)</sup> 多数の訴えが、共通又は関連する事実に関する又は法的争点を問題とする場合に、裁判所は、集団訴訟命令を発することができる。集団訴訟命令は、Senior 裁判官の同意をもってのみ、なされうるとされている (民事訴訟規則慣行指令一九B パラグラフ三・二二)。集団訴訟命令をめぐる典型的事情は、同命令は、多数の訴えが、共通する訴訟原因、例えば、薬品の副作用の場合の訴えを伴った製造業者に対する訴えについて、命じられるという点である。集団訴訟命令は、以下の内容のものである。集団訴訟命令の指揮下にある訴えの集団レジスターの維持の命令、集団訴訟命令下で取扱われうる争点の特定、及び、同命令下で取扱われうる訴えの同一性、集団訴訟を行なう裁判所の指名である。さらに、以下の内容の命令も、集団訴訟命令により下されうる。すなわち、集団の訴えは、管轄権ある裁判所に移送されねばならないこと、どのような基準で集団レジスターに登録されたのかについての詳細が明確に示されねばならないこと等である。また、開示された書類は、裁判所が別の方法で命令を下さない限り、集団レジスターの全ての当事者に対し開示して取扱われる (民事訴訟規則一九・一二條四項)。集団レジスターの請求 (claim) において下された全ての判決又は命令は、裁判所が他の命令を下さない限りで、全ての他の請求の当事者を拘束する (民事訴訟規則一九・一二條一項(a))。裁判所は、判決又は命令を下した後、集団レジスターに追加された当事者をも、そ

の判決又は命令が拘束するとの命令を下すことができる（民事訴訟規則一九・一二条一項(b)）。

### 5 誤認惹起広告等に関する消費者団体訴訟制度の導入

次に、近時、イギリスにおいては、国務大臣の命令により定められた一九七七年事業広告（開示）命令（SI 1977/1918）や一九八八年の誤認惹起広告規制に関する規則（SI 1988/915）<sup>(119)</sup>、一九八七年消費者保護法（1987 c. 43）第三章（誤認惹起広告表示）、二〇〇二年タバコ広告・販売促進法（2002 c. 36）、一九六八年通商表示法（Trade Descriptions Act 1968, 1968 c. 29）、一九七七年不正契約条項法（1977 c. 50）に違反する行為等により、消費者の集団的利益が侵害される場合に、かかる行為に対する差止請求権が、二〇〇二年エンタープライズ法上、一定の消費者団体に認められることとなったのである（同法二二二条一項、二二一条一項）。

同法上の差止請求権を行使しうるのは、一般的執行者<sup>(121)</sup>、指定執行者、共同体執行者<sup>(122)</sup>である。このうち、一般的執行者には、公正取引庁が挙げられ、また、指定執行者には、消費者団体が挙げられる。指定執行者は、国務大臣が、目的の一つに消費者の集団的利益の保護があると判断する個人又は組織（法人格の有無は問わない）であり、国務大臣の指定を受けた者である。国務大臣は、命令によって明示した基準を満たす場合に限り、申請人に対し、指定を行なうことができる（同法二二三条四項）。

国務大臣の命令による基準は、国務大臣の命令<sup>(123)</sup>二条において示されている。すなわち、①申請者が、独立、公平、完全なる清廉性をもって行動することが期待される程度に組織され、運営され、管理されていること。また、内部の利害対立を適切に処理しうる確立した手続を有していること<sup>(124)</sup>。②申請者が、国内法違反及び共同体法違反にかかわる消費者の集団的利益を促進し、又は保護するための経験、適性、専門的知識を証明したこと。申請者がそのような専門的知識をもった個人や組織の承継人である場合には、その個人や組織の専門性を参照することも含まれる。③申請

者が、高水準の清廉性と消費者にかかわる事業活動の公平な運営の促進によって、消費者の集団的利益を保護する能力を証明したこと。④申請者が、指定を求める違反の種類に関して、違反を調査し二〇〇二年エンタープライズ法第八章に規定された法執行手続を実行できる能力を有していること。⑤申請者が、法執行において、最善の慣行に従う用意と意思を有していること。⑥申請者が、公正取引庁及びその他の一般的執行者、指定執行者、共同体執行者、及び国内違反ないし共同体違反を構成する行為ないし懈怠に関する問題につき規制を行う責任がある者と、一定の行為を含む協力を行う用意と意思を有していること。これは、二〇〇二年エンタープライズ法第八章による濫訴を防止するための要件である。<sup>(126)</sup>

ここでは、第一に、「消費者の集団的利益」という概念が用いられていることが、後述する団体訴訟の理論構成と関係し、重要であるといえる。第二に、法人格を要求していない点については、法人格の有無よりも、消費者の集団的利益を代表するといえる活動をしているか否かが重要であると考えられるためである。<sup>(127)</sup> 第三に、構成員の規模を要求しない点については、全国消費者評議会 (National Consumer Council) のように、組織構成上会員が存在しない団体であっても、消費者保護において重要な活動を行っている団体もあるためである。<sup>(128)</sup> 第四に、財政的要件については、団体の訴訟追行能力に関する判断において実質的には考慮されるが、単独で訴訟を提起するだけの財政的能力がなくとも、公正取引庁に事件を引き継ぐなどの措置をとることが可能であり、要件としてはそれ程重要視されていない。<sup>(129)</sup>

この指定制度が導入された趣旨は、我が国の内閣府が行なった英国通産省におけるヒアリングによると、消費者の利益保護のための差止訴訟についてのEU指令(98/27/EG)に対応させるという目的の他、これまでのイギリスでは、民間団体に法執行を委ねるといふ歴史がなく、いわば例外的な制度と位置づけられること、不公正条項規制とは異なり、適用範囲が広範に及ぶことから適格団体の要件を明確にすること、事業者への影響(濫訴に対する懸念)を配慮

したこと、などである。<sup>(130)</sup>

前述したように、消費者団体だけではなく、公正取引庁は、一九八八年の誤認惹起広告のコントロールに関する規則 (SI 1988/915) に違反する行為等に対し、差止命令を裁判所に求めることが可能である。この権限のうち、EU指令 (98/27/EG) により指定されている指令を国内法化した法律に違反する行為についての権限は、同EU指令 (98/27/EG) を国内法化するために出された Stop Now Order 規則<sup>(131)</sup>により二〇〇一年から認められ、その後、前述のように、二〇〇二年エンタープライズ法により認められたものである。

公正取引庁は、二〇〇二年～二〇〇三年において、三六九の欺瞞的広告の事例を処理し、三三三の事例について、<sup>(132)</sup> 広告主事業者との合意の下、広告の差止めを行い、一一の事例について、裁判所に差止訴訟を提起したとされている。<sup>(133)</sup> 例えば、欺瞞的広告電子メールにより、年間五〇〇〇〇ドルの利益を得た事業者に対し、かかる行為の差止が命じられている。<sup>(134)</sup>

なお、イギリスにおいては、統一的な不正競争法は存在しないが、<sup>(135)</sup> コモンロー上、悪意の虚偽 (虚偽の事実の告知)、守秘義務違反、強迫、契約関係への干渉等に対する差止及び損害賠償請求権が、被害者個人に認められている。通常、<sup>(136)</sup> 差止請求の事例は、仮処分で終結しており、イギリスにおいて、これら不正競争に係る差止請求訴訟は、仮処分を中心に発達してきたといえる。

## 6 Super-complaints 制度の導入

二〇〇二年エンタープライズ法一条及び二〇五条は、<sup>(137)</sup> Super-complaints 制度を定めている。これは、以下のように、<sup>(138)</sup> 国務大臣により指定された消費者保護組織が、競争法違反等について、公正取引庁に対し申立てを行うことを認めるものである。



二〇〇二年エンタープライズ法一条一項は、イギリスにおける市場において、製品又はサービスについて、市場の構造又は事業者による行為（同法一三一条二項）が、消費者の利益を著しく害する場合に、指定消費者組織<sup>(138)</sup>は、公正取引庁に対し申立てを行うことができると規定する。ここにいう市場構造又は事業者の行為には、一九九八年競争法違反行為も含まれるものである。

この申立ては、同法一条一項に該当する行為を示す事実と証拠を伴った短い文書でなされなければならない。それにより、公正取引庁は、調査を開始するに値する事例か否かを判断するからである。<sup>(139)</sup>

公正取引庁は、指定消費者組織の申立てに対し、五日以内に受領した旨及び担当官名を申立人に通知することとしており、また、定められた期間（九〇日）以内に、理由を付した回答を提供する義務を負うものである（同条二項）。このように、この制度は、申立てについて、迅速な処理手続（fast-track procedure）<sup>(140)</sup>が予定されているものである。公正取引庁は、この制度の利用を支援するために公表したパンフレット<sup>(140)</sup>において、以下のように述べている。すなわち、「Super-complaints 制度における申立てを行なうか否かにあたっては、申立てが最も効果的であるかを検討するべきである。同制度は、消費者組織による迅速な解決手段として用意されたものであるため、例えば、ある単独の事業者による行為に関する事例のような場合には、競争者や消費者個人が直接裁判所に提訴することの方が迅速であり、公正取引庁に Super-complaints を申し立てる場合には、他に迅速な手段がないかを検討する必要がある。」このように、この制度は、被害者に対し、いかなる方法で事件を処理することが最良であるかを検討し、判断するための機会を提供しているといえる。

この Super-complaints 制度の利用状況については、すでに幾つかの事例があり、例えば、歯科が消費者に対するサービス及び治療の価格及び質についての基本的情報を提供しなかったことについて、公正取引庁が調査を開始した事

例（これは、本制度の導入前のものであるが、公正取引庁は Super-complaints を受け付けるとしていたものである。）、訪問販売について、公正取引庁が市場調査を開始した事例、ハウスキーピングに関する行為について、消費者協会により申立てられた事例（但し、消費者協会（Consumers' Association）が指定を受ける前の非公式の事例である）等がある。<sup>(14)</sup>このように、すでに幾つかの事例が出されているところ、当初から、公正取引庁は、この制度について、違反を発見するための重要な手段であると捉えている。<sup>(15)</sup>この制度により、違反行為が認定され、その後の損害賠償請求訴訟が行われやすくなるといえ、間接的に、競争法違反にかかる私訴を促進しているといえる。

さらに、二〇〇二年エンタープライズ法一七条により、一九九八年競争法四七条（第三者による不服申立）が変更され、一九九八年競争法新四七条一項は、「四六条一項及び二項（決定の対象となつて合意又は行為の当事者—筆者注）に該当しない個人は、第四六条三項 a 及び f 号に該当する決定又は本編に基づく公正取引庁の決定に対して、競争控訴裁判所に不服申立をすることができる。」と規定し、同条二項は、「第一項に基づく不服申立は、不服申立人が、不服申立の対象となつた決定について、十分な利益を有しており、又はそのような利益を有する者を代表する（represents）と、競争控訴裁判所が認めた場合にのみ、なされる。」と規定するのである。<sup>(16)</sup>このように、消費者保護組織も、公正取引庁の決定に対し、不服申立を競争控訴裁判所になしうるとされているのである。<sup>(17)</sup>

## 7 小括

以上のように、イギリスにおいては、競争法違反に関する私訴を促進するために、多くの新たな展開がみられる。

第一に、競争法違反により多数の者へ生じる被害は、個々人にとっては、僅かであること、訴訟のための費用の考慮等といった事情から、競争法違反の被害者が自ら提訴することが困難であるという事情が存在する。この点に鑑み、国務大臣により指定された消費者保護組織が、競争法違反による二人以上の被害者の損害賠償請求権を行使する「消

「消費者代理請求制度」が、二〇〇二年エンタープライズ法により、一九九八年競争法上、導入されているのである（一九九八年競争法四七B条）。

第二に、一九八八年誤認惹起広告規則に違反する行為等により、「消費者の集団的利益」が侵害された場合に、国務大臣により指定された消費者保護組織が、かかる行為の差止請求権を有するのである（二〇〇二年エンタープライズ法二一二条一項、二二一条一項）。このように、「消費者の集団的利益」という概念が、消費者団体の固有の差止請求権の基礎として用いられていることが、後述するように、団体訴訟の理論構成にとって重要な近時の展開といえることができる。

こういった誤認惹起行為等については、「消費者の集団的利益」が侵害される場合に、消費者団体に固有の請求権が認められるのに対し、前述したように、イギリスにおいては、条約八一条及び八二条違反及び一九九八年競争法違反行為に係る差止請求及び損害賠償請求権は消費者団体に認められておらず、個々の被害者の損害賠償請求権の成立を要する前述した「消費者代理請求制度」によることとなる。

第三に、国務大臣により指定された消費者保護組織は、前述のように、Super-complaints（二〇〇二年エンタープライズ法二一条・二〇五条）を公正取引庁に対し行うことができるのである。また、公正取引庁の決定について、十分な利益を有する者を代表する場合に、かかる決定についての不服を競争控訴裁判所に申立てるのである（一九九八年競争法四七条二項）。このように、消費者団体が、一定の範囲で、行政手続に参与することが新たに認められているのであり、公正取引庁・欧州委員会の決定を私訴の提起の前提条件とする体制における違反行為に係る公正取引庁・欧州委員会の決定の拘束力の規定（一九九八年競争法五八条、二〇〇三年EU新規則一六条）の存在とあいまって、これにより、間接的に競争法違反にかかる私訴を活性化することに資するものとなっているといえる。

第四に、前述のように、イギリスにおいては、条約八一条又は八二条違反による被害者は、国内裁判所で損害賠償請求をする場合に、違反行為の認定について拘束力を有する欧州委員会の決定の存在、損害の発生、因果関係及び損害額を立証すれば足り、アメリカの反トラスト法における「反トラスト法上の損害 (antitrust injury)」を立証する必要はないとされているのである (前記 Bernard Crehan 事件二〇〇四年五月二一日控訴院判決)。この点は、後述するように、ドイツにおいても同様の展開がみられ、注目すべき点である。

前述のように、イギリスにおいては、競争法違反の認定については、専門的知識を要することから、まず、公正取引庁が認定し、その後においてのみ、私人たる個人や消費者団体が、通常の民事訴訟を提起するという体制が採られており (一九九八年競争法五八A条)、それ故に、これら私人において、機能しうるのは、個人の損害賠償請求権及び複数の個人の損害賠償請求権を束ねた消費者団体による消費者代理請求 (一九九八年競争法四七B条) であるといえる。この後者も、前述のように、公正取引庁や欧州委員会の決定が確定した後のみ、その提起が認められているのである。

そして、ここでもうひとつの重要な展開は、イギリスでは、裁判官が競争法にかかる専門的知識を有していないことが多いことから、<sup>(14)</sup> 競争法の専門的知識を有する裁判官を擁しうる競争法の特別裁判所である競争控訴裁判所が新設されている点である。そして、この裁判所へ被害者個人が損害賠償等の金銭にかかる請求訴訟を提起すること (一九九八年競争法四七A条) は、公正取引庁・欧州委員会の決定が確定した後においてのみ、許されるのである (一九九八年競争法四七A条)。

こういった競争法違反行為に比べ、立証が容易である誤認惹起広告等に関しては、一定の消費者団体に差止請求権が認められている (二〇〇二年エンタープライズ法二二二条一項、二二一条一項)。これは、我が国において、不当表

示行為について、私人の差止請求権（独禁法二四条）が認められているにもかかわらず、今日のところ、不当表示行為のうち、もっぱら景表法違反行為について公正取引委員会が排除命令を行なっていることは対照的であり、冒頭で述べた行政庁と裁判所（司法）の共同ないし役割分担の視点において、意義をもつものといえる。近時、我が国においては、自立した消費者というスローガンや、規制緩和後の自己責任の原則の強調といった流れの中で、私人が独禁禁止法二四条による差止請求権により不当表示行為の差止めを行なうことが奨励されるべきであり、かつ、前述した多数の者へ生じる拡散的被害の特質を踏まえて、不当表示等といった独禁法違反行為に対する消費者団体訴訟制度の導入が、検討されるべきであると考えられるからである。また、従来から、競争法の執行について、我が国と同様に、行政的規制が中心であったイギリスにおいて、競争法の効果的な執行のために、民事的救済制度の活性化が求められる、ことに、前述したような形で、消費者団体訴訟制度の導入がなされていることも、我が国にとって参考になるといえる。

## (二) フランス

1 フランスにおいて我が国の独占禁止法に相当する商法典(Code de la Commerce)四二〇一条<sup>(145)</sup>以下において、我が国の独占禁止法上の不当な取引制限及び私的独占行為に相当する反競争行為(旧価格競争令(以下、旧法とする)七条・商法典四二〇一条、旧法八条・商法典四二〇一条、EC条約八一条、同八二条)の他に、不当廉売行為(旧法三二条・商法典四四二一条)、再販売価格維持行為(旧法三四条・商法典四四二一条)といった制限的行為について、被害者個人は、民法に基づき差止・損害賠償請求権を有し(民法一三二一条<sup>(146)</sup>)、これらの行為は、刑事罰を科される。また、契約上の損害賠償請求訴訟については、民法一一四七条が適用され、競争法上の特別な規定はない。

競争法(国内法及びEC競争法)違反にかかる損害賠償請求訴訟は、民事裁判所及び商事裁判所に提起されうる。このうち商事裁判所は、商人間の商取引に関する事件及び商事に関する全ての訴訟について管轄権を有する。商人ではない者は、民事又は商事裁判所を選択しうる。競争法違反に関する訴訟は、通常、商事に関する事柄における損害に関するものであるため、商事裁判所がそのほとんどを処理している。商事裁判所の裁判官は、プロフェッショナルではない者であり、競争法の専門的知識を有する必要もない。商事裁判所の判決の控訴は、控訴裁判所の商事部が取扱う。さらに、最高裁に上告が可能であるが、これは事実関係ではなく法的問題のみについてなされるに過ぎない。民事裁判所の判決に対する控訴は、控訴裁判所の民事部が取扱う。民事裁判所及び控訴裁判所は、プロフェッショナルな裁判官のみで構成される<sup>(147)</sup>。

行政裁判所については、以下のとおりである。フランス行政最高裁判所が、EC競争法を含む競争法を統一的に適用するため、行政裁判所は、これらの条項を適用しなければならず、とくに、立法上又は行政上の契約の無効についての独占的管轄権を有する。しかし、行政裁判所は、たとえ、当事者が問題として争っていても、全てのルールを適

用する義務はない。それ故に、立法又は公の機関の権限のある者の行為が、競争法に違反する場合に、行政裁判所は、その行為又は契約を無効とし、損害賠償を命じうる。例えば、EDAにより公共企業たる被告パリ空港が訴えられたEDA事件コンセイユデター一九九九年三月二六日判決<sup>(148)</sup>においては、エアポートでのカーレンタル業について、原告EDAによる申請が被告により拒絶されたため、被告にかかる拒絶が、国内競争法違反(商法典四二〇―二条)であると原告が主張し、その拒絶にかかる原告の決定の無効を主張したのである。この他、ことに行政裁判所の事例で、最も重要であるのは、公共調達についての事例である。競争関係にある事業者が合意をした場合に、カルテルにより人為的に引き上げられた価格に対し支払うことにより生じた費用を賠償するために、契約の相手方たる機関は、競争法違反に基づく損害賠償請求訴訟を提起しうるのである。これに関する最初の事例として、SNCF事件パリ行政裁判所一九九八年一月五日判決がある。フランス鉄道会社であるSNCFは、鉄道用線路の建設の公共事業に入札したところ、他の入札業者間で競争を歪曲する集中行為がなされていたため、SNCFが、正常な競争下で入札値を決定することを妨害されたとして、SNCFは、従来の落札者のほとんどに対し、損害賠償請求訴訟を契約における誤った説明(民法典一三八二条)に基づき、パリ行政裁判所に提起したのである。競争法が、フランス行政最高裁判所により取扱われるルールのひとつとして組み込まれたのが一九九六年であり最近であること、それ以来、公共調達の事例で競争法について言及されることが多いことなどから、今後、競争法に関するこの分野の事例の増加が予想されている。行政裁判所の判決に対する控訴は、行政控訴裁判所になされる。この裁判所は、プロフェッショナルな裁判官により構成されるが、それらの者は、競争法に関する多くの経験を有する者である必要はない。行政裁判所は、行政行為の無効のための独占的管轄権を有する裁判所である。また、民事又は商事裁判所における事例で、行政行為の有効性について問題となったときに、これについて行政裁判所は検討しなければならない<sup>(149)</sup>。

刑事裁判所（及び下級審の刑事裁判所の判決についての控訴の場合の控訴裁判所）は、プロフェッショナルな裁判官により構成される。刑事裁判所は、商法典四二〇—一条及び四二〇—二条に関する商法典四二〇—六条違反による損害賠償請求訴訟を以下の場合に取扱う。すなわち、この一定の行為による被害者が刑事手続において「民事の当事者」として行動する場合である。競争法違反にかかる損害賠償請求について、刑事裁判所の果たす役割は極めて限定されている。なお、緊急を要する事例のために、レフェレの手続（民事訴訟法八七二条・八〇八条、八七三条一項・八〇九条一項）がある。競争法の事例、ことに支配的地位の濫用の事例で、レフェレの手続は、しばしば利用されている。<sup>(150)</sup>この他に、仲裁手続もある。<sup>(151)</sup>

## 2 損害賠償請求のための要件については、以下のようになる。

原告は、フォート、損害、及び因果関係を立証する必要がある。<sup>(152)</sup>これは不法行為訴訟においても、契約上の請求においても同様である。法律の規定違反（例えば、EC又は国内競争法の規定違反）は、フォートとみなされる。賠償の形式については、金銭的賠償の他、原状回復としての他の形式もある。これには、競争法違反の行為の差止め、競争法違反の契約の無効、新聞などにおける判決の公表がある。契約上の請求において、債務不履行の場合の損害賠償請求の他に、原状回復に基づく他の種類の義務が生じる。不法行為の事例の賠償を受けるために、原告にとっては、損害が、「直接であり、かつ確実なものであること」が必要である。将来の損害は、確実性において判断される。これらの要件は、競争法違反にかかる損害賠償請求の事例では、通常存在する。しかし、反競争行為に参与した子会社が訴訟提起前に他の事業者売却された場合に、親会社は、直接の損害を受けてはいないとされた事例がある（破毀院商事部一九七六年一月三〇日判決、Cass. Com, 30 November 1976）。「直接かつ確実なこと」というこれらの要件が存在する限りで、いかなるタイプの損害も賠償されうる。すなわち、物質的損害、道徳的損害、快適さの喪失、機会



の喪失、利益の喪失などである。例えば、機会の喪失について、Mors/Labinal事件一九九八年一月一三日破棄院商事部判決<sup>(153)</sup>では、他の市場への参入の機会の喪失による損害が問題とされた。すなわち、反競争行為が生じなかった市場へ原告Morsが参入しえたであろう可能性が判断されたのである。これに対し、契約上の請求において、損害は、「直接かつ確実に生じたものであること」の他、「予見できること」も要される<sup>(154)</sup>。

### 3 証拠の分野に関しては、以下のとおりである。

第一に、特にフランチャイズ契約にかかる競争法違反の場合に、最高裁（破棄院）は、競争法違反ではなく合法であることについて、被告（生産者及び製造業者）に立証責任を課しており、競争法違反の他の事例よりも、原告にとって法違反の立証が著しく容易になっている<sup>(155)</sup>。

第二に、不法行為訴訟における違反に関して、原告は、フォート、言い換えれば、法違反又は被告の行為が同様の状況での平均的な注意義務（care and diligence）を欠けるものであったことを立証しなければならぬ。これについての定義はなく、裁判所はケースバイケースで処理しているところ、証明度については、「合理的疑いを超えた」証明の基準は、損害賠償請求訴訟では存在しない。唯一の基準は、当事者により提出された証拠によって「裁判官が確信すること」である。これは、特別な法的根拠はないが、フランス法の一般原則とされているものである。例えば、前述したMors/Labinal事件判決において、裁判官は、原告たるMorsが受けた損害の要素についての専門家の意見は裁判官を確信させたと述べている。「裁判官を確信させる」とは、当事者が、裁判官を彼が確実に事例を判断しうるために、他の追加的事実が当事者から立証されることを要さない状態におくことを意味する。いずれにせよ、適用する原則は、裁判官による証拠の自由評価である<sup>(156)</sup>。

第三に、証拠方法の制限については、多くの制限があり、法律行為と法的事実の区別がある。後者においては、違

法に収集されない限りで、いかなる形式の証拠も認められる。これは、商事裁判所においても民事裁判所においても差異はない。これに対し、契約など法律行為については制限がある。認められる証拠の範囲は、幅広く、推定も含まれるが、多くの例外がある。民事事件において、法律行為は、書類の証拠で立証されねばならない。公的又は承認された書類の証拠が重要であり、これが提出されると当該事実は立証されたものと推定される（民法一三一九条、同一三二〇条）。が、競争法違反が多く問題となる商事事件では、このルールは適用されない点に注意を要する。裁判官は、証人を召集することだけではなく、多様な命令を下しうる（民事訴訟法一四三条以下）。証人は、証言の正当な利益を有さない場合を除いて、証言を拒絶し得ない（民事訴訟法二〇六条）。証言の正当な利益は、裁判官によって判断される。専門的特権（弁護士、医師、聖職者）は、証言の拒絶の正当な理由となる。これと同様に、民事訴訟法二〇六条は、一方当事者の両親またそれと直接の親族関係にある者又はその者の配偶者は、証言を拒絶できると規定する。しかし、裁判官は、立証責任を負う当事者が何ら証拠を提出しないことのみに基づいて、追加的調査を命じることはできない。<sup>(157)</sup>

第四に、証拠の収集については、審理前に、被害者は裁判所に証拠の保全を求めうる。審理中においては、原告は、立証責任を負うため、その主張を根拠づける全ての必要な文書を提出する必要がある。裁判所は、事例を自ら調査する広範な権限を有する。すなわち、当事者、第三者、又は公の機関に、あらゆる形式の種類の証拠の提出を命じることができ、また、証人を招集し（民事訴訟法二〇四条―二二一条）、コンサルタントにヒアリングし（民事訴訟法二四九条<sup>(158)</sup>―二六二条）、専門家を任命し、人証を行いうるのである（民事訴訟法一七九条―一八三条）。当事者が裁判官に対し、ある書類の提出の命令を求める場合、当事者は、その書類を正確に指定する必要はなく、少なくとも、彼が提出を求めている書類の種類を特定することで足りる。

競争法に関しては、商法典四六二―三条は、フランス競争委員会は、商法典四二〇―一条、四二〇―二条及び四二〇―五条において規定された反競争行為に関し、裁判所により、意見を求められうると規定する。この求意見は、出訴期限の規定の効果を停止する（商法典四六二―三条）。しかし、裁判所に、競争委員会の意見に従う義務はない。この規定は、商法典四二〇―一条、四二〇―二条及び四二〇―五条（EC条約八一条及び八二条に相当）に言及するのみであり、EC競争法の適用に関しては、意見は求められない<sup>(19)</sup>。しかし、競争委員会は、EC競争法の基本原理については、意見を述べることができ、過去一三年以上にわたり、三〇以上の事実及び法的争点に関する意見がフランス競争委員会に求められた。裁判所から意見を求められたときに、競争委員会は、意見を述べるために、調査を行う。これらの調査権限は、競争委員会が詳細に意見を述べることを可能としている。例えば、UGAP/CAMIF事件<sup>(20)</sup>でパリ控訴裁判所一九九八年一月一三日判決では、競争委員会は、一定の行為が市場支配的地位の濫用に当たるかについて意見を求められたのである。競争委員会の意見は、手続の終了時に公刊される（商法典四六二―三条）のである。したがって、この公刊は義務ではない。国内裁判所がその判決を行う前に公刊はなされないから、公刊は意見が提出された後、長期間の後になされうるのである。競争法について、競争委員会は、膨大な経験を有し、経済的争点についての専門性のそのレベルに鑑み、競争委員会の意見は、裁判所にとって、非常に有用であるといえる。競争委員会は、裁判所から意見を求められたときに、意見を述べる義務があるかについて議論があるが、法律の規定の文言によると、競争委員会は、拒絶することができるとはいえない。競争委員会に意見を求めるか否かは、裁判官自ら判断するものであるが、当事者は書面の申述により意見を求めることについて、裁判官に要求することができる。競争委員会に意見を求めるか否かの裁判官の判断は、自由裁量であり、かつ事案の全事情を考慮して行われるものである。このような当事者による要求は、複雑な事例でのみ行われる。当事者は、競争委員会の意見に要した費用を負

担する必要はない。同様に、商法典四七〇―五条により、経済省大臣又はその代理は、民事又は刑事裁判所に、意見を提出することができ、また、国内競争法の条項の遵守を確保するために、口頭弁論において、口頭で意見を述べることができる。<sup>(101)</sup>

第五に、競争委員会の決定の拘束力についてである。フランス競争委員会の決定は、フランスにおいて、裁判所を拘束しない。それ故、競争委員会の決定と裁判所の判断の間の齟齬が生じるリスクが存在する。しかし、競争委員会の競争法に関する専門的知見のレベル及び広範な調査権能に鑑みると、裁判所は、違反行為の存在の決定的証拠として、競争委員会の決定を考慮するであろう。同様のことが、他のEU加盟国の競争当局の決定についても妥当する。

競争当局の決定は、通常、違反行為の存在の証明のために大いに資するものであり、まれに、損害及び因果関係の立証に資するに過ぎない。Eco system/Peugeot 事件<sup>(102)</sup>、パリ商事裁判所一九九六年一〇月二二日判決において、商事裁判所は、競争委員会による仮命令は、フォートと損害の間の因果関係の存在を証明するものであったと述べた。前述したように、フランスの裁判所は、フランス競争委員会に意見を求めるところ、この意見は、裁判所を拘束するものではないが、決定的なものとして考慮されるものである。しかし、前記 DGAP/CAMIF 事件において、裁判所は、競争委員会の意見に従ってはいない。<sup>(103)</sup>

第六に、因果関係の立証については、以下のとおり間接購入者からの損害賠償請求が肯定されうる点が重要である。すなわち、一般的にフランスの裁判所は、因果関係の強弱の程度について、一貫した態度を示しておらず、また、その存否の認定は、各法分野により左右されるものである。因果関係については、以下二つの理論が適用されうる。決定的要素の理論及び、損害と損害を導いた全事情との間に因果関係が存在するといふ条件の等価値理論 (the theory of the equivalence of conditions) である。競争法の事例において、裁判所は、このうち、決定的要素の理論を好んで

適用している。そして、フォートと損害の間の直接の関係の証明を要求している。それ故に、フランスにおいて、判例法は、直接の因果関係の立証を要求しているといえる。にもかかわらず、これは、間接購入者からの損害賠償請求の可能性を排斥するものではない。なぜなら、間接購入者は、意図的なフォートと直接に關係する損害を受けうるからである。因果關係の認定に關する具体的事例としては、まず、前述した Eco system/Peugeot 事件において、パリ商事裁判所は、Peugeot のフォートは、「直接の影響」を Eco system の活動の展開に与えたため、Eco system の損害賠償請求を認めた。次に、前述した Mors/Labinal 事件では、Mors は、隣接市場における損害の賠償を請求したところ、裁判所は、専門家の意見に従い、反競争行為とその隣接市場への Mors の参入が阻害されたこととの間の因果關係が立証されなかったとして、請求を棄却した。さらに、Conurrence/Sony 事件一九九七年一〇月二二日パリ控訴裁判所判決において、裁判所は、フランス競争委員会により違反行為が認定された反競争行為の被害者による損害賠償請求を認容した。本件において、裁判所は、ソニーの行為は、原告事業者 Conurrence の売上高に直接の影響を与えているとして、行為と損害の間の因果關係を認定したのである。特に、ソニーは、すでに競争委員会により差別的及び不公正な条件での販売であるとして違反行為を認定されていた。すなわち、本件では二つのタイプの顧客に対する各々のリベートが用意されていた。すなわち、原告を含まない八つの販売店に対するものと、公共調達センターに対するものである。裁判所は、後者は、遠距離の販売を行っており、原告はそれを行っておらず、これら二つの顧客のグループは異なるタイプのものであるため、後者に対するリベートは、原告の売上げに直接的効果を有さないとしたのである。もっとも、競争法違反行為に關する事例も含め、フランスの下級審レベルの実務においては、そもそも、理論上「直接かつ確実な損害」と「直接の因果關係」とを区別することが困難であることもあり、因果關係の認定は、フォート及び損害の認定と比較して、厳格になされているわけではない。時に判決は、損害の立証がフォートとの因

果關係を推定するかのような印象を与える。これは原告にとって有利なものであるが、何の法的根拠もないものであり、また、制度に親和性のあるものでもない。<sup>(164)</sup>

第七に、いわゆるパッシング・オン・ディフェンスについてである。裁判所が、厳格にしたがっている不法行為法における一般原則は、賠償される損害は原告に現実生じている損害であるというものである。それ故に、原告が、反競争行為によって、販売先に対しオーバーチャージすることにより転嫁しうる場合に、このオーバーチャージにより、原告自身に現実損害は生じていないとされている。もつとも、原告が、オーバーチャージにより顧客を喪失した場合に、そのことは、「直接かつ確実な」損害として、賠償されうるものである。これに対し、間接購入者については、前述したように、間接購入者は、反競争行為により引き上げられた転嫁された価格での購入をさせられており、直接の損害を受けているといえる。しかし、実際には、間接購入者が、反競争行為と価格上昇の間の因果關係を立証することは困難である。従来、間接購入者が問題となつた事例はないとされている。<sup>(165)</sup>

第八に、損害額の算定については、以下のようになる。<sup>(166)</sup> すなわち、損害額の算定のために、まず、①損害額の算定は、正確なものでなければならず、概算的なものでは十分ではない。もつとも、ケース・バイ・ケースで行われ、単一の方法は存在しない。次に、②裁判官は、一般的に、経済学の専門的知識を有さないため、競争法に関する訴訟においては、特に、専門家の損害額にかかる意見が重要なウェイトを持つ。この専門家の意見については、訴訟当事者が専門家に依頼する場合と、裁判所が、自ら専門家を任命する場合とがある。前述したように、これらの専門家の意見に裁判所は拘束されることはなく、事実としてひとつの判断の資料とするに過ぎない。とくに、損害額の算定でこれが有用であり、そこでは、当事者から依頼される専門家は当事者からの独立性がない可能性があるため、それよりも、裁判所により任命される場合の方が、一般的に重要なウェイトを有しているといえる。また、専門家は、その調

査を必要とする当事者から情報や書類を獲得するために必要な権限を有してはいない。そこで、唯一の方法は、専門家が裁判所へ行き、裁判所に命令を求めることである（民事訴訟法二七五条<sup>(167)</sup>）。さらに、③経済的手法が採用された事例もある（前記 Mors/Labinal 事件及び Eco system/Peugeot 事件）が、これらは一貫性のあるものではない。

4 次に、フランスにおける競争法訴訟の従来の事例数については、以下のとおりである。<sup>(168)</sup> すなわち、EC競争法のみに基づく請求の事例は三件あり、このうち、損害賠償請求が認容されたのは、三件であり、欧州委員会の決定が先行した事例は、前述した Eco system/Peugeot 事件の一件である。国内競争法のみに基づく請求の事例は六件あり、このうち、損害賠償請求が認容されたのは、五件であり、フランス競争委員会の決定が先行した事例は、四件、フランス競争委員会の意見が付されたのは一件である。EC及び国内競争法に基づく請求の事例は三件あり、このうち、損害賠償請求が認容されたのは、二件である。フランス競争委員会及び欧州委員会の決定が先行しなかった事例は、六件である。

5 (1) 団体訴訟制度については、まず、職業団体訴訟について、以下のとおりである。

フランスにおいては、古くから、職業団体 (syndicats professionnels)<sup>(169)</sup> は、代表する職業上の集団的利益に対して、直接又は間接に損害をもたらす事実に関して、民事の当事者に認められる全ての権利を裁判所に対して行使することができる（労働法典四一一一条）とされてきた。そして、ここに言う「民事の当事者」は、通常は、民事訴権を有する当事者を意味するが、以前から、破産院は、職業組合による集団的利益擁護のために、民事訴権だけでなく、通常の民事訴訟も認めてきたため、ここでは、民事訴権又は通常の民事訴訟のいずれかの当事者を指すものと解され、この規定が導入された一九二〇年三月一二日法制定後も、職業組合による集団的利益擁護のための通常の民事訴訟が受理されてきた。<sup>(170)</sup> そして、近時、商法典四七〇―七条により、職業団体 (organisation professionnels) は、代表する

職業又は分野の集团的利益又は公正な競争に対し、直接又は間接に損害が生じる場合に、民事及び商事裁判所に提訴することが認められている。

前述したように、刑事罰を科されうる反競争行為や制限的行為について、損害賠償・差止請求権が、民法上、被害者に認められている（民法一三八二条）。また、刑事罰を科されない制限的行為たる差別対価・差別的取引条件、不当な取引条件の強要、取引の拒絶等（旧法三六条一項・商法典四四二―六条）<sup>(11)</sup>について、被害者の損害賠償・差止請求権が、商法典上、認められている（商法典四四二―六条）。これは、被害者だけではなく、公共検察官（Ministère Public）、フランス経済大臣及びフランス競争委員長（Council de la Concurrence）も提訴しうるものである。<sup>(12)</sup>さらに、景品行<sup>(13)</sup>為（旧法二九条・消費法典二二―三五条）及び抱合わせ行為（旧法三〇条・消費法典二二―一条）、おとり販売や消費法典に規定された以外の誤認惹起広告等の不正競争行為については、刑事罰が科されず、被害者は、民法一三八二条に基づき差止・損害賠償請求権を有する。これらの行為について、前述の諸規定により、職業団体に差止・損害賠償請求権が認められるのである。

(2) 次に、消費者団体訴訟については、以下のとおりである。

近時、認可を受けた消費者団体は、刑事罰を科される行為が、消費者の集团的利益に対し、直接又は間接に損害をもたらす場合に、一九九三年に制定された消費法典（Code de la Consommation）四二―一条により、損害賠償請求権を有し、同法典四二―一二条により、かかる行為の差止請求権を有することとなっている（民事訴訟権。通常は、刑事事件への付帯私訴の形をとる）。すなわち、消費法典に定められた誤認惹起広告行為（同法典一二―一条）等の刑事罰を科される不正競争行為について、損害賠償請求権及び差止請求権が、被害者（民法一三八二条）だけではなく、認可された消費者団体に認められている（消費法典四二―一条、四二―一二条）のである。



ここにいう認可の要件は、以下のように、消費法典及びデクレにおいて定められており、厳格なものである。<sup>(174)</sup> 消費法典及びデクレにより定められている要件は、以下のものである。①全国ないし地方レベルでの代表資格を有すると評価されること(消費法典四二二―一条)。代表資格の具体的評価要件は、消費法典のデクレ四二二―一条に定めがある。すなわち、まず、活動の実態を確認するために必要な期間として、一年以上存続していることである。次に、情報収集及び公表、相談業務を中心とする消費者利益の保護活動を実際に行っていることである。さらに、全国レベルの団体については一万人以上の会員、地方レベルの団体についてはその地方の実情に応じた数の会員が存在すること(ただし、下部組織がある場合はその下部組織の会員数を加算できる)である。この一万人という数については、会員を集めることの困難性と代表性を勘案したものとされている。②あらゆる事業者活動から独立していること(消費法典四二二―一条)。ただし、生活協同組合については、理論的には会社組織であって消費者団体ではないが、消費者の利益を保護しているため、例外とされる。なお、フランスでは、生協の数は減少傾向にあるとされる。事業者からの独立が要件とされているのは、認可団体に事業者に対する訴権行使という強力な権限が付与されることから、事業者が協業者に対する不正な攻撃のために利用することを防止するためである。③社団として適法に設立の届出がなされていること(消費法典四二二―一条)。④消費者の利益保護を社団の目的として定款に明示していること(消費法典四二二―一条)。なお、家族・社会援助法により設立された団体については、上記の認可を得ることは不要とされている(消費法典四二二―一条)。この家族・社会援助法に基づいて設立されたことよって、すでに利益の代表性が認められたことになるので、別途、代表資格を審査する必要がないからである。

認可を受けた消費者団体は、刑事罰を科されない行為に関し、一九九八年EU指令(98/27/EC)一条に掲げられた指令を国内法化した規定に関する不正行為についてのみ、差止・損害賠償請求権を有する(消費法典四二二―六条)。<sup>(175)</sup>

この他、刑事罰を科されない行為（前記一九九八年EU指令の対象に限らない）について、認可を受けた消費者団体には、消費者個人の損害賠償請求訴訟への参加が認められる（消費法典四二一―七条）。

また、同一の事件により被害を受けた二人以上の消費者から書面による委任を受けることを条件として、認可を受けた消費者団体が彼らの損害賠償請求権を代理して行使する共同代理訴訟制度が認められている（消費法典四二二―一条<sup>(176)</sup>）。しかしながら、要件が厳格であること、消費者団体が当該事件について、新聞に公表し、委任を行なう消費者を募ることが認められていないこと、及び、訴訟の勝敗について、個々の消費者に責任を負わねばならないことなどから、あまり利用されていないとされている<sup>(178)</sup>。

さらに、行政最高裁判所に対し、消費者団体は、自らの利益又は代表する集団的利益を保護するため、訴えを提起することが認められており、ここでは、前述したのとは異なり、団体は認可を必要とされないとされている<sup>(179)</sup>。

また、フランスにおいては、ドイツにおけるUWGに相当する法律は存在しない。

フランスにおける団体の民事訴権（action civile）は、個人の訴追が機能しない事例において、とくに、誤認惹起広告の事例において機能しているとされている<sup>(180)</sup>。これには、制度上、法律違反の事実については、検察官に立証してもらえるため、消費者団体としては、損害額だけを立証すればよく、消費者団体の負担が比較的少ないという事情がある<sup>(181)</sup>。

フランスにおいて、二〇〇二年の一年間に認可消費者団体により提起された民事訴権による事件数は、四六四件である<sup>(182)</sup>。認可消費者団体には、例えば、規模的に大きく代表的な存在として、例えば、消費者連盟（UFC-Que Choisir）がある。これは、一九五一年に設立された団体であり、一八〇の地域組織（規模は、三〇―五〇〇〇人）の連合体である。一九〇一年法に基づく非営利団体であり、一九七六年に認可消費者団体となったものであり、傘下団体のうち

約一〇〇団体が認可を得ているものである。そして、その定款上の目的として、消費者、利用者、納税者へ情報提供すること、これらの者を保護・代理すること、裁判所において、行政機関・事業者に対し、消費者の集団的利益を代表すること、消費者を結集し、あらゆる権力から独立して消費者運動を支援することを掲げている。この消費者連盟は、平均して約一〇〇件の訴訟をつねに行っており、さらに、地方組織においても、多くの訴訟がなされている。不当条項に関する訴訟は比較的少なく、年間五〜六件であるのに対し、誤認惹起広告の事例は、比較的多く、また、消費者への拡大する重大な被害を防止するため、他の事案とは異なり、事前の交渉なしで訴訟を提起することもある。<sup>(183)</sup>

例えば、消費者団体の民事訴権の事例には、スーパー・マーケットの店主が、ビスケットのパックの価格を以前よりも二五%引きと表示して広告したが、実際には以前と同様の価格で販売していたため、家族協会が当該広告の差止・損害賠償請求を求めた破毀院一九九二年九月三日判決がある。<sup>(184)</sup>この他に、不当廉売行為についての破毀院刑事部一九九六年一〇月一六日判決等がある。<sup>(185)(186)</sup>なお、過去一〇年間において、消費者団体訴訟の濫訴問題は生じていないとされる。<sup>(187)</sup>

## 6 小括

以上のように、第一に、フランスにおいては、古くから、それぞれの分野における職業上の共通した利益たる「集団的利益」を保護するために、これを代表する事業者団体（職業団体）による事業者団体訴訟が認められ、その後、近時、消費者保護の認識の高まりと共に、消費者団体訴訟が導入されたのである。さらに、商法典四七〇―七条は、公正な競争が害される場合に、職業団体の提訴を認めており、新たな展開をみせている。

第二に、フランスにおいては、前述したイギリスや後述するドイツにおいては異なり、事業者団体及び消費者団体が、差止請求権のみならず、損害賠償請求権を有するのである。

この団体の損害賠償請求権の性格は、非実体的な損害ないし、団体により代表される集团的利益の阻害として理解されるものである。<sup>(188)</sup>

団体は、私人と同様に固有の権利を有するものであり、刑事罰を科される行為により、団体自身が被害を受けた場合には、問題なく固有の権利が認められるが、団体の目的により認められた客観的又は集团的利益を団体が追求する場合に、理論上の困難が生じる。学説の一部では、代表される集团的利益ないし団体の定款が阻害されることは、通常、団体固有の損害——非実体的な損害も——を基礎づけないとされたのである。立法者は、一九九三年の消費法典制定により、団体は、消費者の集团的利益を裁判上主張することができるとしたが、この問題は解決されてはいないといえる。

ここにいう「集团的利益」は、裁判所の実務においては、団体構成員の個々の請求権ないしその集合体において存在するのではなく、社会的一般的利益と一致するものでもない、という消極的な定義が行なわれている。これが、前述した消費者利益に関する差止訴訟についての一九九八年におけるEU指令において採用されている考え方であるといえる。したがって、集团的利益の損害は、個々の消費者の個人的損害とは区別されねばならないが、ここにおいて、明確な区別は不可能である。そこで、この区別について、高度な要求はされないとするのが、一般的理解であるといえる。また、集团的消費者の利益と一般的利益を厳格に区別するならば、団体訴訟は無に帰することとなる。なぜなら、刑事罰が科される行為が存在する場合に、一般的利益は、通常、害されるからである。<sup>(189)</sup>

第三に、前述のように、フランスにおいては、様々な独占禁止法違反行為に対し、事業者団体及び消費者団体に、差止請求権及び損害賠償請求権が認められている。また、前述した諸事情から、あまり利用されていないが、認可を受けた消費者団体が、個々の被害者たる消費者の損害賠償請求権を代理して行使する「共同代理制度」が認められて

いるのである（消費法典四二二―一条）。さらに、認可を受けた消費者団体には、消費者個人の損害賠償請求訴訟への参加が認められている（消費法典四二二―七条）。もっとも、現在のところ、反競争行為に関する消費者団体訴訟の事例は存在しない。これは、消費者団体訴訟は、消費者の利益保護を目的とするものであるのに対し、反競争行為は、主に、競争者により損害が生ぜしめられること及び、認可のために、一定の構成員数が要求されることに基づくものであるといえる。<sup>(19)</sup>

これらに対し、誤認惹起行為等といった不正競争行為<sup>(19)</sup>に対する消費者団体訴訟は、前述した事情から、活発に利用されており、また、誤認惹起行為等は、刑事罰が科される場合が多いため、これに係る消費者団体訴訟制度は、違反行為を抑止するためのより徹底した手段となっているといえる。<sup>(19)</sup>

第四に、フランスにおいては、前述した商法典に規定されている反競争行為や制限的行為について、被害者がフランス競争委員会に苦情を申立てることが一般的であり、私訴は一般的ではないといえる。しかし、前述したように、競争委員会の決定は、違反行為の立証のために、後の損害賠償請求訴訟での裁判所の審理において、極めて有用であり、競争委員会への苦情の申立てにより、間接的に、私訴が促進されているといえる。さらに、これらの行為に関する私訴を促進するために、アメリカ反トラスト法上認められている懲罰的損害賠償を認めることは、フランス法の一般原則に反し、許されないとされている。<sup>(19)</sup>

## (三) ドイツ

## 1 被害者個人の差止・損害賠償請求権

ドイツにおいて、我が国の独占禁止法及び景品表示法にほぼ対応するのは、競争制限防止法（以下、GWBとする）及び不正競争防止法（以下、UWGとする）<sup>(194)</sup>である。

## (1) UWG

UWG違反行為は、一定の割引・景品・懸賞行為等（UWG新四条）、誤認惹起広告（同法五条）、比較広告（同法六条）、迷惑行為（同法七条）などであり、また、一般条項（同法三条）により、これら以外の行為も対象となる。

こういったUWG違反行為により被害を受けた又は受けけるおそれのある競争者は、その行為の差止請求権を有し（UWG新八条三項）、故意又は過失ある違反行為により被害を受けた競争者は、それにより生じた損害の賠償請求権を有する（UWG新九条）。しかし、消費者は、これらを有さない。

## イ 差止請求権

これについては、まず、差止請求権に関する規定を変更したUWG二〇〇四年大改正が重要である。

従来のUWG旧一三条の規定とは異なり、<sup>(195)</sup>UWG新八条の規定は、以下のようになっている。

UWG新八条（除去及び差止）一項「三条に違反した者は、除去請求及び反復の危険がある場合には差止請求をなされうる。差止請求権は、違反行為が脅かされる場合に、すでに存在する。」

ここで指摘されているUWG三条は、UWG旧一条における一般条項である。UWG新三条は、「競争者、消費者またはその他の市場参加者に不利に競争を軽微とはいえない程度に阻害する不正な競争行為は、違法である。」と規定している。

UWG新八条二項「事業者における違反行為が、従業員または代理人によって始められた場合、差止及び除去請求権は、その事業者の所有者に対してもまた根拠付けられる。」

UWG新八条三項「一項に基づく請求権は、以下の者に生じる。

一号 すべての競争者

二号 営業上又は自営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上または自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実にも果たすことができる限りで、しかも、違反行為がその団体の諸構成員の利益と関係する限りで。

三号 資格ある組織で、差止訴訟法四条による資格ある組織のリスト、または消費者の利益保護のための差止訴訟に関する一九九八年五月一九日の欧州議会及び欧州理事会指令四条に基づく欧州委員会のリストに登録されていることを証明した者

四号 商工会議所または手工業会議所」

UWG新八条四項「一項において示された請求権の主張は、以下の場合には不適法である。すなわち、その主張が全事情を考慮して濫用的であるとき、特にその主張が、主に違反行為者に対して権利行使の必要経費または費用の賠償請求権を発生させるために行われる場合である。」

UWG新八条五項「差止訴訟法一三条およびそこにおける規則制定権は、以下の条件で妥当する。すなわち、差止請求権の主張のために八条三項三号及び四号にしたがって権限を有する者が、差止訴訟法三条一項一号及び三号にしたがった提訴権者 (Klageberechtigten) の代わりになり、差止請求権の主張のために八条三項二号にしたがって権限

を有する者が、差止訴訟法三条一項二号に従った提訴権者の代わりになり、かつ八条において特定された差止請求権が、差止訴訟法一条及び二条において規定された差止請求権の代わりになることである。その他の点では、差止訴訟法は適用されない。」

このUWG新八条においては、以下の点が重要であるといえる。

第一に、UWG旧一三条二項においては、差止請求権のみが規定されていたのに対し、UWG新八条一項において、従来、判例・学説により認められてきた除去請求権を明文化した点である。この点につき、連邦政府案立法理由書は、UWG新八条「一項は、除去及び差止請求権の請求権の基礎を規定する。除去請求権は、従来のUWGにおいては明言で規定されてはいなかったが、差止請求権の補完及び拡大として慣習法上認容されてきたものである(vgl. Köhler/Piper a. a. O. Vor §13 Rn 33 m. w. N.)。その内容と規定された内容とで差異はない。したがって、要件は、ある状態から生じた妨害が法違反と評価される継続する妨害状態の発生である。請求権の内容は、民法一〇〇四条における比例(Verhältnismässigkeit)原則に従い限界づけられる。現存する妨害を除去し、かつ、債務者にとって可能である措置のみが課されるのである。」<sup>(16)</sup>として、この除去請求権に基づき、不当表示物の撤去等を求めうる。このように、UWG新八条が規定する請求権は、除去請求権、侵害が存在し反復の危険が存在する場合の侵害の差止請求権、及び一回目の侵害の危険が存在する場合の予防的差止請求権である。

第二に、UWG新八条三項一号において、差止請求権を有する者について、「営業者」との文言から、「競争者」との文言に変更された点である。UWG新八条三項一号について、連邦政府案立法理由書は、「一号は、直接に侵害された者(Verletzten)のための現在の判例の意味における競争者の請求権限を明言で規定する。したがって、従来UWG旧一三条二項一号において規定されていた営業者の請求権限はなくなったのである。この抽象的にのみ関係する競争



者は、防御請求権の主張のための保護に値する固有の利益を有さないのである。なぜなら、彼には、請求権限ある競争違反克服のための経済又は消費者団体に苦情を申立てる可能性が開かれているからである。」<sup>(197)</sup>としていのである。従来、旧法下において、判例・学説によって差止請求権のために違反により直接に侵害されることが要されるとされ、直接に侵害された者は、営業者のうち違反行為者と具体的な競争関係にある者と解されてきたことを承継し、<sup>(198)</sup>「営業者」との文言から、「競争者」との文言へと変更されたのである。しかし、「競争者」との文言では、抽象的な競争関係にある者が請求権を有する場合は、文言上、なお排除されえない。そこで、かかる場合を排除するために、前記UWG新三条の理由書が述べているように、UWG旧一三条二項一号における「競争を実質的に制限する」との文言が削除された代わりに、UWG新三条において「競争の軽微ではない阻害」要件が加えられたのである。なお、立法理由書は、個々の消費者の請求権が認められないことの理由として、事業者側の訴訟リスクへの配慮など、経済の過度の負担となることを挙げている。<sup>(199)</sup>これについては、損害賠償請求権の箇所において、後述する。

第三に、消滅時効について、UWG新一条一項は、従来と同様に、「八条、九条および一〇条において示された請求権は、以下の時点から六ヶ月で時効消滅する。すなわち、請求権者が、請求権の根拠となる事情および債務者を認識したとき又は、重過失なく認識するべきであったときである。これらは、その認識又は重過失をもって認識しなかったことへの考慮なく、違反行為から二年たったときに時効消滅する。」と規定し、UWG上の差止・除去・損害賠償・利益剥奪請求権は、短期消滅時効にかかるものとされている。また、UWG新一条二項は、「損害賠償請求権は、損害発生前において時効は開始しない。利益剥奪請求権は、その利益発生前において時効は開始しない。」と規定している。

第四に、仮処分の緊急性要件に関するUWG新二条二項は、UWG旧二五条の内容であるが、判例・学説におい

て認められてきた解釈が反映され規定されている。すなわち、UWG新一二条二項は、「この法律において示された差止請求権の確保のために、仮処分は、民事訴訟法九三五及び九四〇条において示された要件の主張及び疎明なくともなされうる。」と規定しているのである。UWG違反行為は、不当表示行為を例にとれば明らかであるように、違反の迅速な処理が要されるため、全事例の約九〇%が仮処分で処理されており、UWG訴訟においては、仮処分が重要な地位を占めているといえる。そこで、仮処分の要件について、立証の容易化が実務において行われ、それを明文で明確に規定しているのである。なお、仮処分又は仮差押手続においては、本案手続に比べ、証明度に関し、比較的低い程度の確実性が要求される。すなわち、これらにおいては、蓋然性を示すことで十分であり、「疎明 (Glaubhaftmachung)」で足りるのである。

第五に、UWG違反については、例えば、後述する不正競争克服センターの事件処理から明らかでもあるように、商工会議所における調停手続に付される事例が少なくない。この調停手続 (UWG旧二七a条) について、UWG二〇〇四年改正による変更はない (UWG新一五条) が、調停前の警告等について、従来の実務における慣行を踏まえ改正がなされている。団体訴訟のところ、この点については述べることにする。

UWG新八条における改正点のうち、団体訴訟に関する点は、後述する。

#### ロ 損害賠償請求権

次に、損害賠償請求権について、UWG新九条は、「第二条に故意または過失をもって違反した者は、競争者に対し、そこから発生した損害を賠償する義務を負う。定期印刷物の責任者に対して、損害賠償請求権は、故意ある違反行為の場合にのみ主張されうる。」と規定している。

この損害賠償請求権の要件は、行為者の故意又は過失、UWG三条違反行為、損害、違反と損害の間の因果関係で

ある。このように、規定上明確に、損害賠償請求権を有しうるのは、競争者に限定され、消費者はこれを有し得ないとされている。これについては、以下のような議論がなされているのである。

従来、不正競争防止法上、目的規定は存在しなかった。しかし、そもそも競争法違反行為は、欺瞞的広告行為などのように多数の消費者に向けられた行為であることなどから、当然、それによる被害は、競争者だけではなく、消費者にも生じる性格のものであるといえるところ、従来から、UWGは、消費者利益の保護をも目的としているとする見解や、最高裁判決が出されていた。<sup>(200)</sup>さらに、近年、迷惑メール広告や迷惑ファックス広告などが多数出現し、それらにより、多数の消費者の被害が生じる現象が現れてきていたのである。こういった点を背景として、UWG新一条は、以下のように規定し、消費者の保護をもUWGの目的としているのである。すなわち、「この法律は、競争者、消費者ならびにその他の市場参加者を不正競争から保護することに資するものである。この法律は、同時に、健全な競争における一般の（公の）利益を保護するものである。」と規定しているのである。

このUWG新一条について連邦政府案立法理由書は、以下のように述べている。すなわち、「一条における保護目的の記載により、市場参加者とくに消費者及び競争者が、UWGによって同程度にかつ同範囲で (gleichmassen und gleichrangig) 保護されることが明らかとなった。同様に、UWGは、歪曲されず、かつ、それにより機能しうる (funktionfähig) 競争の維持のための一般の（公の）利益もまた保護するのである。」

この保護目的のトライアングルは、UWGがまず、個々の競争者の純粋な個人保護として理解された後、判例法によって承認されてきたものである (vgl. BGHZ 140, 134ff (138); BGH NJW 2000, 864; BVerfG WRP 2001, 1160ff.; BVerfG GRUR 2002, 455ff.)<sup>(202)</sup>。UWGの本来の目的は、とりわけ競争者、消費者及びそれにより同様に歪曲されない競争における一般の（公の）利益を規律することにある。同法は、その限りで、競争者、消費者及び一般の同等の

(gleichberechtigt) 保護を統合したモデルである。その他の(公の)一般の利益は、今後も、競争法の任務ではな  
 (203)  
 5。]

このようにUWGが競争者のみならず、消費者及び阻害されていない競争における一般の(公の)利益を保護する  
 目的を有するという、従来の判例・学説において認められてきた点をUWG新一条において条文化したのである。

この点については、連邦政府案が二〇〇三年六月二〇日に連邦議会で可決された後、消費者センター(Verbra-  
 ucherzentrale Bundesverband e. V.)からなされた意見表明は、<sup>(204)</sup>欺瞞的広告に関する欧州共同体指令(84/450/EWG)  
 が、消費者保護は欧州法の関心事であるとしてことや、カルテル法の範囲での欧州裁判所の判決(EUGH, 12.10.  
 2001, Rs. C-453/99)が、競争を制限又は歪曲しうる契約または同様の行為により生じた損害の賠償を何人も請求する  
 ことができるとしていることを挙げた上で、オーストリアの一九九八年二月二四日最高裁判所判決(WRP 1998, 789f.)  
 が、明言で、消費者に不正競争者への損害賠償請求権を認めていることを挙げUWG上、消費者にも差止・損害賠償  
 請求権を認めるべきであるとしている。また、農業委員会及び経済委員会は、競争行為により具体的に關係する消費  
 者の個人的利益が侵害された場合には(特に、迷惑広告行為の事例において)、UWG上、消費者にも差止・除去請求  
 権及び損害賠償請求権を認めるべきであるとしたのである。<sup>(205)</sup>

しかし、前述のように、目的規定において、消費者もUWGの保護の目的とされたにもかかわらず、UWG新九条  
 は、UWG違反により被害を受けた消費者に損害賠償請求権を認めていないのである。これと同様に、消費者には、  
 前述したように、差止・除去請求権も認められていないのである(UWG新八条)。これについて、UWG二〇〇四年  
 大改正政府案立法理由書は、以下のように述べている。すなわち、「UWG新二六―一九条の刑事罰規定を除くUWG  
 の規定は、従来と同様に民法八二三条二項の意味での保護法規ではない。たしかに、改正検討グループの構成員の一

部から、個々の消費者の請求権を認めるべきであるとの提案がなされた。これは、UWG新一条において、消費者が保護の対象であると明文により認められたことから、説得的である。しかし、改正法案(Gesetzentwurf)は、これを以下の理由から採用しなかった。すなわち、たとえ、この改正により自由化が——とりわけ特売催物の範囲において——なされたとしても、公正法は、競争における事業者の行為への高度な要求を行うものである。消費者の利益においても又まさに存在するこの高度な保護水準は、UWG違反行為の場合の消費者の個々人の権利の認容により、結果として問題となるであろう。事業者は、実体的保護水準の維持のために常にUWG違反行為に基づく消費者からの多数の提訴を考慮しなければならなくなるであろう。このことは、経済の過度の負担となり、結果として、著しい立场上の不利益をもたらすであろう。この経済の負担は、保護水準を低下させ、それにより、事業者の訴訟リスクを減少させることよってのみ、経済のために許容されうる程度まで軽減されうるであろう。」<sup>(206)</sup>としていたのである。したがって、UWG新三条や新五条違反行為により被害を受けた消費者は、UWG新九条により損害賠償請求権を有しないだけでなく、UWG新三条や新五条の規定は、民法八二三条二項にいう保護法規ではないのであるから、消費者は、同条同項にしたがった保護法規違反に基づく損害賠償請求権をも有し得ないのである。

#### ハ 情報請求権

従来から、最高裁判所(BGH)により、「損害賠償請求権者は、自ら過失なくして請求権の範囲を知ることができないのに対し、賠償義務者は、それを容易に知ることができ、かつ情報を開示させるのが信義則上妥当である場合に」損害賠償請求権者に認められた信義則上の権利(BGB二四二条)として情報請求権は認められてきたのである。<sup>(207)</sup>これは、従来から、UWG上の損害賠償請求訴訟において、損害額の算定のための資料の提出について、利用されているものである。<sup>(208)</sup>

ところで、近時、UWG違反による消費者被害の顕著なものとして受け手の事前の同意のない広告電子メールなどのいわゆる「スパム行為 (Spamming)」がある。これについては、電気通信における個人データの処理及びプライバシーの保護に関する欧州共同体指令 (2002/58/EG) 一三条により不適法とされているところ、ドイツにおいては従来における不正競争行為であるとしている。ところで、こういった迷惑メール等の受信者は、通常、発信者が誰であるかを知ることができない。他方で、プロバイダーは、発信者の情報を有するが、電気通信法及び憲法上、通信の秘密を保護する義務が課されており、それを開示することはできない。そこで、この義務を解除し、発信者情報を受け手が入手しうることにするために、近時、差止訴訟法上、新たに発信者情報請求権 (UKiAG 一三条・一三条 a) が規定されているのである。これにより迷惑広告行為に対する差止請求権及び損害賠償請求権が民法八二三条一項により、認められる受け手だけではなく、迷惑広告行為がUWGに違反する場合にも、この差止訴訟法上の発信者情報請求権の規定が準用され (UWG新八条五項)、営業利益利益促進団体及び消費者団体等に、発信者情報請求権が認められているのである。これらについては、別書で論じる。<sup>(20)</sup>

## (2) G W B

次に、GWBについては、以下では、まず、二〇〇五年GWB第七次改正前について、述べることにする。GWB第七次改正については、まとめて後述する。

GWB旧三三条は、「この法律の規定またはカルテル庁の決定に違反した者は、その規定または決定が他の者の保護を目的としている場合には、その者に対して差止めの義務を負う。故意または過失のあるときは、その違反から生じた損害を賠償する責を負う。差止請求は営業上の利益を促進する権利能力ある団体からも主張されうる。」<sup>(21)</sup>と規定して

おり、GWB違反行為により被害を受けた又は受けるおそれのある者は、差止請求権を有しうる。また、被害を受けた者は、違反行為者に故意又は過失があるときは、損害賠償請求権を有しうる。

しかし、このように条文上明記されている保護法規性の要求により、これらの請求権が否定される場合がある。とくに、間接購入者である消費者については、カルテル協定や相互協調行為（GWB一条）について、差止請求権及び損害賠償請求権を有さないと一般的に解されている。

ここにいう保護法規性とは、原告が、違反規定が保護することを予定している人的範囲内に含まれることが、損害賠償請求権及び差止請求権の実体法上の要件であるというものである。

この保護目的の範囲にかかる判断は、第一義的には、立法者の意思によるものであるが、今日では、保護機能により判断されている。すなわち、どの人的範囲を保護する価値があるかとみなすかについての法的及び競争政策上の考慮に基づき判断されている。命令または禁止規定のみ保護法規性を有しうるのであり、いわゆる濫用規定（一二条一項、一五条三項、一六条、二二条六項、二三条三項一文、二八条四項、二九条三項一文及び四項）は、カルテル庁の処分<sup>(212)</sup>に違反した場合のみ、民事の請求権が問題となる。

従来、学説・判例により、保護法規性が認められてきたものは、以下のものである。

第一に、GWB一条については、たしかに、一九五〇年～一九六〇年代には、GWB一条は、カルテル協定の無効を規定していたこともあり、制度の保護のみに資するの、個人の保護にも資するのにかについて、争いがあった。立法者は、一条に保護法規性はなく、カルテル庁の具体的処分により、保護法規性が生ずるとしていた（Begr. 1955, zu §28）からである。しかし、判例は、意図的にこの立法者の意思を超えた範囲で、保護法規性を認めてきた<sup>(213)</sup>。判例は、GWB一条違反により、市場参入を阻害された者、カルテルに参加しなかった競争者について、保護法規性を肯定し

てきたのである。<sup>(24)</sup>さらに、市場への参入を阻害されることが脅かされる者による予防的差止請求権も肯定している。<sup>(25)</sup>しかし、単に、カルテル参加者の競争上の利益の犠牲になったに過ぎない競争者は、保護範囲内にはない。また、カルテル参加者も、この範囲にはないとされてきた。

GW B 一条は、協定又は相互協調行為が、特定の購入者又は供給者に向けられているときのみ、その者について保護法規であるとされている。<sup>(26)</sup>この点に関しては、近時以下の展開がみられる。すなわち、近時、幾つかの地方裁判所判決は、グローバルな価格カルテルの顧客の損害の存在を以下の場合に否定している。<sup>(27)</sup>すなわち、カルテルが一定の被害をもたらすが、稀に、原告の顧客及び消費者を含む全市場に影響する価格上昇をもたらすに過ぎない場合である。これに対し、ドルトムント地方裁判所判決は、同様のタイプのカルテルについて、カルテル行為者の行為は、とくに、原告に向けられている必要はないとして、カルテルを行った被告医薬品ビタミン剤メーカーに対する原告製菓業者からの損害賠償請求を認容した。最高裁は、現時において、この点について判断していない。<sup>(28)</sup>この点について、最高裁(連邦通常裁判所)判事である Bornkamm は、代表的コメントールにおいて、「GW B 二〇条一項においては異なり、GW B 一条の保護は、事業者に限定されない。したがって、請求権者として、原則として、最終消費者も、彼らが競争価格よりも引き上げられた価格を支払った場合に、問題となる。」<sup>(29)</sup>が、「当然、カルテル参加者と契約した直接の購入者のみが、GW B 一条による保護を受けうるものであり、したがって、最終消費者は、最終段階でカルテルが行われた場合のみ、請求権を主張しうるに過ぎない。」<sup>(20)</sup>と述べている。このように、カルテルに関し、間接購入者に対するGW B 一条の保護法規性を否定しているのである。

第二に、市場支配的地位の濫用を規定するGW B 一九九条は、従来、濫用規定であったが、GW B 一九九八年第六次改正により禁止規定となっており、濫用により阻害される全ての者に対し、保護法規性が認められるものである。<sup>(21)</sup>近



時、ドイツテレコム事件において、最高裁判決及び複数の高裁判決は、一致して、GWBは、市場支配的地位にある被告が、その市場での支配に基づき、他の市場へ影響を与えうる場合に、被告により支配された市場とは別の市場における競争者の私的利益をも保護するとしている。<sup>(222)</sup>

第三に、妨害・差別行為を規定するGWB二〇条一項及び二項は、古くから、保護法規であるとされてきたものである。<sup>(223)</sup> その保護範囲は、市場支配的又は市場における有力な事業者からの購入者、又はそれへの供給者、競争者に及びうる。要件は、判例によると、規定の名宛人の支配する市場で保護を求め事業者が活動していることである。<sup>(224)</sup> また、GWB二〇条三項及び四項は、規定の文言により画される一定の範囲の事業者を保護するものである。<sup>(225)</sup>

第四に、事業者団体の受入れに関するGWB旧二七条は、GWB第六次改正前においては、カルテル庁の処分についての規定していたが、従来、判例は、これに反し、保護法規性をカルテル庁の処分の有無にかかわらず認め<sup>(227)</sup> きた。これを踏まえ、GWB第六次改正により、GWB二〇条六項は、事業者団体は正当な理由なく団体への加入を拒絶してはならない旨を規定している。<sup>(228)</sup>

第五に、GWB二一条（GWB第六次改正前の旧二六条一項）におけるボイコットの禁止は、ボイコットの教唆事業者へ被教唆事業者が請求する場合に後者について、保護法規である。<sup>(230)</sup> 不利益を与えることを脅かすことにより、違法行為を行わせようとする行為やこれを強要する行為を禁止するGWB二一条二項（旧二五条二項）及び、適用除外カルテル等への参加を強制する行為を禁止するGWB二一条三項（旧二五条三項）は、不利益を脅かされた又は強制された事業者のための保護法規である。<sup>(231)</sup> この不利益が供給拒絶において存する場合には、拒絶された事業者の供給請求権が導かれうる。<sup>(232)</sup> この他の規定に関するこの点は、後述する。

第六に、GWB二二条一項一文及び二文（旧三八条一項一―二号及び一二号）におけるGWB又はカルテル庁の処分

による禁止の目をくぐる行為の推奨の禁止は、GWB一条及び一四条におけるのと同様の範囲で保護法規である。

第七に、条約八一条及び八二条については、以下のとおりである。従来から、条約八一条及び八二条違反は、BG B八二三条二項における保護法規とされている。これについては、まず、SABAM事件欧州裁判所一九七四年一月三〇日判決二三三三<sup>(234)</sup>等が、「条約八五条一項及び八六条における禁止は、その性質上、個々人間との関連で直接の効果を生じさせるものであるため、加盟国裁判所が保護すべき個人の権利を直接生じさせるものである。」と判示している<sup>(235)</sup>

ころ、これを根拠として、条約八五条（現行八一条）一項の保護法規性についてのリーディング・ケースであるBMW-Importe事件連邦通常裁判所一九七九年一〇月二三日判決<sup>(236)</sup>は、「競争の自由への禁止された加害が、——本件で生じた拒絶のように——、関係人に対し、直接向けられたものである場合に、条約八五条はBGB八二三条二項における保護法規である。」と判示している<sup>(237)</sup>のである。この点については、欧州共同体条約旧八五条違反に基づく保証義務確認請求を認容したカルチエ腕時計事件連邦通常裁判所判決<sup>(238)</sup>、及び商品供給請求権に関する寄託化粧品事件ドイツ連邦通常裁判所一九九八年五月一二日判決<sup>(240)</sup>も同様に述べているところであり、ドイツにおける最高裁の立場であるといえる。

そして、従来、多くの学説は、条約八二条の保護法規性についても、以下の理由から肯定している<sup>(241)</sup>。すなわち、条約八一条について、前記BMW事件最高裁判決は、保護法規性を肯定しているところ、Continental Can事件欧州裁判所一九七三年二月二一日判決<sup>(242)</sup>により、条約八一条と八二条は、共同体市場における有効な競争の維持という同一目的のために資するものであるとされていることから、条約八二条の保護法規性は原則として肯定されるべきとしている<sup>(243)</sup>のである。この点については、これまでのところ明確に示した判決はないという指摘<sup>(244)</sup>がある。

なお、後述する請求の内容の問題に関するが、条約八一条及び八二条違反の事例において、金銭の形での損害賠償請求だけでなく、違反を止めるための他の手段がない場合には、損害賠償請求権又は差止請求権に基づく商品の供

給請求権についても、原告の保護法規性が肯定されていると考えられる。<sup>(245)</sup>

ところで、近時においても、ドイツでは、前述した二〇〇一年における Courage 事件欧州裁判所判決とは対照的に、保護法規性の厳格な要求が、判例によって行われている。<sup>(246)</sup> 例えば、GWB 一条の保護法規性についてのリーディング・ケースである前述した家族新聞事件最高裁一九八三年一月二五日判決は、<sup>(247)</sup> 加害のターゲットとして向けられた者のみがGWB 一条により保護されるとし、かかる範囲に属する購入者に対してのみ保護法規性が認められるとされていた。これに対して、古くから、「向けられた加害」のない、全ての市場における包括的価格ないし品質カルテルをなぜに異なるものとして考えるのかという疑問が呈されていたところ、<sup>(248)</sup> 条約八一条及び八二条に關しても、同様に、<sup>(249)</sup> 学説による批判が行われている。そして、前述した近時のドルトムント地裁判決は、<sup>(250)</sup> 保護法規性のために、カルテル行為が原告に向けられている必要はないとし、この点について、国内競争法とEC競争法との間に区別を設けないとしているのである。

こういった欧州裁判所判決やドイツにおける学説・判例の展開を踏まえ、保護法規性の要求は、後述するように、GWB二〇〇五年第七次改正により撤廃されることとなったのである。

### (3) GWB及び条約八一条・八二条に關する民事的救済に關する新たな展開

GWB及び欧州競争法に關する民事的救済については、団体訴訟制度及び利益剝奪請求権を含めたGWB第七次改正については後述することとして、その他に、以下の諸点を新たな展開として指摘することができる。

第一に、請求権の内容について、まず、損害賠償請求権は、後述するような供給請求権を含む原状回復の他、<sup>(251)</sup> 金銭賠償を請求しうるものである。しかし、損害賠償請求権について、懲罰的損害賠償は認められていない。差止請求権及び除去請求権は、違反行為の取り止めを把握するものである。また除去請求権は、すでに生じた阻害の除去を求め

うるものであり、金銭の支払いも求めうる。例えば、電気料金の不払いがGWB二〇条違反（不当妨害）である事例で、金銭の支払いが除去請求権により求めうるとされている。<sup>(252)</sup>

次に、供給停止や取引の拒絶が、GWB上、差別行為（GWB二〇条）として違法と評価される場合があることから、これらの請求権の内容については、商品の供給請求、契約の締結の強制等が問題となる。<sup>(253)</sup> GWB上の私訴においては、こういった請求が多く見受けられる。

ドイツにおいては、古くから、この点について議論があり、判例・学説において、損害賠償請求権に基づき、原状回復として、契約の締結や商品の供給請求権が認められている。差止・除去請求権についても、従来から、判例・学説において、これらが認められている。これらが認められるのは、被告の法的・経済的自由を保護するために、違反行為の取り止めと一定の作為とが同義となることが要されることに基づき、違反行為を止めるために他の手段がない場合に限定され、かつ、請求が執行可能な程度に十分に特定されている場合に限られる。判例においては、具体的内容の明確な契約の締結を命じた事例もあり、また、商品の供給請求権については、筆者の知りうる限り、商品の供給を実際に命じた事例はないが、供給義務の確認請求は認容されている。相手方が任意に履行する限りにおいて、確認訴訟は、ここにおける請求の特定性や執行の問題を回避しえ、有効な手段であるといえる。<sup>(254)</sup>

第二に、一応の推定に関し、以下のように、競争法訴訟において積極的な適用が見られる点である。<sup>(255・256)</sup>

一般的に、一応の推定のルールは、立証責任の手續上の軽減をもたらすものといえる。ここでは、立証責任が他方当事者に転換されるものではないが、証拠により証明するための敷居は、比較的低いものとなる。ある事実が——一般的生活上の経験により——特定の原因又は特定の事象経過を示している場合に、この原因又はこの事象経過は、以下の場合に証明されたものとされる。すなわち、その事例が、通常及び一般的事例からかけ離れていない場合である。

他方当事者は、他の原因又は事象経過を指摘する他の事実を証明することにより、一応の推定を覆すことができる。<sup>(257・258)</sup>

競争法関係の訴訟では、例えば、近時、Vitaminkartell III 事件<sup>(259)</sup>ドルトムント地裁判決は、後述するように、カルテル価格が市場価格を上回ることについて、この一応の推定を適用している。

また、相互協同行為に関し、事前の事業者間の接触と事後の一定の行為との間に因果関係があることについて、一応の推定が適用された家族雑誌事件連邦通常裁判所一九八三年一月二五日判決<sup>(260)</sup>及びその差戻審のシュトゥットガルト高裁一九八四年一〇月二六日判決<sup>(261)</sup>がある。すなわち、面前での会話、手紙の交換、電話での会話といった接触を互いに有する複数の事業者が、同一の行動にでた場合に、事前の接触と同形の行動との間の因果関係が肯定され、一致した行為が相互協同行為を構成することが推定されるのである。<sup>(262)</sup>この推定は、例えば、市場の特質などの一致した行動についての他の理由の立証により、覆されうる。

この他にも、GWB上、いくつかの推定ルールが存在する。まず、支配的地位の濫用についての推定規定がある（GWB一九条三項）。市場シェアが、三分の一以上の事業者、又は合計の市場シェアが五〇%以上の三以内の事業者、又は、合計の市場シェアが三分の二以上の五以内の事業者は、以下の場合を除いて、市場支配的地位を有する。すなわち、市場の状況が彼らの間の実質的な競争を維持することを求めていること又は多数の事業者が残りの競争者との関係において市場支配的地位を有さないことをこれらの事業者が立証する場合である。しかし、この推定が、被告に証明責任を転換するの<sup>(263)</sup>か、又は状況証拠と同様のことを意味するの<sup>(264)</sup>かは、不明であるとされている。

次に、GWB一九条においては、形式的要件の立証により、不当性が推定されるため、客観的正当性の欠如の証明責任は、原告にある。<sup>(264)</sup>

さらに、市場支配的地位にある事業者による差別及び不当な妨害行為の禁止の規定（GWB二〇条一項）は、中小の事業者がある事業者又は事業者団体に、特定の商品又は役務の需要者又は供給者として、他の代替的な取引先がなために依存する場合にも適用される（GWB二〇条二項一文）ところ、この場合に、特定の商品又は役務の提供者が、GWB二〇条一項の形で需要者に依存することが、以下の場合に推定される（GWB二〇条二項二文）。すなわち、この需要者が、通常以上の割引又はその他特に他の需要者に与えられていない特典を規則的に要求する場合である。

最後に、支配的事業者による中小事業者に対する不当な妨害行為について、GWB二〇条四項二文は、以下のよう規定し、推定ルールを定めている。すなわち、GWB二〇条四項一文は、「中小の競争者に優越した市場力を有する事業者は、その市場力をその競争者を直接又は間接に不当に取扱うために利用してはならない。」と規定しているところ、同項二文は、「二文の意味における不当な妨害は、事業者が商品又は役務を単に一時的ではなく、原価を下回る価格で提供するとき存在する。但し、客観的に正当な場合には、この限りではない。」と規定し、不当販売行為に関し、不当妨害行為の存在にかかる推定ルールを定めているのである。

第三に、証拠の分野に関し、証拠の形式に関する制限については、<sup>(265)</sup>GWB特有の議論は見受けられないので、以下においては、GWB上、特別規定が存在する文書提出命令について、<sup>(266)</sup>みることにする。

ドイツ民事訴訟法（以下、ZPOという）は、審理前の文書提出について定めていない。証拠の提出を強制する裁判官の権限行使または当事者の一方による申出が事前になされなかった証拠を採用する裁判官の権限は、制限されているが、これには幾つかの例外がある。すなわち、①文書等の提出命令（ZPO一四二―一四四条）、②実体法に基づく文書提出命令（ZPO四二二条）、③職権による当事者尋問（ZPO四四八条）、④ZPO以外の特別規定（帳簿の提出にかかるHGB商法二五八条）、⑤証拠保全手続（ZPO四八五条等）、⑥外国からの証拠の収集（O.J.F.C.No.

L. 174/1 [27 June 2001]、ZPO四三〇三條三項、Council Regulation 1206/2001 (二二條)、⑦競争当局からの文書の提出である。

この競争当局からの文書の提出については、以下のとおりである。すなわち、裁判所は、連邦カルテル庁に競争法訴訟の係属を通知し、かつ、関連する文書のコピーを提出する義務がある（GW B九〇條一項）。この通知は年間一〇〇〜二〇〇件程度なされている。カルテル庁長官から指名されたカルテル庁の職員は、裁判所での陳述、特定の事実及び証拠についての言及、口頭弁論への出席、発言、当事者、証人及び専門家に対する質問を行うことが認められている（GW B九〇條二項）。とくに上告審での意見の陳述等が中心である。同様に、裁判長は、職権で、又は主張を証明するためにその文書を必要とする当事者の申出に基づいて、口頭弁論の準備のために（ZPO二七三條二項二号、WVFG一條四項）、連邦カルテル庁に文書及び公の情報の提出を要求することができる（ZPO四三二條）。裁判長は、外国の競争当局に対しても、司法共助により、情報を要求しうる<sup>(267)</sup>。連邦カルテル庁は、一般的にドイツの裁判所に対する行政的支援を義務づけられている（WVFG四條以下及びGG三五條<sup>(268)</sup>）。外国の競争当局に関しては、国際的司法共助の一般的規則が適用される<sup>(269)</sup>。

第四に、競争法（GW B及び条約八一條及び八二條）違反行為の立証は、競争法に関する専門的知識を要することから、これについては、専門家の証言、国内裁判所の判決、連邦カルテル庁・欧州委員会の決定が重要な意味をもつものである<sup>(270)</sup>。

まず、専門家の証言は、ZPO四〇二條以下により認められており、以下の区別がある。

①裁判所により指名された専門家。

裁判所は、専門家の数及び誰に指名するかを決定しうる。誰を指名するかについて、裁判所は、いかなるリストに

よる拘束も受けない。専門家の追加的指名も可能である（ZPO四〇四条、四一二条）。従来、専門家の意見は、書証と同じ価値しか有さなかったが、二〇〇四年一月一日に採択された司法現代化法一条一四号（BT-Drucksache 15/3482）により、専門家の意見の完全な証明力が認められた。専門家の証拠は、事実関係についての認められる。外  
 国法についての問題は、事実関係に関するものとして考えられ、法的問題とは考えられないため、これについても専門家の証拠は認められる。専門家の証拠は、違反行為の立証よりも、損害額の算定について、とくに役立つものであるといえる。損害額を算定するために、専門家は裁判所の資料に含まれる事実<sup>(27)</sup>に依拠しなければならない。

### ② 専門家証人。

専門家は、特定の事実の認識を要求される事例において、証人として尋問されうる。ZPO四一四条により、専門家証人の供述書は、彼が証言した事実に関する限りで、通常の証人による証拠と同様に取扱われる<sup>(28)</sup>。これらの事実から引き出された結論に関するコメントについては、専門家の証拠についての前述したルールが適用される（ZPO四〇二条以下）。

### ③ 私的専門家の意見。

当事者により指名された専門家の書面による意見は、通常、専門家の証拠として位置づけられないが、意見を提出した当事者による供述として位置づけられる。裁判所は、裁判官が必要とされる専門的知識を有さない、または裁判所が指名した専門家を利用しない限りで、私的専門家の結論から逸脱することはできない<sup>(29)</sup>。

次に、国内裁判所の判決のもつ違反行為にかかる証明力についての原則は、存在しないが、国内裁判所の判決は、当事者がその法的議論を補助するために提出しうる書類のひとつである。

さらに、ドイツ連邦カルテル庁その他の行政庁の最終的判断は、民事裁判所で受け入れられるべきであるとの指摘



もある<sup>(273)</sup>。しかし、通常、裁判所は、その決定における事実及び法的評価に拘束されるとは考えていない<sup>(274)</sup>。

ドイツの裁判所は、マスターフーズ事件欧州委員会決定に関する欧州裁判所二〇〇〇年十二月十四日判決 (Case C-344/98, Masterfoods, [2000] at point 49-52.) の以下の判決理由に従っている<sup>(275)</sup>。すなわち、欧州裁判所は、国内裁判所が、一定の行為がEC競争法違反を構成するとする欧州委員会の決定に反することを判示する場合には、「effet utileの原則」(EC条約一〇条) に反することになるとしたのである。この点については、GW B第七次改正に関し、後述する (GW B新三三三條四項)。

第五に、損害の立証及び因果関係の立証については、以下のとおりである<sup>(276)</sup>。

ZPO二八六条は、証拠の自由な評価の原則を採用している。例外なく、証拠能力 (証拠の許容性) についての判断も、伝聞証拠も含めた証拠の重さについての判断も、全て裁判所の自由裁量内である。証拠の重さについての判断及び証拠価値の評価について、恣意性が認められる場合及び法的審問請求権が害された場合のみ、司法による審査が許される<sup>(277)</sup>。しかし、一方当事者ではなく他方当事者を信じる理由について、裁判所は判決において明白に述べなければならぬ。

裁判所は、請求を判断するために必要な全ての事実の存在を確信しなければならない<sup>(278)</sup>。「確信 (Überzeugung)」は、証拠の採用を含む口頭弁論に基づかねばならない<sup>(279)</sup>。また「確信」は、完全な確実性を意味しない。すなわち、日常生活に必要な確実性の程度 (BGH NJW 93, 935) で足りる<sup>(280・281)</sup>。それ故に、裁判所の確信は、状況証拠に基づきうる。どのような状況証拠が競争法違反を確実に証明するために状況証拠として十分であるのかの問題は、判例及び学説において議論されている。

損害の立証については、損害及びその評価の基礎となる事実が真実であることを確信させる必要のみがあり、裁判

所は損害が発生し、損害額が適切に立証されたとみなしうることが認められている（ZPO二八七条）。原告は、ある程度、一定の損害を受けたことを立証する必要があるものであり、原告は、その被った損害のある程度の概算を可能とする事情を立証することで十分である。ここにおいて必要とされる証明の程度は、どのくらいの具体化が、各事例における状況下で合理的であるかによる。<sup>(28)</sup>原告が全て立証責任を負う損害の発生に関し、Vitaminkartell III 事件ドルトムント地裁判決は、一応の推定の適用により、カルテル価格は市場価格よりも高いといえるため、原告は被告が反証できない限り、損害の発生を立証する必要がないとしたのである。

原告は、逸失利益の請求をする場合に、正確な損害額を立証する必要はなく、むしろ、違反行為がなかったならばおそらく彼が得たであろう利益を立証することで足りる（BGB二五二条）。

裁判所は、損害額以外の全ての側面についての原因に関する中間判決をなしうる（ZPO三〇四条）。それにより、損害が認められる場合に、裁判所は、最終判決により終結することになる引続き行われる手続において、損害額を決定する。中間判決は、それに対する控訴も予定されており、また、既判力を有しうる。一般的に手続及び実体法上の要件に関する全ての正当化事由は、引続き行われる損害額についての手続において、排除される。

原告が損害額の算定についての必要な情報を全く有していない場合に、裁判所は、違反により生じた全ての損害の賠償を原告に対し行う義務が被告にあるとの宣言判決を行いうる。

ところで、GWB違反行為または条約八一条及び八二条違反行為については、連邦カルテル庁又は欧州委員会により、行政上の制裁金（GWB上の過料、欧州競争法上の制裁金）が課される。こういった競争当局により科された制裁金は、損害の算定において考慮されない。なぜなら、そのような考慮は、被害者に対する完全な損害の賠償を害するからである。しかし、逆に、連邦カルテル庁が利益の徴収を含む過料（GWB八一条）又は利益の徴収（GWB三

四条) を行う場合に、すでに支払われた損害は考慮に入れられる (GWB三四条四項、同八一条二項)。

因果関係の立証については、どの程度の因果関係が立証されねばならないのか、それは直接的であることを要するのか、間接的なものでも足りるのかについては、以下のようになる。すなわち、ドイツ法においては、因果関係については、必然性及び相当性が要され、間接的因果関係も含まれるものである。原因と損害との距離及び非重要性については、相当性において判断されうる。<sup>(284)</sup> ドイツ法においては、いわゆる前述した保護法規性が要求され、保護範囲内の損害についてのみ、その賠償が認められている。<sup>(285)</sup> これについては、GWB第七次改正について、後述する。

第六に、正当化事由については、以下のとおりである。<sup>(286)</sup>

① 請求が、支配的地位の濫用 (GWB一九条) 又は差別的行為 (GWB二〇条) に基づく限りにおいて、これらの規定の違反は、その行為が客観的理由から正当化される場合に違反ではないとされる。

② 外見上、反競争的行為と考えられる行為の正当化は、以下の場合に存する。すなわち、その行為が、実際に、他方当事者の一部の反競争的又は搾取的行為への対抗手段として行われた場合、又はその行為の目的が、他方当事者の市場支配から自らの法的権利又は利益を守ること存する場合である。後者の例として、理学療法士協会が、強制加入の健康保険に対するポイコットを理学療法士に対し要求した行為は、GWB違反であると健康保険が主張し、理学療法士協会に対し、損害賠償請求訴訟を提起した事例がある。裁判所は、本件におけるポイコットの要求は、理学療法士が強制加入の健康保険に対する圧力を行う唯一の手段であったため、違法ではないとした。<sup>(287)</sup>

③ 不可抗力 (force majeure) の原則は、ドイツ法の下では、正当化事由として知られていないが、不可抗力の状況において、被告は、過失がないとして責任を免れうる。

④ 反競争的行為について、GWBが、国家の行為について、適用除外する場合または、反競争的行為が、国家の行

為により命じられたものである場合、これらの行為は、GWB違反を構成しない。後者における事例として、近時、ドイツテレコムが、連邦郵便電気通信大臣により定められた基準に従い電話網への接続料金を設定し、プロバイダーなどへの特別の料金を設定していないことについて、電気通信事業者が、市場支配的地位の濫用であると主張し、ドイツテレコムに対し、損害賠償請求を提起した事例である最高裁判所の事例がある。<sup>(288)</sup>

たとえ、一定の理由から、公の命令が無効であったとしても、被告は、もしその無効について理解する必要がなかったとしても、過失なく行動したといえる。被告が、その行為の違法性を過失なく無視するところにおいて、過失は排除されるからである。<sup>(289)</sup>

⑤ 一般的不法行為法の下で、要求されていない同意は、その同意は、それ自身法令の規定又は公共政策に反しない限りで、正当化事由として受け入れられている。<sup>(290)</sup>しかし、競争法（GWB及び条約八一条及び八二条）の事例においては、被告の反競争的行為についての同意は、通常、それ自身、競争法違反を構成するため、同意は、通常、被告を正当化しない。GWB第七次改正連邦政府案三三一条一項は、後述するように、違反行為者は、請求者が競争法違反に参加したことをのみを理由として、損害賠償請求から逃れられないことを明らかにしている。

⑥ 原告が、違反者たる当事者と契約関係にあるところにおいて、後者は、契約で別途、明白に定められていない限り、請求に対する抗弁において、責任条項の除外に依拠し得ない。<sup>(291)</sup>

⑦ 現在のドイツにおける幾つかの裁判所は、以下のように、パッシング・オン・ディフェンスについて、GWBにおいて考慮することを指摘している。すなわち、近時のワールドワイドな価格カルテルが問題となった事例において、マンハイム地方裁判所は、傍論で、損害は、損害発生前後の原告の全財産の比較により、算定されるため、<sup>(292)</sup> 価格上昇分の転嫁は、賠償されうる損害を減少させ、場合によっては損害が発生しないこともあるとしたのである。この考え

方を確認したものに、カールスルーエ高等裁判所判決<sup>(293)</sup>がある。反対に、ドルトムント地裁判決は、価格引上げカルテルにより上昇した価格で購入した者に、その価格と競争価格との差額分の損害が生じているのであり、転嫁により損害が生じなくなるのではなく、それ故に、損害の評価が問題となるとし、パッシング・オン・デیفエンスの適用について、疑問を呈している<sup>(294)</sup>。ドイツにおける最高裁判所は、未だ、この問題について解答を出していない。学説においては、不当な利得の禁止の原則 (unjust enrichment) 及び獲得した利益による損害の緩和の観点から、この問題は議論されており<sup>(295)</sup>、例えば、そこにおいては、その根拠として、転嫁による損害の緩和は、カルテル禁止の目的及び趣旨に反するため、被告は、パッシング・オン・デیفエンスをなしえないとするのである<sup>(296)</sup>。この点についてのGWB第七次改正に関しては、後述する。

⑧間接購入者の問題については、以下のとおりである。すなわち、ドイツにおいては、従来、カルテルに関する事例で、直接の購入者からの損害賠償請求が認められた事例があるに過ぎない<sup>(297)</sup>。理論上、間接購入者は、違反の結果として、損害を受けた場合に、その損害が相当因果関係の範囲内にあるときに、損害賠償請求権を有する。しかし、今日、ドイツの裁判所は、前述の事例のように、違反者の直接の顧客のみについて、損害を認めているに過ぎない。又、前述のように、最高裁判事である Bornkam も同様に述べている。さらに、保護法規性の要求を批判し、パッシング・オン・デیفエンスを否定する学説は、直接の購入者のみが損害賠償請求をなしうるとしなければ、多数の損害賠償請求が過度に生じることになると指摘している<sup>(298)</sup>。しかし、これに対し、この点については、後述するように、GWB第七次改正による発展が見られるのである。

第七に、消滅時効については、GWBに関しては、特別な規定はないため、民法上の規定が準用される。すなわち、請求権が生じ、債権者が請求権を基礎づける事情及び債務者を知ったとき又は重過失なく知りえたときから三年で、

損害賠償請求権及び差止請求権等は、時効消滅する（BGB一九九条一項）。ここで、請求権を基礎づける事情とは、競争法訴訟の場合、GWB違反を構成する事実及び原告が違反により影響を受ける事実である。これは、条約八一条及び八二条違反の場合も同様である。また、BGB一九九条三項一号及び二号により、その認識または重過失による不知を考慮することなく、請求権の発生るときから一〇年、その発生及び認識又は不知を考慮することなく、行為、義務違反又はその他の、損害を惹起した出来事から三〇年で消滅時効にかかる。<sup>(299)</sup>損害額を消滅時効期間到来前に算定し得ない場合には、原告は、消滅時効期間が到来することを妨げるために、宣言判決を求める訴訟を提起しうる。<sup>(300)</sup>消滅時効の中断に関し、GWB第七次改正により、改正がなされている（GWB新三三三條五項）ので、後述する。

第八に、管轄裁判所及び裁判官については、以下のとおりである。競争法訴訟の原告は、被告の住所地（ZPO一二条以下）、履行地（ZPO一九九条）、営業地（ZPO二二条）、ドイツ国内に被告の住所がない場合において資産地（ZPO二二三条）、不正行為の場合の特則として行為地（ZPO三二条）の地方裁判所に訴えることができる。<sup>(301)</sup>原告が訴えることができる裁判所には、大きく分けて、民事裁判所と社会裁判所がある。民事裁判所については、各地方裁判所が競争法訴訟の排他的管轄権を有し、民事地方裁判所の商事部が担当する。控訴裁判所は、高等裁判所であり、上訴裁判所は、連邦通常裁判所（BGH）である。商事部は、一人のプロフェッショナルな職業裁判官と二人のプロフェッショナルではない素人裁判官により構成される。商事に関する素人裁判官は、一定期間任命されるビジネスマンである。彼らは職業裁判官と同様の議決権を有し、職業裁判官と同様の司法の独立性を有する。高等裁判所は、三人の職業裁判官により構成されるが、簡単な事例である場合には、一人の職業裁判官に委任することもできる。連邦通常裁判所は、五人の職業裁判官からなる。<sup>(302)</sup>二〇〇〇年一月一日以降は、社会保険に関する競争法（GWB及び条約八一条及び八二条）違反にかかる事例については、社会裁判所が管轄することとなっている（SGG五一条、GWB八七条

一項三文及び九六条一項<sup>(303)</sup>。

最後に、申立ての特定性の問題及び判決事項と執行の範囲に関し、判例・学説は、いわゆる核心説に立っている<sup>(304)</sup>。

また、執行については、我が国の民事執行法による手続と、ほぼ同様である。ここでは、引渡執行は執行官が行う（ZPO八八三条）のに対し、不作為執行は、執行裁判所が行う（ZPO八九〇条）ものであり、これらは異なる点に注意を要する。<sup>(305)</sup>

## 2 団体訴訟制度

次に、団体訴訟制度については、以下のとおりである。<sup>(306)</sup>

(1) 第一に、一八九〇年代からUWG上、営業利益促進団体訴訟が認められている。GWB上は、一九五七年の同法制定時より、営業利益促進団体訴訟が規定されている。その後、多くの改正を経て、今日においては、前述したUWG新八条三項二号及び後述するGWB新三三三二項は、営業利益促進団体の差止請求権を規定する。

第二に、一九七〇年代に消費者団体訴訟が、UWGへ導入された。前述したように、UWG新八条三項三号は、行政庁のリストに登録した消費者団体の差止請求権を規定する。ここで引用されている差止訴訟法（Unterlassungsklagenbescheid）四条一項は、「連邦管理庁は、資格ある組織のリストを備える。リストは、毎年一月一日現在で連邦官報に公告し、消費者利益の保護のための差止訴訟についての一九九八年五月一九日の欧州議会及び欧州評議会の指令一九九八年二七号四条二項にしたがい欧州委員会に通知するものとする。」と規定し、同条二項一文は、「リストには、啓蒙と相談により消費者の利益を職業上でもなく一時的でもなく保護することを定款上の任務とする法人格ある団体が、構成員としてこの任務領域で活動している団体か、一年以上存在しかつその従来への活動に基づき適切な任務遂行を行う七五人以上の自然人を含む場合に、申請により登録される。」と規定する。<sup>(308)</sup>

第三に、近時は、後述するように、UWG上、営業利益促進団体及び消費者団体に、違反行為者が違反行為により不当に獲得した利益を違反行為者から吐き出させる利益剥奪請求権が認められている(UWG新一〇条)。また、近時のGWB第七次改正により、GWB上も営業利益促進団体に利益剥奪請求権が認められている(GWB新三四a条)。

そして、まず、UWG上の営業利益促進団体訴訟の利用状況については、例えば、被告・医療品販売業者のしたUWG旧三条に違反する雑誌上の誤認惹起広告について、原告・医療品業界団体が当該広告の差止請求訴訟を提起する事例<sup>(309)</sup>のように、通常の事業者団体が提訴する事例も多く存在するが、全国のほぼ全ての商工会議所が構成員となり、不正競争の克服を目的として活動する営業利益促進団体である不正競争克服センター(Zentrale zur Bekämpfung unlauteeren Wettbewerbs e. V.)<sup>(310)</sup>の事例が、UWG上団体訴訟の全事例の大半を占めることが特徴となっている。同センターの二〇〇三年の年次報告書によると、同センターは、二〇〇三年に、主にUWG違反行為について、約一八〇〇〇件の苦情・相談を受け付け、約一万件につき、警告を発し、違約罰条項付きの差止の合意をもって事案を終結させ、また、一〇四二件について、商工会議所における調停手続に付し、そこで解決しなかった六二七件について裁判所に主に仮処分の方法で提訴し、その勝訴率は、約九〇%であった<sup>(311)</sup>。

次に、ドイツにおける消費者団体訴訟の利用状況については、UWG違反行為に関する事例が多く、中心的役割を担う消費者センター総連盟(Verbraucherzentrale Bundesverband)は、インタビューの際に入手した同センターの年次報告書二〇〇三/二〇〇四によると、二〇〇三年五月から二〇〇四年五月までに、UWG違反行為に関し、二八三件の警告を発し、そのうち六八件について、提訴した。約款や消費者保護法規に関する差止訴訟法については、年間一〇〇〜一五〇件程度警告を発し、年間四〇件程度について、提訴している<sup>(312)</sup>。

このように、消費者団体も営業利益促進団体も、まず、違反を行っていると考えられる事業者に対し、警告を行い、



それに事業者が応じる場合には、違約罰付きの合意を行い、事案はそれで終結する。これ以外の場合には、調停の方法に委ねるか、裁判所に提訴するかとなる。UWG上特別に規定されている調停手続が多く利用されていることから、後述するように、警告に関しUWG二〇〇四年改正により改善がみられる。筆者が行った「AND」におけるインタビューの際に入手した警告書の雛形によると、ここにおける警告は、UWG二〇〇四年改正後においては、事業者が問題となる行為を続ける場合には、同改正により新たに認められた利益剥奪請求も行う旨の記述がなされた書面が事業者に送付されるというものである。

濫訴については、UWG上、消費者団体訴訟が導入された一九七〇年代当時は、弁護士が家族などを集めて小さな消費者団体を設立し、不当な訴訟を行なうという事例<sup>(33)</sup>が多くあり、これを受けて、UWG八条四項は、「一項において示された請求権の主張は、以下の場合には不適法である。すなわち、その主張が全事情を考慮して濫用的であるとき、特にその主張が、主に違反行為者に対して権利行使の必要経費または費用の賠償請求権を発生させるために行われる場合である。」と規定する他、前述したように、消費者団体訴訟については、構成員の人数要件（七五人）が規定されている。また、いわゆる警告団体からの提訴に鑑み、度重なる改正により、本要件を含め、多くの追加的要件が規定されたことにより、今日において、濫訴は生じていない。また、営業利益促進団体については、一九九四年UWG改正により以下のような内容をもつ「著しく多数」要件が追加され、その後、濫訴は生じていない。

営業利益促進団体訴訟の要件のひとつである「団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属していること」におけるこの「著しく多数」については、UWG新八条三項二号<sup>(34)</sup>にかかると連邦政府案立法理由書は、以下のように述べている。すなわち、「消費者団体の場合の実用的なリスト制度は、営業利益促進団体の場合には妥当しない。なぜなら、消費者団体の場合には、その団体が、要求された構成員の数を

有し、消費者保護に一般的に取り組んでいる場合には、請求権限が一般的にあると考えられるのに対し、営業利益促進団体の場合には、以下の理由に基づき、行政庁による登録システムではなく、裁判所により個々の事例において判断されることが妥当であるからである。すなわち、営業利益促進団体の場合に、その請求権限はとりわけ、同一又は類似の種類の商品又は役務を販売する事業者の著しく多数がその団体に属しているか否かに依存している。この著しい多数概念は、一般的に明文により定めることのできないものである。むしろ、当該客観的かつ空間的市場において、数及び量に従い、当該分野に属する者の共通の利益を代表する事業者がその団体に属することが重要となるのである(WRP 2000, 389ff.)。これが、具体的事例において存在するか否かは、管轄権のある裁判所にとって、しばしば、個別の事例における全事情の全体的判断によって、初めて明らかになるのである。連邦行政庁において行われている一般的リストにおける登録は、このような調査の代わりにはなりえないのである。<sup>(315)</sup>

ここにおいて引用されている連邦通常裁判所一九九九年一月二四日判決は、<sup>(316)</sup>以下のような事案であった。すなわち、サナトリウムを経営する被告は、治療薬等を開発し、被告と同住所をもつS社が製造した治療薬をサナトリウムにおけるセラピー治療に使用していた。被告が行った顧客に対する広告行為が、治療薬広告法及び日用品法に違反し、競争法違反であると、原告・製薬業者団体がUWG旧一三条二項二号に基づき提訴した事例である。原審判決は、原告に属する三七社の製薬業者が、薬品の生産及び販売において、多大な売上げを行っていることに基づき、UWG旧一三条二項二号における「著しく多数」要件を認定したところ、本判決は、これを正当とし、請求権限及び訴訟追行権限が、原告団体にあると認定したのである。

このように、UWG旧一三条二項二号における「著しく多数」要件は、「当該客観的かつ空間的市場において、数及び量に従い、当該分野に属する者の共通の利益を代表する事業者がその団体に属すること」であり、これについて、

単に当該分野の事業者の「数」だけではなく、例えば、多大な売上げといった「市場における重要性」をも考慮することについては、近時、判例<sup>(317)</sup>及び学説<sup>(318)</sup>において一般的に承認されていたところである。この要件については、消費者団体訴訟と営業利益促進団体訴訟の要件設定の差異はあるが、これについては後述することとして、団体訴訟の理論構成に関し、理由書が営業利益促進団体について団体が「共通の利益」を代表すると述べているところ、消費者団体についても、後述するように、消費者の集団的利益が請求権の根拠である点で共通しているといえる点が重要である。

ところで、このように、ドイツにおける団体訴訟の利用において、中心的存在であるUWG上の団体訴訟の対象となる違反行為類型は、一定の割引・景品・懸賞行為等（同法四条）、誤認惹起広告（同法五条）、比較広告（同法六条）、迷惑行為（同法七条）などであり、また、一般規定（同法三条）により、これら以外の行為も対象となる点が特徴的である。これらのうち、団体訴訟においては、価格に関する誤認惹起広告が、比較的多く問題とされている。

(2) このUWG及びGWB上の団体訴訟の理論構成についての近時の展開として、団体訴訟制度は、団体が固有の請求権を有するものであると捉えることが通説・判例であるところ、例えば、消費者団体訴訟制度について、公の利益としての消費者全体の利益の救済制度と捉えるのではなく、また、個々の被害者の請求権の成否と関係するものと考えられる<sup>(319)</sup>。被害を受けた消費者の集団的利益の救済システムであると捉えることが通説化していることが挙げられる。

UWG上の団体訴訟及びこれを範として発展してきたGWB上の団体訴訟においては、古くは、団体が構成員の請求権を訴訟担当するという見解（訴訟担当説<sup>(320)</sup>）が支配的であった。しかし、これに対しては、消費者団体訴訟については、UWG上、個々の消費者に請求権が認められていないことから、訴訟担当の前提を欠くことや、後述する集団の利益説からは、個々の請求権発生時では被害救済として遅すぎることが批判された。そこで、GWB及びUWG上

の団体訴訟においては、団体が固有の請求権を有するとする見解が、現在において、通説・判例<sup>(321)</sup>となつてゐる。これをうけて、GWB及びUWG上の団体訴訟に関する規定の文言は、従来、差止「請求権は、以下の者から主張される」とされていたのに対し、近時、差止「請求権は、以下の者に生じる」となつてゐる。

団体が固有の請求権を有すると解するとして、団体訴訟の趣旨及び要件について争いがある。従来、通説・判例は、団体訴訟の趣旨は、一般ないし公の利益の保護にあるとし、団体の請求権の要件を「団体の定款上の目的に違反行為が関係すること」としてきた<sup>(322・323)</sup>。このように団体固有の侵害を要するとしているのである。

しかし、この従来の通説・判例に対しては、団体訴訟の趣旨をそのように捉えることと、要件をかように設定することとの間の関係が明確ではない。又団体の任務は、構成員の共通の利益を守ることとあり、公の利益の保護にあるのではないから、公の利益の保護によって団体訴訟を基礎づけるのは誤りであるという批判がなされた<sup>(324)</sup>。

このように、従來の通説・判例は、団体の請求権の要件を、団体の定款上の目的と違反行為の関係であるとするところから、請求権の成立する範囲は広いものであるため、いわゆる警告団体からの濫訴が生じたのである。そこで、団体訴訟に関する規定に、次々と要件が追加され、濫訴への対応がなされた。以下のように、濫訴と改正による要件の追加のいたちごっこ現象が生じたのである。すなわち、消費者団体訴訟に関し、UWG旧一三条二項三号の構成員数や活動実績にかかる要件等<sup>(325)</sup>が、次々と追加され、営業利益促進団体訴訟についても同様に多くの要件が追加されたが、その結果、近時においては、差止訴訟法上の営業利益促進団体にかかる「同一市場」要件は、約款の事例については不要であり、これを要件に追加したことは、「立法上の失敗」であつたとする最高裁判決が出されるに至つてゐるのである<sup>(326)</sup>。

これに対し、集團の利益説がある。すなわち、UWGおよびGWB違反行為等は、多数の者に拡散した被害を生じ

るものであるところ、個々の被害者は、被害が僅かであることから、自ら訴訟提起するための十分な刺激とはならな  
いだけではなく、訴訟提起のために、十分な資力や法的知識を有していないことから、自ら差止請求訴訟を提起する  
ことを望まないものである。また、かかる被害を個別に特定していたのでは、被害の救済として遅すぎる結果となる。  
このように、個々の被害者には権利の遂行のために障害となる事情があり、権利の早期実現の要請があるといえる。  
そこで、この見解は、団体訴訟の趣旨は、被害者集団の利益の保護にあるとし、団体の請求権の要件について、侵害  
された集団の構成員が団体に属すること及び違反行為が団体の定款上の目的と関係することとするのである。これは、  
一九七〇年代に主張されたヴォルフの見解<sup>(327)</sup>であり、かつての少数説である。

この見解については、「集団の利益」という新しい概念が、一般的に受け入れられず、また、この見解が、違反行為  
が団体の定款上の目的と関係し、かつ、集団のいかなるひとりの者でも団体に属しさえすれば、団体が請求権を有す  
るために十分であるとする<sup>(328)</sup>ことについて、その場合には、集団の利益と団体の利益との関係が希薄であることに批判  
が向けられたのである。

しかし、近時、EU及びドイツにおいて、以下のように、集団の利益概念の承認が行われているのである。

まず、営業利益促進団体訴訟について、UWG新八条三項二号は、「営業上又は自営業上の利益を促進することを定  
款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種<sup>(329)</sup>または類似の商品もしくは営業上の役務を提  
供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上ま  
たは自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実<sup>(330)</sup>に果たすことができる限りで、しかも、違反行為がその団体  
の諸構成員の利益と関係する限りで。」と規定する。GWB上も、第七次改正により、これと同様の規定がおかれてい  
る（GWB新三三三二項）。

本規定は、団体固有の請求権の根拠となるものであるが、本規定上の要件は、訴訟要件<sup>(331)</sup>であり<sup>(332)</sup>、このうちの「著しく多数」要件において、当該市場に属する者の共通の利益を代表するに足るだけの者が、当該団体に属していることを要求するのが、後述するように、訴訟要件と解する点で妥当とはいえないが、以下のように、現在における通説的理解ということになる。すなわち、前述したように、一九九四年UWG改正により導入された「著しく多数」要件において、「当該市場において、数及び量に従い、当該分野に属する者の共通の利益を代表する事業者が、その団体に属することが問題となる」という見解が、連邦通常裁判所判決及びUWG二〇〇四年大改正連邦政府案理由書<sup>(333)</sup>において採用されているのである。また、本要件の追加後、濫訴がなくなっている。

そして、近時の代表的学説が、集団の利益概念を承認しているのである。例えば、UWG旧一三条二項二号について、「この規定の目的は、UWG一三条一項一号により自ら被害者とな<sup>(334)</sup>り、それ故に、同号により、自ら提訴権を有する団体構成員の集団の利益が問題となるケースに団体の提訴権を限定することにある<sup>(335)</sup>。」との指摘や、濫用的な提訴であるか否かが「疑わしい事例においては、個々の個人的利益だけではなく、競争者の客観的一般的（『集团的』）営業上の利益も代表されることが、当該分野に属する団体構成員の数及び経済的重要性により認められるか否かが問題となる<sup>(336)</sup>。」という指摘がなされているのである。

次に、消費者団体訴訟については、近時、一九九八年におけるEU指令(98/27/EG)の要請で、国境を越えた消費者団体訴訟を認めることから、行政庁のリストへの登録制度が導入されたため、UWG上の消費者団体訴訟に関する規定であるUWG新八条三項三号は、前述したように、行政庁の「リストに登録されていることを証明した者」に差止請求権が生じると規定する。この行政庁のリストについて、差止訴訟法(Unterlassungsklagengesetz)四条二項一文は、「リストには、啓蒙と相談とにより消費者の利益を職業上でもなく一時的でもなく保護することを定款上の任務

とする法人格ある団体が、構成員としてこの任務領域で活動している団体か、一年以上存在しかつその従来の活動に基づき適切な任務遂行を行う七五人以上の自然人を含む場合に、申請により登録される。」と規定している。

これらの規定は、前述したように、団体の請求権の根拠となるものであるが、規定上の要件は、訴訟要件であるとするのが、前述の営業利益促進団体についてと同様の問題を有するが、通説・判例である（両性説）。営業利益促進団体にかかる前述した「著しく多数」要件に相当する要件については、消費者被害が誰にでも生じうるといふ一般的性格ゆえに、差止訴訟法四条二項一文において規定されている要件を具備する団体であれば、通常、請求権がその団体に認められうることから<sup>(337)</sup>、規定されていない。また、この消費者被害の一般的性格ゆえに、消費者保護を目的とする法律に違反する行為は、通常、消費者団体の定款上の目的に係る<sup>(338)</sup>といえるため、営業利益促進団体に関する規定にある「違反行為が諸構成員の利益と関係すること」は規定されていない。

このように規定されている消費者団体訴訟については、近時の展開として、以下の二点がある。

第一に、一九九八年における消費者利益の保護のための差止請求訴訟についてのEU指令(98/27/EG)である。すなわち、これにおいては、個人の権利が束ねられたものとは異なる「消費者の集団的利益」の保護のために差止請求訴訟制度が整備されることが、各加盟国に義務づけられたのである。

第二に、以下のように、今日のドイツにおいては、消費者団体訴訟に関しても、集団の利益概念が、多くの見解により承認されるに至っている点が挙げられるのである。すなわち、近時、消費者の集団的利益の保護を旧普通取引約款法（現在は、差止訴訟法）及び不正競争防止法（UWG）において行うべきことを認識<sup>(332)</sup>し、旧普通取引約款法二二条の「消費者保護の利益において」との文言は、法律違反の条項の「集団的要素」を指摘したものであり、事業者が、一度、消費者保護違反の取引条項を使用し、その限りで、当該行為が将来の反復の危険を基礎づける場合に、「消費者の

「集団的利益」は、すでに關係している (Betroffen)。こういつた「集団的要素」は、不正競争防止法違反行為についても同様であるため、「競争法違反行為の判断のために、消費者の集団の利益が重大な意味をもつ」こと、及び、約款法二二条の規定は、不正競争防止法二三条の規定の文言と同様のものとして規定されたため、不正競争防止法旧一三条二項三号の「消費者の本質的利益」との文言により、約款法の場合に比して厳格な要件が課されていると解することは妥当ではないことに基づき、「集団的利益の侵害は、違反行為の重大性ゆえに、その結果、消費者の本質的利益が關係する場合にのみ認められる。」とする見解がある。<sup>(343)</sup>

次に、従来、多くの見解は、UWG上の消費者団体の關係性 (Betroffensein) について、違反行為が団体の定款上の任務の範囲内にあることを要求するに過ぎなかったのに対し、近時の学説には、かかる要求に加え、UWG旧一三条二項三号がUWG旧一条違反の場合に違反行為が消費者の本質的利益と關係することを要求している点について、「違反行為が、多数の消費者からなる消費者集団 (Verbrauchergruppe) の利益に關係する場合に、当該行為は、消費者の本質的利益と關係する」とし、「団体訴訟により消費者の集団的保護がなされる」とするものがみられるのである。<sup>(344)</sup>

さらに、一般の (公の) 利益 (Allgemeininteresse) 集団的消費者の利益 (kollektive Verbraucherinteresse) 個人的消費者の利益 (individuelle Verbraucherinteresse) とを分類し、以下のように述べる見解もある。すなわち、環境保護などにおいて問題となる一般の利益を、消費者の保護のための消費者団体訴訟制度において、消費者団体の提訴権の根拠とすることについて、一般の利益概念は、あいまい過ぎるため妥当ではないとし、この一般の利益の體現化したものが、集団の利益であり、これが、かかる提訴権の根拠となるべきものであるとの見解である。<sup>(345)</sup> この見解は、たしかに、UWGは、目的規定において、一般の利益の保護を掲げているが、消費者集団の利益が、団体の提訴権の



根拠として適切であり、団体からの提訴は、その結果、個人の利益にも資するであろうし、また、一般の利益に資することにもなるに過ぎないとしているのである。このように、法が一般的なし公の利益を保護の対象としていることと、団体の請求権の根拠とは異なるものであるという認識及び団体の請求権の根拠と効果は別物であるという認識が、<sup>(346)</sup>ここでは重要である。

以上のような集団の利益概念の承認というEU及びドイツにおける近時の展開を踏まえると、団体訴訟の趣旨及び理論構成については、以下のように考えられる。

GW B及びUWG上の団体訴訟の事例群は、様々な種類の事例を含むものであるところ、違反行為者と団体に属する被害者との関係に着目してみると、さしあたり、以下の類型に分類でき、各類型における被害者は、違反行為者との一定の関係から生じる「権利の遂行に障害となる事情」を有していると考えられる。そして、各類型における被害者は、共通の被害を受けた集団を形成するものであるため、その集団の利益の侵害に基づき、かかる集団の属する一定の団体に請求権が認められていると考えられるのである。

第一に、多くの事例において問題となっている欺瞞的・誤認惹起広告行為により、多数の消費者に対し被害が生じ、被害を受けた消費者集団の被害を救済するものとして消費者団体が差止請求権を有する場合である。<sup>(347)</sup>この場合には、個々の消費者が受けた被害はわずかであり、訴訟にかかる諸費用を考慮すると、被害を受けた各消費者は、たとえ、UWG上、差止請求権が認められたとしても、自ら訴訟提起をすることを望まない、またはそれが困難であるということができる。このように個々人に分断された権利ないし利益の侵害を必要とするのでは、違反行為によって生じた拡散的被害を救済するには遅すぎる結果となることから「権利を早期に実現することの要請」が存在するといえる。また、かかる消費者は、違反行為を立証するための法的知識や証拠を十分に有していないのが通常である。したがっ

て、このように拡散した被害を受けた消費者の集団を救済する必要があるといえるところ、こういった被害を受けた複数の消費者は、同一の行為により被害を受けたという共通の被害者集団であるといえることができる。そこで、この共通の被害を受けた集団の構成員が属する一定の消費者団体に差止請求権が認められているといえるのである。

第二に、不当販売行為や不当表示行為等により、違反行為者と競争関係にある事業者らが被害を受けた場合に、かかる被害事業者らの属する団体が差止請求権を有する場合である。<sup>(348)</sup>この場合にも、当該行為による被害は、当該地域や市場において多数の事業者に及ぶ場合が多いところ、個々の競争事業者は、中小規模の事業者であることが多く、自ら受けた被害はわずかであることから、自ら訴訟を提起することを望まない場合が多いのである。しかし、このような共通の被害を受けた事業者の集団が存在し、それを救済する必要があるといえることから、かかる集団の構成員が属する一定の事業者団体に差止請求権が認められているといえるのである。

第三に、GWB上の団体訴訟の事例<sup>(350)</sup>においては、違反行為者と原告団体に属する被害者が取引関係にある場合が多い。この場合には、違反行為者が行為の相手方との関係において、優越した地位等にある事業者である場合には、被害者は、違反行為者と経済的に依存した関係にあることが多いといえる。また、違反行為者が市場支配的地位にある事業者である場合も多く、この場合には、被害者は、彼と取引を続行するか否かが、その事業活動にとって極めて重要な問題となっている場合が少なくないのであり、かかる場合には、違反行為者と被害者との間にいわゆる「経済的依存関係」が存在するといえることができるのである。したがって、被害者自らが違反行為の差止請求訴訟を提起することを望まない又はそれが困難であるという事情が存在するといえることができる。そこで、かかる被害者集団の構成員が属する一定の事業者団体に差止請求権が認められているのである。この点は、GWB上の事例において、最高裁判所判決も述べている点である。<sup>(351)</sup><sup>(352)</sup>

以上のように、UWG及びGWB上の団体訴訟の事例群を分類し検討してみると、いずれの類型においても、違反行為によって共通した被害を受けた集団が存在するにもかかわらず、その集団における共通の被害を受けた個々の被害者は、違反行為者との一定のそれぞれの関係に基づき、自らの権利を遂行することに対し、一定の障害となる事情を有しているということが出来る。それ故に、かかる共通の被害を受けた集団の構成員が属する一定の団体に差止請求権が認められると考えられるのである。

たしかに、集団の利益説に対しては、従来、前述のように、たった一人のいかなる集団構成員であっても団体に属していれば、その団体に差止請求権が認められうる点について、かかる場合に集団の利益と団体の利益との関係が希薄である点に批判が行われていた。しかし、前述した近時のUWGについての改正における理由書や最高裁判決等を参考にすると、被害者の集団的利益を代表していることを団体に要求することが妥当であると考えられるのである。したがって、定款上の目的と関係する違反行為により被害を受けた者の集団的利益を代表している団体は、違反行為が定款上の目的と関係することにより、団体固有の利益が侵害されたことを根拠として、請求権を有しうると思われるのである。それ故に、前述した批判を克服しうるといえる。

そこで、団体の請求権のための要件は、営業利益促進団体の場合については、第一に、営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体であることであり、その目的に従い実際に活動していることである。第二に、被害者集団の利益を代表するに足る事業者が団体に属することである。これは、主に、団体に属する被害者の数及び多大な売上げなどといった経済的重要性により判断されるものである。第三に、違反行為が団体の定款目的と関係することであると考えられる。UWG新八条三項二号における要件は、これら私見の請求権の要件とほぼ一致する。たしかに、前述のように、通説・判例は、規定上 (gesetzlich) の要件を訴訟要件と解しているが、給付訴訟において、

そもそも原告適格は、訴訟担当の場合を除いて、請求権を有すると主張する者に認められるものであり、独立に検討されるべきものではない。この民事訴訟法の原則は安易に覆されてはならないものである。そして、団体は構成員の請求権を訴訟担当するのではなく、固有の請求権を有すると考えられることは、現在の通説・判例であり、条文の文言も、現在においては、「請求権が生じる」とし、明文でそのことを定めている。したがって、規定上の要件は、実体法上の要件であると考えられるのである。

次に、消費者団体の場合については、請求権の要件は、第一に、消費者の利益の擁護を定款上の目的とする法人格ある団体であり、その目的に従い実際に活動していること、第二に、団体が被害者集団の利益を代表すること、第三に、違反行為が定款目的と関係することであると考えられる。もつとも、被害者の集団の利益を代表するといつても、前述のように、消費者被害は、一般的性格を有し、誰でも被害者となりうるものであるため、被害者の大多数が団体の構成員であることを要することは、現実的ではない。そこで、前述した規定において、団体がこれらの者のために活動していることが要されているといえるのである。このように、被害を受けた消費者集団の利益を代表していると考えられる団体に請求権が認められていると考えられるのである。もつとも、団体が規定上の要件を満たすからといって、常に個々の事例において、被害者集団の利益を代表しているとはいえない。行政庁のリストへの登録を証明することで、訴訟要件を具備するとみなされることについては、濫用の場合への配慮に欠け、妥当ではないとの批判がなされているところである。<sup>(33)</sup> また、規定上の要件を満たさないからといって、その団体が、常に、被害者集団の利益を代表していないともいえない。例えば、団体が、五〇人の構成員を有し、規定の七五人に満たないが、集団の利益を代表しているといえる場合がありえる。そこで、規定上の要件について、通説・判例のように、一律のものとして、訴訟要件と解するのではなく、団体に請求権があるといえる場合を示す一つの徴表であると解すべきである。近時は、

改正により、UWG新八条三項の規定の文言が、「請求権が主張されうる」から、「請求権は、以下の者に生じる」に変更されていることから、規定上の要件をこのように実体要件（実体適格 Sachlegitimation）と解することが、妥当である。<sup>(354)</sup> また、UWG二〇〇四年改正理由書は、規定上の要件を満たす消費者団体に、「一般的に請求権限があるといえる」としているのである。また、訴訟要件と解するのは、濫用的な提訴の場合に、職権で、上告審においても調査することができるようにするためであるが、前述した形で、濫用に対して、実体要件で対処しうるのであるから、そのように解する必要がないといえる。このように解することが、前述したように原告適格についての民事訴訟法上の原則に照らし、妥当である。なお、近時の高裁判決や有力な見解は、以下の点においては、訴訟要件と解しても、実体要件と解しても、差異がないとし、また、雇業者、商人、営業者、代理商、共同経営者の資格などといった請求権を根拠づける他の法律上の規定の要件と異なるものとして考えられるための正当性は認められないとして、営業利益促進団体に関する規定における所定の要件を実体要件と解している。すなわち、①請求棄却とされる場合にも、法律上の要件を満たさない原告からの提訴を排除するUWG旧一三条二項二号・新八条三項二号の趣旨は、十分考慮されていること。②UWG旧一三条の要件を満たさないことにより、請求が理由のないものとして棄却される場合にも、UWG一三条の要件を否定された団体が、新たな訴えを提起する場合に、それらの要件を満たすときには、既判力は新たな訴えの妨げとはならないこと。③それが比較的容易で迅速である場合に、訴訟手続上の要件を検討することなく、実体法上の審査により請求を棄却することが妥当であることである。<sup>(358)</sup> これは、営業利益促進団体についての議論であるが、消費者団体訴訟についても共通するものであり、参考に値する。この点の考察は、訴訟要件と解しても、実体要件と解しても差異はないことの論証に足りるのみであり、積極的に、実体要件と解する理由とはならないが、実体要件と解する場合のこれら諸点のデメリットがないことを明らかにしているといえる。

(3) 以上の点の他に、団体訴訟に関する近時の展開として注目すべきであるのは、第一に、違反行為者は違反行為により不当に多くの利益を獲得していることから、それを吐き出させる必要があるため、消費者団体及び営業利益促進団体に、新たに、UWG二〇〇四年大改正により、利益剝奪請求権(UWG一〇条)が認められたことである。<sup>(359)</sup>これについての詳細は、後述する。

第二に、従来から判例・学説によりUWG旧一条違反行為とされてきた迷惑メール等の「受忍(を要求)し得ない迷惑行為」が新たにUWG二〇〇四年改正によりUWG新七条に規定され、この行為による被害者、消費者団体及び営業利益促進団体の差止請求権の実効性を確保するために、発信者情報請求権(UKlaG一三条、一三条a、UWG新八条五項)が新設されている点である。<sup>(360)</sup>

第三に、従来から、通常、消費者センター総連盟や不正競争克服センターが行っていた実務の慣例を踏まえ、二〇〇四年におけるUWG大改正<sup>(361)</sup>により、UWG新一二条一項は、差止請求権の主張権限者は、債務者に、裁判手続の開始前に警告し、かつ、適切な違約罰により補強された差止義務の表明により、係争を調停に付す機会を与えるべきであると規定している。もともと、これは、法律上の義務ではない。

第四に、従来から、消費者団体は、構成員の損害賠償請求権等を訴訟担当することが認められてきたが、近時は、法律相談法(Rechtsberatungsgesetz)上、二〇〇一年の改正により、消費者保護の利益のために、一定の消費者団体が、構成員以外の消費者の損害賠償請求権等を訴訟担当すること等が認められている(同法一条三項八号)<sup>(362)</sup>。これにより、UWGなど消費者保護を目的とした法律に違反する行為に関し一定の消費者団体が消費者の請求権を訴訟担当等することが可能となっている。筆者が行ったVDRでのインタビューによると、すでに同法に基づく訴訟がいくつか行われており、損害賠償請求訴訟に勝訴した場合の金銭の分配については、個々の請求権者の消費者と消費者団体とが

協議で決定することである。

第五に、近時制定された書籍価格拘束法 (Buchpreisbindungsgesetz) においても、団体訴訟が新たに規定されている (書籍価格拘束法九条二項) 点である。これは、従来、価格拘束に関するGWBの適用除外制度 (GWB旧一六条) を前提とした書籍に関する契約による拘束価格に違反して安売りを行うアウトサイダーへの営業利益促進団体によるUWG旧一条 (一般条項) 違反に基づく提訴という構成から、書籍価格拘束法による価格拘束とそれに違反した者への同法上の営業利益促進団体等の差止及び損害賠償請求権という構成への変換を意味する。さらに、ここでは、書籍価格拘束法九条二項三号が、いわゆる書籍価格拘束受託者に差止請求権を認めている点<sup>(363)</sup>が、重要である。同法において、受託者は、受託者により代表される諸出版社及び輸入業者が、その数及び規模に従い書籍業界を代表していると考えられる場合にのみ、同法上の受託者として承認されうるものである。したがって、そのような受託者は、同法違反行為によって被害を受けた出版社等の利益を代表していることに基づき請求権を有すると考えられるのである。このように、団体以外の者に、一定の範囲の被害者の集団的利益を代表する形で請求権が認められることが行われているのである。<sup>(364)</sup>

(4) 次に、GWB上の団体訴訟の利用されている違反行為類型は、判例及び学説により、前述のように、当該規定に保護法規性があるとされる範囲において、妨害・差別行為 (GWB二〇条)、再販売価格維持行為 (GWB一四条)、不当廉売行為などの市場支配的事業者の濫用行為 (GWB一九条) が多く、市場支配的地位ないし相対的に優越的地位にある事業者の違反行為が中心であるといえる。<sup>(365)</sup>

GWB上の団体訴訟は、一九八〇年代までは、全く利用されなかったが、違反行為者と経済的に依存した関係にある個々の被害者の請求権を団体が訴訟担当するものであると団体訴訟制度を構成するのではなく、個々の被害者の請

求権の成否とは関係なく、団体が固有の請求権を有することが通説とされた頃から、利用され始めた。もつとも、年間二〜三件程度であり、あまり活発に利用されていない。その理由は、違反行為を差し止めるにはカルテル庁の行政処分があること、違反行為の立証ないし認定には、専門的知識を要することや市場状況を把握する必要があること等から、違反行為の立証が困難であること等があり、また、従来から、GWB上、消費者団体訴訟が認められていないところ、カルテルについては、市場参加者による自浄作用が期待できないことから、GWB上の団体訴訟は、十分機能しないと指摘<sup>(366)</sup>もある。

(5) このGWB上の団体訴訟の近時の展開としては、以下の点を挙げることができる。

第一に、一九八〇年代以降、GWB上の団体訴訟が利用され始めているのである。これは、支配的見解が、訴訟担当説から、団体が固有の請求権を有するとの見解に変更されたことが大きな要因であると考えられる<sup>(367)</sup>。

第二に、最高裁<sup>(368)</sup>が、GWB上の団体訴訟の趣旨は、経済的依存関係の存在ゆえに、自ら採ることを望まない又はそれが困難な措置を団体が行うことにあるとしている点である。これをGWB上の団体訴訟の趣旨であるとするのが、判例・通説である。しかし、前述のように近時の集団的利益の救済システムと捉える傾向、及び、従来においても、多数の営業者への被害が生じる場合に団体訴訟が利用されてきたのであり団体訴訟の趣旨としては、この点だけでは十分ではないといえる。経済的依存関係も含め、拡散的被害が生じる事例において存在する、いわゆる権利遂行障害事由を克服することが、GWB上の団体訴訟の趣旨であると捉えることが妥当である。すなわち、GWB上の団体訴訟の事例においては、GWB違反行為者と被害者は、取引関係や規制・被規制の関係にあり、かつ、多くの場合に、違反行為者は、市場支配的事業者または相対的に優越的地位にある事業者であることから、被害者は、違反行為者に対し、経済的に依存した関係にある。そこで、同法上の団体訴訟の趣旨について、違反行為者と経済的依存関係にあ



る被害者が、自ら採ることを望まないまたはそれが不可能である措置を団体が行うこととする連邦通常裁判所判決<sup>(369)</sup>が  
出されている。しかし、GWB上の団体訴訟の全事例を観察した結果、被害者と違反行為者の関係は、前述のような  
関係に尽きることはなく、互いに、競争関係にある事例もあり、その場合の団体訴訟の趣旨は、前記連邦通常裁判所  
の述べるところによっては説明されえないこと、これらの場合に、GWB違反による被害の特質として、多数の者に  
拡散して被害が生じるものであること及び、GWB上の団体訴訟については、UWGを範として導入され、発展して  
きたこと、ことに第七次改正により、GWB上の団体訴訟に関する規定（GWB新三三二条二項）は、営業利益促進団  
体訴訟に関し、UWG上の規定と同様のものとなったこと、及び、後述のように、近時の同法改正の議論において消  
費者団体訴訟の導入について検討された内容に鑑みると、前述したように、同法上の団体訴訟についても、UWG上  
の団体訴訟についてと同様に、被害者の集団的利益の救済システムと捉えることが妥当であると考えられるのである。<sup>(370)</sup>

なお、条約八一条及び八二条違反及びGWB違反にかかる民事訴訟の事例数については、欧州委員会の報告書<sup>(371)</sup>が把  
握している条約八一条及び八二条違反に関する一九九九年以降の一五九の事例のうち、一四〇件の手続が終結してお  
り、そのうち一一九件が裁判所の判決ないし決定を得た。損害賠償請求訴訟に限っていえば、このうち、たった三つ  
の事例で損害賠償請求が認容されているに過ぎない。また、六つの事例で、損害額については判決をせず、被告の損  
害賠償義務の存否のみ判断する中間判決が得られた。このうち、条約八一条・八二条違反とGWB違反が問題となっ  
たのは、一件であり、残りの八件は、GWB違反のみに基づくものであった。また、二〇件の事例で損害賠償請求が  
棄却されている。このうち五件は、条約八一条・八二条違反とGWB違反の両方が主張された事例であり、一五件が、  
GWB違反のみ主張された事例であった。係属中の一九の事例については、一〇の事例が、GWB違反に関するもの  
であり、三の事例が、条約八一条・八二条違反に関するものである。その余については、不明である。全体的な、勝

訴率は、一一九件のうち三三二件で、二六・八九％である。敗訴した五四の事例の内訳は、二七の事例について不明であり、一六の事例で違反が立証できなかつたのであり、六つの事例で、原告が保護法規による保護範囲内にはないとされ、二つの事例で、損害が立証されなかつたとして、請求が棄却されたのである。違反行為の内訳は、カルテル（約一二％）、差別・妨害・ボイコット（七一％）、再販売価格維持（一五％）であった。

第三に、GWB上も、GWB第七次改正により、違反行為者が故意ある違反行為により不当に得た利益を吐き出させる請求権が営業利益促進団体に新たに認められているのである。この利益剝奪請求権については、立法としては、まず、UWG上、UWG二〇〇四年大改正により、その導入が行われた。そこで、これについては、まず以下において検討することとする。

### 3 UWGへの利益剝奪請求権の導入<sup>(372)</sup>

(1) UWG違反行為には、フリーダイアルの案件や、いわゆる「上げ底包装」の事例などにおけるように、違反行為により、拡散した被害が生じやすいものが多いところ、従来から、UWG違反にかかる損害賠償請求権は、消費者個人には認められていない。たしかに、UWG大改正連邦政府案、修正案の目的規定<sup>(374)</sup>において、消費者もUWGの保護の目的とされ（新法においても、この目的規定が導入された）、UWG改正<sup>(375)</sup>にかかる幾つかの提案は、消費者にUWG違反<sup>(376)</sup>にかかる損害賠償請求権を立法により認めることを主張していたが、連邦政府の認めるところとはなっており、UWG新九条は、「三条に故意または過失をもって違反した者は、競争者に対し、そこから発生した損害を賠償する義務を負う。……」と規定し、UWG違反により被害を受けた消費者には損害賠償請求権が認められていないのである。これと同様に、消費者には、UWG違反行為に対する差止・除去請求権も認められていない（UWG新八条）。また、UWGの規定が、BGB八二三条二項の意味における保護法規であるか否かについては、これを否定するのが、

学説・判例<sup>(377)</sup>の立場であり、わずかに、例外的に、刑事罰を科す不正競争行為に関するUWG新一六ないし一九条規定は、民事法上の法律効果を排除する規定がない限り、UWGの他の規定とは異なって考えられ、保護法規であると考へる余地があるにすぎない<sup>(378)</sup>。したがって、例えば、UWG新三条などの規定は、民法八二三条二項にいう保護法規ではないため、UWG新三条違反等により被害を受けた消費者は、BGB八二三条二項にしたがった保護法規違反に基づき損害賠償請求権をも有し得ないのである<sup>(379)</sup>。

たしかに、前述したような事例において、民法上の不法行為に基づき、被害を受けた消費者には、損害賠償請求権等が生じうる<sup>(380)</sup>。しかし、この場合の個々の消費者の受けた被害は僅かであり、被害を受けた消費者は、十分な資力や法的知識等を持ち合わせていないことが多いことから、個々の被害者は、自ら、損害賠償請求訴訟等を提起することを望まなかったり、それを行うことが困難であることが多い。また、こういった事例においては、競争者に損害賠償請求権が必然的に生じるわけでもない。

このような法律状態において、競争業者や消費者団体や営業利益促進団体などからUWG違反行為の差止請求訴訟が提起され、違反行為が差止められるとしても、その時点までに、違反行為者は、違反行為により多くの不当な利益を獲得したままであり、これをなんらかの形で、吐き出させる必要があるのである。

そこで、以下みるように、UWG大改正担当官案及び連邦政府案は、一定の団体に、この利益を剝奪する権利を厳格な要件の下で認めたとのである。この点は、UWG二〇〇四年大改正の最も重要な点であるとされている。この連邦政府案における利益剝奪請求権については、連邦参議院から強い批判があったが、二〇〇四年三月二四日に、連邦議会の法律委員会により、修正案が提出され、二〇〇四年四月一日に連邦議会において、第二及び第三読会を経て、可決された。同法案は、その後、連邦参議院の同意を受けることはできなかったが、この同意は、成立のために必要で

はなく、その後、二〇〇四年六月一六日に連邦議会で可決され、七月三日に成立し、七月七日に官報に掲載されることにより公布され、その翌日から、施行された。

UWG二〇〇四年大改正により新たに導入された利益剝奪請求権の規定は、以下のとおりである。

UWG新一条一項「三条に故意をもって違反し、かつ、それにより多数の購入者の負担で利益(Gewinn)を獲得した者は、八条三項二号ないし四号にしたがい差止請求権の主張の権限を有する者によって、この利益の国庫への返還を請求されうる。」

UWG新一条二項「債務者が違反行為に基づいて第三者又は国家にもたらした給付は、利益に算入されねばならない。債務者がそのような給付を一項に従った請求の履行後もたらした場合に限り、権限ある連邦機関は、支払われた利益を証明された額について債務者に返還しなければならない。」

UWG新一条三項「複数の債権者により利益の請求がなされる場合には、民法四二八条ないし四三〇条の規定が適用される。」

UWG新一条四項「債権者は、権限ある連邦機関(Stelle)に、一項に従った請求権の主張について情報を提供しなければならない。債権者は、権限ある機関に、その請求の主張のために要される費用の賠償を以下のときに限り要求しうる。すなわち、債権者が、債務者から清算金(Ausgleich)を得られないときにである。この賠償請求権は、国庫に納められた利益の額を限度とする。」

UWG新一条五項「二項及び四項の意味における権限ある機関は、司法省の専門監督下におかれる限りで、連邦行政庁である。連邦政府は、連邦参議院の同意を要さない法規則により、二項及び四項に従った任務を他の連邦官庁またはその他の公の連邦機関へ委譲する権限を与えられる。」

このようにUWG違反行為者が得た利益を剝奪し、国庫へ支払いを命じることを請求する権利が、UWG上、営業利益促進団体、消費者団体及び商工会議所又は手工業会議所に認められているのである。

## (2) 立法趣旨

第一に、この利益剝奪請求権の立法趣旨は、以下の点にある。

まず、競争法違反行為は、それにより多数の購入者が被害を受けるといふ特質を有するものである。例えば、法的根拠のない比較的少額の金銭の徴収、欺瞞広告に基づく契約の締結、偽造品並びにいわゆる上げ底包装の事例におけるように、少額の範囲において損害が留まる場合に、損害が少額か否かを問わず、そもそも、UWG上、被害者である消費者個人に損害賠償請求権が認められておらず、又、消費者個人は、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権を有するものの、被害者は、自ら訴訟提起するための費用が、その損害と比べて大きいものであるため、通常、自ら訴訟提起することはない。また、違反行為者の競争者は、これらの事例において、必然的に損害賠償請求権を有するわけではない。したがって、違反行為者が——差止めの仮処分命令を受けるまでに——獲得した利益を保持することが許されているのである。このように権利を主張することができないということが、新一〇条により排斥されるべきなのである。

次に、UWG二〇〇四年改正担当官案理由書及び連邦政府案理由書において一貫して指摘されているように、UWG違反により、多数の者に拡散する被害を生じる事例において、個々の被害者には、損害賠償請求権が生じないことに鑑み、一定の団体に利益剝奪請求権を認めることにより、違反行為への威嚇効果を生じさせ、これによって違反行為者にサンクションを課すところに、その趣旨があるのである。この点は、従来、団体の差止請求権の成立にかかる理論構成について、被害者の集団的利益が侵害された場合に、その集団的利益を代表する団体が請求権を有するとい

う考え方と一致するものである。<sup>(381)</sup>

そして、これにより、違反行為者は違反をしても儲からないものとする点に、本条の立法趣旨がある。<sup>(382)</sup>

(3) 法的性質について一

第二に、利益剥奪請求権は、不法行為に基づく従来の損害賠償請求権でもなく、不当利得返還請求権でもない点である。

まず、利益剥奪請求権は、個人の損害の填補に資するものではない。また、多数の購入者の損害要件は、経済的に悪化された地位が生じることで足りるものである。さらに、違反行為者の得た利益を徴収するものである。又、その支払い先が国庫に指定されているのである。これらの点に鑑み、不法行為に基づく従来の損害賠償請求権とは異なるものであるといえる。

次に、多数の購入者の損害を意味する「多数の購入者の負担」要件が、利益法上の概念であること（BGB八二二条参照）から、利益剥奪請求権と、民法上の不当利得返還請求権（BGB八一一条）との異同が問題となる。

たしかに、利益剥奪請求権は、第三者の負担で不当に獲得された利益の剥奪を目的とすることから、民法上の不当利得と同様の目的を有している。しかし、利益剥奪請求権は、前述した意味における多数の購入者の損害を生じるUWG違反行為に対して向けられている点で、民法上の不当利得とは異なる。<sup>(383)</sup>「負担」の文言が、BGB八一一条とは異なる「zu Lasten」に変更されているのである。また、当該行為が、UWG違反となるに過ぎず、無効となるわけではない。UWG違反行為は、BGB八一一条の構成要件を極めてまれに満たすに過ぎない。<sup>(384)</sup>すなわち、UWG旧一七条・一八条及び無体財産類似の保護から与えられるUWG上の業績及び標章保護の事例のみにおいてである。したがって、利益剥奪請求権は、これらの場合を超えて、UWG違反行為により多数の購入者の損害が生じた場合に、民法上の不

当利得返還請求権の成否とは関係なく、広く、成立するものであり、前述した趣旨に基づき、利益剥奪請求権を本改正により導入することにより、こういった場合の不当に獲得された利益に関し、調整を行なうことを可能としたものであると考えられる。このように、利益剥奪請求権は、不法行為に基づく従来の損害賠償請求権でもなく、不当利得返還請求権でもない特殊な請求権である。<sup>(385)</sup>

違反者が違反行為により獲得した利益をこの請求権により剥奪することが認められるのは、理由書の述べるように、すでに特許法等において、侵害者の得た利益を被侵害者の損害と推定することが判例上行なわれていること<sup>(386)</sup>から、UWGにおける利益剥奪請求権においても、前述のように違反者の得た利益を多数の購入者の損害であると考えられることに基づくものである。この点も含め、今後の展開を踏まえて検討する必要がある。

#### (4) 法的性質について二

第三に、利益剥奪請求権を刑罰であると捉えることはできない点である。連邦政府案理由書は、刑事罰的性格についての当初の担当官案理由書の記述を削除しているのである。これは、以下の二点に基づくものと考えられる。

まず、そのような捉え方は、以下の意味におけるドイツ法の基本原則に反する点である。すなわち、連邦通常裁判所は、一九九二年における判決<sup>(387)</sup>において、懲罰的損害にかかるアメリカ合衆国の判決のZPO三二八条一項四号による承認を禁止しているのである。すなわち、同判決は、「処罰及び——責任に相応しい——威嚇は、罰金として国家へ納められる刑事罰の目的であり、民事法の目的ではない。」としたのである。たしかに、担当官案理由書は、利益剥奪請求権による「威嚇効果」や、同請求権が刑罰的性格を有することに言及し、Micklitz及びStadlerは、「威嚇」を利益剥奪請求権の根拠とし、同請求権は、「国庫のために火中の栗を拾う」ためのものであるとし、かつて、マロッケが、差止請求権について論じたのと同様に、公の利益の主張のためのものであると捉えている。<sup>(388)</sup>しかし、このような純粹

な刑事罰としての性格づけは、前述した意味におけるドイツ法の基本原則に反するものであり、妥当ではない。もつとも、これにより、予防目的、及び、立法理由書が述べているように、違反行為により利益を儲けさせなくする目的を有する利益剝奪請求権の事実上の刑事罰的性格は失われない。<sup>(390)</sup>

次に、UWG大改正連邦政府案一六条ないし一九条の刑事罰規定に重ねて、一般条項(旧一条、新三条)違反にも、刑事罰としての利益剝奪請求がなされることになることは、GG一〇三条三項における憲法上の二重処罰(Mehrfachbestrafung)の禁止に反することとなる点である。<sup>(391)</sup>

#### (5) 主観的要件

第四に、違反行為者の主観的要件に関する点である。これについては、担当官案においては、行為者には、「故意又は重過失」が要されていたのに対し、連邦政府案においては、「故意」が要されているのである。連邦政府案理由書が述べるように、これは、不正競争防止法違反行為については、違法か否かにかかる限界領域についての判断が難しく、過失が認められる場合が多いため、その場合にも利益剝奪請求権を認めると、経済への負担が大きくなることに鑑み、故意の場合のみとしたものである。たしかに、担当官案理由書において述べられていた利益剝奪請求権の刑罰的性格ゆえ、重過失を削除せよとの主張もあつたが、前述のように、同請求権は刑罰的性格を有さないものと理解され、このように、経済への負担への配慮により、「重過失」が削除されたのである。

#### (6) 利益の算定と法治国家の原則

第五に、連邦参議院は、利益の算定について、従来の情報請求訴訟は手続の煩雑化を生じ、当事者に著しい費用を必要としてきたのであり、また、裁判所の著しい負担となるため、統計に基づく裁判所の自由裁量により、利益の算定が行われるべきであるとし、利益法的な概念である「多数の購入者の負担」要件を削除することを主張した。しか



し、連邦政府は、かかる見解は、実際の利益よりも上回る金額を違反行為者から剥奪する場合を許容するものであり、法治国家の原則に反し、妥当ではないとし、ZPO二八七条により、利益の算定ができる限り正確に行なわれるべきであるとしたのである。この点は、我が国における独占禁止法上の従来課徴金制度は、不当な利得の限度で金銭を違反行為者から徴収するものとされているにもかかわらず、一律の算定率を採用している（独占禁止法七条の二）ことも関係し、重要であるように思われる。

#### (7) 利益の国庫への帰属

第六に、利益が国庫に納められることとされている点である。UWG大改正連邦政府案一〇条四項においては、団体にまず利益が支払われ、その後、その利益を団体が国庫に納めるべきとされていた。担当官案及び連邦政府案は、団体は、公の資金援助を受けていることから、この点を妥当とした。これに対し、管轄委員会の助言及び連邦参議院の意見表明は、<sup>(394)</sup>これにより、制度全体が効果を失うと批判し、かかる利益は団体に帰属するべきとした。しかし、これに対し、連邦政府は、請求権が適切でない収入獲得目的で主張されることを回避するために、この点は妥当であるとして<sup>(395)</sup>いるのである。

たしかに、利益剥奪請求権が、民事法上の請求権であるにもかかわらず、差止請求権の場合とは異なり、公的資金援助を受けている消費者団体のみに認められるとするには、なんらかの理由が必要であったであろうし、立法者が、そのような区別を行なわなかったのは、民事法上の請求権の他の場合（差止請求権の場合）との関係上、妥当であるように思われる。しかし、そうになると、前述のように、公の資金援助を受けていない団体が、利益剥奪請求権により獲得した金員を、なぜ国庫に納めなければならないのかが疑問でもある。この疑問は、前述のように、修正案及び成立法一〇条一項により、利益は、直接、国庫に納められることとされていることにより、変更されない。しかし、収

入獲得目的での主張の回避のために、公の資金援助を受けていない他の団体は、この点について、甘受せざるを得ないのである。

#### (8) 調整規定

第七に、利益剥奪請求権と損害賠償請求権及び刑事罰との調整規定（UWG改正連邦政府案一〇条二項二文・四項、修正案及び成立法一〇条二項二文・四項）についてである。この点について、連邦参議院の意見表明は、①刑事罰が科される違反行為の場合におけるUWG改正連邦政府案一〇条二項二文の返還義務について、犯罪者に特権を与えることになること、②一〇条二項及び四項は、手続を煩雑化し、司法の不必要な負担を生じさせることに基づき、連邦政府案一〇条二項二文及び四項による利益の返還義務は不合理であるとした。<sup>(396)</sup>

これに対し、連邦政府は、①不正行為が儲かるものであってはならないとの利益剥奪請求権の立法目的は、刑事罰が科される場合には、達せられるため、返還義務は必要であり、特権ではないこと、②これによる裁判所の過度な負担は明白ではないことに基づき、かかる返還義務は不合理なものではないとしたのである。<sup>(397)</sup>もつとも、この②の手続の煩雑化の点については、UWG大改正修正案及び新法一〇条一項は、直接、利益が国庫に納められることとすることにより、解決している。

#### (9) 実効性について

第八に、利益剥奪請求権の実効性についてである。たしかに、前述のように、利益剥奪請求権の主張が、収入獲得目的で濫用されることを防止するために、直接、国庫に利益は支払われることとされている。しかし、連邦政府の意見表明<sup>(398)</sup>においても指摘されているように、従来、団体の差止請求権は、資金上の刺激がないにもかかわらず、十分、利用されてきたのであり、この点により、本規定が実務で十分に利用されなくなるとはいえない。

むしろ、違反行為者は、外国に居住したり、しばしば、所在地や会社名等を変更するため、利益剥奪請求権を主張することを望む者は、まれにしか違反行為者を把握しえず、またそこにおいて、彼らに情報及び支払いを要求することは困難である点が、本請求権の実効性の点で懸念されうる。

しかし、従来から団体に認められていた差止請求権に加え、利益剥奪請求権も認められることにより、団体は、訴訟提起前に、一連の警告などにかかる処理を、従来に比し、強い圧力をもって行なうるのであり、これにより、違反行為の抑止効果が得られるといえる。

#### 4 GWB第七次改正

二〇〇五年におけるGWB第七次改正においては、前述したEUにおける競争法違反にかかる私訴の促進政策を背景として、民事的救済制度の拡充を含めたサンクション体系の見直し<sup>(399)</sup>が、大きなテーマとなっている。

GWB第七次改正<sup>(401)</sup>については、経済労働省の担当官案<sup>(402)</sup>（二〇〇三年一月）、連邦政府案<sup>(400)</sup>（二〇〇四年五月）、連邦政府修正案等<sup>(401)</sup>があり、これらにおいては、多くの重要な論点について、その結論が二転三転している。そこで、以下では、民事的救済制度の強化に関し、経済労働省担当官案（二〇〇三年一月）、連邦政府案（二〇〇四年五月）、連邦政府修正案（二〇〇五年三月）及び成立法（二〇〇五年六月一六日）を紹介し、検討することにより、それらの論点に係る議論状況を把握したい<sup>(403)</sup>。新法は、二〇〇五年七月一日から施行されている（BGBl. 2005 Teil I Nr. 42, S. 1954.）。

##### (1) 経済労働省担当官案

民事的救済制度を含むサンクション制度の改正について、経済労働省担当官案（以下、担当官案という）の理由書二四頁は、以下の点が重要なものであるとしている。

「カルテル法違反の場合のサンクションに関し、法案は、以下の点を予定する。第一に、カルテル法上の差止及び損害賠償請求権の強化であり、第二に、従来の超過利得の剝奪を、違反により獲得した経済的利益の剝奪にまで拡大することであり、第三に、団体及び登録組織（消費者団体—筆者注）による利益剝奪請求権の導入である。

従来の行政的適用免除システムの廃止及び包括的適用除外（Legal Ausnahme）制度によるその補完は、競争制限的協定及び行為様式に対する官庁のコントロールの過度な集中を減少させるものである。しかし、これにより、競争の保護への損失があつてはならない。したがって、追加的な著しい威嚇効果が生じる効果的民事法上のサンクションシステムが構築されるべきである。これは、欧州委員会が、新しい包括的適用除外（Legal Ausnahme）制度における競争の保護のより良き効果のために行なつた提案に相応しい。アメリカ合衆国においても、民事的サンクションは、サンクションシステムの重要な部分を占めている。このことは、通常、民事法上の損害賠償請求訴訟が、官庁ないし裁判所のサンクションと並行する競争法上の中核的制限（いわゆる『ハード・コア』の領域）に対する違反についてのみならず、官庁が事情により訴追を行わず、かつ、民事法上の損害賠償請求権が、唯一のサンクションとなるその他の事例についても妥当する。民事法上のサンクションは、法案により、多くの方法で拡大され、かつ、強化される。本質的に新たな点は、とりわけ以下のとおりである。

現行法においても規定されていた差止請求権は、将来においては、被害者自身又は経済団体からのみならず、登録された組織、すなわち、とくに、消費者保護組織からも主張されうることとなる。これは、競争が常に消費者にも資するものであり、かつ、UWGにおいて実証された権利保護システムと関連する事情を考慮したものである。

法案三三三条三項に従つた損害賠償請求権は、被害者の有効な補償（Ausgleich）を確保し、かつ、同時に、威嚇的効果を強化するために、現行法に比して、その地位が高められる。一方で、アメリカ法を模範とし（いわゆる『パッシ

ング・オン・ディフェンス」、損害の算定に関して、明確化を予定している。被害者が、引き上げられた購入価格により生じた損害を、完全又は部分的に、その購入者への転売により転嫁するときに、利益の補償について、加害者は、それにより、損害が減少したということを引き合いに出すことはできない。さらに、被害者は、その具体的損害の主張の代わりに、カルテル法違反により、被害者から獲得された利益の返還を要求しうる。最後に、損害発生時からの損害賠償請求権の利息が定められる。損害賠償請求権の主張は、カルテル庁の判断の事実効及びカルテル手続が係属している場合の時効停止 (Hemmung) により強化される。損害賠償請求権の威嚇効果は、民事法手続が、しばしば、まず官庁の手続の終結後に行われるという (いわゆる『フォロー・オン』訴訟) ことにより、問題とされはしない。その威嚇効果は、むしろ『行為者』がカルテル法違反により獲得した利益を維持しうる機会を全く失わせるか、又は僅かにしか与えないかということを意味することにおいて存する。したがって、十分な威嚇を引き出すために、競争違反を生じさせた『カルテル利潤 (Kartellrendite)』が剝奪されることが、重要なのである。このことは、通常、被害者によりなされるものである。その場合に、同時に、すでに生じた損害の補填もなされる。したがって、法案三三三條に従った損害賠償は、民事法上のサンクション・システムにおいて、より優位にある。」

このように、担当官案は欧州委員会による前述した方針転換により、行政庁による条約八一条・八二条に関する規制を補完するものとして、従来よりも多くの比重をもって民事的救済制度が用いられることとなったため、それにより、十分に、違反行為を抑止することができなくなることを危惧し、以下の点により、損害賠償請求権の威嚇効果を強化し、その地位を向上させることとしているのである。すなわち、第一に、消費者団体訴訟の導入である。第二に、パッシング・オン・ディフェンスについて、損害の転嫁の事例では、転嫁により損害は減少しないとすることである。但し、この損害の転嫁の点は、後述するように、その後の議論において、変更がなされているため、注意を要する。

第三に、カルテル庁の手続の係属により損害賠償請求権の時効が停止することである。第四に、利益剥奪請求権の導入により民事的救済を強化することが予定されたのである。

イ 担当官案三三三条担当官案三三三条一項は、「本法の規定、欧州共同体条約八一条又は八二条、又は、カルテル庁の処分違反した者は、被害者に対し、除去の義務及び反復の危険のある場合には差止の義務を負う。差止請求権は、違反行為が脅かされているときに、すでに生じる。競争者として、又はその他の市場参加者として違反により阻害される者は、被害者である。」と規定する。

担当官案理由書五一頁以下は、法案三三三条一項について、「法案は、さしあたり、カルテル法違反の場合に、反復の危険のある事例における差止請求権と並んで、除去請求権をも主張されうることを明確化する。これらの請求権は、現行法上、BGB一〇〇四条の類推適用に基づいて、認められてきたものである。将来において、請求権限の要件として要求されていた保護法規違反の要求は、廃止される。原則として、カルテル法の規定及びカルテル庁の処分は、制度としての競争の保護と並んで、個人的利益の保護にも資するという点から出発しなければならない。そこにおいては、将来的に、欧州共同体条約の競争法の規定もまた含まれる。請求権限のための決定的基準は、除去ないし差止請求権の主張の事例において、具体的な、すなわち、とりわけ直接的な関係性 (Betroffenheit) である。それ故に、第二文は、被害者 (Betroffenen) を、カルテル法違反行為により阻害される全ての競争者又はその他の市場参加者と定義するのである。第三項に従った損害賠償請求権の主張にも、これは適用される。保護法規の要求の廃止により、将来的に、過去においてこの要求に基づき導かれた請求権限の制限は、なくなる。したがって、たとえカルテル協定が、その購入者又は供給者に対して向けられていなくとも、その購入者又は供給者もまた、請求権限を有するのである。これに対し、合併規制については、従来の特則 (特に、三六条及び四二条) が存続する。競争法上の合併調査



次に、担当官案三三二条二項は、「一項に基づく請求権は、以下の者からも主張されうる。一号 営業上又は自営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上または自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実に果たすことができる限りで、しかも、違反行為がその団体の諸構成員の利益と関係する限りで。二号 資格ある組織で、差止訴訟法第四条による資格ある組織のリスト、または消費者の利益保護のための差止訴訟に関する一九九八年五月一九日の欧州議会及び欧州理事会指令第四条に基づく欧州委員会のリストに登録されていることを証明した者。」と規定する。

担当官案理由書五一頁以下は、この担当官案三三二条二項について、「除去及び差止請求権の主張について、請求権限の範囲は、抽象的被害者 (Betroffene) にまで拡大される。ここでは、従来の規定においてと同様に、法人格ある営業又は自営業上の利益保護団体が属する。新たに、差止訴訟法四条に従ったリスト又は一九九八年五月一九日の欧州指令 (ABl. EG L166, S. 51) 四条に従った欧州委員会のリストに登録した組織であることを証明した組織も含まれる。これは、第一義的に、消費者保護団体である。したがって、法案は、競争制限防止法は、有効な競争の確保によって、消費者の利益も保護することを考慮したのである。」と述べている。

このように、本規定はUWG新八条三項とほぼ同様であり、GWBは、有効な競争の確保によって消費者の利益も保護することに資することに鑑み、GWB上、消費者団体訴訟を導入する予定であったのである。しかし、後述するように、改正法成立直前で消費者団体訴訟については削除されたため、注意を要する。

担当官案三三二条三項は、「一項に従った違反を故意又は過失をもって行った者は、被害者に対し、それにより生じた損害を賠償する義務を負う。引き上げられた価格で商品又は役務を被害者が購入したことに損害が存する場合には、



損害は、その商品又は役務の転売により減少しない。被害者は、損害賠償請求の地位において、その事業者が違反により獲得した利益について、分割された (anteilig) 利益及びこの利益についての決算報告書を請求しうる。一文又は三文に従った金銭債務について、事業者は、損害発生後における利息の支払いも課される。BGB二八八条及び二八九条一文は、「準用される。」と規定する。

担当官案理由書五二頁以下は、この担当官案三三三三三項について、「本規定は、カルテル法上の損害賠償請求権を規定する。保護法規違反は、一文に従い、ここにおいても、もはや請求権限のための要件ではない。

従来と同様に、損害賠償請求権は、加害者の有責性を要求する。ここでは、判例が、——過失ある行為を排除した——有責性のない法律上の錯誤に高度な要求を行なっていることが重要である。したがって、カルテル法において、有責性は、錯誤に陥った者が、通常要される注意 (Sorgfalt) を適用される場合に、裁判所による他の判決を当てにすることができないときにのみ、否定されるべきである (連邦通常裁判所一九八六年一月一六日決定 Taxizentrale Essen, WuW/E BGH 2341, 2344)。これらの事情の下で、事業者には、競争を制限する可能性のある協定の締結又は行為様式の実施前に、意図された協定又は行為様式のカルテル法上の適法性を明白にするために、全ての要求しうる努力を行なうことが、求められる。この場合に、疑いのある事例においては、管轄権のあるカルテル庁における相互的な協議が、とりわけ意義を有する。

損害の算定について、二文は、以下のことを明らかにする。すなわち、被害を受けた商品又は役務の購入者は、引き上げられた購入費用 (Einstandskosten) を彼の側で購入者に負担させうるときにも損害を請求しうることである。このことは、アメリカ法におけるいわゆる『パッシング・オン・ディフェンス』の原則に相応しい。ドイツ法においても、損害賠償法の一般原則に従い、利益の補償は、加害事由と被害者における不利益との間の相当因果関係が存在

し、算入が損害賠償の目的に相応しく、かつ、加害者が不当に責任を免れることがない場合にのみ問題となるものである。したがって、カルテル法違反の場合の利益の補償は、適切とは考えられないものである。一方で、カルテル法違反は、後の協定最終購入者価格の必須条件とは、常にはいえない。しかし、とりわけ、獲得された利益の算入は、カルテル法上の損害賠償請求権の目的に相応しくない。この目的は、原状回復と並んで、同時にカルテル法違反の威嚇及び第三者の負担（損失 zu Lasten）で獲得した利益の引渡に資するものである。利益の補償の承認は、この目的と矛盾する。したがって、他の法律の模範（B G B 八四三条四項参照）におけるのと同様に、利益の補償は、この場合には、明文で排斥されるのである。

他方で、B G B 二四九条以下に従った具体的損害の算定について、被害者には、三文において、加害者がカルテル法違反により獲得した利益を要求する権利が認められている。被害者は、この場合に、獲得された利益が、彼に生じた具体的損害に相応しいということを立証する必要がない。これにより訴追が容易化されるのである。損害の算定のオルタナティブな形式の導入は、とりわけ、U W G 一条に従った営業上の権利保護及び補完的業績保護の模範に相応しい。そこにおいては、B G B 二四九条以下に従った損害の算定の代わりに、違反者の利益の引渡は、公認の選択可能性である。目的は、とりわけ、以下の事例において、請求権の主張を容易化することにある。すなわち、差額方式により損害算定の基礎としての仮定的市場価格の調査が、極めて困難である事例である。この場合に、利益は、原則として、役務の生産費用並びに販売費用を除いた売上げの損失に基づき、算定される。間接費用又は競争法違反行為がなくても生じたその他の営業販売費用は、除外されえない。

多数の被害者の存在する事例においては、個々の被害者には、分割された利益の引渡の請求権のみが生じる。分割の額は、被害者に対するカルテル法違反ないし、彼との後続する契約による利益に従い決定される。分割された利益

の引渡の請求権は、決算報告請求権と共に、追加的に行われる。損害の算定が遅延することにより、加害者が利益を獲得することを避けるために、四文において、損害発生後の金銭債務 (Geldschuld) の利息負担義務が導入される。

これは、同様に、民事法上の損害賠償請求権の威嚇的性格の強化の目的に資する。結局のところ、その他の法的根拠に基づく、さらなる利息請求権は、手付かずのままである。」と述べている。

このように、第一に、保護法規性の要求の廃止は、損害賠償請求権に関しても当てはまるものである。

第二に、損害賠償請求権の要件である有責性に関し、有責性のない法律上の錯誤に関する点である。これについては、後述する。

第三に、パッシング・オン・ディフェンスについてである。担当官案三三条三項において、後述する連邦政府案とは異なる点は、パッシング・オン・ディフェンスについてである。すなわち、この理由書の述べるように、GWB上の損害賠償請求権の威嚇的效果を強め、その地位を高めるために、「引き上げられた価格で商品又は役務を購入したことに損害が存する場合に、損害は、商品また役務の転売により減少しない」としているのである。後述するように、連邦政府案においては、この文言は削除され、その後、連邦政府修正案では、かかる「損害は、排除されない」とさされているため、注意を要する。

第四に、損害賠償請求の額を加害者が得た利益の額により推定することが規定され、これにより訴追の容易化が図られているのである。これについて、その後の議論で若干の変更はあるものの成立法において、維持されている。

第五に、損害の算定が遅延することによって、加害者が利益を獲得することを回避するために、損害発生後の利息を加害者が負担することとしているのである。これは、損害賠償請求権の威嚇的效果を強化することに資するものである。この点も成立法において維持されている。

さらに、担当官案三三条四項は、「本法の規定又は欧州共同体条約八一条又は八二条違反に基づき、損害賠償請求訴訟が提起された場合に、裁判所は、違反の存在を認定したカルテル庁の確定決定又は、欧州共同体委員会又は他の欧州共同体加盟国の競争当局又は同等の裁判所の判断に拘束される。同様のことが、一文に従った判断の取消訴訟の裁判所の既判力ある判断にも妥当する。」と規定する。

担当官案理由書五三頁以下は、この担当官案三三条四項について、「本規定によって、いわゆる『フォロー・オン』訴訟のための事実効が導入される。本法の規定又は欧州共同体条約八一条又は八二条違反による被害者が、損害賠償を請求した場合に、裁判所は、同一違反が、ドイツ・カルテル庁又は、他の欧州共同体加盟国における競争当局の確定した判断又は他の欧州共同体加盟国における裁判所の既判力ある判断によって、認定されているときに、被害者のために、違反の認定に拘束される。これらは、通常、ドイツのカルテル庁、欧州委員会、又は、他の加盟国の競争当局の判断である。しかし、又、幾つかの加盟国で採用されている行政又は過料法上の裁判所による第一次的判断もこれに含まれる。拘束力は、行政又は過料法上の第一次的判断の取消訴訟の裁判所の既判力ある判断にも関係する。欧州委員会の行政又は過料の判断は、民事手続において、すでに、二〇〇三年新規則（VOI/2003）一六条一項の範囲で、裁判所により考慮されうることとなっている。第四項は、その限りで、明確化の意義のみを有する。事実効は、カルテル法違反の認定とのみ関係する。全てのさらなる問題、とりわけ、損害の因果関係及び損害額の算定については、裁判所は、自由な証拠評価を行なうものである。事実効は、とりわけ、地域的観点における競争当局の判断の効果と同様の範囲で及ぶに過ぎない。拘束効は、その都度、競争当局の領域において効果を有する競争制限のみを把握する。さらに、拘束効は、競争違反の認定に限定される。外国の競争当局の判断は、したがって、例えば、ドイツにおいて生じた損害について、拘束効を有さない。」と述べている。

このように、前述したマスターフーズ事件欧州裁判所二〇〇〇年二月一四日判決（C-344-98）に従い、EC条約一〇条（旧五条）の原則に則り、また、二〇〇三年新規規則（VO 1/2003）一六条一項と同様に、欧州委員会の決定は、違反行為の認定について、拘束力を有すると規定しているのである。この拘束力は、ここで述べられているように、あくまで事実効であることに注意が必要である。また、同様の効果は、ドイツにおけるカルテル庁の決定についても妥当するとされているのである。

担当官案三三三条五項は、「二項に従った損害賠償請求権の時効は、カルテル庁が一項の意味での違反ゆえに、又は、欧州共同体委員会又は他の欧州共同体加盟国の競争当局が、欧州共同体条約八一条又は八二条違反ゆえに手続を開始した場合に、停止する（hemmen）。BGB二〇四条二項は、準用される。」と規定する。

この担当官案三三三条五項について、担当官案理由書五三頁以下は、「カルテル法上の損害賠償請求権の遂行可能性の強化のために、この請求権の時効は、以下のときに停止する（hemmen）。すなわち、カルテル庁が一項の意味における違反ゆえに、又は、欧州委員会又は他の加盟国の競争当局が欧州共同体条約八一条又は八二条違反に基づき、手続を開始したときである。したがって、個人の被害者は、実際に、四項に従った事実効の恩恵に授かることができ、かつ、例えば、長引く過料手続の経過後に、民事法上の損害賠償請求権が時効により消滅することがないのである。」と述べている。

#### ロ 担当官案三三三条 a —— 利益剥奪請求権の導入

担当官案三三三条 a 第一項は、以下のように規定し、前述したUWG上の利益剥奪請求権と同様の請求権をGWB上、導入している。すなわち、「カルテル庁が、三四条一項又は本法八一条三項三文に關し秩序維持法二九条 a に従った没収（Verfall）を命じない限りで、本法三三三条二項二文及び三文にいう団体及び資格者組織は、違反行為を三三三条一項

の意味で故意に行い、かつ、それにより、多数の被害者の負担で (auf Kosten) 経済的利益を獲得した者に、適切な金額の支払いを請求することができる。」と規定するのである。

担当官案理由書五五頁以下は、この担当官案三四条a第一項について、以下のように述べている。

「第一項は、団体及び資格組織による利益剥奪のための請求権の根拠を規定する。この請求権は、カルテル庁による経済的利益の剥奪 (三四条) 又は没収命令 (本法八一条三項、秩序違反法二九条a) に対し、補完的なものである。

構成要件は、——UWGの法案と同様に——故意の違反行為を要件とする。したがって、利益の剥奪は、とりわけ、参加事業者の故意ある行為が、通常、立証される競争法上のコア的制限 (いわゆるハードコアの事例) に、実際上、関係する。

GWB違反行為によって、違反行為者は、経済的利益を多数の被害者の負担で獲得してきた。これにより、利益剥奪が、特に、危険なカルテル法違反行為に対してのみ、向けられていることが明白となる。すなわち、市場参加者の大多数が関係する広範囲の効果を伴う行為についてである。これらの事例では、威嚇効果の強化のために、同種の、とりわけ危険なカルテル法違反行為による経済的利益を団体が剥奪しうるものが正当化される。

損失 (負担) で (auf Kosten) のメルクマールにより、経済的利益の獲得が、直接的に、市場参加者の財産上の不利益に対応しているときにのみ、要件は、把握することが明らかとされている。そのために、いかなる経済的な悪化した地位でも十分である。経済的な悪化した地位の認定において、違反行為によりもたらされた反対給付が考慮されねばならない。

本法三三条二項二号及び三号に掲げられた諸団体は、実体適格 (請求権限) を有する。このことは、UWG一〇条の法案に相應しい。

請求額は、競争違反行為により購入者の負担で (auf Kosten) 獲得された経済的利益に従い決定される。三四条の範囲においてと同様に、この場合に、秩序違反法一七条四項の原則が適切に適用されねばならない。経済的利益の額について、争いがある場合には、かかる利益は、ZPO二八七条に従い、評価されうる。」と述べている。

次に、担当官案三四条a第二項は、「事業者が、違反行為に基づき関係者にもたらした給付は、請求に含まれる。本法三四条二項二文は適用される。」と規定する。

この担当官案三四条a第二項について、担当官案理由書五六頁以下は、「二文は、利益剥奪と個人的賠償請求権との関係を規定する。ここでは、この規定は、個人的損害賠償請求権は、優先的に満足されねばならないことを明らかにしている。被害者が、自ら賠償を獲得する限り、団体による請求権の主張の必要はない。それゆえに、二三条に従いもたらされる損害賠償給付は、経済的利益の算定において減じられねばならない。この請求権は、加害者が違反行為に基づき導かれた法的係争のために支払った費用により減少されない。そうでなければ、違反行為者は、費用を支出するための訴訟を提起する刺激を有することになるからである。

二文は、利益剥奪請求権が功を奏し、満足された後に、事業者が、競争者又は購入者の個人的請求権に応じる事例を考慮するものである。どのような順序で請求が立てられるかということは、重要ではないのだから、(利益剥奪により—筆者注)支払われた利益は、支払い後に給付されたこれらの請求権の支払額で引き渡されねばならない。本法三四条二項二文は、その限りで、適切に適用される。強制執行の範囲で、ZPO七六七条により、これは主張されうる。」と述べている。

さらに、担当官案三四条a第三項は、「多数の債権者が利益剥奪を請求した場合には、BGB四二八条ないし四三〇条の規定が適用される。」と規定する。この担当官案理由書五六頁は、担当官案三四条a第二項について、「多数の権

利者が請求権を主張する事例については、BGBの連帯債権者の規定が適用される。」と述べている。

担当官案三四条a第四項は、「団体及び資格組織は、獲得した金銭を請求権の主張のために要した費用を差引いて、連邦カルテル庁に引き渡さねばならない。彼らが、この支払い後に、二項二文に従った支払いを行なった限りで、支払われた金銭は、証明された支払額で、連邦カルテル庁により返還される。彼らは、連邦カルテル庁に、二項に従った請求権の主張並びに履行についての情報を通知し、かつ、要求に応じて、説明 (Rechenschaft) をしなければならぬ。」と規定する。

担当官案理由書五六頁は、担当官案三四条a第四項について、「一文は、剝奪された利益は、連邦カルテル庁に、そして、それ故に、国庫に入ることと規定する。請求権者のもとに、利益が残るならば、請求は、収入獲得目的のみなされる危険がある。場合によっては起こりうる訴追の問題については、しかし、カルテル法違反行為によって、市場参加者の利益が著しく阻害されるか否かが重要であるべきであろう。

二文は、二項二文において関係する規定を、支払われた利益を以下の限りで返還する連邦カルテル庁の義務により補完する。すなわち、団体が、連邦カルテル庁に利益が支払われた後に彼の側で事業者に返還した限りにおいてである。三文における情報及び説明義務により、連邦カルテル庁と利益剝奪請求権の主張の権限を有する者との間の清算が、容易化されるべきである。説明は、BGB二五九条に従う。」と述べている。

担当官案三四条a第五項は、「本法三三条四項及び五項は、適用される。」と規定する。

担当官案三四条a第五項について、担当官案理由書五七頁は、「カルテル庁及びカルテル裁判所の判断の事実効について、五項は、三三条四項の適切な適用を予定する。時効の停止 (Hemmung) について、三三条五項が適切に適用される。」と述べている。



担当官案理由書二六頁以下は、このような担当官案三四条aについて、以下のように述べている。

「団体及び消費者保護組織の利益剝奪請求権は、多数で、かつ拡散した損害の事例のために、補完的に導入される。新三四条aは、これに資するものである。この請求権の目的も、多数拡散損害における経済的利益の剝奪にある。たしかに、カルテル庁も、同様の利益をカルテル庁のサンクション（とりわけ、秩序違反法一九条aに従った没収（Verfall）命令又は本法三四条に従った利益の剝奪命令）によって、剝奪しうる。しかし、これは、カルテル庁の義務的介入及び訴追裁量において、存するものである。したがって、違反行為者が、法律上の規定なく、とりわけ、獲得した利益を保持する事例が、考えられるのである。この権利主張の溝は、この種の事例のために、補助的に適用される民事法上のサンクション方法が形成される新三四条aによって排斥されるべきである。UWG一〇条と同様に、この請求権は、故意の場合に限定されている。支払われた金員は、国庫に入れられる。そうでなければ、この請求権の主張が、収入獲得目的で濫用される危険が生じるであろう。」

このように、GWB第七次改正担当官案三四条aによる営業利益促進団体の利益剝奪請求権は、前述したUWG上のそれとほぼ同様のものであるが、カルテル庁による利益剝奪権限に対して、補完的なものである点で異なるものである。後述するカルテル庁によるGWB新三四条の新しい利益剝奪権限は、団体の利益剝奪請求権と同様の利益を違反行為者から徴収するものであるが、あくまで裁量に基づきなされるものであり、その補完が要されるからである。

## (2) 連邦政府案

### イ 連邦政府案三三三条

前述した担当官案とは異なり、連邦政府案三三三条一項は、「本法の規定、欧州共同体条約八一条又は八二条の規定または、カルテル庁の処分に違反した者は、その規定又は処分が他の者の保護を目的としている限りで、その者に対し、

除去義務及び反復の危険があるときには差止の義務を負う。差止請求権は、違反行為が脅かされる場合に、すでに生じる。第一章及び第二章の規定は、違反が、他の市場参加者に向けられていない場合にも、他の市場参加者の保護にも資する。請求権は、他の市場参加者が、違反に関与したことにより排除されない。」と規定する。

連邦政府案三三一条一項について、連邦政府案理由書五七頁以下は、以下のように述べている。

「改正案は、一項に従った差止請求権について、欧州共同体条約八一条及び八二条違反についても、言及している。同様のことは、三項に従った損害賠償請求権についても妥当する。従来、欧州競争法違反に基づくこれらの請求権は、B G B 八二三条二項に基づいてのみ、主張されうるに過ぎなかった。改正案は、さらに、カルテル法違反の場合に、反復の危険の事例における差止請求権と並んで、除去請求権も主張されうることを明文で明らかにした。これらと同様の請求権は、判例法において、B G B 一〇〇四条の類推適用に基づき、認められている。

違反の証明のための証明責任は、一般原則に従う。すなわち、当事者は、その者に有利となる規定の要件を証明しなければならない。したがって、競争制限的協定の禁止（一条）違反の事例において、原則的に、この非難を主張する当事者によって、違反は証明されなければならない。これに対し、適用免除（二条）要件の存在は、この規定を主張する事業者または事業者団体により、証明されねばならない。この証明責任の分配は、欧州法 (Art. 2VO I/2003) にも適合する。この証明責任の分配の範囲において、裁判所は、一方当事者が、たとえば、表見証明の形式において、通常の立証権限を自己に有利に行いうるか、どの程度それを行いうるかについて、Z P O 二八六条に従い、自由心証において、調査することができる。

本法は、原則として、除去請求権及び差止請求権の要件として、保護法規違反の要求を維持している。同様のことが、三項に従った損害賠償請求権についても妥当する。しかし、従来、保護法規の要求から導かれていた請求権限の

一定の制限は除去される。従来の判例に従い、協定または協調行為が、特定の購入者または供給者に向けられている場合にのみ、一条に従ったカルテル禁止の保護範囲に市場参加者 (Marktgegenseite) は、含まれるとされてきたのである (BGH Z 86, 324, 330-Familienzetschrift; LG Mannheim, GRUR2004, 182ff-Vitaminkartell)。この最終的被害 (finale Schädigung) への制限は、結果的に、カルテル参加者の観点に基づく損害賠償義務についての恐れをより少ないものとし、カルテル協定は、包括的に存在することとなるということを導くのである。国家間に関する事実関係の事例において、この制限は、欧州法と両立し得ない。なぜなら、欧州裁判所の判例に従い、欧州カルテル禁止の以下のような完全な有効性が要求されるからである。すなわち、原則として、競争を制限または歪曲 (verfälschen) する契約またはそのような行為により、ある者に生じた損害の賠償を『如何なる者も』要求しうることである (欧州裁判所二〇〇一年九月二〇日判決 C-453/99, Rdn. 26-Courage)。したがって、改正案は、欧州共同体条約八一条及び八二条は本法の第一章及び第二章の規定と同様に、違反が、他の市場参加者に対し向けられていない場合にも、その市場参加者の保護のために資するものであることを明言で明らかにしたのである。この明確化は、本法の第一章及び第二章以外の他の規定が、他の市場参加者の保護に資しうることを排除しない。請求権者の範囲に——現行法と同様に——消費者もまた含まれる。これは、カルテル協定が、最終販売段階に存する場合に妥当する。

さらに、改正案は、他の市場参加者が、違反に関与したことにより請求権が排除されないこととする。これも欧州裁判所の判例に相応しい (前掲・欧州裁判所二〇〇一年九月二〇日判決 Rdn. 36)。過去において、カルテル参加者が、カルテル禁止の保護範囲から除外されていた限りで (KG 一九七七年九月七日判決, WuW/EOLG 1903, 1905)、このことは、将来において、もはや不可能である。もっとも、欧州裁判所の一致した判例にしたがい、そのような事例において、請求権は、他の根拠に基づいて排除されうる。特に、そのような排除は、請求を申立てる者が、損害賠償を

獲得するために固有の違反行為を根拠とするであろう場合であり、かつ、その者に、競争の歪曲の著しい責任がある場合に可能である（欧州裁判所二〇〇一年九月二〇日判決 Rdn. 36）。ドイツ法において、この視点は、被害者の共同有責任（Mitverschulden）の調査の範囲において、役割を果たしうる（BGB二五四条一項）。」と述べている。

この連邦政府案三三三条一項については、以下の点が重要である。

第一に、前述した担当官案三三三条一項が、保護法規性の要求を廃止したのに対し、この連邦政府案三三三条一項は、保護法規性の要求を維持しているのである。

第二に、担当官案と同様に、従来の学説・判例に従い、除去請求権を明文化しているのである。

第三に、前述した近時の二〇〇一年 Courage 事件欧州裁判所判決に従い、GWB第一章及び第二章の規定は、違反が、他の市場参加者に向けられていない場合にも、他の市場参加者の保護にも資するとし、かつ、請求権は、他の市場参加者が、違反に関与したことにより排除されないとしているのである。なお、担当官案三三三条一項と同様に、条約八一条及び八二条違反について、従来、民法八二三条二項を使って主張していたのに対し、このようにGWB三三条に盛り込まれているのであり、この保護法規性の点は、条約八一条及び八二条についても当てはまる。

第四に、担当官案とは異なり、前述した Courage 事件欧州裁判所判決と同様に、違反行為に関与した者からの請求も排除されない旨が規定されているのである。

次に、連邦政府案三三三条二項は、「二項に基づく請求権は、以下の者からも主張されうる。一号 営業上又は自営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上または自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実に果たすことができる限りで、し

かも、違反行為がその団体の諸構成員の利益と関係する限りで。二号 資格ある組織で、差止訴訟法第四条による資格ある組織のリスト、または、欧州議会及び欧州理事会指令 2002/65/EG (二〇〇二年九月十三日 ABl. EG Nr. L 271 S. 16) により変更された消費者の利益保護のための差止訴訟に関する一九九八年五月一九日の欧州議会及び欧州理事会指令 (AbI. EG Nr. L 166 S. 51) 第四条に基づく欧州委員会のリストに登録されていることを証明した者。」と規定する。本項は、担当官案三三三二項とほぼ同様である。

この連邦政府案三三三二項について、連邦政府案理由書五九頁は、「第二項は、団体による除去及び差止請求権の主張の可能性を予定する。ここには、従来からの規定に関する法人格ある営業または自営業上の利益を促進する団体が属する。新たに、差止訴訟法四条に従った資格組織のリストに掲載されていること、または、欧州議会及び欧州理事会の一九九八年五月一九日の消費者利益の保護のための差止訴訟についての指令 (AbI. L 166 vom 11. 6. 1998, S. 51) 四条に従い欧州委員会のリストに掲載されていることを証明した資格組織も認められた。これらは、第一義的に消費者団体である。これにより競争制限防止法は、有効な競争の確保により、消費者の利益もまた、保護することが考慮されたのである。」と述べている。

このように営業利益促進団体訴訟について、UWG上の規定と同様のものとなり、又、消費者団体訴訟のGWBへの導入が、担当官案と同様に連邦政府案においても予定されていたのである。

さらに、連邦政府案三三三三項は、「一項に故意又は過失をもって違反した者は、そこから生じた損害を賠償する義務を負う。損害の範囲についての判断においては、ZPO二八七条に従い、とりわけ、事業者が違反により獲得した分割された (anteilig) 利益が考慮されうる。事業者は、一文に従った金銭に損害発生後の利息をつけねばならない。BGB二八八条及び二八九条一項が準用される。」と規定する。これは、担当官案三三三三項とは異なる。

この連邦政府案三三三条三項について、連邦政府案理由書五九頁は、以下のように述べている。

「本規定は、カルテル法上の損害賠償請求権を規定する。請求権の根拠となる行為は、一項の意味における違反である。したがって、同様に、保護法規又は保護処分への侵害は、損害賠償請求権の要件である。従来、保護法規の要求に基づき導かれた請求権限の制限が、一項の場合に、改正により除去されることは、損害賠償請求権の主張にも妥当する。

従来と同様に、損害賠償請求権は、加害者の有責性を必要とする。ここでは、判例が、——過失ある行為を排除する——有責性のない法律の錯誤への高度な要求を行ってきたことが重要である。錯誤者が、裁判所の他の判決により、通常 (im Verkehr) 要求される注意義務を考慮する必要がない場合にのみ、カルテル法上、有責性は否定される (BGH, Beschluss vom 16.12.1986-Taxizentrale Essen, WuW/E BGH 2341, 2344)。この事情の下で、事業者にとっては、競争制限的協定又は行為様式の締結又は遂行の前に、意図された協定又は行為様式のカルテル法上の適法性を明らかにするために、全ての期待しうる努力を行なうことが勧められるのである。ここでは、疑わしい事例において、管轄権のあるカルテル庁での法律相談が、とりわけ重要な意味を有する。

さらに、二文においては、損害の評価において、ZPO二八七条に従い、とりわけ、事業者が違反により獲得した分割された (anteilig) 利益が、考慮されうる。とくに、差額方法に従った損害算定の基礎としての想定市場価格の調査が困難な事例において、請求を容易化することに、目的がある。そこにおいて、利益は、原則として、もたらされた給付の生産費用及び販売費用を差引いた売上げに基づき算出される。多数債権者の事例において、分割された (anteilig) 利益のみ考慮されうる。配分額は、被害者に対するカルテル法違反ないし、その者とのその後の契約 (Folgeverträgen) に基づく利益に従い、決定される。金銭で給付される損害賠償請求権のため

に、三文において、損害発生後の利息義務が導入される。このことは、被害者が、しばしば、まず、彼の請求権をカルテル法違反に従い主張することができ、かつ、それにより、利息義務を一般的規律に従い引き出しうるとの事情を考慮したものである。常に、被害者は、彼が違反を自ら主張・立証し得ない限りで、さしあたり、カルテル庁の判断を待たねばならない。この場合に、四項及び五項の規定は、彼に有利である。しかし、被害者の請求権は、部分的に、カルテル庁の手続の長い期間によって、価値を下げられるという事情が存する。これは、損害発生後の利息義務により清算されるべきである。同時に、これにより、加害者は、カルテル庁の捜査の長い期間による、利益を得ないことが確保される。このことは、同様に、民事法上の損害賠償請求権の威嚇的性格の強化の目的に資するものである。場合によっては、他の法的根拠に基づくさらなる利息請求権が、抵触せずに存する。

連邦政府案の作業においては、以下のこの法律上の明確化が受け入れられるべきであるかについても、検討された。すなわち、商品又は役務の被害を受けた購入者が、値上げされた購入費用を購入者に転嫁しうる場合にも、損害賠償請求をしようることについてである。これは、アメリカ法における、『パッシング・オン・ディフェンス』の原則に相当する。この検討により、法律上の明確化は、必要がないと考えられた。なぜなら、ドイツ法において、利益の補償は、ただ、厳格な要件の下でのみ正当化されることが認められているからである。その要件は、被害を生じた原因と、さしあたり、被害者における利益との間に相当な (*adäquate*) 因果関係が存し、損害賠償の目的に、その算入が適当であり、かつ、加害者が不当に負担を軽くしないことである (BGHZ 136, 52, 54)。カルテル法上の文献における支配的見解は、すでに、今日において、第三者への損害の転嫁の事例における利益の補償 (*Vorteilausgleichung*) は、問題としなうとすう見解に立っている (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl. §33 Rdn. 40; Hempel, WuW 2004, 364 m. w. N.)。したがって、この問題を十分に解決することが、判

例に委ねられうる。」と述べている。

この連邦政府案三三三三項においては、第一に、前述した担当官案三三三三項における「引き上げられた価格で商品又は役務を被害者が購入したことに損害が存する場合には、損害は、その商品又は役務の転売により減少しない。」との文言が削除されている。このように、パッシング・オン・ディフェンスの問題については、判例による解決に委ねられるとしているのである。これについて、連邦政府案理由書二四頁は、「現行法に従い、加害者はカルテル法上の文献における支配的見解に従い、以下のときに、利益の賠償を低下した損害に依拠しうる。すなわち、引き上げられた販売価格による損害を完全または部分的に転売により、その購入者に転嫁することに被害者が成功したときである。」と述べている。しかし、後述するように、連邦政府修正案においては、この点について変更がなされた。

第二に、有責性のない法律上の錯誤については、従来の最高裁判決を踏襲している。これについては、後述する。

第三に、保護法規性について、連邦政府案理由書二四頁は、「連邦政府案三三三三項に従った損害賠償請求権は、被害者のための有効な補償を確保するため、及び、同時に、威嚇的效果を強化するために、現行法に対して、拡大される。一方で、判例によって解釈されてきた保護法規の要求による損害賠償請求権の制限は、結果的に、大幅に破棄される。このことは、以下の欧州裁判所の判例に従うものである。すなわち、禁止された競争制限的協定または、同様の一方的行為によって、ある者に生じた損害の賠償は、原則として、『その者』が請求しうるとする判例である (EUGH, 二〇〇一年六月二〇日判決, C-453/99; Rdn. 26, -Courage)。将来的にドイツの損害賠償法について、このことは、とりわけ、以下のことを意味する。すなわち、購入者及び供給者は、カルテル法違反の場合に、以下のときにも損害賠償を請求しうることである。すなわち、カルテル協定が、その者に対し、向けられていない場合である。」と述べており、保護法規性を維持しつつ、前述した欧州裁判所の近時の展開に沿うものとしようとしていたのである。この保護



法規性については、後述するように、連邦政府修正案において変更がなされている。

第四に、連邦政府案三三二条二項二文は、「損害の範囲についての判断においては、ZPO二八七条に従い、とりわけ、事業者が違反により獲得した分割された (anteilig) 利益が考慮されうる。」と規定している。そこで、損害の算定について、連邦政府案理由書二四頁以下は、「さらに、損害の範囲についての判断において、ZPO二八七条に従い、とりわけ、事業者が違反により獲得した分割された利益が考慮されうる事が明らかとされる。この目的は、とりわけ、差額方式による損害算定の基礎として、想定市場価格の調査が極めて困難となる事例において、請求権の主張を容易化することにある。とりわけ、UWG一条に従った、営業上の権利保護及び補完的業績保護の領域において、判例は、オルタナティブな損害の算定の制度を、たとえば、侵害者利益の引渡しにより発展させてきたのである。」と述べ、損害を違反行為者が得た利益により推定する手法を採用しているのである。

第五に、前述した担当官案と同様に、損害の利息は、損害の発生時から定められるとされている点である。

第六に、損害賠償請求権の主張は、カルテル庁の判断の事実効及び係属するカルテル手続の場合の時効の停止 (Hemmung) によって、容易化されている点である。

第七に、連邦政府案理由書二四頁以下は、以下のように述べ、いわゆるフォロー・オン訴訟により、違反行為により違反者が得た利益を剥奪することが重要であるとする。これとともに、カルテル庁の新たな利益剥奪権限及び、消費者団体の利益剥奪請求権が、同様の意味を持つものである。すなわち、「損害賠償請求権の威嚇効果は、民事法手続が、しばしば、まず官庁の手続の終結後に行われるということ (いわゆる『フォロー・オン』訴訟) により、問題とされはしない。その威嚇効果は、むしろ『行為者』が、カルテル法違反により獲得した利益を維持しうる機会を全く失わせるか、又は僅かにしか与えないかということを意味することにおいて存する。したがって、十分な威嚇を

引き出すために、競争違反を生じさせた『カルテル利潤 (Kartellrendite)』が剝奪されることが、重要なのである。このことは、通常、被害者によりなされるものである。その場合に、同時に、すでに生じた損害の補填もなされる。したがって、法案三三条に従った損害賠償は、民事法上のサンクション・システムにおいて、より優位にある。

それとともに、損害が被害者により主張されない事例のための補完的規定が予定されている。こういった事例において、競争違反により生じた『利益 (Rendite)』が、当該事業者に残ることを避けるために、カルテル庁の利益剝奪権限が明確に拡大される。これは、とりわけ、発生した損害の補償が、實際上の理由から、不可能または合理的ではないまたはそのほかの理由から行われない事例のために、意義を有する。純粋な懲罰的性格を有し、かつ、経済的利益の剝奪を目的としない委員会による過料の事例においても、利益の剝奪は、考えられるものである。三四条の規定は、従来の三四条と関係するが、しかし、その範囲は、明白に拡大される。従来、三四条は、本質的に、極めて稀なカルテル庁の処分の違反の事例のために適用された。将来、これは、カルテル法違反により獲得された超過利益が存するすべての事例を把握する。しかし、事業者が損害賠償により給付した限りで、利益は差し引かれる。したがって、そのような損害賠償給付は、三四条に従った請求に算入されねばならない。利益剝奪と並んで、さらに、刑事及び行政法上のサンクションが包括的範囲で生じる。この場合に、将来においても、過料は、そのサンクションの性質と同時に、経済的利益の剝奪を目的としうること（八一条五項）が、考慮されねばならない。秩序違反法二九条aまたは刑法七三条三項、七三条aに従った没収もまた、獲得された財産的利益の剝奪に資する。したがって、これらの事例においても、同様に、三四条に従った利益剝奪は、排除される。民事及び行政法上のサンクション（損害賠償及び過料）の累積は、従来の法においても、予定されていたものである。しかし、実務においては、経済的利益の剝奪は、常に、過料によってのみ、行われてきた。将来は、三四条に従ったカルテル庁による剝奪は、独立した手段としてよ

り大きな意義を獲得すべきである。しかし、総じて、利益剥奪の規定に基づき、もはや、違反により獲得された経済的利益としてではなく、サンクションとして加害事業者に請求されうるのである。

補完的に、団体及び消費者保護組織の利益剥奪請求権は、大量かつ拡散的損害の事例のために、導入される。この請求権の目的は、大量かつ拡散的損害の場合の経済的利益の剥奪にある。ここでは、カルテル法違反行為により、多数の市場参加者が被害を受けるが、その個々の損害額は、僅かである事例が理解されねばならない。損害が少額の範囲に留まる場合に、被害者は、規則的に、訴追を見放すものである。なぜなら、そのための費用は、彼の損害と無関係に生ずるからである。たしかに、カルテル庁も、同様の利益を三四条一項に従い、または過料命令により、または没収命令により剥奪しうる。しかし、これは、義務的な介入及び訴追裁量において存するものである。したがって、違反行為者が、獲得した利益を、特別の法律上の規定なく維持する事例が考えられるのである。この法的主張の溝は、排除されるべきである。すなわち、それにより、同様の事例のために、補完的に適用される民事法上のサンクション手段が形成されるのである。UWG一〇条の法案におけるのと同様に、請求権は、故意ある場合に限定される。請求権は、団体への支払いに向けられるのではなく、国庫への支払いに直接向けられる。これにより、この請求権の主張が収入獲得目的で濫用されることを防止すべきである。」と述べているのである。

連邦政府案三三条四項は、「本法又は欧州共同体条約八一条又は八二条の規定違反に基づき、損害賠償請求権が主張された場合に、裁判所は、カルテル庁、欧州委員会又は競争当局又はそのようなものとして扱われている欧州共同体他の加盟国の裁判所の確定的判断において問題とされた限りで、違反の認定に拘束される。このことは、同様に、一文に従った判断の取消の結果として行なわれた既判力ある裁判所の判決における認定にも適用される。二〇〇三年新規則 (Nr. 1/2003) 一六条一項四文に相応しく、この義務は、欧州共同体条約二三四条に従った権利及び義務には関

わりなく、妥当する。」と規定する。本項は、担当官案三三三條四項とは異なるが、本質的な変更はない。

この連邦政府案三三三條四項について、連邦政府案理由書六〇頁以下は、前述した担当官案三三三條四項についての理由書と同様の記述に続けて、以下のように述べている。すなわち、刑事又は過料手続においては、一般的調査原則及び無実の推定が妥当する。すなわち、拘束効は生じない。

第三文は、一文及び二文に従った拘束効は、欧州裁判所に対する欧州共同体条約二三四條による重要な法的問題の提示についての権利及び義務を排斥しないことを明らかにしたものである。欧州委員会の行政及び過料の判断については、二〇〇三年新規則一六條一項四文の直接適用に基づき、すでに、これは生じている。その限りで、第三文は、欧州法を強固にするものである。その他のカルテル庁の確定した判断又は他の欧州共同体加盟国における裁判所の既判力ある判決について、これは妥当する。」と述べているのである。

連邦政府案三三三條五項は、「二項に従った損害賠償請求権の時効は、カルテル庁が、一項の意味における違反に基づき又は、欧州共同体委員会又は欧州共同体の他の加盟国の競争当局が欧州共同体条約八一條又は八二條違反に基づき、手続を開始したときに停止する (hemmen)。BGB二〇四條二項は準用される。」と規定する。これは、前述した担当官案三三三條五項と同様である。

ロ 連邦政府案三四條——カルテル庁の利益剝奪権限——

GWB第七次改正連邦政府案三四條一項は、「事業者が、故意又は過失をもって、本法の規定又は、欧州共同体条約八一條又は八二條又はカルテル庁の処分違反し、それにより、経済的利益を獲得したときは、カルテル庁は、その経済的利益の剝奪を命じ、かつ、事業者に適切な金額の支払いを命ずることができる。」と規定し、カルテル庁の利益剝奪権限を定めている。

この連邦政府案三四条一項について理由書六一頁が述べているように、この新三四条の規定は、従来の超過利得剝奪権限を、カルテル法違反により獲得された経済的利益の全体の剝奪のための手段にまで拡大するものである。従来、三四条は、カルテル庁の処分<sup>(45)</sup>に違反する極めて稀な事例において適用されたにすぎなかったが、今後、三四条は、ドイツ又は欧州競争法の規定に対する全ての違反を把握するのである。三四条は、従来と同様に、有責性の要求を維持している。同様に、行政法上の手段が問題となるのであり、刑事又は過料法上の手段が問題となるのではない。利益の剝奪により、カルテル法違反により獲得された経済的利益が行為者に留まらないことのみが確実なものとはされるべきである。経済的利益の定義については、秩序違反法 (OWiG) 一七条四項について発達した法原則が適切に引き合いに出されねばならない。これは、金銭において生じた利益のみが考慮されるべきではなく、例えば、違反者の市場における地位が、競争者の排除又は抑圧により向上したことというその他の経済的利益をも意味するものである。経済的利益は、当事者の財産法上の全体的状況 (Gesamt-situation) との比較において、かかる状況が、違反行為によって生じかつ、これなくしては生じなかつたであろうというように (決算原則 Saldierungsgrundsatz) 算出されねばならない。

同二項は、「一項は、経済的利益が損害賠償給付により、又は、過料 (Geldbuße) の命令 (Verhängung) 又は、没収 (Verfall) 命令により剝奪された限りで適用されない。事業者が、一文に従った給付を、利益剝奪の後にもたらした限りで、支払われた金額は、証明された支払額でその事業者に返還されねばならない。」と規定する。

同条二項について同理由書六二頁は、「利益の剝奪は、経済的利益が、個人の損害賠償請求権ならびに過料により剝奪される場合には、これらの補助的なものである。同様のことが、没収 (Verfall) 命令にも妥当する。没収命令は、本質的に、秩序違反法二九条 a の要件の下でのみ、問題となり、例外的に、同時に、犯罪行為が行われ、かつ、刑法

七三条一項二文が把握しない場合に、刑法七三条三項及び七三条aにも従うものである。同種の給付は、経済的利益の調査に加味され、すでに支払われた場合には、二文に従い返還されねばならない。二項における新规定は、超過利得の剥奪と既判力をもって確定された損害賠償請求権との関係についての従来の四項の規定を不要とした。この規定は従って削除された。」と述べている。

同三項は、「利益の剥奪の遂行 (Durchführung) が、不当に、不利 (不公平) である場合には、命令は適切な金額にまで制限されるべきであり、または、全く下されるべきではない。命令は、経済的利益が僅かである場合にも、下さるべきではない。」と規定する。

同条三項について、同理由書は、「この規定は、従来の三四条二項に相当する。これは、利益剥奪の場合にも適用される一般的比例原則を明記したものである。利益剥奪が、個々の事例で、不当な結果を導く場合、又は、獲得された利益が僅かである場合には、剥奪は、全く又は部分的に行なわれるべきではない。」と述べている。

同四項は、「経済的利益の額は、評価されうる。支払われるべき金額は、数字により特定されねばならない。」と規定する。同条四項について、同理由書は、「この規定は従来の三四条三項に相当する。」と述べている。

同五項「利益の剥奪は、違反行為の終了後五年以内、かつ、最長で五年間分について命じられうる。本法八一条九項が準用される。」同条五項について、同理由書は、「利益の剥奪は、今後、違反行為の終了後五年以内、かつ、最長で五年間分について命じられうる。過料手続における時効の中断 (Unterbrechung) のための規定に従い、委員会または他の欧州共同体加盟国の競争当局の調査は、時効を停止させる (hemmen)。」と述べている。なお、今回の改正により、過料の額がEC競争法上の制裁金と同様のものと変更されている (GWB新八一条)。

ハ 連邦政府案三四a条——団体の利益剥奪請求権——

連邦政府案三四条a第一項は、「三四条一項の意味における違反を故意に行い、多数の購入者の負担で (zu Lasten) 経済的利益を獲得した者は、カルテル庁が、その経済的利益の剝奪を過料の命令 (Verhängung)、没収 (Verfall) 又は、三四条一項に従い命じない限りで、三三条二項一号及び二号に従い、差止請求権の主張のための権限を有する者により、この経済的利益の国庫への支払いを請求されうる。」と規定する。これは、経済的利益の国庫への支払いの点で、担当官案三四条a第一項とは異なる。

連邦政府案三四条a第一項について、連邦政府案理由書六二頁以下は、以下のように述べている。

「第一項は、三三条二項一号及び二号に従った団体及び資格組織による利益剝奪のための請求権の基礎を規定する。この請求権は、三四条に従ったカルテル庁又は過料命令又は没収による経済的利益の剝奪の補完である。命令概念は、その都度の決定の公布である。この公布によって、団体及び組織の請求権は、下位に属することとなる。団体または組織が、利益剝奪を請求する前に、管轄権あるカルテル庁が、利益剝奪のための固有の手続を開始したか、開始することを意図しているかについての問合せを管轄あるカルテル庁にすることが推奨される。三四条aは、ドイツ及び欧州競争法の全ての違反の場合に、適用される。三四条におけるのと同様に、とりわけ、保護法規違反は、要求されない。構成要件は、——連邦議会により議決されたUWG新一〇条と同様に——故意の違反行為を要件とする。したがって、利益の剝奪は、とりわけ、参加事業者の故意ある行為が、通常、立証される競争法上のコア的制限（いわゆるハートコアの事例）に、實際上、関係する。

カルテル法違反行為によって、違反行為者は、経済的利益を多数の被害者の負担で獲得してきた。これにより、利益剝奪が、特に、危険なカルテル法違反行為に対してのみ、向けられていることが明白となる。すなわち、市場参加者の大多数が関係する広範囲の効果を伴う行為についてである。これらの事例では、威嚇効果の強化のために、同種

の、とりわけ危険なカルテル法違反行為による経済的利益を団体が剝奪しうるものが正当化される。

第一項の意味における購入者は、直接の購入者のみならず、最終購入者に至るまで、潜在的に被害を受ける全ての購入者である。三四条及び三四条aに共通する目的は、違反行為者の経済的利益の剝奪であり、それは、いかなる市場段階に対応する不利益が、違反によって生じたかに依存しないものである。したがって、一項における購入者概念は、三四条aの特別な規定目的の観点において、解釈されねばならない。もちろん、カルテル庁は、三四条に従い、経済的利益を、以下のときにも剝奪しうる。すなわち、違反行為により対応する不利益が、一又は僅かな市場参加者に生じる場合である。これに対し、三四条aは、広範囲に拡散する損害に限定される。」

「請求額は、競争違反行為により購入者の負担で (auf Kosten) 獲得された経済的利益に従い決定される。三四条の範囲においてと同様に、この場合に、秩序違反法一七条四項の原則が適切に適用されねばならない。経済的利益概念は、三四条及び三四条aにおいて、同様に解釈されねばならない。経済的利益の額について、争いがある場合には、かかる利益は、ZPO二八七条に従い、評価されうる。」

連邦政府案三四条a第二項は、「違反に基づき事業者がなした給付は、請求権に算入されねばならない。三四条二項二文は準用される。」これは、担当官案三四条a第二項と同様である。理由書の記述も同様である。

連邦政府案三四条a第三項は、「多数の債権者が、利益剝奪を請求する場合には、BGB四二八条ないし四三〇条が準用される。」と規定する。これは、担当官案三四条a第三項と同様である。理由書も同様である。

連邦政府案三四条a第四項は、「債権者は、連邦カルテル庁に一項に従った請求権の主張についての情報を知らせなければならぬ。債権者は、債務者に清算金を要求し得ない限りで、請求権の主張のために要した費用を連邦カルテ



ル庁に要求しうる。償還請求権は、国庫に収められた経済的利益の額を限度とする。」と規定する。これは、担当官案とは異なり、国庫に直接金銭が支払われることとされた（連邦政府案三四条a第一項）ことに伴い、担当官案三四条a第四項と異なるものとなっている。

連邦政府案三四条a第四項について、連邦政府案理由書六四頁は、担当官案理由書とは異なり、「四項は、UWG新一〇条四項に相応しい。一文に従い団体は、一項に従った請求権の主張について、連邦カルテル庁に情報を提供しなければならぬ。二文に従い、連邦カルテル庁に対する補完的な費用償還請求権が、以下の限りで、生じる。すなわち、団体が債務者から何ら補償を獲得し得ない限りである。UWG新一〇条四項三文で予定されたことに相応しく、償還請求は、国庫に支払われた利益の額を限度とする。そうでなければ、団体及び組織による三四条aに従った請求権の主張は、国庫の負担を導くであろう。」と述べている。

連邦政府案三四条a第五項は、「三三三條四項及び五項は準用されねばならない。」と規定する。これは、担当官案三四条a第五項と同様である。理由書も同様である。

### (3) 連邦政府修正案

以上を踏まえて、二〇〇五年三月九日に、連邦政府は修正法案を提出した。

まず、連邦政府修正案三三三條一項は、<sup>(406)</sup>「本法の規定、又は欧州共同体条約八一条又は八二條又はカルテル庁の処分違反した者は、被害者に対し、除去の義務、及び反復の危険のある場合に、差止の義務を負う。差止請求権は、違反行為が脅かされている場合に、すでに生じる。競争者又はその他の市場参加者として、違反により阻害される者が、被害者である。」と変更され、保護法規性の要求を廃止し、前述した担当官案三三三條一項と同様のものになっている点が重要である。

これについて、理由書は、「保護法規の要求は、廃止される。欧州裁判所の判決（Courage 事件判決）に従い、欧州共同体条約八一条及び八二条違反は、違反により被害を受けたいかなる者も損害賠償を請求しうることを導くものである。そこから、国家間に効果を及ぼす事例において、裁判所により部分的に採用されてきた保護法規の要求は、三三一条一項において、規則的に、もはや維持し得ないということが生じる。とりわけ、保護法規の要求の維持は、消費者保護団体からの差止請求訴訟の場合に、三三一条一項及び二項の適用範囲が制限されることを導きうるものである。消費者保護団体に、三三一条一項及び二項の範囲で、差止請求権の主張についての包括的な権限が生じるべきであるといえる。このことは、GWBの原則的な保護目的が、競争の保護と同時に、通常、消費者保護にあることに相応しい。」と述べているのである。

次に、連邦政府修正案三三一条二項は、「一項に基づく請求権は、以下の者からも主張されうる。一号 営業上又は自営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上または自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実に果たすことができる限りで、しかも、違反行為がその団体の諸構成員の利益と関係する限りで。二号 資格ある組織で、差止訴訟法第四条による資格ある組織のリスト、または、欧州議会及び欧州理事会指令 2002/65/EG（二〇〇二年九月二三日 ABI. EG Nr. L 271 S. 16）により変更された消費者の利益保護のための差止訴訟に関する一九九八年五月一九日の欧州議会及び欧州理事会指令（ABI. EG Nr. L 166 S. 51）第四条に基づく欧州共同体委員会のリストに登録されていることを証明した者。」と規定し、連邦政府案三三一条二項から、変更はない。このように、連邦政府修正案段階においても、GWBへの消費者団体訴訟の導入が予定されていたのである。

連邦政府修正案は、連邦政府案三項の一文と二文の間に、「商品又は役務が引き上げられた価格で、購入された場合に、商品又は役務が転売されることにより、損害は排除されない。」という文言を挿入した（連邦政府修正案三三三三三三三三項）。すなわち、連邦政府修正案三三三三三三三三項は、「一項に故意又は過失をもって違反した者は、そこから生じた損害を賠償する義務を負う。商品又は役務が引き上げられた価格で、購入された場合に、商品又は役務が転売されることにより、損害は排除されない。損害の範囲についての判断においては、ZPO二八七条に従い、とりわけ、事業者が違反により獲得した分割された (anteilig) 利益が考慮されうる。事業者は、一文に従った金銭に損害発生後の利息をつけねばならない。BGB二八八条及び二八九条一項が準用される。」と規定する。

これについて、理由書は、<sup>(48)</sup>「新たに挿入される二文は、以下のことを明らかにした。すなわち、引き上げられた価格での商品又は役務の購入の事例において、競争制限的協定又は行為様式の結果として、その商品又は役務の第一の購入者による転売の事情が、損害の認定に、反論し得ないことである。判例は、一部で、以下の見解に立っている。すなわち、引き上げられた価格の商品又は役務の第一購入者による転売は、すでに損害の発生の問題において考慮されているという見解である（マンハイム地裁二〇〇三年七月一日判決<sup>7</sup> O326/02; カールスルーエ高裁二〇〇四年一月二八日判決<sup>6</sup> U183/93）。これに対して、以下のことが考慮されねばならない。すなわち、カルテルにより引き上げられた価格の事例における第一購入者は、より多くの金額を支払い、又はそれを課されたということである。これは、さしあたり、彼の財産状態を不利なものとする。その限りで、第一購入者に——可能性ある逸失利益が追加的に——固有の損害が生じ、かつ、この損害を再び清算するための独自の努力が要されるのである（Köhler, GRUR 2004, 99）。その商品又は役務の転売によるさらなる損害の発展は、利益補償原則 (Grundsätzen der Vorteilausgleichung) に従い、規律される。これは、新たに挿入された二文により確認される。この場合に、価値衡量 (wertende Betra-

chtungsweise) の範囲で、カルテル法違反の場合の利益補償が正当化されるか否かが調査されねばならない。連邦政府案の立法者は、以下のことに依拠していたのである。すなわち、カルテル法上の文献における支配的見解は、すでに、現在、以下の見解に立っていることである。つまり、損害の転嫁の事例における利益補償は、問題とならないという見解である (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl. §33 Rn. 40; Hempel, WuW 2004, 364 m. w. N.)。いずれにせよ、損害の減少の範囲において、考慮されるべき事情については、加害者が、主張及び立証責任を負う。」と述べている。

このように、前述したドルトムント地裁判決と同様に、引き上げられた価格での商品又は役務の購入者の損害は、常に発生するのであり、それは転売により減少はしうるが、全て排斥されるわけではないとしているのである。このため、担当官案三三三条三項におけるように、「減少しない」とはせずに、また、連邦政府案三三三条三項におけるように、その場合には、全く損害を補償しないとの立場を採りつつ、その当否を、今後の判例に委ねるということにもせず、連邦政府修正案三三三条三項は、「損害は、排斥されない」との文言に修正したのである。

さらに、連邦政府修正案三三三条四項及び五項は、連邦政府案三三三条四項及び五項から、以下のとおり変更はない。連邦政府修正案三三三条四項は、「本法又は欧州共同体条約八一条又は八二条の規定違反に基づき、損害賠償請求権が主張された場合に、裁判所は、カルテル庁、欧州委員会又は競争当局又はそのようなものとして扱われている欧州共同体の他の加盟国の裁判所の確定的判断において問題とされた限りで、違反の認定に拘束される。このことは、同様に、一文に従った判断の取消の結果として行なわれた既判力ある裁判所の判決における認定にも適用される。二〇〇三年新規則 (Nr. 1/2003) 一六条一項四文に相応しく、この義務は、欧州共同体条約二三四条に従った権利及び義務には関わりなく、妥当する。」と規定する。連邦政府修正案三三三条五項は、「二項に従った損害賠償請求権の時効は、カ

ルテル庁が、一項の意味における違反に基づき又は、欧州委員会又は欧州共同体の他の加盟国の競争当局が欧州共同体条約八一条又は八二条違反に基づき、手続を開始したときに停止する (hemmen)。BGB二〇四二条二項は準用される。」と規定する。なお、連邦政府修正案三四条は、連邦政府案三四条からの変更はない。

最後に、連邦政府案三四条a第一項については、「多数の購入者」との文言が「多数の購入者又は供給者」という文言に変更された。これについて、理由書は、「利益剝奪<sup>(48)</sup>についての新规定により、購入者のみならず、供給者もまた保護されるべきである。」と述べている。連邦政府修正案三四条a第一項は、「三四条一項の意味における違反を故意に行い、多数の購入者又は供給者の負担で (zu Lasten) 経済的利益を獲得した者は、カルテル庁が、その経済的利益の剝奪を過料の命令 (Verhängung)、没収 (Verfall) 又は、三四条一項に従い命じない限りで、三三二条二項一号及び二号に従い、差止請求権の主張のための権限を有する者により、この経済的利益の国庫への支払いを請求されうる。」と規定する。

連邦政府修正案三四条a第二項ないし五項については、連邦政府案三四条a第二項ないし五項からの変更はない。連邦政府修正案三四条a第二項は、「違反に基づき事業者がなした給付は、請求権に算入されねばならない。三四条二項二文は準用される。」と規定する。連邦政府案三四条a第三項は、「多数の債権者が、利益剝奪を請求する場合には、BGB四二八条ないし四三〇条が準用される。」と規定する。連邦政府案三四条a第四項は、「債権者は、連邦カルテル庁に一項に従った請求権の主張についての情報を知らせなければならぬ。債権者は、債務者に清算金を要求し得ない限りで、請求権の主張のために要した費用を連邦カルテル庁に要求しうる。償還請求権は、国庫に収められた経済的利益の額を限度とする。」と規定する。連邦政府案三四条a第五項は、「三三二条四項及び五項は準用されねばならない。」と規定する。

## (4) 成立法

以上のような議論の後、二〇〇五年七月における議会の解散を目前として、法案成立が行われたが、担当官案、連邦政府案、連邦政府修正案において、一貫して規定されていた消費者団体訴訟の導入は、野党の反対により見送られることとなった。すなわち、成立した改正法においては、GWB連邦政府修正案三三二条二項における消費者団体訴訟に関する規定である第二号は、削除されているのである。<sup>(40)</sup> GWB新三三三條及び三四條aの規定は、以下のとおりである。<sup>(41)</sup> 新法は、二〇〇五年七月一日から施行されている。

GWB新三三三條一項「本法の規定、又は欧州共同体条約八一條又は八二條又はカルテル庁の処分に違反した者は、被害者に対し、除去の義務、及び反復の危険のある場合に、差止の義務を負う。差止請求権は、違反行為が脅かされている場合に、すでに生じる。競争者又はその他の市場参加者として、違反により阻害される者が、被害者である。」

GWB新三三三條二項「一項に基づく請求権は、以下の者からも主張されうる。営業上又は自営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上または自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実に果たすことができる限りで、しかも、違反行為がその団体の諸構成員の利益と関係する限りで。」

GWB新三三三條三項「一項に故意又は過失をもって違反した者は、そこから生じた損害を賠償する義務を負う。商品又は役務が引き上げられた価格で、購入された場合に、商品又は役務が転売されることにより、損害は排除されない。損害の範囲についての判断においては、ZPO二八七條に従い、とりわけ、事業者が違反により獲得した分割された (anteilig) 利益が考慮されうる。事業者は、一文に従った金銭に損害発生後の利息をつけねばならない。BGB

二八八条及び二八九条一項が準用される。」

GWB新三三三條四項「本法又は欧州共同体条約八一条又は八二条の規定違反に基づき、損害賠償請求権が主張された場合に、裁判所は、カルテル庁、欧州委員会又は競争当局又はそのようなものとして扱われている欧州共同体の他の加盟国の裁判所の確定的判断において問題とされた限りで、違反の認定に拘束される。このことは、同様に、一文に従った判断の取消の結果として行なわれた既判力ある裁判所の判決における認定にも適用される。二〇〇三年新規則(Nr. 1/2003)一六条一項四文に相応しく、この義務は、欧州共同体条約二三四条に従った権利及び義務には関わりなく、妥当する。」

GWB新三三三條五項「二項に従った損害賠償請求権の時効は、カルテル庁が、一項の意味における違反に基づき又は、欧州委員会又は欧州共同体の他の加盟国の競争当局が欧州共同体条約八一条又は八二条違反に基づき、手続を開始したときに停止する(hemmen)。BGB二〇四條二項は準用される。」

GWB新三四条は、連邦政府案と同様である。

GWB新三四条a第一項「三四条一項の意味における違反を故意に行い、多数の購入者又は供給者の負担で(zu Lasten)経済的利益を獲得した者は、カルテル庁が、その経済的利益の剥奪を過料の命令(Verhängung)、没収(Verfall)又は、三四条一項に従い命じない限りで、三三三條二項に従い、差止請求権の主張のための権限を有する者により、この経済的利益の国庫への支払いを請求されうる。」

GWB新三四条a第二項「違反に基づき事業者がなした給付は、請求権に算入されねばならない。三四条二項二文は準用される。」

GWB新三四条a第三項「多数の債権者が、利益剥奪を請求する場合には、BGB四二八条ないし四三〇条が準用

される。」

GW B新三四条a第四項「債権者は、連邦カルテル庁に一項に従った請求権の主張についての情報を知らせなければならぬ。債権者は、債務者に清算金を要求し得ない限りで、請求権の主張のために要した費用を連邦カルテル庁に要求しうる。償還請求権は、国庫に収められた経済的利益の額を限度とする。」

GW B新三四条a第五項「三三条四項及び五項は準用されねばならない。」

(5) GW B第七次改正のまとめ

以上のGW B第七次改正においては、以下の点が重要である。

第一に、保護法規性の要求の廃止である。

新GW Bにおいて、保護法規性の要求が廃止され、価格に関するカルテル協定や相互協調行為（GW B一条）の場合も含めて、間接購入者たる消費者にも差止・除去請求権及び損害賠償請求権（GW B三三条）が認められた点である。<sup>(42)</sup>

これは、競争法違反による被害者は何人も損害賠償請求権を有すると判示した二〇〇一年 *Courage 対 Crehan* 事件 欧州裁判所判決が、ドイツにおけるGW B第七次改正に与えた影響といえる。この改正から分かるのは、GW Bにおける保護法規性の要求は、絶対的なものではなかったということであり、それは、相当因果関係がある場合に、保護法規性の要求により、請求権を認めないことは、妥当ではないという法政策的判断により、保護法規性の要求が廃止されたといえるのである。前述した連邦修正案の理由書の述べるように、ドイツにおいては、GW BやEC競争法違反にかかる民事訴訟は、ある程度利用されているが、カルテル庁や欧州委員会の負担の軽減のために、さらなる積極的な利用が必要とされ、かつ従来、同訴訟については、アメリカにおけるような濫用は見られておらず、濫



用への対策として、「反トラスト法上の損害」と類似する保護法規性を要求する必要がないのであり、これを理由として提訴を制限する政策的根拠がないからである。かくして、競争法違反にかかる民事訴訟について、通常の民事訴訟との間の、この点での差異はなくなったのである。この点は、我が国においても、アメリカにおける反トラスト法上の損害やドイツにおける保護法規性に類似した方法で説明する見解が行われている独禁法二四条の「著しい損害」の議論に<sup>(43)</sup>関し、参考になるといえる。

第二に、有責性のない法律上の錯誤についてである。

有責性のない法律上の錯誤に<sup>(44)</sup>関し、ノルドメンデ高裁判決は、「有責性のない法律の錯誤が過失を排除し得るということは、一般的に承認されている (Ritner in Festschrift für Hippel, 1967, S. 414ff.)。」「契約外の侵害が継続する場合に、法的に困難な根本的問題によって、著作権法及び競争法において法律上の錯誤に基づき過失が常に以下の場合に否定されうるのである。すなわち、連邦通常裁判所が<sup>(45)</sup>いまだそれについて判決を下しておらず、かつ専門的及び注<sup>(46)</sup>意深い助言における不完全な法的見解が誠実に主張されうる場合である。」と判示した。そして、連邦通常裁判所一九八六年一月一六日決定も、<sup>(46)</sup>こういった考え方を踏襲していたところ、前述のように、GWB第七次改正担当官案理由書は、有責性のない法律上の錯誤は、従来の連邦通常裁判所判決に従い、行為者が、他の判決を頼りにすることができない場合に認められるものであるとしているのである。これは、我が国においても、独禁法二五条訴訟の無過失責任の意義を考える際に、参考になるものといえる。すなわち、我が国においては、近時、岡田外司博教授は、<sup>(47)</sup>違反者に「やむをえない事由」がある場合に、過失がないとされることがある点等に、無過失責任の意味があるとされる。そこで、「やむをえない事由」はいかなる場合であるかについて、前述したGWB上の議論を参考にする<sup>(47)</sup>と、「最高裁判決が、いまだそれについて判決を下しておらず、かつ専門的及び注意深い助言における不完全な法的見解が誠実

に主張されうる場合」であるということが出来る。

第三に、消費者団体訴訟の導入の挫折についてである。

消費者団体訴訟制度の導入については、一九七〇年代において、改正により消費者団体訴訟をGWB上も導入しようとする議論がみられたが、<sup>(48)</sup>実現していなかったものであり、二〇〇五年GWB第七次改正によっても、結局、野党の反対により実現しなかったのである。すなわち、従来、同法上は営業利益促進団体訴訟しか規定されていなかった（GWB三三条）ところ、市場参加者たる事業者自らによる自浄作用は期待しえず、外部に位置する消費者団体による訴訟が認められていないことが、同法上の団体訴訟の限界として指摘され、またUWG上消費者団体訴訟が認められているにもかかわらず、なぜ、GWB上それが認められないのかについては不合理であるとして、一九七〇年代の同法改正において、消費者団体訴訟の導入が議論されたが、実現しなかった。その後、近時のEUにおける競争法違反にかかる民事的救済の活性化の動き及び消費者保護の強化を背景に、二〇〇四年における同法第七次改正連邦政府<sup>(49)</sup>案より、消費者団体訴訟の導入が予定されていたが、改正作業の最終段階で、野党の反対により、消費者団体訴訟に係る法案の規定が削除された。同改正法により、保護法規性の要求が撤廃され、被害者たる消費者も差止及び損害賠償請求権を有するとされる（GWB新三三条一項）にとどまったのである。しかし、保護法規性の要求の廃止は、連邦政府修正案の理由書において述べられているように、競争法違反により被害が拡散的に生じ、個々の被害者は自ら提訴することは、通常不可能であることに鑑み、消費者団体に差止請求権を認めることをも目していたといえるのである。また前述した事業者団体訴訟による経済の内部の浄化作用に限界があること等に鑑みれば、消費者団体訴訟制度の導入を今回の改正で見送ったことは、十分とはいえない。もともと、違反行為の立証が消費者団体にとって困難であることに鑑みれば、後述するように、差止請求権ではなく、利益剝奪請求権が消費者団体に認められなかったこ

とが問題であるといえる。

第四に、営業利益促進団体の利益剝奪請求権の導入の点である。

前述したUWG上と同様に、GWB上も利益剝奪請求権（GWB新三四条a）が、本改正により導入されているのである。

従来、GWBにおいては、カルテル庁に超過利益の徴収権限が認められていた（GWB旧三四条）。しかし、これは、処分の名宛人が、GWB違反に関するカルテル庁の処分に違反したことにより獲得した利益を徴収する制度であったことから、ほとんど実際に適用されることはなかったのである。そこで、GWB違反により違反行為者が得た利益を全て徴収する権限がカルテル庁に認められると共に（GWB新三四条）、営業利益促進団体に同様の利益を剝奪する請求権が認められたのである（GWB新三四条a）。

たしかに、利益剝奪請求権により徴収された利益は国庫に納められるのであるから、利益剝奪請求権とカルテル庁による利益剝奪権限は、同様の効果を生じるものといえる。しかし、カルテル庁による利益剝奪権限は、公の機関によるものであるのに対し、利益剝奪請求権は、民事法上、一定の団体により民事訴訟において主張されるものであるという差異がある。<sup>(20)</sup>この差は、以下の点をもたらしものである。

まず、カルテル庁による利益剝奪権限（GWB新三四条）は、カルテル庁の裁量により、これを行うか否かが決されるものである。したがって、全ての事例においてこれが行使されるとは限らない。その場合に、違反者の手元に残存する違反行為により不当に得た利益を剝奪するために、営業利益促進団体による利益剝奪請求訴訟が提起される必要があるのである。

次に、GWB上のカルテル庁の利益剝奪権限は、カルテル庁が直接強制権限により証拠を収集することができるの

に対し、営業利益促進団体に認められた利益剝奪請求権の場合には、営業利益促進団体は、情報請求訴訟という方法はあるものの、一般の民事訴訟において認められている比較的強力でない証拠収集力により、証拠を収集しなければならぬ。<sup>(註)</sup>

筆者が行った消費者センター総連盟及び不正競争克服センターでのインタビューでは、利益剝奪請求権が認められても、その立証のために詳細な市場状況を把握する必要があるGWB違反行為については、不正競争克服センターなどの事業者団体や消費者団体が、そのような違反行為をはじめから立証する必要がある場合に、自ら提訴することは、能力的にみてあまり現実的ではないことが指摘された。この指摘を踏まえると、今後まずカルテル庁が違反を認定した後、営業利益促進団体が利益剝奪請求権訴訟を提起することが期待されるのである。前述したように、これによる違反行為に対する抑止効果が期待されるからである。

カルテル協定や相互協同行為（GWB一条）については、経済の内部的浄化作用は期待し得ないことから、消費者団体訴訟が機能するといえること、及び価格カルテル等により、消費者に対する拡散する被害の犠牲の上に、違反行為者は不当に多くの利益を上げていることから、GWB上消費者団体に利益剝奪請求権が認められなかったことは、十分なものとは言い難いように思われる。

第五に、損害賠償請求等の事例に関し、違反行為についての処分の拘束力規定（GWB新三三条四項）が新設された点である。この点も、ドイツにおいて従来から議論されていた点であるが、近時の前述した条約八一条、八二条に關するマスターフーズ事件欧州裁判所判決及び二〇〇三年新規制十六条に係る議論が反映されているといえる。この「拘束する」の意味については、事実上の推定を意味することが、前述したように、連邦政府案理由書において明らかにされている。この拘束力を定める規定は、差止請求権だけでなく、利益剝奪請求権が認められるところに

において、被害者の救済及び民事的救済手段による威嚇効果に資するものといえ、この規定が条文上明記されたことに意味があるといえる。

第六に、従来は、欧州共同体条約八一条・八二条違反に基づく損害賠償請求訴訟や差止請求訴訟の事例においては、民法上の不法行為の規定であるBGB八二三条二項が適用されていたが、本改正により、欧州共同体条約八一条・八二条違反に係る損害賠償・差止請求も、GWB三三条に基づくものとされている点である。これは、第一に、前述した二〇〇三年EU新規則により、適用免除にかかる条約八一条三項について、直接、加盟国裁判所において判断されることとされたことの影響であるといえる。第二に、保護法規性の要求が撤廃されたことから、民法八二三条二項が適用し得なくなったことの結果であるといえる。このように、GWB及び条約八一条及び八二条違反行為により被害を受けたかなる者からも、違反行為者は、GWB三三条に基づき差止請求及び損害賠償請求をされることが明確化されたのである。近時は、国境を越えて効果を有するカルテル法違反行為が多く、国内法たるGWB違反と併せて、条約八一条及び八二条違反を主張する民事の事例が多く出されており、条約八一条及び八二条違反に関し、ドイツの国内裁判所において争われる民事の事例が、増加する傾向にあるといえる。したがって、今後は、条約八一条及び八二条に関し、さらに活発な民事訴訟の提訴が予想されるといえる。

第七に、筆者が行った消費者団体総連盟(VZBV)でのインタビューにおいても指摘されていた点であるが、二〇〇五年におけるGWB第七次改正により、これから行なわれようとしている合併により消費者の利益が損なわれる場合に、合併にかかるカルテル庁の手續に、消費者団体が参加することが認められているのである(GWB新五四条二項)。これに至る経緯としては、同インタビューによると、ガス会社の合併により、価格が上昇し、消費者が被害を受けるとして、VZBVが提訴した事例であるドゥッセルドルフ高裁判決がある。しかし、本件では、個々の被害は、五〇ユー

口であり大したことはないとして、請求は認められなかった。そこで、カルテル庁の手続への参加を定めたGWB新五四条二項は、カルテル庁の手続に参加しうるのは、申立人、手続に関連する事業者や経済・職業団体ではなく、公の資金により賄われている消費者センター及びその他の消費者団体も、その利益が著しく関係する場合、すなわち、カルテル庁の決定により、多数の消費者が影響され、かつ、それにより消費者の利益が全体的に著しく関係する場合には、参加しうると定めているのである。

第八に、パッシング・オン・デیفエンスについてである。すなわち、前述の議論を経て、価格カルテルにより、引き上げられた価格での商品又は役務の購入の事例において、競争制限的協定又は行為様式の結果として、その商品又は役務の第一の購入者による転売の事情が、損害の認定に反論し得ないことが、新三三二文において明らかにされたのである。これは、カルテルにより引き上げられた価格の事例における第一購入者は、より多くの金額を支払い、又はそれを課され、さしあたり、彼の財産状態を不利なものとし、この限りで、第一購入者に——可能性ある逸失利益が追加的に——固有の損害が生じ、かつ、この損害を再び清算するための独自の努力が要されるからであり、妥当である。

この他に、損害額の算定に関し、違反行為者の得た利益と推定すること（GWB新三三二条三項）、損害の発生時から損害賠償義務を負うとされたこと（GWB新三三三三三項）などが重要であるといえ、今後の展開も踏まえ、検討する必要がある。

## 四 検討

——我が国の独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入についての示唆——

(一) 前述したE Uにおける競争法違反にかかる民事的救済制度においては、以下の点が特に重要である。

前述したように、現在、E Uにおいては、欧州委員会の事件処理の負担を軽減するために、加盟国裁判所におけるE C競争法違反にかかる民事訴訟の活性化が推奨されている。こういった競争当局の事件処理の軽減のために、競争法違反にかかる私訴を促進することは、イギリス等の各加盟国の国内競争法についても、同様である。

まず、欧州共同体条約八一条及び八二条に関する民事的救済に係る近時の展開として注目すべきは、二〇〇一年における欧州裁判所による *Courage v. Crehan* 事件判決である。本判決は、これらの規定に違反により被害を受けたいかなる者も、それにより生じた損害の賠償を請求することができるとしたのである。この判決は、前述したように、その後、イギリスやドイツなどの各加盟国裁判所におけるこれらの規定及び各加盟国競争法違反にかかる民事的救済に関する判決や立法に影響を及ぼしているということができるのである。

すなわち、反トラスト法上の損害は、イギリスにおいて、競争法違反にかかる損害賠償請求のために必要ではないとされているのである。また、競争法違反の協定の一方当事者からの損害賠償請求について、従来とは異なり、その者に「重大な責任」がない限り、肯定しうるとされたのである。ドイツにおいては、従来から存在した保護法規性の要求が廃止され、間接購入者も含めカルテルが直接向けられていない者も、カルテルにより被害を受けたとして損害賠償請求等が可能となったのである。この点は、前述したように、我が国の独占禁止法二四条における「著しい損害」要件の解釈にとっても参考になるといえる。

しかしながら、以下のような原告の立証困難の事情がある。すなわち、違反行為の立証は、専門的知識を要し、また、市場の状況及び違反行為による競争への影響を把握することが必要とされるため、困難であるといえるのである。また、競争法違反による被害は拡散するものであることから、損害の発生や損害額の立証が困難であるといえる。さらに、原告が間接購入者の場合には、因果関係の立証も難しくなる。

そこで、これらの問題を解決するために、欧州においては、以下のような方策が採られているのである。

まず、違反行為の立証の困難を解決するために、競争当局の判断の拘束力についての規定が各加盟国で設けられているのである。また、例えばドイツにおいては、GWB九〇条によるカルテル庁への求意見制度が、活用されているのである。さらに、相互協調行為について、違反行為の立証を容易化するために、事前の事業者間の接触と事後の一致した行為との間の因果関係について、一応の推定を適用することが民事判例において行われているのである。また、支配的地位に関する推定規定等が設けられ、立証の容易化が図られているのである。そして、カルテル庁の手続が係属していることにより、損害賠償請求権の消滅時効が停止するとされているのである（GWB新三三三条三項）。

次に、競争法違反による被害が拡散する点については、団体訴訟制度の活用及び拡充が行われているのである。これについては、詳しくは後述するが、競争法上の団体訴訟は、事業者団体訴訟が歴史的に先行するものであり、利用のされ方も、消費者団体訴訟よりも、圧倒的に多数で頻繁であることが指摘されなければならない。また、近時は、EU競争法違反とは直接には関係しないが、前述のように、一九九八年の消費者の利益保護のための差止訴訟についてのEU指令（98/27/EG）により、欺瞞的広告の場合なども含む消費者の集団的利益を救済するための差止訴訟の整備が、各加盟国に義務づけられ、その結果、各加盟国において、このための団体訴訟の立法や改正が行われたのである。そして、これのみならず、前述したように、EU競争法及び加盟国競争法違反に関しても、これと並行して、近



時は、消費者団体訴訟制度が、各加盟国において、拡充ないし導入されているのである。とくに、ドイツにおいては、違反行為者が違反により不当に獲得した利益を吐き出させる請求権である利益剥奪請求権が、UWG上、消費者団体及び事業者団体に、GWB上、事業者団体に認められているのである。

さらに、損害の立証の困難については、ドイツにおける判例において、カルテル価格は競争価格を上回るとの推定が働くとされており、一応の推定の活用がみられるのである。また、ドイツにおいて、損害額の算定につき、ZPO二八七条の適用があり、立証が軽減されているところ、近時、競争法違反による損害を違反者が得た利益により推定することが、GWB新法の規定に盛り込まれている（GWB新三三三三項）。さらに、従来から、ドイツにおいては、損害額を明示しないで行いうる損害の発生のみにかかる原因に関する中間判決（ZPO三〇四条）が活用されているだけでなく、GWBに違反する取引拒絶の場合に、損害賠償請求権に基づく原状回復として又は差止・除去請求権に基づき契約締結を命じることや供給を命じることが認められ、かつ、供給義務の確認訴訟の活用がみられるのである。

そして、前述したように、競争法違反行為の立証や認定には、専門的知識が要されるところ、特筆すべき点として、イギリスにおいては、通常、裁判官は、競争法についての訓練を受けてこなかったことから、専門的知識を有していないという問題があったため、近時、二〇〇二年より、競争法のための特別裁判所たる競争控訴裁判所が、新たに創設されているのである。

このような原告側の事情、裁判所の事情と並んで、被告側からの抗弁についての以下の展開がある。すなわち、第一に、パッシング・オン・ディフェンスに関する点である。これについては、第一購入者が損害を転嫁する場合にも、その者に損害は生じており、損害がそもそも生じないということではないということがドイツにおいて明らかとされ

ているのである。第二に、イギリスにおいて明らかとなったように、特許訴訟等において、被告側からなされるいわゆるユーロディフェンス又は競争法の抗弁が行われている点である。第三に、ドイツにおいては、損害賠償請求権の成立要件である過失の認定を妨げるために、違反者たる被告は有責性のない法律上の錯誤を主張することが許されているのである。この点は、前述したように、我が国の独禁法二五条訴訟の無過失責任の意義について参考になるといえる。

この他にも、ドイツにおいて、受け手の事前の同意のない電子メール広告行為等は受忍しえない迷惑行為として、UWGの新七条違反とされ、これに係る消費者団体及び事業者団体の差止請求権及び発信者情報請求権等が認められている点等、各箇所において指摘した様々な展開がある。

このように近時のヨーロッパにおける競争法違反にかかる民事的救済制度に関する展開においては、様々な工夫が見られるのである。

これらのうち、競争法に関する特別裁判所を創設することについては、我が国で、知的財産権に関する特別裁判所が創設されたことが記憶に新しい現時においては、とくに関心を惹くものである。たしかに、近時、競争法（独禁法）への世間の関心の高まりは目覚ましいものであり、独禁法違反にかかる差止請求権制度が導入され、利用され始めていくこと、そして、それにもかかわらず、裁判官が独禁法に精通していないことの問題が指摘されているところである。<sup>(42)</sup>又、独禁法上の公益にかかる要件の立証は、通常の民事訴訟の諸原則にしたがうならば、原告にとって困難であるという問題もある。しかし、総じて、競争法に対する一般の関心、訴訟件数等といった現在の我が国の現状を踏まえれば、競争法の特別裁判所の創設の検討は、まだ時期尚早であろうと思われる。目下のところ、冒頭で示した競争法違反による集団的被害の救済が、我が国における緊急の課題であり、前述したEUにおける競争法違反にかかる

団体訴訟制度についてが、現在、我が国にとって、最も重要であるといえる。そこで、以下では、これを参考にして、我が国の独禁法への団体訴訟制度の導入について検討する。

(二) 1 以上みてきたように、諸外国における競争法（我が国の独占禁止法及び景品表示法に相当する諸法）に関する団体訴訟制度については、全体的傾向として、新法の制定や改正、適用領域の拡大、利用件数の増加等がみられ、各国において積極的な位置づけがなされているといえる。団体訴訟は欧州諸国において従来から活発に利用され、十分に機能しているといえる国がある他、その他の諸国においても、近時、その重要性が増してきているといえる。

ところで、前述した諸外国における競争法に関する団体訴訟制度においては、団体が行政手続や民事訴訟に現れる形態が、いくつか存在している。これには、以下の六つの類型がある。

まず、行政手続への消費者団体の関与の形態として、以下の三つがある。

第一に、イギリスの Super-complaints 制度のように、消費者団体による競争当局への行政処分の申し立てである。

第二に、ドイツにおいて、合併審査手続にかかるカルテル庁の手続への消費者団体の参加の権利がGWB第七次改正により認められている（GWB新五四条二項）ように、カルテル庁の手続に消費者団体が参加する形態である。

第三に、イギリスにおいてみられるように、消費者団体が競争当局の行政処分に対して不服申立てをする制度である。

次に、民事訴訟への消費者団体等の関与の形態として、以下の三つがある。

第一に、フランスにおいてみられるように、個人の訴訟へ消費者団体が参加する形態である。

第二に、イギリス、フランス及びドイツにおいてみられるように、消費者団体が個人の請求権を訴訟担当する等の場合である。

第三に、イギリス、フランス及びドイツにおいてみられるように、消費者団体（及び事業者団体）が固有の請求権を有する場合である。

これらすべてを広い意味において団体訴訟ということができ、これらについて、我が国において今後検討する必要があると考えられるが、<sup>(44)</sup> 団体が固有の請求権を有するという形態が、団体訴訟の最もプリミティブな形といえるものであり、また、現在、我が国においては、導入が検討されていること、そして、個人の利益でもなく、公益でもない、集団的利益の救済により資するものであることから、他に先立って検討する必要がある。そこで、これについて以下において検討を行う。

## 2 独禁法上の団体訴訟の必要性

ここでは、我が国の独禁法上、一定の団体に差止請求権等を認める必要性を検討する。

まず、現時における独禁法上の差止請求権（独禁法二四条）の問題点を挙げる。

第一に、独禁法には、二〇〇一年の改正により、独禁法違反行為による被害者の差止請求権制度（独禁法二四条）が導入されたが、同制度は、現在のところ、あまり効果的に利用されてはいないようである。<sup>(45)</sup> 提訴数は、差止請求権が導入されてから、約四年間で、二〇数件に留まっております。たしかに、これにつき積極的評価をする指摘<sup>(46)</sup>もあるが、ドイツにおけるUWG及びGWB上の提訴事例数との差は歴然である。また、差止請求の提訴が可能であることを背景とした訴訟外での交渉が、以前よりも増えているともいえ、単純に、事例数のみで、同制度の評価は下せないものである。しかし、提訴が可能であるとしても、通常、被害者が違反行為を立証できないことが、常識的となったのは、かかる交渉もうまくいかなくなる。したがって、第一に、差止請求の対象となっている不公正な取引方法（独禁法一九条、同二条九項）の違反行為の成立要件における「公正な競争を阻害するおそれ」や、独禁法二四条所定の差

止請求権の成立要件の立証が被害者にとって困難であることが、独禁法上の差止請求制度の問題点として挙げられうる。この点は、差止の対象行為を不当な取引制限や私的独占へと拡大する場合に、より顕著となる。

第二に、ドイツにおけるUWG及びGWBとの比較においては、我が国の差止請求権の対象行為について、二重の限定がなされているといえる点である。すなわち、まず、①そもそも違反行為とされる行為が限定されている点である。ドイツでは、UWG上、迷惑広告行為の規定なども新設されており、また、従来から、一般条項(UWG新三条)がある。この点は、差止請求権の対象となる行為に関し、新たに規定を設けることや、一般条項を設けることについて、検討が要される点である。なぜなら、不公正な取引方法とされていない行為であっても、例えば迷惑広告行為は、競争秩序に悪影響を及ぼす行為であり、競争業者や広告の名宛人といった被害者からの差止請求権が認められるべきであると考えられるからである。そして、ドイツにおいては、こういった明文上規定されていない行為(例えば、迷惑広告行為等<sup>(17)</sup>)も、一般条項により、長年にわたり、判例において、不正競争行為として認定された後、改正によりUWG上、明文化されているのである。次に、②独禁法上の違反行為のうち、不公正な取引方法に限定されている点である。しかし、独禁法三条違反行為を対象行為に含ませることとしても、ドイツにおけるGWB上の消費者団体訴訟の導入に関する検討からも明らかのように、私人には違反行為の立証が困難であることに鑑みると、この②の点は、差止請求権に関しては、決定的ではないといえる。

第三に、たしかに我が国では、独禁法の不公正な取引方法による被害者が、差止請求訴訟を提起することは可能である(独禁法二四条)が再販売価格維持行為や不当表示行為等の被害者たる私人は、それが消費者である場合には、法的知識や資力において、自ら提訴することは困難であるという事情を有することが少なくない。また、被害者が消費者であると事業者であるとを問わず、拡散的に広がる少額の被害の特定は困難であり、これを行なうためには、多

くの時間的・経済的負担が生じることとなる。にもかかわらず、通常、個々の被害は僅かであることから、個々の被害者は、自ら提訴しようとしないのである。しかし、違反行為による被害は、刻一刻と多数の者に拡散していくものである。したがって、このように個々人に分断された権利ないし利益の侵害を必要とするのでは、違反行為によって生じた拡散的被害を救済するには遅すぎる結果となるといえ、「権利を早期に実現することの要請」が存在するといえる。そこで、共通の被害を受けた者の集団を捉え、被害者の集団的利益の侵害からの救済のために、その集団の構成員の属する一定の団体に差止請求権を認める必要がある。これには、消費者の集団に被害が生じる場合、及び競争事業者等の集団に被害が生じる場合がある。このように被害を受けた者に一定の権利の遂行のための障害が存在するといえることから、これを解消するために団体訴訟が必要とされると考えられるのである。<sup>(48)</sup>

第四に、例えば、不公正な取引方法のうち拘束条件付取引や優越的地位の濫用行為等により被害を受けた事業者集団における個々の事業者が、自ら差止請求訴訟を提起することは、違反行為者との直接または間接の取引関係及び違反行為者の市場における地位や相対的に優越した地位に基づく経済的に依存した関係が存在することゆえに、あまり現実的ではないといえる点である。<sup>(49)</sup> また、我が国の従来からの国民性を考えた場合、個々の事業者が自ら訴訟を提起することは、あまり期待できないといえる。違反行為者に経済的に依存した関係にある事業者の集団が、前述したように、違反行為により拡散する被害を受けた場合に、被害を受けた個々の事業者は、違反行為者とのこの関係の存在ゆえに、自ら差止請求訴訟を提起することを望まない又はそれが不可能となる。このように、経済的依存関係の存在は、一種の権利遂行障害事由といふべきものであり、この点を解消するために、独禁法上、団体訴訟が必要であるといふことができる。この点は、まさにドイツにおいてGWB上の団体訴訟の趣旨とされている点である。<sup>(41)</sup> 我が国においては、従来から、不公正な取引方法の違法性の判断において、違反行為の相手方が、違反行為者と経済的に依存し

た関係にあるという事実には、重要な意味合いが与えられていること<sup>(43)</sup>や、近時、大型小売店による優越的地位の濫用の事例が多く問題とされていることなどに鑑みれば、この経済的依存関係の存在の点に基づき、我が国において、事業者団体訴訟を導入することの必要性が、より強く認められるのである。なお、再販売価格維持行為の場合のように、被害も受けている事業者らが利益も受けている場合には、それらの属する事業者団体が訴えないこともありうる。そこで、各業界の事業者団体から独立した、ドイツにおける不正競争克服センター (Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) のような、いわゆる競争団体が必要ということになる。<sup>(44)</sup>

これらのうち、特に第三及び第四の点に鑑み、我が国においても、独禁法及び景表法等において、一定の消費者団体及び事業者団体に差止請求権等を認めることが必要であると考えられるのである。

### 3 独禁法上の団体訴訟の合理性——独禁法二四条と団体訴訟——

次に、独禁法二四条によって、団体にも差止請求権を認めることは可能であるかについて、検討する。

独禁法上の差止請求権制度 (独禁法二四条) は、独禁法違反行為による被害者の救済といった私益の実現を通じて、独禁法違反行為を除去することにより、公正かつ自由な競争が回復され、公益の確保に資するものである。<sup>(45)</sup>

ところで、団体の請求権の理論構成については、前述したドイツにおけるGWB及びUWG上の議論を参考にすると、以下のように考えられる。

たしかに、集団の利益説については、前述したのと同様の批判が考えられるが、前述したように、団体の請求権のための要件について、団体が被害者の集団的利益を代表することを追加することにより、この批判に反論しうることができるのである。したがって、違反行為による被害者の集団的利益を代表する団体の定款上の目的に違反行為が関係することにより、その団体が自ら被害を受けたことに基づきその団体に請求権が認められると考えられるの

である。

ところで、団体訴訟制度を公の利益の実現のための制度と捉える見解がある<sup>(436)</sup>。しかし、団体の任務は、構成員に共通した利益を追求することであり、公の利益の保護にはないこと、及び、公の利益は、請求権の根拠としては、あまいすぎ、かつ、私法上の請求権の根拠としては、妥当ではないことに鑑み、妥当なものとはいえないのである。

また、団体が構成員の請求権を訴訟担当するとの見解がある。これについては、たしかに、訴訟担当という構成そのものは、現行の民事訴訟法体系においても認められており、伝統的な民事訴訟の考え方と整合的であり、また、このような構成で個々の被害者の他に一定の事業者団体及び消費者団体に提訴権が認められれば、個々の被害者のみに請求権ないし提訴権が認められている現状よりは、活発に訴訟提起が行われることになるといえる。しかし、被害者の個々人の請求権の成立を待っていたのでは、被害の救済として遅すぎる結果となるといえ、妥当ではないといえる。また、ドイツにおけるGWB上の団体訴訟の歴史的展開の検討により明らかとなったように、訴訟手続において、訴訟担当される当事者は明らかとされることから、優越的地位の濫用行為による被害者等は、将来への取引への影響の不安等から、訴訟を提起することを望まないと考えられるのである。さらに、法定訴訟担当とした場合には、団体が敗訴すれば、直接の被害者にも既判力が及ぶ（民事訴訟法一一五条一項二号）こととなり、直接の被害者の裁判を受ける権利を奪うことになるし、逆に、直接の被害者が訴訟提起を望まない場合でも、直接の被害者の関知しないところで訴訟提起されることになる。また、任意的訴訟担当とした場合には、直接の被害者からの授権が必要になるところ、本人が訴訟を望まない場合には、団体による訴訟が提起されないことになる。したがって、各被害者の個別の訴えの提起が期待できない少額多数被害救済のための制度としては十分ではないといえる。さらに、実体法上の差止請求権が団体固有のものではないことから、団体が裁判外において違反企業に対する警告等を行なうことができない



ともいえ、この場合には、違反行為の迅速な除去のための団体の活動を期待することができない<sup>(437)</sup>。また、現行民事訴訟法上の選定当事者制度の活用によればよく、新たに団体訴訟制度を導入する必要がないという考えについては、前述した訴訟担当説についての批判がほぼそのまま当てはまるのであり、妥当ではないといえる。

このように、団体に差止請求権を認めるための理論構成は、被害者の集団的利益を代表している団体が、当該集団的利益への侵害がある場合に、その定款上の目的と関係する違反行為により、団体の固有の利益が侵害されたことを根拠として、当該団体に、差止請求権が認められると考えられるのである。このように団体の差止請求権は、当該団体が被害を受けたことに基づくのであるから、前述したように、独禁法二四条により、個人が自らの利益を侵害されるおそれがある場合に差止請求権が認められるのと同様であり、同条により団体に差止請求権が認められると考えられる。そこで、この点を確認し明確化するために、新たに改正により団体訴訟制度を独禁法及び景表法違反行為について、規定することが妥当である。

前述したように、独禁法及び景表法等について導入されるべきと考えられる団体訴訟制度は、違反行為により、被害者の集団的利益が侵害された場合に、その集団的利益を代表する団体は、違反行為が定款上の目的に関係することから、自らの利益を侵害されたことに基づき差止請求権を有するものであるものであり、それにより、公の利益の実現が行われるものである。したがって、独禁法及び景表法へ導入されるべき団体訴訟制度は、前述した独禁法二四条の差止請求権の趣旨に相応しいものであるということができるのである。

#### 4 団体の請求権のための要件及び適格要件

(1) そこで、事業者団体訴訟の場合の団体の請求権のための要件は、前述した検討を参考にすると、第一に、営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体であり、その目的に従い、実際に活動していることで

ある。第二に、被害者の集団的利益を代表することである。これは、事業者の数や経済的重要性に照らし、被害者の集団的利益を代表するに足る事業者が、団体に属していることである。第三に、違反行為が団体の定款上の目的と関係することであると考えられる。

次に、消費者団体訴訟の場合の団体の請求権のための要件は、第一に、消費者の利益の擁護を定款上の目的とする法人格ある団体であり、その目的に従い、実際に活動していること、第二に、被害者の集団的利益を代表すること、第三に、違反行為が団体の定款上の目的と関係することであると考えられるのである。これについては、前述した消費者被害の一般的性格ゆえに、通常、この要件は、消費者保護を目的とする法律に違反した行為があるという事実により、推定されると考えられる。もつとも、例えば、団体がその活動地域と全く別の地域の被害について訴える場合には、前述したところから、団体は、消費者利益の擁護を定款上の目的とする法人格ある団体であり、その目的に従い実際に活動し、消費者保護を目的とする法律に違反した行為がある場合、定款上の目的と違反行為との関係を立証しなければならぬ。また、この場合には、被害者の集団的利益を代表しているかという点も問題となる。

我が国において、後述するように、不当表示行為を団体の差止請求権の対象とすることは妥当であると考えられるが、ドイツにおいては、これに相当するUWG違反行為に対する団体訴訟については、濫訴が問題となったのである。これに鑑みると、我が国において独禁法及び景表法違反行為等について導入されるべき団体訴訟についても、濫訴が生じないと言いきれない。濫訴に対しては、前述した「団体が被害者の集団的利益を代表していなければ、請求権を有しえないこと」が、一定の意味をもつと考えられる。<sup>(438)</sup>

(2) 次に、団体の適格要件について検討する。

そもそも原告適格は、給付訴訟において、訴訟担当の場合を除いて、請求権を有すると主張する者に認められるも

のであり、団体の原告適格については、別個に検討されるべき問題ではないと考えられるのである。<sup>(430)</sup> 団体訴訟の場合には、原告が個人ではなく、団体であることから、原告が、通常、請求権を有しうると考えられるために、前述した請求権の要件の検討が要されるのである。

前述したように、ドイツにおいて、消費者団体訴訟については、消費者保護を目的とする法律に違反する行為があり、消費者利益の擁護を定款上の目的とする法人格ある団体であり、その目的に従い実際に活動していれば、通常、その団体に請求権があるといえるにもかかわらず、濫訴への対応のために、これ以上に詳細な要件が、訴訟要件として、規定されている。しかし、それでは、個別の事例において、実際に被害を受けた者らの集団的利益を代表している団体に、適切に請求権を認めることはできない。これは、ドイツの従来通説・判例においては、請求権の要件において、団体が被害者の集団的利益を代表しているか否かを判断し得なかつたからであると考えられる。したがって、我が国において、団体の提訴前の活動への配慮等から、行政庁のリストへの登録方式等を採用する場合には、以下のように考えられる。行政庁のリストの要件が満たされた場合には、その団体は、被害者の集団的利益を代表しているといえ、かつ、違反行為が定款上の目的に関係するといえることから、通常、その団体に請求権があるといえるのである。したがって、リストの要件が満たされたとの事実が、実体法上の請求権のあることを推定するものと考えることが妥当である。

以上のように考えることにより、違反行為による被害者の集団的利益を代表している消費者団体及び事業者団体に、適切に差止請求権等を認めることが可能となるのである。

##### 5 請求権の種類

ところで、欧州において、従来、団体には差止請求権しか認められていなかったが、近時は、前述のように、フラ

ンスにおいては、団体の損害賠償請求権が、ドイツにおいては、団体の利益剝奪請求権が導入されているのである。すなわち、違反行為により違反行為者が不当に利益を獲得していることに鑑み、近時は、かかる利益を吐き出させるための請求権や損害賠償請求権が団体に認められているのである。そこで、我が国において、団体に認められる請求権は、差止請求権のみか、損害賠償請求権等もかという問題については、以下の点を指摘しうる。

差止請求権のみとする場合には、少額多数被害の対応策として、十分ではないという批判が考えられる。これに対し、損害賠償請求権も団体に認めるとする場合には、少額多数被害の対応策としては効果が大きいというメリットもある反面、以下のような多くの問題がある。すなわち、①個別具体的な損害を前提とする損害賠償請求権である場合には、現行民事訴訟法の前述した選定当事者制度である程度対処しうるものであり、新たに導入する必要に乏しい。また、訴訟担当構成によるため、前述した訴訟担当説についての批判が当てはまる。そこで、②個別的な損害ではなく、包括的な（集団的な）損害を觀念し、それを前提に損害賠償請求をすることができると解することの是非の問題がある。前述したように、フランスにおいては、こういった試みがなされ、ドイツにおいては、従来の損害賠償請求権とは異なる利益剝奪請求権の導入が見られるのである。さらに、③包括的損害を認める場合、損害額の算定方法について、団体の獲得した金銭の行方について（国庫に入れるかという問題）、かかる金銭を各被害者に分配するか、分配する場合にはその方法について等が問題となる。<sup>(40)</sup>このように団体の損害賠償請求権等については、検討すべき多くの問題があり、現時においてこれを導入することは難しいように思われ、団体の差止請求権のみを導入することが妥当であると考えられるのである。

我が国においても、不当な取引制限行為により拡散的被害が生じ、違反行為により違反行為者が利益を不当に獲得していることから、将来的には、不当な取引制限行為等も含めた独占禁止法違反行為を対象として、消費者団体に、

利益剝奪請求権又は損害賠償請求権を認めることを検討する必要がある。これは、前述したE Uにおける展開から明らかなように、不当な取引制限行為等については、私人である団体には違反の立証が容易ではないことから、まず、公取委の審決があつて、その後団体が提訴するのが通常であると想定されるため、これらの違反行為については、団体に認められるべきであるのは、差止請求権ではなく、利益剝奪請求権又は損害賠償請求権であるといえるからである。<sup>(44)</sup> また、前述したドイツにおける指摘があつたように、経済の内部的自浄作用は期待できないからである。

従来、我が国においては、いわゆる灯油事件訴訟（鶴岡灯油事件・最判平元一二・八民集四三卷十一号一二五九頁）やカラーテレビ再販（松下電器カラーテレビ事件・東京高判昭五二・九・一九判時八六三号二〇頁）の事例など、消費者が、不当な取引制限や再販売価格維持により被害を受けたとして損害賠償請求訴訟を提起する事例がみられたのであり、一定の団体に利益剝奪請求権や損害賠償請求権を認める必要性が認められ、また、我が国の独禁法上は、違反行為による不当な利得の徴収制度が課徴金制度としてすでに存在するのであり、ドイツにおいて見られる違反により違反行為者が獲得した利益を剝奪するという利益剝奪請求権の発想は、受け入れられ易いといえる。したがって、独占禁止法上の議論においては、差止請求権だけでなく、違反行為者が違反により不当に獲得した利益を吐き出させる請求権も導入する必要性及び可能性が、消費者契約法上の議論と比較して、より強く存在するといえるのである。

この場合に、消費者団体に認められるべきであるのは、差止請求権に加えて、利益剝奪請求権か損害賠償請求権のいずれかという問題については、今後十分に議論される必要があるが、フランスにおいて、団体の損害賠償請求権についての根拠の理論的解明が困難であることが明らかとなつたのち、ドイツにおいて、従来の損害賠償請求権とは異なるものとして利益剝奪請求権が導入されたことが参考になる。<sup>(43)</sup>

そこで、将来、我が国の独禁法へ利益剝奪請求権を導入する場合に検討すべき点は、以下の諸点である。

第一に、その請求権は、経済への過剰な負担を防止するために、故意ある違反行為のみを対象とするか否かについてである。故意ある違反行為に限定する場合、対象となる行為は、典型的には、ハードコアカルテルの場合が多いといえることから、我が国の独占禁止法への導入を考える場合、この請求権の対象に不当な取引制限行為を含ませる必要があるのである。

第二に、ドイツでは、カルテル庁の利益剥奪権限（GWB新三四条）があり、その補完的なものとして団体の利益剥奪請求権（GWB三四条a）があることと同様、我が国においても、公取委の課徴金が第一義的なものであり、それが行使されない場合に、団体の利益剥奪請求権が主張されるべきである点である。公取委の人員・予算や裁量権に鑑み、後者が必要とされるのである。もつとも、これについては、今後、課徴金の法的性格も含め、検討する必要がある。そして、すでに罰金が支払われている場合には、その金額は利益剥奪請求権の額から控除されるべきである。なぜなら、違反により儲かることのないようにするといった同請求権の目的は、罰金として支払われることでも達されうるからである。

第三に、課徴金とは異なり、団体の利益剥奪請求権は、多数の者への拡散被害の事例に限定されたものである点である。この点から、競争政策の実施を中心的に捉えるのが、課徴金であり、消費者への拡散被害の救済を中心に考えるのが、——それにより同時に競争秩序の維持・回復がなされるとしても——団体による利益剥奪請求権であると考えられるのである。

第四に、濫用を防止するために、利益は国庫に支払われることとすべきである。そして、不当な取引制限について、とくに、入札談合に関しては、国家予算の無駄遣いとなる場合には、そのことは、利益剥奪請求権により徴収された金銭が国庫に入ることを、正当化する方向に作用するといえるのである。

## 6 対象行為

前述したように、独禁法違反行為全般について、団体訴訟が必要であり、理論的にも根拠づけられうるものであると考えられるが、団体訴訟の対象となる行為については、現時における立法論としては、前述した司法制度改革促進計画を踏まえた、内閣府の検討の方向に鑑みれば、景品表示法違反行為に限定するということが妥当ということになる。

しかし、これについては、以下の問題もある。すなわち、①景品表示法は、独占禁止法の特例法であり、請求権に係るような実体規定を景品表示法に規定することができるのかという法制的な問題がある。また、②消費者の利益保護には資するものの、対象行為が限定されていることから、不十分であるという批判が考えられる。さらに、③公正取引委員会の所管する法律のうち、景品表示法のみは団体訴訟制度を導入する理由を論理必然的に説明することは難しいと思われることである。

そこで、独占禁止法違反行為全般を対象とすることについては、たしかに、民事的救済制度の整備による競争政策の強化に資するといえるが、以下の問題がある。すなわち、内閣府における消費者契約法についての検討とは別の観点からの検討が要されること、及び独禁法二四条が不公正な取引方法等に対象行為を限定していること等である。

思うに、前述したように、E U諸国における競争法違反にかかる民事的救済制度の近時の展開を踏まえると、対象行為の問題については、多様な独禁法違反行為の立証の難易を考慮に入れて検討しなければならないと考えられる。すなわち、比較的違反の立証が通常容易な行為類型（不当表示行為・不当な利益供与による顧客誘引行為等）とそうではない行為類型（不当表示行為等以外の不公正な取引方法及び独禁法三条違反行為）に分けて考察する必要があると考えられるのである。このうち前者については、私人である消費者団体等に差止請求権を認めても機能しうるが、

後者については、専門的知識を有する公取委の行政処分があった後、私人である消費者団体等が損害賠償請求ないし利益剥奪請求訴訟を提起するというフォロー・オン訴訟が通常想定されるのである。前述のように、団体の損害賠償請求権や利益剥奪請求権については、今後検討すべき多くの問題があるため、今回の改正により導入すべきであるのは差止請求権であると考えられるのであるから、対象となる行為は、前述したところから、違反行為の立証が比較的容易な違反行為とすることが妥当といえるのである。

また、損害賠償請求権等については、前述のように、今後検討すべき問題が多いことから、今回の改正により団体に認められるのは差止請求権のみとするのが穏当と考えられるところ、現在、差止請求権の対象は不公正な取引方法（独禁法一九条）等に限定されており（独禁法二四条）、独禁法三条違反にまで団体訴訟の対象行為を広げることがは、立法論としてあまり現実的ではないと考えられるのである。

これらの点に鑑みると、不当表示行為・不当な利益供与による顧客誘引行為等の通常比較的立証の容易な行為に対象を限定して、我が国の独占禁止法へ団体訴訟制度を導入することが、現時においては妥当であると考えられるのである。この場合に、景品表示法内に規定をおくと前述のように法制上の問題があることから、独占禁止法内に団体訴訟の規定をおくことが妥当であるといえる。

なお、団体の請求権の対象となる行為をどの範囲にするのかという問題については、我が国の独禁法上の差止請求権の対象行為は、前述したように、二重の限定がなされているという問題も指摘しうる。すなわち、そもそも違反行為として規定されている行為が限定され、かつ、そのように限定された行為のうち、不公正な取引方法に限定して、差止の対象とされているのである。しかし、前述したように、現行法上規定された行為以外に、公正な競争を阻害し、かつ、消費者に向けられた行為であり、多数の消費者に被害が生じる行為が存在すると考えられるため、これについ



でも、不公正な取引方法として規定し、差止請求権の対象行為とすること、または、一般条項を設け、一般条項違反として差止請求権の対象としうるようにすること、団体訴訟の対象行為にすることが必要であり、将来的には、これにかかる改正についての検討の必要があるように思われる。

## 7 団体の種類

請求権を付与される団体の種類については、団体訴訟の対象となる行為及び団体に認められる請求権の種類と関連し、以下のように考えられる。

前述したように、イギリスにおいては、誤認惹起広告について消費者団体の差止請求権が認められ、事業者団体訴訟は認められていない。また、条約八一条・八二条及び一九九八年競争法違反について消費者団体の差止請求権は認められていないのである。フランスにおいては、様々な独禁法違反行為について事業者団体及び消費者団体の差止請求権及び損害賠償請求権が認められているが、実際に利用されていない。誤認惹起広告等について認められているのは、消費者団体訴訟であり、これが活発に利用されているのである。ドイツにおいては、我が国の景品表示法違反行為に相当するUWG違反行為について、事業者団体訴訟及び消費者団体訴訟の活発な利用が見られるのに対し、カルテル協定や協調行為や支配的地位の濫用行為といった我が国の独禁法三条違反行為に相当する行為や、不当表示行為等以外の不公正な取引方法（不当妨害、差別的取扱い、再販売価格維持等）に相当する行為については、GWB上事業者団体訴訟のみが認められており、消費者団体訴訟は認められていない。もっとも、これらの行為も、UWG上の一般条項違反を構成する場合には、事業者団体訴訟及び消費者団体訴訟が認められている。

前述したように、諸外国においては、歴史的に見て、ドイツ、フランスの状況から明らかなように、団体訴訟制度は、事業者団体訴訟から端を発し、これが中心的である。そして、ドイツにおいては一九六〇年代から、フランスに

においては一九九〇年代から、消費者保護の認識の高まりと共に、消費者団体訴訟が導入されたのである。我が国の景品表示法に相当する例えばドイツにおけるUWG違反行為は、事業者間の競争への影響如何が関係する行為であるために、被害が競争業者に及ぶものであることから、事業者団体訴訟が必要であるためこれが認められ、これと共に、その行為自体が消費者に向けられていることから、通常多くの消費者に被害が生じるものであるため、UWG上消費者団体訴訟が認められているのである。

これを我が国について見ると、まず、消費者団体訴訟については、第一に、不当表示行為や不当な利益供与による顧客誘引行為は、その行為が消費者に向けられている場合には、通常、被害が多数の消費者に明白に及ぶものであるため、かかる被害者の集団的利益を擁護するために消費者団体訴訟が認められるべきであるといえる。また、これらの行為は、これら以外の不公正な取引方法及び独禁法三条違反行為に比し、比較的その立証が通常容易であるといえることから、前述したように、差止請求権が消費者団体に認められれば十分機能しうると考えられるのである。

第二に、不当な取引制限行為（独禁法三条後段）は、経済の自浄作用には限界があることから、消費者団体訴訟が必要であるといえる。たしかに、フランスにおいて、我が国の独禁法三条違反に相当する反競争行為については、行為が消費者に向けられていないことが多く、基本的に競争業者や取引先業者に損害が生じるものであることから、消費者団体訴訟は利用されていない。しかし、カルテルによる被害が拡散し、多数の消費者に及ぶのも事実であり、前述した事情に鑑み、消費者団体訴訟が必要であるといえるところ、不当な取引制限や私的独占行為といった違反行為の立証は消費者団体には困難であるため、前述したように、いわゆるフォロー・オン訴訟が通常想定されるのである。したがって、独禁法三条違反行為についても消費者団体訴訟が必要ではあるが、その場合に、団体に認められるべきであるのは、前述したように、差止請求権ではなく、損害賠償請求権等である。

次に、前述したように、団体の差止請求権の対象となる行為は、私人である団体にとって違反の立証が容易な違反行為とすべきであると考えられるため、これについて事業者団体訴訟が必要とされるのはいかなる点に求められるのかについては、以下のように考えられる。すなわち、独占禁止法違反行為や景品表示法違反行為等の違法性は、事業者間の競争への影響如何が問題とされるものであり、また、違反行為が事業者に向けられていることも多く、違反行為により事業者に被害が及ぶものである。したがって、消費者契約法上の議論とは異なり、消費者団体訴訟のみならず、事業者団体訴訟も必要であるといえる。このことは、ドイツにおけるUWG上の事業者団体訴訟が、古くから活発に利用され、消費者団体訴訟よりも多く利用されていることにより裏付けられるといえる。また、ここで生じる各事業者の被害は、わずかであったり、抽象的であったりすることが多いかもしれないが、これは、団体訴訟のために必要とされている被害者の集団的利益の侵害としては十分である。前述のようにドイツにおけるUWG上の事業者団体訴訟は、同一市場の事業者の共通の利益を救済するものであると捉えられているのである。また、我が国では、たしかに、インサイダーによるアウトサイダー排除の手段として事業者団体訴訟が悪用されることも指摘されているが、アウトサイダーには独禁法二四条に基づく差止請求訴訟の提起が対抗手段として存在しており、これは決定的な問題ではないように思われる。

前述のように、我が国において、不当表示行為及び不当な利益供与による顧客誘引行為等の通常比較的立証の容易な行為を対象を限定することが妥当であると考えられるところ、これらの行為について事業者団体訴訟も前述のように必要であり、これら諸外国の例を踏まえると、消費者団体訴訟のみを導入することが妥当であるかについては、検討の余地がある。

## 五 おわりに

最後に、本稿において検討したEU諸国における競争法違反行為にかかる民事的救済制度と、競争法訴訟が活発に行われているアメリカ反トラスト法上の私訴との間には、以下の相違があるといえる。

第一に、反トラスト法上の損害についてである。すなわち、EUにおいては、従来競争法訴訟は控え目に利用されており、アメリカ反トラスト法上の私訴のように濫訴は生じていない。このため、違反と相当因果関係のある損害の賠償について、これを否定する政策的根拠はなく、反トラスト法上の損害やこれに類似するドイツにおいて従来要求されてきた保護法規性は必要ではないのである。

第二に、懲罰的損害賠償についてである。すなわち、アメリカ反トラスト法上の私訴において濫訴がみられるのは、懲罰的損害賠償が認められていることがその要因であるといえる。これは、懲罰を科すという公的役割まで、プライベートな存在である私人に安易に担わせていることの失敗であるといえるものである。一方、EUにおいては、ことにフランス及びドイツにおいて、前述したように、これは明白に否定されているところである。近時、ドイツにおいて導入された利益剝奪請求権といえども、違反行為者が違反行為により得た利益を剝奪する範囲に留まるものであり、懲罰を科すものではなく、事実上の威嚇効果を伴うものであるに過ぎないとされ、このような効果しか有さない上、剝奪された利益は請求権者ではなく国庫に入られるとすることにより、濫訴を予防しているのである。

第三に、クラス・アクション制度についてである。すなわち、まず、この制度はクラスを代表している者であれば、基本的に誰でも訴えることができるとする制度であることに基づき、今日アメリカにおいて生じている濫訴を誘発したのである。次に、判決効に関し、オプト・アウト型が採られることから、手続に関与せずに判決効を受ける者の裁

判を受ける権利（正確には、受けない権利）が害されるという問題がある。クラス・アクション制度はこのような問題を有するところ、古くからEUにおいては、そのような制度は採用されておらず、拡散的被害の救済のために、前述したように団体訴訟制度を構築し発展させてきたのである。

以上みてきたように、競争法違反行為に係る私訴については、長年の歴史を有するアメリカ反トラスト法上の私訴のみならず、EUにおける競争法違反行為に係る私訴からも、我々は学ぶべきことが多いといえる。今回は、我が国への団体訴訟制度の導入についてのみ、我が国の競争法違反行為に係る私訴に関し検討を行ったが、今後その他の点についても、さらなる研究を踏まえ検討を行いたい。

(1) 司法制度改革審議会意見書I第一一七(四)イ。

(2) 内閣府の国民生活審議会消費者政策部会報告（平成一五年五月二八日）「二一世紀型の消費者政策の在り方について」、内閣府国民生活局・消費者組織に関する研究会報告書「消費者団体を主体とする団体訴訟制度と消費者団体の役割」（平成一五年五月三〇日）、第三五回消費者保護会議決定（平成一五年七月二二日）が出され、内閣府において、平成一六年六月から、国民生活審議会消費者政策部会に消費者団体訴訟制度検討委員会が設置され、検討が行われ、同年一二月に消費者団体訴訟制度の骨格についてがまとめられ、同年六月に最終報告書が出された。また、日弁連「実効性ある消費者団体訴訟制度の早期実現を求める意見書」が、二〇〇四年三月一九日に出された他、全国消費者団体連絡会・消費者団体訴訟制度研究会「消費者団体訴訟制度・要綱草案」（二〇〇四年九月一〇日）が出されている。

消費者契約法上の団体訴訟の導入について、上原敏夫「消費者契約法と消費者団体訴訟」別冊NBL五四号二四七頁以下、総合研究開発機構・高橋宏志共編・差止請求権の基本構造・商事法務研究会（二〇〇一年）一一一頁以下（森田修）、一三三頁以下（高田昌宏）、三木浩一「消費者団体訴訟の立法的課題——手続法の観点から」NBL七九〇号四四頁（二〇〇四）、鹿野菜穂子「消費者団体訴訟の立法的課題——団体訴訟の内容を中心に」NB七九〇号五八頁、六八頁（二〇〇四）等がある。

(3) これは、内閣府の「消費者の窓」というサイト (<http://www.consumer.go.jp/>) で入手可能である。

- (4) これらの成果について、筆者は、慶應義塾大学から二〇〇五年二月に法学博士の学位を授与された。その後の研究も含めた形でまとめた拙著『団体訴訟の新展開』が慶應義塾大学出版会から二〇〇六年に出版される予定である。
- (5) これは、欧州共同体法違反に基づき、加盟国裁判所に提訴しうるといふ、いわゆる直接効の議論を前提としている。これは、垂直的 direct 効及び水平的 direct 効として論じられてきたものであり、現在においては、各加盟国において、これら両方とも、判例・学説において、肯定されている（ドイツについては、例えば、水平的 direct 効について、SABAM 事件 欧州裁判所一九七四年一月三〇日判決 (WuW/EWEG/MUV 309, 310-SABAM I) は、「条約八五条一項及び八六条における禁止は、その性質上、個人間との関連で直接の効果を生じさせるものであるため、加盟国裁判所が保護すべき個人の権利を直接生じさせるものである。」と判示し、学説もこれを容認している。また、イギリスにおいても、同様である (Mark Furze, *Competition Law of the EC and UK*, p. 123.)。
- (6) ABl. 1993, C 39/6.
- (7) Die Anwendung der Artikel 85 und 86 des EG-Vertrags durch die Gerichte der Mitgliedstaaten. これは、一九九七年までの各加盟国におけるかかる適用状況について報告している。欧州委員会のサイト (<http://europa.eu.int>) で入手できる。
- (8) ABl. 1999, C 132/1.
- (9) 二〇〇〇年の欧州委員会年次報告書 (Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Union) においても、加盟国裁判所による協力の強化が言及され (Rdnr. 56ff.)、また、モンテイ委員長は、二〇〇一年六月の第六回 EU 競争法・政策ワークショップにおいて、効果的な競争法の私的執行への委員会の要望を述べた (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>)。これに対し、公的執行の方が効果的調査、サンクション権限の点で私訴よりもはるかに優位にあること、私訴の社会的ニースが明らかでないこと、中立的正義の実現には公的執行が向いていることから、競争法の私訴を奨励することに疑問を呈するものもある (Wouter P. J. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, *World Competition* 26(3): 473-488, 2003)。
- (10) *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, edited by Claus Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (2003).
- (11) Case C-453/99 *Courage v Crehan* [2001] E. C. R. I-6297; [2001] 5 C. M. L. R. 1058.

- (12) para. 27.
- (13) 本件の解説は、由布節子・貿易と関税二〇〇四年二月号七五頁。
- (14) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 390.
- (15) See Lennart Ritter/W. David Braun/Francis Rawlinson, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Second Edition (2000), p. 925. 例えば、欧州委員会競争政策年次報告書（一九九五年～二〇〇三年版）によると、ドイツでは、一九九六年は一六件、一九九七年は一八件、一九九八年には二〇件、一九九九年には三五件二〇〇〇年には四二件、二〇〇一年には三二件、二〇〇二年には一七件、二〇〇三年には二四件の条約八一条又は八二条適用の国内裁判所判決が出されたと報告されている。フランスでは、一九九五年時点で、すでに年間三〇件以上とされている。
- (16) ABl. 2003 L 1/1. 同規則について、松下満雄「EU/EC 競争法の新施行規則について」国際商事法務三二巻五号六〇九頁（二〇〇三年）、塚田益徳「EC 条約八一条及び八二条の新施行規則について——執行強化のための改正を中心に——」公正取引六三四号六四頁（二〇〇三年）、小原喜雄「EC 競争法執行の現代化（素描）」神奈川法学三六巻二号三五頁以下（二〇〇三年）、Franz Jurgen Sacker／平川幸彦訳、講演「EC 条約八一条、八二条の実施に関するEC 理事会の新規則（VO/2003）の概要ならびに新規則のドイツ独占禁止法に対する意義」明治学院大学法律科学研究年報二〇号（二〇〇四年）一三一頁。
- (17) ドイツにおいては、これを受けて、GWB 新二二条は、同様に規定する。
- (18) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 394; Zuber in Loewenheim/Messen/Riesenkampff, *Kartellrecht* (2005), Bd. 1, S. 830, Rn. 23.
- (19) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 383. Case 6/64 Costa v ENEL [1964] E. C. R. 1141; [1964] C. M. L. R. 425; Case 35/76 Simmenthal v Italian Minister of Finance [1976] E. C. R. 1871; [1977] 2 C. M. L. R. 1.
- (20) Case 14/68 Walt Wilhelm [1969] E. C. R. 1; Joined Cases 253/78 and 1 to 3/79 Giry and Guerlain [1980] E. C. R. 2327 at Paras 15-17.
- (21) Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under arts 81 and 82 EC (2004) OJ C 101/65.
- (22) Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report,

Analysis of economic models for the calculation of damages, and National reports.

- (23) Notice on cooperation between the Commission and the National Courts (2004) OJ C 101/54.
- (24) 但し、後述するように、我が国の独占禁止法違反(景表法違反も含む)に対応する行為は、EU加盟国においては、独占禁止法に相当する各加盟国のいわゆる競争法だけでなく、不正競争防止法等にも規定されている(不当表示行為がそれである)。したがって、これも含めて検討する。
- (25) Furse, Competition Law of the EC and UK, p. 119~120. イギリスにおける独禁法違反と損害賠償についての邦語文献は、一九九〇年代までについて、山木康孝「イギリスにおける競争法とその違反に関する損害賠償制度について」公正取引四八二号三一頁(一九九〇)、「山部俊文」英・独・仏における独禁法違反行為に対する民事的救済について「公正取引五八〇号(一九九九年)一三頁等がある。
- (26) また、訴訟費用制度に関する点、及びクラスアクション制度が認められていることも競争法に関する民事訴訟の刺激となつてゐると指摘されてゐる(Mark Furse, Competition and the Enterprise Act 2002 (2003), p. 8.)。
- (27) Peer Review of the UK Competition Policy Regime (2001), <http://www.dti.gov.uk/nag/> Peer Review of the UK Competition Policy Regime (2004) もある。
- (28) Restrictive Trade Practices Act 1976 (c. 34). 一九七〇年代までのイギリスの独禁法制に関する主要な邦語文献には、小原喜雄「英国の公正取引法案(Fair Trading Bill)について(上)(下)」公正取引二七一号三九頁二七二号四〇頁、同「イギリスにおける競争政策の最近の動向」公正取引二七三号一八頁等がある。
- (29) Resale Prices Act 1976.
- (30) Martin Smith, Competition Law-Enforcement & Procedure (2001), p. 473.
- (31) 例えば、提訴権を行使する前に、事業者からそのような違法行為等を継続しない旨の誓約書を取るよう努力することが定められている(公正取引法三四条一項)。
- (32) Martin Smith, Competition Law-Enforcement & Procedure (2001), p. 473.
- (33) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇二頁。なお、二〇〇二年エンタープライズ法九条及び一〇条により、一九七三年公正取引法三条及び一二条〜二二条は削除されている。また、この他にも、



- 例えば、一九七三年公正取引法七八条ノ八〇条が削除されている（二〇〇二年エンタープライズ法二〇八条）。
- (34) 条文は '<http://www.legislation.hmso.gov.uk/> で入手できる。一九九八年競争法についての邦語文献には、後述する渡辺論文の他に、相関透「英国における一九九八年競争法の制度について」公正取引五八〇号二〇頁（一九九九）等がある。
- (35) Martin Smith, *Competition Law-Enforcement & Procedure* (2001), p. 456; D. G. Goyder, *EC Competition Law* 4. Ed. (2003), p. 465; Richard Whish, *Competition Law* 5. Ed. (2003), p. 301; Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 390.
- (36) [1984] AC130, [1983] 3 CMLR 43.
- (37) *Arkin v. Borchard Lines Ltd* [2003] EWHC 687 (comm Ct). *アキンバ* <http://www.bailli.org/> で入手した。
- (38) [2004] EWCA 637.
- (39) para. 156.
- (40) *アキバ* (2004) 邦語文献として、我妻学・イギリスにおける民事司法の新たな展開・東京都立大学出版会（二〇〇三）二一三頁以下等がある。
- (41) White Paper (Cm. 5233, July 2001), para. 8.6.
- (42) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 369.
- (43) White Paper (Cm. 5233, July 2001), para. 8.6.
- (44) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 369.
- (45) EC Commission, UK report (2004), p. 4.
- (46) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 369.
- (47) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 369.
- (48) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 369.
- (49) Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK* (2004) fourth edition, p. 125~126.
- (50) Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK* (2004) fourth edition, p. 127.
- (51) なお、イギリスでは、新規則に対応したプラクティス・ティンクシオン (*Competition law-Claims relating to the application*

- of Articles 81 and 82) において、欧州委員会と国内裁判所の協力について、規定されている (n. 62, above)。
- (52) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 369.
- (53) 本件評釈は、杉浦市郎「モールの抱合せについて、イギリスにおいて、EC条約八一条違反を理由として、初めて損害賠償を認容した二〇〇四年五月二二日の控訴院 (Court of Appeal) の判決」公正取引六五四号六四頁 (二〇〇五年)。
- (54) 例えば、Intel Corp'n v VIA Technologies Inc and others [2002] EWHC1159, [2002] UKCLR576; Leeds City Council v Watkins & Anor [2003] EWHC 598 等がある。http://www.bailli.org/ で入手した。
- (55) Mark Furse, *Competition and the Enterprise Act 2002* (2003), p. 10.
- (56) 例えば、将来の経済上の損失は、合理的予見が不可能であり、賠償されえない。
- (57) EC Commission, UK report (2004), p. 10~11.
- (58) para. 156.
- (59) [2004] EWCA 637.
- (60) Crehan v Intreprenneur Pub Company (CPC) & Anor [2003] EWHC1510 (Ch), 26 June 2003, para. 29. http://www.bailli.org/ で入手した。
- (61) para 160.
- (62) ex. Greenalls Management Ltd v Canavan [1998] Eu. L. R. 507, CA; Matthew Brown plc v Campbell [1998] Eu. L. R. 530, QBD.
- (63) なお、本判決は、「重大な責任」について、水平的合意か、垂直的合意かの区別を設けていない。
- (64) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 268.
- (65) Transcript of case management conference, p. 2, Case 1028/5/7/04.
- (66) イギリスにおける知的財産権に関するこの問題は、大西邦弘「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による『原状回復』」神戸法学五三巻四号二九三頁 (二〇〇四年)。
- (67) Case 344/98 Masterfoods [2000] E. C. R. I-11369.
- (68) [1996] 2 C. M. L. R. 601.

- (69) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 269.
- (70) Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 387~388.
- (71) Notice on co-operation with national courts, n. 53, above, point 14, citing Case C-344/98 *Masterfoods* [2000] E. C. R. I-11369, [2001] 4C. M. L. R. 449 at para. 58.
- (72) <http://www.dca.gov.uk/civil/>
- (73) EC Commission UK report (2004) p. 5. この他は、証明度の高低、通常の民事裁判所における民事裁判所における民事裁判所は、balance of probabilities としても、競争控訴裁判所手続における証明度は高度なものであるからとして等の議論がある ([2005] E. C. L. R. p. 173; EC Commission UK report (2004) p. 12.)。
- (74) *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd* [1975] AC396.
- (75) EC Commission UK report (2004) p. 9.
- (76) 差止請求権の行使も、前述した損害賠償請求権と同様に解される。このように解するAOK事件欧州裁判所判決に関する意見がある (the Opinion of A. G. Jacobs in joined Cases C-246/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK Bundesverband, n. 65 at para. 104.)。
- (77) Martin Smith, *Competition Law-Enforcement & Procedure* (2001), p. 474; Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (1999), p. 142, 143, 145; Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 258.
- (78) <http://www.dti.gov.uk/>
- (79) また、立法担部委員の表明 (HL 2R 30, col. 1148 (October 1997)) がある (Tim Ward and Kassie Smith, *Competition Litigation in the UK* (2005), p. 262)。
- (80) Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (1999), p. 144.
- (81) Martin Smith, *Competition Law-Enforcement & Procedure* (2001), p. 481; Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK, Fourth Edition* (2004), p. 130. 五八条一項は、以下のことを規定する。すなわち、適用免除を拒絶する又は第一章又は第二章違反の調査に入った一定の決定における (従来は公正取引長官による) OFTによる事実認定は、以下の場合に当事者を拘

束する。すなわち、控訴期間経過後、同法の下での他の手続において、争点に関連する場合である。

- (82) Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK, Fourth Edition* (2004), p. 130. この点につき、邦語文献は、山部俊文「英・独・仏における独禁法違反行為に対する民事的救済制度について」公正取引五八〇号（一九九九年）一三頁。
- (83) Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (1999), p. 140.
- (84) Martin Smith, *Competition Law-Enforcement & Procedure* (2001), p. 456; D. G. Goyder, *EC Competition Law* 4. Ed. (2003), p. 465; Richard Whish, *Competition Law* 5. Ed. (2003), p. 301. なお、二〇〇〇年までの法状況等につき、Ludwig von Molke, *Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen* (2003), S. 37ff. がある。邦語文献には、山部俊文「英・独・仏における独禁法違反行為に対する民事的救済制度について」公正取引五八〇号（一九九九年）一三頁、渡辺昭成「イギリス競争法のEU化」早稲田大学大学院法研論集九六号（二〇〇〇年）一九〇頁等がある。
- (85) <http://www.opsi.gov.uk/legislation/uk.htm>
- (86) 決定の日から二ヶ月以内である（競争控訴裁判所規則八条一項）。
- (87) Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK* (2004), p. 130.
- (88) EC Commission UK report (2004) p. 4. 請求棄却の事例については、Mark Furse, *Competition and the Enterprise Act 2002* (2003), p. 9~10 及び Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK* (2004), p. 130~131 における。
- (89) Network Multimedia Television Ltd [2001] UKCLR 814. 控訴審を支持 (Jobserve Ltd v Network Multimedia Television Ltd [2002] UKCLR184)。このため、<http://www.bailli.org/> で入手した。なお、この事例では、広告の掲載が命じられたのではなく、第一審違反となる広告掲載の拒絶を止めようとした命令がなされた。
- (90) Mark Furse, *Competition and the Enterprise Act 2002* (2003), p. 9.
- (91) Synstar Computer Services (UK) Ltd v ICL (Sorbus) Ltd and International Computers Ltd [2001] UKCLR 585.
- (92) Mark Furse, *Competition and the Enterprise Act 2002* (2003), p. 11.
- (93) Mark Furse, *Competition and the Enterprise Act 2002* (2003), p. 11.
- (94) <http://www.catribunal.org.uk/>
- (95) EC Commission UK report (2004) p. 11.

- (96) EC Commission UK report (2004) p. 16.
- (97) EC Commission UK report (2004) p. 17.
- (98) EC Commission UK report (2004) p. 19.
- (99) EC Commission UK report (2004) p. 15.
- (100) EC Commission UK report (2004) p. 22.
- (101) Mark Furse, Competition Law of the EC and UK (2004), p. 129.
- (102) Mark Furse, Competition and the Enterprise Act 2002 (2003), p. 159.
- (103) Tim Frazer, Susan Hinchliffe and Kyla George, Enterprise Act 2002-The New Law of Mergers, Monopolies and Cartels (2003), p. 41.
- (104) Tim Frazer, Susan Hinchliffe and Kyla George, Enterprise Act 2002-The New Law of Mergers, Monopolies and Cartels (2003), p. 41.
- (105) <http://www.catribunal.org.uk/> の「Deans Foods Limited v Roche Products Limited, F. Hoffman-La Roche AG and Aventis SA, Case 1029/5/7/04」を参照。
- (106) 「Ward and Kassie Smith, Competition Litigation in the UK (2005), p. 129」を参照。
- (107) <http://www.archive.official-documents.co.uk/>
- (108) para. 8.17 and 8.18.
- (109) para. 8.19 and 8.20. 「Ward and Kassie Smith, Competition and the Enterprise Act 2002 (2003), p. 148」が述べるところ。
- (110) EC Commission UK report (2004) p. 8. 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇五―一〇六頁。
- (111) 一九九八年競争法四七B条は、取引される製品又はサービスに適用される。すなわち、実施されている取引において、個人が、受け取るもの、供給した者により、実施されていた取引において、個人に供給されたものである。ここにおいて、取引とは、以下のものを含むものである。すなわち、職業上の慣行、利益又は報酬のために実施されたその事業、製品又はサービス

が無料で供給される等その他の事業である（一九九八年競争法四七B条七項・八項）。

- (112) EC Commission UK report (2004) p. 8.
- (113) Tim Frazer, Susan Hinchliffe and Kyla George, Enterprise Act 2002-The New Law of Mergers, Monopolies and Cartels (2003), p. 43.
- (114) Tim Frazer, Susan Hinchliffe and Kyla George, Enterprise Act 2002-The New Law of Mergers, Monopolies and Cartels (2003), p. 43.
- (115) 二〇〇四年五月十五日「Mark Furse, Competition Law of the EC and UK (2004), p. 130 がある。」
- (116) 以下の記述は「EC Commission UK report (2004) p. 7 以下にもどづくものである。なお、他のいかなる公共組織又はオンブズマンに、損害賠償請求訴訟を提起する義務はない。」
- (117) EC Commission UK report (2004) p. 7. CPR (民事訴訟規則) は「<http://www.dca.gov.uk/>で入手できる。なお、司法長官により、公法上の権利又は義務のエンフォースメントのためになされる訴訟は、一九九九年における民事訴訟法改正後は、もはや提起されていないとされている (EC Commission UK report (2004) p. 8.)」。
- (118) EC Commission UK report (2004) p. 7.
- (119) 邦語文献には、松本恒雄「イギリスにおける不正競争関連法」知的財産研究所「不正競争防止法に関する調査研究」(一九九一年)二五五頁以下等がある。
- (120) これら以外にも多くの国内法ないし命令が、二〇〇二年エンタープライズ法命令 (Part 8 国内違反 SI 2003/1593) に掲げられている。
- (121) 一般的執行者は、公正取引庁及び英国における度量衡に関する権限を有する地方機関である (同法二二三条一項)。
- (122) 共同体執行者は、一九九八年EU指令に基づくリストに掲載されている組織であって、一般的執行者でも指定執行者でもないものである。
- (123) Enterprise Act 2002 (Part 8 Domestic Infringements) Order 2003-Si no 2003/1399 (<http://www.legislation.hmso.gov.uk/>)。
- (124) 「独立」とは、他の団体、特に事業者からのコントロールから独立していることである。イギリス通産省によれば、非常に重要な要件であるとされている。事業者との独立との関連では、申請者が、直接的であれ、間接的であれ、影響を受ける種類の

事業を行っている者とのつながりのみによって、基準を満たさないと判断されることはないときれる（同命令四条）。出版などの事業活動を行う消費者団体も想定されるからである。この場合、事業活動の利益がその団体の目的のただけに用いられていること等が要求される。以上につき、諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇七頁。

(125) これは、他の執行者及び規制を行う責任がある他の者と、法的に許される限りにおいて、情報を共有すること、及び、同じ人物に関して行動をすでに起こしているか、起こそうとしている他の執行者及び規制を行う責任がある他の者との間で、第八章に基づく行動を調整するための取決めに参加することである。

(126) 以上につき、諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇七―一〇八頁。

(127) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇八頁。

(128) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇八頁。

(129) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇八頁。

(130) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局一〇五―一〇六頁。

(131) S. I. 2001/1422. これは、二〇〇一年六月一日から施行された。

(132) Annual Report 2002/03, p. 41 (<http://www.of.gov.uk>).

(133) なお、これは、Stop Now Order による事例であった (<http://www.of.gov.uk/>)。

(134) また、イギリスでは、一九六八年の Trade Description Act 及び一九八七年の消費者保護法 (Consumer Protection Act. 二〇条以下) に違反の誤認惹起広告に関し、消費者団体は、刑事訴訟も提起することができ、また、簡易な事例では、刑事裁判所は、損害賠償を命じうることをしている点で注意を要する (Theo Bodewig, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Großbritannien: Ein Dreiklang von Fallrecht, Gesetzesrecht und Selbstkontrolle, GRUR Int. 2004, 543ff, 557, 558.)。

(135) Martin Boyle, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Großbritannien, WRP 1990, 159ff. 邦語文献は、松本恒雄「イギリスの不正競争法制と消費者保護」一橋論叢一〇七巻一―二〇頁以下等。

(136) Theo Bodewig, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Großbritannien: Ein Dreiklang von Fallrecht, Gesetzesrecht und Selbstkontrolle, GRUR Int. 2004, 543ff, 557, 558.

- (137) 条文の邦語訳は、前掲・内閣府報告書第六章（イギリス）の資料に掲載されている。
- (138) 国務大臣の指定が必要とされ、通商産業省（DTI）は、この指定を求める組織に対し、ガイダンスを公表している（<http://www.dti.gov.uk/>）。
- (139) Tim Frazer, Susan Hinchliffe and Kyla George, Enterprise Act 2002—The New Law of Mergers, Monopolies and Cartels (2003), p. 36～38.
- (140) Super-complaints: Guidance for designated consumer bodies, July 2003.
- (141) Mark Furse, Competition Law of the EC and UK (2004), p. 130.
- (142) Super-complaints: Guidance for designated consumer bodies, July 2003, para. 2.2.
- (143) Mark Furse, Competition and the Enterprise Act 2002 (2003), p. 154～155.
- (144) この点は、内閣府が二〇〇四年一月に行なった公正取引庁及び通産省におけるヒアリングでも指摘されていた（前掲・内閣府報告書一〇五頁）。
- (145) 従来は、旧価格競争令（以下、旧法とする。価格及び競争の自由に関する一九八六年二月一日命令八六一二四二号。同命令一九九六年改正法について、山田弘・田中久美子「フランス競争法について（上）（中）（下）」公正取引五五八号五六頁五五九号五六頁五六七号四七頁（一九九七～一九九八）、山田弘ほか「フランス競争法・全訳」国際商事法務二七巻二号一四二頁三号二八五頁一九九九年。）として規定されていたものである。
- (146) EC Commission, France report (2004), p. 2. 山部俊文「英・独・仏における独禁法違反行為に対する民事的救済制度について」公正取引五八〇号一九九九年一六頁。
- (147) 以上につき、EC Commission, France report (2004), p. 3～4. に掲載されている。
- (148) EC Commission, France report (2004), p. 38.
- (149) 以上につき、EC Commission, France report (2004), p. 3～5. において述べられている。
- (150) これにつき、EC Commission, France report (2004), p. 26 以下にある。
- (151) 以上につき、EC Commission, France report (2004), p. 5～に掲載されている。
- (152) なお、損害の存在が、自動的にフォートの存在を推定するものではない。



- (153) EC Commission, France report (2004), p. 38.
- (154) 以下同。 EC Commission, France report (2004), p. 8～10 に掲げられている。
- (155) EC Commission, France report (2004), p. 12.
- (156) EC Commission, France report (2004), p. 12.
- (157) EC Commission, France report (2004), p. 12～13.
- (158) 民事訴訟法二四九条一項は「裁判官は、自己の任じるものに確認を行うよう託することができる。」と規定する（『各国民事訴訟法参照条文』信山社一九九五年五〇一頁山本克己執筆部分）。
- (159) European Competition Law Annual Report 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law (Hart, 2003) at 233-252.
- (160) EC Commission, France report (2004), p. 39.
- (161) 以下同。 EC Commission, France report (2004), p. 14～15 に掲げられている。
- (162) EC Commission, France report (2004), p. 42.
- (163) 以下同。 EC Commission, France report (2004), p. 16～17 に掲げられている。
- (164) 以下同。 EC Commission, France report (2004), p. 17～19 に掲げられている。
- (165) 以上は、EC Commission, France report (2004), p. 20～21 に掲げられている。
- (166) 以下同。 EC Commission, France report (2004), p. 22 に掲げられている。
- (167) この点には、EC Commission, France report (2004), p. 16～17 に掲げられている。
- (168) 以下同。 EC Commission, France report (2004), p. 32 に掲げられている。
- (169) 職業組合 (syndicats professionnels) は、フランスにおける職業団体であり、これには、労働組合、自由業組合、農業組合の他、全ての種類の事業者団体を含む（Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Hein Kötz und Dietmar Baetge, Die Bundelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß (1999), S. 153ff.）。
- (170) 杉原丈史「フランスにおける集団利益擁護のための団体訴訟」早法七二巻二号一九九七年一〇〇頁。
- (171) Code de Commerce, Dalloz (2003), Art. L. 442-6.

- (172) EC Commission, France report (2004), p. 2, 8.
- (173) Louis Vogel, *Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht* (2003), S. 42, 83.
- (174) 以下の点は、諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局六四一六五頁による。
- (175) 一九九八年EU指令後の追加分も含め以下のとおりである。比較広告を含む欺瞞的広告に関する指令(84/450/EEC)・訪問販売に関する指令(85/577/EEC)・消費者金融に関する指令(87/102/EEC)・たばこ等についてのテレビ広告の禁止・制限に関する指令(89/552/EEC)・パック旅行に関する指令(90/314/EEC)・人に使用する医薬品広告に関する指令(92/28/EEC)・消費者契約における不公正条項に関する指令(93/13/EEC)・期間限定の不動産利用権に関する指令(94/47/EEC)・通信販売に関する指令(97/7/EC)・消費用動産などに関する指令(99/44/EC)・電子商取引に関する指令(2000/31/EC)・通信による消費者金融取引等に関する指令(2000/31/EC)。
- (176) Dennis Heuer, *Der Code de la consommation* (2002), S. 105.
- (177) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局七三頁。
- (178) EC Commission, France report (2004), p. 7. 大高ほか「EUにおける消費者団体訴訟制度の実情(上)」NBL七七一号五頁。
- (179) これは、例えば、CE 28 December 1906, *syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* があると思われる(EC Commission, France report (2004), p. 7)。
- (180) Hans-W. Micklitz/Astrid Stadler, *Unrechtsgewinnabschöpfung* (2003), S. 89.
- (181) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局七三頁。
- (182) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局七三頁。
- (183) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局七五頁。
- (184) Cass. Bull. Criminel 1992 n. 281.
- (185) Cass. Crim., 16. Oktober 1996, Bull. Crim., 1996, Nr. 358.
- (186) この他に、破棄院刑事部一九八五年一〇月二日判決 Cass. crim., 2.10.1985, N. 290 (291) もある。
- (187) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局七八一七九頁。

- (88) Jürgen Keßler/Hans-W. Micklitz, Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG (2003), S. 121; Hans-W. Micklitz/Astrid Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung (2003), S. 89.
- (89) 以上は「はば」Jurgen Basedow, Klaus J. Hopt, Hein Kötz und Dietmar Baetge, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß (1999), S. 166ff; Jürgen Keßler/Hans-W. Micklitz, Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG (2003), S. 121. を参考にしつつある。
- (90) EC Commission, France report (2004), p. 7.
- (91) フランスの不正競争行為に関する邦語文献には、鎌田薫「フランスの不正競争法」知的財産研究所「不正競争防止法に関する調査研究」一九九一年三二八頁、赤松美登里「今日におけるフランスの不正競争訴訟の分析」徳島文理大学研究紀要第三六卷（一九八八年）一七頁、別冊NBL四三三号「不公正な競争行為と民事的救済」（平成九年）一三頁及び五一頁等がある。
- (92) Jürgen Keßler/Hans-W. Micklitz, Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG (2003), S. 90ff, 119ff.
- (93) EC Commission, France report (2004), p. 34.
- (94) ドイツのこれらに関する民事的救済については、江口公典「西ドイツ競争制限禁止法における民事的制裁」岡山大学法学会雑誌四〇巻一号五九頁（一九九〇年）、赤松美登里「独占禁止法違反と差止め請求権」『知的財産と競争法の理論』F.K.バイヤ—古稀記念五六四頁（一九九六年）、同「西ドイツにおける独占禁止法違反に基づく消費者訴訟の可能性（1）〜（5）」公正取引四七五号四五頁、四七六号五〇頁、四七八号五九頁、四七九号六二頁、四八〇号三四頁（一九九〇年）、同「ドイツにおける独占禁止法違反と民事責任」判タ七五八号五八頁（一九九一年）、同「独占禁止法違反と民事救済」久留米法学二四号一頁（一九九五年）、山木康孝「ドイツにおける競争法とその違反に関する損害賠償制度について」公正取引四八一号三二頁（一九九〇年）山部俊文「英・独・仏における独占禁止法違反行為に対する民事的救済制度について」公正取引五八〇号（一九九九年）一三頁、ドイツ不正競争防止法とスイス不正競争防止法の邦訳として、田村善之（訳）判タ七九三号九二頁（一九九二年）、満田重昭「ドイツ不正競争防止法の軌道修正」『知的財産をめぐる諸問題』田倉整先生古稀記念（一九九六年）発明協会、UWGの二〇〇四年改正前の条文の邦訳として、角田美穂子訳・亜学三七巻二号（二〇〇三年）二一六頁、UWG及びGWBについて、岡田外司博「競

争分野における各国民事的救済制度と私訴の現状」別冊NBL四四号六六頁（一九九七年）及び同書三一頁等、「不正な競争行為と民事的救済」別冊NBL四三三九頁以下、三三頁以下、四七頁以下、七二頁以下等（一九九七年）。UWG二〇〇四年大改正後の新条文は、拙稿「ドイツ新不正競争防止法（翻訳）」奈良法学会雑誌一七卷一・二号一九三頁以下（二〇〇四年）。また、新UWGについて、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開——新UWGについて——」立命館法学二九八号二五〇頁（二〇〇五）があり極めて有益である。この他に、UWG及びGWBに関する民事的救済、特に団体訴訟の近時の展開について、以下、各箇所指摘する拙稿がある。

(195) 従来、UWG旧一三条二項は、「本法一条、三条、四条、六条から六六条まで、七条及び八条違反の場合には、次の者から差止請求は主張されうる。

一号 同一市場で同種又は類似の商品もしくは営業上の役務を提供している営業者。ただし、差止請求権が、この市場における競争を実質的に阻害する行為に関する限りにおいて。

二号 営業上の利益を促進することを目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一の市場で同種又は類似の商品もしくは営業上の役務を提供している営業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体がとくにその人的、物的、資金的装備に従い営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実に果たすことができる限りで、しかも、差止請求権がこの市場における競争を実質的に阻害する性格をもつ行為に関する限りにおいて。

三号 資格ある組織で、差止訴訟法四条による資格ある組織のリスト、又は消費者の利益保護のための差止訴訟に関する一九九八年五月一九日の欧州議会及び欧州理事会指令四条に基づく欧州委員会のリストに登録されていることを証明した者。本法一条違反の場合には、この組織は、差止請求権が消費者の本質的な利益に関わる行為に係る限りにおいてのみ、これを主張することができる。

四号 商工会議所又は手工業会議所」と規定していた。

また、UWG旧一三条五項は、「差止請求権は、その行使が全事情を考慮して濫用的であるとき、とくに、その行使が専ら違反者に対して権利行使の償還を求める請求権を発生させることを目的としているときは、主張されえない。」と規定していた。

(196) 連邦政府案立法理由書四六頁以下 (BT-Drucksache15/1487)。

(197) 連邦政府案立法理由書四七、四八頁 (BT-Drucksache15/1487)。

- (198) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Aufl. (2001), §13 Rn. 19.
- (199) 連邦政府案立法理由書四六〇―四七頁 (BT-Drucksache15/1487)。
- (200) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Aufl. (2001), Einl. UWG, Rn. 41ff; Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. (1999), S. 21.
- (201) 古くは NJW 1965, 1963 があり、近時は WRP 94, 28 及び WRP 01, 1160, 1162 等がある。
- (202) これに続いて、一月案理由書は「たとえ、保護目的の規定により、UWGの社会的理解が法律に明言でもって採り入れられるとしても、UWGの第一義的目的は、市場行動を規律することにあるのである。消費者の保護並びに一般の保護はたしかに競争の保護の副次的反射的效果ではないが、今後も、競争上の関連が要件とされるのである。同法は、その限りで、競争者、消費者及び一般の同等の (gleichberechtigt) 保護を統合したモデルである。この体系に基づき、不正な取引慣行からの競争者の保護を目的としない消費者保護の規定の適用を締め出すのである。したがって、その他の一般の利益の保護は今後も競争法の任務ではない。」
- (203) 連邦政府案立法理由書二八〇―二九頁 (BT-Drucksache 15/1487)。
- (204) Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Mai 2003 (Berlin, 28.5.2003) S. 13ff.
- (205) <http://www.bundesrat.de/Suche/index.html>; BR-Drs. 301/1/03, S. 12.
- (206) 連邦政府案立法理由書四六〇―四七頁 (BT-Drucksache 15/1487)。
- (207) WuW/E BGH641-Schmerzmittel.
- (208) Tepitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren 8. Aufl. (2002), Kap. 38. じれにつき、邦語文献に、赤松美登里「ドイツにおける独禁法違反と民事責任」判タ七五八号六七頁がある。
- (209) Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002, ABl. L 201/37 vom 31. Juli 2002.
- (210) 拙著『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシス・ジャパン、雄松堂 (二〇〇六年) 近刊。
- (211) BGBI. I 1998, S. 2546.
- (212) EC Commission Germany report (2004), p. 7.

- (213) Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. Band1 (2001) §33 Rn. 7.
- (214) BGB Z 64, 232, 236f; BGH Z 86, 324, 330.
- (215) WuW/E OLG 5213, 5223f.
- (216) BGH Z 86, 324, 330.
- (217) GRUR2004, 182; NJW-RR2004, 478.
- (218) LG Dortmund, Az. 13 O 55/02 Kart., Vitaminkartell III, WuW2004, 1182 (WuW/DE-R 1352).
- (219) EC Commission Germany report (2004), p. 8.
- (220) Bornkamm in Langen/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. Band1 (2001) §33 Rn. 14. 田中眞澄<sup>1)</sup> Roth in Frankfurter Kommentar zum GWB §35 Rn. 47 以下。
- (221) Langen/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. Band1 (2001) §33 Rn. 23.
- (222) z. B. BGH, Az. KZR 16/02, WuW/DE-R 1206 Strom und Telefon I.
- (223) BGH Z 30, 91, 99f.
- (224) WuW/E BGH 2483, 2490.
- (225) BGH Z 129, 203, 206.
- (226) Langen/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. Band1 (2001) §33 Rn. 24.
- (227) BGH Z 29, 344, 347f.
- (228) Langen/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. Band1 (2001) §33 Rn. 25.
- (229) ホーロットに関する用語について、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理」公正取引三七八号（一九八三年）五一頁。
- (230) WuW/E BGH 1211, 1216.
- (231) 田中眞澄<sup>1)</sup> 田中眞澄<sup>2)</sup> WuW/E BGH 2326<sup>3)</sup> 田中眞澄<sup>3)</sup> WuW/E BGH 941, 944 及び WuW/E BGH 1740 以下。
- (232) WuW/E BGH 755; Emmerich in Immenga/Mestmäcker Kommentar zum GWB, 2. Aufl. §35 Rn. 57.
- (233) WuW/E EWG/MUV 309, 310-SABAM I.

- (234) Slg. 1973, 1465 (1469).
- (235) このように、いわゆる直接効があることについては、前述したイギリス法に關しても同様である。これについて、大西邦弘「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能(一)(二・完)」民商法雑誌一二七巻二号二二二頁、三号三九四頁、特に四〇三頁以下(二〇〇二年)。
- (236) WuW/E BGH 1643, 1645 = WuW 1980, 191, 193-BMW-Importe. 欧州裁判所一九八〇年七月一〇日判決 (WuW/E EWG/MUV 492, 494-Wettbewerb-Parfums-Estee Lauder.) の判決を引用し同旨を述べたこと。
- (237) EuGHE 1973, 1465 (1469)-Union Nazionale Consumatori; EuGHE 1974, 51 (62)-SABAM; v. Gamm, KartellR, 1979, Art. 85 EWGV Rdnr. 42; Gleiss-Hirsch, EG-KrtellR, 3. Aufl. (1978), Art. 85 EWGV Rdnr. 441.
- (238) 本件で、BMW車の供給を拒絶された販売店たる原告は、損害賠償を請求しつゝあり、供給は請求しつゝない。
- (239) WuW/E BGH 2451-Cartier-Uhren.
- (240) BGH, Urteil vom 12.5.1998. KZR23/96, WuW/E DE-R 206ff.-Depotkosmetik.
- (241) K. Schmidt in IM EG-Wettbewerbsrecht (1997) Bd. 1, S. 322. Art. 85, Rdnr. 86; Bunte in Langen/Bunte, KartR 9. Aufl., Art. 81, Rdnr. 226; Jungbluth in Langen/Bunte, KartR 9. Aufl. (2000), Art. 82, Rdnr. 209.
- (242) Slg. 1973, 215, WuW/E EWG/MUV296.
- (243) Jungbluth in Langen/Bunte, KartR 9. Aufl. (2001), Art. 82, Rdnr. 209; Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht (2003), S. 430.
- (244) Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht (2003), S. 430.
- (245) 詳しくは、拙稿「寄託化粧品事件——欧州共同体条約及び加盟国法に基づく商品供給請求権」公正取引六四四号(二〇〇四年)八二頁以下。
- (246) LG Mannheim, Az. 7 O 326/02, Vitaminkartell, GRUR 2004, 182; LG Mainz, Az. 12 HK. O 55/02 Kart, Preiskartell auf Vitaminsektor, NJW-RR 2004, 478, 479.
- (247) BGH Z 86, 324, 330-Familienzeitschrift.
- (248) Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl. (2001), §33, Rdnr. 16; Fikentscher BB 1956, 793;

Flume WuW 1956, 457.

(249) Lettl, Der Schadensersatzanspruch gemäß §823 Abs. 2 BGB i. v. mit Art. 81 Abs. 1 EG, ZHR 2003, 473, 481f.; Köhler, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99.

(250) WuW/DE-R1352-Vitaminkartell III.

(251) EC Commission Germany report (2004), p. 23.

(252) BGH WuW/EBGH, 2999, 3000.

(253) これについては、拙稿「差止請求と作為義務」ドイツ・カルテル法上の判例の検討(上)(下)「国際商事法務(二〇〇二年)三〇巻四号四五〇頁・五号六一九頁、ドイツの学説及び我が国の独占禁止法上の議論について、拙稿「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」『競争法の現代的諸相(下)』厚谷襄児先生古稀記念論集・信山社(二〇〇五年)一〇一九頁。

(254) 確認訴訟の有効活用につき、前掲・赤松「ドイツにおける独占禁法違反と民事責任」判タ七五八号五八頁(一九九一年)。

(255) 以下の記述は、EC Commission Germany report (2004), p. 9に基づくものである。引用判例・文献は、全て原書にあたった。

(256) 請求を基礎づける全ての事実の証明責任は原告にある(Thomas/Putzo, ZPO (2003), Einl. I, Rn. 1.)。原告は、その請求を正当化する全ての事実を証明する一連の全ての証拠を提出する必要がある。競争法違反に関する損害賠償請求訴訟に関し、原告は、競争法違反だけではなく、違反により損害が生じたこと及び損害額を立証しなければならない。被告は、証拠により立証される原告の主張に対し、反論することとなる。競争法違反に関し、被告は、例えば、損害賠償を請求している取引を拒絶された事業者が、他の供給者を探そうとしなかったこと等を反証するのである。議論のよりのない又は明白な事実、立証する必要はない(ZPO二九一条)。明白性は、その事実が一般常識である又は当該事例を取扱う裁判所の構成員にとって顕著であることを意味する。公の機関による決定を含む公の文書は、その決定により言渡され関連文書に記載された事実についての完全な反論し得ない証拠であるが、その決定の正当性について、又はその決定の基礎となる事実については、この限りではない(Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002), §417, Rn. 2.)。公の機関の行為又は認識の記載された公の文書は、その行為又は認識についての完全な、しかし反証しうる証拠である(ZPO四一八条)。署名された私文書は、その文書において述べられていることの完全な、しかし反証しうる証拠である(ZPO四一六条)。

(257) Heinrichs in Palandt, BGB, Vorb. v §249 Rn. 163.



- (258) また、一方当事者が、その過失によって、他方当事者に事実の証明を不可能とする場合に、裁判所は、証明責任を緩和し、または、障害を生じさせた当事者に証明責任を転換せしめる (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002), §286 Rn. 17 ff.)。当事者は、実体法が法律上の推定を規定している場合に、証拠の提出を免除されうる (例えば、契約違反の事例における反証しうる過失の推定など) (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002), §292 Rn. 1.)。
- (259) WuW 2004, 1182.
- (260) WuW/E BGH 1985ff. - Familienzeitschrift. (WuW/E OLG 3332ff. の前番でも)。
- (261) WuW/E OLG 3332, 3333-Familienzeitschrift.
- (262) WuW/E BGH 2175-Preisbindungstreuhändler; Bechtold, Kommentar zum GWB (3. Aufl.), §1 Rn. 17.
- (263) Bechtold, Kommentar zum GWB, §19 Rn. 51.
- (264) Bechtold, Kommentar zum GWB, §19 Rn. 6f. カルテル庁の方針として、BkartA, TB 1997/1998, S. 22 がある。
- (265) 証拠の形式に関する制限については、以下のとおりである (EC Commission Germany report (2004), p. 12.)。すなわち、①証拠の許容される形式について、ドイツにおける裁判所は、以下の区別を設けている。すなわち、①訴えの適法性の判断と、②検証、証人、専門家、文書、当事者尋問及び公の情報とに区別され、前者については、厳格証明ではなく、自由証明が許容される (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002) vor §284 Rn. 6.)。このうち、当事者尋問は、従属的な地位にあり、主に、他の証拠、とくに証人の証言が入手し得ない場合にのみ許容される。しかし、このルールには、例外がある。すなわち、金銭の支払いの請求のために、特別な種類の簡略手続が認められる場合に、書証のみが許容されるのである (書証訴訟 Urkundeprozess: ZPO 592 条以下)。また、疎明が要される仮処分・仮差押手続において、当事者は、証拠についてのこれらの制限を受けない。例えば、そこでは、宣誓供述書は、証人の代わりになりうるものである。しかし、これらの手続の緊急性という性質から、直ちに入手しうる証拠のみ許容されるのである (ZPO 二九四条二項)。
- ところで、証人は、職業上の秘密が関係するか、又は、当事者との密接な関係がある場合に、証拠の提出の拒絶が認められる。さらに、ジャーナリストは、取材源に関する証拠の提出を拒絶しうる。証人は、証人又はその身内の者に関し、刑事手続を導くこととなる事実、証人又は身内の者に財産上の損失を生じることとなる事実、さらに、ビジネス上の秘密が公開されることとなる事実を答えることを拒絶しうるのである (ZPO 三三三条、三三四条等)。この側面では、ビジネス上の秘密は、本質的及び直

接的利益が公開されない場合に存在する場合に、経済的事実として一般的に知られていない全ての技術上の設備及び仕事に関する方法を含むものである (Lilke/Wax, Münchener Kommentar, 2. Aufl. (2000), ZPO §384 Rn. 14)。また、伝聞証拠は、排斥されないが、その特質は、証拠の価値の評価において考慮される。正当性なく、証人が証拠の提出を拒絶した場合に、裁判所は、五〜一〇〇〇ユーロの行政制裁金 (EGStGB 6条一項)、又は一日〜六週間の拘留、又はかかる拒絶が反復される場合には、最高六ヶ月の自由刑により担保された宣誓証言を強制する (ZPO 三九〇条二項、九一三条)。証人が出廷しない場合には、裁判所は、前述した制裁金又は拘留を科し、強制的に出廷せしめる (ZPO 三八〇条二項二文)。制裁金及び拘留に関しては、当事者の申出は要求されず、制裁金の賦課及び拘留を科すことは、裁判所の裁量内にはない。訴訟当事者は、証人として尋問されえず、当事者尋問によってのみ尋問される。このルールは、CEOなど、訴訟当事者となっている事業者の代表者にも適用される。

- (266) 以下の記述は、EC Commission Germany report (2004), p. 13, 14, 15 にあつてゐる。
- (267) Prütting in Lüke/Wax, Münchener Kommentar, 2. Aufl. (2000), ZPO Vol. 1 §273 Rn. 21.
- (268) Geimer in Zöller, ZPO, 25. Aufl. (2005) §432 Rn. 3.
- (269) 二〇〇一年の Council Regulation 1206/2001 は、ドイツ国内と国外の裁判所間の協力についてのみ適用され、他国の競争当局との関係には適用されない。現時においては、一九五四年三月十一日の民事手続についてのハーグ協定八〜一六条は、一九七〇年三月一八日の民事及び商事に関する証拠採用に関する証拠協定21条へと変更されている。
- (270) 以下の記述は、EC Commission Germany report (2004), p. 16 にあつてゐる。
- (271) Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002) §414 Rn. 1.
- (272) 反対尋問は、排除されないが、例外的に行われてゐるに過ぎない。
- (273) Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, (2001) §43 Rn. 130.
- (274) Immenga in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. (2001) Einl. Rn. 60.
- (275) LG Mainz, 12 HKO 55/02, Preiskartell and Vitaminsektor, [2004], NJW-RR 478, 479.
- (276) 以下の記述は、EC Commission Germany report (2004), p. 18, 19 にあつてゐる。
- (277) Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002) §286 Rn. 2.

- (278) EC Commission Germany report (2004), p. 11.
- (279) Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002) §286 Rn. 6.
- (280) Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 24. Aufl. (2002) §286 Rn. 6.
- (281) 刑事裁判における証明度は、民事手続におけるのとは同様であるが、合理的疑いが存在し得ないという点及び犯罪の全てを警察によって検察側が証明責任を負わなければならない (Kleinknecht, StPO, 45. Aufl. (2001) §261 Rn. 2.)。
- (282) Roth in Grassen/v. Hahn/Kersten/Rieger, Frankfurter Kommentar, GWB (2001) §33 Rn. 159; Greger in Zoller, ZPO, 25. Aufl. (2005) §287 ZPO Rn. 4; Prütting in Lüke/Wax, Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl. (2000) §287 Rn. 28, 29.
- (283) WuW2004, 1182.
- (284) Heinrichs in Palandt, BGB, 63. Aufl. (2004) vor §249 Rn. 57.
- (285) EC Commission Germany report p. 17.
- (286) 以下を参照せよ。 EC Commission Germany report (2004), p. 19, 20 に於いて述べられている。
- (287) Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. (2001) §33 Rn. 38; BSG, Az. B 3 KR 14/00 R, Physiotherapeuten, [2002] GRUR-RR, 210.
- (288) BGH, Az. KZR 07/02, Verbindung von Telefonnetzen, [2004], WuW/DE-R 1254, 1255.
- (289) Bechtold, GWB, 3. Aufl. (2002), §33 Rn. 7.
- (290) Sprau in Palandt, BGB, 63. Aufl. (2004), §823 Rn. 38.
- (291) Sprau in Palandt, BGB, 63. Aufl. (2004), Einf. §823 Rn. 5.
- (292) LG Mannheim, Az. 7 O 623/02, [2004], GRUR182 at 184.
- (293) OLG Karlsruhe, Az. 6 U 183/03, Vitaminspreise, [2004], WuW/DE-R 1229, 1230.
- (294) LG Dortmund, Az. 13 O 55/02 Kart., Vitaminkartell III [2004], WuW2004, 1182.
- (295) Roth in Glassen/v. Hahn, Kersten, Rieger, Frankfurter Kommentar, GWB(2001), §33 Rn. 147.
- (296) Köhler, Kartellverbot und Schadensersatz, [2004], GRUR99 at 103; Hempel, Privater Rechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, [2004] WuW362 at 369/370.

- (297) BGH, Az. KZR 12/81, Familienzeitung, [1983], GRUR259; BGH, Az. KZR 23/96, Depotkosmetik, [1999], GRUR276; BGH, Az. KZR 21/78, BMW-Reimport, [1980] NJW 1224.
- (298) Roth in Glassen/v. Hahn, Kersten, Rieger, Frankfurter Kommentar, GWB, 2. Aufl. (2001), §33 Rn. 50.
- (299) 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』信山社(二〇〇二)六三―六四頁。
- (300) EC Commission Germany report (2004), p. 25.
- (301) EC Commission Germany report (2004), p. 5.
- (302) EC Commission Germany report (2004), p. 2, 3, 25.
- (303) EC Commission Germany report (2004), p. 3.
- (304) BGH WRP 1984, 394-adidas-Sportartikel; Tepfizky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren 8. Aufl. (2002), Kap. 51. Rn. 14ff.
- (305) これは、GWB違反の取引拒絶の場合に、供給を請求する場合等において重要な意味をもつ(拙稿「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」『競争法の現代的諸相(下)』厚谷襄児先生古稀記念論集・信山社(二〇〇五年)一〇一九頁)。
- (306) ドイツ法上の団体訴訟については、上原敏夫「団体訴訟・クラスアクションの研究」商事法務研究会(二〇〇一年)、石田喜久夫編「注釈ドイツ約款規制法(改訂普及版)」同文館(一九九九年)、内山衛次「消費者団体訴訟の諸問題——西ドイツの議論を中心として——」阪大法学一四〇号四五頁以下(一九八六年)、高田昌宏「消費者団体の原告適格——西ドイツ不正競争防止法上の消費者団体訴訟の理論的展開を手がかりとして——」早法六一巻二七九頁(一九八五年)、マンフレート・ウォルフ(井上・佐上訳)「ドイツ連邦共和国における団体訴訟(Verbandsklage)の理論と実際(一)〜(三完)」民商八〇巻三二頁以下(一九七八年)、高田昌宏・不正競争防止法に関する調査研究調査研究(一九九二年・知的財産研究所)八四―一二三頁、同「差止請求訴訟の基本構造」総合開発機構Ⅱ高橋宏志編「差止請求権の基本構造」(二〇〇一年・商事法務研究会)一三三頁、同「団体訴訟の機能拡大に関する覚え書き——ドイツ法における近時の展開を手がかりとして——」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』商事法務(二〇〇五)三七頁、出口雅久「EU消費者保護とドイツ団体訴訟の新展開」立命館法学二七一―二七二号一一九〇頁(二〇〇〇年)、同「集団的権利保護手続に関する比較法的考察」『現代社会における民事手続法の展

- 開(上)』商事法務(二〇〇二)四七四頁、前掲・赤松美登里「西ドイツにおける独禁法違反に基づく消費者訴訟の可能性(一)(五)」、同「消費者損害の集団的救済に関する一考察(上)(下)」判タ七八三三二六頁・七八四二五頁(一九九二年)、同「ドイツにおける不当な広告表示と消費者の私法的救済」熊本商大論集九二二(一九九二年)、同「ドイツにおける消費者団体訴訟の実態」久留米法学三〇号(一九九七年)、前掲・満田「ドイツ不正競争防止法における軌道修正」、宗田貴行「ドイツ・カルテル法における団体差止請求権の理論構成」法学政治学論究四八号(二〇〇一年)二二二頁以下、同「ドイツ・カルテル法における団体差止請求訴訟の判例の検討(上)(下)」公正取引六二二二(二〇〇二年)六七頁以下、六二二二六二頁以下等がある。この他のドイツ法上の団体訴訟に関する拙稿については、各箇所指摘する。
- (307) BGBI. I 2001, S. 3138, 3173. 本法の邦訳は、高田昌宏訳・内閣府国民生活局『諸外国における消費者団体訴訟制度調査報告書』(二〇〇四年)に掲載されている。
- (308) 同条二項二文は、「公的資金の援助を受けている消費者センターその他の消費者団体は、以上の要件を満たすものとみなす。」と規定し、同条二項三文は、「リストへの登録は、その名称、所在地、法人登録をした裁判所、登録番号及び定款上の目的を示してする。」と規定する。二〇〇四年六月までに七三の団体が登録している。
- (309) OLG WRP 2001, 299ff.
- (310) 不正競争の克服を定款上の目的とする営業利益促進団体(一九二二年設立)であり、全商工会議所、大多数の手工業会議所、四〇〇の経済団体及び組織並びに約一〇〇〇の事業者を構成員とする。本部はフランクフルト・アム・マイン(ボード・ホングルク)にあり、その他、ベルリン、ドルトムント、ドレスデン、エッセン、ハンブルク、ハノーヴァー、ミュンヘン、シュトゥットガルトに支部がある。ドイツにおいては、この他に、幾つかのいわゆる競争団体が存在し、提訴活動を行っている。また、この他に、ドイツ経済犯罪保護団体(DSW)なども存在し、提訴活動等を行っている(WRP 2001, 255ff.)。
- (311) 同センターの二〇〇二年までの活動状況について、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争克服センターの近時の活動状況を中心に——」NBL七六三三四頁(二〇〇三年)。
- (312) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局五二頁。
- (313) 諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局五四頁。
- (314) UWG二〇〇四年改正連邦政府案立法理由書四八頁以下(BT-Drucksache 15/1487, S. 23)。

- (315) なお、「従来の営業者 (Gewerbetreibenden) 概念は、事業者 (Unternehmer) 概念として代えられたが、これは、民法一四条の規定に適合させるためであり、したがって、その内容とは関係がない。」としている。
- (316) WRP 2000, 389ff.
- (317) 判例では、BGH WRP 1996, 1034 である。
- (318) 幸徳博士、Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. (2000) Rn. 417ff. & Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Aufl. (2001), §13 Rn. 23b, Tepitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl. (2002) Kap. 13, Rz. 30d である。
- (319) 小嶋博士が、拙稿「団体訴訟における原告適格」奈良法学会雑誌第一七卷三・四号一頁 (二〇〇五年)。
- (320) Habscheid, Das Prozeßführungsrecht der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§13 I UWG), GRUR 1952, 221f.; Berg, Die Prozeßführungsbezugnis im Zivilprozeß, Jus 1966, 461, 463; Gilles, Prozessrechtliche Probleme von verbaracherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZfP 98 (1985), 9; Maroltzke, Rechtsnatur und Streitgegenstand der Unterlassungsklage aus §13 UWG, ZfP 98 (1985), 188.
- (321) BGH GRUR 1967, 430, 432; Hefermehl, Die Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, Festschrift für Nipperdey (1955), S. 283; Pastor/Ahrens/Jestaedt, Der Wettbewerbsprozeß, 4. Aufl. (1999) Kap. 24 Rn. 43; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. (2001), §13 Rn. 5; Langen/Bornkamm, KartR, (2000) 9. Aufl., §33 Rn. 38; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB 3. Aufl. (2001) §33 Rn. 58.
- (322) Pastor/Ahrens/Jestaedt, Kap. 24, 4. Aufl. (1999) Rn. 28; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. (2000) Rn. 460; WRP OLG 1971, 31, 32.
- (323) なお、GWBの場合には、問題となる規定の保護法規性が要されることから、当該規定が団体諸構成員のための保護法規であることも要されたが、近時の第七次改正により、保護法規概念が撤廃されている (GWB新三三三条。BT-Drucksache 15/5049)。
- (324) M. Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände (1971), S. 13.
- (325) 営業利益促進団体については、UWG旧三三三条一項一号の「その団体に同一の市場で同種又は類似の商品もしくは営業上の

役務を提供している営業者の著しく多数が属している限りで、「や」「しかも、差止請求権がこの市場における競争を実質的に阻害する性格をもつ行為に関する限りにおいて。」などである。

- (326) BGH ZIP 2003, 34f.
- (327) M. Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, S. 7ff.
- (328) 集団の利益説の提唱者であるマンノート・ハルトンの見解 (M. Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, S. 7ff.) に対し、この点の批判をしたのは Betterman, Zur Verbandsklage, ZfP 85. Band, Heft 2, S. 135ff. 以下。
- (329) 空間的・地域的なものである (Harte/Hennig/Bergmann UWG Kommentar (2004), §8 Rn. 292.)。
- (330) 違反行為者と団体構成員が抽象的な競争関係にあるべきを要する (Harte/Hennig/Bergmann UWG Kommentar (2004), §8 Rn. 288.)。
- (331) WRP BGH 2001, 926, 928; 531, 533. これに、常に満たすことが求められるものである。そしてこれを欠く場合に、訴えは不法なものとして却下される。上告審においても、職権調査が可能である。職権調査については、自ら職権で調査を開始しなければならぬというものではないが、当事者の見解に拘束されないとされている。また、職権調査は、事実の調査を意味しない。むしろ、そこから訴訟要件を欠くことが生じる申立てられた事実を当事者の主張なくとも考慮しなければならないことを意味する (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO Kommentar, 24. Aufl. (2002) Vor §253, Rn. 12.)。
- (332) Palandt/Bassenge BGB §3 UKlaGRn. 2; Erman/Roloff BGB §3 UKlaG Rn. 1; Erdmann in GK UWG §13 Rn. 15; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Aufl. (2001), §13 Rn. 20ff.; BGH NJW 1972, S. 1988; BGH Z 133, 316/319. あるいは Fezer/Büscher, UWG (2005) §8 Rn. 195 以下。現時の連邦憲法裁判所 (BGH Z 152, 121ff.) の立場については、この両性説の採否は未定としている。
- (333) BGH WRP 2000, 389ff. は、「著しく多数」要件において、当該分野の事業者の数のみならず、多大な売上げなどといった市場における重要性をも考慮するとしている。その他、BGH WRP 1996, 1034. を同旨を述べている。
- (334) 連邦政府案立法理由書四八頁以下 (BT-Drucksache 15/1487, S. 23.)。
- (335) a. a. O. Tepitzky, Kap. 13 Rn. 30a.
- (336) Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. (2002), §13 Rn. 21. したがって、「著しく多数」要件にお

いて、訴追が濫用的であるか否かが問題とされた事例群を観察することにより、団体が集団の利益を代表するか否かについてが、どのように認定されているのかが明らかになるように思われるのである。これについては、今後、検討したい。

(337) UWG大改正理由書四八頁 (BT-Drs. 15/1487, S. 23)。

(338) 消費者団体の請求権の要件である、団体固有の侵害つまり定款目的と違反との関係については、「団体固有の侵害の調査には、高い要求はなされるべきではない。法律が消費者団体による訴追を予定している場合には、通常、同法違反による消費者の利益への介入が認められるべきである。」との指摘 (前掲 Jestrædt, Kap. 24, 43.) がみられる。これに鑑みても、消費者団体訴訟を規定する法律に違反した行為であれば、通常、それは消費者団体の定款上の目的と関係しているといえる。なお、Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. (2001), §13 Rn. 40, 52. は、BGH判決 (BGH WRP 83, 556) を引用した上で、「団体は、地理的関係性を立証しなければならぬ」とし、ベルリンに所在地のある Verein (組合) が南ドイツまたはハノーバーにおいて発行されている新聞の広告の差止めを求めて訴える場合に、定款上の利益の追求が競争法違反と関係することを立証しなければならぬとする。

(339) v. Moltke, Kollektive Rechtsschutz der Verbraucherinteressen (2003), S. 23.

(340) Hans-W. Micklitz, Die Rechtsbruchklage nach §22 AGBG in: Tobias Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht (2001), S. 102ff.

(341) Baumbach/Hefermehl, UWG, 22. Aufl. (2001), §13 Rn. 43.

(342) Hans-W. Micklitz, Die Rechtsbruchklage nach §22 AGBG in: Tobias Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht (2001), S. 102ff.

(343) a. a. O Hans-W. Micklitz, S. 105f.

(344) Baumbach/Hefermehl, UWG, 22. Aufl. (2001), §13, Rn. 43.

(345) Ludwig von Moltke, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen (2003), S. 21ff.

(346) また、Gruppeninteresse は、広義にさす場合は公の利益 (Allgemeininteresse) であり、狭義にさす場合は、Kollektivinteresse である。

(347) ドイツの消費者団体訴訟の近時の状況については、日本弁護士連合会・ヨーロッパ消費者団体訴訟制度調査報告書 (二〇〇



三年一月) 四九頁以下、内閣府国民生活局・諸外国消費者団体訴訟制度調査報告書(二〇〇四年九月)。

- (348) 法領域は異なるが、安売りをを行う書籍店と競争関係にある書籍店らの団体が提訴する書籍価格拘束法上の団体訴訟の場合も同様である(拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——差止訴訟法および書籍価格拘束法制定——」(下)「国際商事法務三二」巻五号(二〇〇三年)六二二頁)。

- (349) これについては、近時の染料の不当販売に関する事例(Eimer-Farbe 事件・カールスルーエ高裁二〇〇二年三月一三日判決 WRPO 02, 750f. 拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争克服センターの近時の活動状況——」NBL七六三号(二〇〇三年)三六頁参照)や、CDの不当販売の事例(Hilfen-Platten 事件・最高裁一九九五年四月四日判決 WuW/E BGH 2977ff. 拙稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求訴訟の判例の検討(上)」公正取引六二二号(二〇〇二年)七〇頁参照)などが挙げられる。

- (350) 拙稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求訴訟の判例の検討(上)(下)」公正取引六二二号七一頁以下・六二二号六二二頁以下(二〇〇二年)。

- (351) WuW/E BGH 2977ff.

- (352) なお、GWB上の団体訴訟の事例においては、違反行為者と被害者が、規制・被規制の関係にある場合もある。この場合には、違反行為者が、例えば、広告規制権限や役務についての料金算出にかかる権限等を有する立場にあり、被害者側には、第一に、規制権限の範囲が不明確であること、第二に、当該規制が正当か否かが不明であるにもかかわらず、当該行為を続ければ不利益を受けるといふ事情が存在する。そこで、かかる被害者が自ら差止請求訴訟を提起することを望まないまたはそれが困難であるといふことができるのであり、ここにも、一種の「経済的依存関係」が存在するといふことができるのである。それ故に、かかる集団構成員の属する一定の事業者団体に差止請求権を認める必要があると考えられるのである。以上について、拙稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求訴訟の判例の検討(上)」公正取引六二二号六八頁以下(二〇〇二年)参照。

- (353) Hess, Das geplante Unterlassungsklagengesetz, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), S. 537. たしかに、消費者団体訴訟について、今日においては、濫訴はすでに生じていないため、この点は決定的ではないともいえる。しかし、濫訴が生じなくなったのは、以下のように、適切な提訴をも排斥しうる過剰な要件によるものであるともいえるのであり、

問題はさらに深刻であるように思われるのである。

- (354) 差止訴訟法(旧普通取引約款法)上、同様の文言の変更後は、それにより、訴訟要件と解する余地はなくなったとする指摘がみられている(Greger, NJW 2001, 2462, 2463)。また、この指摘は、UWGについても実体適格と解するべきであるとする。
- (355) BT-Drs. 15/1487, S. 23.
- (356) OLG WRP 1996, 80f; WRP 1995, 524ff.
- (357) Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. (2000) Rn. 352; Balzer, Die Darlegung der Prozeßführungsbefugnis und anderer anspruchbezogener Sachurteilsvoraussetzungen im Zivilprozeß, NJW 1992, 2725ff; Borck, Aktivlegitimation und Prozeßführungsbefugnis beim Wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch, WRP 1988, 707ff.
- (358) BGH WRP 1999, 1159.
- (359) 拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法上の利益剝奪請求権——」国際商事法務三二卷一〇号一三四三頁一二号一六五〇頁(二〇〇四年)。
- (360) これについては、拙著『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシス・ジャパン(二〇〇六年)近刊。
- (361) このUWG二〇〇四年改正については、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法大改正連邦政府案——」国際商事法務三一卷一〇号一三八六頁、一一号一五四七頁、一二号一六八六頁(二〇〇四年)参照。
- (362) 同法の概要、同法二〇〇一年改正及び利用状況等につき、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——法律相談法上の消費者団体訴訟」諸外国における消費者団体訴訟制度に関する調査・平成一六年九月・内閣府国民生活局。
- (363) 前掲拙稿国際商事法務三一卷五号六二二頁。
- (364) 我が国における類似の発想は、福永有利「新訴訟類型としての『集団利益訴訟』の法理」民事訴訟雑誌四〇号六七頁(一九九四年)。
- (365) 拙稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求訴訟の判例の検討(上)(下)」公正取引(二〇〇二年)六二一号六七頁・六二二号六二頁。
- (366) マンフレート・ヴォルフ「ドイツ連邦共和国における団体訴訟(Verbandsklage)の実際」民商法雑誌八〇卷三号二二頁。
- (367) 前掲拙稿法学政治学論第四八号二二二頁以下、同・公正取引六二一号六七頁・六二二号六二頁。

- (368) BGH WuW/E BGH 2977-Hiltsten-Platten.
- (369) BGH WuW/E BGH2977ff. -Hiltsten-Platten.
- (370) 前掲拙稿法学政治学論究第四八号二二二頁以下、同・公正取引六二二号六七頁・六二二号六二頁。
- (371) EC Commission Germany report (2004), p. 30. もともと、これらの数字は、この報告書をまとめたプロジェクトによるものであり、欧州委員会が、これを保障するものではない。
- (372) これについての連邦政府案等に係る詳細は、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法上の利益剝奪請求権——」国際商事法務三二巻一〇号一三四三頁・一二号一六五〇頁（二〇〇四年）。
- (373) Urteil vom 19. November 1999 (AZ 2 U 167/99), Wettbewerbszentrale, Pressemitteilung vom 11. Januar 2000. 同種の事案に、不正競争克服センター以外の営業利益促進団体が提訴したシュトゥットガルト高裁二〇〇〇年一月一七日判決（WR P〇一、一六九）もある。
- (374) 後述するように、二〇〇四年四月一日に可決された修正案が、そのまま新法の条文となった。UWG大改正連邦政府案全文訳は、奈良法学会雑誌第一五巻三・四号（二〇〇四年）。UWG大改正連邦政府案の主要論点については、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法大改正連邦政府案——（上）（中）（下）」国際商事法務三二巻一〇号一三八六頁、一一号一五四七頁、一二号一六八六頁。UWG新法全文訳は、奈良法学会雑誌第一六巻一・二号（二〇〇四年）一九三頁。
- (375) 消費者センターの意見表明及び農業委員会及び経済委員会の助言（BR-Drs. 301/1/03, S. 12. 拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法大改正連邦政府案——（上）」国際商事法務三二巻一〇号一三八六頁、一三九一頁（二〇〇三年）。
- (376) BT-Drucks. 15/1487, S. 43, Zu Nr. 22.
- (377) BGH NJW 1974, 1503, 1505; BGH NJW 1983, 2493, 2494.
- (378) BT-Drucksache 15/1487, S. 22.
- (379) 連邦政府案理由書四六頁（BR-Drs. 301/03, S. 14.）。
- (380) BGB八二三条一項に基づく場合である。
- (381) UWG上のこの議論については、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法大改正連邦政府案——」国際商事法務三二巻一〇号一三八六頁、一一号一五四七頁、一二号一六八六頁（二〇〇四年）、GWB上のこの議論については、拙

稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求権の理論構成」法学政治学論究四八号（二〇〇一年）二二二頁、拙稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求訴訟の判例の検討（上）（下）」公正取引六二二号六七頁六二二号六二二頁（二〇〇二年）。なお、同六二二号六六頁左段二〇行目の「訴訟」を「民事訴訟により訴えることのできる」に訂正します。

- (382) 連邦政府案立法理由書五〇頁（BR-Drucksache 301/03, S. 18）。
- (383) Sack, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 552.
- (384) Sack, WRP 2003, 552.
- (385) Baumbach/Hefermehl/Köhler, UWG, 23. Aufl. (2004) §10 Rdn. 5; Harte/Hennig/Goldmann, UWG (2004) §10 Rdn. 10.
- (386) 大西邦弘「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による『原状回復』」神戸法学五三巻四号二九三頁（二〇〇四年）は、主として、特許法に関するこの点の検討をイギリス法を参考に行い、我が国において、不法行為の一般法理として、「財産権を侵害する不法行為」に「不正」利得の吐き出しの救済を認めることを主張する。
- (387) NJW 1992, 3096ff, 3103.
- (388) Marotzke: Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage (1992), S. 1ff, 74.
- (389) Micklitz/Stadler, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559, 562; Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung (2003), S. 1ff.
- (390) Sack, WRP 2003, 549ff; Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, S. 12ff., 16.
- (391) Sack, WRP 2003, 549ff.
- (392) BT-Drucksache 15/1487, S. 23f.
- (393) 前述した不正競争克服セミナーの意見表明の他、DIHKの意見表明（See, <http://www.frankfurt-main.ihk.de>）がある。
- (394) BR-Drucksache 301/1/03, S. 14ff.
- (395) BT-Drucksache 15/1487, S. 43.
- (396) BR-Drucksache 301/1/03, S. 14ff.
- (397) BT-Drucksache 15/1487, S. 43.
- (398) BT-Drucksache 15/1487, S. 43.

- (399) これは、公正取引委員会の菅久修一氏から頂いた。御礼申し上げる。現在、経済労働省のサイト (<http://www.bmwa.bund.de/>) で入手可能である。
- (400) BR-Drucksache 441/04.
- (401) BT-Drucks. 15/5049.
- (402) 独占委員会による意見書 (二〇〇四年三月) も出されている。独占委員会のサイト (<http://www.monopolkommission.de/>) で入手できる。
- (403) この他に、vzbv の意見表明 (<http://www.vzbv.de/>)、連邦ドイツ工業団体BDIの意見表明 (<http://www.bdi-online.de/>) もある。
- (404) 担当官案三四条一項は、「事業者が、本法又は、欧州共同体条約八一条又は八二条又は、カルテル庁の処分に違反し、かつ、それにより経済的利益を獲得した場合には、カルテル庁は、その経済的利益の剝奪を命じることができ、かつ、その事業者に、適切な金額の支払いを命じることができる。」と規定し、担当官案三四条二項は、「事業者が、違反行為に基づき、(又は本法八一条三項三文に關し、秩序違反法二九条aにしたがい) 関係者 (Betroffenen) に対してもたらした給付は、請求に含まれねばならない。事業者がそのような給付を利益剝奪の後にもたらした場合に限り、支払われた金額は、証明された金額で事業者に返還されねばならない。」と規定する。担当官案三四条三項は、「利益剝奪の遂行が、不当に重い場合には、その命令は、適切な金額に制限される、又は、完全に免除されるべきである。」と規定する。担当官案三四条四項は、「経済的利益の額は、評価されうる。支払われた金額は、支払い可能な程度で、特定されねばならない。」と規定する。担当官案三四条五項は、「利益剝奪は違反行為の終了時から五年以内でかつ長くとも五年間について命じられうる。本法八一条七項は、規定される。」と規定する。
- この三四条 (カルテル庁の剝奪権限) について、担当官案理由書二五頁は、以下のように述べている。すなわち、損害賠償請求権「と共に、法案は、損害が被害者により主張されない場合のための補完的規定を予定している。これらの場合に、競争違反による『利潤』が当該事業者のもとに残ることを回避するために、利益剝奪のためのカルテル庁の手段が、明白に拡大される。このことは、とりわけ大量に、かつ拡散する損害の事例で意味を有する。なぜならこれらの事例においては、発生した損害の補償は、実際上の理由から、不可能である、又は合理的ではないからである。ここでは、カルテル法違反行為によって、多数の市場参加者が被害を受けるが、その損害額は、個々においては、僅かである事例を理解しなければならない。少額の範

囲に損害が留まる場合には、被害者は、通常、訴追を断念する。なぜなら、費用 (Aufwand und die Kosten) は、その損害の範囲と無関係に生ずるからである。法案三四条において、従来の三四条と関係する規定は、従来の規定の範囲を超えている。従来、三四条は、本質的には、カルテル庁の処分違反の極めて稀な事例について適用されるものであった。法案三四条は、カルテル法違反により獲得された超過利益を把握する。とりわけ、法案三四条に従い、カルテル行為者の有責性は、要求されない。『行為者』は、たとえ有責性なく行為をしたとしても、カルテル法違反により利益を維持すべきではないことから、このことは正当化される。利益の剝奪は、刑事罰ではなく、カルテル法違反により『利益の増加』を防止するものである。その事業者が法案三三条に従った損害を支払う限りで、利益は消失する。したがって、同種の損害の給付は、法案三四条に従った請求において算入されねばならない。利益剝奪と並んで、刑事及び行政法上のサンクションが、完全な範囲で存在する。ここにおいて、将来において、過料のみがサンクション性を有し、かつ、同時に、経済的利益の剝奪を目的とするのではない(八一条三項) ことが考慮されねばならない。ここでは、将来において、損害給付及び過料の調整は行なわれない。秩序維持法二九条 a に従った没収 (Verfall) の命令の場合とは異なる。没収は、常に、獲得された財産上の利益の剝奪に資するのであるから、三四条に従った利益の剝奪を排斥する。民事及び行政法上のサンクション (損害賠償請求及び過料) の相乗効果は、現行法上も予定されているものである。しかし、実務において、経済的利益の剝奪は、常に、過料によりなされてきた。将来的には、法案三四条に従ったカルテル庁による利益の剝奪ないし過料手続における没収命令による剝奪は、独立したサンクションとしてのより大きな意義を獲得すべきである。しかし、剝奪の規定に基づき、違反により獲得された経済的利益を超えた額は、加害事業者に対しサンクションとして請求されえない。」と述べている。

(405) 第三四条 超過売上の徴収

(1) 「一文」事業者が故意又は過失によりカルテル官庁が第三三条に基づく処分によって禁止した行為により処分の送達後に超過売上 (Meherlose) を得た場合には、カルテル官庁は、処分の確定後又は第七一条第三項による (控告裁判所の) 確認の確定後に、当該事業者に対して超過売上に相当する金銭をカルテル官庁に納付することを命じることができる (超過売上の徴収) (Meherloseabschöpfung)。 「一文」超過売上が第三三条に基づく損害賠償の履行又は過料 (の支払) により清算されている場合は、第一文は適用されない。 「三文」超過売上の徴収は、処分の確定後又は第七一条第三項による (控告裁判所の) 確認の確定後三年以内に限って命じることができる。

- (2) 「一文」超過売上の徴収が不当に重い負担となる場合には、徴収額を妥当な金額に制限するか又は徴収を止めなければならない。「二文」超過売上が僅少である場合も、徴収を行ってはならない。
- (3) 超過売上の額は査定することができる。納付されるべき金額は、数字により明示しなければならない。
- (4) 「一文」超過売上の納付を命じられた事業者が、カルテル官庁に対して同じ濫用行為のために損害賠償の支払が義務付けられた確定した決定を提示した場合は、カルテル官庁は、超過売上の納付の命令がその限りで執行されないことを命じるものとする。「二文」超過売上がすでにカルテル官庁に納付されており、事業者が確定した決定に基づいて被害者に損害賠償の支払を行ったことを証明する場合には、カルテル官庁は、納付された超過売上の損害賠償額まで当該事業者に還付するものとする。(以上、一橋大学山部俊文教授作成資料による)
- (406) BT-Drucksache 15/5049, S. 16.
- (407) BT-Drucksache 15/5049, S. 48.
- (408) BT-Drucksache 15/5049, S. 48.
- (409) BT-Drucksache 15/5049, S. 48.
- (410) BT-Drucksache 15/5735, S. 2.
- (411) BT-Drucksache 15/5735, S. 2.
- (412) 二〇〇五年七月一日施行 (BT-Drs. 15/5049)。
- (413) これに関し、根岸哲「独占禁法と差止請求制度」民商一二四巻四・五号(二〇〇一年)四九四頁、五〇六―五〇七頁、白石忠志「差止請求制度を導入する独占禁法改正(下)」NBL六九六号(二〇〇〇年)五四頁、岸井大太郎「独占禁止法上の差止請求」判タ一〇六二号(二〇〇一年)二二二頁、岡田外司博「民事救済・不法行為(二)差止請求」丹宗||岸井編『独占禁止手続法』有斐閣二〇〇二年二四二―二四六頁等。
- (414) OLG Dusseldorf WuW/E OLG 2167, 2171 “Nordmende”。
- (415) なお、この点につき、Altkauf-Saba II, WuW/E OLG 3508 もある。以上につき、拙稿「差止請求と作為義務——ドイツ・カルテル法における判例の検討——」国際商事法務二〇巻四号四五〇頁、五号六一九頁(二〇〇二年)。
- (416) Taxizentrale Essen, WuW/E BGH 2341, 2344.

- (417) 岡田外司博「独禁法違反と民事救済」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開』三省堂二〇〇二年三五〇頁。
- (418) 拙稿「ドイツ・カルテル法における団体差止請求権の理論構成」法学政治学論究四八号(二〇〇一年)二二二頁。
- (419) BR-Drs. 441/04.
- (420) Sack, WRP 2003, 549ff.
- (421) Sack, WRP 2003, 549ff.
- (422) Steindorff Ernst, Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 138 (1974), S. 524.
- (423) 金子晃「提言・独占禁止法上の差止請求と和解」公正取引六五一号二六頁(二〇〇五)。
- (424) いわゆる主婦連ジュース訴訟上告審判決(昭和五三年三月一日最高裁判所第三小法廷判決・民集三二卷二号二二頁)に  
関し、田村善之『不正競争法概説(第二版)』有斐閣(二〇〇五)四三六頁は、「一定の消費者団体に、あるいは政策判断によ  
っては一般の消費者を含めて、公取委の処分に対する不服申立や取消訴訟の途を開いたり、さらには公取委の処分が発動され  
ない場合、これらの者に不作為に対する不服申立てであるとか、あるいは不作為の違法確認の訴えをなすことを可能とする制  
度もありうるところである。いずれの制度を設けるのか、それとも両者を併用するのか、両制度の特質を踏まえたうえでの議  
論が必要」とされる(なお、同書初版二九八頁も参照)。上原敏夫『団体訴訟・クラスアクションの研究』商事法務研究会(二  
〇〇一年)三六〇頁は、集団的な利益の担い手として景表法上、団体の不服申立資格が認められるとされている(初出は一  
九七九年)。
- (425) 公正取引委員会年次報告書など参照。近時の利用状況については、公正取引二〇〇四年九月号参照。現在、二七件の提訴が  
あったが、請求が認められた事例はない。
- (426) 鈴木恭蔵「独占禁止法二四条の差止請求訴訟の実情と若干の課題(下・完)」公正取引六五三号四六頁、四九頁(二〇〇五)。
- (427) 迷惑広告行為(電話広告、訪問販売、郵便広告、電子メール広告等)について、UWG及びBGBに関する判例の展開及び  
UWG新七条の導入については、拙著『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシス・ジャパン、雄松堂(二〇〇六)近刊参照。
- (428) 同旨、別冊NBL四四号『競争環境整備のための民事的救済』(平成九年)五七頁。松本恒雄「消費者保護行政の新たな展開」  
公正取引六二五号二頁以下(二〇〇二年)は、景表法への団体訴訟制度の導入を提言する。しかし、景表法は、公取委が、行



政処分を行なうための特則を定めたものであり、かつ、不公正な取引方法における不当表示（独禁法一九条、二条九項、一般指定八項）に、一般消費者に対する不当表示行為も含まれるのであるから、独禁法上差止請求権を団体にも認める方向が妥当である。

(429) たとえば、公取委の事例であるが、三越事件においては、優越的地位を濫用された納入業者らが公取委の事情聴取にあたって匿名という条件付で応じたという経緯があった（石田英遠「三越審判事件の審判手続に関する委員会決定」NBL二六三号三六頁（一九八二年））。

(430) 近時は、このような国民性も変わりつつある。例えば、ヤマト運輸による独禁法二四条に基づく郵政公社への提訴などがある。

(431) WuW/E BGH 2977ff.

(432) 正田彬・全訂独占禁止法I・日本評論社（一九八〇年）二九二頁以下等。

(433) ポスフル事件（平成一六年四月一四日勧告審決）、山陽マルナカ事件（同年四月一五日勧告審決）、ミスターマックス事件（同年一月一日勧告審決）、コーナン商事事件（同年二月六日勧告審決）等がある。これらは、公取委のサイト (<http://www.jftc.go.jp/>) で入手可能である。これらにつき、公正取引委員会平成一五年度年次報告書一〇頁、公正取引六五三号三八頁（二〇〇五年）等。

(434) 例えば、我が国においては、公正競争協議会がある。

(435) たしかに、物権的請求権や営業権侵害に基づく請求権とも考えられる。しかし、独禁法二四条の場合には、被侵害利益のみならず、侵害行為の態様等も独禁法違反行為として問題としている。すなわち、第一に、独禁法は競争秩序を害し、取引の自由を侵害する行為を違反行為としているため、独禁法違反行為にかかる差止請求権の有無の判断においては、必ず、被侵害利益として取引の自由が検討されなければならない。第二に、その他方で、侵害行為についても独禁法違反行為として評価する。このように、被侵害利益として営業（取引）の自由が、侵害行為として独禁法違反行為が評価され、差止請求権の有無が検討される。したがって、これら両者を評価するものとして差止請求権の法的構成は、（準）不法行為構成が妥当であり、明文が無い旧法上も認められるべきであったと考えられる（川越憲治「独占禁止法違反行為に対する私人の差止請求——私法と独占禁止法——」白鳩大学論集第七巻第二号八三頁以下参照。また、赤松美登里「独占禁止法違反と差止め請求権」知的財産と競争

法の理論F・K・バイヤー教授古希記念論文集・第一法規出版一九九六年五六四頁は、改正前においても解釈により認められるとしていた。すでに、改正前に、日本遊戯銃協同組合事件東京地判平成九年四月九日（判時一六二九号七〇頁）及び名古屋生コン仮処分事件名古屋高決平成八年九月二七日（審決集四三卷四八三頁）は、独禁法違反に対する差止請求を認めうる旨の判示をしていた。準不法行為構成については、四宮和夫「不法行為」青林書院（一九八五）四七九頁（澤井裕「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第三版）」一三八頁以下（二〇〇一年）等）が妥当であり、これに従う。今日においては、民法学において、名譽、プライバシー、平穩生活、日照等に関し、民法七〇九条とは異なる要件（故意又は過失が不要である等）のもとで、準不法行為として、差止請求権が認められることが有力に主張されている。ところで、独禁法に関して、近時の判例においては、独禁法違反行為は、売り手・事業者の「自由な競争市場での製品を販売することのできる利益」（遊戯銃協同組合事件・東京地判平成九年四月九日）あるいは、買い手・消費者の「自由競争の下で形成された価格で商品を購入する利益」（鶴岡灯油事件高裁判決仙台高秋田支判昭和六〇年三月二六日）を侵害するものとされている。そこで、独禁法二四条は、正常な競争上享受しうる利益を独禁法違反により侵害される者が差止請求権をかける構成により有することを規定したと考えることができる。これが、前述した近時のドイツにおけるUWG及びGWB上の議論に照らしても、妥当であると考えられる。民法現代語化後の民法七〇九条の条文につき、以上述べた解釈に親和的なものに、池田真朗編『新しい民法』一〇一頁「水野謙執筆」（二〇〇四年）、大塚直「民法七〇九条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ一一八六号（二〇〇五年）一六頁以下がある。今後、検討したい。

(436) 東出浩一編著『独禁法違反と民事訴訟』商事法務研究会（二〇〇一年）二二二―二四頁。団体訴訟については、もっぱら公益実現のみを目的とした訴訟形態であるという認識が独禁法の二〇〇一年改正の立法者にはあったと思われる。それゆえに民事訴訟法の原則との関係をさらに検討する必要がある等として、団体訴訟の導入は、今後の検討課題とするとされた（前掲書二七頁。また、内田耕作「独禁法違反行為に係る民事的救済制度の再検討」『競争法の現代的諸相（下）・厚谷襄児先生古稀記念論集』信山社（二〇〇五年）九四八頁―九四九頁等は、独禁法へ導入されるべき団体訴訟制度について、公的色彩を強く帯びたものとして再設計するとされる。この他、同「独禁法違反行為に係る民事的救済制度の再検討——損害賠償制度に即して——」彦根論叢三五四号一九頁以下がある。）。しかし、これは、前述した議論から明らかであるように、団体訴訟についての適切な把握とは思われない。不当表示の差止について、誤認表示が真実でないことを知った消費者は再度騙されないことから差止請

求権は成立しない又は公益的な意味を有するという議論があるが、その者にとって同種の不当表示の差止を防止する意味があることから妥当ではない（これについて、田村善之『不正競争法概説（第二版）』有斐閣二〇〇五年四三七頁）。

(437) なお、商法上の株主代表訴訟（第二六七条）は、訴訟担当とされているが、裁判外の株主による取締役等に対する責任追及を認めるべきとするのが通説である。以上、公正取引委員会が筆者が行った団体訴訟導入に係る研究会での検討内容を参考にまとめてみた。

(438) 消費者団体の適格要件については、諸外国においては、消費者保護のための法律における消費者団体訴訟の規定を不正競争防止法や独占禁止法においても、準用しているのであり、後二者における固有の要件は考えられない点である。これに対し、事業者団体については、例えば、ドイツにおいては、不正競争防止法及び競争制限防止法上の規定により、団体訴訟の要件が定められている。

(439) 拙稿「団体訴訟における原告適格」奈良法学会雑誌一七卷三・四号一頁（二〇〇五年）。

(440) アメリカの連邦取引委員会法第一九条のように、連邦取引委員会が消費者救済を求めて訴訟提起し、裁判所が定める計画に基づき獲得された賠償金を被害者に分配するという方法もある。以上、筆者が参加した公取委における団体訴訟導入に係る検討会での議論を参考にまとめてみた。

(441) この場合には、公取委の行政処分（排除措置命令等）による違反行為の存在に係る推定効が、原告の立証困難の容易化に重要な役割を果たすといえる。

(442) 前述したように、ドイツにおいては、GWB新三四条は、カルテル庁の利益剝奪権限を規定する。

(443) 消費者契約法への消費者団体訴訟の導入に関し、この点につき、同旨・鹿野菜穂子「消費者団体訴訟の立法的課題——団体訴訟の内容を中心に」NB七九〇号五八頁、六八頁（二〇〇四）。内閣府国民生活局消費者団体訴訟制度検討委員会『消費者団体訴訟制度の在り方について』（二〇〇五年六月二三日）四頁の注四は、消費者契約法に導入する消費者団体の利益剝奪請求権について、「我が国において、一般的ではなく、慎重な検討が必要と考えられる」とする。

(444) これは、不正競争防止法違反行為についても同様にいえる点であり、これにより、同法上の差止請求権が、限定的にしか利用されていない現状に鑑み、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』有斐閣（二〇〇五）九一〇頁は、不正競争防止法へ消費者団体訴訟のみならず、事業者団体訴訟の導入の検討の必要性を指摘される。

(445) 前掲・別冊NBL四四号五八頁、満田重昭「ドイツ不正競争防止法における軌道修正」田倉整先生古稀記念『知的財産をめぐる諸問題』発明協会七五三頁、七六二頁(平成八年)。

付記

本稿は、民事紛争処理研究基金平成一七年度研究助成金の一部に基づくものである。