

# 「独占禁止法における私的エンフォースメントと 損害賠償請求」

## “Private enforcement” des Kartellrechts und Schadensersatzansprüche

朝 田 良 作

1. はじめに
2. 独占禁止法に係る損害賠償請求の法状況と問題提起
  - (1) 法状況の概観
  - (2) 問題提起
3. ドイツ競争制限禁止法（第7次改正法）における損害賠償請求
  - (1) GWB第7次改正法の概要
  - (2) 私人によるカルテル法の執行をめぐる議論と問題点
    - a) 改正の背景
    - b) GWB第7次改正法33条の内容と評価
4. おわりに ー経済法としての独占禁止法と民法との関係ー

### 1. はじめに

独占禁止法は昨年「還暦」を迎えた<sup>(1)</sup>。還暦とは、周知の通り、干支が60年たつと一回りして元に戻ることから、数え年で61歳を迎えることを言い、還暦を迎えた人は赤い頭巾をかぶり、赤いちゃんちゃんこを着て赤ちゃんに還るまねをし、皆から祝ってもらう風習がある。

近年の独占禁止法をめぐる動きを見ていると、わが国の法体系全体において、独占禁止法がどのように位置付けられなければならないのかという根本的な問題が投げかけられているように思われる。これは、独占禁止法がまさ

に「還暦」を迎えた証しと言えよう。

1947年に、独占禁止法は私的独占などの反競争行為を「排除することにより、公正且つ自由な競争を促進」（独禁法1条）することを直接の目的として制定された。それ以来、停滞期はあったものの、独占禁止法はこの目的を達成するために公正取引委員会による排除措置命令を中心に事業者の反競争行為に対して規制を加えてきたのである。このことは公正取引委員会中心主義のひとつの現れである。

しかし、1989年（平成元年）からの日米構造問題協議を皮切りに、平成7年には規制緩和・競争政策の積極的な展開などを内容とした「規制緩和推進計画」が閣議決定され、それに続く平成9年12月の「経済構造の変革と創造のための行動計画（第1回フォローアップ）」などにおいて、独占禁止法違反行為による被害者に対する民事的救済手段を確保することは同法違反行為に対する抑止効果を強化するものとして、「私的エンフォースメント」が重要視されるようになった。その結果、「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備に関する研究会」などの議論を経て、平成12年には独占禁止法違反行為に対する私人による差止訴訟制度の導入（独禁法24条等）と独占禁止法違反行為に係る損害賠償訴訟制度の整備（独禁法25条）を主な内容とした改正が行われたのである。課徴金制度の在り方と審査・審判手続のあり方などを中心に検討してきた昨年の独占禁止法基本問題懇談会<sup>(2)</sup>でも、違反金と損害賠償との関係につき「違反行為の抑止のためには、抑止につながる様々な法執行手段が効果的であり」として、損害賠償請求制度に対して私的エンフォースメントとしての効果が期待されている。

独占禁止法違反行為の私法上の効力の問題（公序良俗違反を理由とした契約の無効など）を含め損害賠償請求による私的エンフォースメントは第一義的には損害の填補などによる私人の利益保護（調整）が目的であるが、私人による損害賠償などの法的主張が認められれば、独占禁止法上の違法状態を是正する機能や違反行為に対する抑止効果を果たすことができ、公正取引委員会による規制を補完することとなり、独占禁止法の実効性の確保につながる

るとして、私的エンフォースメントが重要視されてきたのである<sup>(3)</sup>。

この私的エンフォースメントに関しては、①私人による独占禁止法の目的の実現という視点を民事的救済に取り込むことができるのかどうか、そして、②それを前提として具体的にどのような解釈論を展開するのが重要な検討課題となるが<sup>(4)</sup>、独占禁止法という法体系と私法（特に民法）という法体系相互の関係をどのように捉えるべきかという根本問題に立ち返り考察することがますます必要になってきている<sup>(5)</sup>。先にも述べたように、この点が、民法との関係を通してではあるが、わが国の法体系全体において、独占禁止法がどのように位置付けられなければならないのかという根本的な問題が投げかけられているように思われる理由である。

本稿では、このような問題意識から、独占禁止法の「私的エンフォースメント」の問題を、まず、はじめに独占禁止法との関係で問題となった損害賠償請求に関する代表的な裁判例を取り上げ、そこに示された根本問題が何であったのかを再考し、次に「私的エンフォースメント」との関係で損害賠償請求制度の強化をねらったドイツ競争制限禁止法（第7次改正法）<sup>(6)</sup>の内容を比較法的に考察することにする。そして、それらの考察を通して、わが国の独占禁止法における「私的エンフォースメント」をめぐる問題点を考えていくための手がかりを得ようと思う<sup>(7)</sup>。

(1) 谷原修身「競争法と民事法の協働 ―総論的素描」公正取引652号（2005年2月）2頁以下参照。

(2) 独占禁止法基本問題懇談会報告書（平成19年6月26日）

(3) 岸井・向田・和田・内田・稗貫著『経済法 第3版補訂』44頁以下、金井・川濱・泉水編『独占禁止法 第2版補正版』2008年480頁以下参照。なお、現在、国際的に見ても、国際競争ネットワーク（International Competition Network）が私人による競争法の執行に関する問題を扱っており、ヨーロッパ共同体では、これまで不十分であったEU競争法違反を理由とした損害賠償請求訴訟を強化するための本格的な検討がなされており、後述するようにドイツでは、競争制限禁止法（第7次改正法）において、損害賠償に関する規定（特にGWB33条）の強化改正が行われるに至っている。Kommission

der europäischen Gemeinschaften, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2.4.2008など参照。

- (4) 金井・川濱・泉水編『独占禁止法 第2版補正版』2008年480頁（注）116参照。
- (5) 独占禁法審決・判決判例百選237頁（中村哲也執筆担当）など参照。なお、約款規制の問題点からではあるが、経済法（独占禁止法）と私法（民法）との体系的な相互関係を考察する必要性を説いたものとして拙著「約款規制と経済法」島大法学28巻3号（1985年）115頁以下を参照。
- (6) ドイツ競争制限禁止法の2005年7月1日から施行された第7次改正法を以下GWB第7次改正法と言う。また、「私的エンフォースメント」は「private enforcement」という英語訳から来ているが、ドイツでは「Private Kartellrechtsdurchsetzung（私人によるカルテル法の執行）」と言われており、本稿では、特に断りのない限り、「私的エンフォースメント」は右のドイツ語訳と同義のものとして用いる。
- (7) なお、本稿は独占禁止法における「私的エンフォースメント」の問題を特に損害賠償請求との関連で取り上げるものである。

## 2. 独占禁止法に係る損害賠償請求の法状況と問題提起

### (1) 法状況の概観

独占禁止法違反行為は市場における公正で自由な競争秩序に対して悪影響を及ぼす。さらに、そのような違反行為は市場での競争秩序に悪影響を及ぼすだけでなく、関係する市場に存する事業者や一般消費者の私的な利益をも侵害する場合があります、そのことにより被害者が被った損害の賠償をめぐる問題が生じるのである。

独占禁止法に係る損害賠償については、同法違反行為により損害を被った場合には、違反行為者に対して、その者の故意・過失を問題にするとこなく、損害賠償請求ができる規定が独占禁止法25条にある。すなわち、独占禁止法25条に基づき、同法3条（私的独占または不当な取引制限の禁止）、6条（不当な取引制限または不公正な取引方法に該当する事項を内容とした国際的協定または国際的契約の禁止）、19条（不公正な取引方法の禁止）に違反した事業者と8条1項（事業者団体の禁止行為）に違反した事業者団体に対

して、被害者は無過失損害賠償責任(25条2項)を問うことができるのである。

また、独占禁止法は、25条に関連して、裁判所が公正取引委員会に損害額等について意見を求めなければならぬ求意見制度(84条)、第1審を東京高等裁判所とする専属管轄権(85条2号)、確定した排除措置命令または違法宣言審決(66条4項)を訴訟要件とすること(確定審決前置主義、26条1項)、そして、それらが確定した日から3年を経過したときは請求権が時効により消滅すること(26条2項)などを定めている。

ところで、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権に関しては、従来から民法709条に基づく損害賠償請求権との関係が問題になっている。

一般に、民法709条に基づく損害賠償請求権を認めるためには、①損害が発生していること、②加害行為と損害の発生との間に因果関係があること、③加害者に責任能力があり、かつ④故意または過失があること、そして⑤加害者が被害者の権利を違法に侵害したことという要件が求められる。独占禁止法25条は民法709条の特別規定と解し、私的独占、不当な取引制限などに関しては、独占禁止法25条は民法709条の特別法的地位にあるもので、25条によってのみ損害賠償請求権が認められると解しているように思われる見解もあったようであるが<sup>(1)</sup>、通説・判例によれば、独占禁止法違反が民法709条の不法行為の要件を充たす限りで、民法709条に基づく損害賠償請求権も可能であるとされている<sup>(2)</sup>。

右の一般不法行為の要件のうち、③は、違法行為者は事業者または事業者団体であり、当然充たされ問題にならないであろうし、④については、客観的に違法とされる事実の認識があれば故意とされるので、⑤が立証されれば特に問題とならないであろう。独占禁止法違反行為と不法行為における権利侵害ないしは違法性の要件については、独占禁止法違反行為の存在と民法の不法行為上の違法性(法益侵害)とは理論的には同じではない。しかし、「独禁法は、原則的には、競争条件の維持をその立法目的とするものであり、違反行為による被害者の直接の救済を目的とするものではないから、…(略)

…違反した行為が直ちに私法上の不法行為に該当するとはいえない。しかし、事業者は、自由な競争市場において製品を販売することができる利益を有しているのであるから、右独禁法違反行為が、特定の事業者の右利益を侵害するのである場合は、特段の事情がない限り、右行為は私法上も違法とすべきであり、右独禁法違反行為により損害を受けた事業者は、違反行為を行った事業者又は事業者団体に対し、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求をすることができるかと解するのが相当である<sup>(3)</sup>とし、また、価格カルテルの対象商品の買い手（一般消費者）に関しても、「公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」が侵害されたとする裁判例<sup>(4)</sup>があり、独占禁止法違反行為の存在が立証されれば、あらためて不法行為における権利侵害ないしは違法性について論じる必要性が通常ないと考えられている。

しかし、独占禁止法違反行為の存在を含め、損害の発生、違反行為と損害発生との因果関係、そして損害の額を被害者側が立証しなければならないが、それらを立証する諸資料は違反行為を行った事業者側にあり、また、複雑な経済的諸事象の調査・分析が必要であるなど、それらの立証は非常に困難である場合が多い。このことが、これまで独占禁止法違反について損害賠償請求が容認された事件が少ないことの理由のひとつとして指摘されており、これらの立証負担を軽減することが課題と言われている<sup>(5)</sup>。

このような立証負担を軽減するために、独占禁止法25条に基づく損害賠償訴訟では、前述した確定審決前置主義を採り、公正取引委員会による審決を活用することが想定されており、確定審決があったことが立証されれば、価格カルテルのような独占禁止法違反行為の存在について「事実上の推定（*prima facie*）」が働き、また、それは25条訴訟だけでなく民法709条の損害賠償訴訟の場合にも認められるべきであると通説的な見解では解されている。

しかし、この点に関し、最高裁は、2005年の独占禁止法改正の前ではあるが、「事実上の推定」は認めるものの、審決の種類に応じてその推定の程度に高低の差があるとし、「勧告審決は勧告の応諾を要件とするものであって、

違反行為の存在の認定は要件とされていないものであることからみて、その有する事実上の推定の程度は、違反行為に関する公正取引委員会の証拠による事実認定を要件とする審判審決や被審人の違反行為事実の自認を要件とする同意審決に比して、相対的に低いものであり、また、勧告の応諾が、審判手続や審決後の訴訟等で争うことの時間的、経済的損失あるいは社会的影響に対する考慮等から、違反行為の存否とかわりなく行われたことが窺われるときは、勧告審決が存在するとの事実のみに基づいて、その審決書に記載された独占禁止法違反行為が存在することを推認することは許されないものと解するのが相当である。<sup>(6)</sup>と判断したのである。

2005年改正後の現在では、勧告と勧告審決の制度が廃止され、独占禁止法49条に基づく一定の事前手続を経て排除措置命令が下されることになったが、右の判例理論によれば、このような審判手続を経ない排除措置命令における独占禁止法違反の事実の存在に関する推定の程度も改正前の勧告審決と同程度のもとなると思われる<sup>(7)</sup>。したがって、このような法状況が続けば、違反行為の存在に関する立証負担の軽減は未解決のままの問題として残ることになるだろう。

独占禁止法違反行為の存在が立証されたとしても、次に問題になるのは、損害の発生、損害の額、そして、違反行為とその損害の発生との因果関係の存在を被害者側が証明しなければならないことである。25条訴訟においては、損害の額について公正取引委員会への求意見制度があり(独禁法84条)、立証負担の軽減を図ってはいるが、この意見も「一つの参考資料」にすぎないものとされており<sup>(8)</sup>、問題解決になっていない法状況である。

損害については、一般的に差額説(Differenztheorie)<sup>(9)</sup>が採られ、損害は違反行為がなかった場合とあった場合との利益状態の差であり、その差を金銭で評価されたものと解されている。独占禁止法違反行為を原因とした損害についても差額説が採られており、実際にはその立証はきわめて難しい。例えば、損害額を算定する場合、違反行為がなかった場合の想定購入価格や違反行為の対象となった事業者の推定売上高など現実には存在しなかったもの

との比較が必要となるが、それらを厳密に推計することはきわめて困難である。そこで、裁判実務では、現実に存在した価格や経済的な統計上の数値などを手がかりにして損害額の推計を行ってきた<sup>(10)</sup>。例えば、価格カルテルという違反行為がなかった場合の想定購入価格をカルテル実施直前の価格として、その想定価格と価格カルテルにより値上げされた価格との差額が損害とされたり<sup>(11)</sup>、また、不公正な取引方法である取引拒絶の事件で、違反行為直前の市場占拠率などを基礎に違反行為の対象となった事業者（被害者）の売上額を推計して損害額を算定した裁判例などがある<sup>(12)</sup>。

また、民事訴訟法との関連では、25条訴訟と民法709に基づく訴訟を問わず、これら訴訟に資するため、公正取引委員会は、民事訴訟法226条に基づいた文書送付嘱託があれば、違法行為の存在や因果関係、そして損害額の立証に必要な資料を裁判所に提出することや民事訴訟法186条と218条による調査および鑑定嘱託にも応じる方針をとっている<sup>(13)</sup>。さらには、近年の民事訴訟法の改正により、立証が極めて困難である場合に裁判所が「相当な損害額」を認定できる損害額認定制度（民事訴訟法248条）や文書提出義務（同法220条）そして文書提出命令の整備（同法223条など）がなされており、立証負担の軽減が期待されている。そして、入札談合事件ではあるが、民事訴訟法248条を適用し、損害額が算定され損害賠償請求が認められたケースが見受けられるようになってきている<sup>(14)</sup>。

しかしいずれにせよ、独占禁止法制定以降、25条訴訟は約20件、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟件数は、正確な件数を把握できないが、60件を超えると言われて<sup>(15)</sup>、損害賠償請求が認められた事件はきわめて少なく、特に鶴岡灯油事件のように消費者が提起した損害賠償請求訴訟は全て消費者側の敗訴に終わっている状況である。

## （2）問題提起

右に見たように、わが国の独占禁止法に係る損害賠償請求訴訟の状況は「私的エンフォースメント」に値しない状況である。このような法状況の根

本的な原因はどこにあるのだろうか。次に、この点を考察する。

前述したように、独占禁止法違反行為による損害賠償請求については、一般不法行為の要件を充たす限り、民法709条によっても、また独占禁止法25条によっても損害賠償請求ができると解しているのが通説と判例の立場であった。しかし、いくつかの判例を見てみると、この点に疑問を持たざるを得ない。

遊技協同組合事件判決(東京地裁平成9年4月9日)では、通説・判例の立場が採られているが、次のように述べられている。

「独禁法は、原則的には、競争条件の維持をその立法目的とするものであり、違反行為による被害者の直接的な救済を目的とするものではないから、右に違反した行為が直ちに私法上の不法行為に該当するとはいえない。しかし、事業者は、自由な競争市場において製品を販売することができる利益を有しているのであるから、右独禁法違反行為が、特定の事業者の右利益を侵害するものである場合は、特段の事情がない限り、右行為は私法上も違法であるというべきであり、右独禁法違反行為により損害を受けた事業者は、違反行為を行った事業者又は事業者団体に対し、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる」と述べられている。

この判決の論理構成を見ると、独占禁止法の立法目的は競争条件の維持であり、被害者救済は目的でなく、したがって独占禁止法違反行為は直ちに私法上の不法行為にならないということが原則であり出発点となっている。次に論理の操作としては、「直ちに」私法上の不法行為にはならないので、「自由な競争市場において製品を販売することができる利益」を媒介として、この「利益」が侵害された場合には私法上も違法(不法行為)となると論理を展開していることが分かる。そして、このような論理構成から窺われうるように、この「利益」をどのように考えるのかが、私法(とりわけ民法)にとっても独占禁止法にとっても重要な問題となっているのである<sup>(16)</sup>。最近、「私的エンフォースメント」との関連で、競争法である独占禁止法と民法の関係がより一層重要なテーマとなってきている点からも、それは重要な問題なの

である。

いうまでもなく私法である民法の基本原則は私的自治の原則であるが、これまで、民法は私的自治の原則が機能しうる前提である公正で自由な競争が行われる市場に殆ど目を向けてこなかった。むしろ、契約関係ひとつとってみても、伝統的な法律行為論における意思理論（意思ドグマ、Willensdogma）のように契約関係の内側しか見てこなかったのである。しかし、資本主義経済社会が発展するに伴い、市場において公正で自由な競争が次第に行われなくなり（独占化、寡占化）、私的自治の原則やその現れである（実質的な）契約自由の原則、そして後述する契約正義<sup>(17)</sup>が実現されえないケースが増え、例えば損害賠償請求における損害の填補などによる私人の利益保護ないしは利益調整を目的とする民法は、公正で自由な競争が行われうるような市場に関心を持たざるを得なくなったと言える。

他方、経済法である独占禁止法は市場における公正で自由な競争の確保を目的としており、そのような競争を支えている個々の契約（関係）にはあまり関心を払わず、むしろ、公正で自由な競争が行われうるような市場にだけ目を向けがちであったと言える。しかし、かえって、そのことは、市場における公正で自由な競争の確保という目的を実現するための独占禁止法のより実効的な執行をもたらすことはできなかったのである。むしろ、より実効的な執行のためには「私的エンフォースメント」が必要であると認識され始めた現在、市場における公正で自由な競争を支えている個々の契約（関係）にも関心を持たざるを得なくなってきているのである。

このように見てくると、独占禁止法と民法は体系的に相互補完関係にあり、重層構造を成すものとして捉えることができるのではなかろうか<sup>(18)</sup>。また、そのように捉えることができるとして、両法体系の相互補完関係と重層構造をさらに具体的に考察する必要があるのではなかろうか。

このような根本問題を念頭に置き、次章では、わが国の独占禁止法における「私的エンフォースメント」をめぐる問題点を考えていくための手がかりを得るために、ドイツ競争制限禁止法（第7次改正法）の内容とそれをめぐ

る議論を比較法的に考察することにする。

- (1) 今村成和『独占禁止法』新版(1978年)227頁など参照。
- (2) 金井・川濱・泉水編『独占禁止法 第2版補正版』2008年486頁以下、岸井・向田・和田・内田・稗貫著『経済法 第3版補訂』45頁、丹宗・岸井編『独占禁止手続法』(2002年)197頁、村上正博『独占禁止法と差止・損害賠償』(2001年)80頁以下、東京地裁平成9年4月9日判決(遊技銃協同組合事件)判時1629号70頁など参照。
- (3) 東京地裁平成9年4月9日判決(遊技銃協同組合事件)判時1629号70頁。
- (4) 仙台高裁秋田支部昭和60年3月26日判決(鶴岡灯油事件)判時1147号19頁。
- (5) 金井・川濱・泉水編『独占禁止法 第2版補正版』(2008年)491頁など参照。
- (6) 最高裁平成元年12月8日判決(鶴岡灯油事件)民集43巻11号1259頁参照。
- (7) 金井・川濱・泉水編『独占禁止法 第2版補正版』2008年491頁以下など参照。
- (8) 最高裁昭和62年7月2日判決(東京灯油事件)民集41巻5号785頁参照。
- (9) なお、差額説に対する批判については、潮見佳男『不法行為法』(1999年)216頁以下などを参照のこと。
- (10) 一般的に損害額の算定方法としては、違反行為前の価格や利益と違反行為実施期間中の価格や利益との差額に基づき算定される前後理論、違反行為が行われていなかった地域の価格や利益を基礎に違反行為が行われた地域の価格や利益を推計して、その推計された額と違反行為実施期間中の価格や利益との差額に基づき算定する物差理論(いわゆるヤードスティック理論)、そして違反行為がなかった場合の想定市場占拠率を基礎に算定する方法などがある。丹宗・岸井編『独占禁止手続法』(2002年)212頁以下、村上正博『独占禁止法と差止・損害賠償』(2001年)113頁など参照。
- (11) 最高裁平成元年12月8日判決(鶴岡灯油事件)民集43巻11号1259頁参照。
- (12) 東京地裁平成9年4月9日判決(遊技銃協同組合事件)判時1629号70頁。
- (13) 「独占禁止法違反行為に係る損害賠償請求訴訟に関する資料の提出等について」(改正平成17年12月19日事務総長通達第14号)参照。
- (14) 例えば、奈良地裁平成11年10月20日判決(奈良県上水道談合事件)判例タイムズ1041号182頁など参照。
- (15) 金井・川濱・泉水編『独占禁止法 第2版補正版』2008年488頁(注)141など参照。
- (16) 公正で自由な競争が行われている市場から個々の経済主体が享受できる利

益を「競争利益」として捉え、その侵害を不法行為の根拠とすることにつき、丹宗・岸井編『独占禁止手続法』（2002年）198頁、広中俊雄『民法綱要（1）総論上』（1989年）8頁以下など参照。なお、最高裁平成元年12月8日判決（鶴岡灯油事件）において、香川保一裁判官は、傍論意見の中で、「これらの違反行為は、独占禁止法の制定により禁止され、違法とされることとなったものであり、右の独占禁止法二五条は、従来民法七〇九条によっては不法行為とされない違反行為について、これを特殊な不法行為として損害賠償の責に任ずるものとする特別規定を創設したものとみるべきである。…（中略）…違反行為による損害賠償は、すべて独占禁止法二五条に基づいてのみ請求し得るものと解すれば、立法的には必ずしも充分の措置が講ぜられていないことは否定し難いけれども、民法七〇九条のいわば特別的なものとして、合理的な解釈により右の立法的不備を補い、当該損害賠償制度の趣旨に相応する運用をなし得るのである。」と述べられており、このように考えると、本文で示したような重要な問題点は想起されないであろう。

- (17) Ludwig Raiser, *Vertragsfreiheit heute*, JZ.1958, S.1ff. und *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, 1960, Bd.1, S.101ff. など参照。
- (18) 少し意味が違うが、独占禁止法違反行為の重層構造的な性格について述べているものとして、丹宗・岸井編『独占禁止手続法』（2002年）20頁以下参照。

### 3. ドイツ競争制限禁止法（第7次改正法）における損害賠償請求

#### （1）GWB第7次改正法の概要

ドイツ競争制限禁止法の第7次改正法（以下、GWB第7次改正法または単にGWBという）は、同法においてこれまで重要であった規制内容を根本的に改正したものであるが、2005年7月1日から施行されている。今回の第7次改正も、前回の第6次改正<sup>(1)</sup>と同様、EU競争法にGWBをさらに合わせることを主たる目的としている。具体的には、EU競争法（カルテル法）上の手続を根本から改め2004年5月1日から施行されているEG規則1/2003号<sup>(2)</sup>にGWBを合わせるための改正であった<sup>(3)</sup>。

GWB第7次改正法の主な内容を見ると、GWB1条のカルテルの禁止は、EGV81条に完全に合わせられ、水平的なカルテルにも垂直的なカルテルに

も適用されるようになるとともに、EGV81条3項の一括適用免除規定がGWB2条1項を通してドイツにおいても適用されることになった。

カルテル法における行政手続の決定の種類については、排除措置命令に関する決定(GWB32条)、仮処分に係る決定(GWB32条a)、義務承諾に関する決定(GWB32条b)、カルテル官庁が法的権限に基づき「始動しない(Kein Anlass zum Tätigwerden)」ことに関する決定(GWB32条c)、適用免除剥奪の決定(GWB32条d)、個別経済分野等に係る調査に関する決定(GWB32条e)があるが、カルテル官庁の権限が拡大されている。

また、違反行為に対する制裁規定も大幅に改正されている。GWB33条は全く新たな内容に改正されたが、カルテル法違反行為を理由とした損害賠償請求をより一層実効的になしうる手立てを構築することをその目的にしている。従来からの超過収益過料は廃止され、その代わり、EC法の過料制度が採用された。過料は、GWB81条4項に基づき、「違反行為の重大さと継続期間」に応じてではあるが、上限が100万ユーロまで引き上げられた(ただし、事業者売上高の10%により制限されている)。

なお、カルテルなど違法行為に対する制裁(サンクション)と損害賠償請求について強化された主な規定を整理すると、以下の項目が示される。

- ① 保護法原則をとらないことによる請求権者の範囲の拡大(GWB31条1項)
- ② 損害転嫁の抗弁(Passing-on-defense)の排除(GWB33条2項2文)
- ③ 損害に代わる利益の交付の可能性(GWB33条3文)
- ④ 損害発生時からの賠償額の利息発生(GWB33条3項4文)
- ⑤ カルテル官庁、EUのヨーロッパ委員会および他の構成国の競争当局の確定的決定の事実認定上の効果(GWB33条4項)
- ⑥ カルテル官庁、ヨーロッパ委員会および他の構成国の競争当局に手続が係属している場合の損害賠償請求権の時効の停止(GWB33条5項)
- ⑦ カルテル官庁による利益の吸い上げ(Vorteilsabschöpfung)の可能性(GWB34条)

- ⑧ 経済団体等による利益の吸い上げの可能性（GWB34条a）
- ⑨ 100万ユーロまでの過料の引き上げ（GWB81条4項）

以下では、第7次改正の内容を踏まえて、損害賠償請求を通した私人によるカルテル法の執行をめぐる議論とその問題点を考察する。

## （2）私人によるカルテル法の執行をめぐる議論と問題点

### a) 改正の背景

ドイツの競争制限禁止法（GWB）は1957年7月27日に公布され、翌1958年1月1日から施行されたが、すでにその当時、私人の権利保護がカルテル法の執行において重要な働きを有することが認識されていたと言われている<sup>(4)</sup>。

私人の側から見れば、カルテル法（GWB）を防御的に（defensiv）、または攻撃的に（offensiv）使うことにより、自己の権利を守ることになる。例えば、競争制限的な合意がカルテル法に違反して無効であることを主張することによって、自己の契約上の義務を否定して、契約の相手方からの請求を拒むケースや、カルテルなど法違反行為によって被った自己の損害をカルテル行為者に対して請求するケースなどを見れば、そのことは十分に窺われる。

しかし、そのことは、カルテル法ないしは競争当局の側から見れば、競争当局によるカルテル法の執行を補完することになり、カルテル法の実効性を高めることになるのである。特に、カルテル法違反行為者に対する私人による損害賠償請求訴訟など私人によるカルテル法の執行は、①競争当局の業務の負担が軽減され、より効率的な法執行ができるようになること、②訴訟の場での裁判所との協働・連携を通してカルテル法の発展に寄与できること、③カルテル当局の法的措置による抑止効果を補完し、さらに高めることができること、そして最後に、④このような私人によるカルテル法の執行が多くなされることにより、競争文化（Wettbewerbskultur）ないしはカルテル法文化（Kartellrechtskultur）が確立、強化されることなどが指摘されている<sup>(5)</sup>。

このような点から、今回の第7次改正では、特に損害賠償請求制度に關す

る規定の整備が行われたのであるが、1998年の第6次改正法では、カルテル法違反行為に対して2つの異なった民事上の法的効果が定められていた。すなわち、それは競争制限的な法律行為の無効 (Nichtigkeit) という法的効果<sup>(6)</sup>と、差止請求、除去請求、そして損害賠償請求という法的効果であった。その後、ECカルテル法の分権的な執行を主要目的としたEG規則Nr. 1 / 2003が制定されたが、それは私人による訴訟をも取り込んだ分権的な執行が構想されていたため<sup>(7)</sup>、GWB第7次改正法においても私的エンフォースメントを念頭に置いた損害賠償請求制度の整備がなされたとと言える<sup>(8)</sup>。

#### b) GWB第7次改正法33条の内容と評価

GWB33条は、特に次の2つの点でこれまでの法状況を一步踏み出していると言える。第1に、その規定は、ヨーロッパ・カルテル法とドイツ・カルテル法を共に包括した特別な制裁規定として定められたことである。すなわち、GWBの規定、EGV81条もしくは82条にまたはカルテル官庁の処分に違反した者は、違法行為を除去すべき義務ないしは止めるべき義務を負い、また、故意または過失による場合には、損害賠償の義務を有するとされた。第2には、従来の保護法律原則 (Schutzgesetzprinzip) の考え方が放棄され、侵害された規定 (処分) が、損害賠償の請求・主張者の保護を目的としたものであることが要件上必要とされなくなったことである。全ての「害された者 (Betroffene)」は、請求権を有し (GWB33条1項1文)、そして、競争者またはその他の市場参加者として違反により損害を被った者が「betroffen」に該当することとなったのである (GWB33条1項3文)。

これまで、GWBに基づく損害賠償請求は、BGB823条2項に依拠して捉えられてきたものであり、加害者が他の者の保護を目的としたGWBの規定またはカルテル官庁の処分に違反することが要件上求められていたのである (保護法律原則)。したがって、GWBのどの規定がそのような規定であるか、またはGWBに基づくどのような処分がそのような処分なのかが問題となっていた。そして、その問題解決は、BGB823条2項に倣って、裁判所の判断

に委ねられてきたのである<sup>(9)</sup>。

しかし、GWB第7次改正法33条によって、この保護法律原則が放棄されたと評価できるのであろうか。この点が、今回の改正の評価をめぐる基本的な問題となっている。支配的な見解は肯定的に解している。例えば、Hempelは、「GWB33条は、第7次改正後も、ドイツ・カルテル法において、私人の権利保護の中心的な規定である。同時に、それは、ドイツの裁判所において私人がECカルテル法を執行するための拠り所として、BGB823条2項に替わるものである。請求権がもはや保護法律原則に基づき与えられなくなることにより、その意義は増してくる。」<sup>(10)</sup>と積極的に解しているのである。それとは反対に、GWB第7次改正法33条においても、関連規定として全ての法規が考慮に入れられるのではなく、命令的ないしは禁止的であり制裁的でもありうるような法規だけが考慮されるのであって、新たなGWB33条が不法行為法の保護法律原則に対して現実に絶交を言い渡したのかどうか疑問であるという消極的な見解も散見される<sup>(11)</sup>。この点は、ドイツ・カルテル法において、今後とも問題となると思われる。

次に、第7次改正法の評価が分かれる問題点として、「間接的な購入者(indirect purchasers)」もGWB33条1項3文における「Betroffene」であるのかの問題である。わが国においては、通説・判例とも肯定的な見解があるが<sup>(12)</sup>、ドイツでは、改正法の評価に関連して、見解が分かれている。例えば、前述したEuGHの“courage”判決で示された「jedermann」という点から、EC競争法は間接的な購入者の請求権を認めているなどの理由から、当然、今回のGWB第7次改正法においても間接的な購入者の請求権は認められているとする見解と、GWB33条1項3文の「市場参加者(Marktbeteiligter)」という文言から、市場(Markt)は、その取引段階に応じてその都度独自の市場を形成するので、立法者は、直接の購入者だけに損害賠償請求権を与えたのであると捉える否定的な見解とがある<sup>(13)</sup>。この問題に関しては、肯定的な見解が多いように思われるが、いずれにしても、今後、さらに議論されることになろう。

次に問題になるのが、「損害転嫁の抗弁 (Passing on Defense)」についてである。GWB第7次改正法33条3項2文を形式的に見れば、「商品または役務が引き上げられた価格で購入されているときは、商品または役務が再販売されていたという理由で、損害は排除されない。」と規定されており、“Passing on Defense” が認められていないように思われる。しかし、「損害転嫁の抗弁」が問題となる典型的なケースは、例えば、カルテルなどの違法行為を行った加害者は、その直接の購入者による損害賠償請求訴訟において、その購入者が支払われた多くの価格を次の購入者に転嫁しえたことを以て抗弁できるのかが問題となる場合であるが、第7次改正法はこの問題に対して明確な答えは出していないのである。もし仮に、直接の購入者がカルテルにより不当に引き上げられた価格分を含め、当該カルテルの対象商品を次の購入者に再販売し、直接の購入者が違法なカルテルにより被るはずであった経済的損失(損害)を全て次の購入者に転嫁していた場合、一体、どのように考えたらよいのであろうか。「損害転嫁の抗弁」が否定されているとして、これは損害賠償なのか、または、私的な罰なのか、間接的な購入者(被害者)も損害賠償請求権を持つとすれば、加害者は二重に支払うべきなのか、さらに直接的な購入者(被害者)と間接的な購入者(被害者)の間には連帯債権の関係が存在することになるのか、直接の購入者(被害者)は、転嫁された損害を他人の計算のために徴収して、それを引き渡す義務を負うのかなどの問題が提起されうるのである<sup>(14)</sup>。

カルテル法では、損害賠償の抑止的機能が重要であり、したがって、「損害転嫁の抗弁」による利益調整はGWB33条の目的に違背するなどの理由で、「損害転嫁の抗弁」は排除されているという見解が多いようであるが、この点も今後の問題になるであろう。

最後に、改正法の評価をめぐって問題になる点は、被害者の立証負担の軽減についてである。GWB第7次改正法33条4項においては、損害賠償訴訟において、被害者の立証負担を軽減するために、裁判所は、カルテル官庁、EC委員会、そして構成国の裁判所の確定的 (bestandskräftig) な決定の中で

なされた違法行為の事実認定に拘束されるのである。また、カルテル官庁などにより違法行為を理由に手続が開始されたときには、GWB33条3項に基づく損害賠償請求権の時効が中断されると規定されている（GWB第7次改正法33条5項）。そして、このことを通して、私人によるカルテル法の執行の強化が図られているのである。しかし、損害賠償を訴求する被害者にとっては、なおも損害の立証の困難さが存在する。というのも、競争違反行為によりもたらされた損害を証明するために仮定的な競争価格を算定するにしても、比較市場方式など経済的な統計上の数値を基に算定する方法が考えられるが、それにも拘らず、実際には、被害者にとって、それを立証することが困難となるからである。したがって、私人による損害賠償訴訟は、損害賠償を求める者にとって損害（額）を立証すべき高い要求となるだけであり、実効的な「私的エンフォースメント」につながらず、この点も残された課題であると言える<sup>(15)</sup>。

- (1) なお、ドイツ競争制限禁止法の第6次改正をめぐる議論状況とその問題点については、拙著「EC競争法への適合化とドイツ競争制限禁止法」島大法学42巻1号（1998年）51頁以下参照。
- (2) Verordnung(EG)Nr.1/2003 des Rates vom 16.Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln,ABl.EG Nr.L 1 vom 4.Januar 2003,S.1ff.
- (3) Rainer Bechtold,Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts seit der 7.GWB-Novelle,NJW52/2007,S.3761ff., Rolf Hempel,Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7.GWB-Novelle,WuW.4/2004,S.362ff.そしてGeorg M. Berrisch/Markus Burianski, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7.GWB-Novelle,WuW.9/2005,S.878ff.などを参照。
- (4) Rolf Hempel,Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7.GWB-Novelle,WuW.4/2004,S.362ff.とBgr.RegE,BT-Drucks.2/1158 v. 22.1.1955.を参照。
- (5) Bundeskartellamt, Diskussionspapier, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005) など参照。

- (6) 競争制限的な合意(法律行為)はGWB 1条によって「禁止されている(verboden)」だけであるが、その結果、BGB134条に基づき無効(nichtig)とされている。Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 214など参照。
- (7) Rolf Hempel, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW. 4/2004, S. 366など参照。
- (8) また、GWB第7次改正法33条のきっかけになったものとしてEuGHの“Courage”判決がある。“Courage判決”では、ビール製造業者とイギリスのパブ経営者との賃貸借契約とビール供給契約が問題になっていた。この契約は、広く行われているように排他的拘束条件をその内容に含んでおり、その条件を通して、賃貸人のビールのみを排他的に購入すべき義務をパブ経営者に課し、その上、最低購入量を課していた。代金支払を訴求されていたパブ経営者は未回収の代金を支払うことを拒んでいた。そして、パブ経営者は、その契約はEG81条1項に違反するとして(当時はEGV85条1項)、無効であるとし、拘束されていない購入者であればビール製造業者からビールをより有利な価格で購入しようという理由に基づき、反訴として損害賠償の支払を求めて提起していた。Court of AppealはEGV85条2項(現在EG81条2項)に基づき契約の無効を容認したが、損害賠償請求をイギリス法に基づき否定したのである。イギリス法によれば、違法行為に基づく請求権は、請求・主張する者が違法で損害発生の原因となっている合意に契約当事者として関与している場合、認められないのである。しかし、EuGHによって、このような結論は認められなかったのである。すなわち、EG81条(当時はEGV85条)により、国内の裁判所が禁止された合意に参加した者に対し損害賠償請求権をそれ自体否定することは許されない。競争法違反の合意または行為によってその者に生じた損害の賠償を、その損害を被った誰も(jedermann)が求めることができなかつたならば、カルテル禁止の十分な実効性が侵害されることになると判示された。EuGH, Slg. 2001, I-6297など参照。
- (9) Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 391など参照。
- (10) Rolf Hempel, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW. 4/2004, S. 367など参照。
- (11) Karsten Schmidt, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts, AcP Bd. 206, 2006, S. 198ff. 参照。
- (12) 法政策上、カルテルによる損害賠償請求訴訟の原告適格について直接購買者に限定する見解をとるものに、村上正博『独占禁止法と差止・損害賠償』(2001年)108頁以下参照のこと。村上氏のこの見解は、損害賠償訴訟について集団訴訟(class action)を採用することを前提に、その集団訴訟が円滑に

追行できるためには、原告適格を直接購買者に限定するべきであると考えられているようである。

- (13) Bundeskartellamt, Diskussionspapier, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005) および Christiane Moch, Tagungsbericht des Bundeskartellamtes, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, WuW 1/2006, S.33 ff. など参照。
- (14) Karsten Schmidt, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts, AcP Bd.206, 2006, S.202 など参照。
- (15) なお、この点に関連して、私人によるカルテル法の執行のためには、従来のドイツ民事訴訟法の基本的な考え方を改める必要があるのか、また、あるとした場合、アメリカ法の pre-trial discovery、contingency fees、class actions などが参考になるのかどうか議論されている。この点につき、Bundeskartellamt, Diskussionspapier, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005) など参照。

#### 4. おわりに 一 経済法としての独占禁止法と民法との関係一

近年、独占禁止法において注目されている「私的エンフォースメント」については、わが国だけでなく、EU加盟国のドイツでも、第7次改正を通してさらに議論されていることを見てきたが、そこに潜んでいる根本的な問題点は何であろうか。

先にも述べたように、「私的エンフォースメント」をめぐる議論において、最も重要で根本的な問題は、経済法としての独占禁止法（カルテル法）と民法との関係を法体系的にどのように捉えるべきかという問題である。

わが国の民法においても、ドイツのBGBにおいても、その法体系の基本原則である私的自治の原則が実質的に機能しうる前提としての公正で自由な競争が行われる市場が軽視もしくは無視されてきたと言える。市民法と言われる民法は、資本主義的分業社会における私人の経済的な相互関係に関する法ではあるが、内在的法則にしたがった市場での経済的な相互関係形成の過程において形式的な規整にその役割に限られるべきであって、個別的なケースにおける実質的な正義は、市場のもつ秩序付けの機能によって保障されるべきあり、また保障されうると考えられていたのである。したがって、民法

は、それ自体内在的には市場というものを捉えることはせず、私的自治の原則が実質的に機能しうる前提である市場を考えることはなかったと言える。しかし、資本主義社会の発展とともに、資本の集中、寡占化、独占化が進み、公正で自由な競争が行われる市場が崩壊し始めたのである。このような資本主義社会の歴史的な発展段階において、その市場機能を確保(維持)、補完するために、経済法(独占禁止法)が構築されてゆき、それは市民法である民法を批判的に補完するものとして機能してきたのである<sup>(1)</sup>。

最近、わが国でも「契約正義(Vertragsgerechtigkeit)」が議論されてきているが<sup>(2)</sup>、それが確保さうる実質的な前提は、市場における公正で自由な競争であり、この競争の実質的な前提は市場を開放しておくことである。経済法である独占禁止法(カルテル法)は、カルテル、市場支配力の濫用、企業結合による独占化、寡占化などを規制することにより、市場を開放し、その市場での公正で自由な競争を確保(維持)しているのであり、このようにして、市場で結ばれた契約の契約正義を実質的に保障しうる前提を創り出しているのである<sup>(3)</sup>。また、逆に言えば、市場において契約正義が保障・実現されれば、公正で自由な競争が行われる市場が確保(維持)されるのである。

このように考えると、経済法としての独占禁止法と民法の関係は、重層的な構造をもった相互補完関係にあると言える<sup>(4)</sup>。つまり、民法は経済法(独占禁止法)により保護されている対象であり、また同時に、損害賠償請求などを通して制裁(サンクション)手段を経済法(独占禁止法)に提供し、その私人による執行を通して経済法(独占禁止法)の実効性を高めているのである。

結局のところ、経済法としての独占禁止法(カルテル法)と民法の関係は、「市場」という媒介により相互に結びつき、補完関係にあると捉えられる。さらに、その関係を見ると、公正で自由な競争が行われる市場を「公共財(その便益を多くの個人が同時に享受でき、人間の生活にとって貴重で不可欠なもの)」として理解することができる<sup>(5)</sup>、その「公共財」を保

護するのが経済法としての独占禁止法であり、「公共財」である市場の条件としての公正で自由な競争を支える契約（関係）を扱うのが民法であると言えよう。

このように捉えると、「競争利益」の侵害を不法行為責任の実質的な根拠とする近時の学説を補強することにもなり、また、「私的エンフォースメント」をめぐる議論において重要で根本的な問題を考えるための手がかりになるのではないであろうか。

- (1) 例えば、Brügge, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 1980, S.20ff.などを参照。
- (2) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（1999年）21頁、大村敦志『公序良俗と契約正義』（1995年）、そして、Ludwig Raiser, *Vertragsfreiheit heute, JZ.1958, S.1ff. und Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, 1960, Bd.1, S.101ff.*など参照。
- (3) Karsten Schmidt, *Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts*, AcP Bd.206, 2006, S.173など参照。
- (4) 独占禁止法違反行為の重層構造的な性格を論じたものとして、丹宗・岸井編『独占禁止手続法』（2002年）20頁以下参照。
- (5) 市場を「公共圏」として捉え、市場における主体の無制約の行動の自由は認められるべきでなく、一定のルールが必要になると説くものに、吉田克己『現代市民社会と民法学』（1999年）176頁参照。