慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツ競争制限禁止法上の行政処分による集団的消費者被害救済
Sub Title	Collective consumer redress by administrative measure on act against restraints of competition in Germany
Author	宗田, 貴行(Soda, Takayuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.229- 257
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0229

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツ競争制限禁止法上の行政処分による集団的消費者被害救済

宗　田　貴　行

一　問題の所在
二　GWB 上のカルテル庁の違反中止処分の種類・目的・要件・内容
三　GWB 上の利益返還命令
四　検討

一　問題の所在

従来から、公法私法二元論の下で、一般的に、行政法の役割は、違法行為の事前予防ないし被害の拡大の防止であり、被害者の救済は、私法及び司法によって行われるものとされてきた[1)]。たしかに、近時は、消費者裁判特例法[2)]が制定・施行され、多数の消費者の金銭的な被害の回復可能性の向上がみられるが、これには、原告団体の過大な費用負担や手続対象行為の過度な限定等多くの問題があり[3)]、同法施行（平成 28 年 10 月 1 日）後、約 2 年が経過しても、

1）江口公典「西ドイツ競争制限防止法における民事的制裁」岡山大学法学会雑誌 40 巻 1 号 59-85 頁 1990 年。なお、ドイツ競争制限禁止法上の民事的救済に関する最新の改正については、宗田貴行「ドイツ競争制限禁止法第 9 次改正による民事的救済制度の改善（1）－（5・完）」（以下、「前掲・宗田論文①」という）国際商事法務 46 巻 2018 年 3 号 299-310 頁、4 号 473-480 頁、5 号 635-632 頁、6 号 792-800 頁、7 号 963-968 頁。

2）消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（平成 25 年法律第 96 号）。

未だその利用がみられない。今日の資本主義経済体制下における消費者利益の保護に資する諸法の規定に違反する事業者の行為に基づく広範かつ多様な消費者被害の実態に鑑みれば、従来の私法・司法による被害者の救済だけでは、到底十分ではないというほかない。すでに、犯罪被害回復給付金支給法[4]及び振り込め詐欺救済法[5]の制定・施行、景表法上の課徴金制度における返金促進策（同法10条・11条）の導入等が行われていることも、公法上の措置によって、消費者の金銭的被害を実質的に回復することが行われる必要性を感じさせるものである[6]。諸外国においては、すでに、その必要性から、行政庁が消費者の被害を救済する制度がみられている[7]。2016年景表法改正により導入された課徴金制度における返金促進策（同法10条・11条）も、限定的な要件の下で課徴金の課される事例で利用されるに過ぎないこと等の限界を有するものである。我が国においても、「行政的措置として、過去の被害を放置しないような対応を取らせる必要があるのではないか」との指摘[8]や、「多数の深刻な消費者被害を前にして、行政の役割を改めて考え直すべきではなかろうか」とい

3）同法上の手続の問題点について、宗田貴行「消費者の集団的利益保護のための団体訴訟に関するEU指令案――適格消費者団体訴訟・消費者裁判手続特例法との比較検討――」（以下、「前掲・宗田論文②」という）獨協法学106号2018年189頁−245頁で検討している。また、ドイツにおけるムスタ確認訴訟（Musterfeststellungsklage）と比較した検討を予定している。

4）犯罪被害財産等による被害回復給付金の支給に関する法律（平成18年法律第87号）。

5）犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律（平成19年法律第133号）。

6）松本恒雄「消費者被害の賠償・返金と不当収益の剝奪―被害救済とコンプライアンス促進との有機的結合に向けて」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『長尾治助先生追悼論文集　消費者法と民法』法律文化社2013年288頁以下。

7）独立行政法人国民生活センター総務企画部調査室編『消費者取引分野の違法行為による利益の吐き出し法制に関する研究――損害賠償、不当利益吐き出し、金銭的制裁の日米比較――』国民生活センター総務企画部調査室2004年、独立行政法人国民生活センター・比較消費者法研究会報告書（松本恒雄国民生活センター理事長）『消費者被害の救済と抑止の手法の多様化』2017年。

8）中川丈久「集団的消費者被害救済制度と行政法」消費者法3号2011年24−32頁、31頁。

う指摘[9]がみられていることも、行政処分による被害救済の必要性を示しているといえる。

もとより、これらの指摘は、景表法や特商法における違反を排除するための消費者庁等の行政処分（排除措置及び指示）が、もっぱら将来における行為の是正に向けられているものとの理解を前提としたものである。しかし、そもそも違反の排除のための行政処分は、それによって、このように将来の行為の是正のみを行い得るものであり、過去の行為によってすでに生じた違法状態の是正を行い得ないものなのであろうか。消費者の被害の救済は、過去における違法状態の排除に他ならない。いま改めて、違反の排除のための行政処分の種類・目的・要件・内容が、どのようなものであるかが、問われるべきといえる。

また、行政処分の内容に関し、そもそも行政処分は、第一に、違反を実効的に排除するために十分であること（十分性の要請）、第二に、比例原則上の要請として受命者の営業の自由の保障等との関係上、最小限のものでなければならず（最小限の要請）、第三に、命令が受命者にとって履行可能な程度に特定され具体的であること（特定性の要請）が要されるものである。違反の排除のための行政処分は、これらの要請に合致した内容で下される必要がある。このため、これらの要請との関係も、違反の排除に係る行政処分に基づく消費者の被害の回復の可否の問題において、検討を行うことが要されている、といえる。

例えば、ドイツにおいて我が国の独禁法に相当する競争制限禁止法（Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschränkungen 以下、「GWB」という）[10]違反の被害者たる消費者の金銭的被害救済方法には、GWB 上の損害賠償請求権（同法 33a 条 1 項）等を一定の消費者団体が訴訟上纏めて行使する方法がある[11]が、これには、

9）曽和俊文「悪質業者の規制と被害者の救済――行政の役割――」現代消費者法 22 号 2014 年 33 頁以下 37 頁。

10）鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理（1）～（12 完）」公正取引 384 号 22-28 頁 1982 年、385 号 61-66 頁 1982 年、386 号 42-49 頁 1982 年、387 号 50-56 頁 1983 年、388 号 48-56 頁 1983 年、389 号 48-56 頁 1983 年、390 号 44-49 頁 1983 年、392 号 56-66 頁 1983 年、393 号 47-57 頁 1983 年、394 号 53-61 頁 1983 年、395 号 45-52 頁 1983 年、396 号 55-63 頁 1983 年。

様々な点（団体負担の過大な労力・費用、授権・譲渡の手間・費用、手続の長期化による費用の増加及び請求権の時効消滅の可能性等）において限界がある[12]。そこで、近時は、市場支配的地位の濫用に当たる不当低額購入の事例における被害事業者のGWB上の妨害排除請求権に基づく追加的支払請求が、1990年代以降、判例上認められていること[13]に鑑み、市場支配的地位の濫用（同法19条・20条）に該当する公共料金の不当な値上げの事例や、消費者の購入する商品に関する価格引上げカルテル（同法1条）の事例において、GWB上の消費者個人又は消費者団体の妨害排除請求権（同法33条1項・4項）に基づき超過支払額の返還請求が可能であることが、学説上有力に主張されている[14]。事業者が被害者となる事例において、GWB上の妨害排除請求権に基づく追加的支払請求だけではなく、超過支払額に係るGWB上の妨害排除請求権に基づく返還請求が、近時の判例において認められていること[15]も、この見解を後押しする形となっているが、消費者個人や消費者団体のGWB上の妨害排除請求権に基づく返金請求の事例は、筆者の知り得る限り、未だみられていない。GWB違反に関する消費者被害救済訴訟は、全く機能していないのが、現状で

11）宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会2006年37頁。

12）宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開――消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用――」（以下、「前掲・宗田論文③」という）国民生活研究57巻1号2017年1−25頁14頁。

13）宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント―ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして―（上）」（以下、「前掲・宗田論文④」という）獨協法学96号2015年195−309頁、217−225頁。

14）前掲・宗田論文④235−237頁で挙げたBornkamm、Roth、Bien、Fritzscheの見解である。なお、民法（以下、「BGB」という）に違反する不当約款の事例における不正競争防止法（以下、「UWG」という）上の消費者団体の妨害排除請求権（UWG8条）に基づく返金請求が認容された事例が現れている（ライプツィヒ地裁2015年12月10日判決（Az. O 1239/15, VuR 2016, 109）及び同事件控訴審のドレスデン高裁2018年4月10日判決（Az. 14 U 82/16））。地裁判決につき、宗田貴行「適格消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容――妨害排除請求権の意義とその活用――」（以下、「前掲・宗田論文⑤」という）獨協法学105号2018年161−230頁、178−181頁、高裁判決につき、前掲・宗田論文②225頁。

ある。

他方、カルテル庁は、違反を中止する処分の目的と要件及び上記の諸要請に鑑み、一定の場合に、違反を中止する処分の一つである違法状態の排除に係る行政処分に基づき、違反事業者に対して消費者への返金を命じる権限を有し（GWB32 条 2a 項）、実際にその権限を行使している[16)]。

我が国においても、公取委が、下請法上の勧告（同法 7 条）に基づき、一定の場合に違反事業者に対し金銭支払いを命じることが行われており、また、公取委は、独禁法上の排除措置命令（同法 7 条）に基づき、例えば、公共料金の不当な値上げが優越的地位の濫用（同法 19 条・2 条 9 項 5 号）に違反する事例において、違反事業者に対し返金を命ずることが可能であると考えられる[17)]。さらに、行政庁が事業者に対して被害金額の返還等を命じる制度として、消費者安全法上の内閣総理大臣による勧告・命令（同法 40 条 1 項）や、訪問販売の履行拒否・履行遅延の場合（同法 7 条 1 項 1 号）の特商法上の所管官庁による指示に基づく返金命令がある[18)] 他、訪問販売等の場合における同法上の指示（同法 7 条 1 項、14 条 1 項等）に基づく返金命令を想定した同法平成 28 年改正[19)] が行われている[20)]。平成 30 年 6 月 6 日、参議院の消費者問題特別委員会で採択された消費者契約法改正に関する附帯決議 10 項後段は、「行政が事業者の財

15）BGH, Urteil vom 24.1.2017 – KZR 2/15 - Missbrauchskontrolle von Nutzungsentgelt für Kabelkanalanlagen, MMR 2017, 825, NZKart 2017, 198 Tz. 50.　この連邦通常裁判所判決は、市場支配的地位の濫用（GWB19 条）に該当する不当に高額な通信網利用料金請求の事例において、被害事業者の妨害排除請求権（GWB33 条 1 項）に基づく超過支払額の返還請求が可能であると判示した。なお、これは、破棄差戻し判決である。GWB 第 9 次改正理由書も、消費者団体の妨害排除請求権を積極的に評価している。

16）前掲・宗田論文② 273 頁−309 頁。

17）宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント――ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして――（下）」（以下、「前掲・宗田論文⑥」という）獨協法学 97 号 2015 年 1−73 頁。

18）後藤巻則・齋藤雅弘・池本誠司『条解消費者三法』弘文堂 2015 年 353 頁（齋藤雅弘）。

19）平成 28 年法律第 60 号（平成 29 年 12 月 1 日施行）。

20）宗田貴行「特商法上の指示に基づく返金命令」（以下、「前掲・宗田論文⑦」という）獨協法学 100 号 2016 年 151−180 頁。

産を保全し、消費者の被害の回復を図る制度の創設について早急に検討を行うこと。」としている。

では、我が国において、消費者利益の保護に資する法律の規定に違反する行為に関して、行政庁が行政処分に基づき返金という消費者の金銭的被害を実質的に回復することとなる内容を違反事業者に対し命じうるであろうか。そして、それが命じられうるものなのであれば、その根拠についての検討が必要であり、さらに、それは、どのような目的で、どのような要件の下で、どのような内容で、可能であるのかについて、検討を行う必要がある。

そこで、本稿においては、ドイツにおける消費者被害救済のためのGWB上の違反排除に係る処分（違反中止処分）の種類・目的・要件・内容（二）及び同処分に基づく返金命令（三）についてみることにし、我が国の上記の問題についての参考に供することにしたい[21)]。

二　GWB上のカルテル庁の違反中止処分の種類・目的・要件・内容

1　序

今日までのところ、ドイツにおける消費者法分野においては、基本的に民事法及び司法によって紛争の解決を図ることとされ、違反の中止のための行政処分は一般的に定められていない。行政庁の介入は、極めて例外的に、一定の不招請勧誘（電話勧誘、電子メール広告）等についてのみ、行政庁により過料が課されることとされているに過ぎない[22)]。

しかし、例えば、消費者の購入する商品に関するGWB1条に違反する価格引上げカルテルや、市場支配的地位の濫用に該当する公共料金の不当な値上げ

21）我が国の問題については、概略を宗田貴行「行政処分による消費者被害救済」（以下、「前掲・宗田論文⑧」という）現代消費者法40号2018年51頁−59頁において検討している。これと前掲・宗田論文⑦及び日本消費者法学会シンポジウム2018年11月11日での議論等を踏まえ、行政処分に基づく消費者の集団的被害回復について「行政処分に基づく消費者の集団的被害回復（仮）」において、詳細に検討する。

（同法 19 条・20 条）の場合には、多数の消費者に違反行為による被害が生じるところ、そのような場合には、カルテル庁の各種行政処分が行われうる。

GWB は、違反及び違法状態の排除のための処分として、カルテル庁が、「違反行為の中止」を命じうること（GWB32 条 1 項）[23] 及び、「認定された違反に対し均衡のとれたものであり（verhältnismäßig）、かつ実効的に違反を中止するために必要な（erforderlich）措置」（排除措置）を命じうることを規定し（GWB32 条 2 項）[24]、この後者の一つとして、近時の判例・学説の展開 [25] に鑑み、GWB32 条 2a 項 1 文は、「カルテル庁は、違反中止処分において、カルテル法違反行為により生じた利益（erwirtschafteten Vorteile）の返還を命じることができる。」と定め、「利益返還命令」を規定している [26]。たしかに、GWB 上の行政処分には、この他に、行政上の制裁金（同法 81 条）、利益剝奪権限（同法 34 条）もあるが、以下では、これら GWB32 条において定められている違反中止処分といわれる各処分の種類・目的・要件・内容を明らかにする。

22）欧州委員会は、各加盟国における消費者法分野の制裁の程度のばらつきを解消し、かつ強化する方針である（European Commission, Press release on 11.04.2018.）。近時のドイツにおける消費者分野に特化した執行権限も有する行政機関の設立及びカルテル庁への消費者法違反に係る処分権限の付与すべきとの議論がなされたが、GWB 第 9 次改正によるカルテル庁のセクター調査権の導入（同法 32e 条）に留まったことについては、前掲・宗田論文①の（3）国際商事法務 46 巻 5 号 2018 年 635-632 頁、629-630 頁。

23）GWB32 条 1 項「カルテル庁は、事業者または事業者団体に対し、本法規定違反、EU 機能条約 101 条違反又は 102 条違反の中止を義務づけることができる。」このように、カルテル庁の違反排除のための処分の対象行為には、欧州機能条約 101 条及び 102 条も含まれる（GWB32 条 1 項）。

24）GWB32 条 2 項 1 文「カルテル庁は、事業者または事業者団体に対し、違反中止処分のために、行為様式または構造様式のすべての必要な以下のような排除措置（Abhilfemaßnahmen）を採ることができる。すなわち、認定された違反行為に対して均衡のとれたものであり、かつ違反行為を実効的に中止するために必要なものである。」

25）前掲・宗田論文④ 195-309 頁。

26）利益返還命令は、違法状態のための排除処分（GWB32 条 2 項）の一つとして運用され、明文化されたものであるため、GWB32 条 2a 項 1 文において「違反中止処分」というのは、後述する狭義の違反中止処分（予防的中止処分・反復中止処分）ではなく、違法状態排除処分も含めた広義の違反中止処分である。

2　処分の種類・目的・要件

まず、違反行為が行われ、一旦止んでいるが、その「反復の危険（Wiederholungsgefahr）」がある場合に、係る危険を排除することによって違反の不作為を実現することを目的として、将来において違反の反復をしないこと（不作為）を命じる処分を、カルテル庁は、GWB32 条 1 項に基づき命じうる[27]（以下、「反復中止処分」という）。

次に、判例[28]・学説[29]上、「一回目の違反の危険（Erstbegehungsgefahr）」があるときも、実効的な権利保護を可能とするため、違反が既に行われている場合に準ずるものとして、カルテル庁は、GWB32 条 1 項に基づいて、以下の要件の下、違反の予防を命じうると解されている。すなわち、脅かされた違反の重大な懸念（Besorgnis）が生じていることを要件として、係る危険の排除のために、将来において違反をしないことが命じられうる。これを以下においては、「予防的中止処分」という。

これら予防的中止処分・反復中止処分は、民事法でいえば、予防的差止請求権・侵害反復差止請求権に相当するものである[30]。侵害反復差止請求権の要件である違反の反復の危険は、GWB 違反行為が存在する場合に、通常存在する[31]。これと同様に、反復中止処分の要件である違反の反復の危険は、過去において既に GWB 違反行為が存在する場合に、原則的に存在する。しかし、

27）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 9; Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 7. Aufl., 2013, 8. Aufl., 2015, und 9. Aufl. 2018, §32 Rn. 10; BGH WuW/E DE-R 2408, 2417 – Lottoblock; OLG München WuW-E DE-R 790, 800 – Bad Tölz.

28）BGH WuW/E DE-R 2408, 2417 – Lottoblock; OLG München WuW-E DE-R 790, 800 – Bad Tölz; OLG Düsseldorf, 16.09.2009 DFL-Vermarktungsrechte, WuW/E DE-R 2755, 2759.

29）Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 7. Aufl., 2013, 8. Aufl., 2015, und 9. Aufl. 2018, §32 Rn. 10; Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014 und 13. Aufl., 2018, §32 GWB Rn. 15; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 9; Emmerich, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, S. 519 Rn. 4; Rehbinder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2016, §32 Rn. 5.

30）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014 und 13. Aufl., 2018, §32 GWB Rn. 15.

GWB 上の差止請求権（同法 33 条 1 項・4 項）の場合とは異なり、係る危険の推定を覆すために、違約罰条項付きの不作為の意思表示（Erklärung）は不要であり、むしろ、信頼のできる程度の確実性を伴った意思表示によって違反を根絶することで足りる[32]とされ、命令の名宛人の状態の変更が、疑いの余地のない程度に証明されねばならない[33]。この状態の変更をしないことに係る疑いが存在する以上、違反が継続する可能性があるからである[34]。この推定は、状況の変化によっても破られうるものである。これには、例えば、フランチャイジーに不利益を与えるフランチャイズ契約が不当妨害（GWB20 条）に違反する事例における当該契約の終了がある[35]。

最後に、「違反を中止するために必要な措置」が、GWB32 条 2 項において規定されている。この処分の要件は、「違反により違法状態が発生し、それが現在においてもなお、存在していること」である[36]。これは、すでに行われた違反がなお現存するか否かを問わず、また、違反の反復の危険が存在するか

31）Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 8. Aufl., 2015 und 9. Aufl. 2018, §33 Rn. 16; Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 13. Aufl. 2018, §33 GWB Rn. 8.

なお、Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 8. Aufl., 2015 und 9. Aufl. 2018, §33 Rn. 16 は、同法上の差止請求権について、「この推定は、①当該 GWB 違反の性質に基づき、又は②例えば、警告後の違約罰条項付きの不作為の意思表示といったような違反の反復が脅かされないこととなる追加的状況に基づき、覆されうる。そして、その場合には、妨害排除請求権の適用が、なお現存する阻害との関係で問題となる。」と指摘する。また、予防的差止請求権の要件である侵害の危険は、違反行為者による予告によって生じうると指摘する。

32）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 16; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 25.

33）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 25.

34）KG, 25.8.1983, WuW/E OLG 3121, 3123; Keßler in Münchener Kommentar GWB, 2. Aufl. 2015, §32 Rn. 36.

35）BGH, 11.11.2008 – Bau und Hobby, WuW/E DR-R 1514ff, Tz. 11.

36）違反により生じなお現存する妨害（阻害）の排除（Beseitigung einer geschenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung）のための措置（Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014, §32 GWB Rn. 34-35, 38 und 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 36ff）や、法違反状態の中止（Abstellung eines rechtswidrigen Zustand）と表現される（Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 40）。

否かを問わず、違反により生じた違法状態が現存している場合に、係る違法状態の排除を行うことを目的として命じられるものであり、以下では、「違法状態排除処分」という。これは、過去及び現在における違反行為の排除と、違反により生じなお現存する違法状態の排除に向けられる。この要件から明らかであるように、この処分は、民事法でいえば、違反により生じなお現存する妨害状態の排除を行う妨害排除請求権に相当するものであるといえる[37)]。

このようにGWB32条1項が、予防的中止処分・反復中止処分を規定し、同条2項が、違法状態排除処分を定め、これらの違反排除のための処分は、違法状態排除処分の一種である利益返還命令（GWB32条2a項）と併せて、「広義の違反中止処分」とされている。

上記各処分のために、違反行為者の有責性（故意又は過失）は、必要とされない。

3　各処分の内容

このように予防的中止処分・反復中止処分は、将来における一回目の違反の危険・違反の反復の危険を要件とし、将来における一回目の違反の不作為・違反の反復の不作為を目的とするものである。すなわち、これら各処分の目的は、上記の各危険を排除し、被審人事業者に将来において違反をさせないことである。各処分によって命じられる内容は、各処分の目的に反してはならず、それ故に、各処分に対しては、「『将来における一回目の違反の危険・違反の反復の危険の排除』と『命じられる内容』とが、同義であること」が要請され、違反が不作為の形で認定されていない限り、もっぱら将来における当該違反の不作為をその内容とするものである[38)]。さらに、各事例において、処分内容は、将来における違反行為の中止のために十分であり（十分性の要請）、かつ最小限

37）前掲・宗田論文⑤163−184頁。

38）例えば、Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 8. Aufl., 2015 und 9. Aufl. 2018, §32 Rn. 12は、「違反中止処分は、違反の継続（又は再開Aufnahme）を禁止することに限定される」と指摘する。

であること（最小限の要請）という要請、さらに、命令が執行可能な程度に明確で一義的で具体的であるとの特定性の要請に適ったものでなければならない。

次に、「違反を中止するために必要な措置」（GWB32 条 2 項）としての違反中止処分、つまり違法状態排除処分の内容を検討する。

違法状態排除処分は、過去・現在の違反行為により生じなお現存する違法状態を要件とし、係る違法状態の排除を目的としたものであり、その内容は、過去・現在の違反行為及び違反により生じなお現存する違法状態の排除である。処分内容は、処分の目的に反してはならないため、「『違反により生じなお現存する違法状態の排除』と『命じられる内容』とが、同義であること」が、必要とされるが、この「同義であること」は、個々の事例において、具体的に、以下の三つの要請に合致する形で命じられることによって、担保される。

EU 競争法の議論の展開に沿うように、EU 規則（VO 1/2003）7 条 1 項 2 文と同様に、GWB32 条 2 項 1 文においても、「認定された違反に対して均衡のとれたものであり」「違反を実効的に中止するために必要である」との文言が規定されている。違法状態排除処分の内容の適法性については、違反中止処分の内容は、他のいかなる種類の国家行為と同様に、相応しく（geeignet）、必要であり（notwendig）、均衡のとれたもの（verhältnismäßig）であらねばならないとの指摘[39]や、違法状態の排除のために、「絶対に必要であり、かつ十分であることとの要請が働く」との指摘[40]等がある。違法状態排除処分に対しては、以下の三つの要請があるといえる。

第一に、認定された違反により生じなお現存する違法状態を排除するために、十分である（ausreichend）ことである（十分性）[41]。これも、第二の要請と同様に、認定された違反行為を考慮して、各事例において、具体的にその存否が判

39）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014, §32 GWB Rn. 42 und 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 44. また、「実効的ではない」措置は、そもそも「適切なものではない」とされる。このため、実効的ではないとの要件は、適切ではないとの要件に吸収され得るが、適切ではない場合は、実効的ではない場合に限られるものではないであろう。

40）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007 und 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 34.

断されねばならないものである。

第二に、処分の内容が、違反により生じなお現存する違法状態を排除するために、最小限であることである。なぜなら、違反行為者は、違反をどのような積極的行為をもって止めるのか、或いは、違反により生じなお現存する違法状態をどのような積極的行為をもって排除するのかについて自由を有しており、それを違反中止処分によって侵害してはならないからである[42)]。言い換えれば、違反により生じなお現存する違法状態の排除のための限度を超えた違反行為者の契約の自由（Vertragsfreiheit）への過剰な介入になってはならないからである[43)]。このように、この要請は、違反事業者の自由及び財産への介入が、当該違反行為の排除のために適切な関係にあるべきことを意味するのであり[44)]、EU 競争法上の議論を参考にして、「違反を中止するために必要な措置」の内容は、当該違反規定に係る適法な状態を回復するための限度を超えたものになってはならない、との指摘[45)]や、「命令は、具体的な違反に適切に対応したものであり、かつ法律に適合した状態を回復するために相応しいものでなければならない。また、命令は、名宛人事業者の判断の自由（Entscheidungsfreiheit）へ必要な範囲を超えて介入してはならない。」との指摘がなされている[46)]。判例[47)]は、カルテル庁が、法違反の状態の排除のためのより緩和された方法を命じうる場合に、常に比例原則の中の諸基準のうち、違反の実効的な

41）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007 und 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 34.

42）Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 7. Aufl. 2013, 8. Aufl. 2015 und 9. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 14.

43）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007 und 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 34.

44）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014, §32 GWB Rn. 42 und 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 44.

45）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014, §32 GWB Rn. 41 und 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 43.

46）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 40.

47）OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2006-Kalksandsteinwerk, WuW/E DE-R 2081, 2086.

（wirksam）中止のために必要であることに反する、とし、これに同調する学説[48]もあるが、近時は、この判例について、「処分の目的のために適切かつ十分な範囲を超えて、被審人事業者に負担を生じさせてはならない」としたものであり、そのような場合は、狭義の比例原則の要請、つまり最小限の要請[49]に反すると解する学説[50]もある。

これらを踏まえると、違法状態排除処分に対する第一の要請として、違反を実効的に中止するために「十分である（ausreichend）」措置が採られねばならないと共に、第二の要請として、それは「最小限であること」が要されているといえる。「認定された違反に対し均衡のとれた（比例した）ものであり（verhältnismäßig）、違反を実効的に中止するために必要である」とのGWB32条2項の文言が、これら二つの要請を示しているといえる。違法状態排除処分は、違法状態を排除するために十分なものでなければならないが、「GWB上の規定の内容及びその規定による禁止の目的に従い必要とされる範囲を超えてはならないものであり」、このように違法状態を排除するために最小限であることが、「比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）上要請される」、と的確に指摘されている[51]。

違法状態排除処分（GWB32条2項）の場合には、命令の内容が、不作為ではなく作為となることから、上述した受命者の契約の自由等との関係で、この第二の要請を満たすか否かは、特に重要なものとなり[52]、違法状態排除処分による違反事業者の契約の自由への介入は、違法状態の排除のために、「絶対的に必要であること（erforderlich）が要され、かつ十分な範囲を超えてなされて

48）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014, §32 GWB Rn. 41 und 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 44.

49）「Grundsatz des geringstmöglichen Eingriff（最小限の介入の原則）」と言い表される（Rainer Bechtold/Bosch, GWB Kommentar, 9. Aufl. 2018, §32 Rn. 15）。

50）Rainer Bechtold/Bosch, GWB Kommentar, 9. Aufl. 2018, §32 Rn. 15.

51）Rehbinder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2016, §32 Rn. 11.

52）Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 7. Aufl. 2013, 8. Aufl. 2015 und 9. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 14-18.

はならない」との指摘がみられるところである[53]。したがってまた、違反により生じなお現存する違法状態を排除するための複数の措置が存在する場合には、カルテル庁は、命令の名宛人にそれらのうちどれを選択するかを委ねなければならない、とされる[54]。

第三に、命令内容が、執行可能な程度に具体的であること（明確性・特定性）（Bestimmtheitsgebot）が要される[55]。この特定性は、行政処分一般に適用される基準であり、行政手続法（以下、「VwVfG」という）37 条 1 項（「行政行為は、内容的に十分に特定されなければならない。」）に従い導かれるものである。また、ドイツ基本法（GG）103 条 2 項の憲法上の特定性の要求にも基づくものでもある。なぜなら、有責性をもって違法状態排除処分に違反する行為は、GWB81 条 1 項 2a 号に従った秩序違反（Ordnungswidrigkeit）とされ得ることになるからであり、したがって、違法状態排除処分は、明確で、一義的で、完全でなければならず、具体的違反構成要件を十分に特定した表現でなされなければならないからである[56]。命令の内容が命令の主文から明らかではない場合には、処

53）Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007, und 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 34.

54）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 12. Aufl. 2014, §32 GWB Rn. 42 und 13. Aufl. 2018, §32 GWB Rn. 44; Klose in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, §51 Rn. 17; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 4. Aufl. 2007, und 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 40; BKartA WuW/E DE-R DE-V 1251f. -DLTB und Landeslottogesellschaften; BKarA WuW/E DE-R DE-V 1177f.-Soda Club; BKartA WuW/E DE-R DE-V 1147- E.ON Ruhrgas; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2198-E.ON. Ruhrgas; BGH WuW/E DE-R 2680-Gaslieferverträge.

なお、EU 規則 2003 年 1 号第 7 条 1 項と同様に GWB32 条 2 項の定める構造に係る排除措置（Abhilfemaßnahmen struktureller Art）は、上述した行為に係る排除措置（Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter Art）を補充するものであり、第二に、十分性・最小限性・特定性の要請を受けるものである（Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 37-39）。

55）Klose in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, §51 Rn. 16; BGH WuW/E BGH 2073, 2074-Kaufmarkt; OLG München WuW/E OLG 2942, 2943-Kaufmarkt; BGH WuW/E BGH 2967, 2968-Strompreis Schwäbisch-Hall.

56）Rehbinder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2016, §32 Rn. 12.

分の理由も含めて解釈によって内容が具体化され得る[57]。このように、処分理由が、命令内容の具体化のための解釈の手助け（Interpretationshilfe）となりうる[58]が、処分は、それ自体で執行される措置の根拠に相応しいものでなければならず、それ故に、ここにおいて具体的であることという要請は、言い換えれば、命令によって中止されることが何であるかについて、執行に委ねられてはならない、ということになる[59]。このように命令内容が執行可能である程度に「具体的であること」が必要である[60]ことは、命令の名宛人が命令を遵守するために、その内容が、命令の名宛人にとって、一義的であり、具体的に明確であり、履行可能である必要があるからである[61]。

これらの処分を纏めて図にすると、次頁のようになる（図「カルテル庁の違反中止処分の概念整理」）。

三　GWB 上の利益返還命令

1　導入の経緯

今日においては、上述したように、違法状態排除処分の一形態として、利益返還命令が GWB 上明記されている（同法 32 条 2a 項）[62]。

57）WuW/E BGH 2073, 2074-Kaufmarkt.

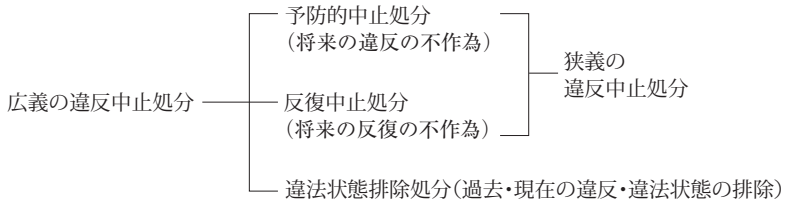
58）Klose in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, §51 Rn. 16.

59）WuW/E BGH DE-R 195ff=WRP1999, 200ff.-Beanstandung durch Apothekerkammer; Klose in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., 2016, §51 Rn. 16.

60）例えば、Rehbinder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, GWB Kommentar, 3. Aufl. 2016, §32 Rn. 12; Klose in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., 2016, §51 Rn. 16; Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 8. Aufl., 2015, §32 Rn. 13; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 42.

61）WuW/E BGH DE-R 195ff=WRP1999, 200ff.-Beanstandung durch Apothekerkammer. BGH Z 130, 390, 395 及び BGH Z 129, 37, 40 も同旨。それ故に、連邦通常裁判所判決が述べているように、執行段階において具体化され得る範囲ではある程度抽象的な表現（例えば、差別行為に当たる商品供給の事例での商品供給命令における「通常の条件」との表現）でも特定性に欠けることはない（WuW/E BGH 2990ff., 2992.-Importarzneimittel.）。これについては、「独禁法違反と取引命令（仮）」として検討を予定している。

図　カルテル庁の違反中止処分の概念整理



利益返還命令[63]の明記に至る経緯としては、まず、学説[64]上、市場支配的地位の濫用（GWB19条・20条）に該当する公共料金の不当な値上げの事例において、カルテル庁が違反排除処分のうち違法状態排除処分に基づき返金を命じうることが、有力に主張された。

ガス料金の不当な値上げの事例であるStadtwerke Uelzen事件に関する連邦通常裁判所判決[65]は、「すでに生じ現存する妨害を排除することも、違反中

62）利益返還命令については、宗田貴行「ドイツにおける集団的被害救済制度の改革―競争制限禁止法への利益返還命令制度の導入」国際商事法務42巻7号2014年1018-1026頁及び前掲・宗田論文④195-309頁において論じたことがあるが、ここでは、その後の展開に鑑みた若干の内容上の補充をしつつ、それらのエッセンスを纏めて論じることにする。

63）GWB32条2a項が定める命令は、GWB上の市場支配的地位の濫用（GWB19・20条）として例えば強力な購買力を有する事業者がなす低価格購入行為が認定される場合にも、正当な価格との差額の追加的支払いを命じうるものであることから、単に「返金」命令ではなく、「利益返還」命令とされている。また、市場支配的地位の濫用として認定される濫用的価格設定行為だけではなく、それに比肩する違反行為（例えば、GWB1条に該当する価格カルテル等）も、係る命令の対象となることは、学説・判例の認めているところである。Kraft-Wärme-Kopplung事件に関する連邦通常裁判所1996年7月2日判決（KZR 31/95, BGHZ 133, 177, 180ff=WuW/E BGH 3074）は、「電力を購入した電力供給業者のGWB違反行為の違法性は、不当に妨害された事業者の財産の継続する妨害の中において効果を及ぼし続けるものである」と判示している（W.-H. Roth, in Frankfurter Kommentar Kartellrecht, 49. Lfg., November 2001, §33 a.F., Tz. 181; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 26）。

64）Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10.Aufl. 2006, §32 GWB, Rn. 26.

65）BGH U. v. 10.12.2008, WuW/E DE-R 2538, 2540.

止処分の範囲において命じられることに基本的に疑いがない。濫用行為によって獲得された利益の返還を命じることも、これに含まれる。」と傍論において述べ、この見解を支持した。

その後、例えば、消費者に電力を供給する事業者が、GWB19 条 1 項及び 4 項違反の濫用的価格設定行為を行った事例である Entega 事件に関する連邦カルテル庁 2012 年 3 月 19 日決定[66]は、以下のように述べて、当該事業者に対し、総額約 500 万ユーロを暖房用電力の購入者たる顧客に返還するよう命じた[67]。すなわち、「GWB 違反の認定及び利息を含む電気料金の超過支払い額の返還を命じることは、GWB32 条 2 項にしたがい適切な措置である。すなわち、GWB19 条ないし 29 条 に違反する行為の実効的な中止のために、適切であり（geeignet）、必要であり（erforderlich）、かつ認定された違反に対して均衡のとれたもの（verhältnismäßig）である。2007 年から 2009 年の期間における違反によって生じかつ現存する妨害は、電力購入者たる顧客が利息も含め返還されるべき金額を獲得することにおいて排除される。」「濫用的価格引き上げによって生じた利益の返還を GWB32 条 1 項に基づき命じることは、違反行為を有効に中止するために必要である。すでに生じ、かつ現存する妨害の中止の措置及び利益の返還は、GWB32 条 1 項及び 2 項により認められるものである。」とし、上述した Stadtwerke Uelzen 事件に関する連邦通常裁判所 2008 年 12 月 10 日判決の傍論部分を引用した上で、「命令の名宛人による補償がまだ行われていない以上、引き上げられた価格の支払いによって生じた妨害は、なお現存するものである。このため、決定部は超過支払い分の返還を命じる。」「民事法上の効果的な権利保護が、私人たる電力顧客にとっての電力市場の複雑さ及び不透明性ゆえに著しく困難であることも、このような返還命令といった形でのカルテ

66）BKartA, 19. 03. 2012-Entega, B10-16/09, Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 100f.

67）この他にも、ガス供給契約に関し、購入者たる消費者への総額約 1 億 2700 万ユーロの返金をガス供給業者 35 社に対して命じた Rhein-Energie 事件に関する連邦カルテル庁 2008 年 12 月 1 日決定（WuW/E DE-V 1704）等がある。

ル庁による介入を後押しする要素となる。」と判示した。

このように、市場支配的地位の濫用（GWB19 条・20 条）に該当する公共料金の不当な値上げの事例について、有力な学説及び判例上、カルテル庁の違反中止処分のうち違法状態排除処分に基づいて消費者への返金を命じることが可能であると解されてきた。

これに対し、多くの学説は、以下のように反対した。すなわち、利益返還命令について、この規定の導入前においては、違反中止処分は将来の行為に向けられているものであることを主な理由として、過去における被害の補償を行う利益返還命令に対して反対する学説も多かった[68)]。

しかし、そもそも、違反中止処分には、そのような将来の行為の是正に向けられた処分だけではなく、過去の違法状態の排除を行うための処分も含まれるものであるため、違法状態排除命令の一形態として、利益返還命令が可能であることが、まず有力な学説において唱えられ、それが判例上肯定され、その後、それと同内容の規定（GWB32 条 2a 項）が設けられ、今日では、学説上も、一般的に認められるに至っている。すなわち、消費者が違法に引き上げられた料金を支払わされていることが、違反により生じなお現存する違法状態であり、その排除のために、カルテル庁が返金を命じうるということが、今日、明文化され、かつ判例・学説上確立したといえる。

2　理論構成・根拠

上述の判例においても明らかなように、上記違法状態排除処分の一つである

68）すなわち、Andreas Fuchs, Die Anordnung von Wiedergutmachungszahlungen als Inhalt kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB?, ZWeR 2/2009, S. 176ff. 等は、カルテル庁が問題とした事例の多くは違反がすでに終了しており違反排除処分ではなく GWB32 条 3 項に従った確認命令で足り、またそれ故に、実際には、返金による権利保護はもはや不可能であるとする。しかし、この批判は、この場合に行われる民事法上の手段よりもカルテル庁の処分によるこの方法を優先すべきとの反論（例えば、Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 11. Aufl., 2010, §32 GWB Rn. 32）を受けた。この点の指摘は、Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, §32 Rn. 26 による。

利益返還命令の理論的支柱は、違法状態排除処分（「違反に対し均衡のとれたものであり、かつ違反を実効的に中止するために必要な処分」）（GWB32 条 2 項）が、民事法上の妨害排除請求権に相当するものであることから、それに先立ち形成され発展した GWB 上の妨害排除請求権（同法 33 条 1 項）に基づく金銭支払い請求に係る判例理論である。従来から、妨害排除請求権に基づく金銭支払い請求に関して、妨害排除請求権に基づく請求の内容は、違反により生じなお現存する妨害状態の排除という妨害排除請求権の目的に反してはならないことから、「『違反により生じなお現存する妨害状態の排除』と『請求内容たる金銭の支払い』とが、同義である場合」であり、かつ①十分性、②最小限性の要請[69]に鑑み、違反により生じなお現存する妨害状態の排除と金銭の支払いが、「唯一の措置」である場合にのみ、妨害排除請求権に基づく金銭支払い請求が許されるという考え方が、判例[70]・通説[71]であるといいうる。

連邦通常裁判所は、妨害排除請求権に基づく金銭支払い請求をこのような理論に基づき肯定した Kraft-Wärme-Kopplung 事件連邦通常裁判所 1996 年 7 月 2 日判決[72]を引用して、カルテル庁の利益返還権限を認めてきた[73]。このため、利益返還命令についても同様に、命じられる内容は、違反により生じなお現存する違法状態の排除という利益返還命令の目的に反してはならないため、「『違反により生じなお現存する違法状態の排除』と『命じられる金銭の支払い』とが同義であり」、かつ上述の①十分性の要請及び②最小限の要請に鑑み、違反により生じなお現存する違法状態の排除のために金銭の支払いが「唯一の措置」である場合に、特定性の要請を満たす形で、もっぱら利益返還のみを命じ

69）これらに加えて、裁判上の行使の際には、申立ての特定性の要請もある。

70）一連の連邦通常裁判所判決も、市場支配的地位の濫用（GWB19 条・20 条）に該当する不当低価格購入の事例において、妨害排除請求権に基づき違反により生じなお現存する妨害状態の排除と金銭の支払いとが同義である場合に、妨害排除請求権に基づく金銭支払い請求（正当な価格との差額分の追加的支払請求）を認めている（BGH, Urt. V. 6.10.1992, KZR 10/92, WuW/E BGH 2805, 2811ff.- Stromeinspeisung; BGH, Urt. v. 4.4.1995, KZR 5/94, WuW/E BGH 2999, 3000-Einspeisungsvergütung; BGH, Urt. v. 2.7.1996, WuW/E BGH 3074, 3077-Kraft-Wärme-Kopplung）。

ることが許されるといえる。例えば、不当高額販売自体が、市場支配的地位の濫用行為（GWB19 条・20 条）として認定される場合には、違反により生じなお現存する違法状態は、不当に超過して支払わされた状態であるため、その排除は、超過支払額分の返還と同義であり、かつ唯一の措置であることから、利益返還命令（GWB32 条 2a 項）によって、違反事業者に購入者が不当に超過して支払った金額分につき、購入者たる消費者への返還を当該違反事業者に対し命じうることから、従来、そのような命令が下されてきた、といえる[74)]。すなわち、「違反行為により生じなお現存する違法状態の排除」と作為たる「利益の返還」とが同義であり、命じられる具体的方法が「唯一の措置」である場

71）W.-H. Roth, in Frankfurter Kommentar Kartellrecht, 49. Lfg., November 2001, §33 a.F. Tz. 180; Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, §33 Rn. 101-102 und 5. Aufl. 2014, §33 Rn. 43. Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 7. Aufl. 2013, und 8. Aufl. 2015, §33 GWB Rn. 15 は、「法違反の妨害状態を排除するためにそれが唯一の措置である場合にだけ、妨害排除請求権は、特定の行為に向けられる」と指摘する。

妨害状態の排除と命じられる内容たる返金とが同義でなければならないことは、違反により生じなお現存する妨害状態の排除という妨害排除請求権の目的・要件から導かれる要請であり、具体的に個々の事例で命じられる措置が、妨害状態を排除するために「唯一の」ものでなければならないということは、最小限の要請から導かれるものであると整理することができる。例えば、返金請求の場合には、不当な支払いが違反として認定される場合に、返金が違法状態の排除と同義であることから、目的・要件からの要請を満たし、次に、支払方法が現金払いの手渡しであるのか銀行口座への振込であるのかという複数の方法がある場合には、例えば現金払いは「唯一の」ものではないから、これを請求することは、最小限の要請に反し、できないことになる。上述の指摘にあるように、このように最小限の要請を満たすために、複数の選択肢がある場合には、それらのうちどの方法を採るべきかについて債務者の選択に委ね、それに従い履行の方法が特定された上で、特定の方法に係る請求が行われるべきである。もっとも、返金請求に係る判決に基づく債務名義が発生した後、執行段階で債務者が特定の支払い方法を選択することがあり得、特定性の要請を満たすか検討する必要はあるとしても、むしろこちらの方が通常のやり方といえる。

72）BGH, Urt. V. 2. 7. 1996, KZR 31/95, BGHZ 133, 177, 180ff=WuW/E BGH 3074 − Kraft-Wärme-Kopplung.

73）Wasserpreise Calw 事件に関する連邦通常裁判所 2012 年 5 月 15 日決定（BGH, Beschluß vom 15. 5. 2012, KVR 51/11-Wasserpreise Calw, WuW/E DE-R 3632ff）。

合に限り、カルテル庁は、処分の目的に反さず、違反に対し均衡の取れたものであり（verhältnismäßig）、かつ違反を実効的に中止するために必要な処分であるため、もっぱら係る返還のみを、特定性の要請を満たしている場合に限り、命じうるといえる。

まず、特定性の要請上、返還額が明記される必要があるが、例えば、公共料金の不当な値上げが市場支配的地位の濫用（GWB19 条・20 条）に該当する事例では、不当な値上げ相当分が何％であるかを示すことで足りる。また、特定性の要請上、支払時期が、例えば「3 カ月以内」といったように、明示される必要がある。さらに、特定性の要請上、返還先が明示される必要があるが、これには、違反事業者の協力が必要であり、執行時に具体化されることで足りる。

3　個別論点

利益返還命令を実効性あるものとするための諸論点について、以下、みることにする。

第一に、利益の算定を行う義務が、カルテル庁にある。差額方式、比較市場原則、様々な価格形成要素からの推論方法等によって、利益の算定が行われ得るが、利益が算定されなければ、利益返還命令の実効性に欠くことになる。カルテル庁は、利益返還命令において、利息に係る遅延利息部分に限り、裁量で概算的に評価認定できるが、返還額の本体の利益部分についての評価認定は、不可能であると規定されている（GWB32 条 2a 項）。もっとも、市場支配的地位の濫用（GWB19 条・20 条）に該当する水道料金の不当な値上げに係る利益返還命令の事案である Wasserpreise Calw 事件連邦通常裁判所 2015 年 7 月 14 日決定[75]は、カルテル庁の行政手続において被審人事業者が行政調査協力義務

74）また、不当低額購入自体が、市場支配的地位の濫用行為（GWB19 条・20 条）として認定される場合には、不当に低価格でしか支払いを受けていないことが、違反により生じなお現存する違法状態であるため、その排除は、正当な金額との差額分の追加的支払いによってのみ、なされ得ることから、利益返還命令によって、販売者への未払い分の金銭の支払いを違反事業者に対し命じうるということができる。

に違反した場合には、裁判所は自由心証（ZPO286 条）の範囲において、その事業者に不利益となる結論を導き得るとし、本件のように被審人が行政調査に協力せずに提出を求められた証拠を提出しない場合には、被審人は真実擬制の不利益を負うことと判示しており、これによって、算定の困難を回避している。すなわち、本決定は、市場支配的地位の濫用の証明責任は、カルテル庁にあるが、「被審人は、その活動領域にあり、かつカルテル庁が他の方法で入手し得ない情報をカルテル庁に提出しなければならない（Rn.30）。」と述べ、利益返還命令の証拠収集方法における行政上の情報請求（GWB59 条 1 項）に対し、被審人が当該情報を提出せず、行政手続における行政調査原則（GWB57 条 1 項）上の協力義務（Mitwirkungspflicht）に違反した場合には、カルテル庁ないし裁判官の自由心証による裁量認定において、真実擬制の不利益を受けるとし、本件においては、少なくとも、被告から原告に料金として請求された額の 3％分が濫用に当たると認定し、州カルテル庁に事案を差し戻した[76]。本決定後、バーデン・ヴュルテンベルク州カルテル庁と違反事業者との間において、2008 年から 2009 年における 1 平方メートル当たり 41 セントの水道料金引き下げを内容とする和解が成立した。したがって、顧客は、一平方メートル当たり 2.79 ユーロの代わりに 2.38 ユーロのみ支払えばよかったことになることから、平均的な水道の（年間 150 平方メートル）の利用した 4 人家族の一所帯には、約 123 ユーロの返金が行われることとなり、総額約 100 万ユーロの返金が、この和解に基づき行わることとなった[77]。このように、カルテル庁の行政処分による返金命令においても、民事訴訟における二次的主張責任の法理の適用の場合に擬制自白が可能であることと、ほぼ同様の理論が採用され、かつ同様の帰結が導かれることとなっており、これによって、市場支配的地位の濫用の認定

75）BGH Beschl. v. 14. 7. 2015, KVR 77/13, NZKart 10/2015, S. 448ff. 前審につき、宗田論文② 300 頁。

76）BGH Urteil vom 14. 7. 2015, NZKart 10/2015, S. 448, 450.

77）https://www.baden-tv.com/news/calw-landeskartellbehoerde-und-encw-einigen-sich-im-streit-um-wasserpreis/　最終閲覧 2017 年 7 月 11 日。

及び利益額の算定の困難の解消が図られている[78]。

第二に、受命者が、利益返還命令等上記の各処分に故意又は過失をもって従わない場合に、履行の間接強制金の支払い（GWB81 条 2 項 2 号）が命じられる[79]。命じられる金額は、原則として、最高 100 万ユーロであるが、処分において認定された年における関連売上額の 10％を超えない額まで増額可能である（GWB81 条 4 項）。

第三に、利益返還命令と、制裁金及び民事訴訟との関係については、以下のように考えられる[80]。

まず、利益返還命令と他の行政上の金銭的不利益賦課との関係については、

78）ただ、このことと、GWB32 条 2a 項の立法理由が、返還額の認定に係るカルテル庁の裁量を否定し、同項の規定が遅延利息についてのみ係る裁量を認める規定となっていることの関係が問題となりうる。この点について、連邦カルテル庁での筆者による取材（2017 年 3 月 27 日、先方 Jan Mühle 氏）によれば、不適切な方法で合理的経営遂行上の費用を上回る料金の請求が濫用として認定されるところ、行政手続上の協力義務が被審人に課され、係る義務が履行されない場合、様々な価格形成要素（Preisbildungsfaktoren）の存在を示す事実が真実擬制によって看做され、それに基づき、濫用が認定される。このため、「間接的に」（indirekt）違法な額及び返金額を評価したことと同じとなるのであって、返金額（利益額）を直接的に裁量で評価したことにはならないため、このような真実擬制は、利益額の裁量認定を認めない GWB32 条 2a 項 2 文に反するものではない、とのことである。他方で、民事訴訟の場合において、裁判所は、BGB315 条に従い、公平な給付を認定することができるところ、原告・消費者は、BGB315 条の公平ではない給付の確定の主張・立証責任を負い、訴訟法上の信義則上、具体的陳述義務を負う被告・事業者が、係る義務を履行しない場合、当該給付の確定が公平ではないことが真実擬制される（ZPO138 条 3 項）。そこにおいては、原告の請求する金額を根拠づける事実が、真実擬制によって認定されることになる。さらに、当該給付の確定（当該値上げ）が公平でないため私法上の無効が認定されることから、不当利得返還請求権の成立要件である法律上の原因のないことが認定される。

79）同号には、GWB32 条 1 項に従った処分しか明記されていないが、同条 2 項の排除措置は、実効的かつ均衡のとれた違反の中止のためのものであり、また、その一種として命じられ同条 2a 項に明記された利益返還命令は、明文で「違反中止処分において」利益返還が命じられうると規定しているため、これら後二者も、間接強制金の支払い対象に含まれる。

80）前掲・宗田論文④ 294−297 頁。

明文規定が置かれており、以下のように定められている。

利益返還命令（GWB32 条 2a 項）に後行する利益剝奪命令（GWB34 条）における利益の額の算定の際に、すでになされた返還額が控除される（GWB34 条 2 項 1 文 4 号）。

また、利益剝奪命令（GWB34 条）に後行する利益返還命令（GWB32 条 2a 項）の場合には、利益返還命令に基づき支払ったことを証明した額につき国庫から違反事業者へ返還される（GWB34 条 2 項 2 文）。

利益返還命令（GWB32 条 2a 項）に後行する行政上の制裁金（GWB81 条）において、違反により獲得した利益の算定の際に、先行する利益返還命令（GWB32 条 2a 項）に従い支払われた金額が考慮される（GWB81 条 5 項）。

制裁金命令が、利益返還命令（GWB32 条 2a 項）に先行する場合には、制裁金額分の金銭的負担がなされれば十分であり、その支払先がどこであるのかは、制裁金命令の目的達成のために問題ではないため、違反事業者は、後行の利益返還命令（GWB32 条 2a 項）に従い支払った額を国庫に返還請求しうると解することになろう。しかし、カルテル庁が、被害救済を主眼として規制する事例につき、そもそも利益返還命令が後行することは、通常想定され得ない。

次に、利益返還命令と民事訴訟との関係については、明文の規定はないが、上記の利益剝奪命令の調整規定（GWB34 条 2 項 1 文 4 号）及び制裁金の調整規定（GWB81 条 5 項）、さらに、利益剝奪請求権（GWB34a 条）における同様の趣旨の調整規定（GWB34a 条 2 項 1 文）を参考にすれば、以下のように考えられる。

利益返還命令（GWB32 条 2a 項）に後行する損害賠償請求等に係る民事訴訟の場合には、係る民事訴訟における損害額等の算定の際に、利益返還命令に従い支払われた額が控除されると考えられる。しかし、すでに利益返還命令によって支払いを受けている者が、さらに係る民事訴訟を提起することは、通常想定され得ないであろう。

損害賠償請求等に係る民事訴訟の原告勝訴判決に後行する利益返還命令の場合には、係る民事訴訟判決に従い支払いを受けた被害者については、すでに支払われた金額分が、利益返還命令額から控除され得ると考えられる。

四　検討

第一に、予防的中止処分・反復中止処分の内容は、違反が不作為の形で認定されていない限り、不作為に限定されるものである。たしかに、これらの中止処分が、不作為を実現するために、一回目の危険・反復の危険を排除することを目的とする命令であるのなら、その内容に不作為の実現のための作為を含むものと理解してもよいのではないか、との疑問も生じうるところではある。しかし、「中止（Abstellung）」（民事法では、「差止（Unterlassung）」）は、あくまで「しないこと」「不作為」を意味し、作為を意味しないものとして理解されるものである以上、不作為を違反として認定し、その不作為は作為であるという場合を除き、違反中止処分によって不作為を命じうるに過ぎず、作為を命じるのであれば、違反によって生じた違法状態の存在を前提として、違法状態の排除に係る処分（GWB32 条 2 項・2a 項）を行わねばならない、という整理が行われ、それ故に、中止に係る処分と違法状態排除に係る処分とが、前者は将来に向けられ、後者は現在および過去に向けられることから、相互に補完する関係にあるとされている、ということができる[81)]。行政庁との関係で私的企業等が負う行政法上の責任ないしその履行の仕方が、違反によって生じた違法状態が存続する場合を除き、また、行政上の制裁金が課される事例を除き、原則として不作為で足る、とされているということもできる。このような整理には、違反の反復の危険のない場合にも、違反により生じなお現存する違法状態があるならば、作為を命じうるという利点があることが、重要といえ、それ故に係る整理の正当性が認められうる[82)]。

第二に、違法状態排除処分の一種である利益返還命令（GWB32 条 2a 項）において、違反行為者の主観的要件だけではなく、顧客の返金を求める意思も、

81）このような整理は、民事法上の予防的差止請求権・侵害継続差止請求権・侵害反復差止請求権及び妨害排除請求権においても同様であり、この整理の仕方が、近時の消費者の集団的利益の保護のための団体訴訟に関する EU 指令案 5 条 3 項において、採用されている（前掲・宗田論文② 196 頁、206 頁）。

必要とされないことについてである。利益返還命令を下すために、元来、顧客の損害賠償請求権等の民事法上の請求権の成立は、必要とされるものではない。なぜなら、利益返還命令は、違反行為によってあくまで行政法上生じた違法状態を排除することを命じる行政処分であるからである。このため、個々の顧客の民事法上の請求権に係る処分権の保障は、そもそもここでは問題となり得ないといえる。それ故に、顧客の返金を求める意思は、利益返還命令の成立のために要されない、と考えられる[83)]。

第三に、違反行為が既に行われ、それが継続し、将来において「継続の危険」がある場合に、カルテル庁は、係る危険を排除することによって違反の不作為を実現することを目的として、将来において違反を継続しないこと（不作為）を命じる処分を GWB32 条 1 項に基づき命じる「継続中止処分」は、GWB に関する判例・学説において、少なくとも一般的にはみられていない。しかし、一度も止むことなく継続して行われ続けている違反の不作為のみを命じることが妥当な場合には、継続中止処分が必要である。近時は、「違反が継続している場合には、違反が一回過去に行われ再び行われる場合と同様に、違反の反復の危険と発生の危険とを考えることはできない。実際に行われていることが重要である場合には、違反の継続を積極的に認定しなければならない。その場合にカルテル庁の違反中止処分は、『中断（Zäsur）』を命じることになる。なぜな

82）例えば、不当表示の看板の撤去と相当程度の時間の経過によってすでに消費者の誤認も解消されたが、同様の不当表示が繰り返される可能性がある場合には、違反により生じなお現存する違法状態は消滅していることから、違法状態排除処分をなし得ない以上、作為を命じえない。この場合には、先行する行為から長期間が経過しているため、通常反復の危険がないとされる。また、すでに先行する行為の問題ではなくなっており、予防的中止処分の要件を満たせば、不作為のみを命じうる（妨害排除請求権に関する同様の点について、前掲・宗田論文⑤ 207 頁）。不当に支払わされていることが違法状態である事例では、返金がなされていなければ、違法状態が残存しており、このような反復の危険又は一回目の危険はあるが、違法状態はない場合の処理の問題は生じない。

83）Rupprecht Podszun in Jan Busche/Andreas Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht Band 1, 2017, §32 Rn. 44 は、行為者の有責性及び顧客の意思を要求することとなれば、利益返還命令は、僅かにしか利用されなくなるであろう、と指摘する。

ら、違反事業者は、通常当該処分に従うということを前提とし得るからである[84]。」との指摘がなされている。このような指摘に鑑みると、一般的に、継続中止処分が論じられていないのは、現に行われており、一旦止むことが予想されず、それ故に反復の危険はないが、将来においてもなお継続して行われ続けるおそれがある違反について、一定の作為を命じる違法状態排除処分によれば足りる、と考えられているからではないようである。この指摘のように、継続する違反に対し、不作為を命じることで足りるというのであれば、継続中止処分の必要性が肯定され得る。「違反中止処分は、違反の継続（又は再開 Aufnahme）を禁止することに限定される」との指摘がみられているところである[85]。また、違反行為の終了の認定（GWB32 条 3 項）等のために行為の終了時が重要となる。反復の場合には、最後の行為時であり、継続の場合には、継続した行為が終了した時であり、反復か継続かで終了時が異なることも、このような見解の根拠となり得る[86]。したがって、違反中止処分（狭義）には、予防的中止処分・反復中止処分だけではなく、継続中止処分も含まれると考えられる。

第四に、違法状態排除処分において、命令の具体的内容が、違法状態の排除と同義でなければならないこと、処分の目的からの要請に合致する必要があること、違法状態を排除するために「唯一のものであること」が要される[87]こと及び、最小限の要請について、相互の関係を確認しておきたい。すなわち、「違法状態の排除と命じられる内容たる返金とが同義でなければならない」が、これは、違反により生じなお現存する違法状態の排除という違法状態排除処分の目的から導かれる要請である。また、具体的に個々の事例で命じられる措置

84）Rupprecht Podszun in Jan Busche/Andreas Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht Band 1, 2017, §32 Rn. 15.

85）Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 8. Aufl., 2015 und 9. Aufl. 2018, §32 Rn. 12.

86）民事法上は、継続と反復の差は、消滅時効起算点の相違として現れる。前掲・宗田論文⑤171 頁。

87）Rainer Bechtold, GWB Kommentar, 7. Aufl. 2013, und 8. Aufl. 2015, §33 GWB Rn. 15 は、妨害排除請求権について、「法違反の妨害状態を排除するためにそれが唯一の措置である場合にだけ、妨害排除請求権は、特定の行為に向けられる」と指摘する。

が、違法状態を排除するために「唯一の」ものでなければならないということは、最小限の要請から導かれるものであると整理されているといえる。違法状態排除処分の目的からの要請として、違法状態の排除と処分の内容とが同義であることが要されるため、違反により生じなお現存する違法状態が不当な支払いをさせられていることであれば、その排除として返金のみを処分の内容とし得る。このため、不当な支払い自体が違反として認定される必要があることになる。さらに、最小限の要請から、カルテル庁の処分についての上述した学説における指摘[88]にあるように、いかなる方法で返還をするのかについて複数の選択肢がある場合には、そのうちいずれかを指定し命じることは、最小限の要請に反し許されず、命令の名宛人の選択に委ねられる必要があるとされている[89]。それ故に、上述した公共料金の不当な値上げの事例での返金命令においては、支払方法に係る名宛人による選択の結果、現金払いではなく、契約関係にある消費者が当該契約に利用していた銀行口座等に送金することとされた、ということができる。

第五に、利益返還命令のメリット及びデメリットについて、検討する。

まず、利益返還命令のメリットとして、①行政上の制裁金（GWB81 条）及び損害賠償請求（GWB33a 条）との比較においては、故意・過失なく命令が可能であることが挙げられる。これは、有責性の認定が困難となる市場支配的地位の濫用に該当する事例において、特に意味を有する。また、②不当利得返還請求（BGB812 条）との比較では、法律行為の無効は不要であり、行為の違法性の存在で足りることが挙げられる。さらに、③個々の被害者の民事法上の金銭支払請求権を消費者団体が訴訟上纏めて行使する方法との比較においては、授権や譲渡が不要であること、④消費者団体の妨害排除請求権に基づく返金請求との比較においては、消費者団体には、GWB 違反の立証は困難であること及び、一消費者団体が、ドイツ全土における消費者の集団的利益を代表して活動していることは稀であり、利益返還命令の方が、通常、より広い範囲の利益

88）注 54）における Bornkamm 等の指摘である。

89）妨害排除請求権についても、注 71）で述べたように、同様である。

の返還を行い得ること等が挙げられる。

次に、利益返還命令のデメリットとしては、①返還額の認定が困難であることが挙げられるが、この問題は、上記の手続法上の手立てによって解消され得るものであり、これが返還命令の利用の妨げとなるものとはいえない。また、②返還先が明確であることが挙げられる。さらに、③返還額が低額過ぎ、返還費用と釣り合わない場合には、利用され難いこと等が挙げられる。ただし、電力・水道・ガス料金に関する違反事例のように、継続的役務提供契約が問題となる事例においては、②返還先及び③返還費用の問題が、生じることはない。

（付記） 本稿は、日本学術振興会科研費基盤研究（C）17K03510、共同研究（B）25285033（共同研究者）及び基盤研究（B）16H03574（連携研究者）の助成を受けたものである。

敬愛する江口公典先生には、大学院時代から故・正田彬教授の研究会等において非常にお世話になりました。特にドイツ競争制限禁止法関係のご教示や、勉学に関するご助言等々を通じて、誠実・実直な姿勢で研究に臨むことの清々しさをお教え頂けたと思います。この場をお借りして、心から感謝申し上げます。