

ゲルハルト・ヴァーグナー 「集団的権利保護——大規模損害および 拡散損害の場合の規律の必要性——」

河 野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Gerhard Wagner, Kollektiver Rechtsschutz - Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden*, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, S. 41 - 86 の全訳である。

原著は、訴訟による消費者の拡散利益の主張をはじめとする集団的権利保護の問題について、広く比較法的な観点から議論を展開しており、今日のヨーロッパおよびアメリカ合衆国におけるこの問題の議論状況を知る上で、きわめて有益である。しかも議論は、単にこの問題に関する民事訴訟法立法のあり方に限られることなく、さらに深く不法行為法や法と経済学にまで踏み込んでいる。周知のごとく、わが国でも消費者契約法中に適格消費者団体による差止請求権に関する規定はおかれているが、損害賠償による救済についての規律はおかれていない。このためその必要性や規律のあり方をめぐり、なお議論がなされている。原著において展開されている議論は、わが国の今後の議論にとっても資するところ大であると思われる。

ちなみに、著者のヴァーグナー教授は、現在のドイツ民法学をリードする研究者の一人でもあり、特に不法行為法の分野で著名な業績を上げている。その不法行為法理論の全体像を知るには、本稿注63)でも引用されている *Kötz/Wagner, Deliktsrecht*, 10. Aufl., 2006 が有益である。同書については、吉村良一教授（立命館大学）および中田邦博教授（龍谷大学）を中心にした翻訳プロジェクトが進行しており、同書の翻訳が近く法律文化社より刊行される予定と

のことである。両先生のご厚意によりその翻訳の草稿を参照する機会を得ることができたことをここに記して感謝することにしたい。

A. 序

2006年、シュトゥットガルトにおける第66回ドイツ法曹大会は、他のテーマとともに「損害賠償法における新たな展望（Neuen Perspektiven im Schadenersatzrecht）」を取り扱った。この新たな展望は、特に商業化、懲罰的損害賠償および集团的損害の領域において見られた。準備の鑑定意見の中で示された集团的損害の処理のための法的な条件の枠組みを改善するための提案は、全員での議論の後、それぞれ絶対多数でもって否決された。特にドイツ法曹大会の民事法部会は、団体訴訟（Verbandsklage）の制度によって消費者の拡散損害の領域における権利行使による欠損に対処することに対して反対を表明した¹⁾。大規模損害を考慮して、訴訟の集束の制度としてのグループ訴訟（Gruppenklage）に明白な拒否を与え、これに代えて、投資家ムスタ手続法（以下「KapMuG」とする。）の形態にもとづいたムスタ訴訟（Musterverfahren）が推奨された²⁾。

ブリュッセルにおける最近の展開を見れば、ドイツ法曹大会が当時予定していたこととは異なった印象を拭うことはできない。2006年になお突拍子もないものと思われ、明白に多数によって否決された事柄が、2008年に欧州委員会の重要な2つの声明、すなわち、《2008年4月2日のEC競争法侵害を理由とした損害賠償請求に関するホワイトペーパー》³⁾並びに《2008年11月27日の消費者のための集团的権利行使手続に関するグリーンペーパー》⁴⁾の中に再度見出

1) Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags (DJT), Bd. II/1, München 2006, L 92, Nr. VIII 2 a.

2) Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags (op. cit. Fn. 1), L 92, Nr. VIII 3.

3) Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008)“, 165 endgültig vom 02.04.2008.

4) Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher,

される。すぐ後ろで指摘されるように、欧州委員会は第66回ドイツ法曹大会が多数で否決したような手段、すなわちグループ訴訟と団体訴訟の導入を検討している。

B. ブリュッセル（欧州委員会）の考慮

I. カルテル法

EC 競争法侵害を理由とした損害賠償請求訴訟に関するホワイトペーパーは、遅くとも *Courage* 諸事件における EC 裁判所（以下「EuGH」とする。）の判決でもって2001年に始まった展開の暫定的な決算である⁵⁾。この判断の中で EuGH は、今日の EC 条約（以下「EG」とする）81条1項（EGV85条1項）の「完全な実効性」は、全ての人がある者に対する競争制限行為によって発生した損害の賠償を求めることができるということを要求している、と宣言した⁶⁾。裁判所はこの理由づけのために、このような損害賠償が、「EC の競争法規の実行力」を高め、かつ「競争を制限し又は歪曲しうる合意又は行動様式を阻止する」のに適切であると述べた⁷⁾。こうした観点から——EuGH は言うのだが——損害賠償訴訟は、本質的に EC における有効な競争の維持のために寄与しうるであろう、という。

競争法上の損害賠償請求権を第一次的には客観法の実現のための手段と理解した EuGH の *Courage* 判決は、EC 競争法を、最低限、部分的に私人の手に委ねようという欧州委員会の努力と一致している。この私人による実現という政策の成果が、EC 規則1/2003 EG であり、これによって加盟国の競争官庁と

KOM (2008) 794 endgültig vom 27.11.2008.

5) *EuGH*, 20.09.2001, Rs. C-453/99 (*Courage Ltd./Crehan*), Slg. 2001, II-6297 = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, 715; これに対して批判的なのは、*Weyer*, Schadenersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2003, 318.

6) *EuGH* (op. cit. Fn. 5), Rn. 26 = EuZW 2001, 715.

7) *EuGH* (op. cit. Fn. 5), Rn. 27 = EuZW 2001, 715.

裁判所は、EG81条1項および同82条を直接に適用するだけではなく、さらにEG81条3項の例外構成要件をも直接的に適用するという授権がなされた⁸⁾。この《2005年12月19日のEC競争法侵害を理由とした損害賠償請求に関するグリーンペーパー》の中で、欧州委員会は、EuGHの*Courage*判決の提案を承認し、ECカルテル法の侵害を理由とした私人による損害賠償請求の成果ある主張を改善する可能性を問うた⁹⁾。そこでは損害賠償請求権を手段とする理解が支配的である。けだし、損害賠償請求訴訟は、はっきりと「EC競争法の実現のための手段として」理解されているからである¹⁰⁾。さらに引用箇所では、次のように述べている。すなわち、「EG81条および82条の競争規定は、国家のサイドだけではなく、私人のサイドからも主張されうる。両方の形式が、競争法実現の共通の制度の一部であり、共通の目的に奉仕する。すなわち、競争法によって禁止された競争違反の術策を阻止すること並びに企業および消費者をこの術策およびその他のそれによって惹起された損害から保護することに奉仕する」¹¹⁾。欧州委員会がここで問題にしているのは、当該顧客および消費者の補償ではなく、特に競争に違反した行態のコントロールである¹²⁾。

グリーンペーパーは、多くの批判的意見を誘発したが、そこでは損害賠償請求権の手段的な見方を基本的に否定し、アメリカ的な諸関係から警告がなされていた¹³⁾。EuGHは、2004年に再び、*Manfredi*事件において、現実に全て

8) Verordnung Nr. 1/2003/EG des Rates zur Durchführung der in den Artt. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16. Dezember 2002, Abl. EU 2003 L 1/1 ff.; これに対して批判的なのは、*Mestmäcker*, The EC Commission's Modernisation of Competition Policy: a Challenge to the Community's Constitutional order, (2000)European Business Organization Law Review (EBOR) 1, 401 ff.; *Schmidt*, Privatisierung des Europakartellrechts. Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003, ZEuP 2004, 881.

9) Grünbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ KOM (2005), 672 endgültig vom 19.12.2005.

10) Grünbuch (op. cit. Fn. 9), 3.

11) Grünbuch (op. cit. Fn. 9), 3.

12) Grünbuch (op. cit. Fn. 9), 4.

13) *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen a. d. Rijn [u.a.] 2007. における問題の実用志向的な討議。

の人が損害を国家裁判所に訴求する権限を有するかどうか、有効な威嚇の効果を得るために、EC 競争法が加盟国に現実にそのような侵害が確認された場合には懲罰的害賠償請求権を義務付けているかどうかを問うた¹⁴⁾。EuGH は、イタリアの裁判所に対して、たしかに実際のところ全ての人が損害賠償を請求しうべきではあること、しかしながら EC 条約は、国内法が EC 競争法に対する侵害に対して懲罰的損害賠償という手段でもって罰するということを命じてはいない、と回答した¹⁵⁾。引用された判断の中で、EuGH はたしかに明示的には *Courage* 判決からは離れてはいないのだが、しかし、文章の間から、第一次的には填補に——そしてわずかに予防に——向けられた民事損害賠償法の理解がにじみ出ている。

2008年4月の EC 競争法侵害を理由とした損害賠償請求訴訟に関するホワイトペーパーは、填補という考え方を復帰させ、威嚇の効果を二番目に戻すことによって、その間の発展を反映させた。すなわち、「EC 競争法に対する侵害行為によって損害を被ったすべての市民と企業は、法規を侵害した者から損害の賠償を請求することができなければならない」とホワイトペーパーのはじめに綱領的に書かれている¹⁶⁾。欧州委員会は、「最重要の指導原理」として「完全な〔損害の〕填補という目標」を要求している¹⁷⁾。より強力な威嚇効果は、損害賠償請求権の行使の改善の積極的效果であると歓迎されている。したがって、ヨーロッパの法文化にもとづいた調和の取れた措置が要求されるのであり、付け加えると、アメリカ合衆国の法文化とは違って調和の取れた措置が要求される¹⁸⁾。集团的権利保護の手段として、欧州委員会は2つの手段、すなわち有資格の組織の団体訴訟と被害者自身のオプト・イン型のグループ訴訟の組み

14) *EuGH*, 13. 07. 2006, Rs. C-295/04-298/04 (*Manfredi./Adriatico Assicurazione S.p.A.*), Slg. 2006-I, 6641 Rn. 53, 83 = *EuZW* 2006, 529.

15) *EuGH* (op. cit. Fn. 14), Rn. 59 ff., 92 ff. = *EuZW* 2006, 529.

16) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 2.

17) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 3.

18) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 3.

合わせをもくろんでいる¹⁹⁾。両者は、拡散損害を理由とした損害賠償請求権の行使の改善に奉仕するはずである²⁰⁾。

Ⅱ. 消費者保護法

消費者保護法の分野においては、集团的権利保護は、既にかなり前から欧州委員会にとってのテーマである。1998年5月に出された消費者保護のための不作為請求訴訟についてのEC指令は、EG 1条1項にもとづいて「消費者の集团的利益の保護のための」不作為請求訴訟についての加盟国の法規定および行政規定の調整に奉仕する²¹⁾。このEC指令によって作り出された消費者団体ないし同指令3条の意味におけるその他の「有資格の組織」の団体訴訟は、しかしながら、同指令2条の意味での不作為請求訴訟に限定されている。消費者団体および有資格の組織は、このEC指令で損害賠償請求権を基礎づけることはできない。

このような状況を超えて、欧州委員会の保健・消費者保護総局は、消費者の集团的権利行使手続に関するグリーンペーパーの示唆にもとづき、さらに進もうと求めた。消費者のための集团的権利保護の改善は、消費者に国境を越えて購入をすることについてのインセンティヴを与えることによって、個別取引における域内市場を強力にするはずである²²⁾。その際に欧州委員会は、消費者が他の法体系の実効性 (Leistungsfähigkeit) への信頼を欠いていること、したがって外国における購入が制限されるということから出発している。この前提は非常に脆いものと思われる。けだし、消費者は、加盟国の一方又は他方において団体訴訟又はクラス・アクションの態様による集团的権利保護が利用できるかどうか国境のこちらかあちらでの購入についての決断を依存せしめる

19) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 4 f.

20) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 4.

21) Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.05.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen ABl. EU 1998 L 166/51 ff.

22) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 2, Rn., 2.

ことはほとんどないからである。

さらに欧州委員会は集团的権利保護からコントロールの改善も期待しているが、この点はカルテル法の領域ほどには強調されているわけではない。それでも、多数の消費者にかかわる消費者法の侵害は、集团的権利保護手続によって緩和され又は除去されるであろう市場の歪みという結果になりうるであろう、と断言されている²³⁾。その際に欧州委員会は、消費者が、たしかに至る所で EU において消費者保護法の侵害を理由とした損害賠償請求権を裁判上行使する資格を与えられている、との所見から出発している。しかしながら、加盟国の裁判手続は、1,000ユーロを超えない額の主張にとって適切ではない。高価なコストと訴訟のリスクは、〔権利〕行使を採算のとれないものとし、しかも手続が複雑かつ時間のかかる結果、消費者にとって利用されないだろう²⁴⁾。そのような事例においては、ADR の様々な手段も機能しない²⁵⁾。

グリーンペーパーの任務に対応して、保健・消費者〔保護〕総局が既に具体的な基準（Vorhaben）を公言しているわけではなく、4つの選択肢にもとづく1つの束を展開しているにすぎない²⁶⁾。欧州委員会によってもくろまれている選択肢の最初の3つは、それらが、これ——事実上又は推定上の問題——に直接的にはかかわらないという点で相互に共通しており、選択肢1によれば、全てが旧来のままであり、EUの局面での措置は放棄される。選択肢2は、加盟国の協力を強化する点にあり、選択肢3は異なった小さな措置を組み合わせているが、それらはADRメカニズムの改善、少額債権についての国家の手続の大規模債権への拡大、消費者保護並びに消費者の苦情をよりよく顧慮することへの企業の奨励の領域における加盟国の協力の改善、並びに消費者に対して成立した法的救済をさらに利用するように奨励することのごときものである²⁷⁾。

23) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 4, Rn. 7.

24) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 4 f., Rn. 9.

25) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 5, Rn. 10.

26) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 8 ff., Rn. 19 ff.

27) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 11, Rn. 32 ff.

真の火種は、選択肢4の中にのみかかっている。すなわち、EUの局面での法的行為（Rechtsakt）の可決であり、それでもって、すべての加盟国において集団的な裁判手続が存在するということが保障されるであろう²⁸⁾。そのような手段はEC指令又はEC規則の形態でのみ採択できる。欧州委員会は、EC法上の団体訴訟、グループ訴訟又はムスタ訴訟を導入することを内容上検討している。これらがオプト・イン主義又は〔これと〕競合するオプト・アウト主義によって編成されるかどうかは、なお未解決の問題である²⁹⁾。吐き出しを命じられ、かつ支払われた損害金額の被害消費者への分配の問題は、全く同様に未解決である³⁰⁾。しかしながら欧州委員会は、資金調達の諸問題に大きな価値を置いており、その際に、裁判所手数料を削減しないしはその徴収を完全に放棄すること、訴額を制限すること、訴訟資金提供者に接続すること又は訴訟費用敗訴者負担原則を放棄することも検討されている³¹⁾。それにもかかわらず、保健・消費者総局もアメリカ合衆国法に対する違いに重大な価値を置いている。「すべての場合に、人が言うように、若干の非・ヨーロッパ諸国に存在する、例えば懲罰的損害賠償、成功報酬およびその他の因子を含む法的争訟の文化が促進される」ような因子は回避されるべきである³²⁾。アメリカ合衆国がここで名指しされていないのは、おそらく単に外交および礼譲の問題に過ぎないであろう。

Ⅲ. ベルリンの反応

連邦司法省は、どうみても欧州委員会の諸計画を精確に追跡し、既に集団的権利保護の領域における未解決の行為の必要（Handlungsbedarf）の用意をしている。その際に行為を指導する観点は、填補主義はわずかであり、むしろ行

28) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 15, Rn. 48.

29) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 16, Rn. 54 ff.

30) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 16, Rn. 57

31) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 15, Rn. 51.

32) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 15 Rn. 48, 16, Rn. 56 も参照。

態のコントロールという考えであるように思われる。2008年11月25日の連邦司法省の解説出版物の中では、次のように述べている。すなわち——

「少額損害の場合には、費用と費用リスクが損害に対して釣り合わないで、個人が裁判所に出てくることはほとんどない。しかし、多くの人が同様の少額損害を被ったのであれば、結論において著しい額が問題となる。われわれの法は、企業が、損害賠償請求権に直面させられることはないということに依拠しえないということを保障しなければならない。そのような取引モデルが報われてはならない」³³⁾。

たしかに連邦司法省は、オプト・アウト方式による、したがってアメリカ型によるグループ訴訟の導入のための必要性を認識することはできなかった。〔すなわち、次のように述べている。〕憲法上の法的審尋請求権は、市民が意図せずに裁判手続へ引き込まれることを排除している。ついでに言うと、ドイツは集团的権利保護の領域においてうまくやっている。段階的かつ均衡のある集团的権利実現のシステムが存在し、3つの因子から成っている。すなわち、(1)公正競争法およびカルテル法の領域における団体による利益剥奪請求権、(2)相当する賠償請求権の譲渡による消費者団体の回収権限および(3) KapMuG の基準による資本市場損害の主張のためのムスタ訴訟である³⁴⁾、と。

C. 集团的権利保護の諸機能

I. 填補主義と予防主義の間で

ヨーロッパと各国の局面における法政策的な展開について概観をすることは、損害賠償法の機能の理解が変化しているということを明確に示した。損害賠償法の規範的な支配をめぐる、填補主義が予防思想と争っている。

33) *Bundesministerium der Justiz (BMJ)*, Mitteilung für die Presse, Berlin, 25.11.2008, 1.

34) *BMJ* (op. cit. Fn. 33), 2 f.

ドイツでは、損害賠償法は伝統的に填補主義へ向けられてきた³⁵⁾。それによると、損害賠償法の任務は、端的に損害を填補する点にある³⁶⁾。この填補主義は、損害賠償義務者が相手方の損害を完全な範囲で填補することを要求するが、しかしながら財産損害が問題となっており、かつ被害者に何ら共働過失（過失相殺）が課されるべきでない場合に限る。この枠組みの中で、填補主義は「その範囲内では」完全賠償主義によって守られるが、「それを超えた」反対の方向においては、利得の禁止が限界を設定している³⁷⁾。これによれば、被害者は完全な填補を獲得することができるが、しかしながらこの填補以上を獲得することは決してできないとされる。

予防主義、したがって損害回避のための行態のコントロールという観点は、ドイツ損害賠償法においては従属的な役割を演じているにすぎない。たしかに損害賠償義務が課されるという見込みは、潜在的な加害者に対して、適法かつ注意を尽くして行動することのきっかけとなるが³⁸⁾、しかし損害賠償法の独自の規範的な指導基準として、行態のコントロールが承認されるわけではない。予防効果を「望ましい副産物」³⁹⁾として組み込むことは、予防機能が損害賠償義務を根拠づけることに適切ではない、すなわち原因によっても、範囲に関しても適切ではないという結果になる。このやり方で損害回避に対する強力なインセンティブを設定するために、とりわけ填補額を実際上受けた不利益の程度を超えることは、排除されている。別な箇所では詳細に論じたように⁴⁰⁾、予防

35) 以下の詳細については、Wagner, Schadenersatz - Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006, Karlsruhe 2006, 12 ff.

36) Lange/Schiemann, Schadenersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, Einl. III 2, 9 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., München 1987, § 27 I, 423 f.

37) Lange/Schiemann (op. cit. Fn. 36), Einl. III 2, 10; Oetker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Band II, München 2007, § 249 Rn. 20.

38) Lange/Schiemann (op. cit. Fn. 36), Einl. III 2, 11; Larenz (op. cit. Fn. 36), § 27 I, 423.

39) Larenz (op. cit. Fn. 36), § 27 I, 423.

40) Wagner, Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juris-

機能を填補機能の背後へ再整序することは、現代的な損害像の克服に際しての多様な諸問題にとっての原因である。このことは少なくともドイツ損害賠償法だけでなく、ヨーロッパ大陸法秩序一般について妥当する。したがって、例えばフランス損害賠償法も「あらゆる損害、しかしただ損害だけ (Tous le dommage, mais rien que le dommage)」の原則によって動いている⁴¹⁾。

ヨーロッパ競争法および消費者法における集团的権利保護についての欧州委員会の声明は、責任法および損害賠償法の機能についての明確な立場を示してはいない。それについて何ら批判すべきことは存在しない。けだし、損害賠償法の規範的な基礎を解明し、さらに展開せしめることは、ブリュッセルの法設定機関の任務ではないからである。それは、損害賠償法の填補機能の形態における無害な正面の後ろに、その独自の関心事——行態のコントロール——を隠していたように思われる。この粉飾戦略は、行態のコントロールという目的のために損害賠償法を動員することが、ただちにヨーロッパにアメリカ的な諸関係を取り込もうと望んでいるという評判を立てられるという事情におそらくは負うものである。アメリカ合衆国法の行き過ぎを是が非でも回避しようとしていると断言することは、EC 競争法に関するホワイトペーパー⁴²⁾および消費者のための集团的権利行使手続についてのグリーンペーパー⁴³⁾を一貫して流れるモチーフである。

欧州委員会がアメリカ的な諸関係を回避したいということが自明だとしても、やはり湯水とともに赤子を流すものであり、責任法および損害賠償法のコントロール機能が第二番目へ指示されることは、不誠実かつ事柄において非生産的であると思われる。アメリカ法の「毒入りカクテル」は、無制限の訴訟上の解明、素人裁判官〔陪審員〕の大幅な投入、過度な額かつ無制約なやり方で

tentags, Bd. I, München 2006, A 14 ff.; また, *ders.*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 206 (2006), 352 (451 ff) も参照。

41) *Viney*, Les obligations, La responsabilité: effets, Paris 1988, Nr. 57.

42) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 3.

43) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 15, Rn. 48, 16, Rn. 56.

の損害賠償金の課金、訴訟費用不償還の原則、成功報酬の広範な普及、損害賠償請求権をビジネスの理念とした高度に専門化された訴訟弁護士の形成にある。評判の悪いアメリカ民事訴訟法のクラス・アクションは、いま叙述された毒入り料理にささやかな貢献をしているにすぎない。さらに、その濫用の可能性は、とりわけアメリカ合衆国の南東における若干の裁判所管区の裁判所が見え透いた選挙戦術上の又はその他の事柄に異質の考慮から濫用を助成しているということにもとづいているのだが、それは彼らが実際上自分たちに提起されたすべてのクラス・アクションに認可を出すことによってである⁴⁴⁾。この種の関係は、今日のヨーロッパにおいて、必ずしも脅威ではない。それらが、欧州委員会およびヨーロッパの専門家をして先入観にとらわれることなく集团的権利保護の個々の手段のメリットおよびデメリットについて熟慮することを妨げてはならない。これらが意味をもつことは、損害の填補又は行態のコントロールが中心的な法政策上の目標を示しているかどうかについて明瞭性が支配する場合にのみ可能である。

Ⅱ. 損害類型の分類

1. 分類の必要性

集团的権利保護の概念は高度に抽象的であり、非常に様々な事例群に関係している。別な箇所ですでに詳しく述べたように、集团的権利保護の問題は、「一つ一つのものが全てに当てはまる」式に統一論的な評価でもって解決されるものではない⁴⁵⁾。詳細には、3つの事例群に分類されるべきである。すなわち、拡散損害、大規模損害および公共財損害である。この専門用語は、より良い意思疎通のための提案以上のものでは決してない。損害のタイプを他の概念によって示すこともできよう。

いずれにせよ重要かつ不可欠なのは、分類それ自体である。なぜならば填補

44) 後注97)を見よ。

45) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 106 ff.

主義と予防主義の関係は、その際にいずれにせよ別な形をとるからである。優れた法政策は、まず第一にその都度追求される法的目標とその都度それに付属している規律の選択肢に関しての明確性を作り出さなければならない。それゆえ、消費者のための集团的権利行使手続に関するグリーンペーパーが、明確に拡散損害と大規模損害とを分けてはおらず、したがって欧州委員会によって委託された加盟国の法における集团的権利保護の手段についての研究もまた、このような分類を分析の出発点としていないのは、残念なことである⁴⁶⁾。

2. 公共財損害

公共財損害とは、個々の権利主体および権利主体のグループに帰属していない法的財貨又は利益に対する不利益である⁴⁷⁾。公共財の保持については、むしろ住民全体ないし——全世界的な問題の場合には——人類それ自体が利益を持っている。これに該当する事例は、環境法が豊富に、すなわち環境損害の形態で提供している。典型的には、気候の変化、海洋の生態系の変化、土地の自然の生活圏の侵害、種の断絶、狩猟法に服さない野生動物の侵害等々である。損害賠償法の機能の観点の下では、そのような損害像は問題とはならない。けだし、ほかならぬ古典的な個人の損害の場合には、損害の填補と予防が同時に保障されることが問題だからである。原因者が環境損害の再生の費用負担をさせられることによって、同時に再生の必要のある侵害の惹起を回避するインセンティブが与えられる。

もし法秩序がそのような損害について、それにもかかわらず困難に陥ってい

46) 2008年8月26日の *Civic Consulting/ Oxford Economics*, „Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union. Part I: Main Report“ 24。そこでは3つの設例が出されており、古典的な拡散損害（電話サービス提供者のインチキ包装）、資本市場責任の領域における典型的な大規模損害（テレコム事件）、給付責任法のコンテキストにおける大規模損害（旅行トラブル）に関係している。たしかに「少額債権（low-value claims）」と「高額債権（high-value claims）」の区別には触れられてはいるが、体系的に分析されているわけではない。

47) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 126 ff.

るとすれば、損害が何らかの形で「無主体」だからである。損害賠償請求を主張しうるのである個人又は人的集団が存在しない。問題がそのように描写されるのであれば、その解決は多かれ少なかれ明白であり、すなわち公益の担い手としての国家の能動的事件適格（Aktivlegitimation）にある。環境損害の回避および再生のための環境責任に関する EC 指令の 5 条は、所轄の各官庁に損害賠償請求権の行使を委ねることによって、まさにこの規律モデルを追求している⁴⁸⁾。こうした解決のもっとも深刻なデメリットは、所轄官庁ないしその職員が、環境損害の原因者から填補を求めるインセンティブをほとんどもっていない点にある。そこから EC 指令 12 条は結論を導き出し、環境団体および私的な利害関係人に所轄官庁に介入を要求する権限を与えている。

最後に、現地又は空間的に近接した別な場所での侵害の事実上の填補が不可能な事例における損害「利得」が、大きな問題をもたらしている。その場合には、原因者が填補基準の負担に代えて、いわゆる環境慰謝料の支払いを課せられるかどうかという問題が提起されている。そのような義務付けの付加は、理論上は首尾一貫するかもしれないが、合理的な評価のための手がかりが広く欠けているので、実務的にそれを行なうことは非常に難しい。

公共財損害についての考察は、これで終わりとしよう。実際上はるかに意義深い環境損害の事例群にとって、環境責任指令の形をとった解決が存在する⁴⁹⁾。競争法および消費者保護法においては、集団的な法的財貨の損害ではなく、全く、私人によって処理される個人的損害が問題である。

48) *Wagner*, Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts, in: Hendler/Marburger (Hrsg.), Umwelthaftung nach neuem EG-Recht, Berlin 2005, 73 (84 ff.); *ders.*, Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts, Versicherungsrecht (VersR) 2005, 177 (178 f.); *ders.*, Das neue Umweltschadensgesetz VersR 2008, 565 (566 ff.).

49) これについて、詳細は、*Wagner*, Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts (op. cit. Fn. 48), 73 ff.; *ders.*, VersR 2005, 177 ff.; *ders.*, Das neue Umweltschadensgesetz VersR 2008, 565; *ders.*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 126 ff.

3. 拡散損害

個人的損害という残された部分は、決してまとまったブロックではなく、それ自体が2つの中心的な事例群に、すなわち大規模損害と拡散損害とに分けられる。両方の事例群は、一つのかつ同じ行態又は同じ危険源によって同種の個人的損害の多数が惹起されるということを共通に有している。したがって大規模損害および拡散損害の集团的因子は、まず多数の私的な権利主体が原則的に同種の態様で不利益に関わるという点にある。しかし、それでもって通有性は終わる。大規模損害と拡散損害は、個々の関係人が被った個人的損害の範囲と重大性によって区別される。

拡散損害にとって特徴的なのは、あらゆる個人が、たしかにその填補することは難なく可能であるにせよ、不釣り合いな費用を生じさせる微細な損害を被るということである。通常の損害は、おそらく既に常に存在してきたし、それについては古くから「法務官は些事を取り上げず（*de minimis non curat praetor*）」の原則が残されうるにせよ、現代の拡散損害はそれが集合体としては全く非常に大きな秩序を形成しようという点で異なっている。消費者保護の領域における適切な事例は、いわゆるインチキ包装であり、例えば、20グラム詰められるべきティーバッグが、実際には19.5グラムしか詰められていなかった場合である。義憤に駆られた紅茶の消費者でさえも、彼のその時々 personals 損害を、訴えという手段で又は ADR というメカニズムを利用しても、ティーバッグの生産者に対して行使することは、冷静に考えれば思いとどまるであろう。ドイツにおいて裁判上顕著になったその他の事例は、振替送金に際しての銀行の利息起算日の決定の実務に関係している。振替金額がすぐに送金人の口座から抹消されるが、受取人の口座に2・3日遅れてはじめて記帳されるならば、たとえ振替金額が多額であっても振替当事者の利息損害はごくわずかである。他方で、銀行にとっては全ての振替送金の合計にもとづいて利息収益が生じ、それはドイツにおいてかつては年間数百万マルクにも及んでいた⁵⁰⁾。そ

50) *Schimansky*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowsky* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl., Band I, München 2007, § 47 Rn. 64. 参照。

れゆえ BGH は正当にもこの実務に対して干渉したのだが、そのためには団体の訴えが必要であった⁵¹⁾。第三の事例は、消費者のための集団的権利保護に関するグリーンペーパーの中に正当にも引用されているのであるが、その顧客に包括費用という形で当座貸越のためのかなり高額な利息を請求するイギリスの銀行の実務に関連している⁵²⁾。

拡散損害の法実務上の中心問題は、個別的な請求の額と訴訟上の行使費用との間の不均衡である。例えば、100ユーロを下回る領域における損害賠償請求権は、訴訟物の価値と釣り合わない訴訟費用を生じさせる。予納されるべき GKG12条1項、同34条、KV1210号による三種の裁判所手数料は、既に75ユーロに達し、そして弁護士の手続手数料が32.50ユーロにおいてさらに付け加わり、同時に、立替金の償還費用並びに場合によっては30ユーロの額の期日の手数料が加わる。これら全ての場合に考慮しなければならないのは、上述した料金規定額がそのような法的争訟の実際の費用のおおよそを反映したものであるということである。自由業の人が生計のほかにオフィスルーム、人的および物的費用をもカバーしなければならないとすれば、50ユーロの総手数料で20分以上働くことはできない。職業裁判官の場合に、仮に裁判官の時間の真の費用がどこにも算出されず、証明されないとしても実態は異なるところはない。したがって、わずかな係争価値の費用が、強力に補助金を与えられ、ないしは、高い係争価値の場合に課される手数料から回されるにもかかわらず、それらは未だなお個々の原告にとっては高額にすぎる。誰が、100ユーロの金額を獲得するために、合わせて約270ユーロの費用リスクを引き受けるであろうか⁵³⁾？

51) BGH, 17.01.1989, BGHZ 106, 259; BGH, 06.05.1997, BGHZ 135, 316.

52) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 3 f., Rn. 6; また、Office of Fair Trading, Personal Current Accounts in the UK, 2008, Rn. 1.5, 2.3 ff. も参照。

53) 270ユーロの金額が生じるのは、三種の裁判所手数料 (=75ユーロ) および弁護士2人の手続手数料および期日の手数料の費用、同時に立替償還、同時に売上税 (32.50ユーロプラス30ユーロプラス20ユーロの立て替え概算額、同時に15.67ユーロの売上税 = $98.175 \times 2 = 196.55$ ユーロ) が加算される場合である。原告は、請求を棄却された限りにおいて、ZPO91条により約270ユーロの総額を負担しなければならない。

このような選択を前にして、個人による権利行使を断念すること、したがって「合理的な無関心」の状況を取り続けることが全くもって分別にかなっている⁵⁴⁾。

責任法および損害賠償法の機能という観点の下では、拡散損害の場合には、損害の填補ではなく、もっぱら行態のコントロールが問題となっている。個人は被った損害を自ら担うことはできないので、拡散損害は原状回復を必要としない。消費者が団体から彼の権利の保護のためのほんの数ユーロ又は数セントの範囲での償還を受けるとすれば、消費者はこのような額で彼がほんの少し足りない食料品のパックについて、あまりにも多くの支払いをしたことについての総額が填補されることはない。関係人の所得と資産状態から独立して、各個人の補償金は運営上の費用を生じさせるが、これは利用の様々な関係のほかから生じ、その受取人への支払いにもとづいている。それにもかかわらず、拡散損害の原状回復について考慮されなくてはならないとすれば、行態のコントロールという利益においてである。これ独自の目標は、潜在的な原因者に対して、違法行動をとり、第三者に不利益を加える行態を回避するための費用上のインセンティブを与えるという点にある。

4. 大規模損害

大規模損害の下で、唯一の損害発生事象又は同様の損害発生源の若干が同種の個人的損害の多数を惹起するシナリオが理解されなくてはならない。拡散損害との決定的な違いは、個別的な損害の総計がはじめて著しい量に達するのではなく、各個別の被害者が著しい打撃を受けている点にある。拡散損害が實際上純粋経済損失としてのみ生じるのに対して、大規模損害の古典的な事例群は、

54) Kötz, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, in: Homburger/Kötz (Hrsg.), Klagen Privater im öffentlichen Interesse, Frankfurt am Main 1975, 69 (70 f.); Schäfer, Auswirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen 1999, 68 f.; Wagner, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 107.

生命および身体といった法益の侵害に関係している。典型的な例として、列車事故、航空機の墜落事故、登山鉄道における事故、それからまた欠陥のある製造物より生じた大規模損害も挙げられなくてはならない。純粹経済損失の領域における大規模損害の現代的な形態は、投資家が証券発行者および金融サービス業者による誤解を招く情報又は情報の不提供の結果被った損失である。

大規模損害の場合の問題状況は、拡散損害の場合とは全く関係しない。それは後者に対してまさに対極的に置かれる。拡散損害の場合には、権利行使がそもそも試みられるときに、関係人の合理的無関心の結果として訴えの提起はほとんどないが、大規模損害の場合にはこれに対して訴えは多すぎる！

航空機事故によってその家族を失った者、列車事故できわめて深刻な後遺症をそこから負った者、全貯蓄を新たな市場で失った者、これらは思慮分別にしたがうと消極的態度にとどまることはできず、その権利を有すると思われる賠償要求の貫徹を試みるであろう。また、関係人が「多数で」権利保護を求めているので、司法制度は著しい困難に直面する。個々の裁判体は、数年にわたって麻痺させられるという怖れがあり、より複数の裁判体が取り組む場合には、矛盾した受訴裁判所の判決の怖れがあるが、しかしとりわけ一個の、そして同じ責任原因が常に法治国家的な要求を満たした手続の助けを借りて収集された証拠の提出と評価の下で確定されなければならない場合には、わずかな司法資源が大がかりに浪費される。こうした考慮は全ておぼろげ理論とは異なり、経験上満足させるものである。誤った資本市場の情報による投資家損害という特別領域においては、裏切られたテレコムの株主の14,000以上の訴えが提起されたフランクフルト・アム・マイン高等裁判所の負担過剰は、KapMuGという形で立法者の介入をさえ招いた⁵⁵⁾。それにもかかわらず、最初の訴状の到

55) Jahn, Der Telekom-Prozess: Stresstest für das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2008, 1314 (1315) によるフランクフルト・アム・マイン地方裁判所の負担過重の印象深い記述；ムスタ訴訟の憲法上の許容性については，BVerfG, 27.07.2004, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, 3320 (3321) eingehend unten D. IV 3.; F. III.

着から、フランクフルト（マイン）高等裁判所の面前でのムスタ訴訟での口頭弁論の開始まで7年以上が経過した⁵⁶⁾。要するに、大規模損害は合理的無関心の問題ではなく、訴訟上の効率性の問題なのである⁵⁷⁾。この問題の解決は、機能的に活動しうる司法に対しての公共の利益のみにではなく、他の場合、その要求の処理を待つために大量の原告の後塵を拝さなくてはならないであろう多くの権利追求者の個人的利益にも存する。

拡散損害とは異なり、大規模損害の場合の責任の規律は、コントロール機能に限定されない。大規模損害の場合には、他の場合にも責任法が規定する機能にもとづく通例の両輪、すなわち填補と予防ないし損害填補による予防である⁵⁸⁾。すべての個人が典型的な形で著しい不利益を被っているので、損害填補に対する正当な利益が存在する。カラブレイジによって展開された法の経済分析の専門用語の中で、大規模損害の場合には、いわゆる第一次事故費用——事故費用と回避費用の総和——だけでなく、さらに第二次事故費用も問題となっている⁵⁹⁾。これにより被害者が引き受けることができないか、ただちには引き受けることのできない損害の負担を負うので、その者が被るさらなる不利益のことが意味されている。第二次事故費用は、被害者が生じた不利益を填補する十分な金額を受け取った場合に軽減されるか、あるいは完全に消滅する。根本において、損害の填補は、深刻な損失を被るリスクを処理するところの被害者のための保険と同様に作用する。

責任法は被害者に対して填補を保障するので、原因者に事故費用を課している。このような事象は、既に発生し又は回復不能に生じた費用の単なる再分配

56) *Jahn* (op. cit. Fn. 55), 1314; Schilderung praktischer Erfahrungen in kritischer Absicht auch bei *Varadinek/Asmus*, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Verfahrensbeschleunigung und Verbesserung des Rechtsschutzes?, ZIP 2008, 1309.

57) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 119.

58) *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe? (op. cit. Fn. 40), 458 f.

59) *Calabresi*, The Costs of Accidents, New Haven 1970, 39 ff.; また, *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2005, 134 ff. も参照。

をもたらすのではなく、さらに加害者にそのような損害を惹起することを回避するインセンティブを与える。損害の惹起をはじめから回避するために、2つの戦略、すなわち注意措置を講じることと行為水準を引き下げることが考えられる。加害者は、それが可能であり、かつそれでもって回避される事故の費用よりもわずかな費用がもたらす限りにおいて、注意措置を講じるであろう。さらに加害者は、過失によって左右されることのない危険責任の場合には、その活動の範囲を、そこから引き出される利益が総費用——そこでは、事故費用と回避費用の額も顧慮されなくてはならない——よりも大きいように調整するというインセンティブをもつ。

Ⅲ. 集団的権利保護の基本問題

大規模損害と拡散損害がまたそのように異なるが、それらは中心点を共通に持っている。すなわち、その問題点は権利行使の局面にあるのであって、権利の根拠づけにあるのではない。紙の上では、典型例として挙げられた事例は「万事が順調」である。けだし、鉄道企業が列車事故という結果の補償をしななければならないこと、インチキ包装の製造者が不正競争を営んでいるということは、責任法上は疑いの余地はないからである。実際上の権利行使の蓋然性が問われ、対応する賠償請求権の主張のための法的および制度的な枠組みとなる条件がよくよく考えられてはじめて、困難が始まる。このような理由から議論の中心は実体法にあるのではなく、訴訟法の領域にある。したがって、欧州委員会の声明では訴訟上の概念が優位に立ち、したがって、それがそれに関連した議論をも規定している。実体法上の請求権ではなく、集団訴訟 (Sammelklagen)、クラス・アクション、団体訴訟、共同訴訟等々の訴訟上の法的救済が問題となっているのである。拡散損害および大規模損害についての特殊な解決の提案と取り組むに先立って⁶⁰⁾、こうした規律の選択肢がまず第一に詳細に検討されなければならない。

60) 下記 E., F.

D. 集团的権利保護の規律モデルの概観

集团的権利保護の手段をめぐる議論は、クラス・アクション、集団訴訟および団体訴訟の諸概念をめぐったものであり、したがって實際上、それでもっとも重要な規律の選択肢が挙げられている。しかしさらに、伝統的ないし現行法上存在する損害賠償請求権の集束化の可能性が視野に収められなくてはならない。以下の叙述では、包括的な比較法的な所見が問題となっているのではなく、場合によってはなお詳細が形作られなければならないかもしれない中心的な規律モデルの理解が問題になっているのである⁶¹⁾。

I. 懲罰的損害賠償

1. 理論的な萌芽

まず第一に、しかしヨーロッパの関係にとってまことに異常な集团的損害に関する解決が叙述されなくてはならないが、それはグループ全体に成立した全損害を精算することを個々の原告に許容する。このモデルは、経済学者たちによってアメリカ合衆国由来の懲罰的損害賠償を正当化するために出されたある提案に関連している⁶²⁾。それによると、懲罰的損害賠償は責任法の刺激効果を減殺し、又は無にする（ような）行使による欠損の填補に奉仕する。この考慮は、責任法および損害賠償法が、個人にその価値がその時々活動により得る総収入よりも大きい損害を回避するというインセンティブを与えるべきであ

61) 欧州委員会によって委託された研究は、若干の加盟国における現存の諸制度についての概観を提供している。前注46)。

62) *Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, (1989) *Alabama Law Review* (Ala. L. Rev.) 40, 1143 (1149 ff.); *Polinski/Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis*, (1998) *Harvard Law Review* (Harv. L. Rev.) 111, 869 (887 ff.); *Cooter/Ulen, Law and Economics*, 5. Aufl., Boston 2007, 393 ff.; *Schavell, Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts 2004, 244 f.; 以下については、既に、*Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?* (op. cit. Fn. 40), 463 ff.; *ders.*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 98 f. 参照。

るということを前提にしている⁶³⁾。さらなる安全対策費用の限界費用が、それでもって回避されなければならない損害の価値よりも大きくなるに至るまで、費やされるべき注意はそのぶん拡張すべきであり、危険な活動の量はそれだけ軽減される。この前提に対応しているのは、過失責任および危険責任という伝統的な責任システムであり、それは一般に、それが原因者に事実上その者によって惹起された損害を再び償う——それは、より多くもなく、より少なくもなくである——ことを義務付ける。その際に、注意義務に違反し又は特に危険な活動によって惹起された全ての損害が、実際上も主張され、加害者が回復を求められるということが暗黙に前提とされている⁶⁴⁾。現実において、この前提は決して完全には満たされない。特定の損害類型では、しかしながら、損害賠償請求権の大部分は主張されない。このことが起こる限りにおいて、責任法のインセンティブは空転する。

このような害悪を除去するために、とりわけポリンスキー／シャヴェルによって懲罰的損害賠償という手段を組み入れることが提案された⁶⁵⁾。この提案によれば、実際に存在する損害賠償請求権の実行の蓋然性が明らかに1 (100%) よりも小さい場合には、超填補的な損害賠償を命ずる給付判決が常になされる。現存する行使による欠損を埋め合わせるために、原告に与えられるべき賠償額は、請求権の行使の蓋然性に反比例して掛け算されなければならないという。したがって、例えば、請求権の行使の蓋然性が0.25 (25%又は $\frac{1}{4}$) であるならば、個人的に被る損害とそれでもって負担される賠償額に因子4 (1 : 0.25) が掛け算されなくてはならないという。個々の被害者が、例えば1,000の範囲で損害を被るとすれば、この提案によるとその者には4,000の賠償額が与えられなくてはならない。

63) 以下については、*Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 10. Aufl., München 2006, Rn. 59 ff. のみ参照。

64) *Wagner* (op. cit. Fn. 35), 32 f.; *ders.*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 23, 98.

65) *Polinski/Shavell* (op. cit. Fn. 62), 869.

2. アメリカ合衆国における実務

いま述べられた経済学的な計算は、アメリカ合衆国法において決して承認されているわけではなく、アメリカ合衆国の裁判所の実務を説明できるものでもないということが、強く強調されなくてはならない⁶⁶⁾。陪審員は懲罰的損害賠償を課するに際して、依然として行使による欠損ではなく、特別の不快な行態に反応し、それによって呼び起される憤慨によって、部分的に法外な額の給付を命ずるに至る⁶⁷⁾。これに対して、経済学理論は懲罰的損害賠償の合理化および限定化の試みである。アラバマ州のある裁判所は、*BMW of North America v. Gore* 事件の悪名の高いことで有名な判断の中で前に叙述された根本思想を取り上げ、輸送中に損害を受け、引渡し前に修理がなされた思いもかけない新車の買主に、その者個人の損害はたった4,000ドルの額であるにもかかわらず、400万ドルの額の損害賠償を与えた⁶⁸⁾。このことにとって決定的だったことは、事故に遭った新車——裁判所はその数を1,000と見積もっている——の買主の多くが、しばしばその事故について全く知り得なかったので、損害賠償の主張を断念したということにある。州最高裁判所はこの判決を破棄し、懲罰的損害賠償の範囲を限定し、したがって原告は結局のところなお50,000ドルを受け取った⁶⁹⁾。他の点でもアメリカ合衆国最高裁判所は経済学モデルに依拠することや、懲罰的損害賠償を行使による欠損の填補に適応させることを拒絶した⁷⁰⁾。かくて実務に関しては、懲罰的損害賠償が単に行態のコントロー

66) 詳細は、Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe? (op. cit. Fn. 40), 473 ff.

67) Kahnemann/Schkade/Sunstein, Shared Outrage, Erratic Awards, in: Sunstein/Hastie/Payne/Schkade/Viscusi (Hrsg.), Punitive Damages - How Juries Decide, Chicago 2002, 31 ff.

68) *BMW of North America, Inc. v Gore*, 646 So.2d 619 (627 f.) (Alabama 1994). 賠償金額はアラバマ州最高裁判所によって200万ドルに減額された; aaO, 629.

69) *BMW of North America, Inc. v Gore*, 517 U.S. 559, 568 ff. (1996).

70) *Cooper Industries, Inc., v Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (439) (2001, per Stevens, J.): 「そのような懲罰的損害賠償に対するアプローチが抽象的な政策問題としてはいかに魅力的であれ、陪審員が懲罰的損害賠償を与えると、

ルという意味での威嚇だけではなく、犯された不法についての報復という意味での処罰にも奉仕するということにとどまっている⁷¹⁾。

3. 評 価

實際上、行使による欠損の填補のために懲罰的損害賠償を動員することには、集团的損害にとって顕著な行使の問題の解決に一つの寄与をなす可能性はあるのだろうか。いずれにせよ包括的に適切な手段に関わる問題ではない。大規模損害の場合には、最初の原告に全関係人の損害全体に相当する額を与えることは全く排除されなくてはならない。もしそのような態度が採られるとすれば、さらなる被害者の後続の訴訟は棄却されなければならないが、それは後続原告の募集という結果になり、またそうでないとすれば被告がさらに敗訴させられなければならないが、それが責任の重複に匹敵することになるであろうかのいずれかである⁷²⁾。

行使による欠損の埋め合わせの目的で組み込まれた懲罰的な損害賠償は、ただ拡散損害の場合にのみまじめに議論する価値があり、その場合には、個々の被害者は個々の損害の範囲がごくわずかであるがゆえに全く無関心であり、したがって動かないとされる。第三者が彼らの損害賠償請求権を束ねて主張し、その者がそれで利得を得ないのであれば、懲罰的損害賠償には不当な点は生じ

そのような最終的に調整された抑止の目盛りの行使に通常は従事しないことは明白である……。いずれにせよ、予防は懲罰的損害賠償によって提供される唯一の目的ではない……。むしろ懲罰的損害賠償の**予防機能**でさえ、経済上の「最適な抑止」によって**はじめて**提供されることは少しも明白ではない。」(強調は原文におけるもの)。Colby, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, (2003) *Minnesota Law Review* (Minn. L. Rev.) 87, 583 (607 f.).

71) *Pacific Mutual Life Insurance Co. v Haslip*, 499 U.S. 1 (19) (1991); *BMW of North America, Inc. v Gore* (op. cit. Fn. 69); *State Farm Automobile Mutual Insurance Co. v Campbell*, 538 U.S. 408 (416) (2003); *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, Tübingen 1999, 18; *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, Tübingen 1999, 61 ff. (112) 参照。

72) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 100 f.

ない。問題は、ここでは個々の損害の集束が一つの集合体となり、それに応じて生じた賠償金額という賞金が訴え提起のインセンティブを歪曲するという点にある。最初の原告が、訴額の基準にしたがって費用を要求されるとすれば、訴訟リスクは著しく高いものであり、その結果、ほとんど誰もそれを引き受けないであろう。これに反して、訴額が法律上の上限によって限定されるのであれば、それでもって高額が勝ち取られるであろう第一の訴えをめぐる競争が生じるであろう。いずれの事例においても、不法な行為のゆえの多くの訴えの競合を規律する必要がある、その場合に「裁判所手続へのレース」が回避されるべきだとするならば、決して優先主義にしたがった手続が許されてはならない。おそらくは後続訴訟が第一の訴えに引き続いて許容され、かくして集団的権利追求を可能にする以外の道は残されてはいない。しかしその場合、それによって多数の人が共同して又は人的団体が原告として登場する集団的な訴訟追行の手段を直接設定することが有用であるように思われる⁷³⁾。

II. 共同訴訟

ヨーロッパの諸民事訴訟法は、多数の被害者の請求権が、一つの法的争訟において並行的に主張されるということを例外なく許容している。このことはここではより詳細に叙述されえず、むしろドイツ法を例にして例示的に記述される。ZPO59条2選号によれば、複数の者が事実上又は法律上同一の原因により権利を有するとき共同訴訟人として訴えることができ、ZPO60条によれば、同種の請求権および本質的に同種の事実上および法律上の原因にもとづく請求権について同じことが妥当する。いずれの規定が問題となるかどうかとはかわりなく、いずれにせよ同一の不法行為を理由として賠償を要求する複数の被害者は共同訴訟人として訴えることができるという点について一致がある⁷⁴⁾。たし

73) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 102.

74) *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band II, 22. Aufl., Tübingen 2004, § 60 Rn. 3; *Hübtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., München 2008, §§ 59, 60 Rn. 3; *Vollkommer*, in: Zöllner, ZPO, 27. Aufl., Köln 2009, §§ 59, 60 Rn. 7.

かに異なっているが、しかし同種の不法行為、例えば一連の欠陥のある製造物の販売が問題となっている場合に、同じように判断がなされなければならない。共同訴訟は、弁論と判決が共通に実施される一つの裁判に多くの個別的な訴訟を統合することを可能にする。それを越えた請求権と訴訟法律関係の「共同化 (Vergemeinschaftung)」はいずれにせよ認められず、独立した請求権と訴えの集束にとどまっている。原告側の共同訴訟の場合には、個々の原告全てが、法治国家的手続の完全な保障、とりわけ法的審尋が成立し、主張されている請求権と訴えについての無制約の処分権限を行使する当事者である。全ての個人は、訴えをさらに追行するか、取り下げるか、あるいはまた訴訟上の和解に同意するつもりかを自律的に決断することができる。

かくして、共同訴訟を ZPO にとって不可欠のものにするが、集団的権利保護の問題の解決が問題となっている場合に、他方で不十分であると思わせる原因がこれによって示されている。共同訴訟は、単体の集団訴訟ではなく、多くの同じ方向を向いた個別訴訟の共通の弁論と判決に関する呼称である。それに「関与」するためには個々の被害者全てが訴えを提起しなければならないので、拡散損害に関して典型的な合理的無関心の問題は除去されない。大規模損害の場合には共同訴訟はより良い成果を収めるが、それでもやはり、一つの訴えで個々の訴訟を純粋に訴訟上集束化する場合に達成されるであろう削減可能性にはずっと劣っている⁷⁵⁾。

Ⅲ. 譲渡と消費者団体およびカルテル企業の債権回収の訴え (Einziehungsklage)

連邦司法省は、既に構築された集団的権利保護の手段に、いわゆる債権回収の訴えを含めている⁷⁶⁾。その際に、団体、とりわけ消費者団体が、自らの名において主張するために、構成員の損害賠償請求権の譲渡を受けるという事例が問題になっている。譲渡の代わりに、債権回収権限の授権も問題となっている。

75) 下記 F. 参照。

76) *BMJ* (op. cit. Fn. 33), 2 f.

多数の請求権を共同して主張するためにそれらを一つの手束ねる可能性は、それ自体新しいことではないし、特に消費者保護の領域における集团的権利保護に向けられているわけでもない。これに相当する譲渡の意思表示が私法上有効であることは、それ自体疑いの余地はないものとされてきた。それにもかかわらず、この当然の事実を確認するために同じく BGH 判決を必要とするのであれば、2008年7月まで通用していた法律相談法（以下「RBerG」とする。）のゆえにであり、それは弁護士以外の他人による他人の法的事件の事務的な世話に狭く局限された限界を設けていた⁷⁷⁾。ともかくも RBerG は、2002年の債務法改正以来、その3条8号に明示的な規律を有しており、それによれば、消費者センターおよびその他の公的な手段で支援されている消費者団体による他人の債権の裁判上の回収と回収の目的で譲渡された消費者からの債権の回収が、たとえ消費者保護のための必要性の限界内においてであるにせよ、適法とみなされた⁷⁸⁾。BGH は、消費者センターが集団訴訟という方法で90人の銀行顧客の譲渡された権利にもとづいて貯蓄銀行を訴えた事例において、この要件を肯定した⁷⁹⁾。第11民事部の理由づけは、完全に拡散損害の事例群に向けられていた。すなわち、不当に高い訴訟費用が消費者を脅かして個人の損害賠償請求権の追求を断念させる限りにおいて、団体が身を挺して助力することが許される。新たなリーガル・サービス法（以下「RDG」とする。）によって、消費者団体の訴訟上の地位は、さらに強化されている。すなわち、RDG によれば、消費者団体はいまや一般にその任務と管轄領域において法役務の提供をもたらす資格を有するが、そのために RDG2条によれば、取立譲渡又は取立授權にもとづく債権の主張も属している⁸⁰⁾。ZPO 新79条2項2文3号によれば、

77) BGH, 14.11.2006, BGHZ 170, 18 (21), Rn. 10 ff.

78) これについて詳細は、Stadler, Musterverbandsklagen nach künftigem deutschen Recht, in: Gottwald/Roth (Hrsg.), FS für Ekkehard Schumann, Tübingen 2001, 465 (474 ff.).

79) BGH (op. cit. 77), BGHZ 170, 18 (29), Rn. 29 ff.

80) 特にこの目的で創設された民事会社による初期の RBerG による集団訴訟の適法性については、Koch, Sammelklagen durch eine BGB-Gesellschaft, NJW 2006,

消費者団体は本人訴訟での代理資格さえ有している。

しかし、消費者保護法以外では、債権回収の訴え、すなわち本来他人の債権を取立譲渡にもとづいて自己の名で主張することは、危うい取扱いにとどまっている。このテーゼは、カルテル法上の損害賠償請求権の行使を集団訴訟という方法で自己の目的とする試みに対抗して設けられた著しい法的なハードルによって例証される。ベルギーの株式会社である *Cartel Damage Claims SA*（以下「CDC」とする。）が、取立譲渡にもとづいて訴えた、したがって自己の権利を主張したにもかかわらず、譲渡人がCDCとした合意にもとづいて訴訟費用の一部を負担し、訴訟の結果に関与せしめられるので、訴訟追行権が問題となっている。デュッセルドルフの裁判所はCDCのやり方の訴訟上の適法性を正当にも肯定したにもかかわらず、やはり集团的権利保護がどのような抵抗にあうかという対立する見解を示している⁸¹⁾。

私的自治にもとづく他人も利用できる債権回収の訴えの適法性をめぐる争いとはかかわりなく、集团的権利保護の欠損を除去するためにこの制度を受け容れることでは不十分だということは明白である。譲渡された債権を束ねた形で主張するための譲渡の意思表示の「収集」には時間がかかる。このことはとりわけ、同時に訴訟リスクと期待された利益、したがって損害賠償金額の分配が両当事者の下で交渉されなければならない場合に妥当する。これと結びつけられた取引費用は、著しい損害賠償金額がかかっている場合にはじめて報われる。カルテル不法行為法において、例えばCDCの取引モデルは、競争制限に違反する潜在的な被告の行為によってそれぞれ重大な損害を被ったいわゆる第一の引受人の損害賠償請求権を考慮して機能する。債権回収の訴えは、後続する引受人——セメントカルテルの場合にはしたがって多くの小さな家屋建築者——

1469; 烈しく反対するのは、*Scholz*, Individualer oder kollektive Rechtsschutz? Zum Verfassungsproblem der Zulassung von Sammel-, Gruppen- und Verbandsklagen, *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)* 2003, 248 (255).

81) *LG Düsseldorf*, 21.02.2007, Betriebsberater (BB) 2007, 847; *OLG Düsseldorf*, 14.05.2008, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht (WuW/E) DE-R, 2311 ff.; *BGH*, Entscheidung vom 07.04.2009-KZR 42/08.

の拡散損害の主張のための手段としては、これに対して考慮されない。なぜならば、個々人の損害は、譲渡の合意を討議するための費用を正当化するには僅少にすぎるからである。

Ⅳ. グループ訴訟

1. オプト・アウト主義によるグループ訴訟

a) アメリカ合衆国のクラス・アクション

最近の法政策上の議論において、アメリカ合衆国に由来するクラス・アクションは、——好みにしたがって——お手本、カリカチュアおよび恐怖のシナリオとされている。クラス・アクションの基本モデルは、個々の原告——いわゆる主導的原告（Leading Plaintiff）——が被害者の大きなグループの侵害された損害を主張する点にある⁸²⁾。その他のグループ構成員は、たしかに訴え提起についての情報を与えられるべきであるが、訴訟当事者にはならず、法的審尋を付与されず、通常はいかなる訴訟追行への影響力をも獲得しない⁸³⁾。いずれにせよ、彼らは、損害賠償に向けられたクラス・アクションの場合には、いわゆるオプト・アウトという方法での降りるための権利を留保している⁸⁴⁾。平均して関係人の0.1ないし0.2パーセントしかそれを使用してはいない⁸⁵⁾。クラスにとどまる構成員は、手続に関与する、例えば口頭弁論（ヒアリング）に参加し又はクラス・アクションに正式に参加する機会をもつ⁸⁶⁾。実務上は、このことはきわめて稀にしか起こらない。

訴訟物についての処分権限は通例もっぱら主導的原告のもとにあり、この者は他方で、完全な訴訟リスクを一人で引き受けている。ヨーロッパでの状況と

82) 個別的な要件については、Baetge/Eichholtz, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (op. cit. Fn. 54), 314 ff.; Eichholtz, Die US-amerikanische *class action* und ihre deutschen Funktionsäquivalente, Tübingen 2002, 77 ff.

83) Eichholtz (op. cit. Fn. 82), 134 ff.

84) 詳細については、Eichholtz (op. cit. Fn. 82), 147 ff.

85) Eichholtz (op. cit. Fn. 82), 149.

86) Eichholtz (op. cit. Fn. 82), 150 ff.

は異なっており、アメリカ合衆国の訴訟リスクは、いずれにしても自己の弁護士の成功報酬を負担するにとどまる。ただし、勝訴者主義（Obsiegensprinzip）による費用償還は許されていないからである^{訳注1)}。請求が認容された限りにおいて、勝ち取られた金額がいずれにせよクラスの構成員に分配される。このようなクラス・アクションのリスクの構造は、自身は準備ができているであろう原告が賭けに出て、クラスの構成員の請求権の行使を試みるという結果になる⁸⁷⁾。クラス・アクションは単に弁護士、詳しく言えば損害賠償請求において原告側の代理に特化した弁護士事務所（原告側弁護士）によってのみ行われる。それらはビジネスとしてたずさわっており、労働時間の多くを訴えの準備と実行につき込むが、勝訴した場合には裁判所から勝訴した金額のかんりの部分——平均して25-30%——を認められ、与えられる⁸⁸⁾。

ｂ）大規模不法行為

クラス・アクションのこの本来の機能は、拡散損害の主張を可能にする点にあった⁸⁹⁾。1970年代以降、ようやくクラス・アクションは第二の機能、すなわち大規模損害の共同の主張を容易にするという機能を生み出した⁹⁰⁾。このような事例では個々のグループ構成員の個人的な損害が著しいので、ここでは

訳注1) これに対して、ドイツでは勝訴者主義による費用償還のルールが採られており、それは、„The Winner Takes it All“などと表現される。これについては、Wagner, Litigation Costs and Their Recovery: The German Experience, Civil Justice Quarterly 28 (3) 2009, S. 367 ff. がある。

87) Baetge/Eichholtz, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (op. cit. Fn. 54), 323 f.

88) いわゆる Lodestar 定式については、Baetge/Eichholtz (op. cit. Fn. 87), 346 f.

89) Baetge/Eichholtz (op. cit. Fn. 87), 288.

90) Coffee, Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action, (1995) Columbia Law Review (Colum. L. Rev.) 95, 1343 (1356 ff.) によって詳細に展開が叙述されている；それ以前に既に、Miller, Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the 'Class Action Problem', (1979) Harv. L. Rev. 92, 664 (668); また、Baetge/Eichholtz (op. cit. Fn. 87), S. 292 ff.; Beuchler, Länderbericht Vereinigte Staaten von Amerika, in: Miklitz/Stadler, Das Verbandsklagerecht in der informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Münster-Hiltrup 2005, 941 (965 f.); Eichholtz (op. cit. Fn. 82), 46 ff.

オプト・アウトの可能性が机上の空論でないばかりではなく、活発に利用されているということも驚きではない⁹¹⁾。それにもかかわらず、訴訟追行権を主導的原告の手に集中することは大規模損害の場合にはきわめて疑問であり、こうした事例におけるアメリカの裁判所の態度は非常に慎重である⁹²⁾。こうした調査結果は、拡散損害と大規模損害が一緒くたにされるのではなく、異なった法的手段を必要としているということを印象深く示している。オプト・アウト主義によって機能しているアメリカ合衆国由来のクラス・アクションは、拡散損害を理由とした損害賠償請求権の行使のために使用できる手段ではあるが、大規模損害の行使のために使用できる手段ではない。拡散損害の場合には、各人がわずかに関わっているにすぎないので、訴訟追行が一人の原告ないしその背後にいる弁護士の手集中されても不法は生じない。各個人が著しくかかわっている大規模損害の場合には、事柄は全く別である。一つの手へ訴訟追行を集中することおよび訴訟の結果に拘束されたくないのであればオプト・アウトの権利を適時に行使しなければならないという個人の不利益へ起訴責任を転換することは、ここではほとんど正当化されえない。結局のところ、個々の被害者の手続権が司法の効率という利益において犠牲にされている。代替的な手段が自由になる場合には、個々のクラスの構成員の要求がアメリカ風のクラス・アクション (*class action à l'américaine*) のそれよりも保障されるのであれば、少なくともそのことに対するきっかけは存在しない。

c) 拡散損害

クラス・アクションにとっては拡散損害が残されており、したがってこの事例群を考慮すると、この手段はそれがヨーロッパにおいて受けている評判より

91) *Eichholtz* (op. cit. Fn. 82), 149 f.

92) 指針となるのは、*Richard Posner* によって下された判決 *In re Rhone Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298 ff. (7th Cir. 1995, per Posner, J.); *Nagareda*, *Aggregation and its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA*, (2006) *Colum. L. Rev.* 106, 1872 (1879 ff.).

も良いものである。各個人にとって何かが危険にさらされているわけではほとんどないので、グループの構成員を広範囲にわたって軽視することが、ここでは正当化される。こうしたクラス・アクションという伝統的な異種の目的は客観法の確証 (Bewährung des objektiven Rechts) であり、別な表現をすれば、その侵害が問題となっている法律上の行態基準と結びついたその規律目標のための行態のコントロールである。

その中心的な問題点は、それに内在する濫用の可能性である。それゆえ後者は、主導的原告の背後にいる弁護士が無関心な原告たちのグループのために行動し、しかも訴訟依頼人自身が同様にわずかな損害しか被っていないので、その者によってコントロールもされないということに関連している。この利益状況が、いずれにせよある歪みをクラスの構成員とその訴訟代理人の間の主要人物－代理人関係の枠内において激化させ、数多く不満の述べられているクラス・アクションの濫用にとっての主な源泉である。典型例として、被告に和解を申し合わせる目的のみで提起されるクラス・アクション (恐喝的和解 (blackmail settlement) の目的の和解的クラス・アクション)⁹³⁾ および和解ができる限り多く弁護士に収入をもたらす、可能な限りグループの構成員には流入しないクラス・アクション (とりわけ、いわゆるクーポン和解 (coupon settlement))⁹⁴⁾ 訳注2) が挙げられなければならない。このような問題点はアメリカ合衆国自体においても見られ⁹⁵⁾、立法者をたびたび、最後に2005年にクラス・アクション公正化法 (CAFA) でもって、介入する気にさせた⁹⁶⁾。

93) *Eichholtz* (op. cit. Fn. 82), 48; *Beuchler* (op. cit. Fn. 90), 970.

94) „恐喝的和解 (Blackmail Settlement)“ という表現は、*Friendly*, *Federal Jurisdiction: A General View*, New York 1973, 120. にさかのぼる。

訳注2) 少額の商品券を配布することで終わる和解のこと。

95) 明示的には、*Priest*, *Procedural versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, (1997) *Journal of Legal Studies* (J. Legal Stud.) 26, 521.

96) これについては、*Sherman*, *Class Actions after the Class Action Fairness Act of 2005*, (2006) *Tul. L. Rev.* 80, 1593; *Vance*, *A Primer on the Class Action Fairness Act of 2005*, (2006) *Tul. L. Rev.* 80, 1617; *Nagareda* (op. cit. Fn. 92), 1872 (1909 ff.). 市場責任の領域におけるクラス・アクションの濫用を阻止するための初期の

この争いのない欠点にもかかわらず、拡散損害の精算のための手段としてのクラス・アクションを十把一絡げに弾劾するのはあまりにも月並みである。クラス・アクション公正化法にとってのきっかけとなった最も重大な濫用は、クラス・アクションそれ自体とその要件ではなく、大規模損害の場合の併合 (joinder) のための水門を無思慮に開くというアメリカ合衆国の南東部の特定の州の裁判所の傾向である (いわゆる魔の裁判地 (hellhole jurisdictions))⁹⁷⁾。ヨーロッパにおいて支配的な訴訟上の大枠の条件の中で、オプト・アウト主義にもとづくクラス・アクションは、アメリカ合衆国におけるとは全く異なって機能するだろう。敗訴の場合における費用償還義務の同時的な導入の場合に成功報酬がなくなるということは、ヨーロッパのクラス・アクションにとって完全にはないにしても大いにゆすりの可能性を失わせる。職業裁判官のために陪審員を追放することおよびディスカヴァリー制度の下での理性的な基準を逸脱した訴訟上の解明義務が後退していることは、駄目押しをするであろう。それでもやはりアメリカ起源のクラス・アクションはヨーロッパにとって現実的な選択肢ではない⁹⁸⁾。法文化とこの大陸の政策的趣向は、団体による権利行使を設定することにより明らかに対応している。この点については再論する⁹⁹⁾。

立法者の試みについては、Private Securities Litigation Reform Act 1995 を参照：これにつき、*Bohn/Choi*, *Fraud and the New Issues Market: Empirical Evidence on Security Class Action*, (1996) *University of Pennsylvania Law Review* (U. Pa. L. Rev.) 144, 903.

97) 毎年公刊される「司法の地獄 (Judicial Hellholes)」についてのアメリカ不法行為法改革協会 (American Tort Reform Association) の報告書を参照。インターネットにて入手することができる。 <http://www.atra.org/reports/hellholes/report.pdf>. ミシシッピー州での状況についての詳細は、*Behrens/ Silverman*, *Now Open for Business: The Transformation of Mississippi's Legal Climate* (2005) *Mississippi College Law Review* (Miss. C. L. Rev.) 24, 393.

98) 前注42), 43) 参照。

99) 下記 D V. 参照。

2. 代表訴訟

アメリカのクラス・アクションの基本理念に対応するのは、イギリスの代表訴訟であるが、そこでは一方当事者——代表原告 (representative claimant)——が訴えを同時に、同等にかかわっている者全ての名において提起することができる¹⁰⁰⁾。イギリス法における代表訴訟の適法要件は、代表者と彼によって代表された者が同等の利益に関わっていることである。イギリス民事訴訟規則 (以下「CPR」とする。) ルール19.6は、「当該利益を有する他の全ての者の代表者として同等の利益を有する者」であることを要求している。判例の展開は、たしかに「同等の利益の要件」が常に緩やかに解釈されるという傾向を示しているが¹⁰¹⁾、アメリカ合衆国におけるほどにはこの基準は緩いものではない¹⁰²⁾。このことは、とりわけその行使につき集団的な損害の填補が不可能なため代表訴訟が通例利用できない損害賠償請求権について妥当する。すなわち

「損害は、利害関係人の属するクラスの構成員が受けた特定の損失を示すことなくして、『漠然と』認められてはならない。個人の損失の計算は入念かつ正確でなければならない。イギリス法は、この計算に対する近道を認めてはいない」¹⁰³⁾。

いずれにせよ *Prudential Assurance Co. Ltd. v Newman Industries Ltd.* の事件におけるリーディング・ケース以降、全被害者を代表訴訟という方法で共通の責任原因に確定し、次いで個々の事例における金額算定に接続することが

100) 詳細については、*Andrews*, English Civil Procedure, Oxford[u.a.] 2003, Rn. 41.57 ff. 代表は被告側にも生じるが、これは例外である；*Andrews*, aaO, Rn. 41.58 参照。

101) 基本的に、*Duke of Bedford v Ellis*, [1901] A.C. 1, 8, 10 (HL 1900); *Ellger*, Die Bündlung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozess, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (op. cit. Fn. 54), 110 ff.

102) *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.60 f.

103) *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.74; 判例からは、*Markt & Co. v Knight Steamship Co. Ltd.*; *Sale & Frazar v Knight Steamship Co., Ltd.* [1910] 2 K.B. 1021 (1028 ff.) (C.A. 1910)。

許容されている¹⁰⁴⁾。

適法性のハードルが取り去られれば、代表訴訟の実施にとってアメリカのクラス・アクションと同様の諸原則が妥当する。代表原告は主張されている請求権についての完全な処分権限をもち、したがって上訴の申立てと同様に訴えの取下げについて決断することができ、そして彼は集团的な請求権を有効に和解に導くことができる¹⁰⁵⁾。被代表原告の明示的な関与は必要でないのみならず、彼らに手続に関してとにかく通知される必要はない¹⁰⁶⁾。しかしながら、クラスの構成員が代表訴訟を知った場合には、その者はクラスから離脱（オプト・アウト）できる¹⁰⁷⁾。これをしなかった場合には、CPR19.6の4項によれば、あたかも被代表者が訴訟を自ら追行したかのように、判決が被代表当事者にとって完全に有利にも不利にも及んで行く¹⁰⁸⁾。

イギリスの代表訴訟は、とりわけそれがアメリカ合衆国の濫用の可能性を野放しにすることなしに、権利保護形式がオプト・アウト主義ないしさらに進んだ集団化で基礎づけられるということを示しているため、われわれのテーマ設定にとって興味深い。こうしたメリットは、いずれにせよ CPR における代表訴訟の形態だけでなく¹⁰⁹⁾、アメリカ合衆国の民事訴訟における特別の枠組み条件がイギリスでは並行した形では存在しないということにも関連している¹¹⁰⁾。

104) *Prudential Assurance Co. Ltd. v Newman Industries Ltd. (No. 1)*, [1981] Ch 229 (254 f.); sowie [1982] 1 Ch. 204 (C.A.), *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.75 ff.

105) *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.65.

106) *Ellger* (op. cit. Fn. 101), 110; *Beuchler* (op. cit. Fn. 90), 898 f.

107) *Andrews*, Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions, (2001) *Duke Journal of Comparative and International Law* (Duke J. Comp. & Int'l L.) 11, 249 (251 f.); *Beuchler* (op. cit. Fn. 90), 898 f.

108) *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.63; *Ellger* (op. cit. Fn. 101), 115.

109) *Andrews* (op. cit. Fn. 107), 253 ff.

110) *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.101 ff.; アメリカ民事訴訟法の「毒入りカクテル (toxic cocktail)」については、前記 IV 1. c)。

3. オプト・イン主義によるグループ訴訟

クラス・アクションのアメリカ版と比較にならないのは、オプト・イン・システムによって機能しているグループ訴訟である。ここではグループは関連性という実体法的基準によってではなく、いかなる人物が当該訴えに加わったかということによって訴訟法的に定義される。したがって、オプト・イン型のグループ訴訟は、個々のグループ構成員全員の訴え提起を必要とし、加わっていない者は、関与していない。例えば、イギリスのグループ・リティグेशन・オーダー (group litigation order)¹¹¹⁾ 訳注3) とドイツの投資家ムスタ訴訟 (Kapital-Musterklage)¹¹²⁾ が、この原則によっている。

共同して訴えることが現行法上 (de lege lata) 既に可能であるという状況に鑑みるならば¹¹³⁾、伝統的な民事訴訟上の制度の比較的慎重な展開が問題である。どの範囲でこの展開が実施されるかはアプリオリに確定しているのではなく、立法上の形成に服している。したがって、例えば共同訴訟についての規律のみを修正すること、例えばこれを訴額の評価に際して優遇すること——すなわち訴額の上限の設定および／又はパーセンテージ割引の保障によってそうすること——が考えられよう。こうすることによって、国家はグループ訴訟によって勝ち取られた効率性の利得の一部を当事者に払い戻し、そして後者はこれによって制度の利用にインセンティブを与えられうるかもしれない。

規律の任務の第二部は、全ての構成員の有利および不利な確定を広く及ぼすことを同時的に命ずることで、全ての訴訟についての重要な争点に手を集中

111) これについては、*Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 41.20 ff.; *ders.*, Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions, (2000) *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)* 5, 3 (11 ff.).

訳注3) これは「集団訴訟命令」などと訳されている。例えば、吉垣実「イギリス代表訴訟手続について——わが国の選定当事者制度と団体訴訟制度への示唆——」大阪経済大学論集56巻2号(2005年)129頁。

112) その背景については、*Reuschle*, Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung. Zu den Defiziten im deutschen Prozessrecht, der Übertragbarkeit ausländischer Lösungen und den Grundzügen eines kollektiven Musterverfahrens, *Wertpapiermitteilungen (WM)* 2004, 966 (974 ff.).

113) 上記 D. II. 参照。

することによるさらなる訴訟経済上のメリットを実現することに関連している。ドイツの KapMuG は、それがそのタイトルにおいても「グループ訴訟」という刺激のある言葉を避ける場合には、こうした方向での試みにあたる。最低 9 人のグループ構成員による訴え提起の後に、唯一の事件が選出され、控訴に特化した高等裁判所によって「判断がされる」。その際に関係する事実確定と法的判断は、したがってその他の請求権についても拘束力を持つと宣言される。KapMuG もまた全ての個別被害者による訴え提起を要求しているので、事実上オプト・イン型グループ訴訟の偽装された形式が問題となっている¹¹⁴⁾。

オプト・イン主義にもとづくグループ訴訟ないし KapMuG の類型によるムスタ訴訟は、大規模損害を理由とした損害賠償請求権の共同主張に優れて適している。まさに資本市場法はこれについて良い例を提供している。けだし、欺罔された投資家は典型的に著しい範囲においてその財産を害されているからである。法秩序は、ここでは訴えを提起しないということを考える必要はない。けだし、たとえしばしば権利保護保険の傘に包含されていたとしても、被害者が可能性のある高額な損害金額に鑑みて、裁判所へ行くことを敢行する十分なインセンティヴが存在するからである。そのような事例においては、大規模に提起された訴えの効率的な処理を可能にし、個々の裁判所を何年もの間封鎖することを回避することのみが問題である。オプト・イン主義によって組織されたグループ訴訟は、まさにこれを果たしている。

反対に、オプト・イン型のグループ訴訟は、拡散損害の場合には適切な手段ではない¹¹⁵⁾。拡散損害の問題点は、個人が被った個別の損害がわずかであるがゆえに訴え提起に対するインセンティヴが存在しない点にある。転回点は、こうしたインセンティヴが全く設定されるべきではない点である。例えば、全てのドイツ又はヨーロッパに住む消費者がそのつどわずかなユーロの規模の損

114) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 124; 下記 F. III.

115) *Stadler* (op. cit. Fn. 78), 468.

害賠償請求権をカルテルを締結したビタミン生産者に訴えによって主張することを試みるならば、裁判所はすでに多くの文書の単なる管理にあえぐがゆえに、数年にわたって麻痺させられることになろう。誰も明らかに利用しないが、大きな額の管理費用を生じさせる書類の山を生産することに、そもそも実際的な理由もない。しかし、オプト・イン型のグループ訴訟並びにムスタ訴訟は、すべての個別的な被害者による訴えの提起を必要とするので、それらは拡散損害の場合には無益に終わる。もし、例えば国家が訴え提起のための特別なインセンティブを設定しているのでこのことがそうでないとするれば、被害者と司法の乏しい資源が浪費されるであろう。誰もそれに対して利益を有してはいない。この点についての消費者のための集团的権利行使手続に関するグリーンペーパーにおける考慮は、できるだけ早く片づけられるべきである¹¹⁶⁾。これに対して、EC 競争法侵害を理由とした損害賠償請求訴訟に関するホワイトペーパーの立場は、そこで(拡散損害の精算のための)団体訴訟と(大規模損害の主張のための)オプト・イン型のグループ訴訟が相互に組み合わせられるならば、支持を受けるにふさわしい¹¹⁷⁾。

V. 団体訴訟

団体訴訟は、集团的損害を理由とした損害賠償請求権の行使のために、集团的な手段を用いている。多くの個別的被害者の賠償請求権が一つの損害賠償請求権に集束化され、社団の手に委ねられる。このような基礎にもとづいて、団体は損害のユニットの填補を要求し、これに関連する請求権を自らの名において行使することができる。かくして被害を受けた個人々々による譲渡の意思表示の収集とそれと不可避免的に結びつけられた運営費用とは不要である¹¹⁸⁾。全ての個人が全くわずかにしか関わっていない拡散損害の精算が問題となっている場合には、この費用の節約が問題である。1ユーロを下る領域の個人損害の場

116) 前注31) 参照。

117) Weißbuch (op. cit. Fn. 3), 4 f.

118) 上記 D. III. 参照。

合には、既に若干の必要書類の費用が各個別的請求権の価値との不均衡を起こす。

ヨーロッパにおいては、フランスが損害賠償請求権に向けられた団体訴訟での指導者的な役割を要求しうる。フランスの団体の私訴 (*action civile*) は、刑事訴訟法上の付帯私訴手続において主張されるべき損害賠償請求訴訟であり、それは客観法の実現と団体によって代表された利益の要求に奉仕する¹¹⁹⁾。その際に、フランス法は決して消費者の利益に固定しているのではなく、さらに環境保護、動物保護、戦争犯罪の償いおよびフランス語の保護という利益を認識している¹²⁰⁾。したがって、まず第一にフランス型の団体訴訟は損害の填補に向けられているのではなく、行為者にその正当な刑罰を与えるという目的を追求している¹²¹⁾。フランス型の団体訴訟においては、刑事訴訟上の私訴(フランス刑事訴訟法374条以下参照)の要素と、たしかに刑事訴訟上の付帯私訴手続で追求されるが、核心において「集団的な損害 (*dommage collectif*)」の賠償に向けられた私法上の損害賠償請求訴訟であるものが、混在している¹²²⁾。それに加えて、たしかに一連の民事訴訟上の団体訴権が存在するが、

119) これについては、*Baumann*, Die neuere Entwicklung des Mittelstands-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutzes in Frankreich – Bericht über Inhalt und Anwendung der “loi Royer” von 1973, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil (GRURInt) 1975, 367 (376 ff.); *Puttfarken/Franke*, Die action civile der Verbände in Frankreich, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (op. cit. Fn. 54), 149 ff.; *Koch*, Die Verbandsklage in Europa – Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 113 (2000), 413 (420); *Mäsch*, Anmerkung zu Tribunal de Grande Instance de Paris, Einstweilige Verfügung des Präsidenten vom 22.05.2000 – (Studentbund als Staatsanwalt im Cyberspace: Wie weit reicht die französische Verbandsklage?), ZEuP 2003, 375 (382 ff.).

120) *Viney/Jourdain*, Droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2. Aufl., Paris 1998, Nr. 303-3; *Puttfarken/Franke* (op. cit. Fn. 119), 158 ff. による《Habilitationenormen》の数についての概観。

121) *Viney/Jourdain* (op. cit. Fn. 120), Nr. 303-6; *Viney*, Les obligations (op. cit. Fn. 41), Nr. 6; 適切にも *Puttfarken/Franke* (op. cit. Fn. 119), 173 は、次のように言う：「抑止は予防の手段として動員されている」。

122) *Koch* (op. cit. Fn. 119), 420; *Beuchler* (Fn. 90), 84; *Franke*, Die Verbandsklagen

よく見てみれば、それらは団体自らの権利の主張かその構成員によって個別事件において与えられた個人的権利の行使の授権かのいずれかを前提としている¹²³⁾。このことはドイツにおいてお馴染みのいわゆる債権回収の訴えに広範囲に対応している¹²⁴⁾。その他の点では、フランスの民事訴訟法でも次のことが妥当する。すなわち、「代理人によって訴訟してはならない (Nul ne plaide par procureur)」¹²⁵⁾。

ドイツにおいては団体訴訟は刑事訴訟ではなく、民事訴訟の中で対処している。これに相当するヨーロッパ指令にもとづいた、しかし——そのタイトルによれば——差止めによる救済 (negatorischen Rechtsschutz) に限定される不作為請求訴訟法 (以下「UKlaG」とする。) がここで問題となっているのではない。むしろ問題になっているのは、不正競争防止法 (以下「UWG」とする。) 10条による公正競争法上の団体訴訟と競争制限禁止法 (以下「GWB」とする。) 34a 条のカルテル法上の法的救済で、それらは団体に不作為だけではなく、さらに過去において生じた権利侵害についての金銭の支払いを要求することを各々許している。集团的損害賠償の手段としての公正競争法および競争法上の団体訴訟の機能は、いずれにせよ法律効果が損害の填補ではなく、不適法な市場行為によって獲得された利益の吐き出しに向けられているということによって不明瞭になっている。このような理由からもまた、GWB34a 条にとってのお手本として用いられた UWG10条の規定は、そこから構成要件を故意の権利侵害に限定している準刑罰にかかわっている¹²⁶⁾。実際上の適用において、競争法上の行態によって惹起された消費者の損害はたしかに通例は企業が違法な

der Verbraucherverbände nach dem französischen Code de la consommation im Vergleich zum deutschen Recht, Frankfurt am Main [u.a.] 2002, 68 f.; フランスの付帯私訴の——比較による大きな——意義一般については、*von Sachsen Gesaphe*, Das kränkelnde deutsche Adhäsionsverfahren und sein französischer Widerpart der action civile (Habilitationenvortrag), ZZP 112 (1999), 3 (20 ff.).

123) *Guinchard/Ferrand/Chainais*, Procédure civile, 29. Aufl., Paris 2008, Rn. 149.

124) 上記 D. III. 参照。

125) *Guinchard/Ferrand/Chainais* (op. cit. Fn. 123), Rn. 151.

126) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 112 ff.

やり方で獲得した利益に等しいが、まさにそれゆえに「集团的不法行為」の法律効果は損害賠償請求に向けられ、利益剥奪には向けられないということにとどまるべきであろう。

また、団体訴訟には、それがたしかに集团的損害賠償の問題の解決に寄与するが、包括的に適切な手段ではないということが、当てはまる。団体訴訟は、個人の損害賠償がかなりの範囲に及ぶ大規模損害の場合にははじめから適当ではない¹²⁷⁾。団体が勝訴した場合には、団体に認められた填補金額を委ねることは、全く排除されるであろう。けだし、その場合被害者は事実上没収されるからである。この観点では（そしてこの観点でのみ）、懲罰的損害賠償請求の場合を取り込む場合と同じことが妥当する¹²⁸⁾。

これに対して、拡散損害の精算にとっては、団体訴訟は適切な手段である。ここでは第三者が受けた損害を団体が精算する場合には、何らの害を与えない。けだし、個々の被害者はその者に紙の上でのみ成立する賠償請求権をいずれにせよ行使しなかつたろうからである。関係人へ認容された金額を分配することはたしかに考えられるのだが、数セント又は数ユーロの範囲での金額の場合の甘受はほとんど全く不均衡であろうから、運営上の費用が問題になろう。

E. 拡散損害のための規律の選択肢

損害賠償請求権による集团的権利保護についての前述の概観によれば、議論は今や徹頭徹尾なされるべきであり、拡散損害を理由とした賠償請求権の行使のために考えられるのはいかなる手段かという問題が投げかけられる。これに関連して、大規模損害の領域に関して対応する考慮がなされなければならない¹²⁹⁾。

127) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 119.

128) 上記 D. I. 参照。

129) 下記 F. 参照。

I. 拡散損害の場合の集団的損害賠償の機能

議論の出発点として、拡散損害の領域での損害賠償請求は、唯一の目的、すなわち行態のコントロールという目的にのみ奉仕するということが思い起こされよう¹³⁰⁾。個々の被害者が受けた損害は、数ユーロおよび数セントの支払いによる損害填補を求める要求を承認しなければならない程度の少額のものである。このことはいずれにせよ、私的な予算および裁判所の予算と同様に公的な予算にとっても決定的である欠乏という条件の下で妥当する。少額の範囲の請求権の場合には、運営費用が訴訟物の価額をはるかに上回り、その結果個人の権利追求のしがいはない。関係人は、権利追求を放棄するならば完全に理性的に行動しており、関係人の合理的無関心を克服する法政策は、まずもって試みられるべきでない。けだし、その者は個人に関して理性的なだけでなく、少額損害を理由とした個別訴訟の洪水の下で倒壊することから司法制度を守っているからである¹³¹⁾。それゆえ、欧州委員会によって消費者のための集団的権利行使手続についてのグリーンペーパーの中で考慮された拡散損害を理由とした賠償請求権の個別的主張の容易化のための措置は、これ以上追求されるべきではない¹³²⁾。訴額の限定、勝訴者主義からの転換又は成功報酬の許容のごとき訴え提起の財政的インセンティブは、国民経済上の資源の浪費という結果になる行為を促進するであろう。

拡散損害は、全ての個人にとっては単なる少額ものとしてのみ生じ、損害填補の正当な個人的利益を生じさせないという状況が、損害填補が完全には行われえない、という誤った推論へと誘惑してはならない。多くの少額被害の関係人に対して損害が拡散していることは、仮定的な賠償額が、たしかに個々の被害者にとってはわずかだが、損害の原因者にとって、事情によっては、非常に大きいという結果を引き起こしている。個別訴訟をする価値がなく、集団的権利保護の手段が利用できないので、損害の原因者が填補させられないというこ

130) 上記 C. III. 3. 参照。

131) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 107.

132) 上記 B. II. 注31) の箇所を参照。

とに自信を持っているのであれば、そのような損害の発生することを止めるという何らのインセンティブも存在しない¹³³⁾。また、そのような状況の中で他者の利益又は法的行態基準を無視するために、非難に値するか又は少なくとも非道徳的な態度は何ら必要ない。単なる競争のプレッシャーで十分である。例えば、多くの銀行と貯蓄銀行が、それと結びついた引き落としを、利息起算日の決定を遅れさせる実務とそのことによって生じる少なくなった利息によって相殺するために口座手数料を引き下げるならば、ある「立派な」銀行も全くもって同様に行動するほかはない。このことはいずれにしても、顧客が迅速な利息起算日の決定のためにより高い口座手数料を犠牲にする用意ができていて、というように自らの市場での取引政策を説明することが困難である、という仮定の下に認められる。

通説とは逆に、UKlaG が既に定めているような単なる不作為請求権は、不法行為に対するインセンティブを緩和し又は除去するのには十分ではない¹³⁴⁾。不作為請求権は、将来に関してのみ作用するので、非難された行態を不作為判決の確定まで継続しても、相手方は何一つ失うことはない。こうした考慮は理論の産物ではなく、実務によって確認される。したがってカルテル法の領域では、何人も、競争を制限する行態を不作為請求権のみでもって制裁するという考えには思い至らない。もしあるカルテルの構成員が、最悪の場合には取決めを共同の利益のために続ける必要がないということを危惧したとしても、その構成員ははじめからやらないことに対するわずかなインセンティブしか持たないであろう。しかしまた、公正競争法および消費者保護の領域においても、同様の関係にある。

II. 不適切な手段

拡散損害ではもっぱら行態のコントロールが重要であるという前提の下で

133) 詳細は、*Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 109.

134) 詳細は、*Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 109.

は、裁判所へのアクセス (*access to justice*) を容易にし、裁判所の手続費用を減少させ又は代替的紛争解決 (ADR) のメカニズムを投入することによって、被害者に賠償額を与えることに向けられたあらゆる手段が排除される。消費者のための集团的権利行使手続に関するグリーンペーパーが、裁判所手続の費用並びに消費者損害の領域における紛争解決メカニズムの遅延と複雑性を強調するのであればそれは正しいが¹³⁵⁾、この問題を克服するための試みがはじめてなされたわけでは決してないだろう。ごくわずかな被害を受けた消費者による何百万件もの少額訴訟の提起は、司法、経済および社会にとっての悪夢であろう。

そこから被害者の賠償請求権の訴訟上の集束化に向けられた集团的権利保護のあらゆる手段が、固有の問題——訴え提起のインセンティブがない——を現実には解決せず、異別の問題——司法の負担過重——を尖鋭化させるということが引き出される。それゆえ現存する共同訴訟に関する ZPO の規律を拡充することは考慮に値しない。しかしまた、集团的権利行使手続に関するグリーンペーパーの中で明示的に検討されたオプト・イン型グループ訴訟についても¹³⁶⁾、同様のことが妥当する。オプト・イン型のグループ訴訟は、勇気をふるって訴えを提起しなければならない被害者の積極的な参加を求めている¹³⁷⁾。まさに被害者は個人的に被った損害の少額性という特性のゆえに、そうするインセンティブをもたない。被害者に有利な訴訟費用と訴訟リスクの再分配は、たしかにこれらを一定の要件の下で訴え提起へと促すが、これと結びついた国民経済学上の資源の浪費は除去されず、覆い隠されるにすぎない¹³⁸⁾。それについて誰も関心を持つことはできない。

135) 前注24), 27) 参照。

136) Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 16 Rn. 54 ff.

137) 上記 D. IV. 3. 参照。

138) オプト・イン主義に依拠するものの拡散損害の精算を目的としたスウェーデンのグループ訴訟の欠陥については、Stadler, Gruppen- und Verbandsklagen auf dem Vormarsch?, in: Bachmann/Schlosser (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, FS für Peter Schlosser, Tübingen 2005, 939 (945, 951 ff.)。

同じ理由で、譲渡ないしいわゆる消費者団体の債権回収の訴えもまた拡散損害の集团的填補の問題を保障するのには、適切ではない。こうした手段は既に現行法上利用できるもので、真の規律の選択肢としては、いずれにせよ考慮されない。しかし、運営上発生する費用があまりにも高いので、債権回収の訴えは、拡散損害ではなくせいぜいのところ大規模損害の領域において拡充されるべきであろう。債権回収の訴えを準備するために、利害関係を有する団体は、まず被害者の同一性を確認し、これと個人的に接触をとり、情報獲得のための話し合いを行ない又は対応する手紙を送付する等々をしなければならない。次いで、譲渡の合意を立案し、権利行使へと利害関係人を導き、承諾がなされた後は一つの訴状を提出し、訴えは全ての譲渡人の名前で提起されなければならない。第一審の終了の後には、譲受人は新たな控訴の提起を決断しうるかどうかについて相談しなければならない。最後に、認められた損害賠償金額が各個人に分配されなければならないが、これが複雑な計算を必要としうる。結局、個々の金額が被害者に支払われなければならないのだが、これが再び銀行債務の通知と振替の実施を必要とする。債権回収の訴えの運営上の進行の詳細な記載は、こうした解決がその利用と著しく不均衡な費用をもたらすという確信を支えるのに十分であろう。

Ⅲ. 適切な手段

1. 概 観

かくして原則として適切であろう3つの規律モデル、すなわち懲罰的損害賠償、オプト・アウト型のグループ訴訟および団体訴訟が、拡散損害の場合に必要な行態のコントロールのための正当化されなければならない費用のために顧慮されなければならない。この3つの手段は、それらが個別の個人的被害者全てによる訴え提起を放棄し、これと結びついた不均衡な費用を削減するという点で共通している。3つの選択肢の間の選択は、その他の点ではメリットおよびデメリットによって左右される。

2. 懲罰的損害賠償

懲罰的損害賠償の場合には、個々の原告が、全関係人の損害全部を受け取る
が、彼にとって個人的には——極端に——貰い過ぎな範囲での賠償を受け取る。
かくして生じた訴え提起のインセンティヴの歪みに関して、上で既に必要な事
柄が述べられている¹³⁹⁾。拡散損害の場合の行使による欠損の解決のための手
段として、懲罰的損害賠償はまじめには考慮されない。

3. オプト・アウト型グループ訴訟（クラスアクション）

拡散損害の請求のためのアメリカ合衆国起源の第二の手段は、オプト・アウ
ト型のグループ訴訟である。これの場合には、全被害者による訴えの提起は放
棄され、その結果、これと結びついた費用が節約される¹⁴⁰⁾。填補された損害額
の関係人への分配の費用は節約されず、賠償利益が、賠償の給付を受け取るのに、
例えば商品券を取り戻すのに、十分ではないということが、実務上しばしば現
れる¹⁴¹⁾。まさにそれゆえに、オプト・アウト型のグループ訴訟は主導的原告の
イニシアティヴには帰せられない。もちろん公益のために尽力する人物はしば
しば見出されるが、ある一つの訴訟に結びついた費用とリスクを誰も引き受け
ようとはしないだろう。アメリカの実務では、このインセンティヴの状況が、
主導的原告の弁護士が独特の原告かつリスクの担い手であるという結果になっ
ている¹⁴²⁾。弁護士はクラス・アクションをほとんど自らの計算にもとづいて追
行し、その弁護士事務所でもって訴訟リスクのプールを形成し、その中で勝訴
した訴訟にもとづく利得が敗訴したクラス・アクションにもとづく損失を填補
しないしは上回り、その結果、弁護士事務所が総じて利得を得る。このシステ
ムは、勝訴した事例で弁護士が単なる費用の償還よりも多くを受け取るところ
ではじめて機能する。けだし、そうでなければ勝訴した訴訟にもとづく収入が、

139) 上記 D. I.

140) 上記 D. IV. 1. 参照。

141) いわゆるクーポン和解 (coupon-settlements) については、上記 D. IV. 1.

142) 上記 D. IV. 1.

定義上敗訴した訴訟の費用をカバーするのに、十分ではないからである。したがって、勝訴した金額に対する弁護士との関与は不可避であり、アメリカ合衆国で一般に行われているように、それが無条件に訴訟の程度 (*quota litis*) の形態で認められるのではないのであれば、それが重要であろう。注目に値するのは、イギリスにおいて、勝訴の事例において、最大限そうでなければ生ずるはずの弁護士手数料の倍増を許容するところの1990年の裁判所および法的サービス法以来許容された「底上げ (uplift)」に関連した規律であろう¹⁴³⁾。

当然のことながら、アメリカ合衆国において有力な「原告側弁護士」の形成のためにアメリカ裁判官協会 (2006年までアメリカ・トライアル弁護士協会) の形態において導入された経済的でダイナミックなインセンティブを設定すべく、成功報酬を全ヨーロッパ単位で許容するために弁護士のサービス提供に関する報酬システムを変更することに思い至るかもしれない¹⁴⁴⁾。ヨーロッパにおいて——さらにアメリカ合衆国自体においても¹⁴⁵⁾——こうした展開はきわめて批判的に見られており、したがってこうした理由にもとづいてカルテル法に関するホワイトペーパーにおいて、さらには消費者保護法に関するグリーンペーパーにおいても同様に、アメリカ合衆国の諸関係は、いかなる場合も回避されなければならないという言明が繰り返し見られる¹⁴⁶⁾。実際、パラダイムの転換は、集团的損害賠償請求訴訟にも、弁護士報酬法のみにも限定されず、民事訴訟の費用提供およびそれに取り組む弁護士をまとめてカバーしなくて

143) *Andrews* (op. cit. Fn. 100), Rn. 35.02 ff.; *ders.*, Abuse of Process in English Civil Litigation, ZZPInt 3 (1998), 3 (27 ff.); *Zander*, Cases and Materials on the English Legal System, 10. Aufl., Cambridge/London (u.a.) 2007, 631; *Breyer*, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, Tübingen 2006, 25; Courts and Legal Service Act 1990 の前史と内容についての詳細は, *Schepke*, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, Tübingen 1998, 70 ff.

144) これについての情報は, <http://www.justice.org> 参照。

145) 批判の取りまとめと明確な表現を行なっている中心的な機関はアメリカ不法行為法改革協会であり, 以下のスローガンを標榜している。すなわち, 「公平な法, 公平な裁判官, 公平な裁判所 (Fair Laws, Fair Judges, Fair Courts)」。
<http://www.atra.org> 参照。

146) 前注42), 43) 参照。

はならないであろう。アメリカ合衆国自体で固有のシステムに示されている素っ気ない批判に鑑みると、この種の徹底的な転換のための筋の通った理由はない。かくしてオプト・アウト型のグループ訴訟もまた、拡散損害を理由とした請求の行使の改善のための可能な手段の武器庫からは除外される。

4. 団体訴訟

そのほかに残っているのは団体訴訟であり、それはオプト・アウト型のクラス・アクションの国内化され、かつ団体化された姉妹品として通用しうるものである。団体訴訟は、クラス・アクションと同じく、個々の被害者は手続には関与せず、したがってその開始前には一度も審問されることはない。中心的な相違はリスクの担い手に関わっている。すなわち、オプト・アウト型のグループ訴訟の場合には主導的原告の弁護士が訴訟リスクを、団体訴訟の場合にはそれを団体が引き受ける。団体訴訟という形態は、当然のことながら立法者の処分に服するものであり、ここで詳細において検討されることはない。UWG10条、GWB34a条によって根拠づけられたドイツにおける逸脱した規律の伝統のゆえに、団体訴訟の法律効果は損害賠償に——そして利益剥奪にではなく——向けられるべきであるということが、新たに指摘されている¹⁴⁷⁾。

さらに実務における団体訴訟の運命が決定される2つの中心点が考慮されなくてはならない。なぜならば、それらに団体訴訟の機能を果たす能力が依拠しているからである。第一に、団体はそれに認められた損害額を被害者に支払うことを義務付けられてはならない。そのような分配手続は、それによって個人の場合に生み出される利用と不均衡に立つ浪費を作り出す。このことはついでしたがオプト・イン型のグループ訴訟のコンテキストにおいて既に詳細に描写されたので、ここでは新たな説明を必要とはしない¹⁴⁸⁾。第二に、団体は勝訴の事例において自己の訴訟費用を超過する全ての金額を公共体又は公益組織

147) 上記 D. V.; 並びに, *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 113 f. 参照。

148) 上記 D. IV. 3.

に支払う義務を負ってはならない。UWG10条, GWB34a 条による団体訴訟を考慮すれば、ドイツの立法者は異なって判断し、費用を差し引いた金額は、完全に連邦予算に支払われなければならないと命じた¹⁴⁹⁾。もしかすると表向き (prima facie) 生じるかもしれない印象とは逆に、損害賠償訴訟というビジネスは、団体にとってそれでもって決してゼロ・サム・ゲームになるのではなく、消極的期待値をとまった事業となる。注意深く訴訟リスクを衡量した場合でさえ、団体の責任者は敗訴を排除し得ない。敗訴した場合には、団体は、自らの準備費用、裁判所費用および弁護士費用をかかえたままであり、さらに相手方にその弁護士費用を償還しなければならない。団体は勝訴した訴訟でその時々々の訴訟から生じた費用の填補の単なる填補以上のものを与えられないので、この損失を再び填補することは、決してできない。こうした状況の下では、訴え提起に対する団体の傾向がわずかであるということを叙述することは、困難ではない。しかし、ヨーロッパとドイツの法政策は、さらなる張り子の虎を省くべきではなかろうか。

全ての人に拡散損害の精算のための提訴権を開放し、第一の原告に填補を超える金額を認める懲罰的損害賠償という手段は、これが訴え提起に対するインセンティブを歪めるという結果になり、過大又は過少な訴えのいずれかを生み出すとの理由で、上で拒絶されている¹⁵⁰⁾。このような異議は、団体訴訟については妥当しないのであろうか？これに対して、団体に場合によって過大な額を自己の使用のために委ねるという疑念は正しい。仮に——アメリカのお手本と比較して——おそらく縮小版 (en miniature) であるとしても、利害関係のある弁護士との共同作業において一種の訴えの工場を生じるということは、完全には排除されない。このことが排除されるべきであるならば、公共体又は公益組織へ勝訴金額の一部の支払いが命じられるべきである。団体の適当なりファイナンスを可能にするために、この目的のためにパーセンテージによる、

149) これに対する批判は、既に、Wagner, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 114 f.

150) 上記 D. I.

例えば50%の規模での参加が、絶対的な極限、例えば1,000万ユーロ近くでのそれと組み合わせられるべきであろう¹⁵¹⁾。残された濫用の可能性は、それに対応した真剣さのコントロール (Serioritätskontrolle) が有効に機能した能動的事件適格 (Aktivlegitimation) と「認可」された原告への提訴権の限定によって、狭い範囲にとどまるであろう。このような規律モデルは、団体の不作為請求訴訟から生じたものである (EC 指令98/27/EG 3条; 不作為請求訴訟法 (UKlaG) 3条)。

F. 大規模損害に関する規律の選択肢

大規模損害が「通常の損害」から区別されうるのは、ただ単に例えば全ての人が、例えば航空機の墜落、列車事故、自動車の玉突き事故又は公の建物の倒壊によるといった同一の事件によって損害を被ったといったような理由で、多くの人が同じように関わっているということによってである。構造的に同じ問題を投げかけるのは、一連の様々な生産物による多数の人の被害である。拡散損害の場合とは異なって、この事例においては個々の被害者が各個人で著しく重大な範囲において不利益を被っている¹⁵²⁾。

I. 問題の叙述と機能の決定

大規模損害の場合には——拡散損害の場合とは異なって——合理的無関心の問題は生じない¹⁵³⁾。身体と健康に対してであれ、所有権と財産に対してであれ、著しい損失を被った個々の被害者は、根拠づけられた損害賠償請求権をさらに主張し、場合によっては裁判所を利用して行使する強いインセンティヴをもっている。このインセンティヴは少なくとも、任意の他の法律上の原因にもとづく請求権の場合よりも弱くはない。かくて拡散損害の場合とは異なって、

151) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 115.

152) 上記 C. II 4.

153) 上記 C. II 4.

大規模損害の場合には、合理的無関心にもかかわらず賠償請求権の行使を可能にするための手段は必要ではない。被害者は全く一人でやって来るのであって、訴え提起に駆り立てられる必要は全くない¹⁵⁴⁾。

大規模損害の場合に、多数の人が著しく彼らの利益において侵害を受けるのであれば、責任および損害賠償には予防の意味で将来において潜在的な被害者の行態に影響されるただそれだけの機能は問題にはならない。むしろ、簡単には無視されえない関係人の具体的な填補の利益が問題になる。損害賠償の填補機能は、大規模損害の場合にはなおざりにされてはならず、真摯に受け止められなければならない。もちろん填補の支払いないしその脅しは、潜在的原因者が注意を尽くした行態に対するインセンティブを与えられるという結果にもなるが、やはり至る所で状況は次の通りである。すなわち、「填補による損害の予防」という定式は中核点において分離不能な責任法および損害賠償法の二重機能を言い表している¹⁵⁵⁾。それはそっくりそのまま大規模損害に関しても妥当する。

大規模損害は唯一の問題、すなわち訴訟上の効率性の問題を投げかける¹⁵⁶⁾。こうした問題はしばしば、当該裁判所を向こう数年間にわたって「停滞させ」、それによってその他の訴訟にとって麻痺させうる既に提起された訴えの数のゆえに生じる。同時に全ての関係人に関して責任原因が統一的に審査され、確定されなければならないということは当然である。同一の事実および法律問題について多数の手続を実施することは、希少で、それ故価値のある司法資源の浪費も同然である。

154) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 121.

155) *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? (op. cit. Fn. 40), 469 f.; *ders.*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 21 f.

156) 上記 C. II 4.

Ⅱ. 不適切な手段

訴訟上の効率性の問題を解決するための道を探る場合に、損害賠償請求権の完全な集団化又はその訴訟上の行使という結果になるあらゆる手段は、はじめから排除される。市民の私法上の権利を考慮する法秩序にとって、被害者からその被った第一次損害に付加してさらに被った不利益の賠償請求権を剥奪し、又は——これと同じような結果になるが——その行使を第三者の手に委ねることは、問題にならない¹⁵⁷⁾。かくして、まさに拡散損害の場合に狭い選択の中で引き出された解決の選択肢、すなわちその者にその他の関係人の損害を共同して精算することが許容されるところの第一の原告のために与えられる懲罰的損害賠償、個々人が適時に「降りる」ことをやり過ぎた場合にその者が訴訟追行に対する全ての影響力を失うオプト・アウト型のグループ訴訟、しかしまた、後者が私的自治にもとづいて与えた関係人の譲渡の意思表示ではなく、むしろ法律上付与された請求権の権限又は訴訟追行権に依拠する団体訴訟もまた不要である。新たに現れるのは、次の通りである。すなわち大規模損害は、多くの人が関係するという月並みな事実を除けば、拡散損害とは何のかかわりもない。問題は異なっており、したがってそれもまた解決されなければならない。

Ⅲ. 大規模損害に関する規律の選択肢

1. 共同訴訟

そもそも大規模損害の規律の選択肢にとって何が残されているのか？ 第一に、従来通りの共同訴訟であるが、これは個々の被害者の完全な実体法上・訴

157) 損害賠償請求権の奪取による没収については、EGMR, 6.10.2005, No. 1513/03 (Draon / France) 参照。これは、ペリュージュ判決 (arrêt Perruche) の訂正のための議会法律による出生を妨げられた子供の損害賠償請求権の法律による排除に関するものである。これについては、Wagner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, 5. Aufl., München 2009, § 823 Rn. 86; Knetsch, Entwicklungen der „Kind-als-Sachen“-Problematik in Frankreich, VersR 2006, 1050 mit weiteren Nachweisen; Spickhoff, Haftungsrechtlichen Fragen der Biomedizin, VersR 2006, 1569 (1579).

訟法上の処分権を制限することなしに、共通弁論および証拠調べ並びに同時に存在した責任原因を可能にするので、理論的にあらゆる困難を除去する。その明白なデメリットは、それが制度的な枠を提供するのではなく、関係人によって実務上自ら運営されなければならないという点に、おそらくはあるのであろう。それは多くは機能するが、とうてい常に機能するわけではない。

2. アド・ホックな集団手続

大事故の場合に、関係している主たる責任保険者又は被告サイドの企業は、しばしば個別の損害賠償請求権を引き受け、例えばオンブズマンによる、非公式の集団的手続を提供する¹⁵⁸⁾。こうした実務が不適切に機能しているわけではないが、そのような制度および対応した手続を設置することに十分な自己の利害関係をもった全ての人が、アド・ホックに行き着くということを必要としている、ということが指摘されなければならない。法律による規律は、必要的な枠をたやすくかつ信用できる形で利用させるというメリットをもっていよう。

3. オプト・イン型のグループ訴訟とムスタ訴訟

私見によれば、大規模損害の場合の特殊な問題状況が顧慮されうるところの2つの手段のみが本質上考えられるが、それはすなわちオプト・イン型のグループ訴訟とKapMuGの態様によるムスタ訴訟である。既に浮き彫りにされたように、この2つの選択肢の間の違いは限定的である¹⁵⁹⁾。こうした理由にもとづいて、両方のタイプが以下では絶対的に対置されるのでもなく、また細部が対比されるわけでもない。決定的なことはむしろ個々の集团的メカニズムの形態である——手段が最終的にどのように呼ばれるかには、左右されない。

158) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 125 f.; *ders.*, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, ZEuP 2008, 6 (11); 詳細は, *von Hippel*, Der Ombudsmann in Bank- und Versicherungswesen, Tübingen 2000; *Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, Tübingen 2002.

159) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 124.

大規模損害の賠償を求める請求権の共同行使のための手段という形態にとっての中心的な規準は、関係人の所有権と自律の同時的な尊重との場合の訴訟上の効率性獲得の実現にある。そこからまず第一に、団体の提訴権又はオプト・イン型のクラス・アクションという「固い」集団化が除外され、その結果、個別訴訟の統合を可能にする他のメカニズムが工夫されなければならないということが帰結される。「柔らかな」集団化の最低基準には、他の被害者に関与する機会を与える第一原告による訴え提起の公告が数えられる。その限りにおいて、KapMuGは適切な模範を提供している。

共同の権利行使のための単なる可能性は、さらにそれが利用されるということまでも保証するものではない。その限りでは、法政策は、潜在的原告の善意のみにとづくものであってはならず、弁護士と裁判官のインセンティブをよく考えてみなければならない。裁判官が、処理された書類ばさみの数によって評価される限りにおいて、一つの法的争訟への数多くの個別訴訟の統合を目指す傾向は、わずかにとどまるであろう¹⁶⁰⁾。裁判官の事件配分(Richterdeputat)の計算のための基準が、ここでは対策を提供するのではないだろうか。弁護士もまた、多くの被害のための訴え提起が、分離した権利追求との比較において——かなりドラスティックに——報酬量の減少という結果になるのであれば、賠償請求権の集束化した主張についての感激をほとんど奮い起さないかもしれない。こうした効果は、構造上弁護士の報酬システムに組み込まれており、たやすく除去され得ない。もしかしたら酸っぱいりんごのひとかじり、すなわち多数の個別訴訟についての報酬に合致するか又は少なくとも近接するレベルでの弁護士の報酬以外の逃げ道は、残っていないかもしれない。弁護士が完全ないしせいぜいのところわずかに割引された報酬を受け取るならば、グループ訴訟に関する労働の費用が個別訴訟にとってのそれよりもきわめてわずかであるにもかかわらず、この手段を利用するための強いインセンティブが存在するであろう。

160) これについては、本巻の *Reuschle* の論稿。

グループ訴訟又はムスタ訴訟が一旦係属すれば、集团的権利行使の長所を得るということが問題となる。このことは責任原因が全ての原告につき確定されるのは、それが有利にでも、不利にでも一回限りでなければならないということの意味している。ドイツの KapMuG は、一回限りのムスタ訴訟を上位の高等裁判所の面前で、かつその裁判にもとづいて第一審におけるその他の訴訟を判断させることによって、この目標を達成している (KapMuG 4 条以下)。こうした試みは、原則として好意的に迎えられなければならないし、したがってそれは実務においても承認されているように見える。いずれにせよ、咎められなくてはならないのは、ムスタ訴訟という形態である¹⁶¹⁾。立法者は、たしかにそれを高等裁判所に委ねることによってこの訴訟の広範な効力を考慮したのだが、質の向上のさらなる措置はとられないままであった。高等裁判所が、KapMuG 8 条 3 項によって全ての他の原告を呼び出すよう義務付けられた場合に、訴訟上の効率性にも、被害者の十分納得できる独自の利益にも奉仕することはない。フランクフルト (マイン) 高等裁判所でのテレコム訴訟が示したように、この措置は、何千もの被呼出人のための利用を保障することもないのに、ムスタ訴訟を非常に鈍重かつ費用のかさむものになっている。けだし、その弁護士たちのムスタ訴訟を観察するための利益はわずかだからである¹⁶²⁾。呼出しがその他の原告のわずかな代表者に限定され、そこでその他の原告に対応する候補者を指名する可能性が与えられるべきであるならば、注目に値したかもしれないのだが。それは 5-10 人以上ではなかったにもかかわらず。

結局、関与する弁護士のインセンティブの構造が、改善されなくてはならない¹⁶³⁾。ムスタ訴訟を代理する弁護士は、その者が第一審における任意の訴訟を進行するのと同様に、その役務に報酬を支払われる。かくしてムスタ訴訟の

161) 詳細については、既に、*Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 123 f.

162) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 123 f.; *Jahn* (op. cit. Fn. 55), 1315.

163) *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT (op. cit. Fn. 40), A 123 f.

成功にわずかな資源を投資するそのインセンティブは、ムスタ訴訟の勝訴が確実に伴っている積極的名声という効果に限定されている。こうした効果にのみ賭けるのではなくて、ムスタ訴訟を代理する弁護士の社会参加——および被呼出人として登場した代表原告の代理人——が、金銭上のインセンティブによって強化されなければならない。このことを達成するために、湯水とともに赤子を流して、アメリカ合衆国の成功報酬制 (*contingency fee*) をヨーロッパへ導入すべきではないだろう。勝訴したムスタ訴訟原告に勝ち取った金額の一部を与える代わりに、その者に生じる報酬を——適度に——引き上げるべきである。その限りにおいて、「底上げ」という制度をともなったイギリス法がお手本として妥当しうる¹⁶⁴⁾。それによると勝訴の場合の弁護士報酬は一定のパーセンテージに引き上げられ、例えば二倍になる。このような規律でもって、アメリカのモデルにしたがった「訴えの工場」を助長することなく、ムスタ訴訟を代理する弁護士のインセンティブが改善されうる。

G. ま と め

前記の検討は、集団的な損害賠償の改善のための解決を是非とも見つけさせるということに成功した。いずれにせよ、全ての事例に関する通交証という意味での統一的なモデルは、存在しない。むしろ公共財損害という第三のカテゴリーをひとまず無視するならば、大規模損害と拡散損害を区別することが、法政策にとっては不可欠である。

EC 競争法侵害を理由とした損害賠償請求に関するホワイトペーパー並びに消費者のための集団的権利行使手続に関するグリーンペーパーにおいて投げかけられた問題に、統一的な解答は存在しない。さらに若干の列挙された規律の選択肢は、合理的に考えれば、はじめから排除されなければならない。消費者の拡散損害の場合には、例えばオプト・アウト・システムによるグループ訴訟

164) 前注143)。

とオプト・イン・モデルによるそれとの間の選択の必要はない¹⁶⁵⁾。オプト・インの解決は拡散損害の場合には非機能的であり、したがってオプト・アウト型グループ訴訟に対する独自の代替物は、消費者保護団体の団体訴訟である。消費者保護の領域における拡散損害の主張は、ヨーロッパにおいて、裁判手続が非常に長く続き、そして複雑になるであろう¹⁶⁶⁾ということでは悪くはならず、被害者の合理的無関心に起因する欠損に苦しむ。これを財政上のインセンティブによって克服しようとの試みは失敗すべき運命にあり、したがって司法制度が果たしうる能力という利益においては、はじめから全く真剣に企てられるべきではない。消費者のための集团的権利行使手続に関するグリーンペーパーが行なった検討の大部分は、拡散損害ではなく、大規模損害に向けられている。しかし、多くの人が著しく身体、健康又は財産に被害を被る大規模損害は、消費者保護の領域では、実際上は問題とならない。要するに、こうした基礎にもとづいて様々な解決を展開しうるためには、損害像と帰属すべき問題の様々な分析を必要とする。

大規模損害の克服にとって適当な解決は、同等の損害賠償請求訴訟の集束化に向けられており、かくして民事訴訟の横断問題に関連している。特殊な消費者法上の訴訟物が問題となっている若干の事例は、私見によれば、この領域における国内訴訟法のハーモナイゼーション（調和）を正当化するものではない。この方向での試みは、その他の点では非常に非生産的でさえあるだろう。なぜなら、解決方法が国内民事訴訟法に付加されなければならないが、しかしそれは非常に様々だからである。それゆえ統一的な法制度は、少なくとも若干の加盟国では引き続き効力をもたないか、集团的権利保護を全く困難にするという危険をもたらす、と言われている。

拡散損害に関しても、ハーモナイゼーションの必要はただちに明白というわけではない。消費者がその購入を決断するに際して、保証法という形態によっ

165) しかし、このように述べるのは、Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 16, Rdnr. 54 ff.

166) しかし、Grünbuch (op. cit. Fn. 4), 4 f., Rdnr. 9 参照。

て左右されるという消費財売買についての EC 指令が基礎としている前提は¹⁶⁷⁾、既に脆いものである。この点については、そこで隣国における集団的権利保護の基準が不確実であろうということによってヨーロッパの消費者は国境を越えた購入が制限されるというテーゼが立てられるのであれば¹⁶⁸⁾、消費者のための集団的権利行使手続に関するグリーンペーパーはそれとはあまり違う。こうした前提は説得力がない。集団的権利保護は、購入の決断に何の役割も果たしてはいない。また本質的にハーモナイゼーションは命じられていないように見える。すなわち、例えば団体の本質の領域におけるごとくに加盟国の様々な伝統に関しては、よりによって集団的権利保護のテーマを共同体化することのための説得的な理由は何も見られない。

〔完〕

167) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EU 1999 L 171/12 ff., Erwägungsgründe Nr. 2-5.

168) 上記 B. II.注22) 以下の箇所を参照。