

消費者団体の差止請求権についての研究

山里 盛文

目次

序章

第1章 差止請求について

第1節 消費者全体の利益についての考察

I はじめに

i 問題の所在—「消費者全体の利益」の意味について検討する必要性—

ii 「消費者全体の利益」とは

II 「消費者全体の利益」の意味についての諸説

i 固有利益説

ii 中間的利益説

iii 拡散的利益説

iv 「公的利益に近い私益」説

v 検討（私見：集合体説）

1) 集合体説とは

2) 消費者契約法12条との整合性

III 公益と集合的利益の関係

i 公益について

ii 費用便益衡量論と共同利益

iii 公益は私益の集合体であるとする説

iv 検討

IV 小括

第2節 差止請求権者としての適格消費者団体についての考察

I はじめに

II 適格消費者団体に関する消費者契約法の規定

- i 適格消費者団体の認定（消費者契約法 13 条以下）
- ii 差止請求関係業務（消費者契約法 23 条以下）
- iii 監督（消費者契約法 30 条以下）

III 適格消費者団体は消費者の権利保護機関としてふさわしいか？

i 適格消費者団体の性格

- 1) 訴訟追行能力
- 2) 信頼性
- 3) 適格消費者団体の公共的性格

(1) 準行政機関的性格

(2) 市場監督者として性格

ii 消費者被害における差止請求の効率性

- 1) コースの定理
- 2) 所有権の保護
- 3) 消費者被害における差止請求の効率性の検討

(1) コースの定理について

(2) 第三原則について

(3) 交渉者としての適格消費者団体

IV 小括

第3節 消費者個人の差止請求についての考察

I はじめに

II 差止請求権についての考え方

- i 差止請求権を認める必要性

- ii 権利（絶対権）説
- iii 不法行為説
- iv 違法侵害説
- v 秩序違反説

- 1) 権利と秩序の二元的構成
- 2) 秩序違反の一元的構成
 - (1) 根幹秩序と外郭秩序
 - (2) 被侵害利益の公共化
- 3) 問題点

- vi 小括

III 検討

- i 差止請求権の根拠の缺欠？

- 1) 物権的請求権
- 2) 民法 414 条 3 項

- ii 「不作為を目的とする債務」を負う根拠

- 1) 不法行為（民法 709 条）の反対解釈
- 2) 民法 1 条

- iii 不作為債務の根拠としての民法 1 条

- 1) 私権と公共の福祉（民法 1 条 1 項）
 - (1) 私権について
 - (2) 公共の福祉について
- 2) 信義誠実の原則（民法 1 条 2 項）・権利濫用の禁止（民法 1 条 3 項）
 - (1) 信義誠実の原則（民法 1 条 2 項）
 - (2) 権利濫用の禁止（民法 1 条 3 項）

- iv 小括

IV 小括

第4節 第1章の結論

第2章 わが国の制定法における差止請求の比較

第1節 はじめに

第2節 各法の概要

I 知的財産法分野

i 特許法

ii 著作権法

II 競争法分野

i 独占禁止法

ii 不正競争防止法

III 消費者団体訴訟

i 制度趣旨

ii 類型

1) 消費者契約法

2) 特定商取引法

3) 景品表示法

第3節 検討

I 保護法益

II 侵害行為

III 被害の重大さ

第4節 第2章の結論

第3章 外国法（EU）との比較

第1節 はじめに

第2節 「消費者の集合的利益」の概念についての議論

I 差止指令における「消費者の集合的利益」

II 「消費者の集合的利益」についての定義づけ

i 二つのアプローチ

- 1) 定義づけることは無益であるとするアプローチ
- 2) 消極的な定義づけを行うアプローチ

ii 定義の構築

- 1) 消極的な定義の有用性
- 2) 消費者個人の利益の役割
- 3) 消費者の集合的利益についての定義

第3節 わが国における示唆

I わが国における議論と EU における議論の共通性

- i わが国における「消費者の集合的利益」についての議論
- ii 共通性

II EU における議論についての評価

第4節 第3章の結論

第4章 応用可能性—集团的消費者被害救済制度との関連—

第1節 はじめに

第2節 集团的消費者被害救済制度について

I 経緯

II 集合訴訟制度

- i 消費者委員会集团的消費者被害救済制度専門調査会報告書
- ii 消費者の財産被害の集团的な回復のための民事の裁判手続きの特例に関する法律案

III 行政による経済的不利益賦課制度及び保全制度

i はじめに

ii 財産に対する重大な被害の拡大・防止のための行政措置

iii 行政による経済的不利益賦課制度及び財産の散逸・隠匿防止策

- 1) 情報収集
- 2) 被害発生の防止方法

3) 事業者の財産保全

4) 消費者の被害救済

第3節 シ・プレ損害賠償配分理論

I シ・プレ損害賠償配分理論とは

II 集団的消費者被害救済制度への導入可能性

i 公益信託の場合と集団的消費者被害救済制度との類似性

ii 専門委員会案の下での適用可能性

iii シ・プレ原則を導入することによる問題点とその克服

第4節 検討

I 問題点

i 従来の消費者団体訴訟における保護法益論との整合性

ii 専門委員会案について

iii 消費者裁判手続特例法案について

iv 行政による経済的不利益賦課制度及び財産の散逸・隠匿防止策について

v 行政のみに消費者被害救済について期待することの是非

vi シ・プレ損害賠償配分理論について

II 私見

第5節 第4章の結論

終章

参考文献

序章

本論文は、2006年に創設された消費者団体訴訟制度における、適格消費者団体の差止請求権に関する研究を行うものである。

消費者団体訴訟制度は、当初は、消費者契約法に規定された事業者の不当な勧誘行為（消費者契約法4条）と不当条項（消費者契約法8～9条）について、差止請求をすることができるとされていた。その後、2008年には、特定商取引法や景品表示法に拡大され、2013年4月には、集団的損害賠償制度についての法律案（「消費者の財産被害の集団的な回復のための民事の裁判手続きの特例に関する法律案」）も閣議決定された。適格消費者団体も現在では、11団体（消費者支援ネット北海道、埼玉消費者被害をなくす会、消費者機構日本、全国消費生活相談員協会、消費者被害防止ネットワーク東海、京都消費者契約ネットワーク、消費者支援機構関西、ひょうご消費者ネット、消費者ネット広島、消費者支援機構福岡、大分県消費者問題ネットワーク）が、認定されている。

適格消費者団体は、「消費者全体の利益」のために、すなわち、「消費者の集合的利益」を保護するために差止請求権を行使することができる。しかし、この「消費者全体の利益」（「消費者の集合的利益」）が、何を意味しているのかは、明確ではないように思われる。そして、なぜ、適格消費者団体が事業者の行為を差止めることができるのかも問題である。なぜ、差止めることができるかという点については、適格消費者団体の差止請求権者としてふさわしいのかという問題点、そして、消費者団体訴訟制度は他の差止請求制度（差止請求を規定している法律や差止請求を認める判例）と整合的なのかという問題点に分けられる。また、外国（本論文ではEUについて考える）においては、「消費者の集合的利益」についてどのような議論がされているのか、そして、その議論は、わが国にどのような示唆を与えるのかも検討する必要がある。さらに、「消費者の集合的利益」について、本論文で提示した考え方は、集合的損害賠償制度についても応用可能なものであるか検討する必要がある。

本論文は、以下のように構成されている。

第1章は、適格消費者団体の差止請求について検討する。ここでは、差止請求権が保護

するとされる「消費者全体の利益」の意味について検討し（第 1 節）、適格消費者団体が、差止請求権を行使する主体としてふさわしいかどうかについての検討を行い（第 2 節）、そして、消費者個人は、差止請求権をどのような根拠に基づいて行使できるかについて検討する（第 3 節）。

第 2 章は、消費者団体訴訟制度と差止請求について規定している法律との比較をする。消費者団体訴訟制度は、不当勧誘・不当条項の使用についての差止請求権を付与すると規定した。わが国においては、差止請求権を規定した法律は、従来から存在する。消費者団体訴訟制度は、これらの法律とどのような関係にあるのかについて検討する必要がある。

第 3 章は、EU における、「消費者の集合的利益」についての検討をする。ここでは、EU における「消費者の集合的利益」についての議論を概観（第 2 節）した後、EU における議論がわが国にどのように示唆を与えるかについて検討する（第 3 節）。

第 4 章は、第 1 章で提示した「消費者の集合的利益」についての私見（集合体説）が、現在議論されている集合的損害賠償請求にも応用可能であることを示す。ここでは、消費者の集合的損害賠償請求について現在議論されている議論を概観（第 2 節）した後、従来、公益信託の分野で議論されてきたシ・プレ損害賠償配分理論が、消費者の集合的損害賠償制度にも有用であるとする議論を概観する（第 3 節）。その後、集合的損害賠償制度についての私見を提示する（第 4 節）。

第 1 章 差止請求について

第 1 節 消費者全体の利益についての考察

I はじめに

消費者契約法 12 条によると、適格消費者団体は、固有の権利として事業者に対し差止請求権を行使することができる。本節においては、「消費者全体の利益」の意味についての考察を通して、適格消費者団体による差止請求権の行使により、適格消費者団体の利益ばかりではなく、消費者個人の利益を保護することができるということを論じる。

i 問題の所在—「消費者全体の利益」の意味について検討する必要性—

消費者団体訴訟における差止請求権は、「消費者全体の利益」のために適格消費者団体により行使されるとされている（消費者契約法 1 条、2 条 4 項）。通常の民事訴訟は、権利・利益の侵害を受けている者のみが訴えを提起することができる（裁判所法 3 条）は規定している。すなわち、「裁判所は、……法律上の争訟を裁判し」とあり、ここにいう法律上の争訟とは、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、法律の適用によって終局的に解決できるもの」（下線部山里）と解釈されている（最判昭和 28 年 11 月 17 日行集 4 卷 11 号 2760 頁）。下線部を差止請求について当てはめると、(a) 保護の対象となっている権利ないし法的利益と、(b) 実体的差止請求権と、(c) 提訴権とが同一に帰することが必要である[鹿野「立法的課題」(2004) 59 頁]ことが分かる。

消費者事件に関する裁判例で、この点がどのように判断されているかを見てみたい。ここでは、最判昭和 53 年 3 月 14 日民集 32 卷 2 号 211 頁（主婦連ジュース事件）と仙台高判昭和 60 年 3 月 26 日民集 43 卷 11 号 1539 頁（鶴岡灯油事件第 2 審）を取り上げる。

まず、主婦連ジュース事件について、この事件は、公正取引委員会がした果実飲料等の表示に関する公正競争規約の認定につき、不当景品類及び不当表示防止法（以下、景品表示法とする）旧 10 条 6 項（現 12 条 6 項）に基づき、主婦連合会が公正取引委員会に対し不服申立てをしたというものである。この事案に対し、裁判所は、景表法 1 条に言う消費者の利益は、「公益の保護の結果として生ずる反射的な利益ないし事実上の利益であつて、本来私人等権利主体の個人的な利益を保護することを目的とする法規により保障される法律上保護された利益とはいえないものである」として、主婦連合会は、不服申立てをすることについて法律上の利益をもつ者とはいえないと判断した。

次に、鶴岡灯油事件（第 2 審）は、石油の最終購入者である消費者が、石油元売業者らが行なった価格協定により損害を被ったとして民法 709 条に基づき損害賠償請求をしたというものである。この事案に対し、裁判所は、価格協定は、一般消費者の「公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益を侵害」すると判示した。

このように、裁判所は、いずれの場合についても、すなわち、主婦連ジュース事件では被侵害利益は公益であり主婦連合会には法律上の利益をもつものではないとして、また、鶴岡灯油事件（第 2 審）では「公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」は一般消費者に帰属するとして、被侵害利益と実体的請求権と提訴権を同一人に帰属させている。消費者団体訴訟において、被侵害利益と実体的請求権と提訴権が同一人に帰しているかを確かめるためには、「消費者全体の利益」の意味を検討する必要がある。

ii 「消費者全体の利益」とは

「消費者全体の利益」の意味を考えることは、適格消費者団体の権利・利益が侵害されているのかを判断することである。もし適格消費者団体の権利・利益が侵害されていないとすれば、上記 i で検討した訴訟の原則型からすると、なぜ適格消費者団体に差止請求権を認めることができるのかという疑問が生じる。逆に、もし適格消費者団体の権利・利益が侵害されているとすれば、消費者被害が、なぜ適格消費者団体の権利、利益の侵害となっているのかという疑問が生じる。さらに消費者被害についての差止請求権は、適格消費者団体しか行使することはできないのか、つまり、消費者個人は、差止請求権を行使することはできないのかという疑問も生じる。

以下 II においては、「消費者全体の利益」の意味について考察する。そして、第 2 節において、なぜ、適格消費者団体に差止請求権を認めることが妥当かについて検討する。さらに、第 3 節において、消費者個人は、事業者に対し差止請求権をすることができるか、もし、差止請求権を行使できるとして、どのような理論により差止請求権を行使することができるかについて考察を加える。なお、「消費者全体の利益についての諸説」における各説のネーミングは、私の見解である。

II 「消費者全体の利益」の意味についての諸説

- i 固有利益説【日弁連『コンメンタール』（2010）321 - 322 頁、野々山「消費者団体訴訟制度の創設」（2006 年）100 頁、坂東「消費者団体訴訟制度の論点」（2008 年）

24 頁]

この説は、適格消費者団体には、「消費者被害を未然に防止する」という固有の利益があると考え、事業者が不当な勧誘行為や不当な契約条項の使用により消費者と契約を締結することによって、「消費者被害を未然に防止する」という消費者団体固有の利益が侵害されていると考える説である。なお、「消費者被害の未然の防止」については、消費者団体の活動目的として定款にも記載されている。一例として消費者支援機構関西の定款には「3 条（目的）」として「この法人は、……消費者の被害の未然もしくは拡大の防止、及び被害救済のための活動を行うことによって、消費者全体の利益擁護を図り、もって消費者の権利の実現に寄与することを目的とする。」と記載されている。

このような消費者団体に固有の利益を認める根拠は、消費者団体の社会的責任および存在意義、並びに消費者基本法 8 条、差止請求権の特色、消費者団体の活動から導かれる。

社会的責任については、同種の消費者被害の発生の可能性が高いにもかかわらず、個々の消費者は情報の質・量・交渉力において微力（消費者契約法 1 条）であり、さらに経済力においても微力であることから、被害にあっても訴訟を迫行せず泣き寝入りをしてしまうことが少なくない。よって、消費者団体が、訴権を行使することにより、消費者の利益を保護すべきであるとする社会的責任がある。

消費者団体の存在意義については、適格消費者団体には、（地域規模であるとしても）消費者全体の利益を図るという存在意義が認められる[野々山「消費者団体訴訟制度の創設」（2006 年）100 頁]。

消費者基本法 8 条には、消費者団体の行う活動の具体例として「消費者の被害の防止および救済のための活動」が規定されている。この規定から、「裁判外の差止請求は、消費者団体の活動そのものから必然的に生ずるものであり、そこには個々の消費者の利益とは異なる固有の権利を観念することができる」[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」（2008）24 頁]。

差止請求権の特色については、差止請求権は、個人に帰属するというよりは、公益的活

動をしている団体に帰属しているものであり、消費者団体は、実際に事業者に対し差止請求をしているのである[日弁連『コンメンタール』（2010）322 頁]から、消費者団体に固有の利益が認められる。

この固有利益説については、「消費者全体の利益」は消費者団体の固有の利益かという問題点があり、この点について検討が必要である。

第1に、消費者団体の「消費者被害を未然に防止する」という利益は、結局のところ消費者の個人的利益の保護・個人的利益の集合体の保護を意味することになるのではないだろうか。つまり、「消費者被害を未然に防止する」というのは、消費者団体が負っている任務であって、消費者団体固有の利益ではないのではないだろうか。そして、この任務を遂行することは、消費者の個人的利益の保護・個人的利益の集合体の保護をしていることになるのではないだろうか。

第2に、消費者基本法8条にいう「消費者」の意味についてであるが、消費者基本法8条は「消費者団体は、消費生活に関する情報の収集及び提供並びに意見の表明、消費者に対する啓発及び教育、消費者の被害の防止及び救済のための活動その他の消費者の消費生活の安定及び向上を図るための健全かつ自主的な活動に努めるものとする」と規定する。ここでいう「消費者」が、消費者個人を指すのであれば、結局のところ消費者個人の利益を保護していることにはかわりはない。また、消費者集団を指すのであれば、それが公益か中間的利益か拡散的利益かなどの説明しなければ「消費者全体の利益」についての意味を説明したことになることになる。そこで、消費者基本法8条にいう「消費者」の意味について検討してみると、消費者基本法2条では、8つの消費者の権利を尊重することにより消費者の自立を支援するということを定めている。また、自立の支援については「消費者の年齢その他の特性に配慮されなければならない」と規定されている（消費者基本法2条2項）。さらに消費者基本法5条1項3号では、事業者は消費者との取引に際して「消費者の知識、経験及び財産の状況」に配慮しなければならないことも規定されている。以上の規定からすると消費者基本法における「消費者」は、消費者個人を指すものであると考えられる。そうすると、消費者基本法8条からは、消費者個人の利益保護していること

と変わりはないと考えられる。

第3に、団体訴訟制度が追求するのは、消費者の集団的利益であるはずであり、消費者団体固有の利益ではないとの批判もある[鹿野「立法的課題」(2004) 60頁]。

ii 中間的利益説 [森田「差止請求と民法」(2001) 121頁、鹿野「立法的課題」(2004) 59頁]

この説によれば、消費者全体の利益とは、私益と公益の中間的利益と考える説である。

消費者団体訴訟制度の場合、I-iで検討した訴訟の原則型とは、(b) 実体的差止請求権と(c) 提訴権は、消費者団体に帰属し、(a) 保護の対象となっている権利ないし法的利益は、消費者集団に帰属するとする点において異なる[鹿野「立法的課題」(2004) 59頁]。しかし、従来、集団的利益は、公益であり民事訴訟における保護の対象ではなかった。そうだとすると、事業者が負う、不当な勧誘行為や不当な契約条項を使用しないという義務を公法上の義務と構成し、行政訴訟における保護の対象とするべきであろうか。そうではなく、不当な勧誘行為や不当な契約条項を使用しないという義務は、私法上の義務として観念すべきである。それは、消費者契約法が私法として立法されたからである[森田「差止請求と民法」(2001) 118頁]。そうすると、この事業者が負う不当な勧誘行為や不当な契約条項を使用しない義務に違反した場合に侵害される利益は私益ということになる。しかし、私益であるとする、消費者個別に細分化され、集合的利益と観念できなくなる。そこで、この説は、私益と公益の中間的利益として集団的利益を観念すべきであるとする[森田「差止請求と民法」(2001) 120頁以下]。そして、この消費者集団に属する(中間的)利益を保護するため消費者団体に実体的差止請求権と提訴権を付与すべきであるとする。

ではなぜ、実体的請求権を消費者団体に認めるべきなのであろうか。[鹿野「立法的課題」(2004) 60頁]は、その理由を消費者団体の担う役割・任務から導いている。つまり、消費者団体は、消費生活に関する情報収集や情報提供、消費者に対する啓発や教育をする役割と消費者基本法8条により「消費者被害の防止及び救済のための活動」に努めるという

任務が課せられている。よって、この任務を遂行するために実体的差止請求権と提訴権を付与するのであるとしている。

この中間的利益説については、中間的利益とは何かという点が問題となる。

公益と私益の中間の利益とはいったい何のことを指しており、また、なぜ公益としないのであろうか。また、この説は、集合的利益を消費者個人のレベルに分解するのではなく、この集合的利益そのものを私法的保護の対象とすることができるのかという問題設定をして中間的利益を認めるための議論をしているが[森田「差止請求と民法」(2001) 120 頁以下]、なぜ消費者個人のレベルに分解しないのか(またはできないのか)についての説明が不十分ではないだろうか。

さらに、事業者の負う不当な契約を締結しない義務を消費者契約法が私法として立法されたということのみをもって私法上の義務としているが、これも説明不足ではないだろうか。また、この「事業者の負う不当な勧誘行為や不当な契約条項を使用しない義務」は、適正な契約を締結するように監督されていることから生じる反射的義務のことを指しているのではないかと思われるが、もしそうであるとすると、このような利益は主婦連ジュース事件(最判昭和 53 年 3 月 14 日民集 32 卷 2 号 211 頁)で述べられたように、「事業者の負う不当な勧誘行為や不当な契約条項を使用しない義務」なのだから、公益となるのではないだろうか。

iii 拡散的利益説 [アントニオ・ジディ「ブラジルにおけるクラスアクション」(2006 年) 1500 頁、三木「多数当事者紛争の処理」(2006 年) 44 頁、三木「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」(2006 年) 61 頁、三木「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」(2008 年) 90 頁]

この説は、消費者全体の利益とは、拡散的利益をいうと考える説である。この拡散的利益も公益と私益の中間的利益である。拡散的利益とは、特定の法主体(個人や団体さらには政府)に帰属するのではなく社会に拡散している利益・権利で、個別に分解できないか、するべきではないものである。なぜ個別に分解できないのであろうか。それは、差止請求権が認められる被害者と、認められない被害者とは明らかではないし、そもそも被害の危

険性に気付いている消費者は、自ら被害を未然に防止できるのであるから、潜在的な被害者とは言えない[三木「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟」(2006) 62 頁]からである。また、消費者被害の危険は、すべての消費者に潜在的に存在しており、特定の個人に帰属するものではない[三木「消費者利益の保護と集散的訴訟制度」(2008) 91 頁]からである。

拡散的利益は、個人に帰属しないので、立法措置により政策的・人工的に当事者適格を創設して訴権を付与できるとされる。また、拡散的利益は、一種の公共財としての性格を有する[三木「消費者利益の保護と集散的訴訟制度」(2008 年) 90 頁(注 8)]こと、社会に拡散している利益であるので、消費者集団に属するものではないと考えることができることから中間的利益説とは異なる。

拡散的利益は、公共財といえるのであろうか。公共財とは、ある人が消費しても、他の人も消費することができる(非競合性)財で、フリーライドを防止できない(排除不可能性)財のことである[ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン『法と経済学』(1997) 156 頁]。公共財の例としては、国家の国防や、法律の制定などが挙げられる。差止請求権については、公共財としての性格を認めることもできると思われる。つまり、ある人が差止請求をし、差止めが認められれば、差止めにより得られる利益は、差止請求をした者以外の者にも及ぶからである。[三木「消費者利益の保護と集散的訴訟制度」(2008) 90 頁]は、主として訴訟物としての差止請求権の性格が拡散的権利であるとしており、その限りにおいては、拡散的権利(利益)が公共財としての性格を持つとの記述は納得できる。しかし、[三木「消費者利益の保護と集散的訴訟制度」(2008) 90 頁(注 11)]では、被侵害利益についても拡散的利益と考えるべきであるとしているので、被侵害利益としての拡散的利益が公共財としての性格を持つと考えるのか、それとも、公共財としての性格を持たないと考えるのかは不明である。

この拡散的利益説の問題点は、拡散的利益とは何かという点である。

拡散的利益は、中間的利益説同様、なぜ公益ではないのであろうか。消費者集団に属さないと考えられる利益について、なぜ、消費者団体が訴訟を提起できるのか不明であり、政策的・人工的に訴権を付与できるとしても、なぜ、消費者団体に訴権を付与するのかに

については、さらに説明が必要であると思われる。

また、個別に分解できないことの理由は、理由になっていないように思われる。すなわち、被害の危険性に気付いている消費者は潜在的に被害者ではないとしているが、消費者被害の特徴は、消費者のすべてが被害対象となりうるところにあるのだから、被害の危険性に気付いていても被害者であることには変わりはない。さらに、被害の危険性に気付いている消費者は潜在的に被害者ではない[三木「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟」(2006) 62 頁]とすることは、被害に気づいている消費者と気づいていない消費者とを区別できるといっていることになる。そして、被害に気づいている消費者について、被害に気付いているのだから差止請求権を認める必要がないとするなら、差止請求権を認められる消費者と認められない消費者を区別し、個別に差止請求権を帰属させることが可能となる。そうすると、拡散的利益は、個別に分解することは可能であるということになり、この説の最初の前提と矛盾する。

iv 「公的利益に近い私益」説[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規制」(2011) 73 頁]

この説は、集团的利益の帰属主体は、「不特定かつ多数の消費者」であるとし、この「不特定かつ多数の消費者」を一つの集団として捉える。そして、「不特定かつ多数の消費者」集団は、権利能力がないので、適格消費者団体が「不特定かつ多数の消費者」集団に代わり差止請求権を行使すると考える。そして、この「不特定かつ多数の消費者」集団の被侵害利益は、「公的利益に近い私益」であるとする。

この説に対しては、「不特定かつ多数の消費者」集団という団体を措定する点で評価することができる。つまり、後述する私見のように、基本権保護義務という憲法における理論ではなく、民法の団体論において処理することができることを提示した点は参考になる。そして、「公的利益に近い私益」とするという点についても、消費者個人の権利の集合体と考え、これを公益に準じるものとする私見と共通するものがあると考えられる。

しかし、この説において、なぜ、「不特定かつ多数の消費者」の利益について、それを

消費者個人に還元できないのかが明らかではない。消費者契約法 4 条に該当する事業者の行為により契約を締結した消費者は、取消権を行使すればよく、契約を締結していない消費者は自らの法益を侵害されておらず、差止請求はできないので、消費者個人に利益を還元することができないと考えているのかもしれない。[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規制」(2011) 70 - 72 頁]は、消費者契約法 4 条の取消権は、事業者の悪性を根拠に正当化することができるとしている。そうであるとするならば、実際に契約を締結していない消費者であったとしても、自己の損害を予防するために差止請求権を認めるべきではなかろうか。このように考えるならば、差止請求権を消費者個人にも認めることができ、適格消費者団体の差止請求権も消費者個人の利益に還元することができると考えられる。もっとも、[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規制」(2011)]は、消費者契約法 4 条について言及されたものであるので、千葉教授が、不当条項規制(消費者契約法 8~10 条)についても同様に考えられるかは不明である。

v 検討(私見: 集合体説)

1) 集合体説とは

以上のとおり、これまで主張されてきた消費者全体の利益についての諸説には問題がある。それで、私見としての集合体説について検討したい。集合体説は、事業者の不当な契約締結行為により侵害されているのは、消費者個人の利益であり、その侵害されている消費者個人の利益の集合体を「消費者全体の利益」と考える。すなわち、事業者の不当な契約締結行為によって侵害されるのは消費者個人の利益であり、その消費者個人の利益に対する侵害行為を差止める必要があると考えるのである。

集合体説においても克服すべき問題がある。それは、差止請求権を消費者個人に帰属させることができるかである。この問題点については、次のように答えることができる。すなわち、消費者被害は、事業者の不当な契約締結行為により不当な契約を締結させられた結果、支出する消費者の金銭(財産)である。言い換えるならば、消費者被害とは、不当な契約により消費者が支出した金銭(財産)であり、これを事業者が収益として保持して

いることを意味する。これはいわば事業者に預託し、事業者がその預託金を返さないことが問題であるということもできる。そのように考えると、集团的利益は消費者個人に帰属させることが可能であると考えられる。

しかし、偽装表示など消費者の被害は、その損害を具体的に観念できないのではないかと批判もある。平成 22 年 9 月消費者庁企画課「集团的消費者被害救済制度研究会報告書」によれば、偽装表示などの場合は、①「偽装表示に関する事案は、消費者が正しい情報に基づいて、商品を選択することを害するところに問題があるものの、事案によっては、そのこと自体を消費者の財産的被害として観念しうるかは疑問」である点、②偽装表示の場合、本来安価な商品を高額で売りつけるという事案では、その差額が損害であるが、その立証が困難である点、③偽装表示が消費者の商品購入にどれだけ影響を与えているか個々の消費者により異なり、権利の存否や範囲が不明確である点を挙げて、消費者個人の損害と観念できないのではないかとされている[消費者庁企画課「報告書」(2010) 3 頁]。

以上の批判に対しては、以下のように反論できる。

上記②の点については、差額の立証は、実際に販売されていた値段と本来あるべき値段を算出すれば差額は明らかとなる。また、本当に差額の立証が困難としても民事訴訟法 248 条により解決することができる。

次に①と③については、偽装表示の場合、「どのような権利が侵害されているか不明である(問題点㉗、上記③の「権利の存否」に対応)」という点と「その権利の侵害によりどの程度の損害が出ているか不明である(問題点㉘上記①、③「権利の範囲」に対応)」という二点から、消費者個人に権利侵害(損害)が生じていないとするものであると考えられる。以下では、問題点㉗と問題点㉘について検討することにより、上記の①と③について反論をすることとする。

問題点㉗について、事例を通して検討してみたい。

(例1) 一流ブランドA社のAブランド商品をB社が模倣し、Aブランドとして販売した。消費者Xは、Aブランドであるからと思ってB社の模倣品を購入しようとしている。

(例2) 一流ブランドA社のAブランド商品をB社が模倣し、Aブランドとして10万円で販売した。消費者Yは、A社のことは知らずB社の模倣品（販売すると1万円程度）を購入しようとしている。

(例3) 一流ブランドA社のAブランド商品をB社が模倣し、Aブランドとして販売した。消費者Zは、模倣品であることを承知の上で、一見Aブランドとして見えるということでB社の模倣品を購入しようとしている。

まず、(例1)の場合であるが、この事例においては、消費者の自己決定権が侵害されている。偽装表示の場合、上記の①が指摘するように消費者に誤った情報を与えることが問題である。そして、消費者Xは、Aブランドの商品だから買ったのであり、Aブランドでなければ買わなかった。よって、消費者の自己決定権が侵害されているのであり、さらに、事業者の情報提供義務違反でもある。

次に(例2)の場合であるが、この事例においては、消費者の期待権が侵害されている。

(例2)の場合は、(例1)とは異なり、消費者Yは、AブランドであろうがBブランドであろうが、商品を購入する予定である。しかし、この商品は、本来安価(1万円程度)で買っていたものであるが、消費者Yは、この商品を高額(10万円)な値段で買わされている。

この点を考えるについては、期待権とは、どのような権利であるかについて考える必要がある。期待権とは、法的保護に値する期待、機会のことである。医療過誤の事案において、医師の診療行為に過失があるとしても、その医師の行為と患者の生命・身体・健康侵害との間に因果関係がない場合、適切な診療を受ける期待を保護法益として損害賠償を認めてきた。医療過誤の事案以外でも、最高裁は、テレビ番組の制作過程において当初の説明と異なる内容に改編されたことに対して、取材元となった者の当初の説明通りに放映さ

れるという期待は法的保護に値する余地があることを認めている（最判平成 20 年 6 月 12 日民集 62 卷 6 号 1656 頁。なお、本判決は、本件の事実の下では、取材元の当初の説明通りに放映される期待や信頼は法的保護に値しないと判断した）。さらに、[潮見『不法行為法 I』（2009）134 頁]は、最高裁判決を分析し、契約締結が確実であるような段階で何らの理由もなく契約の成立を阻害したり、契約交渉を一方的に打ち切るような場合には、相手方の契約成立についての期待は法的保護に値するとしている。

では、消費者の適正な値段で購入するという期待は、法的保護に値するのであろうか。消費者は、事業者に比べ情報の質と量が劣っているため、事業者によってなされる表示が正しいと信じるのが普通であり、正しいと信じることは正当であるといえる。また、事業者による偽装表示は、誤った情報を流す行為であり、このような誤った情報を流して契約を締結させることは、情報の質や量に劣る消費者が表示されている情報が正しいと期待する権利侵害し、適正な値段で購入する機会を喪失させている。よって、消費者の適正な値段で購入するという期待は法的保護に値すると考えられる。

最後に（例 3）の場合であるが、この事例においては、事業者の営業権が侵害されている。この場合、消費者 Z は、偽のブランド物であることを承知しながら一見 A ブランドの商品であると見えるという理由で購入している。このような消費者は、自己決定権も期待権も侵害されていない。しかし、正規の販売業者からすれば、偽のブランド物が販売されなければ自社の商品を購入してもらえる機会があり、また、購入されなかったという点において営業権を侵害されていると考えられる。よって、この場合は、現行法では消費者団体訴訟（消費者契約法 12 条）ではなく不正競争防止法 3 条の差止請求権によるべきであろう。もっとも、この（例 3）のような場合を偽装表示に限らないとして、事業者の不当な勧誘行為による、または、不当条項を使用した契約であることについての認識がある消費者がいたとしても、適格消費者団体が差止請求をし、それが認められた場合には、被害に気づいている消費者を保護する結果となる。しかし、このような事実は、差止請求権が公共財としての性格を有する事の帰結であると考えられる。

以上のように考えると、問題点⑦についても偽装表示により侵害される消費者の権利が

存在していることは明らかである。

問題点④についてであるが、自己決定権侵害の場合は、自己決定権が侵害されていなければ、そのような契約は締結しなかったのであるから、当該不当な契約により支出した金額が損害額となる。そして、期待権侵害の場合は、消費者の適正な値段で購入できるという信頼に反して不当な表示をし、その不当な表示により普通より高額な値段で商品を買わされているのであるから、通常その物につけられる通常の値段と偽装によりつけられた不当な値段との差額が損害となる。このように、損害の範囲も明らかである。

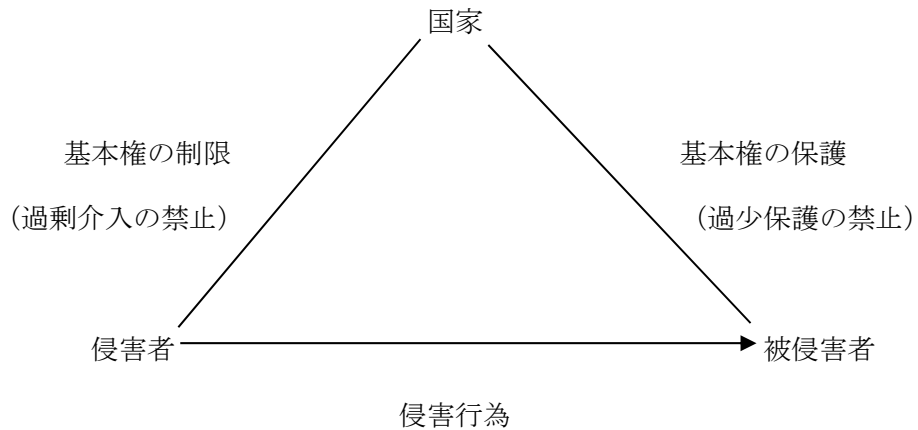
ただし、損害が明らかではない場合もある。それは、知的財産法における不当な収益に関する場合である。知的財産法において、他人の知的財産権の対象となる物の利用により得た収益がそのまま知的財産権を侵害された損害とは言えない場合がある。つまり、知的財産法領域での不当収益の場合、知的財産権の対象物の利用のみから得たのではなく、利用者の努力等も収益をあげる要因となっているため、損害額が明確にならない。これに対して、消費者被害の場合は、上記のように明確になると考えられる。

2) 消費者契約法 12 条との整合性

消費者契約法 12 条では、適格消費者団体に固有の訴権が認められている。集合体説によれば、消費者個人による差止請求権の行使か、消費者の差止請求権を適格消費者団体が代位行使するという構成になるはずである。集合体説をとるのであれば、なぜ、消費者団体に（実体的）差止請求権と提訴権が認められるのかについて検討する必要がある。この問題については、「基本権保護義務論における過少保護の禁止」による正当化ができると考えられる。

基本権保護義務論（詳細については、[山本敬三「リベラリズム私的自治（1）（2）」（1993）、小山『基本権保護の法理』（1998）、中山「私人間効力」（2001）、小山「基本権保護義務論」（2008）、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」（2008）]を参照）とは、基本権の侵害者と被侵害者と国家という法的三面関係を観念できる場合に、国家は基本権の被侵害者の侵害されている基本権を保護する義務を負うというものである。

図にすると下記のようになる。



国家は、基本権を保護しなければならない、これは、私人間の紛争であっても同じことである。基本権保護義務論において国家は、加害者との間では、過剰介入の禁止が、被害者との間では、過少保護の禁止が要求される。すなわち、私人間の紛争において国家は、侵害者との関係においては、基本権の侵害者として現れるので、侵害者の基本権を過剰に侵害してはならない。また、国家は、侵害者の基本権を侵害しすぎないようにするあまり、被侵害者の保護がおろそかになるというようなことがあってはならない。

ところで、消費者の利益は、基本権保護義務論の対象となるのであろうか。消費者の利益については、情報提供義務違反の場合と不当条項の場合とを分けて考えることができる。情報提供義務違反の場合（消費者契約法 3・4 条 1～3 項）は、自己決定権（憲法 13 条）が侵害されていると考えられる。それは、情報提供義務違反の場合、消費者契約の締結段階での問題であり、消費者契約を締結するかどうかについての意思形成で問題となるからである。不当条項の場合（消費者契約法 8～10 条）は、財産権（憲法 29 条）が侵害されていると考えられる。なぜなら、不当条項の場合、主として、消費者契約の履行の場面で問題となり、不当条項に基づく債務の履行や権利の不当な制限により、消費者の財産が不当に流出しているからである。

では、消費者団体訴訟が規定されていない場合は、過少保護なのであろうか。消費者契約法や民法などは、被害回復について用意はしているが、それでは十分な保護となっていない。すなわち、消費者個人では、被害額が少額であることや、訴訟を提起する能力などの点から被害回復についての訴訟提起は難しく、この状態を放置するならば、結局、同様の消費者被害はなくならず、消費者の利益は侵害されるばかりである。さらに、事業者は、ある消費者からの被害回復のために他の消費者と不当な契約を締結し、その資金を捻出するということも考えられる。これでは、消費者被害は繰り返されるだけである。以上の状態では被害者である消費者の基本権保護について過少であるので、国家は、積極的な措置を講じる必要がある。つまり、差止請求権を消費者の権利を保護することを目的としている適格消費者団体に付与することにより解決を図るべきである。

以上において、「消費者全体の利益」の意味、すなわち、消費者の集合的利益の意味について検討した。見解の多くは、消費者の集合的利益は公益でも私益でもない中間的な利益であるとし、その内容について中間的利益・拡散的利益・公益に近い私益と見解が分かれていた。私見である集合体説は、公益とどのような関係に立つのかという点についても検討を加える必要がある。以下においては、公益と集合的利益の関係について検討を加える。

Ⅲ 公益と集合的利益の関係

i 公益について

公益は、行政法において、重要な中核概念であるが、その内容は十分に検討されてこなかったとされている[櫻井＝橋本『行政法』（2011）10頁]。ただし、公益についての議論が全くされていないわけではなかった。以下では、公益適合性審査としての費用便益衡量論に注目し、集合的利益については、共同利益という第三の利益類型を認めるべきであるとする説と公益は私益の集合体であるとする説について考える。

ii 費用便益衡量論と共同利益

公益の中身については、「公益とは」と定義するのではなく、公益に適合しているかどうかの審査手法を考え、費用便益衡量論をその審査手段とするものがある[亙理『公益と行政裁量』（2002）214－291頁]。費用便益衡量論とは、当該事業計画の実施により得られる利益と、それにより失われる利益（公的利益・私的利益）を衡量し、当該事業の実施により得られる利益に照らして、失われる利益が過剰である場合、当該開発事業は公益に適合していないとされるという理論である[亙理『公益と行政裁量』（2002）61頁]。もっとも、費用便益衡量論を採用したとしても、訴えを提起することができなければ意味はない。そこで、原告適格について考える必要がある。

費用便益衡量論においては、公益と個別的利益と並ぶ第三の類型としての共同利益を考慮することにより、原告適格を認めようとする。共同利益とは、「環境保護という分野であれば景観・緑・歴史遺産を享受する利益や、公共サービス分野であれば公共交通や道路・公園等の公共施設の利用にかかる利益を、共通に自己の利益として享受している者が、一定の広がりをもって存在しているという社会実態に着目した概念」とされている[亙理「公私機能分担の変容と行政法理論」（2003）189－190頁]。なぜ、第三類型としての共同利益を観念しなければならないのか。それは、抗告訴訟の原告適格についての理論に問題があるからである。抗告訴訟の原告適格は、判例によると法律上保護された利益説を採用している。法律上保護された利益説とは、「当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益も法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有する」（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁[小田急高架事件]）とするものである。この考えからすれば、個人の個別的利益として保護されるのは、処分により侵害される利益が身体生命にかかわる場合、または、特別な規定が存する場合となる（[亙理「公私機能分担の変容と行政法理論」（2003）189頁]は、これを「一般公益への吸収」型思考と呼んでいる）。しかし、国民の法的地位が多様化している中、柔軟な法的保障が必要であり、「一般公益

への吸収」型思考には問題がある。そこで、共同利益という公益と個別的利益と並ぶ第三の利益として観念すべきであるとされる。そして、景観や歴史遺産等に関する利益も個々人がその人の人身的利益として享受しており、同様の利益を享受している個々人が一定の広がりをもって存在しているのであり、このような現象は、日照権侵害等により、自己の身体生命に対する侵害を受けている者が一定の広がりをもって存在していることと同様の構造である。よって、公益と個別的利益と並ぶ第三の利益類型として共同利益という類型を立てることは可能であるとしている[亙理「公私機能分担の変容と行政法理論」(2003) 189-190 頁]。

iii 公益は私益の集合体であるとする説

公益について私益の集合であることを認めるものある[山本『行政上の主観法と法関係』(2000) 322 頁、阿部「基本科目としての行政法(1)」(2001) 21-23 頁、同「基本科目としての行政法(4)」(2001) 3-4 頁]。行政法は、「普通には多数人の利益を守り、反面として、個々人の利益の程度が薄くなっている」だけであり、公益の内実は、私益の集合体であるとする[阿部「基本科目としての行政法(1)」(2001) 22 頁]。

この見解は、消費者法の分野に関して次のように指摘する。「鉄道の料金規制も鉄道利用者の私的利益を保護する制度である」[阿部「基本科目としての行政法(4)」(2001) 3 頁]。そして、「消費者『全体』を『類型的に』保護する規律、例えば、公共料金規制、約款規制、品質表示規制等は、独占市場や情報・知識・交渉力の不均衡に由来する市場の機能不全を補償ないし是正するという、最終目的のみならず、個々の契約ないし契約締結に至る過程を規律するという、中間目的を持ち、消費者の利益全体は、不可分にのみならず可分的にも保護される」[山本『行政上の主観法と法関係』(2000) 278 頁]。

iv 検討

消費者法の領域において、公益についてどのように考えるべきであろうか。以下では、行政と事業者との関係と行政と消費者との関係に分けて検討する。

行政と事業者との関係については、行政は、消費者保護のために事業者の権利を制限する。そして、ここで消費者の保護とは、不特定多数の消費者の利益、つまり、消費者の集合的利益である。では、この消費者の集合的利益は、消費者個人の利益とどのような関係にあるのであろうか。ここで、消費者個人の利益とは別の利益であるとも考えることもでき、消費者個人の利益の集合体であるとも考えることもできる。集合的利益が、消費者個人の利益と別の利益と考える場合、一体誰のどのような利益が侵害されている（侵害されようとしている）のか不明である。この公益と消費者個人の利益とが別であるという考えは、侵害される利益に注目するのではなく、侵害行為の違法性に注目しているのではないだろうか。そして、この事業者の違法な行為は、消費者に危険を及ぼす行為であるため、差止められなければならないと考えるのであろう。しかし、このように考えたとしても、消費者に危険が及ぶ行為というときの消費者に及ぶ危険は、消費者個人の利益を侵害する行為であるということになるはずである。もっとも、危険の及ぶ消費者個人の数は、多数である。そうだとすると、むしろ、そうだからこそ、消費者の集合的利益は、消費者の個別的利益とは関係のないということにはできないと考えられる。よって、ここで、行政が消費者の集合的利益を保護するために事業者を規制するという場合の集合的利益—すなわち、消費者法の領域における公益—とは、消費者の個別的利益の集合体であると考えべきである。

次に、行政と消費者との関係について考える。この関係においては、消費者が行政の権限不行使や処分に対する司法審査を求めることが可能かということが問題となる。そして、司法審査を求めることの可能性については抗告訴訟における原告適格が問題となる。抗告訴訟における原告適格は、上述の通り「法律上保護された利益」説が判例理論であり、消費者個人の利益は、一般公益に吸収され、原告適格は認められにくいというものであった。

そこで、共同利益を認めることによって、問題解決をすることが可能となった。この共同利益は、共通の利益を享受している者が一定程度広がりをもって存在していることに着目する理論であり、多数の個人の利益の集合体と考えることもできる。しかし、共同利益については、「先に守られるべき客観的な法秩序や生活秩序や公益があるのであり、良好

な景観秩序があり、この客観的な法秩序との関係で「訴訟の場も含めて保護利益性を認めていく」べきであるからであるので、共同利益は、権利（主観的法）として考えることは問題であるとされている[亙理＝磯部＝櫻井＝神橋「公益」（2006）58頁（亙理発言）]。このことは、共同利益は、「公益と個々人の個別的利益と並ぶ第三の利益類型として捉える」と主張されていることからもうかがえる[亙理「公私機能分担の変容と行政法理論」（2003）189頁]。

もっとも、上記のように公益は私益の集合であるとする、共同利益についての考え方を採用するとしても個別の利益の集合体と考えることができる。公益を個人の利益に分割することができるとするならば、行政の権限の不行使や違法な処分によって、個人の利益が侵害されているから、消費者個人でも訴え提起可能となるからである。しかし、個人が訴えを提起することは困難である。そこで、消費者の集合的利益の保護を担っているのは、適格消費者団体であるので、適格消費者団体に訴権を認めることは可能かという点について考えることができる。

適格消費者団体に訴権を認めることが可能かという点については、消費者団体が保護している消費者の集合的利益（消費者全体の利益）についての学説を検討する必要がある。先に述べたように、第1に、固有利益説は、「消費者全体の利益」は、適格消費者団体固有の利益を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の利益ではなく、適格消費者団体の利益である。第2に、中間的利益説は、「消費者全体の利益」は、公益と私益の中間に存する利益を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の利益ではなく、公益と私益の中間にある中間的利益である。第3に、拡散的利益（同種個別的利益）説は、「消費者全体の利益」は、差止請求については、社会一般に拡散している、個別に分割できない、または、分割すべきではない利益を意味すると考える。そして、損害賠償請求については同種個別的権利である。同種個別的権利とは、特定の個人や団体への帰属を觀念しうる権利ではあるが、個別的訴訟によって実現を図ることが困難であるために共通の事実上・法律上の原因から生じた同種の権利である。よって、侵害されているのは、差止請求においては、消費者個人の利益ではなく社会一般に拡散している

公益と私益の中間的利益であり、損害賠償請求においては、個人の利益ということになる。第4に、「公益に近い私益」説は、「消費者全体の利益」は、差止請求については、「不特定かつ多数の消費者」という権利能力のない集団の利益を意味すると考える。そして損害賠償請求については、消費者個人の利益を意味する。よって、侵害されているのは、差止請求においては、消費者個人の利益ではなく「不特定かつ多数の消費者」集団であり、損害賠償請求においては、消費者個人の利益である。第5に、集合体説は、事業者により侵害されている消費者個人の権利・利益の集合体を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の権利・利益であり、適格消費者団体は、その消費者個人の利益を保護するため実体的請求権を付与されている（国家の基本権保護義務の履行、効率的な権利救済のために実体的請求権を与えられている）と考える。

集合体説以外の説は、消費者被害の未然防止（差止請求）については、消費者個人の利益とは別の利益であると考えているのに対し、集合体説は、集合的利益について、消費者個人の利益の集合であると考えため、公益を私益の集合体と考えると、適格消費者団体が保護することを目的とする利益と行政が保護することを目的とする利益は同一のものとなる。もともと、現在、適格消費者団体は、消費者契約法に規定されている事業者の不当行為、特定商取引法に規定されている事業者の不当行為、そして、景品表示法に規定されている事業者の不当行為についてのみ差止請求をすることができるに過ぎない。しかし、公益と集合的利益は、共に消費者個人利益の集合体であるとする考えは、適格消費者団体に消費者の利益を保護するために行政に対し、例えば、不正競争防止法に基づく差止めに関する訴えを提起するための訴権を付与するための契機となるのではないだろうか。

以上のように考えると、集合体説によると集合的利益は、消費者個人の利益の集合体であり、それを公法という異なる視点から見たものであると考えることができる。このように個人の利益の集合体と考えることは、事業者に対する制限の側面と行政に対する権利行使の側面を有することになる。そして、集合的利益は、行政による救済と適格消費者団体による救済の協働を考える上での鍵となる概念であるといえる。

もともと、すべての領域（例えば、外交、軍事など）において、公益と集合的利益は同

じ内容であると考えることが可能か（言い換えれば、個別的利益とは関係ないが、行政により保護される利益は存在するのか）という点についてはさらなる検討を要する。

IV 小括

以上、第1節においては、「消費者全体の利益」の意味について、検討した、第1節における検討から得られた結論は、以下の通りである。

- ① 消費者団体訴訟は、「消費者全体の利益」を保護するために行われるものであり、ここにいう「消費者全体の利益」とは、消費者個人の権利の集合体であると解すべきである。
- ② 消費者被害は、個別の救済では十分でないため、国家は基本権保護義務の履行として、適格消費者団体に差止請求権を付与し、事業者の不当な行為を差し止めることにより、消費者個人の権利を保護することができる。
- ③ 消費者法の領域において公益は、個別的利益の集合体と考えることが可能であり、公益と集合的利益は、同じ内容である。

以上のように、適格消費者団体が消費者個人の権利利益を保護するために差止請求をすることができると考えたとすると、なぜ、適格消費者団体が、差止請求権者としてふさわしいのかという疑問が生じる。よって、以下、第2節においては、適格消費者団体が消費者全体の利益を代表し差止請求権者としてふさわしいかについて考える。

第2節 差止請求権者としての適格消費者団体についての考察

I はじめに

2006年に創設された消費者団体訴訟制度では、適格消費者団体に差止請求権を付与して、消費者全体の利益を保護することとした。本節においては、差止請求権の行使主体である適格消費者団体に焦点をあて、消費者の権利保護機関としての性格について考察したい。

消費者団体訴訟制度の趣旨【鹿野「立法的課題」（2004）58頁、加納「消費者契約法一部改正の概要」（2006）48頁、野々山「消費者団体訴訟制度の意義と現状」（2008）

10 頁、坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008) 23 頁]について考えてみたい。

消費者契約法は、事業者と消費者との情報の量と質や交渉力の格差から、事後的に消費者に消費者契約の取消しや契約条項の無効を主張させることにより消費者の救済を図ってきた。しかし、個別の(事後的)被害救済では、事業者の不当な勧誘行為や不当な契約条項の使用はなくなる。すなわち、消費者被害の救済は十分ではない。しかも、消費者被害は、少額でありながら高度な法的問題が含まれる[加納「消費者契約法一部改正の概要」(2006) 48 頁]。例えば、最近の最高裁判決の中でも更新料条項や敷引条項に関する事件を見てみると、更新料や敷引条項の法的性質を判断基準とされていたり、被害額自体は 10 万円程度とされていたりする事件も少なくない。

そこで、一定の要件を満たした適格消費者団体に事業者の不当な勧誘行為や不当な契約条項の使用を差止請求させることにより消費者の利益を保護することを目的として消費者団体訴訟制度は創設された。

本節においては、適格消費者団体に焦点をあてて、適格消費者団体が消費者の権利の保護というその役割を果たせるかという点について考えてみたい

II 適格消費者団体に関する消費者契約法の規定

i 適格消費者団体の認定(消費者契約法 13 条以下)

差止請求関係業務を行おうとする者は、適格消費者団体として認定を受けなければならない(消費者契約法 13 条 1 項)。ここにいう差止請求関係業務とは、「不特定かつ多数の消費者の利益のために差止請求権を行使する業務並びに当該業務の遂行に必要な消費者の被害に関する情報の収集並びに消費者の被害の防止及び救済に資する差止請求権の行使の結果に関する情報の提供に係る業務」とされている。認定を受けるためには消費者契約法 13 条 3 項に掲げられている要件にすべて適合していなければならない、5 項各号(適格消費者団体の欠格事由)のいずれかに該当することがあってはならない。また、消費者契約法 13 条 3 項柱書は、3 項の要件をすべて満たす場合であっても「認定をすることができる」としている。制度の趣旨に照らしてふさわしくないとされる場合には、内閣総理大臣

は認定をしないことができる[消費者庁企画課編『逐条解説』（2010）280頁]。

適格消費者団体としての認定には、有効期間があり、その有効期間は、認定の日から3年である（消費者契約法17条1項）。引き続き差止請求関係業務を行う場合は、有効期間の更新を受けなければならない（消費者契約法17条2項）。更新の際にも、適格消費者団体としての認定のときとほぼ同様の審査を受ける（消費者契約法17条6項）。

ii 差止請求関係業務（消費者契約法23条以下）

消費者契約法23条以下の差止請求関連業務についての規定は、適格消費者団体の責務規定、行為規範としての性格があるとされている[加納「消費者契約法一部改正の概要」（2006）50頁]。消費者契約法23条1項において、差止請求権は、不特定多数の消費者の利益のために適切に行使しなければならないことが定められている。適格消費者団体は、相互に協力しなければならない（消費者契約法23条3項）、差止請求権の行使に関する情報を他の適格消費者団体へ通知し、内閣総理大臣へ報告しなければならない（消費者契約法23条4項）。また、消費者から収集した情報の取り扱いに関する事項（消費者契約法24条）や、秘密保持義務などが定められている（消費者契約法25条）。そして、適格消費者団体は、相手方から財産上の利益を受領してはならず（消費者契約法28条）、適格消費者団体の役員等が相手方から財産上の利益を受けたときは、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処される（消費者契約法49条）

iii 監督（消費者契約法30条以下）

適格消費者団体は、業務や経理に関する帳簿書類を作成し、保存しなければならない（消費者契約法30条）、毎年度終了後に内閣総理大臣へ提出しなければならない（消費者契約法31条6項）。また、適格消費者団体は、毎年度、差止請求関係業務やその他の業務が消費者契約法に従い適正になされているかについて学識経験を有する者が行う調査を受けなければならない（消費者契約法31条2項）。そして、内閣総理大臣は、適格消費者団体に対し立入検査することや業務若しくは経理の状況について報告をさせることができ

(消費者契約法 32 条)、適合命令や改善命令(消費者契約法 33 条)、認定の取消しをすることができる(消費者契約法 34 条)。

Ⅲ 適格消費者団体は消費者の権利保護機関としてふさわしいか？

以下では、適格消費者団体が消費者の権利保護機関としてふさわしいかについて検討を加える。検討については、適格消費者団体の性格(i)と消費者被害における差止請求の効率性(ii)の観点から検討することとする。さらに適格消費者団体の性格については、訴訟追行能力(i-1)、信頼性(i-2)、適格消費者団体の公共的性格(i-3)から検討する。また、消費者被害における差止請求の効率性については、法と経済学的手法を用い、コースの定理(ii-1)、所有権の保護(ii-2)を考え、これらが消費者問題について適用できるかについての検討をする(ii-3)。

i 適格消費者団体の性格

1) 訴訟追行能力

上記の通り、適格消費者団体は専門委員を置くことが義務付けられており(消費者契約法 13 条 3 項 5 号)、消費者被害に関する高度な法的問題などに対処することができる。適格消費者団体は、差止請求関係業務の遂行を適正に行えるための経理的基盤も有していることが要求されている(消費者契約法 13 条 3 項 6 号)。また、行政による場合は、議会による訴訟提起の議決が必要であるため訴訟を提起することは事実上不可能であるか、または難しいといえる。これに対し、適格消費者団体は、理事会の決定のみで訴訟を提起することができることから、行政が行うよりも容易に訴訟提起ができる。これらの要素から、訴訟を追行する能力を適格消費者団体は有していると考えられる。

2) 信頼性

適格消費者団体の組織や業務は、法律により規定されている。内閣総理大臣の認定が厳格であることは、適格消費者団体を信頼することができることを示すものである。また、

適格消費者団体に対する厳格な監督や多くの義務が課されていることも適格消費者団体を信頼することができることを示すものである[野々山「消費者団体訴訟制度の創設」(2006) 103頁]。さらに、仮に適格消費者団体が、不正な行為をしている場合、事業者の側からも刑事告訴などができる。このことは、事業者の側からも監督をされていることを示すものであり、適格消費者団体の信頼性を高める要素となると考えられる。

3) 適格消費者団体の公共的性格

(1) 準行政機関的性格

適格消費者団体の公共的性格として行政機関に準じる性格（準行政機関的性格）が挙げられる。適格消費者団体が準行政機関的性格を有することについては、適格消費者団体の組織や業務、差止めを認めることの意味、差止請求権と行政処分類似性から考えてみたい。

第一、適格消費者団体の組織や業務について。IIで検討したとおり、適格消費者団体に関して、消費者契約法は、組織の構成や取り扱い業務、そして厳格な監督を規定している。

第二、差止めを認めることの意味について。消費者団体訴訟制度は、事業者の不当な勧誘行為や不当条項の使用について差止めを認めるが、差止めは、損害を発生させる前に損害を発生させるような行為をやめさせることである。これは、未遂に対する責任を迫及していると言える。本来、未遂を処罰することは、公共利益に対する侵害である刑事法の領域でのみ正当化される[ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン『法と経済学』(1997) 488頁]。潜在的に有害な行為であったとしても損害が発生していない場合、損害が発生していないのだから、損害賠償請求権は発生していない。しかし、犯罪の未遂の場合は、恐怖という損害を人々に与える。人々に恐怖という損害を与えるということは、公共の利益に対する侵害であると考えられる。民事法において差止めを認めるということは、民事法においても未遂に対する責任迫及を可能にすることを意味する。そうすると、そこで保護される法益は、公共の利益か公共の利益に準じるような性格を持つと考えられる。そして公益やそれに準じる利益の保護は、本来、行政機関の担う役割である。

第三、差止請求権と行政処分の類似性について。差止請求権は、事業者の不当な勧誘行為や不当条項の使用を禁止することである。行政処分も営業停止の処分を事業者に命ずることである。このように、差止請求権も行政処分も事業者の行為（不当な勧誘行為や不当条項の使用・事業者の営業）を行わせないようにするという効果を持つものである。よって、適格消費者団体が行使する差止請求権と行政の行う行政処分との間には、（細部において相違する部分も存するが）類似性が認められる。

以上のように、適格消費者団体の組織や業務が法律により規定されていることや、差止請求権により保護される利益が公共の利益または、公共の利益に準じるものであること、差止請求権という行政処分に類似した権利を有していることから、適格消費者団体は行政機関に準じるような性格を持つと考えられる。

(2) 市場監督者としての性格

次に適格消費者団体の公共的性格として市場監督者としての性格が挙げられる。適格消費者団体は、消費者の利益を擁護する活動をしている[野々山「消費者団体訴訟制度の創設」(2006) 99頁]（さらに消費者契約法 13 条 3 項 2 号によると、このような消費者の利益を擁護するための活動は、認定の前から相当の期間にわたって行っていることが認定の要件ともなっている）。そして、適格消費者団体の裁判外の差止請求や交渉により事業者の勧誘行為や契約内容の改善の要求とその改善という事実は、消費者団体訴訟制度が「市場の公正さ」を実現するための制度として機能していることを示すものである[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008年) 23頁]。これら点は、消費者視点での市場の監督をする役割が適格消費者団体に期待できることを示している。また、消費者契約法 40 条において、国民生活センターや地方公共団体は、適格消費者団体に協力をすることができることが規定されているし、消費者基本法 26 条では、国に対し消費者団体が健全にかつ自主的に活動することができるよう施策を講じるものとするとしている。さらに、消費者団体訴訟制度の創設により、事業者が適格消費者団体に耳を傾ける姿勢を見せるようになってきており、「公正な消費者取引のあり方を、消費者団体、事業者・事業者団体、行政機関

とが協議しながら実現していく関係が生まれてい」るとの指摘もある[島川＝坂東『判例から学ぶ消費者法』（2011）54頁]。

以上のような、適格消費者団体の持つ準行政機関としての性格や市場監督者としての性格は、適格消費者団体が差止請求権を行使する者としてふさわしいことを示す要素となっている

ii 消費者被害における差止請求の効率性

ここでは、消費者の権利救済の効率性という観点から検討してみたい。検討に際しては、法と経済学的手法を用いる。具体的には、コースの定理と所有権の保護についての基準について検討を加える。

1) コースの定理[ロナルド・コース「社会費用の問題」（1994）15 - 66 頁、ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン『法と経済学』（1997）124 - 145 頁]

ある人の行動が、他の人に不利益をもたらすという状況の下で誰に責任を負わせるかという問題について、従来は、有害な影響を与えるものに責任を負わせるという方法を採用していた。しかし、コースは、このような問題は、相互的な性質を有していると主張し、従来の考えを批判した。

相互的な性質とは、A に対する害を避けることは B に対して害を与えることになり、B に対する害を避けるなら A に対して害を与えることになるという性質のことである。例えば、工場の隣に診療所があり、工場の騒音により医者治療に支障をきたす場合、騒音の害を避けるために工場の操業をやめさせるとすると、工場の生産を低下させ、工場に害を与える。逆に、工場の生産性を下げないようにするために騒音を出し続けさせるとすると医師の診療に支障をきたす状態は変わらず、医師は害を受ける。

この相互的な性質を有する問題の解決は、有害な影響を与えること、避けることを正当化できるかであり、より重大な方の害を避けることである。そして、最も効率的な紛争解決は、交渉の結果の協力である。なぜなら、当事者は、自分がその取引からどのような利益

を得るかをよく考えて交渉する。このような交渉の結果としての当事者の合意は、富を最大化する。これは法がどのようなルールになっていても変わりはない。例えば、交通事故を減らすことができる装置（事故防止装置）が開発されたとして、この事故防止装置を取り付けることにより、交通事故による被害額は、10兆円減少できる。そして、この装置を取り付けるための費用は5兆円かかる。法は、損害賠償責任を加害者に負わせるというルールを採用していた。この場合に事故防止装置を取り付けることによって得られる利益が、事故防止装置を取り付ける費用より大きい場合には、潜在的加害者は、この事故防止装置を取り付けるという選択をするのが合理的である。しかし、事故による損害賠償責任をAさんに負わせるというルールを法が採用するとしても結果は同じである。Aさんは、自分の出費が少なく済むよう自動車会社や他のドライバーなどと交渉して、10兆円の支出を回避するという選択をする。従って、法のルールがどのようなようになっていようと、合意により、理想的な結果を得ることができる。

上記の内容を記述的コースの定理として、次のように述べることができる。

当事者が一緒に交渉でき、協力することで対立を解消できるならば、法律のルールの内容がどのようなものであろうとも、当事者の行動は効率的である

この原則をここでは、第一原則呼ぶこととする。

しかし、当事者の交渉はいつもうまくいくとは限らない。それは、交渉を妨げる要素が多々あるからである。コースは、この交渉を妨げる要素を取引費用よんだ。効率的な紛争解決は、当事者の交渉による協力であるので、交渉をスムーズに進めることができるようにする必要がある。すなわち、この取引費用がなるべく少なくなるようにしなければならない。これを上記の事故防止装置の例の続きで説明すると次のようになる。Aさんに責任を負わせたとしてもAさんに5兆円の支出をするだけの費用があるか不明であるし、実際にAさんが、事故防止装置を取り付けるために車の製造者に掛け合うなど追加的な費用がかかる。そうすると、事故防止装置をつける責任を車の製造者に負わせるべきであるとい

う結論に達する。

取引費用に関する上記の内容は、規範的コースの定理として次のように述べることができる。

私的合意に対する障害を取り除くように法を構築せよ

この原則をここでは、第二原則と呼ぶこととする。

しかし、交渉は失敗することもある。その場合、裁判所は、利益と損失を比較し、利益が損失を上回るように判断をする必要がある。

2) 所有権の保護[ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン『法と経済学』（1997）

145 - 155 頁]

次に所有権が不当に侵害された場合の救済手段について考える。所有権が不当に侵害された場合の救済方法は、損害賠償と差止命令が考えられる。

所有権が不当に侵害された場合の救済手段の選択に際しては、当事者が協力することができるかを基準に考えるべきである。ごく少数の者に対する悪影響を私的負財とよび、多くの者に対する悪影響を公的負財とよぶ。そうすると、所有権が不当に侵害された場合の救済手段については、次のようにまとめることができる。

私的負財に対しては差止命令を用い、公共負財に対しては損害賠償を用いるべきである

この原則をここでは、第三原則と呼ぶこととする。

なぜ、このような結論になるのであろうか。それは、ここでの選択は当事者が、協力できるかを基準に考えていた。つまり、取引費用がかかれば交渉は難しくなり、取引費用がかからなければ交渉は容易になる。だから、多くの者に対する悪影響であれば、多くの者

と交渉をせねばならず、取引費用は高くなる。つまり、多くの者と交渉させると、交渉は難航し、当事者が協力をすることは難しくなる。よって、「私的負財に対しては差止命令を用い、公的負財については損害賠償を用いるべきである」という結論になる。

しかし、この基準は妥当ではないとも考えられる。なぜなら、多くの者に対する悪影響が生じるのであるからこそ、その有害な行為を止めさせなければならないはずだからである。

3) 消費者被害における差止請求の効率性の検討

(1) コースの定理について

コースの定理については、克服しなければならない問題点がある。

まず、コースの定理における人間像と消費者法における消費者像との相違の問題点について。コースの定理で想定されている人間像は、損益の計算を十分にできる人間像である[嶋津「経済学の洞察と法学」(1997) 291-292]。しかし、消費者法における消費者像は、コースの定理で想定されている人間像とは逆の交渉能力が事業者に比べて劣ることが前提である。つまり、適切に交渉をすることができない可能性がある。では、コースの定理は、消費者問題について用いることができないのであろうか。コースの定理の核心である合意による解決がなされることは有用である。この問題点は、克服できないのであろうか。

そこで、適格消費者団体がどのような団体であったかを思い出してみたい。適格消費者団体は、上記 i で検討したとおり、専門委員を置くことが義務付けられており（消費者契約法 13 条 3 項 5 号）、消費者被害に関する高度な法的問題などに対処することができる。また、適格消費者団体の認定の要件にも消費者被害の防止や、救済のための活動を相当の期間にわたって継続して適正に行っていることが要求されている（消費者契約法 13 条 3 項 2 号）。

以上の要素は、個人とは異なり適格消費者団体が、事業者と対等に交渉をすることができることを示しているのではないだろうか。このように、適格消費者団体を交渉者として据えることにより、コースの定理についての問題点の一つを克服することができる。

次に、コースの定理によると、事業者が金銭を払うかわりに不当な勧誘行為を続ける、また、不当条項を使用し続けるという取引も可能になるという問題点について。確かに、コースの定理によると、事業者が金銭を払うかわりに不当な勧誘行為を続ける、また、不当条項を使用し続けるという取引も可能になる。しかし、消費者契約法 28 条により適格消費者団体が、財産上の利益を受けることは禁止されている。また、消費者に利益を分配するという方法も考えられるが、非現実的である。従って、このような取引は成立しない。よって、コースの定理についての二つ目の問題点も解決できる。

(2) 第三原則について

先に述べたように「私的負財に対しては差止命令を用い、公共負財に対しては損害賠償を用いるべきである」という第三原則の結論は妥当ではないとも考えられる。それは、多くの者に対する悪影響であればあるほど差止めが必要になるからであった。

しかし、この基準の当否は、効率性の観点から考えなければならないという点を思い出してみると、取引費用を安くできる者に交渉者としての権限や地位を与えるとするならば、差止めと損害賠償の区別の基準に関する第三原則は妥当なものになる。消費者個人と交渉をしていくとすると、取引費用が高くなり協力は難しい。なぜなら、交渉相手となる消費者個人を探し出すための費用が必要となり、また、交渉そのものに対する費用も必要となるからである。そこで、適格消費者団体に交渉権限を与えるとするとうなるであろうか。適格消費者団体に交渉権限を与えるとするならば、事業者は、適格消費者団体と交渉すればよいので、交渉相手を探し出すための費用や手間も少なくて済む。つまり、取引費用は少なくて済む。

以上のように適格消費者団体に交渉者としての権限や地位を与えるならば、所有権保護に関する選択の基準に関する第三原則は正当化できる。

(3) 交渉者としての適格消費者団体

交渉者として適格消費者団体に事業者との交渉権限を与えるべきとの主張をしてきたが、

交渉による合意が富を最大化する事的前提は、「人は自分が利益になると思うことは自分で決めることができる」ということである。この前提からすると、適格消費者団体が、なぜ他人である消費者個人の利益になるということを決めることができるのかという疑問が生じる。この疑問は、第三者による決定を許容することができるかという問題と、適格消費者団体が消費者の利益を代表できるかという問題に分けることができる。

まず、第三者による決定を許容することができるかという問題についてであるが、第三者による決定が、正当化されないのは、「人は自分のことは自分で決めることができる」考えに反するからである。つまり、私的自治原則の根幹にある自己決定権を侵害するからである。ここで他者決定が自己決定権侵害となるのは、私的自治原則が、人が十分な情報を有し、相手方と交渉できる、すなわち、当事者が対等であることを前提としているからである。しかし、このような前提が崩れるとすると、合意は強者による「押しつけ」となる。このような、強者による押しつけも、弱者の自己決定権を侵害する結果となる[山本敬三『民法講義Ⅰ』（2011）114―115頁]。そうならば、弱者の権利を擁護するために第三者による決定が必要となる場面もあると考えられる。民法典においても代理制度が存在する。この代理制度も他人である代理人が、本人にかわり法律行為をしたり、財産管理をすることができる制度である。この代理制度は、私的自治の拡張や補充という機能を有することから、（特に法定代理は）弱者保護のための第三者による決定が正当化される場面である。そうすると、多くの消費者被害を防止するための適格消費者団体の活動も、弱者である消費者の権利を擁護するために第三者による決定が必要となる場面の一つであると考えられる。

次に、適格消費者団体が消費者の利益を代表できるかという問題点について。消費者法においては、消費者・事業者間には情報の質と量・交渉力の格差があることが前提とされており、消費者個人は、適切な判断をすることができない可能性がある。それに対し、適格消費者団体は、情報の質と量があり適切な判断ができ、交渉力があるために十分な交渉ができる。つまり、情報に関しては、他の適格消費者団体や消費生活センター・国民生活センターと協力することにより、情報の質や量において不足はない。さらに適格消費者団

体自身も消費者被害に関する知識や経験を有している[消費者委員会「報告書」(2011) 13頁]。また、交渉力に関しては、専門委員の存在や差止請求権という武器も持っている。そして、適格消費者団体は、適格消費者団体としての認定を受ける前から相当の期間にわたり消費者の利益を図る活動をしている(消費者契約法13条3項2号)ことから、消費者の利益を図ることを期待できる。

iii 小括

第2節において、適格消費者団体が消費者の権利を保護するための機関としてふさわしいかという点について検討した。その検討により得られた結論は、以下の通りである。

- ① 適格消費者団体は、訴訟を迫行する能力があることから、消費者の権利保護のために差止訴訟を提起できる。
- ② 適格消費者団体がどのような組織か法律に規定されており、内閣総理大臣による監督や事業者による監督がされることは、消費者だけでなく事業者も適格消費者団体を信頼することができるということを示している。
- ③ 適格消費者団体が、準行政機関として、そして、市場監督者としての性格を持つことから、適格消費者団体が自己の利益のみを図ることがなく、消費者全体の利益を図ることを目的として行動することが分かる。
- ④ 適格消費者団体に事業者との交渉者としての地位や権限を与えることにより消費者の権利をより効率的に保護することができる。
- ⑤ 消費者と事業者との間には、情報の量や質、交渉力などについて格差が生じており、消費者の権利が侵害されていることから、第三者による保護が必要であるので、情報の量や質が劣らず、消費者の利益を代表できる適格消費者団体による交渉や決定は正当化される。

以上では、適格消費者団体による差止請求について検討した。本論文において、消費者団体訴訟における差止請求をするにあたっての保護法益は、消費者個人の権利・利益の集合体であると結論付けた。このように考えると、消費者個人で差止請求をすることが可能

なのではないかとの疑問が生じる。そこで、以下、第3節において、消費者個人の差止請求について検討する。

第3節 消費者個人の差止請求についての考察

I はじめに

本論文において、消費者団体訴訟制度の保護法益について、消費者個人の利益の集合体であるという考え方をすべきであると考えた(第1節-II-v)。この考え方によると、消費者個人も自己の権利侵害の結果として、事業者に対して差止請求をすることができるということになる。

しかし、消費者個人には差止請求権は、認められないという見解も存在する。この問題点については、後述する(II-i)。

もっとも、差止請求権が規定されている消費者団体訴訟制度は、差止請求権を適格消費者団体に付与するものである。よって、消費者個人が、どのような根拠に基づき差止請求をすることができるかについては、民法の一般理論について検討する必要がある。民法の一般理論における差止請求権については、既に網羅的な研究成果が発表されている[根本『差止請求権の理論』(2011)]。本節においては、その研究成果を受けた上で、問題点を指摘し、一つの試案をすることを目的とする。

本節は、まず、差止請求権について従来どのような考え方がなされてきたかについて検討する(II)。次に、私見について検討をする(III)。

II 差止請求権についての考え方

i 差止請求権を認める必要性

消費者個人については、差止請求権は認められないとする考え方がある。その理由は、現に侵害を受けていない消費者は、事業者からの侵害の危険性を認識しているのであるから、損害を被ることを回避することが可能であるというものである[三木「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」(2006)62頁]。

確かに、侵害を受ける可能性を認識しているのであれば、その侵害を受けないように行動することもできるかもしれない。しかし、侵害が目の前に迫っていても、それを除去することができないというのは被害救済として適切ではない。すなわち、その侵害を回避することが容易である場合は問題ないとしても、（例えば、欠陥のある製品について情報が消費者に知らされてないとき、消費者はその欠陥のある製品の使用を避けることができないときのように、）侵害を回避することが困難な場合に、その侵害の除去を請求できず、侵害を受け損害が発生しなければ救済手段が与えられないということは不当であると考えられる。[加賀山「消費者被害」（1995）507 頁]は、被害が生じた場合に損害賠償が認められたとしても人命が失われた場合には意味がなく、「損害の発生を待たなければ侵害行為を停止させることができないというのは不合理である」とする。また、[四宮『不法行為』（1985）479 頁]は、「法は、違法な行為による危険が継続し反覆されまたは差し迫っている際に、手をこまねいて、損害という結果が発生するのを待たなければならないのであろうか。むしろ、進んで、— 一定の要件のもとに一法の欲しない行為や結果の発生を阻止する手段（差止請求権）を被害者に付与すべきではなかろうか」とする。したがって、損害を受けることを認識しているとしても、それを除去することを請求することを可能にしておくべきである。

また、差止請求を認めることは、他人の行為を制限することなので、個人の一般的行為自由を認めることと抵触するかもしれない。しかし、個人に一般的行為自由が認められているとしても、他人を害する自由は存在しない[加賀山「消費者被害」（1995）504—507 頁]。

ii 権利説（絶対権説）

差止請求権は、権利が侵害された結果として生じる。権利説は、人格権に基づく差止請求、環境権に基づく差止請求などが主張されている。

人格権に基づく差止請求、については、判例により展開された。北方ジャーナル事件（最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁）において、最高裁は、「名誉は生命、身

体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきである」として名誉権を排他性のある権利とした。そのうえで、この名誉を違法に侵害された者は、民法 710 条に基づく損害賠償、民法 723 条に基づく名誉回復のための処分を求めることができることに加え、加害者に対し、侵害行為の差止めを求めることができるとした。

環境権に基づく差止請求については、次のように主張されている。環境権とは、「よき環境を享受し、かつこれを支配しうる権利であり」、「人間が健康な生活を維持し快適な生活を求めるための権利である」とされている[大阪弁護士会環境権研究会「環境権」(1973) 85 頁]。環境とは、自然環境(大気・水・日照など)に限られず、生活を取りまく社会的環境(道路・公園など)や文化的環境(遺跡など)を含む[大阪弁護士会環境権研究会「環境権」(1973) 85、158 頁]。この環境権は、排他的な支配権であり、環境破壊行為に対しては、損害賠償請求のみならず、差止請求をすることができる[大阪弁護士会環境権研究会「環境権」(1973) 165 頁]。

権利説における権利とは、排他的支配権を意味し、古典的権利論と呼ばれることもある。この権利論は、排他的な支配領域を画定するところに特徴があり[原島「民法理論の古典的体系」『市民法の理論』(2011) 8-10 頁]、権利とは意思が支配する領域に対する力(意思説)[サヴィニー『現代ローマ法体系 第一巻』(1993) 36、299-307 頁、末川「サヴィニーの権利論」『権利侵害と権利濫用』(1970) 22-34 頁]や、権利とは法律上保護された利益(利益説)[末川「イェーリングの権利論」『権利侵害と権利濫用』(1970) 35-51 頁]に代表される。

この権利説に対しては、次のように問題点が指摘されている。権利を排他的支配権とするとその適用範囲が狭くなりすぎる。すなわち、権利が、排他的支配を内容とするのであれば、権利の範囲が明確でなければならない。そうすると、人格に関する(プライバシーなど)の問題や、環境に関する問題、競争に関する問題は、その範囲が明確なものとはならないので、「権利」とは認められず、保護の対象から外れることとなる。しかし、人格や環境、競争に関する問題も保護されなければならないのであるから、古典的権利論では

限界がある[原島「民法理論の古典的体系」『市民法の理論』(2011) 15-22 頁、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」(2008) 98-99 頁、根本『差止請求権の理論』(2011) 35-36 頁]。

iii 不法行為説

差止請求権は、不法行為(民法 709 条)の効果として発生する。その根拠としては、以下の通りである。なお、不法行為説を主張する論者の中には、差止請求権一般について論じるのではなく特定の問題についての考察であるものもある([伊藤「差止請求権」(1973)は、公害を問題とし、[森田「差止請求と民法」(2001)]は、消費者契約における不当条項の差止請求を問題としている)。

不法行為の効果として、差止請求を認めることにより、被害者保護や社会経済上も有用であり、法秩序は違法な行為を差止めることにより、「自らの統一性・一貫性を保持できる」[四宮『不法行為』(1985) 479 頁]。そして、不法行為の効果として差止請求を認めるとするならば、権利として絶対的保護の対象とならない利益に対する侵害についても保護の対象となる[四宮『不法行為』(1985) 480 頁]。もっとも、不法行為の効果として差止請求を認めることについては、差止請求が「法秩序の命令に従いうるのに従わなかったこと(一般的非難可能性)にあるのであって、行為者における人的非難可能性は問題とすべきではなく、また、差止請求で問題となるのは、行為の「違法性」であり、「その意味では、不法行為法から借用して自らに合うように仕立て直した、『違法性』の衣」であり、「準不法行為的構成と呼ぶべきであろう」とする[四宮『不法行為』(1985) 479 頁]。

不法行為(民法 709 条)の効果は損害賠償であり、損害賠償は金銭によりなされることが民法 722 条 1 項に規定されている。この民法 722 条 1 項の起草過程から、金銭賠償が採用されたのは、金銭賠償が最も便利であるという理由であり、不便であるとの理由で採用されなかったのは原状回復賠償であって差止請求は含まれていなかった。よって、差止請求を不法行為の効果として認めることも可能である[伊藤「差止請求権」(1973) 407-408 頁、大塚「人格権に基づく差止請求」(1997) 532 頁]。

不法行為に基づいて差止請求を認めることにより、侵害行為の悪性を理由として、差止め可否を論じる可能性がある[森田「差止請求と民法」(2001) 115頁]。

不法行為の効果として差止請求を認めるものの中には、差止請求は、権利侵害(排他的支配権に対する侵害)については、その権利にもとづいて差止請求が可能であり、権利(排他的支配権)に至らない利益の侵害については、不法行為(民法709条)により差止請求が可能であるとするものもある[大塚「人格権に基づく差止請求」(1997) 532-536頁]。

不法行為説に対しては、次のような批判が加えられている[根本『差止請求権の理論』(2011) 52-78頁]。まず、差止請求における「侵害」と不法行為における「損害」とは異なる。すなわち、不法行為における損害とは、過去に生じた損害の填補であり、差止請求における侵害とは、現在に生じている、または、生じようとしている悪影響の排除である。

次に、不法行為においては、侵害者に故意・過失という主観的要件が必要であるが、差止請求において、主観的要件を課すことは、差止請求の範囲を狭めることとなる。それは、差止請求が認められる必要がある事案においては、侵害行為を抑止しなければならないのであって、このような事案において、侵害者に故意・過失を要求するならば、侵害の抑止が難しくなる。

そして、不法行為に基づいて差止請求を認めるとしても、その要件として、損害が必要となる。しかし、損害を発生要件として要求することは、事前の差止請求を不可能になる。

さらに、不法行為(民法709条)の効果は、損害賠償であり、損害賠償は民法722条1項において、金銭賠償がその方法とされている。不法行為の効果として、差止請求を認めることは、この民法722条1項に矛盾する。

iv 違法侵害説

差止請求権は、「法的保護に値する私人の利益が違法に侵害されており、差止請求権による保護を必要としている場合に、保護法益に対する『違法な侵害』あるいは右違法な侵害から当該利益を保護する必要性そのものに基づいて」発生する[根本『差止請求権の理論』

(2011) 95 頁]。違法侵害説は、差止請求権が「権利（以下、本節においては排他的支配権を「権利」と表記する）」の侵害にのみ発生すると考えた場合に生じる問題点に対し、差止請求権の発生根拠を法律上保護される利益まで拡大した。よって、従来、「権利」しか保護されなかったが、違法侵害説を採用することにより、「権利」以外の法益に対する保護を認めることが可能になり、競争秩序違反や環境破壊行為についての差止請求を認めることが可能になる。

ただし、「権利」であったとしても、その侵害は違法なものであると判断されなければならない。「『権利』の意義を希釈してしまうのではないか」との疑問が生じる[根本『差止請求権の理論』（2011）106 頁]。しかし、違法侵害説が、相関的利益衡量の対象としているのは権利ではない利益であり、排他的支配権としての「『権利』の保護のあり方」ではない[根本『差止請求権の理論』（2011）108 頁]。また、違法侵害説は、「権利」のみならずその他の利益にも差止請求権による保護を認めるために、相関的利益衡量により違法性の判断を行う。そして、利益衡量の基準は「様々な諸事情を総合勘案した結果、当該事案において差止請求権による保護を肯定することが被侵害法益の性質・内容に最も認められる場合に、侵害を違法と判断すべきもの」である。このような判断基準によると、「権利が客観的（形式的）に侵害されるならば原則としてそれだけで直ちに当該侵害は違法と判断されるべきである」と解することができる[根本『差止請求権の理論』（2011）109 頁]。そうすると、「権利」の意味は、希釈することにはならない[根本『差止請求権の理論』（2011）108-109 頁]。

そして、差止請求権の成否について具体的に判断すると考えると、差止請求権の発生について、「私人の予見可能性を奪い、同時に裁判官に大幅な裁量を与える」という問題点が生じる[根本『差止請求権の理論』（2011）110-111 頁]。しかし、この疑問に対しては、様々な法益ごとに発生要件を確定するために、発生要件の類型化することにより解決できる[根本『差止請求権の理論』（2011）111 頁]。

違法侵害説の主張は、権利だけでなく利益に対する侵害についても差止請求による保護を認めるものであり、その判断基準として、権利・利益に対する違法な侵害であるとする

ものであり、この点は、私見も同様である。しかし、違法侵害説の問題点として、利益侵害については、秩序違反に対するサンクションとして差止請求権を認めようとする点については問題である。秩序違反に対するサンクションとしての差止請求権という構成についての問題点については、後述する（Ⅱ－v－4）。

v 秩序違反説

ある行為が、秩序に違反する場合に差止請求権が発生する。なお、この説は、秩序違反の場合に損害賠償請求をも認めている。

1) 権利と秩序の二元的構成

権利とは、個々人に割り当てられた自由領域、支配領域の劃定、保証であるとする[原島「民法理論の古典的体系」『市民法の理論』（2011）8頁、同「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）446頁、同「法と権利に関するひとつの試論」『市民法の理論』59頁]。そして、この自由領域への「無断の立ち入り」は権利の侵害となり、違法と判断される[原島「法と権利に関するひとつの試論」『市民法の理論』59頁]。このような権利に対する侵害は、「違法性阻却事由」のない限り直ちに違法であり、例外的な制限規範のない限り、差止請求が可能であり、（故意・過失がある場合は）損害賠償請求も可能である[原島「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）513頁]。

このような権利に対し、権利とはいえないものについては、私的所有の対象となるものではなく、社会的共用資産であり、その経済環境や生活環境の利用には「ルールがあり、秩序があり、規範がある」[原島「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）519頁]。

経済環境について。不正競争防止法3条における「営業権」は、収益をある事業者に排他的に帰属させるものではない[原島「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）518頁、同「開発と差止請求」『市民法の理論』（2011）535頁]。この競争秩序に関する法規範の違反、つまり、不正競争による収益の減少が違法と評価される[原島「わ

が国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）518 頁、同「開発と差止請求」『市民法の理論』（2011）535 頁]。このような秩序違反行為については、「事業者のイニシアチヴのもとに競争秩序の維持をはかる」ために、差止請求が認められ、損害賠償も認められる[原島「開発と差止請求」『市民法の理論』（2011）535 頁]。

生活環境について。環境は、誰かに帰属するものではない[原島「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）519 頁]。環境破壊により、差止請求権が発生するのは、「環境破壊によって被害をうける住人のイニシアチヴの下に環境保全秩序・環境利用秩序に関する法規の違反をチェック」するためである[原島「開発と差止請求」『市民法の理論』（2011）535 頁]。

2) 秩序違反の一元的構成

(1) 根幹秩序と外郭秩序

市民社会には「基本的諸秩序」が成立し[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）2 頁]、秩序違反に対するサンクションとして各種請求権（損害賠償請求権、不当利得返還請求権、差止請求権など）が認められる。秩序とは、「社会構成員一般に一平均的に— 一定の規範的行動様式を観念させることによってその方向づけるもの」である[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）2 頁]。この秩序は、以下のように説明される。

第 1 に、根幹秩序としての財貨秩序[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）3-8 頁]とは、「個別主体への財貨の帰属および帰属主体の意思に基づく財貨の移転という仕組み」である[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）3-4 頁]。この財貨秩序には、財貨帰属秩序と財貨移転秩序が存在する。財貨帰属秩序とは、財貨の帰属に関する秩序であり、「財貨の帰属が侵害されないことのなかに『秩序が観念される』ので、財貨の帰属が侵害されれば「秩序」に違反する[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）4-6 頁]。財貨移転秩序とは、財貨移転すなわち契約を通して行われる商品交換であり、財貨移転は、給付が重要であり、給付がされない場合に「秩序」違反とされる[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）6-8 頁]。財貨帰属秩序が侵害されるおそれがある場合は、差止請求をすることができ、

故意・過失により侵害した者は、損害賠償責任を負い、故意に侵害した者は刑事責任が追及される[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 5-6 頁]。

第2に、根幹秩序としての人格秩序[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 14-18 頁]とは、「個々の人間が人格的利益の帰属主体として扱われる仕組み」である[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 14 頁]。この「人格的利益には、生命、身体、自由、名誉その他さまざまなものがあり」[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 15 頁]、「その人格的利益が侵害されないこの中に『秩序』が観念される」[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 16 頁]。そして、人格的利益の侵害が「秩序」違反となる。人格秩序に違反した場合の救済手段としては、差止請求が「人間が人間たる資格において帰属主体となる他の人格的諸利益の確保のために」認められ、故意・過失により違反した場合、損害賠償責任を負い、故意に侵害した場合、刑事責任を負う[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 16-17 頁]。

第3に、財貨秩序の外郭秩序としての競争秩序が存在する[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 8-12 頁]。競争秩序においては、「個別主体(個々の経済主体)にとって、財貨移転に関する競争が可能となっている経済環境からの利益の享受が問題となるのであり……帰属が問題となるのではない」[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 9 頁]。価格や品質に関する競争が行われる基盤を破る行為は、競争秩序に反するとされる。価格や品質に関する競争という資本主義の基盤に関するものとして禁止される事項を基盤確保的禁止事項と呼ぶことができる[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 9 頁]。また、独占などの競争制限行為は、資本主義社会において構造的に生じるが、これにより、一般消費者の利益が害される蓋然性は、大きくなり、競争制限行為の禁止が要請され、このような「競争制限を指向する力」と「競争制限の禁止を指向する力」との対抗関係の調整により禁止される事項を競争促進的禁止事項と呼ぶことができる[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 9-10 頁]。これらの禁止事項についての禁止事項の救済手段としては、基盤確保的禁止事項については差止請求制度(不正競争防止法3条1項)が認められ、競争促進的禁止事項については、公正取引委員会の排除命令が認められる[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 10 頁]。ただし、私人の差止請求も認められる可能性は、否定しない(独

占禁止法 24 条) [広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 11 頁]。そして、個々の経済主体が経済環境から享受する利益(競争利益)が侵害された場合は、損害賠償請求(不法行為)が可能である[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 11 頁]。

第 4 に、人格秩序の外郭秩序としての生活利益秩序が存在する[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 15、19-22 頁]。生活利益秩序とは、生命身体の侵害にまでは至らない生活環境を悪化させる行為により、「環境の共同享受によって享受しうべき生活上の利益を不当に害するものと評価される類型」のような人格秩序が問題とならないが、「環境の共同享受生活利益の享受という内容において正当なものとする社会的意識」をもとにして、「環境からの生活利益の享受の仕組み」である[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 15 頁]。生活利益秩序は、「環境からの生活利益の享受が問題となるのであって、『人格秩序』で問題となるような帰属」は問題とならない[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 19 頁]。そして、環境の悪化により不快な影響を被っている受忍限度を超える場合に生活利益秩序違反となり、生活利益秩序に違反した場合は、競争秩序において差止請求が認められる(不正競争防止法 3 条 1 項)ように、差止請求が認められるし、故意・過失による違反の場合は、損害賠償請求が可能である[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 20-21 頁]。

この秩序違反一元的構成では、権利とは、「社会構成員によって支えられており且つ個人の利益に奉仕する形で発動される種類の法的サンクションを通じて保護されうる利益教授資格」とされている[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 119 頁]。そして、この権利は、根幹秩序にあたる「人格秩序」・「財貨帰属秩序」・「財貨移転秩序」に「照応するところの、社会生活上の利益の単位という実質的内容をもつ一群の権利」である地位的権利と、この地位的権利の保護のために機能する「手段ないし道具という意味をもつような諸権利」である道具的権利に分類できる[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 121 頁]。このような権利は、排他的支配権と理解され、地位的権利に対する侵害は、秩序違反とされる[広中『新版民法綱要 第一巻』 (2006) 122 頁]。

(2) 被侵害利益の公共化

外郭秩序については、「公共空間＝公共性としての外郭秩序」と理解すべきである[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）268－269頁]。それは、市場や外部環境は、自由に不特定多数の市民が接近することができることから、「公共圏」である[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）268頁]。そして、「競争秩序は、この公共圏における市民の安全や公正競争維持という市民総体の利益を確保することを内容としており、……公共的性格を帯び」[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）268頁]、生活利益秩序は、公共圏での「安全性の確保やその質の確保」という点から公共的性格を有する[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）268－269頁]。

競争秩序や生活利益秩序の内容は、まずは、制定法により決定される[吉田「競争秩序と民法」（2005）48頁、同「総論・競争秩序と民法」（2007）48頁]。しかし、制定法には欠缺が伴うので判例の形成が必要となるが、ここでは、市民が訴訟を提起するという形で、また社会意識の形成により競争秩序、生活利益秩序の内容を形成すべきである[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）269頁、同「競争秩序と民法」（2005）48頁、同「総論・競争秩序と民法」（2007）48頁]。このように考えると、外郭秩序は、個々の市民に個別の利益を割り当てるだけでなく、不特定多数、市民総体で享受する利益を割り当てている[吉田「現代不法行為法学の課題」（2005）144頁]。

外郭秩序における被侵害利益は、個人に割り当てられてはいるが、それだけではなく公共的利益としての性格を持つ。公共的利益は、個々の市民だけではなく不特定多数の市民が享受する利益である[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）182、271頁、同「競争秩序と民法」（2005）42頁、同「民法学と公私の再構成」（2008）421－422頁、同「現代不法行為法学の課題」（2005）144－145頁、同「市場秩序と民法・消費者」『市場・人格と民法学』（2012）211頁]。そして、「市民社会を基礎に下から立ち上がる公共性として、すなわち市民的公共性と性格づけるべき」ものであり、「簡単に言えば『みんなの利益』であり、『みんな』の中には個人も入っている」[吉田「現代不法行為法学の課題」（2005）145頁]。よって、「当該利益が個人の排他的・独占的支配に親しまず不特定多数の市民に

開放されている」ことであり、公共的性格を有する利益については、権利構成は採用できない[吉田「総論・競争秩序と民法」(2007) 42 頁]。ここで、権利とは、絶対権を想定しているが、絶対権を成立させるとすると公共性は失われる[吉田「総論・競争秩序と民法」(2007) 42-43 頁]。

公共的利益の侵害の場合の救済手段としては、秩序違反として差止請求をみとめることができる[吉田「現代不法行為法学の課題」(2005) 146 頁、同「競争秩序と民法」(2005) 49 頁、同「総論・競争秩序と民法」(2007) 46 頁]([吉田『現代市民社会と民法学』(1999) 273 頁]では、「外郭秩序においては、差止は、損害賠償請求以上に積極的に評価されるべき」とし、「端的に『秩序』違反に対するサンクションとして」認めるべきとされている)。差止めの一般的要件としては、秩序違反と差止の必要性、正当化で判断する[吉田「民法学と公私の再構成」(2008) 431-432 頁]。絶対権侵害の場合、当然に秩序違反とされるが、絶対権以外の排他的な利益の帰属が認められない場合は、秩序違反が認められ、差止の必要性があり、その正当化ができる場合は差止めが認められる。例えば、不正競争法 3 条においては、営業上の利益侵害について、不正競争の場合に差止を認めるが、ここでは、「被侵害利益と侵害行為の 2 つの視角から差止請求権が導かれている」[吉田「民法学と公私の再構成」(2008) 431-432 頁]。被侵害利益が、公共的性格を有する場合は、差止の必要性が肯定される方向に向かう。

損害賠償については、侵害態様も含めた総合判断により違法判断をするべきである[吉田『現代市民社会と民法学』(1999) 273 頁]。

3) 問題点

秩序論については、以下のような批判が加えられている。秩序論者は、なぜ「秩序」が必要となるのか、どのような原理で正当化されるのか、どのような効果があるのかという点の論証が不足している[大塚「環境訴訟と差止の法理」(2007) 731 頁、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」(2008) 106、108、111 頁]。

また、「環境秩序や競争秩序にも例外があり、またその秩序も時代や場所により大きく

変遷してきたように、『秩序』というものが一義的に決まるものではなく、多くの場合は不明確であることからすると、これを権利利益に代わる位置づけを与えることはそもそも可能か。そのような状況で、あえて憲法 13 条の幸福追求の自由に対する『公共の福祉』を『公益』として格上げしようとする見解に近いといえる立場を、むしろそれと正反対の議論をしようとしている論者が採用することはどう見たらよいのか。これが競争・環境以外の分野に拡張する可能性はないのか。『秩序』を主張することには、両刃の剣としての機能があることに注意しなくてよいのか」という批判もされている[大塚「環境訴訟と差止の法理」732 頁]。

そして、「秩序」の内容や、その規範的な正当化や構成原理を積極的に提示していないことは、「支配権的な『権利』が認められないところで、個人は秩序によっていかなる理由からどのようなあつかいを受けることになるかわからず、不安定ないし危険な状態にさらされる可能性が残る」ともされている[山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」(2008) 107 頁]。

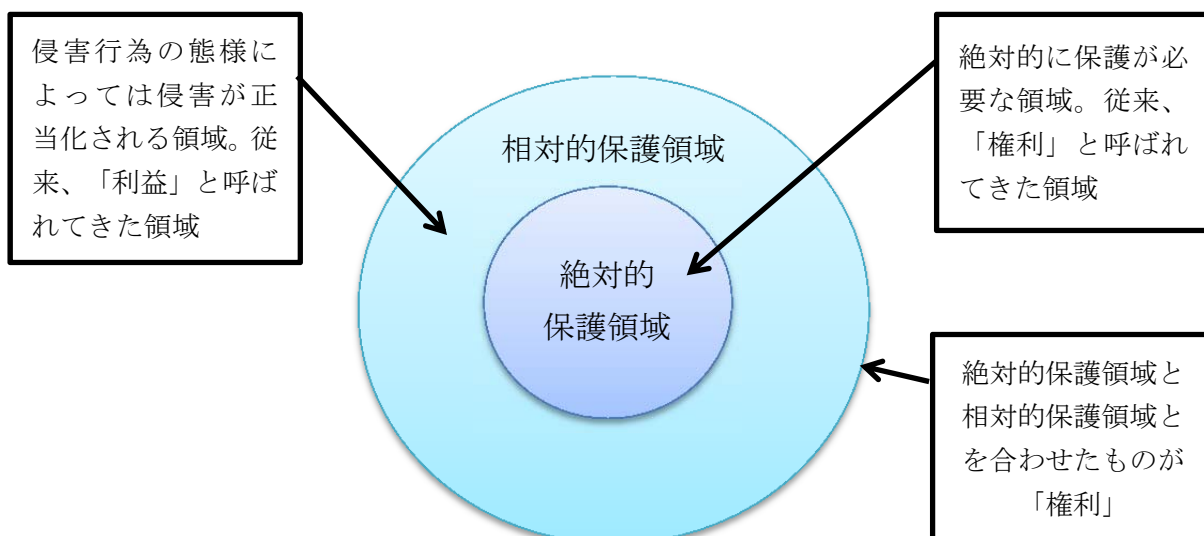
さらに、権利の侵害が秩序の違反となるという主張[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006) 122 頁]についてであるが、権利の侵害があれば、その権利の保護のために各種救済手段が認められると考えた方がシンプルである。なぜ、秩序違反というワンクッションを置かなければならないのであろうか。また、秩序（一元的構成においては、外郭秩序であるが、以下では秩序とする）に属する利益は、個人に帰属しないと考える点にも問題がある。すなわち、秩序に違反する行為（不当条項の使用など）により、危険にさらされているのは、消費者個人または事業者個人（集団場合もある）であり、この個人の利益が危険にさらされていると考えるべきではないだろうか。そうすると、権利とまではいえない利益とされるものであっても、その利益は、個人に帰属すると考えられる。つまり、秩序違反の判断要素として考えられるのは、個人の利益に対する侵害（のおそれ）があるかどうかということである。そして、被侵害利益が公共化し個人に帰属しないと考える点も問題である。この見解は、公私協働の根拠として被侵害利益が公共的性格を帯びるとし、公共的利益は、行政による保護の対象となるので、この公共的性格を帯びる利益について行政的主体と私

的主体との協働が可能となると主張するために、個人に帰属しない被侵害利益と考えているようである[吉田「現代不法行為法学の課題」(2005) 144-145 頁]。しかし、行政が、その保護の対象としているのは、国民の利益であり、その国民の利益とは、国民個人の利益の集合体であると考えられる。行政法の中でも、公益とは個人的利益の集合体であると主張するものも存在する[山本隆司『行政上の主観法と法関係』(2000) 322 頁、阿部「基本科目としての行政法(1)」(2001) 21-23 頁、同「基本科目としての行政法(4)」(2001) 3-4 頁]。

vi 小括

以上、差止請求権の発生根拠について、権利説、不法行為説、違法侵害説、そして、秩序違反説について検討した。違法侵害説については、私見と同様の部分もあるが、秩序論の採用については問題があることについて、秩序違反説の検討の際にあわせて検討した。差止請求権は、秩序ではなく権利や利益の侵害により発生すると考えるべきであると考えた。もともと、秩序論ではなく権利論によるべきとする見解の中でも、権利の意味するところは異なる。すなわち、権利(排他的支配権)と利益の二元的構成を採るもの[大塚「保護法益としての人身と人格」(1998) 42 頁など]、権利の意味を憲法上の基本権と関連付け、主体が決定することを保障されていることに求めるもの[山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」(2008) 127-130 頁]、そして、憲法により承認されている法的地位であるとするもの[潮見『不法行為法 I』(2009) 9-12 頁]である。本論文は、差止請求権について検討することを目的とするものであるので、これらの見解についての詳細な検討については、割愛せざるを得ないが、私見の概要を示すと次の通りである。

「権利」と「利益」は、従来「権利」と呼ばれてきた領域を中心とし、その外延に従来「利益」と呼ばれてきた領域が存するという同心円の関係にあると考える。図示すると以下のようなになる。



すなわち、「権利」には、絶対的に保護されるべき領域（絶対的保護領域）と侵害行為の対象によって権利侵害が正当化される領域（相対的保護領域）とが存すると考えられる。例えば、人格権としての人の生命身体に対する侵害については、排他的に、絶対権としての保護を必要とするが、人格的利益としてのパブリシティ権については、侵害行為の態様により正当化される余地が存する（例えば、適正な使用形態であるなどの場合）。そして、「権利」とは、中心に存する絶対的保護領域と、外延を形成する相対的保護領域とを合わせて、「権利」と称すべきであり、明確に「権利」と「利益」という二つの保護される対象が別個に存するとは考えない。権利がどのように基礎づけられるのか（憲法との関係においてどのような関係にあるのか）などについての詳細についての検討は、後日の検討課題とする。以下において、差止請求権の発生根拠についての検討をすることとする。

III 検討

i 差止請求権の根拠の欠缺？

1) 物権的請求権

民法 199 条は、「占有者がその占有を妨害されるおそれがあるときは、占有保全の訴えにより、その妨害の予防又は損害賠償の担保を請求することができる」と規定し、この規定により、物権的請求権として差止請求をすることが可能である[加賀山「消費者被害」(1995) 510 頁]。そして、権利の行使についての原則に関して民法 211 条において、「前

条の場合には、通行の場所及び方法は、同条の規定による通行権を有する者のために必要であり、かつ、損害が最も少ないものを選ばなければならない」と規定している。この規定により、物権の侵害については、「必要であり、かつ、損害が最も少ないもの」にすることが義務付けられており、それに違反する場合、その差止めを請求することができると思われることができる。

2) 民法 414 条 3 項

民法 414 条 3 項「不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる」と規定している。この民法 414 条 3 項の「不作為を目的とする債務」を解釈することにより、この民法 413 条 3 項を差止請求権の根拠条文とすることができる[加賀山「消費者被害」(1995) 509 - 510 頁]。差止請求権は、被害者(被害者となりそうな者)が、自己の権利・利益に対する侵害を防止するところに意味がある。そうすると、「不作為を目的とする債務」については、「他者の権利を侵害してはならない」という債務(義務)と解釈することができる。問題は、そのような債務(義務)を負う根拠はなにかということである。

なお、EU の諸国においても日本民法 414 条 3 項と類似の規定がある。例えば、ポーランド民法 439 条は、「他人の行為の結果としての直接的損害によって脅かされている者は、その差し迫った危険を除去するために必要な手段をとるよう、そして、もし必要とされるのであれば、適切な安全措置を講じるよう請求することができる」と規定されており、この規定は、差止請求権の根拠規定であると考えられるものもある[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.180]

ii 「不作為を目的とする債務」を負う根拠

1) 不法行為(民法 709 条)の反対解釈

この「不作為を目的とする債務」の解釈として、不法行為(民法 709 条)の反対解釈に

より、人は、不作為債務を負っていると考えるものがある。民法は、損害を発生させるような権利侵害行為を禁止しており、すべての人に権利侵害を回避すべき不作為義務を課す[加賀山「消費者被害」(1995) 511-512 頁]という説である。なるほど、民法 709 条は、故意・過失によって権利や利益を侵害し、損害を発生させた場合に損害賠償を認めるものであり、その裏を返せば、確かに、権利や利益を侵害する行為を禁止するという考えを導き出せる。しかし、この考えにおいては、明文の規定の文言をそのまま使うのではなく、その背後の精神を解釈するものである。もっと明文の規定で権利や利益の侵害を禁止する条文はないのであろうか。

2) 民法 1 条

民法 1 条は、1 項において「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」、2 項において「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」、そして、3 項において「権利の濫用は、これを許さない」と規定する。この民法 1 条の規定(2 項と 3 項)は、一般条項として、事案の妥当な解決のために用いられる。この規定の用いられ方は、一度適法に形成された権利であっても、その行使が制限されることがあることを示している。そうすると、この民法 1 条の規定は、「他人の権利を害してはならない」という不作為を規定しているものと解釈できるのではないだろうか。また、民法 1 条 1 項については、盛んに議論がされてこなかった。しかし、この民法 1 条 1 項の「公共の福祉」の内容について、「他人の権利を害してはならない」という解釈をすることが可能なのではないだろうか。以下において、検討する。

iii 不作為債務の根拠としての民法 1 条

1) 私権と公共の福祉(民法 1 条 1 項)

(1) 私権について

民法 1 条 1 項に規定されている「私権」とは、私法上の権利であり、法により認められる権利のうち私法の領域に属するものとされている[石田=谷口『新版注釈民法(1)』(2002)

61 頁（田中実・安永正昭）]。私権の内容及びその行使は、公共の福祉と調和を保つべきであって、公共の福祉に反する範囲において、私権は効力を認められないとされている[我妻『民法総則』（1965）34 頁]。

上記の通り、私権の内容は、公共の福祉により形作られるということができる。次に検討しなければならないのは、この公共の福祉の内容である。公共の福祉の内容については、以下のように主張されている。

(2) 公共の福祉について

「公共の福祉」とは、私権の在り方を示すものであり、個人の利益にのみに奉仕するのではなく、個人を超えた、公共的な福祉にも従うものであり、その点から、「私権は、私的性格とあわせて公共的性格をも有する」とされている[石田＝谷口『新版注釈民法（1）』（2002）60 頁（田中実・安永正昭）]。「公共の福祉」の内容については、以下のようなものが主張されている。「公共の福祉」の内容は、共同利益—地域住民の生活利益、関係事業者や一般消費者の競争利益—の共同享受に見出されるもの、すなわち、ある事業者の行為が競争秩序に反する場合、消費者は、競争秩序から得られる競争利益を侵害されたのであり、そのような競争秩序に反する行為を行なった事業者は、公共の福祉に反するとされるものと思われるとするもの[広中『新版民法綱要 第一巻』（2006）136—137 頁]。公共の福祉は、「ある権利のみではなく対立する他の権利との調和をはかること、一個人の権利が多数人の合理的利益に反する場合には、後者を優先させること」であるとするもの[星野『民法概論 I（序論・総則）』73 頁]。権利の外延が明確にならないような事件については、「公共の福祉」を念頭に置き、他の原理と衡量しつつ、ルールを形成することができるもの[大村『読解』（2009）12 頁]。これらの見解の中で、公共の福祉は、競争秩序や環境秩序をその内容とするものについては、次のような問題がある。「公共の福祉」が問題となる領域は、生活利益や競争利益についてのみではないのではないか[大村『読解』（2009）12 頁]。そして、公共の福祉について、秩序を持ち出すことについても問題であるが、秩序論については、II－v－4) で指摘した問題点があてはまることから、こ

の見解は採用できない。

ところで、民法 1 条 1 項は、憲法 29 条を承けて規定されたものであるとするものもある[石田＝谷口『新版注釈民法（1）』（2002）60 頁（田中実・安永正昭）]。よって、憲法において、公共の福祉の内容について、他者加害禁止という要素があるとされているのであろうか。憲法において、「公共の福祉」の内容については、次のように分類されている。すなわち、加害原理、感情侵害原理、功利主義的原理に分類するもの[阪本「憲法理論」（1993）165－172 頁]、①他者の権利・利益の確保、②本人の客観的利益の保護、③公共道徳の確保、④経済取引秩序の確保、⑤自然的、文化的環境の保護、⑥国家の正当な統治、行政機能の確保、⑦社会政策的、経済政策的目的の実現に分類するもの[内野「国益は人権の制約を正当化する」（1995）47－49 頁]、これらをさらに抽象化し、①他者加害の禁止、②自己加害の禁止、③社会的法益の保護、④国家的利益の保護、⑤政策的制約に分類するものである[渋谷『憲法』（2013）169 頁]。以上のように、憲法において、「公共の福祉」の内容には様々な原理が存在しているが、その中に「他者加害禁止」に関する原理も含まれていることがわかる。

公共の福祉は、「ある権利のみではなく対立する他の権利との調和をはかること、一個人の権利が多数人の合理的利益に反する場合には、後者を優先させること」であるとするもの、そして、権利の外延が明確にならないような事件については、「公共の福祉」を念頭に置き、他の原理と衡量しつつ、ルールを形成することができるものについて、これらの見解は、権利の内容形成について、様々な原理との衡量によりなされるべきであるとするものであり、私見と共通する。私見としては、権利の内容は、他者との権利との関係で形成され、その内容形成については、憲法における議論のように多種多様な原理により判断されるべきであると考えらる。

2) 信義誠実の原則（民法 1 条 2 項）・権利濫用の禁止（民法 1 条 3 項）

(1) 信義誠実の原則（民法 1 条 2 項）

信義誠実の原則（以下、信義則とする）の機能としては、法具体化機能（職務的機能）、

正義衡平機能（衡平的機能）、法修正機能（社会的機能）、法創造機能（権能授与機能）があるとされている[好美「信義則の機能」（1962）186—184頁、菅野「信義則および権利濫用の問題状況」『信義則および権利濫用の研究』（1994）7—9頁]。

法具体化機能（職務的機能）とは、制定法の枠内において、不明確な部分を補充し、具体化する機能である。この機能の例としては、債務の弁済として提供される金額や買戻権の行使について提供すべき金額が、ごくわずかに不足していたことをもって、債務の本旨に従った履行ではない、また、買戻の効力が生じないということは、信義則に反するとした事例などであるとされている（弁済の額がわずかに不足していた事例として、最判昭和41年3月29日判時446号43頁、買戻権の行使についての事例として、大判大正9年12月18日民録26輯1947頁）。また、契約上の付随義務もこの機能の例である。

正義衡平機能（衡平的機能）とは、権利の行使について、制定法外の根拠により、倫理的なふるまいを要請し、実質的正義・衡平を要請する機能である。この機能の例としては、クリーンハンズの原則や禁反言の原則があるとされている。

法修正機能（社会的機能）とは、時代の変遷によって、制定法を時代に適合するように修正する機能である。この機能の例としては、賃貸借契約における信頼関係破壊の法理などがあるとされている。

法創造機能（権能授与機能）とは、時代の変遷により、制定法に反して新たな法を創造する機能である。この機能の例としては、事情変更の原則などがあるとされている。

以上のような、信義則の機能のうち、法具体化機能（職務的機能）において挙げられている例では、債務の弁済として提供される金額が、債務の弁済のための金額として不足している場合は、確かに、債務の本旨に従った弁済といえず、債権者は債務者からの債務の弁済の受領を拒否することは可能であるし、また、債務者は債務不履行の責任を負うのが原則である。また、売主が買戻しのために必要な金額を提供しない場合、契約の解除をすることができないのは原則である。しかし、これらの場合、判例は、弁済の受領拒絶や解除をすることができないとすることは、信義則に反するとした。これは、債務の大半が弁済として提供されているにもかかわらず、それを受領しないことにより、債務者は債務不

履行責任を負い、わずかな残額であるにもかかわらず、それ以上の損害賠償責任などの責任を負担することは不当であると判断したものであると考えられる。そうすると、正当な理由なくして債務の受領を拒絶することは他人を害することであり、そのような行為は許されないということになる。よって、他者加害禁止という要素を導くことが可能である。また、付随義務についても、たとえば、保護義務については、債務の履行により、債権者の生命・身体や財産に損害を加えてはならないとするものであることから、他者加害禁止という要素を導くことができる。

また、法修正機能（社会的機能）についても、他者加害禁止という要素を導くことができる。この機能に属する例として、信頼関係破壊の法理が挙げられている。この法理は、賃貸借契約において、賃貸人の債務不履行が賃貸人との間の信頼関係を葉化するものでなければ、賃貸人は賃貸借契約を解除することはできないとするものである。債務者である賃借人に債務不履行があったとしても、債権者である賃貸人が解除をすることができないとの制限は、社会的に弱者である（ことが多い）賃借人が、賃貸借契約を解除され路頭に迷うことのないようにするという賃借人保護を目的とすると考えられる。そうすると、この賃借人保護は、賃貸人が賃借人の権利を不当に害してはならないとする他者加害禁止という原理により基礎づけることも可能であると思われる。

以上のように、民法 1 条 2 項の信義誠実の原則においても、他者加害禁止という要素を導くことができる。

(2) 権利濫用の禁止（民法 1 条 3 項）

権利濫用とは、「外形上権利の行使であるように見えるが、具体的な場合に即してみると、権利の社会性に反し、権利の行使として是認することのできない行為をである」とされている[我妻『民法総則』（1965）35 頁]。適法に成立した権利であったとしてもその行使が違法であると評価されることはある。たとえば、宇奈月温泉事件（大判昭和 10 年 10 月 5 日民集 14 卷 1965 頁）における所有権に基づく妨害排除請求や信玄公旗掛松事件（大判大正 8 年 3 月 3 日民録 25 輯 356 頁）における汽車の走行などである。

権利の行使が濫用であり違法と評価されるのは、主観的要件と客観的要件により決定される。すなわち、相手方を害するという目的で自己の権利を行使していること（主観的要件）、そして、権利者の権利行使により得る利益とその権利行使により生じる不利益との比較（客観的要件）により決定される。

このように、権利濫用とは、不当に他者を害することであり、その不当に他者を害することは権利の濫用であるとして許されないとことになる。そうすると、民法1条3項の規定からは、他人の権利を害することは許されないとする他者加害禁止原則を導くことができる。

iv) 小括

以上、差止請求権の根拠について検討した。本節においては、物権に対する侵害に対しては、物権的請求権（民法199条・211条）によって、その他の権利・利益に対する侵害については、民法414条3項により、差止請求が可能であると考えた。ところで、この私見においては、権利が侵害された（されるおそれがある）場合に差止請求権が発生するのであるが、どのような権利侵害であったとしても差止請求の対象となるのではないかと、すなわち、利益衡量の余地はないのかとの疑問が残る。この疑問については、私見においても、利益衡量をする必要性があると考えます。この利益衡量については、侵害されている（されるおそれのある）権利と侵害行為の態様により判断されるべきであると考えます。

IV 小括

以上、消費者個人の差止請求について検討をした。第3節においての検討により得られた結論は以下の通りである。

- ① 消費者被害の救済について、消費者が事前に被害の防止を可能とすることは、事後的な救済に優るものであるため、消費者個人に差止請求権を認めるべきである。
- ② 差止請求権は、物権に対する侵害に対しては、物権的請求権（民法199条・211条）を、その他の権利・利益に対する侵害については、民法414条3項を根拠に認

められる。

- ③ 差止請求は、他者からの侵害行為を防止することにあり、民法 414 条 3 項の「不作為を目的とする債務」は、他者を害してはならない債務と解釈することができる。
- ④ 民法 1 条は、1 項において私権は公共の福祉に従い形成され、2 項において権利の行使・義務の履行は信義に従い、誠実になさなければならない、そして、権利の濫用は許さないと規定され、これらの規定により、他者を害してはならないという原理を導き出すことができる。

消費者個人の差止請求について、民法における差止請求についての検討をしてきたが、本論文において、残された課題も存在する。

第一に、差止請求権の発生根拠については、権利・利益の侵害によるのか、それとも、秩序違反によるのかという問題点があった。本稿においては、差止請求権の発生根拠についての検討を主たる目的としているので、その検討は最低限の検討、すなわち、秩序違反説の問題点を指摘し、権利・利益侵害によるべきであり、「権利」と「利益」は「絶対的保護領域」と「相対的保護領域」とを想定し、これら二つの領域を合わせたものを「権利」と呼ぶべきであると考えにとどまっている。しかし、この「絶対的保護領域」と「相対的保護領域」とはいかなる内容（関係）なのかという問題や、民法上の権利はどのように考えるべきか（憲法との関係）について十分に検討することができなかった。

第二に、本論文が、差止請求権の根拠条文として考えた民法 414 条 3 項についてであるが、現在議論されている民法（債権法）改正について、民法 414 条 2 項 3 項は、削除するとの提案がされている[法務省「中間試案の補足説明」（2013）108－110 頁]。もっとも、この点については、いまだ議論が続いているので、将来どのようになるかは不明である。しかし、もし、民法 414 条 2 項 3 項が、提案通り削除されてしまったとしても、民法 414 条 1 項の履行請求権として構成することも可能であろう。

第 4 節 第 1 章の結論

第1章においては、消費者団体訴訟制度について、「消費者全体の利益」の意味を考察することにより、なぜ適格消費者団体に差止請求権が付与されるのかを検討した。そして、適格消費者団体が、差止請求をすることについてふさわしい主体であることについても検討した。さらに、消費者個人は差止請求をすることができるのかについても検討した。第1章における検討の結果は、以下の通りである。

- ① 消費者団体訴訟は、「消費者全体の利益」を保護するために行われるものであり、ここにいう「消費者全体の利益」とは、消費者個人の権利の集合体であると解すべきである。
- ② 消費者被害は、個別の救済では十分でないため、国家は基本権保護義務の履行として、適格消費者団体に差止請求権を付与し、事業者の不当な行為を差し止めることにより、消費者個人の権利を保護することができる。
- ③ 消費者法の領域において公益は、個別的利益の集合体と考えることが可能であり、公益と集合的利益は、同じ内容である。
- ④ 適格消費者団体は、訴訟を進行する能力があることから、消費者の権利保護のために差止訴訟を提起できる。
- ⑤ 適格消費者団体がどのような組織か法律に規定されており、内閣総理大臣による監督や事業者による監督がされることは、消費者だけでなく事業者も適格消費者団体を信頼することができるということを示している。
- ⑥ 適格消費者団体が、準行政機関として、そして、市場監督者としての性格を持つことから、適格消費者団体が自己の利益のみを図ることがなく、消費者全体の利益を図ることを目的として行動することが分かる。
- ⑦ 適格消費者団体に事業者との交渉者としての地位や権限を与えることにより消費者の権利をより効率的に保護することができる。
- ⑧ 消費者と事業者の間には、情報の量や質、交渉力などについて格差が生じており、消費者の権利が侵害されていることから、第三者による保護が必要であるので、情報の量や質が劣らず、消費者の利益を代表できる適格消費者団体による交渉や決

定は正当化される。

- ⑨ 消費者被害の救済について、消費者が事前に被害の防止を可能とすることは、事後的な救済に優るものであるため、消費者個人に差止請求権を認めるべきである。
- ⑩ 差止請求権は、物権に対する侵害に対しては、物権的請求権（民法 199 条・211 条）を、その他の権利・利益に対する侵害については、民法 414 条 3 項を根拠に認められる。
- ⑪ 差止請求は、他者からの侵害行為を防止することであり、民法 414 条 3 項の「不作為を目的とする債務」は、他者を害してはならない債務と解釈することができる。
- ⑫ 民法 1 条は、1 項において私権は公共の福祉に従い形成され、2 項において権利の行使・義務の履行は信義に従い、誠実になさなければならない、そして、権利の濫用は許さないと規定され、これらの規定により、他者を害してはならないという原理を導き出すことができる。

以上、第 1 章においては、消費者全体の利益の検討を通して、消費者の集合的利益についての検討を行った。本論文の検討対象としている消費者団体訴訟制度は、2006 年に消費者契約法の改正により導入された、新しい制度である。わが国においては、消費者団体訴訟制度以前に差止請求制度を有する法律が存在する。以下、第 2 章においては、わが国において差止請求権が規定されている法律、そして、差止請求が認められる判例と消費者団体訴訟制度との比較を行う。

第 2 章 わが国の制定法における差止請求の比較

第 1 節 はじめに

消費者団体訴訟制度は、消費者契約法（消費者契約法 12 条）・特定商取引法（特定商取引法 58 条の 18、58 条の 19、58 条 20、58 条の 21、58 条の 22、58 条の 23、58 条の 24）・景品表示法（景品表示法 10 条）において、適格消費者団体が事業者の行為を差止めることができるとしている。従来、事業者の不当な勧誘行為や不当条項の使用については、事後的救済により解決されてきた。契約自由の原則の下では、どのような内容の契約

を締結してもよく、どのような方法で契約を締結してもよい。しかし、契約の勧誘方法や契約条項を差止めということは、差止められる対象となる勧誘方法や契約条項を使用できなくすることである。そうすると、差止められる側（事業者）の権利を制限しているのではないかとの疑問が生じる。

そこで、消費者団体訴訟制度における差止請求は、事業者に対する権利侵害を正当化できるかという点について検討する必要がある。適格消費者団体による差止請求が、消費者の権利救済のために必要であるという点については、第1章（第1節、第2節）においてすでに検討した。よって、本節においては、差止請求制度を有する他の法律との比較により、消費者団体訴訟制度の差止請求制度の正当化をはかることとする。すなわち、差止請求制度を有する他の法律において、どのような行為が差止めの対象となっているのかという点と、消費者団体訴訟制度における差止請求の対象となっている行為との類似性を検討することで、消費者団体訴訟制度が、既存の法制度との関係において、消費者団体訴訟制度において差止めの対象となっている事業者の行為は差止請求をもって抑止する必要があるということを論証できるものであると考えられる。さらに、消費者団体訴訟制度と他の法制度との類似性を検討することは、消費者団体制度が、類似性を有する他の法制度にも導入される可能性が存することを論証するものとなりうるという点においても有益であると考えられる。

比較は、知的財産法分野の法律（特許法と著作権法）と、競争法分野（独占禁止法と不正競争防止法）を対象とする。本稿は、まずⅡにおいて、知的財産法分野、競争法分野と消費者団体訴訟制度の差止請求制度について概観した後、Ⅲにおいて、知的財産法分野、競争法分野と消費者団体訴訟制度の整合性について検討する。

第2節 各法の概要

I 知的財産法分野

i 特許法

特許法の差止請求権は、特許法100条1項に「特許権者又は専用実施権者は、自己の特

許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と規定されている。

制度趣旨[中山＝小泉『新・注解特許法（下）』（2011）1419頁（森崎博之＝岡田誠）]は、特許権は排他的独占権であることから、特許権の内容の実現が妨げられている場合には、妨害行為を差止める必要があるとされている。特許法 68 条は、「特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する」と規定しており、この特許法 68 条により、特許権が排他的支配権であることがわかる[渋谷『知的財産法講義 I（2006）179 頁]。侵害者について主観的要件は必要ではない[中山『工業所有権法（上）』（2000）331 頁、渋谷『知的財産法講義 I（2006）285 頁、高林『標準特許法』（2011）283－284 頁、中山＝小泉『新・注解特許法（下）』（2011）1427 頁（森崎博之＝岡田誠）]。

ii 著作権法

著作権法の差止請求権は、著作権法 112 条 1 項に「著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と規定されている。

制度趣旨[作花『著作権法』（2004）498 頁、斉藤『著作権法』（2007）352 頁、半田＝松田『著作権法コンメンタール 3』（2009）377 頁（早稲田祐美子）]は、著作権は排他的な支配権であり、著作権が侵害された場合においては損害賠償では十分な保護を図ることは困難であるから、侵害行為を差止める必要があるとされている。侵害者について主観的要件は必要でない[作花『著作権法』（2004）497 頁、半田＝松田『著作権法コンメンタール 3』（2009）378 頁（早稲田祐美子）、高林『標準著作権法』（2010）246 頁]。

II 競争法分野

i 独占禁止法

独占禁止法の差止請求は、独占禁止法 24 条に「第 8 条 5 号又は第 19 条の規定に違反す

る行為によってその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生じるおそれがあるときはその利益を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と規定されている。

制度趣旨[塚田「独占禁止法改正の概要」(2000) 6-7 頁、根岸「独禁法と差止請求制度」(2001) 494-495 頁、根岸編『注釈 独占禁止法』(2009) 573 頁(泉水文雄)]は、被害救済の不十分さと独占禁止法違反行為の抑止の必要性から差止請求を認める必要があるとされている。被害者救済の不十分さは、公正取引委員会による独禁法の執行は公正な取引秩序維持を目的とするものであるが、公正取引委員会の人的、予算的限界からすべての独禁法違反行為を取り上げることができないこと、そして、独禁法違反行為は、継続的になされる場合が多いので、そのような侵害行為について、被害者救済のためには侵害行為を差止めることが効果的であることが挙げられる。独禁法違反行為の抑止については、被害者にも差止請求を認め、独禁法違反行為が差止められるのであれば、公正かつ自由な競争の促進に資するし、独禁法違反行為の抑止ともなることが挙げられる。

独占禁止法 8 条 5 号と 19 条は、不公正な取引方法の禁止について規定しているが、独占禁止法の差止請求が、不公正な取引方法に限って認められた理由は[塚田「独占禁止法改正の概要」(2000) 8 頁]、不公正な取引方法は、被害者からみて侵害者が明らかであり、特定の私人に被害が発生しやすいからであるとされている。

侵害者について、主観的要件は不要である[根岸編『注釈 独占禁止法』(2009) 576 頁(泉水文雄)]。ただし、不公正な取引方法の判断基準の中に主観的要件が盛り込まれているとの指摘もある[白石「独禁法における差止請求制度の導入」(2001) 83 頁]。

独占禁止法 24 条は、差止請求の要件として、利益侵害を挙げているが、ここでいう利益とは、民法 709 条にいう利益と同じであり、独占禁止法上保護される競争上の利益[根岸=舟田『独占禁止法概説』(2010) 377 頁]で、「公正かつ自由な競争の下で形成された条件で取引されることにより得られる経済的利益」[根岸「独禁法と差止請求制度」(2001) 505 頁]であるとされている。この利益は、請求者の私益であり、公益ではない[根岸「独

禁法と差止請求制度」(2001) 505 頁]。

独占禁止法 24 条は、さらに、著しい損害も差止請求の要件としている。この要件については、損害賠償が認められるよりも高度の違法性が必要である[塚田「独占禁止法改正の概要」(2000) 8 頁]こと、また、最高裁は、差止めにおける違法性判断は、損害賠償が認められるよりも高度の違法性を要求している(国道 43 号線事件[平成 7 年 7 月 7 日民集 49 卷 7 号 2599 頁]) ことから設けられたとしている。ただし、「『著しい損害』は、『差止に値する違法性』がある場合に限って差止請求容認されることを注意的に定めたもの」[白石「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」(2000 年) 54 頁]と考えるべきであるとの主張がある。なぜ、注意的に定めたものと考えられるべきであるかということについては、「不公正な取引方法」は、公正取引委員会の排除命令の対象であり、排除命令とは、差止めのことであるから、「著しい損害」が発生しなくとも不公正な取引方法は、差止められるべき行為であること、そして、不公正な取引方法の弊害要件である公正競争阻害性の中に「公共性」等の考慮要素が入っているのであるから、差止めが認められるほどの違法性は不公正な取引方法にはすでに備わっているからである[白石「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」(2000 年) 54 頁]。そして、不正競争防止法における差止請求では、「著しい損害」は、要件とされていないのであるから、「著しい損害」の要件は、不要ではないかとの批判もある[淡路ほか「民事的救済制度の整備について」(2000) 14 頁(根岸発言)]。ただし、この見解については、不正競争防止法においては「著しい損害」の要件はないが、不正競争行為自体が、悪性が高いので、高度の違法性を表す「著しい損害」の要件は不要であるとの反論がされている[淡路ほか「民事的救済制度の整備について」(2000) 16 頁(山田発言)]。

ii 不正競争防止法

不正競争防止法の差止請求は、不正競争防止法 3 条 1 項に「不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と規

定されている。

制度趣旨[小野編『不正競争防止法』(2007) 803 頁(南川博茂)]は、不正競争行為については、事後的な損害賠償という方法では被害者救済として十分ではなく、不正競争行為を排除する(差止める)必要があり、そして、取引秩序を破壊するような不正競争行為については損害賠償のみではなく差止請求も必要であることが挙げられている。

不正競争については、不正競争防止法 2 条 1 項各号に規定されており、不正競争性とは、客観的に違法であることであり、公衆保護・消費者保護のため、侵害者について主観的要件は不要である。[小野編『不正競争防止法(下)』(2007) 841 頁(南川博茂)]

営業上の利益の要件について、営業とは、経済的対価を得ることを目的とすることである[小野編『不正競争防止法(下)』(2007) 813 頁(南川博茂)]。利益とは、「享益ともいふべき広範なもの」であり、民法 709 条の「利益」と同様の意義であるとされている[小野編『不正競争防止法(下)』(2007) 819 頁(南川博茂)]。そして、この営業上の利益は、営業を遂行するうえで営業者が享受する利益であり、事実上のものでたり、法律上の権利であることを要しない[豊崎他『不正競争防止法』(1982) 28 頁(渋谷達紀)]。

営業上の利益の侵害であるので、消費者や消費者団体は、一般的に差止請求権者とはならないとされている[豊崎ほか『不正競争防止法』(1982) 44 頁(渋谷達紀)]。しかし、[豊崎ほか『不正競争防止法』(1982) 44 頁(渋谷達紀)]は、不正競争防止法 2 条 1 項 13 号については、実際に被害を受けるのは消費者であり、事業者のこうむる被害は小さく、事業者による差止請求訴訟の提起は期待できないので、消費者や消費者団体に差止請求権を認めることには意味があるとしている。

III 消費者団体訴訟制度

i 制度趣旨

消費者団体訴訟の制度趣旨[鹿野「立法的課題」(2004) 58 頁、加納「消費者契約法一部改正の概要」(2006) 48 頁、野々山「消費者団体訴訟制度の意義と現状」(2008) 10 頁、坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008) 23 頁、加納「消費者契約法一部改正の

概要」(2006) 48 頁、加納=佐久間=安井「消費者契約法等の一部を改正する法律について」(2008) 30-31 頁]は、次の通りである。消費者契約法は、事業者と消費者との情報の量と質や交渉力の格差から、事後的に消費者に消費者契約の取消しや契約条項の無効を主張させることにより消費者の救済を図ってきた。しかし、個別の(事後的)被害救済では、事業者の不当な勧誘行為や不当な契約条項の使用はなくなる。すなわち、消費者被害の救済は十分ではない。しかも、消費者被害は、少額でありながら高度な法的問題が含まれる。そこで、一定の要件を満たした適格消費者団体に事業者の不当な勧誘行為や不当な契約条項の使用を差止請求させることにより消費者の利益を保護する必要がある。

そして、特定商取引法・景品表示法に違反する行為についても、同種の被害が、多数の消費者に生じることがある。特定商取引法、景品表示法違反行為については、従来、行政規制により、対処してきたが、行政が、違反行為のすべてに対処することは困難である。そこで、消費者に身近な存在としての適格消費者団体に特定商取引法、景品表示法違反行為について差止請求権を付与することにより消費者の利益を擁護することができる。

ii 類型

1) 消費者契約法

消費者契約法における適格消費者団体の差止請求権は、消費者契約法 12 条に規定されており、不当な勧誘行為(消費者契約法 4 条 1~3 項、12 条 1 項)、不当条項の使用(消費者契約法 8~10 条、12 条 3 項)を事業者が、不特定多数の消費者に対し、現に行いまたは行うおそれがある場合に、適格消費者団体は、差止請求をすることができる。

2) 特定商取引法

特定商取引法における適格消費者団体の差止請求権は、特定商取引法 58 条の 18 から 58 条の 23 に規定されており、訪問販売(特定商取引法 6 条 1~3 項、9 条、9 条の 3、10 条、58 条の 18)、通信販売(特定商取引法 12 条、58 条の 19)、電話勧誘販売(特定商取引法 21 条 1~3 項、24 条、25 条、58 条 20)、連鎖販売取引(特定商取引法 34 条 1~

3 項、36 条、38 条 1 項 2 号、38 条 2 項、40 条、40 条の 2、58 条の 21)、特定継続的役務提供(特定商取引法 43 条、44 条 1~3 項、48 条、49 条、49 条の 2、58 条の 22)、業務提供誘引販売(特定商取引法 52 条 1~2 項、54 条、56 条 2 号、58 条、58 条の 3、58 条の 23)、訪問購入(特定商取引法 58 条の 10、58 条の 14、58 条の 16、58 条の 24)について、販売業者等が、不特定多数の者に対して、不実告知、故意の不利益事実の不告知、威迫・困惑等の不当な勧誘行為、著しく虚偽または誇大な広告、クーリング・オフを無意味にするような特約または契約の解除等に伴う損害賠償等額を過大にする特約等を含む契約の締結を現に行いまたは行うおそれがある場合、適格消費者団体は、差止請求をすることができる。

対象となる行為について、[加納=佐久間=安井「消費者契約法等の一部を改正する法律について」(2008) 33 頁]は、「①特定商取引法の各条に規定される規範に抵触する行為であって、②その行為により個々の消費者に取消権等の民事上の権利発生が観念できるものであり、③その行為を集团的・一般的に停止予防させることが適当なもの」という基準を設けて、これらの基準により、差止請求の対象となる行為を選別したとしている。対象外の行為について、[加納=佐久間=安井「消費者契約法等の一部を改正する法律について」(2008) 34 頁]は、上記の 3 つの基準に適合しないものであり、例えば、過量販売解除については、個々の契約当事者により過量かどうかについての判断基準が異なることから、「集团的・一般的な停止・予防たる差止請求になじまない(前述の基準③)」とされている。もっとも、対象外となった行為についても、今後の経過により差止請求の対象となることもあるとしている。

3) 景品表示法

景品表示法における適格消費者団体の差止請求権は、景品表示法 10 条に規定されており、優良誤認表示(景品表示法 4 条 1 項 1 号、10 条 1 号)、有利誤認表示(景品表示法 4 条 1 項 2 号、10 条 2 号)を事業者が、不特定多数の一般消費者に対して、現に行い又は行うおそれがある場合に、適格消費者団体は、差止請求をすることができる。

対象行為について、[加納＝佐久間＝安井「消費者契約法等の一部を改正する法律について」(2008) 32 頁]は、優良誤認表示・有利誤認表示は、「消費者に誤認を与え、民法上の錯誤や詐欺に該当する場合も多いと考えられ、個々の消費者に取消権等の民事上の権利発生が観念できるものであり、通常多数の者に対して行われるという表示の特性」から、差止める必要があると説明している。

対象外の行為について、[加納＝佐久間＝安井「消費者契約法等の一部を改正する法律について」(2008) 33 頁]は、景品表示法 3 条違反行為は、直接の被害者は、事業者であるため、適格消費者団体による差止請求の対象とする必要性は低いので、差止請求の対象とせず、景品表示法 4 条 1 項 3 号に基づく指定告示により禁止されている行為は、優良誤認表示・有利誤認表示とは異なり、規定が「一般消費者に誤認されるおそれがある表示」とされていること、景品表示法 4 条 1 項 3 号に抵触する行為は、優良誤認表示・有利誤認表示にも抵触する場合が多いことから、差止請求の対象としていないと説明している。

第 3 節 検討

検討については、どのような法益を保護しようとしているのかという点、どのような侵害行為について差止を認めているのかという点、侵害行為により生じる被害がどれほど重大かという点から、差止めの必要性について比較検討する。

I 保護法益

特許法と著作権法は、それぞれ、特許権・著作権を保護法益としているが、特許権や著作権は、物権的利益（排他的支配権）であるとされている。[中山『工業所有権法（上）』(2000) 15 頁]は、特許法・著作権法は、権利付与法であり、情報に特許権や著作権という物権的な権利を与えて保護を図ろうとしたと説明している。

独占禁止法と不正競争防止法は、経済的利益としての性格を持つ利益を保護法益としている。独占禁止法においては、「公正かつ自由な競争の下で形成された条件で取引されることにより得られる経済的利益」[根岸「独禁法と差止請求制度」(2001) 505 頁]である

とされており、不正競争防止法においては、営業を遂行するうえで営業者が享受する利益であるとされている[豊崎他『不正競争防止法』(1982) 28頁(渋谷達紀)]。

このように、差止請求権を規定する法律において、差止請求により保護される利益は、物権的権利に限られてはいない。よって、消費者団体訴訟制度は、消費者の経済的利益を保護法益としているが、それは、差止請求権について規定する法律と整合的であるといえる。もっとも、私見からするならば、消費者団体訴訟制度において、事業者の不当な勧誘行為は、消費者の決定権を侵害すると考えている(第1章第1節)ので、決定権が人格権としての性質を持ち、人格権は「物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきである」という判例(最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁[北方ジャーナル事件])の立場からすると、消費者団体訴訟制度も排他的支配権を保護法益としていると考えることもできる。

II 侵害行為

物権的利益を保護する特許法・著作権法においては、侵害行為のみで足りるとされている。

経済的利益を保護法益としている独占禁止法・不正競争防止法においては、権利侵害行為の違法性も要求される。

独占禁止法における不公正な取引方法の違法性について。事業者の行為が、不公正な取引方法として違法と評価されるのは、行為要件と弊害要件である公正競争阻害性を満たさなければならない[根岸=舟田『独占禁止法概説』(2010) 197頁]。行為要件とは、独占禁止法2条9項1～5号、6号において公正取引委員会が指定した行為の外形に該当するかどうかを判断する要件である。そして、弊害要件である公正競争阻害性とは、競争秩序への実質的影響を表したものであり、独占禁止法2条9項1～5号では、「正当な理由がないのに」「不当に」と表記され、独占禁止法2条9項6号では、「公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち」と表記されている。

公正競争阻害性については、3条件説と濫用説とがある。3条件説[独占禁止法研究会報

告「不公正な取引方法」（1982）34－35 頁]は、次のように考える説である。「公正な競争」とは、「事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないこと（自由な競争の確保）、自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）であることにより、自由な競争が秩序づけられていること（競争手段の公正さの確保）、取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争の基盤の確保）」[独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法」（1982）34 頁]である。そして、「公正競争阻害性」とは、公正競争を構成する3つの要素が侵害されることを意味すると考える。不公正な取引方法を規制する趣旨は、「公正な競争を阻害するおそれのある行為、換言すれば公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのある行為を禁止することにより自由な競争を減殺する行為や不公正な競争手段・取引手段から競争を保護することにある」[独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法」（1982）34 頁]とする。

濫用説[正田『全訂独占禁止法 I』（1980）292－302 頁、舟田『不公正な取引方法』（2009）42－48 頁]は、次のように考える説である。「公正な競争」とは、「競争参加者の競争機能が自由に発揮できる状態、企業の能率、商品の価格・品質などをめぐって自由な競争が行われる状態」[根岸＝舟田『独占禁止法概説』（2010）204 頁]である。そして、「公正競争阻害性」とは、公正競争を構成する2つの要素が侵害されることを意味する。不公正な取引方法は、事業者の力により、市場秩序を不当に侵害する（力の濫用）取引方法であり、そのような取引方法を規制することが基礎にある。力の濫用は、従属関係の形成による力の濫用であるとされる[正田『全訂独占禁止法 I』（1980）294－296 頁]。従属関係は、経済力・取引力に優る企業が、それらに劣る企業の取引についての選択の自由を奪うことにより形成される。依存関係の形成は、ある系列（例えば、生産系列や販売系列など）において従属関係が形成される場合と、系列は関係なく、力の優劣により従属関係、依存関係が形成される場合がある。また、消費者と事業者との関係においても、消費者が商品選択において選択の自由が妨げられることにより、消費者は、事業者に従属する存在、依存する存在とさせられる。

3条件説と濫用説においては、不公正な取引方法により、侵害される利益についての考え方が異なる。3条件説は、競争秩序が侵害されるとし[独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法」(1982)34頁]、濫用説は、経済的従属者の権利[正田『全訂独占禁止法Ⅰ』(1980)111-112頁]や、取引の自由[舟田『不公正な取引方法』(2009)34-41、531-533頁]が侵害されるとする。

不正競争防止法における不正競争行為の違法性について。不正競争行為は、商業道徳に反するものであり、営業の自由の限界を形成する「フェア・プレイ」の原則に反するものである[豊崎「競争と企業取引」(1966)278頁]。不正競争行為は、以下の側面がある[小野=松村『新・不正競争防止法概説』(2011)35-36頁]。

「競争における信義誠実の原則」。この側面は、競争活動は、建設的になされなければならない、建設的な手段によらない競争行為は、競争上の信義誠実の原則に反するとし、建設的でない競争手段について、不正競争防止法2条1項各号は規定しているとする。

「自由競争上の権利濫用の禁止」。この側面は、営業の自由は、憲法上の権利ではあるが、競争者が、その限界を超えることは許されず、不正競争に関する事項は、憲法上保障されている「営業の自由」の限界を超え、権利濫用にあたるとする。

「公正競争秩序」の維持。この側面は、不正競争防止法は、競争秩序の適正さを維持しようとしており、公正な競争秩序維持を目的とし、また、企業の利益を保護するとともに、消費者の利益を保護することも十分に考慮されなければならないという側面である。

「競争秩序における利益衡量」。この側面は、競争秩序における公正は、競争の自由に基づく競争者の行為の調和が必要であり、不正競争防止法は、不正競争を典型的に規定し、適用除外も設けている。最高裁(最判昭和35年4月6日刑集14巻5号525頁)は、不正競争行為について「被害者たる他の営業者に対する不正な行為であるに止まらず、業界に混乱を来し、ひいては経済生活一般を不安ならしめるもの」としている。

消費者法における差止対象の違法性について。消費者と事業者との間の情報力、交渉力格差は、消費者が、望まない契約を締結させられる危険性をはらみ、そして、消費者に不利な契約条項で契約が締結させられる危険性をはらむ。消費者法においては、消費者と事

業者の情報力、交渉力格差から、事業者の行為について、不当性を認めることができる。

消費者契約法 4 条の違法性について、[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規制」(2011) 70-72 頁]は、消費者契約法 4 条の取消権は、事業者の消費者の判断を誤らせるような行為態様の悪性に着目し、取消権の発生を認めているとし、事業者は、取引において、消費者より優位に立っており、その事業者の行為により、消費者の自由意思は制約されているとする。さらに、消費者契約法 4 条における事業者の違法性は、独占禁止法における公正競争阻害性と連続性がある。不公正な取引方法のうち、ぎまんの顧客誘引や優越的地位の濫用は、ある事業者が顧客を誤認させて取引をしたり、優越的地位を利用して取引をすることに公正競争阻害性があると考えており、消費者契約法においても、事業者の消費者に対する優越性を利用し、事業者が、消費者に対し、誤認行為や困惑行為を行い、契約を締結させているという点で消費者契約法 4 条の事業者の行為の違法性と公正競争阻害性とは連続性がある[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規制」(2011) 71 頁]。

特定商取引法に規定されている 7 つの取引類型の違法性について。特定商取引法により規制される契約類型は、不意打ち性（訪問販売・電話勧誘販売など）が高く、契約内容も複雑（連鎖販売取引・業務提供誘引販売など）であり、さらに、勧誘方法も執拗であり、強引な場合も存在する[日弁連『消費者法講義』（2013 年）133-134 頁]。このように不意打ち的な勧誘により、消費者は、商品・サービス等について検討する余裕がないままに契約を締結させられてしまう[日弁連『消費者法講義』（2013 年）135-136 頁]。そして、2008 年に改正された割賦販売法には、個別信用購入あっせんについて、あっせん業者に加盟店調査義務についての規定が設けられた。導入の理由としては、「勧誘行為の不意打ち性、取引の誘引性、取引内容の複雑性という性質によって購入者等の契約締結に向けた意思表示に瑕疵が生じやすい」ことが挙げられている[経済産業省編『割賦販売法の解説』（2009）178-179 頁]（もっとも、特定商取引法に規定された通信販売・訪問購入以外の類型である）。

以上のように、競争法分野において、事業者の行為の違法性は、事業者が濫用的である点に求められているということができる。不正競争防止法においては、事業者が営業の自

由という権利の濫用を、独占禁止法においては、優位な地位の濫用をその根拠としているとみることができるであろう。消費者法においても、事業者の違法性は、その情報力・交渉力の点で消費者よりも優位に立つ地位の濫用と評価できるであろう。それは、情報力・交渉力の点で、優位に立つ事業者が、それに劣る消費者に対し、間違った情報を与え、消費者に不利な条項を押し付けていると考えられるからである。そうすると、差止請求の対象となる行為についても整合性があるといえる。

Ⅲ 被害の重大さ

特許法や著作権法においては、特許権や著作権に物権的な性格を与えているとしているが、物権的性格を与えられている対象は、「情報」である。このような「情報」は、一度利用されると、その被害は反復継続し被害は増大する。特許法や著作権法において、損害賠償額の推定規定が置かれている（特許法 102 条、著作権法 114 条）ことについて考えると、特許権や著作権の侵害による被害は、その証明が困難なほど拡大するという点で、重大であるといえる。

独占禁止法について。独占禁止法の目的について、諸説あり「消費者の利益」どのように考えるかは、説により違いがあるとされる【根岸＝舟田『独占禁止法概説』（2010）27－29、33－35 頁】。独占禁止法の目的は、独占禁止法 1 条に「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正かつ自由な競争を促進し事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を保護するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」と規定されている。

この目的規定の解釈について、通説的見解は、独占禁止法の目的は、「公正かつ自由な」競争秩序の維持のみにあるとする。そして、「公正かつ自由な競争の促進」以下の部分は、競争秩序維持の存在意義ないし存在理由を明らかにしたものであると考える。そして、消

費者の利益の位置づけは、競争秩序を維持することにより反射的に保護されるものであり、法律上保護される利益ではない。判例も同様に考えている（「主婦連ジュース事件」最判昭和53年3月14日民集32巻2号211頁）。

これに対し、有力説は、独占禁止法の目的は、「国民経済の民主的で健全な発達の促進」にあり、競争秩序の維持は、この「国民経済の民主的で健全な発達の促進」の実現の手段にすぎないと考える。ここで、「国民経済の民主的で健全な発達の促進」については、解釈が分かれる。一つの考えは、「国民経済の民主的で健全な発達の促進」は、消費者や生産者を含めた国民経済全体の利益を促進するものとする。もう一つは、「国民経済の民主的で健全な発達の促進」は、消費者や中小企業などの経済的従属者の平等権を確保するものであるとする。この有力説において、消費者の利益の位置づけは、「国民経済の民主的で健全な発達の促進」の解釈について、国民経済全体の利益を促進するとの考えによると、消費者の利益は、国民経済全体の利益に従属するものとなり、平等権の確保と考えるものによると、消費者は、経済的従属者の最たるものであるから、法律上直接の保護に値するものとなる。

ただし、通説的見解についても、消費者の利益を保護することを積極的に位置づけることは可能である[根岸＝舟田『独占禁止法概説』（2010）34－35頁]。まず、競争秩序の維持と、それにより達成しようとする民主的な経済秩序との関係に着目し、民主的経済秩序の形成のためには、市場を競争的に維持し、消費者の選択の機会と自由を保障し、消費者が、合理的に意思決定できるような環境を形成する必要がある、すなわち、競争秩序の維持により、消費者の「選ぶ権利」や「知らされる権利」を保護することが不可欠であると考えれば、通説的見解でも、消費者の利益について積極的に評価することができる。このように、秩序維持のみを保護法益とする場合、被害がどれほど重大なものかという点は、十分に明らかにならない。しかし、消費者の利益が、秩序維持との関係でも積極的に評価されることにより、被害がどれほど生じ、どれほど重大かということが明確になるものと考えられる。

独占禁止法において、消費者は、個々の消費者ではなく、集団としての消費者である。

そうすると、不公正な取引方法が行われることにより、その被害は大きなものとなる。

不正競争防止法について。不正競争防止法は、事業者の営業の自由を逸脱した競争行為により侵害される事業者の利益の保護、公正な競争秩序の保護、公正な競争の場の確保にある[小野編『不正競争防止法（上）』（2007）90頁]。もっとも、不正競争により生じる被害は、主に事業者が生じるものである（ただし、上述のように、不正競争防止法2条1項13号については、実際に被害を受けるのは消費者であるとされている[豊崎ほか『不正競争防止法』（1982）44頁（渋谷達紀）]）。それは、不正競争防止法が、知的財産法としての側面を有しているからであると考えられる。不正競争防止法についても、特許法や著作権法と同様、損害額の推定規定が置かれている（不正競争防止法5条2項）ことからすると、特許法や著作権法と同様、不正競争による被害は重大なものと評価することができるであろう。

最後に、消費者団体訴訟についてであるが、消費者団体訴訟は、適格消費者団体が、事業者に対して、差止請求をするための要件として、「不特定かつ多数」の消費者に対して、事業者が不当勧誘行為などを行うことを要件としている。この要件は、適格消費者の差止請求が「消費者全体の利益」のために行使されることを意味するものであるとされる[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」（2008）24頁]。そして、この要件は、事業者の不当な行為により、被害が広がる蓋然性があればよいとされている[野々山「消費者団体訴訟制度の創設」（2006）100頁、坂東「消費者団体訴訟制度の論点」（2008）24頁]。このように、消費者団体による差止請求は、不特定多数の消費者に対して被害が生じている、または、生じる蓋然性があることを要件としていることから、事業者の不当な行為により生じる被害は、重大なものである。そして、消費者被害は、個別の被害額としては、少額であるとしても、多数の消費者が被害者となる可能性があるものであり、多数の消費者が被害を受けるとすると、その被害の重大性は、大きいと評価することができるであろう。

以上のように、特許権や著作権の侵害行為、不公正な取引方法や不正競争行為により生じる被害は、重大なものであり、消費者契約法・特定商取引法・景品表示法違反行為により生じる被害も重大なものであることから、消費者団体訴訟制度とその他の法制度の差止

請求との間には、整合性があることがわかった。特に、独占禁止法と消費者団体訴訟制度においては、被害を受けるのは、多数の消費者であるという点で共通する。この点は、消費者法が競争法としての、そして、独占禁止法が消費者法としての側面をそれぞれ有していることがわかる。

第4節 第2章の結論

以上、消費者団体訴訟制度について、差止制度を有する他の法律との整合性を検討した。その検討については、差止請求により保護される利益、侵害行為、被害の重大さの観点から、消費者団体訴訟制度と他の法律との整合性について検討した。その結果、以下のことが明らかになった。

- ① 保護法益が、経済的利益としての性格を持つとしても、侵害行為を差止める必要性があるならば、排他的な性質を持たない利益であったとしても差止請求権を認めることができる。差止めることの必要性は、侵害行為の違法性と被害の重大性から判断することができる。
- ② 侵害行為については、消費者団体訴訟制度は、事業者と消費者と情報力・交渉力格差から、事業者がその優位性を濫用することに違法性を評価することができ、優位性の濫用という点で、競争法分野の法律と共通する。
- ③ 被害の重大さについては、多数の消費者に被害が生じるという点から、消費者団体訴訟制度においてもその行為を差止める必要があるほど、被害は重大であるといえる。

消費者団体訴訟制度と他の法律との整合性が確認されたということは、差止請求制度を有する他の法律についても、適格消費者団体による差止請求導入することも可能であるといえる。もっとも、知的財産法については、消費者の利益が害されているといえる場合は少ないと考えられるので、適格消費者団体による差止請求制度を導入することは困難かもしれない。しかし、競争法分野については、消費者の利益と関係するのであるから、適格消費者団体による差止請求の導入は可能であり、消費者の利益を保護するためには、消費

者団体による差止請求を認めるべきであるといえる（[林「独占禁止法による集団的消費者利益の実現」（2011）52－54頁]は、適格消費者団体に独占禁止法上の差止請求権を認めるべきであるとし、[鈴木「表示分野における私的利益の保護と公的規制」（2011）66－67頁]は、不正競争防止法についても、消費者や適格消費者団体に差止請求権を認めることの可能性があることを示す）。

もっとも、適格消費者団体の活動をさらに拡大するためには、適格消費者団体に対する財政的支援を行わなければならない。この問題点については、第4章において検討する。

第1章において、わが国における差止請求権の保護法益となる集合的利益（消費者全体に利益）について検討した。この集合的利益について諸外国ではいかなる議論がなされているのであろうか。以下、第3章においては、EUにおける「消費者の集合的利益」についての議論を概観し、わが国における示唆を得ることとする。

第3章 外国法（EU）との比較

第1節 はじめに

第1章において、2006年に導入された消費者団体訴訟制度における適格消費者団体の差止請求権について、その保護法益となる「消費者全体の利益」の意味を考察した。この「消費者全体の利益」、すなわち、「消費者の集合的利益」について諸外国においては、どのように考えられているのであろうか。

本章においては、第2節において、EUにおける「消費者の集合的利益」の概念についての議論を概観し、そして、第3節において、わが国についての示唆を得ることとする。

第2節 「消費者の集合的利益」の概念についての議論

I 差止指令における「消費者の集合的利益」

EUの差止指令（指令97/27EC）では、「消費者の集合的利益」の保護を目的として差止請求を規定している（「この指令の目的は、加盟国の差止請求に関する法律、規則、そして、行政規制を調整することである。そして、それらは、域内市場の円滑な機能を保障

するために指令が附則において掲げたものを含む消費者の集合的利益の保護を目的とすることが、2条において言及される」指令1条1項)。差止指令は、迅速、確実そして適切に消費者法の執行を行うために、個別の消費者への侵害の証明の有無にかかわらず、「消費者の集合的利益」を侵害する事業者への差止請求を認めている[Cristina PONCIBO p.283-284]。この差止指令において、消費者の集合的利益の概念は、重要な役割を果たしている。

しかし、この「消費者の集合的利益」が、一体、何を意味しているのかはこれまで十分に研究されてこなかった[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.174]。もっとも、「消費者の集合的利益」が、消費者個人の利益の集合体ではないこととの指摘はある[Cristina PONCIBO p.286]。そして、「消費者の集合的利益」は、消費者個人の利益ではないために、消費者個人が損害賠償請求をすることはできない[Cristina PONCIBO p.287]。

この「消費者の集合的利益」についての定義が十分議論されていない結果として、効率的に「消費者の集合的利益」保護することを難しくし、そして、「消費者の集合的利益」は、消費者個人の利益の単なる総和ではないということとどまるような漠然とした概念のままである場合には、執行者により適用される際に問題があり、また、その結果として、消費者の権利の保護が不十分になると指摘されている[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.174]。さらに、「消費者の集合的利益」の概念の定義づけが不十分であることは、集合的損害賠償についても影響を及ぼすとされている[Cristina PONCIBO p.288]。

II 「消費者の集合的利益」の機能

「消費者の集合的利益」は、手続的機能を有する[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK 176]。「消費者の集合的利益」は、訴訟の適法性を決定するために機能し、「集合的利益は、一般に集合または公的に注意を引く利益であることは明らかである。集合的利益の認識は、かつては、法的背景を支配していた個別利益を含む問題に

対処するために設計された、原告適格を含む、様々な原則を緩和するための法的システムを後押ししてきた」とされている[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.176]。「消費者の集合的利益」は、原告適格の決定についての要件となり、「訴訟において特定の消費者の手続的状況または彼らの代表の手続的状況、または、行政主体と社会的団体の関係を明確にする」とされている[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.176]。それゆえ、この「消費者の集合的利益」の概念の意味を明確にすることが必要となる。

「消費者の集合的利益」の定義が漠然としたままであることは、以下の理由により、望ましくない[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.176–177]。

まず、「消費者の集合的利益」の定義が漠然としたままであることは、裁量権の誤用という問題を生じさせる。この裁量権の誤用は、消費者の利益を代表する主体と裁判所の双方の裁量権の誤用をもたらす。消費者の利益を代表する団体については、消費者問題が発生した場合にその問題を消費者の集合的利益が侵害されていると評価して訴訟を提起するかどうかについて広い裁量権を持つことになる。裁判所については、「消費者の集合的利益」が侵害されたとして訴訟が提起された場合、その事件が本当に「消費者の集合的利益」が侵害されているかについて、すなわち、裁判所が、訴訟の適法性について広い裁量権を持つことになる。このような状態は、消費者保護についての執行制度の第一次的機能に反し、その結果として、消費者は無力なままとなる。

次に、「消費者の集合的利益」の定義が漠然としたままであることは、司法アクセスについての障害という問題も生じさせる。ポーランドの例ではあるが、「憲法裁判所は、憲法は、確かに、一般的規定としては、破棄する権利を認めていないが、民事訴訟法典に破棄する権利が規定されているという事実は、その解釈として、その規定が憲法上の要求と手続的正義に適合していなければならないことを意味すると判決を下した事件であった。裁判所によると、もし、請求（破棄を求める請求について予備的な評価）の適法性の要件が、不明確な条項によって定式化されると、裁判所の権利は、評価する主体の自由裁量のリスクのゆえに、事実上、行使できない」とされている[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA

and Agnieszka JANCZUK p.177]。

III 「消費者の集合的利益」についての定義づけ

i 二つのアプローチ

「消費者の集合的利益」の定義づけについては、以下に述べるように、定義づけることは無益であるとするアプローチと、消極的に定義づけを行うアプローチとが考えられる [Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.179]。

1) 定義づけることは無益であるとするアプローチ

このアプローチによると、「消費者の集合的利益」という概念は、漠然としたものであり、その定義を明確にすることは、無益であるとする。このアプローチでは、「消費者の集合的利益」は、「集団としての消費者に関係する社会的または公共的利益に関することを意味する」ということとなる。しかし、このアプローチでは、「消費者の集合的利益」についての意味を明らかにされておらず、漠然としたままである。

2) 消極的な定義づけを行うアプローチ

このアプローチは、「消費者の集合的利益」は、消費者個人の利益の集合体ではないという消極的な定義づけを行う。このアプローチは、フランスの判例において採用され、その後、共同体の立法者により採用された。ただし、このアプローチは、「消費者の集合的利益」の適用について、裁判官に指標を与えていない。

ii 定義の構築

1) 消極的な定義の有用性

「消費者の集合的利益は、消費者個人の利益の集合体ではない」という消極的な定義は、この概念の適用について、裁判官に指標を与えない点において問題があった。しかし、この消極的な定義づけは、積極的な定義づけの出発点となる [Marek SAFJAN, Lukasz

GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.179]。

この消極的なアプローチからは、消費者の利益は集団に属することから、損害賠償よりも差止めが焦点が当てられている[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.180]。そして、このアプローチは、保護のための手段の決定の際にも有用であるが、その手段として、行政に依存することや、新たな私法上の保護手段を模索することを意味しない。それは、伝統的な私法の規定の中には、個別的利益に注意を向けず、そして、集合的利益に応用可能なもの、公共的利益に注目しているものが存在するからである[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.180–181]。すなわち、「契約を強制されないこと、そして、契約の無効、情報提供義務違反（取消し）、または、差止めというような伝統的な私法上の手段は、集合的利益にも使用される。無効や執行できないことは、契約が公共的利益を害さないことを目的とする伝統的な手段である。それらは、（法的システムに依存しているが）公序に反する、信義に反する、そして、不公平または非良心的である契約に慣習的に関係している。競争法上の規定に違反する契約もまた無効である。そのような契約の無効や強制できないことは、当事者を確定的な契約関係に入ることを阻止することを意味しており、そして、そのようにして、公共的な利益を保護することを意味する。情報提供義務は、反対に、当事者に契約についての情報選択をさせる手段を与えることを想定している。この方法において、適切に機能する市場と消費者の満足が、保証されるべきである。最後に、差止めは、個人の利益または集合的利益にも反対する影響を与える慣行の中断を目的としている」[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.180]からである。

2) 消費者個人の利益の役割

「『消費者の集合的利益』は、消費者個人の利益の集合体ではない」との消極的な定義をするアプローチを出発点とすると、個別的利益との関係を明らかにする必要がある。

集合的利益と個別的利益との関係は、「(1) 部分的に重なる、(2) 衝突する、または、(3) それぞれから分離させられている、すなわち、個別的利益は集合的観点とは無関係で

あり、逆に、集合的観点と個別的利益とは無関係である」という三つの点が明らかになる [Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.182]。

(1) 部分的な重複する点については、次のように分析されている [Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.182–183]。消極的な定義は、集合的利益と個別的利益は、分離していると考えるが、個別的利益と分離した集合的利益についての訴訟を正当化すると行政的主体と司法的主体の権限の分配において部分的な重複をもたらす。すなわち、民事訴訟は、私的な利益の追求のために提起され、行政的規制は、公的利益の促進ためになされる。このような重複は、行政主体のほうが司法的主体よりも規制するのに優れていると思われるためにふさわしくない。そして、集合的利益の追求に関する訴訟において、個別的利益の存在を要求しない場合、消費者保護主体には過度の裁量権が付与されることとなる。よって、過度の裁量権を与えないためにも消費者の個別的利益侵害を証明することが必要とされる。

(2) 衝突する点については、次のように分析されている [Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.183]。不公正な契約条項であっても、特定の消費者には利益を与える場合がある。このような場合、特定の消費者は、利益を得ているが、多数の消費者にとっては、有害であるために、その契約条項が差止められる場合には、その契約条項から利益を得ていた消費者はその利益を得ることができなくなるために、損失を被ることとなる。

(3) それぞれが分離し、無関係である点については、次のように分析されている [Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.183–184]。特定の消費者のみが契約の当事者となる場合は、集合的利益と個別的利益は、分離し、無関係である。例えば、絵画の売買や特定の消費者のために作成される物の売買などである。

個別的利益は、公的利益にも影響を与える。ポーランドにおいて、抽象的違憲審査や契約条項の抽象的審査が認められている [Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.184–185]。このことは、個別的利益が、公的利益の促進をもたらすことを種名している。

抽象的違憲審査は、個人がもつめることができ、抽象的違憲審査についての判決は、上訴人以外の者にも効力を及ぼす[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.184]。

契約条項の抽象的審査[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.184-185]は、標準契約約款を基礎として契約を締結しようとしている個人によって提起され、裁判所により、違法と判断された場合、その効力は万人に及ぶ。そして、違法評価された標準契約約款をさらに使用し続ける場合は、消費者の集合的利益を侵害するものとされる。さらに、この約款規制は、違法と評価された約款を使用している事業者だけではなく、すべての事業者が対象となるという方向性を裁判所は取り始めている。

このように、個人に対する利益侵害の結果として、消費者集団の利益も保護される結果となることから、個別的利益は、集合的利益を促進する結果となる

予備的な結論として、少なくとも一人の消費者の個別的利益が存在していることを証拠として提出する必要があるとすることができる。

3) 消費者の集合的利益についての定義

消費者の集合的利益の定義を構築する際に取り上げるべき要素は、「(1) 侵害の数と有害な慣習の持続性；(2) 慣習の名宛人；そして(3) 侵害利益の性質」である[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.186]。

「(1) 侵害の数と有害な慣習の持続性」について。一度限りの侵害行為（不当な広告をする場合）も消費者の利益を侵害する可能性がある。このような侵害行為は、消費者一般に対して危険を創出するゆえに、侵害行為が一度限りであったとしても消費者の集合的利益を侵害する。

「(2) 慣習の名宛人」について。事業者による侵害行為（慣習）は、消費者すべてに向けられなければならない。特定の消費者との交渉により作成される契約条項は、特定の消費者の利益しか侵害しない。

「(3) 侵害利益の性質」について。指令 98/27 と規則 2006/2004 が対象とする侵害利益

は、経済的利益であるが、被侵害利益は経済的利益に限られない。特定の法システムにより規制されている動産に関しては人身侵害についても集合的利益を觀念することは可能である。そのように考えることは、規制戦略の一貫性を保証する。

以上のような分析ののち、[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.187-188]は、「消費者の集合的利益」について次のように定義する。

- 「1. 消費者の集合的利益は、個別の利益の合計ではない
- 2.1. 消費者の集合的利益の存在は、以下の場合に推定されるべきである：
 - a 大多数の消費者が、特定の慣習により影響を受ける、または、違反が持続的である場合；しかしながら、違反の数が少数またはその慣習が単発的である場合でも、消費者の集合的利益の存在は、排除されない；そして・または、
 - b 特定の慣習が、特定の状況において、すべての潜在的な消費者に影響を与える場合；そして・または、
 - c 特定の慣習が、特に生命や健康のような消費者の特に重要な利益に影響を与える場合
- 2.2. もし、前述の要件に該当するならば、消費者の集合的利益についての請求を否定するためには、適切な正当化理由が要求される
3. 消費者の集合的利益の存在を証明するために、少なくとも一例の個別消費者の利益が含まれることを証拠として提出するべきである。」

第3節 わが国における示唆

I わが国における議論と EU における議論の共通性

i わが国における「消費者の集合的利益」についての議論

わが国において「消費者の集合的利益」についての議論は、「消費者全体の利益」についての議論を参照することができる。わが国における議論については、第1章第1節において検討したが、参考のために各説の概要のみを示す。

固有権説は、「消費者全体の利益」を適格消費者団体固有の利益を意味すると考える。

よって、消費者の集合的利益は、消費者の個別的利益とは、別個のものである問い結論となる。

中間的利益説は、「消費者全体の利益」を公益と私益の中間に存する利益を意味すると考える。よって、消費者の集合的利益は、消費者の個別的利益とは、別個のものであるという結論となる。

拡散的利益説は、「消費者全体の利益」を社会一般に拡散している、個別に分割できない、または、分割すべきではない利益を意味すると考える。よって、消費者の集合的利益は、消費者の個別的利益とは、別個のものであるという結論となる。

「公益に近い私益説」は、「消費者全体の利益」を「不特定かつ多数の消費者」という権利能力のない集団の利益を意味すると考える。よって、消費者の集合的利益は、消費者の個別的利益とは、別個のものであるという結論となる。

集合体説は、「消費者全体の利益」は、事業者により侵害されている消費者個人の権利・利益の集合体を意味すると考える。よって、消費者の集合的利益は、消費者の個別的利益とは、互いに関連し合うものであるという結論となる。

ii 共通性

これまで述べたとおり、EU では、「消費者の集合的利益」についての検討が不十分であるのに対して、わが国においては、「消費者の集合的利益」の意味について、「消費者の個別的利益の集合体ではない」という理解にとどまるのではなく、集合的利益について議論がされているように思われる。

しかし、わが国における議論においても、消費者の個別的利益とは異なるものであると考えが多数（集合体説以外）である点については共通する。

II EUにおける議論についての評価

i 「消費者の集合的利益」の定義について

[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK]は、消費者の集合的利益

は単なる消費者の個別的利益の集合体ではなく、侵害行為が継続し、集合的利益の侵害についての証明には、少なくとも一人の消費者の利益侵害を証明しなければならないとする。本論文において、私が考えている集合体説は、消費者の集合的利益は消費者の個別的利益の集合体であるというものであるので、[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK]の主張とは、若干異なる。

しかし、[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.187-188]に挙げられている定義のうち、2.1の「消費者の集合的利益の存在」についての推定や、3の少なくとも消費者一人の消費者の個別的利益の侵害を証拠として提出は、消費者の集合的利益の侵害をもとに差止訴訟を提起するための要件であると考えられる。

2.1については、消費者契約12条の要件のうち「不特定かつ多数の消費者」「現に行い又は行うおそれがあるとき」に係るものである。第1章第1節での検討は、「消費者の集合的利益」の意味についての検討であり、私見（集合体説）においても、消費者契約法12条の要件を満たさなければ、適格消費者団体は差止請求権を行使できないのである。よって、2.1のような事項が定義に入れられていないことをもって、[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.187-188]の見解と私見が異なるとは考えられない、または、致命的な違いとなるとは考えられない。

[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK]の定義の3については、消費者契約法12条には規定はない。消費者団体訴訟制度において「消費者全体の利益」についての意味を明確にせず、差止請求についての規定は設けたのであるから、個別的利益との関係を示す、先に述べた3に類似する要件を設けないことは、むしろ当然である。この3については、消費者個人の利益と消費者の集合的利益との関係を重視する私見との間に関連性を見いだせるものとなる。よって、私見においても、適格消費者団体が差止請求をするにあたり、消費者の個別的利益の侵害を証拠として提出すべきなのかという点が問題となる。

証拠として提出するのは、①侵害された個別的利益を意味するのか、②ある消費者の個別的利益が侵害されそうになっているということの意味しているのか、そして、③契約締

結まで至ってはいないが不当勧誘または不当条項が、ある消費者に使用されたことを意味しているのかが問題となる。

第一に、①侵害された個別的利益を意味すると考えについて検討する。この考えの場合は、差止請求の持つ予防的側面は強調されないと考えられる。すなわち、差止請求は、事業者に不当な勧誘行為を行わせない、そして、不当な契約条項を使わせないことにより、消費者の権利・利益の侵害を予防することに意味がある。このように考えるならば、差止請求権を行使するに際し、ある消費者の権利・利益が侵害されたということを証拠として提出しなければならないとすると、差止請求は被害発生予防とはならないと考えられる。もっとも、被害拡大の防止にはなると考えられる。

第二に、②ある消費者の個別的利益が侵害されそうになっていることを証拠として提出しなければならないと考えることについて検討する。この考えの場合は、実際の被害が発生していない段階で差止請求権を行使することができることになるので、差止請求は、被害発生防止・被害拡大の防止に役立つと考えられる。

第三に、③契約締結まで至ってはいないが不当勧誘または不当条項が、ある消費者に使用されたことを意味しているとの考えについて検討する。適格消費者団体が、差止請求訴訟（提訴前の申入れを含む）を提起する際には、実際、不当勧誘が行われたこと、そして、不当条項が使用されたことをもって、訴訟を提起する。契約の締結には至っていないが不当勧誘が行われ、不当条項が使用されたような場合、消費者に被害は生じていないが、被害が生じる可能性は非常に高いものとなる。この考えによっても被害が生じていないことからすると、差止請求は、被害発生防止・被害拡大の防止に役立つと考えられる。

以上の検討から、差止請求の際に提出すべき少なくとも一人の個別的利益を証拠として提出すべきであるとは、②ある消費者の個別的利益が侵害されるおそれがあるということの意味している、または、③契約締結まで至ってはいないが不当勧誘または不当条項が、ある消費者に使用されたことを意味しているとの考えるべきである。

そして、この少なくとも一人の消費者の被害を証拠として提出することは、侵害の継続性などの証明のために提出されるものであり、侵害の継続性などが存在していれば、消費

者の集合的利益の侵害が推定されるのであるから、少なくとも一人の消費者の被害（被害のおそれ）を証拠として提出することにより集合的利益の侵害は推定されることとなる。

多数の消費者の被害が発生していることを推定（法律上の推定）すると考えることは有益である。この推定について、消費者契約法 12 条について考えるならば、「不特定かつ多数の消費者」の要件において考えることができる。すなわち、適格消費者団体は、不当勧誘が少なくとも一人の消費者になされたこと、そして、不当条項が少なくとも一人の消費者との契約において用いられたことを証明することで足り、事業者はこの推定を覆すために、不当勧誘が特定の消費者に対してなされたこと、そして、不当条項が特定の消費者との契約において用いたことを証明すると考えるべきである。

個別的利益と集合的利益の関係についてであるが、ポーランド民事訴訟法 479 条に相当する規定は、わが国には存在しない。よって、ポーランドの議論をそのまま導入することは不可能である。しかし、わが国においても、ある人の訴訟の結果を他の人が利用することが可能となることにより、個人の利益を保護するための権利行使が多数の人の利益になることがあると考えられる。このことを、学納金返還訴訟をもとに考えると次のようになる。学納金返還訴訟は、消費者団体訴訟ではなく、消費者の個別的訴訟として行われ、最高裁判所は、学納金の返還について判決した（最判平成 18 年 11 月 27 日民集 60 卷 9 号 3437 頁）。以後、学納金の返還について多数の訴訟が提起されているが、それらの判決は、上記最高裁判決を引用し、訴えの当否を判断している。このように、わが国においては、ポーランドのように不当条項であると裁判所が評価した条項について、当然に（法律の規定によって）すべての事業者に及ぶことにより、個別的利益が公的利益を促進するのではないが、個別訴訟は間接的にであれ、また、事実上であれ、多数の消費者に影響を与えることにより公的利益の促進に役立っていると評価することも可能であると考えられる。

さらに、次のような見解も個別的利益が公益の促進につながると評価していると考えられることもできるであろう。公共的利益は、個々の市民だけではなく不特定多数の市民が享受する利益[吉田『現代市民社会と民法学』（1999）182、271 頁、同「競争秩序と民法」（2005）42 頁、同「民法学と公私の再構成」（2008）421－422 頁、同「現代不法行為法学の課題」

(2005) 144-145 頁、同「市場秩序と民法・消費者」『市場・人格と民法学』(2012) 211 頁]であり、「市民社会を基礎に下から立ち上がる公共性として、すなわち市民的公共性と性格づけるべき」ものであり、「簡単に言えば『みんなの利益』であり、『みんな』の中には個人も入っている」[吉田「現代不法行為法学の課題」(2005) 145 頁]。そして、公共的利益の内容形成については、市民が訴訟を提起するという形で、また社会意識の形成により競争秩序、生活利益秩序の内容を形成すべきであるともされている[吉田『現代市民社会と民法学』(1999) 269 頁、同「競争秩序と民法」(2005) 48 頁、同「総論・競争秩序と民法」(2007) 48 頁]。この見解によると、個人は自己の利益を保護するために訴訟を提起するということが、公共的利益の形成につながるとしている点で個別的利益と集合的利益の関係について検討しているものであるといえる(ただし、この見解に問題があることについては[上述した第 1 章第 3 節 II - v - 4) 参照])。

ii 制度設計について

1) 侵害の数と継続性

[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.186]は、侵害の数が多く、継続的である場合、「消費者の集合的利益」の侵害について法律上の推定規定を設けることができるとしている。そして、侵害の数や継続性についての証拠の提出は必要には要求されず、さらに、一度限りの侵害であったとしても、「消費者の集合的利益」の侵害を認めることができるとしている。この解釈は、消費者契約法 12 条の「不特定かつ多数の消費者」「現に行い又は行うおそれがあるとき」の解釈について参考となる。

「不特定かつ多数の消費者」については、特定されていない相当数であるとされている[消費者庁企画課編『逐条解説』(2010) 260 頁]。これに対しては、「『行うおそれ』と相まって、被害が広がる蓋然性があれば不特定かつ多数と判断されるべきで、限定的に解すべきではない」[野々山「消費者団体訴訟制度の創設」(2006) 100 頁]とするものや、「具体的な数や範囲で観念されるというよりは、事業者の不当な行為による被害が、個別の消費者に限定することなく拡散するあるいは継続する蓋然性があることを意味している

と解すべき」[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008)24頁]とするものがある。[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008)24頁]は、限定的に解するべきではない理由として、消費者団体訴訟制度が、消費者被害の拡大防止・未然防止を達成するために立法されたという立法趣旨に基づいて主張している。この消費者団体訴訟制度の立法趣旨に基づく主張も十分説得力を持つものではあるが、[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.186]が指摘する点も参考にできるように思われる。すなわち、侵害行為が(たとえ一度であっても)、多数の消費者の利益を侵害するような可能性がある場合には、消費者一般の利益を侵害する危険性ゆえに、消費者の集合的利益を侵害すると考えるのであるから、適格消費者団体としては、侵害行為の証明のみを負担し、事業者は限定された者に対してのみの侵害行為であると証明することにより差止請求を免れうると考えることができる。このように、事業者による侵害行為が(たとえ一度であっても)、多数の消費者の利益を侵害するような可能性がある場合には、消費者一般利益を侵害する危険性ゆえに、消費者の集合的利益を侵害すると考えるとの考えは、適格消費者団体の証明責任を軽減(侵害行為の証明のみで当たり)することとなる。その結果、「消費者全体の利益」の擁護に資するものとなると考えられる。

「現に行い又は行うおそれがあるとき」について、この要件は、侵害行為の継続性に関するものであるが、この要件は、事業者の不当な行為が客観的に存在している場合であるとされている[消費者庁企画課編『逐条解説』(2010)261頁]。適格消費者団体は、差止請求訴訟を提訴するまでに事業者に対して申入れ活動を行い、一週間の期間を定めた書面(消費者契約法41条に基づく書面)を送付する。ここで、適格消費者団体は、申入れ以降に事業者が不当な行為をしていることを判断することは難しく、「可能な直近の資料に基づいて、『行われている』ことを前提に訴訟手続に及ぶしかない」[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008)25頁]とされている。ここでも、事業者による侵害行為が(たとえ一度であっても)、多数の消費者の利益を侵害するような可能性がある場合には、消費者一般利益を侵害する危険性ゆえに、消費者の集合的利益を侵害すると考えるとの考えは、有用である。この考えによると、適格消費者団体は、事業者が不当条項を用意し、一度で

も使用して契約を締結した場合には消費者の集合的利益を侵害したものとされるのであるから、適格消費者団体としては、事業者が使用したことを証明すればよいこととなる。そして、事業者は、当該不当条項を使用しておらず、また、今後も使用するおそれがないことを証明しなければならない。

このように、事業者による侵害行為が（たとえ一度であっても）、多数の消費者の利益を侵害するような可能性がある場合には、消費者一般利益を侵害する危険性ゆえに、消費者の集合的利益を侵害すると考えるとの考えを採用することにより、適格消費者団体の立証責任は軽減されることとなる。それに対し、事業者は責任を免れるためには、不当条項を使用していないこと、使用したとしても限定された消費者に対してであること、そして、今後も使用しないことを証明しなければならない。この見解に対しては、事業者に対して立証責任を過大に課しているのではないかとの批判がなされるかもしれない。しかし、消費者団体訴訟制度は、事業者による不当な行為の是正により市場の公正さを実現することであり、差止請求訴訟では、不当な行為が現在だけでなく、将来にわたって行われなことが争われており、そこでは、事業者の誠実さが問題となるとの指摘[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」（2008）25頁]からしても事業者に不当に義務を課したことにはならないであろう。さらに、差止請求訴訟が提起される前には、事前の申し入れや消費者契約法41条に基づく書面の交付がされているのであり、訴訟に至るまでに、契約条項を是正する機会が与えられていることからしても、事業者に立証責任を課しても不当なものとは言えないであろう。

2) 侵害利益の性質

侵害利益の性質について、[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK p.187]は、差止指令は、経済的利益に関するものであるが、人身利益もその対象とすることができるとしている。この点について、わが国においても、消費者契約法上の差止請求権については、経済的利益に関するものであり、今後、製造物責任への拡大も考えられることを示している。

また、人身利益について集合的利益に含めるべきであるとの考えは、集合的損害賠償についての「消費者の財産被害の集団的な回復のための民事の裁判手続きの特例に関する法律案」（この法律案については、第4章第2節Ⅱで紹介する）についても同様である。もっとも、この法律案は、人身侵害については対象外としているが、人身侵害についても集団的に発生する可能性があるのであるから、人身侵害もその対象とすべきである。

第4節 第3章の結論

第3章においては、EUにおける「消費者の集合的利益」についての議論を概観し、わが国への示唆を得ることを目的に検討を加えた。検討の結果は、以下の通りである。

- ① 差止指令（指令 97/27EC）は、「消費者の集合的利益」を保護するために差止請求を規定している。しかし、「消費者の集合的利益」の意味するところは、十分に検討されてこなかった。
- ② 消費者の集合的利益については、次のように定義することができる。
 1. 消費者の集合的利益は、個別の利益の合計ではない
 - 2.1. 消費者の集合的利益の存在は、以下の場合に推定されるべきである：
 - a 大多数の消費者が、特定の慣習により影響を受ける、または、違反が持続的である場合；しかしながら、違反の数が少数またはその慣習が単発的である場合でも、消費者の集合的利益の存在は、排除されない；そして・または、
 - b 特定の慣習が、特定の状況において、すべての潜在的な消費者に影響を与える場合；そして・または、
 - c 特定の慣習が、特に生命や健康のような消費者の特に重要な利益に影響を与える場合
 - 2.2. もし、前述の要件に該当するならば、消費者の集合的利益についての請求を否定するためには、適切な正当化理由が要求される
 3. 消費者の集合的利益の存在を証明するために、少なくとも一例の個別消費者の利益が含まれることを証拠として提出するべきである。

③ EUにおける消費者の集合的利益についての定義は、2.1、2.2、3については訴訟においてどのような事柄を証明すればよいかということを示すものであり、そのように考えるならば、「1. 消費者の集合的利益は、個別の利益の合計ではない」は、消費者の集合的利益は、個別的利益の単なる合計ではないと考えるべきである。私見においても、集合的利益が侵害されていることを証明するために消費者契約法 12 条の「不特定かつ多数の消費者」の要件、および「現に行い又は行うおそれがあるとき」の要件についての証明をしなければならないのであるから、私見と EU における集合的利益についての定義とは矛盾するものではない。

④ EU の議論は、消費者契約法 12 条の「不特定かつ多数の消費者」の要件、および「現に行い又は行うおそれがあるとき」の要件の解釈にとって参考となる。これらの要件については、適格消費者団体は、事業者の侵害行為が一度行われたことを証明することで足り（事業者の侵害行為が、不特定多数の消費者に対し、継続的になされていると推定される）、事業者は、限定された消費者に対してのみ行った侵害行為であることを証明するべきである。そして、消費者の個別的利益が一つでも侵害されるおそれがあるのであれば、多数の消費者の利益が侵害されるおそれがあると考えられるべきであるから、適格消費者団体は、一人の消費者の利益が侵害されるおそれがあることを証明すれば足りると解すべきである。

⑤ 侵害される消費者の利益については、経済的利益に限られず、消費者の生命・身体に関する利益もその対象とすべきである。

第 1 章から第 3 章までにおいては、差止請求を念頭に置き議論をしてきた。第 1 章においては、本論文の主たる関心事である「消費者全体の利益」の意味、すなわち、消費者の集合的利益の意味について検討した。消費者の集合的利益の意味についての第 1 章での結論は、「消費者の集合的利益とは、消費者個人の権利・利益の集合体である」というものであった。第 4 章においては、この「消費者の集合的利益」についての理解（「消費者の集合的利益」は、消費者個人の権利・利益の集合体であるとの理解）の応用可能性について検討する。すなわち、集合体説を採用することにより、消費者団体の差止請求と損害賠

償請求とを整合的に説明できることを検討する。

第4章 応用可能性—集团的消費者被害救済制度との関連—

第1節 はじめに

消費者被害の多くは、被害額が比較的少額であり、多数の被害者が生じるという特徴を有する。このような特徴を有する消費者被害について、個別救済では、訴訟費用を考慮すると被害回復が困難である。そこで、2006年の消費者契約法改正において、事業者の不当な勧誘行為と不当条項の使用についての差止請求制度を導入し、さらに、2008年の改正により、特定商取引法、景品表示法にも差止請求制度を導入した。

しかし、差止請求制度だけでは、消費者の被害回復は可能とならない。なぜなら、差止めは、不当な勧誘行為や不当条項の使用を差止めるだけであり、被害回復までは図ることはできないからである。そうすると、上記の消費者被害の特徴を考慮するならば、集团的損害賠償制度を導入することが、消費者被害の救済に資する。

そこで、本章においては、集团的消費者被害救済制度について、まず、第2節において、現在立法化について議論がされている集团的消費者被害救済制度の概要を紹介し、第3節において、集团的消費者被害の救済に有用であると主張されているシ・プレ損害賠償配分理論について議論をみた後、第4節において、それぞれについて検討を加え、私見を提示したい。

本章においては、損害額の証明が容易である場合を集合的損害賠償制度と呼び、損害額の証明が不可能または困難であるような場合を利益吐き出し請求と呼ぶこととする。この利益吐き出し請求については、その法的性質について、損害賠償請求と考えるものや、不当利得返還請求と考えるものなどがあるが、本論文においては、その議論については、割愛する。

第2節 集团的消費者被害救済制度について

I 経緯[消費者委員会「報告書」(2011)1頁、消費者庁「取りまとめ」(2011)1頁]

集团的消費者被害救済制度について、その立法作業が進んでいるが、まず、その経緯について考えてみたい。消費者庁及び消費者委員会設置法附則 6 項は、「政府は消費者庁関連三法の施行後 3 年を目途として、加害者の財産の隠匿又は散逸の防止に関する制度を含め多数の消費者に被害を生じさせた者の不当な収益をはく奪し、被害者を救済するための制度について検討を加え、必要な措置を講ずるものとする」とした。そこで、消費者庁は、集团的消費者被害救済制度研究会を設置した。この集团的消費者被害救済制度研究会は、2010 年 9 月に「報告書」[消費者庁企画課「報告書」(2010)]をまとめた。

[消費者庁企画課「報告書」(2010) 28、44 頁]は、「集合訴訟制度」と「行政による経済的不利益賦課制度及び保全制度」についての検討が必要とした。集合訴訟制度については、[消費者庁企画課「報告書」(2010)]において、集团的消費者被害救済制度につき A・B・C・D の 4 つのパターンの訴訟案を提示し、さらに検討をするために、消費者委員会に「集团的消費者被害救済制度専門委員会」を設置した。そして、2011 年 8 月に「集团的消費者被害救済制度専門委員会報告書」[消費者委員会「報告書」(2011)]を作成した。行政による経済的不利益賦課制度及び保全制度については、消費者庁に「財産隠匿・散逸防止策及び経済的不利益賦課制度に関する検討チーム」を設置し、2011 年 8 月「財産隠匿・散逸防止策及び経済的不利益賦課制度に関する検討チーム取りまとめ」[消費者庁「取りまとめ」(2011)]を作成した。その後、消費者庁に「消費者被害に係る行政手法研究会」を設置し、さらに議論がされている。

II 集合訴訟制度

i 消費者委員会集团的消費者被害救済制度専門調査会報告書

集团的消費者被害救済制度専門委員会は、[消費者委員会「報告書」(2011)]において、二段階訴訟[消費者委員会「報告書」(2011) 13-32 頁、消費者庁「骨子」3 頁]を提案した。

まず、一段階目の訴訟であるが、この一段階目の訴訟については、共通争点確認の訴えとされており[消費者委員会「報告書」(2011) 13-23 頁、消費者庁「骨子」3-5 頁]、

多数の消費者と事業者との間の共通争点を確認される。ここで、共通争点とは、「多数の消費者に共通する事業者の行為の評価」で、「個々の対象消費者に帰属する請求権の責任原因を基礎づけるもの」とされており、その対象となる権利は、次の4種類である。すなわち、「①消費者契約（…）が不存在若しくは無効又は取消し若しくは解除（…）がされたことに基づく不当利得返還請求権、②消費者契約に基づく履行請求権、③消費者契約の締結又は履行に際してされた事業者（…）の民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権、④消費者契約に債務不履行がある場合の損害賠償請求権又は、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権」以上の4種類である。

この二段階訴訟において、手続き追行主体は、特定適格消費者団体とされている。まず、訴訟追行主体として、適格消費者団体が訴訟追行主体としてふさわしい理由については、以下の理由が挙げられている。第一に、十分な情報収集ができること、そして、事業者から独立していることであり、第二に、消費者の利益を代表することについての実績があることが挙げられている。次に、適格消費者団体から特定適格消費者団体への変更がされる点であるが、差止請求関係業務と集団的消費者被害救済制度には差異があることから、従来の適格消費者団体ではなく新たに認定を受けた特定適格消費者団体が訴訟追行者であるとする理由を挙げている。

次に、二段階目の訴訟であるが、この二段階目の訴訟は、賠償範囲の確定について審理される[消費者委員会「報告書」（2011）24-32頁、消費者庁「骨子」5-9頁]。一段階目の訴訟が終了した時点で、特定適格消費者団体は、消費者に対し、以下の内容を通知・広告しなければならない。すなわち、一段階目判決の内容、そして、二段階目の手続きに参加したい消費者は、適格消費者団体に申し出る必要があることである。そして、二段階目での訴訟は、参加消費者個人についての請求権の存否と賠償額について審理する。

ii 消費者の財産被害の集団的な回復のための民事の裁判手続きの特例に関する法律案

集合訴訟制度は、2013年4月19日に「消費者の財産被害の集団的な回復のための民事の裁判手続きの特例に関する法律案」が閣議決定された。その内容は以下の通りである（消

費者庁 HP[<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/130419-0.pdf>]。

共通義務の確認訴訟（一段階目）と対象消費者の債権を確定する手続（二段階目）の二段階訴訟制度が採用された。共通義務とは、「事業者が、相当多数の消費者に対して、これらの消費者に対して共通する事実上及び法律上の原因に基づき、金銭を支払う義務」とされている。対象となる請求（3条1項）は、消費者契約に関する「①契約上の債務の履行の請求（1号）、②不当利得に係る請求（2号）、③契約上の債務の不履行による損害賠償の請求（3号）、④瑕疵担保責任に基づく損害賠償の請求（4号）、⑤不法行為に基づく民法の規定による損害賠償の請求（5号）」である。対象外の損害（3条2項）は、拡大損害、逸失利益、慰謝料、人身損害である。手続追行主体は、現在認定されている適格諸費者団体（11団体）から新たな要件を満たし、内閣総理大臣から認定した特定適格消費者団体である。その認定要件（65条）は、「差止請求関係業務を相当期間にわたり継続して適正に行っていること、体制（弁護士理事の選任等）、業務規程、経理的基盤等が被害回復関係業務を適正に遂行するに足りること、授權契約の内容を業務規程の記載事項とし、監督の対象とすることで業務を適正化、支払を受ける報酬又は費用がある場合…その額又は算定方法、支払方法、その他必要な事項を定めており、消費者の利益の擁護の見地から不当でないこと等」である。

二段階目の手続は、共通義務確認訴訟の確定から、原則1箇月以内に申立なければならない（15条）。消費者への通知・公示については、裁判所、特定適格消費者団体、事業者、消費者庁が、それぞれ、行わなければならない。

一段階目の判決に不服がある場合は、上訴をすることが可能であり、二段階目の判決に不服がある場合は、異議の訴訟を提起することができる。

Ⅲ 行政による経済的不利益賦課制度及び保全制度

i はじめに

行政による経済的不利益賦課制度及び保全制度についてであるが、ここではどのような事例をその対象としているのであろうか[消費者庁企画課「報告書」（2010）44－46頁]。

消費者被害の回復は、本来、民事訴訟により対処すべきである。しかし、民事訴訟が有効に機能しない場合がある。それは、不当表示や悪徳商法・不当勧誘に関するものである。

不当表示については、権利の存否、範囲が不明確であるとされている。不当表示に関しては、財産的損害を具体的に想定することが困難な場合があり、また、本来安価の物を高額で売りつけたような場合、その差額が損害となるが、その差額の証明は困難であるとされている。

悪徳商法・不当勧誘についてであるが、悪徳商法とは、システムとして違法、破たん必至な商法であるとされており、例えば、ねずみ講や和牛商法のようなものを想定している。そして、不当勧誘については、悪質リフォームなどを想定している。これらの悪徳商法や不当勧誘事例の場合、事業者は財産を散逸させたり、債務超過の場合が多く、被害回復が困難である。

このような事例について、財産隠匿・散逸防止策及び経済的不利益賦課制度に関する検討チームは、[消費者庁「取りまとめ」(2011)]において、消費者被害の発生・防止のために有効な行政措置と消費者の被害回復に向けた財産の隠匿・散逸防止のために機能する措置について、以下のように、消費者安全法を改正し、消費者被害の発生、拡大防止のために、消費者庁が事業者に対して行使しうる行政措置を規定することが必要であるとした。その改正に際しては、事業者の予見可能性を確保し、事業者の活動を委縮させないための要件設定などの検討が必要である。また、違法行為の抑止のために不当な収益のはく奪をするための課徴金などの制度を創設する必要もある。そのためには、悪質事業者の場合、財産を散逸させることも考えられることから、不当な収益のはく奪についての実効性、また、消費者への分配についての検討が必要である。さらに、調査権限を行政に持たせるべきであるとし、消費者安全法 22 条について、現状では、その対象となる事業者が限られており、その拡充について検討が必要であるとしている。

消費者の被害回復に向けた財産の隠匿・散逸防止のために機能する措置[消費者庁「取りまとめ」(2011) 7-11 頁]については、次のような内容である。現行制度の活用、すなわち、振り込め詐欺救済法、会社法の規定を活用することができる。また、消費者庁に破産

手続開始の申立て権を付与するという方法も考えられる。

これらをさらに検討するために、消費者被害に係る行政手法研究会を設置した。

ii 財産に対する重大な被害の拡大・防止のための行政措置

この消費者被害に係る行政手法研究会は、2011年12月、消費者の財産被害に係る行政手法研究会「財産に対する重大な被害の拡大・防止のための行政措置について」[行政研究会「行政措置」(2011)]を発表した。

[行政研究会「行政措置」(2011)]は、以下のような課題を設定した

課題①「法執行の積極的・実効的活用」。消費者安全法で定められた、消費者被害の防止拡大防止のための各種措置は、十分に活用されていない。この問題についての対応については、以下のように考えられる[行政研究会「行政措置」(2011)12-13頁]。消費者教育の推進などの取り組みがなされているが、さらに、消費者庁と関係省庁、その他関係機関などとの連携を強化し、個別の法の執行や、注意喚起(消費者安全法15条)、措置要求(消費者安全法16条)を行う必要がある。さらに、措置要求の要件を満たさない場合であっても、消費者庁に集約された情報であって、消費者被害の防止、拡大防止に資する情報を関係省庁、関係機関に提供する必要がある。

課題②「いわゆる『すき間』で生じている財産被害事案への迅速・機動的な対応の必要性」。消費者安全法上「重大事故」は、消費者の身体、生命に対する侵害に限られており、財産上の被害については、対応できていない。この課題についての対応については、以下のように考えられる[行政研究会「行政措置」(2011)13-15頁]。消費者被害の防止、拡大防止についての有効な措置を、消費者庁が事業者に対してとることができるとする規定を設ける。ただし、消費者安全法の制定時に問題となった課題を踏まえる必要がある。その問題とは、対象となる行為を明確にすること、重大性の基準や定義を明確にすることである。

上記の対応策を踏まえた上での消費者安全法の改正を提案した。

重大事故については、以下の要件を設定すべきである[行政研究会「行政措置」(2011)]

18-19 頁]。すなわち、「①消費者被害の発生又は拡大の防止を図るために実施しうる他の法律に基づく措置がなく、消費者被害の発生又は拡大が防止できないものであって、②取引の対象が架空の権利であるものなど、消費者が支払う金額と事業者が提供する商品・サービスが著しく対価性を欠くものが行われることにより、③全体としてみた多数の消費者の財産について、消費者被害の発生又は拡大の防止の見地からそれを看過することができない程度に、被害が発生し又は発生するおそれがあるもの」という要件である。

そして、行政措置[行政研究会「行政措置」(2011) 19-21 頁]については、事業者に対して勧告を行い、勧告に従わない場合には、命令を行う。また、調査権限[行政研究会「行政措置」(2011) 21 頁]について、その根拠条文としては、消費者安全法 22 条を活用できる。それは、消費者安全法 22 条の文言から、生命、身体への侵害の場合のみではなく、注意喚起や措置要求のためにも活用できると考えられるからである。そして、調査権限を持たせることについての必要性については、消費者の財産的被害を生じさせる事案の中には、調査が必要な事案が存することが挙げられている。

この報告書をうけ、消費者安全法改正法案を提出した。

消費者の生命身体に対する調査権限については、「消費者安全調査委員会による消費者事故等の調査等の実施」を目的規定に追加し、「生命身体事故」の定義を追加する。そして、消費者安全調査委員会による消費者事故等の調査についての規定(章を新設)を新設する。その内容は、自ら調査、評価、勧告等を独立した職権で行う消費者安全調査委員会を新設し、事故原因の調査、立入検査等を行うこと、内閣総理大臣からの援助、調査完了前の関係者からの聴取、調査完了後には、報告書を作成すること、他の行政機関による事故原因を究明しているかどうかの評価、事故原因究明についての意見を求めるというものである。

そして、「多数消費者財産被害実態」についての定義を追加する(消費者庁 HP[http://www.caa.go.jp/soshiki/houan/pdf/120214_1-2.pdf])。多数消費者財産被害実態とは、「取引の分野の『消費者事故等』のうち、消費者の財産上の利益を侵害することとなる不当な取引であって、事業者が示す内容・取引条件と実際のものが著しく異なる取引

などが行われることにより、多数の消費者の財産上に被害を生じさせ又は生じさせるおそれがある事態」との定義を追加する。

次に、消費者被害の発生、拡大防止のための措置については、以下の要件を満たした場合、不当な取引の取りやめその他の必要な措置を取るべき旨を勧告することができる。その要件は、「①多数消費者財産被害事態が発生した場合において、②多数消費者財産被害事態による被害の発生又は拡大の防止を図るため必要が認めるとき」である。なお、「他の法律の規定に基づく措置がある場合を除く」とされている。この限定は、すき間事案であることを要するという意味であると考えられる。そして、以下の要件を満たす場合、勧告に係る措置をとるべきことを命令することができる。その要件は、「①正当な理由がなくて勧告に係る措置をとらなかった場合、②多数消費者財産被害事態による被害の発生又は拡大の防止を図るため特に必要があると認めるとき」というものである。さらに、命令に反した場合の懲役、罰金などの罰則を設けることも提案されている。

iii 行政による経済的不利益賦課制度及び財産の散逸・隠匿防止策

行政による経済的不利益不可制度及び財産の散逸・防止策については、情報の収集について、被害発生の防止方法について、財産の保全について、そして、被害救済について検討がされている。

1) 情報収集[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 2-5頁]

行政は、消費者被害の未然防止に万全を尽くし、被害の発生後においては、被害の拡大防止、再発防止に努めるべきである。消費者被害の発生防止、拡大防止においては、情報収集は重要である。そして、情報収集については、消費者安全法を参考にできるとしている。

2) 被害発生の防止方法[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」]

(2013) 5-15 頁]

消費者被害の発生防止については、行政処分としての金銭納付という方法[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 5-15 頁]、そして、調査や是正命令に応じない事業者に対しての賦課金を課すという方法[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 15 頁]、が検討されている。

行政処分としての金銭納付という方法は、違反行為の抑止のために賦課金を課すというものであり、消費者の財産被害を発生させた事業者に対し、賦課金の納付を命じることにより、事業者のやり得を防止し、当該行為の継続のインセンティブを失わせることを目的とする[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 5-6 頁]。金銭納付の方法については、不当表示に対する賦課金を課す制度と不当表示以外の行為(不当勧誘)に対して賦課金を課す制度とに分けて検討されている。

不当表示に対する賦課金制度については、景品表示法に賦課金制度を導入することが考えられる[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 7-8 頁]。賦課金は、競争秩序の維持のために設けられている。そして、景品表示法は、当初、競争法としての性格を持つものであった。しかし、景品表示法は、消費者庁の設立と主に、消費者庁へ移管され、その目的において「商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれのある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的とする」とされている。この改正により、景品表示法は、競争法から消費者法へと性格が変更したといえる。そして、消費者庁は、消費者の自主的かつ合理的な選択の機会の確保を任務の一つとされている(消費者庁及び消費者委員会設置法3条)。これらの点から、行政処分としての賦課金を課すことは正当化される。

賦課金を課すことについては、民事訴訟による被害回復との関係を考えなければならない[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 8 頁]。消費者の被害回復に関する制度としては、通常の民事訴訟に加え、消費者裁判手続特例法案が国会に提出されている。しかし、不当表示については、当該不当表示がどれほど消費者

の選択に影響したかの立証が困難であり、損害額の算定も困難であり、そして、訴訟費用が損害額を上回ることがありうるなどの点から民事訴訟によって、被害回復が困難である可能性も存する。そうすると、行政が賦課金を課すことによって、不当な収益をはく奪する、そして、不当表示を続けるインセンティブを失わせることは必要である。

不当表示以外の事案についての賦課金制度の導入[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 10-11 頁]は、不当勧誘について、特定商取引法に賦課金制度を挿入することも考えられる。しかし、特定商取引法で規制されている不当勧誘については、特定商取引法上の民事規定(クーリングオフなど)により被害回復がなされており、行政処分の数や検挙数も少数であり、消費生活相談の件数も減少している。よって、現時点においては、特定商取引法に賦課金制度を導入する必要性があるとは言えない。また、消費者安全法の「多数消費者財産被害事態」を対象とした賦課金の導入については、消費者安全法改正により規定された消費者庁の勧告・命令権限(消費者安全法 40 条 4 項 5 項)は、施行(2013 年 4 月 1 日)されたばかりであるので、これらの手段に加え賦課金制度が必要であるかどうかについては現時点においては困難である。

賦課金制度を導入するにあたっては、以下のような課題がある[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 11-15 頁]。

他の制度、法律との関係について。不当表示を抑止するためには、措置命令の運用・実効性を改善すること、また、直罰規定や業務停止命令等の導入も考えられる。不当表示を抑止するための規定を景品表示法に導入することの適否についても考える必要がある。すなわち、他の個別法に導入することも考えられる。

制度設計について。制度設計についての課題に関しては、対象事案の限定、賦課金の算定基準、刑罰との関係、被害者への分配や民事上の請求権との関係、裁量性、調査権限、手続保障、徴収手続、執行手続が挙げられている。本稿においては、テーマとの関係上被害者への分配や民事上の請求権との関係についてのみその内容を示すこととする。

被害者への分配や民事上の請求権との関係について。消費者の被害回復は重要であるが、賦課金は、国庫に帰属するものとされ、被害者に分配することは予定されていない。分配

に関して、不当表示についての事案は、分配額の算定が困難であり、また、算定ができたとしても、分配費用が上回る可能性があり、分配にはなじみにくいと考えられる。また、事業者が被害者に対して見舞金を支払ったような場合、その見舞金を控除することも考えられるが、事業者がどれほどの見舞金を支払ったかを確認する作業が生じ、また、違反行為を行った事業者の従業員を被害者に仕立て上げ、見舞金を支払うことにより、賦課金の額を減額するという脱法行為も考えられる。

調査や是正命令に応じない事業者に対しての賦課金については、行政調査や行政処分の実効性を高めるために、正当な理由なく、行政による調査や是正命令に応じない事業者に対しての賦課金制度の導入も考えられる。この手法により、調査をもとにした速やかな処分につなげることができ、または、処分に対する事業者の速やかな対応も期待できる。ただし、実効性をどのように確保するかについては、検討を要する。

3) 事業者の財産保全[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 15-29 頁]

消費者の財産被害が生じた場合、消費者への返還を確保するために、事業者の財産散逸・隠匿を防止する必要がある。事業者の財産散逸・隠匿防止については、民事上の責任追及を容易にする方法[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 15-22 頁]、行政による事業者の破産申立て方法[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 22-28 頁]、そして、事業者の解散を命じる方法が検討された。

民事上の責任追及を容易にする方法については、事業者の責任を追及するために、財産を隠匿・散逸を防止するため、第一に、事業者の財産を保全することが考えられる[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 15-17 頁]。しかし、私人が事業者の財産を保全することについては、財産の特定や担保提供などの問題がある。そこで、行政に民事保全の申立てを行う権限を与えることが考えられる。また、行政が有する事業者の情報や資金を提供する方法も考えられる。この方法は、消費者が民事保全を

するための情報を収集することは困難であることから、行政が事業者に対して、情報を開示させたり、行政の有する情報を開示するもの、また、民事保全の申立てを行うための担保金を貸し付ける制度を創設するものである。

第二に、事業者の財産の保全・凍結制度[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 17-22 頁]が考えられる。この制度は、消費者庁が被害額を認定し、事業者に相当額の供託を命じる制度を創設するものである。そして、この制度は、消費者や消費者庁が財産の特定をする必要はなく、さらに、消費者が担保を立てる必要もない点に意義がある。

行政による事業者の破産申立てについて。破産制度は、債務者の財産を金銭化し、それを債権者に公平に分配する制度である。さらに、債務者が法人の場合、破産手続きの結果、その解散を命じることは、社会にとって有害な行為の除去となり[伊藤「破産法・民事再生法」(2009) 3 頁]、消費者の被害の発生の再発防止となる。しかし、消費者個人が破産手続開始の申立てを行うことは期待できないこと、予納金が高額となる可能性があること、破産手続開始原因の疎明が困難であること、消費者被害については優先権のない一般破産債権であることが多いことなどの問題がある。そこで、行政に破産手続開始の申立権を付与することにより、上記の問題点のうち、消費者被害に係る債権が一般破産債権である点を除く、問題点を克服できる。

課題としては、以下のものが考えられる。消費者庁に破産開始手続きの申立権を付与することは、被害を受けた消費者の全体の利益を優先すべきとする公益的観点から意義があるが、行政に事業者の生殺与奪を決定することに疑問があり、また、破産手続においては、事業者がすでに破たんしている場合があり、その場合において、消費者の被害拡大の防止にはならないのではないかなどの問題点が存在する。

また、消費者庁が破産開始手続の申立をする要件は、行政が、私人間の権利関係に介入するものであることから「高度の公益性」が求められる[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 25-26 頁]。そこで、要件として、「システムとして違法又は破綻必至であって、同一の事業者による同種の取引で(具体的には安全法

上の『多数消費者財産被害事態』に該当するような事案が考えられる)、多数の消費者に現に被害が発生している事案で、消費者自らが当該事業者の破産申立てを行うことが期待することができない場合であって、監督官庁が存在せず監督官庁による是正措置が期待されない事案に該当するもの」[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 26 頁]とすることが考えられる。

さらに、その他、課題として、調査権限や実効性などの課題が挙げられている。

事業者の解散を命じる方法については、会社解散命令(会社法 824 条)の活用が考えられる。会社解散命令は、「会社制度が濫用され、会社が社会から期待される任務を果たしえないときに、裁判所の命令によりその法人格を全面的に剥奪する制度である」[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 28 頁]。会社解散命令の申立てがあった場合、裁判所は、財産の隠匿などの不正行為が行われないように、会社の財産について、管財人による管理、その他保全処分を命ずることができる。もっとも、この会社解散命令制度は、財産保全を目的とするものではないが、活用できると考えられる。

4) 消費者の被害救済[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 29-35 頁]

消費者の被害救済については、行政による被害金額の返還命令の方法[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 30-32 頁]と行政が裁判所に對する被害回復、不当収益の吐き出しの申立て[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 32-35 頁]とに分けて検討されている。

行政による被害金額の返還命令については、消費者安全法の活用と行政処分に付随して是正を求める方法が検討された[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 30-32 頁]。

消費者安全法の活用について。消費者安全法では、多数消費者財産被害事態(消費者安全法 2 条 8 項)を発生させた事業者に対し、勧告・命令をすることができる(消費者安全

法 40 条 4 項)。消費者安全法では、事業者が債務の履行拒否、遅延行為があった場合に、消費者安全法に基づく勧告・命令をすることができる。この事業者に対する勧告・命令が、被害回復につながる可能性がある。もっとも、この制度は、消費者の被害回復を目的とするものではないが、事業者が債務の履行等を促すことにより、結果的に被害救済につながるものと考えられる。課題としては、この制度が多数消費者財産被害実態に限定されていることや、実効性が挙げられている。

行政処分に付随して是正を求める方法について。この方法は、不当収益を剥奪すべき対象、事案を規定し、業務改善命令のような規定を置くことにより、業務改善計画の中で消費者の被害回復を行わせるものである。ただし、この制度は、監督官庁の監督が継続的になされていることが前提となり、また、企業としての実態を伴わない事業者や、事業を継続する意思のない事業者に対しては、機能しないという点が問題である。

行政が裁判所に対する被害回復、不当収益の吐き出しの申立てについて[行政手法研究会「不利益賦課及び財産の散逸・隠匿防止について」(2013) 32-35 頁]。この制度は、消費者庁が、裁判所に対して、事業者の違法行為の差止めを求めるとともに、消費者の被害額の返還、または、不当な収益のはく奪を請求するというものである。この制度の導入により、消費者の被害回復と消費者被害の発生を防止することが可能となる。また、裁判手続きによりなされるので、事業者に対する手続保障も図れる。さらに、強制執行も可能とすることにより実効性も確保される。課題としては、消費者庁はどのような立場で申し立てを行うのか、個別の消費者の訴訟との関係、損害額や収益額の主張立証はどのように行うのかという点が挙げられている。

第 3 節 シ・プレ損害賠償配分理論

I シ・プレ損害賠償配分理論とは

集団的消費者被害救済制度について、近年、国際的に展開されている「シ・プレ損害賠償配分理論」を導入できるのではないかと指摘がある[深川「シ・プレ原則」(2013)]。そこで、以下では、集団的消費者被害救済制度において、シ・プレ損害賠償配分理論を導

入できるとする議論についてみてみたい。

シ・プレ損害賠償配分理論（以下、シ・プレ原則とする）とは、当事者の目的とした法的効果が不可能または困難な場合に、可能な限り、その目的に近い状態にすること、また、被害者に賠償金等の分配が不可能または困難な場合に被害者救済の活動をする団体に寄付することにより、間接的に被害者救済を図ろうとすること（可及的近似則とか、近似的分配と呼ばれることもある）[中野「英法における Cy - Près Doctrine（所謂可及的近似解釈原則）について」（1975）103 頁、瀬々「財産帰属形態と Cy - Près 理論」（1994）35 頁、佐野「パレンスパトリー訴訟制度（下）」（2003）938 頁、三木「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」（2008）92 頁]と定義することができる。このシ・プレ原則は、従来、信託法の分野において議論されてきた[中野「英法における Cy - Près Doctrine（所謂可及的近似解釈原則）について」（1975）87－136 頁、瀬々「財産帰属形態と Cy - Près 理論」（1994）28－43 頁]。さらに、近年では、独占禁止法違反の場合についてもシ・プレ原則を適用しようという議論もある[佐野「パレンスパトリー訴訟制度」（2003）]。

II 集団的消費者被害救済制度への導入可能性[深川「シ・プレ原則」（2013）166－171 頁]

i 公益信託の場合と集団的消費者被害救済制度との類似性

シ・プレ原則を集団的消費者被害救済制度に導入する場合にその類似性を検討する必要がある。[深川「シ・プレ原則」（2013）166－167 頁]は、以下の点において、シ・プレ原則と集団的消費者被害救済制度には類似点があるとしている。

まず、適用の前提、つまり、設定者の意思の実現が不可能である点で両制度は類似している。すなわち、公益信託の場合は、設定者の意思が、不可能または非現実的である点、集団的消費者被害救済制度の場合は、消費者に分配することは不可能または非現実的である点で適用の前提が類似しているといえる。

次に、設定者の意思の実現が不可能である場合に理論的にとる手段の不当性についても類似している。すなわち、公益信託の場合、設定者の意図が実現不可能、または、困難な

場合に、その財産を返還することになるが、そうすると設定者の意思を無視することとなる。集团的消費者被害救済制度の場合は、消費者に賠償金等を分配することが不可能または困難な場合に、加害事業者に戻還することになるが、そうすると、事業者の責任を問うことはできない。上記のような場合には、可能な限り実現したい状態と近い状態を作ることによる解決をすることができる。公益信託の場合は、信託を存続させる方法により、集团的消費者被害救済制度の場合は、消費者団体に帰属させることにより解決できる。

しかし、ここで問題が生じる。それは、設定者の意図についてである。シ・プレ原則は、設定者の意図にできるだけ近い状態を実現しようとするものである。集团的消費者被害救済制度において、設定者となるのは賠償金等を支払った事業者と残額を生じさせた消費者である。よって、この設定者の意思からすると、消費者は、自分の被害を救済してほしいのであるから、事業者から受け取った金銭の返還をして欲しいということになる。また、事業者からしても配分不可能な金銭を返還して欲しいということになる。しかし、集团的消費者被害救済制度においては、「次善の主体」、つまり、適格消費者団体に配分すべきであるとされる。それは、集团的消費者被害救済制度の目的は、消費者の救済であり、適格消費者団体は、消費者被害の救済、防止などのために活動しているのであるから、適格消費者団体に配分すべきであるとする[深川「シ・プレ原則」(2013) 167頁]。

ii 専門委員会案の下での適用可能性

次に、専門委員会案の下での適用可能性についても検討する必要がある。それは、シ・プレ原則については、オプトアウト型に妥当するものとされているが、専門委員会案はオプトイン型であるからである。しかし、オプトイン型の訴訟においても、消費者が返還請求をしなかった金額について、シ・プレ原則を適用すればよいと考えられるとされている[深川「シ・プレ原則」(2013) 167-169頁]。

iii シ・プレ原則を導入することによる問題点とその克服

その他、シ・プレ原則を導入することについての問題点とその解決方法について、以下

のように考えられている[深川「シ・プレ原則」(2013) 169-171頁]。

まず、一段階目でのオプトアウトの申出期間について。判決の効力が、有利にも不利にも消費者に及ぶのであれば、一段階目でのオプトアウトが必要ではないかとの疑問が生じる。しかし、一段階目で確定された責任原因に見合う(二段階目での)賠償額の請求がされるとは限らないので、多数少額の被害については、一定の程度で賠償をまとめるほうがよい。つまり、少額被害の場合は、オプトアウトを認めたとしても、個人消費者が別訴を提起し、自身の被害回復をできるとは限らないので、それなら、少額被害については、一括して請求し、適格消費者団体に賠償金を帰属させたほうが、消費者被害救済になる。また、オプトアウトを認めないとするならば、手続き保障についても問題なのではないかと考えられる。しかし、この問題点は、一段階目のみではなく二段階目において、オプトインを認めるかという問題と同様であるから、一段階目特有の問題ではない。そして、通知告知の費用負担については、共益費用の先取特権(民法306条1号)で処理可能である。

次に、損害の総括的評価(総額認定)の導入について。損害額の証明が困難または不明なのではないかとの疑問が生じるが、この場合は、民事訴訟法248条により処理することができる。また、分配方法を巡って消費者が争う場合にシ・プレ原則を適用すればよい。

第4節 検討

I 問題点

i 従来の消費者団体訴訟における保護法益論との整合性

消費者庁の考え方を見ると、消費者個人の権利・利益侵害を具体的に観念できる場合は、民事訴訟で対処し、消費者個人の権利・利益侵害を具体的に観念できない(困難な)場合は、行政手続で対処するという方法をとっている。このような考えについては、従来の消費者団体訴訟における保護法益論との接合を図るとどのようになるのかとの疑問が生じる。そこで、以下では、従来の消費者団体訴訟の保護法益に関する議論との整合性について考えてみたい。

消費者団体訴訟制度における差止請求権の行使は、「消費者全体の利益」のために行使

しなければならないとされており、この、差止請求権の保護法益である「消費者全体の利益」の意味について議論がある。

従来の保護法益論（従来の議論については、第1章第1節）とその説から導かれる結論を考えると以下のようなになる。

固有利益説について。この説は、「消費者全体の利益」は、適格消費者団体固有の利益を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の利益ではなく、適格消費者団体の利益であるから、賠償金を消費者へ返還するという結論は導けない。

中間的利益説について。この説は、「消費者全体の利益」は、公益と私益の中間に存する利益を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の利益ではなく、公益と私益の中間にある中間的利益を観念するのであるから、賠償金を消費者へ返還するという結論は導けない。

拡散的利益説について。この説は、「消費者全体の利益」は、社会一般に拡散している、個別に分割できない、または、分割すべきではない利益を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の利益ではなく社会一般に拡散している公益と私益の中間的利益であると考えから、賠償金を消費者へ返還するという結論は導けない。ただし、この説は、拡散的利益は、差止請求に妥当するものであり、損害賠償請求については、特定の個人や団体への帰属を観念しうる権利ではあるが、個別的訴訟によって実現を図ることが困難であるために共通の事実上・法律上の原因から生じた同種の権利である同種個別的利益と考える[三木「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」(2008) 89-92頁]ため、賠償金を消費者へ返還するという結論を導くことができる。

「公益に近い私益」説について。この説は、「消費者全体の利益」は、「不特定かつ多数の消費者」という権利能力のない集団の利益を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の権利・利益ではなく「不特定かつ多数の消費者」集団であると考えから、賠償金を消費者へ返還するという結論は導けない。ただし、この説も差止請求と損害賠償請求とは、保護法益を別のもの、すなわち、損害賠償請求については消費者個人の権利・利益が侵害されていると考える[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規

制」(2011) 78 頁]ため、賠償金を消費者へ返還するという結論を導くことができる。

集合体説について、この説は、「消費者全体の利益」は、事業者により侵害されている消費者個人の権利・利益の集合体を意味すると考える。よって、侵害されているのは、消費者個人の権利・利益であり、適格消費者団体は、その消費者個人の利益を保護するため実体的請求権を付与されている(国家の基本権保護義務の履行、効率的な権利救済のために実体的請求権を与えられている)と考えるから、賠償金を消費者へ返還するという結論を導くことができる。

以上において、適格消費者団体の差止請求権の保護法益である「消費者全体の利益」の意味についての学説を概観したが、集合体説以外の説、また、消費者庁の考えでは、差止請求と損害賠償請求そして利益吐き出し請求で別の法益を観念している。すなわち、差止請求については、消費者個人の権利・利益が侵害されているのではないと考え、集合的損害賠償請求については、消費者個人の権利・利益が侵害されていると考え、利益吐き出し請求については、消費者個人の権利・利益が侵害されているのではないと考えている。確かに、それぞれの請求権の内容が別であるのであるから、その保護法益も別であってもよいとの見方も考えられるところである。しかし、差止請求・集合的損害賠償請求・利益吐き出し請求は、いずれも、集団的消費者被害の救済手段である。よって、その根拠となる保護法益についても統一的に説明すべきなのではなかろうか。

そこで、消費者被害とは何か、また、消費者に何が起きているのかということを見ると、次のように考えることができる。すなわち、消費者被害とは、「消費者が不当に金銭を支出させられている」または、「消費者が不当に金銭を支出させられそうになっている」のである。これらはどちらも消費者の個人の権利・利益が侵害され、また、侵害されそうになっているのではなかろうか。そして、被害が生じているのは、消費者個人についてであるのに、被害額がわずかであったり、被害の証明が不可能(困難)である場合には、なぜ、公益になってしまうのであろうかとの疑問が生じる。このような場合も、消費者個人の権利が侵害されているのである。よって、差止請求・損害賠償請求・利益吐き出し請求は、同じ保護法益、つまり、消費者個人の権利であると考えべきである。つまり、集

合衆説に従って考えるべきであろう。

ii 専門委員会案について

次に、専門委員会案の問題点を考えてみたい。専門委員会案では、一段階目と二段階目の両方において、上訴が可能となっている[消費者委員会「報告書」(2011) 22、30、31頁]。しかし、一段階、二段階双方に上訴の機会を保障することは、簡易・迅速な消費者被害の救済とはならないのではないか。また、製造物責任や食品事故が対象となっていない[報告書(2011) 17頁]。しかし、集団的消費者被害において、選定当事者などの制度が機能しないこと理由は、被害を受けた消費者同士の関係が希薄であり、広範な地域に存在することであった。このことは、集団的製造物責任や食品事故でも同様ではないか。そして、証拠や主張立証の問題についても集団的消費者被害と変わらない。よって、集団的製造物責任や集団的食品事故についてもその対象とすべきである。

iii 消費者裁判手続特例法案について

消費者裁判手続特例法においては、対象外の損害(拡大損害・逸失利益・慰謝料・人身損害)が規定されており、対象外の損害については、消費者が個別に訴えなければならない。

この場合、特定適格消費者団体の提起した訴訟と個別消費者の提起した訴訟とは訴訟物が同一なのではないかとの疑問が生じる。すなわち、特定適格消費者団体は、被害を受けた消費者に代わって、訴訟を提起するのであるから、特定適格消費者団体が行使するのは、個別消費者の有する権利であると考えられるからである。もし、同一の訴訟物であると考えられるならば、消費者は、対象外の損害についての被害回復は不可能となる。もっとも、特定適格消費者団体の損害賠償請求を明示的一部請求と考えるならば、残部請求である個別消費者の損害賠償請求とは訴訟物は別のものである(最判昭和37年8月10日民集16巻8号1720頁)と考えられるので、特定適格消費者団体の訴えと個別消費者の訴えとは、訴訟物が異なると思えることができる。よって、この一部請求の考えによると特定適格消

費者団体の請求と個別消費者の請求とは別個に提起することが可能となる。

しかし、そもそも、消費者裁判特例法が必要とされる理由は、消費者被害の救済については、被害額と訴訟費用を考慮すると訴訟費用の方が高額になることがあるから、個別の消費者による訴訟提起を期待することは難しいので、特定適格消費者団体が個別の消費者に代わり、訴訟を提起することにより、消費者の被害を救済することである。そうすると、対象外の損害について、個別の消費者の訴訟にゆだねるとするのは、消費者裁判特例法の目的に反すると考えられる。

iv 行政による経済的不利益賦課制度及び財産の散逸・隠匿防止策について

第一に、賦課金制度について。被害救済との関係においては、消費者被害救済について消費者裁判手続特例法とのすみわけを考える必要がある。すなわち、賦課金の徴収により、消費者の被害救済（損害賠償等）が妨げられることが内容に制度設計をする必要がある。

賦課金の帰属について考える。賦課金の帰属について、国庫に帰属すると考えられるが、消費者の被害救済を目的とするならば、単純に国庫に帰属するのではなく、消費者被害の救済に資する目的のための使用方法を考えるべきであろう。例えば、消費者被害救済のための特定財源とするなどの方法が考えられる。

不当勧誘についての考え方について。不当勧誘について、特定商取引法によるクーリングオフなどの被害救済手段が用意されていること、消費者相談が減少していることから、賦課金の導入は見送るという考えが示されている。しかし、この考えには問題がある。まず、消費者相談については、そもそも、利用件数自体が少数であり、そして、消費者の心理として、悪徳業者との関係をこじらせることによる心配（報復など）から、クーリングオフなどの被害救済手段を利用しない傾向にあると考えられる。そして、消費者団体訴訟制度に基づく不当勧誘についての差止請求もほとんどなされていない状態にある。よって、クーリングオフなどの被害救済手段が準備されていることや、消費生活相談の件数が減少していることから、不当勧誘についての救済手段の検討を先送りすることは適切ではない。

第二に、被害救済について。被害救済については、賦課金制度の箇所でも述べたが、消費

者裁判特例法とのすみわけが問題となる。もし、消費者庁が被害救済のための損害賠償等をするという制度設計をした場合にすべての消費者被害事案について、消費者庁による損害賠償を肯定するとするならば、特定適格消費者団体による被害救済は機能しない可能性がある。

v 行政のみに消費者被害救済について期待することの是非

消費者庁の考えでは、行政のみに消費者被害救済を担わせようとしている。この点についても問題がある。それは、独占禁止法において、差止請求制度を導入した理由から明らかになる。独占禁止法において、私人による差止請求を認めたのは、公正取引委員会の人的、予算的限界からすべての違反行為を取り上げることができないことも原因の一つ[根岸「独禁法と差止請求制度」(2001)495頁]とされている。そこで、独占禁止法違反行為に対するサンクション強化のため、私人に独占禁止法違反行為に対する差止請求権を認めたのである。そうすると、行政のみに消費者被害救済を行わせても、独占禁止法と同様の結果(十分に事業者の不当な行為を防止できない)になるのではないか。よって、行政だけではなく適格消費者団体に訴権を認めるべきではなからうか。また、適格消費者団体が行使する損害賠償請求と、行政が事業者に課徴金を科すとすることも可能であろう。

その際、課徴金の納付については、事業者から課徴金を回収すれば、その課徴金を消費者被害の発生防止、拡大防止、被害回復のための特定財源としてとりわけ、消費者被害の発生の防止、拡大防止、被害回復のために活動する適格消費者団体に分配することもできるであろう。また、課徴金を例えば「消費者基金」のような基金にすることも考えられる。

しかし、このように考えると、損害賠償責任と課徴金の納付の両方を負担させられることは、不当なのではないかとの疑問が生じる。そこで、このような問題については、課徴金は、損害賠償に劣後する、すなわち、損害賠償がされている状況においては、課徴金の納付を命ずることはできない、とすることができるのではなからうか。

損害賠償請求については、適格消費者団体は、資金難であるので、活動を広くすることは、難しい。では、一定の場合に金銭を受領できる制度創設し、適格消費者団体の育成を

図ることはできないだろうか。もっとも、集合的損害賠償請求による手数料をとることはできるとされている。しかし、手数料はその訴訟にかかった費用であるので、手数料だけでは不足である。では、利益吐き出し請求による賠償金を適格消費者団体に帰属させてはどうだろうか。その根拠としてシ・プレ原則を適用できないだろうか。そうすると、次に、シ・プレ原則の導入可能性について検討が必要となる。

vi シ・プレ損害賠償配分理論について

シ・プレ原則は、近似的分配として、適格消費者団体に賠償金の帰属を認めることができる点で、適格消費者団体の資金難救済のためには有効な方策であるといえる。

しかし、ここで次のような問題点が生じる。まず、消費者の被害救済のためには、消費者に賠償金を返還することであり、シ・プレ原則の対象となる事案はどのようなものかという疑問が生じる。次に、賠償金は、本来、権利・利益を侵害された消費者に賠償金が帰属するはずであるのに、なぜ適格消費者団体に帰属するのかという点も問題となる。

これらの問題点の検討も含めて、以下では、私見を提示し、検討を加えてみたい。

IV 私見

私見は、本章第4節Ⅰや第1章第1節Ⅱ－vで述べたように集合体説に立つものであり、消費者被害とは、消費者個人の権利・利益侵害であると考え。このように考えるのであれば、消費者個人の権利・利益に対する侵害があること、具体的な損害が生じていることは明らかであるのであるから、消費者被害の救済は、事業者から得た損害賠償金を消費者に返還することであると考えられる。

しかし、私は、消費者の被害から生じた損害について、損害賠償金のすべてを消費者に返還する必要はない、すなわち、ある類型については、損害賠償金を消費者に返還すべきであり、ある類型については、損害賠償金すべてを消費者に返還せず、適格消費者団体に帰属させるべきである。そして、そのように適格消費者団体に帰属させる方が、消費者被害の救済に、間接的にではあれ、資するのではないかと考える。

そこで、まず、消費者被害について考えてみると、消費者被害は、以下の2つの類型に分けることができる

①具体的損害額の証明が容易であり、分配費用を考慮しても消費者に分配金が残るもの

例) 不相当に高額な敷引き金（敷金 50 万円で敷引き金 40 万円）を支払っていた場合

②具体的損害額の証明が困難で、分配費用を考慮すると消費者に分配金が残らないもの

例) タクシーのメーターの表示が間違っており、通常の料金より 10 円高かったという場合

まず、①類型の場合は、集合的損害賠償請求と考え、その賠償金は、消費者に返還すべきである。ここでは、適格消費者団体は、個別の消費者に代わり事業者に対して損害賠償請求をし、損害賠償金を得る。そして、損害賠償額からして、消費者への分配のために必要となる費用を差し引いたとしても、消費者に相当な額を返還することが可能となる。この類型においては、個別の消費者は適格消費者団体に対し、賠償金の返還請求権を有しており、この返還請求権を行使することにより、適格消費者団体が事業者から得た損害賠償金の分配を受けることができる。なお、長期にわたって消費者が申し出をしない場合も考えられる。このような場合は、適格消費者団体に帰属する。その根拠は、消滅時効（民法 167 条 1 項）である。

訴訟手続きは、オプトアウト型にすべきである。ここでは、次のような問題点が生ずる。すなわち、「訴訟追行主体が不適切な訴訟追行をした場合にも消費者に不利益な判決の効力を及ぼすことは不当ではないか」というものである。しかし、この問題点については、以下のように答えることができる。訴訟追行主体は、適格消費者団体であり、適格消費者団体は、消費者のために行動する団体である。そして、適格消費者団体は、厳格な審査を経て適格消費者団体としての認定を受けている。このような団体が、不適切な訴訟追行を

することはおよそ考えられない。

次に②類型についてであるが、この場合は、利益吐き出し請求と考える。そして、賠償金は、適格消費者団体に帰属すると考える。その根拠は、シ・プレ原則の適用による。②類型の場合、被害消費者に賠償金の返還をするための費用等を考慮すると、消費者に分配をすることは不可能または非現実的である。その場合に、加害事業者に返還するとすれば、加害事業者の違法行為に対する責任追及ができなくなる。すなわち、「分配不可能、返還不可能」というシ・プレ原則適用の土台が存することになる。そして、シ・プレ原則が適用される事案は、②類型の場合に限るべきである。では、なぜ適格消費者団体に帰属させるのかという点についてであるが、適格消費者団体は、消費者のために活動しているし、適格消費者団体は、市場監督者としての性格（第1章第2節Ⅲ-i）も有している。また、適格消費者団体が、活発に活動することは、消費者の被害救済や被害拡大の防止に資するところ、適格消費者団体は、資金難であり、活動を拡大することは難しい。そこで、シ・プレ原則を適用し、適格消費者団体に賠償金を帰属させることにより、適格消費者団体の財政的支援にも資する。

ただし、ここでも問題点が生じる。②類型の場合に一律に適格消費者団体に賠償金が帰属すると考えると「消費者の権利侵害とはならないか、オプトインまたはオプトアウトを認めるべきなのではないか」というものである。しかし、この疑問については、次のように答えることができる。確かに、オプトイン、オプトアウトを認めることは理論的には可能であろう、しかし、実際に、オプトイン、オプトアウトを認める意味は不明である。すなわち、オプトイン、オプトアウトを認めるということは、消費者の自己決定の確保であり、消費者の自己決定を認める前提は、消費者個人で訴えを提起できる、そして、消費者が自分で訴えて、被害回復を図れるというものである。②類型のような場合、被害額は、低額であることが普通であり、被害の証明は、著しく困難である。また、仮に、証拠書類（レシート等）を持っていたとしても、一個人として訴えを提起したとすれば、訴訟費用のほうが高くつくことが想定される。このような場合に、オプトイン・オプトアウトを認めるとすると（結果的には消費者個人が訴訟から脱落することになるので）、事業者の不

当な（保持する法律上の原因のない）利得が存することになり、不当な行為に対する一種のサンクションを与えることはできなくなる。もっとも、この考えは、懲罰的損害賠償を認めるというものではなく、事業者が不当に得た利益の範囲（保持する法律上の原因のない範囲）で返還をするというものである。

第5節 第4章の結論

以上において、集团的消費者被害救済について検討を加えてきたが、本章の要点をまとめると、以下のようになる。

- ① 集团的損害賠償に関する専門委員会案、消費者裁判手続特例法は、一段階目と二段階目の両方に上訴を認めている点や、集团的製造物責任被害や集团的食品被害、拡大損害、逸失利益、慰謝料、人身損害などが対象から外されている点から、不十分なものである。
- ② 消費者庁の考えでは、行政のみに集团的損害賠償の一部を担わせようとしているが、行政のみにそのような期待をすることは、非現実的である。
- ③ 消費者庁や集合体説以外の学説においては、集团的消費者被害救済についての救済手段の保護法益について統一的に説明ができないのであるから、集合体説に依拠すべきである。
- ④ 損害賠償金は、原則として、被害消費者に返還すべきであるが、分配費用などを考慮すると分配が不可能または非現実的であるような場合は、シ・プレ原則を適用し、適格消費者団体に帰属させるべきである。

本章において、第1章第1節で検討した消費者の集团的利益の内容につき、消費者個人の権利・利益の集合体であるという結論は、差止請求のみではなく損害賠償についても応用可能であるということを検討した。

終章

本論文は、消費者団体の差止請求権について、研究を行った。第1章から第4章までで

得られた結論は以下の通りである。

第1章 差止請求について

- ① 消費者団体訴訟は、「消費者全体の利益」を保護するために行われるものであり、ここにいう「消費者全体の利益」とは、消費者個人の権利の集合体であると解すべきである。
- ② 消費者被害は、個別の救済では十分でないため、国家は基本権保護義務の履行として、適格消費者団体に差止請求権を付与し、事業者の不当な行為を差し止めることにより、消費者個人の権利を保護することができる。
- ③ 消費者法の領域において公益は、個別的利益の集合体と考えることが可能であり、公益と集合的利益は、同じ内容である。
- ④ 適格消費者団体は、訴訟を迫行する能力があることから、消費者の権利保護のために差止訴訟を提起できる。
- ⑤ 適格消費者団体がどのような組織か法律に規定されており、内閣総理大臣による監督や事業者による監督がされることは、消費者だけでなく事業者も適格消費者団体を信頼することができるということを示している。
- ⑥ 適格消費者団体が、準行政機関として、そして、市場監督者としての性格を持つことから、適格消費者団体が自己の利益のみを図ることがなく、消費者全体の利益を図ることを目的として行動することが分かる。
- ⑦ 適格消費者団体に事業者との交渉者としての地位や権限を与えることにより消費者の権利をより効率的に保護することができる。
- ⑧ 消費者と事業者の間には、情報の量や質、交渉力などについて格差が生じており、消費者の権利が侵害されていることから、第三者による保護が必要であるので、情報の量や質が劣らず、消費者の利益を代表できる適格消費者団体による交渉や決定は正当化される。
- ⑨ 消費者被害の救済について、消費者が事前に被害の防止を可能とすることは、事後的な救済に優るものであるため、消費者個人に差止請求権を認めるべきである。

- ⑩ 差止請求権は、物権に対する侵害に対しては、物権的請求権（民法 199 条・211 条）を、その他の権利・利益に対する侵害については、民法 414 条 3 項を根拠に認められる。
- ⑪ 差止請求は、他者からの侵害行為を防止することにより、民法 414 条 3 項の「不作為を目的とする債務」は、他者を害してはならない債務と解釈することができる。
- ⑫ 民法 1 条は、1 項において私権は公共の福祉に従い形成され、2 項において権利の行使・義務の履行は信義に従い、誠実になさなければならない、そして、権利の濫用は許さないと規定され、これらの規定により、他者を害してはならないという原理を導き出すことができる。

第 2 章 わが国の制定法における差止請求の比較

- ⑬ 保護法益が、経済的利益としての性格を持つとしても、侵害行為を差止める必要性があるならば、排他的な性質を持たない利益であったとしても差止請求権を認めることができる。差止めることの必要性は、侵害行為の違法性と被害の重大性から判断することができる。
- ⑭ 侵害行為については、消費者団体訴訟制度は、事業者と消費者と情報力・交渉力格差から、事業者がその優位性を濫用することに違法性を評価することができ、優位性の濫用という点で、競争法分野の法律と共通する。
- ⑮ 被害の重大さについては、多数の消費者に被害が生じるという点から、消費者団体訴訟制度においてもその行為を差止める必要があるほど、被害は重大であるといえる。

第 3 章 外国法（EU）との比較

- ⑯ 差止指令（指令 97/27EC）は、「消費者の集会的利益」を保護するために差止請求を規定している。しかし、「消費者の集会的利益」の意味するところは、十分に検討されてこなかった。
- ⑰ 消費者の集会的利益については、次のように定義することができる。
 1. 消費者の集会的利益は、個別の利益の合計ではない

2.1. 消費者の集合的利益の存在は、以下の場合に推定されるべきである：

- a 大多数の消費者が、特定の慣習により影響を受ける、または、違反が持続的である場合；しかしながら、違反の数が少数またはその慣習が単発的である場合でも、消費者の集合的利益の存在は、排除されない；そして・または、
- b 特定の慣習が、特定の状況において、すべての潜在的な消費者に影響を与える場合；そして・または、
- c 特定の慣習が、特に生命や健康のような消費者の特に重要な利益に影響を与える場合

2.2. もし、前述の要件に該当するならば、消費者の集合的利益についての請求を否定するためには、適切な正当化理由が要求される

3. 消費者の集合的利益の存在を証明するために、少なくとも一例の個別消費者の利益が含まれることを証拠として提出するべきである。

⑱ EUにおける消費者の集合的利益についての定義は、2.1、2.2、3については訴訟においてどのような事柄をを証明すればよいかを示すものであり、そのように考えるならば、「1. 消費者の集合的利益は、個別の利益の合計ではない」は、消費者の集合的利益は、個別的利益の単なる合計ではないと考えるべきである。私見においても、集合的利益が侵害されていることを証明するために消費者契約法 12 条の「不特定かつ多数の消費者」「現に行い又は行うおそれがあるとき」の要件についての証明をしなければならないのであるから、私見と EU における集合的利益についての定義とは矛盾するものではない。

⑲ EU の議論は、消費者契約法 12 条の「不特定かつ多数の消費者」「現に行い又は行うおそれがあるとき」の要件の解釈にとって参考となる。これらの要件については、適格消費者団体は、事業者の侵害行為が一度行われたことを証明することで足り（事業者の侵害行為が、不特定多数の消費者に対し、継続的になされていると推定される）、事業者は、限定された消費者に対してのみ行った侵害行為であることを証明するべきである。そして、消費者の個別的利益が一つでも侵害されそうにな

っているのであれば、多数の消費者の利益が侵害されそうになっていると考えるべきであるから、適格消費者団体は、一人の消費者の利益が侵害されそうになっていることを証明すれば足りると解すべきである。

- 侵害される消費者の利益については、経済的利益に限られず、消費者の生命・身体に関する利益もその対象とすべきである。

第4章 応用可能性—集团的消費者被害救済制度との関連—

- 集团的損害賠償に関する専門委員会案、消費者裁判手続特例法は、一段階目と二段階目の両方に上訴を認めている点や、集团的製造物責任被害や集团的食品被害、拡大損害、逸失利益、慰謝料、人身損害などが対象から外されている点から、不十分なものである。

- 消費者庁の考えでは、行政のみに集团的損害賠償の一部を担わせようとしているが、行政のみにそのような期待をすることは、非現実的である。

- 消費者庁や集合体説以外の学説においては、集团的消費者被害救済についての救済手段の保護法益について統一的に説明ができないのであるから、集合体説に依拠すべきである。

- 損害賠償金は、原則として、被害消費者に返還すべきであるが、分配費用などを考慮すると分配が不可能または非現実的であるような場合は、シ・プレ原則を適用し、適格消費者団体に帰属させるべきである。

以上で、消費者団体訴訟制度における差止請求権についての検討を終える。本論文は、消費者団体訴訟における保護法益となる消費者の集合的利益に注目し、その内容についての検討を行った。集合的利益という概念は、消費者法の領域のみにとどまらず、環境法の領域など、他の法領域についても観念することが可能であろう。そうすると、本論文において考えた、「消費者の集合的利益は、消費者個別の利益の集合体である」、一般化すると「集合的利益は、個別的利益の集合体である」との命題は、他の集合的利益を観念する他の法領域においても妥当するのであろうか。一例として、環境法の領域について、簡単に検討をする。

環境法の領域においては、景観利益などの環境権（以下では「環境権」とする）は個人に帰属するというよりは、広く多数人が享有するものであると考えることも可能である。景観や環境は、個人が自己の支配する部分を明確にすることはできない。いわば、環境の総有とすることができるかもしれない（なお環境法学においては、環境共有と呼んでいる）。そして、多数人が享有するという点においては、環境権も集合的利益と呼ぶことができる。このように環境権が個人に帰属しないと考えると、景観利益や環境権を侵害されたとして、個人が訴えを提起することは不可能である。そして、行政に対して環境権を害する行政処分を取り消しを求めることは不可能である。

そこで、個人に環境権を分割する、すなわち、本論文で考えた「集合的利益は、個別的利益の集合体である」との命題は、問題の解決のために有用であると考えることができる。すなわち、環境権を個別的利益に還元することにより、被害者は、侵害者だけでなく行政庁に対する訴え提起を可能になる。この点については、本論文の第1章第1節Ⅲで検討した通り、消費者法の領域においても、行政庁に対する訴え提起を可能にする必要があり、そのためにも消費者の集合的利益は個別的利益の集合体であると考えることが有用である点については指摘をした。そうすると環境法の分野についても「集合的利益は、個別的利益の集合体である」との命題は、妥当するようにも考えられる。

以上、本論文において考えた「集合的利益は、個別的利益の集合体である」との命題の応用可能性について環境法の領域における妥当性を簡単に検討した。もっとも、この点については、より詳細な検討を要する。そして、本論文での検討や上記の環境法への応用可能性についての簡単な検討により明らかになったこととしては、現代の社会において、「集合的利益」という概念についての詳細な検討が必要であるということである。

「集合的利益は、個別的利益の集合体である」との命題が、他の法領域においても妥当するかなど、集合的利益についての詳細な検討は、今後の研究テーマとして、研究を続けたい。

参考文献 (50 音順)

[阿部「基本科目としての行政法 (1) (4)」 (2001)]

阿部泰隆「基本科目としての行政法、行政救済法の意義 (1) (4)」自治研究 77 卷 3 号 3-26 頁、7 号 3-28 頁 (ともに 2001 年)。

[淡路ほか「民事的救済制度の整備について」 (2000)]

淡路剛久＝古城誠＝根岸哲＝山田昭雄「(座談会) 民事的救済制度の整備について」公正取引 597 号 (2000 年)。

[アントニオ・ジディ「ブラジルにおけるクラスアクション」 (2006)]

アントニオ・ジディ (三木浩一ほか訳) 「ブラジルにおけるクラスアクション—大陸法諸国のためのモデル (4)」国際商事法務 34 卷 11 号 (2006 年) 1498-1506 頁。

[石田＝谷口『新版注釈民法 (1)』 (2002)]

石田喜久夫＝谷口知平編『新版注釈民法 (1) [改訂版]』 (有斐閣・2002 年)。

[伊藤「差止請求権」 (1973)]

伊藤高義「差止請求権」西原道雄＝澤井裕編『現代損害賠償法講座 5 公害・生活妨害』 (日本評論社・1973 年) 395-418 頁。

[内野「国益は人権の制約を正当化する」 (1995)]

内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』 (日本評論社・1995 年) 39-56 頁。

[大阪弁護士会環境権研究会「環境権」 (1973)]

大阪弁護士会環境研究会「環境権」 (日本評論社・1973 年)。

[大塚「人格権に基づく差止請求」 (1997)]

大塚直「人格権に基づく差止請求—他の構成による差止請求との関係を中心として—」民商法雑誌 116 卷 4・5 号 (1997 年) 1-53 頁。

[大塚「環境訴訟と差止の法理」 (2007)]

大塚直「環境訴訟と差止の法理—差止に関する環境共同利用権説・集団利益訴訟論・環

境秩序説をめぐって」 能見善久＝瀬川信久＝佐藤岩昭＝森田修編『平井宜雄先生古稀記念 民法学における法と政策』（有斐閣・2007年）701－742頁。

[大村『読解』（2009）]

大村敦志『民法読解総則編』（有斐閣・2009年）。

[小野編『不正競争防止法（下）』（2007）]

小野昌延編『新・注解 不正競争防止法〔新版〕（下巻）』青林書院（2007年）。

[小野＝松村『新・不正競争防止法概説』（2011）]

小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』（青林書院・2011）。

[加賀山「消費者被害」（1995）]

加賀山茂「消費者被害と事故防止—消費者の差止請求権の法律構成—」 森島昭夫教授還暦記念論文集『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社・1995年）493－528頁。

[鹿野「立法的課題」（2004）]

鹿野菜穂子「消費者団体訴訟の立法的課題—団体訴権の内容を中心に」NBL790号（2004年）58－69頁。

[加納「消費者契約法一部改正の概要」（2006）]

加納克利「消費者契約法一部改正の概要」ジュリスト 1320号（2006年）48－51頁。

[加納＝佐久間＝安井「消費者契約法等の一部を改正する法律について」（2008）]

加納克利＝佐久間正哉＝安井正也「消費者契約法等の一部を改正する法律について」NBL884号（2008）30－35頁。

[菅野「信義則および権利濫用の問題状況」『信義則および権利濫用の研究』（1994）]

菅野耕毅「信義則および権利濫用の機能」同『信義則および権利濫用の研究』所収（信山社・1994年・初出1985年）3－15頁。

[行政研究会「行政措置」（2011）]

消費者の財産被害に係る行政手法研究会「財産に対する重大な被害の拡大・防止のための行政措置について」（2011年）

<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/gyousei-torimatome.pdf>（2012年7月12日）。

[ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン『法と経済学』（1997）]

ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン（太田勝造訳）『（新版）法と経済学』（商事法務・1997年）。

[経済産業省編『割賦販売法の解説』（2009）]

経済産業省商務情報政策局取引信用課編『平成 20 年版 割賦販売法の解説』（日本クレジット協会・2009 年）。

[ロナルド・コース「社会費用の問題」（1994）]

ロナルド・H・コース（新澤秀則訳）「社会費用の問題」松浦好治編訳『「法と経済学」の原点』（木鐸社・1994 年）15－73 頁。

[小山『基本権保護の法理』（1998）]

小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・1998 年）。

[小山「基本権保護義務論」（2008）]

小山剛「基本権保護義務論」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣・2008 年）86－87 頁。

[斉藤『著作権法』（2007）]

斉藤博『著作権法（第 3 版）』（有斐閣・2007 年）。

[サヴィニー『現代ローマ法体系 第一巻』（1993）]

サヴィニー『現代ローマ法体系 第一巻』（小橋一郎訳）（成文堂・1993 年）。

[作花『著作権法』（2004）]

作花文雄『詳解 著作権法（第 3 版）』（ぎょうせい・2004 年）。

[阪本「憲法理論Ⅱ」（1993）]

阪本昌成「憲法理論Ⅱ」（成文堂・1993 年）。

[櫻井＝橋本『行政法』（2011）]

櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第 3 版）』（弘文堂・2011 年）。

[佐野「パレンスパトリー訴訟制度」（2003）]

佐野つぐ江「米国におけるパレンスパトリー訴訟制度と賠償金の分配（上）（下）」国際商事法務 31 巻 6 号 773－778 頁、7 号 939－943 頁（ともに 2003 年）。

[潮見『不法行為法Ⅰ』（2009）]

潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第 2 版）』（信山社・2009 年）。

[渋谷『憲法』（2013）]

渋谷秀樹『憲法（第 2 版）』（有斐閣・2013 年）。

[渋谷『知的財産法講義Ⅰ』（2006）]

渋谷達紀『知的財産法講義Ⅰ（第2版）』（有斐閣・2006年）。

[渋谷『知的財産法講義Ⅱ』（2007）]

渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ（第2版）』（有斐閣・2007年）。

[渋谷『知的財産法講義Ⅲ』（2008）]

渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ（第2版）』（有斐閣・2008年）。

[島川＝坂東『判例から学ぶ消費者法』（2011）]

島川勝＝坂東俊矢編『判例から学ぶ消費者法』（民事法研究会・2011年）。

[嶋津「経済学の洞察と法学」（1997）]

嶋津格「経済学の洞察と法学」『岩波講座現代の法 15 現代法学の思想と方法』（岩波書店・1997年）269－303頁。

[正田『全訂独占禁止法Ⅰ』（1980）]

正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』（日本評論社・1980年）。

[消費者委員会「報告書」（2011）]

消費者委員会集团的消費者被害救済制度専門調査会「消費者委員会集团的消費者被害救済制度専門調査会報告書」（2011年）

http://www.cao.go.jp/consumer/history/01/kabusoshiki/shudan/doc/110822_houkokus_ho1.pdf（2012年7月11日）。

[消費者庁「取りまとめ」（2011）]

消費者庁「財産隠匿・散逸防止策及び経済的不利益賦課制度に関する検討チーム取りまとめ」<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/kentouteam-torimatome.pdf>（2012年7月11日）。

[消費者庁企画課編『逐条解説』（2010）]

消費者庁企画課編『逐条解説・消費者契約法（第2版）』商事法務（2010年）。

[消費者庁企画課「報告書」（2010）]

消費者庁企画課「集团的消費者被害救済制度研究会報告書」（2010年）

<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/100914body.pdf> (2012年7月11日)。

[消費者庁消費者制度課「骨子」3頁]

消費者庁消費者制度課「集団的消費者被害回復に係る訴訟制度の骨子」

http://www.caa.go.jp/planning/pdf/111209_3.pdf (2012年7月11日)。

[白石「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」(2000年)]

白石忠志「差止請求制度を導入する独禁法改正(上)(下)」NBL695号6-9頁、696号48-60頁(2000年)。

[白石「独禁法における差止請求制度の導入」(2001)]

白石忠志「独禁法における差止請求制度の導入」総合研究開発機構=高橋宏志編『差止請求権の基本構造』(商事法務研究会・2001年)81-111頁。

[鈴木「表示分野における私的利益の保護と公的規制」(2011)]

鈴木將文「表示分野における私的利益の保護と公的規制」現代消費者法12号(2011年)57-67頁。

[末川「サヴィニーの権利論」『権利侵害と権利濫用』(1970)]

末川博「サヴィニーの権利論」同『権利侵害と権利濫用』所収(岩波書店・1970年・初出1927年)22-34頁。

[末川「イェーリングの権利論」『権利侵害と権利濫用』(1970)]

末川博「イェーリングの権利論」同『権利侵害と権利濫用』所収(岩波書店・1970年・初出1928年)35-51頁。

[瀬々「財産帰属形態と cy - près 理論」(1994)]

瀬々敦子「イギリス信託法における受託者団体の財産帰属形態と cy - près 理論」信託179号(1994年)28-43頁。

[高林『標準 特許法』(2011)]

高林龍『標準 特許法(第4版)』(有斐閣・2011年)。

[高林『標準 著作権法』(2010)]

高林龍『標準 著作権法』(有斐閣・2010年)。

[千葉「消費者取引における情報力の格差と法規制」(2011)]

千葉恵美子「消費者取引における情報力の格差と法規制—消費者法と市場秩序の相互関係に着目して—」現代消費者法 12号(2011年)68—78頁。

[塚田「独占禁止法改正の概要」(2000)]

塚田益徳「民事的救済制度の整備にかかる平成12年独占禁止法改正の概要」NBL690号(2000年)6—11頁。

[豊崎ほか『不正競争防止法』(1982)]

豊崎光衛＝松尾和子＝渋谷達紀『不正競争防止法』(第一法規・1982年)。

[豊崎「競争と企業取引」(1966)]

豊崎光衛「競争と企業取引—不正競争と無体財産制度」矢吹惇編『岩波講座現代法9 現代法と企業』(岩波書店・1966年)246—298頁。

[中野「英法における Cy - Près Doctrine (所謂可及的近似解釈原則)について」(1975)]

中野正俊「英法における Cy - Près Doctrine (所謂可及的近似解釈原則)について」信託 104号(1975年)87—136頁。

[中山「私人間効力」(2001)]

中山茂樹「私人間効力について—憲法上の権利の概念の整理から」西南学院大学法学論集 33巻4号(2001年)95—127頁。

[中山『工業所有権法(上)』(2000)]

中山信弘『工業所有権法(上)特許法〔第2版増補版〕』(弘文堂・2000年)。

[中山＝小泉『新・注解特許法(下巻)』(2011)]

中山信弘＝小泉直樹『新・注解特許法』(青林書院・2011年)。

[日弁連『コンメンタール』(2010)]

日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法(第2版)』(商事法務研究会・2010年)。

[日弁連『消費者法講義』(2013年)]

日本弁護士連合会編『消費者法講義(第4版)』日本評論社(2013年)。

[根岸「独禁法と差止請求制度」(2001)]

根岸哲「独占法と差止制度」民商法雑誌 124 巻 4・5 号（2001 年）494—526 頁。

[根岸編『注釈 独占禁止法』（2009）]

根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣・2009 年）。

[根岸＝舟田『独占禁止法概説』（2010）]

根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説（第 4 版）』（有斐閣・2010 年）。

[根本『差止請求権の理論』（2011）]

根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣・2011 年・初出「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察（1）～（9）（未完）」早稲田法学 80 巻 2 号 109—154 頁、4 号 209—258 頁、81 巻 1 号 125—172 頁、4 号 331—380 頁、82 巻 1 号 165—205 頁、3 号 167—209 頁、83 巻 2 号 93—120 頁、4 号 109—140 頁、84 巻 1 号 81—110 頁（2005～2008 年））。

[野々山「消費者団体訴訟制度の創設」（2006）]

野々山宏「消費者団体訴訟制度の創設—改正消費者契約法の論点と課題」法学教室 312 号（2006 年）98—104 頁。

[野々山「消費者団体訴訟制度の意義と現状」（2008）]

野々山宏「消費者団体訴訟制度の意義と現状」現代消費者法 1 号（2008 年）10—13 頁。

[林「独占禁止法による集団的消費者利益の実現」（2011）]

林秀弥「独占禁止法による集団的消費者利益の実現」現代消費者法 12 号（2011 年）40—56 頁。

[原島「民法理論の古典的体系」『市民法の理論』（2011）]

原島重義「民法理論の古典的体系とその限界—ひとつの覚書」同『市民法の理論』所収（創文社・2011 年・初出 1973 年）5—52 頁。

[原島「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』（2011）]

原島重義「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』所収（創文社・2011 年・初出 1976 年）445—522 頁。

[原島「開発と差止請求」『市民法の理論』（2011）]

原島重義「開発と差止請求」同『市民法の理論』所収（創文社・2011 年・初出 1980 年）523—560 頁。

[原島「法と権利に関するひとつの試論」『市民法の理論』（2011）]

原島重義「法と権利に関するひとつの試論—民法学から」同『市民法の理論』所収（創

文社・2011年・初出1984年) 53-79頁。

[半田=松田『著作権法コンメンタール3』(2009)]

半田正夫=松田政行『著作権法コンメンタール3』勁草書房(2009年)。

[坂東「消費者団体訴訟制度の論点」(2008)]

坂東俊矢「消費者団体訴訟制度の論点」現代消費者法1号(2008年)22-27頁。

[広中『新版民法綱要 第一巻』(2006)]

広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』(創文社・2006年)。

[深川「シ・プレ原則」(2013)]

深川裕佳「シ・プレ原則に基づく集団的消費者被害救済制度の構築」松浦好治=松川正毅=千葉恵美子編『市民法の新たな挑戦 加賀山茂先生還暦記念論文集』(信山社・2013年)。

[舟田『不公正な取引方法』(2009)]

舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣・2009年)。

[三木「多数当事者紛争の処理」(2006)]

三木浩一「多数当事者紛争の処理」ジュリスト1317号(2006年)43-52頁。

[三木「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」(2006)]

三木浩一「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト1320号(2006年)61-71頁。

[三木「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」(2008)]

三木浩一「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」現代消費者法1号(2008年)87-100頁。

[森田「差止請求と民法」(2001)]

森田修「差止請求と民法—団体訴訟の実体的構成」総合研究開発機構=高橋宏志編『差止請求権の基本構造』(商事法務研究会・2001年)111-133頁。

[山本敬三「リベラリズム私的自治(1)(2)」(1993)]

山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治—私法関係における憲法原理の衝突(1)(2)」法学論叢133巻4号1-20頁・5号1-29頁(1993年)。

[山本敬三「法的思考の構造と特質」 (1997)]

山本敬三「法的思考の構造と特質—自己理解の現状と課題」『岩波講座現代の法 15 現代法学の思想と方法』(岩波書店・1997年) 231—268頁。

[山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」 (2008)]

山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究 5号 (2008年) 77—140頁。

[山本敬三『民法講義 I』 (2011)]

山本敬三『民法講義 I (第3版)』(有斐閣・2011年)。

[山本隆司『行政上の主観法と法関係』 (2000)]

山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣・2000年)。

[吉田『現代市民社会と民法学』 (1999)]

吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社・1999年・初出1996~1998年)。

[吉田「競争秩序と民法」 (2005)]

吉田克己「競争秩序と民法」厚谷襄兒先生古稀記念論文集『競争法の現代的諸相(上)』(信山社・2005) 31—55頁。

[吉田「現代不法行為法学の課題」 (2005)]

吉田克己「現代不法行為法学の課題—被侵害利益の公共化をめぐって」法の科学 35号 (2005) 143—149頁。

[吉田「総論・競争秩序と民法」 (2007)]

吉田克己「総論・競争秩序と民法」NBL863号 (2007年) 39—47頁。

[好美「信義則の機能について」 (1962)]

好美清光「信義則の機能について」一橋論叢 47巻2号 (1962年) 181—198頁。

[我妻『民法総則』 (1965)]

我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店・1965年)。

[亘理『公益と行政裁量』 (2002)]

亘理格『公益と行政裁量』(弘文堂・2002)。

[亘理「公私機能分担の変容と行政法理論」 (2003)]

亘理格「公私機能分担と行政法理論」公法研究 65号 (2003年) 188—199頁。

[亘=磯部=櫻井=神橋「公益」(2006)]

亘理格=磯部力=櫻井敬子=神橋一彦「公益」法学教室 311 号(2006 年) 34-59 頁。

[Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK]

Marek SAFJAN, Lukasz GORYWODA and Agnieszka JANCZUK, *TAKING THE COLLECTIVE INTEREST OF CONSUMERS SERIOUSLY: A VIEW FROM POLAND*, Fabrizio CAFFAGI & Has-W. MICKLIZ, *NEW FRONTIERS OF CONSUMER PROTECTION The Interplay Between Private and Public Enforcement*, (2009)171-206.

[Cristina PONCIBO]

Cristina PONCIBO, *THE REFORM OF DIRECTIVE 98/27/EC*, Fabrizio CAFFAGI and Has-W. MICKLIZ, *NEW FRONTIERS OF CONSUMER PROTECTION The Interplay Between Private and Public Enforcement*, (2009).