

ドイツ

「不正競争防止法改正により導入された利益剥奪請求権制度、法律相談法改正により導入された金銭的請求制度の概要と運用実態」

執筆者 宗田 貴行 (奈良産業大学法学部准教授)

現地調査先一覧¹

1. Verbraucherzentrale Bundes Verband e.V., vzbv (消費者センター総連盟)
Helke Heidemann-Peuser, Referentsleiterin Rechtsdurchsetzung (2007年3月13日)
2. Verbraucherzentrale Hamburg e.V. (ハンブルク消費者センター)
Julia Rehberg (2007年3月14日)
3. Hans-Jürgen Ahrens 連邦通常裁判所裁判官 (2007年3月15日)

目次

- 第1章 はじめに一団体訴訟制度における金銭的請求制度の位置づけ—
- 第2章 法律相談法上の金銭的請求制度
 - 1. 法改正の経緯
 - 2. 諸論点
 - (1) 制度のメリット
 - (2) 制度の問題点
 - 3. 制度運用の実態調査
 - 4. 制度の評価・問題点についての関係者からのヒアリング
- 第3章 不正競争防止法上の利益剥奪請求権制度
 - 1. 法改正の経緯
 - 2. 諸論点
 - (1) 制度趣旨
 - (2) 法的性格
 - (3) 利益剥奪請求権の要件

¹ 本報告書の作成のためのヒアリングは龍谷大学中田邦博教授と宗田が行い、龍谷大学中田邦博教授には大変お世話になった。御礼を申し上げる。

- (4) 法的効果
 - (5) 利益剥奪請求権の利点
 - (6) 利益剥奪請求権の問題点
- 3. 制度運用の実態調査
 - 4. 制度の評価・問題点について関係者からのヒアリング
- 第4章 おわりに—両制度の関係—

第1章 はじめに—団体訴訟制度における金銭的請求制度の位置づけ—

ドイツにおける団体訴訟制度においては、以下三つの柱があるといえる²。

第一の柱は、差止訴訟法 (Unterlassungsklagengesetz³, 以下、UKlaG という)、不正競争防止法 (以下、UWG という) 及び競争制限防止法 (以下、GWB という) 等において規定されている団体の差止請求権である。これは、1890 年代から存在するものであり、団体訴訟制度の利用において、今日まで中心的な役割を担っているといえる。ここにおいては、違

² 団体訴訟についての邦語文献には、以下のものがある。宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会 2006 年 3 頁以下、上原敏夫『団体訴訟・クラスアクションの研究』商事法務研究会 (2001 年、初出 1979 年等)、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法 (改訂普及版)』同文館 (1999 年)、内山衛次「消費者団体訴訟の諸問題—西ドイツの議論を中心として—」阪大法学 140 号 45 頁以下 (1986 年)、高田昌宏「消費者団体の原告適格—西ドイツ不正競争防止法上の消費者団体訴訟の理論的展開を手がかりとして—」早法 61 卷 2 号 79 頁 (1985 年)、マンフレート・ヴォルフ (井上・佐上訳)「ドイツ連邦共和国における団体訴訟 (Verbandsklage) の理論と実際 (一) ~ (三完)」民商 80 卷 3 号 1 頁以下、4 号 20 頁以下、6 号 32 頁以下 (1979 年)、向田直範「消費者保護と広告規制 (三) (四)」北研 14 卷 3 号 36 頁 (1979 年) 15 卷 3 号 71 頁 (1980 年)、高田昌宏・不正競争防止法に関する調査研究 (1992 年・知的財産研究所) 84 頁、同「差止請求訴訟の基本構造」総合開発機構 = 高橋宏志編『差止請求権の基本構造』(2001 年・商事法務研究会) 133 頁、同「団体訴訟の機能拡大に関する覚え書き—ドイツ法における近時の展開を手がかりとして—」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』商事法務 (2005 年) 37 頁、出口雅久「EU 消費者保護とドイツ団体訴訟の新展開」立命館法学 271 = 272 号 1190 頁 (2000 年)、同「集团的権利保護手続に関する比較法的考察」『現代社会における民事手続法の展開 (上)』商事法務 (2002) 474 頁、赤松美登里「西ドイツにおける独禁法違反に基づく消費者訴訟の可能性 (1) ~ (5)」公正取引 475 号 45 頁 476 号 50 頁 478 号 59 頁 479 号 62 頁 480 号 34 頁 (1990 年)、同「消費者損害の集团的救済に関する一考察 (上) (下)」判タ 783 号 26 頁・784 号 25 頁 (1992 年)、同「ドイツにおける不当な広告表示と消費者の私法的救済」熊本商大論集 92 号 (1992 年) 184 頁、藪口康夫「現代型訴訟における当事者の拡大 (一) ~ (四・完)」上智法学論集 37 卷 1・2 号 231 頁以下 (1993 年)・39 卷 1 号 211 頁以下 (1995 年)・40 卷 3 号 151 頁以下 (1996 年)・41 卷 2 号 143 頁以下 (1997 年)、赤松美登里「ドイツにおける消費者団体訴訟の実態」久留米法学 30 号 (1997 年) 1 頁、満田重昭「ドイツ不正競争防止法の軌道修正」『知的財産をめぐる諸問題』田倉整先生古稀記念 753 頁発明協会 (1996 年) 等である。

³ BGBl. I 2001, S. 3138, 3173.

反行為により被害を受けた複数の者の集团的利益が侵害された場合に、その集团的利益を代表している団体は、その定款上の目的を遂行する団体固有の利益を侵害されたため、実体法上の請求権を有するとされている⁴。

第二の柱は、違反行為に係る金銭的請求に向けられた手段である。これには、①団体が個々の被害者の金銭支払請求権を訴訟担当等する法律相談法 (Rechtsberatungsgesetz⁵) に基づく方法と、②違反行為者が違反行為により獲得した利益を団体が剥奪する UWG 及び GWB 上の方法とがある。これらは、比較的最近、すなわち 2000 年代に入ってから導入されたものである。

第三の柱は、UK1aG、UWG、GWB 上の違反行為により生じた損害の額等についての情報の請求に利用される民法 (以下、BGB という) 242 条に基づく団体の情報請求権、及び電子メール広告等の発信者についての UK1aG13 条及び UWG8 条 5 項に基づく団体の情報請求権である⁶。

我が国では、既に消費者契約法に、このうち第一の柱の導入がなされているが、本報告書では、このように団体訴訟制度において比較的新しい制度である第二の柱における各制度及びその運用状況を検討する。

以下では、まず、法律相談法上の消費者団体による金銭的請求制度についてみることにする。

第 2 章 法律相談法上の金銭的請求制度

1. 法改正の経緯

ドイツにおいては、消費者個人は、例えば、無効な約款 (BGB307 条) に基づき支払った金銭の返還請求権や、訪問販売契約の撤回の場合に (BGB312 条、同 355 条)、すでに支払った金銭の返還請求権を有する。また、消費者には賞金の約束 (Gewinnzusagen) における BGB661a 条⁷に基づく支払い請求権も認められている。さらに、民法上の不法行為により被害を受けた場合には、不法行為に基づく損害賠償請求権を有する (BGB823 条 1 項・2 項)。しかし、個々の消費者のこれらの被害は僅かであるため、自ら単独で提訴を行うことが経済的に割に合わないのが通常といえる。このため、近時、法律相談法 (Rechtsberatungsgesetz, BGBI. 2002 I S. 2010) により、消費者団体が被害者たる消費者

⁴ 宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会 2006 年 231 頁。

⁵ この法律名については、法的助言法や、法的問題処理権限規制法と訳すことも考えられる。

⁶ 宗田貴行『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシス・ジャパン、雄松堂出版 2006 年 147 頁以下。

⁷ BGB661a 条「消費者に賞金の約束 (Gewinnzusagen) またそれと同等の通知をし、かつこの送付の形成により消費者がある金額を獲得する印象を与えた事業者は、消費者にその金額を支払わねばならない。」

の金銭支払い請求権を譲り受けるまたは訴訟担当し、裁判上係る債権の回収を行うことが認められている⁸。

まず、法律相談法の概要は、以下のとおりである。

消費者保護（権利を探索する者の保護）、司法の円滑性の達成、弁護士階層の保護といった本法の目的を実現するために、同法 1 条 1 項 1 号 1 文は、「他人の法律問題の処理は、法律相談及び他人のまたは回収目的で譲渡された債権の回収を含めて、業務上一職業上主たる活動か従たる活動かを問わず、または有料の活動か無料の活動かを問わず一監督官庁による許可を受けた者のみにより行われうる。」と規定し、これに違反した場合には、5000 ユーロまでの過料が課される他、違反行為は民事法上の責任として民法上の不法行為（BGB823 条 2 項）として損害賠償請求及び差止請求の対象となり、また UWG 新 3 条（一般条項）違反として差止請求・損害賠償請求・利益剥奪請求の対象となりうる。さらに、同法違反により締結された契約は民事法上無効となる（BGB134 条）。しかしながら、法律相談法の禁止の例外も定められ、適法な活動として、官庁、公法人による権限内の法律相談、公証人、弁護士、弁理士等の職業活動、訴訟代理人の職業活動、法律相談手続法 48 条 2 項等に基づく法律相談、弁理士規則 177 条、178 条及び 182 条において規定された特許・実用新案・登録意匠・地誌保護・登録商標に関する法律相談の処理、強制管理人、破産管財人、または遺産管理人等の活動、協同組合等の活動と並んで、消費者センター（Verbraucher Zentrale）の一定の活動を挙げ、監督官庁の許可を必要としない活動を定めている（法律相談法 1 条 3 項各号）。

従来、消費者センターの消費者への法律相談については、個別に監督官庁の許可が要されていたところ、消費者のための法律相談数が増加し個別の許可が煩雑さを感じさせるものとなっていたことから、法律相談法 1980 年改正により消費者センターに関する規定（「連邦州に設置され、公の資金により支援された消費者センターによる消費者の法律問題についてのその任務内での裁判外の処理」）が導入され、個別の許可が不要とされたのである。この例外扱いとされるための要件とされる「消費者センターが連邦州に設置され公の資金により支援されていること」の根拠は、州の公的資金により支援されている団体は、その州の経済大臣の監督下に置かれ州会計検査院の調査を受けていることに求められている。

この改正後、消費者のための法律相談は増加し、また消費者保護のための紛争処理のニーズが拡大した。このため、法律相談法 2001 年改正により同法 1 条 3 項 8 号は、「公の資金により支援された消費者センター及びその他の消費者団体による消費者の法律問題の裁判外の処理及び、消費者保護の利益において要求される場合に、回収目的で消費者から譲渡された他人の債権の裁判上の回収。」と規定され、主体及び活動範囲につき拡大されているのである。すなわち、本改正により新たに、公の資金により援助されている消費者センター及びその他の消費者保護団体は、消費者保護の利益のために、回収目的で消費者から

⁸ 宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会 2006 年 27 頁以下。

譲渡された他人の債権の裁判上の回収を行いうるのである。

本改正のポイントとなる「債権回収」の点に関し、第一に、ここにおける「消費者から譲渡された」の要件についてがある。立法理由書は、改正は、「消費者にとってそのわずかな請求額ゆえに個々の訴訟提起のための刺激とならない場合に、消費者の支払い請求権を訴訟担当者または消費者の適切な債権の譲渡により譲受人として裁判上主張する権限を認めるものである。」と述べており、消費者の保護の裁判上の回収のために消費者から債権の譲渡または訴訟担当の授権が行われることが予定されているのである。

第二に、立法者は、消費者団体の行う消費者保護法規違反の条項の差止請求の目的のために、債権回収が行われることを意図していたのであり、もちろん悪質な代金回収の権限を消費者センターに与えることにはなかったといえるのである⁹。このため「消費者保護の利益のために」の要件が規定されているのである。

このように、濫用を防止するために規定されている「消費者保護の利益のために」の要件が、近時、連邦通常裁判所判決により明確化されている。

連邦通常裁判所 2006 年 11 月 14 日判決 (XI ZR 294/05 破棄差戻し) は、法律相談法 3 条 8 号の規定は、消費者団体の固有の提訴権を基礎付けるものではないとしたうえで、団体は、当該係争についての重要な情報を有する、または収束的権利遂行の場合の証明に係る潜在能力を原則的に利用し尽くしうることから、消費者団体による提訴のためには、消費者の利益の遂行に相応しいことだけではなく、被害を受けた消費者による個々の提訴によりも団体による提訴が効果的であることが要されると述べている。このため、消費者から回収目的で授権された第三者の請求権の消費者センターによる裁判上の回収は、法律相談法 3 条 8 号に従い、「消費者保護の利益において」、以下のときに必要とされていると判示している。すなわち、「裁判上の回収が、1 人以上の (eines oder mehrerer) 消費者の経済的な個々人の利益の遂行のみならず、集団的消費者の利益に資し、かつ団体の介入が、この集団的消費者の利益の効果的遂行を可能にするとき」である。

2. 諸論点

(1) 制度のメリット

ところで、このような法律相談法上の消費者団体訴訟のメリットは、以下の諸点にあるといえる。

第一に、回収された金銭は、個々の消費者の手に渡るため、個々の消費者の被害を救済しうる点である。

第二に、消費者団体は一定の要件の下、団体構成員であるか否かを問わず、広く消費者からの訴訟担当等が可能である点である。

⁹ BT-Drucksache 14/7052, S. 210.

第三に、違反行為者が不当に違反行為により獲得した利益を吐き出させることに一定限度で資する点である。

第四に、法律専門家である弁護士の他に、公の資金援助を受けている消費者団体が、債権回収業務を行う者として認められていることにより、かかる業務の担い手を拡大し増加させることが行われているといえる点である。

第五に、消費者個人が金銭支払請求訴訟を提起するだけでなく、また公の立場にある行政機関が過料を徴収するだけでなく、民間の団体である消費者団体に一公の資金援助を得ているという限定つきではあるが一債権回収業務を任せており、この意味においても、違反行為者が違反行為により獲得した利益を吐き出させるための主体の拡大が行われているといえる点である。

(2) 制度の問題点

しかし、法律相談法上の消費者団体訴訟について問題となりうる点として、以下の諸点がある。

第一に、個々の消費者に生じる明確な額を伴う支払い請求権等が前提となる点である。このため、請求権額が不明となりやすい事例では利用されにくいといえる。

第二に、個別の授權等が必要とされる点である。このため、個々人の請求額が低くなればなる程、利用されにくくなるといえる。この点に鑑み、近時は以下のようにオプト・アウト方式の導入の議論がなされている。すなわち、消費者団体の訴訟担当等を規定する法律相談法は、一定の少額の場合（150 ユーロ以下）に消費者団体にオプト・アウト型の収束型訴訟の権限を認めているとするのである。なぜなら、GG103 条による審問請求権の保障には、請求権額が少額の場合であれば反しないからである¹⁰。

このように近時一部の学説では、オプト・アウト方式を妥当とするものも見られるが、従来からドイツにおいては、オプト・アウト方式については、ドイツ基本法（GG）上の審問請求権の保障に反すること、当事者適格の問題、訴訟費用の問題、損害の算定及び賠償金の分配が困難であることから、その採用は一般的に否定されており¹¹、近時においても、投資家保護のためのムスタ手続法（KapMuG）（本報告書末尾の「参考」を参照）の立法理由書が、明示的にこれを否定しているのである。

第三に、訴訟提起等に係る通知の手間・費用に関する点である。法律上インターネット等での訴訟提起等に係る広告は禁じられておらず、各州消費者センター及び消費者センター総連盟（vzbv）は UWG や法律相談法上の団体訴訟の提起の予定等について、インター

¹⁰ Markus Burckhardt, Auf dem Weg zu einer class action in Deutschland?, Eine Untersuchung des Art. 1 § 3 Nr. 8 RberG im System zwischen Verbandsklage und Gruppenklage(2005),S. 1ff.

¹¹ これについては、藪口康夫「現代型訴訟における当事者の拡大（二）」上智法学論集 39 巻 1 号 211 頁以下、234 頁～235 頁等がある。

ネット上の自己のウェブサイト上で公表しており、またこれが雑誌や新聞で報じられることがある。

第四に、団体が勝訴した場合の金銭の分配についてである。これについての法律上の規定はなく、各消費者と団体との合意に委ねられている。譲渡構成を採った事例で、団体が勝訴した場合には、団体に金銭が支払われ、その金銭が合意に基づき各消費者に支払われることが理論上原則とされる。実際は、譲渡構成の場合にも各消費者の銀行口座へ直接支払われることが判例上行われているが、これについては、州の消費者センターによって意見が分かるところである。いずれにせよ、団体は、各消費者と団体の間の合意により提訴に要した費用分はかかる金銭の中から獲得することとしている¹²。もっとも、ハンブルク消費者センターでのヒアリングで明らかとなったように、訴訟費用について消費者団体は、消費者に寄付金を募っており、各消費者は、訴訟費用については任意の寄付金額（たとえば5ユーロ）以上は負担する必要がない。

第五に、個人による譲渡または授権が要されることから、団体が自己の判断で提訴を行い得ない点である。これについては、後述の生命保険会社に対する事例のように、インターネットで提訴の告知や募集を行っており、団体は、できるだけ自己の判断で提訴を行おうとしているといえる。

第六に、後述のように、消費者団体が消費者から授権等を受けて金銭の返還を求め、非常に多数の消費者の金銭的被害が救済されることが行われようとしていることは、法律相談法上の消費者団体訴訟が活発に利用され始めていることを示しているといえる。しかし、後述する事例からも明らかなように、違反行為者が違反行為によって獲得した利益は、この方法によって返還請求される金額をはるかに上回るものであり、これにより係る利益を全て吐き出させることは不可能であるといえるのである。

これらの諸問題が存在するところに、次にみる団体の利益剥奪請求権（下記第3章参照）の必要性が認められるといえる。

3. 制度運用の実態調査

この制度の利用状況としては、各州の消費者センターが、各州の消費者の請求権について提訴を行うことが多く、地域密着型といえる。例えば、州消費者センターが提訴した事例には、以下のものがある。

原告3者は2001年夏に新聞広告に掲載されていたクレジット会社に借入れを申し入れた。しかし、借入れの代わりに、彼らは、住居協同組合への法外な値での加入を仲介された。そしてその仲介は、そのために仲介人がさらに不当な仲介手数料等を請求するというものであった。さらに仲介人は、明白な法律上の規定にもかかわらず、顧客に対し十

¹² 筆者による2004年7月におけるvzbv（ベルリン）でのインタビューによる。

分に撤回権について知らせなかった。そこで、バーデン・ヴュルテムベルク州消費者センターは、2001年12月に当該クレジット仲介業者に対し、撤回権に係る訴訟を提起し、2002年1月に請求を不当に徴収された仲介手数料等の返還請求にまで拡張した。本件について、シュトゥットガルト地方裁判所判決（Az.:20 O 564/01）は、原告の請求を認め、クレジット会社に対し、顧客への金銭の支払いを命じている。

また、近時、ガス料金に関する消費者メガ集団訴訟の事例が多数出されている。例えば、2006年9月にノルドライン・ヴェストファーレン州消費者センターが、ガス料金値上げに係る事例で、ガス会社に対し法律相談法に基づき消費者から授権ないし譲渡を受けて、値上げ条項は BGB 上無効であり、その値上げに効力がないことの確認請求訴訟をドルトムント地裁に提起している¹³。同センターは、同訴訟で勝訴した場合には、各人数 100 ユーロの返還請求に係る授権等を受けて法律相談法上の団体訴訟を提起するとしている。

さらに、個人による譲渡または授権が要されることから、団体が自己の判断で提訴を行い得ない点に関しては、以下の事例が参考になる。すなわち、生命保険会社に対する加入者の支払い請求権の存在が連邦通常裁判所 2005 年 10 月 12 日判決（IV ZR 162/103, 177/03, 245/03）¹⁴により確定したことから、ハンブルク消費者センターが、以下のように被害者を募り組織化して法律相談法上の団体訴訟を提起するとしている¹⁵。すなわち、約 100 万人の顧客が締結した当該契約について各人の返還請求額が 500 ユーロであるケースで、そのうち総額 3500 万ユーロの返還請求額となる集団訴訟の提起が予定され、同センターのウェブサイトで訴訟提起に係る募集の広告が行なわれ、2006 年 10 月末時点で、既に数 1000 人程度の応募があったとされ、提訴を予定している（2007 年 2 月）。

ハンブルク消費者センターは、不動産信用取引の予定よりも早い時期での解約をし、そのための保証金を支払わねばならない顧客が、さらにしばしば 400 ユーロ以上ものいわゆる信託手数料を支払うこととする契約条項は、BGB に違反し無効であると主張し、係る条項により支払われた料金の返還を求める法律相談法上の消費者団体訴訟の提起を予定していることを自己のウェブサイトで広告している¹⁶。

ここで興味深いことは、各州の消費者センターが自己のウェブサイト上で団体訴訟の提起についての告知を行い、また、提訴費用について銀行口座を公表し寄付金を募っている点である。例えば、この寄付金は、5 ユーロや 10 ユーロといった低額でも許されるものである。このようにして、団体はできるだけ自己の判断で法律相談法上の団体訴訟の提起を行う形を採用しているといえ、また、各消費者の訴訟費用の負担を軽減しているのである。

なお、バーデン・ヴュルテムベルク州消費者センターが、携帯電話会社によるプリペイドカードの残高が期限切れに伴い自動的に消滅することを決めた約款条項が BGB307 条に違

¹³ <http://www.verbraucherzentrale-nrw.de>

¹⁴ <http://juris.bundesgerichtshof.de>

¹⁵ <http://www.vzh.de>

¹⁶ <http://www.vzh.de>

反し無効であると主張し、係る条項の差止請求訴訟を提起し勝訴したミュンヘン高裁 2006 年 7 月 3 日判決(Az:29 U 2294/06)や、同様の事案に係る vzbv による提訴事例である Vodafone 事件ドゥッセルドルフ地裁 2006 年 9 月 8 日判決等もあるが、これらの判決に基づき、各消費者が不当利得返還請求訴訟について消費者センターに授權をして消費者センターが法律相談法に基づき金銭の返還請求訴訟を提起することは行われていない(2007 年 3 月 14 日の vzbv でのヒアリングによる)。

また、ハンブルク州地裁 2006 年 4 月 5 日決定 (Az. 301/ 0 32/05)¹⁷のように、ガス会社が値上げを行った条項が BGB 上無効であると主張する 54 名の顧客たる**消費者から訴訟代理人として委任された弁護士**が、確認請求訴訟を提起し勝訴した事例もある。同様の事例がベルリンやドレスデンやハノーバーでも行われ、いずれにおいても原告側が勝訴し、現在、被告による控訴中である。これらの決定等が確定すれば、当該条項に基づき既に支払った消費者らは、係る金銭の返還請求訴訟を同様の方法で提起することができるのであり、訴訟の結末が注目される。

このように①弁護士に各消費者が委任する場合と②消費者団体が各消費者の金銭的請求権を訴訟担当するあるいは債権を譲り受ける場合の異同は、以下のとおりである。

第一に、①の場合とは異なり、②の場合には、消費者が証人として手続に関与できる点である。

第二に、①の場合には、提訴が個人の利益のみに資することが要求されるのに対し、②の場合には、それに加え、集团的利益の保護に資することも要される点である (BGH2006 年 11 月 14 日判決)。

第三に、①の場合には、委任の費用がかかるが、②の場合には、訴訟費用のための極めて低額の寄付金 (たとえば 5 ユーロ) で済むものである点である。

第四に、提訴のための宣伝力は、弁護士よりも消費者団体の方が勝るといえる点である。

第五に、法律の専門的知識についてであり、これについては、②の場合にあっても、消費者センターの相談員等構成員は、法律専門家たる弁護士が多数である。

第六に、②の場合の方が、組織力の面などで大規模なケースに向いているといえる点である。

次に、**消費者センター総連盟 (Verbraucher Zentrale Bundes Verband, vzbv)** の提訴した事例には、以下のものがある。

第一に、消費者センター総連盟は、インターネットを介して使用された BGB 上無効な条項の差止請求と共に、当該条項により請求され支払った各消費者の有する 40 ユーロ前後の返還請求権について譲渡を受けて総額約 180 ユーロの返還請求訴訟を提起し勝訴している¹⁸。

¹⁷ <http://www.vzhh.de>

¹⁸ <http://www.vzbv.de> 法律相談法に基づく消費者団体訴訟で原告が初めて勝訴した事例は、BGB 上無効とされる条項により銀行に手数料を支払われた顧客らから授權されたバ

しかし、消費者保護の利益においてなされる以上、これに限らず、以下のように、BGB661a 条に関する債権回収にかかる事例も出されている。

第二に、事業者が消費者に対し懸賞が当たったと明記した手紙を送付しておいて、実際には何かを買わせるという事例では、ドイツにおいては BGB661a 条により当たったとされる金額を消費者は請求できるところ、この支払い請求権を消費者センター総連盟が消費者から譲渡を受け、当該事業者に対し計 38000 ユーロを請求する訴訟を 2002 年 5 月にベルリン地方裁判所に提起した事例がある¹⁹。

4. 制度の評価・問題点についての関係者からのヒアリング

消費者センター総連盟は、前記の BGB661a 条に基づく提訴事例について、著しいシグナル効果があり、同様の形式で賞金を約束された他の消費者も、より容易にその請求権を主張し得るであろうとし、また、このようにして事業者は、同種の広告方法を中止することを強制されるであろうとも指摘し、法律相談法上の消費者団体訴訟を積極的に評価している。また、消費者センター総連盟は、2007 年 3 月 13 日に「消費者のための収束型訴訟」というタイトルでプレス・リリースを行っており、前述した携帯電話に関する無効約款の差止請求の勝訴事例などを紹介し、これらについて各消費者の金銭返還請求訴訟に係る消費者センターへの授權の呼びかけ等を行っている。なお、法律相談法は、近時、Rechtsdienstleistungsgesetz（法的サービス法）に変更される予定であり²⁰、今後の展開を注視する必要があるといえる。

また、GWB 上消費者の損害賠償請求権が GWB2005 年第 7 次改正により認められているが、vzbv によれば、個々の消費者の被害額が低いため、この請求権を消費者団体が法律相談法に基づき授權ないし譲渡を受け提訴することは、今のところ行っていないとのことである。GWB 違反行為に関しこのような形で提訴する場合には、まず、損害賠償義務の確認訴訟を提起することになるとも指摘された。

第 3 章 不正競争防止法上の利益剥奪請求権制度

前述の事例で明らかになったように、法律相談法上の消費者団体訴訟によっては、違反行為によって違反行為者が獲得したすべての利益を吐き出させることは難しいといえる。また、前述の指摘にあるように、GWB 違反行為による被害など各被害者の被害額が極めてわずかである場合には、法律相談法上の消費者団体訴訟は利用されにくいといえる。そこ

ーデン・ヴェルテンベルク州消費者センターが金銭の返還請求訴訟をシュトゥットガルト地裁に提訴し勝訴した事例である (<http://www.vz-bawue.de>)。

¹⁹ <http://www.vzbv.de>

²⁰ BR-Drucksache 623/06.

で、次に、団体の利益剥奪請求権についてみることにする。

1. 法改正の経緯

ドイツにおける UWG 違反行為には、電話広告・ファックス広告・電子メール広告といった迷惑広告の事例や、不当表示の事例、さらにフリーダイヤルの事案や、いわゆる「上げ底包装」の事例などにおけるように、違反行為により拡散した被害が生じやすいものが多いものである。しかし、従来から、UWG 違反に係る損害賠償請求権は、消費者個人には認められていない。たしかに、UWG2004 年改正の議論では、UWG 違反にかかる消費者個人の損害賠償請求権を改正により認めることが主張された²¹が、連邦政府の認めるところとはなっていない。損害賠償請求権を定める UWG9 条は、「3 条に故意または過失をもって違反した者は、競争者に対し、そこから発生した損害を賠償する義務を負う。」と規定しているのである。また、同様に消費者には違反行為の差止・除去請求権も同法上認められていない (UWG8 条)。さらに、UWG の規定が、BGB823 条 2 項の意味における保護法規であるか否かについては、これを否定するのが判例²²・通説²³であり、わずかに例外的に刑事罰が科される不正競争行為に関する UWG16～19 条の規定は、民事法上の法律効果を排除する規定がない限り、UWG の他の規定とは異なり保護法規であると考えられる余地があるに過ぎない²⁴。また例えば、UWG3 条などの規定に違反する行為が、例えば刑法 (StGB) 263 条により刑事罰を科される行為ではない限り、UWG3 条違反等により被害を受けた消費者は BGB823 条 2 項に従った保護法規違反に基づく損害賠償請求権をも有し得ない。

たしかに、前述したような事例では、被害を受けた消費者には、民法上の不法行為に基づき、損害賠償請求権が生じうる (BGB823 条 1 項)。しかし、この場合の個々の消費者の受けた被害は僅かであり、被害を受けた消費者は提訴にかかる費用や手間等を考慮して自ら訴えることは通常ないのであり、また被害を受けた消費者は、十分な資力や法的知識を有していないことが多いことから、自ら損害賠償請求訴訟等を提起することを望まなかったり、それを行うことが困難であったりする。そこで、前述した法律相談法上の消費者団体による損害賠償請求等に係る提訴が意味を有するが、これにより、違反行為者が違反行為により獲得したすべての利益を剥奪することはおよそ不可能である。また、被害額が極めて僅かであったり不明となり易い場合には、法律相談法上の消費者団体訴訟は利用されにくいといえる。こういった事例では、競争業者に必然的に損害賠償請求権が生じるわけ

²¹ BR-Drucksache 301/1/03, S. 12.

²² BGH NJW 1974, 1503; BGH NJW 1983, 2493, 2494.

²³ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Aufl.(2001) § 3 Rn.440 は、誤認惹起広告を禁止する UWG 旧 3 条の保護法規性を競争者だけでなく消費者に対しても肯定するが、学説では、争いがあり、刑事罰の科される UWG 違反行為についてのみ肯定するのが一般的である (Piper/Ohly, UWG Kommentar 4. Aufl.(2006) Einf. D, Rn. 62.)。

²⁴ BT-Drucksache 15/1487, S. 22.

でもない。さらに、競争業者や消費者団体や営業利益促進団体などから UWG 違反行為の差止請求訴訟が提起され、違反行為が差止められるとしても、その時点までに、違反行為者は違反行為により多くの利益を不当に獲得したままであり、これを何らかの形で吐き出させる必要がある。

そこで、UWG2004 年改正により、同法上、この利益を吐き出させる権利が消費者団体などに厳格な要件の下で認められたのである。なお、GWB 上も 2005 年同法改正により同様の請求権が営業利益促進団体に認められている（GWB 新 34a 条）²⁵。

UWG10 条は、以下のように規定し、違反行為者が故意ある違反行為により多数の購入者の負担で獲得した利益について、消費者団体や営業利益促進団体等が国庫への支払いを求める権利を認めているのである²⁶。

UWG 新 10 条 1 項「3 条に故意をもって違反し、かつそれにより多数の購入者の負担で利益（Gewinn）を獲得した者は、8 条 3 項 2 号ないし 4 号にしたがい差止請求権の主張の権限を有する者によって、この利益の国庫への返還を請求されうる。」

UWG 新 10 条 2 項「債務者が違反行為に基づいて第三者または国家にもたらした給付は、利益に算入されねばならない。債務者がそのような給付を 1 項に従った請求の履行後もたらした場合に限り、権限ある連邦機関は、支払われた利益を証明された額について債務者に返還しなければならない。」

UWG 新 10 条 3 項「複数の債権者により利益の請求がなされる場合には、BGB428 条～430 条の規定が適用される。」

UWG 新 10 条 4 項「債権者は、権限ある連邦機関（Stelle）に、1 項に従った請求権の主張について情報を提供しなければならない。債権者は、権限ある機関に、その請求の主張のために要される費用の賠償を以下のときに限り要求しうる。すなわち、債権者が、債務者から清算（和解 Ausgleich）を得られないときである。この賠償請求権は、国庫に納められた利益の額を限度とする。」

UWG 新 10 条 5 項「2 項及び 4 項の意味における権限ある機関は、司法省の専門監督下

²⁵ これについては、宗田貴行「EU における競争法違反行為に係る民事的救済制度の新たな展開—我が国の独占禁止法・景品表示法への団体訴訟制度の導入についての示唆—」奈良法学会雑誌 18 巻 1=2 号 1 頁以下 2005 年がある。なお、Vzbv 及びアーレンス裁判官によると GWB34a 条に基づく利益剥奪請求の事例は、2007 年 3 月時点において、まだ存在しないとのことである。

²⁶ 宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会 2006 年 71 頁以下。

におかれる限りで、連邦行政庁である。連邦政府は、連邦参議院の同意を要さない法規則により、2項及び4項に従った任務を他の連邦官庁またはその他の公の連邦機関へ委譲する権限を与えられる。」²⁷

2. 諸論点

(1) 制度趣旨

利益剥奪請求権の制度趣旨は、違反行為者が違反行為により獲得した利益を徴収し、違反行為により儲けられなくすることにある。多数の購入者たる被害者が問題となる事例において一種のサンクション性を有するものとして利益剥奪請求権が導入されたことから、請求権者は、営業利益促進団体、消費者団体、商工会議所、手工業会議所²⁸であるとされ、競争業者や消費者は除外されている。なお、UWG上、消費者個人には差止請求権も損害賠償請求権も認められていない（UWG新8条及び新9条参照）。

(2) 法的性格

法的性格については、以下のとおりである。すなわち、利益剥奪請求権は、以下のよう
に、民法上の不当利得とも、不法行為とも異なる全く新しい請求権として導入されたものである。また、利益剥奪請求権は、刑事罰とも異なるものである。

まず、民法上の不当利得（BGB812条以下）とは異なるものである点については、以下の通りである。たしかに、利益剥奪請求権は、不当利得に独特の要件である「多数の購入者の負担」（法案段階では「auf Konsten」との文言が用いられていた）を要件としている。しかし、この要件は、成立された条文においては別の文言（「zu Lasten」）が用いられており、また、これは不当利得の場合と異なり「多数の購入者の損害」を意味するものである。

²⁷ BR-Drucksache288/04.

²⁸ UWG8条1項 「3条に違反した者は、除去請求及び反復の危険がある場合には、差止請求をなされうる。差止請求権は、違反行為が脅かされる場合にすでに存在する。」

2項「事業者における違反行為が、従業員または代理人によって始められた場合、差止及び除去請求権は、その事業者の所有者に対してもまた根拠づけられる。」

3項 「第1項に基づく請求権は、以下の者に生じる。

1号 すべての競争者

2号 営業上または自営業上の利益を促進することを定款上の目的とする法人格ある団体。ただし、その団体に同一市場で同種または類似の商品もしくは営業上の役務を提供している事業者の著しく多数が属している限りで、かつ、団体が特にその人的、物的、資金的装備に従い営業上または自営業上の利益を促進するとの定款上の任務を現実に果たすことができる限りで、しかも、違反行為がその団体の諸構成員の利益と関係する限りで。

3号 UKlaG第4条による資格ある組織のリスト、または消費者の利益保護のための差止訴訟に関する1998年5月19日の欧州議会及び理事会指令第4条に基づく欧州共同体委員会のリストに登録されていることを証明した者

4号 商工会議所または手工業会議所」

そもそも、UWG 違反行為は、民法上の不当利得の要件をまれにしか満たさないものである。そこで、前述の要件の下、広く利益剥奪請求権を認めるものといえる。

次に、不法行為に基づく損害賠償請求権（BGB823 条）との違いについてが、問題となる。これについては、利益剥奪請求権は、個人の損害の填補に資するものではないことが挙げられる。利益剥奪請求権の要件としては、「多数の購入者の損害」は経済的に悪化された地位が生じることで足りるものである。また、支払先が国庫であることも相違点として挙げられる。

このように利益剥奪請求権は、従来から存在する請求権とは異なる全く新しいものとして導入されたものとされている²⁹。

さらに、利益剥奪請求権は、刑事罰であるか否かが問題となる。これについては、以下の理由から刑事罰ではないと考えられている。

まず、刑事罰と解することはドイツ法の基本原則に反することである。1992 年における最高裁判所（連邦通常裁判所）判決³⁰は、懲罰的損害にかかる米国判決の承認を禁止している。

次に、二重処罰の禁止（基本法、GG103 条 3 項）に反することである。UWG 新 16～19 条の刑事罰違反行為に加え、一般条項（UWG 新 3 条）違反も刑事罰に問われるとすると、これに反するからである。従って、利益剥奪請求権は事実上の刑事罰的性格を有するにとどまるものである。

（3） 利益剥奪請求権の要件

前述のように利益剥奪請求権は規定されていることから、その要件は、以下のとおりである。

- ① 故意ある違反行為があること
- ② 違反行為者に利益が生じていること
- ③ 多数の購入者の負担があること
- ④ 因果関係があること

以下においては、これらの要件についてみていくこととする。

（i） 故意ある違反行為

故意は、UWG 3 条の意味における構成要件上の結果についての意識（Wissen）及び結果が発生することを欲すること（Wollen）である。すなわち、故意ある行為とは、すべての

²⁹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (neuarbeitet von Köhler und Bornkamm), 23. Aufl. (2004) § 10 UWG, Rdnr. 5; Harte/Henning, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar (2004) § 10 UWG, Rdnr. 10; Fezer, Lauterkeitsrecht § 5-22 (2005) § 10 UWG, Rdnr. 94; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. (2006) § 10 UWG, Rdnr. 5; Piper/Ohly, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar, 4. Aufl. (2006) § 10 UWG, Rdnr. 1.

³⁰ BGH NJW 1992, 3096ff, 3103.

事実についての認識（Kenntnis）を有し、かつ不正性（法違反）についての意識（Bewusstsein）を有する行為である。未必の故意で足りるとされる。これについては、後述する判決において、違反行為者にとって顕著な事実に基づき、違反行為者はその行為が不正なものであることを認めざるを得ないにもかかわらず、違反行為者が当該行為を継続する場合に存在する、とされている。

ところで、過失ある行為は、通常要求される注意（Sorgfalt）が適用される場合に、行為者が、自らの行為の不正性を認識しえ、それゆえに錯誤が回避されえたときに存在するものである。UWG違反の事情を認識して行動した者は、原則として過失をもって行動したといえる³¹。とくに、UWG上合法と違法の境界において行動し、かつそれ故に、彼の当該行為の異なる判断を計算に入れなければならない者は、過失をもって行動したといえる³²。立法者は、前述したように故意の要件を必要とするにとどまり、過失の場合を以下の理由に基づき除外したのである。

たしかに、利益剥奪請求権を刑事罰であると捉えることにより、故意の場合に限るとの議論も立法過程でなされた³³が、前述のように、利益剥奪請求権は刑事罰ではないのであるから、これとは異なる理由が必要である。そこで、連邦政府は、過失も含まれるとすると、違法と適法の限界にある行為について事業者は利益を喪失することを考慮せざるを得ず、利益剥奪請求権により著しい訴訟リスクを負うこととなり、経済への過重な負担が生じるため、これを回避するために、過失の場合を排除し、故意に限定したのである。

故意の要件を必要とすることについては、立証が困難となり同請求権の実効性が上がらなくなるという批判³⁴があるところ、後述のようにUWG新10条の初適用事例では、違反行為者に故意がないとされ、原告の請求が棄却されている。また、重過失の場合でも、錯誤した者は、法違反の意識（Bewusstsein）を有して行動したのではなく、かつそれ故に、故意をもって行動したものでもない³⁵。なお、故意は、UWG3条の構成要件について要されるものであり、UWG10条1項における利益の獲得について要されるものではない³⁶。

(ii) 違反行為者に利益が生じていること

故意ある違反行為と因果関係で結ばれた多数の購入者の不利益（Nachteil）の下での利益の獲得が、利益剥奪請求権の要件として必要とされている。違反行為者の「利益」は、商

³¹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Aufl.(2001), Einl. UWG Rn. 142.

³² BGH GRUR1999,924ff.

³³ 担当官案理由書 46 頁以下（Referentenentwurf(Stand:23012003)）、宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会 2006 年 76 頁～77 頁。

³⁴ Lettel, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 348f. これについては、高田昌成「団体訴訟の機能拡大に関する覚書き」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』商事法務 2005 年 37 頁以下、64 頁。

³⁵ Piper/Ohly, UWG Kommentar 4. Aufl.(2006) § 10 Rn. 5.

³⁶ Piper/Ohly, UWG Kommentar 4. Aufl.(2006) § 10 Rn. 5.

品の生産または役務の調達のコスト及び販売費用（Betriebskosten）を除いた売上げ（Umsatz）により算出される。「利益」の算定にあたって、売上げから通常経費（Gemeinkosten）及びその他の経営上の必要費用、すなわち、UWG 違反行為がなくても生じた費用は除かれないものである³⁷。

このように「利益」は、違反行為者が違反行為により獲得した売上げに基づき算出されるものである。これは、UWG 上の利益剥奪請求権においても GWB 上の利益剥奪請求権においても同様である。もっとも、後者の場合には、違反行為により違反行為者が獲得した市場シェアも勘案されうる³⁸。

(iii) 多数の購入者の負担

まず、ここにおける「多数」の要件は、不特定多数を意味するものではなく、一定の拡散性が認められれば足りるものである。

次に、ここにおける「購入者」の要件は、すべての市場参加者であるとされている³⁹。

さらに、ここにおける「負担で（zu Lasten）」の要件により、違反行為者の利益が、購入者側の財産上の不利益の代わりに、直接に生じたことが必要とされる。ここでは、侵害者利益に相応しい購入者の経済的に悪化した地位で十分である⁴⁰。経済的地位の悪化の認定においては、違反行為者によりもたらされた反対給付が考慮に入れられねばならない。このため、財産上の不利益は、違反行為者により形成された価格が完全に適切であり、かつたとえば、UWG 違反行為がなければ必要とされない費用の形で負担したその他の不利益を受けない場合には、財産上の不利益は存在しない⁴¹。

(iv) 因果関係

ここにおける因果関係とは、故意ある違反行為と多数の購入者の負担の下での利益の獲得との間の因果関係である。ここでは、競争行動によって事業者が獲得した利益がどの位存在するのかわかるのではなく、どの位の範囲の利益が故意ある UWG 違反行為に基づくのかの問題となるものである。これは、例えば、広範囲にわたる広告における個々の表現が虚偽である場合に、大きな困難性を導くものである⁴²。

以上の要件のうち、このように因果関係の立証が困難であることが指摘されている他、

³⁷ BT-Drucksache 15/1487, S. 24.

³⁸ Alexisander, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, JuS2007, 113.

³⁹ BT-Drucksache 15/1487, S. 23f.

⁴⁰ BT-Drucksache 15/1487, S. 23f.

⁴¹ BT-Drucksache 15/1487, S. 23f.

⁴² Sack, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP2003, 549, 554; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, § 10 UWG Rn. 7.

後述のように、利益要件の認定の困難性や、故意要件の立証の困難が指摘されている。

(4) 法的効果

法的効果については、以下の通りである。すなわち、利益として算定された金銭は国庫に納入される。これは、消費者団体による収入獲得目的での提訴を防止するためのものである⁴³。これについては、公の資金援助を受けている団体はともかくとして、これを受けていない団体については必ずしも納得のいくものではないが、費用償還請求は認められている (UWG 新 10 条 4 項)。

また、違反行為者が、すでに罰金や損害賠償請求権などの履行により利益を支払っている場合や利益剥奪請求権にかかる利益の支払いの後に損害賠償請求権の履行や罰金の支払いを行った場合については、利益剥奪請求権と損害賠償請求権及び刑事罰との調整規定がある (UWG10 条 2 項 2 文)。前者の場合において、すでに支払った給付額は、利益の算定において考慮され、後者において、損害賠償請求や罰金にかかる給付額について国庫から違反行為者に返還されることとなっているのである。この返還を行う主体は、連邦行政庁である (UWG10 条 5 項)。連邦行政庁は、UKlaG4 条に従った登録の業務を行う機関であり、資格組織が利益剥奪請求権を有することから (UWG10 条 1 項)、この機関がかかる返還業務を行うこととされている。

連邦参議院は、UWG 改正連邦政府案・新法 10 条 2 項 2 文の返還義務について、犯罪者に特権を与えることになることを指摘した⁴⁴が、連邦政府は、不正行為が儲かるものであってはならないとの利益剥奪請求権の立法目的は、刑事罰が科される場合には、すでに達せられているため、返還義務は必要であり特権ではないとしている⁴⁵。

(5) 利益剥奪請求権の利点

利益剥奪請求権の利点には、以下の点がある。

第一に、当然のことながら、違反行為者が違反行為により獲得した利益を利益剥奪請求権により吐き出させることが可能である点である。

第二に、個人の損害賠償請求権と比べた利点として、個々人の請求権の成立を待たずに利益剥奪請求権は成立し、利益の増加を早期に止めることができる点及び、個々人の請求権の立証が不要であり立証が比較的容易である点である。

第三に、団体の損害賠償請求権との比較において、フランスにおけるような団体の損害の発生や損害額の算定に係る諸問題を回避しうる点及び、団体の損害が賠償されるわけではないため、徴収する金銭を国庫に納めることとすることが理論上比較的容易であること

⁴³ UWG2004 年改正担当官案 (BMJ のウェブサイトより入手) 49 頁。これについては、宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会 2006 年 80 頁参照。

⁴⁴ BR-Drucksache 301-03, S. 14f.

⁴⁵ BT-Drucksache 15/1487, S. 43.

から濫用を防止し易い点がある。

第四に、団体が個人からの請求権を訴訟担当等する場合との比較においては、団体は個人からの授権等によることなく自らの判断で提訴しうる点及び、提訴に係る通知の方法や費用の問題も回避しうる点がある。

第五に、団体は、差止請求権のみならず利益剥奪請求権を有することにより、提訴前に従来よりも強い力をもって交渉できる点及び、これにより違反行為の抑止につながるといえる点が挙げられる⁴⁶。

(6) 利益剥奪請求権の問題点

利益剥奪請求権の問題点として、以下の点が挙げられる。

まず、立法段階において、利益がまず団体に支払われその後団体から国庫に支払われるという構成を採っていた連邦政府案 10 条 2 項及び 4 項において規定された複雑な支払い及び清算義務ゆえに「実用的ではない」、「これにより関係する裁判手続は司法の不必要な負担を導くものである」という連邦参議院からの批判⁴⁷がなされたため、成立した規定においては、利益は直接国庫に支払われることとされた。また、「効果的ではない⁴⁸」という学者からの批判や、「十分に熟考されていない」という連邦参議院からの批判⁴⁹がなされていた。

そこで、成立した規定における問題点としては、まず、①故意の要件について、がある。すなわち、後述する初適用事例で明らかなように、主観的要件として故意が必要とされ、要件が限定されており、場合によっては利用しにくい場合がある点がある。しかし、後述の事例で明らかにされたように、未必の故意で足りるのであり、また、事前に警告を行っていることにより故意の立証は容易化されるものである。さらに、電話広告にあたり、コールセンターを設置している場合には、故意が推定されること⁵⁰や、これに鑑みると、電子メール広告にあたり、送信者情報を偽っている場合などにおいては故意が推定されると考えられること、さらに後述する Ahrens 裁判官による指摘も併せ考えると、必ずしもこの要件が利用のための妨げになるとは考えられない。

また、②金銭が国庫に納められることについてである。すなわち、訴訟担当型の団体訴訟とは異なり、金銭は国庫に納められるため、個々の被害者に賠償されないものである。また、国庫に納められた金銭の用途は、消費者保護のために利用されるとは限らない。たしかに、前述のように、利益剥奪請求権の主張が、収入獲得目的で濫用されることを防止

⁴⁶ なお、GWB 上の利益剥奪請求権 (GWB34a 条) の場合には、違反行為の立証が団体には困難であるため、カルテル庁が処分 (GWB32 条) を行った通常事例においてのみ利用されうる。

⁴⁷ BT-Drucksache 15/1487, S. 34.

⁴⁸ Sack, WRP03,549; Stadler/Micklitz, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP03,559; Egels/Salomon, Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003, WRP04,32,42f.

⁴⁹ BT-Drucksache 15/1487, S.34.

するために、直接、国庫に利益は支払われることとされているが、連邦政府の意見表明⁵¹においても指摘されているように、従来、団体の差止請求権は資金上の刺激がないにもかかわらず、十分利用されてきたのであり、この点により UWG10 条の規定が実際に十分に利用されなくなるとはいえない。

次に、③利益の算定についてである。たしかに、統計による裁判所による自由裁量での認定方法も考えられるが、これによると係る算出方法による額が実際の利益を上回る場合もありえ、その場合には、法治国家の原則に反するものとなる。従って、損害額の算定を定めた民事訴訟法 (ZPO) 287 条の適用により、できる限り正確に算定される必要があるとされている⁵²。しかし、その算定が困難を伴い実用に耐えるのかという問題が生じる。このため、現行法に従い具体的に算定する際には、公正な競争行為によりどのくらいの売上げが獲得されたのかの認定が必要となり、認定が困難となるという連邦参議院や学者からの指摘⁵³や、利益の算定には多くの事実の積み重ねが要され、専門家の鑑定が必要とされ原告の費用の負担が重くなるという連邦参議院や学者からの指摘⁵⁴がある。また、原告には、費用償還請求権が認められている (UWG10 条 4 項 2 文) もの、これは原告が勝訴しかつ債務者から補償 (Ausgleich) を受けられなかったときのみ認められるに過ぎないこと⁵⁵や、原告は、敗訴の場合には費用を自ら負担し、勝訴しても利益を国庫に収めなくてはならず、利用されないのではないかと⁵⁶という懸念が示されている。このように、総じて実際に利用されるのか、原告は勝訴しうるのかという点に疑問が集中しているといえる⁵⁷。

なお、違反行為者は、外国に住所をもち次々と移転し会社名を変更することから、利益剥奪請求権の相手方たる違反行為者を把握することや違反行為者に利益の算定に係る情報や支払いを求めることが団体にとって困難であるという問題がある。しかし、これと同様のことは、UWG 違反行為について一般的にも言える点であり、利益剥奪請求権に固有の問題点ではない。

3. 制度運用の実態調査

利益剥奪請求権については、第一に、**初適用事例** (ボン地裁 2005 年 5 月 12 日判決 Az.:12

⁵⁰ BT-Plenarprotokoll,16/59,S.5775.

⁵¹ BT-Drucksache 15/1487, S. 43.

⁵² BT-Drucksache 15/1487, S. 43.

⁵³ BR-Drucksache 301/1/03, S. 14;Sack,WPR03,533f.

⁵⁴ BT-Drucksache 15/1487 S.34;BR-Drucksache 301/1/03, S. 14;Sack,WPR03,533f;Engels/Salomon,WRP04,43.

⁵⁵ Piper/Ohly, UWG Kommentar 4. Aufl.(2006) § 10 Rn. 4.

⁵⁶ BR-Drucksache 301-03, S. 14f.

⁵⁷ Köhler, UWG Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265;

Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht 24. Aufl.2006, UWG § 10 Rn. 2.

O 33/05)⁵⁸が出されている。

ドイツでは、財団法人商品テスト (Stiftung Warentest) が、バターやシャンプー等といった日用品や香水やタバコといった趣向品等について、かなり広範囲にわたって商品の品質テストを行っている。そして、全国の駅のキオスクや書店で日常的に販売される雑誌 Test においてそのテスト結果が公表され、市民はそれを商品の購入のための参考に使っている。このテスト結果について市民はかなりの程度の信頼を寄せており、このことは、この雑誌が全国至る所の書店や駅の販売店等で見受けられる状況を生み出しているといえる。このような状況下において、近時は、本件のように、「中間結果」において「良 (befriedigend)」であったにもかかわらず、雑誌に掲載された広告においては「優 (gut)」と表示し不当表示を行う場合がある。

原告である vzbv は、被告に対し、かかる不当表示により獲得した利益の国庫への支払いを利益剥奪請求権 (UWG 新 10 条) に基づき請求した。本判決は、いかなる者も間違いは犯すものであり、テスト結果を間違えて広告に掲載することについて被告に故意があるとはいえないとし、原告の請求を棄却している。

第二に、vzbv が提訴した類似の事例で、シュトゥットガルト高裁 2006 年 11 月 2 日判決 (2 U 58/06)⁵⁹は、UWG10 条においては未必の故意 (bedingter Vorsatz) で足りるとし、これは、違反行為者にとって顕著な事実に基づき、違反行為者はその行為が不正なものであることを認めざるを得ないにもかかわらず、違反行為者が当該行為を継続する場合に存在する、と判示し原告の請求を認容している。また、故意ある行為は、原告によって行われた事前の警告 (Abmahnung) において十分に明白な指摘がなされたことにより導かれうることも判示している。また、本判決は、損害賠償請求権と同様に利益剥奪請求権についても、情報、決算報告書及び宣誓に代わる保証を請求する権利を伴うものであるとし、そこでは、請求額を決するための事実が原告にとって通常不明であることが問題となると判示している。このため、請求額の決定のための事実を獲得するための第一段階の審理を行う段階訴訟 (Stufenklage) は適法であるとしている。

4. 制度の評価・問題点について関係者からのヒアリング

以上のように、利益剥奪請求権の「故意」要件については、判例において早速問題点として認識されているところ、消費者センター総連盟 (vzbv) は、前述の敗訴事例 (ボン地裁判決) を踏まえ、UWG10 条において要求される「故意」要件については、厳格すぎるとの印象を持っているとされた。

これに対し、Ahrens 裁判官は、ノンリケット判決を回避するためのいわゆる二次的な主

⁵⁸ GRUR-RR 2006,111-Unzutreffendes Testurteil.

⁵⁹ WRP2007,350ff.

張責任 (sekundäre Behauptungslast)⁶⁰や、表見証明 (Anscheinbeweis) が認められているため、「故意」要件は妥当なものとして理解しているとのことである。

第4章 おわりに—両制度の関係—

以上見てきたように、法律相談法改正により導入された金銭的請求制度と不正競争防止法改正により導入された利益剥奪請求制度の両者の関係は、以下のようにになると考えられる。

法律相談法上の金銭的請求制度は、個々の被害者の救済にはなるが、それにより違反行為者が違反行為によって獲得したすべての利益を吐き出すことはできないものであり、違反行為の抑止 (威嚇) には不十分であるといえる。

これに対し、不正競争防止法上の利益剥奪請求制度は、係る利益を吐き出させることが可能であり、違反行為の抑止にはなるが、利益は国庫に入り個々の被害者の救済にはならないものである。

したがって、両制度は、相互に補完する関係にあるといえるため、双方とも必要とされるのであり、ドイツにおいては、これらが導入され、前述したように問題点が指摘されているにもかかわらず、利用されているのである。

以上

⁶⁰ BGH Z 86,23=NJW99,579,80, Zöller, Zivilprozessordnung, 26. Aufl.2007, Vor § 284 Rn. 34.

[参考] 投資家保護のためのムスタ手続法

同一の違反行為により多数の者に共通した被害が生じ、各被害者は提訴のための費用等を考慮して自ら提訴しようとしなないという現象は、何も UWG 違反行為や消費者保護法規違反行為等に限ったことではない。年末決算書などにおける虚偽の記載により被害を受けた株主の場合にも、同様のことが妥当するものである。

そこで、ドイツにおいては、資本市場法上の係争におけるムスタ手続に関する法 (Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, KapMuG, BGBl I 2005, S. 2437)⁶¹が制定され、2005年11月1日より施行されている。これは、消費者団体による金銭的請求の手法ではないが、特定の分野において同種の被害を受けた者が多数存在する場合に、個別に通常の提訴を行うのではなく、手続を収束させ簡便化を図る方法であり参考になるため、以下において紹介することとする。

同法理由書は、アメリカにおけるクラス・アクションのように「手続に参加していない第三者に自動的に判決効が及ぶことは、ドイツの憲法及び手続法の個人的権利保護の原則にとって馴染みのないものである⁶²。」としており、同法は、オプト・アウト方式を採用せず、以下のように「提訴登録リスト制度」及び「ムスタ手続制度」を導入し、オプト・イン方式を採用している。

年末決算書や上場目論み書 (Börsenprospekten) 等に示された資本市場に係る誤った情報や誤認を惹起させる情報等に起因する損害賠償請求権または有価証券業法及び有価証券引受法に従った供給に関する契約に基づく履行請求権が主張されている第1審手続において、ムスタ確認の申立て (Musterfeststellungsantrag) により、請求権の根拠要件の存否等の認定または法的问题の明確化 (Klärung) が求められる (同法1条1項)。この申立ては当事者の申立てによるものであり、職権によるものではない。

この申立てがなされた場合に、手続裁判所は電子官報 (www.ebundesanzeiger.de) に「提訴登録リスト」 (Klageregister) を掲載する (同法2条)⁶³。このリストにより他の投資家

⁶¹ また、同法に従った提訴登録リストについての規則

(Klageregisterverordnung-KlagRegV, BGBl I 2005, S. 3092) がある。本法の法案については、久保寛展「投資者の集団的権利保護の可能性—ドイツにおける投資者モデル手続法 (KapMuG) 草案の策定—」福岡大学法学論叢 50 卷 1 号 2005 年 1 頁以下があり、大変参考になる。

⁶² BT-Drucksache 15/5091, S. 15,16.

⁶³ KapMuG の立法段階の議論として、電子官報に掲載するだけでは他の潜在的原告に告知するためには十分ではないため、ドイツ有価証券所有者保護協会 (Deutsche

は、ムスタ手続が申立てられたか、開始されたか、既に終結したかを知りうるのである。この提訴登録リストが電子官報に掲載されることにより、当該手続は中断する（同法3条）。手続裁判所は、高等裁判所による請求権根拠の存否等に係る判断を仰ぐこととされている（同法4条1項）。ここでは、要件として、公告から4ヶ月以内に同様の10以上の申立てが存在することとされている（同法4条1項）⁶⁴。

さらに、ムスタ手続の手続関与人は、ムスタ原告、ムスタ被告、参加人（Beigeladenen）であり、高裁は、裁量で原告らからムスタ原告を以下のファクターを考慮して決定により選任する。すなわち、①請求権額、②多数の原告の同意である（同法8条）。ムスタ原告が訴えを取り下げた場合には、高裁は新たなムスタ原告を選任する（同法11条）。参加人の法的地位については、ムスタ原告・被告の主張及び行為に反しない限りで、攻撃防御方法を主張する権限を有しかつ、全ての訴訟行為を適法に行いうるというものである（同法12条）。高裁によるムスタ判決（Musterentscheid）は、手続裁判所を拘束するが、これは既判力とは異なるものである⁶⁵。民事訴訟法（ZPO）が原則的に適用されるが、ZPO278条、ZPO348～350条、ZPO379条は適用されない（KapMuG 9条）。

本法適用の事例には、2007年3月時点において、以下のものがある。

- ① ダイムラークライスラー社の株主が、同社自動車コンツェルン経営者の辞任の情報が適時に公にされなかったことに基づき損害を受けたと主張して係る義務に同社が違反したことの確認を2006年3月15日にシュトゥットガルト地裁に申立てたムスタ手続（Az. 21 O 408/05）
- ② EM.TV社に対し、投資家が同社による誤った情報により損害を受けたとして BGB826条に基づく損害賠償請求権の確認について2006年9月28日にミュンヘン地裁に申立てたムスタ手続（Az. 27 O 17101/06）等⁶⁶

Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz) は、被告事業者は申立てを自身のウェブサイト
で公開することを義務づけられるべきであると指摘していたが認められなかった。

⁶⁴ この10以上という要件は条文にはなく、同法立法理由書に記載されているものである（BT-Drucksache 15/5091, S. 22.）。

⁶⁵ BT-Drucksache 15/5091, S. 30.

⁶⁶ <http://www.ebundesanzeiger.de>