

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 (UWG 10 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 (UWG 10 条 5 項)。連邦行政庁は、UKlaG 4 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 (UWG 10 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 UWG 2004 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のである。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 おわりに一両制度の関係一

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らないという現象は、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問題の明確化 (Klarung) が求められうる (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 巻 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 EML 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>