

ドイツ不正競争防止法における消費者の決定自由の保護

原田昌和

第一章 はじめに

第二章 UWGと消費者の取引上の決定自由

一 UWGの保護目的と消費者の決定自由の保護

二 適用範囲——取引行為概念の採用

三 許されないものとされる取引行為

四 法律効果

五 手続規定、刑罰および過料

第三章 UWG違反行為のBGB上の扱い

一 法律行為法上の救済手段

二 契約法上の救済手段

三 不法行為法上の救済手段

四 UWG違反を理由とする消費者の一般的契約解消権

五 小 括

第四章 UWGとBGBの協働関係

- 一 UWG の設定する義務群の有する独自の機能
- 二 義務の高度化の必要性——乗数効果

三 小 括

第五章 おわりに——日本法への示唆

- 一 特定商取引法の行為規制の概要——とくに訪問販売に関して
- 二 特定商取引法のエンフォースメントの概要
- 三 若干の検討——消費者の決定自由の重層的保護と差止請求権の対象行為の拡張について

第一章 はじめに

ドイツ不正競争防止法（以下、ドイツ不正競争防止法を UWG とし、たとえば二〇〇四年改正法を二〇〇四年 UWG と表記する）は、二〇〇四年に、それまで一〇〇年近く効力を有していた旧法を大きく改正して、成立した。⁽¹⁾ しかし二〇〇五年に、不正取引方法指令⁽³⁾が出され、しかも同指令が、その適用領域——事業者と消費者の間の取引——につき完全平準化（Vollharmonisierung：指令が定める保護水準を上回ることも下回ることもできない）を要求したため、⁽⁴⁾これに応じて、二〇〇八年改正⁽⁵⁾が行われた。これにより現在の UWG は、契約の広告・勧誘段階から履行段階まで、事業者の不正な取引行為を広く規制する法律となるとともに、事業者の不正な取引行為についての詳細な例示構成要件を備えることとなった。さらに、二〇〇九年には、望まない電話勧誘および通信取引からの消費者保護を強化するために、「不当な電話勧誘の抑止および特別な販売様式における消費者保護の改善のための法律」⁽⁶⁾

が可決され、ドイツ民法（以下、BGBと表記する）の撤回権に関連する諸規定とともに、UWGの改正も行われた。

現行UWGは、消費者の保護を保護目的として明示し、とくに消費者の取引上の決定自由が不正性判断の重要な評価視点の一つとされている。では、UWGによる消費者の決定自由の保護と、詐欺・強迫を理由とする民法上の取消権、契約締結上の過失や不法行為に基づく損害賠償請求権といった民法上の救済手段とは、どのような関係に立つのだろうか。たとえば、誤認させる取引行為について定めるUWG五条の基準を契約締結上の過失の判断基準とすることはできるのだろうか。両者の義務の基準が異なるとすれば、消費者の決定自由の保護という点において、それぞれはどのような役割を果たすのだろうか。本稿はこの問題を、とくに勧誘・交渉段階での消費者の取引上の決定自由の保護という観点から検討するものである。

以下では、まず第二章で、とくに消費者の決定自由の保護という観点から、UWGの規制内容を概観した後、第三章で、UWGに違反する勧誘・交渉方法に基づいて成立した契約がBGB上どのように扱われるのかについて検討する。その後、第四章で、UWGとBGBの協働関係や、UWGの果たす独自の機能の根拠などに関する最近の学説を紹介し、第五章において、わが国に対して得られる示唆について若干の検討を行う。

- (1) 一九〇九年UWGについては、角田美穂子「ドイツ不正競争防止法 仮訳」亜細亜法学三七卷二号二二頁（二〇〇三年）を参照。
- (2) 二〇〇四年UWGを紹介する邦語文献として、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開——新UWGについて——」立命館法学二九八号二五〇頁（二〇〇四年）、角田美穂子「欧州における競争法の動向——二〇〇四年ドイツ不正競争防止法と二〇〇五年EU不公正商慣行指令——」クレジット研究三五号二二六頁（二〇〇五年）¹⁾ Dr. Frauke Henning-Bodewig（ドイツ知的財産法研究会訳）「ドイツ新不正競争防止法」知財管理五八巻五号六四九頁（二〇〇八年）；Henning-Bodewig GRUR 2004 713ff.の翻訳）、寺川永「消費者契約における『情報提供』、『不招請勧誘』および『適合性の原則』に関するドイツの法制度」（財）比較法研究センター・潮見佳男編『諸外国の消費者法における情報提供・

不招請勧誘・適合性の原則」(商事法務、二〇〇八年) 九頁・二七頁・一七二頁、牧山嘉道・森山義子「不正競争防止に関する各国の法制度」二カ国の制度と運用(第一六回)ドイツ①、(第一七回)ドイツ②、国際商事法務三七卷一〇号一三四九頁、三七卷一〇号一四九七頁(二〇〇九年)を参照。

(3) 二〇〇五年五月一日付の、域内市場での事業者と消費者の間の商取引における不正な取引方法、および、理事会指令 84/450/EWG、欧州議会および理事会指令 97/7/EG、98/27/EG、2002/65/EG の修正に関する欧州議会および理事会指令 2005/29/EG。

同指令を紹介する邦語文献として、平田健治「EU 契約法と消費者保護」二〇〇四年のコミッション通知と二〇〇五年の不正取引手段指令——阪大法學五五卷二五七九頁(二〇〇五年)、角田・前掲注(2) 二六頁、寺川・前掲注(2) 七頁・一〇頁・二四頁・二二七頁、鹿野菜穂子「EU における広告規制——広告規制の変遷と EC 不正取引方法指令の概要——」現代消費者法第六号二〇頁(二〇一〇年)、角田美穂子「EC 不正取引方法指令をめぐる問題」現代消費者法第六号二八頁(二〇一〇年)、本城昇『不正な消費者取引の規制 米国・EU・韓国の法制を中心に』四七頁以下(日本評論社、二〇一〇年)などを参照。

(4) 同指令との関係で、二〇〇四年 UWG について指摘されていた修正の必要性については、角田・前掲注(2) 一三一頁以下を参照。なお、完全平準化の結果、UWG の規定についても、それが不正取引方法指令の国内法化である限り、同指令と調和的に解釈されなければならないが、このように両者を参照しなければならないことは裁判官にとって大きな負担となる(Köhler, WRP 2009, 109 (110))。

(5) 二〇〇八年改正の紹介として、中田邦博「ドイツにおける広告規制——二〇〇八年 UWG 改正の意義——」現代消費者法第六号四一頁(二〇一〇年)、原田昌和「ドイツ不正競争防止法の最近の展開——二〇〇八年、二〇〇九年改正について——」現代消費者法第七号七六頁(二〇一〇年)、本城・前掲書注(3) 一三一頁以下も参照。条文訳としては、右拙稿のほか、宗田貴之「ドイツ不正競争防止法(翻訳)」財団法人比較法研究センター『アメリカ、カナダ、フランス、ブラジルにおける集団的消費者被害の回復制度に関する調査報告書』三二九頁以下(二〇一〇年。http://www.caage.jp/planning/21orinamate/19-03-301-ger.pdf) を参照。二〇〇八年から二〇一〇年までの状況については、Klute, NJW 2010, 3280 を参照。

(6) BGBl. I S. 2413, 二〇〇九年八月三日公布、同日施行。政府草案(BT-Drucks. 16/10734) の紹介として、渡邊齊志「海外法律情報 ドイツ 不招請勧誘の禁止」ジュリスト一三七四号五九頁(二〇〇九年)参照。施行直後の同法の解説として、Köhler, NJW 2009, 2567 を参照。

第二章 UWGと消費者の取引上の決定自由

現行UWGは、四章および付表から構成されている。第一章総則は、目的、定義規定に続き、不公正な取引行為についての構成要件を、第二章法律効果は、差止請求権や損害賠償請求権などの民事法上の法律効果を、第三章手続規定は、管轄や調停所などに関する規定を、第四章は、刑罰および過料に関する規定を、それぞれ定め、付表に、三条三項により常に許されないものとされる三〇の取引行為が列挙されている。以下、とくに消費者の決定自由の保護という観点から、UWGの内容を概観する。

一 UWGの保護目的と消費者の決定自由の保護

一条は、「本法は、競争事業者、消費者、およびその他の市場参加者を不公正な取引行為から保護することを目的とする。本法は同時に、健全な競争 (unverfälschten Wettbewerb) に関する公共の利益をも保護する」と定める。これに相当する規定は、一九〇九年UWGには存在しなかった。不正競争防止法は、当初、競争者保護法として構想されたが、その後、公共の利益や消費者保護も、目的として承認され、それが本条に表現されたものである。⁽⁷⁾

この三つの保護目的 (Schutzzwecktrias) の重要部分を構成するのが、消費者の決定自由の保護である。⁽⁸⁾ このことは、三条二項に明示されているほか、二〇〇四年UWGの立法者も、一条に関して、「とくに保護されるのは、競争事業者の商品提供の自由と消費者の決定自由である」⁽⁹⁾と述べている。五条（誤認させる取引行為）や五a条（不作為による誤認惹起）は、消費者の決定自由の保護を目的とする典型的規定といえる。⁽¹⁰⁾ たしかに、UWGの中には、四条七号（競争事業者の評価の毀損）・八号（競争事業者の信用の毀損）・九号（商品や役務の模倣）・一〇号（競争事業

者に狙いを定めた妨害行為)、六条六号(広告内で、自社製品を、保護された標章のもとで販売されている他社製品の模倣品であると明示すること)、一七条(秘密の漏洩)、一八条(原型の利用)など、競争事業者の利益の保護を目的とする規定や、七条(過大な迷惑行為)のように、消費者の一般的人格権、所有権、占有などの保護を(も)目的とする規定もあり、消費者の決定自由の保護が唯一の評価基準であるわけではない。しかし、消費者の決定自由の保護は、今やUWGの保護目的の重要部分を構成し、不正性判断の際の重要な評価視点の一つとなっている。⁽¹¹⁾

なお、三つの保護目的が並列されたことの中には、事業者間(B2B)のルールと事業者消費者間(B2C)のルールとを統合的に規律するというUWGの態度が示されている。したがって、事業者間(B2B)のルールと事業者消費者間(B2C)のルールを別個に規律する不正取引方法指令とは異なり、条文中特別の断りのない限り、UWGのルールは事業者間取引にも適用される。⁽¹²⁾

二 適用範囲——取引行為概念の採用

二〇〇八年改正により、二〇〇四年UWGが用いていた「競争行為(Wettbewerbshandlung)」概念に代えて、「取引行為(geschäftliche Handlung)」概念がUWGの中心概念となった。従来用いられていた「競争行為」概念は、不正取引方法指令の国内法化のため、契約締結の際の行為および締結後の行為も含むように改正する必要があるとされていたが、これらの行為は必ずしも競争行為ではないことから、「取引行為」概念が採用された。⁽¹³⁾

二〇〇八年UWG二条一項一号は、「取引行為」を、「自己または他の事業者のために、商品もしくはは役務の販売もしくは購入(Bezug)の促進、または商品もしくはは役務に関する契約の締結もしくは履行と客観的に関連のある取引の締結の前の、締結の際の、または締結の後のあらゆる行為をいう」と定義している。⁽¹⁴⁾これにより、販売や購買の促進ではなく、単に契約の締結および履行の際の契約相手方の取引上の決定に影響を及ぼすことに向けら

れた行為態様も、UWGの適用範囲に含まれることとなり、従来以上にBGBとの競合が問題となる場面が増えることとなった。⁽¹⁵⁾

本稿が検討対象とするのは、主として契約の勧誘および締結段階での消費者の決定自由の保護である。

三 許されないものとされる取引行為

(1) 一般条項（三条）

(a) 不公正な取引方法に関する三条の一般条項は、不公正取引方法指令に合わせて、一項から三項に細分化され、併せて末尾に三〇項目に及ぶ付表⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾が設けられた。取引行為の不公正性の判断は以下のような検討順序をたどる⁽¹⁹⁾。まず、三項により、付表に掲げる消費者に対する取引行為は、常に許されないものとされる（いわゆるブラックリスト）。

次に、付表に掲げられていない、その他の行為態様については、まず、一項の基準に基づいて検討が行われる。ここでは、取引行為が、不公正であり、競争事業者、消費者またはその他の市場参加者の利益を明らかに認められる程度（*spürbar*）に侵害するのに足りるものであることが要件とされる。四条から六条は、三条一項の例示である。

さらに、一項により許されないものとはされなかった場合でも、消費者に対する取引行為については、なお、二項の基準に基づく審査が行われる（受け皿構成要件）。ここでは、取引行為が、消費者に対するものであること、不公正であること、事業者について妥当する専門的な注意⁽²⁰⁾に合致しないこと、諸情報に基づいて決定を下す消費者の能力を明らかに認められる程度に侵害し、それによって、それがなければしなかつたであろう取引上の決定をさせるのに足りるものであることが要件とされる。一項、二項ともに、侵害するのに「足りるもの」で足りるとされて

おり、予防的保護が意図されている。⁽²¹⁾

また、完全平準化により、本法を通じて、消費者とは、平均的消費者、取引行為の対象が限られている場合は当該グループの平均的構成員をいう（不正取引方法指令五条二項b。内容はUWG三条二項二文に対応。^(21a)）。

(b) 三条の前身は、二〇〇四年改正前UWG一条であり、そこでは競争行為が良俗に反することが問題とされていた。良俗違反の判断基準としては、「公正かつ正当に思考する全ての者の礼儀感情」が従来挙げられてきた。しかし、二〇〇四年改正の後、連邦通常裁判所は、不正概念について、かかる基準によらない旨を明らかにし、⁽²³⁾「UWG四条の例示構成要件には含まれないが、それに相応する不法内容を有し、営業および商業における礼儀にかなった慣行に反する競争行為は、UWG三条の意味で不正となりうる⁽²⁴⁾」と述べ、さらにその後、「不正性の認定は、機能的考察、すなわち競争法の保護目的（UWG一条）に準拠した考察を必要とする」と述べるにいたった。⁽²⁵⁾

UWGの機能的理解は近時支持を集めているが、エメリッヒ（Volker Emmerich）はこれを以下のように説明する。すなわち、不正概念の具体化のために参照されるべきシステムは、競争行為の不正性の判断に関する基準がそこから引き出されるべきであるところの、UWGおよびわれわれの法秩序全体によって構成される健全な競争のシステムである。それによれば、競争行為が不正とされるのは、そのような健全な競争システムの適法性および機能方法ととくにひどい形で合致せず、それゆえ、法律の介入を必要とするほどにひどい形で競争秩序を侵害するがゆえである。⁽²⁶⁾そして、今日においては、まず、不正な競争行為の包括的な例示カタログからスタートしなければならず、一般条項への直接的な立ち戻りが問題とされてよいのは、例示構成要件と同等の不法内容が存在する例外的事例だけである。⁽²⁷⁾

(c) ところで、比較的最近まで、一般条項を具体化するための基準として、業績競争（Leistungswettbewerb）と

非業績競争の区別が主張されていた。⁽²⁸⁾しかし最近の学説においては、業績競争の概念は不正概念と同様に不確定であり、伝統的な競争手法を規範へと高めることによって、革新的なマーケティング方式を妨害する誘因となりうるといった理由から、批判が強い。⁽²⁹⁾

(2) 不正取引の例示構成要件（四条から六条）

三条一項の不正概念は、四条から六条において例示されている。

(a) 四条は不正な取引行為の例として、①圧力の行使、人間の尊厳を損なうような方法、その他不当で事柄の性質に適さない影響によって、消費者その他の市場参加者の決定自由を侵害するのに足りる取引行為（一号）、②消費者の精神的または身体的障害、年齢、取引上の無経験、軽率、不安または強制状態を利用するのに足りる取引行為（二号）、③取引行為の広告的性格を隠へいする行為（三号）、④値引き、景品または贈答品のような販売促進手段を受ける条件を明確に記載しない行為（四号）、⑤懸賞やくじ引きの参加条件を明確に記載しない行為（五号）、⑥消費者の懸賞やくじ引きへの参加を商品や役務の取得にかからせる行為^(29a)（六号）、⑦競争事業者の評価を低下させ、または誹謗する行為（七号）、⑧競争事業者の信用を毀損するに足りる事実を主張または流布する行為（八号）、⑨競争事業者の商品や役務を模倣して、経営上の出所に関する顧客の誤認を惹起し、または、模倣された商品や役務の評価をむしろは侵害する行為（九号）、⑩競争事業者に狙いを定めた妨害行為（ホイコットなど。一〇号）、⑪市場参加者の利益のために市場行為を規律することを目的とする法律上の規定に違反する行為（十一号）⁽³⁰⁾、を挙げている。

ところで、不正取引方法指令は、不正な取引方法を、意思決定への影響の仕方に対応して、誤認させる取引方法（同指令六条および七条。判断の基礎となる情報の収集を害する）と攻撃的取引方法（同指令八条および九条。判断過程そのものを害する）とに分けている。UWGは、誤認させる取引方法に関しては、右指令に対応した詳細な規

定を置く一方で（五条および五 a 条を参照）、攻撃的取引方法に関しては、四条一号および二号で対応できるとの認識のもとに、詳細な規定を置いていないため、右両号の解釈の際には不正取引方法指令に立ち戻る必要性が大きい。不正取引方法指令は、攻撃的取引方法について、付表 I 二四号以下にブラックリストを定めるとともに、八条および九条において、判断の枠組みや要素を詳細に定めている。⁽³¹⁾

(b) 五条は、誤認を惹起する取引行為（作為）を不正としてしている。本条では、誤認惹起的かどうかを判断する際の要素がかなり詳細に挙げられている。⁽³²⁾

不作為による誤認惹起については、二〇〇四年 UWG においては、五条二項二文に簡単な規定があるだけだったが、二〇〇八年改正において、不正取引方法指令七条に合わせて、五 a 条がおかれ、規制が拡充された。⁽³³⁾

(c) 六条には、比較広告の定義（二項）とともに、比較広告が不正とされる場合が挙げられている（二項）⁽³⁴⁾。本条は、「誤認広告および比較広告に関する指令（2006/114/EC）」を国内法化したものである。規範目的について、同指令の考慮理由六は、比較広告に関するルールの平準化は、さまざまな比較可能な製品の長所を明示し、商品および役務の提供者間の競争を消費者の利益のために促進しようとし、また、考慮理由九では、どのような比較広告実務が競争をゆがめ、競争事業者を害し、消費者の決定に消極的な影響を与えうるのかという観点に関する限りにおいて、許される比較広告の条件が規定されるべきであるとされている。UWG 六条においては、これら諸利益の保護が規範目的となっている。⁽³⁵⁾

(3) 過大な迷惑行為（七条）

七条は、過大な迷惑行為の禁止を定める。本条は、当初二〇〇四年 UWG において三条の例示構成要件として設けられたものであるが、二〇〇八年改正により、そのような位置づけから離れ、独立した構成要件となった。⁽³⁶⁾ 本条一項は、「ある市場参加者に過大な方法で迷惑をかける取引行為は、許されない。このことは、受け手である市場

参加者が広告を望まないことが認識可能であるにもかかわらず広告をなす場合に、とくに妥当する」と定める。本項に関しては、①手紙や投げ込み広告による勧誘⁽³⁸⁾、②公共の場所での通行人への話しかけ、③注文されていない商品の送付⁽³⁹⁾、④戸別訪問といった事例群が形成されている⁽⁴⁰⁾。

二項は、一号から四号までにおいて、常に過大な迷惑行為とされる広告手段を挙げている。このうち、一号の「第二号および第三号に挙がっていない通信取引に足りる商業的通信手段」とは、手紙、パンフレット、カタログなどをいう⁽⁴¹⁾。次に、二号は、消費者に対しその事前の明示的な同意なしに（オプト・イン方式）、またはその他の市場参加者に対して少なくともその推定的同意なしに、電話による広告が行われた場合には、過大な迷惑行為とされる⁽⁴²⁾とする。

七条の直接的な目的は、消費者その他の市場参加者を、私的な領域または職業上の領域の不当な侵害から保護することにあるが、間接的に、市場参加者をその決定自由に対する侵害から保護することをも目的としている。もつとも同条は、市場参加者の決定自由が実際に侵害されたこと、または侵害が予測されることを要件としてはいない⁽⁴³⁾。

四 法律効果

第二章は、不正競争行為の民事上の効果を定める。原告適格を有する者の側から整理すると、競争事業者は、侵害除去・差止請求権（八条三項一号）⁽⁴⁴⁾ および損害賠償請求権（九条）⁽⁴⁵⁾ を、営業上または職業上の利益を促進するための団体、適格性を有する消費者保護組織、商工会議所または手工業会議所は、侵害除去・差止請求権（八条三項二号から四号） および利益剥奪請求権（一〇条）⁽⁴⁶⁾ を、それぞれ行使することができる。

これに対して、かねてより、消費者個人の救済手段を創設すべきとの議論が存在しているが（一般的契約解消権

について第三章四を参照)、現行 U W G はこれを認めておらず、消費者の保護は集団的なものとどまる。⁽⁴⁷⁾ また、ドイツでは、わが国と異なり、行政の果たす役割は大きくない。⁽⁴⁸⁾ その理由としては、U W G には、G W B におけるカルテル庁のような監督官庁がないこと、一九七八年 U W G 改正による消費者団体の差止請求権の導入以来、実績が積み重ねられていることが挙げられる。⁽⁴⁹⁾

また、利益剥奪請求権について、その法的性質は、競争事業者ないし消費者の損害賠償請求権でも、不当利得返還請求権でもない⁽⁵⁰⁾とされている。次章でみるように、そもそも U W G の諸規定に対する違反は、直接には消費者に何らかの権利を発生させるものではない。本制度に関しては、事業者の故意要件(未必の故意でよい)や違反行為と利益との因果関係の立証が困難であるという問題や、⁽⁵¹⁾剥奪されるべき利益を証明できなかつた場合に原告団体が負う訴訟費用のリスクといった問題があるため、現在のところ、実務上は、マージナルな役割しか果たしていない⁽⁵²⁾との見解もある。⁽⁵³⁾しかし、事案も増加しており、今後の展開を注視すべきであろう。⁽⁵⁴⁾なお、利益剥奪請求権については、後述注(145)も参照されたい。

五 手続規定、刑罰および過料

第三章には裁判上および裁判外の手続規定が置かれている。一五条が、ADRとして、商工会議所における調停所に関して規定しているのが興味深い。⁽⁵⁵⁾

第四章は刑罰および過料に関する規定を定める。広範囲への誤認惹起広告や連鎖的取引(一六条)⁽⁵⁶⁾、業務上の秘密の漏洩や図面等の漏洩など(一七条から一九条)のとくに重大な違法行為に対しては、自由刑または罰金刑が科される。また、二〇〇九年改正で、故意または過失により事前に消費者の同意なく電話勧誘を行った者に対する五万ユーロまでの過料規定が置かれ、電話勧誘に対する規制が強化された(二〇条)。

- (7) Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl., 2010, § 1 Rn. 11. 1100 四年改正以前の歴史的な展開については Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 20f. 参考。
 - (8) Köhler/ Bornkamm, UWG, 28. Aufl., 2010, § 1 Rn. 16.
 - (9) BT-Drucks. 15/1487, S. 13.
 - (10) これらの条文に關しても、消費者の決定自由の保護と並んで、競争事業者の保護も目的とされることは言うまでもない。Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl., 2010, § 5 Rn. 18ff.
 - (11) Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 8. Aufl., 2009, § 12 Rn. 1ff. 1100 四年改正前であるが、Drexl, aa.O. (Fn. 7), S. 517ff. がこの点を詳細に論じている。
 - (12) 逆に言うところ、事業者消費者間取引に関する不正取引方法指令の規制を、(部分的に) 事業者間取引にも及ぼすことになるため、過剰な国内法化であったとも考えられる。Vgl. Drexl, Mehr oder weniger Verbraucherschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht, in: Hilty and Henning-Bodewig (eds.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, 2009, S. 227 (238ff.).
 - (13) Köhler/ Bornkamm, UWG, 28. Aufl., 2010, § 1 Rn. 5.
 - (14) 比較のために 1100 四年 UWG における競争行為の定義を掲げる。1100 八年改正によって、適用範囲が、商品の販売や購入等の促進以外にも広がっている点に注目された。
 - (15) 1100 四年 UWG 二条一項一号「競争行為」とは、自己または他の事業者のために、不動産、権利および義務を含めた、商品の販売もしくは購入または役務の提供もしくは購入を促進することを目的とせず、あらゆる行為をいう。
 - (16) たとえば、消費者が商品の瑕疵を主張し、代替履行(ドイツ民法四三七条一号、四三九条)を請求したのに対して、事業者が、瑕疵担保請求権はすでに時効にかかっているという虚偽の回答をしたという事例では、五条一項二文七号により三条一項が適用されえ、反復の危険性があれば、八条により差止請求も可能である(Köhler, WRP 2009, 109 (115) の例)。
- (16) UWG 三条【不正な取引行為の禁止】
- (1) 不正な取引行為は、それが、競争事業者、消費者またはその他の市場参加者の利益を明らかに認められる程度に (spürbar) 侵害するものに足りるものである場合には、許されない。
 - (2) 消費者に対する不正な取引行為は、それが、事業者について妥当する専門的な注意に合致せず、諸情報に基づいて決定を下す消費者の能力を明らかに認められる程度に (spürbar) 侵害し、それによって、それがなければなかったであろう取引上の決定をさせるのに足りるものであった場合には、いずれにせよ許されない。その際には、平均的な消費者が、または、その取引行為がある一定のグループの消費者に向けている場合には、このグループの平均的構成員が、顧慮されなければならない。精神的または身体的障害、年齢、騙されやすさのゆえにとくに保護に値し、一義的に特定可能な消費者のグループは、自己の取引行為がこのグループにしかかかわらないことが事業者にとって予見

可能である場合には、顧慮されなければならない。

(3) 本法の付表に掲げる消費者に対する取引行為は、常に許されない。

(17) 不正取引方法指令付表 I は三〇号からなるが、二六号は、七条二項一号で国内法化されているため、UWG の付表は三〇号からなる。詳細なブラックリストを設けることについて、Scherer NJW 2009, 324 (325) は、消費者保護の最小限を確定するというメリットがある反面、不正判断の硬直化の危険もあると指摘する。

(18) 付表には、たとえば以下のようなものが挙げられている。必要な認証を受けていないにもかかわらず、公認マーク (Güteschildchen)、品質マーク (Qualitätskennzeichen) その他同等のものを使用する行為 (二五号)。消費者に諸情報に基づいて決定を下す時間や機会をもたせず、即時の取引上の決定をさせるために、当該商品または役務が一般的にまたは特定の条件の下では非常に限定された期間中にしか入手できない旨の、虚偽の表示をする行為 (七号)。提供されている商品を購入せず、または提供されている役務を要求しない場合に、消費者またはその家族の個人的安全を脅かすであろう危険性、病気、事故、犯罪や自然災害など——筆者注)の種類と程度について、虚偽の表示を行う行為 (二二号)。商品または役務に病気、機能障害、奇形を治癒する効果がある旨の虚偽の表示をすること (一八号)。支払請求書を添付した宣伝文書を送付し、宣伝されている商品または役務をすでに注文したとの誤った印象を生じさせる行為 (二二号)。消費者に対し、まず契約を締結するの でなければ一定の空間から退去できない旨の印象を生じさせる行為 (二五号)。被訪問者の退去または再度の来訪拒否の要請を無視し、その者の住居を個人的に訪問する行為 (二六号)。

(19) 以下の検討順序については、Köhler WRP 2009, 109 (112f.) に従った。ただし、三条一項と同二項一文の関係については議論がある。Vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., 2010, § 3 Rn. 8; Scherer, WRP 2010, 586; Köhler, WRP 2010, 1293.

(20) UWG 二条一項七号「専門的な注意」とは、事業者が、その行動領域において、消費者に対して、市場慣行を顧慮して、信義誠実に基づき、遵守することが誠実に承認されうる専門的知識および注意の基準をいう。

(21) Lettl, Wettbewerbsrecht, 2009, § 2 Rn. 14.

(21 a) 平均的消費者とは、適度に情報を得ており、適度に注意深くかつ批判的な平均的消費者をいう (不正取引方法指令考慮理由一八)。消費者概念については、Lettl, aaO. (Fn. 21), § 1 Rn. 95ff. が詳しく。

(22) 二〇〇四年改正前 UWG 一条 業務上の取引において競争の目的をもって善良の風俗に反する行為を行う者に対しては、差止および損害賠償を請求する「Jahresvertrag」。

(23) BGH, Urt. v. 7. 2. 2006, BGHZ 166, 154 (161f. Tz. 19).

(24) BGH, Urt. v. 13. 7. 2006, BGHZ 168, 314 (321 Tz. 29).

(25) BGH, Urt. v. 11. 1. 2007, BGHZ 171, 73 (80f. Tz. 21).

(26) Emmerich, aaO. (Fn. 11), § 5 Rn. 21 m.w.N. Vgl. auch Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., 2009, § 3 Rn. 13.

- (27) Emmerich, aaO. (Fn. 11), § 5 Rn. 26. Letzl, aaO. (Fn. 21), § 2 Rn. 8 も同旨。
- (28) P. Ulmer, GRUR 1977, 565 ff. na⁹. 一九八〇年代の業績競争論を簡潔に紹介する邦語文献として、舟田正之「西ドイツの『業績競争』論」同「不正な取引方法」（有斐閣、二〇〇九年）（該当部分の初出は一九八三年）一八五頁以下を参照。
- (29) Drexl, aaO. (Fn. 7), S. 550f.; Piper/Ohly/Sornitz, UWG, 5. Aufl., 2009, Einführung Rn. 23; Emmerich, aaO. (Fn. 11), § 5 Rn. 19; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Altherr, UWG, 2. Aufl., 2009, Einführung F. Rn. 79; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schneemann, UWG, 2. Aufl., 2009, § 3 Rn. 228ff.; Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., 2010, § 1 Rn. 44.
- (29 a) EuGH, Urt. v. 14.1.2010, NJW 2010, 1867 ff. のような抱き合わせを個別事例の特別な事情を考慮することなく原則として許されないものとするのは、不正取引方法指令に反するとしてうる。Vgl. auch Köhler, GRUR 2010, 177.
- (30) この文言からも明らかのように、一一号は非常に広い適用範囲を有する。事例については、Emmerich, aaO. (Fn. 11), § 20 Rn. 26ff. を参照。
- (31) 不正取引方法指令八条【攻撃的な取引方法】
取引方法は、それが、全ての事実上の諸事情を考慮して、具体的事例において、迷惑行為、物理的圧力を含む強制、不当威圧（undue influence; unzulässige Beeinflussung）により、平均的消費者の製品に関する決定や行動の自由を著しく侵害し、または侵害するおそれがあり、それにより、消費者が、それがなかったらしなかったであろう取引上の決定をさせられ、またはさせられるおそれがある場合に、攻撃的なものとみなされる。
同指令九条【迷惑行為、強制および不当威圧】
取引方法の枠内で、迷惑行為、物理的圧力を含む強制、不当威圧の手段が用いられたか否かの判断に際しては、以下の点を考慮しなければならない。
(a) その時点、場所、方法または長さ
(b) 威嚇的または侮辱的な表現または行動の使用
(c) 事業者が知っている、消費者の判断能力に影響を与えるほどの具体的な不幸な状況や困難な状況を、製品に関する消費者の決定を侵害するために、事業者が利用すること
(d) 契約の解消、または他の製品もしくは他の事業者への変更の権利を含む、契約上の権利を消費者が利用するのを妨げようとして事業者が利用した、契約外の種類の、負担となるまたは不相当な障害
(e) 法的に不当な行為による強迫
- 同指令の付表一・二四号以下は、UWG七条二項一号、付表一七号および二五号から三〇号にそれぞれ対応する。
- (32) UWG五条【誤認させる取引行為】

(1) 誤認させる取引行為を行う者は、不正な行為を行うものというべきである。取引行為は、それが以下の事情に関して虚偽の表示 (Ansagen) を含み、または誤認させるに足りる表示を含む場合には、誤認を惹起するものである。

- 1 処分可能性、種類、仕様、利点、リスク、組成、付属品、製造・提供・調達の手続きもしくは時期、目的有用性、使用可能性、量、性質、顧客サービスおよび苦情申し出手続き、地理的もしくは経営上の出所、使用により期待される結果、または、商品もしくは役務のテストの結果もしくは本質的構成部分といった、商品または役務の本質的特徴
- 2 特別の価格利益の存在のような販売の動機、価格もしくはその算定方法 (Art und Weise)、または、商品供給もしくは役務提供の条件
- 3 事業者の身元、知的財産権を含む財産、義務の範囲、能力、地位、認可、会員資格もしくは実際関係、勳章もしくは表彰経歴、取引行為の動機、または販売の種類のような、事業者の人格、特性または諸権利
- 4 直接もしくは間接のスポンサーシップと関連のある記述もしくはシンボル、または、事業者もしくは商品もしくは役務の認可とかかわる記述もしくはシンボル
- 5 サービス、部品、交換または修理の必要性
- 6 事業者が拘束的なものとして義務付けられており、かつ拘束を受けている旨を表示している行為準則の遵守
- 7 消費者の諸権利、とくに保証約束に基づく権利または給付障害の場合の瑕疵担保権

(二項以下略)

(33) UWG 5 a 条【不作為による誤認惹起】

(1) ある事実についての沈黙が誤認惹起的であるかどうかの判断に際しては、とくに、そのような決定が取引観念に照らして取引上の決定に對して有する意味、およびそのような沈黙が決定に影響を与えようかどうかが顧慮されなければならない。

(2) 三条二項という消費者の決定能力に對して、具体的な事例において通信手段の限界を含む全ての諸事情を考慮した場合に本質的である情報を知らせずにおくことよって影響を及ぼした者は、不正な行為を行うものというべきである。

(3) 商品または役務が、使用された通信手段にとつて相当な方法でその特徴と価格を表示して宣伝され、それにより平均的消費者がその取引を締結する可能性がある場合には、諸事情から直接に明らかにならない限りにおいて、以下の情報が、二項の意味において本質的なものとみなされる。

- 1 商品または役務および使用された通信手段にとつて相当な範囲での、商品または役務の全ての本質的特徴
- 2 事業者の身元および住所、事業者が代理人として行動している場合には、本人たる事業者の身元および住所
- 3 税額込みの価格 (Endpreis)、または商品または役務の性質上事前の価格算定が合理的にできない場合については価格算定基準、ならびに、付加的な貨物運送料、配送料および郵送料、またはこれらの費用を事前に算定できない場合には、これらの費用が別途かかりうる旨
- 4 専門家としての注意の要請にそぐわない、支払条件、配送条件および提供条件、ならびに苦情処理手続き

5 解除権または撤回権の存在

（四項略）

なお、フランスでは「不作為による誤認惹起」に関する規定は事業者間の取引行為には適用されない（フランス消費法典L.121-1条Ⅲ）の対して、UWG 5 a 条一項は事業者を含むすべての市場参加者について適用がある（B.T-Drucks. 16/1045, S. 25）。フランスにおける不正取引方法指令の国内法化の状況については、馬場圭太「フランスにおける広告規制法の新たな展開——二〇〇五年不正取引方法指令の国内法化にともなう消費法典の改正」甲南法学五〇巻一・二号一四三頁以下（二〇〇九年）、同「フランスにおける広告規制」現代消費者法六号三五頁以下（二〇一〇年）を参照。

（34） UWG 六条【比較広告】

（1） 比較広告とは、ある競争事業者またはある競争事業者が提供する商品または役務を直接的または間接的に認識させる、あらゆる広告を行う。

（2） 行われている比較が次の各号のいずれかに該当する場合、比較広告を行う者は、不正な行為を行うものというべきである。

1 同一の需要または同様の使用目的のための商品または役務と関連していないとき（二号以下略）

（35） Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 6 Rn. 11; Lettl, aaO. (Fn.21), § 6 Rn. 1 u. 23.

（36） UWG 七条【過大な迷惑行為】

（1） 市場参加者に過大な方法で迷惑をかける取引行為は、許されない。このことは、受け手である市場参加者が広告を望まないことが認識可能であるにもかかわらず広告をなす場合に、とくに妥当する。

（2） 過大な迷惑行為は、以下の場合には常に認められなければならない。

1 消費者がそれを望まないことが明らかであるにもかかわらず、二号および三号に挙がっていない、通信取引に足りる商業的通信手段を用いた広告をして、消費者を執拗に勧誘する場合

2 消費者に対しその事前の明示的な同意なしに、またはその他の市場参加者に対して少なくともその推定的同意なしに、電話による広告をする場合

3 受け手の事前の明示的な同意なしに、自動電話機、ファックスまたは電子郵便を用いた広告をする場合

4 通知 (Nachricht) による広告において、通知の伝達を委託した発信者の身元が隠ぺいもしくは秘匿されており、または受け手が基本料金表による伝達費用以外の費用なしにそのような通知の停止を要求する際の宛て先となる現住所が記載されていない場合

（三項略）

本条の立法過程については、宗田貴之『迷惑メール規正法概説』（レクシスネクシス・ジャパン、二〇〇六年）一三二頁以下が詳細である。

（37） よって、七条一項一文の「過大な方法で」という基準に重ねて、三条一項の「明らかに認められる程度に (spürbar)」という基準が適用

- られる」とはなす。Vgl. BT-Drucks. 16/10145, S. 28.
- (38) 消費者に関しては主に七条二項一号が適用されよう。
- (39) なお、この場合、注文されていない給付によって消費者に対する請求権が基礎づけられることはない (BGB 二四一 a 条)。
- (40) Immerich, aaO. (Fn. 11), § 13 Rn. 25ff.
- (41) Köhler/ Borkmann, UWG, 28. Aufl. 2010, § 7 UWG Rn. 100.
- (42) 本号は、二〇〇九年に、消費者に対しては事前の明示的な同意が必要である旨を明確にするために改正されたものである。BT-Drucks 16/10734, S. 13.
- (43) Köhler/ Borkmann, UWG, 28. Aufl. 2010, § 7 Rn. 2f.
- (44) UWG 八条【侵害の除去および差止め請求】
- (1) 三条または七条により不法な取引行為を行う者に対しては、侵害の除去を、および反復の危険性がある場合については差止めを請求することができる。差止請求権は、三条または七条に対するこの種の違反行為が差し迫っている段階からすでに存在する。
- (2) ある事業における違反行為が、勤務者 (Mitarbeiter) または受命者 (Beauftragte) によって行われる場合には、差止請求および侵害除去請求は、事業者に対しても基礎づけられる。
- (3) 第一項に基づく請求権は、次の各号に掲げる者に帰属する。
- 1 あらゆる競争事業者
 - 2 営業上または独立した職業上の利益の促進を目的とする権利能力のある団体。ただし、同一の市場において、同種または類似の商品または役務を販売する事業者の相当数を構成員とし、とくにその人的、物的および財政的な備えに照らして、営業上または独立した職業上の利益の追求という定款上の責務を實際に引き受ける能力があると判断され、かつ、その違法行為が構成員の利益に関わる場合に限られる。
 - 3 差止訴訟法第四条にいう適格性を有する組織のリスト、または消費者利益保護のための差止訴訟に関する一九九八年五月一九日付けの欧州議会および理事会指令 (86/27/EEC) 四条にいう欧州委員会のリストに登録されていることを証明した、適格性を有する組織
 - 4 商工会議所または手工業会議所
- (四項以下略)
- (45) UWG 九条【損害賠償請求】
- 故意または過失により三条または七条による不当な取引行為をなした者は、競争事業者に対し、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。定期印刷物の責任者に対しては、故意による違反行為がある場合に限り、損害賠償を請求することができる。
- (46) UWG 一〇条【利益剥奪請求】
- (1) 故意により、三条または七条により許されない取引行為をなし、かつ、それにより多数の購買者の不利益のもとに利得を得た者は、八条

三項（号）ないし四号により差止請求を主張する権限を有する者により、この利得を国庫に返還することを請求せられるものとする。
（二項以下略）

- (47) Ahrens, Das Verhältnis von UWG und Vertragsrecht aufgrund der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: Hilty, Drexl und Nordemann (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, 2009, S. 407 (415); Köhler/ Borkmann, UWG, 28. Aufl. 2010, § 5 Rn. 110f.
- (48) Köhler/ Borkmann, UWG, 28. Aufl. 2010, § 12 Rn. 71. 本城・前掲書注（3）一五六頁以下も参照。
- (49) 「集团的消費者被害救済制度研究会（第七回）議事要旨」五頁以下（高田発言）（<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/100409gjiyoushi7h.pdf>）。本城・前掲書注（3）一五一頁以下も参照。
- (50) 宗田貴之「団体訴訟の新展開」（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）九五頁以下、高田昌宏「団体訴訟の機能拡大に関する覚書き」高田裕成他編『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、二〇〇五年）五七頁。
- (51) Köhler/ Borkmann, UWG, 28. Aufl. 2010, § 10 Rn. 2. Piper/ Ohly/ Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, § 10 Rn. 3.
- (52) Emmerich, aaO. (Fn. 11), § 23 Rn. 42.
- (53) Emmerich, aaO. (Fn. 11), § 23 Rn. 31. 裁判例として LG Bonn, Urt. v. 12. 5. 2005, GRUR-RR 2006, 111（事業者の未必の故意の立証ができていないとして利益剥奪請求を否定した事案）；OLG Stuttgart, Urt. v. 2. 11. 2006, GRUR 2007, 435（事業者の未必の故意の立証ができていないとして利益剥奪請求を否定した原審を破棄して、利益額および違反行為との因果関係を審理させるために差し戻した事案）を参照。
- (54) 利益剥奪請求制度の立法過程については、宗田・前掲書注（50）七一頁以下が、成立後の展開については、同「消費者法の新展開」（慶應義塾大学出版会、二〇〇九年）四一頁以下、および、同「ドイツにおける集团的消費者被害の回復制度に関する調査報告」財団法人比較法研究センター「アメリカ、カナダ、フランス、ブラジルにおける集团的消費者被害の回復制度に関する調査報告書」三二九頁以下（二〇一〇年。<http://www.caa.go.jp/planning/21torinatone/6-01103-01-ger.pdf>）が詳細である。同制度については、他に寺川・前掲注（2）一〇頁、ベーター・コックバルト（森勇訳）「ドイツにおける集团的権利保護制度の構築」比較法雑誌四二巻一七七八頁（二〇〇八年）、高田・前掲注（50）三五頁以下、高田昌宏「ドイツにおける消費者保護のための集团的権利保護の制度」（二〇一〇年。<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/100409-2-1.pdf>）も参照。
- (55) 調停所の活動は一定の成果を収めているようである。これについては、寺川水「ドイツにおける消費者紛争を扱うADRの現状と課題」内閣府民生生活局「諸外国における消費者ADR体制の運用と実態に関する調査」（二〇〇八年。http://www.consumer.go.jp/seisaku/caa/koku-sai/file/adr/04_germany01.pdf）一三五頁を参照。
- (56) UWG一六条【刑罰の対象となる広告】

(1) とくに有利な申し出であるとの外観を作出する意図をもって、公示または広範囲の人々に対する通知において、虚偽の表示により誤認を

惹起する広告をした者は、二年以下の自由刑または罰金に処する。

(2) もし消費者が、相手方が同様の勧誘をすると、相手方もそのさらなる購入者に対する勧誘について同様の利益を得られる形の取引を他人に締結させたならば、消費者は企画者自身または第三者から特別な利益を得られるだろうとの約束をすることによって、消費者に商品、役務または権利を購入させることを業務上の取引において企図した者は、二年以下の自由刑または罰金に処する。

第三章 U W G 違反行為の B G B 上の扱い

前章で見たように、現行 U W G においては、消費者保護が目的として明示され、不正性判断についても、消費者の決定自由が重要な考慮要素の一つであることが承認され、平均的消费者を基準として消費者の判断をゆがめることを内実とする詳細な構成要件も定められるに至っている。そうなると、とくに契約の勧誘・交渉過程で U W G の諸規定に違反する行為がなされた場合に、その違反を基礎に消費者個人の救済——とくに契約からの解消——を認めようという考えが生ずるのは、ごく自然なことである。では、U W G 三条ないし七条（とくに四条一号、同二号、五条、五 a 条⁽⁵⁷⁾）により許されないものとされる勧誘・交渉行為により契約が締結された場合、消費者は事業者に対してどのような請求をすることができるか。これに関する規定は U W G にはないため、B G B との関係が問題となる。^(57 a) 以下ではこの問題について検討する。

なお、以下の議論は、二〇〇八年の不正取引方法指令の国内法化以前、すなわち U W G の規制が広告・勧誘段階の行為（競争行為）に対するものであった時期のものが中心となっていることに留意されたい。

一 法律行為法上の救済手段

(1) 詐欺・強迫を理由とする取消し

UWG 四条一号、五条、五 a 条により不公正とされる取引行為は、それだけで詐欺あるいは強迫（BGB 一二三条）の要件を満たすわけではない。しかし、個々の事例により、その要件を満たす場合には、意思表示の取消しを主張することができる。

両者の相違点としては、取引行為がUWGにより不公正とされるためには、当該行為が、平均的消费者を基準として、圧力の行使となり、あるいは誤認を惹起し、それがなければならなかったであろう取引上の決定をさせるおそれのあるものであれば十分である（不正取引方法指令五条二項b、同六条一項、同八条、UWG 三条二項二文参照）。これに対してBGB 一二三条における欺罔行為・強迫行為の判断においては、平均的消费者ではなく、当該被詐欺者・被強迫者が基準となる。また、詐欺または強迫を理由とする取消しのためには、詐欺者の悪意ないし強迫者の故意が要件とされるため、この点で消費者の立証負担の問題が生じる。⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾ なお、UWG 一六条一項という刑罰を科される誤認広告によって成立した契約は、通常、悪意の欺罔にあたる。⁽⁶⁰⁾

(2) 禁止法規違反を理由とする法律行為の無効

では、UWG 三條ないし七條はBGB 一三四條⁽⁶¹⁾という法律上の禁止にあたらないか。これが肯定されれば、UWG の諸規定により許されないものとされる勧誘・交渉行為により締結された契約は無効となる。しかし、これに關しては否定説が多数である。⁽⁶²⁾ その理由としては、詐欺や強迫のような強力な形態での不当な影響ですら法律行為の取消ししかもたらさないこと、⁽⁶³⁾ 無効を承認すると、不公正な広告にあった顧客が契約を有利なものと判断した場合でも契約を有効とできないこと、⁽⁶⁴⁾ UWG 違反は法律行為の内容に対するものであって、法律行為の成立の仕方や方

法に対するものではないこと⁽⁶⁶⁾、UWGの体系においては、消費者の利益は集団的のみ貫徹されるものとなつていること⁽⁶⁶⁾、無効を承認すると、取引の耐えがたい不安定が生ずること⁽⁶⁷⁾、UWGは市場における事業活動に関する行為準則を規定しているのであって、不公正判断が契約締結にからしめられているのはまれな場合しかないこと⁽⁶⁸⁾、などが挙げられている。以上に対して、UWG一六条二項(刑罰を科される連鎖的顧客勧誘)は禁止法規である⁽⁶⁹⁾。

(3) 良俗違反を理由とする法律行為の無効

次に、良俗違反(BGB一三八条⁽⁷⁰⁾)との関係について、多数説によれば、UWG三条ないし七条により許されないものとされる勧誘・交渉行為に基づいて締結された契約が、それだけで良俗違反とされることはない⁽⁷¹⁾。その理由の多くはBGB一三四条に関するものと重複するが、BGB一三八条は第一次的には法律行為の内容に対して向けられたものであって、法律行為の成立の仕方や方法に向けられたものではないのに対して、UWG三条ないし七条は、まさに不公正な勧誘に向けられたものであること⁽⁷²⁾、詐欺や強迫すら取消ししかなかったらさないこと⁽⁷³⁾、一三八条は内容の良俗違反類型と状況の良俗違反類型を区別しており、ここで問題となつている状況の良俗違反の類型では、法律行為の内容、動機、目的など法律行為締結の際に存在するすべての事情を全体的に考慮して、良俗違反になるかどうか判断されるのであって、UWG違反から一三八条による無効を自動的に引き出す見解はこれに矛盾すること⁽⁷⁴⁾、などが挙げられている。

ただし、個別事情によつて、法律行為が良俗違反とされる可能性は肯定されている。たとえば、契約締結を目的に広範囲に行われた、虚偽の支払請求書の送付などの詐欺的策略(UWG付表三三号)によつて締結された契約は、それによつて惹起された錯誤が継続しているにもかかわらず、契約締結前の適時の説明によつて除去されなかつた場合には、BGB一三八条により無効となりうる⁽⁷⁵⁾。また、独占的地位の濫用や不法な連鎖的顧客勧誘(UWG一六条二項)のように、法律行為の内容が良俗や道德秩序の価値と合致しない場合にも、法律行為はBGB一三八条に

より無効となりうる。⁽⁷⁶⁾さらに、広告が悪意の欺罔となり、それによって給付間に著しい不均衡のある契約が締結された場合には、UWG違反と同時に、その契約はBGB二三八条により無効ともなりうる。⁽⁷⁷⁾

二 契約法上の救済手段

(1) 撤回権

まず、UWGが規制する取引態様の多くに、撤回権（いわゆるクーリングオフ）の規定が関連する。これにより、不意打ちからの保護や、契約目的物に関する事前の判断が困難な場合からの保護が図られている。撤回権の規定としては、①訪問販売（BGB三二二条）、②通信販売（BGB三二二d条）、③期間割りの居住権契約（BGB四八五条）、④消費者信用（BGB四九五条）、⑤分割供給契約（BGB五一〇条一項）、⑥その他の特別法（通信教育保護法四條、保険契約法八條など）が存在する。

これら撤回権の構成要件は、状況関連的あるいは取引類型関連的であって、個別消費者の決定自由の侵害を要件としないが、消費者の決定自由の保護にとって大きな役割を果たしている。⁽⁸⁰⁾

(2) 契約締結上の過失に基づく損害賠償請求

次に、過失による詐欺や情報提供義務違反の場合について、契約締結上の過失（*culpa in contrahendo*）を理由とする損害賠償請求権（BGB二八〇条一項、三二一条、二四一条二項）が、判例・学説において認められている。⁽⁸¹⁾ 確定した判例によれば、成立した契約が顧客にとって財産損害である限りにおいて、契約解消に向けた請求権も認められる。⁽⁸²⁾ UWG五条や五a条により不公正とされる取引行為も、個々の事例によっては、契約締結上の過失とされる。⁽⁸³⁾

また、近時、二〇〇四年改正前UWG一条のもとで形成された顧客獲得（*Kundentanz*）の事例群を契約法の観点

から評価し直し、①不意打ち (Überrumpelung)、②執拗な客引き (Anreiben)、③強要の形で心理的圧迫の行使といった、相手方の決定自由を直接的に侵害する行為について、契約締結上の過失による契約解消を肯定すべきとする見解も存在する。⁽⁸⁴⁾ この見解によれば、現行 U W G 四条一号や二号などの相手方の決定自由を直接に侵害する勧誘・交渉行為について、個々の事例により、契約締結上の過失が肯定される可能性がある。⁽⁸⁵⁾ ただ、現在のところ、契約締結上の過失としては、過失による詐欺や情報提供義務違反が議論の中心となっている。

(3) 瑕疵担保請求権

製品の性質に関する誤認惹起広告は、それが B G B 四三三條一項三文および二文⁽⁸⁶⁾の要件を満たす場合には、当該性質についての売主の保証義務を基礎づけ、買主は、B G B 四三七條以下の規定に従い、瑕疵担保請求権（追完履行請求、解除、代金減額請求、損害賠償請求が可能）を有する。⁽⁸⁷⁾

三 不法行為法上の救済手段

(1) B G B 八二三條一項

まず、契約の締結とは無関係であるが、受け手の事前の同意のない電話、ファックス、電子メールによる広告に關しては、私的領域への著しい介入を理由とする一般的人格権（B G B 八二三條一項⁽⁸⁸⁾）の侵害や、通信機器の所有権や占有の侵害、設立され稼働している営業の上の権利の侵害を理由に損害賠償請求をすることができる。⁽⁸⁹⁾

(2) U W G 九條

U W G 九條に基づく損害賠償請求権についてもここで説明する。U W G 三條ないし七條により許されないものとされる勧誘・交渉行為に基づいて契約が締結された場合に、U W G 九條の損害賠償請求権を消費者個人に認めることはできない。同条一項は明示的に、競争事業者が損害賠償を請求できるものと定めているからである。二〇〇四

年UWGの立法者も、UWGは競争における事業者の行為に対する非常に高い要求を含んでいるため、UWG違反の場合に消費者の個人的権利を承認したならば、事業者は、UWG違反を理由とする消費者からの多数の訴訟を常に覚悟しなければならず、このことは経済にとって非常に大きな負担をもたらすとして、消費者個人の損害賠償請求権を認めない考えであった。⁽⁹⁰⁾

(3) BGB八二三条二項

では、UWG上の損害賠償請求権が認められないとして、UWG三条ないし七条をBGB八二三条二項という保護法規と考えて、損害賠償として契約の解消を認めることはできないか。これについては見解が分かれる。⁽⁹¹⁾

まず、連邦通常裁判所は、二〇〇四年改正前UWG三条（誤認表示を理由とする差止・損害賠償請求）についてこれを否定しており、⁽⁹²⁾二〇〇四年UWGの立法者も、UWGにおける私法上の法律効果に関する規定は原告適格に関しても請求根拠に関しても排他的であると述べている。⁽⁹³⁾現在の学説上も保護法規性を否定する見解が多数である。⁽⁹⁴⁾

その理由としては、とくに問題とされる事例については、錯誤・詐欺・強迫を理由とする取消権、瑕疵担保請求権、契約締結上の過失、撤回権などによって対応が可能であり、民法による消費者個人の保護に欠缺は存在しないこと、⁽⁹⁵⁾これに加えてUWGは営業上ないし事業上の団体や消費者団体に差止めおよび侵害除去請求権を承認することにより消費者の集団的保護を保障していること、⁽⁹⁶⁾競争法違反を理由として消費者および市場参加者に一般的損害賠償請求権を認めると、具体的な輪郭をもった構成要件や時効規定を備えた民法上の諸規律が広い範囲で無価値にされること——たとえば、誤認惹起広告の場合、買主は四三四条一項・四三七条に基づく瑕疵担保権を有するが、この権利は売主による追完がなかったときに初めて行使できるはずなのに、これと並行して競争法上の損害賠償請求権を認めると、熟慮の上でこのような段階をつけている右の規定が潜脱されてしまう⁽⁹⁷⁾——、などが挙げられている。

これに対して、消費者に関して UWG 三条から七条の保護法規性を肯定する見解も有力である。⁽⁹⁸⁾ その理由としては、UWG 八条から一一条までの規律は排他的なものでなく、保護法規性の否定は法律上には表れていないこと⁽⁹⁹⁾、消費者保護の強化ないし効率化⁽¹⁰⁰⁾、二〇〇四年改正により UWG 一条一文において消費者が保護主体として明示的に承認されたこと⁽¹⁰¹⁾、利益剥奪請求権の実効性ははつきりしないこと⁽¹⁰²⁾、民法上の制度による消費者保護は十分ではなく、保護の欠缺があること⁽¹⁰³⁾、UWG 改正の目的は規制緩和と自由化であるから、UWG の要求が事業者にとって非常に高いというのではなく、したがって消費者によって大量の訴訟が提起されることはないと考えられること⁽¹⁰⁴⁾、などが挙げられている。

四 UWG 違反を理由とする消費者の一般的契約解消消権

最後に、UWG 違反を理由とする消費者の一般的契約解消消権に関する議論について説明する。二〇〇四年 UWG 改正前には、真実に反し誤認を惹起する広告表示に関して、購入者の解除権が規定されていた(二〇〇四年改正前 UWG 二二 a 条)⁽¹⁰⁵⁾。二〇〇四年改正に際して、UWG 違反を理由とする消費者の一般的契約解消消権の導入を提案する見解もあつたが⁽¹⁰⁶⁾、立法者は、旧一三 a 条を後継規定なく削除した。その理由としては、旧一三 a 条は実務上意味を有していなかったことのほか、事業者が誤認惹起的書式によって組織的かつ継続的に契約を成立させようとしている場合、事業者がその契約の履行を求める行為もまた反競争的とされうるとの判例法理も形成されており、現在のところ、消費者が不公正な仕方で成立した契約の履行にその保護に値する利益に反してつなぎとめられるという事例は考えられないこと、一般的契約解消消権は、一定の要件や期間制限のもとで認められる瑕疵担保請求権の規定や、一定の取引形態と結び付けられている撤回権の規定と合致しないこと、などが挙げられている。⁽¹⁰⁸⁾

消費者の一般的契約解消消権の導入については、学説上も、これを否定的に考える見解が多数である。⁽¹⁰⁹⁾ その理由と

しては、右の立法者の挙げる理由や、民法による消費者の保護は十分であり保護の欠缺は存在しないという論拠のほか、旧一三a条が無意味だったことは実際には保護の欠缺が存在しなかったことの証拠となること⁽¹⁰⁾、不公正な広告と契約締結との間の因果関係は当然には肯定できないこと⁽¹¹⁾、契約法が決定自由侵害からの個別的具体的保護を目的とするのに対して、競争法は一般的抽象的保護を目的としていること⁽¹²⁾、一般的契約解消権を肯定すると、消費者が、何らかの不公正な広告をとらえて、契約をキャンセルできてしまうという結果につながり、このことは見通せないほどのリスクを経済に負担させること⁽¹³⁾、などが挙げられている。

五 小 括

以上のように、多数説によれば、UWG三条ないし七条により許されないものとされる勧誘・交渉行為に基づいて契約が締結された場合については、BGBの定める各救済手段の要件が個別事例により満たされる場合を除いては、UWG違反に基づいて消費者個人の救済が認められることはない。その理由をまとめると、BGBの用意する消費者個人の救済手段あるいは現在の判例法理を前提とすると、消費者の保護に欠缺はないこと、UWGはそれに加えて消費者の集团的保護を保障していること、UWGの設定する基準は消費者個人に救済が与えられるべき場合よりも事業者にとって厳しいものであり、必ずしも個別消費者の決定自由を侵害する場合のみとは限らないから、これを根拠に消費者個人の救済を認めることは濫訴を招くおそれがあり、それは経済にとって過大な負担となること、UWG違反を根拠に一般的契約解消権や損害賠償としての契約解消を認めることは、BGBが熟慮の上定めている救済手段の体系を潜脱し、あるいはそれと矛盾する結果となること、契約法が決定自由侵害からの個別的具体的保護を目的とするのに対して、競争法は一般的抽象的保護を目的としていること、などを挙げることができる。とりわけ、UWGの設定する義務が平均的消費者を基準とすることが明示された二〇〇八年改正以降は、かかる多

数説が正当だろう。

さて、UWG の諸規定に反する行為により競争事業者の営業上の利益を侵害した場合、競争事業者は損害賠償請求権を有する (UWG 九条)。したがって UWG は、まず第一に、そのような意味で水平的競争秩序に反する行為を定めたものである。しかし、その行為は同時に、垂直的關係において需要者 (消費者) の意思決定に影響を与える形で行われるために、消費者団体が、消費者側の視点から、そのような競争秩序違反行為の監視 (差止めや除去、さらには利益剥奪請求権の行使) を行うこととされている。これにより、UWG による規制は、消費者の決定自由に対する集団的保護という機能を有することになる。したがって、UWG 三条から七条の規定は、水平的競争秩序違反行為のカタログであるとともに、垂直的關係において需要者 (消費者) の決定自由に対する集団的保護が与えられるべき行為のカタログでもある。このようにして、ドイツ法においては、消費者の決定自由に関して、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群 (個別当事者を基準とした BGB の設定する義務群) と、そこまでは至らないが、なお集団的保護が行われるべき義務群 (平均的消费者を基準とした UWG の設定する義務群) とが区別されるに至っている。⁽¹¹⁾

またここでは、消費者の決定自由の保護が UWG の目的のひとつとして承認されていることもあり、わが国で見られる公法私法二分論のような主張は見られない。このことはすでに、消費者の決定自由の保護に向けた UWG と BGB の設定する二つの義務群の協働関係を示唆するだろう。そこで次章では、この二つの義務群の協働関係に関する最近の議論について検討する。

(57) ただし、七条に違反する行為に関しては、前述のように必ずしも決定自由侵害、あるいはそれが予測されることが要件とされていないことに注意されたい。

- (57) a) 不公正取引方法指令は、国内法における契約の有効性、成立および効果には変更を加えないとしてゐる（同指令三条二項）。
- (58) *Köhler/ Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, Enl. Rn. 710.
- (59) これに対しては、BGB一一三条の立法資料からは、侵害者の主観的要件を要求する理由は明らかでないとして、無過失による意思決定への——UWGから引き出される——違法な影響について、BGB一一三条の類推適用を主張する見解もあるが（Sack, GRUR 2004, 625 (630ff.））、支持は得られつゝなからず。
- (60) *Köhler / Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, § 16 Rn. 29; *Piper / Ohly / Sosniza*, UWG, 5. Aufl., 2010, § 16 Rn. 29; *Harre-Bavendamm / Henning-Bodewig / Dreyer*, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16 Rn. 25.
- (61) BGB一一四条 法律上の禁止に違反する法律行為は、その法律から別段のことが生じない場合には、これを無効とする。
- (62) *Emmerich, a.a.O.* (Fn. 11), § 13 Rn. 39; *Leitl, a.a.O.* (Fn. 21), § 1 Rn. 42; *Köhler / Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, § 3 Rn. 156f.; *MünchKomm / Armbrüster*, BGB, 5. Aufl., 2006, § 134 Rn.67; *Palandt / Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., 2008, § 134 Rn. 24; *Staudinger / Sack* (2003), BGB, § 134 Rn. 4ff. u. 304; *Alexander*, *Vortrag und unlauterer Wettbewerb*, 2002, S. 88 ff.; *Leistner*, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*, S. 529 ff.; *Sack, GRUR* 2004, 625 (626); *Fezer, WRP* 2003, 127 (129); *Fezer, WRP* 2007, 855 (860); *Köhler*, *JZ* 2010, 767 (768f.).
- (63) *Köhler/ Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, § 3 Rn. 156.
- (64) *Köhler/ Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, § 3 Rn. 156.
- (65) *Sack, GRUR* 2004, 625 (626).
- (66) *Leistner, a.a.O.* (Fn. 62), S. 530.
- (67) *Leistner, a.a.O.* (Fn. 62), S. 531f.
- (68) *Alexander, a.a.O.* (Fn. 62), S. 93.
- (69) *Köhler / Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, § 16 Rn. 51; *Piper / Ohly / Sosniza*, UWG, 5. Aufl., 2010, § 16 Rn. 54; *Harre-Bavendamm / Henning-Bodewig / Dreyer*, UWG, 2. Aufl., 2009, § 16 Rn. 55.
- (70) BGB一一八条 (1) 善良の風俗に反する法律行為は、これを無効とする。
- (2) 特に、相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱を利用して、ある給付に対し自己または第三者に財産的利益を約束または提供せざる法律行為は、その財産的利益が給付に対して著しく不均衡にあるならば、これを無効とする。
- (71) *Emmerich, a.a.O.* (Fn. 11), § 14 Rn. 86; *Leitl, a.a.O.* (Fn. 21), § 1 Rn. 42; *Köhler/ Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., 2010, § 3 Rn. 157; *Piper / Ohly / Sosniza*, UWG, 5. Aufl., 2010, § 7 Rn. 20; *Jauernig/Jauernig*, BGB, 13. Aufl., 2009, § 138 Rn. 5; *MünchKomm / Armbrüster*, BGB, 5. Aufl., 2006, § 138 Rn. 8; *Staudinger/ Sack* (2003), BGB, § 138 Rn. 6ff. u. 70ff.; *Palandt / Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., 2008, § 138 Rn. 18; *Alexander, a.a.O.* (Fn. 62), S. 98 ff.; *Fezer, WRP* 2003, 127 (129); *Sack, GRUR* 2004, 625 (626f.); *Augenhöfer, WRP* 2006, 169 (173); *a. A., Nasall, NJW* 2006, 127 (129).

- (72) Köhler/ Borrkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 3 Rn. 157.
- (73) Köhler/ Borrkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 3 Rn. 157.
- (74) MünchKomm/ *Armbritser*, BGB, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 8.
- (75) Emmerich, a. O. (Fn. 11) § 14 Rn. 86.
- (76) Köhler/ Borrkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 3 Rn. 157; Köhler GRUR 2003, 265 (267). Vgl. BGH, Urt. v. 22. 4. 1997, NJW 1997, 2314 (無限連鎖講にこつて BGB 113 八条による無効を肯定).
- (77) Staudinger/ Saack (2003), BGB § 138 Rn. 9; MünchKomm/ *Armbritser*, BGB, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 6.
 他に、裁判例として、BGH, Urt. v. 29. 6. 2005, NJW 2005, 2991 (2992f.) [法律知識や取引経験のない老人をターゲットに、虚偽の懸賞付きの日用品販売の広告を組織的に繰り返し送付、勧誘し、かつ懸賞を獲得するためと急ぎたてて、商品を短期間に繰り返し購入させた事案で、悪意の欺罔に加えて、法律行為をその全体的評価において良俗違反と評価させる事情が存在するとして]; LG Trier, Urt. v. 9. 10. 1973, NJW 1974, 151 [昼食、午後の軽食、動物園訪問、レストラン代が一〇マルクでセットになったバス旅行 (Kaffeeahrt)]、客が、市場価格の一・五倍から三倍もの価格で商品を買わされた事案で、二〇〇四年改正前 UWG 一条に違反する行為によって締結された契約が当然に BGB 113 八条の意味での良俗違反となるわけではないが、本件では、主催者は顧客の無経験を利用して過大な利益を得ており、契約は暴利行為と認められるとした) を参照。
- (78) BGB 五〇六条一項 (二〇一〇年六月一〇日までは BGB 四九九条一項および同五〇〇条) により、支払猶予やファイナンスなどに準用されている。
- (79) 二〇一〇年六月一〇日までは BGB 五〇五条一項。
- (80) 撤回権を、熟慮期間の付与により消費者の判断力の回復を図ることを目的とした制度と位置づけるものとして、河上正二『クーリングオフ』についての一考察——「時間」という名の後見人——『法学六〇巻六号一六六頁以下 (一九九七年)』。
- (81) すでにわが国でも多数の紹介、検討がある。さしあたり、藤田寿夫「説明義務違反と不当威圧」岡山大学法学会雑誌四八巻二号一七七頁以下 (一九九八年)、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開」同『契約法理の現代化』一四二頁以下 (有斐閣、二〇〇四年) (該当部分の初出は一九九九年)、川角由和「ドイツ債務法の現代化と『契約締結上の過失』 (culpa in contrahendo)」川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和編纂『ヨーロッパ私法の動向と課題』二四七頁以下 (日本評論社、二〇〇三年)、宮下修一『消費者保護と私法理論——商品先物取引とフランチャイズ契約を素材として』八九頁以下 (信山社、二〇〇六年)、栗田晶「交渉過程における説明義務論の構造——瑕疵なき意思表示に向けられた説明義務違反について——」『法学政治学論究六九号三二五頁以下 (二〇〇六年)、古谷貴之「ドイツ情報提供責任論の展開——制度間競合論の視点から——」『同志社法学五九巻三号一四七九頁以下 (二〇〇七年)』を参照。
- (82) 財産損害が存在するかどうかは、原則として差額説に基づいて判断されるとされているものの、「ある者が、責任を基礎づける行為態様に

より、それがなければ締結しなかったであろう契約を締結せられた場合、客観的には給付と反対給付の等価性が保持されていたとしても、給付が彼の目的にとって完全に有用でなごうて、財産損害を被りうる」となれごうるため（BGH, Urt. v. 26. 9. 1997, NJW 1998, 302 (304)〔税金見積もり過誤事件〕、財産損害の要件は実務上ほとんど意味をもごうていなごうるの評價もある（Bamberger / Roth-Gehlein / Sutscher, BeckOK BGB, 2010, 16. Ed. S. 311 Rn. 42）。連邦通常裁判所が、契約締結上の過失が明文化された現行法のもとでも財産損害を要求するのかがごうかば明らごうかごうないが、OLG Dresden, Urt. v. 4. 1. 2006, NJW-RR 2006, 1429 (1430) は、財産損害が必要であるごうう立場に立ごうて。財産損害要件を不要とする見解ごうて、Lorenz, ZIP 1998, 1053 (1055); Grigoleit, NJW 1999, 900 (901f.); Fleischer, AcP 200 (2000), 91 (111ff.); Flkentscher / Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 96; Westermann, Bydinski / Weber, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2007, Rn. 11/23; Leistner, aaO. (Fn. 62), S. 869ff.; Medicus / Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2008, § 14 Rn. 109; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2010, Rn. 195 などごう参考。

(83) Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, Eiml. Rn. 713 など。Leistner, aaO. (Fn. 62), S. 975ff. は、契約法と競争法の調和ごうう観点から、逆に契約締結上の過失に関して形成されてきた基準が、UWGにおける情報提供義務違反判断の指標となりごうるとする。

(84) Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 498ff. は、同様の場面ごうて、BGB 113条の類推適用によって対応しごううごうて、Weier, Beeinflusste Willenserklärung, 2001, S. 630ff. ごう参考。Leistner, aaO. (Fn. 62), S. 985ff. は、これまごうて判例ごうて形成されてきた事例群を参照しごうても、注 (83) で述べた考えから、不意打ちや回避可能性の欠如、時間的圧迫ごううといった付加的事情があった場合ごうてのみUWG（ごうとくに四条一号や二号）違反を認め、ごうかごう契約締結上の過失による責任を肯定すべきとする。ただし、ローレンツやヴァイラーも同様の限定を加えてごういる。

(85) Köhler, GRUR 2003, 265 (268 u. 271); Leistner, aaO. (Fn. 62), S. 888ff. u. 985ff.

(86) BGB 四三四条【物の瑕疵】(1) 物は、危険移転に際して、合意された性質を有するときは、物の瑕疵がないものとする。性質が合意されていない限りにおいては、以下の場合に、その物は、物の瑕疵がないものとする。

1 その物が、契約ごうてなごうて前提ごうたれた使用に適用されている場合、その他、

2 その物が、通常の使用に適用してごうり、ごうかつ、同種の物において通常であり、買主が物の種類に依ごうて期待しごうる性質を示す場合。

二文二号ごういう性質には、売主、製造者（製造物責任法四条一項ごうよごう二項）またはその補助者により公にされた表示に依ごうて、ごうりわけ広告または物の一定の性質ごうての表示ごうて、買主が期待しごうる性質もまたこれに属する。ただし、売主がその表示を知らごうかごう知りごうべきでもなごうかった場合、その表示が契約締結時に同様の方法で訂正ごうたれた場合、その表示が売買の決定に影響を及ぼしなごうかった場合には、ごうこの限りごうてなごう。 (二項ごう以下略)

(87) Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, Eiml. Rn. 712.

(88) BGB 八二三条【損害賠償義務】(1) 故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を違法に侵害

した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様の責任を負う。法律の内容によれば過責がなくともこの法律に対する違反を生ずる場合には、賠償義務は、過責がある場合にのみ生ずる。

- (89) BGH, Urt. v. 20.12.1988, BGHZ 106, 229 (232ff.) = GRUR 1989, 225 (226); BGH, Urt. v. 20.5.2009, NJW 2009, 2958 (2959) [第二電子メール財産—a.o.—]。四條一項に於て差止請求権を肯定; Köhler / Bornkamm, UWG, 28, Aufl. 2010, § 7 Rn. 119, 195 u. 199; Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig / Ullber, UWG, 2009, 2, Aufl., § 7 Rdn 135; Piper / Ohly, UWG, 5, Aufl. 2010, Rn. 18f. 詳しうて、宗田貴行『迷惑メール規制法概説』(レタシスネタシス・シヤン・二〇〇六年) 一〇〇頁以下を参照。
- (90) BT-Drucks. 15/1487, S. 22.
- (91) 九條一項に於て「一七条が保護法規であること」は争うべきところ。BGHS. Urt. v. 30.5.2008, GRUR 2008, 818 (825); Köhler / Bornkamm, UWG, 28, Aufl. 2010 § 16 Rn. 29 u. 51 m.w.N.; Piper / Ohly / Sosnizza, UWG, 5, Aufl. 2010 § 16 Rn. 29; Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig / Dreger, UWG, 2, Aufl., 2009 § 16 Rn. 25 u. 55; Alexander, WRP 2004, 407 (420). 本法律の尺解を回覧 (BT-Drucks. 15/1487, S. 22)。
- (92) BGH, Urt. v. 14.5.1974, NJW 1974, 1503 (1505).
- (93) BT-Drucks. 15/1487, S. 22, 34, 43.
- (94) Lettl, a.o. (Fn. 21), § 8 Rn. 74; Köhler / Bornkamm, UWG, 28, Aufl. 2010, Einl. Rn. 75, § 3 Rn. 159, § 8 Rn. 34, § 9 Rn. 110; Piper / Ohly / Sosnizza, UWG, 5, Aufl., 2009, Einf. D Rn. 62, § 9 Rn. 23; Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig / Goldmann, UWG, 2, Aufl., 2009, § 9 Rn. 10; Soergel / Spickhoff, BGB, 13, Aufl., 2005, § 823 Rn. 200; Palandt / Sprau, BGB, 67, Aufl., 2008, § 823 Rn. 71; Alexander, a.o. (Fn. 62), S. 131ff.; Leistner, a.o. (Fn. 62), S. 567ff.; Köhler, GRUR 2003, 265 (266ff.).
- (95) 九條一項に於て「一七条が保護法規であること」は争うべきところ。
- (96) Köhler / Bornkamm, UWG, 28, Aufl. 2010, § 8 Rn. 34.
- (97) Köhler / Bornkamm, UWG, 28, Aufl. 2010, § 10 Rn. 110.
- (98) Emmerich, a.o. (Fn. 11), § 14 Rn. 83 u. § 23 Rn. 3, 7 u. 9; Sack, GRUR 2004, 625 (629f.); Saack, WRP 2004, 1201, 1219f.; Kessler, WRP 2005, 264 (272f.); Augenhöfer, WRP 2006, 169 (175f.); Fezer, WRP 2006, 781 (788f.); Sack, WRP 2009, 1330 (1332f.).
- (99) Emmerich, a.o. (Fn. 11), § 14 Rn. 83.
- (100) Emmerich, a.o. (Fn. 11), § 23 Rn. 3; Fezer, WRP 2006, 781 (788f.).
- (101) Emmerich, a.o. (Fn. 11), § 23 Rn. 9.
- (102) Emmerich, a.o. (Fn. 11), § 23 Rn. 7.
- (103) Augenhöfer, WRP 2006, 169 (175f.).

- (104) Sack. GRUR 2004, 625 (630).
 (105) 二〇〇四年改正前UWG一三a条 (1) 四条にいう真実に反しかつ誤認を惹起するに足りる広告表示が、それが向けられた人的集団にとつて契約締結のために重要なものである場合には、当該広告表示により購入へと決定づけられた者は、契約を解除することができる。広告が第三者の表示に由来する場合には、当該表示が真実に反し、かつ誤認を惹起するに足りるものであることを相手方契約当事者が知りまたは知りうべきであるとき、または当該表示を含む広告を自らの措置により自らのために利用したときのみ、購入者は解除権を有する。(二項以下略)
- (106) Fezer. WRP 2001, 989; Fezer. WRP 2003, 127ff.; Sack BB 2003, 1073 (1078f.); Sack. GRUR 2004, 625.
 (107) BGH. Urt. v. 7. 10. 1993, GRUR 1994, 126.
 (108) BT-Drucks. 15/1487, S. 14f.
 (109) Emmerich. aaO. (Fn. 11), § 23 Rn. 5; Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig. WRP 2002, 1317 (1327); Köhler. GRUR 2003, 265 (266ff.); Sosniza. GRUR 2003, 739 (744f.); Lettl. GRUR 2004, 449 (460).
 (110) Emmerich. aaO. (Fn. 11), § 23 Rn. 5.
 (111) Köhler. GRUR 2003, 265 (266).
 (112) Köhler. GRUR 2003, 265 (267).
 (113) Köhler. GRUR 2003, 265 (271).
 (114) フランスでは、不正取引方法指令の国内法化に際して、攻撃的取引方法により締結された契約の無効が定められた（フランス消費法典L. 一三二一―一五条。これにつき、馬場・前掲注（33）甲南法学五〇巻一・三〇頁以下、同・前掲注（33）現代消費者法六号三八頁以下を参照。ドイツにおける議論と比較すると、撤回権にとどまらず、無効まで認めることは、攻撃的との判断を極めて慎重にさせる方向に作用しないかとの懸念を生じさせ⁹⁶。

第四章 UWGとBGBの協働関係

前章でみたように、UWGは、競争事業者や消費者団体等の請求権を認める一方で、消費者個人の請求権を定めていない。学説上も、不正な取引方法に基づいて契約が締結された場合に、UWG違反自体を根拠に契約を無効とし（BGB一三四条・同二三八条）、あるいはUWG三条ないし七条を保護法規として不法行為法による損害賠償

請求を認める（BGB 八二三条二項）見解は有力説にとどまる。したがって、消費者個人の契約解消権あるいは損害賠償請求権が認められるためには、撤回権、詐欺・強迫、契約締結上の過失などの要件が個別に満たされなければならず、UWG による消費者の保護は集団的なものと理解されている。消費者の決定自由の保護という観点からみたとき、ここでは、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群（個別当事者を基準とした BGB の設定する義務群）と、そこまでには至らないが、なお除去や差止めなどの集団的保護措置がとられるべき義務群（平均的消費者を基準とした UWG の設定する義務群）とが観念されているということができる。

近時ドイツでは、このような二つの義務群の関係についての検討が始まっている。以下では、UWG の設定する義務群は、BGB の設定する義務群と対比して、どのような機能を有しているのか（一）、UWG の設定する義務群が独自の機能を有しているとして、義務を高度化する必要性はどの点にあるのか（二）を検討する。

一 UWG の設定する義務群の有する独自の機能

(1) 二重の防護壁——UWG による決定自由侵害の事前的予防

(a) UWG の設定する義務群と BGB の設定する義務群の関係については、まず、契約法が、消費者に対する不当な影響に対して、契約解消権（取消権、撤回権⁽¹⁵⁾、解除権）の保障や調整請求権（瑕疵担保責任、契約締結上の過失）によって抵抗的（*repressiv*）に応じようとしているのに対して、競争法は、消費者を一般予防的（*generalpräventiv*）に保護し、それによって法律行為上の決定自由を保障することを責務としており、市場行為規制により間接的にもたらされる競争法上の消費者保護は、契約法上の保護に時間的に先行し、物的にこれを大きく越えていく、との見解がある⁽¹⁶⁾。

(b) とくに情報提供義務に関して、UWG による決定自由侵害の事前的予防について深く検討した近時の論考と

して、ここでは、ブッシュ（Christoph Busch）の見解を紹介する。彼の主張によれば、UWGとBGBは需要者の決定自由の周りを囲む二重の防護壁（zwei konzentrische Schutzwälle）を構成している。

彼によれば、競争法上の誤認惹起の禁止と、そこから引き出される情報提供義務は、契約法上の情報提供要請（Informationsgebote）を補充し、情報に関する保護の前倒しをもたらす。すなわち、UWG五条から引き出される情報提供要請は、ありうる契約上の侵害を事前的に回避することに寄与し、それを通じて、瑕疵があり、解消が可能な契約が締結されることを少なくすることによって、「合意は守られなければならない（pacta sunt servanda）」の原則を間接的に強めている。⁽¹⁸⁾

そして、このような競争法上の情報提供義務と契約法上の情報提供義務は、それらが協働することによって、十分な情報を基礎にした契約の締結からの、時間的に段階づけられた保護を提供しうる。契約交渉段階になって初めて介入することがしばしばである契約法上のサンクションを伴う情報提供義務は、時間的に先行する広告段階での競争法上のサンクションを伴う情報提供義務によって補充される。個人保護の観点からは、競争法上の情報要請は、いわば契約法に先行する防護壁を形成し、需要者の私的自治的決定に対する危険をすでに契約勧誘という早い段階において阻止することに寄与する。このような観点からは、競争法と契約法の情報体系（Informationsregime）は、需要者の決定自由を保護するために、同心円状におかれた二重の「防護壁」と見ることができるところである。ここでは事案状況に応じて、あるときは内側の（契約法上の）防護壁が、またあるときは外側の（競争法上の）防護壁が効果的に作用しうる。⁽¹⁹⁾

競争法上の防護壁による、決定自由に対する侵害の事前的回避という観点は、とくに以下のような場合に有用である。すなわち、契約法上の情報提供義務による保護の有効性は、消費者が契約締結後に、購入した製品につき事前に知らされていなかった不利益を知りうる状態にあることを前提とする。しかし、このような可能性は経験的性

質（消費過程で理解できる性質——筆者注）が問題になっている場合に関してしか存在せず、信賴的性質（購入後も消費者には本質的に理解できない性質——筆者注）が問題になっている場合には、存在しないか、認識するために非常に高い費用を必要とする。また、安価な日用品の場合には、自己の権利を裁判上貫徹しようとしても、不告知により生じた損害と不均衡な裁判費用やリスクが生じるため、消費者は通常、高価で長持ちする商品に関してしか、契約法上の権利を裁判上貫徹しようとはしない。これらの事例では、競争法上のサンクションを伴う情報提供義務を課すことで、侵害を事前的に予防する方が効果的である。たとえば安価な日用品の場合には、消費者が契約上の権利を裁判上貫徹することをしばしばひるむであろう一方で、消費者団体は、競争法違反の件数が多数にのばれば、これに対して権利を行使しようとするだろう。同様に競争事業者も、彼の競争者の不正な取引行為に対して、消費者よりも積極的に権利を主張しようとするだろう。また、信賴的性質を有する事実（たとえば、製造過程や製造環境の問題など）が告げられなかった事例に関しても、個々の消費者にとっては、そのような事情を契約締結後に認識することはほぼ不可能であるのに対して、市場を知る競争事業者にとっては、それに関する情報を獲得することはより容易である。したがって、開示されるべき事実が信賴的性質を有する場合には、情報提供義務を、契約法ではなく競争法上のサンクションを伴うものとして、侵害を事前的に予防する方が効果的である。⁽¹²⁾

(c) 以上をまとめておこう。UWGの設定する義務群と契約法の設定する義務群は、消費者の決定自由の保護という観点に関して、二重の防護壁をなしている。その際、UWGによる情報提供義務は、契約法に対して、需要者の決定自由侵害の事前的—予防的機能を有する。かかる事前的—予防的機能は、とくに、購入した商品が安価な日用品であったり、問題となっている性質が信賴的性質を有するために、消費者による権利行使が事実上期待できない場合に、効果的な役割を果たす。信賴的性質として、ブッシュは、製造過程や製造環境を挙げているが、それ以外にも、家電品の性能の向上などについても、消費者には違いがよく分からない場合がありうるし、UWGによる

情報提供義務の方が効果的な対応が可能な事例は、彼の挙げるもの以外にも考えられるだろう。

以上のUWGと契約法による二重の防護壁という考え方は、情報提供義務に関して主張されたものであるが、不安や無経験に乗じたり、圧迫を加えるなどのように決定自由を直接的に侵害するような事例についても、基本的には同様に考えることができる。すなわち、ここでも、強迫による取消権や契約締結上の過失といった事後的に抵抗的な契約法上の防護壁と、UWG（とくに同四条一号・二号、同七条、付表二五条以下）による事前的に予防的な防護壁の二重構造を観念することができる。決定自由を直接的に侵害するような事例では、情報提供義務違反の場合のように、契約締結後になっても自己の決定自由が害されていたことに気付きにくいということはないだろうが、ここでも、安価な日用品が問題となっている場合のように、権利遂行に関する費用の方が高つく場合には、消費者による権利行使は事実上期待できないし、決定自由を直接に侵害する事例においては、個別事例において意思決定が害されたかどうかの判断も難しいことから、契約法よりもUWGによる対応の方が効果的な規制を行うことができる⁽¹²⁾と考えられる。

(2) 市場秩序の維持など他の機能

さらに、UWGによる規制は、右のような決定自由侵害の事前的予防の他、競争事業者の利益の保護や市場メカニズムの維持にも関わりとの指摘がある。

(a) ファウスト (Florian Faust) によれば、決定自由の侵害は、決定自由を害されたために、それがなければしなかつたであろう契約をさせられた需要者の他、決定自由侵害がなければ取引ができたかもしれない事業者をも害する。さらに、決定自由侵害によって、資源が需要者の選好に合致しない物の生産に投入されたり、物の価格が不⁽¹²⁾相応に高くなり、本来その物を欲している人が取引を断念することになるといふ点で、市場メカニズムも害される。

また、取消権や契約締結上の過失による契約解消権、金銭的損害賠償請求権のいずれも、被害者のすべてが権利を行使するわけではないことや、事業者が吐き出すべき利益は決定自由侵害行為をしなければ得られなかった利益にとどまり、それ以上には及ばないことなどから、その予防的効果は十分ではない⁽¹²³⁾。

さらに、当該需要者が契約締結の時点で決定自由侵害から脱していた場合でも、UWGによる予防的保護の必要はある。①まず需要者にとっては、決定自由を侵害する勧誘行為によっていずれにせよ時間が消費されるし、広告が虚偽であることが判明した時点では、他事業者の代替品を購入できなくなっていることもある。さらに、消費者は、投下費用を考慮に入れて、本来なら買わなかったであろう商品を買うことすらある。②次に競争事業者に関しては、需要者が一連の経過からその分野全体への信頼を失い、取引を控えてしまったり、投下費用を考慮に入れてその製品を買ってしまうことや、あるいは、不公正な勧誘行為がきっかけとなって訪問した店舗で、その事業者の他の製品を買ってしまうといったことにより、損失を被りうる。③さらに市場メカニズムにとっても、取引倫理の荒廃により、市場に対する信用が減少し、需要者が取引を抑制したり、広告の真实性を検討するために過大な費用を投入することになるといった損失が生じうる⁽¹²⁴⁾。

(b) 以上のように、ファウストによれば、UWGによる規制には、需要者の決定自由侵害の事前的予防の他に、需要者のそれ以外の利益の保護、競争事業者の営業上の利益の保護、市场秩序の維持といった機能がある。UWGにおいては、消費者保護は主に消費者団体が担当しており、ファウストの見解を敷衍すれば、消費者団体は、消費者の決定自由侵害の事前的予防、消費者のそれ以外の利益の保護、消費者の立場に立つての市场秩序の維持の任に当たっているといえる⁽¹²⁵⁾ことができる。

二 義務の高度化の必要性——乗数効果

では、UWGによる規制が以上のような機能をもつとして、その対象行為として、法律行為法や契約法に定めるものより高度の義務群を設定する必要性はどの点にあるのだろうか。

この問題について、UWGの設定する義務の高度化を、個別事例において受け入れられる行為態様であつても、それが多数の事例で行われた場合には、競争事業者や制度としての競争、顧客に対する侵害がもたらされうるという観点から説明するものがある。これは、まずビドリンスキー (Franz Bydinski) によつて主張されたものであるが、⁽¹²⁶⁾ここでは説明の比較的詳細なアレクサンダー (Christian Alexander) の見解を紹介する。

(a) アレクサンダーによれば、事業者の活動には多数の類似の取引の勧誘と展開が内在している。そして、そのような多数の（現実のおよび潜在的な）取引の締結は、個別事例におけるよりも大きな不利益をもたらす。すなわち、個別事例において受け入れられる行為態様であつても、それが大量に用いられた場合には、競争者や制度としての競争、顧客に対する侵害がもたらされうる（乗数効果）。そのため、事業者団体や消費者団体にも差止請求の原告適格が与えられていることに明確に現れているように、競争法は、契約法と異なつて、個別事例を越えた広範囲への効果を有するように作られている。⁽¹²⁷⁾

例として、個別契約関係における、契約の有効性にとつてはなお受け入れられる程度の強制が、競争においてはもはや許容しえないこともありうる。たとえば、ある私人が自家用車を売却する際に異常なほど攻撃的に行動し、契約相手方を圧迫した場合であつても、最外部の限界を超えられていない限り、法秩序はなおこれを、その事例限りのものだという理由で許容することができる。これに対して、競争における販売戦略として同一の行為がなされた場合には、このような取引方法が広まることにより、多数の潜在的な契約相手方に対して非常に大きな危険が差

し迫るため、より以前にかつより厳しく、このような行為を規制しなければならない。⁽¹²⁸⁾

同様の考慮は、法取引における誤認惹起的表示に関しても妥当する。契約法においては、たとえば、共通錯誤の場合に契約を取り消しうるものとする必要はないように、意思と表示の不一致がある場合、利益調整は、当事者の個別関係においてのみ行われなければならない。これに対して、競争法は、個別関係を超えて及び、競争における誤った表示は、たとえそれが向けられた取引領域の人の一部が表示を正しく理解したとしても、禁じられるべきである。すなわち、市場関係者が誤った表示によって侵害され、その結果として誤った事実を基礎に決定が行われる可能性がある場合には、法秩序による保護が必要なのである。⁽¹²⁹⁾

(b) もつとも、このような乗数効果による説明に対しては批判もある。⁽¹³⁰⁾ まとめると、①「模倣効果」は、模倣によつて増大される最低限の競争歪曲効果が少なくとも潜在的に存在する場合にしか説得的でない。たしかに、これは、迷惑的効果が反復により何倍にもなりうる過大な迷惑行為については当てはまるが、同一または同等の形式で繰り返されるにすぎない誤認惹起に関しては当てはまらない、②契約法が一定の形式の影響を受け入れまたは詳細に規制している場合には、これは立法上の評価であり、競争法もこれを受け入れなければならない、というものである。しかし、②はトートロジーのきらいがあるし、①については、乗数効果を主張する見解は、競争事業者や制度としての競争への影響もあわせて考えていたのであって、個別消費者の決定自由に対する悪影響の増大のみを取り上げているわけではないので、批判がかみ合っていない。⁽¹³¹⁾

三 小 括

以上をまとめておこう。

- (1) 決定自由侵害の事前的予防のための防御壁

消費者の決定自由の保護という観点に関して、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群（個別当事者を基準としたBGBの設定する義務群）と、そこまでには至らないが、なお除去や差止めの措置がとられるべき義務群（平均的消费者を基準としたUWGの設定する義務群）とは、いわば二重の防護壁をなしている。

契約法が、消費者に対する不当な影響に対して事後的に抵抗的な防護壁を形成しているのに対して、UWGの設定する義務群は、事前的一予防的な防護壁を形成し、決定自由侵害の事前的回避という機能を有しており、ここに、右義務群の独自の機能が存在する。

このUWGの防護壁による決定自由侵害の事前的回避という観点は、とくに消費者による契約法上の権利の行使が事実上期待できない場合に、効果的な役割を果たす。そのような場合としては、①消費者が購入後も本質的に理解できない事実（信賴的性質を有する事実）についての説明が問題となっているため、説明されなかった事実の存在あるいは説明された事実の不存在を消費者が認識できないか、または認識するために非常に高い費用を要する場合、②商品が安価な日用品であり、損害が軽微であるために、消費者が自己の権利を裁判上貫徹しようとしても、不告知あるいは直接的な決定自由侵害により生じた損害と不均衡な裁判費用やリスクが生じるため、消費者による裁判上の権利行使を事実上期待できない場合などが考えられる。

(2) その他の機能

UWGによる規制には、かかる消費者の決定自由侵害の事前的予防の他、一(2)で述べた需要者のそれ以外の諸利益の保護、競争事業者の営業上の利益の保護、市場秩序の維持といった機能もある。

(3) 義務の高度化の根拠としての乗数効果

このような諸目的を達成するために、UWGの設定する義務が高度にされている理由は、個別事例限りのものとして受け入れられる行為態様であっても、当該事業者による反復継続あるいは他事業者による模倣によって、

それが多数の事例で行われた場合には、競争事業者や制度としての競争を害し、多数の潜在的な顧客を大きな危険にさらす場合があるため、そのような行為に対しては、より以前のかつより厳しい規制がなされなければならないという点にある。

(4) 消費者団体の果たす役割

さて、UWGの体系においては、消費者保護は集団的保護を意味するとされ、消費者保護の任に当たっているのは主に消費者団体である。以上の検討を踏まえると、消費者団体は、右に述べた諸機能のうち、消費者の決定自由侵害の事前的予防の他、消費者のそれ以外の諸利益の保護、消費者の立場に立つての市場秩序の維持といった目的のために、除去請求権、差止請求権および利益剥奪請求権を行使しており、個別消費者はこれにより間接的に保護される。二〇〇八年改正以前は、UWGの規制対象は競争行為に限られていたが、不正取引方法指令の国内法化により、UWGの規制対象は今や契約の広告・勧誘から履行にまで及ぶこととなり、これに伴って、市場秩序維持のために消費者団体が果たす役割も大きなものとなっている。

以上のように、ドイツ法では、消費者の決定自由の保護がUWGの重要な目的の一つであることが承認されている。そして、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群と並んで、事業者の取引行為が有する乗数効果を根拠に義務を高度化し、消費者個人の権利は認められないものの、なお除去や差止めなどの集団的保護措置がとられるべき義務を設定し、それにより、消費者の決定自由侵害の事前的予防およびその他の利益の保護、さらには市場秩序の維持を図ろうとしている。ここでは、個別当事者を基準としたBGBによる個別的具体的保護と、平均的消费者を基準とした集団的一般的保護とが、消費者の決定自由を重層的に保護している。このような考え方は、わが国においても示唆するところが多いだろう。そこで、次章で、日本法への示唆について若干の

検討を行う。

- (115) ただし、撤回権の構成要件が状況関連的あるいは契約類型関連的であって、決定自由の侵害を要件としないことには留保が必要である。その意味で、撤回権は、本文で述べられている両義務群の中間にあるということもできよう。
- (116) Kohler, GRUR 2003, 265 (266).
- (117) 二〇〇八年改正前のもので、不作為による誤認惹起もあわせて規定されていた。
- (118) Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 165.
- (119) Busch, aa.O. (Fn. 118), S. 165f.
- (120) Busch, aa.O. (Fn. 118), S. 166f.
- (121) なお、Leistner, aa.O. (Fn. 62), insbes. S. 1032ff. は、需要者の決定自由の保護に関する限りにおいて、契約法上の義務の基準と競争法上の義務の基準とは同一であるべき——競争法上の保護の基準が契約法上のそれよりも高い場合には、別の正当化を必要とする——との主張の上に立って、競争法の独自の意義は、個別契約関係に入った顧客が、損害が軽微であるなどの理由から、自己の権利を貫徹せず、そのような意味での事実上の欠缺（praktische Durchsetzungslücken）がある場合に、競争事業者や適格性ある消費者団体が個別契約関係の履行を差し止め、それによって顧客が自己の権利や請求権を自ら行使できるようにする点にあるとするが、独自の見解にとりまかす。
- (122) Faust, Präventiver Schutz der Entscheidungsfreiheit durch das Wettbewerbsrecht, in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 193 (194f.).
- (123) Faust, aa.O. (Fn. 122), S. 195ff.
- (124) Faust, aa.O. (Fn. 122), S. 204ff.
- (125) 不正取引方法指令も、その考慮理由六、八、一一において、直接的には消費者保護の高い水準を作り出すことを、間接的には競争事業者を保護し、公正な競争を保証することを、規制理由として挙げている。同指令が、消費者の保護と競争の保護の双方を目的としていることを明確に主張するものとして Wunderle, Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht, 2010, S. 203ff. を参照。
- (126) F. Bydlinki, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 609f.; vgl. auch Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, Rn. 56ff.
- (127) Alexander, aa.O. (Fn. 62), S. 52f.
- (128) Alexander, aa.O. (Fn. 62), S. 54.
- (129) Alexander, aa.O. (Fn. 62), S. 54f.
- (130) Leistner, aa.O. (Fn. 62), S. 238ff.

(131) なお、Alexander a.O. (Fn. 62), S. 57 u. 330 は、競争法と契約法の適用領域の区別について、顧客が契約締結という決定を行った時点で、競争関係特徴付ける事業者間の並行的緊張関係は消滅するから、顧客の決定によって生じるこのくさび（区切り）が競争法から契約法への移行を基礎付ける、と述べる。しかし、UWG の適用範囲は二〇〇八年改正により契約締結時や契約締結後の行為態様にも及ぶことになり、他方、契約法上の規制も契約締結段階に及んでいるから（契約締結上の過失）、このような切り分けは正当でなく。Vgl. Köhler, GRUR 2003, 265 (266 Fn. 14); Leisner, a.O. (Fn. 62), S. 244ff.

第五章 おわりに——日本法への示唆

わが国においては、消費者に対する不当な勧誘や広告にかかわる法規制は、民法のほか、消費者契約法、景品表示法、特定商取引法、割賦販売法、不正競争防止法（ただし、消費者の保護は反射的效果にとどまる）、独占禁止法（不当顧客誘引や優越的地位の濫用等の不公正な取引方法）、金融商品販売法、金融商品取引法（三七条以下）、商品取引所法（商品先物取引法）、宅地建物取引業法（四七条、四七条の二）などに分散し、それぞれに消費者個人の権利や適格消費者団体による差止請求、措置や業務停止などの行政的規制が定められている。範囲が広範なため、日本法に關する本格的な検討は他日を期し、以下では、特定商取引法のうちとくに訪問販売に関する規律を素材に、ドイツ法から得られる示唆について検討する。

一 特定商取引法の行為規制の概要——とくに訪問販売に関して

すでにみたように、UWG は、消費者の決定自由をゆがめるに足りる行為に關して、付表も含めてかなり詳細な構成要件を定めている。一方、わが国の特定商取引法は訪問販売に關して、以下のような行為規制を定める。同法による規制は、省令（特定商取引法施行規則）も含めてみると、かなり詳細なものとなっている。

(1) 業者の氏名および勧誘目的等の明示義務（法三条）、契約を締結しない意思を明示した者に対する再勧誘の禁止（法三条の二）

(2) 申込書面・契約書面の交付義務（法四条、五条、施行規則三条ないし六条）

主な記載事項は以下のとおりである。①権利や役務の種類、②価格や対価、③支払の時期や方法、④引渡や権利移転の時期、⑤クーリングオフや解除に関する事項、⑥事業者の名称、住所、電話番号、代表者氏名、⑦担当者の氏名、⑧商品名、商標、製造者名、⑨商品の型式、⑩商品の数量、⑪瑕疵担保責任についての定めがある場合はその内容、⑫解除に関する定めがある場合はその内容、⑬その他の特約（⑥以下は施行規則による）。

(3) 不実告知、故意の事実不告知（法六条一項、二項、施行規則六条の二）

まず、不実告知が禁止されている事項のうち、主なものは以下のとおりである。①商品や役務の種類、性能、品質、内容、効能、商標、製造者名、販売数量、必要数量、役務の効果、②価格や対価、③支払の時期や方法、④引渡や権利移転の時期、⑤クーリングオフや解除に関する事項、⑥顧客が契約の締結を必要とする事情に関する事項、⑦その他顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの（①の効能以下は施行規則による）。

以上の①から⑤については、故意の事実不告知が禁止されている。

(4) 契約を締結させ、または撤回もしくは解除を妨げるための威迫による困惑の禁止（法六条三項）

(5) 勧誘目的を秘匿して営業所以外の場所で消費者を呼び止め、公衆の出入りしない場所で勧誘することの禁止（法六条四項）

(6) その他改善指示の対象となる行為（法七条、施行規則六条の三、同七条）

その他の不当な勧誘行為としては、以下のものが定められている。①法六条一項一号から五号以外で顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものについての故意の事実不告知、②過量販売、③迷惑を覚えさせるような仕方

での勧誘、④老人その他の者の判断力の不足に乗じる行為、⑤顧客の知識、経験、財産の状況に照らして不適当な勧誘を行うこと、⑥契約書面に年齢、職業その他の事項について虚偽の記載をさせること、⑦生命保険契約等の被保険者となることに同意する旨が記載されている契約書面や申込書面に署名または押印をさせること、⑧公共の場所で顧客の進路に立ちふさがったり、つきまとうこと、⑨消耗品を消費させ、クーリングオフを妨害すること②の一部および③以下は施行規則による。

二 特定商取引法のエンフォースメントの概要

(1) クーリングオフ権、取消権

まず消費者個人には、クーリングオフ権（九条）や過量販売の場合の解除権（九条の二）のほか、不実告知・故意の事実不告知の場合には、意思表示の取消権（九条の三）¹³³が与えられる。

消費者契約法四条一項および二項による取消権と比較すると、とくに①先行行為を必要とせず故意の不実告知を一般的に取消しの対象とした点、②顧客が契約締結を必要とする事情、顧客の判断に影響を及ぼす重要なものに関する不実告知を取消しの対象に加えた点において、特定商取引法による取消権は、消費者契約法による規制を拡充したものと位置づけられる¹³³。

(2) 適格消費者団体による差止請求権

適格消費者団体（消費者契約法二条四項）は、業者が不特定多数の者に対して、不実告知、故意の事実不告知、威迫による困惑、九条八項に反してクーリングオフを制限する特約、一〇条の制限に反した解除に伴う損害賠償額や違約金の定めを現に行いまたは行うおそれがある場合に、当該行為の停止や予防に必要な措置をとることができ（五八条の四）。

ドイツ法と比較すると、一でみた行為規制のうち、差止請求権の対象とされているものは極めて限定的であり、消費者個人に取消権等の権利の発生が観念できたり、特約が無効とされる（あるいは効力が制限される）ものに限られており、行政処分が、エンフォースメントの主要部分を担っている。

(3) 行政処分

一でみた行為規制に違反した事業者に対しては、改善指示（法七条）、業務停止命令（法八条）の行政処分が行われる。

(4) 罰則

一でみた行為規制のうち、申込書面・契約書面の交付義務違反（法四条、五条）、禁止行為違反（法六条）については直接の罰則規定があるが（法七〇条、七〇条の三、七二条一項一号、七四条）、その他の行為規制については、まず行政処分が行われ、その後に事業者が当該行政処分に違反した場合に刑事罰が科されるという二段階方式が採用されている（法七〇条の二、七二条一項二号、七四条）。

三 若干の検討——消費者の決定自由の重層的保護と差止請求権の対象行為の拡張について

(1) 適格消費者団体による差止請求権の対象行為について

(a) 上記一(2)で見たように、わが国の特定商取引法は詳細な行為規制を定める一方で、適格消費者団体による差止請求権の対象となるものは限定的であり、行政処分がエンフォースメントの中心となっている。

ドイツ法では、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群と、そこまでには至らないが、平均的消費者の決定自由を侵害するに足りるものとして、なお除去や差止め措置がとられるべき義務群とが区別され、両者が重層的な保護をなしている。これに対して、わが国では、消費者個人に取消権等の権利の発生が

観念できたり、特約が無効とされる（あるいは効力が制限される）ものだけが差止請求権の対象とされている。このような差止対象行為の選定については、①特定商取引法上の行政規制等の各条項に規定される規範に抵触する行為であつて、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その行為を集団的・一般的に停止・予防させることが適当なものを基準とした、との説明が行われている⁽¹³⁴⁾。このような考え方の沿革は、二〇〇六年の消費者契約法改正において、差止めの対象に不当勧誘行為を加えるに際して、消費者個人の法的救済と差止請求権の要件を接合させる考え方、すなわち、消費者個人レベルでの決定自由の侵害がまず必要であるとしたうえで、そのような不当勧誘行為が反復継続した場合には、消費者全体の利益に影響が及ぶことから、これを差止めの対象とすべきであるという考え方がとられたこと⁽¹³⁵⁾にさかのぼると思われる。しかしこれに対しては、すでに、消費者個人の救済が認められる要件と差止請求権の要件を接合させる必然性はないとの主張がある⁽¹³⁶⁾。では、ドイツ法のように、差止対象行為を、消費者個人に法的救済が与えられる場合よりも広いものとすることはできないのだろうか。

前章で見たように、ドイツ法は、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群と並べて、事業者の取引行為が有する乗数効果を根拠に、平均的消费者の決定自由を侵害するおそれのある行為について、より高度の義務を設定し、そのような義務の違反に対しては、消費者個人の権利は認められない——したがって、その違反は個別取引の効力に直接には影響しない——ものの、なお除去や差止めの措置が認められ、それにより、消費者の決定自由侵害の事前的予防およびその他の利益の保護、さらには市场秩序の維持が図られている。これと比べると、わが国では事業者の行為の乗数効果の考慮が弱く、適格消費者団体の機能も限定的なものとなつているといえる。ただ、わが国においても、行政処分対象行為は、消費者個人に救済が与えられるべき義務群の基準よりも厳しいものとなつていことからすると、乗数効果を根拠とした消費者利益のより高度の保護あるいは市場

秩序の維持が考えられていないわけではなく、日本ではその役割は主に行政が果たすものとされているといえる。この点で、この分野での行政の役割の小さいドイツとは状況が異なる。しかし、わが国においても、行政と並行的に、こうした乗数効果を根拠とした消費者利益のより強い保護あるいは市場秩序の維持といった役割を消費者団体に認めることは、以下の理由から、なお可能であるし、望ましいと考える。

すなわち、①近時、特定商取引法違反に基づく処分件数はかつてに比べて増加しているものの、⁽¹³⁷⁾すべての違法行為を行政規制で監視することには人的および物的限界があるため、対応はかなり悪質な事案やある程度広範な被害が出た事例に限られてしまう。これに対して、②消費者団体はより消費者に近いところで情報収集を行っており、広くかつ迅速な対応が可能である。また、③現在、消費者団体に認められているのは、消費者に個別の救済が与えられるべき行為が反復継続される可能性がある場合の差止めにとどまる。しかし、そのような予防的措置が認められていることは、すでに限定的ながら、消費者の諸利益の保護に加えて、消費者の立場からの市場秩序の監視者としての役割が消費者団体に認められていることを示す。さらに、④不当条項使用に対する消費者団体の差止請求権の許容性の検討に関して、消費者団体が消費者の視点に立った市場の監視者としての役割を担うという観点も主張されており、⁽¹³⁸⁾そのような役割は不当勧誘についても妥当する。また、⑤私的団体にすぎない消費者団体が、消費者利益の保護に加えて、市場秩序の維持という公共的な役割を担うことができるか、濫訴のおそれがないかという点に関しては、適格性の認定の段階で組織や活動実績などをもとに判断したり、その後の活動をチェックすることで対応可能である。さらに、⑥個別当事者を基準とした個別具体的保護と、平均的消费者を基準とした集団的一般的保護による消費者の決定自由の重層的保護というコンセプトは、わが国においても有用と考えられる。以上の理由から、わが国においても、ドイツと同様に、消費者個人の救済が認められる要件と差止請求権の要件を接合させずに、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群と、そこまでは至らないが、なお差

止めが認められるべき義務群とを区別し、後者について、適格消費者団体による差止請求権を認めることが可能であると考える。二〇〇八年の特定商取引法および景品表示法への消費者団体訴訟制度の導入に伴う、消費者契約法等の一部を改正する法律案に対する付帯決議において、特定商取引法上の政省令事項を含む禁止行為を差止めの対象とすることが検討されるべきとされているが、ここまで述べてきた二つの義務群による重層的保護という観点から、積極的に検討されるべきと考える。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

(b) 差止訴権の法律構成についての本格的な検討は後に留保したいが、現在のところは、以下のような方向で考えている。すなわち、集団としての消費者は、公正な取引環境に対して固有の利益をもち、これが害された場合には、この固有の利益に対する違法な侵害であるとして抽象的な差止請求権をもつ。そして、この集団としての消費者の利益の保護を実現するために、法律は、一定の要件を満たした消費者団体に、実体法上の差止請求権（およびそれに基づく提訴権）を付与している。このように考えると、利益の帰属主体と差止請求権の帰属主体が異なることになるが、これについては、特別の法規定によって、適格消費者団体への差止請求権の帰属が可能とされているものと考ええる。また、本稿では、事業者に課される義務を高度化し、個別消費者の決定自由の侵害あるいは危殆化が生ずるよりも前に差止めを認めるべきと主張している、その場合、どのような行為が差止対象となるかという問題が生ずる。これについては、差止対象行為を定める法規定が必要と考える。たしかに、理論的には、消費者の集団的利益が侵害の危険にさらされた場合に差止請求権が発生するのであるが、消費者の集団的利益の侵害の危険（公正な取引環境の悪化）といってもその外延は極めて不明確だからである。⁽¹²⁾

(2) 具体的な対象行為について

(a) 以上のような観点から、本稿では二点を指摘したい。一で見たように、わが国の特定商取引法は、省令も含めてみると、実際に発生したトラブルをもとに、かなり詳細な行為規制を定めている。しかし、説明義務に関して

は、申込書面・契約書面の交付義務はあるものの、故意の説明義務違反（事実不告知）が問題とされるにとどまる。この点については、取消権付与の要件としては事業者の故意が必要であるとしても、適格消費者団体による差止請求の要件としても故意が必要かどうかは、再考の余地がある。たとえば、主観的要件を必要とせずに、法六条一項一号から五号に掲げられている事項を説明することなく契約を締結する行為を差止請求の対象行為とすることが考えられてよい。

(b) また、不安や無経験に乘じたり、圧迫を加えるなどの決定自由を直接的に侵害する形の勧誘・交渉行為に関しては、差止請求権の対象行為は威迫による困惑に限られている。この背後には、消費者契約法による取消権（および差止請求権）の対象行為を不退去および監禁に限定したのと同様、明確な構成要件が立てにくいために、取引が不安定になることや、消費者の意思表示に瑕疵があるといえるかどうかの判断が難しいこと、があるものと考えられる。⁽⁴³⁾

しかし、この場面でも、ここまで述べてきた二つの義務群による重層的保護という観点が有用であると思われる。すなわち、たしかに、明確な構成要件が立てにくく、意思表示に瑕疵があるかどうかの判断が難しいという理由から、消費者への取消権の付与に対して抑制的となるのは理解できる。しかし、①消費者個人の救済と差止請求権の対象行為とを接合させる必然性はないこと、②消費者個人に取消権を付与するほどではない（あるいは意思表示に瑕疵があるといにくい）と考えられるべき場合でも、平均的消費者の決定自由を侵害するおそれのある行為について、消費者の関わる取引の公正のために差止めを肯定すべき場合があること、③構成要件の解釈に幅が出やすいことによる濫訴の可能性という問題は、消費者契約法一〇条を根拠とする不当条項の差止めについても問題となるものであるし、不正取引方法指令のように、例示構成要件とともに判断の枠組みや要素を挙げるといふ形での対応も可能であること、④逆に構成要件が厳格すぎると、判断の硬直化を招き、適格消費者団体による市場秩序の

維持が図れなくなることから、決定自由の直接的な侵害に関しても、消費者個人の権利を発生させるには至らないが、なお差止めを認めるべき平均的消费者を基準とした義務群を設定し、強迫による取消権や不法行為、不除去や監禁による取消権と並べて、重層的な保護を行うことは可能であろう。このような観点から、たとえば特定商取引法施行規則七条が定める禁止行為（一(6)③④⑧など）を、適格消費者団体による差止請求権の対象行為とすることが検討されてよい。

決定自由を直接的に歪める形の決定自由侵害行為については、さらに、差止めの対象が特定しにくいという問題もある。しかし、こうした種類の勧誘が組織的に行われる場合は、勧誘マニュアルや定型的手法が用いられる場合が多く、そうした供用物の廃棄を差止めの対象とすることが可能である。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

以上で、ドイツ不正競争防止法における消費者の決定自由の保護およびそこから得られる示唆についての検討をひとまず終えることとする。本稿では、ドイツ法は、個別当事者を基準とした BGB による個別的具体的保護と、平均的消费者を基準とした集団的一般的保護により、消費者の決定自由を重層的に保護していること、すなわち、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群と並んで、事業者の取引行為が有する乗数効果を根拠に、平均的消费者の決定自由を侵害するおそれのある行為について、より高度の義務群を觀念し、そのような義務の違反に対しては、消費者個人の権利は認められないもの、なお除去や差止め、さらには利益剝奪請求といった措置を認め、それにより、個別消費者の決定自由侵害の事前的予防やその他の利益の保護、さらには市场秩序の維持を図ろうとしていること、これと同様に、わが国でも、消費者個人の救済手段と差止請求権の要件を接合させずに、その違反に対して消費者個人の権利を発生させるべきレベルの義務群と、そこまでには至らないが、なお差止めが認められるべき義務群とを区別することができ、後者については、消費者個人が私法上の権利をもた

ない場合であっても、適格消費者団体による差止請求権の対象行為とすべき場合があること、わが国では、とりわけ市場秩序の維持という公共的役割は行政が担っているが、適格消費者団体もまた、行政と協力して、消費者保護の担い手としての役割とともに、消費者の立場から市場秩序を維持する役割をも担いうることを主張した。このように平均的消費者を基準として差止対象行為を設定することは、消費者個人に救済手段が与えられるべき義務と協働して、消費者取引における自己決定基盤整備の役割を果たす。このような重層的保護は、市場の信頼を高め、消費者取引の活発化にもつながるだろう⁽¹⁶⁾。また、適格消費者団体についての右のような理解は、差止請求権の問題だけでなく、さらなる役割を担わせることの可否、たとえば、現在検討されている集団的消費者被害救済制度において適格消費者団体に原告適格を認めるべきかという問題や、その際の適格消費者団体の認定要件の問題を検討するにあたっても、有益な視点を提供するだろう。なお、本稿の主張は、行政的規制の縮小を意味するものではなく、それと並んで、より監視の目を増やすことによつて、より高い水準での消費者保護および市場秩序の維持を目指すものである。

適格消費者団体が担いうる役割は、消費者取引における市場秩序の維持に限られない。本稿では対象としなかったが、金融取引についても、適格消費者団体が、消費者の保護と合わせて、（消費者の行う取引に関する範囲での）金融システムやマーケットの保護をも担うものとみることができるのであれば、たとえば金融商品取引法三八条の禁止行為の中にも、適格消費者団体による差止請求権を認める可能性のあるものが存在するのではないか。この点については今後の検討を期したい。

さらに、本稿で述べたような考え方は、近時議論になっている「公共性の担い手」という観点からも検討が可能であろう。従来、取引秩序の維持は主に行政が担ってきたところ、本稿のような考え方は、それを、行政と並立的に、適格消費者団体にも担わせるものであるが、これは広義の公共に関わる。この問題を、公共性の担い手という

観点から議論することによって、行政との機能分担や協力のあり方、適格認定の要件、差止対象行為の選定などの問題について、新たな知見が得られる可能性もある。今後の議論の深まりを期待したい。

- (132) 迷惑メール規制に関しては、宗田・前掲書注(89)、同「不招請勧誘規制の再構築——迷惑メール規制を中心として——」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 慶應の法律学 民事法』(慶應義塾大学法学部、二〇〇八年)三四一頁以下が詳細である。
- (133) 山本敬三『民法講義 I 総則』(第二版)〔有斐閣、二〇〇五年〕二六四頁、日本弁護士連合会編『消費者法講義 第三版』(日本評論社、二〇〇九年)一六五頁以下〔村干鶴子〕。
- (134) 消費者庁取引・物価対策課・経済産業省商務情報政策局消費政策課編『平成二十二年版 特定商取引に関する法律の解説』三四六頁(商事法務、二〇一〇年)。加納克利・佐久間正哉・安井正也『法令解説 景品表示法と特定商取引法にも消費者団体訴訟制度を導入』時の法令一八四号三二頁以下(二〇〇八年)も参照。
- (135) 角田美穂子「消費者団体の差止請求権と民事ルール」川井健先生傘寿記念論文集刊行委員会編『取引法の変容と新たな展開』二六七頁(日本評論社、二〇〇七年)。個々の消費者に民事上の権利が発生しうることを、差止対象行為の違法性の根拠とするものと思われる。しかし、本文でも述べるように、後者を別個に考えることも可能である。
- (136) 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」NBL七九〇六三頁(二〇〇四年)、三木浩一・上原敏夫・大村多聞・加納克利・野々山宏・山本豊「座談会・消費者団体訴訟をめぐる」ジュリスト一三二〇号四七頁(山本発言)(二〇〇六年)、角田・前掲注(135)二六六頁以下。
- (137) 消費者庁「特定商取引法違反に基づく処分件数の推移」(<http://www.caa.go.jp/trade/pdf/100705kouhyou.pdf>)を参照。これによると、二〇〇七年以降、年間処分件数が一〇〇件を超えるようになった(二〇〇七年一八〇件、二〇〇八年一四一件、二〇〇九年一三八件、二〇一〇年上半年一二一件)。
- (138) 鹿野菜穂子「消費者団体による差止訴訟の根拠および要件について」立命館法学二九二号一七八頁(二〇〇三年)は、「消費者団体には、消費者の教育・啓発、情報発信、被害救済の支援などの役割と並んで、消費者の視点に立った市場の監視者としての役割を担うことが期待されているのであり、それ故、この役割を担うにふさわしい一定の消費者団体に実体法上の差止請求権および提訴権を、法律によって付与するのである」と述べる。鹿野・前掲注(136)五九頁以下も参照。また、松本恒雄・上原敏夫「Q&A 消費者団体訴訟制度」三頁以下(三省堂、二〇〇七年)も、消費者団体による公益実現機能について言及する。
- (139) 消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法(第二版)』六七六頁以下(商事法務、二〇一〇年)。
- (140) 当然ながら、行政規制のための禁止規定をすべてそのまま流用すべきというのではなく、差止請求に合わせて要件の整備をすべき部分

あろう。

(141) わが国では消費者契約法や特定商取引法による取消権が認められ、詐欺・強迫規定（民法九五条）の厳格さが緩和されているために、ドイツ法におけるよりも取消権が認められる場合が広くなっており、消費者個人の救済手段と差止請求権の要件を結合させることによる不都合はいくらか緩和されている。しかし、個別消費者の取消権の過度の拡張は取引の不安定を招くものであり、両者の要件を接合させる考え方には限界がある。

(142) 差止請求権の法的性質や原告適格の問題については優れた先行研究が多数存在する。主要なものとして、上原敏夫「団体訴訟・クラスアクションの研究」（商事法務、二〇〇一年）、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掛かりとして」早稲田法学（八）巻二七七頁以下（一九八五年）、総合研究開発機構『高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』一一一頁以下（森田修）、一三三頁以下（高田昌宏）（商事法務、二〇〇一年）、鹿野・前掲注（138）一七七頁以下、山本豊「消費者契約法をめぐる論点——消費者団体訴訟制度導入への期待——」法律のひろば二〇〇五年一月号二頁（二〇〇五年）、宗田貫行「団体訴訟の新展開」（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）、高田・前掲書注（50）三五頁以下、高田昌宏「消費者団体訴訟の法的構造に関する一考察（1）」大阪市立大学法学雑誌五五巻三・四号八九九頁（二〇〇九年）などを参照。

(143) 前掲注（139）『逐条解説 消費者契約法』二〇頁を参照。

(144) 誤認惹起行為も含む一般的な記述だが、前掲注（139）『逐条解説 消費者契約法』二四〇頁、三木浩一「消費者団体訴訟の立法的課題——手続法の観点から」NBL七九〇号四八頁（二〇〇四年）も参照。

(145) 利益剥奪請求権について、ここで補足しておく。第二章四でも述べたように、UWG一〇条に定める利益剥奪請求権の法的性質は、競争事業者あるいは消費者の損害賠償請求権（ないしその集団的行使）ではないと解されている。なぜなら、その行使に当たって、競争事業者あるいは消費者の損害の発生は要件とされおらず、剥奪される利益の算定は損害とは関係がない上に、そもそもUWG三条および七条の違反は消費者の損害賠償請求権を基礎づけるものではないからである。また、利益剥奪請求権は、競争事業者や消費者に生じた損失を埋め合わせるためのものでもないで、不当利得の性質も持たない。結局、利益剥奪請求権は、競争事業者や消費者の損害や損失とは無関係に、UWG三条および七条により許されないものとされる行為によって獲得された利益を吐き出させる制度であるということになる。

近時わが国でも、集団的消費者被害救済制度との関連で、損害賠償をさせた上でなお企業に残る利益を吐き出させるために、集団的消費者被害救済制度研究会の提案する行政による経済的不利益賦課制度（後掲報告書四四頁以下）と並べて、利益剥奪請求制度の導入が一部で主張されている（鹿野菜穂子「集団的消費者被害の救済制度と民事実体法上の問題点」現代消費者法第八号二四頁以下（二〇一〇年））。しかし、これには若干の疑問がある。UWGにおいては、集団的な損害賠償制度がない（そもそもUWGの違反は消費者の損害賠償請求権を基礎づけない）ため、利益剥奪請求制度が、事業者の「やり得」を防ぐために大きな役割を果たすと考えられるのに対して、わが国の集団的消費者被害救済制度では、集団的な損害賠償請求制度の構築がメインとなっている。ここでは、利益剥奪請求制度は、集団的損害賠償請求制度が機能し

ない場面のための制度、ないし損害を賠償させようになお何らかの出捐をさせる制度として位置づけられる。ドイツでも利益剥奪請求が認められる要件は厳格となっているが、このような位置づけの違いからは、わが国ではさらに厳格な要件が設定されるべきであり、悪質な事業者が対象とされることになろう。そうすると、調査権限（特定商取引法六六条を参照）を有する行政庁の方が適切な対応が可能であろうし、本文で述べた差止請求の場合と異なり、消費者団体による相互補完を認めるべきほどの事件数になるかどうかは疑問もある。

また、そもそもドイツにおいても、利益剥奪請求制度が制裁的色彩を有することが指摘されている（高田・前掲書注（50）五七頁以下）。ドイツには、UWGの執行における行政の役割が小さいため、消費者団体がこのような役割を果たす必要性も理解できるが、わが国では、すでに特定商取引法などにおいて消費者庁による行政的措置がとられており、消費者団体のような私的団体に、このような制裁的色彩を有する制度の行使を認めるべき必要性があるのかどうか、ドイツ以上に深く問われる必要がある。

集团的消費者被害救済制度については、「集团的消費者被害救済制度研究会」報告書（二〇一〇年。http://www.caag.jp/planning/index.html#m01-1）のほか、鈴木敦士「集团的消費者被害救済制度研究会報告書の概要」金融法務事情一九〇七号六二頁以下（二〇一〇年）、現代消費者法第八号（二〇一〇年）四頁以下に所収の諸論文を参照。

(146) また、差止対象行為の違反は、ただちに詐欺や強迫あるいは債務不履行や不法行為とされるわけではないが、その判断の際の重要な参考資料ともなる。

(147) 本文では特定商取引法の訪問販売に関する規制を例に検討したが、事業者の取引方法に対する規制が取引の態様や目的物ごとに行われると、規制の見通しが悪くなるほか、規制の漏れや不均衡が出やすい。そのためにも、個別に必要な規制は別途行いつつも、UWGのように、不公正な取引行為という観点から、より広く事業者の行為を規制できる法律の制定を検討すべきと考ええる。

〔付記〕本研究は科研費（20730077）による研究成果の一部である。