

## 消費者取引における不法行為の法理

— ドイツの不正競争防止法と民法における違法性概念の交錯 —

角 田 美 穂 子

### 一 本稿の課題

#### 1、分析の視角—取引秩序アプローチ

(1) 消費者取引において法的问题となるのは、その契約内容の不当性もさることながら、むしろそれ以前の契約締結のプロセスにおいて用いられる様々な不公正な勧誘ないし取引方法・手段である。

この問題に対しては、錯誤・詐欺・強迫による意思表示の無効・取消を認めることで消費者を救済することも可能ではあるが、本稿ではむしろ、元来は法律行為の目的を規律する民法九〇条の公序良俗規範が不当な取引方法・手段の領域にまで進出し、さらに七〇九条の不法行為の違法性判断基準としても機能している点に注目する。

つまり、合意の瑕疵の問題としてではなく、それらの行為が取引秩序に違反する点に着眼する、いわば取引秩序アプローチを行なう。このような問題意識の背景にあるのは、先物取引やマルチ商法、変額保険、不動産投資等の多岐にわたる消費者取引における不当勧誘に対して、公序良俗違反あるいは社会通念上許容されないことを理由とする不法行為損害賠償請求訴訟が増大しているというわが国の現状に他ならない。<sup>(1)</sup>

(2) 不当な顧客取引行為から消費者を保護するための手法は、いくつかの観点から分類することができる。法体系の上からみた場合、市場の公正な秩序を維持することが最終的には消費者の利益に資するという競争法秩序と、合理的な購買決定を行う消費者の権利を不当な方法

により侵害したことを理由に法的救済を与えるという私法秩序に分類することができる。他方で、専門行政機関が取引秩序を維持することを通して間接的に競争者や消費者の利益の保護を図る行政法的規制と、法的利益を侵害された消費者あるいは競争者自ら法実現を行なう私法的規制とが併存している。これらは別個独立に存在しているというよりはむしろ、相互に連動・補完しあっている。全体として消費者法を構成しているというべきである。

そしてわが国では、独禁法や業法による行政的規制が中心的位置を占めている一方で、不正競争防止法も原告適格を事業者に限定する等（二三条）、消費者保護の観点からは極めて弱いことから、消費者自身の権利救済は一般民法のレヴェルでこれを受け止めざるを得ないのが現状である。このことは、先に指摘した不法行為訴訟が増大している法制度的背景であると考えられる。

## 2、本稿の目的と課題

(1) ドイツでは、わが国の独禁法に相当する競争制限禁止法（GWB）は、市場支配的事業者の濫用規制を中心としてその守備範囲が狭く、連邦カルテル庁の活

動領域は限定されている一方で、不正競争防止法（UWG）<sup>(2)</sup>における私人によるイニシアティブの領域が広い。すなわち、UWG一条は次のように規定する。「業務上の取引において競争の目的をもって善良の風俗（gute Sitten）に反する行為をなす者に対しては、差止および損害賠償を請求することができる」。そして、一条違反や欺瞞的広告（同三条以下）、特別大売り出し広告（同七条以下）に対する差止請求の原告適格を、わが国のような営業上の利益を害される者だけでなく、事業者団体、さらに消費者団体にも認めることで（同二三条二項）、消費者法としての性格を持つことを明らかにしている。さらに、訴訟費用の減額（二三三条）や仮処分要件を緩和する（二二五条）等、消費者団体訴訟活用のパックアップ体制が整備されている。これは、わが国の消費者法のシステムが「火消し立法」といわれるように、社会問題に対応するために制定されたいくつかの後追的な特別立法と、公正取引委員会による行政法的規制が中心であるのとは対照的である。

さらに、私法的規制の中にあっても、不当な取引方法・手段に関する取引秩序アプローチは、専らUWG一

条の競争における良俗規範の問題とされ、UWGは不法行為の特別法として位置づけられている。つまり、わが国では前述のように民法上の公序良俗規範がその適用領域を拡張してきている分野を、まさにUWG一条が担っているのである。

(2) 近年、学説のなかには、民法の体系の中に競争秩序維持規範が組み込まれている、あるいは民法九〇条の「公序」を通して公正な競争秩序という公法的な価値も私法に流入してきているのではないか等、民法と競争法の連動を説く動きが見られる。他方で、消費者取引における不法行為についての違法性判断方法として、「柔道という『合わせて一本』」による違法性評価」を提唱する学説もある。「欺瞞的商法」<sup>(4)</sup>にあっては、商法の仕組みと勧誘方法から相関関係的に判断されるべきであり、仕組み自体の違法性が高い場合は、勧誘即不法行為となり、仕組み自体は合法的なものとされても勧誘方法が悪質であれば不法行為となる<sup>(5)</sup>とするこの説は、基本的には違法性判断における相関関係論を、消費者取引の事後的救済という問題に即して応用したものと評価することができであろう。この理論は、取引内容自体の不正に追加

て、本稿が問題とする取引方法の不正をも一要素として違法性判断の中に取り入れることで、柔軟な解決を提示し得るメリットを有している反面、違法性判断基準は曖昧なものにとどまらざるを得ない。

(3) 本稿は、このような学説の問題意識に触発されて、消費者取引における不法行為の法理探索の第一歩を試みるものであり、UWG一条に焦点を絞った比較法的検討を行なう。何故なら第一に、UWG一条の良俗違反はわが国の一般不法行為のなかで扱われている取引秩序違反と重なるものであり、第二に、わが国の不法行為理論のなかで漠然として不明確なまま用いられている取引秩序のあり方について、UWG一条の良俗概念は判例と学説の協働作業により、はるかに具体的に明確な指標を提示しているからである。そして第三に、ドイツで議論されている競争法と民法における違法性概念の交錯の検討を通じて、消費者取引の領域に即した不法行為法理の形成について、少なからず示唆を得られると思われるからである。

すなわち、本稿の目的は次の二点に集約される。第一には、公正な競争秩序の維持を目的としながらも私法的

規制の本質を有するUWG一条によって形成されている、消費者取引という問題領域に即した不法行為の違法行為類型を描き出すこと、第二には、競争法と民法における違法性概念の交錯を通して、不正取引に対する私法的救済のあり方への示唆を得ることである。

## 二 UWGによる消費者取引秩序

### 1、消費者法としてのUWG

高度消費社会にあつては、消費者に対して働きかけるマーケティング方法にも多様性が認められ、マーケティング技術も急速な進歩を遂げてきている。このような経済状況に対して、UWGおよびその周辺法はいかなる法規定を有しているのであろうか。最初に、競争法としてのUWGがいかなる形で消費者法として機能しているのかを法制度の面から概観する。これを通して、UWG一条の良俗規範の果たす役割と、その違反に対していかなる法的救済が提供されているのかを明らかにする。

#### (一) 法的規制の対象

(1) 広告規制に関するUWGの規定は非常に豊富である。(a)まず欺瞞的広告に関する一般条項として、UWG三条は「業務上の取引において、

競争の目的をもち業務上の事柄に関して、(…略…)誤認を生ぜしめる表示をなす者に対しては、差止および損害賠償を請求することができる」と規定する。これに続いて「故意に誤認を生ぜしめるのに適した虚偽の表示をなす者」に対しては、二年以内の自由刑または罰金を科す旨が規定されている(四条)。(b)その他欺瞞的広告についての特別構成要件として、商品が破産財団を出所とする旨の虚偽の広告(六条)や商品販売に際して自己を製造者または卸売業者であると示すとおり広告(六一条)、商品購入の証明書発行(六b条)、(c)特別大売り出し広告に関する規定として、特別催事(七条)や在庫一掃販売の広告(八条)に対し、差止あるいは秩序違反(過料)を定めている<sup>(6)</sup>。

しかしながら、いずれの規定も良俗違反が認められればUWG一条の適用を妨げないし、暗示的広告や比較広告のような、これらのいずれにも該当しない不当表示については、専らUWG一条が適用される。

(2) 景品等の規制については、わが国の景表法に相当する景品令(ZugabeVO)と割引法(RabattG)がUWGの特別法として存在している。その規制内容は、景

品の原則禁止(景品令一条一項)や現金割引を三%に制限する(割引法二条)等、非常に厳格なものであった。

そのため、過剰規制を招致したとして一九九四年には削除することが提案されたが、中小企業の反対にあい、譲歩を迫られている。<sup>(7)</sup>

(3) 特殊販売規制に関しては、わが国の無限連鎖防止法と訪問販売上の連鎖取引規定を合わせたような、マルチ商法に対する刑罰規定がUWGに置かれている(六六条)。その他、訪問販売およびその類似の取引における撤回権に関する法律が存在している。いずれの販売方法についても、従来よりUWG一条の良俗規範が一定の規制を行ってきたのであるが、UWG六c条については経済秩序維持の観点から、訪問販売法は個々の消費者の救済の要請から、それぞれ立法的解決がなされたものである。

(4) このように、UWGの諸規定は「一部はきわめて詳細にわたっているものの、多くは欺瞞的広告あるいは特別大売り出しといった問題に関するもの」<sup>(9)</sup>である。このため、いみじくもかつてEichmannが指摘したように、「景品法を除いては、新たな宣伝方法を評価するた

めの基準を立法者が示していないので、しばしばUWG一条の一般条項に依拠せざるをえない」<sup>(10)</sup>のが実情であり、その典型が後の述べるテレコミュニケーション広告に対する規制等に見られるといえよう。つまり、不公正な取引方法に対する法的規制において、UWG一条の一般条項として果たす役割は極めて大きいのである。

(二) UWG一条とUWGの保護目的の拡張 UWG一条の違法性基準としての「良俗」は、いうまでもなくBG B八二六条の基準を競争法に持ち込んだものである。

そして、UWGの制定が中小の小売業者によって担われた歴史的由来から、当初の判例は、「支配的な国民意識のもとでの、全ての衡平かつ正当に考える人々の礼節心」に依拠し、関係取引圏における商業、道徳に反するか否かにより違法性を判断していた。

しかしながら、一九三〇年代以降、判例に変化が見られるようになる。すなわち、「競争法は国民の一部である競争者の清廉さや正直さに資するだけでなく、国民全体および宣伝が向けられた範囲の国民の利益についても、期待しえないような宣伝の影響から保護している」と競争法の目的を拡張して捉えるようになり、そこでの違法

性判断すなわち良俗違反か否かを判断する際には、「競争行為の対象として直接利害関係を有している社会全般、あるいは一部の公衆の見解を度外視すべきではない」とされるようになったのである。ここには、「競争者を出し抜くか否かにウェイトが置かれるわが国の不正競争防止法における違法性判断とは異なり、取引の相手方である消費者の利益が著しく侵害されることになるか、あるいは当該マーケティング方法が伝播すれば競争の弊害により社会全般の利益が著しく損なわれるか否かという視点」が加わっている。このようなUWGの史的展開は、市民法から社会法への「機能転換」と呼ばれているが、一九六〇年代に入り消費者問題が社会的に認識されるに至り、数次の法改正によって、より強固な礎を与えられることになる。

(三) UWGにおける法的救済 すなわちUWGは、一九六〇年代以降の改正により消費者の法的利益を守るため、次のような手段を用意することとなった。第一には、前述したUWG一条、三条、四条、六条乃至六c条、七条、八条違反行為に対する差止請求の原告適格が消費者団体にまで認められていること(一三条二項三号)で

あり、第二は、四条違反の表示に誤導されて契約を締結してしまった消費者の個別的な法的救済策として、撤回権が認められていることである(一三条)。これらは、一九〇九年のUWG制定当時より存在していたものではなく、「機能転換」を受けて、一三条二項三号は一九六五年改正(BGB I. S. 63a)、一三条は一九八六年改正(BGB I. S. 118a)により導入されたものである。そして法改正の際の立法説明では、その目的は「競争に関する消費者の利益の十分な保護」にあると明確に述べられている。

2、UWGの「良俗」概念が提供する消費者取引秩序  
本節では、消費者取引の局面における、UWG一条の「良俗」概念の具体化の実態を明らかにする。それは、わが国では不明確なままに止まっている消費者取引秩序について、違法性判断の基準と根拠を示してくれる点で参考になると思われる。

(1) 本稿が問題とする消費者取引の局面は「決定の自由の侵害」と呼ばれている。いうまでもなく、ここにおいて確立している取引秩序の中枢に置かれているのは、消費者の「決定の自由」の確保である。

(イ) 心理学を応用したり、情報技術を駆使した新たなマーケティング技術の発達や新しい商品や販売システムの開発のなかで、消費者はともすれば自らの需要を満たすためでなく、需要を喚起されるがために購買決定を行なう現状にあって、消費者の「決定の自由」の確保を要請することは、競争秩序と共存する自律した消費者像を提供しているという意味で、消費者主権の法的表現といふことができよう。

(ロ) さらにBGHは、違法性判断にあたって基本法上の価値規範の重要性を指摘している。すなわち「UWG一条が競争者を保護するだけでなく社会全般を耐え難い程の競争の弊害から保護することを目的としているとの観点から、いかなるものが社会全般にとって耐え難いものと評価されるのかという違法性判断については、個人の私的領域の憲法上の保護が引き合いに出されるべきである。ここでは、私的領域の保護が事業者の経済的営利行為よりも優位する。自己の商品を宣伝により推奨するという取引経済上の正当とされる利益といえども、宣伝方法の多様化を目的にすれば、消費者の私的領域への侵入を正当化し得るものではない。」<sup>(15)</sup>というのが

それである。ここでは、野放図な競争行為による消費者の私的領域の侵害の危険性に対して、社会的観点からの限界が設定されている。

(2) 消費者の決定の自由は、真正な情報に基づく判断を要請し、そのためには必要な正しい情報の提供と、誤認を生ぜしめるような欺瞞の情報からの遮断が確保されなければならない。このことの故に、決定の自由を侵害する違法な競争行為の第一の類型は、欺瞞的商法(Urteufung)である。そしてここでは、必ずしも批判的な眼をもたない平均的な消費者を基準として、「関係購売者層の全く重要でないとはいえない部分が欺罔されるリスクにさらされる」と認められれば違法性があるとされている。<sup>(16)</sup>たとえば、「世界一よく売れている安全剃刀」という宣伝がなされ、確かに世界市場では売上が一位であったがドイツ国内では一位でなかった場合、BGHは「顧客の市場観察能力には、会話、通貨、経済、情報等の面で限界があり、通常、それらは国内関係のものに限られ」、そのような宣伝は「ドイツにおいても最上位を確保していると理解されてしまう」ので欺瞞的であるとした(BGH I. 10. 1971, GRUR 1972, 129)。そして、

この違法性判断基準は「誤認を生ぜしめる表示」(UW G三条)のみならず、例えばマルチ商法のシステムがUWG一条の良俗に違反するのかどうかの際際しても用いられている(BGH 3. 12. 1954, BGHZ 15, 356)。両者は、あいまって競争法一般に認められている「真実性の原則(Wahrheitsgrundsatz)」を形成してゐるのである。

(3) 消費者の「決定の自由」を侵害する第二の類型は、理に反する宣伝方法(unsachliche Werbemittel)である。ここで重要な基準を提供しているのは、競争の理想像(Leitbild)としての業績競争原理(Leistungsprinzip)<sup>(17)</sup>である。すなわち、競争市場では「全ての供給者は何ら活動を阻害されることなく市場に商品を供給することが可能で、消費者は商品の品質や価格と無関係いかなる影響からも左右されることなく、もっぱら自分の需要にもっとも適合しているか否かによって決定を下すことができるなければならない」というものであり、これと相容れないような宣伝が、理に反する宣伝方法の事例群を形成している。

しかしながら、ある宣伝方法が業績競争原理に適合しない、すなわち理に反しているだけで直ちに違法性を基

礎づけるわけではなく、個々のケースの事実に総合的評価(Gesamtwürdigung)を加え、そこに「特別の事情」が認められる場合にはじめて違法と判断される。そして、その総合的評価で最も重点が置かれているのが消費者の自由な判断の可能性の有無に他ならない。

(イ) 消費者に対して圧力を行使して契約の締結を強要(Nötigung)すれば、消費者の決定の自由が侵害され、競争法上許容されないことに多くの説明は要さないであろう。

(ロ) 迷惑な宣伝(Belästigung)として総括されている事例群に属しているのは、訪問販売、キャッチセールス、ネガティブオプション、電話勧誘やテレックス、テレファックス等のテレコミュニケーション広告、ダイレクトメールや投げ入れ郵便物等の郵便受け広告といった、いわゆるダイレクトマーケティングの諸類型である。そこで、違法性判断の決定的ファクターとされているのは、消費者の「決定の自由」の確保とならんで、右に指摘した事業者の野放図な競争行為から消費者の私的領域を保護すべきであるという基本法上の価値規範の要請である。しかしながら、具体的ケースにおいて営業活動の自由と

私的領域の保護の要請との拮抗についての法的判断は、利益衡量により決せざるを得ない。それ故、当該マーケティング方法による私的領域の侵害の程度によって違法性判断の厳格さにはばらつきが見られ、例えば、直接的に私的領域に侵入し得るか否かで電話勧誘と郵便受け広告とは差異があるし、<sup>(18)</sup> 勧誘を受ける場所が自宅であるか公道であるかによって勧誘から逃れる判断の自由が確保されている度合に差があるので、訪問販売とキャッチセールスとは、判例の態度に相当の相違が認められる。<sup>(19)</sup>

この私的領域の侵害という視点と並んで、違法性を決する重要なファクターとして機能しているのが、当該宣伝方法が伝播する危険性、それによる競争の弊害が生ずる危険性である。このため、電話勧誘等は違法性を認める方向に(BGHZ 54, 188)、商品に返品義務も支払義務もない旨を明示したネガティブオプションは違法性を否定する方向へ(BGH 11, 1958, GRUR 1959, 277)作用するとされているのである。

(イ) 販売促進用の贈答品、懸賞、あるいはサンプル配布といった一定の利益を顧客に提供することによって商品を購入しよう誘惑する利益広告(Werbeklame)

は、右に述べたような意味で理にかなった(sachlich)宣伝とはいえない。この場合の違法性判断の基準としては、例えば「無料送迎を依頼した顧客は、自己の匿名性よりも保障されておらず、このような人的接触を生ぜしめるような顧客サービスは顧客に恩恵を受けているとの感覚を惹き起こしやすく、購入についての義務感を惹起する可能性がある(BGH 5, 5, 1972, GRUR 1972, 603)」という、心理的購買強制の有無が用いられている。また、例えば無料で一名を同伴できるという特典付きの観光旅行を、旅行先の不動産を販売している不動産会社が主催するような場合、顧客に対する心理的強制状態は認められないが、「強度の魅力的刺激により自由な判断が侵害される可能性が存在する程度にまで、理に反した影響が及んでいった(BGH 3, 12 1971, NJW 1972, 203)」として、違法性を認定する法理も確立している(過度の誘引の法理)。

(ニ) くじ引き、懸賞、景品付きコンテスト、マルチ商法は、利益広告に属するものであるが、顧客の射倖心を利用して点で、より違法性の程度が高い。くじ引きや懸賞については、射倖心を煽ることで消費者に何度も

店舗に足を運ばせ、心理的購買強制がより強度になるし (BGH 16. 3. 1973, WRP 1973, 333) 不当に高額な賞金が予定されていれば過度の誘引の法理、懸賞の参加条件として商品の購入を義務づけていれば法的購買強制の法理により、違法性が認められやすいといえるであろう (BGH 25. 5. 1973, WRP 1974, 21)。マルチ商法等は、システムの構想・作動方法自体が「大衆賭博」であることが違法性を基礎づける重大な要素とされている (RG 6. 12. 1926, RGZ 115, 319; BGHZ 15, 356)。

(四) ある顧客 (旧顧客) が新たに顧客を勧誘すれば、プレミアムを得られるという販売システムが問題とされる素人広告 (Laienwerbung) と呼ばれる事例群では、推奨されている商品の特性や自分に必要であるか否かを考慮するよりも、親切であろうとするために商品を購入してしまい、いずれにせよ「全く非本質的な考量が新しい顧客に勧誘を受け入れさせざる刺激となっている (BGH 23. 1. 1959, WRP 1959, 81)」として違法性が認められている。ここでは、消費者の親密圏を著しく侵害する点に違法性判断の決定的なウエイトが置かれている。

(五) 過度のイメージ広告 (Gefühlsausnutzung) とし

う事例群でも、中心に置かれているのは消費者の「決定の自由」の確保である。例えば、レストランの「ドイツの児童の援助事業に対して寄付活動を行なっています」という宣伝は、その内容が提供するものとは何ら関係が存せず、これにより「顧客はむしろ理に反した (unsachlich) 慈善事業の目的という考量から、レストランを訪れるよう誘惑される」として、情動的な刺激による「自由な決定」の歪曲の故に違法と判断される (BGH 12. 3. 1987, WRP 1987, 553)。むしろ「理想的珈琲」との宣伝については、消費者は健康に関して重大な利益を有しているので、「健康によい」という宣伝が十分な科学的裏付けのないまま行われれば、消費者を惑わすおそれがあるとの理由で違法性が認められた (BGH 23. 2. 1973, GRUR 1973, 429)。

### 3. 小括

(1) UWGの消費者法としての側面は、社会法への機能転換により与えられたものであった。このため、競争秩序に対する影響との関係から消費者の法的保護が要請されており、法的救済も損害を被った消費者個人ではなく、消費者団体訴訟により実現されるシステムになって

いる。この競争秩序維持という視点が、例えば欺瞞的宣伝について一〇〜一五%の消費者が欺罔されるリスクという抽象的な損害を問題とする事例群を形成したり、UWG一条違反に対する消費者団体の原告適格に対して「消費者の本質的利益に抵触する行為に関わる場合に限り」という制限が付されている(一三条二項三号二文)点に顕著に現れていると考えられる。具体的に損害を被った消費者の救済を問題とする、わが国の不法行為法と比較する際には、この点に留意すべきであろう。しかしながら、UWG一条は、一般不法行為法規定であるBGB二八六条の特別規定であって、その本質は私法的規制に他ならない。しかもUWG一条は、右に見たように、消費者取引という問題領域に即した不法行為の違法行為類型を形成しているのである。

(2) それにもかかわらず、競争秩序維持の観点から見た違法性と私人間の権利救済という観点から見た違法性すなわち、UWGとBGBの違法性の差異は、依然として保持されているのであろうか。UWGとBGBの違法性概念が交錯し、UWGとBGBが共通の消費者取引秩序を法的に保証しているとはいえないのであろうか。こ

の問題は、競争法と民法の関係という単なる抽象論に止まるものではない。取引秩序に反する取引方法により被った損害について、消費者個人が損害賠償請求や差止請求をなし得ないのかどうかの極めて実践的な面をも有している。次には、章を改め、競争法と民法の違法性概念の交錯という観点から、この点に関する議論を紹介することとする。

### 三 消費者取引における競争法と民法の交錯

#### 1、機能転換は消費者にも私権を付与するか?

先に示した消費者取引秩序違反を理由に、損害を被った消費者個人が不法行為損害賠償を請求するための法的構成としては、次の二つが考えられる。まず第一は、一般不法行為法を経由する方法である。BGB八二三条二項一文は、「他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である(これにより生じた損害を賠償する義務を負う…筆者注)」と定める。UWGをここにおいて「他人の保護を目的とする法律」と評価できれば、消費者による損害賠償請求は可能となる。

第二は、UWG自身の法的効果としてである。UWG

自体は、損害賠償請求の原告適格に関する規定を置いていない。したがって解釈によって原告適格を消費者にまで拡張できれば、消費者による損害賠償請求が可能となるというものである。以下、順次検討していく。

(一) BGB を經由することの可否 右の第一の問題は、これを否定した判例を契機に激しい議論が展開され、法改正によって一応の決着をみた問題である。

(1) まず判例は、欺瞞的広告を禁じる三条違反の場合について、自己の表示が誤認を生ぜしめるものであることを知っていた者に損害賠償義務を規定する UWG 一三条二項の規定（現一三条六項）は、損害賠償に関する特別規定であり一般不法行為法の適用を排除しているとの理由でこれを否定した（検査済証判決<sup>(20)</sup>）。このような形式的理由のみで請求を排斥すること自体、疑問が残るとの批判がなされているが、判例に対する賛否両論の実質的争点は、UWG の機能転換に関する評価であるといつてよい。賛成する立場が、機能転換によっても個別の消費者の保護までは目的とされていない<sup>(22)</sup>、あるいは UWG の消費者保護は消費者団体に訴権を認めた法改正の限度で認められているとするのに対し、反対説は、機能転換

に個別の消費者の保護も含まれるとした<sup>(24)</sup>。そして欺瞞的宣伝により損害を被った消費者個人の法的救済という問題を法の欠缺として捉え、この欠缺は BGB 八三三条二項により埋められるべきと主張するものであった。

(2) このような議論を受けて、一九七七年以降進められた UWG 改正論議では、当初、欺瞞的広告により誤導された消費者に撤回権を与えらるとともに、同人が被った損害について損害賠償請求権を付与し、その訴権については消費者団体に行使させるという提案がなされたもの（BT-Dr. 8/2145）、多くの反発を招来した。それは、消費者の損害につき履行利益まで認めることに対する批判、あるいは消費者団体に訴権を付与することの実効性に対する疑問に止まらず、次のようなプリミティブな反論にまで及んだ。即ち、企業が被るであろうイメージ低下によるダメージの大きさと、それが競争のチャンスすら奪うことになるのではないかとの危惧、さらには、BGH 判例で否定された問題を立法で肯定するのは適当ではない等の理由である<sup>(25)</sup>。そして最終的には、「消費者の保護は撤回権を付与することで十分である（BT-Dr. 10/5711, S. 22）」として、消費者による損害賠償請求権

は否定されることとなった。こうして、一九八六年改正で消費者に撤回権が導入されるに至ったことは前述の通りである。

しかしこの一九八六年の法改正によって、論争がすべて終結したかといえば、必ずしもそうではない。一三a条による撤回権の内容が期間制限等の点であまりに事業者寄りであることから、法の欠缺は未だ埋められていないと主張する見解<sup>(26)</sup>、改正により一応の決着をみたとしても、BGB八二三条二項以外の途を模索する可能性<sup>(27)</sup>まで排除されたわけではない、さらにはより積極的に、UWG規範それ自体を私法規範に転換する可能性を模索するものもある。項を改め、この立場の可能性と問題点を検討する。

(二) UWG 自体の私権への還元の可否

(1) 一九八六年の法改正を経た上で、なおかつ消費者個人に訴権を認めようとする立場は、一九八六年改正をUWGの保護目的が個々の消費者へと拡張していく史的展開そのものとして捉えることから出発する。そして結論的には、一〇年来の改正議論の過程で、少なくとも消費者個人に損害賠償請求権を付与すること自体については全政党的コン

センサスが得られており、損害額の算定等の細かい問題についてのみ対立が見られるに過ぎない、したがって、

一条違反の直接的効果として、あるいは少なくとも誤認を生ぜしめることを知っていた者については一三条六項<sup>(28)</sup>による損害賠償請求は認められるとするのである。この見解にとつて最大の障害は、判例・通説では、UWG違反を問う場合に原告と被告が競争関係に立つことが必要と解されていることである。これは、当初民法として出発したUWGのあり方に忠実なものと考えられるが、はたして機能転換を経て、今日でもなお通用しうるのであろうか、転換の意義を強調する見解は、この点に疑問を呈している。そのうえで、以下の具体的諸点を挙げて、その立場を詳細に展開している。

(2) UWG 一条は「競争の目的をもって」行為をなすことを要件としているが、通説・判例はこの文言から原告・被告間に競争関係が存在するという要件を導き出す。しかしながら、適用範囲を競争行為に限定するための同要件が原告適格にまで影響を及ぼすとの解釈は、文理解釈として無理があり、今日、競争関係は競争者間という二面関係ではなく、取引の相手方である消費者も含む三

面関係とされているので、消費者の訴権を否定する理由とはなりえないと主張する。この見解によれば、そもそも、UWG 一条、一三条六項は、原告適格ではなく被告適格を規定しているにすぎないし、差止請求の原告適格を規定する一三条二項を引き合いに出すことも決定的な理由とはなりえない。まず、一三条二項はUWG 訴訟全般についての原告適格を定めたものではなく、また解釈上、原告・被告間に競争関係が要求されるわけでもない。一三条二項二号、三号で認められている団体訴訟では、原告が被告と競争関係に立つ必要はないとされており、むしろ通説・判例の立場と矛盾するといっているのである。

UWG の保護目的は、前述の機能転換によって消費者の保護にまで拡張している点に争いはないし、通説でも、ここでいう消費者について抽象的な「消費者全体 (Verbraucher)

者 (einzelne Abnehmer)」のみならず、具体的な「個々の購買者 (einzelne Abnehmer)」を含むものと解されている。それにもかかわらず、UWG は消費者全体は保護しているが、個々の消費者の保護は保護目的から除くべきだと

の論は、不公正な競争から消費者を保護することの本質と相容れないというべきではないか、少なくとも、消費

者保護をUWG の保護目的として承認しながら、個人レヴェルの保護では異なる扱いをすべきとの主張について、通説・判例は、未だ説得力ある理由を示してはいないと批判している。

(3) 以上のように、解釈論としては、UWG の効果として直接消費者の訴権を基礎づけることは不可能ではないし、消費者個人の損害賠償請求を否定するリーディングケースとなった一九七四年の検査済証判決の存在は、むしろ社会的背景として消費者個人の救済の必要性が存在している証左であると指摘されている。<sup>(29)</sup> 現時点では、この点に関する判決は未だ存在せず、今後の動向が注目されるところである。

## 2、部分的な交錯―「迷惑な宣伝」からの消費者の私的領域の保護

(1) 二章二節で明らかにした消費者取引秩序の中において、部分的にはあるがBGB上の一般不法行為の違法性と交錯する違法領域が存在する。それは「迷惑な宣伝」という事例群で括られていた、消費者の私的領域の保護の要請と営業活動の自由との拮抗の問題である。消費者が、私的領域保護をBGB上で主張することを余儀

なくされるのは、例えば異議を表明したにもかかわらず事業者が郵便受け広告を中止しなかったような場合である。郵便受け広告では、次に述べる通り、消費者による個別の異議表明があつてはじめて違法性の問題となるので、多数の消費者の本質的利益に関わることを要するUWG上の消費者団体訴訟ではなく(一三条二項三号一文)、BGB上の個別訴訟に頼らざるを得ない事情がある。

リーディングケースである一九七三年二月一六日のBGH手紙広告判決では、一般論として手紙広告は宣伝企業の有する経済的利益に対して受け手が被る迷惑の程度は僅少であるから、何ら異議を唱えらるべきではないが、受け手が明確に広告に異議を唱えたにもかかわらずそれを無視して広告を継続したような場合には人格権侵害が問題になるとした。そして、そこで示された違法性判断基準は、「宣伝の停止に伴る労力・コストが膨大であるのに対し、宣伝により受け手が被る迷惑が僅少である場合、受け手の異議は考慮されない」というものであった(BGHZ 60, 296)。この違法性判断方法は下級審レベルでも維持され、例えば、一九八四年五月二

九日ミュンヘン上級裁判所判決は、消費者が被告会社宛に異議を唱えていたにもかかわらず宣伝を継続した場合について、宣伝停止は容易であるから被告会社の抗弁は認められないとし(NJW 1984, 2422)<sup>(30)</sup>。逆に、一九八五年二月二八日ニュルンベルグ・フース地方裁判所判決は、ロビンソンリストに登録していたにもかかわらず広告文書を送付し続けた場合について、宣伝中止には膨大な労力・コストを要するとして請求を棄却した(NJW 1985, 1642)。

ここで注目されるのは、BGB八三条一項の人格権とUWG一条で考慮されていた人格権とが同一とは言えないまでも連続して捉える傾向が見られることである。すなわち一九八八年五月一八日フランクフルト上級裁判所判決(NJW 1988, 1854)は、違法性判断につき「競争法を直接適用することはできないが、競争法上当該迷惑が期待不可能か否かを判断する際に用いられる、他の競争者が模倣し伝播する危険性が認められるか否かという基準が、ここでも引き合いに出されるべきである」と判示している。これは、違法性を宣伝中止の労力・コスト如何で決する態度自体に疑問を呈し、UWG一条にお

いて「迷惑な宣伝」として確立している違法性判断基準をBGB上も援用すべきと主張していた学説の見解に従ったものである。<sup>(31)</sup>

(1) さらに同種の事例における、UWG一条の違法性判断とBGBの一般不法行為法上の違法性判断基準の交錯は、近年、新たな展開を遂げつつある。人格権構成をとる限り、先に指摘した労力・コストとの利益衡量による限界が設定されるが、さらに、郵便受け広告の私的領域の侵害の程度は軽微であることから、保護範囲は一層限定的にならざるを得ない。そこで判例は、この利益衡量の呪縛から解放されるために、消費者の被侵害利益を一般的人格権ではなく、郵便受けについての所有権侵害に求める方向に向いつつあるとの指摘がなされている。<sup>(32)</sup>

このように、一般的にはUWGとBGBの異質性が説かれていたものの、私的領域の保護という観点からなされる不正取引の判断基準については、競争法における判断基準がBGBのもとにおいても同様に用いられている。ここには、BGBによる私人の保護にあたってもUWGの違法性基準が援用され、両者の異質性克服に向けての突破口が開かれつつあると評することもできる。<sup>(33)</sup>

#### 四 結びに代えて——日本法への示唆

以上のUWG一条を中心とする比較法的検討は、一章で設定した本稿の課題に対して、いかなる示唆を与え得るであろうか。この点をもって、本稿の結びとする。

(1) 第一の課題、すなわち消費者取引という問題領域に即した不法行為の違法行為類型の提示については、本稿が依拠したHeremehlのUWG一条の良俗概念具体化の方法論(Methodology zur Konkretisierung)が、判例と学説の協働作業による良俗概念の具体化を通して、市場における明確なルールの設定を試みるものとして注目に値する。

すなわち、具体的事例に対する法発見(Rechtsfindung)は、競争行為が消費者や市場に与える影響を見渡し全体的評価(Gesamtwürdigung)を加えたいうで行われなければならない。しかもそれは、市場における法的ルールを明確にし、将来に対する指針を示すものでなければならぬとされている。こうして整理された市場のルールに関する事例群(Fallgruppen)は、「新たに出生された判決の構成要件を分類すると同時に、それを通し

て事例群の構成要件について認められている規準や法的ルールの補完、変更、破棄、明確化を行う法発見の補助手段」として重要な役割を担うものとされている。<sup>34)</sup>そこで示されている不法行為類型の違法性判断基準と根拠は、私法上のサンクションと結び付くだけでなく、その明確さの故に、取引秩序における行為規範を設定するものとしても役立つであろう。

(2) 第二の課題については、同じ私法的規制でありながら特別法・一般法の関係に立つUWGとBGBの微妙なニュアンスに富んだ現状と動向が明らかにされた。すなわち両者は役割を分担しながらも、UWGでは未解決の消費者個人の救済という問題について、部分的にせよ両者の違法性判断基準を一にすることで、競争秩序と私法秩序との相互浸透が生じつつある。その判例・学説の発展に止まらず、立法改正をも巻き込んだダイナミックな展開は、効果的な消費者救済の方法に関する法政策と解釈論の双方にわたって、我々に多くの示唆を与えるものであろう。

(イ) わが国における消費者の私法的救済が、契約の拘束力の否定や生じた損害の填補という事後的救済に限定

されているのとは対照的に、UWGは消費者団体に差止の訴権を認めることで、被害を事前に阻止することに重点を置き、しかも法の実効性を確保する方法として、取引の相手方として市場に参加する消費者自身に取引の公正を監視する役割を与えている。法政策的観点からは、消費者自身にイニシアティブを与える必要性は大きいというべきであろう。

(ロ) 解釈論の観点からは、競争法としてのUWG上のルールとわが国の不法行為法理との異同が問題にされなければならぬ。これ自体、別個の考察を要する大きな問題であるが、UWG一条が取引秩序に即した特別不法行為法としての意味を持っている点に留意すべきである。また、UWGが不法行為の特別法として一般不法行為の適用を排除しているというUWGとBGBの厳然たる役割分担を説くドイツの判例理論は、わが国では必ずしも妥当しない。逆に、わが国の消費者法のシステムは私法的規制があまりにも貧弱であるために、一般不法行為法(七〇九条)による救済に依存せざるを得なくなっており、そのことが民法上の公序概念の拡張を一層促進していると考えられる。これに加えて、わが国の不法行為法

(七〇九条)が「単一ルール主義」<sup>(35)</sup>を採用していることが柔軟な運用を可能にしている。これらの諸点を考えれば、事前救済か事後的救済かという法的効果の差異は、取引秩序の領域における実体的ルールの設定を意味する違法性判断基準とその根拠の重要性を否定する根拠とはなり得ないであろう。

(イ) 消費者救済の方法として、事後的救済よりも事前救済が望ましいことはいうまでもない。そして、原則としてUWGとBGBを峻別するドイツにあっては、取引と私的領域の保護という問題領域に関しては、BGBを根拠に消費者個人による差止請求が認められている。このようなUWGとBGBの違法性の交錯が認められている「迷惑な宣伝」という事例群においては、欺瞞的広告における「約一〇%の消費者が欺罔されるリスク」のような公正な競争秩序に対する抽象的損害ではなく、消費者の私的領域という具体性を持った利益の侵害が問題とされているからである。不公正な取引による消費者の人格権侵害や所有権侵害といった問題は、わが国では未だ論じられていないように思われるが、ここで侵害されている利益は具体的なものであり、人格権侵害あるいは所

有権侵害という法的構成をとることによって、(慰謝料請求もさることながら)差止請求という法的効果を導くことも一考に値するのではないだろうか。<sup>(36)</sup>

(1) この問題につき、今西康人「消費者取引と公序良俗違反」法時六四卷二二号八〇頁(一九九二年)が、判例の類型化と分析を行っている。長尾治助「消費者取引と公序良俗則」NBL四五七、四六〇号(一九九一年)は「消費者取引公序」を提唱する。

(2) 一九〇九年六月七日制定。その後の法改正については二章で触れる。なお、本法については、田村善之「ドイツの不正競争防止法(訳文)」判タ七九三号九二頁(一九九二年)。

(3) 従来、UWG一条違反の私法的效果として争われた問題であるが、現在の判例・通説によれば、契約目的・内容を問題とする法律行為論(BGB)における良俗とは嚴格に峻別されている。BGH 25. I. 1990. GRUR 1990, 522; LG Trier 9. 10. 1973. NJW 1974, 151; LG Berlin 24. 5. 1971. WRP 1972, 96; OLG Köln 24. 1. 1975. WRP 1975, 170. また、この問題は「UWGにいう「良俗」はBGB上のものと同なのか否か、という良俗概念の相対性承認の可否とも絡む。この点争いがあるが、通説は良俗概念それ自体、機能に規定された(Funktionsbestimmt)概念と解して相対性を認めている。Adolf Baumbach u. Wolf-

GANZ HEFERMETH, *Wettbewerbsrecht*, 17. Aufl., 1993, Einl. UWG Rdn. 66 f.; OTTO-FRIEDRICH FHR. V. GAMM, *Wettbewerbsrecht—Systematische Gesamtdarstellung für die Praxis*, 1987, Kap 15, Rdn. 8.

(4) 大村敦志「取引と公序／法令違反行為効力論の再検討」ジュリー〇三三〇八頁、一〇二五号六六頁(一九九三年)、広中俊雄『民法綱要・第一巻総論上』九、八二頁以下(一九八九年)、藤岡康宏『民法判例レビュー・民事責任』判タ七五七号六七頁(一九九一年)、根岸哲「民法と独占禁止法」法曹時報四六巻一頁、一〇二〇七頁以下(一九九四年)、渋谷達紀「不正競争防止法—一般不法行為法による補完」民商九三巻二二八〇頁(一九八六年)、辰巳直彦「不正競争法の指導理念と民法不法行為法」NBL五三二一〇八頁、五三三二四八頁(一九九三年)、消費者取引につき、山口康夫「取締規定に違反する契約の効力—消費者取引との関連を中心として」札幌法字一卷一三三三六七頁(一九九〇年)。

(5) 松本恒雄「紹介型マルチ商法の違法性・再論」谷口道徳論文集二巻四二八頁(一九九二年)。

(6) 六d条、六e条は、一九九四年改正により削除された(同年八月一日施行)。Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 25. 7. 1994 (BGBl. I. S. 1738)。九四年改正については、杉浦市郎、岩田公雄「資料・不正競争防止法改正草案」愛知大学法学部法経論集一三六号一一九頁(一九九四年)、『VOLKER EMMER-

ich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 4. Aufl., 1995, S. 13 f. 249 n°.

(7) Entwurf eines Rabattgesetzsaufhebungsgesetzes (BT-Dr. 12/6722 u. 7271) : Entwurf eines zur Aufhebung der Zugabe VO (BT-Dr. 12/6723)、景品令改正法は一九九四年七月二五日に成立した(BGBl. I. S. 1688)が、割引法については規制緩和策が連邦会議は通過したものの、両院協議会における妥協が挫折に終わっている。EMMERICH (Anm. 6), S. 14, Vorwort.

(8) 本法の紹介として山本豊、岡孝「西ドイツ訪問販売法の批判的検討(一)」判タ六四八号五三頁(一九八七年)。

(9) Ina Phillips (大和正史・訳)「不正競争防止法の一般条項—ドイツにおける法の自由な展開」関西大学法学論集四二巻五号二四七頁(一九九二年)。

(10) HELMUT EICHMANN, *Die Beurteilung neuer Werbemethoden durch die Rechtsprechung*, in: Gewerblicher Rechtsschutz—Urheberrecht—Wirtschaftsrecht. Mitarbeiterschrift für Eugen Ulmer, 1973, S. 288.

(11) BGH 8. 7. 1955, GRUR 1955, 541—Bestattungswerbung, BGHはナチス的共同体思想の影響下で下されたとされる一九三〇年四月二九日のライヒ裁判所判決(RGZ 128, 330)を、消費者保護目的へと転換しながら継受することを明らかにした。

(12) BAUMBACH/HEFERMETH (Anm. 3) Einl. UWG Rdn. 55 ff.; 満田重昭「不正競争法における競争地位権説」『現

代商法学の課題・中』一〇一七頁以下(一九七五年)、向田直範「消費者保護と広告規制—西ドイツ法とアメリカ法とを比較しながら—」北海学園法学研究一四卷三五八頁以下(一九七八年)等。

(13) この点について、上原敏夫「集团的救済制度の基礎的研究—ドイツ法とアメリカ法を中心として—」橋大学研究年報法学研究一〇一〇五頁以下(一九七九年)。

(14) 本稿が依拠した事例群は、Hefemehlが一九九一年に出版されたドイツ知的財産権協会一〇〇周年記念論文集において発表した論文「判例と学説による競争法における一般条項の具体化」によるものである。彼によると、UWG一条が提示する競争秩序は、決定の自由の侵害、競争阻害、他の業績の剽窃、および法違反による優位性確保の四類型に大別される。WOLFGANG HEFERMEL, *Die Konkretisierung der wettbewerblichen Generalklauseln durch Rechtsprechung und Lehre*, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland*, Bd. II, 1991, S. 897-937.

(15) BGH 19. 6. 1970, BGHZ 54, 188—Telefonwerbung I.

(16) ドイツでは、アンケート結果に証拠能力が認められ、通常一〇—一五%の消費者が欺罔される場合がホーダーとされる。BAUMBACH/HEFERMEL (Anm. 3), § 3 UWG Rdn. 27 f.

(17) 岸井大太郎「ドイツ競争法における「業績競争 (Leistungs Wettbewerb)」理論」志林八三卷一頁一頁、四四六

一頁以下(一九八五年)、玉井克哉「ドイツ不正競争防止法における一般条項の経験」ジュリー一〇一八号一頁(一九九三年)他。

(18) BGH 19. 6. 1970, BGHZ 54, 188—Telefonwerbung I.; BGH 12. 5. 1991, GRUR 1992, 316—Postwurfsendung.

(19) BGH 15. 5. 1986, GRUR 1986, 648—Farbbildangebot; BGH 8. 4. 1960, GRUR 1960, 431—Kfz-nummerschilder.

(20) BGH 14. 5. 1974, GRUR 1975, 150—Puffzeichen. 被告会社が製造したプラスチック管を購入した原(地方公共団体や購入者)が水道管敷設に使用したが、すぐに破裂してしまった。管にはドイツガス・水道協会(DVGW)検査済証が付されていたが、被告はよりよい品質の材料を提出して管に検査済証を付すことで品質を欺いたとして、UWG三条・ BGB八二三条二項を根拠に損害賠償請求をした事件。

(21) 営業権等はUWGの法の欠缺をBGB一般法行為により補充することが認められているし、商標法二六条等は保護法規性が認められていることと、バランスを失する。また、そもそも本件は二三条二項で解決されるべき事案で、消費者保護の問題ではなかつたという批判もある。文献は後註二四参照。

(22) CLAUS-WILHELM GANVARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, S. 69; Staudinger/Schäfer, BGB § 823 Rdn. 607;

MünchKomm/Mertens, BGB § 823 Rdn. 174; Soergel/  
Zeuner, BGB § 823 Rdn. 269.

(83) BAUMBACH/HEFEMEHL (Anm. 3), UWG § 1 Rdn.  
912, § 3 Rdn. 440.

(84) ROLF SACK, *Deliktischer Verbraucherschutz gegen  
unlauteren Wettbewerb*, NJW 1975, 1303; GERHARD SCH-  
RICKER, *Scadensersatzansprüche des Verbrauchers  
wegen täuschender Werbung?*, GRUR 1975, 114, 116;  
PETER GULLES, *Das Recht des Direktmarketing*, 1982,  
Rdn. 268 ff.; EIKE VON HIPPEL (好美清光・田谷鶴・記)  
『消費者の保護—各国の事例と日本の現状と対策』一〇六頁  
(一九八六年) / FRIEDRICH WILHELM FRICKE, *Verbraucher-  
schutz—Klagerrechte des Verbrauchers und der Verbrä-  
ucherverbände aus UWG und BGB*, GRUR 1976, 683.

(85) 故田龍雄博士の「Großkommentar/Köhler, UWG,  
2. Lief., 1991, § 13a UWG Rdn. 1: 赤松美登里「消費者損  
害の集団的救済に関する一考察(下)」判タ七ノ四三三〇  
頁(一九九二年)。

(86) DIETER MEDICUS, *Die Lösung vom unerwünschten  
Schuldvertrag*, JUS 1988, 71.

(87) INGE SCHERRER, *Zur Frage der Schutzgesetzqualität  
von §§ 1, 3 UWG für Verbraucher*, WRP 1992, 609, 612.

(88) ROLF SACK, *Das Rücktrittsrecht gem. § 13a UWG*,  
BB 1987 (Beilage 2), 1, 24 f.; EMMERICH (Anm. 6), S.  
366 Anm. 180; SCHRICKER (Anm. 24), S. 111 ff., 118.; Gro-

ßkommentar/Köhler, § 13a UWG Rdn. 88 f.; 赤松美登里  
「ドイツにおける不当な広告表示と消費者の私法的救済—  
UWG § 13a を中心に」熊本商大論集三九卷一号一八四  
頁以下(一九九二年)。

(89) SACK, a. a. O., S. 24.

(90) 広告を受けたら消費者がこのリストに登録すれば  
以降一切の広告文書が投函されなくなるというもの。マイ  
リストマーケティング組合が実施している「メールアドレス  
コンスタントサービス」。

(91) WILFRIED ALT, *Die Zusendung von Werbematerial  
ohne Widerspruch des Umworbenden*, NJW 1986, 1597;  
MICHAEL LEHMANN, *Vertragsanbahnung durch Werbung*,  
1981, S. 267 ff.

(92) BGH 20. 12. 1988 GRUR 1989, 225-Handzettel-  
Werbung; BGH 30. 4. 1992, NJW 1992, 1958—

“Keine Werbung”-Aufkleber. BRUNHILDE STRACKLER, *Die  
wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitskriterien bei Verwe-  
ndung teletechnischer Kommunikationsmedien im Direk-  
tmarketing*, WRP 1993, 875; WILFRIED ALT, *Rechtliche  
Probleme der Briefkastenwerbung*, WRP 1985, 319 ff.

(93) 学説の中には「人格権(プライバシー権)の内容を単  
なる「私的領域」から「経済的決定の自由」にまで拡張  
して捉えることにより、消費者個人の救済の途を広げよう  
とする傾向を認める」LEHMANN (Anm. 31), S. 274 f.;  
STEFAN FREUND, *Der persönlichkeitsrechtliche Schutz*

des *Werbedressaten*, BB 1986, 409.

(34) *HEFERMIL* (Ann. 14), Rz. 35.

(35) 星野英一「日本不法行為法リスティメント・権利侵害」*ジュリハ八二*号六四頁（一九八七年）。

(36) ここには私法上の消費者被害防止の法理の端緒をみる

こともできよう。松本恒雄「消費者私法ないし消費者契約という観念は可能か」『現代契約と現代債権の展望・6』九頁（一九九一年）参照。

（二橋大学大学院博士課程）