

論  
説

集団的消費者被害の回復と不法行為法

——近時におけるフランス法の展開を参考に

都 筑 満 雄

はじめに

- 一 同種個別的利益の侵害
  - 二 拡散的利益の侵害
- おわりに

はじめに

(一) 現代においては、企業の債務不履行や不法行為などにより多くの消費者に少額または算定しがたい損害が生じる一方で、消費者自ら訴えを提起して被害回復を図ることが困難であるといった事態がしばしば生じる。これは、消費者と事業者との間に情報や能力に格差があるため個々の被害者による個別的な解決に期待しがたいことや、個々の被害はしばしば少額であるため被害者は被害回復を断念しがちであること、消費者相互は社会的

なつながりがなく中には被害を認識していない者も含まれているため集団の形成が困難であること、またそもそも被害者や損害の特定が困難な類型の事案もあることといった消費者被害の特徴によるものである。これにより、個々の消費者の被害が回復されないだけでなく、このことが結果として事業者による不当な利益の保持を許している。そこでこうした消費者の集団的被害を回復しまた防止するための法的な対応は今日日仏を含めた世界の様々な国において重要な課題となっている。

(2) 一方で我が国においては、二〇〇六年の消費者契約法の改正により、内閣総理大臣による認定を受けた限られた適格消費者団体が事業者による不当な勧誘行為や不当な契約条項を差し止めることが認められ(同法二二条以下)、この制度は一定の成果を上げている。<sup>①</sup>しかし、この適格消費者団体による差止請求は消費者被害の防止には一定程度有効ではあるとしても、すでに生じた消費者の被害の回復をなすものではなく、事業者が得た不当な利益をその手元に残すものであるため、消費者被害の抑止という点でも十分ではない。またこうした場合に消費者が被害の回復のために利用しうる現行の民事訴訟法上の制度である共同訴訟制度や選定当事者制度、少額訴訟制度は、集団的消費者被害の回復のための実効的な機能を果たしているとは言い難い。こうして我が国においても集団的消費者被害の回復のための制度が必要とされているのである。そこで消費者庁および消費者委員会設置法の付則第六項において法施行後三年をめどとして被害者を救済するための制度について検討を加え必要な措置を講ずるものとされたことなどを受けて、内閣府国民生活局次いで消費者庁さらに消費者委員会のもとで立ち上げられた研究会において制度の検討がなされてきた。

ところでこうした集団的消費者被害の態様は多種多様であり、その回復や抑止のためには複数の制度が必要とされる。そしてこれについて、侵害される利益の観点から次のような分類がなされている。<sup>②</sup>まず被害者と損害が

特定できても損害が軽微であるため現実には個別の訴訟によって権利を実現することが難しい場合がある。次に消費者が抽象的には損害を被っていると言えても被害者を特定することが困難である場合がある<sup>(4)</sup>。この類型には独占禁止法に違反する行為などによって市場の健全な機能が害されているが、被害者や損害を特定しがたい場合も含まれる。このうち前者の同種個別的利益の侵害は民事訴訟制度の枠内での対応が可能であり、集合的な訴訟制度を創設して被害者が金銭的な被害回復を受けられるようにすることが目指される。これに対して後者の拡散的利益の侵害は、偽装表示によって消費者が正しい情報に基づいて商品を選択することを害された場合などがその典型であるが、この場合には被害者を特定することや損害を具体的に観念することが難しいため、一般に民事訴訟制度で対応することが困難であるとされる<sup>(5)</sup>。

こうした事情から消費者庁の研究会においてはもっぱら前者の集合的訴訟制度を中心に検討が進められ、その後の消費者委員会の専門調査会による検討の結果も踏まえて、二〇一二年八月に消費者庁より集団的消費者被害回復に係る訴訟制度案が公にされ、さらに二〇一三年四月にはこれに基づいた「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律案」<sup>(6)</sup>が公表されるに至り、本稿執筆現在（二〇一三年九月）において衆議院にてこの法案の審議がなされている<sup>(7)</sup>。これに対し、後者の拡散的利益の侵害については、民事訴訟による被害回復が困難であるが、事業者が利益を保持させたままでは行政処分や刑罰によっても抑止効果が十分でないため、こうした不当な利益を剥奪することを含めて行政が事業者を経済的不利益を課す制度によって対応することが予定されている<sup>(8)</sup>。そしてこれについては、消費者庁内において別のチームが、加害者の財産の隠匿・散逸を防止する方策とともに、検討を行い、二〇一一年八月に取りまとめを公表した<sup>(9)</sup>。この取りまとめにおいて<sup>(10)</sup>は、これらについて今後さらなる検討を行っていくこととされていたが、その後これを受けて開催された研究会<sup>(11)</sup>

が二〇一三年六月に公にした取りまとめにおいては、とりわけ不当表示を対象とした賦課金制度が検討されているのが注目される。<sup>(1)</sup>しかし現時点において、前者について既に法案が国会において審議されているのとは異なり、後者については具体的な立法まではまだ時間を要することが予想される。そこでこの行政による経済的不利益賦課制度ができるまではもちろん、同制度創設後もこれと協働して現行の私法上の手段をもって加害者からの不当利益の剥奪に資することはできないかが問題となる。

(3) 以上のように我が国において集团的消費者被害への法的対応は依然として集合的訴訟制度の立法を含めた今後の展開が期待されるものであるのに対し、他方でフランスにおいては、すでに消費法典に消費者団体による差止めや損害賠償を認める様々な規定がおかれているなど、本問に関する法的対応は相当に進んでいるといえる。もちろんこれら消費法典の規定に限界や問題点がないわけではないが、後述のようにこれらを克服すべく様々な検討が積み重ねられている。本稿が集团的消費者被害についてフランス法を参照するのは、このように法制度上これへの対応が進んでいるだけでなく、両国において集合訴訟制度の創設が試みられているとともに、とりわけ集合訴訟制度の創設後もこれへの対応が課題として残される拡散的利益侵害について、フランス法の消費者集团的利益 (intérêt collectif) に対する侵害についての議論が特に参考になるからである。そこで本稿においては、我が国の集团的消費者被害の今後の議論、とりわけ拡散的利益の侵害への法的対応について示唆を得るために、両侵害類型を含めた集团的消費者被害に関する日仏の議論を比較検討する。具体的には、集团的消費者被害について、同種個別的利益の侵害の場合(一)と拡散的利益の侵害の場合(二)に分けて、それぞれに対応する日仏の議論を検討する。この集团的消費者被害、とりわけ拡散的利益侵害は、これを不法行為法により包摂することを選択するならば、日仏両国の同法の目的に及ぶ変容を迫るものである。ここでは不法行為法に何が求め

られ、そして不法行為法にどこまでができるのかが問われることになる。<sup>(13)</sup>

## 一 同種個別的利益の侵害

集団的消費者被害に関する議論のうち、まず個々の消費者の軽微な損害の集合である同種個別的利益の侵害に対応するための訴訟制度のあり方について、日本において近時出された法案の特徴を簡単に検討したうえで（1）、フランスのこれに対応する議論を検討する（2）。

### 1 日本における集団的消費者被害回復制度法案

（1） まず近時公にされた「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律案」について、その集団的消費者被害回復制度としての主な特徴を簡単にまとめる。これはそれ以前に消費者庁より公にされた訴訟制度案に基づくものである。<sup>(14)</sup>

本制度は、多数の消費者と事業者との間で紛争が発生した場合に、多数の消費者の請求権を束ねることで権利実現の実効性を高めるとともに、紛争の一回的解決を図ることができるようにすることで消費者および事業者双方が利益を享受することができることを目指すものであるとされ、その仕組みは以下のようなものである。<sup>(15)</sup>

本案は、一段階目において特定適格消費者団体が共通義務について確認を求める訴えを提起し、この判決に基

づいて、二段階目において個別の消費者の債権について簡易確定手続による審理を行うという、二段階型の訴訟制度を予定している。これは、同種被害が多発する消費者被害事案においては、共通する争点である事業者が共通して消費者に負う義務をまず確認し、これを消費者が活用できることにすれば、消費者が訴訟手続に加入することをためらわなくなり、被害救済が図られ、個別争点である個々の消費者の債権については消費者ごとに確定する必要があることによるものである。<sup>(16)</sup> 外国ではブラジルがこうした制度を採用しており、また後述のフランスの Breton 法案も同様の構成を有している。本案はこれらを参照したものである。もともと我が国には、多数者の中から代表者（選定当事者）を選んで訴訟追行権を授与し、この者が全員のために当事者として訴訟を進行しうるとする選定当事者の制度が存在する。このうち係属中の訴訟の当事者と共同の利益を有する者で当事者でない者がこの者に訴訟追行権を授与して選定する追加的選定（民訴三〇条三項）はこの二段階型の訴訟制度と、いずれも一人が審理を行い他の者はその審理を見定めたくえでその利用を前提として手続きに参加するという点で、類似するものである。選定当事者の制度はあまり活用されていないが、<sup>(17)</sup> その基本的な仕組みの上に所要の整備を行うことで、追加的選定の延長線上にこの二段階型の訴訟制度を構想することができ、こうして既存の法制度との整合的な制度構築をなすことができるとされる。<sup>(18)</sup> 具体的な手続は以下のとおりである。

一段階目の手続においては、①適格消費者団体のうち新たに内閣総理大臣の認定を受けた団体が、共通義務、すなわち事業者が相当多数の消費者に対して共通する事実上および法律上の原因に基づき金銭支払義務を負うことについて、確認を求める訴えである共通義務確認訴訟を提起する（法案三条）。②裁判所は民事訴訟法上の規律に従い審理し、③この共通義務について確認する判決を行う。判決は共通義務確認訴訟の当事者以外に他の特定適格消費者団体、さらに二段階目の手続において債権を届け出た消費者に対して効力が及ぶ（法案九条）。そ

れゆえに参加した消費者にのみ効力が及ぶことから、除外申出をしない限り効力が及ぶいわゆるオプトアウト型は採用されていない。なおこれは事業者に通義務があることを認める旨の訴訟上の和解であってもよい（法案一〇条）。④この判決について原告および被告は上訴をすることができる。

続く二段階目の手続の流れは次のようである。①一段階目の手続の認容判決が確定したまたは和解が成立したときは、原告であった申立団体が二段階目の手続である簡易確定手続の開始の申立てをする（法案二二条）。②これを受けて裁判所はその開始の決定をし、同時に対象となる消費者が有する債権の届出をすべき期間およびその届出に対して事業者が認否をすべき期間を定める（法案二二条）。③申立団体は対象となる債権を有する消費者のうち判明している者に対しては原則として書面等で個別に通知をし、またインターネット等の相当な方法で公告をする。通知・公告する事項は、当該被害回復裁判手続が行われていることや本件事案の概要、対象となる債権と消費者の範囲、申立団体の名称・住所などである（法案二五条、二六条）。④申立団体は対象消費者から授權を受け、裁判所に対象消費者の債権の届出を行う（これにより手続に加入した消費者を届出消費者とする）（法案三〇条）。この届出により、共通義務確認の訴えを提起したときに裁判上の請求があったものとみなされて、対象となる債権の時効は中断する（法案三八条）。⑤相手方事業者は届出内容（届出消費者の債権の存否およびその数額）について期間内に認否をしなければならず、全部を認めたまは認否がない場合は、届出内容は確定する（法案四二条）。⑥申立団体は、届出内容が確定したときを除き、事業者の認否に対し裁判所にこれを争う旨の申出をすることができ、裁判所は届出消費者の債権の存否および数額について簡易確定決定をする（法案四四条）。⑦裁判所の決定に不服のある当事者は異議を申し立てることができ、また不服のある届出消費者も異議を申し立てることができる（法案四六条）。⑧異議申立があった場合には、裁判所は届出消費者の債権につい

て民事訴訟法の規律に従って審理し判決する。

(2) 以上の制度はさらに次のような特質を有するものである。第一に本制度における手続追行主体について、原告適格を有するのは、適格消費者団体のうち、さらに内閣総理大臣から特定認定を受けた団体のみである(法案二条一〇号)。適格消費者団体は消費者被害に関する知識経験および消費者の利益の擁護に関する活動実績を有するとともに、事業者からの一定の独立性と一定の組織体制および経理的基礎を備えており、適切な訴訟追行を行うことについて制度的に担保されていると考えられたためである。<sup>(9)</sup>適格消費者団体の認定のためのハードルは高く、そのうえに特定認定のための要件として差止請求関係業務を相当期間にわたり継続して適正に行っていることや被害回復関係業務を適正に執行するための体制が整えられていることが求められる(法案六五条)。これに対し制度の活性化のために被害者集団にも原告適格を認めるべきであるとの批判もある。<sup>(10)</sup>なお特定適格消費者団体は被害回復裁判手続の追行について授權をした者との間の契約で定めるところにより被害回復関係業務に關し報酬を受けることができる(法案七六条)。

第二に共通義務確認の訴えについて、本制度は多数の消費者被害の実効的な回復のために設けられたものであり、その対象となるのは、事業者が消費者に対して消費契約に關して負う金銭支払義務であって、消費契約に基づく履行請求権(例、消費者が売主となる売買契約における代金債権)や消費者契約が無効等の場合の不当利得返還請求権(例、詐欺的商法など契約が無効である場合や契約条項が不当条項として無効である場合)、消費者契約に債務不履行等がある場合の損害賠償請求権(例、商品の品質が不良である場合)、消費者契約の締結または履行に際してされた事業者(契約の相手方事業者のほか、契約の履行をする事業者や勧誘をする事業者を含む)の不法行為に基づく損害賠償請求権(例、同一の方法により不当勧誘がなされた場合)である。ただし損



害賠償については、契約の目的（内容や対象）について生じた損害に係るものに限り、これにより人の生命・身体や財産に損害が生じたときの当該損害（人身損害および拡大損害）に係るものを除く（例、安全性を欠いた欠陥製品により購入者が怪我をした場合）。また逸失利益や慰謝料も除かれる。この場合には個々の消費者ごとの個別の審理が相当程度必要になるからである。また裁判所は、簡易確定手続で債権の存否・内容を適切・迅速に判断することが困難であると認められるときは、共通義務確認の訴えを却下することができる（以上法案三条）。そして以上の事件類型の限定は、本制度が共通義務確認の訴えについて原告勝訴の場合には既判力が対象消費者に及ぶのに対し、敗訴の場合には及ばないという既判力の片面的拡張を認め、被告に例外的な再訴の負担を課すことから説明される。すなわち被告の手続保障の確保のため敗訴の場合の経済的不利益の予見可能性を確保すべく、契約事案を中心とし人身損害を外したのであり、またその例外的な手続性から、この手続が必要な事案、すなわちこうした共通な争点が大部分を占める場合に対象を限定したのである。<sup>(1)</sup>

第三に対象消費者に対する通知・公告について、通知公告主体は申立団体であり、その費用も原則として申立団体が負担する（法案二五条、二六条）。他方で、申立団体は相手方事業者に対し、申立団体が行う公告を相手方事業者のウェブサイト等に見やすいように掲載するなど、相当な方法による公告を求めることができ（法案二七条）、また相手方事業者が対象消費者の氏名および住所等が記載された文書を所持する場合には、その開示を求めることができる（法案二八条）。さらに裁判所は申立団体の申立てにより相手方事業者に対し通知に必要な対象消費者の情報の提供を命ずることができる（情報提供命令）（法案二九条）。本制度においてできるだけ多くの対象消費者を二段階目の手続に加入させることは、紛争の一回的解決にも資するものであり、相手方事業者にとっても望ましく、また当該通知・公告が一段階目の手続において相手方事業者に一定の責任があること等が

認められたことを前提に行われるものであることも踏まえると、相手方事業者は申立団体に対し、対象消費者の特定に協力すべき立場にあると考えられるからである。<sup>(2)</sup>

第四に二段階目の手続きについて、ここでは相手方事業者の共通義務が認められたことを前提に個別の消費者の債権の存否とその額が判断される（法案一二条以下）。この手続きにおいては、審理を簡素化し、できるだけ合意による解決を得やすくするなど、消費者が簡易・迅速に権利救済を得られるべきであるとされ、そのために上述の簡易確定手続きが導入された。個々の消費者の権利実現にとって実効的な手続きであるとともに、消費者が二段階目の手続きに加入することを躊躇しないよう負担の重くない手続きが目指されたのである。<sup>(3)</sup> それゆえに事案の個別性が強いなど簡易確定手続きにおいて適正かつ迅速に判断することが困難な事案はこの訴訟手続きの対象から除かれることになったのである。

## 2 フランスにおける各種の消費者団体訴権と集団訴訟

(1) 他方で、フランスにおいては今日までに集団的消費者被害回復のための各種の消費者団体訴権が消費法典に規定されるに至っている。そこで以下では、消費者団体の損害賠償に関する消費法典の規定にふれたうえで、フランス版クラス・アクションにあたる集団訴訟 (*action de groupe*) に関する立法の動向を概観する。

フランスにおいて集団的消費者被害救済のための消費者団体訴権は一九七三年のロワイエ法による後述の私訴権に始まり、個々の訴権について問題が指摘されながらも、今日までに各種訴権が整備され、その制度は相当に充実している。<sup>(4)</sup> これら団体訴権はあらゆる消費者団体が行使できるわけではなく、一定の要件を備えた認可され

た消費者団体のみがこれを行使用することができる。この認可は、法院検事長の意見を聞いて、全国団体であれば大臣によるアレテにより、地方団体であれば県知事アレテによりなされる。団体に認可が与えられるためには、団体が消費者保護の目的を持ち、代表性を有し、事業活動から独立性を有していることが必要とされる。このうち代表性については、存続期間や消費者利益のための実効的かつ公然の活動、有料会員の数によって判断される。<sup>(25)</sup>そしてフランスの消費法典にはこうした消費者団体が行使しうる複数の訴権が規定されるに至っている。これらには不当条項の削除を含む違法行為の停止訴権も含まれているが（L・四二二―六条）、損害賠償を内容とする訴権は次のものである。

まず消費者の集团的利益のために行使される訴権である私訴権が挙げられる。消費法典L・四二二―一条によれば、認可された消費者団体は消費者の集团的利益に直接的または間接的に損害を与える行為について私訴当事者に認められた権利を行使することができる。この訴権が受理されるためには、対象となる行為が犯罪でなければならぬ。これには消費法典に規定されているものに加えて刑法その他に規定されているあらゆる犯罪行為が含まれる。なおフランスでは消費法典にも多くの犯罪行為が定められている。<sup>(26)</sup>これに加えて消費者の集团的利益に損害を与えるものでなければならぬ。この集团的利益とは消費者全体に共通する利益であり、拡散性を持った行為によって侵害される。こうした行為の例として、虚偽広告や大量生産品の瑕疵、与信者が作成した与信の事前申込書においてなされた法規違反などが挙げられている。<sup>(27)</sup>これらの要件が満たされると消費者団体は私訴権を行使して、こうした消費者の集团的利益についての損害の賠償を求めることができる。そして得られた賠償金は消費者団体に帰属し、個々の消費者に分配する必要はない。これに加えて勝訴した場合には相手方の費用で判決内容の広告を求めることもできる（L・四二二―九条）。なお消費者団体はこの訴権を行使して違法行為の停

止を求めることもできる（L・四二二―二条）。以上の私訴権は、民事、刑事のいずれの裁判所でも行使でき、検察官の提起する公訴に付随して行使することもできる（附帯私訴）。

次に認可消費者団体は、主たる訴えが一人または複数の消費者が被った損害の賠償を目的とする場合には、民事裁判所において消費者が提起した訴訟に参加することができる（L・四二二―七条）。消費者団体は、犯罪行為が行われていない場合にも、これによれば消費者の集団的利益についての損害の賠償を求めることができることになる。しかしこれには民事裁判所で行えないことと消費者の提起している訴訟が損害賠償請求でなければならぬことという限界がある。消費者団体はこの参加により、消費者の請求を単に援助するための補助参加をなすこともできるが、消費者の集団的利益についての損害がある場合には、その賠償を求めることもできる。この損害賠償は個々の消費者の請求するそれとは区別されるものである。またこの場合には、当該行為の差止めを求めることもできる。<sup>(25)</sup>

以上の訴権が消費者の集団的利益についての損害を対象としたのに対して、消費法典L・四二二―一条以下に規定されている代位損害賠償訴権は共通の原因に基づく個別の消費者の損害を対象とするものである。ここで問題になっているのは消費者の集団的利益ではなく、集合した個別的利益である。損害の原因となる行為は犯罪行為である必要はなく、例えば大量に販売された製品に瑕疵や欠陥があった場合などがこれにあたる。他方で訴えが受理されるためには、全国レベルの認可消費者団体が少なくとも二人以上の消費者から書面で訴権行使前に授權されねばならない。消費者団体に授權した消費者以外の者は個別に訴権を行使する権利を保持する。消費者団体は授權を得るために広告をなすことができるが、広告は新聞等に限られテレビ等によることは禁止されている。消費者団体はできるだけ多くの授權を得る利益を有しているが、企業の責任が明らかでない段階でそのイメージ

が損なわれることを避けるためである。この訴権を行使して消費者団体が勝訴した場合には、賠償金は授權した消費者に帰属し、敗訴した場合にはこれら消費者の訴権は失われることになる。<sup>(29)</sup>しかしこの代位損害賠償訴権は現在に至るまで全くといっていいほど利用されておらず、その創設は失敗したとの評価が一般的である。これは広告の手段が限られているため多数の消費者から授權を受けることが困難であることや、消費者団体の資力は限られているが、受任者として重い義務を負うことなどによるものである。<sup>(30)</sup>

(2) 以上のフランスにおける損害賠償を内容とする消費者団体訴権はそれが対象とする利益により大きく二分された。このうち私訴権などが対象としていたのが消費者の集团的利益であった。この集团的利益は個別的利益から区別され、個々の消費者の個別的利益の集積ではなく、その損害は抽象的な消費者全体の損害である。それゆえその賠償金は消費者個人々に分配されず、集团的利益を代表する消費者団体に帰属する。そしてこうした集团的利益は各消費者の個人的な利益と市民全体の一般的な利益との中間に位置し、この私訴権は被害者個人の訴権と検察官の行使する訴権の間にあるものとされる。<sup>(31)</sup>この消費者の集团的利益は非常に抽象的なものであり、この概念を積極的に定義することは難しく、それゆえにその損害を正確に把握することは困難である。<sup>(32)</sup>消費法典上の犯罪に限られない様々な犯罪が同利益を侵害するものとされ、例えば破毀院刑事部一九九七年一月二七日判決（JCP. éd. G. 1998 2 10017, note M. Pralus）は、消費者の集团的利益に直接的に損害をもたらすいかなる犯罪も消費法典L・四二一―一条の規定から排除されないとして、水事業についての市長の汚職が水の値段を上昇させることなどを通じて消費者の集团的利益に損害をもたらしたことを認めており、明らかに消費者の集团的利益の広い觀念に依拠しようとしている。加えて潜在的な被害者を生じさせる危険だけでこの集团的利益に対する侵害を認めることもできるとされる。<sup>(33)</sup>したがってこの集团的利益についての損害は個別的利益につ

いての損害に解消しえないものであり、消費者が抽象的には損害を被っていると断言しても被害者や損害を特定しがたい前述の我が国における拡散的利益の侵害もこれにより包摂しうるものといえる。そうであれば後述する同訴権に関連して賠償請求の主体やその額の算定に関するフランスの議論は我が国における拡散的利益侵害からの回復を考察するにあたり少なからず参考になるであろう。

これに対して代位損害賠償訴権が対象としていたのが個々の消費者の個別的利益であった。消費者団体は授權を受けた消費者に代わって消費者が個人的に被った損害について賠償請求をし、勝訴すれば賠償金はこれらの消費者に帰属した。ここでは共通の原因に基づいて多数の消費者に生じたもっぱら少額の損害の賠償を、そのための団体訴訟の制度を創設することで、濫訴を防止しつつ如何に容易に実現するかが問われている。そして我が国において前述の集合訴訟制度が作られようとしているのもこうした損害の賠償を集団的に実現するためであった。しかし、この訴権は部分的にしるアメリカのクラス・アクションからも着想を得て創設されたものであるが、前述のように立法は中途半端なものにとどまり、これに対応する集団訴訟の機能を果たすには至っていない。<sup>(64)</sup>そこでこうした消費者の権利の実現のために今日までフランスにおいて真の集団訴訟制度の創設が試み続けられてきたのである。<sup>(65)</sup>この試みが政府法案として結実したのが二〇〇六年の *Breton* 法案である。<sup>(66)</sup>そしてこの法案は我が国の集団的消費者財産被害回復に係る法律案の形成にあたりブラジルの制度とともに最も影響を与えた外国の制度の一つでもある。実際同法案は我が国の法案と同様の例えば次のような特徴を備えている。すなわち、同法案はまず二段階型の構成を採用し、次にその行使主体は全国規模の認可消費者団体に限定され、また二段階目の手続きについて裁判所による賠償の可否や額の決定を簡易な手続きとするなどこれを簡略化し、さらに対象となる事案について身体損害や拡大損害を除いている。他方でこの法案には、契約上の義務の不履行のみを対象とし、

各消費者の賠償額は二〇〇〇ユーロに限られるといった我が国にはない制限もあった。<sup>(37)</sup>しかしながら、この法案は議会に提出されたものの、反対が相当あるなど可決の見通しが立たず、また大統領選等の選挙が迫っていて審議時間の確保が困難であったため、取り下げられてしまった。<sup>(38)</sup>その後も政府内の複数の委員会が集団訴訟制度の導入を提言し、またいくつかの議員提出法案が議会に提出されたが（例えば二〇一〇年一月二二日に提出されたBeulle法案）、同制度に対するフランス経済界の強力な反対もあって、これらの試みはいずれもとん挫してきた。しかしEUからの圧力もあり、あらためて二〇一三年五月に集団訴訟に関する規律を含む新しい政府提出法案が公表されるに至った。同法案は現時点（二〇一三年九月）では法律となるには至っておらず、変更の余地を残しているが、その基本的な部分に変更されないであろうとされる。<sup>(39)</sup>同法案の特徴として、責任判決と清算段階の二段階から成るなど上記の特質を指摘できるうえに、例えば次のような特質も有している。まずなにより、適用対象事案としてカルテルや支配的地位の濫用などの競争行為が加えられていることが注目される。次に一段階目の責任判決において裁判官は対象となる消費者の集団やこれに含まれるための基準、加えて各消費者または各カテゴリーの消費者の損害額またはその評価をなすための要素まで決定する。さらに裁判官は事業者の負担で消費者に判決を通知する適切な措置を命ずる。

以上から同種個別的利益の侵害については、日仏いずれにおいても集団訴訟制度によって対応することとされ、またその創設が課題となっており、主として訴訟制度に関する立法論が論じられていた。ここでは特にフランスにおける経緯が物語るように、一方でその濫用に対する懸念、とりわけアメリカにおけるクラス・アクションの運用を想定した経済界の反発を抑えつつ、他方で同制度を無意味なものとならしめないように、濫用の回避と実効性の確保とのバランスをとることが求められていた。この点で日仏の法案はともに例えば原告適格を一定の消

費者団体に限定し、さらに適用対象事案を一定の場合に限るなど、実際的な制度構築に腐心したのである。<sup>(40)</sup> これに対し拡散的利益の侵害については、不法行為法によって対応する場合には、議論はその諸原則の再考に及び、各々の法制度に様々な考察を促すものとなる。

## 二 拡散的利益の侵害

次に損害や被害者の特定が困難ないわゆる拡散的利益の侵害について、以下ではこの場面での日本における不法行為法による事業者の不当利益の剥奪の可能性を検討したうえで（一）、集団的利益についての損害という枠組みでこれを論じるフランス法について、日本法の参考に供するため、関連する議論を検討する（二）。

### 1 日本の不法行為法と不当利益剥奪

（一） 損害や被害者の特定が困難ないわゆる拡散的利益の侵害については、以上のような集合訴訟制度では対応が困難であることから、違法行為の抑止を目的として不当な利益を剥奪するため、行政が賦課金の納付を命じる措置の導入等が検討されていた。<sup>(41)</sup>

こうした事案類型としてもっぱら想定されているのはいわゆる偽装表示であり、この場合には、消費者が正しい情報に基づいて商品を選択することが害されているが、そのこと自体を財産的被害として具体的に観念しうる



か問題がある。また安価な偽装品を高価な商品であると表示して販売した場合でも、差額を損害として観念できてもその立証は容易ではなく、偽装表示が消費者の商品の購入の選択にどれほど影響しているのかも個々の消費者により異なり、権利の存否や範囲が不明確である。<sup>(43)</sup> こうした偽装表示に加えて、独占禁止法（独禁法）に違反する価格カルテルの形成などにおいても、多くの消費者が自由競争のもとで形成された価格で商品を購入する利益を侵害されているといえるが、同様に被害者の特定が困難である上に、損害概念について差額説を前提とするならば消費者に現実の価格よりも安い価格が形成されていたであろうことの立証を求める点で、不可能に近い立証を強い、損害の特定も困難であるといえる。

当然これらの行為に対しては、反競争的行為ないしは不公正な取引行為として、それぞれ独禁法と不当景品類及び不当表示防止法（景表法）により、サンクションがなされる。このうちこのような行為から事業者が得た利益の剥奪という点では、公正取引委員会による課徴金納付命令を挙げることができる（独禁法七条の二）。しかしこれは現時点では不当表示を対象としておらず、その趣旨も今日では不当利益の剥奪ではなく一種の行政的制裁と考えられるに至っており、<sup>(44)</sup> また言うまでもなく消費者の被害の回復を目指すものでもない。これに対し、こうした違法行為により損害を被った消費者に救済を与える制度として独禁法二五条において加害者たる事業者の無過失損害賠償責任が認められている。しかし同条による損害賠償請求については東京高裁が専属管轄を有しており（独禁法八五条）、他の裁判所に出訴することができないため、提訴する原告にとつては不便であり、なによりこの損害賠償請求権の行使は当該行為について公正取引委員会の排除措置命令等が確定した後でなければならぬため（独禁法二六条一項）、消費者がこれを活用するには限界がある。そしてこの独禁法上の損害賠償請求と民法七〇九条の損害賠償請求との関係について、今日では両者は併存するとの見解が一般的であり、<sup>(44)</sup> これ

により被害者たる消費者は独禁法等違反行為をなした事業者に対して民法七〇九条によって不法行為に基づく損害賠償を請求しうることになる。

それではこうした拡散的利益侵害の場面において消費者の被害を救済するためにこの民法七〇九条を活用することはできないか。

(2) こうした損害の特定も被害者の特定も困難な拡散的利益侵害の場面を念頭において、民法七〇九条の損害賠償のルールについて以下のような理論構築の試みがなされている。

まずこうした場面における被侵害利益の公共性を踏まえた損害の把握を試みる次のような見解がある。<sup>(45)</sup>

すなわち、伝統的な不法行為法字が扱ってきたのは個人に排他的に帰属する私的な法益の侵害であるが、近時公共的性格を持った法益の侵害に対して民事救済を求める動向が現れている。こうした被侵害利益の公共化という現象が現れる領域は、競争の領域と生活環境の領域である。これらはいわゆる外郭秩序たる競争秩序と生活利益秩序にそれぞれ属する。<sup>(46)</sup> この外郭秩序は公共領域であり、これが確保している利益は公共的利益である。競争秩序についていえば、公正で自由な競争が確保され、これに基づいて財貨を獲得できるという利益は、特定の個人に帰属するわけではない。市場における競争に参加する市民すべてがそこから利益を得ることができる。それでもこの外郭秩序における利益侵害について私的性格が欠けているわけではない。ここでの利益侵害は公共的利益の侵害であると同時に私的利益の侵害でもある。このように外郭秩序が確保する利益は二重性を帯び、ここでは私的利益の背後に公共的利益が控えている。そうであれば外郭秩序が割り当てた私的利益侵害に対する救済は単に私的利益の救済にとどまらず、公共的利益にも資するものである。<sup>(47)</sup>

この被侵害利益の公共化は損害賠償論に次のように反映される。このような公共的利益侵害の損害賠償につい

ては伝統的な損害概念である差額説によったのではうまく対応できない。例えば、製造業者が独禁法に違反して卸売業者に製品の再販売価格維持を義務付けたことにより小売店から不当に高く維持された値段で購入すること余儀なくされたとして消費者が損害賠償を請求した東京高判一九七七年九月一九日（高裁民集三〇巻三号二四七頁）は、現実の小売価格と同違反行為なかりせば形成されたであろう小売価格との差額である損害額について、後者の適正価格の立証がなかったとして原告を敗訴させた。またとりわけ注目されるのが鶴岡灯油訴訟の最二判一九八九年一月八日（民集四三巻一〇号一二五九頁）である。石油製品の価格カルテルによって損害を被ったとして多数の消費者から同カルテルの当事者に対して損害賠償請求がなされた本件訴訟において、最高裁は、差額説的な損害概念を前提に、消費者の被る損害は当該価格協定によって支出を余儀なくされた余計な支出であると、元売会社の価格協定が実施されなかったとすれば現実の小売価格よりも安い小売価格（想定購入価格）が形成されていたであろうことの立証を消費者に求めた。ここで立証が求められていた損害は加害行為からいくつもの取引段階を経た段階において取引を行った者のそれであり、最高裁は、協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす経済的諸要因等にさしたる変動がないことという困難な立証を消費者に求め、これがないことを理由に請求を棄却したのである。しかしこうした差額説は、私的利益の侵害しか把握しえない損害概念であって、このような被侵害利益の二重性を取り込むことはできない。そこでより抽象的に公正かつ自由な競争によって形成された価格で購入する利益の侵害それ自体を損害と見るべきであるとされる。これは被侵害利益の二重性を反映した損害概念であり、これによれば価格カルテルの存在を立証すれば損害は立証されたことになる。そして裁判所は、民事訴訟法二四八条によれば、損害の額の立証がなくとも、口頭弁論の全趣旨に基づいて相当な損害額を認定することができる。そして被侵害利益の公共的性格もこ

の相当な損害額の認定において考慮することができる。<sup>(49)</sup>

そのうえでこのような損害概念の採用による既存のルールの修正、そしてさらにこうした公共的利益の考慮による私人の損害とは別のプラス $\alpha$ を損害賠償に含めうることにについて次のような正当化も試みられている。<sup>(50)</sup> すなわちこうした独禁法違反行為に対する多数の消費者による損害賠償請求訴訟においては、少額の個別的な損害が一つのまとまったグループの形で請求されることで、損害賠償請求の目的として損害填補は副次的となり、違法行為の抑止ないし制裁が主要な目的となるのではないか。<sup>(51)</sup> そしてここには、消費者による損害賠償請求が競争秩序違反行為を抑止する効果を有し、公共的利益を擁護する役割をも果たすことで、私人（消費者）による法（競争秩序）の実現を見ることができるのである。<sup>(52)(53)</sup> なお競争違反行為のような一定の領域についてにせよ、不法行為法の抑止機能を重視し、損害概念を拡大して賠償額算定において加害者が取得した利益を考慮することで加害者からの不当利益の剥奪を認める見解が今日において我が国でも有力となっている。<sup>(54)</sup>

(3) 次に適格消費者団体による不当利益剥奪の可能性について若干の検討を行う。以上の方法が不当利益の剥奪に果たす役割はとりわけ原告たる消費者が多数である場合には決して小さくはないであろう。それでもいつも消費者個人による権利行使に頼るのでは限界があり、また事業者の不当利益の剥奪を目指す場合にこうした多数であれ個々の消費者によるプラス $\alpha$ の損害賠償では十分ではない場合もあろう。そこで適格消費者団体の損害賠償請求等による不当利益の剥奪が考えられる。この適格消費者団体は不特定かつ多数の消費者の利益のために差止請求権を行使する消費者団体と定義されている（消費者契約法二条四項）。同団体にこの差止請求権が帰属しその行使が認められているのは、これが消費者の個人的利益に還元できない集团的利益を実現するために認められた権利であるうえに、同団体は内閣総理大臣によって認可された団体であって、厳格な様々な規制に服して

いるため、こうした利益を実現させる主体として適格性が担保されていると考えられるためであるとされる。<sup>(55)</sup> またこうした利益実現の実効性を高めるためには専門的で機動力のある者に委ねるのが有用である。それゆえ同団体には消費者全体の集团的利益、公共的利益を代表する地位が与えられているとされる。<sup>(56)</sup>

それではこうした拡散的利益侵害の場面において不当利益剥奪のため適格消費者団体に損害賠償請求を認めることはできないか。<sup>(57)</sup> しかしこの損害賠償請求において事業者の取得した不当な利益のすべてを損害として適格消費者団体が支払いを受けるためには、そのための基礎づけが必要となる。適格消費者団体が集团的・公共的利益を代表する地位にあるとしてもこれが帰属するとすることは困難であり、この利益を消費者に配分する方法も欠いているためである。<sup>(58)</sup> それゆえ私法上の不当利益剥奪請求については適格消費者団体を主体として新しい制度を設けることも主張されている。<sup>(59)</sup>

ところで適格消費者団体は差止請求権を行使することで不当な契約の締結や不当な契約の内容を排除し、もって公正な市場の回復をなしているのであるが、これを実現するためには、将来の行為の差止めだけでは不十分である。<sup>(60)</sup> そこで現行不法行為法によっても次のことをなしうることも指摘されている。すなわち適格消費者団体は公正かつ自由な市場の回復という消費者の集团的・公共的利益を実現する役割が期待されているゆえに、<sup>(61)</sup> 当該の侵害行為を受けてこの回復のために行った活動や支出などを固有の不利益として当該の事業者に対してその賠償を求めることが考えられる。これには具体的には例えば調査費用や訴訟のための準備費用、弁護士費用、消費者へ情報を提供するための宣伝広告費用などが含まれる。<sup>(62)</sup>

それではさらに一歩進んで次のように考えることはできないか。すなわち、ここでも損害を抽象的にとらえ、競争法違反行為による上記の消費者の集团的・公共的利益の侵害自体を適格消費者団体の損害と見ることが考え

られないか。またこの賠償額の算定にあたっては、公正かつ自由な市場の回復には不当な利益の剥奪が有用であるゆえに、事業者の取得した不当な利益を考慮することができないか。これにより相当の賠償額が認められるのであれば、事業者が違法行為を行ったことを名指しする機能とも相まって、事業者の違法行為に対する抑止効果を有するであろう。そしてこの不当利益の剥奪はこうした場合に不法行為法の目的として抑止を重視することになしえないか。<sup>(64)</sup>

## 2 フランスにおける消費者団体訴権の受理可能性と民事罰

(1) 他方でフランスにおいては、既述のように消費者団体訴権が対象とする利益は二つに分けられ、このうちの消費者の個人的利益については集団訴訟制度の創設の試みが続けられてきた。これに対して日本法の視点からより興味深いのもう一つの消費者の集団的利益であり、これを対象とする私訴権を中心とする同利益侵害の回復に関するフランスの議論である。というのも我が国においていわゆる拡散的利益侵害は集合訴訟制度の創設によってはカバーしえず、少なくとも当面は民法七〇九条の解釈等によってこれに対応することが考えられ、他方でフランスにおける消費者の集団的利益はこの拡散的利益を包摂しうる概念だからである。<sup>(65)</sup>そこで日本法の視点からはフランスにおいて消費者の集団的利益の侵害からの回復を担っている私訴権がいかに活用されているかが注目されるが、この訴権は前述のように犯罪行為のみを対象とし、またそもそも日本法においてはこのように法律により消費者団体に損害賠償請求権が認められているわけではない。さらにこの私訴権については消費者の集団的利益の侵害からの回復のための賠償額をいくらに算定するかが特に問題とされてきた。それでは以上のよ

うな日本法から見たこの私訴権の限界や論点はフランスにおいてどのように論じられてきたのか。

まず犯罪行為以外による消費者の集团的利益の侵害についてこの私訴権を行使しうるのか、またそもそも法律による授權なく消費者団体もその一種である非営利社団（association）が集团的利益の侵害についてこうした訴権を行使しうるかについてフランスにおいて次のような議論がなされている。<sup>(66)</sup>

こうした集团的利益の侵害についての非営利社団による訴権は損害の個人性の原則に対する例外をなしている。原則として損害を被った者だけがその賠償を求めることができるはずだからである。この原則に対して消費者の個人的利益を対象とする集団訴訟制度などは真に違反しているわけではない。非営利社団自身の利益ではなくても非営利社団は個人的な利益の保護のために訴えを提起しているからである。<sup>(67)</sup>しかし集团的利益についての損害はそうではない。この損害は非営利社団自身の損害でも、多数の者の被った個別的な損害の集積でもなく、積極的に把握することの困難なところのない概念であり、法人格のない存在が被ったこの損害が何から成るのかを認識することは困難である。それゆえにこの損害は主観的な要素のない、つまり各個人へ波及しない客観的な損害であり、個人的な性質を欠いた損害であるなどともいわれる。<sup>(68)</sup>それではこの集团的損害の賠償が可能であるとして、誰がこの賠償訴権を有するのか。

これまでに前述の認可消費者団体の私訴権を一例に、立法により、この利益を代表すると考えられる一定の非営利社団にこうした訴権を行使する資格が与えられてきた。ただこの資格が国家により外在的に正当化されるものであるならば、その適用領域は法律による場合に限定されることになる。<sup>(69)</sup>実際に判例において、組合は別に非営利社団については、資格付与がない場合または犯罪行為が行われたとの要件が満たされていない場合には訴権は受理されてこなかった。そのリーディングケースとされる破毀院連合部一九二三年六月一五日判決（D.P.

1924 I, p.153, note L. Rolland) は、職業組合とは異なり非営利社団は当然にその一員である職業を代表するわけではないとして、この損害賠償請求の資格を認めない。これはこうした訴権がときに一般的利益と区別しがたい大義 (grandes causes) のためになされるものであることにもよるものであるとされる。<sup>(70)</sup>

しかし近時においてはこうした立法の数が増加して、様々な目的を有する非営利社団に内容を異にする資格が与えられ、こうした訴権の行使可能性が原則となつていくかのようなのである。このことについて、検察官は万能ではなく、起訴便宜主義により一定の恣意を免れず、また国家の道理と市民社会の利益とは別物であるがゆえに、一般的な資格付与により非営利社団にずっと容易に訴えることを可能にする制度を設ける必要があることも理解できるとされる。<sup>(71)</sup> そのうえ近年判例はこうした制約からも脱しつつある。すなわち一方で、もともとフランスでは消費法典に刑罰が少なからず規定されていたところ、さらに侵害行為が犯罪を構成しないときでも、訴えを受理した破毀院判決が現れている。例えば破毀院第一民事部二〇一〇年三月二五日判決 (09-12678) は、消費者団体による差止めについてであるが、消費法典 L・四二一―二条および L・四二一―六条の違法行為は必ずしも刑事犯罪を構成するわけではないとして、私訴権による差止めについて犯罪行為を必要としていない。他方で破毀院はさらに、差止めの事案について、法律による資格付与がない場合でも集团的利益がその目的に含まれる限り非営利社団はこれを代表して訴えることができることを示したうえで、損害賠償の事案についても、破毀院第一民事部二〇〇八年九月一八日判決 (JCP: éd. G. 2008 2 10200, note N. Dupont) において、裁判上の手段を利用することが非営利社団の規約に明示されていない場合であっても、訴権が受理されることを認めている。これら判決はこうした訴えの大部分が提起されるより厳格な刑事裁判所ではなく民事裁判所で下されたものであつても、訴権の受理可能性は目を見張る進展を示しているとされる。<sup>(72)</sup> そしてこの漠然とした文言によれば、訴権が受理され



るためには、集团的利益の保護がその非営利団体の目的に合致していることが必要であり、かつこれで十分であることになる。<sup>(74)</sup>ただしこのような判例の法律による資格付与の要件の単純な放棄は、違法行為の差止めには適切であつても、制裁的な含意の強い損害賠償訴権にその領域を広げるのは無用で危険であるとの指摘もある。<sup>(75)</sup>

これに対して、こうした非営利団体による訴権の受理可能性の拡大を肯定する次のような見解がある。<sup>(76)</sup>すなわち、まず検察官の権限を侵すとされるが、資力不足により刑法の適用がなされない場面が広範にみられること、非営利団体はその目的の範囲内でのみ訴権を行使することができ、訴訟のコストと非営利団体の資力から濫訴の心配はないこと、非営利団体の保護する利益は一般利益ではなく、より特殊な利益であること、非営利団体は訴える個人的な利益がないとされるが、非営利団体の目的を根拠に訴える場合には、この目的はその存在理由をなすため、すぐれて個人的な利益を保護することになることなどとして、非営利団体による訴権に対する批判に反論する。そのうえで長い間利他主義は国家の領分に、利己主義は私の領分に属すると考えられてきたが、私人は個人として利他主義のためにコミットすることができ、利他主義はこれらの利益を守ることを立法者の意思の名のもとに専門にしている法人格が訴える精神的かつ個人的な利益となりうる。さらに私的な非営利団体は、政治権力からの独立性のため、様々な理由から国の代理人が真に対応することができないまたはしようとしえない濫用を非難することで、今日の民主主義において特別な欠かせない役割を果たしており、この損害賠償訴権もこうした役割のための有用な手段となりうる。このようにして、法律による資格付与を必要とせず、当該行為が原告たる非営利団体にその目的の内容により評価される精神的損害を与えていることを要件に、訴権を認めることが望まれるとする。とはいえないかなる制限も制御もなく訴権を承認するのは行き過ぎであるため、<sup>(77)</sup>裁判官は、受理可能性の制御のために、非営利団体の目的の適法性のみならずそのための請求の妥当性を確認しなければならず、

訴権を公益性の認められる非営利社団のみに留めることも考えられるとする。

以上によれば、損害の個人性の原則の例外とされる集团的利益の侵害についての非営利社団による訴権の行使は必ずしも法律が特に認めた場合に限られず、例えば、当該利益が非営利社団の存在理由をなす目的に含まれるならば、その侵害は非営利社団に個人的かつ精神的な損害を与えるとして、またこうした損害賠償訴権は今日の社会において非営利社団が国に代わって果たす重要な役割の有用な手段ともなりうるために、非営利社団の目的の適法性とそのため請求をなすことの妥当性を要件に、少なくとも公益性の認められる非営利社団については、この訴権を受容することが考えられる。そしてこうした考えによれば、少なくとも、厳格な要件を備えて内閣総理大臣の認定を受け、不特定かつ多数の消費者の利益のために差止請求権を行使することを法律により認められている我が国の適格消費者団体は、消費者全体の集团的利益、公共的利益を代表する地位が与えられているゆえに、消費者の集团的利益の擁護を目的とし、公益性を有する団体として、特に法律の規定がなくとも、消費者の集团的利益に対する侵害を自らの損害として損害賠償請求をする資格を有しているように思われる。

(2) 次にこうした私訴権による損害賠償額の算定について、以下のような問題がある。ここでの消費者の集团的利益は個別的利益から区別され、これについての損害は個別的損害の集積とは異なる抽象的な消費者全体が被る損害である。そのため損害の評価に困難が生じ、この評価は大部分が事実審裁判官の技巧によることになり、しばしば裁判官は一ユーロのような名目的な損害賠償を与えるだけで済ませてしまうとされる。しかし認可消費者団体が消費者の集团的な利益のために行っている活動に報いることが公平であり、訴訟費用だけでなく侵害行為により消費者保護活動に必要な費用も含めて損害として評価されるべきであるとされる。<sup>(78)</sup>そしてこの損害の算定においては当該の侵害行為による団体の支出として、被害者の取りまとめや証拠の収集、訴訟の提起、

被害者への情報提供、被害者とのやり取り、加害者とのやり取りその他の費用が考慮されるが、ほとんどの事件で少額しか認容されていないとのことである。<sup>(80)</sup>そこでアメリカ法やケベック法のいわゆる懲罰的損害賠償にも触れたうえで、この算定の困難な損害についての損害賠償に民事罰としての意義を認めようとする見解も少なくは現れている。<sup>(81)</sup>これにより、侵害行為が割に合わないとの計算をさせ、損害賠償に抑止力が与えられる。また団体は受領した賠償金を正義の追求のために使用するのであるから、不当な利益とはならない。<sup>(82)</sup>

さらにこの消費者団体を含む非営利社団による訴権一般についてこれが民事罰としての意義を有することも指摘されている。<sup>(83)</sup>すなわち、前述の損害賠償は損害を回復するというよりも違法行為を制裁し抑止するところにその目的があり、民事罰としての機能を有する。これは他のより適切な手続きが存在しない場合にのみなされるべきであるが、その場合に賠償額は回復ではなく有効な抑止の手段となるように算定されなければならない。この集团的利益の侵害について賠償がなされても、個人的な損害を被った者は個別的な訴権を奪われることはない。そして主として制裁としての特徴を有するこの訴権について、原告たる非営利社団は裁判所において検察官を想起させる役割を果たしているのであると。

それではフランスにおいてこのように損害賠償に抑止の目的を認め、民事罰としての意義を認めることはできるのか。<sup>(84)</sup>諸外国におけるようにこれまでフランスにおいても民事責任に刑事的な機能を認め、民事罰としての機能を拡張し公にすることに好意的な有力な見解が存在してきたとされる。これに対し破毀院は今日まで、例えば、犯されたフォートや過失の重大さが何であれ、賠償は被った損害の全てを含むものでなければならぬなどとして（破毀院民事部一九四六年一月二二日（JCP, éd. G. 1947 2 3348, obs. P. L. P.））、表立ってはこうした傾向に反対している。しかしこうした実損害を超える賠償以外にも広い意味でのフォートに対する制裁としての民事罰に

は様々な形態があり、今日までに実定法に定着している。<sup>(85)</sup> 例えば、精神的損害賠償の根拠を民事罰に求めることや共同不法行為者間の責任分割を行為者のフォートの重大さに応じて行うこと、被害者のフォートにより責任を部分的に免除すること、他にも損害賠償以外では違約金条項やアストラントなどが、民事罰の例としてしばしば挙げられる。

他方で破毀院が堅持しているこの完全賠償 (*reparation intégrale*) の原則にもかかわらず、実際には事実審裁判官が賠償額の算定において、破毀院を恐れてその判決理由にはおおっぴらにしないものの、その評価権限を行使して賠償額を調整していることも民事罰の例としてしばしば指摘される。<sup>(86)</sup> こうした場面として、例えば、前述のように抑止としての機能を有する非営利社団による訴権や、精神的損害の賠償、不正競争における損害賠償など、しばしば賠償額の算定が困難な場合が挙げられる。そしてこのような場合に破毀院は不当利益の剥奪や制裁を目指す多くの損害賠償を事実審裁判官の専権事項の名のもとに承認しているのである。しかしこうした状況は裁判官による恣意に至る危険があり、<sup>(87)</sup> また裁判官によって態度が異なれば被害者間の不均衡を促進し健全でない。<sup>(88)</sup> そこでこのようにフランス法においては一定の分野において非填補賠償がすでに現実になっており、またこれを公に認めることに大きな障害は存在しないなどとして、立法によりこの非填補賠償について適切な制度を設けることが主張される。<sup>(89)</sup>

ところで非填補賠償には二つのものが含まれることがしばしば指摘される。一方でフォートの重大さによって賠償額が算定される狭い意味での懲罰的損害賠償がある。他方で賠償額が加害者の利益によって算定されるいわゆる営利的フォート (*faute lucrative*) の場合がある。<sup>(90)</sup> これは、主として不法行為のフォートが加害者に与える利益が単なる損害の賠償によっては中和されない場合をいい、<sup>(91)</sup> この場合において完全賠償の原則を維持することで

加害者は全体として利益を得るため民事責任は抑止的な効果を全く有しないことになる。その例として、偽造や不正競争、競争制限、人格権侵害、環境侵害などがしばしば挙げられ、今日において増えることはあっても減ることはない<sup>(93)</sup>とされる。こうした場合には、有用で抑止的なサンクションがないと、損得勘定から加害者は侵害行為を行い継続することをためらわなくなるため、利益の返還を損害賠償に加えることが望ましいだけでなく必要となる<sup>(94)</sup>。そこでこの営利的フォートについてこうした制度を設けることがより有用であるとされる。この場合においてこうした損害賠償は、加害行為を抑止し、有用な予防的效果を有し、他の制度によっては代替しえない実定法上の欠缺を埋めうるからである<sup>(95)</sup>。

こうしたことを踏まえて現在では特に営利的フォートについて非填補賠償をフランス法に導入する改正提案さらには草案および法案が現れている。このうちこうした非填補賠償に関する規定を含む不法行為法の改正法案が、二〇〇五年に公表された債務法の改正草案である *Catala* 草案、二〇一〇年に元老院に提出された民事責任の改正に関する議員提出法案である *Bételle* 法案、および二〇一一年に公にされた民事責任の改正草案である *Terre* 草案<sup>(96)</sup>である。それぞれ一三七一条、一三八六―二五五条、および五四条において、一定の場合に裁判官が非填補賠償を命じうることを認めている。これらの規定は、事実審裁判官が少なくとも形の上では損害の枠内で賠償額の算定において加害者の利益を考慮していたのに対し、利益剥奪を含む損害の填補を超える賠償が命じられることを明らかにしている。その上で消費者団体による私訴権の検討において注目される点として次が挙げられる。まず対象となる非填補賠償として、*Catala* 草案は明白に意図的なフォートとしてこれを営利的フォートの場合に限定しないのに対して、*Bételle* 法案と *Terre* 草案はこれを意図的な営利的フォートの場合に限定している。次に適用対象事案について、*Catala* 草案と *Terre* 草案がこれを特に限定していないのに対して、*Bételle* 法案はこれを

法律で明示的に規定する事例とし、法案が前提とする報告書はこれについてメディアによる人格権侵害や競争法の事例、環境法の事例を挙げている。<sup>(100)</sup> 以上によれば対象について最もこれを限定する *Betelle* 法案においても、日本法の観点から特に関心のある事業者が消費者の拡散的利益への侵害により利益を得ている場合の多くが適用対象となりうることになる。また賠償額について、*Catala* 草案は填補賠償に加えて懲罰的損害賠償を命じうるとのみ規定しているのに対し、*Betelle* 法案は填補賠償に加えてその二倍を超えない懲罰的損害賠償を命じうるとしてこれに上限を設けている。また *Terre* 草案は加害者の利益を明示している。そして営利的フォートについては、*Terre* 草案に規定されているように、事業者が得た利益を基準に賠償額の算定がなされることになる。<sup>(101)</sup> なおこうした損害賠償を保険に付すことができるかについて、*Catala* 草案と *Terre* 草案がこれを認めないのに対して、*Betelle* 法案はこれによっても抑止効果は減殺されないとして付保可能性を認めている。さらに特に見解の分かれている賠償金の帰属については、*Terre* 草案が特に規定しておらず、被害者が全額を受領しうるのに対し、その一部は被害者に支払われるべきものであるとしても、全額の支払いを認めることは被害者に二重の賠償を得させることになってしまうなどとして、<sup>(102)</sup> 一方で *Catala* 草案は、裁判官の裁量によりその一部が国庫に帰属するとし、他方で *Betelle* 法案は、一部は被害者に、また一部は賠償基金に、これがない場合には国庫に支払われるとする。この点非営利社団の訴権による賠償金の帰属について、非営利社団のインセンティブの観点からすべてを対象となる集団的利益の保護を任務とする特別な基金に帰属させるのではなく、非営利社団と同基金との間で分割することが望ましいとの見解もある。<sup>(103)</sup> ここでは非営利社団の訴権行使のインセンティブと訴権の道具化のリスクとを衡量し、さらに非営利社団の訴権行使のための資金にも配慮することが求められよう。<sup>(104)</sup>

以上によれば賠償額の算定について次のような可能性が示される。ここでは消費者全体の損害という本来的に

算定の困難な損害が問題となっており、消費者団体に報いるため、さらに損害賠償に抑止力をもたせるため、損害賠償に民事罰としての意義を認め、これを高額化させることが主張された。そして実際にも事実審裁判官は一定の事件類型においてその専権事項としての賠償額の算定で加害者の不当利益などを考慮して損害賠償額を調整していた。こうしたことを受けて、近時の民事責任に関する主要な三つの改正法案は、主として、加害者からの不当な利益の剥奪を目指して、営利的フォートを対象とする、それゆえどちらかといえは加害者が損得勘定から加害行為を選択しないようにとの抑止に重点を置いた、非填補賠償に関する規定を設けている。そしてこれらにおいては、こうした非填補賠償をフランス法においてどこまで一般化しうるのか、また賠償額を非営利社団にどこまで帰属させることが訴訟のインセンティブの観点も含めて正当視されるのかが特に問われていたのである。したがって我が国において問題とされていた消費者の拡散的利益を侵害した事業者からの不当利益の剥奪は、フランスにおいては消費者団体による抑止としての意義を有する私訴権の損害賠償によって、非填補賠償に関する立法を通じてであれ、実現しうるものが明らかになったのである。

## おわりに

(1) 以上においては日仏における集团的消費者被害への法的対応に関する議論を検討してきた。まず同種個別的利益の侵害については、一方で日本において、日本版クラス・アクションともいえるべき集合訴訟制度の立法が進められ、フランスの Breton 法案も参照して二段階型の訴訟制度を採用する集团的消費者財産被害回復に係

る法律案が公にされるに至っていた。他方でフランスにおいては、すでに消費法典において損害賠償についても認可消費者団体による複数の訴権が規定されていた。このうち同種個別的利益の侵害を対象とする代位損害賠償訴権は制度として不十分であったため、集団訴訟制度の創設が課題となり、Breton 法案が作成され、その後いくつかの法案の廃案を経て、二〇一三年五月にはいくつかの新しい特徴を有する法案が作成されるに至っていた。なお同法案が対象とする事案にはカルテルなど競争法違反行為による損害も含まれていた。次に拡散的利益の侵害については、一方で日本において、集合訴訟制度は同種個別的利益の侵害を対象とし、これに応じた制度を欠く以上は、一般法たる不法行為法による対応が検討された。すでに日本においても、競争法違反行為について被侵害利益の公共化を損害賠償論に反映させ、損害概念を抽象化し、プラス $\alpha$ の損賠償を認める見解、さらに拡散的利益侵害を対象に適格消費者団体に消費者の集団的利益、公共的利益の代表性を認めた上で、加害事業者からの不当利益の剥奪の可能性を模索する見解などが現れていたところ、より進んで適格消費者団体が損害賠償請求によって加害事業者から不当利益を剥奪しうるかが問われた。他方でフランスにおいては、消費者の集団的利益についての損害の賠償をなす私訴権はその対象についてもその効果である賠償額算定についても課題を有していたが、それが対象とする消費者の集団的利益がこの拡散的利益を含むものであるがゆえに、日本法の観点からはとりわけこれらの課題にまつわる議論の展開が注目された。そして一方でその対象については、損害の個人性の原則にもかかわらず、破毀院判決により特に法律に規定のない場合にも非営利団体に集団的利益の損害について損害賠償請求が認められ、他方で賠償額算定についても、完全賠償原則を超えて、特に営利的フォートについて加害者の不当利益剥奪のための非填補賠償が立法論を含めて検討されていた。

(2) 以上の日仏の議論について、一方で同種個別的利益の侵害については、日仏ともに集合訴訟制度の創設



によってこれに対応することとされていた。ここではいかに制度の濫用を排して事業者の活動に配慮しつつ多数の少額の消費者の集团的被害を実効的に回復するかという実質的な制度設計のあり方が探求されていた。したがって同利益侵害については、このような訴訟制度の立法論がいずれの国においても論じられていたのである。なおフランスの新しい集団訴訟制度法案が拡散的利益侵害に含められるカルテルを適用対象事案に含めていたことは両類型の関係を考える一つの材量となろう。他方で拡散的利益の侵害については、集合訴訟制度によってこれに対応しえず、我が国においては民法七〇九条などを根拠に、フランスにおいては消費者団体の私訴権を活用して、いずれにおいても消費者団体による固有の損害賠償などによってこれに対応することが模索されていた。そしてここでの議論は、主として解釈論であり、損害賠償の諸原則の再考に及び、また各々の法制度に様々な考察を促すものである。この利益侵害への対応について、日仏の有力な見解の方向性はおおよそ一致していたが、フランスにおいてはさらに進んで一定の消費者団体が損害賠償によって加害事業者から不当利益を剥奪することと可能とする理論展開が見られた。それゆえにこのように損害の個人性の原則と完全賠償原則という障害を乗り越える兆しを示すフランスの議論は我が国においてこれを認める可能性を示唆するものとして少なからず参考になろう。

具体的には次のことが指摘できる。まずその主体について、法律の特別な規定がなくても、一定の消費者団体が訴訟費用などのその固有の損害のみならずこの拡散的利益侵害を含む広い消費者の集团的利益の侵害について損害賠償を請求することが認められた。その際この消費者団体はこうした自由かつ公正な市場を侵害する行為に対して、これを含む消費者の集团的利益を守ることを自らの存在理由とするがゆえに、これを自身の非財産的損害と見ることが考えられた。そうであればこうした集团的利益の保護を任務としこれを代表するに値するよ

うな公益性を有する団体でなければこれに対する侵害を自らの損害とすることはできないであろう。この点で適格消費者団体は消費者全体の集团的利益、公共的利益を代表しうるゆえにその資格を有するものと考えられる。また法人である適格消費者団体には無形の損害、すなわち非財産的損害についても賠償請求が認められうる。<sup>(105)</sup>次にこの損害賠償額の算定について、この算定の困難な損害について、加害者の不当な利益を剥奪するべく、ここでこの利益を考慮することが考えられた。ところで我が国においてもこうした競争法違反にあたる侵害行為は利益剥奪が求められ不法行為法の抑止機能が重視される領域の一つとして認識されていたわけであるが、<sup>(106)</sup>ここでは損害賠償請求の主体が個々の消費者ではなくとも賠償の帰属を一義的には導きたい適格消費者団体であることにより、ますますここでの損害賠償の機能について損害填補ではなく加害行為の抑止としての意義が強められるものと思われる。またそうであればなおさら不当利益剥奪としての損害賠償のこの消費者団体への帰属をどのように考えるかが課題となってくるわけであるが、これを基にした適格消費者団体の活動により当該の行為からの回復を含む広い意味での消費者の集团的利益の保護がなされること、さらに活動資金が十分ではない適格消費者団体へのインセンティブなどを考慮して、最終的には立法により、少なくとも一部は当該の消費者団体に帰属するものとし、残りも国庫ではなく当該の団体を含めた適格消費者団体の訴訟提起等のための資金として再配分するための基金に帰属するものとするなどが考えられる。<sup>(107)</sup>そしてこのように利益の吐き出しを工夫することにより、被害者の不当な利益との障害を回避し、事業者の不当な利益の剥奪をよりよく実現することが可能となる。<sup>(108)</sup>ただこのような立法を待たずとも解釈論として、少なくとも適格消費者団体は、事業者によるこうした消費者の集团的利益の侵害を受けて、この回復のために行った活動や支出などの固有の損害に加えて、それ自体を自らの非財産的損害とし、そのうえで後者の算定にあたっては控え目であるとしてもこれにより事業者の得た

利益を考慮することができると考えられよう。なおフランスにおいて少なくとも非填補賠償についての立法が検討されているように、このように一定の消費者団体による加害事業者からの不当利益の剥奪がある程度は不法行為法によって実現しうるとしても、賠償金の帰属についてはもちろん、最終的にはその対象などを明らかにした非填補賠償に関する制度を立法によって設けることが好ましいであろう。その際には個別の消費者の請求権や利益、さらに課徴金制度との関係などについても検討がなされなければならないであろう。<sup>(109)</sup> さらにフランスの最新の集団訴訟制度法案がカルテルを適用対象事案にしていることから窺われるように、カルテルによる価格上昇について理論上損害の特定は可能であり、一見するとこれは同種個別的利益の侵害の類型に属するようにも見える。しかし鶴岡灯油訴訟の最高裁判決において明らかのようにその立証は困難であり、実際上これは拡散的利益の侵害としての処理に委ねられていた。このように両類型はその中間に競合領域を有し、連続性を有している。そして理論上同種個別的利益の侵害に当たる侵害類型であっても、損害の立証が困難であったり、さらには個々の損害額があまりにも過少であるため、集合訴訟制度による個々の損害の回復が現実的ではない場合においては、せめて加害事業者のこれによる利益を剥奪するために、二次的にこれらを拡散的利益の侵害の場合に含めるといように<sup>(110)</sup>、この場面で拡散的利益の侵害の類型は補充的な役割を果たすことになる。このようにこの利益剥奪の手段としての損害賠償はこの場面では集合訴訟制度と理論上その適用対象事案を共通にしつつ、これを補完するとの役割を担うことになるのである。

(3) そのうえで、このように拡散的利益侵害について事業者からの不当利益剥奪を一定の消費者団体による損害賠償請求によって行う可能性を承認することは、損害賠償の原則の中でも損害の個人性の原則と完全賠償原則の再考を迫るとともに、さらにこれを通じて、それぞれの国の法制度に次のような考察を求めるものである。<sup>(111)</sup>

すなわち一方で消費者団体に公共的利益に近い消費者の集団的利益についてどこまでその実現を委ねるのかという当該の国の社会における消費者団体の役割が問われよう。他方で加害事業者からの不当利益剥奪による抑止を通じた公正で自由な市場の回復という消費者の集団的利益の実現のために損害賠償を用いるのかというその国における損害賠償制度の役割も問われる。これにより不法行為法は、こうした競争法違反行為については不当利益剥奪による抑止をその制度的機能として与えられることになる。<sup>(11)</sup>そしてこれらとともに、消費者団体という私人にどこまで公正で自由な市場の回復という公的な利益の実現を委ねるのか、損害賠償という私法上の制度によってこうした公的な利益の実現を図るのか、併せてここに不法行為法が介入することによってここでは立法でも行政でもなく裁判所を中心に法規範の形成を進めるのかが問われよう。<sup>(12)</sup>こうしたことがらが不法行為法が本問をその領域に収めるにあたり問われることになるのである。

## 注

- (1) 三木浩一「集団的消費者被害救済制度の展望と課題」現代消費者法八号四頁参照。
- (2) 適格消費者団体による差止請求への判決等については、消費者庁のホームページでも紹介されている。 <http://www.caa.go.jp/planning/index.html#m02>
- (3) 千葉恵美子「特集」集団的消費者利益の実現と実体法の役割—本シンポジウムの目的—現代消費者法一二号五頁参照。
- (4) 原田大樹「集団的消費者利益の実現と行政法の役割」現代消費者法一二号一八頁は、消費者法における消費者の保護されるべき利益として、これらの集合的利益（同種個別的利益に対応）と拡散的利益のほかにも、市場競争の機能不全により社会的にはマインスが生じているものの、損害を観念することができないタイプ（社会的損失）と損害の観念とその個別的な帰属の確定が可

- 能で、個別の損害が軽微ではないタイプ（個別的利益）の全部で四つの類型を挙げる。また宮澤俊昭「団体訴訟の実体法的基礎」松本先生還暦記念『民事法の現代的課題』（商事法務二〇一二年）一〇六四頁以下は、主に消費者法と環境法を念頭に、これらの利益を含む諸利益について、それが公益か私益かという観点から、個人個々の利益を観念しえない完全に抽象化された全体に関する利益と私人に独占的に帰属する個別の利益との両極の間において、その抽象性個性性という観点から、これらを段階的連続的に把握している。
- (5) これら類型への制度的対応のあり方については、三木浩一「消費者利益の保護と集会的訴訟制度」現代消費者法二〇一一年八九頁以下や同「集团的消費者被害救済制度の展望」新世代法政策学研究一一卷二四二頁以下を参照した。
- (6) その検討の結果は消費者庁企画課「集团的消費者被害救済制度研究会報告書」（二〇一〇年九月）にまとめられている。
- (7) その検討の結果は消費者委員会集团的消費者被害救済制度専門調査会「集团的消費者被害救済制度専門調査会報告書」（二〇一一年八月）にまとめられている。
- (8) この消費者庁の案は消費者庁のホームページにおいて見ることができ、[http://www.caa.go.jp/planning/pdf/120807\\_2.pdf](http://www.caa.go.jp/planning/pdf/120807_2.pdf)
- (9) この間の経緯については、山本和彦「集团的消費者被害回復制度の理論的問題」松本先生還暦記念『民事法の現代的課題』（商事法務二〇一二年）八五頁以下にまとめられている。なお脱稿後の二〇一三年二月四日に本法律は成立し、同一日に公布された。
- (10) 消費者庁企画課・前掲注(6)四四頁以下。
- (11) 消費者庁「財産の隠匿・散逸防止策及び行政による経済的不利益賦課制度に関する検討チーム」取りまとめ（二〇一一年八月）六頁。
- (12) 消費者の財産被害に係る行政手法研究会「行政による経済的不利益賦課制度及び財産の隠匿・散逸防止策について」（二〇一三年

年六月）六頁以下。

(13) 本稿は、二〇一三年九月一〇日、一日にパリ第二大学およびパリ第一三大学でアンリ・カピタン協会ほかにより開催された日仏民法セミナーでの仏語の報告「Préjudice de masse : Pour le développement des actions menées par les associations de consommateurs」〔集団的損害―消費者団体訴権の発展のために―〕をもとに、これに大幅に加筆したものである。

(14) この消費者庁案の解説として、加納克利・松田知丈「集団的消費者被害回復に係る訴訟制度案について」ZB、九八九号一六頁以下を、またその手続の全体像と諸特徴について、山本・前掲注(9)八八頁以下を参照した。

(15) 加納克利・宗宮英恵「集団的消費者被害救済制度専門調査会報告書」の概要「金法一九三二号一三五頁参照。

(16) 加納・宗宮・前掲注(15)一一九頁参照。

(17) 藤田広美「講義民事訴訟」(東京大学出版会二〇〇七年)四五八頁参照。

(18) この二段階型の訴訟制度と追加的選定との関係については、三木・前掲注(1)八頁や同・前掲注(5)二五四頁以下を参照した。

(19) 加納・宗宮・前掲注(15)一三〇頁参照。

(20) 例えば、野々山宏「見えてきた集団的消費者被害の新しい救済制度」消費者法ニュース八九号一二八頁。また三木・前掲注(1)一二頁以下は、この訴訟において救済が求められる権利は個々の被害者に属する実体法上の個人的権利であることや、被害者集団に属する者に第一次的に原告適格を付与しないと被害者救済の実効性をあげえないこと、被害者集団に属する個人に当事者適格を認めてもこの制度のもとでは制度の濫用のおそれもないことなどを理由に、被害者集団に属する者に第一次的に原告適格を付与すべきことを主張する。

(21) 山本・前掲注(9)九九頁以下参照。

(22) 加納・宗宮・前掲注(15)一三三頁参照。

- (23) 加納・宗宮・前掲注(15)一三三頁参照。また三木・前掲注(1)一〇頁以下も参照。
- (24) 以下に概観するフランスの消費者団体訴訟制度については、とりわけ、J. Calais-Auloy = H. Temple, *Droit de la consommation* 8<sup>ed.</sup>, Dalloz, 2010, p.684 *ets* を、また邦語文献として、山本和彦「フランスにおける消費者団体訴訟制度」ジュリー三三〇号九八頁以下や同「フランスにおける消費者集団訴訟制度の概要（上）（下）」NBL 九四二号二二頁以下、九四三号一九頁以下、後藤卷則・柴崎暁・馬場圭太「消費者団体訴訟制度における損害賠償請求の概要とクラス・アクション導入に関する議論の動向」内閣府国民生活局「ドイツ・フランス・アメリカ・オーストラリアにおける金銭的救済手法の動向調査」（二〇〇七年）二八頁以下、後藤卷則「消費者団体と損害賠償請求」早法八四卷三号四六頁以下を参照した。
- (25) J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.688.
- (26) 鹿野菜穂子「消費者団体訴訟の立法的課題」NBL 七九〇号六八頁参照。
- (27) J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.687 *ets*.
- (28) 以上に引く J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.693 *ets* を参照した。
- (29) 以上に引く J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.695 *ets* を参照した。
- (30) 山本・前掲注(24)一〇三頁および後藤ほか・前掲注(24)四一頁参照。
- (31) J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.687 *ets*.
- (32) J. Franck, *Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs*, Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p.409 *ets*.
- (33) Y. Picod = H. Davo, *Droit de la consommation* 2<sup>ed.</sup>, Sirey, 2010, p.385.
- (34) Y. Picod = H. Davo, *op. cit.*, (33), p.390 以下 J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.690 参照。
- (35) フランスへのクラス・アクション導入について、その肯定意見および反対意見、またそのフランス法への導入にあたり生ずる手

続法上の障害などを検討したうえで、フランスにおける集団訴訟制度のあり方について検討するものとして、S. Guinchard, *Une class action à la française ?*, D. 2005, p. 2180 ets や D. Manguy, *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, D. 2005, p. 1282 ets、Y. Picod, *Le charme discret de la class action*, D. 2005, p. 657 を参照した。またフランスにおける集団訴訟（集団訴訟）のあり方について検討する邦語文献として、ソラヤ・アムラニ＝メキ（幡野弘樹訳）「消費法における集団訴権」新世代法政策学研究一五巻二二一頁以下を参照した。

- (36) 二〇〇六年の Breton 法案を中心とする今日までのフランスにおける集団訴訟制度創設の動向については、J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p. 696 ets や Y. Picod = H. Davo, *op. cit.*, (33), p. 391 ets、G. Raymond, *Droit de la consommation* 2<sup>éd.</sup>, Litec, 2011, p. 465 ets、また邦語文献として、山本・前掲注②四二六頁以下、一九頁以下や後藤ほか・前掲注②四二頁以下、後藤・前掲注②四五頁以下を参照した。

- (37) J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p. 697 ets は「これらおよび人身損害には集団訴訟が排除されるという制限が消費者にとつての利点を相当程度減じるものであるとする。

- (38) 山本・前掲注②二七頁参照。

- (39) 同法案の成立に至る経緯や今後の見通し、さらにその諸特徴について、二〇一三年九月一〇日、一一日の日仏民法セミナーにおける筆者の対照報告者であるパリ第二大学教授の Jean-Sébastien Borghetti 教授の報告である、Jean-Sébastien Borghetti, *Le préjudice de masse* を参照した。

- (40) 山本・前掲注(9)八六頁以下は、日本の法案の構成について、実効的な消費者被害の救済の利益と濫用を防止して事業者の正当な業務活動を保護する利益との間でギリギリのバランスをとっていく工夫であり、絶妙の「妥協の産物」という側面があるとしている。

- (41) 消費者の財産被害に係る行政手法研究会・前掲注⑫五頁以下参照。



- (42) 消費者庁企画課・前掲注(6)三頁。
- (43) 松下満雄『経済法概説（第五版）』（東京大学出版会二〇一一年）二二七頁以下参照。
- (44) 松下・前掲注(43)二五〇頁以下参照。
- (45) 吉田克己教授の見解である。以下については、吉田克己「民法学と公私の再構成」早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史の中の日本法学』（成文堂二〇〇八年）四一九頁以下および同「市場・人格と民法学」（北海道大学出版会二〇二二年）二〇八頁以下を参照した。
- (46) この外郭秩序についての吉田教授の見解は、広中俊雄『新版民法綱要第一巻総論』（創文社二〇〇六年）一頁以下を踏まえたものである。これによれば、市民社会に成立する基本的諸秩序として、根幹秩序たる財貨秩序と人格秩序、さらにそれぞれの外郭秩序たる競争秩序と生活利益秩序が挙げられている。
- (47) 以上について、吉田・前掲注(45)四一九頁以下を参照した。
- (48) こうした間接購入者の立証が困難であることについては、松下・前掲注(43)二五一頁以下を参照した。
- (49) 以上について、吉田・前掲注(45)四二二頁以下を参照した。ここでは不法行為法における被侵害利益の公共化、すなわち競争秩序における公法と私法の相互依存関係、相互補充関係が見い出されているわけであるが、こうした競争秩序における公私協働については、吉田克己「総論 競争秩序と民法」『ZB』八六三号三九頁以下を参照した。また近年の我が国における公私協働については、特に公的組織が公益実現過程（の一部）を私的主体に委ねるという意味でのそれについて検討をする、山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」『新世代法政策学研究二巻二七七頁以下を参照した。
- (50) 以下は、鶴岡灯油訴訟の控訴審判決を踏まえた、藤岡康宏「損害賠償請求と消費者による法の実現」「損害賠償法の構造」（成文堂二〇〇二年）二五九頁以下の見解である。吉田・前掲注(45)四二五頁以下もプラスαを損害賠償に含めることを、損害賠償を制

裁的にとらえる、または違法行為に関する利益の吐き出しのために用いることで、これを正当化することを志向する。

- (51) 不法行為法の制裁的機能については、窪田充見「不法行為法と制裁」石田先生古稀記念『民法学の課題と展望』（成文堂二〇〇〇年）六六七頁以下を参照した。また不法行為法の目的を損害填補ではなく加害行為の最適な抑止であると主張する、森田果「不法行為法の目的」NBL八七四号一〇頁以下も参照した。なお全体として、不法行為法の目的に関する今日までの議論を概観する、潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社二〇〇九年）一三頁以下、および不法行為の効果である損害賠償の機能として加害行為の制裁や抑止を考慮することができるかを含めて近時の不法行為法の機能論・目的論を検討する、瀬川信久「不法行為法の機能・目的をめぐる近時の議論について」淡路先生古稀記念『社会の発展と権利の創造』（有斐閣二〇一二年）五四九頁以下を参照した。

(52) 藤岡・前掲注(50)二七〇頁以下参照。

- (53) なお本稿は、これら制裁や抑止という不法行為の制度の機能について、瀬川・前掲注(51)三五五頁以下の整理に従っている。これによれば、制裁は、損害填補とともに過去になされた加害行為または被害を損害賠償責任を課す時点から事後的にみているが、填補とは加害者の加害行為に着目する点で異なるものであるのに対し、抑止は損害賠償責任を課す時点から将来をみて潜在的な加害行為を減少させる作用を指す。またこれら機能は不法行為法の制度目的として論じられる。

- (54) 例えば、窪田・前掲注(51)六八五頁以下は、不法行為の制裁的機能を論ずる中で、不法な利益の吐き出しについて、これを不法行為による利得を許さないという規範的判断を背景としつつ特定の損害評価の方法の選択をすることで実現することを主張する。また瀬川信久「競争秩序と損害賠償論」NBL八六三号五三頁以下および同・前掲注(51)三五四頁以下は、競争法違反行為などを念頭において、不法行為法の抑止機能が重要になったことを踏まえ、他者の法益侵害そのものによって反復継続的に収益を得る侵害である場合には、「損害」概念を拡大することにより利得吐き出し請求を肯定するべきだとされる。さらに山下純司「不法行為における利益吐き出し責任」NBL九三七号二六頁以下は、不法行為法における利益吐き出し責任を賠償額の算定にあたり加害者

- の利得を参照することとし、その根拠や判断枠組み、その実現可能性について検討している。
- (55) 千葉恵美子「消費者取引における情報力の格差と法規制」現代消費者法二二号七三頁参照。
- (56) 岡本祐樹「集团的消費者利益の実現をめぐる民事実体法上の観点からの試論」現代消費者法二二号一二頁以下参照。
- (57) 原田・前掲注(4)一七頁以下は、こうした拡散的利益を含む消費者の集团的利益の実現について行政法の側からその寄与可能性を検討する中で、不法行為法との役割分担を考察する。ここでは、その実現主体について、適格訴訟団体と行政との役割分担が検討され、その上で集团的消費者利益のよりよい実現のため、相互の弱みをカバーし強みを生かしあうような組み合わせに基づく制度設計を行うこと、行政法と民法の組み合わせによる複線的な法システムが志向されている。なお消費者被害の回復に向けての行政法の役割について検討する、中川丈久「消費者被害の回復」現代消費者法八号三四頁以下も参照した。
- (58) 岡本・前掲注(56)一三頁以下参照。
- (59) 千葉・前掲注(55)七七頁以下は、拡散的利益侵害型の紛争類型における消費者の集团的利益を実現するための民事実体法上の制度として、適格消費者団体による利益剥奪請求権を挙げ、そのための理論的課題の克服の方法を挙げている。また松本恒雄「消費者被害の賠償・返金と不当利益の剥奪」長尾先生追悼記念『消費者法と民法』（法律文化社二〇一三年）二九八頁以下は、特に不当表示について、消費者団体が訴訟を提起し、不当な利益を吐き出させて、被害額の算定が可能な消費者には損害を補填し、残りについては差止訴訟のための経費に充当するというような一段階の仕組みができれば、違法行為の効果的な差止めと違法行為によって得た不当な利益の吐き出しを有機的に連携させることが可能になるとする。
- (60) 千葉・前掲注(55)七三頁参照。そのうえで消費者の集团的利益を実現するための利益剥奪請求権制度を検討している。
- (61) このような役割が期待されている適格消費者団体であるが、その財政基盤は必ずしも充実したものではないようである。適格消費者団体の活動の実際については、片山登志子・五條操「適格消費者団体の活動と今後の課題」名法二四二号七七頁以下および

萩原典子・小田典靖「適格消費者団体の実態について」名法二四二号二頁以下を参照した。

(62) すでに池田清治「消費者団体の団体訴権」吉田克己編『競争秩序と公私協働』（北海道大学出版会二〇一一年）二五五頁以下は、こうした費用を消費者団体固有の損害と見うることを指摘していた。

(63) 池田・前掲注(62)二五六頁以下は、こうした損害賠償によるこの社会的な名指し機能に注目している。

(64) こうした場合での現行不法行為法による不当利益剥奪の可能性については、鹿野菜穂子「集团的消費者被害の救済制度と民事実体法上の問題点」現代消費者法八号二四頁以下も参照した。

(65) 既に後藤・前掲注(64)六六頁以下は、消費者の個人的利益を対象とする消費者団体訴訟に加えて、制度としてフランスの私訴権に相当する消費者の集团的利益についての損害賠償請求権を適格消費者団体に認めるべきであるとしていた。なおここでは裁判に要した費用等の損害賠償が想定されているようである。

(66) 以下に検討する損害の個人性の原則と集团的利益に関する団体による損害賠償については、とりわけ M. Bacache-Gibelli, *Traité de droit civil tome 5 Les obligations La responsabilité civile extracontractuelle* 2<sup>ed</sup>, Economica, 2012, p.432 ets & P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* 2012/2013, Dalloz, 2012, p.576 ets G. Viney, *Actions associatives et actions de groupe*, Mélanges P. Malinvaud, Liec, 2007, p.700 ets *responsabilité* 3<sup>ed</sup>, LGDI, 2006, p. 118 ets G. Viney, *Actions associatives et actions de groupe*, Mélanges P. Malinvaud, Liec, 2007, p.700 ets を参照した。また邦語文献として、後藤・前掲注(64)三三頁以下を参照した。

(67) M. Bacache-Gibelli, *op. cit.*, (66), p.437.

(68) M. Bacache-Gibelli, *op. cit.*, (66), p.438 ets.

(69) P. Le Tourneau, *op. cit.*, (66), p.580.

(70) P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle* 2<sup>ed</sup>, Liec, 2009, p.129.

- (1) P. Le Toumeau, *op. cit.*, (66), p.581.
- (2) 破毀院第一民事部二〇〇一年五月二日 (D. 2001, p.1973, note J.-P. Gridel) および破毀院第二民事部二〇〇四年五月二七日 (D. 2004, p.2931, obs. F. Lamazerolles) による。
- (3) G. Viney, *op. cit.*, (66), p.705.
- (4) M. Bacache-Gibeili, *op. cit.*, (66), p.443.
- (5) P. Le Toumeau, *op. cit.*, (66), p.586.
- (6) G. Viney = P. Jourdain, *op. cit.*, (66), p.149 *ets.* これは、主として Louis Boré の見解に依拠したものである。
- (7) ムスタファ・メキ（吉田克己訳）「民事責任法における損害の位置」吉田克己ほか編『効率性と法・損害概念の変容』（有斐閣二〇一〇年）四四二頁以下は、私人による一般利益の擁護を促進することで生ずる逸脱、すなわち集团的利益の名のもとに固有の利益を追求する非営利社団も現れ、集团的訴権の道具化が生ずる危険性を指摘している。
- (8) J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.688.
- (9) J. Franck, *op. cit.*, (32), p.418 *ets.*
- (10) J. Franck, *op. cit.*, (32), p.413 *ets.* また後藤ほか・前掲注④三五頁以下も参照。
- (11) このように消費者団体の私訴権による損害賠償に民事罰としての意義を認める見解として、例えば Y. Picod = H. Davo, *op. cit.*, (33), p.386 & J. Calais-Auloy = H. Temple, *op. cit.*, (24), p.688 が挙げられる。なお J. Franck, *op. cit.*, (32), p.416 は、そのためには立法が必要であり、またフォートの重大さや加害者が取得した利益などに応じた賠償がなされ、さらに得られた賠償金は基金に帰属するべきだとする。
- (12) Y. Picod = H. Davo, *op. cit.*, (33), p.386. 他方でドイツにおいては、不正競争防止法一〇条において、消費者団体等が不正競争行為

により購買者の犠牲のもとで利益を得た事業者に対して不当利益の剥奪を請求することが認められている。この利益剥奪請求を含めたドイツにおける消費者団体訴訟制度については、高田昌宏「団体訴訟の機能拡大に関する覚書き」福永先生古稀記念「企業紛争と民事手続法理論」(商事法務二〇〇五年)三五頁以下を参照した。

(83) G. Viney = P. Jourdain, op. cit., (66), p.152 ets.

(84) 以下のフランスにおける民事責任の民事罰としての意義如何については、M. Bacache-Gibelil, op. cit., (66), p.55 ets や G. Viney = P. Jourdain, *Traité de droit civil Les effets de la responsabilité* 3<sup>ed.</sup>, LGDJ, 2011, p. 4 ets、M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations* 2, PUF, 2007, p.367 ets など参照した。また民事罰などフランスの民事責任の抑止的機能と制裁的機能については、邦語文献として、廣峰正子「フランスにおける民事罰概念の生成と展開」『民事責任における抑止と制裁』(日本評論社二〇一〇年)三五頁以下を参照した。

(85) フランスにおける民事罰については、G. Viney = P. Jourdain, op. cit., (84), p.4 ets や廣峰・前掲注(84)三五頁以下を参照した。

(86) P. Jourdain, *Rapport introductif, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?*, LPA, 20 nov. 2002, p.4.

(87) G. Viney, *Rapport de synthèse, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?*, LPA, 20 nov. 2002, p.68 ets.

(88) 以上のフランスにおける判例を中心とした非填補賠償の現実化については、M. Bacache-Gibelil, op. cit., (66), p.57 ets や G. Viney, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D. 2009, p.2946 ets、G. Viney, op. cit., (87), p.67、P. Jourdain, op. cit.,

(86), p.4 ets を参照した。また D. Fasquelle, *L'existence de fautes lucratives en droit français, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?*, LPA, 20 nov. 2002, p.30 ets は、非填補賠償のうち後述の営利的フォートについて、実定法上同フォートが賠償額算定のほか様々な場面で考慮されているものの、破毀院を含むときどきの裁判所によってこれに対する態度は異なり、それゆえに被害者にとって法的安定性を欠いているとする。

(89) G. Viney, op. cit., (88), p.2944 ets は、主として営利的フォートの場合を想定しつつ、懲罰的損害賠償をフランスに導入するうえ

で生ずる反対論に反論したうえで、判例における非填補賠償の暗黙の承認を踏まえて、その立法化を主張する。これに対し、例えば P. Jourdain, *op. cit.*, (86), p.4 *ets* は、懲罰的損害賠償の特に営利的フォートの場合の有用性を承認しつつ、その刑罰としての効果にも注目するゆえに、損害の意義の後退などこれによる民事責任法の変形を踏まえて、これを制裁をなすという点から罰金に近く、その制度は民事責任のそれから区別されるとして、民事責任とは独立した位置づけをしている。また D. Fasquelle, *op. cit.*, (88), p.33 *ets* は、実定法上営利的フォートを考慮すべしとしながらも、民事責任法の基礎の再考や被害者の利益、訴訟の増加を避けるため、これを損害賠償以外のサンクションによって実現することが有用であるとすると。なおフランスにおける懲罰的損害賠償の有用性や問題点、あるべき方向性に関する議論については、邦語文献として、後藤巻則「損害賠償と制裁」法時七八巻八号五五頁以下を参照した。

(90) 両者の区別にについては、M. Bacache-Gibelli, *op. cit.*, (66), p.58 *ets* や G. Viney, *op. cit.*, (88), p.2945などを参照した。また営利的フォートについては特に、D. Fasquelle, *op. cit.*, (88), p.27 *ets* を参照した。

(91) D. Fasquelle, *op. cit.*, (88), p.28 *ets* は、営利的フォートは主に不法行為フォートであるが、契約フォートも排除されないとする。

(92) このうち例えば偽造について、知的財産法典L・三三二—三三三—三条は、加害者の不当利益が考慮されて実損害を超える賠償がなされうることを認めている。

(93) D. Fasquelle, *op. cit.*, (88), p.27.

(94) G. Viney, *op. cit.*, (88), p.2945.

(95) G. Viney, *op. cit.*, (88), p.2947. Vineyはその上で狭い意味での懲罰的損害賠償と営利的フォートの場合とを分けて非填補賠償の制度の提案をしている。なおこの営利的フォートについては、後藤・前掲注(89)五五頁以下（ただし受益フォートと訳されている）を参照した。

- (96) 例としては G. Viney, op. cit., (88), p.2944 ets を参照。
- (97) 法案および提案理由については、P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation Française, 2006, p.168 を参照した。また同草案の懲罰的損害賠償の導入を含む民事責任の部分について解説をする邦語文献として、廣峰正子「フランス債務法改正作業が示すもの」『民事責任における抑止と制裁』（日本評論社二〇一〇年）一〇七頁以下を参照した。
- (98) 法案と提案理由については、Proposition de loi n° 657 (2009-2010) portant réforme de la responsabilité civile, p.6 を参照した。なおこれは元老院のホームページ (<http://www.senat.fr>) で参照することができる。また同法案については、この部分も含めてその主要内容を Catala 草案のそれらと対比する、廣峰正子「フランス債務法改正の最新動向」法時八二巻一一号一二七頁以下を参照した。
- (99) 法案と提案理由は、F. Terré, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011, p.199 ets を参照した。
- (100) Rapport d'information n° 558 (2008-2009) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation du suffrage universel de Reglement et d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif à la responsabilité civile, p.93 ets. なお同報告書は元老院のホームページ (<http://www.senat.fr>) で参照することができる。同報告書については、邦語文献として、荻野奈緒「元老院調査報告書五五八号（二〇〇八—二〇〇九）の概要」同法六二巻二号二一七頁以下および廣峰・前掲注(98)二一七頁以下を参照した。
- (101) G. Viney, op. cit., (88), p.2947 ets.
- (102) Rapport d'information, op. cit., (100), p.98 ets.
- (103) G. Viney, op. cit., (66), p.709 ets. なおドイツにおいては、利益剥奪請求権の行使の結果、剥奪された利益は、国庫に帰属することになるが（不正競争防止法一〇条一項）、これについては訴訟のインセンティブがなく制度の実効性を欠くなどの批判があるようである。高田・前掲注(82)五八頁以下参照。
- (104) 瀬川信久ほか「損害概念の変容をめぐる日仏の対話」吉田克己ほか編『効率性と法…損害概念の変容』（有斐閣二〇一〇年）



- 四〇〇頁以下〔吉田克己発言〕は、こうした訴権行使のインセンティブと訴権道具化のリスクとを踏まえ、獲得した金銭についてコントロールを行うことや、金銭を公的基金に付与することを推奨している。また同四〇二頁（ソラヤ・アムラニ＝メキ発言）は、損害賠償を基金に振り込むことが考えられるとし、この基金はこの金銭を他の裁判上の訴権行使を可能にするために再配分することになるとする。なお類似の発想は、町村泰貴「集团的消費者被害の救済と手続法」現代消費者法八号三三頁以下において、我が国の集合訴訟制度のあり方を論じる際に、訴訟にかかる費用の分担と訴え提起のインセンティブについて検討する中で、示唆されている。
- (105) 最一判昭和三十九年一月二八日民集一八卷一号一三六頁。
- (106) 例えば、瀬川・前掲注64五三頁以下。
- (107) 松本・前掲注59二九三頁以下は、こうした消費者基金を賠償金の支払先として考えることの意義について、違法行為によるやり返得を許さないとの理念と支払いを迫る法執行主体に帰属すべきでない金銭的利益が帰属することを防止するという理念を両立させることにあるとし、消費者団体とは別主体を支払先とすることによって公益的性格をもった消費者団体訴訟制度の透明性に寄与し、原告となる消費者団体のモラルハザードの防止の機能を期待できるとする。
- (108) 松本・前掲注59二九八頁参照。
- (109) 我が国では、こうした利益剥奪請求権のあり方について、個別の消費者の請求権や利益、課徴金制度との関係を含めてこれを示す、千葉・前掲注55七七頁以下がとりわけ参考になろう。
- (110) J.-S. Borghetti, *op. cit.* (39) は、各消費者の被る損害があまりにも過少である場合には、集団訴訟によっても損害賠償請求は消費者の関心を引かず、抑止を図ることを真に望むのであれば、いずれにせよ利益剥奪的な損害賠償制度を設けることがよいとする。
- (111) 例えば、高田・前掲注82六八頁以下は、「利益剥奪請求権における利益が何か、損害賠償請求権における損害が誰のどのような

損害であるのか、違反行為者から剥奪される利益や賠償される金銭が誰に帰属し、どのように算定されるかといった諸問題に対してどのような態度をとるかによっては、…団体の行使する利益剥奪請求権や損害賠償請求権を、既存の権利観念では包摂できない独自の新しい請求権として法体系上位置づけることは避けられなくなるであろうし、それと同時に、私権や私法の伝統的な枠組みが再検討を余儀なくされるであろう」と指摘していた。

- (112) 瀬川・前掲注(5)三五四頁以下では、不法行為法の損害填補機能と抑止機能は択一的・排他的な関係にはないとしたうえで、競争法違反行為のような他者の法益の侵害そのものによって反復継続的に収益を得る侵害については利得剥奪請求を肯定するべきだとする。

- (113) 吉田・前掲注(49)四四頁以下は、競争法違反行為に際し個人の私的利益を民法により救済することについて、これを行政規制が機能しない場合に初めて問題となる補充的なものであるとしつつ、こうした競争秩序確保のための公私協働を公共的利益の擁護にも資するゆえに市民による法の実現として積極的に評価すべきであるとする。またムスタファ・メキ・前掲注(7)四四九頁は、民事責任法における損害の位置について論じる締めくくりとして、公私の協働、すなわち私的アクターと公的アクターとの協働、さらに私的利益と公的利益との調整に触れている。

- (114) 吉田・前掲注(49)四七頁は、競争秩序が制定法のみならず判例によっても形成され、また判例による法形成が個人のイニシアティブによる民事訴訟に促されるとし、競争秩序が市民による下からの形成に親しむとする。また瀬川・前掲注(5)三七〇頁は、不法行為法が新しい領域に介入していく場合に、ここでは立法府を差し置いて裁判を通して法曹により法規範の形成がなされることの正当性が問われるとする。

【付記】 本稿は、平成25年度科学研究費補助金（若手研究（B））（課題番号25780079）に基づく研究成果の一部である。