

《論 説》

適格消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容

——妨害排除請求権の意義とその活用——

宗 田 貴 行

目次

- 一 問題の所在
- 二 ドイツにおける消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容
 - 1 差止請求権の種類・目的
 - 2 差止請求権の要件
 - 3 差止請求権の内容
 - (1) 予防的差止請求権及び侵害差止請求権の内容
 - (2) 妨害排除請求権の内容
- 三 我が国の不正競争防止法上の差止請求権の種類・目的・要件・内容
 - 1 差止請求権の種類・目的・要件・内容についての考え方
 - 2 不正競争防止法上の差止請求権の種類・目的・要件・内容
 - (1) 従来の学説
 - (2) 差止請求権の種類・目的・要件
 - (3) 差止請求権の内容
- 四 適格消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容
 - 1 適格消費者団体の差止請求権の種類・目的
 - 2 適格消費者団体の差止請求権の要件
 - (1) 基本的考察
 - (2) 「行うおそれ」に関する裁判例の検討
 - (3) 「行うおそれ」の要件に関する従来の学説とその問題点
 - (4) 「行うおそれ」の要件に係る推定、その根拠及び反証事由
 - (5) 妨害状態は消滅したが、反復の危険が消滅していない場合の処理

(6) 「行うおそれ」に関するクロレラチラシ事件高裁判決等の検討

3 適格消費者団体の差止請求権の内容

- (1) 基本的考察
- (2) 作為請求に関する和解事例・裁判例
- (3) 作為請求に関する学説
- (4) 作為請求に関する和解事例・裁判例・学説の検討
- (5) その他の想定事例の検討

4 妨害排除請求権による解決の重要性

五 結 語

一 問題の所在

我が国に適格消費者団体訴訟制度が導入されてから、すでに10年以上が経過し、この間、その利用がみられている¹⁾。しかし、消費者契約法等の適格消費者団体の差止請求権が導入される前から存在する不正競争防止法及び独占禁止法等における差止請求権の議論や、ドイツ等の諸外国における差止請求権の議論²⁾を踏まえると、今日の我が国における適格消費者団体の差止請求権に関す

-
- 1) 消費者庁のウェブサイト (<http://www.caa.go.jp>) に掲載されている消費者契約法39条1項に基づく公表(差止請求に係る判決等に関する情報)によれば、適格消費者団体の差止訴訟判決等は、毎年10~20件存在している。また、適格消費者団体は、全国に17団体(平成30年2月現在)が存在する。
 - 2) 我が国及びドイツの議論につき、宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年122-124頁、160-162頁、宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相・厚谷襄児先生古稀記念論文集(下)』信山社2005年1019-1062頁、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(上)(下)」獨協法学96号2015年195-309頁、213-273頁、獨協法学97号2015年1-73頁、50-65頁、宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開—消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用—」国民生活研究57巻1号2017年1頁以下、3頁、13-16頁及びこれらで引用した文献。

る裁判例や学説においては、適格消費者団体の差止請求権の種類、目的³⁾、要件及び内容につき、必ずしも十分な理解や正確な整理が行われているということとはできない⁴⁾。

そもそも、適格消費者団体の差止請求権については、第一に、その種類はどのようなものがあり、それぞれの請求権の目的は何であるのか、第二に、差止請求権の要件はどのようなものなのか、第三に、差止請求権の内容はどのようなもので、それはどのように決せられるべきであるのか等⁵⁾の論点があるが、今日までの学説・判例は、これらの基本的かつ重要な問題について、必ずしも明らかにしてきたとはいえない。このため、本稿は、差止請求権に関わるこれらの問題について明らかにすることを目的とする。

そこで、本稿においては、まず、ドイツにおける消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容を明らかにした上で(二)、我が国の不正競争防止法上の差止請求権の種類・目的・要件・内容について検討し(三)、適格消費者団体の差止請求権の「行うおそれ」の要件及び同請求権に基づく作為請求に関する裁判例・学説を検討し、適格消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容について、検討を行う(四)。

二 ドイツにおける消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容

以下においては、我が国の適格消費者団体訴訟制度の母国であるドイツにおける消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容を検討する⁶⁾。

-
- 3) 差止請求権の目的は、被害の未然防止及び拡大防止であるが、本稿で検討するのは、以下述べる各請求権の要件に鑑みた目的についてである。
 - 4) 請求権の種類・要件・内容については、宗田貴行「景品表示法上の適格消費者団体の差止請求権に係る『行うおそれ』の要件——大阪高判平28・2・25」私法判例リマークス2017年55号54-57頁で指摘した。
 - 5) この他に、適格消費者団体の差止請求権の理論構成については、宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会2006年がある他、別途「適格消費者団体の差止請求権の理論構成(仮)」として、検討を行う予定である。
 - 6) 宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」稗貫俊文編『競争法の現

1 差止請求権の種類・目的

従来から、ドイツにおいては、「広義の差止請求権 (Abwehranspruch)」の中に、以下の三つの請求権が含まれる、と一般的に考えられ、それらは、民法(以下、「BGB」という)1004条1項(物権的妨害排除請求権)⁷⁾の類推適用や、諸法における明文規定を法的根拠とするものとして理解されている⁸⁾。

第一に、ある行為による侵害又は違反による侵害が未だ生じていないが、将来における侵害の防止を目的として、将来の侵害の不作為を請求する「予防的差止請求権 (vorbeugender Unterlassungsanspruch)」である。

代的諸相・厚谷襄児先生古稀記念論文集(下)』信山社2005年1019-1062頁、宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年160頁等、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(上)」獨協法学96号2015年195頁以下、宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開—消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用—」国民生活研究57巻1号2017年1頁以下。Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier (25.09.2015), https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Gutachten-50_Jahre_Verbandsklage-vzbv-2015.pdf (最終閲覧2017年11月20日); Astrid Stadler, Beseitigungsklagen durch Verbände im AGB-Recht, Rechtslage - Rechtserkenntnis - Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015 (以下、「Stadler in FS Schilken 2015」という), S. 481-498.

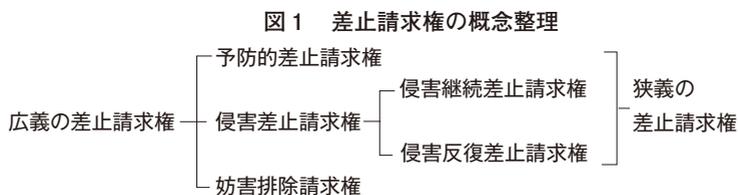
- 7) BGB1004条1項「所有権 (Eigentümer) が占有の奪取 (Entziehung) あるいは不法抑留 (Vorenthaltung) 以外の方法で妨害された (beeinträchtigt wird) 場合には、所有権者は、侵害者 (Störer) に対し、その妨害 (Beeinträchtigung) の排除 (Beseitigung) を請求することができる。さらなる妨害 (Beeinträchtigungen) が憂慮されるべき (zu besorgen sind) 場合には、所有権者は、その差止め (Unterlassung) を訴える (klagen) ことができる。」同条2項「所有権者が、妨害を受忍すべき義務を負うときには、請求権は排除される。」赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え—その法的構成を中心として—」同志社法学36巻3号1984年90頁以下、108頁、根本尚徳『差止請求権の理論』有斐閣2011年177頁以下。
- 8) Bornkamm in Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 35. Aufl. 2017, UWG § 8 Rn. 1.1-1.4; Ohly in Ohly/Sosnitzka, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 1.

第二に、ある行為による侵害又は違反による侵害が絶えることなく継続している場合に、将来における侵害の防止を目的とし、将来において当該行為による侵害又は当該違反による侵害を継続しないことを請求する「侵害継続差止請求権」がある。また、ある行為による侵害又は違反による侵害が、一旦止んでいるが再開しそうな場合、又は係る侵害が現時において行われているか否かを問わず、係る侵害が一旦止んだ後再開することが反復している場合に、将来における侵害の防止を目的とし、将来において当該行為又は当該違反による侵害が、再開又は繰り返されないことを請求する「侵害反復差止請求権」がある⁹⁾。これら、「侵害継続差止請求権」と「侵害反復差止請求権」とを併せて、「侵害差止請求権 (Verletzungsunterlassungsanspruch)」¹⁰⁾ という。

第三に、ある行為又は違反¹¹⁾ が、現時において既に止んでいるか否かを問わず、当該行為によって生じた妨害状態又は当該違反によって生じた妨害状態が存在する場合に、係る妨害状態を排除するために、一定の作為を請求する「妨害排除請求権 (Beseitigungsanspruch)」である¹²⁾。

-
- 9) 一旦止んでいた行為を一度だけ再び始めることが再開であり、そのような再開することを繰り返すことが反復である以上、本文で述べたように、再開を差し止めることと反復を差し止めることは概念上区別することができる。しかし、請求権の名称としては、やや細分化しすぎて過度に複雑となるので、これらを纏めて反復差止請求とすることにした。
 - 10) ここにおける「侵害」には、例えば、プライバシー権侵害のように、何らかの法規に違反することは要されない当該行為によって、他人の法律上保護されるべき利益たるプライバシー権が侵害される場合と、例えば、不正競争防止法違反の事例のように、当該法規に違反する行為によって、他人の法律上保護されるべき利益たる営業上の利益が侵害される場合とがある。
 - 11) 妨害排除請求権の要件における「妨害状態」においても、二つの場面があり、プライバシー権侵害の事例のように、なんらかの法規に違反することを要されない行為により生じなお現存する妨害状態と、不正競争防止法違反の事例のように、当該法規違反により生じなお現存する妨害状態とがあることになる。
 - 12) これらの請求権は、執行方法が異なる。妨害排除請求権は、ZPO887条以下に、差止請求権は、ZPO890条に、それぞれ従った執行手続による。

これらのうち、予防的差止請求権と侵害差止請求権とを併せて「狭義の差止請求権」という。したがって、狭義の差止請求権及び妨害排除請求権を図にまとめると、以下のようになる（下記、図1「差止請求権の概念整理」¹³⁾。



古くからBGB1004条1項の類推適用を法的根拠として、判例・学説上認められてきた上記の予防的差止請求権・侵害差止請求権・妨害排除請求権は、今日では、以下のように、各法において規定されている。例えば、不正競争防止法（以下、「UWG」という）8条1項1文は、「UWG3条に違反した者は、妨害排除（除去）請求及び反復の危険がある場合には、差止請求をなされる。」と規定し、UWG8条1項2文は、「差止請求権は、違反行為が脅かされる場合に、すでに存在する。」と規定する¹⁴⁾。同法上のこれら予防的差止請求権（同法8条1項2文）・侵害差止請求権（同法8条1項1文）・妨害排除請求権（同法8条1項1文）は、競争業者及び一定の消費者団体・事業者団体等に認められているが、消費者には認められていない（同条3項）。また、競争制限禁止法（以下、「GWB」という）33条1項は、「本法第1編（Teil）の規定、EU機能条約101条若しくは102条に違反した者（法違反者）又はカルテル庁の処分違反した者は、被害者に対し、妨害（Beeinträchtigung阻害）の排除（Beseitigung）及び反復の危険のあるときには差止め（Unterlassung）の義務を負う。」と規

13) これら三種の請求権があることについては、宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年161頁等。

14) BT-Drucksache 15/1487, S. 22. 宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年160頁。なおUWG8条2項は、違反行為が従業員又は代理人（Beauftragten）によって行われた場合に、差止請求権及び妨害排除請求権は、事業者の所有者に対して根拠づけられると規定する。

定して、妨害排除請求権及び侵害差止請求権を定め、同条2項は、「差止請求権は、違反行為が脅かされているときに、すでに生じる。」と規定し、予防的差止請求権を定める。同法上のこれら予防的差止請求権・侵害差止請求権・妨害排除請求権は、競争業者・取引先業者等の被害事業者だけではなく、被害を受けた消費者にも認められている。また、このような被害者の他に、一定の消費者団体及び事業者団体にも、これらの請求権が認められている(同条4項)¹⁵⁾。さらに、差止訴訟法(以下、「UKlaG」という)2条1項1文は、「普通取引約款の利用又は推奨以外の方法で、消費者保護に資する規定(消費者保護法規)に違反した者は、消費者保護の利益において、差止め及び妨害排除(除去)請求をなされ得る。」と規定し、一定の消費者団体の予防的差止請求権、侵害差止請求権及び妨害排除請求権を定め、これらの請求権が一定の消費者団体及び事業者団体に認められる旨をUKlaG3条1項1号及び2号が規定する¹⁶⁾。同法上、予防的差止請求権は明記されていないが、他の法領域と同様に、予防的差止請求権も認められていると解されている¹⁷⁾。

UWG上、2004年の改正以前には、差止請求権(Unterlassungsanspruch)のみが規定されていたが、以下のようなことから、妨害排除請求権は、判例¹⁸⁾において、差止請求権(予防的差止請求権及び侵害差止請求権)の補完のために認められているとされてきた。妨害排除請求権も、予防的差止請求権も、侵害差止請求権も、物権的妨害排除請求権を定めたBGB1004条の民法典への明文化以来、一貫して、常に並列して存在していると考えられてきたものであり、妨害排除請求権の存否に係る問いは、些細な問題に過ぎないものである。UWG上の学説及び判例において、差止請求権は将来の阻害と関係し、妨害排

15) 同条3項は、「競争者又はその他の市場参加者として、違反によって阻害される者が、被害者である。」と規定する。

16) UKlaG1条は、BGB307条~309条に違反し無効である普通取引約款条項を利用し又は推奨した者は、差止請求及び推奨の場合には撤回請求をなされ得る旨を規定する。

17) Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG Kommentar, 36. Aufl. 2018, UKlaG §1 Rn. 11 u. §2 Rn. 39.

18) BGH, NJW 1974, 1244- Reparaturversicherung.

除は、既に生じた阻害と関係するものであると、長年にわたり考えられてきている。それ故に、法律上、ただ単に「差止め」とのみ規定されているときであっても、それに対応する妨害排除請求権も又、規定されていると考えられるものである。UWG上の差止請求権及び妨害排除請求権は、広義の差止請求権(Abwehranspruche)という上位概念において共に把握され、競争の保護の目的のために相応しく、BGB1004条に従ったBGB上の広義の差止請求権(Abwehranspruch)と対を成すものである¹⁹⁾。このため、従来からUWG上の判例において、妨害排除請求権が認められ、それに基づく様々な作為請求が認められてきた(詳細は、後述3を参照)ことに鑑み、妨害排除請求権が2004年の改正によって、同法上明記されている。また、従来、GWB上の判例においても、差止請求権を定めた規定に基づく妨害排除請求権を根拠として様々な作為請求が認められてきた(詳細は、後述3を参照)ことに鑑み、2005年の改正によって、妨害排除請求権が、GWB上明記されている。さらに、従来、UKlaG上、妨害排除請求権は明記されておらず、判例においても、妨害排除請求権を認めた事例は存在していなかった。しかし、近時においては、例えば、BGB違反の普通取引約款条項に基づく料金請求額に係る訂正文書の送付、苦情処理システムの構築、個人情報保護法違反の事例における当該個人情報の削除、BGB違反の普通取引約款条項に基づく超過支払額の返還に係る保険会社や電力供給業者に対する請求といったように、様々な事例において、上述したように、差止請求権が規定されているところに常に妨害排除請求権も規定されているとの解釈の下、同法上の妨害排除請求権(UKlaG112条1項1文)に基づいて、一定の作為を請求することが必要とされることが明白となり、係る請求を認容する事例も存在していた²⁰⁾。このような展開の中で、上述のように、

19) 以上、Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier (25.09.2015), S. 25ffを参考にした。

20) 宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開——消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用——」国民生活研究57巻1号2017年1頁以下、3頁、13-14頁、16頁で紹介した事例の他にも、OLG Bamberg, Urt. v. 12.10.2005, Az. 3 U 151/04 (Bund der Versicherten/HUK-Coburg AG); KG, Urt. v. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11 (Verbraucherzentrale Hamburg /Flexstrom); LG Stuttgart, Urt. v. 7.8.2014,

UKlaG上も、2015年の改正によって、妨害排除請求権が明記されている²¹⁾。

たしかに、従来、UKlaG上は、妨害排除請求権は認められないとの指摘もなされていた²²⁾が、このようなUWG・GWB・UKlaG上の妨害排除請求権の議論に鑑みれば、2015年におけるUKlaG改正によって、同法上、妨害排除請求権が創設されたのではなく、法的明確性のために明文化されたとみることが妥当である²³⁾。この妨害排除請求権の明文化は、①判決の傍論部分で、UKlaG上の妨害排除請求権を肯定した連邦通常裁判所1981年2月11日判決²⁴⁾の存在、②UKlaG上の予防的差止請求権及び侵害差止請求権の対象となっているBGB307条違反等の無効普通取引約款条項の利用の場合も、UWG4条11号の規定する「法律上の規定」違反であり、UWG上の妨害排除請求権の対象となることが、今日の判例上認められている²⁵⁾ため、UKlaG上の妨害排除請求権を排除する明確な理由がない以上、UKlaG上の妨害排除請求権を認めないことの合理的な説

Az. 11 O 298/13 (Verbraucherzentrale Hamburg /Allianz) がある。これにつき、H.-W. Micklitz / N. Reich, Von der Klausel- zur Marktkontrolle, EuZW 2013, 457 ff.; Frenzel, Der Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG unter besonderer Berücksichtigung der "berichtigenden Aufklärung", WRP 2013, 1567 ff.; Reich, Zur Möglichkeit und Durchsetzung eines sog. Folgenbeseitigungsanspruchs im UWG und im AGB-Recht - das Flexstrom-Urteil des KG v. 27.03.2013 und die Folgen für unberechtigt geforderte Energiepreis"anpassungen" durch die Versorger, VuR 2014, 247 ff.; Stadler, in FS Schilken (2015), 481 ff.がある。

- 21) 宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開——消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用——」国民生活研究57巻1号2017年1頁以下、13-14頁。
- 22) Palandt/Bassenge, BGB, 73. Auflage 2014, § 1 UKlaG Rn. 8.; BGH, Urt. v. 14. 12. 2017, Az. I ZR 184/15, GRUR2018, S. 423 ff.
- 23) Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier (25.09.2015), S. 55-56.
- 24) BGH, NJW 1981, S.1511, 1512.
- 25) BGB307条違反がUWG4条11号の「法違反」に該当するとして、同法上の妨害排除請求権に基づく返金請求権を肯定したライブツィヒ地裁2015年12月10日判決 (05 O 1239/15, VuR 2016, 109) がある。宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開——消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用——」国民生活研究57巻1号2017年1頁以下、14頁。

明は難しいこと、③UKlaG上の妨害排除請求権を肯定することは、EU法上の等価及び有効性の原則（Äquivalenz- und Effektivitätsprinzipien）に適うことに鑑み、妥当なものとして指摘されている²⁶⁾。

2 差止請求権の要件

まず、予防的差止請求権の要件は²⁷⁾、将来における重大かつ具体的な（ernsthaft und greifbar）侵害の危険である。すなわち、一回目の侵害の重大かつ具体的な危険である²⁸⁾。ここでは、他人の利益が、既に侵害されていることも、侵害に係る反復の危険や継続の危険も再開の危険も要されない。UWG上の予防的差止請求権の一回目の侵害の重大かつ具体的な危険を基礎づける事情は、例えば、違反の準備行為、違反の内容を持つ商標登録行為²⁹⁾、UWG違反の内容を持つ広告についての会社内部の発表指示行為³⁰⁾があるときに存在する。

次に、侵害が継続している場合に侵害の継続をしないことを求める侵害継続差止請求権の要件は、将来における侵害の継続の重大かつ具体的な危険である³¹⁾。侵害が一旦止んでいるが再開しそうな場合、又は侵害が現時において止

26) Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier (25.09.2015), S. 55-57.

27) 以下述べる各請求権の要件は、実体法上の請求権の成立に係る要件であり、手続法上の要件（権利保護の必要性）ではない（BGH, GRUR01, 255 - Augenarztansprechen; Ohly in Ohly/Sosnitzka, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 6）。

28) 例えば、GWB違反の事例では、禁止されるカルテル協定に関する行為を行い、同法違反行為の準備行為が開始された時に、具体的な侵害の危険が認められる、とされている（Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 42; BGH 23.2.1992, NJW 1992, 2292, 2294; BGH 6.7.1995, NJW 1995, 2490; BGH 15.4.1999, NJW-RR 1999, 1563.）。

29) BGH, GRUR 90, 361, 363 - Kronenthaler; BGH, GRUR 94, 530, 532 - Beta.

30) BGH, GRUR 71, 119, 120 - Branchenverzeichnis.

31) 侵害行為の危険(Begehungsgefahr)は、一回目の侵害行為の危険(Erstbegehungsgefahr)と侵害行為の反復の危険(Wiederholungsgefahr)の上位概念である（Kessen in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, 10. Kap. Rn. 2）。

んでいるか否かを問わず、一旦止んだ侵害が再開されることが繰り返されている場合に、侵害が再開又は反復しないことを求める侵害反復差止請求権の要件は、将来における侵害の再開又は反復の重大かつ具体的な危険である。

一旦止んだ行為が再開される或いはその再開が繰り返される場合（毎週発行される雑誌へのUWG違反の内容の広告の掲載等）には、行為が反復継続している（fortsetzen）といえる。他方、違反が一度も止むことなく続けられている場合（UWG違反の内容のインターネットのドメイン名登録³²⁾・法人登記³³⁾、インターネットサイト・店看板・プラカード上のUWG違反の内容の広告³⁴⁾、UWG違反の商標の使用³⁵⁾等）には、絶え間なく継続している（dauern; ununterbrechen）といえる。両者の差異は、消滅時効（なお、UWG上の請求権についてUWG11条1項及び2項は、6か月の短期消滅時効を定める）の起算点において現れる。すなわち、消滅時効の起算点は、差止請求権の場合には、BGB199条5項に従い、請求権の発生ではなく行為を基準とするところ、前者つまり侵害反復差止請求権の場合には、最後の行為が終了した時であり、後者つまり侵害継続差止請求権の場合には、継続した行為の終了した時が起算点となる³⁶⁾。

UWG上の侵害差止請求権における反復の危険は、その認定において、反復の意思の存否が重要となり、それは外部に現れ出た事情によって推認されるものであるが、そもそも、反復の危険は客観的状态であるため、法改正や認容判決の存在など客観的状态も視野に入れて、その存否は判断される。反復の危険は、被請求者が経済的利益追求活動を行っていることと、同じ行為を繰り返す

32) BGH, U. v. 15.8.2013 IZR 188/11, BGHZ 198, 159, Tz. 24 – Hard Rock Cafe.

33) BGH, U. v. 26.1.1984 IZR 195/81, GRUR 1984, 820, 822 – Intermarkt II.

34) OLG Düsseldorf, GRUR 2013, 1221, Tz. 30.

35) BGH, U. v. 15.8.2013 IZR 188/11, BGHZ 198, 159, Tz. 24 – Hard Rock Cafe.

36) Bacher in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, 16. Kap. Rn. 13 u. 13a. 予防的差止請求権は、消滅時効にかからないというのが、従来の一貫した判例（BGH GRUR 66, 623, 626 – Kupferberg; BGH GRUR 79, 121, 122 – Verjährungsunterbrechen）の立場であるが、学説の多くは反対している（Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 26）。

であろうという裁判官の自由心証の範囲における経験則による推認に基づき、UWG違反行為の存在によって推定される³⁷⁾が、違約金付きの差止めの合意ないし被請求者の一方的意思表示、法改正によって当該行為が合法となったこと、差止請求訴訟の認容判決・和解の存在、違反事業者の廃業又は違反事業者の代表者の死亡、展示会等開催時のみ可能な違反である場合の開催期間の経過、事情の変更、法律状態の不明確性に基づく法律上の錯誤等によって、この推定は覆されうる、とするのが判例・通説である³⁸⁾。法違反行為の単なる中止は、それによって反復の危険は排除されないため、通常、反復の危険の排除のために十分ではない。また、法的係争における当該行為を止めることの被告の単なる宣言は、被告がその法的見解を維持し続ける限り、反復の危険の排除のために十分ではない。さらに、一度きりであり予見しうる限り繰り返しえない違反で

37) 反復の危険の認定において反復の意思の存在が重要となること、反復の危険が客観的状态であることにつき、Paal in UWG Großkommentar, § 8 -20, 2. Aufl. 2015, § 8 Rn. 12 u. 13 等がある。反復の危険が推定されることにつき、BGH, Urt. V. 11. 6. 2015, WRP 2016, 35, Tz. 51、Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG Kommentar 36. Aufl. 2018, § 8 Rn. 1. 43ff.等がある。推定の根拠につき、S. Ritter, Zur Unterlassungsklage, Peter Lang, 1994, S. 122, S. 127; B. Hirtz, Der Nachweis der Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsansprüchen, MDR 1988, S. 182ff.; S. 184; J. Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Springer, 2000, S. 158, S. 162, S.172 がある。根本尚徳「差止請求権の発生要件としての『侵害の危険』に関する判断方法について」『早稲田民法学の現在』成文堂2017年439-466頁、443-444頁は、推定の根拠は、①違反事業者の利益追求の活動と②反復に係る裁判官の社会経験則にあるという議論及びその推定が覆されるのは、実際上は、違約金の約束を伴う不作為の合意又は被請求者の一方的意思表示（後者につき、被請求者が法違反性を争っている場合も含む）に限るとする議論を紹介される。

38) Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG Kommentar 36. Aufl. 2018, § 8 Rn. 1. 48ff., Bergmann/Goldmann in Harte-Bavendamm/Hennig-Bodemann, UWG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 13ff.; BGH, GRUR 1998, 1045; BGH, GRUR 2003, 451; BGH, WRP 2016, 35, Tz. 51-52; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10. Aufl. 2016, 5. Kap., § 21 Rn.10. 宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年161頁。

ある場合³⁹⁾又は、状況の変化に基づき、当該行為の反復が考えられない場合には、反復の危険は排除されるが、従前の状態の回復が可能である場合には、反復の危険は継続する⁴⁰⁾。それ故に、UWG 5条違反の不当表示の対象商品の生産を単に中止しただけでは、係る排除のために十分ではない⁴¹⁾。なぜなら、誤認広告は常に新たな製品のために継続可能であるからである⁴²⁾。

さらに、妨害排除請求権の要件は、「違反により生じなお現存する妨害状態」である⁴³⁾。妨害排除請求権は、既に妨害状態が発生していることを要件としていることから、予防的妨害排除請求権 (vorbeugender Beseitigungsanspruch) は、原則的に認められないとされている⁴⁴⁾。

これらいずれの請求権においても、違法性は要件とされるが、故意や過失といった主観的要件は、必要とされない。

3 差止請求権の内容

(1) 予防的差止請求権及び侵害差止請求権の内容

第一に、予防的差止請求権と侵害差止請求権の内容について検討する。

予防的差止請求権及び侵害差止請求権 (侵害継続差止請求権及び侵害反復差止請求権) は、将来の侵害を防止することを目的とし、それぞれ将来における侵害の重大かつ具体的な危険、将来における侵害の継続・再開・反復の重大かつ具体的な危険を要件としていることから、将来における係る危険を排除する

39) BGH, GRUR 1992, 318.

40) BGH, NJW 1954, 1682; BGH, NJW 1981, 2412; BGH, NJW 1965, 251.

41) BGH, GRUR 1998, 1045.

42) 以上については、Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10. Aufl. 2016, 5. Kap., § 21 Rn.11.

43) Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 71; BGH, GRUR 95, 424, 426 – Abnehmerverwarnung.

44) Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 72.

また、UWG違反の事実主張の撤回を求める請求権 (Widerrufsanspruch) は、妨害排除請求権の一つとして、UWG8条1項1文に基づき認められると解されている (Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 68)。

ため、あくまで将来において生じうる行為をしないこと（不作為）に向けられるものである。また、予防的差止請求権の内容は、侵害の重大かつ具体的な危険の排除（侵害の予防）のために、侵害差止請求権の内容は、侵害の継続・再開・反復の重大かつ具体的な危険の排除（侵害の停止）のために、それぞれ十分なものであることが必要である（充分性の要請）が、さらに、係る排除のために、必要最小限であって債務者に過度の負担を生じさせないことが必要である（比例原則上の必要最小限の要請）。

各請求権の内容は、このように充分性の要請及び比例原則上の必要最小限の要請に従うべきであること及び、これらの各請求権の目的及び要件に鑑みると、予防的差止請求権・侵害差止請求権の内容は、原則として、あくまで不作為に限られるのであり、作為を請求することは、必要最小限の要請に反する。例外的に、違反が不作為の形で認定され、請求内容の作為と不作為（差止め）とが同義となる場合に限り、充分性の要請及び必要最小限の要請に基づき、請求内容が、不作為の裏返しとしての作為となりうるに過ぎない、と一般的に解されている⁴⁵⁾。これは、違反をどのような形で止めるのかは、契約の自由を有する違反行為者の自由であることに基づくものである。

このように予防的差止請求権及び侵害差止請求権は、基本的に、それらに基づいて、将来における不作為を請求できるに過ぎないものである。例えば、UWG違反の不当表示が現に行われている事例では、侵害差止請求権に基づいて、将来、当該表示をしないこと（不作為）を求めることができるに過ぎない。予防的差止請求権及び侵害差止請求権は、例えば、GWB上の妨害・差別行為に該当する団体への加入の拒絶（同法20条5項）の事例や、請求書面へのUWG違反の一貫した不回答のように、違反が不作為の形で認定される場合には、不作為をしないこと（不作為）は作為であり、請求される作為と不作為（差

45) GWB上の議論につき、OLG Schleswig Holschtein Urt. v. 27. 2. 1996, WRP 96, S. 622ff; Markert in Immenga/Mestmecker, GWB Kommentar 3. Aufl. 2001, § 20, Rdnr. 228. 宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相・厚谷襄児先生古稀記念論文集（下）』信山社2005年1019-1062頁、1022頁。

止め)とが同義となるため、例外的に、作為を請求することができるに過ぎないものである。上述のように、侵害継続差止請求権と妨害排除請求権とは、それぞれ発生要件が異なるため、GWB違反の供給拒絶が継続する場合や、請求書面へのUWGに違反した一貫した不回答の場合のように、妨害・侵害の根源を排除しないことと妨害・侵害の継続とが同義であるという特別な場合、つまり不作为の不作为(Unterlassung des Unterlassens)の場合には、侵害継続差止請求権及び妨害排除請求権が、上述の各要件の下で各々発生しうることになる⁴⁶⁾。

ところで、予防的差止請求権及び侵害差止請求権が訴訟上行使される場合には、上述した2つの要請に加えて、申立ての特定性の要請(ZPO253条2項)を充たすことが必要である。侵害差止請求権は、特定の侵害行為つまり、重大かつ具体的に脅かされ、まさに差止めの対象とされる当該行為に向けられるものであり、他の同種や同様の侵害行為に向けられるものではない。申立てにおいて、差止めを求められる行為は、可能な限り一義的に特定されなければならないが、不特定な表現の使用は不適法とされる(ZPO253条2項)。具体的な侵害構成要素(Verletzungstatbestand)を超えた申立ての一般化は、個々の侵害行為の特徴が、その方法で適切に強調され得る場合にのみ考慮される⁴⁷⁾。申立て

46) Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 44; Ohly in Ohly/Sosnitzer, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 69. 従来古くから、妨害の根源の除去のみに限り妨害排除請求権に基づき請求が可能であると解されてきたが、今日においては、妨害の根源だけではなく、妨害の「結果」も妨害請求権の対象とすることによって、金銭の支払いといった作為請求も妨害排除請求権に基づき可能であると解されてきており、妨害排除請求権の内容に係る進展が行われていることにつき、すでにGWB上の妨害排除請求権の議論において検討したことがある(宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(上)」獨協法学96号2015年195頁以下、237-245頁)が、UWG上の妨害排除請求権についても同様であることにつき、後述の通りである。

47) Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 40; BGH, 11.10.1990, NJW 1991, 1114.

の特定性に関しては、所謂「核心理論」の適用がある。なお、権利保護の必要性が、手続法上の要件として存在し、それが欠けていれば、訴えは、不適法なものとして却下される。

(2) 妨害排除請求権の内容

第二に、妨害排除請求権の内容を検討する。

妨害排除請求権は、ある行為又は違反により生じなお現存する妨害状態を排除するためにある、という同請求権の目的及び、ある行為又は違反により生じなお現存する妨害状態を要件とすることに鑑みると、ある行為又は違反により（以下、単に「違反により」とする）生じなお現存する妨害状態の排除のために、一定の作為を請求することができるものであるといえる。すなわち、妨害排除請求権は、違反により生じなお現存する妨害状態を要件とし、その妨害状態の排除を目的とするものである。このため、妨害排除請求権は、過去から現在（事実審の口頭弁論終結時）に至るまでに生じなお現存する妨害状態の排除に向けられるものであることから、同請求権の内容は、一定の作為であることが要される。このように、妨害排除請求権の内容は、差止請求権の場合とは対照的に、一定の行為を求める作為請求となる⁴⁸⁾ ところ、まず、それは、この妨害状態の排除のために十分なものであることが必要とされる（充分性の要請）一方で、必要最小限であって債務者に過度の負担を生じさせないことも必要である（比例原則上の必要最小限の要請⁴⁹⁾）。これらの要請上、妨害排除請求権に基づき請求される作為は、違反により生じなお現存する妨害状態の排除と同義でなければならないといえる。これは、違反により生じなお現存する妨害状態をどのような形で解消するのかは、違反行為者の自由であることに基づくものである。

上述の不当表示の事例において、不当表示物が現存している場合には、違反

48) Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 3 u. Rn.69.

49) 比例原則の根拠となる憲法上の自由の保障についても含めて、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—（下）」獨協法学97号2015年1—73頁、55—57頁。

が不作為の形で認定されていないのであれば、侵害差止請求権に基づいて不作為を請求することしかできず、将来の当該不当表示をやらないことを求めるといっても、従前の不当表示物が現存する限り、不当表示を止めさせることはできない。このため、違反が現存する場合には、侵害差止請求権を補完することが必要であることから、一定の行為を請求するために、妨害排除請求権が必要とされる。つまり、例えば、上述した店看板やインターネットサイト上での違法な広告や、違法なドメイン名の使用のような妨害の根源の排除をしないうことが、侵害の継続を意味する場合には、理念上は、侵害差止請求権に基づき違反の不作為を請求することができるというが、実際上は、それでは妨害の根源が現存し続け不作為を実現することはできないため、妨害排除請求権に基づき係る妨害の根源たる違法な広告の撤去やドメイン名の消去を行う必要がある⁵⁰⁾。したがって、この場合に求められるこれらの作為は、決して侵害差止請求権に基づくものではなく、あくまで妨害排除請求権に基づくものであることは、看過されてはならない。連邦通常裁判所2017年12月14日判決 (IZR 184/15, GRUR2018, S. 423ff., Tz. 19) も、「差止請求権と妨害排除請求権は、共に防御の目的を有するが、それぞれに異なる目的と要件を有し、差止請求権は、将来の行為の差止 (Unterbindung) を、妨害排除請求権は、既に生じ現存する阻害の防御に向けられる」と指摘し、妨害排除請求権に基づく訂正書面の配布請求を認め、狭義の差止請求権に基づく同請求を否定する。

また、侵害行為が行われたが、既に止んでいる事例において、反復の危険は存在しないが、違反は残存し、かつ違反により生じたお現存する妨害状態が存在する場合には、上述した各請求権の要件と内容の相違に基づき、侵害差止請求権は成立しえないが、係る違反及び妨害状態の排除のために、妨害排除請求権が発生しうる。したがって、例えば、不当表示の事例では、この場合に、妨害排除請求権に基づき不当表示物の撤去及び消費者の誤認の解消のために、例えば、訂正広告の配布を求めうる。

さらに、妨害排除請求権が訴訟上行使される場合には、申立ての特定性の要

50) Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 69.

請(ZPO253条2項)を充たすことが必要である。また、申立ての特定性に関しては、所謂「核心理論」の適用がある。なお、権利保護の必要性が、手続法上の要件として存在し、それが欠けていれば、訴えは、不適法なものとして却下される。

以下の妨害排除請求権の内容の例は、上述の3つの要請を満たしているため、判例上、妨害排除請求権に基づく各作為請求が認容されてきたものである⁵¹⁾。

UWG上の消費者団体の妨害排除請求権に基づく不当表示物の撤去に係る請求だけではなく、同法違反の誤認惹起広告の事例における消費者団体の妨害排除請求権に基づく訂正書面配布請求も、判例上認められている⁵²⁾。すなわち、電力料金の不当な値上げの誤認惹起広告の事例において、違反事業者が、顧客に対し、当該値上げの不当性を指摘する内容の書面を顧客に送付することをUWG上の妨害排除請求権に基づき、消費者団体が違反事業者に対して請求することが、判例において認められている。また、近時、BGB307条に違反する生命保険に係る無効約款についてUWG4条11号の法違反であると認定し、訂正書面の配布請求等をUWG上の妨害排除請求権に基づき消費者団体が請求することを認めた連邦通常裁判所2017年12月14日判決(IZR 184/15)が出されている。

近時は、消費者団体の妨害排除請求権に基づく返金請求が認容された事例が出現しており、注目すべきものとなっている⁵³⁾。すなわち、原告・ザクセン州

51) UKlaGの上記の改正後、What' up社がFacebook社へと連邦個人データ保護法に違反する形で譲渡した顧客の個人情報にFacebook社に対し、消費者センター総連盟(vzbv)が、UKlaG上の妨害排除請求権に基づき、当該個人情報に係る削除請求訴訟を提起した事例(<http://www.marktwaechter.de/pressemeldung/vzbv-verklagt-whatsapp>(最終閲覧2017年4月7日))もある。

52) Flexstrom事件ベルリン高裁2013年3月27日判決(KG, Urt. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11)。vzbv(消費者センター総連盟)での取材(2017年3月23日10-12時)にて入手した。Bornkamm in Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 35. Aufl. 2017, §8 UWG Rn. 1.109にも、この判決についての記述がある。

53) ピッカーの物権的請求権理論において、『妨害排除』は、侵害者からその者がもとと適法に享受しえない利益(だが、にもかかわらず、事実上、享受している利益)

消費者センターは、BGB307条1項に違反する私法上無効な普通取引約款条項に基づく不当な銀行手数料の返還請求訴訟をUWG上の妨害排除請求権に基づき提起し、ライブツイヒ地裁2015年12月10日判決⁵⁴⁾は、本件では、BGB307条1項に違反する無効条項に基づく口座差押え手数料の徴収が存在し、かつBGB307条1項違反は、UWG上の「法違反」(UWG旧4条11号)に当たるものであると判示し、本件における手数料徴収は、UWG上の不正性を有するとした。その上で、UWG8条1項1文の意味における「結果除去」として、当該手数料を支払った全顧客への返金をUWG上の妨害排除請求権に基づいて請求すると判示し、原告の請求を認容した。すなわち、本判決は、本件では、被告の確立した取引慣行に基づいて口座を差押えられた顧客に対して違法に請求された料金の計上において、阻害が既に存在しており、その阻害は、当該顧客への返金によってのみなされ得る、と判示した。これについては、「無効な普通取引約款の使用によって生じた妨害状態の排除は、将来の使用の差止めでは十分になされ得ないものである。なぜなら、将来の使用の差止めがなされても、既に締結された契約は継続しているからである。また、将来における係る条項の差止めは、事業者・顧客間で当該条項につき争いのあった事例においてのみ意味があるものである。顧客が当該条項の違法性につき不知である事例においては、顧客は、その有しうる権利を主張しないものである(BGH, Urt. v. 13. 7. 1994, NJW 1994, 2693.)。したがって、無効な普通取引約款条項の使用の事例

を剥奪するに止まる。したがって、それは右侵害者に何ら不利益をも負わせるものではない。これに対して、『損害賠償』は、賠償義務者に、その財産の積極的な支出を強制するという不利益を課すものである」(根本尚徳『差止請求権の理論』有斐閣2011年187頁)ところ、このUWG上や後述のGWB上の妨害排除請求権に基づく金銭支払請求は、不当に支払わされている状態や不当に支払いを受けていない状態が妨害状態であり、その排除のために行われるものであるため、この前者に該当するといえる。

54) 05 O 1239/15, VuR 2016, 109; GRUR-RS 2016, 2743; Stadler in FS Schilken 2015, 481. 本判決前に、無効約款条項の事例で、違反事業者が不当に獲得した金銭を返還することを消費者団体が妨害排除(結果除去)請求権に基づき請求できることについての指摘として、P. Rott, VuR 2015, 30ff., 32がある。本件は、控訴により、ドレスデン高裁で係属中である。

においては、典型的に、継続した妨害状態（fortdauernder Störungszustand）が生じており、妨害排除請求権の要件が、通常存在するといえる⁵⁵⁾。」との指摘がなされている。Bunte⁵⁶⁾は、電力を購入した事業者が正当な購入料金を下回る額しか支払いをしないことが市場支配的地位の濫用（GWB19条及び20条）に該当する事例において、販売者にGWB上の妨害排除請求権（同法33条1項）に基づく追加支払い請求権が、判例・学説上認められているところ、そこにおける阻害は、正当な料金の支払いを受けられなかったことにあるが、本件において、阻害は、無効約款条項の利用であり、同条項に基づき違法に支払いを受けたことは、その阻害の結果であるため、阻害そのものではないとし、UWG上の妨害排除請求権に基づく返金請求を否定する。しかし、上記の不当低価格購入の事例について、販売者が正当な料金の支払いを受けられなかったことを阻害の結果であるとした上で、GWB上の被害事業者の妨害排除請求権（GWB33条1項）に基づく追加的支払請求権を肯定することが、すでに判例・学説上受け入れられており、また、市場支配的地位の濫用（GWB19条及び20条）に該当する公共料金の不当な値上げの事例において、購入者たる消費者が不当に超過して支払われたことを阻害の結果とした上で、GWB上の被害者個人（GWB33条1項）や消費者団体の妨害排除請求権（GWB33条4項2号）に基づく返金請求権を肯定することも、学説上有力に唱えられているだけでなく、同様の事例において、カルテル庁が、妨害排除請求権に相当する違法状態の排除に係る処分権限（GWB32条2項及び2a項）に基づき、超過支払額分の返金を命じることが認められていることに鑑みれば、当該手数料徴収が、当該無効約款条項に基づくものであったため、違反により生じなお現存する妨害状態は、係る条項に基づき不当に支払いをさせられたことであることから、その排除と返金とが同義であるため、返金請求は、上述の比例原則上の必要最小限の要請に反することはない。このため、本判決は、妨害排除請求権に基づいて可能と

55) Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier (25.09.2015), S. 58.

56) H. J. Bunte, Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln, ZIP 2016, 956ff.

判断したといえるであろう。Peter Rott⁵⁷⁾は、返金請求は、個々の事例で、充分性及び最小限の要請に照らして検討されるべきとし、また、消費者団体の妨害排除請求権に基づく返金請求訴訟によって個々の消費者が個別に不当約款に基づき不当利得返還請求する場合の請求権の時効消滅の危険を回避しうることを特に強調して、本判決を積極的に評価する。

消費者法分野での集団的被害救済制度の近時の展開として、違反の差止めや被害者の救済から、違反の抑止へとという傾向がみられる中で、上述の事例における、特に返金請求に関しては、基本的に不作為しか請求できない「差止請求権を補完するもの」として、妨害排除請求権は機能しうるのであり、違反のやり得を防止することに資するものであるとの指摘⁵⁸⁾がなされている。

次に、GWB上の妨害排除請求権に基づく同法違反の契約条項の削除、権利放棄、手紙の撤回、判決文の通告、同法違反の取引拒絶の事例における商品供給請求や契約締結の請求、同法違反の低価格購入の事例における追加的支払い請求が、判例上認められている⁵⁹⁾。

そもそも、上述したUWG上の妨害排除請求権に基づく金銭支払請求という作為請求が、上述の諸要請に適うものであり認められる、という議論は、1990年代以降、GWB上の市場支配的地位の濫用（同法19条・20条）にあたる不当低価格購入を行った事業者に対し販売業者が追加的支払いをGWB上の妨害排除請求権（同法33条1項）に基づき請求することが、判例上一貫して認容されてきた⁶⁰⁾ことに遡るものである。これに関して、GWB上の判例・学説によっ

57) Peter Rott, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert, 2016, S.10-11; Peter Rott, VuR 2016, 109ff., 112-114. また、H. J. Bunte (EWiR 2016, 161ff.) は、不当約款が常にUWG違反となるわけではないと指摘している。

58) Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier (25.09.2015), S. 51.

59) 宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年161頁、123頁。

60) BGH, Urt. v. 6.10.1992, KZR 10/92, WuW/E BGH 2805, 2811ff. - Stromeinspeisung; BGH, Urt. v. 4.4.1995, KZR 5/94, WuW/E BGH 2999, 3000 - Einspeisungsvergütung; BGH, Urt. v. 2.7.1996, WuW/E BGH 3074, 3077 - Kraft-Wärme-Kopplung.

て形成された理論は、妨害排除請求権に基づく金銭の支払い請求のためには、妨害排除請求権は、法違反の妨害状態を排除するために、一定の行為が「唯一の措置」である場合にのみ、その一定の作為に向けられるというものであり、これが判例・通説である⁶¹⁾。このように「唯一の措置」であることが要されるのは、違反行為者といえども、違反により生じなお現存する妨害をどのように止めるのかについて自由な状態に置かれているといえるからであり、それゆえに、妨害の排除と請求される当該作為とが同義であることが要されるからである⁶²⁾。これを応用して、市場支配的地位の濫用(同法19条・20条)に該当する不当高価格販売を行った事業者に対して購入者である事業者や消費者が、同法上の妨害排除請求権(同法33条1項)に基づく超過支払額の返還請求を求め、不当に高額を支払いをさせられていることが妨害状態を意味し、違反により生じなお現存する妨害状態の排除が返金を意味することから可能であるとの解釈が、有力に主張されている⁶³⁾。

公共料金の不当な値上げの事例における消費者個人々の不法行為に基づく損害賠償請求権や不当利得返還請求権を消費者団体が訴訟上纏めて行使する方法⁶⁴⁾は、その種々の問題(授権・譲渡の手間・費用、手続の長期化、請求権の時効消滅の可能性等⁶⁵⁾)に基づき、被害の補償機能を十分発揮できておらず、また、違反の抑止のためにも不十分である。これに鑑み、GWB上の市場支配

61) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にして一(上)」獨協法学96号2015年195頁以下、245-247頁。

62) W.-H. Roth, in Frankfurter Kommentar Kartellrecht, 49. Lfg., November 2001, § 33 a.F., Tz. 180.

63) Bornkamm, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 33 GWB, Rn. 109. 市場支配的地位の濫用の事例だけではなく、価格カルテル(同法1条)の場合にも、係る請求が可能であるとするW.-H. Roth, in Frankfurter Kommentar Kartellrecht, 49. Lfg., November 2001, § 33 a.F., Tz. 181もある。

64) これに関する判例分析は、別途検討を行う予定である。

65) 宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開—消費者被害救済のための妨害排除請求権の活用—」国民生活研究57巻1号2017年1-25頁、3-6頁。

的地位の濫用（同法19条・20条）に違反する公共料金の不当な値上げの事例において、上述の理論に基づき、個々の消費者が、その妨害排除請求権（同法33条1項）を請求しうるだけではなく、一定の消費者団体が妨害排除請求権（同法33条4項2号）に基づいて、超過支払い額の返還を違反事業者に請求しうるとする指摘⁶⁶⁾も、有力に主張されている。

妨害排除請求権は、損害賠償請求権とは異なり、その成立に、有責性を要さないこと、不当利得返還請求権とは異なり、その成立に、法律行為の無効を要さないこと、侵害差止請求権とは異なり、将来の反復の危険が要されないこと、さらに、作為請求が基本的に可能であることから、妨害排除請求権に基づく作為請求によるこれらの解決が要されているといえる⁶⁷⁾。妨害排除請求権の成立に有責性が要されないことは、カルテル（GWB1条）のように、基本的に故意が認められ易い行為類型ではない市場支配的地位の濫用（同法19条・20条）に違反する行為の事例において、重要な意味を有するところ、公共料金の不当な値上げは市場支配的地位の濫用（GWB19・20条）として認定されるものであるため、この点は係る認定の行われる事例において、重要な意味がある。また、これは、故意や過失の認定が微妙なものとなりがちなUWG違反の不当表示の事例についても、同様に重要といえるであろう。なお、近時、Martin Friesは、「利益剥奪請求権（UWG10条・GWB34a条）は、個々人の損害の補

66) Florian Bien, Der Ansprüche der Verbraucherverbände und Verbände der Marktgegenseite auf Unterlassung, Beseitigung und Vorteilsabschöpfung, ders. (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, Nomos (BadenBaden) 2013, S. 329ff., S. 338-S. 341, S. 344-345. これについては、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—（上）」獨協法学96号2015年195頁以下、267-273頁。

67) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—（上）」獨協法学96号2015年195頁以下、247-267頁では、調査不足で参照できなかったが、Andreas Fuchs, Die Anordnung von Wiedergutmachungszahlungen als Inhalt kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB?, ZWeR 2/2009, S. 176ff. も、同様に比較検討を行っている。

償ではなく予防の目的を有し、差止請求権（UWG 8条1項・GWB33条1項）は、個々人の被害救済のためにというよりは、一般の利益のために新たな違反行為を予防するために活用すべきとの観点の下で、妨害排除請求権を活用することが妥当である。妨害排除請求権は、第一に、利益剥奪請求権との比較において、有責性がなく成立することで相違し、第二に、差止請求権の場合とは異なり、妨害排除請求権の内容は作為命令である。」と的確に指摘する⁶⁸⁾。

三 我が国の不正競争防止法上の差止請求権の種類・目的・要件・内容

1 差止請求権の種類・目的・要件・内容についての考え方

以下のように、不正競争防止法上の差止請求権に限らず、差止請求権全般において、「広義の差止請求権」には、大きく分けて、「狭義の差止請求権」と「妨害排除請求権」（除去請求権）とが含まれるものである（下記、図2「差止請求権の概念整理」）。

「広義の差止請求権」には、第一に、ある行為による侵害又は違反による侵害⁶⁹⁾がまだ行われておらず、それが行われる前に、侵害の重大かつ具体的な危険を要件として、将来の一回目の侵害の防止を目的として、つまり係る危険の排除のために、前もって違反を行わないように請求する「予防的差止請求権」がある。

第二に、ある行為による侵害又は違反による侵害が絶えることなく継続しているときに、侵害の継続の重大かつ具体的な危険を要件とし、将来の侵害の防止、つまり、係る危険の排除の目的のために、将来において当該行為又は当該違反による侵害を継続しないことを請求する「侵害継続差止請求権」がある。また、ある行為による侵害又は違反による侵害が、一旦止んでいるが再開しそ

68) Martin Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, Mohr Siebeck (2016), S.181.

69) 特定の法律に違反することが問題となる行為ではない場合には、単に侵害の語が適当であり、特定の法律に違反することが問題となる行為である場合には、違反による侵害の語が妥当であるため、やや複雑であるが、このように表現することにした。

うなときに、又は係る侵害が現時において行われているか否かを問わないで、係る侵害が、一旦止んだ後再開することが反復しているときに、係る侵害の再開又は反復の重大かつ具体的な危険を要件として、将来において当該行為又は当該違反による侵害が、再開又は反復されないことを請求する「侵害反復差止請求権」がある。これら、「侵害継続差止請求権」と「侵害反復差止請求権」とを併せて、「侵害差止請求権」という。これらの予防的差止請求権と侵害差止請求権（侵害継続差止請求権・侵害反復差止請求権）とを併せて、「狭義の差止請求権」という。

第三に、「広義の差止請求権」には、ある行為又は違反が現時において行われているか否かを問わず、「ある行為又は違反によって生じなお現存する妨害状態」を要件として、その妨害状態の排除を目的とし、一定の作為を請求する妨害排除請求権（除去請求権）⁷⁰⁾もまた、含まれるものである⁷¹⁾。

70) 例えば、騒音被害に係る差止請求の事例において、①防音設備の設置という作為は、妨害排除請求権に基づくものであって、狭義の差止請求権に基づくとして反復の危険等の有無で判断してはならない。②防音設備の設置という作為を被告の選択に委ねることが可能とする解釈がある（判例タイムズ1062号2001年139頁（塩崎勤））が、作為は不作為の差止め（不作為）でない限り、狭義の差止請求権に基づき請求することはできない。勿論、違反が不作為の形で認定される場合には、狭義の差止請求権に基づく作為請求は可能であり、その場合に、作為の具体的内容（例えば、供給拒絶が独禁法違反である事例における供給すべき当該商品の数量や価格等）については被告の選択に委ねることが妥当である。③供給拒絶が独禁法違反である場合に、抽象的差止請求の申立ては、請求内容を審理において具体化可能であるため、適法と解する（宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相・厚谷襄児先生古稀記念論文集（下）』信山社2005年1019-1062頁、1040頁）。前出塩崎139頁は、騒音差止の事例で、審理での請求内容の具体化の可能性を根拠に抽象的差止の申立てを適法とする。請求内容の具体化の中での被告の選択に係る作為について妨害排除請求権に基づくものとして別個の要件の下で検討をしていないことを別として、この点に関して賛成である。

71) 以上のように考えられるため、違反行為が継続している場合には、侵害差止請求権と妨害排除請求権が、それぞれの要件の下で成立しうるといえる。

図2 差止請求権の概念整理



2 不正競争防止法上の差止請求権の種類・目的・要件・内容

(1) 従来の学説

このように「広義の差止請求権」に3種の請求権（予防的差止請求権・侵害差止請求権・妨害排除請求権）が含まれるところ、これに関しては、すでに不正競争防止法上の差止請求権について、上述の内容とは若干異なるが、3種の請求権につき、以下のように、指摘されている。

第一に、侵害行為が行われる「おそれ」つまり具体的危険がある場合にその予防を求める「予防請求権」（同法3条1項）が挙げられている。

第二に、侵害行為が現に反復継続中に、反復の危険のあるときに限り、その停止を求めることができる「狭義の差止請求権」（同法3条1項）が挙げられる。これは、現に反復継続する侵害行為が存在する場合のみならず、既に当該行為が止んでいるが、反復のおそれが存在する限り認められるものである。

第三に、狭義の差止請求権だけでは、違法状態が残存し、行為の再発を招くおそれがある場合に、その必要性が認められ⁷²⁾、侵害行為組成物の廃棄、侵害行為供与設備の除却等を求めることができる「除却請求権」（同法3条2項）が挙げられる。

これら3種の請求権が、「広義の差止請求権」に含まれるとされている⁷³⁾。

72) 豊崎光衛・松尾和子・渋谷達紀『不正競争防止法』第一法規1982年63頁（渋谷）。

73) 山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』発明協会2006年245-267頁、小野昌延・松村信夫『新・不正競争防止法概説（第2版）』青林書院2015年548頁、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法（第3版）（下）』青林書院2012年907頁（南川博茂）。予防請求権と除却請求権は、かつては明文規定を欠いていたが、解釈上認められることに争いはなかった（豊崎光衛・松尾和子・渋谷達紀『不正競争防止法』第一法規

また、狭義の差止請求権と予防請求権は、いずれも判決主文上は一定の行為の禁止の形をとるとされる。さらに、予防請求権及び狭義の差止請求権は、口頭弁論終結時を基準として現在及び将来の行為が問題となるのであって、過去の行為が問題となるのではなく、過去の行為は、除却請求権の対象であるとされている⁷⁴⁾。

(2) 差止請求権の種類・目的・要件

そこで、後述する適格消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容についての検討のために、不正競争防止法上の差止請求権を例にとり、その要件・内容について、上記1で示した差止請求権に関する考え方に従い、基本的な検討を行うことにする。なお、種類及び目的については、三1において述べており、すでに明らかであるので繰り返さない。

不正競争防止法3条1項⁷⁵⁾において、予防的差止請求権及び侵害差止請求権が規定され、同法3条2項において、妨害排除請求権が規定されていると考え

1982年59頁(渋谷)。このように別々の要件の下、3種の請求権が定められていると考えられるため、除却請求の例として同法3条2項に掲げられた廃棄請求等の作為は、差止請求の具体化措置であるとの解釈(小野昌延編著『新・注解不正競争防止法(第3版)』青林書院2012年928頁(南川博茂))は妥当ではない。独占禁止法24条においても、広義の差止請求権の一つとして、妨害排除請求権が認められると考えられることにつき、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(下)」獨協法学97号2015年1-73頁、50-51頁で述べた。同法上も、妨害排除請求権を明記すべきである。

74) 山本庸幸『要説不正競争防止法(第4版)』発明協会2006年254頁。

75) 不正競争防止法3条1項は、「不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と規定し、同条2項は、「不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物(侵害の行為により生じた物を含む。第五条第一項において同じ。)の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の停止又は予防に必要な行為を請求することができる。」と規定する。

られる。すなわち、同法3条2項が、「停止又は予防に必要な行為」を1項所定の上記の予防的差止請求及び侵害差止請求をするに際して請求しうると規定していることは、妨害排除請求権を定めたものと考えられる。

予防的差止請求権の要件は、将来における1回目の侵害の重大かつ具体的な危険である。

侵害差止請求権の要件は、侵害の反復・再開・継続の重大かつ具体的な危険である。これは、ライナービヤ事件⁷⁶⁾に倣っていえば、将来の行為について差止めをなしうるのは、現に不正競争行為が存在し、かつ将来に継続する重大かつ具体的な危険の存する場合であることを要し、現在不正競争行為がない場合には、過去に不正競争がなされてから間がなく、近い将来に再び同じ行為が再開又は繰り返される可能性が極めて大きく、現在においてもその可能性のあることを確認しうる場合に限られる、といえる。

侵害差止請求権における反復の危険は、不正競争防止法違反行為の存在によって推定されることに関しては、適格消費者団体の差止請求権のところで後述する。

妨害排除請求権の要件は、違反により生じたお現存する妨害状態である。

これらの請求権の成立のために、故意・過失といった有責性は要されない。

不正競争防止法3条2項の定める妨害排除請求権は、過去及び現在の行為を問題とし、事実審の口頭弁論終結時において、違反により生じたお現存する妨害状態を排除するものであるから、予防的差止請求権を行使するに際し、それと併せて妨害排除請求権に基づく作為請求をすることはできない⁷⁷⁾。つまり、例えば、同法2条1項14号に違反する原産地誤認表示物が市場にまだ流通していない時点で、侵害の危険があれば、これから当該不当表示物の配布をしないことを予防的差止請求権に基づいて請求することはできるが、それと併せて、

76) 東京地判昭和36年6月30日、判時269号30頁。

77) そのように解さなければ、これから違反を行うことが予測される企業に対し、設備の除却や工場操業停止や業務停止までも、必要な行為として請求しうるのが不明であり、その限界は、比例原則に従い判断されるとしても、予測が困難となり、事業活動の萎縮的效果が生じうるため、妥当ではない。

当該不当表示物の廃棄を妨害排除請求権に基づき請求することはできない。これは、違反により生じた妨害状態を排除するために妨害排除請求権が認められているところ、未だ妨害状態は生じていないことに基づくものである。したがって、条文の文言の解釈としては、同法3条2項の「停止又は予防のために必要な行為」における「停止」は、既に行われ継続している侵害行為の停止を求めることを意味し、「予防」は、違反が行われ侵害が発生したが、既に終了した後、再び侵害が生じることを予防することを意味する⁷⁸⁾。

(3) 差止請求権の内容

ここでは、不正競争防止法上の予防的差止請求権、侵害差止請求権及び妨害排除請求権の内容について、検討を行う。

予防的差止請求権は、未だ違反が行われておらず、またそれ故にまだそれによる侵害も生じていないが、将来における一回目の侵害の重大かつ具体的な危険があるときに、係る危険の排除つまり、侵害の予防を目的として、認められるものであるため、係る危険のある侵害を生じさせないことを予め求めることができるものである。

侵害差止請求権は、既に違反が行われ、それが継続している又は既に終了し、かつ再開又は反復の重大かつ具体的な危険のある場合に、係る危険のある侵害の防止のために、つまり、係る危険の排除を目的として、認められるものであるため、将来において継続又は反復の重大かつ具体的な危険のある侵害を生じさせないことを求めることができるものである。

78) このため、侵害をするおそれがある者から将来にわたり侵害を生じさせないための担保を提供させること(立担保命令)も、将来の侵害行為に対する賠償金の支払い(賠償金支払命令)も、既に侵害の発生した後の再度の侵害につき認められるに過ぎない。この立担保命令につき、通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説不正競争防止法』有斐閣1994年69頁は肯定するのに対し、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法(第3版)(下)』青林書院2012年907頁(南川博茂)は、「裁判実務での展開の可否のほどは未知数」とする。立担保命令及び賠償金支払命令の両者につき、山本庸幸『要説不正競争防止法(第4版)』発明協会2006年257頁は肯定する。

これら狭義の差止請求権は、不作為請求を内容とするものであり、請求内容となる作為が不作為（差止め）と同義でない限り、基本的に、「～を止めよ」との不作為の形で請求をなすうに過ぎないものである。これは、上述のように、不正競争防止法上の予防的差止請求権及び侵害差止請求権について、我が国において従来から採用されてきた考え方である。これらの差止請求権の内容が、原則として、不作為の形で請求に限定されるということが導かれるのは、差止請求権は、その要件及び目的に鑑み、将来生じ得る侵害を防止することに向けられていること及び、差止請求権の内容が、以下の3つの要請に適用ものでなければならないからである。

侵害差止請求権の内容は、反復の危険を排除するために、つまり侵害停止のために、十分であることが要される。また、予防的差止請求権の内容は、侵害の危険の排除のために、つまり侵害の予防のために、十分であることが要される。

しかし他方で、これら狭義の差止請求権の内容は、債務者にとって無理のないものでなければならず、必要最小限でなければならない（比例原則上の必要最小限の要請）。これは、違反をどのように止めるのかについては、元来、違反行為者の自由であるからである。けだし、憲法上、事業者には、幸福追求権（憲法13条）のみならず、憲法29条の規定する財産権から導かれる契約の自由が保障されているからである⁷⁹⁾。将来行われ得る行為の防止のために、作為を求めることは、以下のように、例外的な場合を除いて、原則として、必要最小限の範囲を超えるものであり、許されない。

予防的差止請求権及び侵害差止請求権の内容は、その要件及び目的に鑑み、将来の不作為に向けられたものであり、かつこれらの要請（十分性の要請及び必要最小限の要請）に適った内容である必要があるため、差止請求権に基づき

79) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にして— (下)」獨協法学97号2015年1-73頁、56頁。差止請求権の行使によって、私的自治の原理に基づき私人に認められている「自分の生活空間を主体的に形成する自由」という一般的な行為の自由（山本敬三『公序良俗論の再構成』有斐閣2000年22-26頁）を不当に制約してはならないといえる。

当該侵害を生じさせないことを請求する場合に、原則として、不作為を内容とするほかない。違反行為が不作為の形で認定され、したがって、それによる侵害もまた不作為の形でなされている場合には⁸⁰⁾、不作為の裏返しは作為であるから、請求される作為と不作為（差止め）たる侵害を生じさせないことは、同義となりうる。このように請求される作為と不作為（差止め）とが同義である場合にのみ⁸¹⁾、「例外的に」作為を請求することが、予防的差止請求権及び侵害差止請求権の内容となり得るに過ぎない⁸²⁾。このように、請求される作為と不作為（差止め）とが同義であることが、これら狭義の差止請求権に基づく作為請求のためには、要されるものである。

これら狭義の差止請求権が、訴訟上行使される場合には、申立ての内容が、執行可能な程度に特定して具体的であることが要される（民訴法133条2項2号、民訴規則53条）。

次に、妨害排除請求権は、違反によって既に生じ現存する妨害状態を排除す

80) ドイツにおいて、UWG、GWB、UKlaG上、違反行為をした者は、例えば、「差止請求をなされ得る」と規定しているところ、個別法上の要請として、各法違反行為を止めよという内容と、一般的な民事法上の要請として、利益侵害や妨害を止めよという内容とが合わさって請求権の内容となっているといえる。他方、我が国の消費者契約法や景品表示法上の差止請求権の規定は、「行為の停止」を規定するところ、一般民事法上の要請として、利益侵害が要されることから、やはりここでも、各法上の要請としての違反行為を止めよという内容と、一般民事法上の要請としての利益侵害を止めよという内容とが合わさって請求権の内容となると考えられる。なお、我が国の不正競争防止法は、上述のように、「利益の侵害」「侵害の停止」という文言で規定する。ここでいう侵害は不正競争による侵害であるから、不正競争をやめよということも当然請求権の内容となってくる。このように、規定の仕方は3通りあるが、いずれにおいても、内容に差異はない。

81) 請求される当該作為によって違反を止めることにつき、違反行為者の同意がある場合は、この限りではない。

82) 独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求に関するこの点の検討は、宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相・厚谷襄児先生古稀記念論文集（下）』信山社2005年1019-1062頁、1036頁。

ることを目的としている。そして、妨害排除請求権は、違反が現に存在するか否かを問わず、反復の危険の存否にかかわらず、違反により生じたお現存する妨害状態があることを要件として、その排除を請求することができるものである。したがって、係る妨害状態の排除を行うために一定の作為が、その請求内容となる。

この妨害排除請求権の内容も、以下の3つの要請に込え得るものでなければならない。すなわち、第一に、差止請求権の内容は、違反により生じたお現存する妨害状態を解消するために十分であることが要される。第二に、差止請求権の内容は、債務者にとって無理のないものでなければならない、必要最小限でなければならない(比例原則上の必要最小限の要請)。したがって、これらの要請上、違反により生じたお現存する妨害状態の排除と請求される作為とが同義である必要がある。第三に、妨害排除請求権が訴訟上行使される場合には、申立ての内容が、執行可能な程度に特定して具体的であることが要される(民法133条2項2号、民訴規則53条)。

これらの要請に合致することから、従来の事例において、具体的に不正競争防止法上の妨害排除請求権に基づき請求され得るとされてきたのは、(具体的に違反とそれによる妨害状態の認定とを照らし合わせて検討すべきであるが、さしあたり結論的にどのような請求が認められてきたかを示すならば)商品やパンフレット類に付された類似商品等の表示の抹消、模倣商品の廃棄、競争者の営業に関する虚偽事実を流布する内容の掲載された宣伝文書の廃棄、類似商品等の表示が付された看板の撤去、商品に付された原産地の誤認を惹起する表示の抹消、営業秘密から作成した顧客名簿の廃棄等である⁸³⁾。

後述する予防請求権に基づく商号登記抹消請求を例にとり、上記学説における3種の請求権、つまり予防請求権・侵害の停止に係る請求権・除却請求権の区別は、相対的であるとし、これら3種の請求権を取り立てて区別する実益はないとする指摘もある⁸⁴⁾。しかし、これら3種の請求権であれ、上述の予防的

83) 山本庸幸『要説不正競争防止法(第4版)』発明協会2006年256頁。

84) 山本庸幸『要説不正競争防止法(第4版)』発明協会2006年246頁。

差止請求権・侵害差止請求権・妨害排除請求権であれ、上述のように、それぞれの請求権の成立要件が異なる以上、区別して論じる必要があるといえよう。

このような相対化の指摘は、条文の文言が、差止「請求をするに際して」となっていることに忠実であるという面もある。しかし、上述のように、「必要な行為」に係る請求というものは、元来、別個の要件の下で生じる妨害排除請求権に基づくものであることが重要である。なぜなら、第一に、過去の行為及びそれにより生じた妨害状態の排除と将来における侵害の危険の排除とは別物であり、それぞれのために、前者には妨害排除請求権が、後者には狭義の差止請求権が必要であるからである。すなわち、係る危険が存在しない場合にも、妨害排除請求権によって、既に生じた妨害状態の排除が必要であるからである。第二に、狭義の差止請求権は、侵害をどのような形で終了させるのかに係る違反行為者の自由を不当に侵害しないために、違反が不作為で認定されない限り、不作為をその内容とするに過ぎないからである。

このような相対化が可能であるとの認識が生じたのは、多くの場合、違反が行われ、その違反構成物が存在しその除去が必要とされるため、侵害差止請求権が発生するところに、通常、妨害排除請求権も発生していたからであろう。しかし、この誤った認識が問題を生じさせたのが、下記の予防的な差止請求の場面であったといえる。

予防請求権の行使として、商号の抹消登記手続という作為を命じた事例（8番ラーメン事件⁸⁵⁾）がある。この事例のように、ある事業者が、原告の周知の商号と同一の商号登記をただけであり、未だ原告らと同一商号を用い同種の営業を同一地域で行い、原告らの営業上の施設及び活動と混同を生じせしめていないが、当該商号登記と同一の商号で実際に広く営業している原告らに対して、宣伝活動の中止を求める場合には、今後、混同を生じさせることが推定され、かつ原告らの営業上の利益を侵害するおそれもあるといえる。しかし、この段階において、係るおそれを排除するためには、当該商号登記を抹消する他ないとはいえないため、請求される作為（登記の抹消）と不作為（差止め）と

85) 金沢地小松支判昭和48年10月30日、判時734号91頁。

は同義ではない。したがって、この事例では、予防的差止請求権に基づく作為請求たる抹消登記手続請求は可能ではなかったと考えられる。

他方、既に違反が生じていることが明白な事例であったゲラン事件大阪地判平成2年3月29日⁸⁶⁾では、被告会社の混同惹起行為が認定され、かつ同社が周知表示類似行為の商号表示を使用して営業活動を行っていることによって、同社が不正競争行為を「為ス者」であることは明らかであることから、周知営業表示と類似する登記商号の抹消登記請求が認められている。これは、予防的ではなく、すでに違反により妨害状態が発生していることから、妨害排除請求権に基づく作為請求が認められた事例といえる。

予防的差止請求権に基づく請求の内容は、上述のように、違反が不作為の形で認定されない限り不作為請求である。このため、例えば、違反行為が、不正競争防止法2条1項1号の商品主体等混同行為であり、混同を惹起する商号を登記した段階であって未だ表示するに至っていない場合には、予防的差止請求権に基づき、「混同を生じさせないこと」を求めるといえる。このような場合、通常、判例では、「被告は別紙目録記載の標章・表示を…に用いてはならない」といった不作為の形の文言で命じられている。この場合に、直截に作為が原則として命じられえないのは、どのようにして当該混同を惹起させる商号を使用しないか、つまり違反及びそれによる侵害をどのような形で将来しないでおくのかという問題は、違反行為者の判断に委ねられるべきものであるからである。このように、不当な作為請求によって違反行為者の営業の自由を侵害してはならないのであるから、違反事業者が、請求される作為によって違反を止めることについて「同意をしている場合」には、予防的差止請求権に基づく作為請求、つまり、ここでは商号に係る抹消登記手続請求は、許されると考えられる。侵害差止請求権についても、このように、請求される作為について、違反行為者の同意がある場合には作為請求が可能であることは、同様である。

86) 判時1353号111頁。

四 適格消費者団体の差止請求権の種類・目的・要件・内容

1 適格消費者団体の差止請求権の種類・目的

消費者契約法12条や景品表示法30条等には、適格消費者団体の差止請求権が定められている。消費者契約法12条1項は、適格消費者団体は、「事業者…が、消費者契約の締結について勧誘をするに際し、不特定かつ多数の消費者に対して第4条第1項から第3項までに規定する行為…を現に行い又は行うおそれがあるときは、その事業者等に対し、当該行為の停止若しくは予防又は当該行為に供した物の廃棄若しくは除去その他の当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる」と規定する（消費者契約法8条～10条違反に関し、同法12条3項）。また、景品表示法30条1項1号（旧10条1項1号）は、「消費者契約法（平成12年法律第61号）第2条第4項に規定する適格消費者団体…は、事業者が、不特定かつ多数の一般消費者に対して次の各号に掲げる行為を現に行い又は行うおそれがあるときは、当該事業者に対し、当該行為の停止若しくは予防又は当該行為が当該各号に規定する表示をしたものである旨の周知その他の当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる。」と規定している⁸⁷⁾。

図3 差止請求権の概念整理



87) この他、特定商取引法58条の18～24、(食品衛生法、JAS法及び健康促進法の食品の表示に関する部分を統一した)食品表示法11条においても、適格消費者団体の差止請求権の同様の規定が置かれている。

上述したように、「広義の差止請求権」には、大きく分けて、予防的差止請求権及び侵害差止請求権を含む「狭義の差止請求権」と「妨害排除請求権」（除去請求権）とが含まれるものである（上記、図3「差止請求権の概念整理」）。

「広義の差止請求権」には、以下3種の請求権が含まれている。

第一に、ある行為による侵害又は違反による侵害⁸⁸⁾がまだ行われておらず、それが行われる前に、侵害の重大かつ具体的な危険を要件として、係る危険の排除つまり、将来の一回目の侵害の防止を目的として、前もって係る侵害を生じさせないように請求する「予防的差止請求権」である。

第二に、ある行為による侵害又は違反による侵害が絶えることなく継続しているときに、侵害の継続の重大かつ具体的な危険を要件とし、係る危険の排除つまり、将来の侵害の防止のために、将来においてある行為による侵害又は違反による侵害を継続しないことを請求する⁸⁹⁾「侵害継続差止請求権」である。また、ある行為による侵害又は違反による侵害が、一旦止んでいるが再開しそうなときに、又は係る侵害が、一旦止んだ後再開することが反復しているとき、係る侵害が現時において行われているか否かを問わないで、係る侵害の再開又は反復の重大かつ具体的な危険を要件として、将来においてある行為による侵害又は違反による侵害が、再開又は反復されないことを請求する「侵害反復差止請求権」がある。これら、「侵害継続差止請求権」と「侵害反復差止請求権」とを併せて、「侵害差止請求権」という。これらの予防的差止請求権と侵害差止請求権（侵害継続差止請求権・侵害反復差止請求権）とを併せて、「狭義の差止請求権」という。

第三に、「広義の差止請求権」には、当該行為又は当該違反が現時において行われているか否かを問わず、「ある行為又は違反によって生じなお現存する

88) 特定の法律に違反することが問題となる行為ではない場合には、単に侵害の語が適当であり、特定の法律に違反することが問題となる行為である場合には、違反による侵害の語が妥当であるため、やや複雑であるが、このように表現することにした。

89) このため、違反による侵害が生じている限り、違反行為者は、違反を止める義務があるということになる。

妨害状態」を要件として、その妨害状態の排除を目的とし、一定の作為を請求する妨害排除請求権（除去請求権）もまた、含まれるものである⁹⁰⁾。

消費者契約法等において定められている適格消費者団体の差止請求権には、これらの3種類の請求権（予防的差止請求権・侵害差止請求権・妨害排除請求権）が、以下のような形で含まれていると考えられる。

2 適格消費者団体の差止請求権の要件

(1) 基本的考察

これらの予防的差止請求権、侵害差止請求権、妨害排除請求権が、消費者契約法12条1項・3項や、景品表示法30条1項等において、どの文言に基づいて定められているのかについて及び、それぞれの請求権の要件については、以下のように考えられる。

まず、違反行為がまだ行われておらず、それが行われる前に、前もって違反による侵害を生じさせないように請求する予防的差止請求権は、例えば、消費者契約法12条1項の場合、「行うおそれ」、「その事業者等に対し、当該行為の停止若しくは予防」における「当該行為の予防」との文言に基づき、規定されていると考えられる。この予防的差止請求権の場合には、「行うおそれ」は、請求権の成立要件として、「違反による侵害の重大かつ具体的な危険」を意味する。

次に、既に行われ一旦止んでいる違反による侵害が、再開又は反復されないことを請求する侵害反復差止請求権及び違反行為による侵害が絶えることなく継続している場合に係る侵害を継続しないことを請求する侵害継続差止請求権は、例えば、消費者契約法12条1項の場合、「現に行い又は行うおそれ」、「その事業者等に対し、当該行為の停止若しくは予防」における「当該行為の停止又は予防」との文言に基づき、規定されていると考えられる。「現に行い又は行うおそれ」は、請求権の成立要件として、侵害継続差止請求権の場合には、

90) 以上のように考えられるため、違反行為が継続している場合には、侵害差止請求権と妨害排除請求権が、それぞれの要件の下で成立しうるといえる。

違反による侵害の「継続の重大かつ具体的な危険」を意味し、侵害反復差止請求権の場合には、違反による侵害の「反復の重大かつ具体的な危険」を意味する⁹¹⁾。

「行うおそれ」に関する従来の判例・学説（後述(2)(3)参照）を参考にすれば、これらにおける違反による「侵害の危険」「侵害の再開の危険」「侵害の反復の危険」「侵害の継続の危険」に該当するためには、「当該事業者により現実に差止請求の対象となる行為がされていることまでは必要ではないものの、当該事業者により当該行為による侵害が再開、反復又は継続される蓋然性が客観的に存在していることを要するもの」と考えられる。

さらに、違反による侵害がすでに生じているが、それが繰り返されるおそれがない場合には、侵害差止請求権は成立しないため、その補完のため、これらの規定において、妨害排除請求権も定められていると解すべきといえる。すでに違反により侵害が生じた後、その再開・反復の危険は消滅しているが、違反により生じたおそれなお存在する妨害状態がなお存在し、その排除のために、例えば、当該不当表示物の撤去や新聞公示や訂正広告の配布等の作為が必要であることがあるからである。我が国において、このようなことを踏まえて、不正競争防止法においては、同法3条1項の差止請求権の規定だけではなく、同法3条2項の規定において、「侵害の停止又は予防に必要な行為」との文言があり、侵害行為の組成物の撤去や侵害行為に供した設備の除却等の一定の作為を請求する妨害排除請求権が、上述のように、過去及び現存する行為について、認められている。消費者契約法12条1項・3項及び景品表示法30条1項等の規定には、「当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる」との文言がある。単に、不作為を請求するだけの予防的差止請求権と侵害差止請求権のみを規定しているのであれば、このような規定の仕方はせずに、例えば、「差止めをされ得る」という文言や「当該行為の停止若しくは予防」

91) この侵害の意味は、独禁法上のように、個人がこれらの請求権を有する場合と消費者契約法等上のように、団体が有する場合とは異なってくる。このため、消費者団体の差止請求権に固有の理論構成については、「適格消費者団体の差止請求権の理論構成（仮）」として、別途検討を予定している。

との文言で足りるはずである。上述のように、「停止若しくは予防に必要な措置」との文言が追加的に用いられ規定されている以上、これらの規定は、妨害排除請求権も含めた「広義の差止請求権」を定めたものといえることができる。したがって、妨害排除請求権は、「狭義の差止請求権」の補完のために、「現に行い又は行うおそれ」「停止若しくは予防に必要な措置」との文言に基づき規定されていると考えられる。妨害排除請求権の場合には、「行い又は行うおそれ」は、請求権の成立要件として、「違反行為によって生じなお現存する妨害状態」を意味する。

もっとも、妨害排除（除去）請求権は、過去及び現存する行為を問題とするものであるから、現に違反が成立し、それによる妨害状態が生じなお現存する場合にのみ利用可能であり、未だ違反が成立しておらず、違反による妨害状態が生じていない場合に、いわば予防的には、利用できないものである。したがって、条文の文言の解釈としては、消費者契約法12条1項・3項及び景品表示法30条1項等の「停止若しくは予防のために必要な措置」における「停止」は、既に行われ継続している侵害行為の停止を求めることを意味し、「予防」は、違反が行われ侵害が発生したが、既に終了した後、再び侵害が生じることを予防することを意味するといえる。

このように差止請求制度が被害の未然防止・拡大防止を目的とすることから、「狭義の差止請求権」の補完として、「現に行い又は行うおそれ」「停止若しくは予防に必要な措置」との文言に基づき、消費者契約法、景品表示法、特定商取引法、食品表示法上、妨害排除請求権が認められているといえる。

(2) 「行うおそれ」に関する裁判例の検討

適格消費者団体の提訴後、被告が消費者契約法違反行為や景品表示法違反行為を取り止めた場合に、消費者契約法12条及び景品表示法30条1項の「現に行い又は行うおそれがある」について判断した以下の事例がある。

第一に、大阪高判平成25・10・17⁹²⁾は、被告が賃貸借契約の家賃保証会社等

92) LEX/DB25502317、消費者ニュース98号283頁。原審判決は、大阪地判平成24・11・12判時2174号77頁。

による契約解除権条項等につき、その消費者契約法10条違反につき争わず、当該条項を使用しないことを明言し、本件提訴後その使用を控えていることをもって、「行うおそれ」を否定する。

第二に、LIXIL事件福岡高判平27・7・28⁹³⁾は、「『現に行い又は行うおそれがあるとき』に当たるためには、当該事業者により現実に差止請求の対象となる行為がされていることまでは必要ではないものの、当該事業者により当該行為がされる蓋然性が客観的に存在していることを要するもの」とし、被告が当該条項の消費者契約法10条違反を争っていても、かつ今後の当該条項の使用の将来的・抽象的可能性があっても、当該条項の不使用が、本件訴訟と関係なくなされたものであり、訴訟係属中に限った一次的・暫定的なものでなければ、「行うおそれ」はないとする。

第三に、金銭消費貸借契約の違約金条項の無効に係る大阪高判平成21・10・23⁹⁴⁾は、被告が当該条項の消費者契約法10条違反を認めていなくても、当該条項をもはや使用していないこと、「単に従前の契約書式の本案条項Bを二重線で抹消するなどして一時的に使用を中断しているのとは事情が異なることに本件訴訟において今後使用の予定はないと述べている（弁論の全趣旨）」こと、その使用中止が一時的なものではなく、法令（貸金業法・規則）改正により書式変更の必要に迫られた結果であり、確定的なものであること、被告が遅延損害金について利息制限法4条が有効と認める年率を採用する可能性を窺わせる証拠はないことから、「行うおそれ」はないとする。

第四に、被告が当該条項をもはや使用していなくても、違法性を争っている事情から「行うおそれ」を肯定した定額補修分担金条項使用差止請求控訴事件大阪高判平22・3・26⁹⁵⁾がある。本判決は、消費者契約法「12条の『現に行い

93) LEX/DB 25541431、金判1477号45頁、栗原伸輔「消費者契約法12条の差止対象行為を「現に行いまたは行うおそれ」〈判例研究〉」現代消費者法32号98頁。

94) LEX/DB25481143。原審判決は、京都地判平21・4・23判時2055号123頁判タ1310号169頁、消費者法ニュース80号162頁。

95) LEX/DB 25470736、判時2296号81頁、金判1490号34頁。笹本幸祐「定額補修分担金特約と消費者契約法10条」法セミ652号131頁2009年、笠井正俊「判例研究」現代消

又は行うおそれがあるとき』とは、現実には差止めの対象となる不当な行為がされていることまでは必要ではなく、不当な行為がされる蓋然性が客観的に存在している場合であれば足りる。第1審被告は、平成19年7月から、定額補修分担金条項を含む賃貸借契約を締結していないと主張するが、第1審被告が、…報道関係者に対する報告…において定額補修分担金の違法性については争う姿勢を見せていること、本訴訟においてもその違法性を争っていることからすると、今後、第1審被告が定額補修分担金条項を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を行う蓋然性が客観的に存在すると認めざるを得ない。なお、第1審被告は、定額補修分担金条項を使用しないことを、経営判断として決定し、マスコミを通じて表明しているのも、それに反するような行動をとることはあり得ない旨主張しているが、経営判断は状況に応じて変転する可能性が高いものである上に、定額補修分担金の消費者契約法10条違反性を強く争う第1審被告の姿勢に照らせば、現在同条項を使用しない旨をマスコミを通じて表明しているとしても、これにより同条項を今後使用するおそれがあるとの認定は左右されない。」とする。

第五に、景品表示法上の適格消費者団体訴訟の第一号の事例であるクロレラチラシ事件大阪高判平28・2・25⁹⁶⁾がある。本件は、適格消費者団体であるX(原告・被控訴人)が、健康食品の小売販売等を目的とするY(被告・控訴人)に対し、日本クロレラ療法研究会(クロレラ研究会)が作成したとの体裁で、原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載の表示内容(クロレラについて免疫力を整える等の旨、ウコギにつき神経衰弱等改善作用を有する等の旨、クロレラが薬

消費者法10号103頁-109頁2011年、長野浩三「消費者契約法—消費者団体訴訟の実際と課題」法セミ684号104頁-105頁2011年。

96) 判時2296号81頁、金判1490号34頁。宗田貴行「景品表示法上の適格消費者団体の差止請求権に係る『行うおそれ』の要件——大阪高判平28・2・25」私法判例リマックス2017年55号54-57頁。原審は、京都地判平21・9・30判時2068号134頁。本件については、後掲文献の他に、白石忠志「消費者庁移管後の景表法裁判例の検討」消費者法研究4号2017年35-50頁、中田邦博「消費者契約法・景品表示法における差止めの必要性—クロレラチラシ事件を素材に」ジュリスト1517号2018年46-53頁もある。

効のある食品である旨及び体験談の形式を用いてのクロレラの摂取によって腰部脊柱間狭窄症等の疾病が回復した旨の表示)を含む新聞折込みのチラシ(研究会チラシ)を配布することが平成26年法第218号による改正前の景品表示法10条1項1号の表示(優良誤認表示)及び消費者契約法4条1項1号の告知(不実告知)に該当するとして、景品表示法10条1項1号(改正後は30条1項1号)又は消費者契約法12条1項及び2項に基づき、Yが自ら又は第三者をして新聞折込みチラシに原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載の内容の表示をすることの差止めを求めるとともに、当該表示の「停止若しくは予防に必要な措置」として、原判決別紙2に記載の広告を原判決別紙3に記載の条件で1回配布することを求めた事案である。原判決は、Xの請求を全て認容したことから、Yが本件控訴を提起した。

本判決は、以下のように、当該内容の表示がすでに取り止められていることから、景品表示法旧10条1項(現行景品表示法30条1項)の「現に行い又は行うおそれがある」とはいえないとして、Xの請求に理由がないとした。すなわち、本判決は、(i)配布チラシに目立つ文字で「クロレラは医薬品ではありません」と表示し、(ii)違反者が、現時点で、当該法違反の当該表示を含むチラシを一切配布しておらず、(iii)今後も配布する予定はない旨主張している事実、(iv)違反者が当該表示を削除しチラシを一新しているとの事実があり、(v)薬事法上の規制が存在するため、再度薬効の表記等を行うことはないといえることから、(vi)たとえ違反者が法違反性を争っている場合であっても、「行うおそれ」が存在しないとみる。

以下において、これらの裁判例の検討を行う。

まず、消費者契約法12条の「行うおそれがあるとき」とは、差止請求の対象となる不当な行為が現実になされているわけではないが、不当な行為がされる蓋然性が客観的に存在している場合をいうとされている。

次に、「行うおそれ」がないとされる場合については、上記クロレラチラシ事件高裁判決以前の裁判例を分析すると、被告が違反を止めていても、法違反性を争っていることによって「行うおそれ」があるといえるが、(i)提訴とは関係なく訂正した場合か、(ii)法違反が問われている当該法律以外の法令の改正

による強制的な状態がある場合には、「行うおそれ」がないとされることがあるといえる。

さらに、上記クロレラチラシ事件高裁判決においては、法違反性を争っている場合であっても、「おそれ」がないとされる余地があるとされている。

これに対し、不正競争防止法3条1項の定める差止請求権については、過去に違反が存在したならば、基本的に「行うおそれ」が推定されると解されている。すなわち、不正競争防止法や商標法の分野においては、過去又は現在において違反行為がなされた事実があれば、特段の事情がない限り、侵害の「おそれ」が認められるとする多くの裁判例がある⁹⁷⁾。学説においても、不正競争防止法上の差止請求権(同法3条1項)に関し、現在は違反行為が停止されているとしても、そのことのみをもって差止めの必要性や「侵害のおそれ」の要件は否定されないとする田村善之教授による見解がある⁹⁸⁾。

上記の消費者契約法12条及び景品表示法30条の「行うおそれ」についての裁判例の考え方が、このような不正競争防止法上の判例・学説の考え方と異なるものであることを説明するための合理的根拠はあるのであろうか。

(3) 「行うおそれ」の要件に関する従来の学説とその問題点

第一に、学説においても、消費者契約法及び景品表示法に関する上記裁判例と同様に、消費者契約法12条の「行うおそれがあるとき」とは、差止請求の対象となる不当な行為が現実になされているわけではないが、不当な行為がされる蓋然性が客観的に存在している場合をいうとの指摘⁹⁹⁾がなされており、これが今日の通説といえる。

第二に、消費者契約法及び景品表示法上の上記裁判例とは異なり、消費者契約法分野においても、上述の不正競争防止法上の判例・学説と同様に、過去に

97) 東京地判昭47・1・31判タ276号356頁、東京地判平13・4・24判タ1066号29頁東京地判平成2年7月20日D1-Law、ID: 27813534等。

98) 田村善之『不正競争法概説第2版』有斐閣2003年203頁等。

99) 後藤卷則他『条解消費者三法』弘文堂2015年123頁、消費者庁消費者制度課『逐条解説・消費者契約法〔第2版補訂版〕』商事法務2015年270頁。

違反が存在すれば、基本的に「行うおそれ」が推定されると解する見解が主張されている。すなわち、消費者契約法上の適格消費者団体の差止請求権の趣旨は、現時点では不当勧誘行為が行われていないとしても、それがなされる可能性が否定できないような場合には、消費者被害の発生及び拡散を防止するために、差止請求権の行使を認める必要があることにあり、基本的には、過去もしくは現在において事業者等による不当勧誘行為がなされた事実があれば、特段の事情がない限り、将来においても不当勧誘行為がなされる「おそれ」が認められるとの日弁連の逐条解説書の指摘がある¹⁰⁰⁾。たとえ、現時点で不当勧誘行為を行っている事実が認められないとしても、現在はただ無用の紛議を避けるために当該行為を控えているだけであることもあり¹⁰¹⁾、それだけでは将来の「おそれ」は否定されていないというべきであり、特段の事情としては、商標法等の従来の事例に鑑み、事業者等が当該行為の違法性を認めた上で不当勧誘行為の発生を防止する適切な措置を採ったこと¹⁰²⁾や、不当勧誘行為を中止してから相当の期間が経過したこと¹⁰³⁾等があるとされる。

第三に、景品表示法旧10条1項の「行うおそれがあるとき」の解釈に係る指摘として、不正競争防止法等の分野においてと同様に、現在違反行為が停止していても、将来違反行為が再開されるおそれがあるときは、差止判決を下す必要性は失われないと解釈すべきとの長野浩三弁護士¹⁰⁴⁾の指摘がある。

これらの消費者法分野における指摘も、不正競争防止法に関する上記の田村善之教授の指摘¹⁰⁵⁾も、違反行為が行われたがそれが止められた場合に、基本的に反復される可能性を肯定するが、そのことの根拠を明らかにしていない。

100) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法〔第2版増補版〕』商事法務2015年297頁。

101) 東京地判昭47・1・31判タ276号356頁。

102) 大阪地判平2・3・29判時1353号111頁。

103) 大阪地判平7・2・28判時1530号96頁。

104) 長野浩三「差止請求訴訟における『おそれ』の有無」Oike Library 44号32-34頁、33頁2016年。

105) 田村善之『不正競争法概説第2版』有斐閣2003年203頁。

したがって、この根拠を明らかにする必要がある。

(4) 「行うおそれ」の要件に係る推定、その根拠及び反証事由

そこで、不正競争防止法、独占禁止法、消費者契約法、景品表示法、特定商取引法、食品表示法上、過去に違反が存在した場合には、基本的に「行うおそれ」が推定されることの根拠について検討する。

第一に、今日における我が国の各事業者の取引行為ないし事業活動は、資本主義体制が採用されていることの当然の帰結として、競争目的を特段に有するか否かを問わず、競争関係にある他の事業者との競争活動に他ならないものである。このため、ある事業者が、法に違反する形で価格、品質その他の取引条件以外の手段を行ったような場合には、係る手段もまた競争行動の一つである以上、その性質に鑑みれば、当該違法手段が当該事業者によって繰り返される蓋然性が高いことも、当然の帰結というべきである。

第二に、これに加え、例えば、当該違反が不当表示広告・不当勧誘・無効約款である場合には、これらの違反を構成する各手段は、必然的に反復継続して行われるものであるため、違反の各手段の性質上も、当該違反が反復継続して行われる蓋然性は、極めて高いといえることができる。

第三に、さらに、そもそも競争は、価格・品質その他の取引条件によって行われるべきであるところ、それ以外の手段たる不当表示や不招請勧誘や景品提供行為等をもってある事業者によって行われる場合、その競争業者は、対抗的に同様の違反行為を行い、それが連鎖し、互に対抗的に同様の行為を行い続け、そのような手段の洪水状態が作出されることとなる蓋然性が極めて高いといえるべきである¹⁰⁶⁾。

106) 迷惑メール行為の広告の洪水を導く性格については、宗田貴行『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシス・ジャパン2006年125頁等。根本尚徳「差止請求権の発生要件としての『侵害の危険』に関する判断方法について」『早稲田民法学の現在』成文堂2017年439—466頁、464頁は、ドイツにおける議論を参照したうえで、被請求者が経済的利益の追求を自らの活動目的とする事業者であること及び裁判官による経験則の適用に推定の根拠が求められるとされる。

「行うおそれ」つまり、反復の危険の認定においては、反復の意思の存否が重要であり、それは外部に現れ出た事情によって推認されるものであるが、この手の違反行為のこのような性質に鑑みると、一度違反行為が行われたならば、それが反復される蓋然性が極めて高いと考えられる。また、裁判官は、これら3点に鑑み、自由心証の範囲において、このような違反行為を行った者は、同じ行為を繰り返すであろうという経験則を適用することも考えられる。このため、上述の判例・学説のいう「行うおそれ」＝「繰り返される蓋然性が客観的に存在していること」即ち、反復の危険は、景品表示法又は消費者契約法等に違反する行為が存在する又は存在した場合に、原則的に推定されるということができる。

これは「看做される」わけではなく「反証可能な推定」が働くに過ぎないものである。このため、例外的に、反証され得るが、それは、以下のような、極めて限られた場合に、この推定が覆されるに過ぎないことに注意を要する。すなわち、①違約金条項の付随する違反を取り止める明確な合意又は被請求者による一方的意思表示が存在する場合、②当該行為に関する差止請求認容確定判決又は判決と同様の効力を有する和解が存在する場合、③事業者等が当該違反行為の違法性を認めた上で当該行為の発生を防止する適切な措置を採った場合がある。また、反復の危険は客観的な状態であるため、以下のような客観的な状況も視野に入れて、その存否は判断されねばならない。すなわち、④法改正によって当該行為が合法となった場合、⑤当該違反行為を中止してから相当長期の期間が経過した場合、⑥違反事業者が完全に廃業又は違反事業者の代表者が死亡した場合、⑦違反が展示会等開催の一定期間内にのみ存在しうるところ、その期間が経過した場合、⑧事情の変更のあった場合、⑨法律状態の不明確であること故に法律上の錯誤のある場合等がある¹⁰⁷⁾。もっとも、④は、①に準

107) UWG上の議論につき、上述二・二、宗田貴行『独禁法民事訴訟』レクシスネクシス・ジャパン2008年161頁、Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG Kommentar 36. Aufl. 2018, § 8 Rn. 1.48ff.等。独禁法24条に基づく差止請求権に関し、違反行為者による単なる自認では反復の危険は排除されないことにつき、岸井大太郎「独占禁止法上の差止請求」判タ1062号2001年211頁。違約罰付きの合意や違反事業者による不作為の

じるものであり、⑤は、すでに反復の危険が問題となりえなくなっていることが多いであろう。

(5) 妨害状態は消滅したが、反復の危険が消滅していない場合の処理

このような適格消費者団体の有する請求権の種類・要件・内容に係る検討に鑑みると、たしかに、以下のような問題が生じるともいえる。すなわち、妨害状態は、事実審の口頭弁論終結時において、既に消滅していたが、反復の危険が消滅していない場合には、妨害排除請求権が成立しないため、被害者は再発防止策を講じること等の一定の作為を請求することができないことになるが、それでよいのかという問題である。

しかし、まず、このような妨害状態がすでに消滅している場合には、先行する違反行為からかなりの期間が経過しているため、上述の反復の危険＝「行うおそれ」の推定の反証の議論（上記(4)の⑤）に鑑みると、通常、「行うおそれ」もないとされるといえる¹⁰⁸⁾。

また、このように既に違反行為もなく、かつそれによって生じた妨害状態が消滅しているときには、すでに先行する違反行為の問題ではなくなっていると考えられ、新たな違反行為が発生することを予防的差止請求権で防止するという場面である¹⁰⁹⁾といえる。この場面においては、違反を不作為の形で認定していない以上、被害者が、不作為ではなく、一回目の違反防止策を講じることという作為を請求することはできない。なぜなら、そこまで請求しうる結果、裁判所が請求を認容し、まだ発生していない違反行為の防止策といった作為を

意思表示によって反復の危険の推定が破られることにつき、根本尚徳「差止請求権の発生要件としての『侵害の危険』に関する判断方法について」『早稲田民法学の現在』成文堂2017年439-466頁、464頁。

108) 不正競争防止法上の狭義の差止請求権（本稿でいうところの侵害差止請求権）について、将来の行為についても、近い過去に行われて、しかも今後近い将来反復される可能性の高い場合に限って成立するとされている（山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』発明協会2006年254頁）。

109) Ohly in Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 8 Rn. 72.

被告事業者に対し命じることは、事業者の営業の自由等を害することもあり得るため、許されないと考えられるからである。

(6) 「行うおそれ」に関するクロレラチラシ事件高裁判決等の検討

上記の検討に照らし、クロレラチラシ事件高裁判決の「行うおそれ」要件に関する判断を検討する。

第一に、本判決の「YがXの主張するところの優良誤認表示を行うおそれ」がないとの認定を重視し、景品表示法上の優良誤認該当性の有無の認定が行われていないとの指摘¹¹⁰⁾もある。しかし、本判決は、「その優良誤認表示を行うおそれがあるとまでは認められない」と判示し、また配布主体の箇所でも「優良誤認表示を現に行っていると認めることはできない」としていること、違反の認定が、その「行うおそれ」の認定の論理的前提であるため、本判決が「行うおそれ」の存否の認定をしている以上、景品表示法上の違反認定をしているとみるのが合理的であることからすれば、本判決は、優良誤認該当性の認定を行ったと考えられる¹¹¹⁾。そうでなければ、法に違反するか否かとは別に事実上の行為としての当該表示を含むチラシの配布を行うことについて、その「行うおそれ」を判断したことになり、景品表示法上の差止請求権の存否の判断ではなくなるからである。Yが一新されたチラシを再度配布することが考えられない以上、その内容が法に違反するか否かを判断せずとも事案を処理しうるように見えることから、「差止めの必要性」という文言を用いることによって「違反による侵害」の反復のおそれの存否の判断を回避することは、上述した請求権発生要件の論理的構造に鑑み、許されるものではない。

第二に、本判決は、「消費者に、当該商品を医薬品と誤認させるものとはいえない難いが、医薬品と同等の効能効果があるとの広告と解されるのであれば」と認定しており、医薬品との誤認ではなく、医薬品と同等の効能効果があるとの

110) 谷本誠司・銀行法務21、60巻7号69頁2016年、鶴瀬恵子「クロレラチラシ配布差止請求等控訴事件」公正取引789号2016年83-90頁88頁、泉日出男「クロレラチラシ配布差止等請求事件」愛媛法学会雑誌43巻3・4号88頁2017年。

111) 同旨、金判1490号38頁。

誤認を消費者に生じさせたことを景品表示法5条1号(優良誤認表示)違反の違法性として認定したと思われる。このため、本判決は、同要件の「行うおそれ」につき、上記の消費者契約法12条の同要件に係る判例・学説に従い、「繰り返される蓋然性が客観的に存在していること」と理解した¹¹²⁾として、景品表示法違反が一度存在していたことによって原則的に反復の危険が推定されるとの立場に立つことを明らかにしていないことは、甚だ不十分であり、批判されるべきである。

第三に、本判決は、(i)配布チラシに目立つ文字で「クロレラは医薬品ではありません」と表示し、(ii)違反者が、現時点で、当該法違反の当該表示を含むチラシを一切配布しておらず、(iii)今後も配布する予定はない旨主張している事実(iv)違反者が当該表示を削除しチラシを一新しているとの事実があり、(v)薬事法上の規制が存在するため、再度薬効の表記等をするのではないといえることから、(vi)たとえ違反者が法違反性を争っている場合であっても、「おそれ」が存在しないとする。しかし、上述のように認定された景品表示法違反行為の存在から、2(4)で述べたように、原則として反復の危険が推定されると考えるべきであり、かつ上記2(4)の④で示したように、係る推定を覆し「おそれ」がないといえるためには、不作為に係る違約罰付きの合意又は被請求者による一方的意思表示がない以上、事業者等が当該景品表示法違反行為の「違法性を認めた上で」、当該行為の発生を防止する適切な措置を採ったことが必要である。したがって、本判決のこの点に係る判断は妥当ではない。さらに、この判断は、従来の裁判例の考え方からはみ出したものでもある。なぜなら、従来の裁判例は、違反者が、消費者契約法違反を争っている場合に、遵守してきた別法令の改正によって新たに行為の是正の必要に迫られたときには、「おそれ」が否定される余地があるとしてきただけであるのに対し、景品表示法違反を争っている本件被告は、薬事法上の既存の規制に反するような形で薬効を表示していた上、行為是正を促すような同法改正はないからである。本件において裁判所は、

112) 鶴瀨恵子「クロレラチラシ配布差止請求等控訴事件」公正取引 789号2016年83-90頁88頁。

実際よりもかなり高い効能効果があるとの誤認を生じさせた一新される前のチラシに係る反復の危険＝「行うおそれ」が存在したと認定すべきであった。しかし、後述のように、侵害差止請求権の内容は、本件のように、違反が不作為の形で認定されていない以上、作為を請求することはできないため、本件で「行うおそれ」が存在するとしても、侵害差止請求権に基づいて訂正広告の配布を請求することはできない。

本判決のようなこの点に係る認定では、事業者は当該行為を中止したことを形式的に整えれば容易に差止請求を免れ得ることになるとの指摘¹¹³⁾や、Yが法違反性を争っていることなどを踏まえると「行うおそれ」がないとの認定には一定の批判があり得るとの指摘¹¹⁴⁾がある。

この他にも、例えば、上述の消費者契約法上の事例(LIXIL事件福岡高判)は、被告が契約書の雛形を改訂し当該契約条項を削除又は変更をしていることから、「行うおそれ」の存在を否定しているが、上述した価格、品質その他の取引条件以外の手段を用いた諸法違反行為の繰り返される性質に鑑み、「行うおそれ」が原則として推定され、上記の例外(2(4)①～⑨等)に合致しない限り、反証されえないことに照らすと、妥当とはいえない。

3 適格消費者団体の差止請求権の内容

(1) 基本的考察

不作為請求、即ち差止請求は、請求される作為と不作為(差止め)とが同義でない限り、「～を止めよ」との不作為の形での請求をなしうるに過ぎないものである。これは、上述のように、不正競争防止法上の狭義の差止請求権についても、我が国において従来から採用されてきた考え方であり、これを突如として消費者法分野で変更する合理的理由は見出し得ない。まず、予防的差止請求権及び侵害差止請求権は、その目的及び要件に鑑み、将来の違反による侵

113) 伊吹健人「クロレラチラシ配布差止等請求事件控訴審判決の報告」消費者情報472号27頁2016年、長野浩三「差止請求訴訟における『おそれ』の有無」Oike Library 44号32-34頁、33頁2016年。

114) 旬刊商事法務2112号59頁。

害をしないこと（不作為）に向けられているものであり、さらに、差止請求権の内容は、以下の諸要請に適うものでなければならないからである。すなわち、第一に、差止請求権の内容は、違反を中止するために十分であることが要されるが他方で、第二に、差止請求権の内容は、債務者にとって無理のないものでなければならない、必要最小限なものでなければならない（比例原則上の必要最小限の要請）。これは、違反をどのように止めるのかについては、元来、違反行為者の自由であるからである。すなわち、違反事業者には、幸福追求権（憲法13条）だけではなく、財産権（憲法29条）に基づく契約の自由が保障されているからである。差止請求権の内容は、これらの要請に適った内容である必要があるため、差止請求権に基づいて、ある違反行為を止めることを請求する場合に、請求される作為と不作為（差止め）とが同義ではない限り¹¹⁵⁾、不作為を内容とするほかない。違反行為が不作為の形で認定され、それ故に、違反による侵害が不作為の形でなされている場合には、不作為の裏返しは作為であるから、請求される作為と不作為（差止め）は同義となりうるため、「例外的に」作為を請求することが差止請求権の内容となり得るに過ぎない¹¹⁶⁾。したがって、例えば、不利益事実の不告知（特定商取引法58条の18第1項2号等）の場合には、作為たる当該不利益事実の告知を請求することができると考えられる。第三に、差止請求権が訴訟上行使される場合には、申立てにおける請求内容が、執行可能な程度に特定して具体的であることが要される。なお、権利保護の必要性が、手続法上の要請として必要とされ、これを欠く場合には、訴えは、不

115) 上述のように、請求させる当該作為によって違反を止めることにつき、違反行為者の同意がある場合は、この限りではない。たしかに、不作為請求が認容された後、強制執行段階で特定の作為を被告に選択させることも可能である。しかし、被告の選択を待つまでもなく、そもそも作為が、どのような場合に請求権の内容に含まれるのかということは、明らかにする必要があるといえる。また、訴訟外での請求についても、これを論じる意義があると考えられる。

116) 独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求に関する第二及び第三の点の検討は、宗田貴行「独占禁止法上の差止請求権に基づく作為請求」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相・厚谷襄児先生古稀記念論文集（下）』信山社2005年1019-1062頁、1036頁。この第三の点については、改めて検討を行いたい。

適法なものとして却下される。

もっとも、違反行為者が、請求される当該作為を行うことにつき同意している場合には、違反をどのような形で行わないでいるのかについての違反行為者の自由を害することがないため、予防的差止請求権又は侵害差止請求権に基づく作為請求が可能である。

次に、妨害排除請求権の内容は、その目的及び要件に照らし、違反により生じたお現存する妨害状態の排除に向けられた一定の作為請求となる。さらに、その内容は、第一に、妨害排除のために十分なものでなければならず、かつ第二に、債務者に受忍可能ないし最小限でなければならない（比例原則上の必要最小限の要請）。例えば、不当表示が違反と主張される事例での訂正広告の配布といった妨害排除請求権に基づく作為請求は、これらの要請を満たすことから、認められるといえる。さらに、妨害排除請求権が訴訟上行使される場合には、第三に、申立ての特定性（民訴法133条2項）の要請を満たす形で、申立てにおいて、例えば、不当表示の事例であれば、配布を求める当該訂正広告の内容つまり、請求する一定の行為内容が、申立人により執行可能な程度に特定される必要がある。妨害排除請求権に基づく作為請求に関する具体的事例の検討は、後述する。なお、権利保護の必要性は、手続法上の要請として必要とされ、これが存在しなければ、訴えは、不適法なものとして却下される。

これらのうち、説明の明確さの観点から、侵害差止請求権と妨害排除請求権とを例にとって、その概略を説明すれば、現在の行為の将来における継続・再開・反復の「不作為」をその内容とするのが、侵害差止請求権であり、過去の行為の修正・違反により生じたお現存する妨害状態の排除・現在の行為の除去という「作為」をその内容とするのが、妨害排除請求権であるということになる。

(2) 作為請求に関する和解事例・裁判例

以下では、適格消費者団体の差止請求権に基づく作為請求に関する和解事例・裁判例・学説を検討する。上述した請求権の種類・目的・要件と請求権の内容との密接な関連性に鑑み、特に裁判例において、作為請求が、どのような要件

の下で認容されているのかについて、特に着目して検討を行う必要がある。

作為請求の和解事例には、以下のものがある¹¹⁷⁾。

第一に、消費者機構日本と株式会社カーチスとの間の裁判外の和解平成23年4月1日では、適格消費者団体は、売買契約における契約解除の際の違約金規定について、平均的な損害を超えない範囲で損害賠償予定額又は違約金を定めるなど適正な内容に訂正すること等の申し入れを行っている。

第二に、消費者ネット広島と株式会社石谷衣裳店の裁判上の和解平成23年6月3日では、原告と被告は、被告が従業員に対しキャンセル料を変更したこと等の指導をしたことを確認し、被告が従業員に対し今後も適切な指導、研修を可能な範囲で行うように努力することも、和解の内容とされる。

第三に、消費者機構日本と株式会社ブレンバンクとの間の裁判外の和解平成23年7月1日は、①受講開始前に入学辞退をした場合及び受講開始後に中途解約をした場合に入学金を一切返還しない旨の規定を削除し、適正な内容へ是正すること、②「科目別能力授業」における「少人数制」に係る表示について、その根拠を広告物等に記載し明確化すること及び科目別能力別の複数クラス設定に関して複数のクラス設定がされていない教科がある場合はその旨の説明・広告表示を行うことを申し入れた事案であり、②についてのみ和解が成立した。

第四、消費者機構日本と三井ホームエステート株式会社との間の裁判外の和解平成23年9月22日では、適格消費者団体は、消費者契約法10条違反の条項を内容とする意思表示の差止め及び係る内容とする意思表示が記載された契約書ひな形が印刷された契約書用紙の破毀を申し入れている。

第五に、適格消費者団体が、条項を記録した電磁的記録を被告のウェブページから削除することを申し入れたひょうご消費者ネットと株式会社東京法経学院との間の裁判上の和解平成23年10月21日がある。

次に、景品表示法違反の不当表示の事例において、侵害差止請求権に基づいて訂正広告の配布請求が行われた上記クロレラチラシ事件以外にも、作為請求に関する以下の裁判例がある。

117) 以下の事例は、消費者庁のサイト (<http://www.caa.go.jp>) で入手した。

第一に、京都消費者契約ネットワーク・株式会社セレマ及び株式会社らくらくクラブ事件京都地方裁判所平成23年12月13日判決¹¹⁸⁾がある。本件は、原告団体が、①当該違約金条項は消費者契約法9条に違反し無効であるため、消費者に対し解約金を差し引くことを内容とする意思表示を行わないこと、②当該解約金条項が記載された契約書雛形が印刷された契約書を破棄すること、③従業員らに対し、同9条違反の当該条項を内容とする意思表示を行うための事務を行わないこと及び上記契約書の破棄を指示することを消費者契約法12条の差止請求権に基づき求めた事案である。本件において、裁判所は、原告の請求これらの請求を認容している。

第二に、京都消費者契約ネットワーク・株式会社ジェイ・エス・ビー事件京都地方裁判所平成24年1月17日判決¹¹⁹⁾がある。本件は、原告団体が、更新料条項を含む意思表示の停止及び同行為に供する契約書用紙の破棄を消費者契約法12条の差止請求権に基づき求めた事案である。原告の請求は棄却されている。

第三に、消費者機構日本・三井ホームエステート株式会社事件東京地方裁判所平成24年7月5日判決¹²⁰⁾は、原告団体が、当該条項は消費者契約法9条第1号及び同法10条に該当し無効であるとして、その契約の申込み又は承諾の意思表示の停止及び契約書用紙の破棄並びにこれらを従業員に周知徹底させる措置をとることを消費者契約法12条の差止請求権に基づき求めた事案である。原告のこれらの請求は棄却されている。

第四に、消費者支援機構関西・株式会社明来事件大阪地方裁判所平成24年11月12日判決¹²¹⁾がある。本件は、原告団体が、消費者契約法10条に違反する契約条項を内容とする契約書による意思表示の差止め、契約書用紙の廃棄等を消

118) 判時2140号42頁、金商1387号48頁。控訴審判決は、大阪高等裁判所平成25年1月25日判決。

119) D1-Law ID:28180199。

120) 判時2173号135頁、判タ1387号343頁、金商1409号54頁。控訴審判決は、東京高等裁判所平成25年3月28日判決(判時2188号57頁、判タ1392号315頁)。

121) 判時2174号77頁、判タ1387号207頁、金商1407号14頁。控訴審判決は、阪高等裁判所平成25年10月17日判決(D1-Law ID 28220442、消費者法ニュース98号283頁)。

費者契約法12条の差止請求権に基づき求めた事案である。本判決は、当該条項の10条違反を認定し、上記意思表示の差止請求を認容した。しかし、原告が、被告に対し、その従業員に対して意思表示をするための事務を行わないこと及び契約書用紙を廃棄することの指示を求めている点については、被告に対して意思表示の差止めと契約書用紙の廃棄を命じるならば、当然その趣旨は包含されるから、改めて従業員への指示を命ずる必要性までは認められないなどとした。

第五に、京都消費者契約ネットワーク・株式会社Plan・Do・See事件京都地方裁判所平成26年8月7日判決¹²²⁾がある。本件は、原告団体が、消費者契約法9条に違反する本件キャンセル料条項を内容とする意思表示の差止め及び同条項が記載された契約書用紙の破棄を消費者契約法12条の差止請求権に基づき求めた事案である。原告の請求は、棄却されている。

第六に、消費者支援機構福岡・株式会社LIXIL福岡地方裁判所平成26年12月10日判決¹²³⁾がある。本件は、原告が、本件契約条項が、消費者契約法10条に該当して無効であるとして、消費者契約法12条の差止請求権に基づき、本件契約条項を含む意思表示の差止め及び当該意思表示に供した契約書・チラシ等の印刷物の破棄を求めた事案である。原告の請求は棄却されている。

(3) 作為請求に関する学説

学説においては、まず、消費者庁による消費者契約法の逐条解説書¹²⁴⁾は、消費者契約法12条の差止請求権に基づき、「停止若しくは予防に必要な措置」として、違反に供した物の廃棄・除去、例えば、当該条項の削除という作為の請求が可能であるとする。

122) 判時2242号107頁。控訴審判決は、大阪高裁平成27年1月29日判決（請求棄却）（D1-Law ID 28230757）。

123) 金商1477号53頁。控訴審判決は、福岡高裁平成27年7月28日判決（請求棄却）（金商1477号45頁）。

124) 消費者庁消費者制度課編『消費者契約法逐条解説（第2版補訂版）』商事法務2015年271-273頁。

次に、日本弁護士連合会による消費者契約法の逐条解説書等¹²⁵⁾は、「停止又は予防」(消費者契約法12条1項・3項)に、差止請求の対象となる不当勧誘行為・不当契約条項を含む消費者契約の申込み等の取り止めという不作為請求のほか、当該不当勧誘行為や不当契約条項を含む消費者契約の申込み等が再度行われないようにする措置を求めるといった作為請求も含まれるとする。他方で、それ以外の例えば、勧誘マニュアルや広告・パンフレットにおける記述や不当契約条項の記載された契約書の削除・破棄といった積極的作為行為は、「停止若しくは予防に必要な措置」(消費者契約法12条1項・3項)に含まれるとする。

この他、学説においては、妨害排除請求権の機能の中核は、将来の侵害の発生の予防であるため、妨害排除請求権と妨害予防請求権(上記の侵害差止請求権にほぼ相当すると考えられる)とを一体のものとするべきであり、前者は後者に包含されるとし、作為請求の可否を検討するもの¹²⁶⁾もある。

(4) 作為請求に関する和解事例・裁判例・学説の検討

上述のように適格消費者団体の差止請求権に基づく作為請求に関する従来の和解事例・裁判例・学説において、妨害排除請求権及びその目的・要件について言及されていないのが現状である。しかし、このように作為請求を肯定する

125) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法(第2版)』商事法務2010年290頁、298頁、同書第2版増補版2015年306頁。景品表示法・食品表示法上の差止請求権についても、同様の指摘がある(同書第2版補訂版2015年327頁、336頁)。特定商取引法58条の18の差止請求権についても、同様の指摘がある(後藤卷則他編著『条解消費者三法』弘文堂2015年1070頁、齋藤雅弘執筆部分)。この他にも、後藤卷則他編著『条解消費者三法』弘文堂2015年123頁(後藤卷則執筆部分)においても、同様の指摘がなされている。三木浩一「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト1320号61-71頁、68-69頁。

126) 根本尚徳「適格消費者団体による包括的差止請求・条項改訂請求の可否」千葉恵美子他編『集团的消費者利益の実現と法の役割』商事法務2014年271-303頁、285頁、297頁、301頁。条項改訂請求の可否等については、三木浩一「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト1320号61-71頁2006年もある。

これらの事例や学説の指摘の存在によって、妨害排除請求権によって求められる一定の作為を請求することが必要であることが明らかとなっているといえる。もっとも、上記クロレラチラシ事件高裁判決のように、作為請求が、(狭義の)差止請求権に基づくのであれば、消費者契約法や景品表示法上の従来の裁判例の考え方に従い、「行うおそれ」がないとされる可能性があり、仮に作為請求に関する上記和解事例・裁判例・学説のように、あくまで侵害差止請求権に基づく作為請求が可能であると解し、かつ景品表示法等における妨害排除請求権の存在自体を否定するならば、侵害差止請求権によってでは、そのように「行うおそれ」がないと認定されてしまい、当該違反により生じた消費者の誤認つまり妨害状態がなお現存し、例えば、訂正広告の配布といった作為が必要であるにもかかわらず、その配布に係る請求が認められないという不合理が生じうる。現にクロレラチラシ事件高裁判決において、この点が顕在化しており¹²⁷⁾、上述のような配布等の作為に係る請求を(狭義の)差止請求権に基づくとする見解による弊害が生じているといえる。このため、侵害差止請求権とは別に妨害排除請求権が必要であることが明らかであるといえるにもかかわらず、従来の学説においても、上記裁判例においても、侵害差止請求権とは異なる別の請求権たる妨害排除請求権について、その要件・内容に関する理解が不十分であると言わざるを得ない。

上述の妨害排除請求権と妨害予防請求権とを一体として捉え、作為請求を検討する見解¹²⁸⁾については、以下のように考えられる。たしかに、「おそれ」の箇所所述べたように、消費者契約法違反・景品表示法違反等の反復されやすいものであるという特質を踏まえた考察であり、傾聴に値するものである。しかし、①そのような一体化は、上述の議論に鑑みれば、例えば、現にある違反表示物の撤去は、必ずしも将来の違反を予防するためのものではないため、妥当

127) 宗田貴行「景品表示法上の適格消費者団体の差止請求権に係る『行うおそれ』の要件——大阪高判平28・2・25」私法判例リマックス2017年55号54-57頁。

128) 根本尚徳「適格消費者団体による包括的差止請求・条項改訂請求の可否」千葉恵美子他編『集団的消費者利益の実現と法の役割』商事法務2014年271-303頁、276頁、285頁、297頁、301頁。

とは言えない。また、②機能面に執着しすぎており、各々が成立する要件が不明確であることによって、「おそれ」(反復の危険)の排除と妨害状態の排除との区別が消失し、「おそれ」がない場合における妨害排除請求権の必要性に応えることができない。さらに、③上述の議論で明らかになった予防又は侵害差止請求権の内容は、違反が不作為の形で認定されない限り、原則的に、不作為に尽きることが、検討されていないことは、違反事業者の有する自由への不当な制約を生じさせるものである。

この見解は、妨害排除請求権に基づく条項改訂請求の可否について、違反により生じた違法な侵害を排除するために他の方法がある以上、違反事業者の一般的な行為の自由と契約の自由の尊重に基づき、これらの自由の差止請求権制度の目的からみた必要最小限度の制約を超えるものであるため、否定する。

条項改訂請求については、以下のように考えられる。すなわち、侵害差止請求権に基づく将来における条項改訂請求は、違反が不作為の形で認定され違反の差止と改訂とが同義でない限り、不可能である。妨害排除請求権に基づく過去の条項の改訂請求については、返金請求の可否について後述する通りである(⑤参照)。

予防的差止請求権及び侵害差止請求権の内容は、請求される作為と不作為(差止め)とが同義でない限り、不作為に尽きるため、これを補完するために、妨害排除請求権が必要とされるものである。上述のように、消費者庁の消費者契約法の逐条解説書は、上述の予防的差止請求権、侵害差止請求権、妨害排除請求権の存在及び、それらの要件論への言及はないが、正当にも、作為請求は、「停止若しくは予防」ではなく、「停止若しくは予防に必要な行為」として請求することができるとしている。

他方、上述のように、日弁連の消費者契約法の逐条解説書等は、作為請求は、「停止若しくは予防」か「停止若しくは予防に必要な行為」として請求することが可能としている。しかし、日弁連の消費者契約法の逐条解説書等において、上述した3種の請求権の存在及びそれらの要件論への言及がないこと及び、「停止若しくは予防」に基づく作為請求が、例外的状況の下でのみ可能であるとの考慮なく、一般的に係る作為請求が肯定されていることは、妥当ではない。上

述のように考えられる以上、日弁連の逐条解説書等の文献が、このような例外的状況に限定することなく、再発防止策を講じることを「停止若しくは予防」として請求することができるという点は、明らかに妥当ではない。なぜなら、違反行為を不作為の形で認定せず、請求される作為と不作為（差止め）とが同義となりえない場合には、違反による侵害を止めること¹²⁹⁾は、文字通り不作為を意味し、例えば、再発防止策を講じることと同義ではなく、「狭義の差止請求権」（予防的差止請求権及び侵害差止請求権）に基づき、作為たる再発防止策を講じることを請求することは、上記必要最小限の要請に反するからである。

上述の検討に鑑み、従来の作為請求に関する上記裁判例を検討すると、差止めの対象となった①訂正広告の配布、②契約の意思表示に供する契約書用紙やチラシの破棄、③再発防止のための従業員への周知といった、作為に係る請求は、各裁判例において違反が不作為の形で認定されず、請求される作為と不作為（差止め）とが同義ではない以上、本来、妨害排除請求権に基づくべきものである。しかし、一連の上記裁判例は、妨害排除請求権の要件についての検討を経おらず、「行方おそれ」との文言にしたがった「侵害差止請求権」に基づき、原告の請求の存否を判断しているといえ、妥当ではない。上述した裁判例・和解事例及び学説における、侵害差止請求権に基づく、①訂正広告の配布、②契約書やチラシの破棄、③再発防止のための周知徹底措置といった作為に係る請求は、実は、「広義の差止請求権」のうち「妨害排除請求権」に基づくべきものであったと考えられる。

(5) その他の想定事例の検討

以下では、その他に想定しうる作為請求の4つの事例について検討する。

第一に、従来の特定商取引法違反の不実告知に関する消費者庁等の指示においては、不実告知の発生原因等の調査・報告、不実告知であったことの購入者への通知を命じるにすぎないこと¹³⁰⁾、また、景品表示法違反の不当表示に係

129) 正確には、違反もそれによる侵害もやめることが請求権の内容といえる。

130) 例えば、(株)IPSコスメティックス事件での消費者庁の指示 (<http://www.no-trouble.go.jp/pdf/20161104ac01.pdf>、最終閲覧2018年3月12日)。

る同法上の課徴金制度における自主的返金措置促進策も、そもそも課徴金の事例が、商品毎の分断的な違反認定による各事例の課徴金額の低額化と裾切り要件（同法8条1項但書）及び主観的要件の存在によって限られること¹³¹⁾や、そもそも行政が動かなければ返金措置につながらないことに基づき、利用に限界がある。また、違反事業者の自主的返金額を課徴金額（対象期間の対象商品・役務の売上げの3%）から控除するという景表法上の返金促進策にあつては、違反事業者が、全購入者の3%の者に全額返金を行えば、課徴金を全額免除されうることになり、被害者の完全な救済には程遠いものといえる。さらに、不当表示や不実告知の事例における消費者裁判手続特例法による損害賠償請求には、因果関係・損害の立証や損害額算定の困難等、様々な限界があり、それによる解決も期待できないことに鑑みると、不実告知や不当表示の事例における消費者被害の救済は、未だ十分なものとはなっていないといえる。そこで、景品表示法上の不当表示（同法4条）や特定商取引法上の不実告知（同法6条1項等）に基づいて消費者が料金として支払った金銭の返還を適格消費者団体の妨害排除請求権に基づいて請求することの可否を検討する必要がある。これについては、以下のように考えられる。

まず、不当表示を景品表示法違反として認定する事例や、不実告知を特定商取引法違反として認定する事例において、消費者の誤認の存否と支払の有無とは、論理必然にないといえるのであるから、誤認の排除と返金とは、同義にならないため、妨害排除請求権に基づいて支払い額の返還を請求することはできないと考えられる。このような場合には、不当表示や不実告知行為によって生

131) シンポジウム「景品表示法の実現手法の多様性—独禁法の視点も含めて」（科研費基盤研究（A）「私人の権利行使を通じた法の実現—法目的の複層的実現手法の理論化と制度設計の提案」（研究代表者：窪田充見）及び科研費基盤研究（A）「プラットフォームとイノベーションをめぐる新たな競争政策の構築」（研究代表者：根岸哲）の共催）2018年2月18日（日）神戸大学での各報告、消費者庁のサイト上の「認定された返金措置一覧」（http://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/authorization_list/最終閲覧2018年3月12日）、染谷隆明「課徴金・返金措置制度導入後の景品表示法違反事例の検討」ジュリスト1517号2018年28-33頁。

じた誤認状態を排除することが、違反によって生じたお現存する妨害状態の排除である。このため、不当表示や不実告知行為がまだ続けられている場合には、その撤去や違反をしないことの従業員への周知徹底、違反によって消費者に生じた誤認を解消する訂正広告の配布等の作為を妨害排除請求権に基づいて請求することができる。したがって、このような事例では、妨害排除請求権に基づき返金を請求することは、違反事業者が、違反により生じたお現存する妨害状態を判決に従い止めるための手段を選択することのできる自由を侵害するものであり、必要最小限の要請に反し、妥当ではない¹³²⁾。

では、不実告知や不当表示の事例において、上述した十分性の要請と必要最小限の要請に適用することから、妨害排除請求権に基づく返金請求が可能ということになるためには、どのように違反行為を規定し、認定すべきであろうか。返金請求の可否の議論¹³³⁾によって得られた「返金と妨害状態の排除とが同義で

132) 特定商取引法6条1項等違反の不実告知の事例における同法上の消費者庁の指示による返金命令についても、これと同様のことがいえる(宗田貴行「特商法上の指示に基づく返金命令」獨協法学100号2016年151-180頁、175頁)。

133) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(上)(下)」獨協法学96号2015年195-309頁、213-273頁、獨協法学97号2015年1-73頁。これらの事例において、妨害の根源は告知・表示であり、消費者の支払いが、妨害の結果であるとした上で、妨害の結果も、妨害排除請求権の対象とし、返金を妨害の排除として求めると考えられる。しかし、このように根源と結果を一度分離してから合成することは迂遠であり、また、本来、係る分離は、結果を請求権の対象から除外するために編み出されたものであったはずであり、端的に両者を併せて妨害状態とすれば足りるように思われる。GWB上の妨害排除請求権と結果除去請求権についてのこの点の指摘は、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(上)」獨協法学96号2015年195頁以下、237-245頁、特に243頁。連邦通常裁判所2017年12月14日判決(GRUR2018, 423ff)は、「結果除去請求権は、特定の行為に向けられているのではなく、その内容は、むしろ妨害の種類及び範囲に依拠するものである。妨害状態が様々な種類及び方法で除去され得るのならば、どのようにその妨害状態を排除するかを債務者に委ねなければならないというBGB1004条に従った妨害排除請求権に適用される原則が、UWG

なければならない」というテーゼの意味するところは、これらの要請に鑑み、妨害排除請求権に基づき請求される内容と違反行為により生じなお現存する妨害状態の排除とが同義であることが要されるということである。しかるに、係る妨害状態が、不当表示や不実告知によって、消費者が誤認している状態とその誤認によって騙されて購入つまり支払ったことであるならば、その排除は、景品表示法違反の不当表示の事例であれば、(1)不当表示物の撤去、(2)誤認解消措置(例:訂正広告の配布)と(3)返金によってなされうるといえる。このため、「不当表示によって誤認させた消費者に当該商品を実際に購入させたこと」を新たに違反行為類型として政令・省令で規定し、係る行為を違反として認定する場合には、違反により生じなお現存する妨害状態は、①消費者の誤認状態と②欲しない商品を購入させられたことである。したがって、例えば、景品表示法上このような認定を行う場合には、上述の充分性の要請と必要最小限の要請に照らし、同法上の妨害排除請求権に基づき、(1)不当表示物の撤去、(2)誤認解消のための訂正広告の配布と(3)返金を請求しうるのはなかろうか。

第二に、消費者契約法違反の不当約款条項に基づいて支払った不当な金額の料金に関し、同法上の適格消費者団体の妨害排除請求権に基づき超過支払額の返還請求を行う場合については、不当高額請求が、当該無効約款条項に基づくものであったため、違反により生じなお現存する妨害状態は、係る条項に基づき不当な金額の支払いをさせられたことである。したがって、その排除と超過支払い額の返金と同義であることから、返金請求は、上述の充分性の要請及び必要最小限の要請に反することはないといえ、妨害排除請求権に基づいて可能ということもできよう¹³⁴⁾。

8条1項に従った妨害排除請求権にも適用される。(Tz.70)」と述べ、原告団体の妨害排除請求権(UWG 8条1項)に基づく訂正書面配布請求を認容しており、妨害の「種類及び範囲」によって妨害状態の排除の範囲が画されることになるといえる。

134) ドイツにおける同様の事例で請求が認容された上記LG Leipzig, Urt. v. 10. 12. 2015, VuR2016, 109がある(宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開」国民生活研究57巻1号2017年1-25頁, 14頁)。上述したように、この場合に、妨害の根源は、不当条項であり、消費者の支払いが、妨害の結果であるとした上で、後

第三に、公共料金の不当な値上げのように、不当高価格設定行為自体を独占禁止法違反（例えば、優越的地位の濫用行為、同法19条・2条9項5号）として認定する場合には、違反により生じなお現存する妨害状態は、超過額を支払わされたことであるため、返金という作為がこの妨害状態の排除を意味することから、被害者は、返金を妨害排除請求権（同法24条）¹³⁵⁾に基づき請求することができる。

第四に、一方的に押し付けた形での不当高価格設定行為を独占禁止法違反（例えば、優越的地位の濫用行為、同法19条・2条9項5号）として認定する場合には、一方的なやり方で料金を押し付けられた状態と超過額を支払わされたことが、違反により生じなお現存する妨害状態である。このため、妨害排除請求権（同法24条）に基づき、返金という作為を請求するだけでは、充分性の要請に応えることができないのであり、さらに一方的なやり方の中止及び押し付けられた状態の排除を行うための具体的措置も請求することが必要となる¹³⁶⁾。

4 妨害排除請求権による解決の重要性

違反行為自体が終了していても、違反により生じなお現存する妨害状態が存在する場合には、妨害排除請求権に基づき、係る妨害状態の排除のため、訂正広告の配布、新聞公示、再発防止策を講じること等の一定の作為を請求することが可能である。

違反行為終了後、妨害排除請求権は、反復の危険がなく侵害差止請求権が成立し得ない場合であっても、違反により生じなお現存する妨害状態が存在する

者も妨害排除請求権の対象とし、返金を妨害の排除として求めうると考えられるが、両者を併せて妨害状態とし、その排除を求めうるとすれば足りるであろう。

135) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント」(下)獨協法学97号2015年1-73頁、50-51頁。

136) ただし、一方的なやり方を重視する認定ならば、一方的なやり方の中止及び押し付けられた状態の排除のための具体的措置の請求で足り、返金請求は必要最小限の要請に反する(宗田貴行「特商法上の指示に基づく返金命令」獨協法学100号2016年151-180頁、165頁)。

以上、成立しうる¹³⁷⁾。すなわち、妨害排除請求権においては、反復の危険の存否による判断ではなく、違反により生じなお現存する妨害状態の存否による判断が行われる。このため、違反行為が既に終了している場合において、妨害排除請求権に基づき上記のような内容の請求が可能となる。

これに対し、侵害差止請求権は、違反が不作為の形で認定され、請求される作為と不作為（差止め）とが同義となりえない限り、これに基づいて違反の差止めとして不作為を請求することに尽きる¹³⁸⁾ のであり、原則として、訂正広告の配布、新聞公示、再発防止策を講じること等の一定の作為を請求することはできない。上述のように、消費者庁の逐条解説書において、消費者契約法12条の差止請求権に基づき、違反に供した物の廃棄・除去として、例えば、当該条項の削除という作為の請求が可能であるとされている¹³⁹⁾ が、それは、広義の差止請求権（予防的差止請求権・侵害差止請求権・妨害排除請求権）のうち、予防的及び侵害差止請求権の補完のために、「現に行い又は行うおそれ」「停止若しくは予防に必要な措置」との文言に基づき規定されていると考えられる妨害排除請求権に基づくものである。景品表示法30条1項においても同様に、差止請求権制度が被害の未然防止・拡大防止を目的とすることから、予防的及び侵害差止請求権の補完として、「現に行い又は行うおそれ」「停止若しくは予防に必要な措置」との文言に基づき妨害排除請求権が認められているといえる。上述のように、妨害排除請求権に基づいてこそ、訂正広告の配布、新聞公示、再発防止策を講じること等の違反により生じなお現存する妨害状態の排除のために一定の作為を求めることが可能である。

景品表示法違反の不当表示の事例において、訂正広告の配布を求めることの

137) 近時、ドイツにおいて、連邦通常裁判所2017年12月14日判決（IZR184/15, GRUR2018, S.423ff., Tz.19ff.）が、この点を明確にしている。

138) 上述のように、違反行為者が当該作為によって違反行為を止めることにつき同意している場合には、当該作為請求を侵害差止請求権に基づき請求しうる。また、これから違反を行おうとしている場合も、予防的差止請求権に基づく作為請求が、このような同意のある場合に可能であることは同様である。

139) 前掲・消費者庁消費者契約法逐条解説271頁。

目的は、違反が繰り返されるおそれを排除することではなく、違反によって生じた妨害状態たる消費者の誤認を解くことにある。したがって、クロレラチラシ事件のように、訂正広告の配布を侵害差止請求権に基づくものとするならば、請求内容と請求根拠とが適切に対応していないというべきであろう。

クロレラチラシ事件高裁判決は、「消費者に、当該商品を医薬品と誤認させるものとはいい難いが、医薬品と同等の効能効果があるとの広告と解されるのであれば」と認定しており、医薬品との誤認ではなく、医薬品と同等の効能効果があるとの誤認を消費者に生じさせたことを景品表示法5条1号（優良誤認表示）の「著しく」（社会一般に許容されている程度を越えた誇張）として認定したと思われる。もっとも、同法上の優良誤認表示の成立には、医薬品と同等の効能効果があるとの誤認は必要ではない。消費者は、本件のチラシに関する製品に医薬品と同等の効能効果があると誤認していたであろうか。そこまでの誤認があったかどうかは微妙である。むしろ、医薬品と同等であるか否かを問わず、実際よりもかなり高い効能効果があるとの誤認を生じさせたことを違法性として認定すべきであった¹⁴⁰⁾。

これに鑑み、原告が訂正広告の配布を求めているクロレラチラシ事件について裁判所は、妨害排除請求権の存否の判断において、実際よりもかなり高い効能効果があるとの誤認が解消されていたか否かを判断すべきであったといえる。本件における一新されたチラシによっては、一新される前のチラシによって生じた実際よりもかなり高い効能効果があるとの誤認を解消したとは言い難く、たしかに、法に違反した元のチラシは、もう配布されておらず、その配布が繰り返されるおそれがないかもしれないが、係る違反により生じたお現存する妨害状態たる消費者の誤認を排除するため、妨害排除請求権に基づく訂正広告の配布に係る請求は認められるとの判断が妥当であったと考えられる。クロレラチラシ事件において、原告が妨害排除請求権に基づき訂正広告の配布を請

140) 当該製品には何も効能効果がないことを前提に、何らかの効能効果があるとの誤認とする指摘（前掲・鶴瀨87頁、大内義三「クロレラチラシ配布差止等請求控訴事件」ジュリスト1503号99-102頁、101頁）がある。もっとも、効能効果が全くないかという、そう言い切ることは難しいであろう。

求することは、上述の3つの要請（十分性、必要最小限、特定性の要請）を満たすといえる。裁判所は、原告が訂正広告の配布を請求している以上、釈明権を行使するなどして、妨害排除請求権の存否を判断すべきであったといえる¹⁴¹⁾ ¹⁴²⁾。

クロレラチラシ事件において第一審判決は取り消されており、差止命令がない以上、再び違反行為が行われた際に、直ちにこれを防止することができず、新たな消費者被害が生じることが指摘されている¹⁴³⁾。また、それ故に、差止命令違反に対する制裁規定を独禁法や景品表示法に新設すべきであるとの指摘¹⁴⁴⁾がある。しかし、この妨害排除請求権に基づいて、訂正広告の配布や再発防止策を講じること等を請求することができるのであるから、これによって、このような再び違反行為が行われる場合への対処方法如何の問題を解消しうるといえる。

クロレラチラシ事件においては、適格消費者団体訴訟にも不実証広告規制があれば、違反認定は容易であった可能性が高い。同規制を消費者庁の措置命令（景品表示法7条2項）・課徴金（同法8条3項）のみに導入するとした景品表示法改正の議論において懸念されていた事例が顕在化したといえる。本件は、同規制が適格消費者団体訴訟にも必要であることを感じさせるものである。このうち、合理的根拠が提出されない場合に違反と「みなす」とする消費者庁の措置命令に関する不実証広告規制の手法（景品表示法7条2項）は、民事法上

141) 公共料金の不当な値上げの事例において、当該高価格設定行為自体が、独占禁止法上の優越的地位の濫用に該当するとして認定され、公取委の排除措置命令に基づく返金命令が行われる場合には、違反の中止・差止めとして過去における超過請求の根拠となった違法価格を適正価格に是正することと共に、過去における超過支払額の返還が命じられる。

142) それ故に、本件と同様の事例では、同様に、違反により生じたお現存する違法状態が存在するため、消費者庁の既往の行為に対する「必要な事項」との文言に基づく措置命令（景品表示法7条1項）によって、訂正広告の配布を命じ得るといえる。

143) 前掲・伊吹27頁。

144) 前掲・大内101-102頁。

は、ドイツにおいて活用されている訴訟法上の信義則に基づく「二次的主張責任の法理」¹⁴⁵⁾と、ほぼ同様のものである。我が国でも実務において、これまでの先行研究¹⁴⁶⁾によれば、この二次的主張責任の法理の適用を行う可能性は十分あるのであって、この分野にはすでに同様の趣旨の不実証広告規制の規定が行政規制について導入されている以上、民事訴訟の場面で、訴訟上の信義則に基づくこの法理の活用が望まれよう。

145) シュトゥルナー教授により提唱された「一般的事案解明義務」は、ドイツ民訴法138条1項が、当事者は「完全かつ真実にならなければならない」と規定していることや、審問請求権（基本法103条1項）等に基づき、各当事者は、自己に有利な事実のみならず、相手方に有利な事実も主張しなければならない、とするものである。しかし、誰も相手方を勝たせるために、資料を相手方に与える必要はない。この他にも幾つかの理由を挙げつつ、連邦通常裁判所1990年6月11日判決（NJW1990, S. 3151）は、一般的事案解明義務を明確に否定し、特定の場合、つまり、主張・証明責任を負う当事者が、事件経過の枠外にあり、当該事実に関する詳細な知識を有さず、他方で、相手方当事者は、その詳しい知識を有しており、具体的に陳述することが期待される場合には、訴訟上の信義則に基づき、主張責任を負わない当事者が「二次的な」主張責任を負うと判示した。二次的主張責任の法理によって、具体的陳述責任（Substantiierungslast）に基づき関係資料の提出が被告に義務付けられ、同義務違反の場合には、原告の主張する事実が真実として看做される（ZPO138条3項）。一般的事案解明義務と二次的主張責任の相違として、この他に、証明責任を負う当事者による事案解明の手掛かりの提示の要否がある。安井英俊「事案解明義務の法的根拠とその適用範囲」同志社法学58巻7号2007年505-574頁、508-514頁、520頁、527-530頁。

146) 松本博之『民事訴訟における事案の解明』日本加除出版2015年368頁等。向田直範「景品表示法における消費者被害の事前防止について」千葉恵美子他編『集団的消費者利益の実現と法の役割』商事法務2014年500-513頁、512頁は、適格消費者団体に、合理的根拠の提出請求権限を認めるべきとされる。中田邦博「消費者契約法・景品表示法における差止めの必要性—クロレラチラシ事件を素材に—」ジュリスト1517号2018年46-53頁、53頁も同旨。

五 結 語

冒頭で示した第一に、消費者契約法12条1項・3項及び景品表示法30条1項等で定められている適格消費者団体の有する請求権の種類は、どのようなものがあるのか、それぞれの請求権の目的は何か、第二に、請求権の要件は、どのようなものなのか、第三に、請求権の内容は、どのように決せられるのか、という問題については、以下のように纏めることができる。

第一の問題である請求権の種類については、予防的差止請求権、侵害差止請求権、妨害排除請求権が、広義の差止請求権として景品表示法30条1項及び消費者契約法12条1項・3項等に定められている。

第二の問題である請求権の要件については、予防的差止請求権は、侵害の危険を、侵害差止請求権は、侵害の反復・継続・再開の危険を要件とし、妨害排除請求権は、違反行為によって生じなお現存する妨害状態を要件とする。それ故に、予防的差止請求権は、一回目の侵害の危険の排除、つまり将来の一回目の侵害の防止を目的とし、侵害差止請求権は、侵害の反復・継続・再開の危険の排除、つまり将来の侵害の防止を目的とし、妨害排除請求権は、過去から現時に至るまでの係る妨害状態の排除を目的とする。

第三の問題である請求権の内容は、①侵害の危険の排除（予防的差止請求権の場合）、継続・再開・反復の危険の排除（侵害差止請求権の場合）、又は違反によって生じなお現存する妨害状態の排除（妨害排除請求権の場合）のために十分なものであり（充分性の要請）、②債務者に過度の負担を生じるものではなく（比例原則上の必要最小限の要請）かつ、③訴訟上の請求の場合には、給付訴訟の申立ての特定性の要請に合致したものである必要がある。

上述の考察において浮き彫りとなった問題・疑問を纏め、それらの解答を述べると、以下のとおりである。

第一に、違反行為が行われたがそれが止められた場合に、基本的に反復される可能性を肯定する根拠は何であろうか、である（四2(3)）。これは、上述した違反行為の特質に鑑みた根拠が挙げられる（四2(4)）。

第二に、消費者契約法12条の「行うおそれ」の裁判例の考え方が、不正競争防止法上の判例・学説の考え方（過去に違反が存在したならば、基本的に「行うおそれ」が推定される）と異なるものであることを説明するための合理的根拠はあるのか（四2(2)）である。これは、上述のように、違反により反復の危険が生じることについての根拠が考えられるため（四2(4)）、存在しないというほかない。

第三に、従来の作為請求に関する和解事例・裁判例・学説に鑑みれば、消費者法分野においても、妨害排除請求権が必要であることが明らかであるといえるにもかかわらず、従来の和解事例・裁判例・学説において、妨害排除請求権の要件・内容に関する指摘が未だみられてはいないことは、甚だ不十分と考えられること（四3(4)）、である。例えば、原告が、景品表示法違反の当該不当表示の差止めと訂正広告の配布を同法上の差止請求権（同法30条1項（旧10条1項））に基づき請求した上記クロレラチラシ事件大阪高裁判決においては、反復の危険を意味する「行うおそれ」の判断が行われ、原告の請求が棄却されている。しかし、そもそも違反が不作为の形で認定され、請求される作為と不作为（差止め）とが同義である場合にのみ、差止請求権に基づき作為を請求することはできるものである。本件においては、違反行為が不作为の形で認定されておらず、請求される作為と不作为（差止め）とが同義ではない以上、違反の差止めとして訂正広告の配布等の作為を差止請求権に基づいて求めることはできないはずであり、これを求めるには、妨害排除請求権に基づき係る請求を行う必要があるといえる。このように狭義の差止請求権及び妨害排除請求権を正確に理解できていない従来の裁判例・学説による弊害が生じているといえる（四3(4)及び四4）。

未だ妨害排除請求権の要件・内容を知らない我が国の消費者契約法・景品表示法・特定商取引法等の従来の裁判例・学説に従えば、作為は反復の危険を要件とする差止請求権に基づいて求めうるとされることから、違反が止み、反復の危険が存在しない場合には、これら諸法における差止請求権に基づき、違反の停止及び作為を求めることができなくなってしまう。しかし、本稿における検討から明らかとなったように、反復の危険が存するときにも、侵害差止請求

権に基づいて、基本的に作為を求めえないものである一方で、反復の危険のない場合には、違反により生じた妨害状態が現存するときには、その排除のため、妨害排除請求権に基づき作為を請求しうるといことができる。

上述のような妨害排除請求権による狭義の差止請求権の補完は、上述したところから明らかであるが、ここで念のため、その補完の二つの意味を確認しておくことにする。

第一に、請求権の要件面である。すなわち、違反が既に終了し、反復の危険が存在しない場合にも、違反により生じた現存する妨害状態が存在するのであれば、妨害排除請求権に基づく請求が可能であるという点で、妨害排除請求権が、侵害差止請求権を補完する、という意味である。

第二に、請求権の内容面である。すなわち、請求される作為と不作為（差止め）とが同義となりうる場合及び、違反を止める方法として当該作為を行うことにつき違反行為者の同意がある場合を除き、違反の差止めとして不作為を請求することに尽き、作為を請求することができない狭義の差止請求権（予防的差止請求権及び侵害差止請求権）を妨害排除請求権が補完する、という意味である。妨害排除請求権に基づけば、妨害状態の排除のために、訂正広告の配布や返金といった作為を求めうるとい点で補完するという意味である。

これらに鑑み、予防的差止請求権、侵害差止請求権及び妨害排除請求権の要件・内容に関する上述の議論を景品表示法・消費者契約法・特定商取引法等において定着させることが必要であり、今後、我が国の消費者法分野において、上述した狭義の差止請求権を補完する妨害排除請求権の二つの意義に鑑み、これらの請求権のうち、特に妨害排除請求権をより一層有効に活用していく必要があるといことができる。

本稿は、日本学術振興会科研費基盤研究（C）17K03510、共同研究（B）25285033（共同研究者）及び基盤研究（B）16H03574（連携研究者）の助成を受けたものである。