

集团的消費者被害回復に係る訴訟制度に関する意見 報告書

第1 本報告書の目的及び構成

西村高等法務研究所においては、現在、消費者庁を中心に立法化が検討されている集团的消費者被害回復訴訟制度(以下「本制度」という。)につき、別紙1記載のメンバーから構成される研究会を設置し、制度の詳細設計を決める上で検討すべき課題につき研究を進めているところであるが、立法に向けた流れが加速している現状を踏まえ、制度設計に際して特に留意すべき事項について問題提起するべく、今般、報告書の形で取りまとめることとした。

本報告書は、2012年8月7日、消費者庁により意見募集に供された同庁消費者制度課作成の「集团的消費者被害回復に係る訴訟制度案」並びに同日公表された「集团的消費者被害回復に係る訴訟制度案の概要」及び「集团的消費者被害回復に係る訴訟制度の骨子についての意見募集に対する主な意見の概要及び意見に対する消費者庁の考え方」を主たる検討対象とする。

本報告書は、総論(第2)と各論(第3ないし第6)から成る。

総論においては、個別の問題に対する具体的検討に先立ち、本制度を検討するに当たっての3つの基本的な視点を提示する。1つ目は、訴訟による救済のみにとらわれるのではなく、裁判外紛争解決手続(ADR)による救済等、消費者救済に資する他の仕組みや取組も視野に入れ全体としての消費者救済の枠組みの適正化を目指すという視点である。2つ目は、制度の得失についての多面的な考慮が必要であるという視点である。特に、よりよい制度設計のためには、中小企業に与え得る影響等、経済的なインパクトにつき、諸外国における分析結果等も参考に、経済分析的な観点からのきめ細かな分析検討が必要である。3つ目は、現在の制度案には既判力の点においては濫訴を招きやすいリスクを内包しており、制度設計の細部を検討する際には、そうしたリスクも踏まえた上で、消費者も含め社会全体が負うコストを最小化しつつ、消費者被害の迅速かつ実効的な回復という制度目的を達成する方策を検討する必要があるという視点である。

各論においては、主要な論点として4つの点を取り上げて論じた上、それぞれにつき提言を行う。第1に、実効的な救済の実現という観点から、本制度の対象とする事件に一定の絞り込みが必要という点につき論じる。本報告書は、支配性の要件を慎重に規定し、本制度による救済が不可能な類型の事件を対象外とすることと、行政機関による救済等、他の方法による実効的な救済が期待される場合には、本制度による救

済手続の中止や訴えの却下ができる余地を設けることを提言する。第 2 に、本制度の施行前の取引を本制度の対象とすることの適否について論じる。本報告書は、遡及適用の是非については、取引当事者や、他の消費者を含む第三者の権利利益に与える影響を子細に検討した上で、その立法政策上の適否を慎重に検証する必要があることを提言する。第 3 に、本制度における和解について論じる。本報告書は、本制度における共通義務確認訴訟における和解について、消費者の早期かつ終局的な救済及び紛争解決のための選択肢をより多く確保するという観点から、共通義務の確認をあえて行わない自由な内容の和解を可能とした上、紛争の最終的な解決を図ることのできる制度とすることを提言する。第 4 に、本制度における保全措置について論じる。本報告書は、特定適格消費者団体の申立てに基づく仮差押命令については、債権届出がなされる範囲を超える過大な仮差押えがなされることにより、事業者に過度に不合理な負担を負わせ、ひいては消費者に対する権利保護に反する場合がありますことを踏まえ、民事保全法の運用状況を考慮した上、保全取消しの手続を設けることを提言する。

第 2 検討に当たっての視点

1. 訴訟による救済にとらわれるのではなく、ADR による救済や行政による救済、事業者による自主的取組をも視野に入れた全体としての消費者救済の枠組みの適正化を目指すべきこと

本制度は、事業者との取引により相当多数の消費者に集団的に消費者被害が生じる傾向にあるのに対し、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差により消費者が自ら裁判という手段により被害の回復を図ることに困難を伴う場合が少なくないことを踏まえ、消費者に生じた被害を一括して実効的に回復することを目的とし、新たな訴訟制度を設けようとするものである。

このような本制度の目的は、それ自体として正当なものであるが、留意すべきは、多数の消費者に生じた被害を実効的に回復する手段は、訴訟による救済に限られるわけではないという点である。近年では、裁判外紛争解決手続(ADR)を活用して簡易迅速な紛争解決が行われる例は多く見られるし、行政機関による規制が徹底されている事業分野に顕著であるが、大規模な消費者被害が発生した場合、監督権限を有する行政機関が事業者に対し是正を勧告・命令し、あるいは適切な対応をするよう行政指導を行う場合もある。また、事業者自らが、消費者の受けた被害を填補すべく、自主的な取組を行う場合もある。

例えば、2005 年以降相次いで発覚した生命保険会社及び損害保険会社による大規模な保険金不払事案に際しては、金融庁が保険会社各社に対して、保険業法第 132 条に基づき、業務停止命令等の行政処分を課した上で、保険約款及び法令等に従い迅速か

つ適切な保険金支払を行うための保険金支払管理態勢を確立することなどを内容とする業務改善命令を発した。その結果、保険会社各社は、不当に保険金支払を受けることができなかつた多くの保険契約者に対して、保険金の支払を行うに至った。この他、製品に不具合が発見された場合、事業者が自らその事実を公表し、製品を回収した上、修理をしたり、製品の交換に応じたりした事例も多くみられる。

もとより、消費者において、ADR や行政による改善措置、事業者による自主的な取組ではなお不十分であると考えられる場合もあり得るところであり、そのような場合には、最終的には、訴訟による救済を求めるほかなく、実際に上記の保険金不払事案においても、件数的には少数にとどまるものの、保険契約者からの訴訟が提起されている。

しかし、比較的少額のコストにより迅速かつ柔軟な救済を提供することのできるADR や行政機関及び事業者による被害回復は、多くの消費者にとってメリットを有しており、特に行政機関による救済や事業者による自主的な取組は、多数の消費者に対して迅速な救済を与えることが可能となるという点で大きなメリットを有する。そこで、多数の消費者に生じた被害を迅速かつ実効的に回復するとの視点に立った場合、ADR、行政機関による救済及び事業者による取組と訴訟による救済とが、それぞれその効用を十分に発揮し、全体として消費者にとって最も望ましい救済が図られるよう留意する必要がある。

本制度は、多数の消費者に生じた被害を実効的に回復するという目的を、新たな訴訟制度を導入することにより達成しようというものであり、従来の訴訟制度の抱えていた問題点を大きく改善し得るものではあるが、上記のとおり、大規模な消費者被害を回復するための枠組みを検討するに当たっては、ADR や行政機関による救済、事業者の自主的な取組といった他の救済手段が社会的なインフラとして存在することを前提として、訴訟制度がそれらの手段と調和しつつ、全体として、より少ないコストで、迅速かつ実効性のある消費者被害の回復が図られることを目指す必要がある。

2. 制度の得失についての多面的な考慮が必要であること

次に、本制度の導入により、個別に訴訟提起することのできなかつた消費者の被害が回復されるとしても、例えば、本制度が新たに生じさせる訴訟リスクにより、企業の経済活動が停滞したり、雇用が減少したりするのであれば、消費者は、回復された被害以上の経済的損害を被るおそれすらあるから、経済・社会の状況が改善されるのか必ずしも判然としないことになる。そのため、本制度の検討に当たっては、当該制度を導入しない場合の経済・社会と、当該制度を導入した場合の経済・社会を比較し、当該制度の導入により、経済・社会の状況が改善される消費者救済制度となるよう、その制度設計を工夫しなければならない。経済・社会の状況が改善されたかを判断する考慮要素としては、コスト・ベネフィットの観点やパレート効率性の観点、分

配的正義の観点、手続的正義の観点等を考慮しなければならない¹。特に、コスト・ベネフィットの観点は重要であり、個別の消費者や企業、日本の経済・社会全体が、本制度の導入によっていかなるコストを負い、ベネフィットを享受するかを具体的に検討しなければならない。コスト・ベネフィットを検討するに当たっては、制度がいかなる効果をもたらすか定性的に検討する理論的な分析だけでなく、当該効果の大きさを定量的に検討する実証的な分析が必要となる。既にクラスアクションを導入している米国や、集団的消費者被害回復訴訟制度の導入の検討がされている欧州では、これらの分析が多数行われている。

日本における本制度の導入をめぐる議論を見ると、本制度の合理性を支える立法事実に関する上記の観点からの検討が必ずしも十分になされているとは言えない。例えば、以下の検討の一部で詳しく見るとおり、本制度はとりわけ中小企業に対し悪影響を与えるおそれがあるのに、この点に関する検討が十分になされていない。2006年時点における日本における中小企業の本数は、約420万社であり、日本の企業数の99.7%を占めるとともに、その従業者数は、約2784万人と、日本の雇用の約7割を占める。また、日本では製造業が国民総生産の約2割を占めるが、2008年には、中小企業の製造業付加価値額は、日本の製造業付加価値額の約5割となる48.4兆円であった²。このように、中小企業は日本経済において重要な位置を占めるのであるから、本制度が日本経済に与える影響の一つとして、中小企業に与える影響も十分に検討することが必要である。

以上のような考慮から、ここでは、慎重な検討が必要と思われる事項について、法と経済学や法社会学の知見も用いながら、検討を行うことにする。以下で検討する問題は、本来、本制度を導入する前に、政府が、研究者や民間部門と協同しながら分析すべき開かれた問題であり、本報告書において確定的な結論を述べるものではないが、これを契機に、必要な検討が行われることを期待するものである。

(1) 本制度の導入により増加する企業の生産コストが、製品・サービスの価格に転嫁される可能性がある点についての分析が必要であること

本制度は、これまでの個別の消費者の訴訟性向を踏まえ、訴訟による権利主張をより容易にする目的で導入するものであるから、本制度の導入によりかかる目的が実現された場合、企業の立場から見ると、製品・サービスの不具合等を理由に消費者に対して金銭等を支払う確率が高まることになる。これにより、以下で見るとおり、製品・サービスの生産コストが増加することになるので、企業が当該生産コストの増加

¹ 例えば、太田勝造『民事紛争解決手続論：交渉・和解・調停・裁判の理論分析』（信山社、1990年）を参照。

² 中小企業庁『中小企業白書2011』（2011年）58頁。

分を、製品・サービスの価格に転嫁する可能性がある。この場合、仮に被害消費者の損害が本制度により回復され、あるいは、将来の製品・サービスの不具合等が予防されたとしても、製品・サービスの価格上昇により被害消費者を含めた消費者全体の支出が増加するという副作用によって、本制度の長所が相殺されるおそれがある。したがって、本制度の導入に当たっては、この点に関する立法事実の分析が必要である。分析の結果次第では、消費者被害の防止・回復に関して、ADR や行政による救済といかに役割分担すべきか、一層慎重な検討が必要になると考えられる。

本制度の導入による生産コストの増加要因としては、例えば、製品・サービスの不具合や被害状況等に関する情報収集・判断をするコスト、製品・サービスの不具合の発生を防止するコスト、訴訟への対応をするコスト、保険を利用するコスト等が考えられる。

そして、かかる生産コストの増加により、製品・サービスの価格がどれだけ上昇するかに関しては、製品・サービスの種類・性質、需要の価格弾力性、市場の競争度、市場における規制等に依存すると考えられ、業界ごとに変化するものと考えられる。そのため、立法に当たっては、本制度の導入が、どのような業界に対して、どの程度の影響を与えるかについて、十分に検討することが望まれる。例えば、その種類や性質上、消費者が繰り返し購入しないような製品・サービスの場合、仮に本制度を遡及適用させることにすれば、過去に当該製品・サービスを購入した消費者の被害を回復する代わりに、これから当該製品・サービスを購入する消費者がより高い価格で購入しなければならないという事態が生じる可能性があり、消費者間での所得の移転が生じるのみとなるおそれがある。こうした状況が、消費者間の公平性の観点から問題とならないか、検討する必要がある(下記第4節)。

生産コストがどれだけ増加するか、また、製品・サービスの価格がどれだけ上昇するかに関しては、企業において、本制度の導入により、消費者に対して支払う金額等がどれだけ増加すると予測するかに依存するところが相当程度あり、この問題の分析に当たっては特に慎重な検討を要する。

一般的に、企業にとって、本制度の導入により、消費者に対して支払う金額等がどれだけ増加するかを予測するのは難しいと考えられる。まず、企業の中には悪質な企業ではない優良な企業が多数存在し、自社の製品・サービスに微妙な不具合があったとしても、本制度の適用対象になるかどうか、あるいは、本制度により特定適格消費者団体が訴訟提起するかどうか、判然としない場合もあると考えられる。次に、本制度による訴訟に対して、どれだけの消費者が参加するかの予測は難しい。二段階目の手続の運用等により、事実上消費者に有利な判断がなされることを期待して、本来は

自己の請求権を十分主張立証できない消費者(真の権利者でない者も含まれる)ばかりがオプト・インしてくる可能性もある(逆選択)³。さらに、実際には、企業の製品・サービスに不具合がなくても、本制度の訴訟により、消費者に対して支払義務があると判断されるリスクもあり(タイプ I エラー)、本制度導入後の本制度に対する社会的評価等いかんによっては、かかるリスクが通常の民事訴訟に比べて増減する可能性も否定できない。加えて、現在の制度案では、特定適格消費者団体への報酬や代理人弁護士への報酬に対する規律の内容が判然とせず、一般的なリスクとして、特定適格消費者団体や代理人弁護士が必ずしも消費者の利益を考えて行動しないというリスクも考えられることを踏まえると(エージェンシー問題)⁴、企業が本制度により支払う可能性のある金額等を予測することは困難を伴う。一つの参考データではあるが、例えば、2002年の米国における不法行為制度に関する費用のうち、保険でカバーされた費用約 1658 億ドルの内訳を見ると、被害者の損害の回復に充てられた金額は 46%にとどまり費用総額の半分にも届かず、その余は弁護士費用、保険会社による保険金支払処理費用等により占められたとの試算があり(別表 1)⁵、被告が支払った 1 ドル当たり、0.46 ドルしか被害者に支払われなかったと考えることができる。本制度もその設計次第では、企業が、被害者の損害の回復に直接的に充てられる費用以外に、過分の費用を負担することを考慮せざるを得ない状況となる可能性がある。

このように、企業にとって、本制度の導入により、消費者に対して支払う金額等がどれだけ増加するかを予測するに当たっては、多くの不確実性を考慮しなければならない。そうした不確実性の高い状況への対処方法として、企業の経営者が、後になって自らが経営責任を追及されるリスクに鑑みて、当該企業が支払う可能性のある金額を多めに見積もる場合は、企業の生産コストの上昇幅が大きくなると考えられるか

³ 例えば、Ulen, Thomas S., 2012, "The Economics of class action litigation," *The Law and Economics of Class Actions in Europe : Lessons from America* (Backhaus et al. eds.), Edward Elgar, pp. 85-86. を参照。

⁴ 例えば、前掲 Ulen, pp. 82-85. を参照。

⁵ Tillinghast-Towers Perrin, 2003, "U.S. Tort Costs: 2003 Update, Trends and Findings on the Cost of the U.S. Tort System," pp. 13-17. を参照。本文中のデータはあくまで不法行為制度に関する費用についてのものであり、クラスアクション以外の訴訟に関する費用も含まれており、また、ビジネス関係の訴訟以外の費用も含まれている点に留意が必要である。加えて、米国ではその後、クラスアクション適正化法(Class Action Fairness Act of 2005)が施行されることになり、データにも一定の変化が生じたと思われる上(本文中のデータがどう変化したかは公表されていない模様である。)、米国のクラスアクションは拡大損害を適用対象とする一方、現在の消費者庁の制度案は拡大損害を適用対象外としている等、日米の訴訟制度の差異等も考慮する必要がある。これらを踏まえた上で、本文中のデータから学べる重要な点の一つは、本制度の設計・運用次第では、消費者被害の回復に非効率な事態がもたらされるおそれがあるので十分な検討を行う必要があるということである。こうした検討を行う場合に、具体的に採り得る方策の一例として、本制度導入後、被告企業が支払った金額の一体どれだけの割合が被害消費者の手元に届くことになるのかを検証するため、エージェント・ベースト・モデル等の利用によるシミュレーションを行うことが考えられる。エージェント・ベースト・モデルに関しては、例えば、太田勝造「法学におけるエージェント・ベースト・モデルの可能性」(2004年)理論と方法 Vol. 19, No. 1, 53~65 頁を参照。

ら、製品価格の上昇幅も大きくなる可能性があり、経済全体から見て、非効率なほどに、価格上昇が起こる可能性すらある。ただし、そもそも、企業において、消費者に対して支払う金額等がどれだけ増加するかについてどの程度予測するか自体も不明である点にも留意が必要である。例えば、予測には情報収集・判断コストが伴うので、企業が予測を放棄して過度に楽観的な経営戦略を立てる場合も考えられるし、あるいは、情報収集・判断コストを減らすため他社の予測や世間一般の意見に従うことも考えられ(社会的インタラクション)、その場合の終着点は偶発的な要素に依存することになる。

他の問題として、大企業等、取引契約の交渉上有利な立場にある者が、生産コストの増加を製品・サービス価格に価格転嫁する一方、中小企業等、取引契約の交渉上不利な立場にある者は、価格転嫁できず、負担が増加するという事態が生じるおそれがないか、これが公平性や効率性の観点から問題がないか、また、いわゆる「最安価費用回避者(cheapest cost avoider)」に責任を負わせる原則に反していないかについても、分析する必要がある。製品・サービスの生産過程では、複数の企業が関与するのが通常であるから、この問題の分析は、本制度の効果が関係者にどのような形で及ぶかを検討する上で、避けて通れない。現在の制度案によれば、一段階目での仮差押えが認められる等、中小企業への負担が過大なものとなるおそれがあり(下記第6節)、特に、本制度が中小企業に与える影響の分析が必須である。こうした中小企業にとっては、一段階目での和解のオプションを増やすことが、助けとなる可能性もある(下記第5節)。

以上のような、本制度の導入が製品・サービスの価格に転嫁される可能性があるとの議論に対しては、時間の経過とともに、より低い生産コストで高品質な製品・サービスを提供しようとする企業が登場することで、製品・サービスの価格は低下するから、本制度は消費者の利益に資するとの反論が考えられる。しかし、かかる反論が成り立つためには、製品・サービスの性質、市場の競争の程度、需要の価格弾力性、市場における規制の有無等について一定の条件が揃う必要があるから、単純な議論を展開することはできない点に注意が必要である⁶。

⁶ 例えば、Deffains, Bruno and Dominique Demougin, 2012, “Class Actions, Compliance and Moral Cost,” *Review of Law & Economics*, 7, issue 2, pp.481-500.を参照。

(2) 本制度の導入により、企業が研究開発投資に消極的になるなどして、技術革新の阻害という事態を招きかねないため、委縮効果が生じないように慎重な制度設計を行わなければならないこと

本制度は、消費者被害の回復に資する側面がある一方、以下に見るとおり、企業の研究開発投資を阻害するおそれもあるので、これが結果として技術革新の阻害につながって、かえって消費者の経済的厚生に反するといった事態を招かないようにするため、この点についての分析が必要である。

まず、上記(1)で見たとおり、本制度は、企業の生産コストを増加させ得る。そして、本制度による手続に参加する消費者の数が事前には予測が困難な場合があること、現在の制度案が企業が敗訴した場合に負担する債務額に上限等の制約を設けていないこと、いわれのない濫訴のおそれがあることなどを考慮すると、生産コストの増加幅は当面は不確実である。特に、これまで市場に登場していない新しいタイプの製品・サービスは、その品質に伴う不確実性も大きくなると考えられるため、企業は、新しいタイプの製品・サービスに関し、本制度の導入により生じる生産コストを過大に見積もった上で、研究開発投資に関する意思決定を行うおそれがある。その際、本制度が企業の研究開発投資に関する意思決定に与える影響については、企業規模や業界ごとによって変わってくるものと考えられ、本制度が特定の企業群について著しい悪影響を及ぼすおそれもあり、その点についても、具体的な検証をするとともに、そうした悪影響が及ぶのを防ぐべく制度上の工夫をする必要がある。一つの参考データではあるが、例えば、米国では、2005年、年間売上高1000万ドル未満・従業員1人以上の小規模な企業の売上高は、企業全体の売上高26兆2480億ドルの約19%となる4兆8680億ドルであった一方、当該小規模な企業が負担した不法行為に関する費用(被害者の損害の回復に充てられた費用、弁護士費用、保険会社による保険支払処理費用等の合計額)は、企業全体における当該負担総額1430億ドルの約69%となる980億ドルに上り、かつ、そのうち200億ドルは、保険金によらず自己負担により支払ったとの推計結果もある(別表2)⁷。

さらに、本制度は、一段階目での仮差押えにより、中小企業に過大な負担を課すおそれがあるが(下記第6節)、これは、中小企業の資金調達を困難とし、流動性制約を

⁷ 詳細は、Pendell, Judyth W. and Paul J. Hinton, 2007, "Tort Liability Costs for Small Businesses," U.S. Chamber Institute for Legal Reform. を参照。当該推計結果にどのような意味があるか、非効率な状況を示しているのか等の解釈には、企業規模ごとに企業数が異なるといった点等を考慮して、さらなる検討が必要であり、単純な解釈をすることはできない。また、本制度へのインプリケーションを考える際には、当該推計結果が不法行為制度に関する費用であることや、日米の訴訟制度の差異等を考慮する必要がある。これらを勘案した上で、日本においても、企業規模と企業が負担する債務額との関係等の視点から、訴訟制度の構造を調査した上、これを手がかりとして、企業の生産コストにおいて、本制度を含めた訴訟制度の占める重要性を、企業規模や業界ごとに分類するなどして検討することが必要である。

強めるので、この点からも、研究開発投資を阻害するおそれがある。

日本の研究開発投資の現状を見ると、金額的には、国際的に見て高水準となっている⁸。しかし、その内訳を見ると、中小企業の研究開発投資水準が低迷しており、これが中小企業の TFP 成長率を低迷させ、90 年代以降の日本の TFP 成長率の低迷につながった可能性があることが指摘されている⁹。生産性の低い中小企業が市場競争により淘汰されることはやむを得ない面があるとしても、現在の中小企業の研究開発投資水準が非効率な水準となっており、これを改善する余地があるのであれば、中小企業の研究開発投資を阻害せず、促進することが重要である。また、大企業の研究開発投資に関しても問題がないわけではなく、近年、研究開発効率が低迷している可能性が指摘されている¹⁰。

中小企業で研究開発投資が低迷している原因としては、資金不足、人材不足、市場動向の不確実性等の要因が考えられ、ある質問票調査結果によれば、各要因について、3~4 割程度の中小企業が、研究開発等の障害となると回答している¹¹。中小企業の研究開発投資に訴訟制度が与えるインパクトについては不明な点が多く、本制度が与えるインパクトも予測し難いものがあるので、今後の研究・議論が望まれるが、例えば、以下の問題に関しては十分な分析が必要であると思われる。

すなわち、本制度は一段階目の手続きにおいて、仮定の債権額に対する仮差押えを認めるものであるが、これが中小企業の資金調達を一層困難とし、流動性制約を強めることで、研究開発投資を阻害するおそれがないか、分析する必要がある。上記の質問票調査結果が示すように、中小企業の研究開発投資にとっては資金不足が阻害要因の一つとなっていると考えられる。また、この点に関連して、日本における中小企業に対する研究開発投資減税制度は、中小企業の研究開発投資を増加させる効果があり、特に流動性制約のある中小企業でその効果が大きいとの実証研究が存在し¹²、この点からも、中小企業の研究開発投資に関する意思決定には、流動性制約が大きな要因となっていることが窺われる。

このように、中小企業の研究開発投資に関し、流動性制約が阻害要因となり、本制

⁸ 経済産業省産業技術環境局技術調査室『我が国の産業技術に関する研究開発活動の動向－主要指標と調査データ－第 8 版』（2008 年）4~5 頁。

⁹ 金榮愨＝深尾京司＝牧野達治「『失われた 20 年』の構造的原因」（独立行政法人経済産業研究所、2010 年）42 頁。

¹⁰ みずほ総合研究所「日本企業の競争力低下要因を探る～研究開発の視点からみた問題と課題～」（みずほレポート、2010 年）。

¹¹ 三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング株式会社「平成 21 年度中小企業技術基盤強化税制（研究開発促進税制）の効果に関する調査＜調査報告書＞」（2010 年）16 頁。

¹² Kobayashi, Yohei, 2011, “Effect of R&D Tax Credits for Small and Medium-sized Enterprises in Japan: Evidence from firm-level data,” *RIETI Discussion Paper Series* 11-E-066.

度による仮差押手続が、中小企業の資金調達を不当に阻害するおそれがあるのであれば、これを防ぐような制度上の工夫が必要である(下記第6節)。

また、本制度による手続に参加する消費者の数が事前には予測が困難な場合があること、現在の制度案が企業が敗訴した場合に負担する債務額に上限等の制約を設けていないこと、いわれのない濫訴のおそれがあることなどから、本制度により企業が負担する可能性のある債務額が不確実であることが、中小企業を含めた日本企業の研究開発投資にいかなるインパクトを与えるかについての分析も必要であると思われる。

この点に関し、例えば、米国では、製造物責任に関する研究ではあるが、実証分析を踏まえ、製品の不具合に関し訴訟制度により適度な額の債務を企業に負担させる場合は、技術革新につながる一方、過大な額の債務を企業に負担させる場合は、技術革新の阻害につながるおそれがある旨を指摘した研究が存在する¹³。

現在の制度案は、拡大損害に関しては本制度の対象外としているため、企業が過大な額の債務を負担させられるおそれは一定程度払拭されていると思われるが、上記のとおり、本制度により企業が負担する可能性のある債務額が不確実であることは否めないものであるから、このことが企業の研究開発投資に悪影響を及ぼし、非効率な事態を招くおそれがないか、十分な検討が必要である。

以上のような、本制度が企業の研究開発投資を阻害するおそれがあるため、この点を分析する必要があるとの議論に対しては、①日本の研究開発投資の水準は国際的に見ても高く、本制度が及ぼすインパクトは無視できる、②本制度により企業の負担する可能性のある債務額が不確実である点は、制度の運用が進むにつれて、予測可能性は確保できる、といった反論が考えられる。しかし、①に関して言えば、上記で見たとおり、日本の研究開発投資の内実を細かく見ると、非効率な側面があると考えられるし、本制度が与えるインパクトに関しても、無視できるとは言い切れない以上、この点の分析は不可欠である。また、②に関して言えば、いつの時点で予測可能性が確保できるのか自体が不確実である以上、仮に短期的に解決する問題であるとしても、その間の社会的コストを無視できないし、また、仮に短期的攪乱があるにすぎないとしても、それが長期的に無視できない悪影響を持つおそれがある点を考慮しなければならぬので、上記の問題を分析する必要性は変わらない、との再反論が可能である。

¹³ Viscusi, W. Kip and Michael J. Moore, 1993, "Product Liability, Research and Development, and Innovation," *Journal of Political Economy*, vol. 101(1), pp.161-84.

(3) 本制度の導入により、対日直接投資が減少し、雇用の減少等を招くおそれがあるので、こうしたリスクを踏まえた検討が必要であること：国際的視点の重要性

本制度の導入により、企業が特定適格消費者団体から訴えられるかもしれないという新たな不確実性が生じ、その場合に企業が負担する債務額に関しても、これまで論じてきたような不確実性が生じている。こうした状況では、外国企業が日本で法人を設立・拡大したり、既存の日本企業の株式の一定割合以上を取得して、経営参加するための国際資本移動、すなわち対日直接投資には、新たなリスクが生じることになる¹⁴。

直接投資は、単なる資本の国際移動ではなく、経営資源(技術、経営及びマーケティングのノウハウ等)の移動を伴うものであり、国内の雇用創出や技術革新を促進するものであって、日本が昨今の経済停滞から抜け出す際に大きな役割を果たすことが期待されている¹⁵。しかし、直接投資の実態を見ると、日本は他の先進諸国と比較して、対内直接投資が極めて少なく(対 GDP 比で見た対内直接投資累積額等)、他方で、対外直接投資が対内直接投資に比して極めて多いので(国際収支統計ベースの投資フロー等)、経営資源流出による空洞化が生じており、これは日本が国際競争において負けつつある状況を示している¹⁶。そのため、現状、対日直接投資は、日本経済にとって非効率に低水準となっている可能性が高い。

対日直接投資が低水準にとどまっている原因としては、歴史的要因、地理的要因、欧米諸国との言語系統の相違、及び、税制等の市場規制要因等、様々な要因が考えられ、訴訟制度が与える影響力は、その一部でしかない。しかし、既にクラスアクション制度を導入している米国に関して見ると、1980年代から対米直接投資が世界の海外直接投資の中で占めるシェアが減少してきた事実を前提に、1950年から2006年の間に不法行為に関する費用がGDP比で見て0.62%から1.87%に増加した事実、企業の不法行為に関する費用が2000年から2006年の間に平均で毎年実質4.3%増加している事実、不法行為に関する費用のGDP比が他の先進国に比して際だって高いといった事実や、外国企業が米国に投資する際に訴訟リスクが大きな阻害要因となる旨の質問票による調査結果等を踏まえ¹⁷、米国の訴訟制度に関する要因が対米直接投資に及ぼ

¹⁴ 直接投資の定義については、深尾京司＝天野倫文『対日直接投資と日本経済』(日本経済新聞社、2004年)1頁。

¹⁵ 深尾京司『「失われた20年」と日本経済』(日本経済新聞社、2012年)280頁、286～288頁。

¹⁶ 前掲深尾＝天野、41～45頁。

¹⁷ Eurochambres and U.S. Chamber of Commerce, 2004, “Obstacles to Transatlantic Trade and Investment,” 及び Neil Newhouse Public Opinion Strategies, 2007, “Insourcing Survey: A CEO-Level Survey of U.S. Subsidiaries of Foreign Companies,” survey conducted for the Organization for International Investment.等を参照。

す影響を分析する必要があるとの議論がなされている¹⁸。

日本の訴訟制度を大きく変え得る本制度が対日直接投資に与える影響が未知数である以上、こうした海外における議論も考慮した上で、制度設計を行うことが必要である。日本国内のデータには制約があるので、本節の問題点を分析するのは相当困難であるが、企業に対する質問票調査等を行うことによって、一定の理解が得られる可能性もある。なお、現在の制度案では、拡大損害に関しては、本制度の適用対象外とされているため、本制度により企業が負担する債務額の不確実性は、拡大損害を適用対象とした場合よりも小さくなっているが、今後、拡大損害まで適用対象とすべきとの議論が登場した場合は、本節が指摘する問題点の重要性がより高まることにも留意しなければならない。

具体的な制度設計に関して言えば、日本においては、本制度の導入にかかわらず、投資環境としての魅力が低いので対日直接投資が低水準にとどまっているとも考えられるが、そうであるとしても、本制度の導入により、対日直接投資の水準をより低下させるような事態を生じさせることは可及的に避けるべきである。そのための考え得る方策として、例えば、既になされた対日直接投資の判断の前提を変更したり、外国企業に混乱を与えたりすることを避けるため、本制度導入前の取引を適用対象外とすることが考えられる(下記第4節)。また、一段階目における和解制度を整え、紛争の早期解決のオプションを増やすことで、本制度が紛争の類型に応じて有効に解決機能を果たすことへの信頼を高め、外国企業が対日直接投資を行う際の予測可能性を確保することも考えられる(下記第5節)。さらに、一段階目での仮差押えに関して中小企業の負担を軽減することで、比較的規模の小さい企業への投資に伴うリスクを軽減することが考えられる(下記第6節)。もちろん、これらの方策が、消費者被害の予防・回復とのバランスで、悪影響を及ぼさないかの検討は別途必要である。

以上の議論に対する反論としては、①本制度のような訴訟制度の変更では、対日直接投資に与えるインパクトは微少で無視できる、②米国のクラスアクション制度と本制度とは異なる以上、海外のデータ・調査結果は参考とはならないなどといった反論が考えられる。しかし、①に関して言えば、ここで重要なことは、検討の上、かかる結論が導き出されたかということであり、本制度の導入が他の要因と相まって、対日直接投資を低下させる可能性がある以上、十分な検討が必要である。また、②については、国内のデータに制約がある以上、一定の共通点、類似性が見られる海外の制度

¹⁸ 詳細は、Schott, Charles G., 2008, “The U.S. Litigation Environment and Foreign direct Investment: Supporting U.S. Competitiveness by Reducing Legal Costs and Uncertainty,” U.S. Department of Commerce. 及び Gibson, Neil, Aaron Brickman, Charles Schott and Jennifer Derstine, 2007, “Assessing Trends and Policies of Foreign Direct Investment in the United States,” U.S. Department of Commerce. を参照。なお、これらの文献を見る限り、計量経済学的な分析等の厳密な実証分析は今後の課題となっているようである。

に関するデータ・調査結果を一つのベンチマークとして用いることは有用であり、立法事実の十分な検討が望まれる。

3. 現在の制度案についての弊害が少ないとは安易には考えられず、慎重な検討が必要であること

本制度については、しばしば米国におけるクラスアクションの現状を基に、制度の濫用のおそれが指摘されているところ、消費者庁は、検討中の制度案は、諸外国の制度の長所及び短所を検討した上で設計しており、米国のクラスアクションについて指摘されているような制度濫用のおそれは少ない旨説明をしている。

しかし、消費者庁が現在検討している、二段階の手続を前提とした、いわゆるオプト・イン方式の訴訟制度は、その判決の効力に関する構造において、米国のクラスアクションとの比較の観点からも、濫訴を招きやすいと考えられる特有のリスクを内包していると言えるため、制度の詳細設計に当たっては、かかるリスクを踏まえた上で慎重な検討を行う必要がある。

すなわち、米国のクラスアクションにおいては、個別の消費者がオプト・アウトしていない限り、判決の効力がクラス構成員に及ぶとされており、そのことにより、クラスを代表するものは、相当の責任感を持って訴訟遂行に当たることが制度上ある程度担保され、濫訴の抑制に一定の役割を果たし得る構造となっている。

これに対して、本制度においては、仮に一段階目で特定適格消費者団体が敗訴したとしても、当該敗訴の既判力は、他の特定適格消費者団体にのみ及び、個別の消費者には及ばず、個別の消費者は、自ら訴訟を提起することができることとされている。

一段階目における既判力を個別の消費者に及ぼさないとする点については、特定適格消費者団体が個別の消費者の授権なくして訴訟の提起をできることとする以上、やむを得ない帰結であるとしても、そのことにより、米国のクラスアクションと比較すると、敗訴の場合に、特定適格消費者団体や消費者が負担するリスクは極めて少なくなり、いわゆる試験的な訴訟提起等を比較的容易に行うことができる仕組みとなっている。その意味で、本制度においては、上記のような、米国のクラスアクションにおける判決効による濫訴防止のメカニズムは働きにくい構造になっていると言わざるを得ない。

この点において、本制度は、米国のクラスアクションと比較しても、濫訴を招きやすい特有のリスクを内包しており、本制度の導入に伴い、事業者のみならず消費者自身も多大なコストを負担する結果となりかねない。したがって、その制度設計の細部を検討するに当たっては、以下に述べるとおり、本制度が内包するリスクを踏まえた上で、コストを最小化しつつ、消費者被害の迅速かつ実効的な回復という制度の目的を達成する方策を検討する必要がある。

第3 本制度の対象とする事件には一定の絞り込みが必要であること

1. 支配性の要件を慎重に規定し、本制度により救済不可能な類型の事件を、本制度の対象外としなければならないこと

負担の重さから個別訴訟を提起できないような消費者の潜在的な権利を新しい制度によって実現するという本制度の趣旨からは、二段階目の手続で、個別の消費者につき、それぞれ共通義務以外の主要な争点が存在し、簡易確定決定に対する異議が出され、異議後の訴訟に移行した上でなお相当程度の審理が必要となる事件は、本制度を利用したとしても、そのことにより消費者が実質的な救済を得ることは事実上できないため、その制度趣旨に適合しないものというべきである。また、実際にも、仮にそのような事件をも本制度の対象とすれば、特定適格消費者団体と事業者との間における一段階目の審理に加えて、各消費者と事業者との間で相当程度の審理を必要とする二段階目の審理が多数行われることとなり、訴訟経済上著しく不合理となる。したがって、本制度により救済不可能な類型の事件については、本制度の対象外としなければならない、そのためにはいわゆる支配性の要件を慎重に規定する必要がある。

現在の制度案をみると、「裁判所は、共通義務確認の訴えに係る請求を認容する判決をしたとしても、事案の性質、当該判決に基づく簡易確定手続において必要となる審理及び立証の内容その他の事情を考慮して、当該簡易確定手続において届出債権の存否及びその内容を適切かつ迅速に判断することが困難であると認めるときは、共通義務確認の訴えの全部又は一部を却下することができるものとする」との記載があり、傍点部分が、支配性の要件を示しているものと思われる。

しかし、当該記載からは、いかなる類型の事件が、支配性の要件を欠くこととされるのか必ずしも明らかでないため、本制度を利用する特定適格消費者団体やその背後に存在する消費者にとっても、訴えを提起される事業者にとっても、予見可能性を欠くことになり、手続的明確性の観点から妥当ではない。仮に、法文の規定上は一定程度一般的抽象的な規定方法にならざるを得ないとしても、解釈上の指針等により、その対象を明確化することが適当である。こうした立法例として、例えば、家事審判法については、家事審判規則において、家事審判法の対象となる事件が類型化され規定されており、本制度においても、こうした規定方法を利用することが考えられる。

2. 本制度による救済の必要性が認められる事件を対象とすべきであり、例えば、行政機関による救済等、他の方法による実効的な救済が期待される場合には、必要に応じて、裁判官が本制度による救済手続を中止したり、訴えを却下する余地を設けるべきであること

上記第2の1において記載したとおり、多数の消費者に生じた被害を実効的に回復

するための訴訟制度を検討するに当たっては、ADR や行政機関による救済、事業者の自主的な取組といった、他の救済手段が存在するという社会的実態に着目して、訴訟制度がそれらの手段と調和しつつ、全体として、より少ないコストで実効性のある消費者被害の回復が図られることを目指す必要がある。

本制度は、大規模な消費者被害を迅速かつ実効的に解決するための枠組みを提供するという点で従来の訴訟制度が抱えていた問題点を大きく改善し得るものであるが、その詳細設計いかんによっては、訴訟以外の救済方法が十分に機能しなくなる事態を引き起こしかねず、ひいては、迅速かつ実効的な消費者被害の回復を阻害しかねない点に留意が必要である。

例えば、大規模な消費者被害の発生を受け、当該事業分野に対する監督権限を有する行政機関が、事業者に対する行政処分や行政指導を通じ、被害の回復を図ることを検討している場合、本制度による訴訟手続が開始されることにより、行政機関として、自らの行政処分や行政指導の内容が訴訟の帰趨に重大な影響を与えることを懸念し、あるいは、自らの行政処分や行政指導の内容が後に裁判所の判断と齟齬する結果となることを懸念することにより、必要な措置を迅速に講じることを見合わせ、本制度による訴訟の推移を見守るという姿勢を取る可能性がある。そうした場合、消費者は、少ないコストで迅速な救済を受ける機会を逸することになる。行政処分や行政指導は、既に生じている違法状態を解消するためだけに行われるのではなく、将来的に違法行為がなされることを抑止するためにも行われるものであるところ、上記のように、行政機関が、本制度による訴訟手続が開始されることにより、行政的な対応を自制した場合、違法状態の早期解消に支障が生じる。つまり、消費者が迅速な救済を受けることが妨げられるばかりか、将来にわたる違法抑止も進まず、新たな消費者被害の防止にも資さない結果になってしまうことが懸念されるのである。また、このように行政機関による対応が遅延した場合、事業者側としても、いまだ行政処分を受けていない以上は、行政処分を回避することを優先し、本制度による訴訟においても、自己の責任、法的義務の不存在を強硬に主張する可能性がある。その結果として、訴訟が必要以上に長期化し、特定適格消費者団体に無用の対応コストを強いることになるとはならず、結局消費者の救済が大幅に遅れることにもつながりかねない¹⁹。

事業者が自主的に被害回復のための措置を講じることを検討している場合にも、同様のことが当てはまる。すなわち、本制度による訴訟が開始されてしまえば、事業者としては、被害回復に伴う経済的負担を最小化する観点や訴訟戦略上の観点から、自主的な被害回復のための措置を講じることをせず、訴訟による解決を選択する可能性がある。この場合には、やはり、消費者は、少ないコストで迅速な救済を受ける機会を逸することになる。

¹⁹ 行政処分を課す場合には、処分を受ける者に対して聴聞あるいは弁明の機会を付与しなければならない場合があるが、訴訟手続と比較して、格段に迅速な処理が可能である。

さらに、ADR についても、ADR が第三者の専門的な知見を反映して紛争の実情に即した迅速な解決を図る手続として重要なものになっていることに鑑み、紛争の当事者がその解決を図るのにふさわしい手続を選択することを容易にし、国民の権利利益の適切な実現に資することを目的として、その手続等が整備されているところ²⁰、本制度の実施・運用においては、上記 ADR の目的との整合的な調和を図るための仕組みが必要である。具体的には、裁判外紛争解決手続の利用促進に関する法律第 26 条 1 項は、上記目的を実現するための方策の一つとして、紛争の当事者間に訴訟が係属する場合において、当該紛争の当事者間において ADR が実施されている等の事情が存在する場合には、受訴裁判所は、4 か月以内の期間を定めて訴訟手続を中止する旨の決定をすることができるとしている。しかしながら、本制度では、一段階目の手続においては訴訟の当事者は特定適格消費者団体であることから、たとえ、当該一段階目の手続において問題とされている事案につき、個別の消費者が ADR による解決を模索していたとしても、同条項は適用されず、訴訟手続は中止されないことになる。このため、本制度による訴訟が提起された場合、被告となった事業者が、訴訟戦略上の観点から、ADR による個別の消費者との間の紛争解決に及び腰になることも考えられ、ひいては、ADR による救済を望む消費者から迅速な救済を受ける機会を奪うことにもつながりかねない。

本来、訴訟は、紛争解決の手段としては最終的なものと位置付けるのがコスト・ベネフィットの観点から相当であり、上記のように ADR や行政機関による救済、事業者の自主的な取組が期待される場合には、まずはそれらの方策による救済を図り、それによっても救済されない消費者について、訴訟の場において救済の是非を判断するのが相当である。

従来の民事訴訟制度においては、訴訟は、相応のコストや敗訴リスクを伴うことから、その他の救済手段が存在する場合には、おのずとそれら的手段による救済が選択されることが期待できた。しかるに、本制度においては、個々の消費者がコストや敗訴リスクを負わない状態で、個々の消費者からの授權がないまま、特定適格消費者団体により、一段階目の手続が開始されることとなるため、他の救済手段による救済が現実に期待できる状況にあるにもかかわらず、安易に本制度による訴訟手続が開始されるおそれが多分に存在する。これは、上記のとおり、消費者にとっては、自らの意思によることすらなく、少ないコストで迅速な救済を受ける機会を失うことを意味しており、本制度の趣旨に反する結果をもたらしかねない。

したがって、本制度による訴訟を開始するに際しては、本制度により消費者被害を回復する必要性が存在することをその訴訟要件とした上で、例えば、他に迅速かつ効果的な救済手段が講じられることが期待される場合には、裁判所の裁量により、訴訟

²⁰ 裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律第 1 条。

手続を中止し、最終的に大多数の被害が回復されるなどして、本制度による救済を図る必要性が消滅した場合には、訴えを却下する余地を残すべきである。

第4 本制度の施行前の取引を同制度の対象とすることについて

1. 現状の制度案に係る議論

現状の制度案に関しては、法律施行後の請求(訴え)であって、実体法に基づく対象債権が存在する場合には適用の対象となると考えられるとされており、本制度の施行前に行った取引についても本制度が適用されることが予定されている。本制度の施行前に行った取引についても本制度を適用することの許容性については、現在の制度案があくまで民事訴訟制度の特例を定めるものにすぎず、既存の実体法に変更を加えるものではないことが根拠として挙げられている²¹。

2. 必要とされる観点

本制度施行前に行った取引に本制度を適用すべきとする立場からは、例えば、悪質事業者が、本制度施行前に行った取引において、消費者の被害と引き換えに不正な利益を得ているにもかかわらず消費者が泣き寝入りしていたという事案を念頭に、そうした消費者についても本制度を利用させ救済する必要性が認められる反面、このような事案に本制度を適用しても、当該悪質事業者は、従前消費者から不正に得た利益を吐き出させられるだけであって何ら不利益を課されるものではないとの主張が考えられる。こうした観点からは、逆に、本制度施行前の取引に本制度が適用されなければ、悪質事業者が得ていた不正な利益が保護される一方で、消費者は依然として泣き寝入りを強いられる結果となり、不当であるとの結論に至るものと思われる。

確かに、上記の問題意識は、消費者被害の一つの典型的な事案を念頭に置いたものではあるものの、言うまでもなく、本制度の被告となり得るのは、悪質事業者に代表されるような、実体法上消費者に対して義務を負う事業者のみではないという点に留意が必要である。本制度が扱う民事訴訟手続は、実体法上、被告に不当利得返還義務ないし損害賠償義務が既に存在していることを当然の前提として、単に原告の権利を執行するという手続ではなく、そもそも、原告が主張するような義務を被告が負っているか否かを判断するための手続である。このため、当然のことながら、実際には実体法上の義務がなく、勝訴することになる事業者も、本制度による民事訴訟手続の対象となり得るのである。そうである以上、個別の問題を検討するに当たっても、悪質

²¹ 消費者庁「『集団的消費者被害回復に係る訴訟制度の骨子』についての意見募集に対する主な意見の概容及び意見に対する消費者庁の考え方」参照。

事業者ないし実体法上消費者に対して義務を負う事業者と、それらに対して権利を有する消費者のみを念頭に置いて議論するのではなく、実体法上、消費者に対して義務を負っていない事業者も被告となり、訴訟対応を余儀なくされる場合があることも前提に議論する必要がある。

したがって、本制度の施行前の取引を同制度の対象とすべきか否かを検討するに当たっては、本制度施行前の取引に本制度を適用する場合、上記のように、実体法上何ら事業者の問題のなかった取引の当事者も含め、関係者の権利利益にどのような影響が及ぶかを慎重に検証した上で、消費者も含めた関係者の権利利益に対する影響を勘案しても、本制度の施行前の取引を同制度の対象とすることが政策判断としてなお妥当といえるか否かを検討することが必要である。

3. 施行前の取引についても本制度を適用することが取引当事者の権利利益に与える影響

上記のとおり、本制度は、悪質事業者のみならず、通常のビジネスを営む事業者をも広く対象とし得るものであることから、施行前の取引について本制度を適用することによる取引当事者の権利利益に与える影響の有無、内容を検討するに当たっては、まず、ビジネス取引一般の性質を踏まえる必要がある。

ビジネス取引においては、取引時点までに予測可能な事情を前提に取引当事者間の利害調整に基づき取引条件が決定され、取引が実施される。例えば、事業者が消費者に提供する製品やサービスに関し、消費者被害に係る訴訟について一定のリスクが存在するのであれば、事業者としては、消費者に提供する製品やサービスの質の確保に努め、かかる品質確保に係る追加コストを製品やサービスの価格に転嫁して吸収し、あるいはリスクをカバーするために保険契約を締結するなどの措置を講じることとなる。一方で、消費者としては、事業者により提供された製品やサービスの品質や価格が自らの需要を満たすものであれば、当該製品やサービスを購入し、そうでなければ購入しないという選択を行うことになる。このように、契約の締結時点までに予測可能な事情に基づき、取引当事者間の利害調整に基づき取引条件が決定され、取引が実施されるというのがビジネス取引の本質である。

本制度は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差により消費者が自ら裁判という手続により消費者被害の回復を図ることに困難を伴う場合が少なくないという現状を踏まえ、消費者に生じた被害を一括して実効的に回復するための手続を整備することをその趣旨としている。したがって、本制度の施行に伴い、消費者被害に係る訴訟は、その件数や金額の点で、従来提起されていた消費者被害に係る訴訟のそれを大きく上回ることが予想され、また、そのことは、上記制度趣旨からして、本来的に期待されているところでもあると言える。もとより、訴訟は、その勝敗について常に一定程度の不確実性を伴うものであり、また、その勝敗のいかんを問わず、被告側は、応訴による一定の時間的物理的コストに加え、訴訟提起されること自

体によるレピュテーション・ダメージといった無形の影響等を受けるものであり、さらには、誤審により、本来敗訴すべきでない訴訟において敗訴するリスクも存在する。これらの応訴に係る負担ないしリスクは、本制度の施行によって消費者被害に係る訴訟の件数や金額が大きく増大することにより、更に加重される。また、本制度においては、仮に一段階目で特定適格消費者団体が敗訴したとしても、当該敗訴の既判力は、他の特定適格消費者団体にのみ及び、個別の消費者には及ばず、個別の消費者は、自ら訴訟を提起することができる。このことは、事業者は、一段階目の共通義務確認の訴えとは別途、従来と同様の個別の消費者による消費者被害に係る訴訟にも重ねて対応しなければならない可能性があることを意味し、この点においても、本制度による民事訴訟について事業者が負うことになる負担ないしリスクは従来と比較して加重されていると考えられる。更に言えば、本制度においては、一段階目で共通義務確認の訴えが認容された場合、個別の消費者における権利の有無は、二段階目の簡易確定手続において確定されることになるが、製品の瑕疵に係る訴訟等、一定の種類の訴訟においては、主に事業者側が関連証拠を保有している等の事情に基づき、実質的に事業者側が個別の消費者における権利が認められないことの立証責任を負担することになる場合があると考えられる。現在の制度案を見ると、簡易確定手続における対象債権の届出についての審理では書証による立証のみが認められており、事業者が人証等を用いて個別の権利の存在を争うためには、届出債権について認否を争う申出、及び簡易確定決定に対する異議申立てを行った上で、異議後の訴訟において新たに立証を行うことが必要となる。このように、現在の制度案においては、消費者の権利の有無を争うための手続ないし立証の点においても、事業者の負担が加重されたものとなる可能性がある。

そして、以上のように本制度により従前よりも重く課せられた、民事訴訟に係るリスクないし負担(加重された訴訟リスク)は、実体法上義務を負う者(敗訴すべき者)にのみ及ぶものではなく、その程度の差こそあれ、本制度の対象となり得るビジネスを行う事業者すべてに及ぶものである。

したがって、本制度施行後は、事業者としては、本制度による加重された訴訟リスクを前提に、品質管理や価格設定、付保険等の措置を講じるか否かの検討を行うことになると思われ、消費者としても、加重された訴訟リスクを前提とした製品やサービスの質や価格が自らの需要を満たすものであるか否かを判断し、購入の有無についての選択を行うことになるはずである。本制度施行により加重された訴訟リスクの負担は本制度施行前の消費者被害に係る訴訟リスクを大きく上回るものであると考えられる以上、本制度の存在を前提として行われる利害調整の内容ないし結果も、これまでに本制度の存在を前提としないで行われた利害調整の内容ないし結果とは大きく異なるものになると考えられる。

しかるに、本制度施行前に行った取引にも本制度の適用を認める場合には、取引時点では予測できなかった事情に基づき、ビジネス取引の本質として、取引時点におい

て調整された取引当事者間の利害関係を事後的に変更することになる。すなわち、本制度施行前の取引については、事業者側において本制度における加重された訴訟リスクを踏まえた上での品質管理や価格設定、付保険等がなされているわけではなく、かかる施行前の取引に係る金銭支払義務についてまで本制度の適用対象とすると、事業者側にとって予見不可能であった加重された訴訟リスクを、事後的に事業者に負わせることになる。施行前に当該取引を行った当時において、かかる加重された訴訟リスクの存在を認識していれば、事業者としては、かかる訴訟リスクに対応して品質管理や価格設定、付保険等を行うことやその検討をすることが可能であったのに、事業者は、その機会すらも与えられないまま、訴訟リスクのみが事後的に加重されることになるのである。このように、本制度が施行前の取引をも適用対象とする場合、本制度の導入により、施行前の取引との関係では、事業者はその既得の経済的状态を一方的に不利に変更させられることとなり、かかる利害関係の変更は、ビジネス取引の本質である、取引時点における利害調整の結果を事後的に変更することをも意味する。

このように、本制度を遡及的に適用する場合には、ビジネス取引の本質である取引当事者間の利害関係の調整に反し、事業者にかかる意味での経済的損害を与えることになり、取引当事者における実体法上の権利利益に大きな影響を与えることになる。

本制度施行前の取引を本制度の適用対象とすべきか否かは、かかる取引当事者における実体法上の権利利益への大きな影響、さらには事業者の財産権その他の憲法上の権利との抵触も問題となり得るものであることを勘案した上で、慎重に検討されるべきである。

なお、本制度施行前に行った取引にも本制度の適用を認める場合、本制度開始前に対象となる事業を開始し、既に取引を行っていた事業者は、上述のとおり、加重された訴訟リスクを事後的に負うことになる。これに対し、本制度施行後に当該事業に参入した事業者は、最初から本制度による加重された訴訟リスクを前提とした措置を講じることが可能である。このことは、既存の事業者は、新規参入者に比して自動的に競争上不利な条件に立たされることを意味するのであり、事業者間における競争条件の公平という観点からも問題が生じ得る点にも留意が必要である。

さらに、本制度施行前に行った取引にも本制度の適用を認める場合、上記のとおり、事業者は、本制度における加重された訴訟リスクにつき、本制度の適用前に行われた取引については、品質管理や価格設定、付保険等による利害調整を図ることができない。そのことを前提に、事業者が、過去の取引に係る訴訟リスクについての利害調整を行う方法としては、将来の製品やサービスにおける価格に係る訴訟リスクを転嫁する可能性が考えられる。このことは、本制度施行前に行った取引の当事者であった消費者に対し、取引時点で調整された利害関係の対象外とされていた本制度による救済の可能性というメリットを事後的に享受できるようにすることと引き換えに、将

来の取引において当事者となる消費者に対し、上記メリットが事後的に提供されることに伴う訴訟リスクの増加に係る負担を負わせることを意味する。本制度施行前に行った取引に対する本制度の適用の適否を検討するに当たっては、こうした消費者相互の権利利益関係に及ぼし得る影響にも考慮する必要がある。

以上の議論に対しては、事業者としては、消費者に対して常に不具合の生じない良質な製品又はサービスの提供を行うべきであり、それは本制度の施行前後を問わないのであるから、そのような製品やサービスの提供を行っていた事業者にとっては、施行前の取引に本制度が適用されても影響はないはずである一方、事業者が不具合の生じる可能性のある製品やサービスを提供していた場合には、そのこと自体が不適切なのであるから、やはり本制度が遡って適用されることによる影響を考える必要はないとの指摘が考えられる。

しかし、第一に、そもそも、何をもって不具合と評価するかはそれ自体一義的に明確なものとは限らない上、仮に、不具合が生じない製品又はサービスの提供を行ってきた事業者であっても、上記のとおり、本制度の導入により、従前と比較して、訴訟リスクは加重されるのであって、不具合の生じない良質の製品又はサービスさえ提供していれば訴えを提起されるはずがなく本制度による影響を考慮する必要がないとの議論は一面的であると言わざるを得ない。

さらに、第二として、製品やサービスに生じる可能性のある不具合を考えたとき、その不具合の内容は必ずしも一様ではなく、それらをすべて同列に論じて、その遡及適用による不利益(利害調整結果への影響)につき考慮すべき余地がないと結論付けるのは妥当でない。すなわち、一口に製品やサービスに不具合があると言っても、それが消費者の身体や生命に影響を及ぼす可能性のある不具合である場合が存在する一方で、そのような影響を及ぼす可能性がなく、不具合が生じた場合に修理や交換等の対応を行うことにより、製品やサービスとしてのニーズを満たす場合も存在する。事業者としては、前者のような不具合が生じないように品質管理を行うべきことは当然であるが、後者のような不具合については、それが一定程度発生することを前提とした上で、当該製品やサービスの品質追求に要するコストとその価格転嫁可能性及び製品やサービスの瑕疵に伴う賠償や製品回収に伴うコスト等を勘案の上、経営判断の一環として、どの程度の品質を追求すべきかを決定するものであり、そのような経営判断のあり方は、それ自体として、社会通念上許容されるものである。

例えば、ソフトウェア開発においては、バグと呼ばれる製品の不具合を完全に排除することは極めて困難であり、事業者においては、上記各要素を勘案の上、当該ソフ

トウェアの販売の可否を判断していると思われる²²。不具合が生じる可能性を排除しきれない製品である場合、事業者はそれを前提とした価格設定やアフターサービス等の条件調整を行うことになると思われ、消費者としても、不具合が生じる可能性は限りなく小さいがその分価格の高い製品やサービスよりも、多少不具合が生じる可能性があっても、その分価格が安く、アフターサービスによる対応等が行われるのであれば、不具合が生じる可能性のある製品の方がかえって需要に合う場合があり得る。すなわち、このような製品やサービスが市場に存在することにより、消費者としては、価格と品質等との関係において、より豊かな選択肢の中から、自己の需要や選好に応じて最適なものを選択する機会を得ることにもなると考えられる。もとより、不具合が生じる可能性があるにもかかわらず、何らの条件調整が行われないのであれば、遅かれ早かれ、消費者の需要に合致しないことが判明し、当該製品やサービスを購入する消費者は存在しなくなるはずである。

このほか、新規技術を応用した製品など、未だ技術的に安定した製品供給が困難であり、一定程度不具合が発生する可能性は否定できないものの、新分野開拓の意図とともに製品の販売に踏み切るという判断を行う場合もあり得る。そのような判断は社内通念上非難されるべきものではないし、消費者にとっても歓迎されるべき側面を有する²³。

このように、製品やサービスの品質追求に要するコストとその価格転嫁可能性及び製品やサービスの瑕疵に伴う賠償や製品回収に伴うコスト等を勘案の上、不具合が生じた場合に修理や交換等の対応を行うことにより、製品やサービスとしての需要を満たすものを提供するとの判断を行うことは、社会通念上許容される経営判断のあり方であり、消費者の利益に合う面もある。したがって、本制度施行前に行われた取引が、不具合が生じる可能性のある製品やサービスを対象とする場合であったとしても、そのことのみから、当該取引における利害調整結果への影響を考慮しなくてよいとの結論が導かれることにはならない。

²² 1999年3月、東芝は、自社製のノートPCのフロッピーディスク装置を制御するICのマイクロコードに一部不具合があり、このため書込みエラーが発生してデータ破壊につながる可能性があるとして、保証違反等を理由として、米国でクラスアクションを提起され、最終的に総額1100億円に上る和解をすることとなった(なお、東芝はソフトウェアの不具合を認めていない。)。本制度下においては、ソフトウェアの不具合を理由とする拡大損害について共通義務確認の訴えが認められることはないとしても、ソフトウェア代金等のソフトウェア自体に係る損害との関係では、ソフトウェアの不具合を理由とする共通義務確認訴訟が提起される可能性も否定できない。

²³ 「消費者に便利といえる企画があっても、訴訟等のリスクがあれば、企業はそれを採用しなくなりませう。生命や生活における重大な問題については最大の配慮が必要ですが、そうでない領域は、利便性やコストとのバランスが重要です。あまり防衛的になると、消費者の利便性が図られなくなる面があると思います。」(「集合訴訟の脅威」(西村高等法務研究所責任編集・商事法務)127頁の中出哲早稲田大学商学学術院准教授の発言)。

4. 投資家等の第三者の権利利益に与える影響

投資家が事業者に対して投資を行う場合、あるいは、ある事業者が他の事業者との合併を検討する場合、当該事業者の抱える訴訟リスクや偶発債務をも見積もった上で投資や合併の可否、投資額や合併の条件を決定する(以下、かかる決定を行う投資家や事業者を合わせて「投資家等」という。)。また、金融機関などの融資者が、事業者に対する融資の可否・融資条件の決定を行う場合も、当該事業者の信用リスクを判断するに当たり、同様に当該事業者の抱える信用リスクや偶発債務を見積もる必要がある。

上記1のとおり、本制度の施行に伴い、消費者被害に係る訴訟は、その件数や金額の点で、従来提起されていた消費者被害に係る訴訟のそれを大きく上回ることが予想され、提訴された事業者の資産が大幅に流出し、場合によっては提訴された事業者が倒産に至ることにより、出資金や貸付金の回収が不能となるリスクも従前より増すことになる²⁴。本制度導入後に投資や合併の判断をする際には、これらの増加したリスクを織り込んだ上でその条件を決定することとなるであろうが、本制度施行前に行った取引にも本制度の適用があるとした場合、本制度施行前に投資や合併の判断をした投資家等や融資の判断をした融資者に不測の損害を与えることとなりかねない。

5. 過去の立法例について

法律が過去に遡って適用されれば、場合によっては、既得権を害し、既存の法律関係の安定を損ない、国民は予期しなかった不利益を被ることにもなりかねないことから、法律は、一般に施行以後に生じた事象に適用されるのが原則であるとされる(法律不遡及の原則)。この点、遡及処罰の禁止について明文で保障している憲法第39条は、刑罰法規の不遡及を定めたものであるとされ、民事法や行政法の分野には適用されないと一般に解されているが、刑罰法規以外の場合にも、既得権尊重ないし法的安定性の見地から、法律不遡及の建前は原則として妥当するとされる。ただし、それは絶対的なものではなく、新法の方が関係者に有利な場合等はその建前は貫かれないとされる²⁵。

近年、消費者を多く含む保険契約者を保護することを目的の一つとして立法が行われた事例として、保険法の制定が挙げられる。保険法は、新たに片面的強行規定を導入するなど、保険契約者等の保護のための規定を多く設けており、このような法改正

²⁴ 事業者が倒産に至った場合に生じる影響としては、投資家等や融資者による出資金や貸付金の回収が困難になるほか、被害者である消費者の救済自体を困難にする面もある(第6節参照)。

²⁵ 大森政輔=鎌田薫編『立法学講義』(商事法務、2006年)222頁。

の趣旨からすれば、保険法の施行前に締結された保険契約にもできるだけ広く保険法の規定を適用すべきであると考えられる。一方で、保険法の施行前に締結された契約について保険法のすべての規定を適用してしまうと、契約締結時の告知義務に関する規定に代表されるように、契約締結時には有効であった法律行為の効力が事後になって否定されるなど、関係者の既存の権利関係に著しい影響を及ぼす場合があり得る。そこで、経過措置として、保険法の規定は、保険法の施行日以後に締結された保険契約に適用することとしつつ(保険法附則第2条本文)、関係者に対して不合理な不利益を及ぼすものではなく、むしろ保険契約者の保護やモラルリスク等の防止などの趣旨に照らして、既存の契約にも保険法の規律を及ぼすのが適当と考えられる一部の規定については、保険法の施行前に締結された契約にも保険法の規定を適用することとされた(保険法附則第2条ただし書き、同第2条ないし第5条)²⁶²⁷。

このように、近年の立法例においては、消費者保護を目的とする本制度と同趣旨の目的を有する法令であっても、関係者の既存の権利関係に著しい影響を及ぼす場合、ないし関係者に対して不合理な不利益を及ぼす場合には、遡及適用を認めないこととされている。本制度も消費者保護を目的とするものである一方、上記2ないし4のとおり、関係者の既存の権利関係に著しい影響を及ぼし、又は関係者に不合理な不利益を及ぼすものと評価し得ることからすれば、近年の立法例に照らし、その遡及適用の可否は慎重に検討すべきと考えられる。

この点、上記1のとおり、現在の制度案については、本制度の施行前に行った取引への本制度の適用については、民事訴訟制度の特例を定めるものであり、既存の実体法に変更を加えるものではないとされており、かかる議論においては、本制度施行前に行った取引に本制度が適用される結果、事業者が、本制度がない場合と比較して、消費者に対して多額の追加的な損害賠償金を支払うことになったとしても、それは、実体法上は既に存在していた損害賠償義務が実現したものにすぎず、本制度の適用により事業者が追加的な不利益を負担するものではなく、その他、関係者の実体的な権利関係に何ら影響を及ぼさないとの考え方が前提とされていると思われる。しかし、上記2でも触れたとおり、民事訴訟手続は、実体法上の権利が存在することを前提として、単にこれを執行するという手続ではなく、権利の存否を判断するための手続であり、上記3のとおり、民事訴訟において被告とされるのは、実体法上義務を負う者

²⁶ 法務省民事局民事法制管理官萩本修編『一問一答 保険法』(商事法務、2009年)216頁、落合誠一編『保険法コンメンタル(損害保険・傷害疾病保険)』(損害保険事業総合研究所、2009年)189～192頁。

²⁷ 具体的には、保険価値の減少(第10条)、危険の減少(第11条、第48条、第77条)、重大事由による解除(第30条、第31条2項3号、第57条、第59条2項3号、第86条、第88条2項3号)、保険者の破産(第96条)等については、施行日前に締結された保険契約にも適用されることとされている。

(敗訴すべき者)に限られない。本制度施行前に行った取引に本制度が適用される場合には、本制度による加重された訴訟リスクにより、関係者の実体法上の権利利益関係に大きな影響が及ぶことは上記のとおりであるから、本制度が実体法上の権利利益関係に変更を加えるものではないとの議論は前提を欠くものと言わざるを得ない。そもそも、実体法上の権利がどれだけ実現可能性を有し得るかは、民事訴訟制度等、手続法の制度設計により大きく影響を受けるものであり、そうであればこそ、本制度は、消費者被害について実体法上の権利を有する消費者が、その権利をより実現しやすくするという目的を達成するための手段として、民事訴訟制度を変更するという方法を選択しているものである。このように、本制度自体が、民事訴訟制度を変更することにより関係者の権利関係に大きな影響を及ぼそうとするものである以上、この遡及適用の問題の検討に当たっても、「本制度は手続法の変更にすぎず実体法の権利関係に影響を与えないのであるから遡及適用が認められる」といった二分論的な論理にとどまることなく、関係者の権利利益に与える影響を具体的に検討した上で、その適否を判断することが求められているというべきである。

実際の立法例においては、実体法に限らず、手続法の改正の場合であっても、それが関係者の権利利益関係や事実上の利害関係に影響を及ぼす場合には、当然に遡及適用を認めるという対応は取られておらず、近年の手続法の立法においても、関係者の利害関係を勘案した上で、遡及適用の是非が検討されている。

手続法上の規定を過去に発生した事実に適用することの是非が問題となった事例として、刑事訴訟法上の公訴時効等に関する規定の改正が挙げられる。すなわち、現行刑事訴訟法の施行時²⁸及び平成 16 年の刑事訴訟法の改正²⁹により公訴時効の一部延長等が行われた際には、いずれも新法施行前に犯された罪については、旧法の公訴時効が適用されることとされた。これらの改正において、公訴時効に関する規定の遡及適用を認めないこととした理由については、現行刑事訴訟法の施行時には、「既成の状態を尊重するためと、事の簡明を期するため」とされ³⁰、平成 16 年の刑事訴訟法改正時には、「公訴時効の制度趣旨については、実体法説³¹の考え方も有力に主張されていることに加え、事後的に公訴時効期間を延長することは、被告人に不利益であるこ

²⁸ 旧刑事訴訟法と比較して、単純賭博罪についての短期の公訴時効が廃止され、また、拘留又は科料に当たる罪についての公訴時効期間が延長された。

²⁹ 死刑に当たる罪、無期の懲役・禁錮に当たる罪及び長期 15 年を超える懲役・禁錮に当たる罪の公訴時効がそれぞれ延長された。

³⁰ 越田崇夫「公訴時効の見直し」(国立国会図書館調査及び立法考査局、2012 年)8 頁。

³¹ 時の経過によって犯罪の社会的影響が微弱化し、刑罰権が消滅するとの立場。この考え方によれば、旧法下において刑罰権が消滅したにもかかわらず、新法により刑罰権を復活させることは、憲法第 39 条の遡及処罰禁止の原則に抵触することとなる。

と」等が挙げられている³²。

これに対し、「人を死亡させた犯罪のうち、死刑に当たるもの」についての公訴時効を撤廃した平成 22 年の刑事訴訟法改正の際には、法制審議会において、被害者から改正法の遡及適用を求める強い要望が示されており、必ずしも保護に値しない犯人の期待より、そのような要望に応えることを重視すべきではないかという意見が多く見られたこと等を踏まえ³³、法律の施行前に犯された犯罪行為への新法の適用を認めることとされた³⁴。もっとも、上記平成 22 年改正においても、施行時に既に公訴時効が完成した事件については、改正後の公訴時効の規定を適用することは、被告人の地位を著しく不安定にすることから、これを適用しないこととする³⁵、公訴時効の規定とともに改正した刑の時効³⁶に関する規定については、とん刑者(所在不明で刑の執行を免れている者)の状況等を踏まえ、その必要性の度合いを検討の上、施行前に確定した刑について適用しないこととし、遡及適用をしないこととした³⁷。

このように、公訴時効期間等の変更に係る法改正においては、新法施行時や改正の都度、関係者の不利益の有無、当該不利益に対する保護の必要性、遡及適用をすることによるメリットの程度等を考慮要素とし、政策的観点から、遡及適用させることの適否が判断されている。こうした立法態度からしても、本制度について、実体法に変更をもたらすものではなく、民事訴訟手続の特例を定めるものであるからという形式論により直ちに過去に生じた事実についても新法が適用されるという結論が導かれるべきこととはならず、遡及適用の是非について、それによって発生し得る影響、関係者にもたらし得る利益・不利益の状況を子細に検討した上、その立法政策上の適否を慎重に検証することが不可欠である。

³² 松本裕・佐藤弘規「刑法等の一部を改正する法律について」『法曹時報』57 卷 4 号(平成 17 年)77 頁。「公訴時効は、訴訟手続を規制する訴訟条件であることから、裁判時の手続法によるべきものと考えられるが、公訴時効の制度趣旨については、実体法説の考え方も有力に主張されていることに加え、過去に行われた犯罪行為について、事後的に公訴時効期間を延長することは、被告人に不利益であることから、今回の改正による公訴時効期間の延長に係る新规定については、改正法の施行後に行われた犯罪行為についてのみ適用することとし、施行前に行われた犯罪行為については適用しないこととするのが相当と考えた」とされる。

³³ 法制審議会刑事法(公訴時効関係)部会第 6 回会議議事録 2 頁。

³⁴ なお、「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」法令解説資料総覧 345 号(2010 年)22～24 頁においては、平成 16 年改正との関係につき、「平成 16 年改正は、一般的に法定刑の重い犯罪を対象とするものであったのに対し、今回の法整備は、人を死亡させた犯罪という特定の罪種を対象とするものであること」等が指摘されている。

³⁵ 前掲法令解説資料総覧 345 号・25～26 頁。

³⁶ 刑の時効制度とは、刑を言い渡す判決が確定した後、刑が執行されないまま一定期間が経過したときは、刑の執行を免除するものである。

³⁷ 前掲法令解説資料総覧 345 号・26 頁。

第5 本制度の一段階目の手続(共通義務確認訴訟)における和解について、共通義務の確認をあえて行わない自由な内容の和解を可能とした上、紛争の最終的な解決を図ることができる制度としなければならないこと

1. 共通義務の確認をあえて行わない自由な内容の和解を可能とすることで、早期に、紛争の実態に応じた解決をすることができること

現在の制度案によれば、一段階目の手続において和解を行うことが可能であるものの、和解は共通義務の存否について行うものとされ、共通義務の存在を認める旨の和解がなされた場合には、二段階目の手続において消費者の債権が確定されることとされている。こうした記載からすると、一段階目の手続における和解においては、事業者が自らに共通義務があることを認めるという内容の和解のみがなされることを前提としているように読める。そのため、一段階目の手続における和解で、事業者が共通義務があるかどうかを確認しないまま、事業者が金銭等を支払うといった内容の和解をすることがそもそも不可能とされているのではないかと考えられる³⁸。

しかし、和解できる対象を共通義務の存否に限定した場合、一段階目の手続において当事者が和解に至る場合は極めて限定的にならざるを得なくなると思われ、紛争を早期に解決することができないおそれがある。具体的には、わが国における訴訟内外における和解の実態を見るに、これまで、多くの事業者が、法的責任が必ずしも明らかでない事案においても自主的に消費者の苦情等に対応してきており³⁹、義務の存否ではなく支払金額に着目して和解の是非が判断されている場合が少なくない。そのため、現在の制度案は、このような和解の実態から乖離したものとなる懸念があり、紛争の早期解決という和解の重要な機能が、有効に発揮されないのではないかという疑問が生じる。

そこで、一段階目の手続において、例えば、共通義務の確認をあえて行わず、「消費者一人当たり〇〇円を支払う。」旨の金額に着目した和解を行うことも可能とすることが考えられる。加えて、その際には、金銭給付以外を内容とする和解も可能と

³⁸ 裁判例上、「訴訟上の和解には、当該訴訟の訴訟物たる権利関係以外の権利関係を包含させても違法ではない」とされていることから(最判昭和43年3月29日)、一段階目の手続と二段階目の手続では訴訟物が異なっており、一段階目の手続における訴訟物は共通義務の存否のみであると考えたとしても、一段階目の手続における和解において、一段階目の手続の訴訟物である共通義務の存否以外の事項に関する和解をすることはなお可能であると解する余地もあるかもしれない。しかしながら、本制度は、新たな訴訟制度を構築するものであり、その具体的な制度設計いかんによっては、一段階目の手続における和解の内容が共通義務の存否に関するものに限定される可能性がないではなく、現在の制度案においては、上記のとおり、むしろ、そのような制度設計を念頭に置いているようにも思われる。

³⁹ 経営法友会消費者法制研究会「消費者集合訴訟制度に関するアンケート調査(概況)について」(2011年)2頁。

することが考えられる。本制度の適用対象となる紛争の内容は多様であって、望ましい解決方法も当然に異なってくるものと考えられるところ、消費者に生じた被害を一括して実効的に回復するという本制度の目的に照らし、被害の実効的解決に資する可能性のある解決方法をあえて排除することとすべき理由はないからである。実際、諸外国の実態を見ても、例えば米国のクラスアクション制度の下では、被害者の実質的救済を図るべく、金銭賠償だけでなく、クーポン配布や将来にわたる商品価格のディスカウント等、多様な内容の和解が行われている⁴⁰。

以上のとおり、一段階目の手続において、共通義務の確認をあえて行わない、自由な内容の和解を可能とすることで、より多くの事案において、一段階目の手続の中で、和解により早期に紛争の最終的な解決を図ることが可能となるものと考えられる。和解の機運が高まった際に、機を失することなく、紛争の最終的な解決を図ることは、消費者被害の迅速な回復を可能とし、まさに消費者被害の実効的な回復をもたらすものである⁴¹。事業者にとっても、早期の紛争解決の機会が与えられることで、訴訟が長引くことによる負担(例えば、訴訟に伴う直接的な費用だけでなく、機会費用⁴²やレピュテーション低下に伴う費用等)を回避することができる。

2. 想定され得る弊害は、制度の整備によって解決可能であること

一段階目の手続において自由な内容の和解を可能とするとしても、①消費者の関与しないところで消費者に不利な和解がなされるのではないかといった懸念や、②紛争の最終的な解決が確保されなければ事業者に和解するインセンティブが生じないのではないかといった懸念、③現在の二段階の制度案では、一段階目で共通義務を認める判決を行い、二段階目で個々の消費者に支払う金額を決める仕組みとなっているのに、一段階目で和解により金額を確定してしまうことは、整合性を欠くのではないかといった懸念が生じ得る。

しかし、これらの懸念は、以下のとおり、制度の整備によって解決し得る問題である。

まず、①消費者の関与しないところで消費者に不利な和解がなされるのではないかといった懸念については、和解には裁判所の承認が必要であるとするなどにより、和解内容が不当なものとならないよう、一定の歯止めをかけることが可能である

⁴⁰ 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会「アメリカ合衆国クラスアクション調査報告書について(上)」(2008年)NBL880号、105頁。

⁴¹ この点は、内閣府消費者委員会の集团的消費者被害救済制度専門調査会においても大方の意見であったと、同専門調査会座長の伊藤眞教授が述べている。伊藤眞・加納克利「インタビュー 集团的消費者被害救済と新たな訴訟制度の創設について」(2011年)NBL965号、16頁。

⁴² 事業者は、裁判に関わることで、裁判に関わる代わりにその間本来の事業活動を行っていれば得られたであろう利益等を喪失していることになる。

し、事業者と特定適格消費者団体との和解後、個別の消費者が当該和解内容に従って金銭支払等を受ける意思表示をしない限り、当該消費者には和解による既判力が及ばないとする事で、消費者に対する不利益は十分に回避することが可能である。

次に、②紛争の最終的な解決が確保されなければ事業者には和解するインセンティブが生じないのではないかと懸念については、和解が成立した場合、他の特定適格消費者団体は、当該事業者に対して、同一の共通義務確認の訴えを提起することができないものとする事で、紛争の最終的な解決を担保することが考えられる。和解が成立した場合であっても、なお個別の消費者から別訴を提起される可能性がないとは言えないが、本制度のような集団的な訴訟制度は、本来、個別の消費者には訴訟提起のインセンティブがないが、被害回復の必要がある場合を想定したものであるから、特定適格消費者団体と事業者との間で和解が成立すれば、個別の消費者にとっては別訴を提起するより和解に参加する方がメリットは大きく、比較的多数の消費者がこれに参加することが期待できるため、事実上、紛争の終局的な解決につながるものと考えられる。もちろん、一段階目の手続において自由な内容の和解を可能としたとしても、あらゆる種類の紛争が、和解により解決されるわけではない。しかし、これにより、少なくとも一定割合の紛争について、早期に柔軟な解決が可能となることは間違いないのであって、この点に意義がある以上、責任原因に係る事実の確認をあえて行わず、金銭及び金銭以外の給付を内容とする和解のルートを残すことには大きな意義がある。

さらに、③現在の二段階の制度案では、一段階目で共通義務を認める判決を行い、二段階目で個々の消費者に支払う金額を決める仕組みとなっているのに、一段階目で和解により金額を確定してしまうことは、整合性を欠くのではないかと懸念については、次のとおり解決することが可能である。すなわち、一段階目において共通義務の存否については和解対象とせず、「消費者一人当たり〇〇円を支払う。」等の内容の和解を成立させ、二段階目において、この内容を周知(通知・公告)し、当該和解内容に従って金銭支払等を受ける意思表示をしてきた消費者に既判力を及ぼす制度とすれば、現在の制度案とも整合する。そのために必要となる和解金の分配手続や消費者の申出手続を別途整備することにより、迅速かつ公正な手続の下、消費者の実質的な救済に資する解決オプションを用意することができる。

第6 特定適格消費者団体による仮差押命令に対する取消しを認めるべきであること

1. 特定適格消費者団体による仮差押えは、事業者に対して過度に不合理な負担を負わせおそれがあり、ひいては消費者に対する権利保護に反する場合があること

現在の制度案では、仮差押えが可能となる時点について明確な定めはないが、共通義務確認訴訟が提起される前に仮差押えを行うことを可能とする制度設計がなされることが考えられる⁴³。そして、仮差押えの範囲については、これを対象債権の総額とする制度設計がなされることが予定されている⁴⁴。

しかし、このような制度設計の場合、後の二段階目の手続において届出がなされる範囲を超える過大な仮差押えがなされる可能性を排除することはできず、事業者に対して過度に不合理な負担を負わせる可能性は一定程度不可避免的に存在することになる。共通義務確認訴訟の段階において過大な仮差押えがなされたことで事業者のキャッシュフローが滞り、経営状況が悪化し、最悪の場合には倒産に至るなどの事態が生じることは十分に予想され、仮に、対象債権の確定手続において、届出債権者の数に応じて仮差押えの範囲を縮減する制度が設けられたとしても、一度生じた経営状況の悪化等の事態がこれによって解消されるものでないことは明らかである。特に、事業者が中小企業の場合には、このような企業の存亡に関わるような事態が発生する可能性が高く、事態が深刻化するおそれも大きいと考えられる。

また、本制度が、実際の権利主体である消費者がオプト・インする前の段階で保全を認めるものであるとすれば、特定適格消費者団体による保全申立てがなされるのと同時に、別途、消費者個人が通常の民事訴訟を提起することを前提として保全申立てを行う事態が想定される。このような場合、特定適格消費者団体の保全申立てにおける被保全債権と、消費者個人による保全申立てにおける被保全債権が重複することが考えられるが、共通義務確認訴訟の段階では、後の債権確定手続にオプト・インする消費者が確定されていないことから、同じ債権について二重に仮差押えがなされることを排除することができない。このため、債務者は、最大で、自己が消費者に対して負っている債務の額の二倍の額に係る財産の仮差押えを甘受しなければならないこととなる。これが債務者にとって過度に不合理な負担であることは論をまたず、これによって事業者、特に中小企業において経営状況悪化、倒産等の事態が生じる可能性は一層高まると考えられる。

⁴³ 制度案第 2、3(1)。同項は、「共通義務確認の訴えを提起することができる場合に限り、仮差押命令の申立てをすることができる」としており、共通義務確認訴訟以前の段階における仮差押えが認められることを前提としているように読める。

⁴⁴ 制度案第 2、3(1)、「『集団的消費者被害回復に係る訴訟制度の骨子』についての意見募集に対する主な意見の概要及び意見に対する消費者庁の考え方」17 頁参照。

本制度の対象となる事業者は悪質事業者に限られるものではなく、仮に消費者に対して多数の債務を負っている事業者であるとしても、これに過度に不合理な負担を負わせて経営状況の悪化や倒産といった不利益まで甘受させることが立法政策として適当であるとは思われない。

また、実際の権利主体である消費者の関与や授権を前提としない共通義務確認訴訟の段階において、このように事業者の経営状況の悪化や倒産等の事態を生じさせることは、必ずしも消費者の保護に資するとは限らず、むしろその保護に反するおそれがある⁴⁵。

通常の民事保全においては、権利者が仮差押えを行ったことによって債務者の経営状況が悪化して倒産等の事態が生じ、これによって結果的に債権者の権利行使が困難となったとしても、それは権利主体たる債権者が自らの権利を保全するために選択した行為の結果もたらされたものであり、その不利益を債権者が甘受することも不当とは言えない。しかし、実際の権利主体でもなく、権利主体からの授権もない特定適格消費者団体の行為によって、事業活動を継続することにより債務の弁済が可能であった債務者の倒産等の事態が生じ、これによる不利益を消費者が被ることは、本末転倒というべきである。

以上のとおり、現在の制度案が定める仮差押えは、事業者に対して過度に不合理な負担を負わせることにより、事業者の経営状況悪化、倒産等の事態を生じさせるおそれがあり、ひいては消費者に対する権利保護に反する場合は考え得るので、現在の民事保全法の運用によって、そうした事態に適確に対処できるかを検討し、仮に対処できないのであれば、適切な法的手当てを検討しなければならない。

2. 現在の民事保全法の運用と、考え得る具体的な制度設計

(1) 現在の民事保全法の運用による対応の可否

まず、現在の民事保全法の運用により、現在の制度案の仮差押えに関する上記 1 の問題に対応できるかを検討する。仮差押えが認められるには、「保全の必要性」がある

⁴⁵ 例えば、特定適格消費者団体による仮差押えがなされたことにより、当該事業者の経営状況が悪化し、いわゆる黒字倒産といった事態に陥り破産開始決定がなされた場合、仮差押えの効力は破産手続において否定される(破産法第 42 条)ことから、特定適格消費者団体は一般破産債権者となる。一般に、事業者には、銀行その他の金融機関や取引先など大口の債権者が複数存在し、かつこれらの債権者は優先権(担保権、相殺権等)を有していることが通常であるから、結果として、当該事業者の財産の多くはこれらの債権者の回収に充てられ、一般破産債権者にすぎない特定適格消費者団体がわずかな配当しか受けられないという事態が考えられる。

ことが必要である(民事保全法第 20 条 1 項)。すなわち、現時点で仮差押えをしておかなければ、執行力のある債務名義を取得した時点で仮差押えの目的物が散逸しているおそれがある必要がある。この保全の必要性の判断は、目的物選択の相当性、すなわち債務者において発令により被るおそれのある損害がより少ないと思われる目的物が選択されているか、及び、債務名義を取得した時点で目的物が散逸しているおそれがあるか否かという二つの法的評価を行うものであり、一律の基準はないとされる⁴⁶。現在の民事保全法の運用では、保全の必要性の判断の際に、債務者の事業に与える影響は一つの考慮要素となり、例えば、目的物が動産である場合は、債務者が現に営業に用いている商品や営業に必要な什器備品を仮差押えすると、債務者の営業の途を閉ざす可能性が高いから、申立て段階で債権者にこれら以外の動産を仮差押えの対象として特定させたり、事実上特定した物以外は仮差押えしない旨の書面を要求した上で、なお他に不動産等の仮差押えの対象となり得る目的物が存在しないことについての高度の疎明が求められることが多いとされる。また、目的物が事業者の預金や主力取引先に対する債権等である場合にも、債務者が被る損害の大きさを考慮して、他に目的物が存在していないことについて高度の疎明が求められているようである⁴⁷。これを前提とすれば、共通義務確認訴訟の段階において仮差押えの申立てがなされたとしても、二段階目の手続において実際に届出がなされる範囲を超える過大な申立てとなりかねない可能性等を裁判所が加味した上、事業者の事業に与える影響もある程度考慮して仮差押えの可否やその範囲を判断する可能性はある。しかし、こうした判断も最終的には裁判官の裁量に委ねられるのであり⁴⁸、債権額の多寡が保全の必要性の判断に影響を与える以上⁴⁹、二段階目の手続において届出がなされる範囲を超え、その意味で、結果から見ると、過大な債権額が申し立てられた場合、当該申立てに係る債権額に照らし保全の必要性があるものと判断され、事業者の事業に致命的な打撃を与える仮差押えがなされる可能性を排除することはできない。これは、特定適格消費者団体と個別消費者による二重の仮差押えがなされた場合も同様である。

裁判所が仮差押命令を出した場合、債務者が有する対抗手段としては、保全異議(民事保全法第 26 条)や事情の変更による取消し(民事保全法第 38 条)等がある。しかし、これらの対抗手段は、被保全権利又は保全の必要性の欠如、喪失といった保全命令そのものの存続を不相当とする事由や、保全命令発令後の事情の発生を要求するこ

⁴⁶ 東京地裁保全研究会『民事保全の実務〔第3版〕(上)』(きんざい、2012年)228～229頁。

⁴⁷ 前掲東京地裁保全研究会、232頁。

⁴⁸ 瀬木比呂志『民事保全法〔第三版〕』(判例タイムズ社、2009年)321頁。

⁴⁹ 目的物の価額が請求債権額に比して非常に大きく、当面散逸する危険性がないような場合には、保全の必要性がないと判断されるところ(前掲東京地裁保全研究会、231頁)、請求債権額が非常に大きくなり、目的物の価額が請求債権額に比して差異がないという状況になれば、散逸する危険性があると判断されやすくなり、保全の必要性がある、と判断されると考えられる。

とから⁵⁰、事業継続の危機に直面した事業者の対抗手段として十分なものとは言い難い。また、仮差押解放金(民事保全法第 22 条)により、仮差押えの執行の停止又は取消しを得ることも考えられるが、これは、仮差押命令自体の取消しが得られるものではないし、また、仮差押解放金の額は、一般に、目的物の価額又は請求債権額のいずれか低い方を基準に定めるものとされており⁵¹、請求債権額が高額の場合、事業者の対抗手段として機能する可能性は低いと考えられる。

以上のとおり、現在の民事保全法の運用では、現在の制度案の仮差押えに関する上記 1 の問題に対し、十分に対応することができないおそれがある。

(2) 考え得る具体的な制度設計

現在の制度案が定める仮差押えが、現行民事保全法における仮差押えとは異なる側面を有し、その側面に対し現行の仮差押制度の運用のみでは必ずしも十分に対応できない原因は、現在の制度案が、共通義務確認訴訟の段階において、二段階目の手続においてオプト・インしてくる消費者の数を仮定した上での、いわば仮想の債権額についての仮差押えを認めるという、従来の民事保全法が想定していなかった状況を作り出すものであるという点に求められる。

そこで、かかる問題に対応するため、例えば、特定適格消費者団体による仮差押えにより事業者に償うことができない損害を生ずるおそれがあるときその他の特別の事情があるときは、事業者の申立てにより、担保を立てることを条件として、裁判所が仮差押命令を取り消すことができる規定を置くという制度設計を行うことが考えられる⁵²。現行民事保全法は、仮処分命令に関し、債務者に償うことができない損害を生ずるおそれがあるときその他の特別の事情があるときは、仮処分命令を取り消すことができるという制度を有するが(民事保全法第 39 条)、同条の趣旨は、仮処分の態様が多様であることにより債務者に与える損害が予想外のものとなる可能性があることを考慮して、債務者に異常な、償い難い損害を与えるおそれがある場合に、当事者間

⁵⁰ 瀬木比呂志『エッセンシャル・コンメンタル民事保全法』(判例タイムズ社、2008 年)307～308 頁。

⁵¹ 前掲東京地裁保全研究会、233 頁。

⁵² 民事保全法は、仮処分命令については、これにより償うことができない損害を生ずるおそれがあるときその他の特別の事情があるときには仮処分命令を取り消すことができるとしている(民事保全法第 39 条、特別事情による保全取消し)。なお、このような制度設計を行う場合には、事業者の経営状況の悪化、倒産等の事態を避けるという目的を全うするため、民事保全法第 39 条の場合と同様に、保全取消しの申立てによる保全執行の停止も認めるべきであろう(民事保全法第 40 条 1 項、第 27 条)。

の衡平を図ることを可能にするというものである⁵³。現制度案の定める仮差押えは、上記のとおり、仮想の債権額についての仮差押えを認めるという、従来の民事保全法が想定していなかった状況を作り出すため、仮想の債権額が過大となって債務者に与える損害が予想外のものとなる可能性は否定できないことから、債務者に異常な、償い難い損害を与えるおそれがある場合に、当事者間の衡平を図る必要があるという点では、一般の仮差押えよりも仮処分に類似した側面があり、仮処分命令の特別の事情による取消しの制度の趣旨を及ぼすべき利益状況が存在すると言える。そのため、現制度案の定める仮差押え、すなわち、本制度に基づき、特定適格消費者団体の申立てにより発せられた仮差押命令について、特別の事情による命令取消しの規定を設けることは、現行の民事保全法の趣旨にも添うものと考えられる。加えて、上記のように、本制度における仮差押えは、仮想の債権額についての仮差押えという性格を有するものであることから、仮差押えを取り消すための担保も、仮想の債権額に対応したものであるという性質を帯びることは免れないので、裁判所の裁量により、事業継続が可能な水準となるよう、担保金額を調整することを可能とすることも一考に値すると思われる。

このように新たな規定を置くという考えに対しては、保全異議(民事保全法第 26 条)や事情の変更による取消し(民事保全法第 38 条)等の運用により、対処可能であるとの批判も考えられるが、上記のとおり、これらの対抗手段を講じるには、被保全権利又は保全の必要性の欠如、喪失といった保全命令そのものの存続を不相当とする事由や、保全命令発令後の事情の発生が必要とされることから、これらの対抗手段とは別途、事業者が事業継続が困難であることを理由に仮差押命令の取消しを求める対抗手段を用意することには意味がある。

また、本制度において、通常の民事保全法に規定されていない上記のような制度を設けることができる根拠として、本制度における特定適格消費者団体による保全申立権が、本制度によって新たに創出される創設的権利であるという点も考慮しなければならない。すなわち、本制度における仮差押えは、私人が自らの権利行使に先立って行う仮差押えとは異なり、私人の権利行使の意思を前提とせず、私人からの授権も要さずに提起される共通義務確認訴訟に先立って行われるものである。この意味で、本制度における保全申立権は、民事保全法が本来想定する通常の保全申立権とは性格を異にするものであり、本制度による消費者救済の実効性を高めるという政策目的に基づき、特定適格消費者団体に対して創設的に付与されるものと考えられることができる。

⁵³ 丹野達『民事保全手続の実務』(酒井書店、1999 年)295 頁、東京地裁保全研究会『民事保全の実務〔第 3 版〕(下)』(きんざい、2012 年)112~115 頁。仮処分命令を維持することにより債務者が被る損害と、仮処分命令を取り消すことにより債権者が被る損害とを比較衡量して、前者が過大である場合に、仮処分を取り消すことになる。

そうであるとすれば、特定適格消費者団体による仮差押えについては、本案最終前に保全を行うべき必要性と、これによって生じる弊害等の利益衡量による検討の上、消費者の実効的な救済に資する仕組みとするべく、その制度設計を行う必要があるといふべきであり、上記のような特別事情による取消し等、新たに生じる問題への手当てとして、新たに規定を置くことには合理性があると言える。

以上のとおり、特定適格消費者団体による仮差押えについて、上記 1 に述べたような事業者ひいては消費者に不合理な不利益が生じることを踏まえて、これを解消する措置として保全取消しの制度を設けることは、法理論上も可能である上、合理的な制度設計であると考えられる。

なお、このような制度設計によれば、悪質事業者に対する保全命令の取消しがなされる事態も生じるものと考えられるが、悪質事業者の場合に関して別法による一定の手当てがなされていることについては下記 3 のとおりであって、上記のような新たな規定を設けるべきか否かは、究極的にいずれが消費者の保護に資するかという点も踏まえて、慎重な利益衡量が必要であるといふべきである。

3. 悪質事業者については他の法制度等による手当てが可能であること

上記 2 のような保全取消しの制度を設定することに対しては、悪質事業者が同制度を利用して保全取消しの申立てを行い、保全取消しがなされた後に財産を隠匿したり散逸させたりするおそれがあり、悪質事業者に対する仮差押えの実効性を失わせ、消費者救済の実効性を欠くことになるとの批判が考えられる。

しかし、悪質事業者のうち、例えば事業者がヤミ金融である場合や、いわゆるリフォーム詐欺の業者に代表されるような、消費者を欺罔しつつ事業を遂行している事業者である場合など、一定の要件を満たす場合には、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律によってその犯罪収益等を没収・追徴することができ(組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律第 13 条、第 16 条)、この実効性を担保するための没収・追徴保全の手続が設けられている(同法第 22 条以下)⁵⁴。また、預金口座等への振込みを利用して行われた詐欺等については、犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律によって、被害者に対して被害回復分配金を支払う前提として、犯罪に利用された預金口座等の取引を停止し、当該預金等に係る債権を消滅させる手続が規定されている(犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律第 3 条以下)。これらにより、既

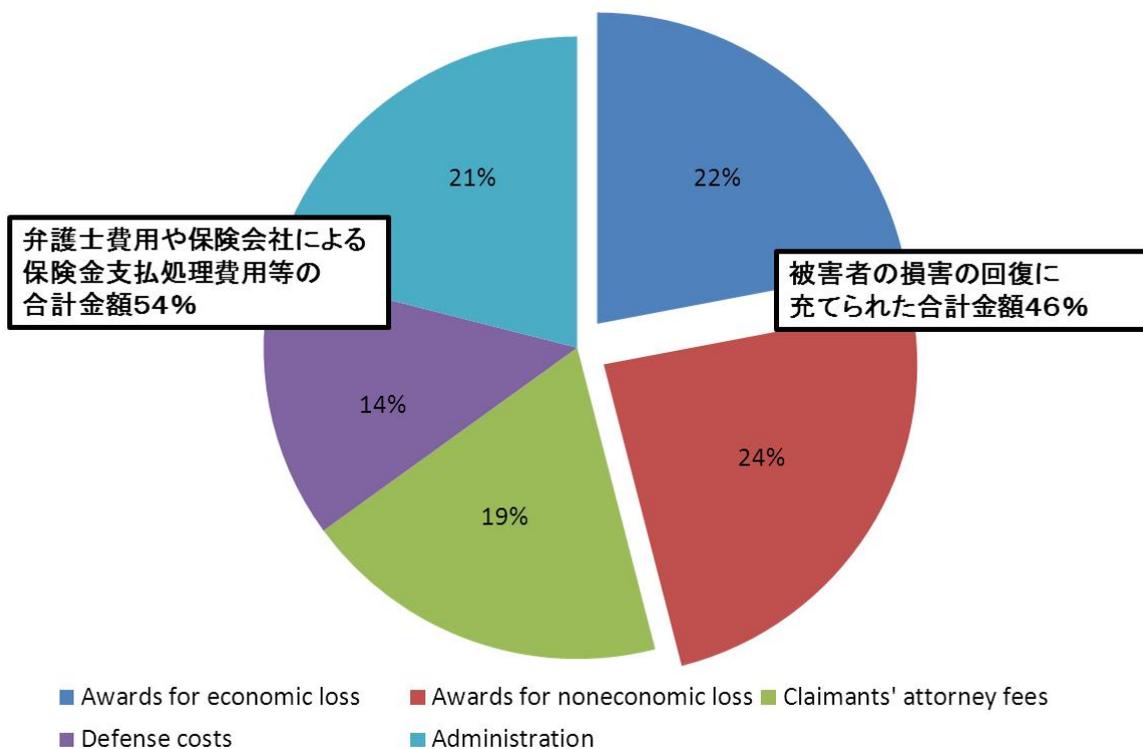
⁵⁴ 同法により没収・追徴された犯罪収益等は、犯罪被害財産等による被害回復給付金の支給に関する法律に基づき、被害者らに給付されることとされている。実際にこのような給付がなされた事件として、三菱会ヤミ金融事件(http://www.moj.go.jp/keijil/keiji_keiji45.html)等がある。

に、悪質事業者の一部については、消費者救済の実効性担保の手段が確保されていると言える。加えて、現在、消費者庁においても、本制度に係る検討とは別に、「消費者の財産被害に係る行政手法研究会」を設置し、悪質商法に係る消費者被害の回復を実効的なものにするための行政による財産の隠匿・散逸防止策につき検討を進めているところである。

上記 1 に述べたとおり、本制度における特定適格消費者団体による仮差押えが、悪質事業者以外の事業者、ひいては消費者に対する多大な不利益を招くおそれを一定程度内包するものであることからすれば、一般的制度設計の場面で悪質事業者対策のみに目を奪われるのは妥当ではない。一般的制度設計においては、上記のような関係者の利益状況等を考慮し、消費者の実効的な救済に資する仕組みが検討されるべきであり、悪質事業者対策については、上記の特別刑法による対応の他、さらにそれでは不十分ということであれば、悪質事業者による財産隠匿や散逸を理由とする罰則規定を別途設けるなどの対策を講じることにより、対処すべきである。

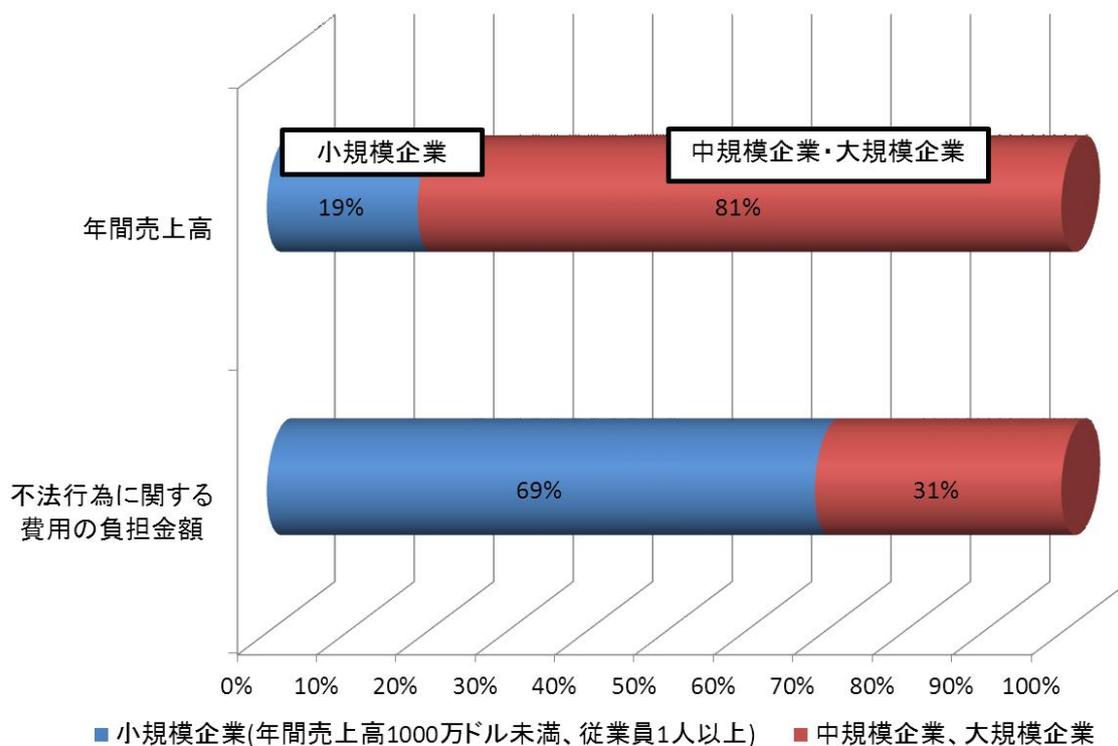
以 上

別表1 2002年の米国における不法行為制度に関する費用のうち、保険でカバーされた費用の内訳の試算



備考： Tillinghast-Towers Perrin, 2003, “U.S. Tort Costs: 2003 Update, Trends and Findings on the Cost of the U.S. Tort System,” p.17. を基に作成した。データの詳細は、当該文献を参照。

別表2 2005年の米国における、小規模な企業の売上高、及び、小規模な企業が負担した不法行為に関する費用：全体に占める割合



備考： Pendell, Judyth W. and Paul J. Hinton, 2007, “Tort Liability Costs for Small Businesses,” U.S. Chamber Institute for Legal Reform. を基に作成した。データの詳細は、当該文献を参照。