

〔論 説〕

消費者裁判手続特例法に基づく
被害回復裁判手続の独自性と発展性（4・完）

八 木 敬 二

目次

序章 問題関心と課題の設定（以上、成蹊法学94号）

第一章 フランス法

第一節 グループ訴訟の系譜

第一款 集团的利益論と集団訴訟

第二款 グループ訴訟

第一目 グループ訴訟の成立に至る経緯

第二目 消費者法上のグループ訴訟とその拡大

1. グループ訴訟の一般的な流れ
2. 簡易グループ訴訟
3. 和解によるグループ訴訟の終了
4. 競争法上のグループ訴訟（以上、成蹊法学97号）
5. 2016年法以降の状況と個別法に固有の事情

第二節 グループ訴訟の特質

第三節 小括（以上、成蹊法学98号）

第二章 ドイツ法

第三章 日本法（以上、本号）

第二章 ドイツ法

第一節 個別的な権利の集束

第一款 ムスタ確認訴訟に至るまで

消費者裁判手続特例法上の手続に相当するドイツの民事手続は、次款で後述するムスタ確認訴訟である（ドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」という。）606条から614条）。ムスタ確認訴訟は、次款で後述する投資家ムスタ手続と基本的な考え方を同じくしつつ、消費者保護に合わせた形でムスタ手続を再設計したものと考えられる。このムスタ手続と次で検討する差止訴訟に係る集团的利益論とは一見すると無関係であるように思われるが、同じく公共の利益における訴え（Klagen im Allgemeininteresse）との分類によって語られ⁽¹⁾、裁判所による訴額の算定には確認目標に関わる公共の利益（Interesse der Allgemeinheit）が考慮される旨が示唆される⁽²⁾など、ムスタ手続は個別的な訴訟を超える意義を有する手続である⁽³⁾点で一定の関連性は認められる。そこで、以下では、ドイツにおける集团的利益論の展開を概観した後、個別的な請求権の集束がムスタ手続の形で実現されるに至る流れを確認することで、次款以降で詳述するムスタ手続を既存の議論との関係で適切に位置付けるための素材を調達する。

第一目 集团的利益論の停滞

1 集团的利益論の端緒

(1) 公益保護のための差止訴訟

ドイツにおける団体による差止訴訟⁽⁴⁾は、1896年に不正競争禁圧法

(1) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 47 S. 254 ff.

(2) BT-Drs. 19/2439, S. 29. ただし、同15頁では、消費者の裁判所へのアクセスが改善されることによって機能的かつ信頼の置ける法取引に係る公共の利益が守られるとされ、公共の利益の保護は二次的な位置付けにとどまる点は留意すべきである。既存の個別訴訟を収束するにすぎない投資家ムスタ手続が存在することからしても、ムスタ手続の特性と公共の利益の特性のどちらがムスタ確認訴訟に影響を与えるものかは慎重に検討する必要がある。

(3) 相対的な訴訟を超える意義を有するのはムスタ手続の一般的な特徴の一つである。vgl. *Ludwig Kempf*, Problematik des Musterprozesses, ZJP 73, 1960, S. 342.

(4) ドイツの団体訴訟（Verbandsklage）に関する民事訴訟法学からの概観として、ゴットフリート・バウムゲルテル（竹下守夫訳）「団体訴訟（Verband-

(Gesetz zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs)⁽⁵⁾によって認められたのが始まりである。同様の規律は1908年の不正競争防止法(UWG)に引き継がれ、競業者及び営業利益促進団体が差止めの訴えを提起できる旨が定められた。団体による差止めの訴えを許容する趣旨は、真実に反する内容の宣伝の防止を個々の競業者の決断にのみ委ねることを避けるため、当事者能力を有することを条件に営業利益促進団体に個々の競業者と同一の権限を与えたものであるとされる⁽⁶⁾。

この差止訴訟は、市場統制のための手段として創設されたものであることから、公的利益(öffentlichen Interesse)⁽⁷⁾又は公共の利益(Interesse der Allgemeinheit)⁽⁸⁾の保護のための訴訟であると理解された。この状況は、不正競争防止法の保護対象に営業者又は営業利益促進団体のみならず消費者も含まれると理解され⁽⁹⁾、1965年の改正によって消費者団体にも差止訴訟が認められるに至っても変わらなかった。1965年改正の理由をみても、競業者又は営業利益促進団体の相互監視に基づく従来の規律では競争に係る消費者の利益は十分に守られず、訴訟を行う熱意も費用負担能力もない個々の消費者に独自の提訴権を与えても実効的でないことから、消費者団体に提訴権を与えられたにすぎないと説明される⁽¹⁰⁾。しかし、公的利益又は公共の利益の保護のためであるという説明だけで団体の提訴

sklage)」民事訴訟雑誌24号(1978年)154頁以下、ペテル・アーレンス(霜島甲一訳)「消費者保護における団体訴訟」民事訴訟雑誌24号(1978年)183頁以下、マンフレート・ヴォルフ(井上正三=佐上善和訳)「ドイツ連邦共和国における団体訴訟(Verbandsklage)の理論と実際(一)～(三・完)」民商法雑誌80巻(1979年)3号253頁以下、4号396頁以下、6号686頁以下、ペーター・ギレス(小島武司=上原敏夫訳)「西ドイツにおける消費者団体訴訟をめぐる新たな政策と訴訟理論(上)(下)」ジュリ750号(1981年)140頁以下、751号96頁以下なども参照。

- (5) Gesetz vom 27. Mai 1896, RGBl. S. 145.
 (6) Verhandlungen des Reichstags, Bd. 151, 9. Leg. IV Sess. (1895-1897) S. 104. なお、この団体が当該宣伝行為によって被害を受けた営業分野の保護を特別の目的としているか、あるいはより一般的な目的を有しているかは問わないとされる。
 (7) RGZ 120, 49; BGH, GRUR 1967, S. 432.
 (8) RGZ 128, 330; BGH, GRUR 1968, S. 106 f.
 (9) *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., 1983, §13 UWG Rn. 20.
 (10) BT-Drs. IV /2217 S. 3 f.

権が独立的に認められること⁽¹¹⁾が正当化できるわけではない。営業利益促進団体に認められる提訴権については、第三者の権利の侵害又はその危険の排除が法定訴訟担当に基づき団体によって主張される⁽¹²⁾とすることで正当化する余地があったものの、消費者団体の提訴権については被担当者として想定される消費者に提訴権が認められていないことから、その利益が侵害され提訴権の認められる個々の消費者を媒介とした請求権が観念されず、直接的に消費者団体に提訴権を認める理論構成が必要となる。

（2）Wolf による立法理由の敷衍

このような状況において、中間的利益を析出し、当該利益の消費者団体への帰属を認めることによって団体に独立した実体権が認められることを敷衍したのが Manfred Wolf 教授である⁽¹³⁾。Wolf 教授は、団体訴訟の基礎には「競争法においては個人の利益侵害を確定できないことや時間的に後にならなければ利益侵害を確定できないことが多い」という事情への配慮があることを看破する。すなわち、不正な競争行為の結果、特定の個人の利益が侵害されたことが明らかとなる前に多数の関係人が不利益を受ける危険に晒されており、立法者は、この状態を放置しておくことはできないと考え、利益保護を時間的に早期に実現するため団体による差止訴訟を用意したのだと斟酌する。ただ、特定個人を保護主体とすることはできないため、営業者又は消費者の全体という集団を主体とする集団的利益（Gruppeninteresse）が保護法益として措定され、この利益が侵害された場合に集団的利益の担い手たる団体が被害者として提訴権を与えられる。この帰結は、利益全体が侵害の危険にさらされた場合に不作為の訴えを提起することができるという一般原則の適用の結果にすぎない。したがって、集団的利益が追求されるときは、（旧）UWG 第 13 条⁽¹⁴⁾の類推適用によって団体訴訟が許容される。

(11) BGHZ 41, 314 (318) ; BGH GRUR 60, S. 379 ; 67, S. 430 ff. ; 68, S. 107 ; BGHZ 52, 396 = BGH NJW 1970, S. 243.

(12) *Walther J. Habscheid*, Die Wiederholung der abgewiesenen Heimtrennungsklage, GRUR 1952, S. 221 f. ; *Hans Berg*, Die Prozeßführungsbefugnis im Zivilprozess, JuS 1966, S. 461.

(13) 以下の記述につき、vgl. *Manfred Wolf*, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, S. 16 ff.

(14) 旧 UWG13 条

この Wolf の見解は、特に法律がなくとも団体訴訟を許容する点において強い批判を受けたものの⁽¹⁵⁾、団体に独立の実体権が帰属することを正当化するための理論構成としては優れており、後述するように現行制度も同様の理解によって理論的に説明され得る。もっとも、Wolf の見解と対照的に純然たる訴訟上の提訴権であって実体法上の請求権を基礎とするものではない⁽¹⁶⁾と捉える方向性もなお有力であり⁽¹⁷⁾、この捉え方は一面において単なる利益侵害しかないようにも思われる団体訴訟の実態を良く表しているものと思われる。

(3) Thiere による中間的利益の精緻化

その後、この議論を理論的に精緻化し、公的規制への発展可能性を見出したのが Karl Thiere 教授である。Thiere 教授は、利益 (Interesse) とは、主体が客体に示す積極的な価値評価を意味し⁽¹⁸⁾、個別的利益 (Individualinteresse) は、対象への (主観的) 関心又は対象を通じて獲得する (客観的) 効用であると理解する⁽¹⁹⁾。これに対し、公的利益に位置付けられる訴訟、すなわち超個人的な利益 (überindividuellen Interesse) の保

「…… [注：UWG の定める実体法の違反がある場合、] 啓蒙及び助言により消費者の利益を保護することを定款上の任務とする団体で民事訴訟を提起できる者も、差止請求をすることができる。……」

- (15) *Karl August Bettermann*, Zur Verbandsklage, ZZZ 85, 1972, S. 133. 権利保護を与えるための要件としては不明確で、具体的権利が侵害された又は侵害される危険があるという主張のみが裁判所による権利保護の要求を正当ならしめると指摘される。*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 47 Rn. 2 によれば、現在も、法律上認められた場合を越えて団体が差止訴訟を行うことはできないとされる。
- (16) *Walther Hadding*, Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts, JZ 1970, S. 306 ; *Eberhard Keller*, Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), MDR 3/1977, S. 187.
- (17) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 47 Rn. 2. 訴訟上の権限として捉える有力説として、*Axel Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 203 がある。
- (18) *Karl Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, 1980, S. 24 ; *Detlef Haß*, Die Gruppenklage, 1996, S. 23 ; *Regina Viotto*, Das öffentliche Interesse, 2009, S. 17.
- (19) *Thiere*, a. a. O. (Amm. 18), S. 28 ; *Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 17), S. 203.

護が問題となる訴訟の存在も指摘する⁽²⁰⁾。この超個人的な利益は、その担い手が個人にとどまらない利益に関する上位概念として指定され、個別的利益と公的利益の中間に位置する集团的利益（Gruppeninteresse）と区別されることとなる⁽²¹⁾。超個人的利益との対比によって把握される集团的利益は、2人以上の者が特徴のある統一的な客観的指標に基づいて他の人々から区別され、そこにある集団が仮定される場合に認められる⁽²²⁾。

Thiere 教授による中間的利益論の精緻化は、個別的利益に還元できない中間的利益から行政訴訟における団体の一定の関与を理論的に基礎付ける契機を生んだものの⁽²³⁾、それに伴って中間的利益論の主戦場は行政訴訟に移り、他方で、民事訴訟法学は後述する損害類型に着目することで個別的利益の集束に関心を移すこととなる。

（4）現行制度の理解と集团的利益論の分化

現行の差止訴訟については⁽²⁴⁾、立法によって消費者団体に実体権が帰属するとの条文に改められたこともあって⁽²⁵⁾、違反行為が消費者の集団

(20) Thiere, a. a. O. (Amm. 18), S. 3.

(21) Thiere, a. a. O. (Amm. 18), S. 4, 72.

(22) Thiere, a. a. O. (Amm. 18), S. 28.

(23) ドイツの行政訴訟における環境団体訴訟については、マルネス・レーネンバハ（松本博之訳）「環境保護の個別的・集団的手段としての請求権と訴権」松本博之ほか編『環境保護と法』（信山社、1999年）213頁以下、大久保規子「ドイツにおける環境団体訴権の強化」季刊行政管理研究 105号（2004年）3頁以下、同「ドイツにおける環境・法的救済法の成立（1）（2・完）」阪大法学 57巻2号（2007年）203頁以下、同 58巻2号（2008年）279頁以下、同「混迷するドイツの環境団体訴訟」新世代法政策学研究 20号（2013年）227頁以下、小澤久仁男「ドイツ連邦自然保護法上の団体訴訟」立教大学大学院法学研究 39号（2009年）51頁以下、同「環境法における団体訴訟の行方」香川大学法学会編『現代における法と政治の探求』（成文堂、2012年）51頁以下、岸本太樹「環境団体訴訟の法制化」法律時報 91巻11号（2019年）51頁以下など参照。

(24) 2001年11月26日の法律によって差止訴訟法（UKlaG）が制定されるとともに基本的な仕組みが体系的に整理され、現在では、不正競争防止法 8条3項2ないし4号、5項、普通契約約款の保護に関する差止訴訟法 1条以下、その他の消費者保護法に対する違反の保護に関する同 2条以下、及び独占禁止法 33条2項に基づく差止訴訟が許容される。

(25) Reinhard Greger, Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbrauch-

的利益 (Kollektivinteresse) に関わるものであることが差止訴訟の前提と理解されている⁽²⁶⁾。Gruppeninteresse から Kollektivinteresse という分類に移っているのは、競争法の観点から、今まで集团的利益としてまとめられていた保護法益について、競争における消費者という人的集団の集团的利益 (Kollektivinteressen) と純粋な競争に係る公衆の利益である公共の利益 (Allgemeininteressen) 又は公的利益を区別し、後者の規律を後述する損害類型とも関連付けて超個人的利益として分析する見解⁽²⁷⁾に示唆を受けたものと考えられる。このように Kollektivinteresse という呼称によって集团的利益を把握することは、消費者保護のために一定の団体による差止訴訟の創設を求める EU 指令 2009/22/EC⁽²⁸⁾が、差止訴訟で問題となる消費者の利益を Collective interests (die Kollektivinteressen) としているのにも整合する⁽²⁹⁾。

ここまでの議論をまとめると、ドイツにおける集团的利益論は、未確定の実体的利益を解釈によって措定するというよりも、立法によって団体に付与された提訴権の背後に控えているように見える差止請求権が独立の実体権として団体に帰属することを正当化するための理論構成として生み出されたものであった。このことは、必ずしも団体に固有の実体権が帰属することを含意しない超個人的利益と集团的利益が区別されるようになったことから窺われる。訴訟上の請求権のみを認める超個人的利益と異なり集团的利益論が実体権の創出を導くのは、保護法益の特性、すなわちあく

erschütz- und Wettbewerbsrecht, NJW 2000, S. 2457-2462; *Ekkehard Becker-Eberhard*, Neue dogmatische Einordnung der Verbandsklage kraft Gesetzes?, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, S. 12 ff.

(26) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 47 Rn. 5.

(27) *Christian Alexander*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, JuS 2009, S. 591. 集团的利益論と後述する拡散損害が関連付けられた結果、利益剥奪訴訟が超個人的利益に関わる問題として整理されることとなる。

(28) Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests [2009] OJ L 110/30 (以下「2009年指令」という。).

(29) 2009年指令(3)。これに対し、近時、*Caroline Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015, S. 13 は、上位概念として集团的利益 (Kollektivinteresse) を措定し、その中に超個人的な利益 (公共の利益) と集団の個別的利益 (集团的利益) を観念すべきであるとする。

までの関係（例えば、消費者一般という主体の集団性）に求められる。しかし、ここからさらに進んで、主体の集団性ではなく客体の集団性に視点をずらし、集团的利益論を積極的に応用しようという動きは現在のところ認められない。その代わり、次に述べる損害類型に着目することによって客体の集団性を理論的に整理しようという動きが観測される。

2 集会的な権利保護と損害類型

個別的利益を前提とした請求権（客体）の集団性については、新たな実体的利益を措定する集团的利益論からは少し離れ、損害類型に着目した大量損害（Massenschäden）という議論設定によって整理されることとなる。その端緒は、Haß 教授の議論に求められる。Haß 教授は、大量損害として、「人々の多数が同一又は同様の原因によって被害を受け、かつ一人又は少数の責任ある者に対する損害賠償請求権に依拠している」場合であると特徴付けた⁽³⁰⁾。その中でも、被害者の多数が一つの行為によって侵害された場合として、拡散的な環境被害を引き起こす重大事故や薬剤・製造物責任の事案を想定し、被害者の多数が複数の行為によって侵害される場合として、当事者間の同種の契約関係、特に目論見書責任、競争違反及び無効な約款の利用が認められる事例を想定する⁽³¹⁾。その意図は、このような分類を試みることで個別的な請求権を集束すべき事案を明らかにする点に認められる。しかし、この議論に対し、von Bar教授は、大量損害に法的含意はなく、「それによって多数人の権利及び法益が侵害される損害事件」を表現しているにすぎないと論難する⁽³²⁾。

その後、大量損害のような損害類型論を理論的に発展させたのが Gerhard Wagner 教授である。Wagner 教授は、損害類型について、大量損害のほかに、拡散損害（Streuschäden）と共同財損害（Gemeinschaftsgüterschäden）を区別することを提唱する⁽³³⁾。このとき、大量損害は、個別

(30) Haß, a. a. O. (Amm. 18), S. 19. *Sonja Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, 2011, S. 12 もこの定義に同意する。

(31) Haß, a. a. O. (Amm. 18), S. 5-7.

(32) *Christian von Bar*, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages Bremen 1998, Band I Gutachten. 1999, S. 9.

(33) 以下は *Gerhard Wagner*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, S. 106 ff.; *Gerhard Wagner*, Kollektiver Rechtsschutz, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer eu-

の被害者について高額の損害が発生しており効果的な個々の権利行使が困難となる損害を指し、列車・航空機事故、製造物責任、投資市場操作などに関する事案がここに分類される。これに対し、拡散損害は、損害額が低いため、被害者が提訴する甲斐がないが被害者の数はかなり多くなるため提訴を放棄することは問題であるような損害を指し、20gと表記されたお茶が実際は19gだった事案、振替送金の遅れによる利息損害の事案などがここに分類される。そして、共同財損害は、個々の法主体にもそのグループにも分類されない法益又は利益に関する不利益であるが、その維持が全ての人間の利益（例えば健全な環境）にあるときに認められる損害であると定義される。その結果、何らかの意味で法的な損害が生じたとしてもそもそも個別的の利益に関する損害が認められない共同体損害に対し、大量損害及び拡散損害の場合には個別的の利益に関する損害が観念し得ることが明らかにされる。そして、大量損害と拡散損害は個人的損害の範囲と重大性によって区別され、大量損害の場合には提訴数が多いために訴訟を効率的に処理することが問題となるのに対し、拡散損害の場合には合理的無関心によって訴訟が提起されないことが問題となると整理される。

このような Wagner 教授による分類は基本的に支持されているように見受けられ、その内容をより明らかにして連続大量損害及び拡散僅少損害といった呼称が採用されることもある⁽³⁴⁾。特に、拡散僅少損害について、集团的利益又は公的利益の侵害という事件グループに属すると分析され⁽³⁵⁾、利益剥奪訴訟が拡散僅少損害との関係で正当性を有することが明らかにされた⁽³⁶⁾。

しかし、合理的無関心を引き起こすような損害の問題が大量損害の手法によって解消されないと言い切ることは難しい。なぜなら、いわゆる 2 段

ropäischen Sammelklage?, 2009, S. 41 ff. に負う。後者については、ゲルハルト・ヴァーグナー（河野憲一郎訳）「集团的権利保護」商學討究 60 巻 4 号（2010 年）201 頁以下に邦訳がある。

(34) *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, S. 9 など。

(35) *Alexander*, a. a. O. (Amm. 27), JuS 2009, S. 591.

(36) *Christian Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 67. 利益剥奪訴訟は、団体に固有の請求権を認めるものの、剥奪された利益が団体に帰属しないとされているように、公的規制と差止訴訟の中間的な位置付けのものと考えられる。

階型の手続は、先行的な確認訴訟で事業者の責任を確認することを通じ、手続対象者の合理的無関心を克服しようとするものにほかならないからである。次に詳述するムスタ確認訴訟は、投資家ムスタ手続における大量損害の処理方法を応用した2段階型の手続であり、消費者の合理的無関心の打破を意図する立法理由において、損害が拡散的であることは意識されているものの⁽³⁷⁾、Wagner教授のような大量損害／拡散損害の分類がそのまま受け入れられているわけではない⁽³⁸⁾。そこで、次はムスタ確認訴訟の成立に一定の影響を与えたと思われるEU勧告（及び指令案）を確認しておく。

3 EU 勧告とムスタ確認訴訟

個別的な損害賠償請求権の集束に関しては、近時、EUレベルでも関心をもって対応が図られている。EUでは、それまでは差止訴訟のみを対象に一定の対応を求めていたが、2013年6月11日付の勧告⁽³⁹⁾において初めて、消費者の権利侵害に関する「Collective Redress」（ドイツ語訳ではKollektiver Rechtsschutz）手続の創設が推奨された⁽⁴⁰⁾。これは、「EU法によって認められた権利の侵害に関する加盟国の集合的な差止及び損害賠償のための共通の指針」（ABl. L 201 vom 26.7.2013. S. 60）として掲げられ、その実施に関する2018年1月25日付の報告書においても再確認された⁽⁴¹⁾。その後、2018年4月11日に消費者のためのニューディール（New Deal for Consumers）の一環として公表された指令案でも、差止訴訟において代表的に行動する適格団体を活かした大規模被害への対応が求められている⁽⁴²⁾。

(37) BT-Drs. 19/2439, S. 8.

(38) *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO Kommentar, 44. Aufl., 2023, Buch 6. Vorbemerkung Rn. 3 は、拡散損害と大量損害の双方に対応するのがムスタ確認訴訟であるとする。

(39) Recommendation 2013/396/EU of the European Commission of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law [2013] OJ K 206/60（以下「2013年勧告」という。）。

(40) 2013年勧告第4条参照。

(41) Ratsdok. 6043/18 : Kom-Dok. COM (2018) 40 final.

(42) COM (2018) 183 final 第3.1条。

このようなEUの動向を受け、消費者のための特別な損害賠償手続を用意していなかったドイツでも、集合的な権利保護 (kollektiver Rechtsschutz) のための手続を創設する機運が高まった。そして、次款で後述するように、その結果として創設されたムスタ確認訴訟は、適格団体 (qualifizierte Einrichtungen) による先行的な確認訴訟を許容する⁽⁴³⁾点で前記EUの動向に沿ったものと理解できる。ただ、適格団体による訴訟といえども、差止訴訟の場合と異なり、大量の(潜在的な)訴訟を当事者間の合意によって処理する手法として実務上発展してきたムスタ訴訟合意を民事訴訟制度に取り入れたものにすぎないとすると、集团的利益論とは無関係ではないか、との疑義も生じるところである。しかし、次款で詳述するが、同種の実体権を有する者の一人がムスタ合意を媒介にしたムスタ原告として選抜的に訴訟を行うというのがムスタ訴訟合意手続であったのに対し、ムスタ確認訴訟の原告である適格団体は手続対象者と同種の実体権を有しているわけではない。それにもかかわらず、適格団体によるムスタ確認訴訟が許容されるのは、ムスタ手続における原告適格又は確認の利益の考え方について、一定の修正が加えられたからであると仮定できよう。そこで、次目ではムスタ確認訴訟以前の個別的な権利の集束のための試みを確認しておく。

第二目 個別的な権利の集束のための試み

消費者を集合的に保護するための手続の創設が必要とされる背景には、個別的な権利行使では実効的な権利救済を図ることができない事例が多く存在するという実際上の問題が存在している⁽⁴⁴⁾。ZPOで規律された民事訴訟法は、二当事者対立訴訟として整序されており、その枠内で、共同訴訟 (ZPO 第59条以下)、補助参加 (ZPO 第66条以下)、弁論の併合 (ZPO 第147条) 及び先行手続がある場合の停止 (ZPO 第148条) などの第三者に関係する制度が設けられている。しかし、ここで関係してくる第三者は、費用リスクに関しては一人で訴訟をするよりも軽減されるものの、常に訴訟に関与しなければならないこととなる。そして、訴訟への継続的な関与は、相当額の費用を生じさせることが多いと考えられる。したがっ

(43) 本節第二款第三目参照。

(44) 以下の記述はBT-Drs. 19/2439, S. 15に負う。

て、実務上、ZPO 上の制度は被害者の合理的無関心（rationale Desinteresse）を克服するものではないことが明らかであるとされる。

他方で、消費者センターが消費者の債権を裁判上取り立てることができる取立訴訟（ZPO 第 79 条第 2 項第 3 号⁽⁴⁵⁾）は、消費者の利益を訴訟上集束して実現するための有用な手段であり、消費者が裁判手続に直接に参入しなければならないということもない。しかし、消費者団体は、多数の個別的な請求権を調整する必要に迫られ、それに伴う相当額の費用を負担しなければならないなくなる。その結果、消費者団体は業務遂行能力の限界に達してしまい、取立訴訟の実効性が損われることとなる⁽⁴⁶⁾。

ZPO 外の手続では、消費者法その他の違反の際の差止訴訟に関する法律（UKlaG）及び不正競争防止法（UWG）による団体訴訟といった手続が存在する。UKlaG は、消費者法その他の違反——特に BGB 第 307 条から 309 条による無効な普通取引約款の利用及び消費者保護法違反の取扱いを理由とする違反——の際の差止及び撤回請求権を認めるもので、UKlaG 第 3 条で掲げられた原告団体による差止訴訟によって、被害者の関与を要することなく、特定の契約条項の無効又は特定の行為の違法性が確認されることとなる。もっとも、広範に拡散された損害として把握され、多くの被害者を伴って発生するためにその権利行使が容易化されるべき個別的な請求権又は法律関係は、UKlaG において予定された訴訟類型の枠内では追求されることはない。UWG 第 8 条 1 項に基づく不正な取引上の行為の除去及び不作為請求権並びに UWG 第 10 条 1 項に基づく利益剥奪請求権についても同様で、個別的な請求権又は法律関係は手続の対象となり得ない。

そこで特に個別的な請求権の救済のために考案されたのが、次款で述べるムスタ手続である。

(45) ZPO 第 79 条第 2 項第 3 号

「当事者は、代理人としての弁護士によって代理され得る。そのほか、代理人としての代理権限を有する者は、以下の者に限られる。

……（略）

③その職務領域の枠内において消費者の債権を取り立てる場合、消費者センター及びその他の公的資金の助成を受けた消費者団体」

(46) *Alexander Weinland*, Die neue Musterfeststellungsklage, 2019, S. 83 によれば、取立訴訟で許容されるのは支払請求のみであり、（零細）事業者の債権を主張することも差止訴訟又は確認訴訟を提起することも許されない。

第二款 ムスタ手続

第一目 ムスタ手続の成り立ち

ムスタ手続は、元々、大量の訴訟を効率的に処理するために実務上便宜的に用いられていたムスタ訴訟合意 (Musterprozessabrende) を参考に考案されたものである。ムスタ訴訟合意は、民法上の契約に基づくものであり⁽⁴⁷⁾、ムスタ原告及びムスタ被告による訴訟の結果に拘束される旨の合意によってムスタ当事者以外の者との紛争解決を図ることを目的としたものである。典型的には、ムスタ原告のムスタ被告に対する給付訴訟の結果に拘束される旨の合意が想定される。その法的な帰結としては、ムスタ当事者の合意によって個々の権利についての消滅時効は完成猶予され (BGB 第 205 条⁽⁴⁸⁾)、訴訟が継続されない場合には個々の権利に関する時効の完成猶予は終了することとなる (BGB 第 204 条第 2 項第 2 文⁽⁴⁹⁾)⁽⁵⁰⁾。また、当事者間でムスタ訴訟の判決に拘束される旨の合意がなされていることから、当該合意はその当事者間では実質的な和解 (BGB 第 779 条⁽⁵¹⁾) となるので、本案判決の際に裁判所はその内容を尊重すべきこととな

(47) Florian Jacoby, Der Musterprozessvertrag, 2000, S. 209 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O. (1), S. 259. ムスタ手続の初期の議論を紹介する邦語文献として、ペーター・アーレンス (小島武司訳) 「ムスタ訴訟の問題」ジュリ 726 号 (1980 年) 111 頁以下、小島武司 = 豊田博昭 [「紹介」W・ハウグ『法実証的研究に基づくムスタ訴訟の問題』] 比較法雑誌 13 卷 3 号 (1980 年) 63 頁以下、内山衛次「ムスタ訴訟の諸問題」大阪学院大学法学研究 15 卷 1・2 号 (1989 年) 65 頁以下がある。

(48) BGB 第 205 条

「債務者が債権者との合意に基づいて一時的に給付を拒絶する権利を有する間は消滅時効の完成が猶予される。」

(49) BGB 第 204 条第 2 項第 2 文

「当事者が手続を行わないことで停止に至ったときは、当事者、裁判所又はその他手続に関与した機関の最終手続行為をもって手続の終結に代える。」

(50) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O. (Amm. 1), S. 259.

(51) BGB 第 779 条

「1 法律関係に関する当事者の紛争又は不明確性を互譲の方法で解消する契約 (和解) は、契約の内容によれば確定したものとして基礎とされた事実関係が現実と合致せず、実際の状況を知っていれば紛争又は不明確性が生じなかったであろう場合には効力を有しない。

2 ある請求権の実現が不確実であるとき、このことは法律関係に関する不明確性と同視される。」

る⁽⁵²⁾。ただし、この和解によって既判力の拡張や参加的効力に関する合意（このような合意は不適法である）が導かれるわけではない点には留意すべきである⁽⁵³⁾。すなわち、ムスタ訴訟合意は当事者間でなされる実体法上の合意にすぎないから、直接的に訴訟法律関係の変動をもたらすものではないのである。

このようなムスタ訴訟合意の延長に位置付けられる手続は、まず、行政訴訟においてその有用性が見出された。すなわち、大量損害の処理の必要性を背景に、1991年1月1日に行政裁判所法（VwGO）93a条⁽⁵⁴⁾が制定されたことで初めて法的に独自の規律としての位置付けが与えられることとなった。その後、次に述べるように2005年に投資家ムスタ手続、2018年にムスタ確認訴訟の形で民事手続にも導入されることとなるが、民事手続として把握されるムスタ手続は、ムスタ訴訟合意が前述のように訴訟法律関係の変動をもたらさないものであったことからすると、厳密にはムスタ訴訟合意とは異なる理論構成に基づく手続である点には注意が必要である。

第二目 投資家ムスタ手続法（KapMuG）の成立経緯と概要

1 投資家ムスタ手続法の成立の経緯

投資家紛争における大量処理の必要性は、2002年のドイツ法曹会議第64回大会において既に明らかにされていたが⁽⁵⁵⁾、従来の民事手続をどのような形で乗り越えるかについて議論は必ずしも意見の一致を見ないとこ

(52) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), S. 260.

(53) *Jacoby*, a. a. O. (Amm. 47), S. 88 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), S. 260.

(54) 行政裁判所法第93a条第1項

「ある官庁の措置の適法性が20件以上の手続の対象である場合、裁判所は、一又は複数の適当な手続を先に実施し（ムスタ手続）、残りの手続を停止することができる。利害関係人には前もって聴取の機会が与えられなければならない。先行する決定について不服申立てすることはできない。」

同項は、1991年1月1日当時は50件以上の手続の対象となることを要件としていたが、そのような要件を満たす事件が少なかったことに鑑み、第6次行政裁判所法変更法によって現行の「20件以上」という要件に改められた。

(55) *Fleischer/Merkt*, Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages in Berlin 2002, Bd. I, 2002, S. 39.

ろであった。そのような中、ドイツ・テレコム事件⁽⁵⁶⁾を契機として大量の訴訟が裁判所に係属し法廷が圧迫されたことに後押しされ、資本市場法上の紛争におけるムスタ手続に関する法律（KapMuG）（以下「投資家ムスタ手続法」という。）が立法化された⁽⁵⁷⁾。同法は、2005年3月14日に法案が連邦議会に提出された後、法務委員会による修正を受け、同年6月15日に可決、同年8月16日に成立し、同年11月1日に施行された。投資家ムスタ手続が新たな特徴を有する手続であることから⁽⁵⁸⁾、当初は5年の時限立法であった（投資家ムスタ手続の導入に関する法律⁽⁵⁹⁾第9条2項）。その失効前に2年間延長されて2012年10月31日までの時限立法となり⁽⁶⁰⁾、さらには2012年10月19日の改正等に伴って現在では2024年8月31日までの時限立法として修正されている（投資家ムスタ手続法第28

(56) ドイツ・テレコム社が1999年及び2000年に自社の株式を上場したところ、同社の新株を取得した約15,000人が、同社に対し、投資判断の基礎となる取引所目録見書に不実記載があったとして、取引所法（旧）48条に基づき損害賠償請求をした訴訟で、訴訟件数は2,500件を超えたとされる。しかもそのすべてがフランクフルト地方裁判所に提起されたことから、事件の処理に重大な支障が生じることとなった。詳細については *Heiko Plaßmeier, Brauche wir ein Kapitalanleger-Musterverfahren?*, NZG 2005, S. 605 ff. など参照

(57) 本稿は、序章で前述した課題との関係で必要な限度で投資家ムスタ手続を紹介する。投資家ムスタ手続の総論的な検討については、海外情報「ドイツにおける投資家保護のための集団訴訟制度の導入」商事法務1701号（2004年）56-57頁、久保寛展「投資者の集団的権利保護の可能性」福岡大学法学論叢50巻1号（2005年）1頁以下、萩原佐織「2005年8月16日の『投資家先例的訴訟手続の導入に関する法律（略：投資家先例的訴訟手続導入法）』」経済論集2号（2007年）105頁以下、グイード・コッチィー（角田美穂子訳）「ドイツ投資家モデル訴訟手続法」商事法務1873号（2009年）79頁以下、高田昌宏「ドイツにおける集団的訴訟制度の概要（上）」NBL964号（2011年）51頁以下、同「ドイツにおける集団的訴訟制度の概要（下）」NBL965号（2011年）51頁以下、福田清明「ドイツの「資本市場法上の争訟におけるムスタ手続に関する法律（KapMuG）」の2012年改正」明治学院大学法科大学院ローレビュー18号（2013年）105頁以下など参照。

(58) BT-Drs. 15/5091, S. 22.

(59) BGBI. 2005 I, S. 2437, 2445.

(60) Gesetz vom 24. Juli 2010 (BGI 2010 I S. 979) Artikel 5. このときは専らBGBの改正について議論され、2009年10月14日付の投資家ムスタ手続法の評価に関する最終報告書を受けた法務委員会の勧告（BT-Drs. 17/2095, S.9,17.）によって有効期間の延長に関する規定が挿入されることとなった。

条)。次に述べるムスタ確認訴訟が制定された後に投資家ムスタ手続法が維持されるかムスタ確認訴訟に一本化されるかは明らかではないが⁽⁶¹⁾、ムスタ確認訴訟は消費者被害に係る一般法としてZPOに規定されたものであり、特別法としての投資家ムスタ手続法は、それに包摂されない事件について有用性が認められるとの指摘が散見されるため（後述）、時的期限がさらに延長されることも十分考えられる。

2 投資家ムスタ手続法の概要

投資家ムスタ手続法は、資本市場で誤った情報等に基づき投資者が被った損害の賠償などを投資先の事業者に対して求める訴訟において、多数被害者による提訴が想定されることから、投資家を原告とする多数係属訴訟の共通争点に関するムスタ確認手続を行うことで効率的に訴訟を処理することを目的としたものである。

投資家ムスタ手続は、投資家各人による個別の訴え提起の後、一定期間内に一定数の係属訴訟の当事者からムスタ確認手続の申立てがあることで開始される。そして、ムスタ手続の申立てにより、請求を理由付ける又は請求を排斥する要件の存在又は不存在の確認又は法律問題の解明（確認目標（Feststellungsziele））を求めることとなる（KapMuG 第2条）。訴え登録簿におけるムスタ確認申立ての公示によって元の手続は中止され（KapMuG 第5条）、ムスタ手続に審理が集中される。ムスタ手続は選出されたムスタ原告とムスタ被告によって行われ、ムスタ原告に選ばれなかった原告は被呼出参加人（Beigeladenen）として補助参加人類似的地位が与えられる（KapMuG 第9条、第14条）。ムスタ確認手続での審理が進みムスタ確認判決又は棄却判決がなされた場合、その判断内容は第一審に係属している個々の訴訟の裁判所及び当事者を拘束する（KapMuG 第22条）。この拘束力により、多数の訴訟を効率的に解決することが可能になる。ムスタ確認判決後もなお残る争点は個別性の強いものであるからム

(61) 前述したように提訴数があまりに多い事件に対応する必要を背景に投資家ムスタ手続法が立法されたことからすると、提訴後にムスタ確認申立てを介して裁判所の負担を軽減させる現在の手続が維持されていくようにも思われるが、提訴するがゆえの費用負担リスクに関する改善が求められているところでもあり（BT-Drs. 15/5091）、提訴を要求しないムスタ確認訴訟に類似した手続が同種の事案について構想される未来もあり得るよう見受けられる。

スタ手続に馴染まず、まとめて審理するメリットもないため、終局的な解決がもたらされるものではないが、ムスタ確認判決を前提に和解などが促され、実質的に紛争が解決されることが期待される。ムスタ手続に特徴的な和解のあり方については次節で詳述する。

投資家ムスタ手続法の採用は、実効性のある集約的な権利行使の方法を整備することによって資本市場法の規定の遵守につながるとともに、個別な権利保護が改善され、同方向の請求権の集束によって個々人の費用負担リスク及び矛盾する裁判が発生する危険を低下させることにつながるとされる⁽⁶²⁾。また、ムスタ手続では同種の争訟の多数のために特定の事実問題及び法律問題が統一的に解決されるため、裁判所の負担を軽減することが期待される⁽⁶³⁾。

このように投資家ムスタ手続は資本市場という限られた場面で利用可能な訴訟制度ではあるが、訴訟による多数人の損害賠償請求等の実現を促進する制度の民事手続への導入の最初の一步と位置付けられよう。

第三目 ムスタ確認訴訟 (Musterfeststellungsklage) の成立経緯と概要

1 ムスタ確認訴訟の成立の経緯

投資家ムスタ手続法は極めて限定的な範囲でしか利用できない手続であったため、他の法領域、特に消費者被害にも適用可能な手続の創設が強く望まれた。この機運は、2015年にフォルクスワーゲン社のディーゼル排ガス事件⁽⁶⁴⁾を契機に、具体的な立法の試みへとつながっていく⁽⁶⁵⁾。連邦司法消費者保護省 (BMJV) は、まず、KapMuGを借用したムスタ確認裁判の手段による団体訴訟案を2017年初頭に作成し、消費者法に限定しない形でUKlaG第4条の全ての適格団体に訴え提起権限を認めようとしたが、運輸省によって強い反対に遭い、修正を迫られることとなる⁽⁶⁶⁾。

(62) BT-Drs. 15/5091, S. 10.

(63) BT-Drs. 15/5091, S. 10.

(64) ディーゼル事件の詳細については、宗田貴行「ドイツにおけるムスタ確認訴訟制度の運用」国民生活研究 59 卷 1 号 (2019 年) 30-31 頁も参照。

(65) Prütting/Gehrlein/Halfmeier, ZPO Kommentar, 15. Aufl., 2023, Vorbemerkung vor § § 606-614 Rn. 2. 前述したように、EU の動向も一定の影響を与えたと考えられる。

(66) Prütting/Gehrlein/Halfmeier, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor

その後、2017年7月31日付で現行法に近い討議草案（Diskussionsentwurf）が公表され、CDU/CSU/SPDの連立政権もムスタ確認手続の創設に賛同する一方⁽⁶⁷⁾、これに対抗する形で2017年12月12日に同盟90/緑の党によってグループ訴訟（Gruppenklage）の導入のための法律案も提示された⁽⁶⁸⁾。その後、連邦政府によって2018年5月9日に民事訴訟におけるムスタ確認訴訟の導入に関する政府草案（Regierungsentwurf）が決議され⁽⁶⁹⁾、同年6月4日に連邦議会に付託された後、法務委員会による修正を経て同年7月12日に成立し、同年11月1日にムスタ確認訴訟（Musterfeststellungsklage）⁽⁷⁰⁾（ZPO第606条から第614条）として施行されるに至った⁽⁷¹⁾。前述したファルクスワーゲン排ガス事件の被害者の有する損害賠償請求権の時効との関係で2018年末までの立法が必要とされたことから、議会の手続は急ピッチでなされたと評される。

§ § 606-614 Rn. 2.

(67) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor § § 606-614 Rn. 2.

(68) 同盟90/緑の党はそれ以前にも同様の法案を連邦議会に提出している。2013年6月5日に提出された法案（BT-Drs. 17/13756）は同月13日に審議にされた後に廃案となり、2014年5月21日に提出された新たな法案（BT-Drs. 18/1464）も2度の審議を経た後に廃案になった。

(69) 厳密に言えば、議会で採択されたのは政府草案（BT-Drucksache 19/2439）ではなく、内容的に同一の与党法案（BT-Drs. 19/2507）であり、このBT-Drucksache 19/2507と法務委員会の修正（BT-Drs. 19/2741）が現行法の基盤となっている。

(70) ムスタ確認訴訟に関する先行研究として、宗田貴行「ドイツ民法改正による多数消費者被害救済のためのムスタ確認訴訟制度の制定」獨協法学107号（2019年）204頁以下、同「ドイツにおけるムスタ確認訴訟制度の運用」国民生活研究59巻1号（2019年）22頁以下などがある。

(71) それに伴い、ムスタ確認訴訟を享受する消費者の定義規定が挿入された（ZPO第29c条第2項）。

ZPO第29c条第2項

「消費者とは、あらゆる自然人で、請求権の取得又は法律関係の確立について主に自己の営業又は自営業上の活動の範囲では行動しない者をいう。」

この規定の意義は、BGB第13条のように法律行為に焦点を当てるのではなく、請求権の取得に焦点を当てることによって、純粋な不法行為などをムスタ確認訴訟の対象に含めている点に認められる（*Anders/Gehle/Schmidt*, Zivilprozessordnung, 81. Aufl., 2022, Grundzüge vor § 606 Rn. 12）。

2 ムスタ確認訴訟の概要

(1) ムスタ確認訴訟の構造

ムスタ確認訴訟は団体による先行的な確認訴訟と消費者の各請求権の金銭化という2段階型の手続を構想とする点でフランスの手続と通底する発想に拠るものと理解できるが、手続の対象となる消費者が確認訴訟の段階で登場する点を捉えたと理念的にはかなり異なる手続であると見ることもできる。次節以降で本制度を詳細に検討する前に、フランスの手続との違いという点も念頭に置きつつ、本制度の全体像を確認しておく。

まず、適格団体 (qualifizierte Einrichtungen)⁽⁷²⁾が、ムスタ確認訴訟により、消費者・事業者間の請求権又は法律関係 (確認目標) の存在又は不存在のための事実上又は法律上の要件の存在又は不存在の確認を求める (ZPO 第 606 条第 1 項)。その後、消費者は、訴え登録簿への登録のため、第一回期日の開始前日まで、確認目標を前提とする請求権又は法律関係を届け出ることができる (ZPO 第 608 条第 1 項)。この届出は第一審における口頭弁論開始日が経過するまで取り下げることができる (同 3 項)。消費者は届出をするだけで個別に訴えを提起する必要も手続に参加する必要もない (手続にはそもそも参加できない)。また、ムスタ確認訴訟が係属した日以降、被告に対する他のムスタ確認訴訟は、その訴訟物が同一の生

(72) ZPO 第 606 条第 1 項

- 「……適格団体は、差止訴訟法 (UKlaG) 第 3 条 1 項第 1 文 1 号の地位にあり、
- ①構成員として、同一の任務範囲で活動する少なくとも 10 の団体か、又は少なくとも 350 人の自然人を有し、
 - ②少なくとも 4 年間、差止訴訟法第 4 条によるリスト又は消費者利益の保護のための差止訴訟に関する 2009 年 4 月 23 日付の EU 議会及び理事会の 2009/22/EG 指令 (Abl. L 110 vom 1.5.2009. S. 30) 第 4 条による EU 委員会の名簿に登録されており、
 - ③その定款に則った任務の実現において、営業的でない啓蒙又は助言活動によって広範に消費者利益を守り、
 - ④ムスタ確認訴訟を、利益獲得目的のためではなく提起し、かつ
 - ⑤その財政的な資金の 5% より多くない事業者の寄付金によって賄っているものである。第 2 文 [注: ここでは前文] 4 号又は 5 号の要件が存在することについて重大な疑いがある場合には、裁判所は、原告に対し、その財政的な資金の開示を要求する。公的な資金によって優越的に助成される消費者センターその他の消費者団体が第 2 文の要件を満たすことを反証することはできない。」

活関係事実及び同一の確認目標に関わる限り、訴えの対象とならない（ZPO 第 610 条第 1 項）。審理の結果なされた既判力あるムスタ確認判決は、届出消費者が被告に対して提起した後続訴訟（ムスタ確認訴訟とは別の訴訟である）の裁判を担当する裁判所を、その裁判がムスタ確認訴訟の確認目標及び生活関係事実に関わる限度で拘束する（ZPO 第 613 条第 1 項）⁽⁷³⁾。すなわち、届出消費者による後続訴訟としての別訴がなければ紛争の解決（届出消費者の救済）が図られないという意味では、投資家ムスタ手続と同様に紛争解決を完遂するものではないが、ムスタ確認訴訟後に個別的に和解が締結されることによる救済の早期化が期待されている。

（2）ムスタ確認訴訟と他の制度との関係

ムスタ確認訴訟が認められる事案であっても、従来認められてきた請求権の譲渡の方法による訴訟は許される。ムスタ確認訴訟は、届け出られていない請求権との関係では、事実的な効力しか有しない⁽⁷⁴⁾。請求権が第三者に譲渡されていたとき、被譲渡人も届出の権限を有するかどうかは議論があるが、請求権がムスタ確認訴訟の提起の際に消費者の元であれば、被譲渡人による届出も有効であるとの有力な見解が主張されている⁽⁷⁵⁾。

また、ムスタ確認訴訟を提起することのできる適格団体は、常に UKlaG 第 1 条以下の訴訟に関する訴え提起権限を有するので、ムスタ確認訴訟を補完する又は代替するものとして差止訴訟又は除去訴訟をすることができる。特に UKlaG 第 2 条又は UWG 第 8 条に基づく除去請求権は、違法行為によって引き起こされる妨害を排除し、場合によっては関係消費者への被告事業者の返還義務を含意するから、消費者保護のための効果的な手段となり得る⁽⁷⁶⁾。

(73) この拘束力は、裁判の自己拘束性によるものだと説明されている（*Musielak/Voit/Stadler*, ZPO, 20. Aufl., 2023, § 610 Rn. 5；*Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor § § 610 Rn. 5 など）。ただし、この自己拘束性は届出によって導かれるものとされ、必ずしもムスタ確認訴訟が中間判決的な性質を有すると理解されているわけではない。

(74) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier n*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 4.

(75) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 5.

(76) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor

第二節 ムスタ手続の特質

第一款 ムスタ手続の民事的な仕組み

第一目 ムスタ手続の意義

1 個別的な請求権の集束に関する手続的な試行錯誤

(1) グループ手続 (Gruppenverfahren) とムスタ手続

個別的な請求権の集束に関する問題は、当初はクラスアクションに相当するグループ手続 (Gruppenverfahren) の構想として議論された。この議論に特徴的なのが、オプトイン又はオプトアウトモデルを根拠にしてグループの構成員に既判力が及ぶとする点である⁽⁷⁷⁾。しかし、オプトインモデルだけでは実効的な権利保護に不十分であり、オプトアウトモデルは審尋請求権又は処分権主義との関係で否定的に評価する見解が支配的であった⁽⁷⁸⁾。そこで、その中間的な形態としてのムスタ訴訟が有力に構想されることとなる。

しかし、当初のムスタ訴訟の構想は、前述したムスタ訴訟合意がそうであったように、ムスタ原告による給付訴訟を前提として、その効力を他の者にも拡張しようとするものであった⁽⁷⁹⁾。そのため、ムスタ原告の訴訟追行との関係では結局は超個人的利益に関わるものであるとされ、ムスタ訴訟合意と同様に訴訟法的な効力の拡張は認められず、ムスタ訴訟合意のような事前の合意もないため実体法上の効力も前提とされないため、ムスタ判決の効力は事実上の効力にとどまるものと理解された⁽⁸⁰⁾。

(2) 投資家ムスタ手続とムスタ確認訴訟

このような議論の中で創設された投資家ムスタ手続は、ムスタ手続という名前でありながら、その実質はグループ訴訟との混合であると分析される⁽⁸¹⁾。すなわち、問題とされるのは訴訟によって主張された請求権であ

§§ 606-614 Rn. 5.

(77) *Astrid Stadler*, Musterverbandsklagen nach künftigem deutschen Recht, Festschrift für Ekkehard Schumann, 2001, S. 465.

(78) *Stadler*, a. a. O. (Amm. 77), S. 467.

(79) *Stadler*, a. a. O. (Amm. 77), S. 469.

(80) *Stadler*, a. a. O. (Amm. 77), S. 470. その効力はシグナル効果 (Signalwirkung) であるとされる。

(81) *Christian Wolf*, Der Verfahrensgegenstand des Musterverfahrens, Festschrift für Rolf Stürner, 2013, S. 629. 従来のムスタ手続とグループ訴訟の折

るが、個別の原審手続（Ausgangsverfahren）⁽⁸²⁾において訴訟上主張された請求権が実際に存在するかどうかの裁判はムスタ裁判の結果を加味してなされるものであるから、限定的なグループ訴訟（begrenzte Gruppenverfahren）であるといわれている⁽⁸³⁾。このような限定的なグループ訴訟という形態は、ムスタ確認訴訟でも維持されているものである。

2 ムスタ原告の地位

(1) 投資家ムスタ手続の場合

そうして限定的なグループ訴訟であると理解するとしても、ムスタ原告がどのような地位にあるか、グループ構成員との関係はどのように把握されるかは手続の正当性との関係で解明されるべき問題である。投資家ムスタ手続の場合、グループの構成員には被呼出参加人として補助参加人類似の地位が認められる⁽⁸⁴⁾。他方、ムスタ原告には代表（Repräsentation）が観念され、個々のグループ構成員の指導的原告（lead plaintiffs）としての権限が付与される⁽⁸⁵⁾。

(2) ムスタ確認訴訟の場合

a. 訴訟上の地位

これに対し、ムスタ確認訴訟の場合は状況が複雑である。ムスタ確認訴訟においては、前述した差止訴訟などと同様に適格団体に訴え提起権限が認められるものの、団体は固有の実体法的な請求権を主張するわけではない⁽⁸⁶⁾。立法理由でも明らかとされていないので、適格団体の地位は未解決の問題であると認識されている⁽⁸⁷⁾。そこで、ムスタ確認訴訟の全体的

裏的な手続となっている。

(82) 原審手続とは、ムスタ確認申立てをする前に手続対象者による個別訴訟を管轄していた第一審裁判所における手続であり、投資家ムスタ手続の管轄が高等裁判所にあることからこのような呼称が採用されている。

(83) *Lange*, a. a. O. (Amm. 30), S. 85 ff.

(84) *Vorwerk/Wolf, KapMuG*, 2. Aufl., 2019, Rn. 46. BT-Drs. 15/5091.S.17では、必要的共同訴訟人ではなく補助参加人類似の地位とされたのは、手続を実効的にするためであると説明される。

(85) *Vorwerk/Wolf*, a. a. O. (Amm. 84), Rn. 46.

(86) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 5.

(87) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 5.

な構想を考えると、団体は自己の名で訴えを提起し、固有の確認の利益を有することに疑いはない⁽⁸⁸⁾。これは法定訴訟担当であると考え余地があるが、しかし届出消費者の請求権それ自体が手続の対象として審理されるわけではない⁽⁸⁹⁾。ヨーロッパで認められているグループ訴訟は、法定訴訟担当と任意的訴訟担当の中間的な形態として理解されるが、消費者による請求権の届出は、届け出られた請求権が訴訟物として取り立てられるわけではないことからすると、それ自体でオプトインの表明として十分な効力を有するものではない⁽⁹⁰⁾。

そのため、ここでの適格団体の訴訟上の地位は、訴訟担当に類するもの⁽⁹¹⁾、あるいは準訴訟担当 (Quasi-Prozessstandschaft) であるとの理解が示されている⁽⁹²⁾。そのほか、非届出消費者も、その請求権が時効になっていないならば事実上 (de facto) 積極的な確認判決から利益を得ることができる点に着目し⁽⁹³⁾、原告団体は具体的な個々の消費者の利益において行動するのではなく、集団的利益 (Kollektivinteresse) において行動し、そのような訴訟担当として理解されるとの主張もなされている⁽⁹⁴⁾。ムスタ確認訴訟の原告適格が訴訟担当であると考えた場合、いずれにせよ被担当者は届出消費者に限られるため、集団的利益をここで援用する意義は必ずしも明らかでないが、後続する2段階目の訴訟に対するムスタ確認訴訟の効力は既判力の拡張ではなく裁判の自己拘束性によって説明されていることからすると⁽⁹⁵⁾、既存の訴訟担当の枠組みに当てはまらず、既判力の拡張がない訴訟担当を構想する意味で集団的利益が援用されているようにも見て取れる。この点に関する議論はまだ未成熟といった様相を呈しているが、適格団体の訴訟上の地位は訴訟担当に類するものであるとの発想を維持するのが現在の一般的な見方であるといえる⁽⁹⁶⁾。

(88) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 5.

(89) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 5.

(90) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 5 ; *Michael Rohls*, § 3 Verfahrenseinleitung, in : Nordholtz/Mekat (Hrsg.), *Musterfeststellungsklage*, 2019, S. 69 ff.

(91) *Erich Waclawik*, *Die Musterfeststellungsklage*, NJW 2018, S. 2921.

(92) *Peter Röthemeyer*, *Musterfeststellungsklage*, 2. Aufl., 2019, Rn. 89.

(93) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 6.

(94) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 6.

(95) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 6.

b. 実体法上の地位

ムスタ確認訴訟の原告の実体法上の地位はより複雑である。すなわち、対象消費者による届出によって届出人とムスタ確認訴訟の原告との間で何らかの実体法上の関係が認められるかについて、見解の対立が存在する。これは、原告又はその弁護士との過失のせいでは訴訟に敗れ、ZPO 第 613 条の拘束力に基づく請求棄却の結果として届出消費者が自身の個別的な請求権を成功する見込みを伴ってもはや追求することができない場合に、訴え提起権限を有する団体に認め得る責任との関係で意義がある⁽⁹⁷⁾。まず、適格団体は、個々の消費者の委任によって行動するわけではない（ZPO 第 79 条第 2 項第 2 文第 3 号参照）⁽⁹⁸⁾。届出消費者の請求権は、訴訟の対象それ自体ではないため、届出は、届出人による委任（BGB 第 662 条⁽⁹⁹⁾）⁽¹⁰⁰⁾や代理権の授与又は訴訟追行の授権と解釈され得ないからである⁽¹⁰¹⁾。以上の点については見解の一致がある。意見が分かれるのはここからで、訴訟に敗北した原告団体の責任について、敗訴判決の効力が届出消費者に及ぶ点に鑑みると事務管理を理由としてのみ認められ得るという考え方⁽¹⁰²⁾と、事務管理も成立せず、原告団体は不法行為責任以外を負うことはないという考え方⁽¹⁰³⁾が対立している。この点も未だ議論が成熟していないところであるように思われるが、このような議論の存在は、ムス

(96) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), Grundzüge vor § 606 Rn. 5 も、具体的な分析はなされていないものの、一種の訴訟担当であると理解している。

(97) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 3.

(98) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 3.

(99) 対応する届出人の法的拘束意思 (Rechtsbindungswillen) のほか、ムスタ確認の原告による承諾も欠いている。もっとも、最終的には BGB 第 663 条で解決され得る。委任関係については、*Rohls*, a. a. O. (Amm. 90), § 3 Rn. 97 ff. 662 条以下の意味での委任に対しては、*Röthemeyer*, a. a. O. (Amm. 92), § 608 Rn. 29.

(100) 事務処理の特徴を伴う代表関係については、*Martin Schmidt-Kessel*, Stellungnahme für den Rechtsausschuss, Protokoll 19/15 BT Anhörung vom 11. 6. 2018, S. 120.

(101) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 3.

(102) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn. 3.

(103) *Röthemeyer*, a. a. O. (Amm. 92), § 608 Rn. 29. ; *Rohls*, a. a. O. (Amm. 90), § 3 Rn. 100.

タ確認訴訟が訴訟担当によって基礎付けられるもののだとしても、その性質決定に意味があるというよりは、ムスタ確認訴訟の独自性（ここでは届出という特殊な参加形態を介した敗訴判決の効力に関する独自性）が法律関係に非常に強く影響していることが示されているとも見れる。

3 ムスタ手続と訴訟物

(1) 投資家ムスタ手続における議論の発展

a. 2005年立法時の投資家ムスタ手続と訴訟物

KapMuGによって確認目標（Feststellungsziel）⁽¹⁰⁴⁾という新たな訴訟法上の概念が作り出され、この確認目標は、争点及び同一の確認を求めるムスタ確認申立てによって基礎付けられるものとされた⁽¹⁰⁵⁾。しかし、争点（旧 KapMuG 第1条第2項⁽¹⁰⁶⁾）という概念が多義的であったことから、一つの確認目標だけが対象とされるのか、あるいはいくつかの確認目標が追求され得るのか、について議論の余地があった⁽¹⁰⁷⁾。

(104) 旧 KapMuG 第1条第1項

「訴訟の裁判が請求を理由づける又は請求を排斥する要件の存在又は不存在の確認又は法律問題の解明（確認目標）に依存する場合、以下の請求権が主張される第一審手続では、ムスタ確認申立てにより、この確認目標を求めることができる。」

(105) *Halfmeier/Rott/Feess*, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht, 2010, S.15 ff.

(106) 旧 KapMuG 第1条第2項

「ムスタ確認申立ては、受訴裁判所に、確認目標及び公式の資本市場情報を摘示して行わなければならない。この申立ては、一切の、確認目標の理由づけに役立つ事実上及び法律上の事情（争点）についての記載を包含し、申立人が事実上の主張の証明又は反対証明のために利用したいと欲する証拠方法を表示しなければならない。」

(107) *Thomas Killan*, Ausgewählte Probleme des Musterverfahrens nach dem KapMuG, 2007, S. 57 ; *Carina Rau*, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, 2008, S. 48 ; *Maier-Reimer/Wilsing*, Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 2006, S. 79, 92 und 103 ; *Vorwerk/Wolf/Fullenkamp*, KapMuG, § 13 Rn. 6 ; *Gregor Vollkommer*, Neue Wege zum Recht bei kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, NJW 2007, S. 3094 など参照。

b. 2012 年改正による確認目標の再定位

この問題について、2012 年改正は、争点という概念との関連付けを止め、端的に「請求を理由付ける又は請求を排斥する要件の存在又は不存在の確認又は法律問題の解明」が確認目標であると再定位した（KapMuG 第 2 条第 1 項第 1 文）。その立法理由によると、請求を理由付ける要件の存在の確認又は請求を排斥する要件の確認のそれぞれが独自の確認目標である⁽¹⁰⁸⁾。すなわち、個々の法律要件要素（Tatbestandmerkmal）⁽¹⁰⁹⁾や法律問題が確認の対象となる⁽¹¹⁰⁾。

(2) ムスタ確認訴訟と訴訟物

2012 年改正によって改められた確認目標の概念は、ムスタ確認訴訟においても維持されている（ZPO 第 606 条）⁽¹¹¹⁾。このような確認目標は、法律関係（及びそれを理由として生じる権利・義務）に関して積極的又は消極的な確認訴訟だけを許容する第 256 条第 1 項⁽¹¹²⁾の原則を越えるものである⁽¹¹³⁾。すなわち、ムスタ確認訴訟の理論的帰結は、ムスタ確認訴訟の訴訟物である確認目標について確認の利益を認めるものであると理解できる。このような新たな訴訟物の措定は、前述した集团的利益を巡る議論

(108) BT-Drs. 17/8799, S. 17.

(109) この訳については、松本博之『証明責任の分配』（有斐閣、1987 年）6 頁を参照した。要件事実と異なり、法律要件要素は事実概念ではないことを強調した訳だと考えられる。同書 14 頁注 1 も参照。

(110) *Vorwerk/Wolf*, a. a. O. (Amm. 84), Rn. 89.

(111) ただし、投資家ムスタ手続法上の定義は請求権関連的なものであるのに対し、ムスタ確認訴訟における確認目標の定義は ZPO 第 256 条に関連する法律関係も包含するものである（*Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 606 Rn. 13）。

(112) ZPO 第 256 条第 1 項

「原告が、権利関係又は証書の真否を裁判所の裁判により即時に確定することの法的利益を有しているときは、権利関係の存在又は不存在の確認を求め、証書の承認を求め、又は証書の不真正の確認を求める訴えを提起することができる」

(113) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 606 Rn.3. *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 606 Rn. 14 は、確認目標の法定義の意義は、ZPO 第 256 条に比して可能な確認申立てを拡張する点にのみ存在すると指摘する。

に近いところがあるが、ムスタ手続の特性として認識されており、この2つが必ずしも結び付けられているわけではない。

4 まとめ

投資家ムスタ手続は、グループ訴訟とムスタ手続の2つの要素を含む手続として構築され、ムスタ原告以外の原告には被呼出参加人として補助参加人類似的の地位を認めて訴訟の効率化を図りつつ、確認目標という新たな概念を定立することで確認訴訟の対象を拡大するものであった。その発展形であるムスタ確認訴訟は、訴訟担当に類するものであると理解されながらも、投資家ムスタ手続で認められた確認目標という概念を引き継ぎ、この確認目標については一般法上の確認の利益を拡大する形で確認の利益が認められている。そして、この確認目標の内実は、個々の法律要件要素又は法律関係であると理解されている。

第二目 ムスタ手続の一般性

前述した限定的なグループ訴訟に関する理解を前提とすると、この種のムスタ手続の適用範囲を制限する手続理論上の理由は存在しない。手続対象者が合理的無関心の状況にあることを前提としない投資家ムスタ手続の適用範囲が資本市場法の事案に限定されているのも、投資家ムスタ手続法が新たな手続法を生み出すもので既存の民事訴訟法（ZPO）との隔たりを有することから、手続を試験的に実施してこの隔たりから訴訟法的な難点が導かれないか、この手続が実務上機能するかを確認するためであるとされている⁽¹¹⁴⁾。

そして、ムスタ確認訴訟には適用範囲の拡大に関する萌芽が認められる。すなわち、ムスタ確認訴訟は、消費者契約を基礎とする実体法上の消費者概念から離れ、請求権の取得に着目した手続法的な消費者概念を採用している（ZPO 第29c条）⁽¹¹⁵⁾。このことにより、ムスタ確認訴訟は消費者紛争一般に適用可能なものとなっている。しかも、ムスタ確認訴訟が手続対象者の合理的無関心を克服するために用意された手続でもあったことからすると、實際上問題とされる合理的無関心の存在は大量の個別的な請

(114) BT-Drs. 15/5695, S. 22.

(115) 本稿注71参照。

求権の発生と同義である。このことは、比較的被害金額が大きいと考えられる投資家がZPO第29c条にいう消費者に含まれると解されていることから窺われる⁽¹¹⁶⁾。

他方で、投資家がムスタ確認訴訟を利用することができることからすると、投資家ムスタ手続とムスタ確認訴訟は部分的に重なり合うことにもなる。すなわち、既に投資家ムスタ手続が開始されている事案であっても、ムスタ確認訴訟を提起することは妨げられない⁽¹¹⁷⁾。もっとも、投資家ムスタ手続における被呼出参加人は、投資家ムスタ手続が高等裁判所の専属管轄（投資家ムスタ手続法第8条）を前提とすることから、投資家ムスタ手続に参加する限り、自己の請求権をムスタ確認訴訟に届け出ることとはできないとされる⁽¹¹⁸⁾。つまり、投資家ムスタ手続が適用可能な事案については、個別提訴を前提とするムスタ手続を活用するか、個別提訴の代わりに届出をすれば足りるムスタ確認訴訟を活用するかを選択することができるが、いずれか一方の手続の利用しか認められないということになる。

さらに、前述のようにムスタ確認訴訟が消費者紛争一般に適用されることから、消費者紛争の一つとして捉えられる競争法関係の紛争もムスタ確認訴訟の適用対象となる。そのため、競争法において競争違反の存在に関する官庁による判断がなされない場合に一定の補完機能を有すると指摘される⁽¹¹⁹⁾。ただ、カルテル官庁による競争違反の確認の場合に比して証拠へのアクセスが困難であるから実務上の意義は少ないとも指摘されている⁽¹²⁰⁾。

(116) Vgl. *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 6.

(117) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 6.

(118) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 6.

(119) *Württemberg/Freischem*, Stellungnahme der GRUR zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage, GRUR 2017,S. 1103 ; *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 18.

(120) *Württemberg/Freischem*, a. a. O. (Amm. 119), S. 1103 ; *Weinland* , a. a. O. (Amm. 46), S. 18.

第二款 ムスタ手続における集会的和解

第一目 漸次的な集会的和解の受容

1 集会的和解の端緒

投資家ムスタ手続法上の和解とムスタ確認訴訟法上の和解（以下これらの和解を総称して「集会的和解」という。）は、少なくとも条文上は全く同一の規律が用意されているように見受けられる。すなわち、(i) 裁判所による和解内容の審査及び許可、(ii) 許可された和解の手続対象者への送達、(iii) 手続対象者の和解からの離脱、(iv) 裁判所による和解の有効性の確認決定である。その具体的な内容は後述するとして、このような集会的和解の端緒は、2012年の投資家ムスタ手続の改正に求められる。

改正前の旧 KapMuG 第 14 条第 3 項第 2 文は⁽¹²¹⁾、ムスタ手続上の和解について、全ての関係人、すなわちムスタ原告、ムスタ被告及び全ての被呼出参加人の同意を要求するものであった。しかし、大量手続においてこのような合意を調達することは実務上ほとんど不可能である⁽¹²²⁾。そこで、2012年改正法は、成功を収めているオランダのモデル⁽¹²³⁾と KapMuG の評価に関する 2009年10月14日付の最終報告書⁽¹²⁴⁾を参考に、ムスタ原告とムスタ被告の間で裁判上合意される離脱可能性を有する和解を認め (KapMuG 第 17 条から第 19 条、第 23 条)、投資家ムスタ手続における和解的解決の条件を緩和した⁽¹²⁵⁾。同様の規律はムスタ確認訴訟に引き継がれている (ZPO 第 611 条)。

同様に、集会的和解も和解である以上は実体法的にどのような法律構成によって正当化されるかが問題となる。しかし、投資家ムスタ手続との関係でこの点に言及するものはほとんどない⁽¹²⁶⁾。ただ、ムスタ確認訴訟で

(121) 旧 KapMuG 第 14 条第 3 項第 2 文

「ムスタ手続の和解による終結は、すべての関係人が和解に同意しない限り認められない。」

(122) *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 70.

(123) オランダの手続モデルについては、長谷部由起子「オランダの集会的和解制度の概要 (上) (下)」NBL913 号 (2009 年) 71 頁以下、NBL914 号 (2009 年) 54 頁以下参照。

(124) 同報告書は、*Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105) として公表されている。

(125) BT-Drs. 17/8799, S.14 f.

(126) その背景には、被呼出参加人が裁判所による和解内容の審査に際して必要

は、届出消費者は和解内容の審査の際に聴聞されることが保障されないこともあって、和解に関与しない届出消費者と当事者である適格団体との関係が特に問題となる⁽¹²⁷⁾。

2 和解と第三者のためにする契約

(1) 第三者に関する規律を含む和解

第三者に関する規律を含む訴訟上の和解は、その者の協力がなくとも、第三者のための契約として有効であるとされる⁽¹²⁸⁾。第三者のためにする契約とは、要約者及び諾約者間の契約によって、第三者への給付を約束することである（BGB 第 328 条 1 項⁽¹²⁹⁾）。第三者は発生した権利を拒絶する法律上の権限を有するので（BGB 第 333 条⁽¹³⁰⁾）、その意思に反して権利取得が強制されることはない⁽¹³¹⁾。すなわち、この拒絶権の行使によって第三者の権利取得が遡及的に否定される⁽¹³²⁾。第三者の権利が直ちに生じるのか一定の条件の下でのみ生じるのかなどの点については、契約締結者（要約者及び諾約者）の合意によって決定付けられる（BGB 第 328 条 第 2 項⁽¹³³⁾⁽¹³⁴⁾）。

的に聴聞されるという手続的な配慮があったため、問題視されにくかったという事情があるように見て取れる。

(127) この問題は、和解に限らず訴訟全体において問題となるものである。

(128) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 131 Rn.12 ; *MüKoBGB/Gottwald*, 9. Aufl., § 328 Rn. 93. 第三者のためにする契約として和解が締結され得ることは、実体法上も一般に認められているように見受けられる。Soergel/*Hadding*, BGB, 13. Aufl., 2010, § 328 Rn. 67 ; *Staudinger/Klump*, BGB, 2015, § 328 など参照。

(129) BGB 第 328 条 1 項

「契約によって第三者への給付を約束することができ、その効力によって第三者は給付を請求する権利を直接取得する。」

(130) BGB 第 333 条

「第三者が諾約者（*Versprechende*）に対して契約によって取得される権利を拒絶したときは、その権利は取得されなかったものとみなされる」

(131) Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), Vor § 328 Rn. 10.

(132) Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), Vor § 328 Rn. 10.

(133) BGB 第 328 条 2 項

「特段の定めがない場合、特に契約の目的といった諸事情から、第三者が権利を取得するか否か、第三者の権利が直ちに生じるのか一定の条件の下でのみ生じるのか、第三者の権利をその同意なく消滅させ又は変更する権限が契約

また、第三者は、手続への参加の有無にかかわらず、追加的に和解に加入することができる⁽¹³⁵⁾。ただし、当該和解に関与又は加入していない者は、自ら申し立てて執行することは許されない⁽¹³⁶⁾。この例外として、離婚手続における子の扶養に関する両親の訴訟上の和解の場合、当該和解の効力がBGB第1629条第3項第2文⁽¹³⁷⁾によって子に有利にも不利にも及ぶため、その子が和解に参加していなくとも、その子による執行も認められる⁽¹³⁸⁾。BGB第1629条第3項第2文のような他の訴訟への和解の効力の作用は代理権又は処分権に由来するので⁽¹³⁹⁾、共同訴訟人の和解のような場合には、一緒に和解が締結されたときでも、単にその者の訴訟に作用するにすぎない(ZPO第61条⁽¹⁴⁰⁾)。

締結者に留保されるか否かが推知される」

(134) Vgl. Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), Vor § 328 Rn. 10.

(135) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 131 Rn. 14.

(136) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 131 Rn. 12 ; juris PraxisKommentars/*Schinkels*, BGB, 9. Aufl., 2020, § 328. MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 93によれば、ZPO第794条第1項第1号の文言との関係で導かれるとされる。これに関連して、和解において権利者として指名されている必要があるかどうかには議論がある (Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 67)。

(137) BGB第1629条3項2文

「一方の親が獲得した裁判所による裁判及び両親の間で締結された裁判上の和解は、子に有利にも不利にも及ぶ」

(138) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 93 ; Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 104 ; Staudinger/*Klumpp*, a. a. O. (Amm. 128), § 328. BGB第1629条第3項第2文は裁判上の和解しか規定していないが、裁判外でなされたとしても、和解が子の名でも締結されている場合、あるいは子が和解に関与した又は子のためにする契約としてなされた場合であれば、子は固有の請求権を有することになる (Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, BGB, 2015, § 1629)。

(139) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Amm. 1), § 131 Rn. 13. 例えば、MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 89 ; juris PraxisKommentars/*Schinkels*, a. a. O. (Amm. 136), § 328は、第三者の権利を目的とする保険契約の要約者にあたる保険契約者 (VVG第43条、45条) について、自己の名で第三者の計算において処分をすることができるので、訴訟担当として第三者へ既判力が及ぶ訴訟をすることができるとする。

なお、裁判上の扶養和解の際は、両親の一方は子の手続担当と理解される (Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, a. a. O. (Amm. 138), § 1629)。

（2）第三者の権利を処分する内容を含む契約の可否

通常、第三者のためにする契約は、債務法上の義務負担契約のみによってなされる⁽¹⁴¹⁾。ZPO 第 328 条 1 項も、第三者において権利変更的な効力が直接生じる場合を規律していない⁽¹⁴²⁾。そのため、ZPO 第 328 条 1 項を類推し、第三者の権利に関する処分を内容に含む第三者のためにする契約を認めることができるかは争いがある⁽¹⁴³⁾。本節で取り上げる和解との関係でいえば、処分的⁽¹⁴⁴⁾な和解の可否、すなわち互譲の内容に譲渡や免除を含む和解の可否が問題とされ、互譲の内容に応じてその許容性が判断される⁽¹⁴⁵⁾。

まず、第三者のためにする債権譲渡について、伝統的な通説は、BGB 第 398 条⁽¹⁴⁶⁾が債権者と取得者との間の契約を要件とすること、第 333 条によって生じる未確定状態が許されないことを理由に、直接的な効果を伴う第三者のためにする債権譲渡は許されないとする⁽¹⁴⁷⁾。その代わり、第

(140) ZPO 第 61 条

「民法又は本法の規定により別段の結果を生じない限り、共同訴訟人は相手方と各別に相對し、共同訴訟人の一人がした行為が他の共同訴訟人に対して有利又は不利な影響を及ぼすことはない」

(141) Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 106.

(142) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 271 ; Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 106.

(143) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 271.

(144) MüKoBGB/*Bayreuther*, a. a. O. (Amm. 128), § 185 Rn. 3 によれば、処分 (Verfügung) とは、直接的な効果によって既存の権利を消滅・譲渡・放置又は内容的に変更する法律行為である。権利の存立に直接影響を及ぼすわけではない死亡による処分や義務負担契約は処分に当たらない (*Pritting/Wegen/Weinreich/Frensch*, BGB Kommentar, 14. Aufl., § 185 Rn. 2)。

(145) Soergel/*Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 110. 前記 (1) の議論は処分的な第三者のためにする契約による和解を排除していないように読めるが、必ずしもそのことが明示されているわけではないため、念のため、処分的な和解と軌を一にするとされる債権譲渡及び免除について検討しておく。

(146) BGB 第 398 条

「債権者は、他人との契約により、この者に債権を移転することができる (譲渡)。新たな債権者は、契約の締結とともに従前の債権者の地位を承継する。」

(147) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 272. これに対し、*Heinrich Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 167 ; *Hubert Kabuk*, Fragen zur Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten eines Dritten, Festschrift für

三者のためにする授權契約か、あるいは同一の債権の創出及び旧債権の免除によって実質的な第三者のためにする債権譲渡を許容する⁽¹⁴⁸⁾。

同様に第三者のためにする免除（又は債権放棄契約）も認められないというのが伝統的な通説であるとされる⁽¹⁴⁹⁾。しかし、その代わりに、債務法上の無方式の免除約束（*pactum de non petendo*）又は免責請求権（*Freistellungsanspruch*）によって第三者は債権の実現をしないよう求める請求権を取得するとされ⁽¹⁵⁰⁾、実質的に同じ帰結が導かれるような工夫が試みられている。

これに対し、第三者の負担を目的とする処分（*Verfügungen zu Lasten Dritter*）は無権限者による処分であり、権限者の同意又はその追認がない限り無効である（BGB 第185条⁽¹⁵¹⁾⁽¹⁵²⁾）。例えば、運送品に生じた損害

Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 312 ff. ; *Patrick Krauskopf*, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 2000, Rn. 1714 ff. ; *ErmanBGB/Westermann*, 17. Aufl., 2023 § 328 Rn. 3 などの有力説は、BGB 第328条・第332条及び第651e条において第三者の関与がなくとも既存の権利が第三者に与えられる可能性が開かれていることなどから、第三者のためにする譲渡は認められるとする。MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 272 も、新債権の原始取得及び旧債権の免除という構成によれば、ZPO 第401条による付随的権利の移転が排除され、強制執行や倒産の場合に第三者が不利な地位に立たされることにもなるため、第三者のためにする債権譲渡を認めるべきであるとする。

(148) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 272. *Soergel/Hadding*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 107 は、学説は債権譲渡・免除・処分的な和解を内容とする第三者のためにする契約は認めるのが一般的であるとする。

(149) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 274.

(150) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 274.

(151) BGB 第185条

「1 無権限者がある対象について行った処分は、権限者の同意があれば有効である。

2 権限者が処分を追認したとき、処分者が対象を取得したとき、又は権限者が処分者を相続し、かつ遺産債務について無限責任を負うときは、処分は有効である。後二者の場合において、対象について互いに両立しない処分が複数回なされたときは、より古い処分のみを有効とする。」

(152) MüKoBGB/*Gottwald*, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 282. BGB 第185条は自己の名でする処分に適用される規定であり、他人の名でなされた処分の場合には代理に関する ZPO 第164条以下の規定が適用される（MüKoBGB/*Bayreuther*, a. a. O. (Amm. 128), § 185 Rn. 2）。

につき一定の責任を負うはずの運送人が運送代理人との間で免責合意をしたとき、当該免責合意は第三者たる運送品の所有者との関係で上記処分に該当し、運送人の所有者が同意又は追認した場合にのみ有効となる⁽¹⁵³⁾。これと異なり、BGB 第 242 条第 2 項⁽¹⁵⁴⁾のような間接的な義務を伴う場合や一定の制限を伴う場合は、第三者の負担を目的とする処分には当たらないとされる⁽¹⁵⁵⁾。

3 集合的和解の実体法上の法律構成

このような第三者のためにする契約と処分に関する議論を背景としてか、集合的和解の実体法上の法律構成も、無権限者による処分及びその追認という構成によって説明するものと、第三者のためにする契約であると説明するものが存在している。そこで、以下では 2 つの立場の違いを確認する。

(1) 無権限者による処分及びその追認という構成

まず、無権限者による処分及びその追認という構成によって説明する立場によれば、集合的和解は、訴えを提起した団体、すなわち無権限者による処分であり、したがって追認が必要であるとされる⁽¹⁵⁶⁾。そして、この追認は、和解から離脱しないという沈黙によってなされることとなる⁽¹⁵⁷⁾。

この立場の特徴は、提訴団体による和解の締結を無権限者による処分だと性質決定する点にある。和解では互譲がなされるため、その意味で、届出消費者の負担になる処分的な契約となり得ることは間違いない⁽¹⁵⁸⁾。

(153) MüKoBGB/Gottwald, a. a. O. (Amm. 128), § 328 Rn. 282.

(154) BGB 第 242 条第 2 項

「債務関係は、その内容に応じて、各当事者に対し、その他の当事者の権利・法益及び利益を顧慮するよう義務付けることがある。」

(155) Staudinger/Klumpp, a. a. O. (Amm. 128), Vorbem zu § 328 ff., Rn. 61, 66.

(156) Musielak/Voit/Stadler, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 2. Staudinger/Klumpp, BGB, 2019, § 185 Rn. 153 によれば、BGB 第 185 条の場合、任意的訴訟担当の場合とは異なり、無権限者に特別の処分利益 (Verfügungsinteresse) の存在は要求されない。

(157) Musielak/Voit/Stadler, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 2.

(158) Vgl. Musielak/Voit/Stadler, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 2.

(2) 第三者のための契約という構成

これに対し、適格団体によって締結される和解は第三者のためにする契約 (Vertrag zugunsten Dritter) であるとする見解も存在する⁽¹⁵⁹⁾。ただ、第三者のためにする契約との構成であっても、その理解のあり方については若干の違いが認められる。

まず、ZPO 第 611 条の適格団体による集会的和解の受益者 (Begünstigte) の範囲には非届出消費者も含まれるが⁽¹⁶⁰⁾、ZPO 第 611 条第 5 項第 1 文による負担的な効力の可能性がある届出消費者とそれ以外の者 (例えば非届出消費者) は区別されるとされる⁽¹⁶¹⁾。そして、この区別を前提とすると、非届出消費者は第三者のためにする契約の意味での受益者の地位が与えられ、例えばその者の既存の法的地位を害しない追加的な権利の承認は許容されるとされる⁽¹⁶²⁾。もっとも、届出消費者との関係での集会的和解の実体法上の法律構成については具体的な言及がなされていない。

他方で、ここでの和解が一般論として第三者のためにする契約によってなされ得ることを認めつつも⁽¹⁶³⁾、ZPO 第 611 条第 1 項が届出消費者との関係で代理を認める規律であると分析する見解もある⁽¹⁶⁴⁾。すなわち、一度は第三者のためにする契約として和解がなされるが、同条によれば届出消費者に負担となる規律が認められることから、届出消費者の離脱という解消的な要件の下で同条は原告団体に届出消費者の法定代理権が認められていると指摘される⁽¹⁶⁵⁾。

(159) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 611 Rn. 2 ; *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), § 611 Rn. 4. また、*Burkhard Schneider*, Die Zivilprozessuale Musterfeststellungsklage, BB 2018, S.1995 は、届出消費者を拘束するわけではないから第三者に負担をもたらす契約ではないと指摘する。

(160) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), § 611 Rn. 4 ; *Röthemeyer*, a. a. O. (Amm. 92) Rn. 12 ; *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), Rn. 171.

(161) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 4.

(162) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 4.

(163) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), Grundzüge vor § 606 Rn. 7, § 611 Rn. 2.

(164) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 611 Rn. 2.

(165) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 611 Rn. 2.

（3）若干の整理

やや議論が散発的ではあるが、届出消費者と非届出消費者を区別する点は一致していると見ることができ、届出消費者との関係で負担がある又は負担しかないうちの和解がなされ得る点の実体法上の理解が異なっていると評価できる。前述した実体法の議論からすると、第三者の負担を目的とする契約は許されないにもかかわらず、不利な効力も認める ZPO 第 611 条はこれを排除していない。つまり、届出消費者の請求権の不存在を確認する和解が認められるとすれば、第三者のためにする契約との構成で説明し切れない和解を含んでいることになる。その意味で、無権限者による処分及びその追認という構成も十分に成り立ち得るものであり、届出消費者のための和解と非届出消費者のための和解を区別する立場が有力であるように思われる。ただ、次に述べる裁判所による統制が前提となる点からすると、集合的和解の場合には第三者のためにする契約に関する議論には含まれていない特別な考慮がなされていると仮定される。

さらに、集合的和解に基づく強制執行についても、原告である適格団体と被告事業者が執行することができる点に争いはないが、届出消費者が執行することができるかは争いがある。具体的には、集合的和解を受益する届出消費者は、和解で記名的に表示され（ZPO 第 750 条第 1 項）、当該和解がその者との関係で執行できる内容を有する場合、例えば記名的に表示された者への金銭支払が定められている場合には、当該和解に基づいて執行することができるとする見解⁽¹⁶⁶⁾がある一方で、専ら原告団体による執行しか認められないとする見解⁽¹⁶⁷⁾が存在する。また、届出消費者による執行を許容する見解であっても、直接的な執行可能な内容又は受益者の記名的な表示を欠く場合、当該和解は多くの場合に第三者のためにする契約と理解され、後続する判決手続によって実現が図られると指摘される⁽¹⁶⁸⁾。

4 集合的和解と裁判所による統制

（1）裁判所による和解内容の審査及び許可の位置付けの不明確さ
上記のような集合的和解の実体法上の法律構成が考えられるとしても、

(166) Prütting/Gehrlein/Halfmeier, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 22.

(167) Weinland, a. a. O. (Amm. 46), Rn. 188 ; Nordholtz/Mekat (Hrsg.), Musterfeststellungsklage, 2019, Rn 186.

(168) Prütting/Gehrlein/Halfmeier, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 23.

実体法上は被呼出参加人又は届出消費者の受益又は追認の意思表示によって第三者のためにする契約又は無権限者による処分効力が承認されることになるはずなので、その意思表示の有無を問えば十分であるように思われる。それにもかかわらず、ムスタ手続における集会的和解の際は裁判所による和解内容の審査及び許可という仕組みが必要的なものとして設定されている。この仕組みと実体法の議論がどのように噛み合うのかという点は、必ずしも明らかでない。ムスタ手続における集会的和解を最初に認めるに至った2012年改正の立法理由も、「裁判所が和解を承認したとき、その和解は全ての関係人に通用する (gültig)」とするのみで⁽¹⁶⁹⁾、裁判所による和解内容の審査及び許可が集会的和解の有効要件として位置付けられることは確認できるが、それが実体法の要請から求められる要件なのか、手続的な要請から求められる要件なのかは定かでない。

2012年法改正時に参考とされた報告書を見ると、オランダをモデルとしたオプトアウト型の和解が憲法違反とならないこと、すなわち一般にオプトアウト型の手続で問題視される処分権主義及び審尋主義の侵害が認められないことが強調されている⁽¹⁷⁰⁾。しかし、それ以上の詳細な検討を加える必要がないとされる⁽¹⁷¹⁾。その理由は、ムスタ手続におけるオプトアウト型の和解の人的範囲が原告と被呼出参加人（及び単なる参加人）に限定されることに求められている⁽¹⁷²⁾。すなわち、これらの者の名前と住所は知られており、裁判所によって許可された和解を個々人に送達することが可能なので⁽¹⁷³⁾、上記侵害の不存在が導かれるとされている。このような理由からすると、離脱可能性の保障を前提としないオランダの手続とは異なり、ドイツの集会的和解において決定的なのは離脱可能性の保障で、裁判所による和解内容の審査及び許可は別の要請から導かれるものではないか、との疑問も浮かぶ⁽¹⁷⁴⁾。

(169) BT-Drs. 17/8799, S. 15.

(170) *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 35.

(171) *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 35.

(172) *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 35.

(173) *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 35.

(174) *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 35は、「手続に関する者のために離脱可能性が予定されなければならない、したがって手続関係者が和解を強制されることはあり得ない」としているが、しかし同時に裁判所による許可を当然の前提とされていることからすると、消極的同意による一種の

（2）裁判所による和解内容の審査及び許可のドイツ的な受容

仮に実体法の要請であるとするならば、なぜ実体法の規律によって問題を解決するのではなく裁判所による手続的な措置によって対応されるのかが不明である。一定期間内に離脱の表明がないことが和解に対する同意と擬制される⁽¹⁷⁵⁾との理解が維持されるのであれば、実体法上の意思表示の問題に還元されると理解するのが自然であるように思われる。ムスタ確認訴訟の立法理由において、「教示とともにする許可された和解の送達は、届出消費者に、和解の内容を十分に検討し、そうして情報提供を受けた自己の責任で決断することを可能にする」⁽¹⁷⁶⁾とされていることからしても、消極的同意を擬制する前提は十分に整っているかに思われる。

また、他の類似の手続との関係で見ても、オプトアウト型の手続との関係で比較対照される株式法上の審判手続（Spruchverfahren）⁽¹⁷⁷⁾や行政訴訟上のムスタ手続は、手続上の和解に際して裁判所による内容審査を伴う許可を要求していない。

そうすると、裁判所による和解内容の審査及び許可という仕組みは一種の手続的な要請から導かれる、との理解があり得る⁽¹⁷⁸⁾。そこでまず考えられるのが、裁判所による和解内容の審査及び許可が集合的和解を認める不可欠の前提であるとの理解である。すなわち、離脱の不表明のみでは消極的同意の前提が整っていないとすれば処分権主義又は審尋主義の違反が認められるため、手続対象者の消極的同意を擬制するための前提を整える手続的な措置として、裁判所による統制が不可欠的に要請されるとの理解

オプトアウト手続が憲法違反を招来せしめかねないとの難点は、離脱可能性の保障による意思解釈の前提が整っていることでは克服することができず、裁判所による和解内容の審査及び許可が用意されていなければ消極的同意を認めることができないとの前提が置かれているようにも見受けられる。ただ、BT-Drs. 17/8799, S. 15で「裁判上合意される離脱可能性を有する和解を導入する」という表現がなされているように、相対的に離脱可能性の保障（実体法的な意思解釈の前提）が重視されていることは間違いない。

(175) *Felix Bergmeister*, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), 2009, S. 329 ; *Halfmeier/Rott/Feess*, a. a. O. (Amm. 105), S. 65.

(176) BT-Drs. 19/2439, S. 28.

(177) 会社の社員に対する給与の支払価格の適正性を評価するための手続であり、その決定の効力は全ての社員との関係で及ぶ。

(178) BT-Drs. 19/2439, S. 27も裁判所による許可を「手続法的な措置」としている。

である。離脱可能性の保障は実体法上の意思解釈の延長に位置付けられるように思われるが、それだけでは意思解釈の前提が不足しているため、消極的同意を擬制する手続的な前提として裁判所による和解内容の審査及び許可を用意し、可及的に和解対象者の意思を保護されることとなる。合理的な無関心の状況にある届出消費者にとっては和解が唯一の救済手段になる可能性があるため、その意味でも和解内容それ自体の相当性が担保されるのは重要な点である⁽¹⁷⁹⁾

他に手続的な要請として考えられるのが、大量損害の処理という手続の特性に由来するとの理解である。2012年改正の立法理由では、裁判所による和解内容の審査及び許可によって「その和解があらゆる面において均衡のとれた公平な結果をもたらすことが保障される」とされており⁽¹⁸⁰⁾、和解内容それ自体の客観的な統制が裁判所の役割とされている。大量処理性という観点から見た場合、和解内容それ自体の適切性を担保することの意義は、手続対象者が離脱権の行使を選択しなくなる点に求められるように思われる。すなわち、そもそもムスタ手続は大量の請求権を処理するために特別に認められた手続であるから、その手続においてなされる和解にもそのような機能が認められなければならないということである。

このような理解は、「必要なきには和解それ自体の中で最低要件が合意されれば足りる」⁽¹⁸¹⁾として大量処理性を重視しない2012年改正の立法理由の立場とは必ずしも整合しない。ただ、集合的和解はいずれも30%以上の離脱があれば和解が無効となるとの規定を設けており、和解全体では大量処理性への配慮が認められる。ムスタ確認訴訟の立法理由では、そのような和解には沈静的な機能（*befriedende Funktion*）が認められないからであると説明されているところである⁽¹⁸²⁾。すなわち、届出消費者の大部分が和解に服する場合でなければムスタ確認訴訟に求められる機能が

(179) BT-Drs. 19/2439, S.28. 同稿 S.27 でも、「届出消費者がムスタ確認訴訟に直接的に関与するわけではないので届出消費者の効果的な権利保護（*wirksam Rechtsschutz*）を確保するために手続法上の措置が必要である。したがって和解は裁判所によって許可されなければならない」とされており、届出消費者を保護するために裁判所による許可が要請されている。

(180) BT-Drs. 17/8799, S. 15.

(181) BT-Drs. 17/8799, S. 39.

(182) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 611 Rn. 1 は、沈静効果（*Befriedungswirkung*）がないと表現する。

果たされないこととなる⁽¹⁸³⁾。離脱期間が経過した後、裁判所によって和解の有効性が決定によって確認されるので、このプロセスを捉えれば、裁判所による判断と大量処理性を結び付けることはできる。そのため、前述した30%要件の審査によって、集散的和解の場合の大量処理性の確保を監督する役割が裁判所に与えられているといえる。ただし、立法理由からすると和解内容の審査の際にこの点の審査が予定されるわけではなく、大量処理性の維持は30%要件の審査のみによって担保されることとなるだろう。

第二目 集散的和解の統制手法

1 ムスタ当事者によって締結される和解

(1) 和解の成立

a. 投資家ムスタ手続の場合

ムスタ原告及びムスタ被告は、ムスタ手続及び原審手続（個別訴訟を受理した裁判所における手続）の終了に関する書面による和解の提案を裁判所に提出し、又は裁判所の書面による和解提案を文書により裁判所に対して受諾することにより、裁判上の和解を締結することができる（KapMuG 第17条第1項第1文）。このような投資家ムスタ手続における和解は、一方では原審手続の訴訟物が、他方でムスタ手続それ自体の訴訟物が和解の対象となるという意味で二重の対象を有している必要がある⁽¹⁸⁴⁾。すなわち、原審手続を同時に終結させることなく和解によってムスタ手続だけを独立的に終了させることはできない⁽¹⁸⁵⁾。そして、和解を締結することができるのはムスタ当事者だけである⁽¹⁸⁶⁾。その代わり、被呼出人には、態度表明の機会が与えられる（KapMuG 第17条第1項第2文）。これは、被呼出人の法的審尋を保障するものであるが⁽¹⁸⁷⁾、この聴聞がなされなかったとしても和解の効力に影響はなく、被呼出人への和解の送達に

(183) *Thomas/Putzo/Seiler*, a. a. O. (Amm. 38), § 611 Rn 5.

(184) *Hess/Reuschle/Rimmelpacher*, *Kölner Kommentar zum KapMuG*, 2. Aufl., 2013, S. 511.

(185) BT-Drs. 17/8799, S. 24 ; *Hess/Reuschle/Rimmelpacher*, a. a. O. (Amm. 184), S. 526 ; *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl., 2018, S. 280, 290.

(186) *Hess/Reuschle/Rimmelpacher*, a. a. O. (Amm. 184), S. 511.

(187) *Hess/Reuschle/Rimmelpacher*, a. a. O. (Amm. 184), S. 518 ; *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 282.

よって事後的に補われるとされる⁽¹⁸⁸⁾。つまり、被呼出人の法的審尋請求権との関係で本質的な要件は、被呼出人への和解の送達と離脱権であると理解することができる。

b. ムスタ確認訴訟の場合

ムスタ確認訴訟の場合、和解の締結は、口頭弁論でなされるか、ZPO 第 278 条の書面（裁判所に対する書面による和解の提案又は裁判所からの書面による和解の提案）によってなされる必要がある。そして、投資家ムスタ手続の場合と同様に、当事者間で和解が締結されるだけでは裁判上の和解の効力が生じず、裁判所による許可と届出消費者による離脱権の（不）行使を経て初めて効力を有することとなる。裁判所による許可がなされなかった又は離脱数が最低要件よりも多かった場合には和解は無効であり、したがってムスタ手続が続行される。なお、裁判所による許可や届出消費者の離脱権といった特別規定は一般規定の適用を排除するものではなく ZPO 第 278 条・555 条の適用により、上告審での和解も可能である⁽¹⁸⁹⁾。また、ムスタ確認判決がなされた後であれば、和解の許可が却下されたことについて上告審で争うことも可能である⁽¹⁹⁰⁾。

(a) 和解の時期的制限

被告事業者は届出消費者による後続手続を回避し、可及的にコストをかけずに紛争を終わらせるべく和解に応じるとの経済的リスクの低減方法に鑑みると、それまでのムスタ確認手続において届出消費者に何らかの請求権が帰属することが明らかとなったときに特に和解の機運があるとされる⁽¹⁹¹⁾。しかし、個別的な給付訴訟を省略するためにムスタ確認判決を得た後に届出人のために和解をすることは認められていない⁽¹⁹²⁾。これは

(188) *Hess/Reuschle/Rimmelspacher*, a. a. O. (Amm. 184), S. 518 ; *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 282. このときの送達は公告によって代替され得ない。vgl. BT-Drs. 17/8799, S. 25 ; *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 282.

(189) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 83.

(190) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 83.

(191) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 85.

(192) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 81. 特に *Hans-Jörg Dietsche*, Die Musterfeststellungsklage nach den Entwürfen des Bundesjustizministeriums, in :

（事務管理人として行動することはおそらく可能ではあるが）提訴権限を有する組織はムスタ確認判決後にはもはや被害者のための訴訟上の代表権（Repräsentationsrecht）を有していないからであるとされる⁽¹⁹³⁾。したがって、このとき被告は個々の消費者と和解をする途しか残されていない。このような規律について、ムスタ確認訴訟の構想は被告がムスタ確認訴訟で又は終結後に和解するであろうことを広く期待するにもかかわらず、ムスタ確認判決後の和解を認めない ZPO 第 611 条⁽¹⁹⁴⁾は全くもって不

Matthias Schäfer (Hrsg.), Der Gesetzesentwurf zur “Musterfeststellungsklage”, S. 86 は、届出消費者は迅速な救済を得たいが原告消費者団体は上級審の判決を得たいという利益状況になった場合、通常はムスタ判決を得た後に和解がなされるだろうと分析し、連邦参議院も検討を促していたが（BR-Drs. 176/1/18, S. 15）、採用されなかった。

(193) Musielak/Voit/Stadler, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 3.

(194) ZPO 第 611 条

- 1 裁判上の和解は、届出消費者に有利又は不利な効果があっても締結することができる。
- 2 裁判上の和解は、以下の事項に関する規定を含むものとする。
 - ①届出消費者に割り当てられる給付
 - ②届出消費者によって提供されなければならない給付資格の証拠
 - ③給付の支払期日
 - ④当事者間の費用分配
- 3 裁判上の和解は、裁判所の許可（Genehmigung）を必要とする。裁判所は、これまでの事実及び係争状況を考慮し、届け出られた請求権若しくは法律関係に関する紛争又は不確定性に係る適切な和解的解決と判断する場合、当該和解を許可する。この許可は、取り消し得ない決定によってなされる。
- 4 許可された和解は、許可時点の届出消費者に、和解の効果、和解から離脱する届出消費者の権利並びに遵守されるべき形式及び期間に関する教示とともに送達されなければならない。いずれの消費者も、許可された和解の送達後一か月の期間内に、自身の和解からの離脱を表明することができる。当該離脱は、書面で又は裁判所書記課の調書で表明されなければならない。離脱によって届出の有効性は影響を受けない。
- 5 許可された和解は、和解からの離脱を表明している届出消費者が 30% 以下にとどまる場合に有効となる。裁判所は、取り消し得ない決定により、許可された和解の内容及び有効性を確認する。その決定は、訴え登録簿において公告されなければならない。その決定の公示により、当該和解は自身の離脱を表明していない届出消費者に有利にも不利にも作用する
- 6 第一回期日前の裁判上の和解の締結は許されない。」

十分であると批判されている⁽¹⁹⁵⁾。

さらに、第1回期日の前になされた裁判上の和解は不適法である（ZPO 第611条第6項）。これは、立法理由書によれば、第1回期日開始日の前日が経過するまで届出又はその取下げが可能であることに鑑み（ZPO 第608条第1項・ZPO 草案608条3項）、裁判上の和解が可及的に広範に紛争を解決するものとなるべく規定されたものである⁽¹⁹⁶⁾。もっとも、法務委員会の最終勧告を受け⁽¹⁹⁷⁾、最終的には第一審の口頭弁論開始日が経過するまでは届出の取下げが可能とされたため（ZPO 第608条第3項）、第一回口頭弁論期日で和解が締結された後に届出が取り下げられる場面も想定できるようになった。その意味で、上記の理由付けの説得力は低下しているが⁽¹⁹⁸⁾、少なくとも届出期間の終了まで和解がなされないのだから、上記の理由付けはなお妥当すると考えられる。そして後述する和解の有効性の確認決定の送達是非離脱者に対してのみなされるべきであるから、裁判所は、第一審における口頭弁論開始日が経過するまでに消費者が自身の届出を取り下げているかを再審査しなければならないこととなる。

(b) 裁判外の和解の可否

ZPO 第611条の規定は、「*gerichtlich Vergleichs*」というZPO 第611条第1項及び第6項の明確な文言からすると、裁判上の和解にのみ適用され、したがって裁判外の和解は私的自治（BGB 第305条）の枠内で常に適法であると考えることができる⁽¹⁹⁹⁾。時期的な制限も適用されない。ZPO 第611条2項から5項の要件は、第1項との体系的な関連からすると裁判上の和解にのみに関わるものと理解される⁽²⁰⁰⁾。訴え登録簿に裁判外の和解を記録することも法律上予定されていない。もちろん、裁判外の

(195) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 2.

(196) BT-Drs. 19/2439, S. 25-26.

(197) BT-Drs. 19/2741, S. 12, 25.

(198) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 82.

(199) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 82. なお、*Burkhard Schneider*, *Die Zivilprozessuale Musterfeststellungsklage*, BB 2018, S. 1995 は、和解が合意の秘密性に依拠することが多いのに反し、和解内容の公示を前提に第一回期日まで和解できない旨の規定は手続の公然性を排除するものではないか、といった問題提起をしている。これについて、*Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 82.

(200) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 82.

和解の締結は手続を終了させるものではなく、訴え取下げ又は合意による終了宣言を介して手続が終了する。裁判外の和解の効力が届出消費者に（有利にも）不利にも拡張されることはない。

（2）和解の内容

a. 投資家ムスタ手続の場合

投資家ムスタ手続における和解の場合、次の内容を含んでいなければならないとして私的自治が一定の範囲で制限されている。すなわち、①合意された給付の参加人（Beteiligten）への分配（KapMuG 第 17 条第 2 項第 1 号）、②参加人が提出すべき給付資格に関する証拠（KapMuG 第 17 条第 2 項第 2 号）、③給付の支払期日（KapMuG 第 17 条第 2 項第 3 号）、④ムスタ手続費用の参加人への分配（KapMuG 第 17 条第 2 項第 4 号）が規律されている必要がある。これらの規定を欠く場合、裁判所による許可がなされないこととなる⁽²⁰¹⁾。

また、和解において合意する内容について、事実の確認、例えば目論見書やアドホックになされる通知の中の申述の正確性に関する和解は問題なくなされ得る⁽²⁰²⁾。通常の民事訴訟では予定されていないが、裁判所による事実認定も対象とすることができる⁽²⁰³⁾。しかし、具体的な事実関係と関連しない純粋な法律問題、例えば誤りのある通知と投資家に認められる損害の因果性、損害賠償請求権の時効期間の開始時などについては、受訴裁判所の法理解を拘束するもので当事者の処分権の枠外にあるから、和解の対象とすることができない⁽²⁰⁴⁾。いずれにせよ、和解の対象はムスタ問題に関わるものでなければならぬ⁽²⁰⁵⁾。

b. ムスタ確認訴訟の場合

ムスタ確認訴訟の場合、和解の内容に関しては、①届出消費者に割り当

(201) Hess/Reuschle/Rimmelspacher, a. a. O. (Amm. 184), S. 526 ; Wiczorek/Schütze, a. a. O. (Amm. 185), S. 290. さもないと和解によって回避されるべき

①～④の問題の解決に原審裁判所が取り組まなければならないこととなる。

(202) Hess/Reuschle/Rimmelspacher, a. a. O. (Amm. 184), S. 512.

(203) Hess/Reuschle/Rimmelspacher, a. a. O. (Amm. 184), S. 514.

(204) Hess/Reuschle/Rimmelspacher, a. a. O. (Amm. 184), S. 514.

(205) Hess/Reuschle/Rimmelspacher, a. a. O. (Amm. 184), S. 514.

てられる給付（ZPO 第 611 条第 2 項第 1 号）、②届出消費者が提出しなければならない証拠（同 2 号）、③給付の期日（同 3 号）、④当事者間の費用分配（同 4 号）に関する規律を含むとされる。これは当為規定ではあるものの、①～③がなければ執行可能な内容にならないと考えられるため⁽²⁰⁶⁾、これらを欠くことは実質的に認められないだろう。このような第 2 項の意義は、和解内容の完結的な規律というよりも、裁判所によって取り組まれるべき適切性の審査に対応するものである点に認められる⁽²⁰⁷⁾。

非届出消費者の請求権を含める形で和解をすることは排除されていないが、その場合、その参加なしに法律上の拘束力が非届出消費者に及ぶことはない⁽²⁰⁸⁾。非届出消費者による和解への事後的な参加も認められ得るとしても⁽²⁰⁹⁾、その請求権の情報を原告団体が有しているわけではないため、当該消費者による和解への関与が必要であると見られる。また、通例は ZPO 第 608 条第 2 項による届出人が提出した届出請求権の情報しか利用できず、特に個人的な請求額の申述は当為規定であるから（第 608 条第 2 項第 2 文）、多くの事例では、和解において請求権の処理に関する基本条件又は要点を抽象的に規律し詳細は配当手続に委ねることが予想される。

2 裁判所による関与

(1) 裁判所による集合的和解の内容審査及び許可

a. 投資家ムスタ手続の場合

投資家ムスタ手続法第 17 条による和解には、第 18 条による裁判所の許可が必要である（KapMuG 第 17 条第 1 項第 3 文）。すなわち、裁判所は、停止された争訟との関係でその和解が適切な和解的解決であると判断した場合、不服申立てできない決定によって当該和解を許可する（KapMuG 第 18 条第 1 項）。この許可は、裁判所の裁量の問題として位置付けられ、BGB 第 138 条及び 242 条⁽²¹⁰⁾のいわゆる濫用規制による制限を受ける⁽²¹¹⁾。

(206) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 85. ④がない場合は ZPO 第 98 条によって和解費用が相殺される。

(207) *Anders/Gehle/Schmidt*, a. a. O. (Amm. 71), § 611 Rn. 4.

(208) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 85.

(209) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 3.

(210) BGB 第 138 条

〔1〕 善良な風俗に反する法律行為は、無効とする。

許可にあたってはムスタ手続におけるそれまでの事実状態及び係争状態並びに被呼出人の聴聞の結果を考慮することされる（KapMuG 第 18 条第 1 項）。したがって、原審での事実状態及び係争状態の斟酌は求められず⁽²¹²⁾、個々の請求権は総計的にしか考慮されない⁽²¹³⁾。具体的な審査内容としては、例えば損害クラスを区分して異なる賠償を認める和解がなされた場合⁽²¹⁴⁾、そのような区別が実現可能でクラス間に差別がないかどうかといった点が審査される⁽²¹⁵⁾。また、大量請求が契機となってムスタ被告が強制的に和解に追いやられたのではないかといった点も審査される⁽²¹⁶⁾。意見表明及び離脱権の保障によって被呼出人の利益保護は十分であると判断することも可能であるが⁽²¹⁷⁾、ムスタ被告の保護に関する手続上の措置はこの裁判所の許可だけである。さらに、70% の被呼出人の非離脱とい

2 特に、相手方の強制された状態、経験不足、判断能力の欠如又は著しい意志の弱さを利用し、給付に対して著しく不均衡な財産上の利益を自己又は第三者のために約束させ又は譲渡させる法律行為は、無効とする。

………（略）

BGB 第 242 条

「債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義が要請するところに従って給付を行う義務を負う。」

(211) *Johannes Wigend*, Zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensge-
setzes (KapMuG), AG 2012, S. 850 ; *Hess/Reuschle/Rimmelspacher*, a. a.
O. (Amm. 184), S. 525 ; *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 290.

(212) BT-Drs. 17/8799, S. 24 ; *Hess/Reuschle/Rimmelspacher*, a. a. O. (Amm.
184), S. 525 ; *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289. これは裁判所
によって和解の提案がなされた場合も同様であり、被呼出人が重大な異議を述
べたときなどには自ら提案した和解に対する許可を拒否することもあり得る。
被呼出人による異議は、被呼出人の和解からの離脱によって定足数が満たされ
なくなるリスクを含意するものである。これに対し、*Schneider/Heppner*, BB
2012, S. 2711 ; *Keller/Wigend*, ZBB 2011, S. 383 は原審の事情も斟酌すべきだ
と批判する。しかし、10 以上ある個々の手続を審査対象に含めるのは現実的
ではないだろう。*Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289 も参照。

(213) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289. これを補うものとして、
被呼出人の意見表明の制度があるとされる。

(214) BT-Drs. 17/8799, S. 24.

(215) BT-Drs. 17/8799, S. 24 ; *Hess/Reuschle/Rimmelspacher*, a. a. O. (Amm.
184), S. 526 ; *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289.

(216) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289.

(217) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289.

う定足数要件（KapMuG 第 17 条第 1 項第 4 文）が満たされないことが明らかである場合も許可を拒否するとされる⁽²¹⁸⁾。

許可の方法は全体を許可するか全体を拒否するかであり、一部許可や和解提案の内容を変更する形での許可は許されない⁽²¹⁹⁾。そして、許可された後に当該和解が撤回されることはない（KapMuG 第 18 条第 2 項）。この不可撤回効により、法的安定性及び訴訟経済の要請が尊重される⁽²²⁰⁾。ただし、非離脱の定足数の比率を 70% より高くするなどして当事者の合意によって裁判所の許可後に撤回権を留保することは可能である⁽²²¹⁾。つまり、ムスタ確認訴訟では同様の規定が存在しないように、この不可撤回効は必須のものでないが、投資家ムスタ手続の場合には和解後にそれを受けた原審手続で審理がなされることから、法定安定性や訴訟経済の要請がより重視されたものと考えられる。

b. ムスタ確認訴訟の場合

裁判所は、それまでの事実状態及び係争状態を考慮し、それが届出請求権又は法律関係に関する紛争又は不確実性についての適切な和解的解決であると判断する場合に、和解を許可する（ZPO 第 611 条 3 項 2 文）。この適切性の審査について、裁判所は自己の有するイメージと和解内容が完全に一致する場合に許可するのではない。すなわち、裁判所が別の和解提案をした場合には当事者によって提案された和解が不適切になるのかというと、そうではない。適切性の問題について一定の判断余地（Beurteilungsspielraum）があるが⁽²²²⁾、適切性の審査の枠内で、当事者によって提案された規律が記載事項にある典型的に予期される紛争を解決するかどうか審理される⁽²²³⁾。確認目標に関する当事者の申述は訴訟の対象ではなく和解の対象とされるにすぎない消費者の債権額に関わるものではないだろうから、個々の事例について審査されるわけではない⁽²²⁴⁾。

(218) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289.

(219) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 286, 290.

(220) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 291.

(221) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 291.

(222) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 86.

(223) BR-Drs 176/18, S. 26.

(224) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 87.

この許可の契機について、裁判所における解明度が低ければ実質的に和解における当事者の自由度が高まり、裁判所が和解内容を適切でないとは判断することが難しくなる⁽²²⁵⁾。このことから、ムスタ手続の当事者間で自由に交渉された和解は適切であるという少なくとも事実上の推定がなされるとも指摘される⁽²²⁶⁾。これに対し、和解案を裁判所に提出する場面において当事者間に対立構造が存在しないことから、処分権主義の維持に疑問を示し、和解提案の適切性の解明に情報を必要とするならば、裁判所はZPO第139条第1項⁽²²⁷⁾の訴訟指揮の下で当事者にさらなる釈明を要求し、ZPO第141条⁽²²⁸⁾以下の規定を利用することができるとの指摘もなされている⁽²²⁹⁾。裁判所の許可の機能をどこまで重視するかという問題であり、届出消費者の利益保護を重視するのであれば⁽²³⁰⁾、後者の理解も採用する余地があるように思われるが、ムスタ確認訴訟に関する規律があえて投資家ムスタ手続に関する規律と距離を置き、和解内容の審査の際に届出消費者の聴聞のための手続を規律しなかったことからすると、直ちに後者の理

(225) *Röthemeyer*, a. a. O. (Amm. 92), S. 152.

(226) *Waßmuth/Asmus*, Der Diskussionsentwurf des BMJV zur Einführung einer Musterfeststellungsklage, ZIP 2018, S. 664.

(227) ZPO第139条第1項

「裁判所は、事実関係及び訴訟法律関係について、必要である限り、当事者とともに事実及び法律の両面から討論し、かつ、問題の提起をしなければならぬ。裁判所は、当事者が、すべての重要な事実に関して適時にかつ完全に陳述するように努め、特に主張された事実についての不十分な申立てを補充し、証拠方法を指摘し、かつ、適切な申立てをするように、努めなければならない」

(228) ZPO第141条第1項

「裁判所は、事実関係の解明に必要なと思われるときは、両当事者の出頭を命ずべきものとする。遠隔地にいるため又はその他の重大な事由から、当事者の一方に対して期日の出頭を期待できないときは、裁判所は、その者の出頭命令を発令しない」

(229) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 610 Rn. 5.

(230) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 610 Rn. 5は、届出消費者の利益保護にしか触れていない。また、同書では、和解内容に影響を及ぼす手段を有していないため、法的審尋請求権の保護の観点から、被呼出人と同様に届出消費者も必要に聴聞すべきであるとされる。しかし、KapMuGでの法的審尋請求権の保護は究極的には被呼出人の送達によって図られるものであるから、ここで聴聞することが法的な意味を有するとは考えがたい。

解に立つことは躊躇われる。他方、消費者は、特に額が少ないとき、離脱権の行使に関する判断のために、弁護士に相談するのではなく、裁判所の許可があるならば適切性を信頼することも予想されるが⁽²³¹⁾、結局は消費者の意思決定に依存するものであるから、裁判所の許可が厳格な審査によってなされるべきこととはならないと考えられる。

具体的な審査のあり方について、裁判所の和解案で和解が締結された場合、その提案は当該裁判所の有する適切性審査の基準に鑑みたものであるのが通常であろうから、適切性は肯定されることになるだろう⁽²³²⁾。これに対し、和解案が当事者によって提出された場合、裁判所の判断余地の範囲内で個々の点について裁判所と異なる価値判断をすることや、裁判所に未知の又は認定していない事実を考慮することも考えられる。

そして、裁判所による適切性の審査は、ムスタ確認訴訟の和解に内在する恐喝可能性について一定の保障をするものでもある。これは、法律的目的に訴訟産業の発生の防止が掲げられていることを想起させる。そこで、裁判所は、例えば、実際上も真に互譲に基づく和解であるかといった点を確かめなければならないだろう⁽²³³⁾。少なくとも、ムスタ被告が個々の届出消費者に平均的に引き受ける給付が平均的な届出額を上回る場合には、もはや適切ではないといえる⁽²³⁴⁾。また、個々の届出人又は届出人グループの間で不当に不平等な取り扱いがなされていないかも審査される。例えば、ある弁護士事務所によって代理されている届出人グループが他の届出人よりも優遇されていないかといった点が審査される⁽²³⁵⁾。

裁判所による適切性の審査は、各人間の潜在的な利害対立を想定して用意されたものであるが、特に届出消費者の利益を保護する役割を担うとされる⁽²³⁶⁾。すなわち、原告と届出消費者との間にある利害対立と届出消費者間にある利害対立の調整が重要である。前者について、原告は手続が迅

(231) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 610 Rn. 5.

(232) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 86.

(233) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 87.

(234) *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 87.

(235) *Waßmuth/Asmus*, a. a. O. (Amm. 226), S. 664 ; *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), S. 87. vgl. *Burkhard Schneider*, Die Zivilprozessuale Musterfeststellungsklage, BB 2018, S. 1995.

(236) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 9 ; *Nordholtz/Mekat*, a. a. O. (Amm. 167), Rn. 175.

速に終結することに利益を有し得る一方で、届出消費者は手続の継続及び事実関係のより精確な解明によって利益を得るかもしれない⁽²³⁷⁾。後者について⁽²³⁸⁾、審査の手続としては、関係する届出人の聴聞が有意義であり得、あるいは少なくともこの関係人には意見表明の機会が与えられ得る。もっとも、このことは法律には規定されていないが (KapMuG 第 18 条第 1 項第 2 文とは異なり)、和解の得る第三者効に鑑みて裁判所に禁じられるものではない⁽²³⁹⁾。

3 集合的和解の有効要件

(1) 和解対象者の離脱権

a. 投資家ムスタ手続の場合

許可された和解は、被呼出人に送達され (KapMuG 第 19 条第 1 項)、送達後 1 か月以内に書面又は裁判所書記課の調書によって裁判所に (KapMuG 第 19 条第 2 項) 和解からの離脱を表明する被呼出人が 30% 未満である場合に有効となる (KapMuG 第 17 条第 1 項第 4 文)。この定足数が満たされない場合、許可された和解は無効であり、ムスタ手続は続行されなければならない⁽²⁴⁰⁾。

和解内容の送達によって和解に含まれることとなるのではなく⁽²⁴¹⁾、離脱権の不行使をもって和解に黙示的に同意したものと考えることができる⁽²⁴²⁾。送達の際、被呼出人は、自己の和解からの離脱権について、遵守されるべき形式及び期間並びに和解の効果を教示される (KapMuG 第 19

(237) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 9.

(238) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 9; *Weinland*, a. a. O. (Amm. 46), Rn. 175; *Waßmuth/Aamus*, a. a. O. (Amm. 226), S. 664.

(239) *Prütting/Gehrlein/Halfmeier*, a. a. O. (Amm. 65), Rn. 10.

(240) *Wieczorek/Schütze*, a. a. O. (Amm. 185), S. 289.

(241) これに対し、*Hess/Reuschle/Rimmelspacher*, a. a. O. (Amm. 184), S. 512 は、和解の送達時点で和解に含まれることとなるが、離脱権の行使によって和解の効力から逃れることができると説明する。しかし、後述するムスタ確認訴訟に関する文献を見る限り、離脱権の不行使をもって和解への同意が擬制されるとの考え方が一般的ではないかと思われる。送達だけで和解への同意を擬制するのは困難であろう。

(242) Vgl. *Felix Bergmeister*, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG), 2008, S. 356.

条第3項)。

b. ムスタ確認訴訟の場合

許可された和解は、届出消費者の30%未満の者がその和解からの離脱を表明している場合に有効である（ZPO第611条第5項第1文）。離脱は、訴え登録簿を管理する者ではなく、裁判所に対して書面又は書記課の調書によって表明されなければならない（ZPO第611条第5項第2文）。このとき、弁護士強制はない（ZPO第78条第3項）。届出人は、和解の効力並びに離脱権及びそれを行行使するための期間・形式を教示される。教示がない又は不正確であったことは、期間の経過には影響しない⁽²⁴³⁾。

教示とともにする許可された和解の送達により、届出消費者は和解の内容を吟味し、情報を受けて自己責任で判断することができる⁽²⁴⁴⁾。このとき届出人が受け取るのは裁判所による許可決定と和解のテキストであるが、訴え登録簿には許可決定と和解がなされた事実（テキストを含まない）しか公表されない⁽²⁴⁵⁾。つまり、訴え登録簿の閲覧によって知ることができるのは裁判所が許可した和解が存在するという点だけであり、この和解の内容がどのようなものなのかは知られ得ない。したがって、個別の送達が重要な意味合いを有することとなる。ただし、教示の内容は個別のものではなく、集合的和解の一般的な仕組みが教示されるにとどまる。

なお、KapMuG第19条と平行に考えて、教示がなされなかったか又は不正確であったときには永続的な離脱権が発生し、ZPO第234条第3項も準用されないと解される⁽²⁴⁶⁾。

(2) 和解の有効性の確認決定

a. 投資家ムスタ手続の場合

投資家ムスタ手続を管轄する高等裁判所は、争い得ない決定により、許可された和解が有効になったかどうかを確認する（KapMuG第23条第1項第1文）。この決定は公告され（KapMuG第23条第1項第2文）、訴え

(243) *Waßmuth/Asmus*, a. a. O. (Amm. 226), S. 665.

(244) BT-Drs. 19/2439, S. 26.

(245) *Waßmuth/Asmus*, a. a. O. (Amm. 226), S.664.

(246) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 3.

登録簿への登録によって効力を生ずることとなる（KapMuG 第 23 条第 1 項第 3 文）。

b. ムスタ確認訴訟の場合

裁判所は、許可された和解の内容及び有効性を決定によって確認する（ZPO 第 611 条第 5 項第 2 文）。この裁判所による確認決定は、設権的でなく宣言的なものであるにもかかわらず、和解の効力は、訴え登録簿における公告を起点として、離脱を表明しなかった届出消費者に有利にも不利にも作用する（ZPO 第 611 条第 5 項第 4 文）。すなわち、届出消費者への拘束力の法的根拠は、契約であるということはもちろんのこと、この確認決定にも求められるのである。また、この確認決定は争い得ないものである（ZPO 第 611 条第 5 項第 2 文）。併せて、ムスタ確認手続について訴訟終了効も生じることとなる⁽²⁴⁷⁾。

通常の訴訟上の和解の場合、裁判所による裁判を欠くので実体的な確定力が与えられない。しかし、ZPO 第 611 条による和解については別様に見ることができる。すなわち、当該和解は裁判所によって内容上審査・許可され、それによって訴訟当事者による実体法上の契約を超えたものになり、その和解の内容は、ZPO 第 611 条第 5 項第 2 文によれば、裁判所の決定の要素となるのである⁽²⁴⁸⁾。ただし、和解のどの部分に実体的な確定力が認められるかは、和解内容に依存する⁽²⁴⁹⁾。

この確認決定を経た和解は、ムスタ被告に対する届出消費者の執行名義（ZPO 第 794 条第 1 項）にはならない⁽²⁵⁰⁾。届出消費者はムスタ確認訴訟の当事者でもその他の手続参加者でもないから、彼らは被告事業者に対して和解を基に強制執行を行うことができないのである。ZPO 第 611 条 1

(247) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 3.

(248) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 3.

(249) *Musielak/Voit/Stadler*, a. a. O. (Amm. 73), § 611 Rn. 3.; *Robert Magnus*, Die Wirkungen des Vergleichs im Musterfeststellungsverfahren, NJW 2019, S. 3177.

(250) この点が投資家ムスタ手続との違いである。また、ムスタ確認訴訟は、投資家ムスタ手続とは異なり、地方裁判所が管轄を有するため、和解決定などの主体はすべて地方裁判所である。立法過程では、投資家ムスタ手続のように審級を短縮させることなどに関して理論的な懸念が示されている。vgl. BT-Drs. 19/2701. S. 8.

項及びその立法趣旨は、成立レベルでのみ和解への消費者の関与を規定する⁽²⁵¹⁾。すなわち、有名義者としての原告団体だけが、執行可能な和解の正本を申請し、それに基づいて強制執行を行う権限を有すること、つまり団体自身のための給付ではなく届出人の給付を実現する場合にも原告団体が強制執行権限を有することが想定されている。

4 集会的和解の効力

(1) 投資家ムスタ手続の場合

和解の有効性を確認する決定の公示により、和解は、離脱を表明しなかったすべての参加人に有利にも不利にも効力を有する（KapMuG 第 23 条第 1 項第 4 文）。離脱の不表明は和解の承認と考えることができるため、不利な効力が及ぶことも正当化される。

また、和解はムスタ手続を終了させる（KapMuG 第 23 条第 2 項）。このとき、原告が自らの離脱を表明しない限り、受訴裁判所は、投資家ムスタ手続法第 8 項第 1 項によって停止した手続を決定により終了させ、公平な裁量によって、そしてムスタ当事者の費用分配に関する合意を考慮した上で、費用に関する裁判をする（KapMuG 第 23 条第 3 項第 1 文）。当該決定に対しては、即時抗告が可能で（KapMuG 第 23 条第 3 項第 2 文）、当該抗告に関する裁判の前に相手方は聴聞を受けなければならない（KapMuG 第 23 条第 3 項第 3 文）。

投資家ムスタ手続における和解は原審手続の当事者との関係で具体的な給付義務を確認するものではないから、ZPO 第 794 条の執行名義にならない。そこで、執行の際の問題を解消するため、原告が和解の不履行を主張する場合、原告の申立てに基づいて手続が再開されることとなる（KapMuG 第 23 条第 4 項）。訴えが和解の履行を指向するのであれば、そこで訴えの変更をすることも可能である（KapMuG 第 23 条第 5 項）。

(2) ムスタ確認訴訟の場合

ムスタ確認訴訟の場合、投資家ムスタ手続と同様に、離脱を表明しなかったすべての参加人に有利にも不利にも効力を有し（ZPO 第 611 条第 1 項）、同時にムスタ手続を終了させる。

(251) BT-Drs. 19/2439, S. 25.

5 集合的和解の共通枠組み

投資家ムスタ手続法上の和解とムスタ確認訴訟法上の和解は、微妙に異なる規律となっている箇所も見受けられるが⁽²⁵²⁾、実質的には同じ制度であると考えられる。その大まかな共通枠組みをまとめると、以下のようになる。

(1) 裁判所による許可と対象者の和解からの離脱

(i) 裁判所による和解内容の審査を経た許可について、投資家ムスタ手続の場合には実際に被呼出人による訴え提起が存在することから被告の保護が、ムスタ確認訴訟の場合には届出消費者が手続に全く関与しない（投資家ムスタ手続で行われる和解の際の聴聞手続も存しない）ことから届出消費者の保護が強調されるきらいがある。しかし、許可の目的が異なるのかといえそうではなく、投資家ムスタ手続の場合でも被呼出参加人の保護が目的に含まれ、ムスタ確認訴訟でも届出消費者以外の者（例えば被告）の利益が審査対象に含まれる。投資家ムスタ手続の場合も被呼出人は和解に関与する機会はなく（審査の際に聴聞されるだけである）、ムスタ確認訴訟の場合も届出消費者の何人かは自ら訴えを提起することが想定されるので（ムスタ確認訴訟は必然的に個別の後続訴訟を予定するものでもある）、2つの手続の状況が決定的に異なるとは言い難い。

具体的な審査内容は、事案の解明の程度によって相対的なものとなる。すなわち、早期の段階で和解が締結されたのであれば裁判所は当事者の言い分を基本的に正当なものとして許可することになるが、判決間近でなされた和解の場合には裁判所の心証に照らしてより踏み込んだ適切性の審査がなされることになるだろう。被告の保護という観点からは、和解が事実上強制的になっていないか、例えば想定される請求額よりも多い額で和解がなされていないかといった事情が問題となる。他方、和解対象者の保護という観点からは、損害クラスや消費者グループが設定されている場合、同クラス又はグループ内で平等な取扱いがなされているか、クラス又はグ

(252) ①和解の効力の対象となる者について、投資家ムスタ手続では自ら訴えを提起している被呼出人であるのに対し、ムスタ確認訴訟では届出消費者は訴えを提起する必要がない、②投資家ムスタ手続では和解の撤回が制限されているのに対し（投資家ムスタ手続法第18条第2項）、ムスタ確認訴訟では制限されていないなどの差異がある。

ループ間で不均衡な取扱いがなされていないかといった事情が審査される。

このような適切性審査の相対性からすると裁判所の許可の意義はそれほど大きくないと見得るかもしれないが、もう一点、裁判所による審査は、①合意された給付の対象者への分配、②対象者が提出すべき給付資格に関する証拠、③給付の支払期日、④手続費用の分配に関する規律が含まれていなければならないという形式要件も対象とするものであり、これらが欠けている場合には許可が拒否されることとなる。ムスタ原告には必ずしも和解権限を有していないところ、これらの規定は、対象者に有利な内容の和解になるように当事者の私的自治を統制するものである。

次に、(ii) 許可された和解の対象者への送達について、この送達によって対象者は和解が自己にとってメリットがあるかどうかを判断することができるようになる。その意味で、ムスタ手続における原告の権限に含まれないとされる和解の効力が対象者に及ぶことを正当化する審尋請求権の保障を含意するものである。

最後に、(iii) 対象者の和解からの離脱について、この離脱権が保障されていなければ法的審尋請求権の保障に欠けるため、和解の効力が対象者に及ぶことはない。そして、この離脱権の不行使をもって和解を黙示的に承認したものと判断され、対象者は和解に包含されることとなる。

以上のことから、上記(i)から(iii)は、対象者に和解の効力を及ぼすための不可欠の前提であると考えられる。

(2) 和解の有効性に関する確認決定

(iv) 裁判所による和解の有効性の確認決定について、この確認決定によって和解に裁判上の効力が認められることとなる。その意味で、通常の和解よりも判決に接近する面があり、当該和解に既判力を認める契機となり得る。和解審査の相対性からすると必ずしも和解条項のすべてに既判力が認められるわけではないようにも思われるが、上記①から④の和解内容の規律については必ず許可審査の対象となるため、既判力をもって確定されると考えてよいと解される⁽²⁵³⁾。

(253) *Alexander Eggers, Gerichtliche Kontrolle von Vergleichen im kollektiven Rechtsschutz*, 2020, S. 86 も、ムスタ原告の代表性が裁判所による統制の基礎となっていると分析している。

6 集合的和解に対する評価

2012年の法改正以来、裁判所によって許可され有効に公告された和解が1件、公告されなかったもののメディアの報道によれば和解で終了した事件が1件あるのみである⁽²⁵⁴⁾。和解の規律が機能しているとは言い難い状況ではあるが、同種の規律は次のムスタ確認訴訟にも受け継がれており、法的な枠組みとしては好意的に受け止められているものと考えられる。

大量損害の場合、事例間の公平性及び個人の審尋請求権が保障されなければならない一方で、手続の実効性を確保しなければならない。集合的和解は、この双方を同時に実現する手段となる可能性を有している⁽²⁵⁵⁾。集合的和解のメリットは、個別の請求権や責任を完全に明らかにすることなく全体の事件について拘束的な解決策を見出し得る点にある⁽²⁵⁶⁾。審尋請求権の観点からすると、許可をした裁判所からの十分かつ確実な情報提供が保障されているのであれば、集合的和解も許容される⁽²⁵⁷⁾。この情報提供は、訴え登録簿上でなされるもので足りる⁽²⁵⁸⁾。また、加害者側にとっても、可及的に多くの被害者を拘束的に巻き込むことのできる集合的和解は魅力的である⁽²⁵⁹⁾。実際、請求権が大量に存在する場合に迅速にそれらを一貫する唯一の現実的な手段が和解であることも多い⁽²⁶⁰⁾。以上から、現在の状況にかかわらず、将来的には和解による解決はこの制度にとって大きな意味をもつものと予想される。

第三節 小括

ドイツにおける議論状況が複線的で複雑であったことに鑑み、集团的利益論からムスタ手続に至る経緯から再度確認しておくこと、ドイツにおける集团的利益論の端緒は、1971年にWolf教授によって団体差止訴訟の立法

(254) *Burkhard Schneider*, Die Zivilprozessuale Musterfeststellungsklage, BB 2018, S. 1995.

(255) *Caroline Meller-Hannich*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018, Bd. I, 2018, A73.

(256) *Meller-Hannich*, a. a. O. (Amm. 255), A73.

(257) *Meller-Hannich*, a. a. O. (Amm. 255), A73.

(258) *Meller-Hannich*, a. a. O. (Amm. 255), A73.

(259) *Meller-Hannich*, a. a. O. (Amm. 255), A73.

(260) *Meller-Hannich*, a. a. O. (Amm. 255), A73.

理由が敷衍された点に認められる。その後、Thiere 教授の見解などによって中間的利益が精緻に分析され、より公的利益に近い中間的利益である超個人的利益に関する議論が発展する一方で、集团的利益の内容を深める議論はほとんど見られなかった。その背景には、ドイツにおける集团的利益論が、立法によって認められた実体権（差止請求権）を説明するための理論構成として主張されたにすぎなかった点があると評価できる。

それもあって、複数の個別的な請求権が存在する場合については、損害類型に着目し、大量損害及び拡散損害といった分類を用いる議論が発展した。この損害類型に関する一つの理論的な整理を行ったのが Wagner 教授であるが、拡散損害の一種に分類されそうであるが部分的に大量損害の性質を有する場合（ムスタ確認訴訟がまさにこの場合である）があることから、必ずしも十分な整理とはいえない面がある。ただ、このように、客体（請求権）の集団性に着目した議論は、集团的利益論が集团的利益を構成する主体の集団性に着目した議論であったことと対照的である。

そして、この客体の集団性に対応した手続が、ムスタ手続である。ムスタ手続の淵源は、大量の訴訟を効率的に処理するために実務上便宜的に用いられていたムスタ訴訟合意に求められる。しかし、このムスタ訴訟合意の効力を訴訟法的に認めることは超個人的利益の保護を帰結することになるため、民事訴訟法的なムスタ手続を認めるにはその理論構成を変化させる必要があった。この点に関する検討の結果、投資家ムスタ手続及びムスタ確認訴訟で採用されたのが、クラスアクションに相当する手続として構想されるグループ手続とムスタ手続を折衷した限定的なグループ手続（*begrenzte Gruppenverfahren*）である。

この限定的なグループ手続は、手続の全体を見た場合、個別的な請求権の救済を目的とする点でグループ手続に分類されることになるが、手続対象者に共通する確認目標がムスタ手続の枠組みで確認される点に特徴がある。この確認目標は、民事訴訟におけるムスタ手続を認めるために新たに措定されたもので、個々の法律要件要素又は法律関係が確認目標の内容を構成する。すなわち、ムスタ確認手続を採用することの理論的意義は、確認目標という新たな訴訟物を措定し、当該訴訟物について手続対象者を代表する者に確認の訴えの利益を認める点にあるといえる。他方で、ムスタ確認訴訟の原告適格を訴訟担当との類比によって把握することが試みられているが、議論は未成熟といった様相を呈している（集团的利益との接点

を求めようとする見解も存在した）。

また、ムスタ手続であれば何を対象にしても確認の利益が認められるわけではなく、投資家ムスタ手続の場合は10人以上、ムスタ確認訴訟の場合には50人以上の者の請求権が確認目標に依存するものである必要があり、その意味で、このときに認められる確認の利益は集合的な確認の利益であるといえる。この大量処理性は集合的な和解の場合にも要請され、30%以上の離脱がある場合には和解を無効とされる。

1段階目における集合的和解については、手続対象者の離脱可能性の保障と裁判所による和解内容の審査及び許可を前提に承認されている。この和解は、2012年に投資家ムスタ手続法に導入されたものが原型であり、細部に違いは認められるものの、基本的には同一の構造を維持する形でムスタ確認訴訟にも認められている。実体法的に見た場合、この集合的和解は基本的に第三者のためにする契約であるとの理解が有力であった。他方で、手続法的に見た場合、裁判所による和解内容の審査及び許可がどのように位置付けられるかが問題となる。2012年の投資家ムスタ手続法改正の経緯などを参照すると、離脱可能性の保障によって離脱の不表明による消極的同意を認める重要な前提が整うが、それだけでは通常の意味解釈を超える消極的同意を認めるには不十分で、裁判所による和解内容の審査及び許可の制度が用意されていることによって消極的同意の擬制による集合的和解への拘束が正当化されていると考えられそうである。このとき、裁判所による和解内容の審査は従前の事実関係又は訴訟関係に照らしてなされ、そのための特別の手続を要しない点で相対的な審査にとどまるものであるが、消極的同意を前提としていることもあって、届出消費者が合理的無関心の状況にあるムスタ確認訴訟の場合には、その審査密度を条文において想定されているものよりも高く考える見解が主張されていた。

手続対象範囲に関しては、前述した限定的なグループ訴訟として把握されるムスタ確認訴訟の特徴からすると、手続理論的な限定を付す必要は認められない。実際、ムスタ確認訴訟では、消費者契約を基礎とする実体法上の消費者概念から離れ、請求権の取得に着目した手続法的な消費者概念が採用されている（ZPO第29c条）。このことから、消費者紛争一般についてムスタ確認訴訟が認められ、ムスタ確認訴訟の前提となる合理的無関心の存在は、實際上、大量の個別的な請求権の発生と同義のものとなっている。このことは、ZPO第29c条にいう消費者には投資家も含まれると

解されることにも現れている。同様に、消費者紛争の一つとして捉えられる競争法関係の紛争も、ムスタ確認訴訟の適用対象となる。そのため、ムスタ確認訴訟は、競争違反の存在に関する官庁による判断がない場合に当該判断を実質的に代替する機能を有することになるが、カルテル官庁による競争違反の確認の場合に比して証拠へのアクセスが困難であるから実務上の意義は少ないであるとも指摘されており、この点の評価によってこの種の紛争について2段階型の手続を創設するべきか否かに関する考え方が分かれることになるだろう。

第三章 日本法

第一節 消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続の独自性

第一款 比較法の前提の整理

第一目 グループ訴訟との比較

1. グループ訴訟と被害回復裁判手続の異同

(1) 集団的利益論の分化

第一章で前述したように、個別的利益の救済が前提となるグループ訴訟は、当初は必ずしも集団的利益の延長に位置付けられるものだとは考えられていなかった。しかし、原告団体による1段階目の責任確認訴訟がなぜ認められるのかという点に関連して、Azar-Baud 准教授が、集団的利益の一種としての個別的で均質な利益が問題となるのがグループ訴訟であると理論的に正当化したことによって、グループ訴訟と集団的利益論が結び付けられた。すなわち、集団的利益論との類比によって、集団的な既判事項について、原告団体による確認の訴えの利益及び原告適格が認められることが明らかにされた。そして、この Azar-Baud 准教授の見解は、フランスにおける集団的利益論が未確定の実体的利益を議論の対象に含めるものであったことを背景としている。この点について、序章で前述したように日本における集団的利益論の発展も未確定の実体的利益を議論の対象に含めるものであったことからすると、日本及びフランスにおける集団的利益論の類似性が看取される。また、Azar-Baud 准教授の見解は、次款第一目で後述する山本和彦説にも親和的といえるだろう。

(2) 集合的な和解の可能性

従来、代表の適切性はオプトイン型／オプトアウト型の二項対立の中で

判決効の拡張と関連付けられるものとして理解されたが⁽²⁶¹⁾、グループ訴訟の代表性について考えてみると、Azar-Baud 准教授の指摘するように、1段階目の手続と2段階目の手続で代表性に濃淡が認められるように思われる。すなわち、1段階目の手続について原告団体は適切な代表性を有するものの、2段階目の手続に相当する部分についてはそうではない。そのため、1段階目の手続において集合的和解を締結することには一定の留保が必要となるように思われる。そのような背景もあってか、グループの名でされる和解については、裁判所による和解内容の審査及び許可と公示などの形式要件が必要的なものとしてされている（消費者法 L. 623-23 条など）⁽²⁶²⁾。もっとも、手続対象者は事後的に和解に加入することからすると、手続対象者の判断（つまり、加入するかどうか）に委ねるとの理解もあり得るところ、裁判所による和解内容の審査及び許可を要求することの意義は必ずしも明らかではない。現状判明しているのは、裁判所は和解内容が手続対象者間の公平に反しないかどうかを審査すること⁽²⁶³⁾、その審査に際しては特に聴聞手続などは予定されないことである。ただ、実体法上の議論を参照すると、集合的和解の実体法上の法律構成となる負担を伴う第三者のためにする契約については、第三者が負担に同意すること、その同意を判断する基礎が整っていることが重要であると考えられていた。この議論と上記の手続法的な議論を併せた場合、裁判所による和解内容の審査は、和解の内容に踏み込んだものであるというよりは、負担を伴う和解に参加するか否かを第三者が判断できるような形式が整っていること、例えば和解の文言から第三者が集合的和解の内容を十分に把握することができるか、公示などの通知措置が適切に用意されているかかという前提部

(261) 高田裕成「集団的紛争における判決効」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟 6』（弘文堂、1984年）186頁、同「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商法雑誌 115 巻 4・5 号（1997年）552頁以下など参照。

(262) 長谷部由起子「集合訴訟制度の課題」法曹時報 64 巻 7 号（2012年）1628頁などでは、アメリカのクラスアクションを参考に、適切な代表性に加えて対象者を保護するための裁判所による後見的役割が必要である、といった指摘が見られたが、和解にのみ裁判所による統制を設けるべきとの主張は見られなかったところで、新しい議論であるように思われる。

(263) なお、徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報 48 巻 8 号（1996年）1675頁では、裁判所による統制について、馴合訴訟かどうかを裁判所が職権で調査するのは實際上困難であると指摘する。

分を審査するにとどまると位置付けることができる。集合的な和解の認められていない日本においては、この点に関する議論も一定の参考になるものと思われる。第三者のためにする契約の比較法も踏まえた考察については、次節第一款で改めて検討する。

(3) 手続の対象範囲について

フランスにおけるグループ訴訟の対象は、個別的で均質な利益論を前提とすると、手続理論的には2段階型の訴訟を制限する必要はなく、2016年法によってもグループ訴訟の共通枠組みが明文化されているところであった。しかも、実体法的な消費者という属性も特に重視されてない。このことは、消費者法上のグループ訴訟において実質的に民法上の法律関係がその対象とされていることから明らかである。他方で、実体法の観点から見た場合、グループ訴訟を創設するのは提訴数の少なさを補うためであり、提訴数の少ない事例における典型的な被害の救済が図られれば、一応の目的は達せられることとなる。すなわち、典型的に想定される損害以外の損害については、通常想定される提訴の中に含まれず、グループ訴訟の立法理由が乏しい状況にあるといえる。このような2つの視点が、フランスにおけるグループ訴訟の背景にあると考えられる。

これに対し、序章で述べた通り、消費者裁判手続特例法の議論に際しては、被告の手続保障を担保するために手続対象範囲を限定すべきとの主張が見られた。この主張に鑑みると、あらゆる債権が手続の対象となり得るから無限定に手続を認めるという方向では被告の手続保障を害するおそれがあり、フランスのように、典型的な損害類型に限ることで手続の対象範囲を拡大しやすくなる面があるように思われる。ただ、損害類型の限定で被告の手続保障として十分であるかという点は必ずしも明らかでないため、提訴数が少ないとされる事例について、実体法の議論も参照しながら、適用範囲の拡大可能性を検討することとする。

2. 日本における中間的利益を巡る議論との合流

(1) 実体法的な観点からの分析

集团的利益のような中間的利益については、近時、民事・行政・刑事法それぞれが用語法の統一を図りつつ、実体的利益の性質を踏まえた形での類型化の試みがなされている。すなわち、私益と公益の中間に位置付けら

れる利益を総称して集团的利益と分類し、その内実を集合的利益、拡散的利益、社会的利益（損失）の3つに類型化する考え方が有力になっている⁽²⁶⁴⁾。集合的利益とは、個別的利益を束にした利益であって損害の観念とその個別的な帰属の確定が可能である利益のことを指し、社会的利益とは、市場競争の機能不全により社会的には厚生上の損失が生じているものの個々の消費者の個別的な金銭的損害を観念することができない利益をいうとされる⁽²⁶⁵⁾。そして、集合的利益と社会的利益の中間に位置するのが拡散的利益で、損害を観念することは可能であるもののその個別的な帰属を確定するのが困難な利益であるとされる⁽²⁶⁶⁾。

このような類型化の試みは、その定義に異論を差し挟む余地もあるように思われるものの⁽²⁶⁷⁾、基本的には正当なものとして受け入れられよう。しかし、集合的利益という分類に関しては明らかに分析が進んでおらず、訴訟上の効率性の問題として取り扱われているにすぎないのが現状であるように思われる⁽²⁶⁸⁾。それは、集合的利益という分類には集团的利益論でなされてきた法人格の付与との類比が必ずしも当てはまらないこと、すな

(264) 千葉恵美子「集团的消費者利益の実現を巡る研究序説試論」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）10-11頁、林秀弥「独占禁止法による集团的消費者利益の保護」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）97頁、同「顧客誘引規制の原理的課題」日本経済法学会編『競争法と消費者—日本経済法学会年報第40号』（有斐閣、2019年）20頁など。

(265) 千葉・前掲注264）10頁など。

(266) 千葉・前掲注264）10頁など。

(267) 千葉恵美子「実体法の観点から見た消費者裁判手続特例法に基づく被害回復制度の位置づけ」法の支配182号（2016年）62頁では、社会的損失は、市場の機能不全による潜在需要の喪失であって、個別的利益の侵害を観念できない場合に、拡散的利益は公正かつ自由な競争によって良質・廉価な商品・役務の提供を受けるといふ利益が享受できるという期待であって、損害が観念できても個別利益の帰属先を確定することが困難な場合に、集合的利益は個別的利益を束にした利益であるが、多数の被害者が広く浅く存在している場合に類型化されるとして、より詳細な定義が与えられている。

(268) 次款第一目で後述するように、集团的利益論のように権利性のある実体的利益を指定するのではなく請求権の中身を分断して（権利ではない）部分的な実体的利益を指定するのが集合的利益の意義であると考えられることからすると、集合的利益は訴訟法から主に分析されるべき利益であるといえるだろう。

わち新たな請求権の成立を導くものではないため実体法からの分析には限界があることを暗に示しているようにも思われる⁽²⁶⁹⁾。そこで、消費者裁判手続特例法が対象とする集合的利益の位置付けを訴訟法的に分析すると、これはフランスで個別的均質な利益と呼ばれていた中間的利益と同義のものと考えられる。詳細は次款第一目で後述するとして、このような理解からすれば、共通義務の形で措定された中間的利益が集合的利益であるとの位置付けが可能であるように思われる⁽²⁷⁰⁾。その意味で、集合的利益は一種の実体的利益（後述するように共通義務は一種の法律関係と理解される）ということになるだろう⁽²⁷¹⁾。ただし、この実体的利益は被害者の個別的な請求権に奉仕するものであり、訴訟法的にみれば確認の利益として把握されることになる。したがって、集团的利益は中間的利益の総称ではなく、不可分の法律関係が認められる集団に一種の法人格の付与との類比を行う場合に問題となる実体的利益であり、それと区別される中間的利益として集合的利益⁽²⁷²⁾が措定される。

このような形で集合的利益を再構成して既存の議論に取り入れることは、消費者裁判手続特例法の立法に結実する研究会が集合的権利保護訴訟

(269) これに対し、公益により近く位置付けられる中間的利益論は、集団への一種の法人格の付与という形式は維持しつつ、その趣旨を集団の保護を従たる目的に、一種の市場規制を主たる目的へ入れ替えるものと理解できるから、同じ集团的利益という議論枠組みの下でそのような入れ替えが可能（又は必要）かどうかが活発に論じられているように思われる。

(270) 菱田雄郷「消費者裁判手続特例法の定める共通義務確認訴訟の諸問題」消費者法研究7号（信山社、2020年）98頁も同様に集合的利益の問題と把握する。また、長谷部由起子「集团的消費者利益の実現における司法と行政」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）417頁も、消費者裁判手続特例法の対象となる個別的利益の集合の二面性（共通性と個別性）を承認する。

(271) 三木浩一「消費者利益の保護と集合的訴訟制度」同『民事訴訟による集合的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017年）199頁注11〔初出2008年〕では、すぐ後に述べる三木教授の定義される拡散的権利と同種個別的権利について、両者は実体法上の権利としての性格それぞれ自体が異なると示唆されている。

(272) 森田修「差止請求と民法」総合研究開発機構＝高橋宏志編『差止請求権の基本構造』（商事法務研究会、2001年）125頁では、法的保護に値する不特定多数人による集団の固有の利益として、公益と私益の中間的な性格を帯びる集合的利益があるとされているように、集合的利益という言葉が狭義の集团的利益と同義で用いられることもあるので、注意が必要である。

研究会と命名され⁽²⁷³⁾、消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続について、集会的（権利保護）訴訟⁽²⁷⁴⁾や消費者集合訴訟制度⁽²⁷⁵⁾という呼称が用いられることにも親和的である。

これに対し、個別的利益の帰属先を確定することが困難な段階でなされる共通義務確認訴訟の保護法益は拡散的利益で⁽²⁷⁶⁾、集合的利益を保護法益とする簡易確定手続への消費者の参加とその者への判決効の拡張を媒介にして2つの手続が接合される、との見方が存在する⁽²⁷⁷⁾。しかし、次款第一目でも後述するように、このような理解は単一の実体権に二重の権利性を認めることになりかねず、それを解消するには共通義務確認訴訟は市場統制機能がその本質にあるとの考え方を前提としなければならないが⁽²⁷⁸⁾、あくまで個々の被害者の救済を目的とする特例法の理解と合致し

(273) 集会的権利保護訴訟研究会「『外国法制調査研究』の連載にあたって」NBL911号（2009年）32頁以下。もっとも、同稿33頁では、中間的利益に関する訴訟を広く含む意味で「集会的」との言葉が用いられていることから、広義の集団的利益の中に従来のな集団的利益と前述した形で再構成した集合的利益を観念する本稿とは少し視点が異なっている。

(274) 三木・前掲注271）195頁注3〔初出2008年〕、集会的権利保護訴訟研究会「集会的権利保護訴訟における各種制度の比較検討（上）（下）」NBL932号（2010年）13頁、NBL933号（2010年）52頁。

(275) 三木浩一「消費者集合訴訟制度の構造と理論」同『民事訴訟による集会的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017年）293頁〔初出2015年〕。

(276) 千葉・前掲注267）62-63頁、千葉恵美子「消費者団体訴訟制度の保護法益と適格消費者団体の役割」法律時報91巻11号（2019年）49頁。この構成は、消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続に参加せず個別訴訟も行わない手続対象者について上述した拡散的利益を観念し、当該利益について特定適格消費者団体に訴訟追行を委ねているとの考えに行き着くように思われるが、手続対象者が何らかの形で権利行使を行っている場合にはこの説明は成り立たない。このような構成を採用する千葉教授の意図は、権利性が認められない共通義務が拡散的利益に接近することを示唆する点にあると推察されるが、個別な権利の救済を前提とする特例法の手続と個別な権利の救済を目的としない拡散的利益に基づく手続は理論的には排他的な関係に立つのではないか、すなわち個別な請求権の救済によって剥奪されない事業者の不当な利益について一定の団体に（利益剥奪）請求権を付与する（その意味で従来のな集団的利益論の延長にある）のが拡散的利益の訴訟法的な帰結ではないか、との疑念が残る。

(277) 千葉・前掲注267）65頁。

(278) 千葉・前掲注267）61-63頁参照。八田卓也「消費者裁判手続特例法の当

ない。

(2) 三木浩一教授による分類

また、上記の中間的利益の整理に類似した三木浩一教授による分類も注目される。三木教授は、ブラジル法を参考に、利益ではなく権利という観点から、同種個別的権利、拡散的権利、集合的権利という分類を提示する。同種個別的権利とは、共通の事実上又は法律上の原因から生じた同種の個別的権利であり、そのため権利の性質は個人的かつ可分なものであるのに対し⁽²⁷⁹⁾、拡散的権利とは、特定の法主体への属人的帰属を観念することが不可能又は困難な超個人的な権利で、個別の主体に分割して付与することのできない不可分の権利であると定義される⁽²⁸⁰⁾。そして、これら同種個別的権利と拡散的利益の集合概念が集合的権利であると位置付けられる⁽²⁸¹⁾。特定の事実状況によって結ばれた事前に直接的な関係性を有しない不特定の人々の集団に帰属する超個人的かつ不可分の権利とされ、この分類を消費者裁判手続特例法に基づく被害回復手続に適用すると、同手

事者適格の観点からの分析」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）393頁も、共通義務確認訴訟の市場統制機能を重視し、同訴訟は2段階目の手続を離れて存在意義を有するとの理解を示す。

(279) 三木浩一「集合的権利保護訴訟制度の構築と比較法制度研究の意義」同『民事訴訟による集合的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017年）98-99頁〔初出2008年〕（以下「三木①」と引用する。）、三木・前掲注271）198頁、同「ブラジルにおけるクラスアクション（集団訴訟制度）の概要」同『民事訴訟による集合的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017年）151頁〔初出2011年〕（以下「三木②」と引用する。）、同「団体訴訟制度」同『民事訴訟による集合的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017年）330頁〔初出2015年〕（以下「三木③」と引用する。）。

(280) 三木①・前掲注279）98頁、三木・前掲注271）198頁、三木②・前掲注279）330頁。三木・前掲注271）200頁によれば、消費者契約法上の団体による差止請求訴訟は拡散的権利の問題とされる。

(281) 三木①・前掲注279）98頁、三木・前掲注271）195頁注2。ブラジルにおける集合的権利は集団構成員相互又は相手方との間に一定の法律関係が認められる人的集団に帰属する超個人的かつ不可分の権利を指す言葉であるが（三木③・前掲注279）151頁）、超個人的かつ不可分である点で拡散的権利との区別が曖昧であるという点から、本文中のような分類がなされている。本稿の視角からすると、ブラジルでいう集合的権利は必ずしも（広義の）集団的利益の問題として扱う必要のないものであると理解される。

続は同種個別的権利の領域に分類されることになる⁽²⁸²⁾。

もっとも、この分類は、同種個別的権利について集团的利益のようなある種の集団（的権利）性が認められないことを前提とするものであるように思われる。それは、利益ではなく権利という観点からの分類を試みていることからすると正当であると考えられるが、必ずしも権利性を前提としない中間的利益という観点から消費者裁判手続特例法の手続を見ると、同種個別的権利について部分的な集団性を承認することが可能となる。そのような視点から三木教授の分類を再構成すると、集合的権利は広義の集团的利益、拡散的権利は狭義の集团的利益、同種個別的権利は集合的利益の問題と整理される。そして、同種個別的権利を集合的利益の問題と整理することは、次款第一目で後述するような確認の利益に結実する理論的な意義を有するものであると考えられる。

（3）まとめ

フランスで Azar-Baud によって提唱された集团的利益の分類は、そのまま日本にも援用することができると考えられる。このとき、従来認められてきた集团的利益論は狭義の集团的利益に関するもので、消費者裁判手続特例法は個別的で均質な利益に関するものだと整理される。これらの中の中間的利益のうち、狭義の集团的利益という考え方は現在の民事訴訟法学における集团的利益に関する理解に相当するもので、個別的で均質な利益は（1）で分析される集合的利益に相当するものである。そのため、次款以降の日本の議論に援用する際には、個別的で均質な利益ではなく集合的利益という呼称を用いることとする。もっとも、本稿の指摘する集合的利益の内容は（1）で分析されたものと同じではなく、Azar-Baud の指摘する個別的で均質な利益と同様のものである。その意義については、次款第一目で共通義務確認訴訟の理論的基礎を検討する中で明らかにする。

第二目 ムスタ手続との比較

1 中間的利益とムスタ手続

ドイツにおける集团的利益論は、立法によって認められた差止請求権を理論的に説明するものにすぎなかったという面があり、日本やフランスの

(282) 三木・前掲注 275) 323 頁。

ような未確定の実体的利益を観念するとの意識に乏しいように見受けられる。そのような背景もあってか、ドイツでは、集团的利益論ではなく、ムスタ手続によって2段階型の手続が基礎付けられている。ムスタ確認訴訟は、審理開始前に届出をして手続対象者が手続に参加する点で消費者裁判手続特例法の手続とは構造が異なっており、先行的な確認訴訟の判決効の拡張という点を見るとムスタ手続の場合には届出人に有利にも不利にもムスタ判決の効力が及ぶこともあって、実質的な既判力の片面的拡張を認める消費者裁判手続特例法とはかなり距離があるとも取れる。もっとも、この違いはムスタ確認訴訟がムスタ手続の一種として整理されたことによるもので、集合的利益論及び集合的な和解に着目する本稿の議論にとって障害となるものではない。すなわち、手続対象者への権利帰属性が堅持されつつ一定の適格が与えられた団体による先行的な確認訴訟を許容するという構造を採用する点において、両手続は訴訟物の捉え方に理論的に共通する面があると考えることができる。この訴訟物の捉え方は、本稿の視角からすると、次款第一目で後述するように集合的利益論から分析される。ドイツにおいてムスタ手続は必ずしも集团的利益論の延長に位置付けられるものではないとしても、それまで差止請求権という権利を承認するための一つの理論構成であった集团的利益論ではなく、柔軟に利用され得るムスタ手続をもって共通争点に集合的な確認の利益を認めることが選択されたと見ることができる⁽²⁸³⁾。その意味で、両手続の訴訟物又は確認の利益に関する捉え方は実質的に同じである。

2 ムスタ手続における集合的な和解

1段階目の訴訟を進行する原告団体は、確認目標又は共通義務について確認訴訟を行う訴訟上の権限を有するが、当該原告団体の権限は集合的和解には及ばないという点で、ムスタ手続と消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続は類似する。すなわち、適格者が共通内容につき先行的に確認訴訟をするが、当該適格者はあくまで訴訟をすることができるにすぎず、従来の代理や訴訟担当のような（和解権限を含む）実体上の権限が与えられているわけではないため、損害額等を含む形での和解は（ムスタ

(283) 訴訟物の捉え方に限って言えば、ムスタ確認訴訟は次款で後述する三木教授の見解とほとんど同じであると考えられる。

手続においては裁判所の許可がなければ認められないという比較の基礎を見出すことが可能である。

もっとも、日本の場合にはオプトイン型の集合的和解になるのに対し、ドイツの場合にはオプトアウト型の集合的和解になるという差異が認められる。すなわち、ドイツでは和解締結後に離脱権を行使するという形で和解の効力を逃れることができ、離脱権を行使しなければ和解に拘束されるという構造になっている。オプトアウト型和解よりもオプトイン型和解の方がより対象消費者の意思の保護に資するのはたしかではあるが、このような構造上の違いは2つの法制度間での実質的な差異をもたらすものではないと解される。なぜなら、集合的和解への事後的な加入も離脱権の行使も対象者の意思によるものだからである。グループ訴訟では明文で公示等の措置が採られるべきことが規定されているし、ムスタ手続においても対象者が和解の存在を認知し適切かつ十分な情報提供を受けられるように手続が調製されている。したがって、和解の拘束力は（主に）対象者の意思決定に求められ、それを補う（又はその前提を整える）ために裁判所による和解内容の審査及び許可が必要とされているものと理解できる⁽²⁸⁴⁾。

消費者裁判手続特例法の立法の前提には消費者の情報・交渉力の不十分性などが想定されるものの⁽²⁸⁵⁾、上記のような対象者の意思決定を重視する姿勢は、「消費者が自らの利益の擁護及び増進のため自主的かつ合理的に行動することができるよう消費者の自立を支援する」との消費者基本法第2条の基本理念にも合致する⁽²⁸⁶⁾。

(284) 裁判所による許可について、本稿のように手続対象者の意思決定との関係で補完的なものと考えず、合意代替的な（一種の裁判のような）性質を有すると構成する場合には、その効力などの点において実体法上の契約を基礎に考察されている訴訟上の和解を巡る理論との関係で上手く噛み合わないところも多く出てくることが予想される。

(285) 伊藤真『消費者裁判手続特例法〔第2版〕』（商事法務、2020年）2頁など。

(286) 町村泰貴『詳解 消費者裁判手続特例法』（民事法研究会、2019年）9頁は、2004年に改正された消費者基本法の中に消費者の保護と事前規制の政策から消費者の自律と事後救済の政策への転換が現れていると分析する。消費者裁判手続特例法との関係では、大村雅彦ほか「〈シンポジウム〉消費者集合訴訟制度の可能性と課題」民事訴訟雑誌58号（2012年）80-81頁も参照。

3 手続の対象範囲について

限定的なグループ訴訟として把握されるムスタ確認訴訟の特徴からすると、同訴訟の適用対象を限定すべきとの議論は手続法的な観点から導かれるものではないと考えられるところであった。そして、ムスタ確認訴訟は、消費者契約を基礎とする実体法上の消費者概念から離れ、請求権の取得に着目した手続法的な消費者概念を採用している（ZPO 第29c条）。このことから、消費者紛争一般についてムスタ確認訴訟が認められ、ムスタ確認訴訟の前提となる合理的無関心の存在は、實際上、大量の個別的な請求権の発生と同義のものとなっている。

具体的な適用範囲としては、消費者の定義に当てはまる限度で投資家紛争が手続の対象となり、同様に消費者紛争と理解される限度で競争法に関する紛争も手続の対象となる。ただ、ムスタ確認訴訟の場合には手続対象者による届出が前提となるため、日本における係争利益の把握可能性といった被告の手続保障が問題とならない点には注意が必要であるように思われる。すなわち、被告は届出消費者の数や請求額を参照することができるため、係争利益の把握可能性は担保されているのである。そのため、ムスタ確認訴訟では手続の対象となる債権の範囲について限定が付されていないが、日本法との関係では、フランス法で見たように手続の対象となる債権の範囲を明示することで被告の係争利益の把握可能性を可及的に保障する必要があると解される。

また、競争法に関する紛争との関係で、ムスタ確認訴訟は、競争違反の存在に関する官庁による判断がない場合に当該判断を実質的に代替する機能を有することになるが、カルテル官庁による競争違反の確認の場合に比して証拠へのアクセスが困難であるから実務上の意義は少ないであるとも指摘されており、この点の評価によってこの種の紛争について2段階型の手続を創設すべきか否かに関する考え方（立法事実の有無）分かれることになる。ただ、実務上の意義が少ないとしても、カルテル官庁（日本の場合は公正取引委員会）の判断と裁判所の判断は別個独立のものであるから、そこに民事法的に救済されるべき被害者が観念されるのであれば、競争法関係の紛争に2段階型の手続を認めることの障害にはならないと考えられる。

第二款 消費者裁判手続特例法と集团的利益論

第一目 共通義務確認訴訟の位置付け

1. 共通義務確認訴訟の捉え方

ここまで、集团的利益論を一つの分析の視角として検討を進めてきた。そして、集团的利益論を媒介にすることでドイツ・フランス（・日本）における同種の手続を比較対照する前提が整うとの知見を得ることができたように思われる。しかし、日本において消費者裁判手続特例法の手続を集团的利益の文脈で論じることが広く認められているわけではない。そこで、比較的受け入れられているように見える伊藤眞教授の共通義務確認訴訟の捉え方を基礎として議論を進め、集团的利益論との距離を測定する。

(1) 伊藤説

a. 概観

伊藤教授は、共通義務確認訴訟の訴訟物（共通義務）について、対象消費者の金銭支払請求権の基礎となるべき共通の法律関係と定義する⁽²⁸⁷⁾。すなわち、対象消費者の有する請求権に対応する義務ではないが、その義務がなければ請求権の成立はあり得ないという法律上の牽連性が認められるもので、対象消費者群と相手方事業者との間に概括的に認められる法律関係が共通義務と理解される⁽²⁸⁸⁾。このような義務（法律関係）は、概括的である点で具体的に特定されるべき訴訟物たり得ないようにも思われるところ、対象債権及び対象消費者の範囲による特定（特例法5条）をもって特別にその具体性が承認されたと考えることができる⁽²⁸⁹⁾。

(287) 伊藤・前掲注285) 32、48頁、伊藤眞「消費者被害回復裁判手続の法構造」法曹時報66巻8号（2014年）2048-2049頁。上原敏夫「集团的消費者被害回復手続の理論的検討」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』（有斐閣、2015年）34頁注5、後藤健ほか「共通義務確認訴訟と異議後の訴訟について」判タ1429号（2016年）7頁、増森珠美「消費者集団裁判手続特例法施行後の運用（共通義務確認訴訟及び異議後の訴訟）において想定される実務上の諸問題」民事訴訟雑誌63号（2017年）261頁なども同様の理解を示している。

(288) 伊藤・前掲注285) 32、48-49頁、伊藤・前掲注287) 2050頁。

(289) 伊藤・前掲注285) 32-33頁、50頁注37、伊藤・前掲注287) 2048-2050頁。伊藤・前掲注287) 2049頁によれば、それがどのような法律要件事実に基づく請求権かは共通の事実上及び法律上の原因に基づいて通常の訴訟物と

もつとも、概括的法律関係であることから、共通義務の履行は観念できず、対象消費者群による訴権の行使も想定されない⁽²⁹⁰⁾。そこで、一般に認められる他人間の法律関係の確認の訴え⁽²⁹¹⁾が活用される。すなわち、共通義務確認訴訟は、特例法によって特別に当事者適格を付与された特定適格消費者団体を担い手とするもので、他人間の法律関係たる共通義務の確認の対象とされる確認の訴えであると理解される⁽²⁹²⁾。他人間の法律関係の確認の訴えの場合に原告には（独自の）（重大な）法律上の利害関係の存在が要求されるという前提に鑑みると⁽²⁹³⁾、「被害回復裁判手続を迫行するのに必要な適格性を有する法人である適格消費者団体」として内閣総理大臣の認定を受けた特定適格消費者団体（特例法2条10号）は、その職責を果たすという法律上の利害関係を有すると解される⁽²⁹⁴⁾。

b. 分析

ここでの他人間の法律関係の確認の訴えとの類比を参照する限り、共通義務確認訴訟の原告適格について、消費者裁判手続特例法によって特定適

同様に特定しなければならないが、個々の金銭支払請求権の主体である消費者及び請求権の金額を特定する必要はないとされる。

(290) 伊藤・前掲注285) 34-35頁。

(291) 大判昭和5年7月14日民集9巻10号730頁（「確認ノ訴ハ訴訟当事者間ニ存スル法律関係ノミナラス訴訟当事者ノ一方ト訴外人トノ間ニ存スル法律関係ニ付テモ訴訟当事者間ニ其ノ存在ヲ確認セシムル法律上ノ利益アルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノトス」）、伊藤・前掲注26) 194-195頁、新堂・前掲注26) 277頁など参照。

(292) 伊藤・前掲注285) 35頁、伊藤・前掲注287) 2047、2056-2057頁。

(293) 伊藤真『民事訴訟法 [第7版]』（有斐閣、2020年）194-195頁、伊藤・前掲注287) 2047頁。伊藤・前者195頁では、このような法律上の利害関係の存在は確認の利益に吸収されるものではないと認識されている。

(294) 伊藤・前掲注285) 35頁。伊藤・前掲注293) 206頁注68で「法が特別に特定適格消費者団体に当事者適格を付与したものである点で、法定訴訟担当や任意的訴訟担当とは、その性質を異にする」との記述がなされていることなどを併せて考えると、訴えの利益に吸収されない当事者適格の問題として原告独自の法律上の利害関係が論証されていると推測される。

このような考え方は、三木・前掲注275) 299頁注10で、特定適格消費者団体は自己の利益を追求するために訴えを提起するのではなく、1段階目と2段階目を通じて消費者被害を受けた個別の消費者の権利を代行的に行使する存在として当事者適格を付与されていると考えられているのと対照的である。

格消費者団体に特別に付与されたものではなく、特別なのは特例法によって被害回復裁判手続に関する職責が特定適格消費者団体に限定された点で、特定適格消費者団体のみが消費者被害の予防や回復を実現するなどの被害回復関係業務を行うことが当該団体の原告適格を決定付けているように読める⁽²⁹⁵⁾。ここに、序章第一節第一款で前述した紛争管理権論の部分的な応用が見出される。前述の通り、紛争管理権論は、紛争利益の一体性が認められる紛争について訴訟提起前に重要な紛争解決行動をとった者に紛争管理権が発生し、それによって紛争利益の帰属主体でない者にも当事者適格が認められるという考え方である。この考え方を特例法の手続に部分的に応用すると、共通義務について紛争利益の一体性が認められ⁽²⁹⁶⁾、被害回復裁判手続について一定の保全措置なども含む被害回復関係業務を行うことで発生する（特別な）紛争管理権のみが法律上の利害関係を生み出している⁽²⁹⁷⁾と見ることができそうである。

ここで紹介した伊藤説は、共通義務確認訴訟は概括的法律関係を訴訟物とする点で特殊な訴訟手続ではあるものの、既存の手続（他人間の法律関

(295) 伊藤・前掲注 285) 35 頁、伊藤・前掲注 293) 2057 頁、2057 頁注 25 も参照。このような原告適格の限定は、特例法によって認められる判決効の拡張が例外的なものであることなどから説明することができる。山本和彦「集団的利益の訴訟における保護」同『民事訴訟法の現代的課題』（有斐閣、2016 年）467-468 頁〔初出 2013 年〕（以下「山本和彦①」とする。）、山本和彦『解説 消費者裁判手続特例法〔第 3 版〕』（弘文堂、2023 年）135-136 頁（以下「山本和彦②」とする。）参照。

(296) 2 段階目の手続で審理される個別の損害額などについては消費者の内部に対立関係が存在する場合と同視できるので、簡易確定手続以降には紛争利益の一体性は認められないだろう。伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂、1978 年）121 頁も参照。

(297) 伊藤・前掲注 287) 2057 頁において、特定適格消費者団体は訴訟物たる共通義務の主体でも私法上の利害関係を有する者でもない指摘されていることからすると、訴訟法上の利害関係があるとの理解だと推測される。このような理解からすると、一種の紛争管理権から法律上の利害関係を論証する伊藤説と直截に（原告適格を含む）確認の利益を認める後述の山本和彦説及び上原説との間でこの点に関する実質的な差異は存しないと考えることができる。

ただ、伊藤説のような説明を介在させることにより、長谷部・前掲注 270) 419 頁注 24 で指摘されるような対象消費者の実体的利益に関する適格消費者団体の代表性の存在への疑義を払拭することができるだろう。

係の確認の訴え)との連続性を失するものではない、という重要な視座を提供してくれる。しかし、共通義務の内実、すなわち共通義務がないと個々の消費者の請求権の成立はあり得ないという法律上の牽連性があると(既判力の観点からは前提関係とも⁽²⁹⁸⁾)される概括的法律関係は、個々の被害者と相手方事業者との間の実体的な法律関係(の一種)なのか、あるいは当初の紛争管理権論がそうだったように⁽²⁹⁹⁾対象消費者群と相手方事業者との間に未確定の実体的利益が措定されているのかという点が必ずしも明らかでない。しかも、この不明確さは、概括的請求権⁽³⁰⁰⁾という表現が共通義務の同義語として各所で用いられていることによって助長されている⁽³⁰¹⁾。

(2) 山本和彦説

このような伊藤説の有する不明確さに着目すると、集団的利益論との類比を試みる山本和彦教授の見解が示唆に富む。山本和彦教授は、伊藤説と同様に共通義務確認訴訟を他人間の法律関係(権利義務関係)の確認訴訟であると理解しつつも⁽³⁰²⁾、特別の確認の利益(原告適格を含む。)が特例法によって政策的に認められたと解釈する⁽³⁰³⁾。この特別の確認の利益は、

(298) 伊藤・前掲注287)2064頁注37。

(299) 序章第一節第一款参照。

(300) 伊藤・前掲注285)81頁、伊藤・前掲注287)2064頁など。ブラジルの概括給付判決(給付判決の一類型とされる)(三木浩一「ブラジルにおけるクラスアクション(集団訴訟制度)の概要」同『民事訴訟による集会的権利保護の立法と理論』(有斐閣、2017年)154-155頁[初出2011年])との類似性が念頭に置かれているようである。

(301) 三木・前掲注275)295頁注1は、「概括的法律関係」なるものが文字通りの法律関係、すなわち本来の意味での権利という趣旨なのか、それとも単なる修辞上の表現としての「法律関係」なのかが判然としないと論難する。

(302) 山本和彦②・前掲注295)137、179頁。

(303) 山本和彦②・前掲注295)137、179頁。伊藤説のように他人間の法律関係の確認の訴えの場合には確認の利益に還元されない原告独自の法律上の利害関係が必要になるとの前提には立っておらず、直截に確認の利益が承認されたと見ている点に若干の差異が認められる。山本和彦②・前掲注295)191頁で検討されているように、特定適格消費者団体が敗訴した場合、個別消費者に既判力が及ばないため法的には紛争解決の効果が認められないが、個別提訴の見込み(又は勝訴の見込み)がないという事実上の紛争解決機能が期待

個別請求権に内在する集団利益の側面が共通義務として措定され、これに関する一種の固有権としての確認訴権の形で団体に認められたことの現れであると認められる⁽³⁰⁴⁾。このとき、共通義務は各対象消費者に帰属する権利義務の一部を一般化抽象化した金銭支払義務と捉えることができ⁽³⁰⁵⁾、2段階目の各消費者の具体的な請求権の確定との関係では構成要件的に（一種の前提要件として）機能する⁽³⁰⁶⁾。このような捉え方は、個々の要件事実を確認するのではなく共通義務という新たな概念が定立され、個別事情によって義務を負わないことがあるとの留保付きの義務（法律関係）を確認するという手続構造が採用された点とも整合する⁽³⁰⁷⁾。

ただし、序章第一節第一款で前述した従来のな集団的利益論（特に集団利益訴訟論）とは異なり、対象消費者が有する権利とは異なる権利が団体に認められるとの帰結が直ちに導かれるわけではないことには注意を要する⁽³⁰⁸⁾。山本和彦説の意図は、差止請求権とは異なって原理的に個々人に帰属する権利であることが明らかな損害賠償請求権をその射程外としてきた集団的利益論を再解釈し、個別請求権の内実を切り分ける特例法の発想をその延長に位置付けることで手続の独自性と正当性を分析する点に認められる⁽³⁰⁹⁾。そして、山本教授によって再解釈された特例法で問題とされる集団的利益の内実とは、本稿が集合的利益という形で設定したものと同一であると考えられるべきである⁽³¹⁰⁾。

できる点に鑑みて確認の利益が肯定されているであろうことからすると、共通義務確認訴訟の確認の利益の内容が特殊であることは否定し難いように思われる。そのため、原告独自の法律上の利害関係の存在を要求するとしても、政策的に確認の利益が認められていることの意味を理論的に検討する必要があるだろう。

(304) 山本和彦①・前掲注 295) 499 頁、499 頁注 51。

(305) 山本和彦②・前掲注 295) 183、191 頁。

(306) 山本和彦②・前掲注 295) 183 頁。

(307) 山本和彦②・前掲注 295) 182-183 頁参照。

(308) 山本和彦①・前掲注 295) 498-499 頁、山本和彦②・前掲注 295) 137 頁注 12、179 頁。

(309) 山本和彦①・前掲注 295) 499-500 頁参照。もっとも、山本和彦説それ自体は、従来のな集団的利益論を特例法の手続に援用する見解にも開かれているように思われる。このことは、千葉・前掲注 267) 64 頁が、大筋において本稿と同様の評価をしながらも、山本和彦説を参考にして共通義務確認訴訟を拡散的利益の問題と位置付けていることから窺われる。

(3) 上原説

このような山本和彦説と類似するものとして、上原敏夫教授の見解にも注目される。上原教授も、伊藤説と同様に共通義務確認訴訟は従来のな他人間の法律関係の確認訴訟として位置付けられると理解するが、山本和彦説と同様に、政策的に特別に確認の利益が認められていると解釈する⁽³¹¹⁾。もっとも、山本和彦説とは異なり、集団（的）利益という術語を用いずにその特則性を説明している。すなわち、個々の消費者が事業者との関係で自ら被害の回復を図ることは困難を伴う場合が多いことを考慮し、特定適格消費者団体が多数の消費者に共通の利益を保護する役割を果たすことを期待して、政策的に、特別に確認の利益が認められたとの説明がなされている⁽³¹²⁾。

この上原説は、伊藤説と山本和彦説との対比でいえば両説を折衷した考え方であると理解できるが⁽³¹³⁾、特別に確認の利益が認められることに関する理論的な説明がやや後退しすぎているように思われる。共通義務確認訴訟が客観訴訟としての要素を有することが否定できない⁽³¹⁴⁾とすれば、民事訴訟の枠内で特別に確認の利益が認められることの正当性が十分に説明されなければならないはずである。その意味で、共通義務確認訴訟を理論的に正当化するための考え方としては、集合的利益によってその問いに答える山本和彦説の方が優れていると考えられる。

(310) 山本和彦①・前掲注295) 500頁注54では、一方の極に「全体が共通義務に関し、個別争点部分がゼロの特殊ケース」である差止訴訟を、反対の極に「全体が個別争点で共通義務部分がゼロの請求権」である個別訴訟を想定し、その中間にあるのが消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続であるとの理解が可能であることが示唆される。これは、主体の集団性ではなく客体の集団性に着目すると、差止訴訟の訴訟物と共通義務確認訴訟の訴訟物は実質的に同一であり、したがって従来のな集団的利益論から視点をずらすことで両者を類比する余地があるのではないか、との問題提起であると理解されよう。

(311) 上原・前掲注287) 32頁。

(312) 上原・前掲注287) 32頁。

(313) 千葉・前掲注267) 58-59頁も同旨と思われる。

(314) 上原・前掲注287) 35頁注9。係争利益の中間性を指摘するものと理解できる。

（4）三木説

a. 概観

（1）で前述した伊藤説の共通義務に関する理解の不明確さという点でいえば、山本和彦説が集团的利益論との類比によって確認の利益の基礎を措定したのと対照的な解決を示唆する三木浩一教授の見解にも注目される。三木教授は、多数の同種の権利者を有する紛争における多数の権利者に共通する争点（共通争点）が共通義務であり、これは実体権そのものではなく実体権の成立要件の一部が取り出されたものであると解釈する⁽³¹⁵⁾。この考え方は、実体権とは異なるものを訴訟物とする点、実体権の判断における重要な前提となる事項を対象とする点において証書真否確認の訴え（民訴法 134 条）の考え方と類似する⁽³¹⁶⁾。この類比からすると、共通義務確認訴訟も、証書真否確認の訴えと同様に、「法律上の争訟」（裁判所法 3 条 1 項）ではなく「その他法律において特に定める権限」（同条同項）に該当すると理解できる⁽³¹⁷⁾。ただし、共通義務確認訴訟はあくまでも個人の主観的権利の実現に奉仕するための手続であり、公益の実現や法秩序の維持を目的とするものではないため、客観訴訟には属しない⁽³¹⁸⁾。そして、実体権の成立要件の一部について管理権の部分的な法定授權があると見ることが可能なので（特例法 3 条参照）、特定適格消費者団体は一種の法定訴訟担当者であるとの性質決定がなされるべきである⁽³¹⁹⁾。

(315) 三木・前掲注 275) 294-295 頁、三木浩一ほか「〈座談会〉消費者裁判手続特例法の理論と課題」論ジュリ 9 号（2014 年）147 頁〔三木浩一発言〕参照。

(316) 三木・前掲注 275) 295 頁。三木ほか・前掲注 315) 151 頁〔三木発言〕も参照。

(317) 三木・前掲注 275) 295 頁、三木ほか・前掲注 315) 151 頁〔三木発言〕。三木ほか・前掲注 315) 151 頁〔三木発言〕によれば、共通義務に関する争訟性は認めるが、法律上のものではないという趣旨であるとされる。

これに対し、三木ほか・前掲注 315) 151 頁〔中川丈久発言〕は、私人間の具体的な権利義務関係に関する紛争を解決するための手段として工夫された訴訟は「法律上の争訟」に位置付けるべきことを示唆する。

(318) 三木浩一「消費者集合訴訟制度の理論と課題」同『民事訴訟による集会的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017 年）278-279 頁〔初出 2014 年〕、三木・前掲注 275) 296 頁。三木ほか・前掲注 315) 147 頁〔三木発言〕も参照。

(319) 三木・前掲注 275) 298-299 頁、三木浩一「団体訴訟制度」同『民事訴訟による集会的権利保護の立法と理論』（有斐閣、2017 年）349 頁〔初出 2015

b. 三木説から見た他説への批判

三木説は、伊藤説が指定する概括的法律関係の内実は実体権の成立要件の一部であり、裁判外又は裁判上で行使用することのできる権利との対応関係にない共通義務を法律関係の一種と理解することはできないのではないかと⁽³²⁰⁾との重要な問題提起を含んでいるように思われる。また、山本和彦説に対しては、①集団的利益に類比する形で未確定の実体的利益を認めることは単一の実体権に二重の権利を認めることになってしまい、その二重性を解消するには共通義務確認訴訟を客観訴訟と解するほかないのではないかと、②二重の権利性を一応認めるとしても、特例法に基づく仮差押えが法定保全担当と理解されることや後続手続との連続性が説明しにくいのではないかと、という主に2点から批判が加えられている。

まず、伊藤説への批判について、共通義務は実体権の成立要件の一部であるとの指摘は正当であるように思われる。例えば、不法行為でいえば共通義務は主として故意・過失と違法性を指し、損害などは基本的に含まれないのであるから、本来の意味での義務は観念できない⁽³²¹⁾。それにもかかわらず、特例法があえて共通義務という概念を措定したのは、対象消費者が未確定の段階では共通する事実部分を抽出することが困難なことが予想され⁽³²²⁾、個々の要件事実の確認は実務的にも使い勝手がよくないとの考慮があったとされる⁽³²³⁾。もっとも、訴訟物の単位を対象消費者に共通

年。三木・前掲注318) 279-280頁、三木ほか・前掲注315) 147頁〔三木発言〕も参照。集団的消費者被害救済制度専門調査会(第10回)議事録22頁〔三木浩一発言〕では、共通義務確認訴訟では「請求権の要件事実の一部が確定されるわけでして、要件の一部を確定するわけですから、それは当然その基になる権利の授権を受けていないといけない」とされる。法定訴訟担当との理解に限り、笠井正俊「共通義務確認訴訟の構造」法の支配182号(2016年)73頁も同旨と考えられる。

なお、手続に加入した消費者への共通義務確認判決の拡張について、集団的消費者被害救済制度専門調査会(第10回)議事録30頁〔三木浩一発言〕では、対象が共通争点であること、裁判所がそれを適切に判断することの2点に正当化根拠が求められている。

(320) 三木・前掲注275) 295頁注1。

(321) 三木・前掲注275) 326頁注4。

(322) 山本和彦②・前掲注295) 182-183頁、鈴木敦士「消費者裁判手続特例法案の概要」NBL1016号(2014年)34頁。

(323) 鈴木・前掲注322) 34頁。また、加納克利=松田知文「集団的消費者被害

する実体法上の請求権の同一性によって把握するのであれば⁽³²⁴⁾、結局は実体法上の請求権が共通義務確認訴訟の訴訟物となっているようにも思われる⁽³²⁵⁾。すなわち、実体権の成立要件の一部を抽象化させ使いやすいものにしたという共通義務の内実が失われるのである。そこで、共通義務という概念を法的に明らかにする必要性が生じてくる⁽³²⁶⁾。そして、集団的利益論との類比によってこの要請に応じたのが前述した山本和彦説であると考えられる。

三木説から山本和彦説への批判を見ると、集団的利益論との類比が単一の権利に固有権という別の権利を認めることになるとのすれ違いが生じている⁽³²⁷⁾。前述の通り、山本和彦説の意図は理論的に確認の利益を認めるに足る法律関係を指定する点にあると考えられるため、差止請求権のように個々の被害者の個別的権利を離れて別個の実体権が定立されるわけではない⁽³²⁸⁾。そのため、三木教授の懸念する権利のダブルカウントは生じな

回復に係る訴訟制度案について」NBL989号（2012年）17頁は、法案段階で共通争点確認の訴えとされていた1段階目の訴訟が共通義務確認の訴えとされた点について、「消費者紛争における共通争点が多種多様であることを踏まえつつ、相当多数の消費者と事業者との間の法律関係を端的に捉え、判決主文をより簡明なものとする観点から構成し直した」と説明する。

(324) 伊藤・前掲注285) 48-50頁、山本和彦②・前掲注295) 186頁、増森・前掲注287) 261頁など。

(325) 三木・前掲注275) 326頁注4。

(326) 三木・前掲注275) 326頁注4。

(327) 山本和彦②・前掲注295) 137頁注12、179-180頁。集団的消費者被害救済制度専門調査会（第10回）議事録23頁も参照。八田卓也「消費者集合訴訟の追行者と当事者適格」民事訴訟雑誌58巻（2012年）95頁で分析されるように、確認訴訟の訴訟物に実体権としての確認請求権が観念されるとの固有権構成に至るのであれば確認訴訟に関する一般的な理解とも齟齬が生じるが、本稿の視角からすると、人的観点から集団性を分析するのではなく、請求権の中身を取り出すという点、すなわち主体ではなく客体に着眼し、（厳密には集団的利益ではなく）集合的利益を指定することで請求権の権利主体への具体的帰属が堅持されている点に注目される。

(328) 三木・前掲注275) 324頁では、山本和彦説について、拡散的権利（特定の事実状況によって結ばれた事前に直接的な関係性を有しない不特定の人々の集団に帰属する超個人的かつ不可分の権利）に接近するものであり、同種個別的権利（共通の原因から生じた個別的権利であり、そのため権利の性質は個人的かつ可分である）である特例法の手続に応用するのは控えるべきで

いと考えられる⁽³²⁹⁾。むしろ、各対象消費者に帰属する権利義務の一部を一般化抽象化した金銭支払義務が共通義務であるとする山本和彦説は、対象消費者に共通する実体権の成立要件の観念的集合⁽³³⁰⁾と捉える三木説と実質的に同じ見解であるとすることもできる⁽³³¹⁾。その場合、両説は、共

あるとされる。これに対し、本稿は、三木教授の分類でいうところの同種個別的権利の特徴（個人的かつ可分な性質）を堅持しつつ拡散的利益の要素を取り入れることは可能であり、その結果が共通義務確認訴訟だとする理論構成は正当性を有する旨を示す点に眼目がある。

消費者庁企画課「集団的消費者被害救済制度研究会報告書（平成22年9月）」30頁で紹介されているように、固有権構成が「手続追行主体は、共通争点を確認する固有の訴訟上の利益を有している」という考え方であるならば、伊藤説こそが固有権構成として分類されるべき見解であるように思われる。

(329) もっとも、笠井・前掲注319)73頁で指摘されるように、同じ権利に異なる二通りの性格付けをすることは可能なのか、という問題は残る。本稿の析出する集合的利益という考え方であれば、ある権利を分析的に考えると単一の請求権について集合的性格と個別性格の要件事実と腑分けすることができ、前者を訴訟において集合的に確認する利益は認められるとの評価をしているにすぎないことになる。個別的な請求権とは異なる実体権を創出しようとするものではないから、一般的な実体法の理解から離れるものではないように思われる。

(330) 三木・前掲注275)296頁補注2。

(331) 長谷部由起子「共通義務確認訴訟の理論的課題」高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』（有斐閣、2018年）682頁も、各消費者の権利の構成要件の一部を取り出して一般化抽象化したものが共通義務とするなら三木説に近いと指摘する。また、町村・前掲注286)44頁が、山本和彦説と基本的な考え方を同じくしつつも、共通義務確認訴訟は特定の事業者が一定範囲の対象消費者に共通義務を負うとの規範を定立するための訴訟である（したがって三木説の指摘するように法律上の争訟ではない）との分析を試みていることから、両説の考え方の類似性が看取される。

共通義務の内実を対象消費者に共通する実体権の成立要件の観念的集合と捉えることにより、共通義務を構成する事実上又は法律上の請求原因が変われば手続の対象となる実体権の成立要件も変わり、したがって2段階目で参加することのできる者の範囲も変動することがより明快に理解される。特例法の手続が個別的な請求権の救済のための手続であるという前提からすると、手続対象者の範囲が変わるということは2段階目で審理される請求権の数が変わるといふことにはかならないから、請求権の単位によって訴訟物を把握する伝統的な考え方からしても、請求原因レベルにまで細分化される訴訟物として共通義務が捉えられるべきことは無理なく導かれるだろう。

通義務確認訴訟を法律上の争訟とみるか否か、すなわち損害額などが未だ確定されていない留保付の金銭支払義務を一種の法律関係とみるか実体権の成立要件の一部とみるかの評価の点で違いが認められるにすぎないと考えられよう⁽³³²⁾。

あるいは、三木説から山本和彦説への批判は、訴訟物の単位を対象消費者に共通する実体法上の請求権の同一性によって把握する点にこそ向けられるものであったと捉え直すこともできる。すなわち、実体法上の請求権ごとに訴訟物を設定した場合、請求権を基礎付ける事実上又は法律上の原因は判決理由中の判断にすぎず⁽³³³⁾、その点に既判力が生じないと、異議後の訴訟で再び上記原因が争われる可能性がある⁽³³⁴⁾。具体的には、詐欺取消しを原因として不当利得に關係する共通義務を認める判決が確定した後、異議後の訴訟において、事業者が原因事実である欺罔行為を否定して争うことが認められてしまうことになる⁽³³⁵⁾。このような不都合を解消するために制度効として不可争効が予定されているとの見方があるが⁽³³⁶⁾、訴訟物を実体法上の請求権ごとに設定しながらこのような理解を採用する

(332) この点については、前述の通り個別事情によっては負わないこともある留保付きの金銭支払義務として構成された共通義務を一種の法律関係として認める見解が多数であるように見受けられる。伊藤・前掲注 285) 33 頁注 13、山本和彦②・前掲注 295) 182-183 頁、183 頁注 31、三木ほか・前掲注 315) 151 頁 [加納克利発言]、笠井・前掲注 319) 68-69 頁、長谷部・前掲注 331) 682 頁など。ただし、三木教授の指摘するように、通常の権利義務関係とは少し異なっており、概括的請求権という表現が用いられていたとしても、請求権として成立するためには損害額などの個別事情も確定されなければならない（上に、個別事情によっては被告の責任は否定される）ことには留意が必要である。

比較法的に見ても、ムスタ手続において、訴訟物たる確認目標を構成する事実上又は法律上の要件は法律要件要素であるとされ、法律要件要素は事実ではないと理解されていたことは前述の通りである。

(333) 伊藤・前掲注 285) 50 頁、山本和彦②・前掲注 295) 187-188 頁、増森・前掲注 287) 267 頁。例えば、消費者契約の取消事由が一般法か特別法かの違いは攻撃防御方法の違いにすぎないこととなる。伊藤真ほか「〈座談会〉消費者裁判手続特例法の施行に向けて」法の支配 182 号（2016 年）10-11 頁 [加藤新太郎発言] も参照。

(334) 増森・前掲注 287) 267 頁、三木・前掲注 275) 325 頁。

(335) 増森・前掲注 287) 261 頁参照。

(336) 増森・前掲注 287) 267 頁。

ことは、終局判決であるはずの共通義務確認判決を純粹な中間判決とみることにほかならず、訴訟物か判決の性質のいずれかの考え方を修正する必要があるだろう。そして、共通義務確認訴訟が終局判決とされた経緯からすると、訴訟物に関する考え方を修正するのが立法趣旨に沿うと考えられる。

実際に、この不都合性は、事実上又は法律上の原因（請求原因）それ自体を訴訟物と見て、当該原因に関する裁判所の判断に既判力が生じると考えることで解消される⁽³³⁷⁾。この構成の難点は、①伝統的な訴訟物の理解との齟齬が生じかねないこと、②被告側は債務（共通義務）不存在確認によって訴訟物を拡大できないため、訴訟物の細分化は被告の手續保障の欠如につながるおそれがあることに認められる⁽³³⁸⁾。もっとも、①については、共通義務の形で集合的利益という実体的利益が指定され、その内実が2段階目で参加する対象消費者の範囲によって変動する（通常であればどの原因で認容するかに法的に差異は生じない⁽³³⁹⁾）点から法的に差異を認めることを正当化する余地がある⁽³⁴⁰⁾。②については、攻撃防御の対象という意味では事実上又は法律上の原因のレベルで訴訟物を分ける方が被告にとって明確になり、原告側は行政による一定の監督措置によって可及的に濫訴が防止され適切な訴訟管理を期待できることから、事実上問題は少ないと見ることができるようと思われる⁽³⁴¹⁾。

(337) 三木・前掲注275) 326頁。これに対し、伊藤・前掲注287) 2051頁、2055頁注24は請求権ごとに訴訟物を設定し請求原因の差異は攻撃方法にとどまるという趣旨であるようにも読める。

(338) 山本和彦②・前掲注295) 188頁参照。

(339) 山本和彦②・前掲注295) 187頁参照。

(340) 伊藤ほか・前掲注333) 11-12頁 [野々山宏発言]。

(341) このほか、訴訟物を細分化すると仮差押えの申立て時に被保全権利を細かく記載しなければならなくなり、制度の実効性が低下する不都合が生じるうえ（伊藤ほか・前掲注333) 12頁 [野々山発言]）、審理の迅速性が低下する（伊藤ほか・前掲注333) 11-12頁 [後藤発言]）との懸念も示されている。伊藤ほか・前掲注333) 15頁 [野々山発言]、山本和彦②・前掲注295) 188頁のように、この問題を訴訟物レベルで解決せず、裁判所は認められるものは全て認め、認められない場合には認めないとの判断をする必要はないという行為規範で解決し、迅速性を維持するとの理解もあり得る。しかし、前述したように増森・前掲注287) 267頁で指摘される異議後の訴訟での蒸し返しの問題が発生する。これらの問題を折衷的に解決するなら、裁判所による実質

（5）共通義務を対象債権の集合体とみる説

ここまで見てきた見解とは異なり、共通義務という新たな概念の定立を重視せず、2段階型であるがゆえの手続の連続性という手続的な観点から訴訟物を捉える見方も存在する。この点を正面から認めるのが、長谷部由起子教授の見解である。長谷部教授は、時効の完成猶予・更新や仮差押えの被保全債権を考慮すると後続手続が実質的な本案であるとの実体を重視し、共通義務確認訴訟の訴訟物は対象債権の集合体であると理解する⁽³⁴²⁾。そして、訴訟物たる実体法上の権利について、その帰属主体である対象消費者のために特例法3条に基づき特定適格消費者団体による法定訴訟担当が成立すると解釈する⁽³⁴³⁾。たしかに、仮差押えと共通義務確認訴訟の連続性という意味で法定保全担当・法定訴訟担当と平仄を合わせる論理は正当であるように思われるが⁽³⁴⁴⁾、簡易確定手続が任意的手続担当と理解されるとするならば⁽³⁴⁵⁾、共通義務確認訴訟と簡易確定手続（及び異議後の訴訟）で訴訟物（実体的利益）の内容は異なると考える方が実体に即している。すなわち、仮に共通義務確認訴訟の原告適格を法定訴訟担当だと解釈して共通義務が対象債権の集合体であると考えたとしても、共通義務確認訴訟における実質的な訴訟物は変わらず、仮差押えとの関係での実質的な本案は簡易確定手続であるとの理解が揺らぐわけではないだろう。共通義務確認判決を中間判決の一種と考えるのであれば一体の手続として本案

的な審理の程度で訴訟物に変化し、その場合には請求原因にも既判力を及ぼすとの構成も考えられるが、そのような構成は原告が当該請求原因を（おそらく第2段階目を見据えて）あえて掲げていることからすると処分権主義に反するおそれがある。そうすると、訴訟物としては事実上又は法律上の原因のレベルに細分化し、審理の迅速性が阻害される場合には他の特定適格消費者団体と連携して複数の訴訟を平行させるのが望ましいように思われる。この場合、特定適格消費者団体が相互に連携をとれるとの前提が重要となるが、現在認められる3団体のみではその前提が整っているとの評価は難しい面もある。この点は手続対象の拡大との関係でも問題となるので、次節で改めて後述する。

(342) 長谷部・前掲注331) 684-685頁。

(343) 長谷部・前掲注331) 690頁。

(344) 笠井・前掲注319) 73頁は、このような理解を一つの根拠として法定訴訟担当説に与する。

(345) ただし、長谷部・前掲注331) 679頁以下では簡易確定手続が任意的手続担当によるものかは明らかにされていない。

とみることも可能かもしれないが、終局判決であるという現行法の理解と馴染まない⁽³⁴⁶⁾。

長谷部教授の見解のほかには、八田卓也教授の見解も、共通義務を対象債権の集合体とみる説の一種であると位置付けることができるだろう。八田教授は、特例法の手続全体を対象消費者のためのものと考ええるならば、共通義務確認訴訟における特定適格消費者団体の原告適格は、(第2段階での届出の授權を停止条件とした)一種の停止条件付きの任意的訴訟担当によって基礎付けられるとする⁽³⁴⁷⁾。さらに、共通義務確認訴訟を含む手続全体の被害抑止的な効果を考慮すると、手続全体を集団としての消費者一般の利益のための手続と捉えることが可能であり、その場合には共通義務確認訴訟は第三者の権利関係についての確認の訴えであると理解される⁽³⁴⁸⁾。しかし、前者の構成については共通義務を棄却する判決の際にはおよそ授權が想定されない点とそぐわず⁽³⁴⁹⁾、後者の構成については個々の消費者に損害が観念される個別的権利の救済を目的とする特例法の理解と整合しない⁽³⁵⁰⁾。

(6) 議論の整理

ここまでの議論を整理すると、個別事情によって義務を負わないことがあるとの留保付きの義務が共通義務であるという点では見解の一致が認められる。しかし、共通義務という新たな概念の定立に関する評価の程度に各説で差異があるということを確認することができた、以下では、段階的に各説の相違を確認し、共通義務確認訴訟の見方としてどの見解が最も適

(346) 三木・前掲注275) 298頁も参照。

(347) 八田・前掲注278) 398頁。

(348) 八田・前掲注278) 387、395-396、399頁。

(349) 伊藤・前掲注285) 34頁注14参照。

(350) 八田・前掲注278) 407頁以下では、消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続と利益剥奪訴訟の折衷的な手続が構想されているが、消費者裁判手続特例法が現在の形にまとまったことからすると、集合的利益の問題(特例法の手続)と公益性の高い中間的利益の問題(利益剥奪訴訟)を区別して検討する方がクリアであるようにも思われる。

そのほか、八田説については、山本和彦②・前掲注295) 137頁で、「訴訟追行中一切授權がないことに鑑みればあまりに擬制的である」といった批判も加えられている。

切なものかを明らかにする。

第1に、(1) から (5) で述べた見解のうち、(1) から (4) の考え方と (5) 共通義務を対象債権の集合体とみる説で考え方が対立している。(5) 説は、手続の一体性を重視（又は八田説は公的利益に関する手続を指向している）する代わりに共通義務という新たな実体的利益の定立を等閑視しているため、(5) で前述したように現行法の理解として難点があることは否定できず、適切とはいえない。

第2に、(1)、(2) 及び (3) 説と (4) 三木説では共通義務の位置付けについて対立が生じている。(4) で前述した通り、これは共通義務を一種の法律関係とみるか事実でしかないとみるかの違いにすぎない。三木説の指摘するように共通義務の実質は請求権の成立要件の一部であることは間違いがないが、共通義務という概念があえて定立された経緯や現行法の規定で共通義務が金銭支払義務とされていることからすると（特例法2条4号）、一種の法律関係と考える方が現行法の理解に沿う。そして、山本和彦説と三木説の対立に限っていえば、両説は実質的にはほとんど同じ見解であるが、集团的利益論に近づけて考えるか、証書真否確認の訴えに近づけて考えるかのアプローチの違いから、見解の相違が生じているように見受けられる⁽³⁵¹⁾。

最後に、(1) 伊藤説と (2) 山本和彦説（(3) で前述した点に鑑みて上原説は山本和彦説に含められる）は、対立関係にあるというよりも、山本和彦説が伊藤説を部分的に補完する関係にあると理解できる。あるいは、序章で前述したような紛争管理権論の内包する訴訟物の不確かさという難点を引き継ぐ伊藤説と集団利益訴訟論の応用を示唆する山本和彦説は、序章で前述した紛争管理権論と集団利益訴訟論の対立の再演であると理解す

(351) 三木説が証書真否確認の訴えとの類比による確認対象の拡大を示唆する点については、特例法の目的である被害者の救済のためには2段階目の手続が必要となることからすると、共通義務確認訴訟は紛争の抜本的解決を想定したのではなく、証書真否確認の訴えとの類比によって把握したとしても、既存の確認の利益に関する理解との乖離が大きい。証書真否確認の訴えが原告の法的地位の危険・不安を完全に取り除くことから、あるいは権利関係自体についての紛争が解決又は予防することから認められることについて、新堂幸司『民事訴訟法 第6版』（弘文堂、2019年）274頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義 〔第3版〕』（有斐閣、2018年）164頁〔福永有利〕、伊藤・前掲注293）183頁注27など参照。

ることもできる⁽³⁵²⁾。共通義務について、伊藤説が概括的法律関係とし、山本和彦説が各対象消費者に帰属する権利義務の一部を一般化抽象化した金銭支払義務とするのも、訴訟物の特定の観点から具体的な法律関係で抽象的法律関係ではないと同様に考えてはいるものの、実体権の成立要件の一部を一般化抽象化したという実体的利益の特性に着目しているのが山本和彦説であるということが出来る⁽³⁵³⁾。そのため、山本和彦説は、共通義務確認訴訟の創設に伴って新たに確認の訴えの対象となった共通義務について、集团的利益論との類比によってその内実を明らかにしようと試みる見解であると捉えることができる。グループ訴訟における責任判決の対象である集团的既判事項に団体による確認の訴えの利益を認められていること、ムスタ手続が確認目標という新たな訴訟物を措定し、当該訴訟物について拡大的に確認の利益を認めるものであったことからすると、共通義務確認訴訟の訴訟物が何かという点は重要であると考えられ、山本和彦説は、集团的利益論を応用することによって共通義務という新たな訴訟物の措定を正当化するとともに、法によって原告適格の認められた団体に共通義務確認の利益を認めることを理論的に基礎付ける見解であると理解される。その結果、伊藤説よりも山本和彦説の方が共通義務確認訴訟の特質を上手く説明しているため、基本的には山本和彦説が妥当であると考えられる。

(7) 集合的利益の意義

ここまで整理してきたように、共通義務確認訴訟の理解としては山本和彦説（又は原告適格論に関しては伊藤説）が妥当であるように思われる。そして、本稿の設定する集合的利益という分類と併せて考えると、山本和彦説にどのような意義が認められるのか、という点も自ずと明らかになる。

(352) 山本和彦「民事訴訟における法的利益の保護」同『民事訴訟法の現代的課題』（有斐閣、2016年）40頁以下などで従来の権利のみならず広く法的利益を保護すべしとする山本和彦教授が集団利益訴訟論を継承することは、至極当然であるように思われる。

(353) ただし、伊藤・前掲注287）2048頁などを見ると、両説に若干のずれ違いが生じている可能性はある。伊藤説の指摘する懸念は、酒井一「消費者の権利保護のための集合訴訟」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）316頁に見られる「対象消費者の範囲をもって権利主体が抽象的に確定される」といった記述に向けられるべきものである。

a. 集合的和解との関係

序章第一節第一款で前述したように、従来のな集団的利益論は、未確定の実体的利益として集団的利益を措定し、その行使主体・方法や判決効のあり方などの解明を試みるものと理解できる。そして、集団的利益を措定することの訴訟上の意義は、集団に対する法人格の付与との類比、すなわち人的関係に着目することで進められた。このように主体に着目する構成（紛争の没主体化とも呼ばれる）が差止請求権という新たな実体的権利の付与として現れた（その意味で不可分の法律関係を指向するものであった）ことが、集団的利益論との類比を試みる山本和彦説への誤解を生じさせる一因となっている。しかし、山本和彦説の意義は、請求権という客体に着目し、権利の個人々人への具体的帰属を堅持しつつ、紛争の没主体化を実体権の成立要件の一部に限った点にある。すなわち、ここでの没主体化は紛争レベルではなく請求権の要件事実のレベルでのみ生じているのである。そのため、新たな実体権ではなく個々の権利者の請求権に奉仕する⁽³⁵⁴⁾実体的利益（集合的利益）としての共通義務が措定され、それが外形的には特定適格消費者団体への確認の利益の付与として顕在化したと理論的に整理することが可能になる⁽³⁵⁵⁾。

この集団的利益と集合的利益の差異（集団的利益の種差）は、その訴訟上の反映の際にも異なる形で現れる。集合的利益の場合、紛争の没主体化は生じていないので、共通義務確認訴訟で審理される共通義務の奉仕する個別な請求権については主体性が（特定適格消費者団体から見れば他人性が）維持されていることになる。そうすると、共通義務について特定適格消費者団体に実体的利益が帰属するわけではないから、実体法的にみる限り⁽³⁵⁶⁾、共通義務確認訴訟は第三者のためになされていると評価することができる⁽³⁵⁷⁾。そして、必ずしも従来のな意味での紛争の没主体化が生

(354) 伊藤・前掲注285) 49頁などでは「法律上の牽連性がある」とされる。

(355) 高田昌弘「集団的権利保護のための当事者適格」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座〔第3期〕第2巻』（日本評論社、2014年）318-319頁は「差止訴訟の場合と異なり確認請求権のような実体権を想定できないので単に当事者適格のみが付与された」とするが、紛争の主体に着目する集団的利益と紛争の客体に着目する集合的利益との差異が十分に意識されておらず、誤解を招きかねない記述であるように思われる。

(356) 前述した伊藤説も、特定適格消費者団体は被害回復関係業務につき訴訟法上の利害関係を有するとの趣旨にすぎないと考えられる。

じていないという理解は、手続コストなどの観点から自ら被害の回復に動くことが期待できない消費者の立場を事業者の責任を確定させることによって改善し、被害消費者の主体性を回復させる消費者裁判手続特例法（同様にグループ訴訟及びムスタ確認訴訟も）のコンセプトとも合致する。

このような集合的利益の特徴は、同時に、共通義務確認訴訟の法的性質を法定訴訟担当と解釈する見解よりも、直截に他人間の法律関係の確認の訴えとする見解の方が優れているとの評価を可能にする。法定訴訟担当説からすると、特例法3条が共通義務確認訴訟の訴訟追行権を特定適格消費者団体に付与していると考えられることになるが、2段階目の手続に関する訴訟追行権を含まないことから、何らかの理由で訴訟追行権が限定されていると理解するほかない。この限定は、共通義務の存否に関する和解のみを認める特例法旧10条を前提とすれば、特定適格消費者団体が共通義務に関する管理権を有するか否かに関する見解の相違にかかわらず認められる特徴であるように思われる⁽³⁵⁸⁾。それにもかかわらず、共通義務確認訴訟の段階で2段階目の審理で確定されるべき損害額などに関する事情を含む集合的和解の締結を特例法が許容している（上記限定が解除されている）、と考えるのは難しい⁽³⁵⁹⁾。このことは、その問題点が広く認識されながら

(357) 消費者契約法12条で適格消費者団体に認められる差止請求権も、形式上は適格消費者団体に実体権が帰属するのと同視されるが、当該請求権は不特定かつ多数の消費者の利益のために適切に行使されなければならないので（消費者契約法23条1項）、その実質において上記差止請求権の行使は第三者のためにする契約と軌を一にする面があると考えられる余地はあるように思われる。他方、適格消費者団体に帰属する差止請求権は、消費者の総体による一体的な行使のみが許容されるという（非現実的ではあるが）総有的な仮定を許す場合は別として、個々の消費者の有する権利とは区別されるものであるから、被担当者の権利が訴訟物となる訴訟担当には接近しない。

(358) 三木説は管理権の法定授権があると解釈するのに対し、笠井説は管理（処分）権の授与はないと理解している。

(359) 訴訟外の出来事について特例法は関知しておらず、法定訴訟担当説からも裁判外の集合的和解の許容は導かれるとの解釈もあり得るが、そうであればなぜ訴訟上の権限のみ限定的に認められたのかが問題とされなければならない。その結果、準併合和解という形で限定を解除する方向が示されているが、そうであれば訴訟追行権も同様に考えればいいのではないかと（すなわち任意的訴訟担当として1段階目の手続が追行される余地もあるのではないかと）の疑問が生じる。

も法律上は共通義務の存否に関する和解しか認められていない現状からも窺われる⁽³⁶⁰⁾。これに対し、共通義務確認訴訟は他人間の法律関係の確認の訴えであるとすれば、そもそも第三者のためにする契約の締結と同種の行為が訴訟上なされているにすぎないので、次節第一款で後述するように実体法の議論や特例法の趣旨に鑑みると自由に集散的和解が可能であるとするのは問題があるものの、第三者のためにする契約の形で集散的和解を許容することに大きな支障はないと考えられる。したがって、法定訴訟担当説も第1段階における和解範囲の拡大に積極的であることからすると、他人間の法律関係の確認の訴えと考える構成の方が優れていると考えられよう⁽³⁶¹⁾。法定訴訟担当ではなく他人間の法律関係の確認の訴えであるとの理解は、共通義務を構成する事実上又は法律上の原因ごとに訴訟物を細分化させることを認める本稿の方向にも整合的である⁽³⁶²⁾。

(360) 伊藤ほか・前掲注333) 22頁〔今井和男発言〕で、「第三者のためにする契約を制度的にやっているような第一段階の訴訟では、訴訟担当としてこの和解を勝手にできないというのは、理屈としては判ります」との指摘がなされているのも、(法定)訴訟担当説が和解を制限する方向に働く法律構成であることを示唆していると思われる。

この現状に対し、集散的利益を念頭に置いていたと思われる山本和彦教授は、第三者のためにする契約という形で集散的和解を許容する余地はあった旨を指摘する。山本和彦②・前掲注295) 217頁注155参照。

(361) 仮に次節第一款で後述する集散的和解が立法により認められたならば、本稿の視角から析出される法定訴訟担当説の難点は解消される。しかし、和解について制限的な理解が有力とされる現状に鑑みると、集散的利益論の方が問題状況を分析するための道具として優れているように思われる。

なお、伊藤説も、集散的和解にはやや警戒的であるように思われる。その背景には、特例法の規定からすると一種の紛争管理権が共通義務にしか認められないとの考え、あるいは管理（処分）権なく和解を締結することは難しいとの考えがあるのではないかと推察される。前者の考えについては山本和彦説のように共通義務の性質を明らかにすることで応答できるが、後者の考えについては次節第一款で改めて検討する。

(362) 八田・前掲注278) 387頁で整理されているように、これまでは他人間の法律関係の確認の訴えも当事者適格及び判決効という観点から理論的に位置付けられてきたように思われる。そして、この整理は、訴訟物となる実体的利益は（実質的に）同じであるという前提の下で訴訟上の帰結が考察された議論であるように見て取れる。これに対し、共通義務確認訴訟の場合、ここまで分析してきた通り、特に事実上又は法律上の原因ごとに訴訟物を設定する際に顕著であるが、共通義務（集散的利益）と個々の請求権（個別的利益）

b. 訴訟物又は当事者適格との関係

また、訴訟担当構成は、個々の消費者の請求権を訴訟物とみることに親和的である⁽³⁶³⁾。これに対し、他人間の法律関係の確認の訴えであるとの構成は、共通義務確認訴訟の訴訟物を個々の消費者の請求権そのものではないとする考え方に親和的である。その意味で、後者の構成は共通義務確認訴訟だけで団体の関与が終了し、2段階目の手続を個別手続に委ねることで手続対象事案の拡大を図る方向性にも整合する。

仮に共通義務確認訴訟が訴訟担当によるものと理解するのであれば、第2段階目も法定（又は任意的）訴訟担当であると理解する方向を指向するのが正当であろう⁽³⁶⁴⁾。しかし、個別事情の審理のために届出人による参加を前提とするのであれば、実質は変わらず、訴訟担当として当事者適格を一貫させる意義はあまりない。そもそも、訴訟担当は、他人の権利義務関係について、第三者が訴訟追行することであるから、新たに訴訟物を作り出すという機能は有してない。日本において新たに訴訟物を作り出すための理論構成は、集団的利益論によって発展している。共通義務の措置が新たな訴訟物を作り出すという側面を有している以上、共通義務確認訴訟を集団的利益論の延長に位置付け、訴訟担当構成と決別することには相応の正統性が認められる。

2. 共通義務の構成要素

(1) 共通性・多数性

共通義務を他人間の概括的法律関係を確認の対象とすることが法によって特別に認められ、ある事業者の行為に起因する対象消費者の損害賠償請

とて訴訟物が質的に異なると考えられる。そうすると、その違いを当事者適格及び判決効の問題に解消させるのではなく、その実体に即して他人間の法律関係の確認の訴えであると構成し、共通義務という実体的利益（ただし権利ではない）の特質に沿った訴訟制度を構想すべきであると思料される。

(363) 集団的消費者被害救済制度専門調査会（第3回）議事録20、36-37頁。むしろ、訴訟担当構成の特徴は、被担当者の（個別的）利益が訴訟物として設定される点にこそ求められよう。反対に、人ではなく客体（利益）との関係（具体的には代表性）を問うのが中間的利益の問題といえる。したがって、これらは相互に排他的な関係に立っている。

(364) 八田卓也「消費者の集成的な被害救済のための民事上の手続に関するヨーロッパと日本の動向」神戸法学雑誌68巻4号（2019年）171-172頁。

求権が発生したと主張され、それに関する紛争が現存する以上、共通義務の存在を確認することがその紛争の解決に適切である場合には確認の利益が認められる⁽³⁶⁵⁾。この確認の利益には、多数性・共通性・支配性の3つの要件が含まれる⁽³⁶⁶⁾。

特例法2条4号における共通義務確認訴訟の定義の中には多数性及び共通性が規定される。すなわち、多数性とは、消費者契約に関して相当多数の消費者に財産的被害が生じていることを指し、共通性とは、事業者が負うべき金銭支払義務がこれらの消費者に共通する事実上及び法律上の原因に基づいていること⁽³⁶⁷⁾を指す。

これらの要件について、共通性は訴訟物たる共通義務の概念自体に組み込まれていると指摘されるように⁽³⁶⁸⁾、共通義務を構成する要素が多数性と共通性であると考えられる。すなわち、集合的利益を定型的に認めるために多数性と共通性が認められる。多数性があることで共通義務確認訴訟による紛争解決への有用性を基礎付けられ⁽³⁶⁹⁾、集合的に確認する利益が認められる。そして、共通性によって確認の利益が認められる訴訟物が析出されるのである。

また、集合的利益を集团的利益の一種として把握する場合、集团的利益論の有していた訴訟物創出的な機能を受け継ぐと考えられるところ、共通性の欠缺は請求棄却をもたらすのだろうか⁽³⁷⁰⁾。共通性は訴訟要件であると理解されるので、訴えを却下するのが原則であると考えられている⁽³⁷¹⁾。しかし、共通性を基礎付ける事実関係自体が認められない場合には、再訴との関係で請求を棄却することも理論的に許容されるといった指摘⁽³⁷²⁾や、

(365) 伊藤・前掲注287) 2061頁。

(366) 伊藤・前掲注287) 2061頁。

(367) 伊藤・前掲注287) 2062頁では、対象消費者の事業者に対する金銭支払請求権の基礎となる事実関係及び法的根拠の本質的部分が重なり合っていることと定義される。

(368) 伊藤・前掲注285) 43頁。

(369) 町村・前掲注286) 67頁。これはムスタ手続により顕著な発想である。

(370) 伊藤ほか・前掲注333) 18-19頁〔今井発言〕は、共通棄却の場合に請求棄却がなされるべきであると主張する。

(371) 消費者庁消費者制度課編『一問一答 消費者裁判手続特例法』（商事法務、2014年）38頁。

(372) 伊藤ほか・前掲注333) 17頁〔我妻学発言〕。

共通性が全くないと判断される場合に訴え却下だと再訴が開かれているので請求棄却にすべきではないか⁽³⁷³⁾といった指摘がなされている。もっとも、訴え却下判決にも既判力が認められることからすると、再訴の問題をもって共通義務の存否が本案の問題であるとするのは難しいように思われる。また、共通性については事案の解明度によって立証の可否が左右されるので通常の訴訟要件と同じように口頭弁論終結時までにその要件が満たされたかどうかで判断するのが適当であるとの指摘もあるが⁽³⁷⁴⁾、そのことから直ちに共通義務の本案性が導かれるわけではない。このような確認の利益と本案の接近は、確認訴訟一般に認められるものと異なるものではなく、共通義務確認訴訟に固有の問題ではないといえることができるだろう。

さらに、共通性は訴訟物たる共通義務特定の要素に含まれることから⁽³⁷⁵⁾、実体法上の権利に加えて、共通する事実上及び法律上の原因も訴訟物の特定要素とする必要があるようにも思われる⁽³⁷⁶⁾。すなわち、消費者間で共通する事実上又は法律上の原因ごとに訴訟物が別個となり、それらの請求が併合されていると解すべき場合があると理解できる⁽³⁷⁷⁾。

(2) 支配性

多数性及び共通性に加え、現行法は支配性も共通義務を構成する要素として設定している。特例法3条4項によれば、支配性とは、共通義務確認の認容判決が得られればこれに基づく簡易確定手続において対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断することが困難であるとは認められないことを指す。この支配性の要件は、対象消費者の権利を個別訴訟において確定する場合と比較して、共通義務の存在を確認する判決の既判力を通じ、後続する簡易確定手続によって対象消費者の権利を迅速に確定するためであることを反映したものである⁽³⁷⁸⁾。

このような理解から、共通義務確認訴訟が認容されても簡易確定手続で

(373) 伊藤ほか・前掲注333) 17、19-20頁 [後藤権発言]。また、手続的な観点から、伊藤ほか・前掲注333) 19頁 [加藤発言] は、共通性は被告の利益を図る訴訟要件なので請求棄却判決も許容されるとの解釈を示唆する。

(374) 伊藤ほか・前掲注333) 17頁 [後藤健発言] 参照。

(375) 伊藤・前掲注285) 43頁、伊藤・前掲注287) 2062頁。

(376) 笠井・前掲注319) 70頁。

(377) 笠井・前掲注319) 71頁。

(378) 伊藤・前掲注287) 2063頁。

判断できない場合には紛争解決に有用でないとして、支配的な要素を集合的利益に含める指摘も見受けられる⁽³⁷⁹⁾。しかし、支配性の要件欠缺を理由として訴えの全部又は一部を却下するのは、あくまで例外的な場合にとどまるとされるように⁽³⁸⁰⁾、支配性の要件はこの手続に本質的なものではなく、また、序章で述べたように、先行的な確認訴訟だけでも紛争解決に有用であることは立案段階でも指摘されているところである。たしかに個別訴訟が一件もなければ完全に無駄に終わってしまうが、被告の責任が認められていることからすると、同種の手続を創出すべきとの立法趣旨が認められる類型について、手続対象者との関係で何ら合意が成立しないと個別請求が一件もないという事態になることの方が稀であると考えられよう。

2段階目の手続において相当程度個別の審理をしなければならないような事案については集団的に訴訟をする意義が相対的に低く⁽³⁸¹⁾、消費者紛争で問題視されている少額多数被害の救済に合わせたのが特例法の手続であるとすれば、支配性は2段階型の手続に必要なものではなく、個別訴訟を2段階目に設定することにも合理性が認められる。すなわち、個別事情が強い事案について特例法の手続を拡張する場合には集合的利益によって共通義務確認訴訟を基礎付ければ足り、この場合に実効性を欠く簡易確定手続との関係で支配性の要件を要求する必要はなく、立法論としてはその方向で考えるべきである⁽³⁸²⁾。

第二目 集合的利益の種差への対応

現行法においても集団的利益の種差は黙示的に意識されていたものと思われる。その現れが、消費者契約法12条に基づく差止訴訟において原告団体に要求されるのは適格認定であったのに対し、共通義務確認訴訟を提起するためには、適格認定に加えて特定認定が必要とされる点であると理

(379) 一問一答・前掲注371) 36頁、町村・前掲注286) 68頁。

(380) 伊藤・前掲注285) 45頁、伊藤・前掲注287) 2063頁など参照。

(381) 山本和彦ほか「消費者裁判手続特例法の実務対応（上）」NBL1064号（2015年）6頁〔小田典靖発言〕。

(382) もっとも、山本和彦ほか・前掲注381) 7頁〔小田発言〕で指摘される通り、消費者団体は簡易確定手続における授權を拒否できないため、事務的・手続的な負担から支配性が要求されている面もあることから、消費者団体が手続対象を拡大する負担に耐えられるような仕組みを用意する必要がある。

解できる（特例法71条1項）。

消費者裁判手続特例法71条4項各号によると、特定認定のためには次の7つの条件が満たされなければならない。すなわち、①消費者契約法13条1項に規定する差止請求関係業務（以下「差止請求関係業務」という。）を相当期間にわたり継続して適正に行っていると認められること、②被害回復関係業務⁽³⁸³⁾を適正に遂行するための体制及び業務規程が適切に整備されていること、③④被害回復関係業務の執行を決定する機関が一定の条件の下に用意されていること、④被害回復関係業務を遂行するための人的体制に照らし被害回復関係業務を適正に遂行することができる専門的な知識経験を有すると認められること、⑤被害回復関係業務を適正に遂行するに足る経理的基礎を有すること、⑥被害回復関係業務に関して支払を受ける報酬又は費用がある場合にその額又は算定方法、支払方法その他必要な事項を定めており、これが消費者の利益の擁護の見地から不当なものでないこと、⑦被害回復関係業務以外の業務を行うことによって被害回復関係業務の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがないこと、の7つが特定認定にあたって審査されることとなる⁽³⁸⁴⁾。2023年9月現在、特定適格消費者団体として4つの団体が存在する⁽³⁸⁵⁾。

このような消費者裁判手続特例法上の対応は、適格消費者団体は差止訴訟においては適切な代表者たり得るけれども共通義務確認訴訟では適切な

(383) 被害回復関係業務は、簡易確定手続及び異議後の訴訟において授權を受けた債権に関する裁判外の和解を含んだ被害回復裁判手続に関する業務（特例法71条2項1号）、同業務の遂行に必要な消費者の被害に関する情報の収集に係る業務（特例法71条2項2号）、同業務に付随する対象消費者に対する情報の提供及び金銭その他の財産の管理に係る業務（特例法71条2項3号）の総称である（特例法71条2項柱書）。

(384) 特定適格消費者団体の認定、監督等に関するガイドライン（https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/collective_litigation_system/pdf/collective_litigation_system_160930_0003.pdf）（以下「ガイドライン」という。）2頁以下では本文中①から⑦の審査の際の考慮事項がより具体的な形で明らかにされている。

(385) 特定非営利活動法人消費者機構日本、特定非営利活動法人消費者支援機構関西、特定非営利活動法人埼玉消費者被害をなくす会、特定非営利活動法人消費者支援ネット北海道の4団体である（https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/collective_litigation_system/about_qualified_consumer_organization/list_of_specified/）。

代表には至らない十分な代表性しかないという点が認識され、立法によってその十分性に対応しようとした結果であったと評することもできる。しかし一方で、和解への対応の必要性は認識されつつも十分な対応がなされなかったのは次節第一款で述べる通りである。

訴訟物の細分化や将来的な手続対象事案の拡大を考えると、特定認定を要求して一つの団体に手続全体を仕切らせる仕組みよりも、共通義務確認訴訟のみを一つの団体によって追行させ、その後の手続については特定認定を有しない適格消費者団体も追行又は協力できる仕組みを設ける方向に舵を切る方がより手続を機能させられるように思われる。これは、共通義務確認訴訟については狭義の集団的利益との類比によって（特定）適格消費者団体に代表性が認められるが、その後の手続は集団的利益とは関係がないとの理論構成にも下支えされている。また、共通義務確認訴訟自体も、差止訴訟のように消費者一般を保護するのではないので、現に被害を受けた手続対象者を保護するに足りる団体であれば良く、将来的には差止訴訟の適格認定を緩和した行政措置を受けたアドホックな団体でも共通義務確認訴訟を追行できることを認める方策が考えられる。このように適格者を適切に拡大して特に2段階目の手続における利益代表者を分担させることにより、一つの団体内部で利害関係者の利益に配慮するコストを大幅に削減し、財政的な基盤が弱いとされる日本の（消費者）団体にあった手続の構築が期待される。したがって、特例法の訴訟追行主体に特定認定は必要ではなく、適格認定又はより緩和的な行政措置によって代替可能であると考えべきである。このとき、訴訟追行主体の財産的基盤などが問題となり得るが、簡易確定手続及び簡易確定決定を前提としないのであれば、2段階目の手続は被害者による個別訴訟も許されるため（現行法における異議後の訴訟と同様である）、残る問題は団体の財政的基盤をいかに確保するかという問題である。この問題の解決は難しいところであるが、共通義務確認訴訟にかかわる費用は勝訴の場合には被告に転嫁され得ることからすると⁽³⁸⁶⁾、問題は大きくないとみることができる。他方で、現行

(386) 東京地判令和2年3月6日消費者法ニュース124号308頁では、手続加入者から特定適格消費者団体に支払われるべき報酬について、特定適格消費者団体による訴訟追行は弁護士によってなされなければならないこと（特例法83条）と不法行為訴訟では弁護士費用が相当因果関係の範囲に含まれる損害であることを結びつけ、手続加入者が特定適格消費者団体に支払う報酬も、

法のような簡易迅速性の求められる手続を進行する主体には、手続全体を遅滞なく進める前提が整っていることも必要であると思われ、なお特定認定が維持されるとの理解が相当であると解される。

第二節 消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続の発展性

第一款 共通義務確認訴訟上の和解の特異性

第一目 旧法における和解のあり方と問題点

1 旧法における共通義務確認訴訟上の和解

特例法旧10条については、共通義務確認訴訟の原告である特定適格消費者団体に対象消費者の権利に関する管理処分権が当然に認められるものではないことから、立法的に和解の可能性を明らかにした規定であるとされていた⁽³⁸⁷⁾。共通義務確認訴訟は簡易確定手続への移行が前提とされており、そのような移行が可能であって初めて共通義務確認訴訟の訴えの利益ないし原告適格が認められるという構造になっていることに鑑みると、共通義務を確認する趣旨の和解であれば簡易確定手続に移行していくことが構造的に可能であるため、たとえ消費者の権利について管理処分権の認められない特定適格消費者団体であっても和解権限を認めて差し支えないとの判断であったと理解することができるだろう⁽³⁸⁸⁾。そして、「共通義務が存することを認める旨の和解」があったことが簡易確定手続開始原因となり（特例法13条）、特定適格消費者団体に簡易確定手続申立義務が生じるとされている。

序章で前述したように、管理処分権がないにもかかわらず和解がなされ得るのかは議論のあるところであった。そのため、特定適格消費者団体が対象消費者から個別の授権を受けて当該対象消費者の権利に関する訴訟外の和解をする⁽³⁸⁹⁾一方、これと併せて共通義務に関する訴訟上の和解をす

被告による説明義務違反と相当因果関係にある範囲において簡易確定手続の対象となる損害であることが認められている。これは、手続対象者の費用負担を緩和する実務上の工夫の一例と見ることができるだろう。

(387) 伊藤・前掲注285)75頁。

(388) 山本和彦②・前掲注295)217頁参照。

(389) 三木・前掲注275)314頁は、この場合、特定適格消費者団体の立場としてではなく、一般の消費者団体の立場として行うこととする。一問一答・前掲注371)56頁も参照。

(390) 三木・前掲注275)314頁、伊藤・前掲注285)77頁、伊藤・前掲注287)

ること（いわゆる準併合和解⁽³⁹⁰⁾）の可否が問題とされる⁽³⁹¹⁾。しかし、和解が実体法上の契約を基礎とするものであるならば、管理処分権の所在は和解の可否を決定付けるものではないはずである⁽³⁹²⁾。現に、2013年の立法段階では、第三者のためにする契約プラス受益の意思表示又は無権代理プラス追認といった法律構成も検討されていた⁽³⁹³⁾。この問題は次目で詳細に検討する。

2 共通義務確認訴訟上の和解の具体例

特例法旧10条は訴訟物である「共通義務の存否」についての和解のみが想定されているにすぎず、「共通義務の存否」の枠外に一步踏み出し、対象消費者等の権利義務に関わる事項についての和解をすることは旧法では許されなかった。和解権限が当該訴訟の目的である共通義務の存否に関する和解に限られている点で、特例法旧10条は通常の民事訴訟手続の特則と位置付けられていたのである。しかし、対象消費者の権利義務に関わらない付随事項（例えば事業者の謝罪や今後の約款の改定など）であれば、「共通義務の存否」以外の事項ではあるがその後の簡易確定手続への移行に影響を及ぼすものではなく本手続の構造を損なうものではないため、特例法旧10条による和解の範囲に含まれると解されていた⁽³⁹⁴⁾。

もっとも、「共通義務の存否」についての和解もいくつかの類型が考えられる。まず、共通義務の全部を認める請求認諾的和解は、当然に認めら

2060 頁参照。

(391) しかし、準併合和解を分解すると単なる任意的訴訟担当とそれに付随する第三者のための契約又は無権代理であり、後述する問題と状況は変わらない。準併合和解だからできる／できないという議論は実質的に意味がなく、準併合和解が認められるという主張は、非常に限定的に解されている和解権限の拡大のための一つの弥縫策にすぎないと考えられる。

(392) 垣内秀介「共通義務確認訴訟及び簡易確定手続における和解」法の支配182号（2016年）77頁以下は、和解の効力が直ちに手続対象者に及ばないのであれば、共通義務確認訴訟上の和解を認める余地があるとする。

(393) 山本和彦②・前掲注295）217頁注155。

(394) 一問一答・前掲注371）55頁。町村泰貴『消費者のための集団裁判～消費者裁判手続特例法の使い方』（大学図書、2014年）93頁は、偏頗性がみられない和解（対象消費者全員に一定の金銭を支払う旨の和解や支払金額の計算方法を定める旨の和解）は、特例法旧10条によっても禁止されていないとしている。

れる⁽³⁹⁵⁾。反対に、共通義務の全部の不存在を認める、請求放棄の和解も、共通義務の存否に関する和解であり、請求放棄も認められていることに照らすと、有効であると考えられる⁽³⁹⁶⁾。また、共通義務のある部分の存在を認め、残りの部分を不存在とする和解（一部和解）も、共通義務の「存否について」の和解ということができ、そのような一部認容判決も可能であると考えられることから、許容されるだろう⁽³⁹⁷⁾。加えて、共通義務の一部のみに和解を成立させ、残部についてはなお訴訟を継続するという和解も可能であると考えられる⁽³⁹⁸⁾。したがって、「共通義務の存否」についての和解であれば、いずれの類型であっても許容されるだろう。

3 訴え提起前の和解

一般の消費者団体や特定適格消費者団体が共通義務確認の訴え提起前に裁判外の和解をすることは本制度の関知しないものであるから、消費者裁判手続特例法の制定によって影響を受けることはなく⁽³⁹⁹⁾、したがって一般の民法等の原則に従ってその効果が規律されることとなる⁽⁴⁰⁰⁾。すなわち、そのような裁判外の和解は第三者のためにする和解⁽⁴⁰¹⁾であると考えられるところ、対象消費者の権利に関する和解をしても、その効力が対象消費者の意に反してその者に及ぶことはない⁽⁴⁰²⁾。また、このような訴え提起前の和解が簡易確定手続の開始原因となることはない（特例法13条参照）点でも共通義務確認訴訟上の和解と異なる。和解契約はあくまで私法上の契約にすぎず、和解契約を訴訟に反映させるためにはその旨の主張

(395) 山本和彦②・前掲注295) 219頁。

(396) 山本和彦②・前掲注295) 219頁。

(397) 山本和彦②・前掲注295) 217, 219頁。

(398) 町村・前掲注286) 72頁。一般の民事訴訟において一部判決ができる部分について一部和解が許されることについては、菊井維大＝村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法5』（日本評論社、2012年）203頁。

(399) 一問一答・前掲注371) 56頁。

(400) 山本和彦②・前掲注295) 218頁注160。

(401) 山本和彦ほか・前掲注381) 19頁 [松田知丈発言]、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裁判手続特例法』（民事法研究会、2016年）128頁。

(402) 一問一答・前掲注371) 56頁。

(403) 鈴木正裕＝青山善充『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）471頁以

を要するからである⁽⁴⁰³⁾。もっとも、特例法上の救済手続を裁判外で合意ベースによって事実上行うことは妨げられないようにも思われる⁽⁴⁰⁴⁾。しかし、前述した特例法旧10条の立法経緯に鑑みると、同条は和解の範囲を制限するものであり、旧法の下では、訴え提起前の段階で特定適格消費者団体による集合的和解は許されなかったと解される。

なお、特定適格消費者団体が、報酬を得る目的で、事実上一定の対象消費者のために裁判外の和解を行った場合、「特定適格消費者団体の認定、監督等に関するガイドライン」4(6)ア③「自己の構成員のみの利益となるような和解をするなど合理的な理由なく特定のグループに属する一部の対象消費者だけを利する目的をもって裁判上又は裁判外の和解をする」ものとして特定適格消費者団体の責務に反するおそれがある⁽⁴⁰⁵⁾ほか、その授權の際に報酬を得ていれば弁護士法上の問題が生じる可能性がある（弁護士法72条本文、特例法82条、71条2項1号参照）。この意味で、後述する裁判所による許可がなくとも、共通義務確認の訴え提起前の和解についても一定の規制が及んでいるとみることは旧法上も可能ではある⁽⁴⁰⁶⁾。

下〔山本和彦〕。多数説である両性説あるいは併存説からの説明である。

(404) 山本和彦②・前掲注295) 218頁注160。

(405) 山本和彦ほか・前掲注381) 18頁〔松田発言〕。

(406) 鈴木敦士「消費者裁判手続特例法における仮差押えの手続と課題」現代消費者法23号（2014年）23-24頁は、仮差押え後に事業者側との和解によって仮差押えの申立てを取り下げることが予想されるが、そのような和解は対象消費者の権利を処分するものではなく、保全された財産は対象消費者全員のために使われるものである以上、対象消費者との間に利益相反を生じるおそれもないので許されると考えられ、被害回復関係業務の一環として仮払金の受領の禁止（法89条1項1号）の例外となり、担保供与も同条3項の「第三者」に対象消費者が含まれないことから担保の利益を得させるのも例外として許されるとする。また、106条は89条に違反するもののうち特に可罰性が高いものについて罰則を定めているものであり、仮払金や担保は仮差押えの手続を終了させることの報酬とはいえないから93条1項には違反しないとす。同24頁注13では、相手方が担保を設定する場合は団体が登記名義上の担保権者になるとすると、団体が金銭以外の財産上の利益を受けており、89条1項の除外事由に当たらないのではないかという問題がありうるが、団体は対象債権を有しておらず担保の利益を受けないので何らの財産上の利益を受けていないと考えれば、そもそも89条1項の問題にはならないとする。

4 共通義務確認訴訟係属中の裁判外の和解

前記2のような訴え提起前の和解の訴訟上の効力が認められないとしても、共通義務確認訴訟の係属中に、裁判外で、原告特定適格消費者団体と被告事業者が、対象消費者の権利を全部又は一部を認めその権利行使方法について合意する和解契約を締結するとともに訴え取下げに合意する、といった工夫は可能か。このように裁判外の和解と訴え取下げとをセットにした和解も、裁判外の和解の側面だけを捉えれば訴え提起前の和解と軌を一にするものであるから、前記2と同様の議論が妥当すると考えられる⁽⁴⁰⁷⁾。すなわち、第三者のためにする契約として裁判外の和解をすることは可能であるが、そのような和解は私法上の契約にすぎず、当然に訴訟上の効力を有するものではないため、原告特定適格消費者団体の訴え取下げとの組み合わせによって、このようないわばハイブリットな形の紛争解決を行うことになるだろう⁽⁴⁰⁸⁾。しかし、前記2と同様に裁判外の和解を制限するのが特例法旧10条の趣旨であると解するのであれば、たとえ共通義務確認訴訟が係属中であつたとしても、裁判外の和解をすることはできないだろう。実際問題として、特例法上の手続にのらない和解であるため、対象消費者に対する情報提供が事業者の適切な協力の下に行える制度的担保が存せず、また、団体が提訴するに至るような相手方事業者とそこまでの信頼関係を築くことは難しいため、現実的な方策でないとの指摘もある⁽⁴⁰⁹⁾。特定適格消費者団体の責務（特例法81条）との関係でも難しい問題が生じ得るだろう。これに対し、上記のような方策では他の特定適格消費者団体からの提訴可能性を排除できないため、事業者側に和解に応じるメリットがないようにも思われるが、消費者団体の運用に照らすと、事実上、他の特定適格消費者団体による提訴可能性はなく、事業者側のメリットは存在するとの指摘もある⁽⁴¹⁰⁾。

5 判決によらない訴訟の終了全体の整合性

(407) 山本和彦ほか・前掲注381)18頁以下〔松田発言〕。なお、訴えの利益を欠くに至つたとして訴え却下判決がなされる可能性もあるように思われる。

(408) 町村・前掲注286)75頁。

(409) 山本和彦ほか・前掲注381)18頁以下〔二之宮義人発言〕。

(410) 山本和彦ほか・前掲注381)19頁。これに対し、伊藤・前掲注285)78頁注51では、事業者側がこのような和解に応じる動機付けに疑問が呈されている。

訴えの取下げについては特例法に規定はなく、民訴法 261 条の規律に従うこととなる。特定適格消費者団体はいつでも共通義務確認の訴えを取り下げることができるが、被告事業者の応訴後はその同意を要する（民訴法 261 条 2 項本文）。特例法 81 条 1 項及び 2 項は行為規範なので訴訟上の効力に影響はない。

請求の放棄又は認諾のうち、特定適格消費者団体がする請求の放棄は訴えの取下げと同様の規律に服することとなる（特例法 92 条 2 項 1 号参照）。これに対して、被告事業者がする請求の認諾は、それが訴訟物たる共通義務の主体による行為であるから特段の制限はなく、原告の請求を認容した確定判決と同一の効力を有することから（民訴 267 条）、簡易確定手続の基礎となる（特例法 13 条参照）。ただし、請求の放棄や認諾調書の記載が確定判決と同一の効力を有するにもかかわらず、その効力が他の特定団体などに拡張されないとすると、実務上の意義に乏しいようにも思われる⁽⁴¹¹⁾。

しかし、確定判決や確定判決と同一の効力の他の主体への拡張は判決効の相対性の原則に対する例外的な措置であるので、明文が必要であり、解釈による拡張は難しい。法律上又は解釈上の拡張がないとしても、特例法 81 条 1 項及び 2 項が定める監督に関わる行為規範がある以上、他の特定適格消費者団体が同一事件の蒸し返しに当たる別訴を提起することは現実には考えにくいと、早期の訴訟終了を望む当事者にとっては、本制度の下における請求の放棄や認諾にも、十分な実務上の意義があると考えられる⁽⁴¹²⁾。

第二目 集会的和解の導入に向けて

1 集会的和解の法律構成

(1) 無権代理か第三者のためにする契約か

集会的和解の実体法上の法律構成を考えたとき、無権代理（の類推適用）と第三者のためにする契約のいずれかが問題となる⁽⁴¹³⁾。第一章及び第二章における比較法的な検討に鑑みると有力と考えられる第三者のためにする契約という法律構成を軸にして、以下では集会的和解の導入に向け

(411) 伊藤・前掲注 287) 2058 頁。同様に、特例法 92 条 2 項も行為規範なので、請求の認諾には規定がなく、民訴法 267 条が適用されることとなる。

(412) 三木・前掲注 275) 301 頁注 12。

(413) 序章第三款、山本和彦②・前掲注 295) 217 頁など参照。

た共通義務確認訴訟上の和解の実体法上の法律構成を検討する。

(2) 第三者のためにする契約に関する実体法上の議論

a. 第三者のためにする契約の位置付け

第三者のためにする契約とは、契約から生じる権利を第三者に直接に帰属させる内容を有する契約である（民法537条1項⁽⁴¹⁴⁾⁽⁴¹⁵⁾）。第三者は、受益の意思表示を要件として、当該契約に基づき、諾約者に対する債権その他の権利を取得する（民法537条3項⁽⁴¹⁶⁾）。契約時に第三者が特定されている必要はない（民法537条2項⁽⁴¹⁷⁾）。その例としては、将来において第三者の特定が予定されているが契約締結時点では未特定の場合が想定されている⁽⁴¹⁸⁾。

ローマ法下では第三者のためにする契約は認められていなかったが、これを限定的に認めたフランスと広く認めたドイツの中間的な形で第三者のためにする契約を認めたものとされる⁽⁴¹⁹⁾。受益の意思表示を形成的な意思表示として第三者の権利取得の発生要件とする点でいえば、契約時に権

(414) 本稿で引用する民法の条文は、2017年の民法改正（平成29年法律第44号）後の民法に則ったものとする。なお、平成29年法律第44号は2020年4月1日に施行される。

(415) 谷口知平＝五十嵐清編『新版 注釈民法（13）債権（4）[補訂版]』（有斐閣、2006年）696頁〔中馬義直＝新堂明子〕、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社出版、2017年）544頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2005年）70頁、中田裕康『契約法[新版]』（有斐閣、2021年）172頁など。

(416) 潮見・前掲注415）546頁。谷口＝五十嵐編・前掲注415）780頁〔中馬＝新堂〕は、受益の意思表示が第三者の権利の発生要件であると解するのが通説であるとする。

また、前述したフランスの場合と同様に、第三者による受益の意思表示には要約者及び諾約者だけの契約変更の可能性を消滅させる効果がある。山本敬三・前掲注415）73頁参照。

(417) 旧法下における通説が明文化されたものとされる。潮見・前掲注415）551頁注22。

(418) 潮見・前掲注415）551頁。筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）230頁では、懸賞論文が例として挙げられている。

(419) 谷口＝五十嵐編・前掲注415）692頁〔中馬＝新堂〕。比較法的な位置付けについては、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984年）782頁〔富井政章発言〕、柚木馨『債権各論』

利の発生を認めつつ拒絶権を保障するドイツと異なり⁽⁴²⁰⁾、受益の意思表示が撤回を制限せしめる機能を有するにすぎないフランスとも異なるものである⁽⁴²¹⁾。

典型契約との関係でいえば、個々の法律効果のうちでその法律効果の一部を第三者に帰属させるという特色を有するもの、より具体的には第三者をして直接に権利を取得させるという約款（第三者約款）を内容の一部としているものが第三者のためにする契約であると考えられる⁽⁴²²⁾。また、類似の制度である代理との関係でいえば、代理は本人の名で契約を締結するのに対し、要約者及び諾約者はそれぞれ自己の名において契約を締結するものである⁽⁴²³⁾。これに加え、第三者のためにする契約では、第三者が権利を取得するにとどまり、契約上の効果のすべてが第三者に及ぶわけではない点で代理と異なるとされることもある⁽⁴²⁴⁾。ただ、後述する負担に伴う第三者のためにする契約に関する議論を参照する限り、第三者が権利

（青林書院、1956年）201-202頁なども参照。また、梅謙次郎『民法要義巻之三』（明法堂、1897年）424-425頁では、無形の利益の存在に着目して「利益なければ訴権なし」とのローマ法格言の克服が説明されている。

(420) 潮見・前掲注415) 553頁。

(421) 柚木・前掲注419) 214-215頁。

(422) 柚木・前掲注419) 202頁、末川博『契約法 上（総論）』（岩波書店、1958年）112頁、広中俊雄『債権各論講義 [第6版]』（有斐閣、1994年）341頁、谷口=五十嵐編・前掲注415) 698頁 [中馬=新堂] など。後述する負担に伴う第三者のためにする契約との関係では、例えば谷口=五十嵐編・前掲注415) 698頁 [中馬=新堂] が、「第三者のためにする契約は、その内容の一部として第三者約款を伴うにすぎないのであるから、これに条件や期限を付すことは差し支えなく、例えば「第三者が当事者の指定するある行為をしたならば第三者に対する権利を取得する」といった第三者の行為を条件とすることもできるとしている点が注目される。

(423) 谷口=五十嵐編・前掲注415) 699頁 [中馬=新堂] など。すなわち、代理では本人に権利義務が帰属するのみで代理人には権利義務が帰属しない（石田喜久夫ほか編『債権各論』（青林書院、1994年）49頁）のに対し、第三者のためにする契約は要約者と諾約者の間の権利義務関係の発生を前提とするものである。

(424) 鳩山秀夫『日本債権法各論 上巻』（岩波書店、1924年）165頁、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、1986年）61-62頁、後藤善則『契約法講義 [第2版]』（弘文堂、2007年）99頁など。また、奥田昌道=池田真朗『法学講義民法5 契約』（悠々社、2008年）74-75頁 [沖野眞巳] では、契約の相

を取得するだけであるという記述については疑義があり得る。

b. 第三者のためにする契約と負担

第三者に負担を負わせることを内容とする契約（第三者の負担を目的とする契約）は許されない⁽⁴²⁵⁾というのは立法当初から認識の一致が認められる。ただし、その場合であっても、代理権なく他人のためにその負担となる契約を締結したとして、当該契約が追認によって効力を生ずることがある（民法113条ないし117条参照）⁽⁴²⁶⁾とされることがある。

一方で、諾約者又は要約者の行為を目的とするもの、具体的には第三者に一定の負担を負わせるように行動すること又は第三者が一定の負担を負うことを保証することを条件とする第三者のためにする契約は有効であると考えられている⁽⁴²⁷⁾。これを越え、第三者の権利取得と同時に負担が伴う第三者のためにする契約が許容されるかについては、次に述べるように立法当初から議論がある。

c. 負担を伴う第三者のためにする契約

(a) 民法起草時の議論

対効の例外が許される理由の一つに「第三者が権利を取得するもので、義務を負うわけではないこと」が挙げられており、代理と対比して「第三者のためにする契約においては、第三者には権利しか与えることができない」とされる以上の意味が付与されているようにも読める。

しかし、後述するように負担を伴う第三者のためにする契約が許されることに鑑みると、第三者のためにする契約は、第三者が権利のみを取得する点で代理と区別されるのではなく、第三者が負担のみを取得することはない点で代理と区別されると理解するのが精確であるように思われる。

(425) 谷口＝五十嵐編・前掲注415) 699頁 [中馬＝新堂]、潮見・前掲注415) 547頁。第三者に負担を負わせることを内容とする契約は、すぐ後に述べる負担を伴う第三者のためにする契約とは異なり、第三者に負担のみを負わせることを内容とするものであると考えられる。

(426) 梅・前掲注419) 429頁。前述した代理との対比からすると、無権代理の類推適用の余地を示唆するものと考えられる。無権代理の類推適用については、共通義務確認訴訟上の和解との関係で後述する。

(427) 梅・前掲注419) 429頁、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1917年）218頁、末川・前掲注422) 116-117頁、谷口＝五十嵐編・前掲注415) 699頁 [中馬義直＝新堂明子]、潮見・前掲注415) 547頁など。

負担を伴う第三者のためにする契約の可否は、民法起草時から論争的になっていった。具体的には、反対給付義務を伴う第三者のためにする契約について、担当起草者である富井政章博士は、「第三者に取つては其場合には無論何んの効力もな」く、「契約に依て当然第三者に権利が生ずると云ふ主義を取つても其場合は入ら」ない、すなわち「権利を得ると同時に義務を生じやうと云ふ場合でありますから意思表示なしに当然其権利が生ずると云ふことはない」と説明する⁽⁴²⁸⁾。その理由については、「権利が生ずると云ふことが言へない権利と義務と引著て居る場合」であり、したがって「契約の利益」があるとはい難いとしている⁽⁴²⁹⁾。また、「権利と共に義務が第三者に生ずると云ふ場合に於ても第三者が夫れで宜しいと云ふことで自分が其権利を得る代りに義務を負ふと云ふことを望めば自分が契約者に為ると云ふことは何時でも出来る」が、「他人の利益の為に契約を為すと云う場合は然うで」はなく、「全く他人に権利だけが生ずると云ふ場合であらう」とも述べている⁽⁴³⁰⁾。

これに対し、梅謙次郎博士は、受益の意思表示は「第三者が自己に利益ありと思ふてやるのでありまして無論「契約の利益」と云ふことが言へ」、第三者が権利を取得するという点から条文の文言が規定されているので諾約者が「債務者」であることも変わらないとする⁽⁴³¹⁾。そして、債務者は、第三者のためにする契約に基づく抗弁をもってその契約の利益を受ける第三者に対抗することができる、とする民法 539 条は、反対給付に関する抗弁が含まれると理解する⁽⁴³²⁾。また、「条件が付て居れば無効、付て居らぬ

(428) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 783 頁 [富井政章発言]。
なお、以下では歴史的仮名遣いは現代仮名遣いに直している。

(429) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 783、786 頁 [富井政章発言]。

(430) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 784 頁 [富井発言]。同 784-785 頁 [富井発言] では、保険契約が典型例とされている。

(431) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 787 頁 [梅謙次郎発言]。

(432) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 787 頁 [梅発言]。第三者に認められる反対給付義務に関する諾約者の抗弁につき、梅謙次郎『民法要義巻之三』（明法堂、1897 年）432 頁も参照。

これに対し、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 787-788 頁 [富井発言] は、第三者のする反対給付ではなく要約者のする反対給付を想定したものであるとする。

(433) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 419) 789 頁 [梅発言]。

ければ有効と云ふことは」考え難いとも述べている⁽⁴³³⁾。

同様に、穂積陳重博士も、第三者が諾約者に対して代償を支払わなければならない第三者のためにする契約も認められるとする⁽⁴³⁴⁾。具体的には、要約者と諾約者との間で第三者のための建築請負契約がなされた場合を例にして、要約者が第三者と事前に費用の支払について合意し、要約者と諾約者との契約において第三者が費用を支払うことが約されたとすれば、第三者は要約者に対して諾約者への費用支払義務を負うことが許されるとする⁽⁴³⁵⁾。この場合、要約者と第三者から見れば、諾約者も第三者である⁽⁴³⁶⁾。もし第三者が諾約者に対して義務を負うとすれば、契約当事者が3人になってしまう⁽⁴³⁷⁾。この見方には富井博士も理解を示し⁽⁴³⁸⁾、梅博士は条件付権利の取得を認める自分の見解と同じ面があると評する⁽⁴³⁹⁾。

他方で、土方寧博士は、反対給付を伴う第三者のためにする契約がなされたとき、第三者が追認しないと諾約者と第三者の法律関係が認められないのであれば、代理によって説明するのと同じではないか⁽⁴⁴⁰⁾との疑問を投げ掛けている⁽⁴⁴¹⁾。また、横田國臣博士は、義務を生じさせる必要性を考慮すると、例えば第三者のための建物請負契約の場合には第三者が大工に指図する一方で金銭を支払うことは考えられるが、第三者に物を与える契約の場合にはそもそも第三者のためにする契約とすることに疑義があるとする⁽⁴⁴²⁾。

このような民法起草時の議論を整理すると、富井博士の説明は、直接的

(434) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 788頁 [穂積陳重発言]。

(435) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 788-789頁 [穂積発言]。

(436) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 789頁 [穂積発言]。

(437) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 789頁 [穂積発言]。

(438) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 789頁 [富井発言]。

(439) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 789頁 [梅発言]。

(440) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 784頁 [土方寧発言]。

(441) そもそも第三者のためにする契約を認めることについて否定的な土井博士の指摘について、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 784頁 [磯部二郎発言] は、代理や事務管理を用いた錯雑なものではない簡単な第三者のためにする契約という法律構成を認める点は維持するように提案されている。

(442) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 783-784頁 [横田國臣発言]。ただし、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注419) 787頁 [梅発言] では、本文中の例について、契約当事者の意思によって代理か第三者のためにする契約かが決定されるとする。

には反対給付義務を伴う場合を念頭に置いてなされたものであるが、権利取得に負担が伴う場合一般に妥当するものであるように思われ、負担の有無によって第三者のためにする契約と三者間契約を区別する立場であると理解できる。これに対し、梅博士は、受益の意思表示の存在と「契約の利益」の存在を同視し、広く第三者のためにする契約を認めることを許容する。また、穂積博士は、負担を伴う第三者のためにする契約を分析的に捉えることによってその正当性を示している。他方で、横田博士と土方博士は、負担の有無に関する議論を通じ、第三者のためにする契約と構成することの意義を明らかにしようとしていたと考えられる。

（b）民法制定後の判例及び学説の動向

以上で見たように、民法起草時に負担を伴う第三者のためにする契約について鋭い議論が展開されていたところ、民法施行後に出された大判明治36年3月10日民録9輯299頁は、「第三者が契約より生ずる利益を享受せんとせば自から反対給付を為さざるべからざるが如き場合」も第三者のためにする契約であるとの広い解釈を採用するに至った⁽⁴⁴³⁾。同様に、大判大正8年2月1日民録25輯246頁も、受益者が代金300円を支払えば諾約者の所有する山林を売り渡すとの第三者のためにする契約がなされた事案について、「民法第五百三十七条の第三者の爲めにする契約に於て其契約の利益を受くへき第三者の権利は必ずしも単純なることを要するものに非ずして之に反対給付の伴ふことを妨ぐるものに非」ずとの解釈を採用している⁽⁴⁴⁴⁾。

学説に目を向けると、この問題について、末弘巖太郎博士は、第三者の行為を条件とする第三者のためにする契約として整理する⁽⁴⁴⁵⁾。この見解によれば、まず、契約の主旨が第三者に義務を負担させる点ではなく単に

(443) その後、東京控判明治44年3月1日新聞72号19頁も同旨を述べている。

(444) この判決について、薬師寺伝兵衛「判批（大判大正8年2月1日民録25輯246頁）」法学志林21巻9号（1920年）1231頁以下は、同判決が売買契約の予約との表現を用いた点を捉え、第三者の権利に反対給付を伴う場合とするのは誤りである（売買完結権を受益するだけである）とするのに対し、島津一郎「判批（大判大正8年2月1日民録25輯246頁）」加藤一郎＝森島昭夫編『不動産取引判例百選 [増補版]』（有斐閣、1977年）141頁は、全体的に判文を読む限りは単なる売買契約であるとする。

(445) 末弘・前掲注427）219-220頁。

一定の行為をなすことを条件として契約の効力を発生させる点にあるならば、その効力を否定する理由はないとされる⁽⁴⁴⁶⁾。同様に、双務的反対債務たる性質を有しない単なる負担であれば、契約は問題なく有効である⁽⁴⁴⁷⁾。これに対し、契約の内容が第三者に債権を取得させると同時にこれと双務的關係にある反対債務を負担させるものであるならば、結局は当該契約をもって第三者に債務を負担させるものなので、当該契約は無効となる⁽⁴⁴⁸⁾。このとき、第三者が一定の義務を負担することに承諾したらとの条件を付すことは許されるが、当該義務は第三者・諾約者間の契約によって発生するもので、第三者のためにする契約によって直接発生するものではない⁽⁴⁴⁹⁾。すなわち、この場合には諾約者の義務と第三者の義務はその発生原因を異にするので、両者はその発生以外の点では別段の意思表示がない限り双務的關係に立つものではないと考えられる⁽⁴⁵⁰⁾。

このように単純な負担と双務的反対債務を区別する末弘博士の見解に対し、この区別を重視しない竹屋芳昭博士の見解も存在する。竹屋博士は、契約に関与しない第三者をして直接に当事者の一方に給付をなすべき義務を負担させる契約であっても、「第三者が義務を負担すべきことに同意し

(446) 末弘・前掲注427) 219頁。同219頁注63によれば、前記大判明治36年3月10日はこの種の契約であるとされる。

(447) 末弘・前掲注427) 220頁。同220頁注66によれば、負担とは一方の給付に対する控除であり、負担付き贈与が有効に認められるのは負担にとどまるからであるとされる。

(448) 末弘・前掲注427) 219-220頁。例えば、東京地判明治40年5月1日新聞431号20頁は、土地の売主と買主との間の契約でなされた賃借人のための賃貸借契約について、第三者たる賃借人に地代債務を負担させるものであるとして第三者のためにする契約とは認めなかった。これに対し、同様の事案について、東京地判明治39年4月12日新聞353号6頁は、第三者のためにする契約であると認めている。

(449) 末弘・前掲注427) 220頁。

(450) 末弘・前掲注427) 220-221頁。同220頁注67によれば、「発生の点に付きては当事者の意思に因りて互に条件たるの關係を生ず」とされる。

(451) 竹屋芳昭「第三者のためにする契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 第1(契約総論)』(有斐閣、1962年) 276頁。

(452) 前述した東京地判明治39年4月12日新聞353号6頁及び東京地判明治40年5月1日新聞431号20頁について、来栖三郎「第三者のためにする契約」同『来栖三郎著作集Ⅱ』(信山社出版、2004年) 152頁注5〔初出1959年〕及び竹屋・前掲注451) 277頁は、第三者のためにする契約という構成ではなく、

ているならば、有効」となることを承認する⁽⁴⁵¹⁾。さらに、第三者のためにする契約であると構成するのが適切である場合⁽⁴⁵²⁾には、単なる負担にとどまらず、第三者に権利を与えると同時にそれと双務関係に立つ反対給付をも負担せしめる契約の場合であっても有効である⁽⁴⁵³⁾。その理由としては、「第三者のためにする契約の有効性が、私的自治に源を発するものなる故、双務的債務を負わしめる場合をも有効と解することが、立法の趣旨」に沿うことを挙げている⁽⁴⁵⁴⁾。

このような私的自治の側面をより端的に認めるものとして、末川博士の見解が挙げられる⁽⁴⁵⁵⁾。末川博士は、「第三者をして直接に当事者の一方に対して給付を負担せしめるような契約は、むろん無効」であるものの、「第三者が義務を負担すべきことに同意しているのであれば、有効であり得る」とする⁽⁴⁵⁶⁾。そして、第三者は要約者・諾約者間の契約に基づいて権利を取得するのだから、第三者が特定の行為をなすべき義務を負担するとの条件の下に第三者の権利取得が約されているとき、第三者の権利は当該条件付きで発生すると理解する⁽⁴⁵⁷⁾。

他方、鳩山秀夫博士は、「代理にありては法律行為の効果の全部を本人に付て発生せしむることを目的とするものなるも第三者の為にする契約にありては唯第三者をして権利を取得せしむることを目的とするに過ぎ」ないとしており⁽⁴⁵⁸⁾、負担を認めていないようにも読める。しかし、当事者間の契約によって第三者の取得すべき権利の内容が定められるため、「当事者間の契約が第三者の権利に一定の負担を付着せしむることを条件としたときは第三者は唯此の負担を伴ひたる権利のみを取得すること」はできると理解している⁽⁴⁵⁹⁾。すなわち、第三者の意思に基づかず義務

売買によって買主は売り主から賃貸人の地位を承継すると解すべきであると
する。

(453) 竹屋・前掲注 451) 276-277 頁。

(454) 竹屋・前掲注 451) 277 頁。

(455) 末川博士の見解について、川井健『民法概論 4（債権各論）』（有斐閣、2006 年）55 頁も、後述する通説と区別し、第三者の負担に対する同意の存在に着目する見解として扱っているため、本稿と同様の理解をしていると思われる。

(456) 末川・前掲注 422) 116 頁。

(457) 末川・前掲注 422) 119 頁。

(458) 鳩山・前掲注 424) 165 頁。

を負担させることは許されないから第三者の義務が当事者間の契約のみによって生じるとすべきではないが、第三者のためにする契約は無条件に第三者に債権を与えるものである必然性はなく、前記大判大正8年2月1日も同趣旨であると分析している⁽⁴⁶⁰⁾。

(c) 現在に至る議論

このような議論の流れに対し、現在では、権利を取得させるだけでなく付随的な負担を伴うものでもよい、といった定型表現が用いられることがほとんどである⁽⁴⁶¹⁾。もっとも、(a) 及び (b) で前述した議論では付随的な負担という表現は用いられていない。この表現を最初に用いたと推測される我妻榮博士は、これが通説・判例（前記大判大正8年2月1日）であるとしていることからすると⁽⁴⁶²⁾、付随的な負担というのは、言い換えれば権利に随伴する負担を意味していると考えられる。このとき、受益の意

(459) 鳩山・前掲注424) 182頁。

(460) 鳩山・前掲注424) 182頁注1。

(461) 我妻榮『債権各論 上巻』（岩波書店、1954年）120頁、中川善之助＝打田峻一『契約』（青林書院新社、1962年）207頁、石田穰『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院新社、1982年）68頁、神田博司『民法一債権法』（南雲堂深山社、1983年）260頁、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、1986年）63頁、林良平『債権各論』（青林書院、1986年）44頁、品川孝次『契約法 下巻』（青林書院、1998年）394頁、石外克喜編『契約法〔改訂版〕現代民法講義5』（法律文化社、1994年）95頁〔手嶋豊〕、川井・前掲注455) 55頁、加藤雅信『新民法体系Ⅳ 契約法』（有斐閣、2006年）120頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、2011年）81頁、潮見・前掲注415) 553頁、中田・前掲注415) 175頁、谷口＝五十嵐編・前掲注415) 780頁〔中馬＝新堂〕など。

付随的な負担という表現を用いないものとしては、柚木・前掲注419) 213頁（前記大判大正8年2月1日について「負担付の権利を与えるにすぎないから」認められたものとする）、鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』（創文社、2001年）257頁（「第三者に負担つきの利益を与える趣旨の第三者のための契約も、ありえないではない」、田山輝明『契約法 民法要義5』（成文堂、2006年）74頁（「第三者に権利を取得させると同時に負担を負わせることも可能である」）などがある。

(462) 我妻・前掲注461) 120頁。同書の記述からすると、末弘説などを踏まえた既存の議論の最大公約数的な見解を要約する趣旨で付随的な負担という表現が用いられているように見受けられる。

意思表示は一体としてなすことを要し、負担を除いた権利のみについて受益の意思表示をなすことを許されない⁽⁴⁶³⁾。

しかし、この付随的な負担という表現が一人歩きしているようにも見受けられる。例えば、半田吉信教授は、要約者の契約上の地位を包括的に第三者に帰属させる契約について、第三者が義務も引き受けることになるから第三者のためにする契約ではないとする一方で、付随的な負担は許容されるとして運送費用・税金を例示する⁽⁴⁶⁴⁾。また、注釈民法では、前記大判大正8年2月1日の事案について、売買目的物に相当する負担は重大な負担であって付随的負担とはいえないのではないか⁽⁴⁶⁵⁾といった指摘がなされている。同様に、福島地会津若松支判平成12年10月31日判タ1113号217頁は、第三者が自己の保有する株式を会社に譲渡する義務を負う点について、「もはや付随的負担とはいえず、第三者のためにする契約としては許されない」と判示している。しかし、前述の通り付随的な負担は許されるとの理解は大審院の判例に同調したものでもあるのだから、株式譲渡義務などの反対給付義務が付随的な負担を越えるか否かといった議論は的を射ていないように思われる。すなわち、従来の議論からすれば、当該事案において負担を伴う第三者のためにする契約が許容されるか否かを端的に問うのが相当であると考えられよう。

このように、負担を伴う第三者のためにする契約に関する議論がやや錯綜する一方で、他の制度ではなくあえて第三者のためにする契約を利用する意義を捉え直す見解が出来している。その一つが、来栖三郎博士の見解である。来栖博士は、第三者のためにする契約とされる事例が拡大していることに警戒を示し、第三者への給付が要約者の出捐に基づくことを一応の基準として第三者のためにする契約と推定することなどを提案する⁽⁴⁶⁶⁾。そして、前記大判大正8年2月1日のような事案についても、要約者・諾

(463) 我妻・前掲注461) 120頁、柚木・前掲419) 213頁など。

(464) 半田吉信『契約法講義〔第2版〕』（信山社、2005年）120頁。

(465) 谷口=五十嵐編・前掲注415) 705頁〔中馬義直=新堂明子（旧版から維持されている中馬義直執筆部分）〕。この考え方は、後述する来栖博士の見解に肯定的な評価を示すものである。

(466) 来栖・前掲注452) 148頁。内田・前掲注730) 81頁で、付随的な負担の例として「物を与える代わりに代金の一部を支払わせる」ことが挙げられているのは、第三者が支払う代金の一部とされる点でこの来栖博士の見解に配慮したものであるように思われる。

約者間の契約に基づいて諾約者が第三者と売買契約を締結し、当該売買契約を原因として第三者への給付がなされるのではないか、すなわち諾約者は要約者に対して第三者と売買契約を締結する義務を負うだけなのではないかと疑問を呈する⁽⁴⁶⁷⁾。この場合でも諾約者が第三者の申出に応ずる義務があるなどと考えることはできるとしても、代理の形式が取られなかったことの意味を汲むべきであるとする⁽⁴⁶⁸⁾。

また、新堂明子教授は、三面関係の近代的な制度が新たに成立し、それが確立するまでの過渡期の期間に、暫定的に第三者のためにする契約の法理が用いられるとする⁽⁴⁶⁹⁾。そして、その認定にあたっては、受益者の信頼、利便性、正義・公平が考慮されることとなる⁽⁴⁷⁰⁾。

これらの見解からすると、一般に第三者のためにする契約はいかなる場合に認められるべきか、という点も考慮する必要があるだろう。この点に関する通説的な見解は見られないものの、「第三者が受益の意思表示をすれば、要約者又は諾約者の意思表示等がなくても、第三者が諾約者との関係で『権利』を当然に取得し、それ以降、要約者と諾約者の合意によってはその権利を変更し又は消滅させることができず、諾約者の債務不履行による要約者の解除も第三者の承諾を要する、しかし、その『権利』は要約者と諾約者の契約に由来するものであるので、諾約者は要約者に対する抗弁を第三者に対抗することができる」という法律関係を形成するのはどのような合意か、が実際上問題となると分析されている⁽⁴⁷¹⁾。この場合、その判定にあたっては、①契約当事者の合意を推認させる事情と②より客観的な事情の両面が考慮されることとなる⁽⁴⁷²⁾。

(467) 来栖・前掲注 452) 149 頁。

(468) 来栖・前掲注 452) 149 頁。

(469) 新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義 (1)」法学協会雑誌 115 卷 11 号 (1998 年) 182 頁。

(470) 新堂明子・前掲注 469) 182 頁。

(471) 中田・前掲注 415) 180-181 頁。星野英一『民法概論Ⅳ (契約)』(良書普及会、1986 年) 65 頁では、結局は第三者が直接的に債務者に対する権利を取得すると解するのが妥当な類型であるか否かによって判断されるべきであるとされる。

(472) 中田・前掲注 415) 181 頁。

（d）債権法改正時になされた議論

今般なされた債権法改正に至る議論では、民法（債権法）改正検討委員会の試案において、第三者のためにする契約を類型化して規定することが提案されていた。すなわち、受益者が負担のない債権を取得する類型（債権取得型）、債権取得型かつ受益者に負担が伴う類型（負担付債権取得型）、第三者が債権を取得するとともにこれに対する反対給付の債務を負う契約が成立したものと扱う類型（契約成立型）、第三者が負担している債務を免除する類型（債務免除型）、第三者が諾約者に対して責任制限又は免除の条項を援用することを認める類型（条項援用型）の5つの類型が設定された⁽⁴⁷³⁾。

これまで見てきた負担を伴う第三者のためにする契約は、負担付債権取得型と契約成立型に分かれている。債権取得型と負担付債権取得型を区別したのは、債権取得の効果が発生するとした債権取得型に負担が伴うことを好ましくなく、負担が伴うのであれば負担を甘受して債権を取得するかどうかの判断の機会を受益者に与えるべきで、その判断の後に債権取得の効果が発生することが望ましいことに配慮したものである⁽⁴⁷⁴⁾。他方で、比較法的に見てもユニークであるとされる契約成立型を設定する趣旨は、受益者は対価を支払うのだから契約当事者の地位を与えた方が契約上の地位に伴う権利の行使（解除権など）も無理なく説明でき、受益者の保護に資する点にあるとされる⁽⁴⁷⁵⁾。負担が反対給付と性質決定された場合には契約成立型として処理されるが、限界事例では区別が難しく、ともに債権発生要件は受益者の同意に求められるという意味では双務契約の成立を認めるべきか否かが判断の要素となる⁽⁴⁷⁶⁾。

(473) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針V』（商事法務、2010年）367-368頁。

(474) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注473）367頁。

(475) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注473）367頁。「受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立させること」を内容とする第三者のためにする契約である。

(476) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注473）375頁。いずれの類型も負担を伴うことから、実質的には受益の意思表示ではあるものの、あえて同意という表現が採用されている。例えば、契約成立型であれば、「受益者が諾約者に対して同意の意思表示をした時に、要約者と諾約者の間で定められた

契約成立型の典型例としては、A・B間の契約で、BがCにBの所有する不動産の所有権を取得させる旨の合意をするとともに、CはBに対して不動産の購入代金の支払義務を負担する旨の合意をする場合が想定されていた⁽⁴⁷⁷⁾。しかし、この例では、Aには売買契約の当事者としての地位が実質的に認められず、Cに代わってBとの間で不動産の売買契約を締結したという状況が存在しているにすぎないので、代理又は授權の制度によるべきであると批判される⁽⁴⁷⁸⁾。この批判は、契約成立型を設定したとしても、前述した来栖博士の見解に見られるような他の制度との関係で第三者のためにする契約を認めることの意義を説明できていないことを指摘するものと理解できる。

そして、その後の立案段階の議論では、詳細な類型論を立法で規定することに消極的な意見が述べられ⁽⁴⁷⁹⁾、民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理に対して寄せられた意見⁽⁴⁸⁰⁾も参照された後、議論の中心は受益の意思表示を不要とする債権取得型を設けることの当否に移った⁽⁴⁸¹⁾。そして、債権取得型の当否については、第三者が所有権を取得す

内容の契約が受益者と諾約者の間に成立したものと扱う」と規定されることとなる。

(477) 潮見・前掲注415) 548頁。

(478) 潮見・前掲注415) 548頁。

(479) 法制審議会民法（債権関係）部会第19回会議議事録59頁〔松岡久和発言〕、60頁〔山下友信発言〕。民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明202頁も参照。なお、長谷川貞之「第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題」日本法學77巻1号（2011年）46-47頁、同「第三者のためにする契約」円谷峻編『民法改正案の検討 第3巻』（成文堂、2013年）429-430頁では類型化が肯定的に評価されており、中舎寛樹『債権法』（日本評論社、2018年）86頁は、類型化それ自体は第三者のためにする契約の機能を理解する上で重要な議論であると評価する。

(480) 意見の概要については、法制審議会民法（債権関係）部会第35回会議部会資料33-4「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対して寄せられた意見の概要（各論3）について」112-117頁参照。受益の意思表示の要否に関する意見が多いように見受けられる。

(481) ただし、別案として類型化の方向性も維持された。法制審議会民法（債権関係）部会第50回会議部会資料42「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（14）」6-8頁参照。類型化の提案に関する総括的なまとめとしては、岡本裕樹「第三者のためにする契約」潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）421頁などがある。

る場合には工作物責任などの負担ないし不利益が伴うことがあり得るのに債権に負担がないとの基準が適切か⁽⁴⁸²⁾、負担の有無によって区別することが難しいのではないか⁽⁴⁸³⁾といった指摘があり、中間試案の段階では類型化の方向性は検討対象から外されている。

（e）比較法も踏まえた整理

ここで、第一章第二節第二款第二目及び第二章第二節第二款第一目で前述した第三者のためにする契約に関する比較法的な議論を再び確認しておく、フランスでは、権利の発生時期と義務の発生時期を区別することで第三者のためにする契約の構造を維持し、義務の発生条件を第三者による承諾に求めることで負担を伴う第三者のためにする契約を認める見解が判例及び多数説であった。ただ、負担を伴う第三者のためにする契約を否定する少数説も認められる。他方で、ドイツの通説は、負担を伴う第三者のためにする契約は許されないしつつ、請合いの約束のような形で請求権を観念し、これに対して有力説が実際的な観点から、負担を伴う第三者のためにする契約を認めていた。

このような比較法的な議論状況は、実質的には既に民法の起草段階で考慮されていたといえる。富井博士は、第三者は権利のみを取得すると考えていたのに対し、梅博士は、近時のフランスの判例及び多数説のように、承諾の存在と利益の存在を同視している。これを折衷したような見解を示唆していた穂積博士は、ドイツの通説のように、第三者に有利な権利を構成して第三者のためにする契約を考えていた。また、土方博士及び横田博士は、フランスの少数説のように、負担を伴うのであれば他の制度に接近するのではないかという問題意識を有していたといえる。

その後、大審院判例及び多数説は、梅博士のように、第三者のためにする契約を広く捉える考え方を採用していたように見受けられる。これに対し、末弘博士は、負担の内実によって場面を分け、反対債務が伴う場合について、第三者のためにする契約によってではなく、諾約者と第三者の契約によって反対債務が生じると主張していた。このような議論を総括して、現在では付随的な負担は許されるという定式が通用しており、反対債

(482) 法制審議会民法（債権関係）部会第50回会議議事録2頁〔能見善久発言〕。

(483) 法制審議会民法（債権関係）部会第50回会議議事録3頁〔深山雅也発言〕、5頁〔中井康之発言〕。

務を伴う場合については、他の制度（例えば代理）によって説明できたか否かを問うべきであるとの見解が有力に主張されている。同様に、民法（債権法）改正検討委員会も、負担が伴う場合と反対債務が伴う場合を分けた整理を行っていた。

しかし、債権法改正に関する議論の過程でも認識されていたように、負担の種類によって厳密に類型を区別することは難しい。また、第三者のためにする契約を広く捉える見解と狭く捉える見解の対立点も、負担の種類が何かという点にあるわけではないように見受けられる。すなわち、第三者のためにする契約を狭く捉える見解から広く捉える見解に呈されている疑問は、第三者のためにする契約を広く捉えることで実質的に他の制度の潜脱がなされているのではないか、反対債務が伴う場合には諾約者と第三者との間に契約関係が生じているのではないかと、という2つの問いに整理することができるように思われる。1つ目の問いについては他の制度によって説明できない事例であることを論じれば足りそうであるが、2つ目の問いについては第三者のためにする契約に負担が伴う根拠を敷衍する必要があるだろう。

(f) 第三者のためにする契約に負担が伴う根拠

2つ目の問いについて、梅博士は、第三者の承諾の存在と利益の存在を同視していた。このような第三者の意思の存在を重視する立場は、その後の末川博士・鳩山博士らの見解にも引き継がれている。日本の場合、(2) aで前述したように第三者の受益の意思表示が権利の発生要件と考えられているので、負担（反対債務を含む）の発生も受益の意思表示に求めることに関する障害はほとんどない⁽⁴⁸⁴⁾。ただし、権利の取得の判断をする場合と負担の発生を引き受ける判断をする場合を考えると、後者の方がより踏み込んだ判断を求められることになるため、受益の意思表示をするかど

(484) この点は、権利の発生時期と義務の発生時期を区別して契約の相対性の侵害を防ごうとするフランスと前提が異なっている。第三者のためにする契約によって直ちに第三者に権利が生じるとするフランス・ドイツの法制との違いに関連して、谷口=五十嵐編・前掲注415) 694頁〔中馬=新堂〕は、その意思に基づかずに利益を与えられることになる第三者の意思を考慮する必要がある点については、第三者に帰属する法律効果を絶対的なものとするかどうかの問題にすぎず、契約の成立に関する問題ではないとしている。

うかを第三者が判断できる状況を整える工夫が求められる⁽⁴⁸⁵⁾。この場合、たしかに反対債務が伴う場合は諾約者と第三者の関係は契約関係に類似するが、第三者に権利を生じさせるという第三者のためにする契約の基本構造は維持されており⁽⁴⁸⁶⁾、後述する共通義務確認訴訟上の和解において、あえてこのような第三者のためにする契約を認める意義が見出される。

残る問題は、諾約者が債務を履行しない場合に第三者に解除権が認められない点である。この点については、諾約者と第三者の間に認められる双務関係からすると、契約の解除権に関する規定を類推適用する余地はあるように思われる。

(3) 共通義務確認訴訟上の和解の場合

a. 無権代理構成の検討

前述したように前述したように第三者のためにする契約を広く捉えることで実質的に他の制度の潜脱がなされているのではないかという懸念があることからすると、ドイツで考えられていたように、無権限者による処分とそれに対する追認という構成も検討しておく必要があるだろう。ただ、日本にはZPO第185条に相当する規定がないため、無権代理の規定の類推適用が検討されることとなる⁽⁴⁸⁷⁾。この類推適用を初めて認めたのは、大判昭和10年9月10日民集14巻1717頁である。同大判は、他人が所有する立木を第三者が自己の名において処分し、当該立木の所有者が上記の処分を後日追認した事案について、取引の円滑という観点から、無権代理の追認と同様に、上記処分は本人のために効力を生ずる旨を判示した。同様に、最判昭和37年8月10日民集16巻8号1700頁は、他人が所有する建物に第三者が根抵当権を設定する処分をし、当該建物の所有者が上記処分を後日追認した場合に、所有者が根抵当権設定登記の抹消登記手続等を求めた事案について、上記大判昭和10年9月10日を引用し、当該所有者が上記処分を追認したときは、民法116条の類推適用により、上記処分の時に遡って効力が生ずる旨を判示した。

これに対し、最判平成23年10月18日民集65巻7号2899頁は、無権

(485) 第一章第二節第二款第二目におけるフランスの議論参照。

(486) 第一章第二節第二款第二目参照。

(487) ディーター・ライボルド（円谷峻訳）『ドイツ民法総論』（成文堂、2015年）422頁注1〔円谷峻執筆部分〕参照。

利者 A と Y がバナシメジの販売委託契約を締結し、A が同契約に基づきバナシメジを販売して代金を受領した後、バナシメジを所有する X が Y に対し同契約の追認による上記代金の支払を請求した事案について、同契約に基づく契約当事者の地位が所有者に移転して同契約に基づく債権債務が所有者に帰属するに至ると解する理由はなく、当該物の所有者が同契約に基づく販売代金の引渡請求権を取得すると解することはできないと判断した。最初から権限が与えられていた場合であっても他人物の販売委託契約に係る債権債務が所有者に移転することはないことからして本判決の結論は妥当であり⁽⁴⁸⁸⁾、契約当事者の地位が行為者以外の他人に帰属するためには代理による必要がある⁽⁴⁸⁹⁾。他人物の販売委託契約の場合にまで民法 116 条を類推適用することは、契約当事者の意思を推測して規定された同条の趣旨に反することになり、ひいては自己の名でする行為の効果は自己に帰属することを原則とする代理の顕名主義に反するおそれがあるだろう⁽⁴⁹⁰⁾。

共通義務確認訴訟上の和解の場合を考えると、和解当事者である原告団体と被告事業者間の和解契約の効力が手続対象者に及ぶことはなく、対象債権に関する合意の効力のみが及ぶという意味で、相対的に前記最判平成 23 年 10 月 18 日に近いといえることができる。そして、無権代理の規定の類推適用の場面は、取引の相手方の意図を尊重し、その保護を図るためには処分権限の欠缺を追完することで足りるものであった点を捉えると、手続対象者に和解契約の効力が部分的に及ぶことは、相手方となる被告事業者の意図にも適っているようにも思われる。しかし、無権代理やその類推適用の裏には代理の顕名主義の要請が控えており、相手方の保護はその顕名主義との関係で図られるものである。すなわち、無権代理の場合には本人に効果帰属すると考えていたこと、無権限者による処分（無権代理の類推適用）の場合には行為者が権限者であると考えていたことについて、相手方が保護されることになる。これに対し、共通義務確認訴訟上の和解の場合、相手方である事業者にとっては原告団体が手続対象者の債権につい

(488) 岩藤美智子「判批」潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選 I 総則・物権』（有斐閣、2015 年）77 頁。

(489) 石川博康「判批」法学教室判例セレクト 2012 [I] 19 頁。

(490) 中島基至「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成 23 年度（下）』（法曹会、2011 年）662 頁。

て無権限者であることは明らかで、そこに相手方の認識の不一致は認められないだろう。それにもかかわらず、この場合に無権利者による処分及び追認という構成を採用することは、顕名主義の趣旨に反するおそれがあるように思われる⁽⁴⁹¹⁾。

b. 第三者のためにする契約構成の検討

次に、ドイツ及びフランスにおける集会的和解においても有力と思われる第三者のためにする契約構成について検討する。前述の通り、集会的和解が第三者のためにする契約である場合には互譲による一定の負担を伴うものとなる。そして、aで前述したように無権代理の類推適用が認められないことからすると、ここで第三者のためにする契約を認めても他の規定の潜脱にはならない。したがって、共通義務確認訴訟上の和解を第三者のためにする契約として認めることに実体法上の問題は無いと考えられる⁽⁴⁹²⁾。

また、反対給付義務が伴う場合に第三者のためにする契約と構成することに否定的な見解に配慮し、反対給付義務が伴うかどうかについても検討しておく。例えば、債権の一部免除を伴う互譲によって成立した共通義務確認訴訟上の和解の場合、反対給付義務を伴うものではないので、負担を伴う第三者のためにする契約を認めないとする見解に立たない限り、第三者のためにする契約として許容される。もっとも、反対給付義務が伴う際に懸念されていたのは、諾約者と第三者との間に実質的な双務契約関係が

(491) したがって、前述した民法起草段階における土方博士の呈する疑問については、第三者のためにする契約は相手方が無権限者の行為に関する権限の不存在を認識している場合にも適用できる（その意味で契約当事者の意思が尊重される）点で代理にはない意義が認められると応答することができる。

(492) 大判大正9年12月17日法律新聞1825号22頁は、X・AB間の和解契約により、XはYを本件建物から退去させる前にYが居住するために適当な家屋をYに約束したにもかかわらず、XがYに本件建物明渡請求をした事案について、上記和解契約は第三者たるYの利益のために締結されたものであり、かつYはXに対し受益の意思表示をしたものと解されるから、Yは、民法537条により、契約上の権利を主張して、Xの請求を拒否することができる。本判決は、反対給付義務を伴う第三者のためにする契約の形で和解がなされ得ることを傍証するものと考えられる。谷口＝五十嵐編・前掲注415)761頁〔中馬＝新堂〕も、同判決に肯定的である。

認められるにもかかわらず、第三者に契約当事者に認められるべき権利（例えば解除権）が認められなくなることである。そして、仮に共通義務確認訴訟上の和解が反対給付義務を伴うものであったとしても、それに第三者が同意していると考えることができるのであれば特段の問題はなく（次に述べるようにそのための一定の手続的な担保が準備される）、解除権に関する規定を類推適用する余地もあるように思われる。そうだとすると、共通義務確認訴訟上の和解は第三者のためにする契約として広く認められると解される。これは、実質的に梅博士の見解を採用するものである。

そのほか、第三者のためにする契約の他の要件も検討しておく、共通義務確認訴訟の段階では受益者は特定されていないのが通常であるが、一般なされた債権法改正によって前述のような明文が置かれたように、そのような第三者のためにする契約も有効である（民法第537条第2項）。受益の意思表示の相手方は諾約者（すなわち被告事業者）であり（民法537条3項）、現行法のように債権の届出が原告団体によってなされることに鑑みると、第三者（手続対象者）は原告団体を介して（その代理によって）被告事業者に受益の意思表示を行うことになるだろう。

2 集合的和解の手続的特殊性

(1) 集合的和解の外形

特例法旧10条による和解の場合、簡易確定手続の枠組みの中で対象者が加入してくることになるが、和解によって手続全体が終了する場合、対象者の加入をどのように担保するかが問題となる。グループ訴訟の場合、「必要な公示の方法並びに当該加入の期間及び方式」が明らかとされていなければならないとして和解内容に一定の干渉を行っている。ムスタ手続の場合は事後的な加入ではなく離脱権の行使との関係で離脱期間等に関する教示を伴う送達がなされることとなる。このように、（負担も伴う）第三者のためにする契約として共通義務確認訴訟上の和解を許容する場合、第三者の受益の意思表示がなされなければ無意味であるため、当該和解が公示の方法並びに当該加入の期間及び方式を定めていなければならないとして、当事者の私的自治の範囲を一定程度制限し、対象者が和解に加入する機会を担保する必要がある。

公示に際しては、和解の存在だけでなく、和解内容がすべて分かるように公開されていなければならない。そうでないと当該和解が自らにとって

有利か不利かを対象者が判断することができないからである。その判断を可能にするために、ムスタ手続のように、少なくとも、合意された給付の対象者への分配、対象者が提出すべき給付資格に関する証拠、給付の支払期日が規律されていることが必要である。これらを欠く場合、当該和解内容の実現に際して新たな紛争が発生することも考えられるため、和解に与えることのリスクを対象者が適切に判断することができないおそれがある。この点は、後述する裁判所の許可がある場合には消費者がそれを過度に信頼してしまう可能性もあるが、裁判所の許可がそのような趣旨のものではなく、自己判断を促すよう和解の効果とともに教示する旨が和解内容に規律されていなければならない（でなければ後述の裁判所の許可は与えられない）とすれば解決できる。

（2）集散的和解に関する裁判所の関与

比較法の議論を前提にすると、裁判所による和解内容の審査及び許可を制度的に設けるかが問題となる。現行民事訴訟法上、裁判所による和解内容の審査というのは必ずしも認められるものではない。そこで、裁判所による許可制度を設ける場合、裁判所の許可の法的な位置付けが問題となる。審査の密度を上げるのであれば、適切性の審査のための証拠調べ等がなされるべきこととなり、判決手続に限りなく接近する。これに対し、グループ訴訟やムスタ手続で想定される和解内容の審査は、事案の解明の度合いに依存する相対的なものにとどまるものと考えられ、共通義務確認訴訟上の和解に対する裁判所の関与もこれと同様のものになるべきである。なぜなら、この場合、和解の拘束力の根拠自体はやはり対象者の意思決定に求められ、和解内容の適切性の審査は対象者の加入を補助するものすぎないこととなるからである。このこととの関係では、合意された給付の対象者への分配、対象者が提出すべき給付資格に関する証拠、給付の支払期日という形式面の審査が重要なものとなってくる。これらの規定があれば、少なくとも対象者は何らかの給付を受けることが保障され、それを選択したという点に和解の拘束力の根拠を求める前提が整うことになる。また、ムスタ確認訴訟と異なり、消費者裁判手続特例法上の和解では消極的同意が問題とならないことからすると、従前の事実関係又は訴訟関係に照らした裁判所の審査、すなわち相対的に和解内容に踏み込んだ審査は不要であると考えられる。そうだとすると、共通義務確認訴訟上の和解に関す

る審査内容は、和解の外形から、給付の内容や支払期日等が読み取れるかといったことを問うものになると解される。

このような裁判所による和解内容の審査という仕組みは新奇なものであるが、外形的な審査がなされるものであれば、他にも裁判所による許可が用意されている制度は存在する。すなわち、破産管財人による和解においても、裁判所による許可（破産法78条2項11号）が必要であり、これを欠く和解は無効であると解される。また、民事訴訟における通常の和解であっても、公序に反する和解かどうかを裁判所がチェックするとされるので⁽⁴⁹³⁾、和解内容に関する当事者の支配を一定範囲で制限することが認められている。さらに、本稿の問題状況とはかなり異なるが、少数派株主保護という観点から会社法上の責任追及等の訴えにおける和解に裁判所の許可を求める見解もある⁽⁴⁹⁴⁾。これらの制度に鑑みると、裁判所による許可制度の実体法的なインパクトは、必ずしも実体法上無効とされない（和解）契約について、裁判所による許可を欠くことを理由にその効力を否定することができるようにして和解対象者を保護する仕組みであるということができる。ただし、共通義務確認訴訟上の和解に特殊なものとして、第三者のためにする契約として和解が締結されるという事情があり、このこ

(493) 伊藤・前掲注293) 201頁、三木浩一ほか『民事訴訟法 [第3版]』（有斐閣、2018年）382頁 [垣内秀介] など。

(494) 中島弘雅「民事手続法の観点からみた株主代表訴訟」ジュリ1191号（2000年）13頁、同「株主代表訴訟と和解」小林秀之＝近藤光男編『新しい株主代表訴訟』（弘文堂、2003年）150-156頁、岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリ1206号（2000年）132頁、田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ1220号（2002年）36頁、垣内秀介「訴訟上の和解の要件および可否」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務、2014年）357頁など。ただし、少数派株主保護のために裁判所による許可という仕組みを設けることが適切かについて、本稿の念頭に置く被害回復裁判手続と会社訴訟との構造の違いからすると疑問も残る。すなわち、本稿が念頭に置く裁判所による許可は当事者間の合意という和解の根拠を一応の前提としつつ一定の手続的配慮を加重するものであるのに対し、例えば和解すべきでないと考える少数派株主を保護するなら裁判所はおよそ和解を認めないという事態を招くだろう。この帰結は合意の統制というよりも合意の否定であって合意型手続のあり方を大きく変革するものであるため、より慎重に判断すべき問題といえる。高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商法雑誌115巻4・5号（1997年）590-591頁も参照。

とから第三者の同意（受益の意思表示）の存在が重要なものと位置付けられ、他の制度にない外形的審査、すなわち給付内容や支払期日等の明示が審査されると理解される⁽⁴⁹⁵⁾。

（3）集会的和解の合意内容と団体による内容説明

そして特定適格消費者団体は、損害グループごとにある程度類型的に損害（額）を仮定して和解を締結することになるだろう⁽⁴⁹⁶⁾。すなわち、総額的な和解ではなく、いくつかの損害グループを想定した上でそれぞれについてある程度類型的な金額を設定する和解になる⁽⁴⁹⁷⁾。類型的に設定された損害額と実際との損害額との乖離は、和解に加入するという選択をした対象消費者の意思決定によって正当化される。

また、簡易確定手続申立団体は消費者による授権に先立って説明義務を負っている（特例法 32 条）⁽⁴⁹⁸⁾。この規定を類推し、原告団体に対し、裁判所による許可が必ずしも和解の正当性を完全に保障するものではなく、

(495) 山本和彦「決定内容における合意の問題」同『民事訴訟法の現代的課題』（有斐閣、2016年）326-327頁〔初出1997年〕。ただし、同論文が指摘する手続的規律の目的は当事者の意思表示の真正の担保を念頭に置いている点には注意を要する。すなわち、和解手続論の根本的な問題は裁判所による仲介による（間接的な）強制の契機が存在に求められていたが、本稿の設定する問題状況においては（契約上又は訴訟上の）当事者でない者に対する手続保障として機能する。和解手続論一般については、垣内秀介「和解手続論」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座〔第3期〕第3巻』（日本評論社、2013年）175頁以下も参照。

(496) 第2段階目の手続との関係での記述ではあるが、実体法の観点から実務による損害額の類型的な処理を肯定的に理解するものとして、鹿野菜穂子「集団的消費者被害回復制度と消費者の権利」中田邦博＝鹿野菜穂子『消費者法の現代化と集団的権利保護』（日本評論社、2016年）383頁がある。

(497) その意味で、内海博俊「〔共通の訴訟代理人〕に関する手続法的考察の充実に向けて」高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』（有斐閣、2018年）198頁が指摘するような集団的和解（aggregate settlement）に伴うピース・プレミアム、すなわち和解が集団的であることによって和解金額にプレミアムが生じるとの考え方は妥当しない。他方で、内海教授の議論は、ピース・プレミアムが集会的利益に相当するとの理解につながるとも考えられる。

(498) 説明の具体的な方法については消費者裁判手続特例法施行規則6条1項及び2項で規定されている。

最終的には手続対象者が自ら選択して決断すべきことを教示することを求めることも許されるように思われる⁽⁴⁹⁹⁾。

少額多数被害について、最終的に賠償が確保されなければ団体や消費者の負担が増えるだけになってしまうことが懸念されている⁽⁵⁰⁰⁾ことからすると、集合的和解の導入はその懸念を一定程度減らすことができるのではないかと思われる。それでも団体の費用負担の問題は残るので、団体への公的支援は検討に値するだろう。

(4) 大量処理の要請

グループ訴訟では要件として大量処理が要請されるわけではなく、制度の背景として掲げられていたにすぎなかった。しかし、ムスタ確認訴訟では、50人以上の届出が必要であるとされるように、大量処理の要請が手続的要件とされていた。しかも、集合的和解においても、30%の離脱があれば集合的和解を無効とする旨の規定が設けられ、和解であっても大量処理が図られる必要があった。日本の場合、フランスのように手続上の要件として大量処理が要請されているわけではないが、立法趣旨としては大量処理の要請も含まれていたといえるだろう。この要請は、特例法が「相当多数の消費者に生じた財産的被害」を対象としていることから窺える。他の制度との役割分担という意味でも、数人程度であれば、共通の訴訟代理人を選任するか、任意的訴訟担当を活用するといった方途も現実的に考えられる。そうだとすると、特例法の意義は大量の紛争を処理する点に求められ、したがって共通義務確認訴訟上の和解にも一定数の受益の意思表示を和解の有効要件と考えることが相当であるように思われる。このとき、一定数の受益の意思表示の有無を判断するのは裁判所であり、受益の意思表示のための期間が経過した後、当事者間で締結された集合的和解の有効性を確認する決定をすることが考えられる。この仕組みは、ドイツの仕組みと同様のものである。

実際の特例法適用事例を見ても、東京医大不正入試事件に関する東京地判令和2年3月6日消費者法ニュース124号308頁⁽⁵⁰¹⁾では、優に2000人

(499) 現行の説明義務は説明のための費用負担が団体にあるのが問題視されているが(町村・前掲注286)159、162頁)、手続コストの分配の問題はこの手続全体について存在する。

(500) 三木ほか・前掲注315)142頁[野々山宏発言]

を超える手続対象者が想定されているところであった。本事件における紛争の本質的な問題は差別問題で、個別的な訴訟が望ましい面があったとしても、この規模の紛争について請求権者の多くが現実に訴訟を提起することは想定し難く、裁判所が個別的に処理し切るのも難しい規模であるように思われる。したがって、本事件はまさに特例法が対象とすべき大量損害の事例であり、このことに鑑みると、共通義務確認訴訟上の和解がなされたときにも現に一定数の受益の意思表示がなされていることを要求し、最低限必要とされる割合（この割合について当事者間で合意して決めることも法律によって定めることもどちらもあり得る）を満たさない場合には共通義務確認訴訟が続行されるという仕組みを設けることは、特例法の趣旨をより高めるものといえるだろう。

第二款 被害回復裁判手続の分解と開放

第一目 旧法における手続対象の制限

旧法の共通義務確認訴訟の対象は、①消費者契約⁽⁵⁰²⁾上に関する請求（附帯利息、損害賠償、違約金又は費用の請求を含む）のうち、②（i）契約上の債務の履行の請求、（ii）不当利得に係る請求、（iii）契約上の債務の不履行による損害賠償の請求、（iv）民法上の不法行為に基づく損害賠償の請求に限られていた（特例法旧3条1項）⁽⁵⁰³⁾。さらに、①及び②を

(501) 幸運にも、本連載をまとめて公刊する機会を得ることとなった。消費者裁判手続特例法を巡る近時の動向として、2022年6月1日に「消費者契約法及び消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律の一部を改正する法律」（令和4年法律第59号）が成立し、2023年10月1日に同法が施行された結果、本稿でも議論の対象としている対象範囲の拡大（特例法3条1項4・5号、2項6号）や和解の早期柔軟化（特例法11条）などが実現されている。改正後も本稿で検討した議論はなお維持されると考えているが、再度の公刊の折に全体の構成を見直し、フランス・ドイツ・EUの改正動向を踏まえた研究成果の公表を目指す（本稿では近時の動向を対象外とした）。また、改正前特例法の適用事例が既に7件存在しているため、適用例に関しても一定の分析を加える予定である。

(502) 消費者契約とは、消費者と事業者との間で締結される契約（労働契約を除く。）と定義されている（特例法2条3号）。これは消費者契約法と同義のものである（消費者契約法2条3項、48条参照）。

(503) 2013年制定当時の条文（平成25年法律第96号）では特例法3条1項4号に「瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求」が掲げられていたが、2017年の民

満たすとしても、次のような損害類型は手続の対象から除外されることとなる。すなわち、③ (i) (a) 契約上の債務の不履行又は不法行為によって物品、権利その他の消費者契約の目的となるもの（役務は除く）以外の財産が滅失・損傷したことによる損害又は (b) 同じく消費者契約による製造、加工、修理、運搬又は保管に係る物品その他の消費者契約の目的となる役務の対象となったもの以外の財産が滅失・損傷したことによる損害（以下これらを「拡大損害」と総称する。）、(ii) (a) 消費者契約の目的となるものの提供があるとすればその処分又は使用により得るはずであった利益を喪失したことによる損害又は (b) 同じく当該役務を利用すること又は当該役務の対象となったものを処分し、若しくは使用することにより得るはずであった利益を喪失したことによる損害（以下これらを「逸失利益に係る損害」と総称する。）、(iii) 人の生命又は身体を害されたことによる損害（以下「人身損害」という。）、(iv) 精神上的苦痛を受けたことによる損害（以下「精神的損害」という。）は、共通義務確認訴訟の対象とはされ得なかつたのである（特例法旧3条2項）。

これら①から③の限定は、それぞれ意味合いが異なるものであるように思われる。まず、①消費者契約上に関する請求に限っている点は、消費者裁判手続特例法が専ら消費者被害を念頭に立法されたことに由来すると推測される。そのため、同法に基づく被害回復裁判手続が消費者契約に関わる請求権のみを対象とする必然性はなく、柔軟に解されるべき限定であるように思われる⁽⁵⁰⁴⁾。次に、②手続の対象となる請求権が列挙されている点は、対象債権を列挙して明示することで消費者及び事業者の予測可能性を高め、手続対象性が争われることによる審理の複雑化や長期化を避けることを意図したものである⁽⁵⁰⁵⁾。そして、③拡大損害・逸失利益に係る損

法改正（平成29年法律第44号）に伴って同請求は特例法3条1項3号の「契約上の債務の不履行による損害賠償の請求」に含まれるべきこととなり、当該民法改正に付随して規定が整理された。平成29年法律第44号は2020年4月1日に施行されている。

(504) 実際、一問一答・前掲注371) 26頁では、消費者契約の成立に至っている場合に限らず、契約締結上の過失を問題とするもの、ウェブサイト上でクリックしたことで契約が締結されたとして事業者が真実は成立していない消費者契約の代金を徴収した場合なども含まれるとされる。また、契約締結について勧誘をした事業者等も被告となる可能性が認められている（特例法3条3項）。

害・人身損害・精神的損害が対象から除外されていたのは、簡易確定手続を迅速に行える簡易確定手続において対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断するに困難がない（支配性のある）請求で、共通義務確認訴訟の審理において被告事業者が簡易確定手続で争われる消費者の被害額についておおよその見通しを把握できるものに対象を限定するためのものである⁽⁵⁰⁶⁾。すなわち、必ずしも対象消費者への効力を伴わない共通義務確認訴訟に応訴しなければならない被告の負担を軽減するためのものである⁽⁵⁰⁷⁾。同時に、①消費者という原告の特性から定型的に再訴の懸念が少ないこと、②原告である特定適格消費者団体の十分な訴訟追行能力を前提にすれば、共通義務に対する敗訴判決の事実上の効力によって個別訴訟は抑止されるであろうという期待から正当化される消費者への判決効の拡張にも関わってくる⁽⁵⁰⁸⁾。

第二目 被害回復裁判手続の一般化に向けて

1. 対象債権の拡大と簡易確定手続の柔軟化

(1) 対象債権の拡大可能性

旧法下の手続の対象となる事件が消費者契約上の紛争に限られること、賠償範囲について精神損害・拡大損害・逸失利益が除外されていることについては、広く問題視されていたように見受けられる^{(509) (510) (511)}。そして、

(505) 一問一答・前掲注 371) 26 頁、山本和彦②・前掲注 295) 109 頁。

(506) 一問一答・前掲注 371) 26 頁、伊藤・前掲注 285) 41-42 頁、山本和彦②・前掲注 295) 114 頁。

(507) 山本和彦②・前掲注 295) 102 頁。

(508) 山本和彦②・前掲注 295) 103 頁。同書で指摘されている通り、このような説明には理論的に不徹底な面が存在することは否定できないが、グループ訴訟においても必ずしも定まった理論的な回答が与えられているわけではなく、同様の制度の必要性が認識されているといった政策的な背景が正当化のための説明として用いられることが多い現状にある。他方、ムスタ確認訴訟では届出消費者に有利にも不利にも判決効が及ぶこととなるため、本文記載のような問題は生じない。そのため、グループ訴訟又はムスタ確認訴訟それ自体の検討によって示唆が得られるものではなく、また、対象消費者への共通義務確認判決の既判力の拡張について否定的な見解も見られないことから、この問題に関する理論的説明については残された課題として今後検討を深めていきたい。

(509) 八田・前掲注 364) 180 頁。

ここまで述べてきた通り、2段階型の手続は個別的な請求権を集束するという点にその本質が認められ、しかし団体による先行的な確認訴訟が認められる点に独自性が認められる手続であると把握されることからすると、被告の手続保障に問題がないのであれば、手続の対象を拡大することはむしろ2段階型の手続の本領を発揮させるためにも望ましいと考えることができる。ただし、旧法上認められていない損害類型は係争利益の把握が難しいと考えられた点に鑑み、上記損害が典型的・定型的な損害類型であるとされる紛争を抽出して特例法の手続を拡大すべきである。

(2) 簡易確定手続と支配性の要件

簡易確定手続は第2段階目の手続における一種の和解（促進）手続であると理解できる⁽⁵¹²⁾。特例法42条5項・47条2項によると届出消費者表の記載は「確定判決と同一の効力」を有するとされることからこれは裏付けられる。対象債権の拡大に際しては、このような簡易確定手続を2段階目の手続として必要的とするか否かが問題となる。前述したように支配性の要件は不要であると考えられることからすると、簡易確定手続も完全に不要とする方策も考えられる。もっとも、合意による解決を促進するため、2段階目の手続を簡易確定手続に類似する和解手続として活用することも有用であるように思われる。

2. 対象法領域の拡大可能性

(1) 民法上の不法行為請求権

特例法の対象となる不法行為請求権は、民法上の不法行為請求権に限定されている（特例法3条1項4号かつこ書）。これは、金融商品取引法、金融商品販売法、保険業法、独占禁止法、特許法などの特別法は、不法行

(510) 町村・前掲注286) 158、172頁注414は、拡大損害と精神的損害の除外を特に問題視する。

(511) 三木・前掲注318) 291-292頁は、人身損害や拡大損害といっても様々なものがあるため、明文によって一律に除外することは疑問の余地がないわけではなく、被害者救済の観点からすると精神的損害を除外した点にも疑問が残るとする。

(512) 三木・前掲注275) 312頁は、簡易確定手続はカナダの書面交換手続（一種のADR）と類似しており実質的には和解合意の調達手続と考えることもできるとする。

為について過失の立証責任の転換や損害額の推定規定等の特則を置くことで権利行使を容易にしている面があり、そのような請求権まで手続の対象とすると当事者間の利益バランスを崩すおそれがあることから設けられた制限であるとされる⁽⁵¹³⁾。このような限定に対しては、実体法上の要件と権利行使の手段は次元を異にするものであり、手続の対象とすることで実体法のバランスは崩れない、との批判がある⁽⁵¹⁴⁾。この批判それ自体はもっともであるが、しかし、ここで崩れることが懸念されているのは、特別法によって権利行使が容易にされることで民法による場合に比して被告の負担が大きくなることなのではないかと思われる。すなわち、共通義務確認訴訟は被告の応訴負担とのバランスを図った上で制度設計されているので⁽⁵¹⁵⁾、その正当性が失われることが懸念されていると考えられる⁽⁵¹⁶⁾。このように考えると、特別法の存在それ自体によって手続対象の拡大が妨げられるわけではないが、手続の対象を拡大するためには、特別法によって現にどの程度まで権利行使が容易になっているかを検討する必要があるといえる。

（2）独占禁止法への拡大可能性

a. 損害賠償請求

消費者裁判手続特例法は競争法を対象に含めていないのに対し、グループ訴訟及びムスタ手続は消費者被害のみならず競争法もその適用対象に含めている。もっとも、消費者裁判手続特例法も、不法行為に基づく損害賠償の請求については、民法の規定による場合であれば、提起することができる（消費者裁判手続特例法第3条第1項第5号）としている。民法上の請求に限定されている趣旨は、独占禁止法などの個別実体法において特則が設けられていることから、民法上の損害賠償請求のみを手続の対象とすることで、個別実体法が想定している当事者間の利益バランスを崩さない

(513) 一問一答・前掲注371) 29頁、山本和彦②・前掲注295) 113頁。なお、山本和彦②・前掲注295) 112頁注33は、外国法が準拠法となる場合であってもそれが実質的に日本の民法に相当する法令であれば、当事者間の利益バランスを崩すものではなく、手続の対象となるとする。

(514) 町村・前掲注286) 41頁、千葉・前掲注276) 47頁。

(515) 本章第二節第二款第二目1参照。

(516) 町村・前掲注286) 41-42頁も、被害回復裁判手続の存在によって権利実現の可能性は変動するとされる。

ためであるとされる⁽⁵¹⁷⁾。しかし、実体法の規定があってもなお提訴数が少ないと考えられるのであれば、当事者間の利益バランスが崩れることはないだろう。また、消費者契約に基づくことが要求されている点で独占禁止法関係の損害賠償請求がすべて対象となるわけではないことから、比較法的に見ると手続対象範囲は謙抑的なものとなっている。

独占禁止法の執行は、公正取引委員会によってのみならず、裁判所の判断を通じてなされることがある。裁判所の判断を通じた執行のうち、金銭による救済の多くは損害賠償請求という形で実現される。この損害賠償請求の根拠条文は独占禁止法第25条又は民法第709条であり、両請求権の訴訟物は異なるものであると理解される⁽⁵¹⁸⁾。実際、最判平成元年12月8日民集43巻11号1259頁【鶴岡灯油事件】では、独占禁止法第25条及び第26条は「これによって個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめることにより、審判において命ぜられる排除措置とあいまって同法違反の行為に対する抑止的効果を挙げようとする目的に出た付随的制度にすぎない」ため、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求の可否は排除措置命令等の有無にかかわらないとされた。

独占禁止法第25条による損害賠償請求権の特徴は、公正取引委員会による排除措置命令又は課徴金納付命令の確定が必要となり（独占禁止法第26条）、当該命令における独占禁止法違反の事実の存在が事実上の推定の効果を有することとなる点などに求められる⁽⁵¹⁹⁾。このような独占禁止法に特有の規律は、公正取引委員会を主体とした手続と関連する限度で請求権者の救済を容易にするものということができるだろう。これに対し、民法709条に基づく請求権については上記のような独占禁止法に独自の規律は妥当しない。しかし、独占禁止法第25条に基づく請求と民法709条に基づく請求の事件類型は同じであり、民法709条による請求は違反行為の掘り起こしや公正取引委員会の事件処理への問題提起としての機能を有す

(517) 一問一答・前掲注371) 29頁。

(518) 白石忠志『独占禁止法 [第3版]』（有斐閣、2016年）736頁、東京高判平成19年11月16日審決集54巻725頁【三井住友銀行金利スワップ販売損害賠償請求事件】など。

(519) 金井貴嗣ほか編『独占禁止法 [第6版]』（弘文堂、2018年）551頁参照。白石・前掲注518) 739頁は、26条の趣旨について、原告に時効等の恩典を与えるためのものと割り切ることが可能であるとしている。

(520) 白石・前掲注518) 717、743頁参照。排除措置命令が確定している場合で

るという機能面の差異が存在するにすぎない⁽⁵²⁰⁾。この間隙を埋めるために、消費者裁判手続特例法を適用する余地を見出すことができる。すなわち、特定適格消費者団体による訴えの提起を契機とする裁判所による判断を通じた請求権者の救済を容易にすることで、公正取引委員会の事件処理を介さなくても同種の事件類型について一定の保護を与えることができるようになる。

独占禁止法第 25 条は公正取引委員会による排除措置命令又は課徴金納付命令の確定を前提とした（独占禁止法第 26 条）損害賠償請求を規定しており、それで足りるようにも思われる。同条に基づく損害賠償請求と特例法との差異は制度の発動を特定適格消費者団体に委ねるか公正取引委員会に委ねるかという点に求められる。裁判所と公正取引委員会は別個独立した判断主体であり、公正取引委員会が全ての紛争について一定の判断をするわけではないことからすると、特例法の手続を通じた救済の必要性は否定されないだろう。したがって、独占禁止法第 25 条の規定に併せて広く独占禁止法関係の賠償請求権を特例法の対象に含めることは妨げられないと解される。

b. 不当利得返還請求

そして、民法 703 条による不当利得返還請求も、独占禁止法関係事件における被害者による金銭回復という意味で損害賠償請求と類似の機能を果たすことがある。その多くは入札談合事件であるとされるが⁽⁵²¹⁾、優越的地位濫用事件において濫用を受けた供給者による需要者に対する不当利得返還請求が認容された事例もある⁽⁵²²⁾。裁判例では民法 709 条に基づく損害賠償請求と併せて主張されることが多いように、実質的な機能としては上記の損害賠償請求と重なることとなる。

も民法 709 条による請求をすることが想定される場面として、(i) 排除措置命令の対象となっていない行為を取り上げたい場合、(ii) 排除措置命令の名宛人となっていない者を被告としたい場合、(iii) 第一審裁判所が東京以外の地方裁判所が好都合である場合などが挙げられている。

(521) 白石・前掲注 518) 744 頁。

(522) 大阪地判平成 22 年 5 月 25 日判時 2092 号 106 頁 [フジオフードシステム事件] など。

c. 現行の消費者裁判手続特例法との関係

本稿における検討によると、簡易確定手続との関係で要求されるいわゆる支配性の要件は消費者裁判手続特例法に必須のものではないが、少なくとも現行法上は必要な要件として位置付けられている。したがって、現行法の手続においても支配性の要件を満たし共通義務確認訴訟の対象となる独占禁止法上の請求権があるか、すなわち損害額の立証が困難でない場合があり得るかという点を検証してみたい。検証にあたっては、①需要者を原告とする類型、②被排除者を原告とするタイプの2つの類型を区別し、それぞれについて損害のあり方を見ていくこととする⁽⁵²³⁾。

まず、①需要者を原告とする類型の場合、競争停止行為によって高くなった商品役務を買わされた者から見て、その現実価格と、反競争的行為がなかったならば成立したであろう想定価格との差を損害と捉えることとなる⁽⁵²⁴⁾。具体的には、競争停止による反競争性について取引の相手方が損害賠償を請求する事例や優越的地位濫用について被濫用者が濫用者に対して損害賠償を請求する事例が考えられる。競争停止行為、例えば入札談合事件の場合、個別調整があったという事実から損害の存在を示すことは容易であるとされる⁽⁵²⁵⁾。しかし、損害額の算定については、種々の事情を考慮しつつ、裁判所が民事訴訟法248条によって損害額を認定するものが大勢を占めている⁽⁵²⁶⁾。もっとも、経済的要因の変動がなく、想定価格にはほぼ等しいと推認できる違反行為開始直前価格あるいは終了直後価格についてサンプルを多く得ることができる場合には、民事訴訟法248条に頼らずに損害額の認定が行われる場合もあり得ると指摘される⁽⁵²⁷⁾。

(523) 白石・前掲注518) 750頁以下。この2つのタイプのほか、特定の供給者が不当表示を行ったために競争関係にある他の供給者の商品役務までもが信用を傷つけられた、という意味での競争者の無形損害の賠償が認容された事例(東京高判平成19年3月30日審決集53巻1072頁)があるとされる。このような2つの類型を用いない場合、例えば金井ほか・前掲注519) 554頁などでは、価格カルテル事例では損害の立証・算定が困難であることから、一定程度の合理的蓋然性を有する推計をもって足りると論じられることが多い。

(524) 白石・前掲注518) 751頁。

(525) 白石・前掲注518) 752頁。ただし、例外的に損害の発生の立証が難しい場合もある(白石・前掲注518) 752頁参照)。

(526) 白石・前掲注518) 752頁参照。

(527) 白石・前掲注518) 752頁。

②被排除者を原告とする類型の場合、反競争的行為によって市場から排除された者から見て、その現実状態と、反競争的行為がなかったならば生じたであろう想定状態と比較して、得べかりし利益を損害と捉えることとなる⁽⁵²⁸⁾。被排除者が検討対象市場において一定の取引を行っている事例では、違反行為よりも前の取引の全部又は一部が一定期間において継続したと仮定した状態が想定状態とされる⁽⁵²⁹⁾。このようなフィクションを媒介とする以上、裁判所が民事訴訟法 248 条によって損害額を認定することとなるだろう。

以上の事柄に鑑みると、簡易確定手続が可能であるような事例も想定し得るものの、その線引きが難しく、基本的には裁判所が民事訴訟法 248 条によって損害額を認定すると考えておくのが穏当である。そのため、現行の被害回復裁判手続では共通義務確認訴訟の段階で支配性の要件の欠缺を理由に排斥される事例がほとんどになることが予想される。しかし、前述したように 2 段階型の手続は個別性の強い（したがって支配性を欠く）事案についても応用可能なものである。そして、消費者に関わる競争法上の紛争が実質的には消費者紛争としての性質を有することからすると、この種の事例にも合理的無関心の問題があると考えられる。したがって、競争法関係紛争にも特例法の手続を応用すべきであると解される。このとき、問題となるのは被告の手続保障、具体的には係争利益の把握可能性である。この点については、前述した 2 つの類型において実体法からみた推定的な損害が考案されていることからすると、利益の擬制又は経験則などによって係争利益の把握が一定程度可能であると考えられるため、被告の手続保障に問題はない。

（3）金融商品取引法への拡大可能性

次に、金融商品取引法関係紛争について、平成 17 年頃まで、開示書類の虚偽記載を理由として投資家が発行者又は関係者の民事責任を追及する訴訟はほぼ皆無であったとされる⁽⁵³⁰⁾。その背景としては、個々の投資家レベルでの損害額が必ずしも大きくなく、訴訟を提起しても費用倒れにな

(528) 白石・前掲注 518) 753 頁。

(529) 白石・前掲注 518) 753 頁。

(530) 黒沼悦郎『金融商品取引法 [第 2 版]』（有斐閣、2020 年）216 頁、山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説 [第 2 版]』（有斐閣、2017 年）496 頁。

るといふ問題があつたと指摘される⁽⁵³¹⁾。この状況は現在も変わつておらず、著名な発行者や投資者数の多い発行者の事例では集団で民事訴訟が提起されるが、虚偽記載による株価下落の小さい事例や投資者数の少ない発行者の事例では、課徴金納付命令が下された事件についても民事訴訟が提起されない傾向があるとされる⁽⁵³²⁾。その一方で、弁護士らが被害者の会などを立ち上げ零細な投資家に訴訟への参加を呼びかけ、集団的な民事訴訟を提起することが盛んになりつつあるとの指摘もある⁽⁵³³⁾。そして、費用倒れになるような事案において弁護士らが訴訟への参加を呼びかけるといふ状況は消費者裁判手続特例法が想定する状況と全く同じであり、弁護団の結成のみでは請求権者の救済として不十分であるといえるだろう。したがつて、金融商品取引法、特に開示規制違反の事例について、消費者裁判手続特例法の適用範囲を拡大することが考慮に値する⁽⁵³⁴⁾。

このとき、原告適格を有する者としては、認可金融商品取引業協会（金融商品取引法67条）、認定金融商品取引業協会（金融商品取引法第78条）、認定投資家保護団体（金融商品取引法第79条の7）が考えられる。いずれの組織も苦情の解決やあっせんを業務の一環として行うものであり、特定適格消費者団体に相当する者であるといえるだろう⁽⁵³⁵⁾。したがつて、

(531) 黒沼悦郎「証券市場における情報開示に基づく民事責任（1）」法学協会雑誌105巻12号（1988年）6-8頁、黒沼・前掲注530）216頁、山下＝神田・前掲注530）496頁。黒沼・前掲注530）204頁によると、そのほかに（i）開示書類の虚偽記載を発見するのが難しいこと、（ii）虚偽記載と損害との間の因果関係を立証するのが難しいことも理由として挙げている。そして、（i）は平成16年改正によって課徴金制度が導入され、証券取引等監視委員会がその執行を担当することとなった結果、その成果を投資家が利用できるようになり、（ii）については平成16年改正によって発行者の責任につき損害額の推定規定が設けられたことから、投資家の負担が一定程度軽減されたとする。

(532) 黒沼・前掲注530）216頁。

(533) 山下＝神田・前掲注530）496頁。その具体例として、最判平成23年9月13日民集65巻6号2511頁〔西武鉄道事件〕、東京高判平成23年11月30日判時2152号116頁〔ライブドア事件〕が挙げられている。

(534) 黒沼・前掲注530）218頁も、証券法における消費者裁判手続特例法の創設に肯定的である。ただし、同書では、共通義務確認訴訟を弁護士に委ねること、裁判の規範創造機能に鑑みて共通義務確認訴訟段階での裁判上の和解を謙抑的にすべきことが示唆されている。

これらの主体は被害投資家の集合的利益を保護していると評価でき、特例法の手続追行主体とすることができる。

具体的な紛争について検討すると、金融商品取引法は、開示書類ごとに民事責任規定を設けている。すなわち、金融商品取引法第18条から21条・22条（有価証券届出書・目論見書）、21条の2（開示書類全般）、23条の12第5項による21条・22条の準用（発行登録書類・発行登録追補書類）、24条の4（有価証券報告書）、24条の4の7第4項による22条の準用（四半期報告書）、24条の5第5項による22条の準用（半期報告書・臨時報告書）、24条の6第2項による22条の準用（自己株券買付状況報告書）といった規定が存在する。その中でも責任を生じる虚偽記載は、①重要な事項についての虚偽記載、②記載すべき重要な事項の不記載、③誤解を生じさせないために必要な重要な事実の不記載である⁽⁵³⁶⁾。

虚偽記載等について損害賠償責任を負うのは、発行者（金融商品取引法第18条）、及び発行者の役員又は発起人（金融商品取引法第21条）である。投資判断の個別性や複雑性から、投資家が被った損害額の算定が困難な事例も多く想定されるところ、発行者については損害賠償額の法定（金融商品取引法第19条）がなされており、書類提出者については損害賠償額の推定規定が設けられる（金融商品取引法第21条の2）といった対応がなされている。これらの規定がない21条・22条・24条の5などの責任を追及しようとする場合又は民法上の一般不法行為による責任を追及する場合は、一般的な損害額の算定方法に従うこととなる⁽⁵³⁷⁾。

損害賠償額が法定されているとき（金融商品取引法第19条）、（i）請求時に請求権者（取得者）が未だ当該有価証券を処分せずに保有している場合は、請求権者が当該有価証券の取得について支払った額から、損害賠償を請求する時における市場価額（市場価額がないときはその時における

(535) 消費者団体は認定投資家保護団体になることもできる（金融商品取引法第79条の7参照）。

(536) 黒沼・前掲注530）218-219頁。

(537) 例として、19条に類似する考え方を採用したように読める最判平成23年9月13日民集65巻6号2511頁、21条の2に類似する考え方を採用したように読める最判平成24年3月13日民集66巻5号1957頁及び最判平成24年12月21日判時2177号51頁が存在するが、現段階では必ずしもこれらの判例の考え方について理論的に整理されていないようである。

処分推定価額)を控除した額が、(ii)請求時に請求権者が当該有価証券を既に処分している場合は、請求権者が当該有価証券の取得について支払った額から、その処分価額を控除した額が賠償すべき損害額となる。請求時以後の当該有価証券の価格変動は賠償額に影響を与えない⁽⁵³⁸⁾。この場合、簡易確定手続がなされたとしても損害額の算定が比較的容易であると考えられるから、現行法の形式で発行者に対する責任を被害回復裁判手続の対象に含めることはあり得るだろう。

これに対し、開示書類の提出者について損害賠償額が推定されるとき(金融商品取引法第21条の2第3項)、具体的には虚偽記載等の公表日前1月間の当該有価証券の市場価額(市場価額がないときは処分推定価額)の平均額から公表日後1月間の当該有価証券の市場価額(市場価額がないときは処分推定価額)の平均額を控除した額が損害賠償額と推定されるときは、あくまで推定にすぎないので、例えば簡易確定手続において被告が債権を争ったときに簡易確定手続上で解決が得られるとは限らない。すなわち、支配性の要件を理由として共通義務確認訴訟が認められない可能性が高くなる。したがって、たとえ推定規定が存在する場合であっても、現行の消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続では対応できないものと考えられる。

ただし、競争法関係紛争で前述したように、個別性の強い事例に関する特例法の手続を構想する余地がある。そして、虚偽記載等に限っていえば、それによって生じる典型的な損害であれば、経験則などによって一定の枠内で係争利益を予測することができると考えられる。したがって、金融商品取引法関係紛争、特に有価証券等に関する虚偽記載等に関する紛争について、共通義務確認訴訟を創設し、提訴に至らない投資家の救済を図るべきである。この点について、事案によっては投資家関係の紛争は被害額が大きくなるため特例法の手続を設ける必要はないとの批判も予想されるが、序章で前述した最判平成28年6月2日は、100万円又は1000万円の訴額になる投資家紛争について、投資家が個別訴訟を提起する合理的期待がないことを認めており、比較法的に見ても、被害額の多寡は2段階型の手続を認めるべきか否かといった議論に影響を及ぼすものではないことは前述の通りである。

(538) 山下=神田・前掲注530)205頁注166。

（4）環境法への拡大可能性

フランスにおいて環境紛争にもグループ訴訟が認められているように、消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続も環境紛争に拡大することはあり得るように思われる。もっとも、環境紛争については人身損害が被害の中心となることも予想され⁽⁵³⁹⁾、その場合には個別性が強く損害額の算定に困難が生じることとなるだろう。そこで損害額の算定のあり方も検討に含めた形で手続を考えると、訴訟に比して手続実施者の分野専門性が高いなどの利点がある⁽⁵⁴⁰⁾ADRも実効的な解決を提供する手段である可能性がある。特に原子力損害賠償ADRが一定の成果を収めたことなどから⁽⁵⁴¹⁾、環境ADRに対する関心も高まっているところである⁽⁵⁴²⁾。他方、ドイツでは環境紛争について行政訴訟に団体が参加する形での解決が一定の成果を上げていて、同様の制度を日本にも導入することの可否が検討されており⁽⁵⁴³⁾、そもそも環境紛争に対する対応を損害賠償などによって進めることが適切なのかという点も定かとは言い難い⁽⁵⁴⁴⁾。また、損害賠償などによる救済を図るとしても、個別の法主体に対する損害として扱うべ

(539) グループ訴訟でも物的損害と人身損害の双方が対象となっている（第一章参照）。

(540) 山本和彦＝山田文『ADR仲裁法 [第2版]』（日本評論社、2015年）12頁など参照

(541) 山本和彦「事故賠償手続の充実に向けて」論ジュリ No.29（2019年）108頁。

(542) 環境ADRについては、山本和彦「環境ADRの現状と課題」同『ADR法制の現代的課題』（有斐閣、2018年）第16章など参照。高橋裕ほか「環境ADR」仲裁とADR Vol.13（2018年）80頁以下によると、実務的に見ても公害紛争処理法に基づく調停などによって多様な環境紛争がADRによる解決が実現しているようである。

(543) 本稿注23に掲げた文献など参照。

(544) また、そのような行政上の制度が導入されれば団体の適格性について同制度の基準を援用することが考えられるが、現段階では共通義務確認訴訟を行うとしてどの環境団体に原告適格を認めるかという点を白紙の状態から考えなければならないため、制度の担い手という観点から考えるべき点も多い。

民事損害賠償を対象とする環境団体訴訟のあり方を論じたものとして、長島光一「ドイツにおける環境団体訴訟の手続法上の問題の検討」法学研究論集40号（2014年）161頁以下、同「環境紛争に対応する集団訴訟の法的規律」帝京法学30巻2号（2017年）183頁以下、同「環境訴訟における手続参加のあり方」政治・経済・法律研究20巻1号（2017年）33頁以下などがある。

きかも議論があり得る⁽⁵⁴⁵⁾。このように、環境紛争には固有の問題が多く存在する点に鑑みると、環境法への同様の制度の導入を検討するにあたっては、環境紛争の特性を踏まえた行政訴訟やADRによる解決との比較及び環境紛争に関する団体による差止訴訟⁽⁵⁴⁶⁾が現行法上存在していないことの影響といった複合的な要素を考慮する必要があると思われる。そのため、この問題は本稿の検討対象からは除外し、今後検討を深めるべき残された課題としておきたい⁽⁵⁴⁷⁾。

第三節 結語

ここまでの検討をまとめると、次のようになる。まず、①共通義務確認訴訟は、集团的利益の一種である集合的利益によって基礎付けられる。この集合的利益の機能によって訴訟物たる共通義務が指定され、この利益が存在することによって共通義務確認訴訟の確認の利益が認められる。2段階型の手続における原告は集合的利益の代表者であるから、例えば消費者紛争の場合には適格消費者団体に限られることとなる。ただし、特定認定が必須というわけではなく、適格認定又はより緩和的な行政措置によって集合的利益の代表性（なお、弁護士にこの代表性が認められることは考えにくい）が基礎付けられ得る。次に、②旧法上問題とされていた共通義務確認訴訟上の和解の範囲については、負担を伴う第三者のためにする契約として広範に拡大され得る。このとき、第三者による同意（受益の意思表示）がその正当性を支える重要な要件であると考えられることから、裁判所による審査及び許可によって、第三者が同意をするか否かを判断できるような和解内容であることが担保される必要がある。最後に、③集合的利益

(545) フランスでは2016年法律によって客観的損害の範囲を広げることで純粹環境損害の賠償を認めるに至った。純粹環境損害については、小野寺倫子「人に帰属しない利益の侵害と民事責任(2)」北大法学論集63巻1号(2012年)235頁以下、同「環境の法的保護」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）502頁以下など参照。

(546) 環境紛争にも消費者紛争と同じく団体による差止訴訟を認めるべきことを示唆する見解として、山本和彦「環境団体訴訟の可能性」高田裕成ほか編『企業紛争と民事手続法理論』（商事法務、2005年）178頁以下、山本和彦①・前掲注295）500-503頁がある。

(547) 差別事件についても同様に労働法を含めた多角的な検討を要するため、本稿の検討からはさしあたり除外する。

の内容に支配性は入らないため、消費者裁判手続特例法は一般法としての性質を有しうるものである。そして、競争法及び金融商品取引法関係の紛争の一部については、個別訴訟が提起されにくい事例について、被告の手続保障（例えば、係争利益の把握可能性）に問題が生じない限度で、特例法と同種の手続の創設が認められるべきである。このとき、被告の手続保障のために、問題となる紛争において典型的に想定される損害にのみ特例法と同種の手続を創設することが考慮に値する。損害額の算定が難しいなどの理由で簡易確定決定の実施が困難である場合には、簡易確定手続を行わない形での同種の手続が構想されることとなる。なお、環境紛争については、行政訴訟や ADR といった多様な紛争解決手法を検討する必要がある、行政的な統制を受けた環境団体が存在せず被害者を代表する訴訟主体を現段階で構想することが困難であることから、その詳細な検討については将来の課題として積み残された。

最後に、関連する残された課題として、特例法 9 条に基づく届出消費者への拘束力の問題を挙げる必要がある。同種の拘束力について、フランスやドイツの 2 段階型の手続では既判力によるか議論があるのに対し⁽⁵⁴⁸⁾、日本の場合には既判力の拡張であると説明されている⁽⁵⁴⁹⁾。このような日本における説明は、立案段階で中間的判決と終局的判決の 2 つの考え方が提示され⁽⁵⁵⁰⁾、判決効を一種の自己拘束力・羈束力によって説明するのが中間的判決、既判力の拡張によって説明するのが終局的判決であると整理されていたことからすると⁽⁵⁵¹⁾、終局（的）判決が立法において採用されたものと理解できる⁽⁵⁵²⁾。しかし、ドイツでは、ムスタ確認訴訟が終局判決とされるにもかかわらず、手続対象者の届出を介した裁判の自己拘束性によって 2 段階目の手続の拘束力を説明している。すなわち、1 段階目の

(548) 第一章第一節第二款第二目、第二章第一節第二款第三目参照。

(549) 伊藤・前掲注 285) 82 頁、山本和彦②・前掲注 295) 213 頁。

(550) 集団的消費者被害救済制度専門調査会（第 3 回）議事録 14 頁 [三木浩一発言]、三木・前掲注 318) 276-277 頁、山本和彦②・前掲注 295) 29 頁。

(551) 集団的消費者被害救済制度専門調査会（第 3 回）議事録 14 頁 [三木浩一発言]。

(552) 山本和彦②・前掲注 295) 215 頁注 150 は、終局判決とされた理由として、日本では中間判決に対する独立の上訴が認められないこと、最初から対象消費者の請求を訴訟物として措定することが困難であったことなどがあったとしている。三木・前掲注 318) 277 頁も参照。

手続が終局判決として終了するとしても、手続対象者への1段階目の手続の拘束力を既判力の拡張と考える必然性はないといえることができる。したがって、共通義務確認判決が終局判決とされるとしても、その届出消費者への拘束力について、2段階目における届出を介した既判力とは異なる自己拘束性によって説明する余地がある⁽⁵⁵³⁾。ただ、この問題を論じるにあたっては判決効の性質及び手続対象者の参加のあり方を分析する必要がある、一方でこの問題が本稿で対象とした解釈論及び立法論に直接の影響を与えるものではないため、今後検討を深めるべき課題として機会を改めて考察する。

(553) 山本和彦②・前掲注295) 214-215頁、215頁注160は、「別訴で個別請求をしている対象消費者は、特定適格消費者団体の勝訴判決を援用することは認められない」ため、その意味で、届出消費者への「判決効の拡張はあくまでも一種の手続内的な効力ともいえ」、この効力は「中間判決とも類比される効力」であると分析している。同様に、三木・前掲注318) 277頁も、「中間判決的な要素を含んだ、わが国では類例のない特殊な終局判決であるといえる」と指摘する。

これに対し、巽智彦『第三者効の研究』（有斐閣、2017年）304、317、319頁は、届出消費者への判決効の拡張（及び非届出消費者による判決効の援用）について、一種の対世的な効力として整理し、他の特定適格消費者団体への判決効の拡張と同種の規律と捉えることを示唆している。ただ、この考え方については、本章第一節第二款第一目1(4)bで前述した三木教授による山本和彦説に対する批判がそのまま妥当する可能性がある点は注意が必要である。