差止請求訴訟における「おそれ」の有無
―大阪高判平成28年2月25日判時2296号81頁、金融・商事判例1490号34頁（クロレラチラシ配布差止等請求控訴事件）

弁護士　長野 浩三

1　事案の概要

本件は、適格消費者団体（原告＝被控訴人）が、クロレラ等を原材料とする健康食品を販売する会社であるサン・クロレラ販売（被告＝控訴人）に対し、日本クロレラ療法研究会（以下、「クロレラ研究会」という。）の作成であるとの体裁でクロレラ等の効能等に関する記載を内容とする新聞折り込みチラシを配布することが、景品表示法10条1項1号[1]の優良誤認表示及び消費者契約法4条1項1号の不実告知に当たるとして、景表法10条1項1号、消費者契約法12条1項及び2項に基づき、チラシの配布差止めを求めるとともに、優良誤認表示があった旨の周知広告を配布するよう求めた事案である。

2　第1審判決（京都地判平成27年1月21日判時2267号83頁）

同判決は、研究会チラシを配布した者は被告自身であり、研究会チラシの商品表示該当性についても「研究会チラシは、単にクロレラやウコギの成分の効用を人々に知らしめようとする広告ではなく、被告商品の販売促進を目的とするものであり、研究会チラシの記載は、被告商品の内容に関する『表示』と認められる。」とし、研究会チラシの優良誤認表示該当性についてもこれを肯定し、チラシ配布の差止めを認めた。

3　控訴審判決（大阪高判平成28年2月25日）

控訴審判決は、優良誤認表示を行うおそれの有無につき、「(3)控訴人は、原審で審理対象とされた研究会チラシを今後も配布する予定がない旨主張し（平成27年7月17日付け控訴人第1準備書面第4の2）、平成23年2月21日から同年10月4日までに配布されたことのある(2)掲記のチラシについても同様に陳述する（平成27年12月11日当審第3回弁論準備手続期日）。

平成27年6月29日以降、控訴人が控訴人名義で配布しているチラシには、「サン・クロレラA」という商品名が大きく記載され、目立つ文字で「クロレラは医薬品ではありません」と記載されている上、被控訴人が差止対象とした原判決別紙1の2(1)から(4)までの表示は一切されておらず、クロレラの栄養素、「サン・クロレラA」のこだわりとして、精製方法、使用しているクロレラの種等が記載され、体験談としても、健康習慣や生活習慣が記載されているのみであり、ウコギ（イソフラキシジン）の記載は全くない（乙82）。

特定の疾病の治療、予防又はその効能、効果が特定の製品について宣伝されると薬事法に抵触する問題があるが、特定の製品についてではなく、一般的なある成分についての宣伝であれば直ちに薬事法上問題があるということには若干困難があるとするのでは、薬事法上の規制が十分働いていないのではないかということは、既に昭和62年7月の衆議院社会労働委員会の質疑に取り上げられている（甲22）。そして、健康食品の摂取により特定の疾病が快復したとの記載（原判決別紙1の2(4)に記載の表示）は、効能効果があるとの表示があるからといって、消費者に、当該商品を医薬品と誤認させるものとはいい難いが、医薬品と同等の効能効果があるとの広告と解されるのであれば、まず、薬事法上の規制が考えられるものである。

そうすると、控訴人が現在控訴人名義で配布しているチラシについて、再度、特定の疾病が快復したとの記載をしたり、薬効があるなどの原判決別紙1の2(1)及び(3)に記載された内容を表示することは、チラシを一新した控訴人に行動に照らし、客観的にみても考えられないというべきである。

したがって、現段階では、控訴人が被控訴人が主張するところの優良誤認表示を行うおそれがあるとは認められない。」として、「おそれ」を否定し、被控訴人の請求を棄却した。

4　関連する裁判例－京都地判平成21年9月30日判時2068号134頁

適格消費者団体である原告が、不動産賃貸業及び不動産管理業を目的とする事業者である被告に対し、定額補修分担金条項が同法10条に反して無効であるとして、同法12条3項に基づき、定額補修分担金条項を含む意思表示をすることの差止め及び同条項を含む契約書用紙の破棄等を求めた事案において、同判決は、「消費者契約法12条の『現に行い又は行うおそれがあるとき』とは、現実に差止めの対象となる不当な行為がされていることまでは必要ではなく、不当な行為がされる蓋然性が客観的に存在している場合であれば足りる。

被告は、平成19年7月から、定額補修分担金条項を含む賃貸借契約を締結していないと主張するが、被告

が、平成20年3月25日における報道関係者に対する報告……において、定額補修分担金の違法性については争う姿勢を見せていること、本訴訟においてもその違法性を争っていることからすると、今後、被告が定額補修分担金条項を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を行う蓋然性が客観的に存在するといわざるを得ない。よって、消費者契約法12条3項の『消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を現に行い又は行うおそれがあるとき』に当たる」と判示しており、定額補修分担金の違法性について争う姿勢を見せていることから「おそれ」があると認定している。

5　不正競争防止法分野における学説・裁判例

現在は違反行為が停止されているとしても、そのことのみをもって差止めの必要性や「おそれ」要件は否定されない[2]。

また、裁判例も、過去もしくは現在において違反行為がなされた事実があれば、特段の事情のない限り、「おそれ」が認められるとしている。

(1) 東京地判昭和47年1月31日判タ276号356頁（月桂樹事件）は、被告の使用する商章（月桂樹に基づくもの）が原告の商標権を侵害しているとして、商標権に基づき、その使用の差止めを求めた事案である。被告は、原告からの警告を受けて、同商章の使用を差し控えていたが、裁判所は、被告が月桂樹を自己の商品イメージないし出所表示とすることを変えていないこと、警告以前は同商章を使用しており、現在はただ無用の紛議を避けるため使用を控えていただけであることから、今後、同商章を使用するおそれがないとはいえないとした。

(2) 東京地判昭和55年4月18日LLI登載（ダイワ釣具事件）は、仮に現在問題の標章を使用していないとしても、被告はかつて使用したものであり、問題の標章の使用行為は不正競争行為に該当しないと争っているのだから、使用するおそれがあるものといわざるを得ないとされた。

(3) 東京地判平成13年4月24日判時1755号43頁は大手携帯電話会社の名称に基づくドメイン名を取得し、このドメイン名などを表示したウェブサイトを開設していた被告に対して、原告大手携帯電話会社がその表示等の差止めを求めた事案で、被告は、提訴後、ウェブサイトの運営を一時停止した。裁判所は、「現在その運営を一時的に停止しているという事情を考慮しても、被告が本件ドメイン名の使用が不正競争行為に当たることを争っていることに照らせば、今後、被告が本件ドメイン名を使用し、本件ウェブサイト上に本件表示を掲げるおそれがあると認められる。」と判示した。

6　福岡高判平成27年7月28日金融・商事判例1477号45頁について

同判決は、事業者が当該行為の違法性を争っていた事案において、上記「おそれ」につき、「当該事業者により、当該行為がされる蓋然性が客観的に存在していることを要するものと解される」とし、契約条項を改訂した事業者につき上記「おそれ」を否定している。

しかし、この判旨は、上記5のこれまでの差止めの必要性に関する学説や裁判例に反し、不当に上記「おそれ」を狭く解するものである。

このように狭く「おそれ」を解するときは、事業者は「当該行為を中止した」ことを形式的に整えれば容易に差止請求を免れることになり、再び違法行為がなされた際に効果的に当該違法行為を抑止することができない。

実質的にも当該行為を中止し将来に渡っても当該行為を行わないのであれば差止命令があってもなんら事業者に不都合はないが、被害を受ける消費者にとっては、差止命令がなければ再び違法行為が行われた際に直ちにこれを防止することができず、新たな消費者被害が発生してしまう。

7　上記控訴審判決の評価

控訴審判決は、優良誤認表示を「現に行い、又は行うおそれがあるとき」（景表法10条1項1号）の該当性について、相手方は、遅くとも平成27年1月22日以降、従前とは記載内容を一新したチラシを配布し、控訴審で審理対象とされた研究会チラシの配布を一切行っていないことから、控訴審で審理対象とされた研究会チラシを配布するおそれはない旨判示する。

そもそも、差止命令が発せられる趣旨は、不当表示を排除する役割を行政機関だけでなく裁判所にも負わせ、消費者の利益を適切に確保することに求められるところ、事業者が「当該違法行為をやめた」と宣言すれば、将来において違法行為を再開するおそれがないという判断を裁判所がするのであれば、上記差止命令の趣旨は全く達せられない。

定額補修分担金条項使用差止請求事件判決（京都地判平成21年9月30日判時2068号134頁）では、被告が当該条項の違法性を争っていることから、今後、被告が当該条項を使用する蓋然性が客観的に存在すると言わ

ざるを得ない旨判示されており、「おそれ」の有無の判断では、事業者が現在も違法性を争っているかどうかが最重要視されている。

不正競争防止法等の分野では、現在違反行為が停止していても、将来違反行為が再開されるおそれがあるときは、差止判決を下す必要性は失われないと解釈されており、この解釈に基づく裁判例も相当数存在する。控訴審判決は、上記の裁判例及び学説とかけ離れ、相手方が違法性を争っているにもかかわらず、現在違法行為をやめていれば、将来において違法行為を再開するおそれがないと判断しており、「おそれ」の解釈を誤るものである。

控訴人にとって、研究会チラシは約28年にわたって使用された顧客誘因ツールであり、控訴人の営業上非常に重要なものである。控訴人は、一貫して研究会チラシの適法性を主張しており、また、控訴審において、研究会チラシを配布しない内容での和解を拒否している。このような控訴人の態度から考えれば、現在違法なチラシの配布を止めているという一点をもって、違法行為を再開する「おそれ」がないと判断した控訴審は誤りである。

8　おわりに

被控訴人は、平成28年3月2日に上告受理申立てを行った。差止請求が認められれば、健康食品の表示に対する適格消費者団体の差止請求が活発化することが考えられるため、最高裁の判断に注目したい。

1　景表法に課徴金制度を導入する改正法（平成26年法律第118号）が平成28年4月1日に施行されたため、本稿執筆時点では本稿にいう景表法10条1項1号は30条1項1号となっている。本稿では改正法施行前の条番号で示す。

2　田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）203頁、平尾正樹『商標法 第1次改訂版』（学陽書房、2006年）311頁等。