



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ヨーロッパ規制私法の目的的手法 : ヨーロッパ私法の、競争と規制における自律から機能主義への変容
Author(s)	ミクリッツ, ハンス-W.; Micklitz, Hans-W.; 会沢, 恒//訳
Citation	新世代法政策学研究, 12, 17-97
Issue Date	2011-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47287
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP012_002.pdf



ヨーロッパ規制私法の目的的手法
——ヨーロッパ私法の、競争と規制における
自律から機能主義への変容——¹

ハンス-W. ミクリッツ (Hans-W. MICKLITZ*)
会沢 恒 (訳)

- I. ヨーロッパ契約法法典化プロジェクトにおける忘れられた問題
- II. ヨーロッパ私法の「経済化」(域内市場) 対政治問題化(ガバナンス)
 - A. 経済化と政治問題化の間の緊張関係と相互作用
 - B. 法システムに対する経済化/政治問題化の影響
- III. ヨーロッパ私法における「目的」手法
 - A. 関心領域——従来、等閑視されてきた分野
 - (i) 私法における差別的取扱の禁止(新たな「価値」——執行可能性)
 - (ii) 規制市場(「新たな」原則——アクセス可能性、適正価格、ベスト・プラクティス)
 - (iii) 取引方法と契約法(平均的消費者、契約締結および新たな手法)
 - (iv) 競争、政府からの補助および公共調達(救済——三面関係)
 - (v) 健康、食品安全およびサービスの規制(契約上の標準設定と民事責任)
 - (vi) 一般化は可能か? 適切か?
 - B. 欧州委員会ヨーロッパ私法法典化プロジェクトとの関係
 - C. 「規制的」ヨーロッパ私法と構成国の私法
- IV. 規制的私法に対応するための分析枠組み
 - A. 目的的なヨーロッパ規制私法の内容

* ヨーロッパ大学研究所経済法教授(2007年より)、ドイツ・バンベルク大学ジャン・モネ私法・ヨーロッパ経済法チェアー(出向中)。

¹ Norbert Reich, Fabrizio Cafaggi, Pierre-Marie Dupuy, Karlo Tuori, Neil Walker, Thomas Wilhelmsson, Wojciech Sadurski, Bruno de Witte の有益なコメントに感謝する。だが、お決まりの留保が適用される。

- B. 「法」形成の新たな過程——あるいは法形成の民営化
- C. 新旧の規制手法——強行規定、デフォルト・ルールおよび私的規制
- D. 法執行の新旧の態様
- V. ユーロッパ私法と構成国の私法との相互作用の構造化——柔軟な協調システムのための予備的考察
 - A. 私法（契約法）ルールの種々の体系
 - B. 「新たな」法の内容
 - C. 新旧の規制手法のコンビネーション
 - D. 法／ルール形成の新たなプロセス
 - E. 権利、救済、手続および執行
- VI. 結語

I. ユーロッパ契約法法典化プロジェクトにおける忘れられた問題²

ヨーロッパ契約法に関する欧州委員会の2001年の政策文書³は、ヨーロッパ契約法典の可能性をめぐるあらゆる場所における学術的議論⁴の幕を意図的に切って落とした。全く同じ委員会は、研究連合、いわゆる研究者ネットワーク（network of excellence）を作り上げた。これは、アキ・コミ

² 明確化しておく、【訳注：本稿で「目的的手法」「規制的手法」と訳出している】「見える手 visible hand」というフレーズは市場の「見えざる手 invisible hand」を暗示している。この暗示は決して非難の意を含んだり論争的であろうとするものではない。「目的的手法／規制的手法」の語は、筆者の想定するヨーロッパ私法は規制法、すなわち特定の政治的目的を追求するために採択される法であるという意味で、記述的次元を有する。だが、「目的的手法」は本プロジェクトの焦点である規範的次元もまた有している。

³ COM (2001) 398 final.

⁴ See St Grundmann and J Stuyck (eds), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002). 当時、欧州委員会健康・消費者保護総局（DG SANCO）の主導的なスタッフであった D Staudenmayer（‘The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?’ (2002) 2 *European Review of Private Law* 249, 251）の言葉によれば、「如何なるヨーロッパ契約法も幅広く深い準備作業に基づいているべきことが不可欠である。」

ュノテール（共同体既得事項；*acquis communautaire*）について検討しているアキ・グループと、Lando グループの研究に沿った比較法アプローチを追求するヨーロッパ民法典研究グループからなる。⁵ いずれのグループも極めて生産的であった。後者は既に別個の契約法上の主題に関する6冊の包括的な書籍⁶を刊行しており、各々がその主題についてECレベルでの規制のあり方の法典化提案で締め括られている。既に公刊されているヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract Law; PECL）と相俟って、これらは学術的な法典化ルールの一貫した体系を形成している。アキ・グループも最初の作業成果を刊行済みである⁷。アキ・グループは独自の原則、PECLと競合するアキ原則を展開している。これら二つのルールの体系、PECLおよびアキ原則は——欧州委員会からの圧力の下で研究者ネットワークの承認したコミットメントを満たすものとして——‘学術的な’共通参照枠草案（Draft Common Frame of Reference; DCFR）へと融合された。DCFRは、両グループから欧州委員会へと最近提出された形で、今や利用可能である⁸。

⁵ Cf the establishment of the network of researchers under the Sixth Framework Programme for Research and Development (Decision No 1513/2002/EC, OJ L232/1, 29.08.2002).

⁶ ‘Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code’ in Hesselink, Rutgers, Bueno, Diaz, Scotton, and Feldmann (eds), *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, (2006); von Bar (ed), *Benevolent Intervention into Another’s Affairs* (2006); M Barendrecht, Ch Jansen, M Loos, A Pinna, R Cascao, and St v Gulijk, *Service Contracts (PEL SC)* (2007); U Drobnig (ed), *Personal Security* (2007); K Lilleholt, A Victorin, A Fötschl, B-E R Konov, A Meidell, and A B Torum (eds), *Lease of Goods* (2008); E Hondius, V Heutger, Ch Jeloschek, H Sivesand, and A Wiewiorowska (eds), *Sales* (2008).

⁷ Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) 2007*; Contract II, Performance, Non-Performance, Remedies, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* to be published, 2009.

⁸ Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2008. このコンテキストにおいて、R Schulze (ed), *Com-*

本稿は、法典化プロジェクトへの賛否を論じるものでも、共通参照枠の効用や有用性を論じるものでもない⁹。今やほとんど確実に、主要な学術的議論¹⁰が、コモン・コア・グループ（Common Core Group）¹¹のような研究者ネットワークの一部を構成しないプロジェクトのものや、保険や不法行為法の分野におけるさらなる学術的構想¹²を含めて、諸々の提案の実体の強みと弱点を軸とするであろうことは想像に難くない。これらの構想は全て、構成国の私法秩序および、私法に関する EC アキから、真のヨーロッパ私法ルールの一貫した体系を發展させようとの、学術的および政治的願望に深く基礎付けられている。もっとも、これらのグループ、そしてとりわけこれらのプロジェクトの背後にいる約200名の研究者は、特定の観点の下に団結しているとは言い難い。同様のことは政治レベルでも言える。欧州委員会はその野心を大幅に弱め、現在では消費者アキの改訂に焦点を絞り¹³、共通参照枠の政治的な将来を棚上げにしている。他方、欧州議会

mon Frame of Reference and Existing EC Private Law (2008).

⁹ See O Lando, Beale, Letowska, Wiewirowska-Domagalska, Odeker, Schulte-Nölke, and v Bar, *Review of Contract Law*, Vol 3 (2007) 245 *et seq*; as well as N Reich, 'CFR and Sonderprivatrechte im "Europäischen Privatrecht"' (2007) ZEuP 166.

¹⁰ 既に開始しているものとして、アキ原則につき、see N Jansen and R Zimmermann, 'Grundregeln des bestehenden Privatrechts?' (2007) *Juristenzeitung* 1113; 'Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical examination of the "Principles of the Existing EC Contract Law"' (2008) *ModLRev* 505; see the different articles in vol 4 (2008) no 3 of the *European Review of Contract Law*, as well as in vol 208 (2008) nos 2-3 of the *Archiv für civilistische Praxis*.

¹¹ M Bussani and H Mattei, *Opening Up European Law, The Common Core Project towards Eastern and South Eastern Europe* (1996-97) 339 *et seq*. 自己批判として M Reimann, 'Of Products and Process—The First Six Trento Volumes and Their Making' in Bussani and Mattei (eds) (2007) 83.

¹² European Centre on Tort and Insurance Law, <<http://www.ectil.org>>.

¹³ COM (2006) 744 final; The Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis* (no date, no number so far) and the Proposal on A directive on Consumer Rights COM (2008) 614 final. このグリーン・ペーパーに対する筆者の論評として、see 'Der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutz-*Acquis*. Rechtspolitischer Überblick und Zukunftsperspektiven' in Wagner and Wedl,

は今でもヨーロッパ民法典の必要性を確信している¹⁴。

様々な立場があるが3つの陣営に分類できるだろう。最も野心的な者は、法典化プロジェクトを、統一ヨーロッパ国家の建設の一部と考えている。故に、「ヨーロッパ憲法」が優先効と直接効によって構成国の憲法に取って代わるとの古典的なヒエラルキー理解と、構成国私法秩序を置換するものと考えられる「ヨーロッパ民法典」の伝統的な理解¹⁵との間には、強い連関がある。反対の極には、統一された私法が通商障壁を除去し取引費用を減ずる助けになるであろうとの、より経済的な前提から出発する者がいる¹⁶。中間には、将来の有り様はオープンなままのヨーロッパ統合プロセス——長期的にはヨーロッパ憲法に結実するかも知れないが、構成国の憲法に取って代わるものとはならないような——への貢献としてヨーロッパ私法の統一を理解する、あらゆる研究者を位置付けることができるだろう。結果的に、ヨーロッパ私法と構成国の私法秩序とは並立することとなる。またもや、ヨーロッパ憲法の形成とヨーロッパ私法秩序の形成との間には強い一致がある。憲法の多元主義をめぐる神学的論争¹⁷は、私法の多

Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht, Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge (2007) 293-323.

¹⁴ European Parliament's Resolutions of 26 May 1989, [1989] OJ, C158/400, of 6 May 1994, [1994] OJ C205/518 and of 15 November 2001, ZEuP, 2002; and the 2003 Commission Communication 'A More Coherent European Contract Law'—An Action Plan (COM (2003) 68 final). 最も積極的に発言しているこのプロジェクトの支持者は Diana Wallis である。彼女は様々な目的のために法典化プロジェクトへの賛否を議論すべくヨーロッパ中を飛び回っている学術サークルに属している。

¹⁵ See L Niglia, *Beyond Enchantment—The Possibility of a New European Private Law*, forthcoming.

¹⁶ eg G Wagner, 'The Economics of Harmonisation, the Case of Contract Law' (2002) *CMLRev* 995.

¹⁷ J Baquero-Cruz, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, RSCAS Working Paper 2007/13 (2007); M Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict Constitutional Supremacy before and after the Constitutional Treaty' (2005) *European Law Journal* 262; N Walker, 'Post-constituent Constitutionalism: The Case of the European Union' in Walker and Loughlin, *Constituent Power and Constitutional Form* (2007) 247; M Maduro, 'Europe and the Constitution: What if This is as Good as it Gets?'

元性の要請と呼応する。——もともと私法分野における言説では、「私法とヨーロッパの数多くの文化」¹⁸や「国家を超えた私法」¹⁹や「ヨーロッパ法典化プロセスにおける競争」²⁰といった、異なった標題を伴っているが。

筆者は別稿で、構成国私法秩序に取って代わるヨーロッパ私法典化プロジェクトの必要性や、アキ・グループやヨーロッパ民法典研究グループの選択した手法や、（最後だが重要な）その危うい民主的正統性に関する留保を表明してきた²¹。本稿では、私法の多元性を具体化するための規範モデルの動因に主たる焦点が置かれる。よって、ここで展開しようというのは、ヨーロッパ私法ルールの一貫した体系として理解されるところのアキ原則や共通参照枠草案に対するある種の反対提案（*Gegenentwurf*）、構成国私法秩序に一定の裁量の余地を残すが、現在進行中のヨーロッパ化のプロセス（ヨーロッパ民法典研究グループやアキ・グループといった学界を通じるにせよ、ヨーロッパ・レベルの立法者を通じるにせよ、ソフトローの形成を通じるにせよ）を考慮に入れるモデルである。ヨーロッパ共同体の多層的構造は、規範の精緻化と執行を、いかなるレベルで、誰によって行うべきかを決定することを考慮に入れたコンセプトを必要とする。よって、筆者の念頭にあるのは、（ヨーロッパ）私法の新たな構造的方向付け

in Weiler and Wind (eds), *European Constitutionalism—Beyond the State* (2003) 74.

¹⁸ Th Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law* (2004) 10 *European Law Journal* 712; Wilhelmsson (ed), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (2007).

¹⁹ R Michaels and N Jansen, 'Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization' (2006) 54 *American Journal of Comparative Law* 843; see Zimmermann in connection with U Blaurock, Ch Kirchner and U Spellenberg (eds), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts* (2008).

²⁰ St Grundmann, 'The Role of Competition in the European Codification Process' in H-W Micklitz and F Cafaggi (eds), *After the CFR—What Future for European Private Law?* (2009).

²¹ H-W Micklitz, '(Selbst-) Reflektionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation' (2007) GPR 2–15; reprint in Ernst (ed), *Auf halbem Weg, Vertragsrecht und Privatrechtsvereinheitlichung Deutsch-Polnisches-Ukrainisches Seminar in Krakau* (2007) 255–283; updated English version in Andenas, Diaz Alabart, Sir Markesinis, Micklitz, and Pasquino (eds), *Liber Amicorum Alpa* (2007) 699–728.

(*strukturelle Neuorientierung*) である。これは、自律から、競争と規制における機能主義へのヨーロッパ私法の変容を考慮に入れるものである。²² 本稿の結びで、こうした規範モデルがどのようなものであるかを簡単にスケッチしたいと思う（第V節）。

本稿の「ヨーロッパ規制私法の目的的手法²³」という標題は、政治的言説におけるもののみならず、ヨーロッパ私法の法理論や法原理における大きなギャップにハイライトを当てるものである。本稿により、これまで見落とされてきた点に関する専門的知見を付け加えるを試みたい。筆者の仮説によれば、私法の（あるいはより慎重に言えば私法の変化の）「近代化」は、伝統的私法の周辺領域から（*von den Rändern her*）生じる²⁴。これはまさに、未だ形成途上にあるヨーロッパ私法の変容の過程である。限定された、すなわち政策分野毎の権能²⁵を EC に委譲する用意のある構成国によってこのことが可能となった。これまでのところ、ヨーロッパ私法をめぐる政治的・学術的言説、とりわけヨーロッパ民法典研究グループによるものは、伝統的な諸法典がヨーロッパ契約法原則の提案の展望と射程を概ね規定するという意味で、後ろ向きのものである²⁶。アキ・グループ

²² 想起されるべき初期の分析として、L Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960* (1960) 101 *et seq*; L Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts* (1971); as well as F Bauer, J Esser, F Kübler, and E Steindorff (eds), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser* (1974). 特に私法理論への貢献として517頁。

²³ J Basedow, 'Conflicts of Economic Regulation' (1994) 42 *Am J Comp L* 423 は国家レベルの立法者に関してこの比喩を使っている。

²⁴ 既にこの方向にあるものとして、see Ch Kirchner, 'Europäisches Vertragsrecht' in L Weyers (ed), *Europäisches Vertragsrecht* (1997) 103, 106; also St Grundmann, 'The Structure of European Contract Law' (2001) 9 *European Review of Private Law* 505.

²⁵ EC はヨーロッパ私法を規制する権能を有していない——この点について完全に論じるものとして、see St Weatherill, 'European Private Law and the Constitutional Dimension' in F Cafaggi (ed), *The Institutional Framework of European Private Law* (2006) 37, and W-H Roth, *Rechtssetzungskompetenzen für das Privatrecht in der EU* (2008) 401.

²⁶ 同様のものとして、Schulze (2008) 11; Grundmann (2009). 消費者法は除外されて

は、欧州委員会が当初の2001年の政策文書で策定したヨーロッパ契約法のいささか狭い理解に政治的に拘束されている。この政策文書における唯一の「現代的」で規制的な要素は、消費者法と差別的取扱禁止法のみである²⁷。ネットワークに関する法（通信、エネルギー、運輸）、民事競争法（*Kartellprivatrecht*）、公共調達法、知的財産法、公正取引法、投資家保護法・会社法、差別的取扱禁止法、製品安全法・食品安全法、サービス契約の標準化といった領域は、概ね除外されている²⁸。これが、筆者の念頭に置くヨーロッパ私法の規制的手法であり、第III節で概観する。

しかしながら、規制的ヨーロッパ私法並びにこれとEC法典化プロジェクトおよび構成国私法との関係について論じるに先立ち、変化／現代化の原動力の淵源について示したいと思う（第II節）。前述の諸分野における重要な権能を、構成国はヨーロッパ共同体に委譲してきた。ECは域内市場プログラムの名の下に、構成国の契約法に大いに干渉している。一連の過程における2つの原動力は、競争政策および産業政策であることを後に示す。本稿ではこれまで「現代化」の語を括弧で括っているが、これは、筆者がヨーロッパ私法の「経済化 economization (Ökonomisierung)」と呼ぶものをポストモダニズムと同一視することを避けるためである。実のところ筆者は、ヨーロッパ私法の経済化から生じる変化にヨリ関心を有している。しかし、域内市場プログラムはコインの一面を表すに過ぎない。コインのもう一方の面は、ここではヨーロッパ私法の「政治問題化 politicization

きた。See Micklitz, 'The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party' (2004) JCP 339-356. 最も重要なサービスの分野につき、ヨーロッパ民法典研究グループは「手段債務」と「結果債務」の区別に基づいたどちらかと言えば伝統的なアプローチを採用している。Barendrecht, Jansen, Loos, Pinna, Cascao, and van Gulijk, *Service Contracts (PEL SC)* (2007).

²⁷ 初期の研究として、see E Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht* (1996) and now N Reich, 'The Public/Private Divide in European Law' in F Cafaggi and H-W Micklitz (eds), *After the CFR* (2009).

²⁸ この点が主張された若干の例外は存在する。See eg St Grundmann, *European Contract Law(s) of What Colour, European Review of Contract Law* (2005) 187; J Basedow, 'EC Regulation in European Private Law' in *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Siehr* (2000) 17.

(*Politisierung*)」として理解されるところの「ガバナンス」である。ガバナンスをめぐる議論を域内市場プログラムが、開始したとまでは言わないまでも大いに育んだ、と筆者は論じる²⁹。重要なことは、ガバナンスを視野に入れることによって規制的ヨーロッパ私法の分析の射程を広げることが可能になることである。ヨーロッパ私法に関する研究の多くが実定ルールに焦点を当てており、あたかもリーガル・リアリズムも法社会学も *law in context* も存在しなかったかのようである³⁰。ガバナンスを考慮することは、法形成過程や新たな規制手法の発展と活用、実行可能な執行メカニズムといった点に関する視野をもたらし、これらを強調することになる。ガバナンスは、ヒエラルキーよりはネットワークに、命令と統制よりは参加と相互理解に³¹、個別的というより反復的なプロセスに³²、基礎を置いている。故に、経済化 (Ökonomisierung) と 政治問題化 (Politisierung) とは、規制的ヨーロッパ私法の変容過程のヨリ深い理解のための枠組みを提供する。

規制的ヨーロッパ私法が意味するものは何か（第III節）および経済化／政治問題化の背後にある原動力が何であるか（第II節）が明らかになれば、規制的ヨーロッパ私法の実体に対する綿密な検討が可能となる。規制的ヨ

²⁹ 従って、筆者は如何なる機能主義的理解も拒絶する。しかしながら、一方における「技術標準および規制に対するニュー・アプローチ」および単一ヨーロッパ議定書（経済化）と、他方におけるヨーロッパ・ガバナンスとコミトロジーの発明の間には強い連関が存在する。この連関は Joerges の研究の中心にあるものだが、その結論は熟議的超ナショナリズム (*deliberative supranationalism*) に関する彼の理論へと至った。See further references in n 237.

³⁰ Niglia, forthcoming は伝統的アプローチにおける執行の次元の欠落を強調する。D Trubek, 'Where the Action is, Critical legal studies and empiricism' (1984) 36 *Standard Law Review*; N Reich, *Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas* (1967); H Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie* (1981).

³¹ しかしながら、新規加盟国においては未だに指令と統制が支配的な執行メカニズムである。See A Bakardjiev, 'The impact of EU enlargement on private law governance in Central and Eastern Europe: the case of consumer protection' in F Cafaggi and H Muir Watt (eds), *Making European Private Law Governance Design* (2008) 98, 124 *et seq.*

³² G de Búrca and J Scott (eds), *Law and New Governance in the EU and the US* (2006) 3; as well as F Cafaggi and H Muir Watt (eds), *The regulatory functions of European Private Law* (2009, forthcoming).

ヨーロッパ私法（経済的側面）は、これら選り抜きの分野におけるヨーロッパ私法の新たな理解、伝統的私法と両立可能でなければならない理解をもたらす、というのが筆者の仮説である。故に、経済化のプロセスの影響を描写する、競争的契約法のコンセプトに関する筆者の以前の研究を参照することとする³³。

ガバナンスは、新たなモードを通じた法形成と法執行の独特の過程をもたらす。規制私法は、伝統的な法形成とは異なる手続において新たな規制手法を形成するための、そして司法部および執行部を通じたハードな執行と新しい形態のソフトな執行とを適切に両立させるための、顕著な実験場である。ガバナンスの次元を考慮することにより、現在の研究における2つのさらなるギャップを縮小することが可能となる。というのも、このことは、自主規制および共同規制³⁴、並びに法執行（権利・救済・手続）³⁵へと関心を向けることになるからである。カギとなる問いは、緊張関係であれ相互作用であれ、経済化と政治問題化の2つの間の関係、および法に残された役割である。

II. ヨーロッパ私法の「経済化」(域内市場)対政治問題化(ガバナンス)

筆者は、域内市場の完成に関する1985年白書³⁶を、新たな超国家的政体へ向けて現在進行中のヨーロッパ共同体の変容の出発点であると考えている。

³³ H-W Micklitz, 'The concept of competitive contract law', (2005) 2 Penn State International Law Review, The Dickinson School of Law of the University of Pennsylvania 393, 549-586.

³⁴ A Héritier and S Eckert, 'New modes of governance in the shadow of hierarchy: self-regulation by industry in Europe' RSCAS 2007/20.

³⁵ F Cafaggi and H-W Micklitz, 'Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment' (2008) European Review of Private Law 391; Cafaggi and Micklitz (eds), *New Frontiers in Consumer Protection—Combining Private and Public Enforcement* (2009).

³⁶ COM (1985) 310 final.

ヨーロッパ経済共同体 (EEC) の設立をもたらし、1990年代初期まで「ヨーロッパ合衆国」プロジェクト³⁷を導いていた「政治的大構想」を、強力な市場のバイアスが一定程度押しつけてしまった。域内市場プログラムは、ヨーロッパ統合プロセスの背後にある（唯一安定的で一貫した）駆動力となった。このことは、2004年のEU拡大——中東欧諸国からの新たな10ヶ国（現在では12ヶ国）の加入——とヨーロッパ憲法プロジェクトの蹉跎以降、さらにそうである。いわゆる「新たな経済アプローチ」（政府からの補助³⁸、競争³⁹および消費者契約⁴⁰）は、域内市場プログラム——21世紀においては⁴¹やや異なった含みを帯びるが——の復活と再活性化として理解し得る。域内市場を発展させ、欧州をグローバリゼーションの過程に適合させるべく、かつてよりも多くそして積極的に、欧州委員会は経済法の種々の部門を利用してきている。手短かに、プロジェクトにかかっている分野の例をいくつか挙げるだけでも、政府補助法、競争法あるいは消費者法といった領域を通じて、欧州委員会は産業政策を形作っている^{42 43}。

³⁷ これが、ベルリンの壁崩壊後の1990年代初頭の米国でヨーロッパの将来が議論されていた際のあり方であった。そうした言説の精神は次のように言い換えられるだろう：（ヨーロッパ連邦国家の創設）すなわち「ヨーロッパ合衆国」を「彼等は成し遂げるだろうか」。

³⁸ See Kroes, Commissioner for Competition Policy, 'The refined economic approach in state aid law: a policy perspective' 21 September 2006.

³⁹ H Ulrich (ed), *The Evolution of European Competition Law* (2006).

⁴⁰ 全く同様の考え方を見出し得るものとして、COM (2006) 744 final, Review of the Consumer Acquis; see H-W Micklitz, 'Der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutz-Acquis. Rechtspolitische Überblick und Zukunftsperspektiven' in Wagner and Wedl, *Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht, Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahr Römische Verträge* (2007) 293-323; now condensed in the Draft on Consumer Rights COM (2008) 614 final; further H-W Micklitz and N Reich, 'Protection or Pre-emption: the Commission Proposal for a "Directive on Consumer Rights"' (2009) CMLRev (2009). より幅広い見方として、see K Soper and F Trentmann (eds), *Citizenship and Consumption* (2008).

⁴¹ COM (2007) 724 final, 20.11.2007.

⁴² 主要な候補は明らかに規制市場の領域である。See later under Section III.A.(ii).

⁴³ 他の政策分野を想起することも容易であろう。例えば、環境政策の分野では、欧州

域内市場を彫琢するには私法が必要であったし、現在でも必要である。これが、経済化プロセスと筆者が名付けるところのものである。しかしながらこれは、構成国レベルの法秩序において私法と考えられているものではない⁴⁴。むしろ、この法は2つの相貌を現わす：これは、域内市場を構成するのに必要とされているという意味で規制的なものであり、同時にこれは、規制手法の背後の思想が市場の自由と競争に強く依拠しているという点で競争的なものである⁴⁵。消費者法⁴⁶は、規制的私法とその変容しつつある相貌の例となる。規制的私法の他の分野もこの議論を支持するであろう。ヨーロッパ消費者法、とりわけ消費者契約法の絶頂期は、単一欧州議定書の影響の中、1990年代初期に始まった。極めて影響力のあった Sutherland の報告書⁴⁷に依拠し、欧州委員会は、域内市場プロジェクトに対する消費者の信託を強化するために契約法の強行的標準が必要であると構成国を説得するための政治的ツールとして、「自覚的消費者」を発見した⁴⁸。このことが競争的契約法の誕生を文字通り画した。しかし、欧州委員会はここで止まらなかった。広範な法典化プロジェクトから消費者アキの単なる改訂への方針変更⁴⁹は、態度の変化を示している。今や、自覚的消費者というコンセプトは、消費者法の展望を変える法規範的大権となった。消費者の自覚は、構成国の消費者法にとって替わる、単一の貫した消費者法の体系の発展を正当化することを意味した。自覚的消費者というコンセプトは——消費者の名において——保護の水準を切り下げるために利用

委員会は排出基準を使って、ドイツの自動車メーカーに小型車の製造を促している。

⁴⁴ 用語法を明確化する試みとして、Michaels and Jansen (2006) 843.

⁴⁵ Ch Baldus and F Vogel, 'Kompatitives Vertragsrecht': ein Harmonisierungsmodell, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (2007) 158はこの点をやや見過ごしている。

⁴⁶ H-W Micklitz and N Reich, *The Basics of European Consumer Law* (2007); H-W Micklitz, N Reich, and P Rott, *Understanding EU Consumer Law* (2009).

⁴⁷ *The Internal Market after 1992: Meeting the Challenge*, Report to the EEC Commission by the High Level Group on the Operation of the Internal Market.

⁴⁸ 'Telling v Miert, Verbraucher und Binnenmarkt. Dreijahres Aktionsplan der Kommission' (1990) EuZW 401. この論文を著わした Dr Dieter Hofmann は当時、後に健康・消費者保護総局となる部門の長であった。

⁴⁹ COM (2006) 744 final, p 7, under 3.3. Lack of Confidence.

(誤用) された^{50 51}。

筆者は、域内市場プログラムが「ヨーロッパのガバナンス」を生成したと主張するものではない。実際のところ、いずれのプロジェクト/コンセプトも同時に出現したもので、またいずれもより深い根源を有している。ガバナンスの領域においては、これらの「ギャップはEUの構造的な赤字」、すなわちルールを宣明するEUの権能と、これを執行する能力「から生じている」⁵²。委員会は当初、競争法と農業法の分野についてのみ執行権能を有していたのであるから、構成国およびECの官僚の専門性を習合する諸委員会を設立するというアイデアが生まれたのがこの領域であったこ

⁵⁰ Th Wilhelmsson, 'The Abuse of the Confident Consumer as a Justification for EC Consumer Law' (2004) 27 *Journal of Consumer Policy* 317.

⁵¹ 消費者の権利に関する指令についてのEC提案 (COM (2008) 614 final) においてこのことは完全に明らかになった。Further, Micklitz and Reich (2009). 同様の展開は競争法においても見出し得る。そこでは、欧州委員会は新しい経済的アプローチを、支配的地位の乱用 (基本条約82条) の新たな理解を許容するような消費者の厚生を統合するものとして理解している。カルテル規制当局は基本条約82条を消費者の被害の証拠が存在する場合にのみ適用するよう勧告されている。証明が困難である場合、消費者厚生の参照は介入のハードルを下げるための口実として働く。この論点につき、see Th Eilmannberger, *Consumer Welfare, Efficiencies, More Economic Approach—New Paradigms of European Competition Law* paper presented at the Working Group Competition (EUI) on 11 December 2007.

⁵² ドクトリン内におけるその基底を探る多くの議論が存在する。See eg Ch Joerges and M Everson, 'The European Turn to Governance and unanswered Questions of Legitimacy: Two Examples and Counterintuitive Suggestions' in Ch Joerges, B Strath, P Wagner (eds), *The Economy as Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism* (2005) 159; O de Schutter, 'The implementation of fundamental rights through the open method of co-ordination' in O de Schutter and S Deakin (eds), *Social Rights and Market Forces: Is the Open Method of Co-ordination of Employment and Social Rights the Future of Social Europe?* (2005) 279; M Dawson, *The OMC and the European Economic Constitution*, Working Paper, PhD student EUI Florence (2007); Weimar, *Governance und Recht—Governance Diskurse in der EU*, Second Joint Workshop CRC 597 & RECON WP 9, Bremen (2007) 23-24.

とは驚くべきことではない⁵³。「技術標準および規制に対するニュー・アプローチ」はやがて「コミトロジー（comitology; 委員会システム）」をもたらした⁵⁴。前者の文書およびコミトロジーとの相互作用は、域内市場政策と後に「ガバナンス」となるものとの一体化に関してパラダイム的である。「ニュー・アプローチ」とコミトロジーは同様のコンセプト、Lamfalussy方式（Lamfalussy process）、裁量的政策調整（Open Method of Co-ordination; OMC）、そして（最後だが重要な）共同規制（co-regulation）にといった見取り図として機能した。Lamfalussy方式は金融サービスの領域において法形成と法執行にかかる4ステップからなるメカニズムを確立した。そこでは、最初の2つのレベルでのヨーロッパ・レベルの拘束的基準の設定と、第3のレベルでの構成国の規制庁を通じた非拘束的なルール形成とが結合され、また構成国の規制庁はルールの執行を行わなければならない⁵⁵。裁量的政策調整は、ECが規制権能を全く持たない社会政策の領域で発達してきたという点で、さらに一歩先へ行っている⁵⁶。OMCは基準設定と遵守のコントロールとを含む非拘束的規制メカニズムである⁵⁷。共同規制は、域内市場プログラムの枠組みの中で打ち出された、新たなツールキットのまた別の規制メカニズムである。ECレベルの拘束的立法と、民間の当事者ないし団体の発展させた非拘束的ルールとを結合する範囲を拡大するというのが、大まかなアイデアである。

「コミトロジー」から「ガバナンス」を経て「ヨーロッパ憲法の構築」に至るまでには、直接の連関が存在する。ヨーロッパ・レベルでのガバナンスというのは、コミトロジーを、一貫した政治的および——一定程度までは——法的コンセプトへと転換しようとする試みとして理解し得るだ

⁵³ E Vos, 'The rise of committees' (1997) 3 European Law Journal 211.

⁵⁴ Directive 99/468/EC, OJ L184/23, 17.7.1999.

⁵⁵ Th M J Möllers, 'Lamfalussy-Verfahren und Europäisches Wirtschaftsrecht' (2008) ZEuP 480.

⁵⁶ この歴史の再構成として、see Dawson (2007).

⁵⁷ その構成要素の分析として、see D M Trubek and L G Trubek, 'Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination' (2005) 11 European Law Journal 343.

ろう。筆者は、ヨーロッパ・レベルでのガバナンスを主として政治問題化の過程として理解している。法およびヨーロッパ統合のプロセスにおける法システムの役割との関連では、ヨーロッパの統合過程において政治のインパクトが増大しつつある一方で、法の重要性が減少しつつあることを、このことは意味している。ヨーロッパ憲法の挫折は、以前にも増してガバナンスを重要なものとした。2007年リスボン条約は、域内市場プログラムの下での統合プロセスがペースを速めるに伴いますます明らかになっていった制度上の不備を克服はしなかった。同条約は、憲法的多元主義に対し賛辞を払い⁵⁸、「ガバナンス」の役割と重要性を高めたのである。

ヨーロッパ私法におけるガバナンス（政治問題化）の重要性は、一見したところではさほど明瞭ではない。ガバナンスと私法の間にはリンクを引いた欧州委員会の文書は存在しない⁵⁹。しかしながら、これは真実の半分ではない。欧州委員会は極めて多数の、セクター別のマーケットに関連付けられたアプローチを採択してきている。それらは、金融サービスにおけるLamfalussy方式の下では大々的に、しかしのみならずサービス分野における「技術標準に対するニュー・アプローチ」の下においても、今日では「ガバナンス」として知られる強力な要素を含んでいる。ガバナンスに関する他の顕著な領域としては共通参照枠（Common Frame of Reference）がある。私法におけるガバナンスは、私法の諸々の境界領域のみならず、その主幹であるところの権利義務の領域においても、伝統的な規制アプローチの不足を補完している。

A. 経済化と政治問題化の間の緊張関係と相互作用

「経済化」（域内市場バイアス）と「政治問題化」（ガバナンス）とは、既存のヨーロッパ・レベルの法秩序に強く影響している。これら2つの進行中のプロセスの間には、緊張と相互作用の双方が存在する。

⁵⁸（失敗に終わった）ヨーロッパ憲法に関するプロジェクトが開始する前にこのビジョンが消え失せたという点につき、Baquero-Cruz, RSCAS Working Paper 2007/13に同意する。

⁵⁹ 学術的評価として、see Cafaggi, in Cafaggi and Muir Watt (eds) (2008) 289; a former version has been published as EUI Working Paper 2007/26.

(1) 経済化（域内市場バイアス）：「大構想」の魅力の衰退と EC における市場バイアスの強化は、法の役割と機能に関する英米流の理解が侵入する道を拓きつつある⁶⁰。Wiegand によれば、この傾向は銀行法と経済法（*Wirtschaftsrecht*）の分野で顕著である。Wiegand は、(1) 新たなタイプのビジネス（リース、ファクタリング、フランチャイズ、さらには現在では刑事的に禁止されたモーゲージ付き担保、そしてアメリカ型法律事務所の隆盛に至るまで）と、(2) 新たな法的手法の導入、とりわけインサイダー取引の禁止といった金融サービスにおけるもの⁶¹、さらに(3) 私法秩序のコンセプトに対する国家の憲法裁判所の介入⁶²のような、アメリカ型ドクトリンの採用、とを区別する。このカタログに集団訴訟——米国で言うところのクラス・アクション——を加えることもできるだろう。ともあれ、このような新たなコンセプトの侵入は米国から EU 構成国へ直接にもたらされているわけではない。欧州委員会を通じてもたらされているのである。

問題なのは、ヨーロッパ法の「アメリカ化」が単に現象を記述するだけのことではないということである。ヨーロッパ法のアメリカ化は、規範的含意もまた、有している。このことはとりわけ私法の分野において感取される。本稿での検討は、2つの様相のみに絞りたい。正義／司法（*justice*）のパラダイムの変容と、経済的効率性の重要性の増大である。

全てではないにせよ、大陸法における私法秩序の多くは、分配的正義として理解されるところの社会正義の観念を内包している。これは契約法と不法行為法の双方を含む私法上の問題において保全されるべきものである⁶³。[しかしながら] これまでのところ、ヨーロッパ私法は異なったパターンの正義観念に従っている。これはむしろ、英米法システムに見出され

得るような、市場アクセスの公正さ（*Zugangsgerechtigkeit*／アクセスの正義⁶⁴）の観念により近いものである。法システムの経済化の過程は、構成国による分配的な介入の範囲を、域内市場から得られる便益に対する公正な機会を提供するものへと縮減している。

第二の現象は、経済的効率性というドクトリンが優勢さを増していることに関わる。法の経済分析⁶⁵は米国において発展したものだが、ヨーロッパにおける法学および経済学研究に対し影響を与えている。⁶⁶ 経済学帝国主義（法に対するものに限定されないが⁶⁷）の傾向ないしその法と社会のリアリズムの無視⁶⁸のために、この理論は強く批判されてきた一方で、効率性のドクトリンはヨーロッパ法とヨーロッパ・レベルの法形成手続へと進出してきた。新たな経済的アプローチは、効率性のドクトリンを、政府からの補助、競争、消費者法といった既存のヨーロッパ経済法の形成と適用へと統合する扉を開く。ますますもってヨーロッパ・レベルの法形成は、構成国の立法の差異から来るネガティブな潜在的経済効果の証明に左右されている。いわゆる「影響評価 *Impact Assessment*」が不利益な経済的影響を論証する場合にのみ、欧州委員会はヨーロッパ・レベルのルールの採択に好意的である。起こり得る経済的影響がヨーロッパの産業の競争力を阻害するであろうことが示される場合には、全く同じテストが同時に不作為をもまた正当化し得る⁶⁹。新たな経済的アプローチは、その純粋な

⁶⁴ J Rawls, *Justice as Fairness, A Restatement* (2001).

⁶⁵ R A Posner, *Economic Analysis of Law* (6th edn. 2003).

⁶⁶ 例えばドイツにつき、see H-B Schäfer and C Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts* (2005); Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts* (1995).

⁶⁷ G Radnitzky and P Bernholz (eds), *Economic Imperialism, The Economic Method Applied Outside the Field of Economics* (1987). 現在における同趣旨のものとして、E-J Mestmäcker, *A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law* (2007)（法の経済分析における法の哲学的基礎の欠落を指摘）。

⁶⁸ E M Fink, 'Post-realism, or the jurisprudential logic of late capitalism. A socio-legal analysis of the role and the diffusion of law and economics' (2004) 55 *Hastings L J* 931.

⁶⁹ 競争法の分野において集団的民事的執行の基礎を用意した EC の文書（*Damages action of the EC antitrust rules COM(2005) 19.12.2005, 672 final*）を精査するとよい。消

⁶⁰ See W Wiegand, 'Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts' in Baums, Hopt, and Horn (eds), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum* (2000) 601.

⁶¹ 資本市場に関するヨーロッパ法の形成に対する米国の銀行法ないし（より現代的に言えば）金融サービス法の影響については圧倒的多数の文献が存在する。

⁶² Wiegand はドイツ憲法裁判所の著名な保証債務決定に言及する。Bundesverfassungsgericht, 19.10.1993—1 BvR 587/89, 1994, p 36.

⁶³ See Micklitz, *Social Justice* (2009).

形態で現実化しないとしても、すなわち第三の変異体として、今日あるところのヨーロッパ法秩序が、なぜ、一貫した大陸法型法秩序よりはコモンロー型法秩序に相似するかを理解する助けとなろう。ヨーロッパ・レベルの漸進的アプローチはコモンロー型思考法によく適合する。ヨーロッパ憲法とヨーロッパ私法秩序を域内市場の達成のための必須の構成要素と考えることの多い大陸法的法思考については、全く正反対のことが言える⁷⁰。「影響評価手続」という、この新たな手法⁷¹は、少なくとも2つの疑問を提起する。第一に、このテストが科学的に信頼できるか⁷²であり、第二に、欧州委員会がその成果を活用しているか⁷³である。

第三の現象は、ヨーロッパ法の展望に関わる。すなわち、ヨーロッパ私法は大陸型市民法のモデルに従って形成されるべきか、あるいはコモンロー

費者法分野について（COM (2007) 99 final, 13.3.2007 p 11）はなおさらそう言え、特にEUにおける集団的補償メカニズムの効率性と有効性の評価に関するSANCO/2007/B4/004に対する意見表明の募集はそうである。意見表明の3分の2が集団的補償メカニズムによって経済的効率性が改善し得るか、その程度はどうかについて論じている。

⁷⁰ ヨーロッパ民法典研究グループとアキ・グループの継続中の研究はこうした緊張関係の十分な証拠を提供する。

⁷¹ 最初の欧州委員会影響評価ガイドライン（The Commission Impact Assessment Guidelines）は2002年に公表された。最新のバージョンは2009年1月15日より有効であり、インターネット上で参照できる。〈http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf〉。

⁷² St Weatherill (ed), *Better Regulation* (2007)。

⁷³ 欧州委員会結果に従うことにつき、筆者は深刻な疑問を有している。経済的影響評価手続の結果の否認ないし拒絶の好（悪）例は、消費者信用取引の国境を跨ぐ影響を評価すべく、この時は欧州議会によって実施された調査である。See H-W Micklitz and P Rott, Broad economic analysis of the impact of the proposed Directive on consumer credit for Civic Consulting on behalf of the European Parliament under EP-IMCO Framework Contract Lot 4 (Consumer Protection), available on the Internet at 〈http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/srudies/0704_consumercredir_en.pdf〉。消費者信用指令に関する共同声明（The Common Position）は2007年9月になされたが、影響評価の結果を全く尊重するものではない。See Rats-Dok. CONSOM 69, CODEC 583, JUSTCIV 147 vom 14.9.2007 and Rott, WM 2008, p 114。

一のそれに従うかという問いである。法の経済分析に関する先駆的な業績の初版において既に、Posner はコモンロー体系の暗黙の経済的論理にほぼ賛成していた⁷⁴。もう一歩進めれば、世界銀行が近時極めて論争的な研究においてそうしたように、コモンロー体系の大陸法体系に対する優越性を主張することとなる⁷⁵。ヨーロッパ私法を法典化しようという学術的なプロジェクトと、この数十年来のヨーロッパ私法の実務とは、明らかに両立しない。法典化プロジェクトは大陸法型モデルに従っている。〔他方、ヨーロッパに〕共通のルール⁷⁶は発見され、当事者にとって利用可能となるべきもので、裁判所によって適用されるべきものである⁷⁷。しかしながら、これらのルールは大体のところ、国家的秩序を代替する一貫した法体系として採用されるわけではない。よって、一連のルールは当事者が選択し得る28番目の法秩序として機能することとなる⁷⁸。今日のヨーロッパ私法の有り様の現実、コモンロー・システムに近付きつつある。このことは、条約に基づいて下され、間接的に私法秩序に影響を及ぼしている——私法法典化プロジェクトをめぐる学術的プロジェクトにおいては概して忘れられている側面であるが——欧州司法裁判所の判決に関して、とりわけ真実である⁷⁹。十分に法典化された規制私法についてはさほどではない。しかし、既存のEC私法のパッチワーク的性質は、コモンロー・システムと類似している。

⁷⁴ (1972) 98, here quoted after Mestmäcker (2007) 19.

⁷⁵ このコンテキストについては、La Porta, de Silanes, Shleifer, Vishny (LLSV) によって行われた金融市場に関する研究を参照。See M Siems, *Die Konvergenz der Rechtssystem im Recht der Aktionäre* (2005); S Deakin and J Browne, 'Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach' in *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights, A Legal Perspective* (2003) 27.

⁷⁶ さらなる情報につき、see 〈http://www.henricapitant.org/rubrique.php?id_rubrique=24〉。

⁷⁷ この点につき、see Trstenjak (AG at the ECJ), The Significance of the CRF for the Practices of the ECJ, speech given at the ERA conference on the Draft Common Frame of Reference, 6-7 March 2008.

⁷⁸ See Schulre-Nölke (2007) 332.

⁷⁹ 第一次法と私法の関係に関する初期の検討として、see Steindorff (1996).

(2) 政治問題化（ガバナンス）：これまでもまして強力となっている域内市場プロジェクトのカウンターパート、あるいはカウンター・リアクションというべきかも知れないが、それはヨーロッパのガバナンスである。

第一の現象は、ガバナンスをめぐる論争における異なった文化的背景である。域内市場プログラムがフランス人の欧州委員会委員長ジャック・ドローロールの下で発展した⁸⁰にもかかわらず英米的な趣を強く帯びる一方で、ガバナンスをめぐる論争はより大陸的——フランスドイツ的——法思考を反映している。域内市場プログラムとヨーロッパのガバナンスとの間の相互作用は、相反する文化と伝統の間のバランスを取ろうとする手段であると考えられるかも知れない。少なくとも表面上は、EUにおけるガバナンスの新たな形態に対する関心の増大と、ヨーロッパ憲法を採択しようとする当初の構想とは関連している。後者は、少なくとも政治的には、域内市場プログラムを完成させるということを意味している。フランスとドイツはこのプロジェクトの背後の重要な原動力であった。この構想が結局のところ頓挫し、リスボン条約草案によって置換されたとしても、ヨーロッパ私法が憲法化されるにつれ、私法に対する長期的な影響は明白である⁸¹。〔私法の〕憲法化は、ヨーロッパ私法秩序に位置づけを与える制度的枠組みを通してというよりはむしろ、ヨーロッパ法秩序において内包されるべ

⁸⁰ 著名な「域内市場の完成に関する白書」の歴史は今でも再構成の必要がある。これは Cecchini レポート（SEC (88) 524 final）と併せて読まなければならない。欧州委員会委員長の役割がどのようなものであったか疑問に持つ者もいるだろう。彼は「白書」の内容に影響を及ぼしたのだろうか？あるいは「単に」社会一般に売り込んだだけだったのだろうか？

⁸¹ See eg A C Ciachhi, 'The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Jusdice' (2006) ECRL 167; O O Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of the Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions* (2008), Cherednychenko, 'Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?' (2007) 3 Utrecht Law Review 1 available at <http://www.utrechtlawreview.org/> and Ch Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law, A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (2008).

き人権および憲法上の権利の確立を通して、生じる⁸²。コモン・コア・グループは私法の憲法化に関する研究を先頃完了し、その成果は2009年中には公表される予定である⁸³。

第二の現象は、域内市場からガバナンスへ、経済化から政治問題化へのパラダイム・シフトである。域内市場バイアスと経済化は、経済的効率性を前景化した。その最も強いバージョンにおいては、私法とは経済的効率性を保証するものを意味する。ガバナンスの問題は正統性の問題を生じせしめる。確立した法形成手続、一連の伝統的規制手法、そしてハードな司法的・行政的執行といったものからよりソフトな形態への逸脱に対して、どのようにして民主的正当性を付与することが可能であろうか？⁸⁴ この学問的論争の規範的側面は、透明性、参加、アカウンタビリティといった基礎的な手続的要請が守られ、個人的ないし集団的権利を通じてこれらのパラメータの執行可能性が確保される場合にのみ、ガバナンスを民主的に正当化し得るのか、ということである⁸⁵。正統性問題は主として「ニュー・アプローチ」や OMC との関連で提起されてきているが、この論争は今や、ヨーロッパ法典化プロジェクトにも及んでいる。このプロジェクトは学術的ネットワークを経由して進行しているが、ここでは利害関係者の代表／参加やヨーロッパ議会を通じた民主的コントロールはほとんど未発達のように思える⁸⁶。

⁸² 消費者法につき、see I Benöhr and H-W Micklitz, 'Consumer law and human rights' in G Howells, I Ramsay, and Th Wilhelmsson (eds), *Handbook of Consumer Law* (2009, forthcoming).

⁸³ A C Ciachhi, G Brüggemeier, and G Commandé (eds), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Volume II, Comparative Analysis of Selected Case Patterns* (2008).

⁸⁴ この分野には膨大な学術的議論が存在する。概観として、see Weimar (2007). Joerges の様々な文献、特に M Everson との共著論文 (in Ch Joerges, B Scrath, and P Wagner (eds), (2005) 159 *et seq*) も参照。ソフトローの正統性につき、see L Senden, *Soft Law in European Community Law* (2006).

⁸⁵ これは筆者が *The Politics of Judicial Co-operation*, 479 *et seq* においてなした議論である。

⁸⁶ 学界に関して、see Niglia, forthcoming; H Eidenmüller, F Faust, H Ch Grigoleit, N

第三の現象は、「目的的な＝可視の」政治問題化のプロセスと「見えざる」経済化プロセスとの間の顕著な差異である。後者はヨーロッパ法の内容、法ルールの適用および執行の背景にある法概念に関わる。これは、ガバナンスを通じてもたらされる比較的オープンな変化に比べると、把握するのがずっと困難な、静かな変容である。フランスとドイツの経験に基づき、強力な欧州委員会の執行権能——フランスの付与した欧州委員会の思想——と、ドイツ経済の企業構造に深く結び付いている自主規制主体（「標準化団体 Standard Bodies」のような）⁸⁷とを結びつけることにより、政治問題化は「新たな態様の」ガバナンスを生み出した。「技術標準および規制に対するニュー・アプローチ」⁸⁸——裁量的政策調整⁸⁹や共同規制⁹⁰、Lamfalussy 方式⁹¹といったものの嚆矢となったものだが——は、「目的的な」ものという限りにおいてはであるが、フランスードイツ流の思想を中核としている。しかし、私法上の問題におけるガバナンスの役割に関する EC の政策的立場の一貫性の欠如に基づくという理由だけではないが、私法関係に対するこれらの新たな態様の影響⁹²は認識するのがずっと困難である。

(3) 経済化と政治問題化との関係は脆弱である。両者は相互に強く相関している。表 1.1 は緊張関係が存在していると考えられる主要領域を適示しようとしたものである。

Jansen, G Wagner, and R Zimmermann, 'Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht—Werrungsfragen und Kodifikationsprobleme' (2008) JZ 529; H-W Micklitz, in Andenas, Diaz Alabart, Sir Markesinis, Micklitz, and Pasquino (2007) 699; M Hesselink, 'The Politics of a European Civil Code' (2004) 10 European Law Journal 675, 694-697.

⁸⁷ Die Deutschland-AG, see W-D Nörr, Die Rpublik der Wirtschaft, Teil I (1999).

⁸⁸ OJ C136, 4.6.1985, 1.

⁸⁹ See the references at <http://ec.europa.eu/employment_social/social_inclusion/index_en.htm>.

⁹⁰ COM (2002) 278 final, 5.6.2002 Suivi du Livre blanc sur la gouvernance européenne—Pour un usage mieux adapté des instruments.

⁹¹ <http://www.bundesbank.de/bankenaufsicht/bankenaufsicht_cebs_lamfalussy.en.php>.

⁹² F Cafaggi, *Self-regulation in European Contract Law*, EJLS, Vol 1 (2007).

表 1.1 緊張関係と相互作用

経済化	政治問題化
規制	ガバナンス
効率性ベース	正統性ベース
司法部の強調（英米的）	執行部の強調（フランスードイツ的）
市場モデル	社会モデル
経済的アプローチ	社会的アプローチ
— 競争法	— 規制
— 産業政策	— ハーモナイゼーション
— 起点地主義（country of origin） ⁱⁱⁱ	
公正さ（Zugangsgerechtigkeit）	社会的（分配的）正義
経済憲法としての欧州憲法	政治的憲法としての欧州憲法
コモンロー類似の、オープンに編成された私法システム	一貫性を持った大陸法型法システム（法典化された法）
自主規制と結び付いた伝統的規制形態	新たな形態のガバナンス
	— ニュー・アプローチ、OMC
	— 共同規制、Lamfalussy 方式

B. 法システムに対する経済化／政治問題化の影響

ガバナンスの新たな態様は、域内市場プログラムの制度的側面と考えられるかも知れない。いずれも、ヨーロッパ統合における「法」の役割と機能に関連している。域内市場プログラムは、第二次法、とりわけ本稿でいう規制私法の採用を著しく増大させたし、現在もなお増大させつつある。従って、単一欧州議定書の採用に続くヨーロッパ法の「興隆」を語るのが適当だろう。この傾向はあまりに明白であるから論じるまでもない。同時に、ヨーロッパのガバナンスは、法形成の新たな手続、新たな規制手法、そして新たな執行メカニズムに道を譲り、（私）法の内容それ自体をも変容させようとしている。ヨーロッパ・レベルの契約法は、必ずしも当事者の自律と相互の契約上の正義を保証することに資するものではない。契約法は市場の合理性に拘束されている⁹³。それは、その相貌を変え、競争的

⁹³ See Ch Joerges, 'The Europeanisation of European Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines—An Analysis of the Directive on Unfair Terms in

契約法へと変容したのである⁹⁴。

しかしながら同時に、ガバナンスの新たな態様の帰結である政治問題化のプロセスによって、ヨーロッパ法は「衰退」の途にもある。ヨーロッパ法は、語の適切な意味における「法」としての特徴を失いつつある⁹⁵。ヨーロッパ統合は主として法を通じて達成されてきた。しかし、現在の統合プロセスは、新たな形態のガバナンス、すなわち伝統的なハード・ローとは異なる形態の法に、ますますもって依拠しているかのようである。いささか誇張した言い方になるかも知れないが、パラダイム・シフトと呼んでもよいかもしれない。法を通じて統合から法なしでの統合へのシフトである。ヨーロッパ法は——あるいはそもそもそれはヨーロッパなのであろうか？——一方での経済化と他方での政治問題化との間で圧迫されている。経済化は私法システムの根底にある価値とコンセプトに対して影響を及ぼし、恐らくは Mestmäcker⁹⁶の言うところの「法なき法理論」を帰結するのかも知れない。〔他方、〕新たな形態と態様のガバナンスは—— Joerges の懸念するように——ヨーロッパ統合のプロセスからその駆動力としての法を奪い去る傾向にある⁹⁷。

多くの研究者によって大なり小なり検討されてきたトレンド⁹⁸として、少なくとも3つのものを挙げることができよう。筆者としてはここでその主張を誇張して、法と法の支配とに何が残るのか⁹⁹、経済化と政治問題化

Consumer Contracts' (1995) European Private Law Review 175, and H-W Micklitz, 'Some Considerations on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts' in K Boele-Woelki and A W Grosheide (eds), *The Future of European Contract Law* (2007) 387-410.

⁹⁴ See Micklitz (2005).

⁹⁵ 法とガバナンスの別のコンセプトおよび両者の関係につき、see N Walker and G de Búrca, *Reconceiving Law and New Governance*, EU Working Papers, Law 2007/10 (2007).

⁹⁶ (2007).

⁹⁷ See Ch Joerges, 'Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf,' ZERP-Diskussionspapier 1/2007 (2007).

⁹⁸ ここでも Joerges が単著でさらに Everson および Vos との共著で、これらの影響につき精力的に執筆してきた。

⁹⁹ 同旨で、J Baquero-Cruz, RSCAS Working Paper 2007/13.

との間で圧迫されている (*gequestscht* ないし *eingequestscht*) のみなのか、むしろ押し潰されようとしている (*zurquestscht*) のか、といった問いを提起してみたい。ここからは、法の役割すなわち法の概念が「ソフトな統合」¹⁰⁰を通じて変化しつつあることが示唆される。

1. 法的ルールは次第に政策プログラムとなりつつある (脱・法化/*Ent-Rechtlichung*) ——このことは第二次 EC 法において明白である。そこでは、EC 指令がますます記述的なものとなり、故に法的ルールとしての特徴を失いつつある。印象的な例がいわゆるサービス指令 2006/123/EC¹⁰¹であり、これは、そもそも国内法化できるのか、できるとしてどの程度までかという問い¹⁰²を初めて提起した。同様の問いは、金融商品市場指令 (MIFID) 2004/39/EC¹⁰³の国内法化と執行可能性との関係でも生じた。
2. 法形成はもはや開かれた空間における政治的争論に従うものではない。新たな形態のガバナンスを通じて政治問題化は、同時に脱政治問題化のプロセス (*De-Politisierungsprozess*) をもたらしめている。このことは、法形成過程の組織化されるあり方において明確となる。インターネット——インターネット経由のコミュニケーション——が伝統的なパブリック・フォーラムを置換している。よって〔政治的〕参加は、アクセスを確保し、法形成プロセスが進行中であるとの情報を得るための技術設備を有しているかに拘束される。M. Bach はこの過程を「社会の消失」(*Verswinden der*

¹⁰⁰ この語は、ポーランド最高裁判所前長官で2007-08年度にヨーロッパ大学研究所の Fernand Braudel フェローであった Marek Safjan から借用したものである。

¹⁰¹ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, OJ L376. 12.12.2006, 36.

¹⁰² この指令の国内法化は2008年の FIDE XXIII Congress Linz の主題であった。報告者は Stephan Griller であった。指令の政策的特徴に関して、see the conclusion of Reich's report on behalf of the transposition in Estonia, Freedom to Provide Services in the 'Services in the Internal Market Directive' (SIMD) 2006/123/EC and its implementation in Member States (Draft supplement to the report for the FIDE XXIII Congress Linz 2008 on behalf of Estonia).

¹⁰³ OJ L145. 30.4.2004, 1.

Gesellschaft) と呼んだ¹⁰⁴。同様の現象は法典化プロジェクトにおいても見出されるであろう。そこでは、ヨーロッパの学者たちは自らの法形成過程を閉じたフォーラムの中で組織化している。¹⁰⁵

3. 法執行は、裁判所の手から、ソフトな解決を追求する公的主体へと移りつつある（脱司法化/*Ent-Vergerichtlichung*）。少なくともこれまでのところ、この現象はそれに相応しい注意を集めてはいない。その起源は、司法的コントロールをほぼ完全に欠いた法形成機構を発動した、「技術標準および規制に対するニュー・アプローチ」に遡ることができる¹⁰⁶。裁量的政策調整¹⁰⁷や Lamfalussy 方式に下で発展したルールにおいても、同様の帰結が露呈し得ることが示唆される。私法との関係では、任意の法典としての共通参照枠が正当化されるであろうか否かというのが問題である。

¹⁰⁴ 新たな形態のガバナンスを通じた脱政治化の過程の完全な検討として、see M Bach, 'Entgrenzung und soziale Integration im neuen Europa. Über das Verschwinden von Gesellschaft im europäischen Integrationsprozess' in H-P Müller and R Hettlage, *Die europäische Gesellschaft* (2006) 174.

¹⁰⁵ ここで生じていることが、少なくともガバナンスの設計の下で与えられている広い意味において、法形成であると考えられなければならない、考えられるべきであるとの前提から出発している。

¹⁰⁶ この分野における——破滅的帰結を伴った——司法的コントロールの可能性を検討する若干の試みの一つとして、see J Falke and A Furrer, 'Rechtsschutz in der europäischen Normung', Manuscript (1999).

¹⁰⁷ 司法的コントロールは及んでおらず、及ぼすこともできない。しかしながら欧州委員会は、報告義務を軽視しないよう諸政府に圧力をかけるために、その NGO との関係を利用している。J Zeitlin による経験的研究と共に、see Dawson, 'The Open Method of Co-ordination in Action: Theoretical' Promise, Empirical Realities, Reform Strategy' in J Zeitlin and P Pochet (eds), *The Open Method of Co-ordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (2005); S Smismans, 'New Modes of Governance and the Participatory Myth' (2006) European Governance Papers 1.

表1.2 影響および反対の影響

ヨーロッパ（私）法の「興隆」	ヨーロッパ（私）法の「衰退」
－ 法形成の新たな手続	－ 脱・法化 (<i>Ent-Rechtlichung</i>)
－ 新たな手法	－ 脱政治化 (<i>De-Politisierung</i>)
－ 新たな法執行メカニズム	－ 脱司法化 (<i>Ent-Vergerichtlichung</i>)
－ 「新たな」法？	

ヨーロッパ私法の興隆と衰退との間の相互作用については本稿第IV節にてより詳細に検討される。だがこのことは、単に法の地位を回復するために、すなわち経済と政治に対する（ヨーロッパ）法の至高性と優越性を主張し、ヨーロッパ（経済）共同体が法の産物であり法によって統御されていたと考えられていた1960年代のヨーロッパ統合¹⁰⁸へと回帰するためになされるものではない。強調したい点はむしろ、異なった法伝統および文化的伝統を考慮に入れつつ、経済化と政治問題化〔という現象〕に照らして、ヨーロッパ法の役割を再定義することにある¹⁰⁹。

Ⅲ. ヨーロッパ私法における「目的的」手法

ヨーロッパ私法（契約法と不法行為法）は、論ずべき事項の中でも重要な位置にある。ヨーロッパ化によって影響を受けていない他の分野は存在しないとの印象を持たれることもある¹¹⁰。しかしながら、これまでに議論されてきた一連のルールは、既存の EC 法上のルール、アキ・コミュニテールを分析するに際して考慮に入れるべきでありまた入れねばならないものには足りていない。今や検討されるべき一連の規制私法を完全に考慮に入れる——実定ルールについてのみならず、「ガバナンス」に内包さ

¹⁰⁸ W Hallstein, *Europe in the Making* (1972); N Walker, 'Legal Theory and the European Union' (2005) OJLS 581.

¹⁰⁹ これもまた Social Justice Study Group, 2004, p 653 の目的の一つである。See also the special volume No 2 of 2006 of the European Review of Contract Law with contributions from Weatherill, Meli, Ciachchi, Somma, Rutgers, Collins, Smith, Maugeri, Marella, and Sefton-Green that can be seen as a follow-up to the Manifesto.

¹¹⁰ ここでも有用なものとして、Michaels and Jansen (2006) 843.

れている新たな態様もまた考慮に入れる——ことで初めて、既存のヨーロッパ私法に対する変化を理解することが可能となろう。21世紀の必要性に見合った「現代的」私法は、自律性から競争と規制における機能主義への変容に焦点を合わせなければならない。このことは、かかる傾向が最も顕著な法領域が精査されねばならないことを意味する。

A. 関心領域——従来、等閑視されてきた分野

筆者が関心を有しているのは、ヨーロッパ・レベルの立法者の目的的手法が容易に特定できるヨーロッパ私法の領域である。これらの領域は、4つの自由を競争と結び付ける、域内市場に関する支配的な見方によって結び付けられている¹¹¹。このことは、規制的法の種々の要素を基礎付ける権能が、必然的に基本条約95条でなければならないということは意味しない。域内市場という観点は、ヨーロッパ条約の他の授権条項とオーバーラップし、また影響を与えている。域内市場の観点が必ずしも明白とはいえない唯一の論点は、差別的取扱禁止法である。しかしながらここにおいてさえ、差別的取扱禁止法の市場構築との連関を強調する議論もなされている¹¹²。

各々の分野は既存のヨーロッパ契約法に対して独自の貢献をなしているとの仮定から始める。全般的に見て、戦略、手法そして機能の幅広いパリエーションを見出すことができる。以下の所見はさらなる分析視角に向けた整理のための初歩的な試みである。なお、アキ・グループの中心的関心であった消費者私法については意図的に除外している。

(i) 私法における差別的取扱の禁止（新たな「価値」——執行可能性）

労働法と差別的取扱禁止法（男女の同一取り扱い）はそれ自体関心の対象であるが、これらの領域はヨーロッパ私法の形成においても主要な関心

¹¹¹ 市場の自由と競争ルールとの間の関係はまた別の論点である。ここで提示した理解においては、域内市場の観点は競争の考え方を内に含む。よってある意味、これはヨーロッパ規制私法の枠組みを定める「経済憲法」のアイディアに他ならない。

¹¹² EC レベルの同一取り扱いの再構成として、see H-W Micklitz, *The Politics of Judicial-Co-operation in the EU—the Case of Sunday trading, Equal Treatment and Good Faith* (2005) 165 *et seq.*

の対象である。このことは、女性のための同一賃金に関する最初の指令75/117/EECおよび雇用への同一アクセスに関する指令76/207/EEC以来、ECJの強力な関与に駆られた多数の訴訟が存在したという事実による¹¹³。その間に、一連の指令（2000/43/EC¹¹⁴、2000/78/EC¹¹⁵、2002/73/EC¹¹⁶、2004/113/EC¹¹⁷、2006/54/EC¹¹⁸）によってECは差別的取扱禁止法を近代化し、労働法を越えて私法へと拡張した。かくして、EC第二次法は差別的取扱禁止原則を私法の一般原則へと転換した。但しおそらくは、まずは雇用に対する、そして後に消費市場に対する公正なアクセスに向けられているという、市場に拘束されるルールというその性格を変えることなく、だが。¹¹⁹ 故に、アキ・グループは、今やDCFRへと結実したいわゆるアキ原則において、差別的取扱の禁止に関する基本原則を定式化したのだった。ECルールが明示していない、適当な救済の利用可能性をめぐる幅広いEC訴訟は、現代的ヨーロッパ私法を構築し得る巨大な実験場を提供している。

差別的取扱禁止法は私法システムに新たな価値を導入した——これらの価値は規制的法の特定の分野に拘束されるものではなく、私法関係それ自体を支配する。しかしながら、こうした新たな価値は他のパターン¹²⁰の正義、社会的（分配的）正義や矯正的正義と両立されなければならない。そうだとすると問題は、差別的取扱の禁止という概念は、筆者の呼ぶところのアクセスの正義——*Zugangsgerechtigkeit*——に関連しているのか、あるいはそれを越えて分配上の影響をも含意する¹²¹のかである。

¹¹³ See Micklitz (2005) 165 *et seq.*

¹¹⁴ OJ L180, 19.7.2000, 22.

¹¹⁵ OJ L303, 2.12.2000, 16.

¹¹⁶ OJ L269, 23.9.2002, 15.

¹¹⁷ OJ L33, 13.12.2004, 37.

¹¹⁸ OJ L204, 26.7.2006, 23.

¹¹⁹ D Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht* (2000), D Schiek, L Waddington, and M Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (2007).

(ii) 規制市場（「新たな」原則——アクセス可能性、適正価格、ベスト・プラクティス）

(1) ネットワーク法：通信、エネルギー、運輸と言った分野における従前の国家独占体制からの民営化（自由化）は、契約法の重要性を増大させた¹²⁰。[だが、] ネットワーク法に関する圧倒的な量の文献は、事業者間であれ、事業者・消費者間であれ、契約的な側面を迂回している¹²¹。そうした文献はかわりに公法上の側面、すなわち規制手段が市場の解放と競争的構造の確立を意味するというコンセプトや、適切な非集権的執行構造の利用可能性といった点に焦点を当ててきた。自由化と民営化という全般的な目的に資する、規制市場間にある手法としての契約法の規制的役割は、このプロジェクトの中核に属する¹²²。このことは、一連の様々な EC 指令は私法上の関係について極めて限定的にしか取り扱っていないという事実によって説明し得るかも知れない。[だが、] ユニバーサル・サービスというコンセプトは、私法上の関係に新たな原則と法概念を注入するものである。

一見したところでは、契約法の統制は構成国の手の内に残っているようにみえるかも知れない。しかしながら、これらの〔ネットワーク法の〕領域で設立され、構成国の規制庁と欧州委員会の権能を結合する諸々の委員会、私法上の関係に関するヨーロッパ・レベルのルールの枠組みに残るギャップを、あらゆる形態のソフトロー・ルールによって埋めようとしている¹²³。

¹²⁰ J Keßler and H-W Micklitz, 'Kundenschutz auf den liberalisierten Märkten für Telekommunikation, Energie und Verkehr—Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa' (2008) VIEW Schriftenreihe Vol 23, 24, 25.

¹²¹ パラダイム的なものとして、P Cameron (ed), *Legal Aspects of EU Energy Regulation, Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe* (2nd edn, 2007).

¹²² 最初の試みとして、S Gijrath and J Smits, 'European Contract Law in View of Technical and Economic Regulation' in K Boele-Woelki and A W Grosheide (eds), *The Future of European Contract Law* (2007) 53; G Bellantuono and F Boffa, *Energy Regulation and Consumers' Interests* (2007), Final Report, available at <<http://www.energyandconsumers.net/images/stories/finalReport/energyandconsumersfinalreportjuly2007.pdf>>.

¹²³ 同様の方向性として、F Cafaggi, *Which Governance for European Private Law*, EUJ

ユニバーサル・サービスの境界内において、その限定された問題領域を越えた一般的な適用の可能性に関して射程を試されるべきコンセプトや手法を、ネットワーク法は発展させている。一つだけ例を挙げよう。民営化にもかかわらず、ネットワーク産業は、そのサービスのアクセス可能性と適正価格 (affordability) を保証しなければならない。ここで問題となるのは契約締結の義務 (Kontrahierungszwang) と、支払遅延の場合でも〔サービスの〕提供を継続しなければならない義務である。¹²⁴

(2) 保険法（しばしば独自の領域であると考えられてきた）¹²⁵および資本市場法（投資家保護法）：¹²⁶ この分野における政策と利用されている規制テクニック——公法的規制を通じた市場の確立の強調——は、通信、エネルギー、運輸といった分野で選択されてきたアプローチに類似している。しかしながら、規制のアプローチは異なる。金融商品市場に関する EC 指令 2004/39/EC ——いわゆる MIFID ——¹²⁷は、Lamfalussy アプローチの第一レベルの枠内で一貫したヨーロッパ資本市場を確立することに資する幅広い枠組みを策定した。Lamfalussy 方式と平仄を合わせて、2つの第二レベルの法が採択された。投資会社 (investment firm) の組織要件および

Working Paper 2007/26 (2007) 44.

¹²⁴ 初期の論評として、see P Rott, 'A New Social Contract Law for Public Services? — Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC' (2005) 3 *European Review of Contract Law* 323.

¹²⁵ See J Basedow and T Fock (eds), *Europäisches Versicherungsrecht* (2002), Band 1, 2, (EC 保険法の細目を提示)。しかしながら、DCFR と保険契約法との関係をめぐる議論を強化すべく進行中の試みが存在する。H Heiss, 'The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law' in Schulze (ed), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (2008) 229 および 2008 年の ERA Forum, *Scripta iuris europaei*, 2008 における「ヨーロッパ保険契約法と DCFR」に関する一連の寄稿も参照。

¹²⁶ K Hopt and H-C Voigt (eds), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung* (2005); J Keßler and H-W Micklitz, 'Anlegerschutz in Deutschland, Schweiz, Großbritannien, USA und der Europäischen Gemeinschaft', VIEW Schriftenreihe, Band 15 (2004).

¹²⁷ OJ L145, 30.4.2004, 1.

運営条件に関する指令2006/73/EC¹²⁸と、これを執行するための規則2006/1287/EC¹²⁹である。この指令と規則は濃密なルールのネットワークを既に確立しており、プロないし個人の投資家とその投資会社との間で締結する契約関係への強力な連関を含んでいる。構成国の規制庁によって用意されるべき第三レベルのルールは、この研究の主たる関心の対象である。¹³⁰

Lamfalussy方式は、第一レベルから第三レベルへと段階を経て、尊重されるべき規制基準を具体化する試みとして特徴付けることができる。一連のルールはネットワーク法の領域よりも緻密なものであるが、規制庁によって遂行されるべき任務は同様である。「ベスト・プラクティス」といった、第一レベルおよび第二レベルの幅広い原則は実行可能な契約上の権利・義務へと分解されねばならない。ベスト・プラクティス〔というコンセプト〕——これが筆者の理論上の主発点であるが——は、EC法を通じて保証されるべき正義の水準という一般的な問いから切り離すことができない。

(3) 会社法：ヨーロッパ共同体のハーモナイゼーションの試みにおいて衝突する、2つの支配的な見解が構成国レベルで存在する。一部の構成国においては、会社法とは本質的に内部組織と責任の適正な形成と共有について取り扱うものであると考えられている。他の構成国においては、資本市場法の本質的部分を形成するものとみなされている。これら2つの相容れない視角の統合に欧州委員会が失敗したことにより、構成国の会社法の規制緩和に際しては欧州司法裁判所がカギとなるアクターとなった¹³¹。欧州司法裁判所の判例法の潜在的インパクトは、ヨーロッパ会社を形成すべ

¹²⁸ OJ L241, 2.9.2006, 26.

¹²⁹ OJ L241, 2.9.2006, 1.

¹³⁰ G Ferrarini, 'Contract standards and the markets in the Financial Instruments Directive (MIFID). An assessment of the Lamfalussy Regulatory architecture' (2005) 1 European Review of Contract Law 19; G Ferrarini and F Wymeersch, *Investor Protection in Europe, Corporate Law Making, the MIFID and Beyond* (Oxford University Press, 2006) 235.

¹³¹ Case C-317/99 *Centros* [1999] ECR I-1459, ECJ, 9.3.1999; Case 208/00 *Überseering* [2002] ECR I-9919, ECJ, 5.11.2002; Case C-167/01 *Inspire Art* [2003] ECR I-10155, ECJ 30.9.2003; Case C-210/06 *Cartesio* [2008] ECR I-nyr, ECJ, 16.12.2008.

く採択された若干の指令と規則（特に、指令については77/91/EEC¹³²、78/855/EEC¹³³、82/891/EEC¹³⁴、89/666/EEC¹³⁵、89/667/EEC¹³⁶、2001/86/EC¹³⁷、2005/56/EC¹³⁸、規則については2137/85/EC¹³⁹および2157/2001¹⁴⁰）と同様、私法への影響の可能性、例えば自然人と法人というコンセプトに対するものについて、これまでのところ分析が加えられてはいない¹⁴¹。

(iii) 取引方法と契約法（平均的消费者、契約締結および新たな手法）

(1) 取引方法の法：この領域は、構成国の取引実務（取引ルールや市場慣行のルール）と市場の自由、とりわけミスリーディングな広告というコンセプトとの調和の可能性をテストしている無数の判決を通じて、ECJが基調を提供している分野である¹⁴²。この分野において、ECJは平均的消费者という観念を発達させた¹⁴³。取引方法に関する法は第二次法によって細かく規制されている¹⁴⁴。特に重要なものとしては、事業者・消費者間関係

¹³² OJ L26, 31.1.1977, 1.

¹³³ OJ L295, 20.10.1978, 36.

¹³⁴ OJ L378, 31.12.1982, 47.

¹³⁵ OJ L395, 21.12.1989, 36.

¹³⁶ OJ L395, 30.12.1989, 40.

¹³⁷ OJ L294, 10.11.2001, 22.

¹³⁸ OJ L310, 25.11.2005, 1.

¹³⁹ OJ L199, 25.7.1985, 1.

¹⁴⁰ OJ L294, 10.11.2001, 1.

¹⁴¹ この意味で、R Schulze, 'The Academic Draft on the CFR and the European Contract Law' in Schulze (ed), (2008) 20.

¹⁴² ECJの判例法の分析として、see Münchener Kommentar/UWG-Heermann, EG B, 2006.

¹⁴³ もはや見過ごされるべきではない文献として特に、see St Weatherill, 'Who is the average consumer?' in Weatherill and Bernitz (eds), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directives 2005/29 — New Rules and New Techniques* (2007) 115.

¹⁴⁴ 他の指令と規則の完全な論評として、see Münchener Kommentar/UWG-Micklitz, EG E-Q, 2006.

に関わる不公正な取引方法に関する指令2005/29/EC¹⁴⁵と、事業者間関係におけるミスリーディングな広告・比較広告に関する指令2006/114/EC¹⁴⁶である。電子商取引指令2000/31/EC¹⁴⁷および消費者売買に関する指令99/44/EC¹⁴⁸は、契約の締結される条件や契約前および契約後の取り扱い（情報開示、第三者の役割）に影響し、取引実務と私法との境界を越えている。これらの影響の一部は、既にアキ・グループによって考慮に入れられている。

ECの取引方法に関する法は締結されるべき契約条項に影響する。このことは、EC法が如何に、構成国の法秩序の基本原則（例えば申込と承諾の如き）の現状を維持しつつ、同時にそれらを無意味なものとしているかを示している。取引方法をめぐるEC法は、私法上の関係の解釈のための基準（平均的消費者）を設定し、新たな規制上の手法（例えば契約前のステージおよび契約後のモニタリングにおける情報開示義務の如き）を導入し、そして契約法上の関係（privity）を越えていつている。¹⁴⁹

(2) 知的財産権：知的財産権は基本条約の競争ルール、とりわけ82条のコントロールの下にある¹⁵⁰。このコンテキストにおいてより重要なことは、財産権の侵害に対して制裁を加える適切な法的救済メカニズムとともに、既存の知的財産権を拡張し、これにヨーロッパ・レベルでの展望を与えようという、ECの政策である（指令2004/48/EC¹⁵¹）。知的財産権の莫大な

¹⁴⁵ OJ L149, 11.6.2005, 22.

¹⁴⁶ OJ L376, 27.12.2006, 21.

¹⁴⁷ OJ L178, 17.7.2000, 1. 特に Grundmann (2005) 187 は、任意規定を含んでいることから、ヨーロッパ契約法にとってもこの指令がカギとなる役割を果たすと強調する。

¹⁴⁸ OJ L171, 7.7.1999, 12. これは現在見直し作業中である。See COM (2008) 614 final.

¹⁴⁹ See S Whittaker, 'The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws' in St Weatherill and U Bernitz (eds), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directives 2005/29 — New Rules and New Techniques* (2007) 139; Th Wilhelmsson and Ch Twigg-Flesner, 'Pre-contractual information duties in the *acquis communitaire*' (2006) ERCL 441.

¹⁵⁰ See Case C-418/01 *IMS Health* [2004] ECR I-5039, ECJ, 29.4.2004.

¹⁵¹ OJ L195, 2.6.2004, 16.

拡張¹⁵²は同時にユーザの権利を制限している¹⁵³。こうした排他的権利は、契約法、それも、しばしばインターネットを通じて消費者と締結されるライセンス合意の一部をなす標準約款を通じて強制される¹⁵⁴。

知的財産権と契約法との関係には未検討の領域が大幅に存在する。契約関係が間接的に知的財産権を通じて形成される態様や、多くの場合権利者の利益のために創設された権利が執行されるあり方を検討する余地は大いにある。

(iv) 競争、政府からの補助および公共調達（救済——三面関係）

(1) アキ・グループが今後の作業プログラムにおいてこの領域を取り込むことを決定したものの、民事競争法 (*Kartellprivatrecht*)¹⁵⁵はまた別の等閑視されてきた領域である。一括適用除外は、競争法によって垂直的合意の許容性を具体化するために欧州委員会が利用してきた手法として確立したものである。しかしながら、排他的流通と選択的流通に関する多様な規則（包括的規則2790/1999¹⁵⁶、自動車セクターに関する規則1400/2002¹⁵⁷、

¹⁵² 批判的分析として、see R Hilty, 'Entwicklungsperspektiven des Schutzes geistigen Eigentums' in P Behrens (ed), *Stand und Perspektiven des Schutzes geistigen Eigentums in Europa* (2004) 139.

¹⁵³ 消費者/ユーザの観点からのものとして、see 'Copy rights and EC consumer protection law' ECLG 035/05, written by Guibault/Helberger; <<http://212.3.246.142/docs/1/ECNMHBFBCNABIHDECOMKMLPAPDB19DBYCY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2005-00181-01-E.pdf>>. 同様のコンテキストにあるものとして、P Rott, 'Die Privatkopie aus der Perspektive des Verbraucherrechts' in R Hilty and A Peukert (eds), *Interessenausgleich im Urheberrecht* (2004) 267.

¹⁵⁴ T. Kreutzer, 'Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Untersuchung auf dem deutschen Markt eingesetzter Lizenz- und Nutzungsbedingungen sowie technischen Schutzmaßnahmen aus verbraucherrechter Sicht', Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband (2006).

¹⁵⁵ St Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht* (1999); T Schumacher, *Recht des KFZ-Vertriebs in Europa*, Dissertation (2005).

¹⁵⁶ OJ L336, 29.12.1999, 21.

¹⁵⁷ Commission Regulation (EC) 1400/2002 of 31 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerned Practices in the Motor Vehicle

技術移転に関する規則772/2004¹⁵⁸)は、契約の成立に間接的に介入している（「間接的に」というのは、垂直的合意の当事者がその契約関係を規定することは自由だからである）。だが、実務においては、垂直的合意における権利・義務の内容は、かなりの程度、一括適用除外によって規定されている。EC法上のルールと契約上の権利との間の相違を回避すべく、当事者はしばしばその契約に一括適用除外の条項を文字通りコピーする。このことはとりわけ「ハードコア制限」に関してそうである。

民事競争法から学ぶべき教訓が少なくとも2つある。まずは、カルテル法（一括適用除外）と契約法（垂直関係における契約関係の形成）との間の法律上の区別は曖昧になりつつある。第二に、一括適用除外、特にその近時修正されたバージョンは、契約関係の形成に、解約権や投資に対する補償請求権といった「競争的要素」を持ち込んでいる。

(2) 政府補助法：政府補助金は基本条約87条以下によって規制されている。契約関係に関わるEC第一次法の間接的影響を検討する研究の主たるフィールドを、莫大な判例法が構成している¹⁵⁹。新たな経済的アプローチは少額補助（*de minimis*）規則1998/2006¹⁶⁰の採択を導いた。ヨーロッパ政府補助法は、実体に関する部分と手続関係の部分に分けることができるだろう。用語法からして違っている。手続法は「救済」の題目の下で取り扱われることもあれば¹⁶¹、端的に政府補助についての手続ルールと称されることもある¹⁶²。真に問題なのは違法な政府補助の及ぼし得る影響、すなわち法違反の政府補助の返還に関する問題¹⁶³と、第三者の得ることのでき得

Sector, 2002 OJ L203, 1.8.2002, 30.

¹⁵⁸ OJ L123, 27.4.2004, 11.

¹⁵⁹ See the list of case law in E-J Mestmäcker and H Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2004) 1177, and S Beljin, § 28 B. Rechtsprechung ('Leading cases') in R Schulze and M Zuleeg (eds), *Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis* (2006).

¹⁶⁰ OJ L379, 28.12.2006, 5; further, M J Nordmann, 'Die neue de minimis Verordnung im EG-Beihilferecht' (2007) EuZW 752.

¹⁶¹ S Beljin, in Schulze and Zuleeg (eds) (2006) § 28.

¹⁶² E-J Mestmäcker and H Schweitzer (2004) §§ 42-47.

¹⁶³ 既に取り扱っているものとして、H-W Micklitz and St Weatherill, *European Economic Law* (1997) 226 *et seq.*

る救済¹⁶⁴である。

(3) 公共調達法：公共調達は市場の自由に影響を及ぼし、第二次法によって強力に規制されている。早くも1971年には、ECは規則1182/71¹⁶⁵を採択した。2つの主要なEC法、水道・エネルギー・運輸・郵便分野で活動している事業体についての調達手続に関する指令2004/17/EC¹⁶⁶と、公共事業・公共的供給・公共的サービスの契約の発注のための手続の調整に関する指令2004/18/EC¹⁶⁷とは、2006年1月31日に施行されて以来、公共調達法を形作ってきた。これらは現在いずれも見直し中である¹⁶⁸。学術研究の重点は競争と市場の自由に置かれている¹⁶⁹。これらの指令は、その目的が明らかに競争を促進し市場の自由を強化することにある一方で、同時に契約関係に形を与えている¹⁷⁰。これはとりわけ適切な救済に関してそうである¹⁷¹。最近のECJの画期的判決によれば、EC調達法上の義務に違反して締結された契約を、構成国は解除する義務を負う¹⁷²。この判決は、「合意は拘束する」という原則と信頼の保護（*Vertrauensschutz*）とに再検討を促すものである。ここでも、ECJは私人の当事者を通じてヨーロッパ経済

¹⁶⁴ この論点の初期の議論として、L Gormley, 'Public Interest Litigation and State Subsidies' in H-W Micklitz and N Reich, *Public Interest Litigation before European Courts* (1996) 159.

¹⁶⁵ [1971] OJ L124, 3.6.71, 1.

¹⁶⁶ [2004] OJ L134, 30.4.2004, 1.

¹⁶⁷ OJ L134, 30.4.2004, 114.

¹⁶⁸ COM (2007) 23 final, 24.1.2007.

¹⁶⁹ See Mestmäcker/Schweitzer (2004) § 36; R Noch, §29, in R Schulze and M Zuleeg (eds), *Europarecht, Handbuch für die Rechtspraxis* (2006).

¹⁷⁰ 若干の参照を見出し得るものとして、Noch, in Schulze and Zuleeg (eds) (2006), § 29 Rn 172 *et seq.*

¹⁷¹ See S Arrowsmith, 'Public Procurement: Example of a Developed Field of National Remedies Established by Community Law' in H-W Micklitz, and N Reich (eds), *Public Interest Litigation before European Courts* (1996) 125.

¹⁷² Case C-503/04 [2007] ECR I-6153, ECJ, 18.7.2007; B F Mitrenga and A Rubach-Larsen, 'Haben vergaberechtswidrig geschlossene Verträge Bestand?', Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gemeinschaft mbH' available under the homepage <<http://www.bblaw.com/Broschueren.507.0.html?&L=1>>.

憲法を強化しているのである。

従って、政府補助と公共調達は少なくとも3つの回路で私法上の関係に影響する。第一に、政府との契約で私人が利益を受ける関係は、政府補助ルールおよび公共調達ルールによって間接的に、あるいは場合によっては直接的に影響を受ける。第二に、ある決定によって不利益を被った競業者は救済を獲得する。第三に、競業者の得る救済は、政府と私人との契約関係にインパクトを持つ。

(v) 健康、食品安全およびサービスの規制（契約上の標準設定と民事責任）

(1) 製品安全・食品安全法：製品安全に関する指令2001/95/EC¹⁷³は、契約関係を形成する手段として、契約法の役割を強化した¹⁷⁴。さらに興味深いものとして、各種の食品関連法に隠れている民事責任に関するルールである¹⁷⁵。そうしたものとしては例えば、飼料衛生規則183/2005¹⁷⁶、食品衛生規則852/2004¹⁷⁷、公式飼料・食品統制に関する規則882/2004¹⁷⁸および食品法に関する規則178/2002¹⁷⁹がある。¹⁸⁰

(2) 消費者法とサービス：いわゆるサービス指令2006/123/EC¹⁸¹は「技術標準」の緻密さを増進させた。ヨーロッパ・レベルの標準化機関・欧州標準化委員会(CEN)/欧州電気標準化委員会(CENELEC)および構成国の標準化機関による技術標準は、ある種の標準的契約条件に近付いているが、

¹⁷³ OJ L11, 15.1.2002, 4.

¹⁷⁴ See F Cafaggi (ed), *The Institutional Framework of European Private Law* (Oxford University Press, 2006); F Cafaggi and H Muir Watt (eds) (2008).

¹⁷⁵ 概観として、see J Basedow, in *Liber-Amicorum Siehr* (2000) 17.

¹⁷⁶ OJ L35, 8.2.2005, 1.

¹⁷⁷ OJ L139, 30.4.2004, 9, as amended.

¹⁷⁸ OJ L191, 30.4.2004.

¹⁷⁹ OJ L 1.2.2002, 1.

¹⁸⁰ See Civic Consulting, *Liability in the food and feed sector*, p 50; taken from 'Financial Guarantees in the Feed Sector', SANCO/2004/D1/SI2.398887, Final Report, Berlin, 6.09.2005, European Commission, DG SANCO, still unpublished.

¹⁸¹ OJ L376, 27.12.2006, 36.

その法的地位はいささか不明確である¹⁸²。サービスの規制について完全にハーモナイズした枠組みを規定する、サービス指令においておおよそその下で、これらの技術標準は発展している。しかしながら、技術標準はその定義上、拘束的なものではない。技術標準が不公正な契約条項に関する構成国の立法と抵触する場合、どうなるであろうか？不公正な契約条項に関する指令93/13/EEC¹⁸³の適用範囲に照らして技術標準を評価し得るかは、これまでのところ明らかではないままである。

これら2つの法分野——健康/安全およびサービス——はある同様のアプローチによって結び付いている。第一に、自発的標準が設定される態様である。すなわち製品・食品安全に関してにせよ、サービスの質に関してにせよ、多くの場合、標準化機関を通じて設定され、その機会は次第に増大している。第二に、契約上の権利・義務を定める拘束力あるヨーロッパ・レベルのルールは存在しない。第三に、民事責任ルールの補償的機能と、契約上・不法行為法上の責任を評価するに際して自発的標準が果たす基準としての役割である。第四に、ルールの法的な質である。

(vi) 一般化は可能か？適切か？

これらの領域は全て、域内市場プログラムを中心にあるものである。これらは、競争的環境に埋め込まれた真のヨーロッパ市場を確立しようという努力の中で、ECによって導入された法的手法の下に服してきた。構成国による独占や規制を排除し（ネットワーク法——電気、ガス、水道、鉄道運輸）、各セクターにおいて競争的市場を確立し形成し（流通契約を通じた自動車市場、競争入札による公共調達）、知的財産権を創設し強化し（ライセンス契約）、金融サービス市場を再編成し（保険、投資サービス、信用供与、担保）、労働者・消費者保護のための基本的標準を策定し（健康保護および経済的利益の保護、差別的取扱の禁止）、真のヨーロッパ・

¹⁸² See H-W Micklitz, *Service Standards: Defining the Core Consumer Elements and their Minimum Requirements*, Study Commissioned by ANEC, the European Voice in Standardisation, 2007 available at <<http://www.anec.eu/attachments/ANEC-R&T-2006-SERV-004final.pdf>>; same author, *The Service Directive* (2009).

¹⁸³ OJ L95, 21.4.1993, 29.

サービス市場を確立するために、法は利用されてきた。

これらの手段全ての焦点は、伝統的な意味での私法に関する法形成ではない。すなわち、経済および社会において、相互に自発的に行動する自律的私人からなるヨーロッパ市民社会を目指した基本原則を確立しようとするものではない。ECの立法者の規制の介入は、域内市場プログラムの枠内で特定の経済セクターや製品／サービス特定の目的を実現することを強調している。これらのルールのひとつが、市場ないし経済セクターに関連しているという意味で垂直的なものである。消費者保護と、労働法／差別的取扱禁止ルールのみが、特定の市場を越えた水平的アプローチを追求している。しかしながら、ここで検討した5つの分野が、事業者間関係にせよ、事業者・消費者間関係にせよ、今日の私法に関するもの全てにおいて、大きなそして重要な部分を構成していることは明らかであろう。

一般的に見れば、理念的に整合する「ルール」を様々な領域から推論し、規制的ヨーロッパ私法の一つ——一貫したものでなくとも、少なくとも——完全な図式を提供することは、実現可能だと想定できる。そのようなアプローチは、多様なセクターの特定のルールから、当該特定セクターないし保護領域（消費者、労働者、被差別者）を越えた射程を持つ一般的な結論を推論すること¹⁸⁴は、方法論的に健全なものである、と前提している。このことが肯定されるとしても、次の問いは残る。かかる「一般化されたルール」は自律から機能主義への変容を決定付けているわけであるが、それ

¹⁸⁴ これはまさしくアキ・グループとヨーロッパ民法典研究グループが行ったことである。この帰結はアキ・グループの成果には内在するものであるが、ヨーロッパ民法典研究グループについてはそれほどではない。しかし、PEL SC (on Services) はサービス分野の特定のタイプの契約ルールから一般ルールを導き出した結果である。初期の議論として、Grundmann (2005) 187, 202. Grundmann はそのようなアプローチに好意的である。しかし極めて批判的なものとして、see H Collins, 'The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone' (2005) ERCL 213. より一般的には、Th Pfeiffer, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU. Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht (2008) 208 Archiv für civilistische Praxis 227; J Smits, 'The DCFR: Methodological Nationalism and the Way Forward' (2008) ERCL 270, and M Hesselink, 'A European legal science? On European private law and scientific method' (2009) ELJ.

らが伝統的な私法に影響するのか、するとしたらどの程度か、これら2つの異なった法システムは両立させることができるであろうか、という問いである。

B. 欧州委員会ヨーロッパ私法法典化プロジェクトとの関係

ヨーロッパ市場に基づく観点（法の経済化）からすると、（垂直的ルールを通じた）特定の市場ないし（水平的ルールを通じた）域内市場それ自体の実現可能性・実行可能性を確立し保証するために必要なルールを採用することで十分である〔ことになる〕。

これまでのところ——少なくとも欧州委員会の視点からすれば——、欧州議会の示唆し、種々の政策文書や研究プログラムを通じて欧州委員会の育んだ、一貫した体系を持つヨーロッパ私法（ヨーロッパ民法典）¹⁸⁵を確立する喫緊の必要性は存在しなかった。このことは、欧州議会の「政治的」イニシアチブを「単なる学術的」課題へと転換するに際し、欧州委員会が困難に直面しなかった理由を説明するであろう。そこで、膨大な諸提案、アキ原則および学術的な共通参照草案は、ヨーロッパ中の研究者にとっての遊び場のようなものとなった。法典化プロジェクトから欧州委員会が得ようと望んでいたであろうものは、特定の市場ないし域内市場の実行可能性を高めるためにインプットの必要な私法の領域を統制するルールをよりよく形成する方法についてのガイダンスに過ぎない¹⁸⁶。共通参照枠の「政治的」将来や、構成国の多数派から暗に支持を受けている時間稼ぎ戦術に欧州委員会が成功するかや、あるいはヨーロッパ法ルールの真の体系の要求に根拠を与えるヨーロッパ市民の創設——それがどのような形であれ——に、熱心な学者の支持を受けた欧州議会が成功するだろうかといったことについては、筆者としては推測を差し控える。ヨーロッパ憲法の失敗は、法典化プロジェクトを推進するための欧州議会の政治的パワーをさらに弱めたのかも知れない。人権および基本的権利を通じた、私法の静

¹⁸⁵ このプロジェクトに関する文献は圧倒的である。別の立場の概観として、see Grundmann and Stuyck (eds) (2002).

¹⁸⁶ 消費者の権利に関する指令の提案（COM (2008) 614 final）において、欧州委員会は自らの専門家に依拠しなかった。See Micklitz and Reich, (2009).

かなる憲法化過程も、リスボン条約の下で与えられた形態においてさえ、共通参照枠の政治的将来における政策形成手段として利用し得る手法というよりは、裁判所と研究者による漸進的発展の領域に近い。

さらに野心的な問いとしては、規制私法からいったん引き出された「一般化されたルール」が、一貫した体系を持つヨーロッパ私法ルールをしかるべき補完物として必要とするのか、そうだとするとどの程度か、あるいは残存するギャップは多様な構成国の私法秩序を参照することによって埋めることができるのか、というものである。検討されるべきヨーロッパ・レベルのルールとして、少なくとも3つの異なったものがある。アキ原則、PECLそして共通参照枠草案である。慎重に考えて、その規制的な視角に照らすと、現在の形のPECLよりはアキ原則のほうが必要であろうものに近いと、筆者は考える。これまでのところ除外されている法分野の観点から再検討する必要があるものの、アキ原則は概ね「規制私法ルール」とりわけ消費者法から発展したものであるからである。反対の見方として、アキ原則は「普通法（*droit commun*）」を無視しているということがある¹⁸⁷。そこで唯一の解決法は、補完的体系としてPECLを利用することかも知れない。しかしながら筆者としては、現在、私法がその「境界」において被っている変容過程を別にしても、「普通法」はあまりに懐古的であって十分ではないというところから考えたい。もし必要ならば、規制私法ルールから演繹された「一般化されたルール」は自立することができないことを条件として、共通参照枠草案のほうがより望ましい選択肢であろう。「一般化されたルール」とは別に、体系化されたヨーロッパ私法が必要であるにせよそうでないにせよ、ヨーロッパ・レベルの私法諸ルール（PECL、共通参照枠草案、アキ原則および一般化されたルール）と構成国の私法秩序との関係は明確化される必要があるだろう¹⁸⁸。

当然のことながら筆者の見解は例えばヨーロッパ民法典研究グループ¹⁸⁹

¹⁸⁷ Jansen and Zimmermann (2007) 1113, 1118; ModLRev (2008) 505, 516.

¹⁸⁸ See Section III.C.

¹⁸⁹ See M-R McGuire, 'Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code' in U Ernst (ed), *Auf halbem Weg — Vertragsrecht und europäische Privatrechtsvereinheitlichung*, Deutsch-Polnisch-Ukrainisches Seminar in Krakau (2007) 225 (ヨーロッパ民法

やアキ・グループ¹⁹⁰による現在進行中の検討に拘束されたものであるが、他方で筆者の研究の焦点は、以上(a)～(f)項のヨーロッパ私法の目的的介入が明白な領域の諸ルールにある。諸構想がそのアプローチから、上で定義した規制私法を除外しているという限りにおいて、いずれのグループによるものにせよ、これまでのところ発展させられてきたルールを利用することにつき、ある種の不本意さ〔を感じることを〕を筆者としては隠すつもりはない。この留保はヨーロッパ民法典研究グループとアキ・グループの成果に対するものである。両グループがそれぞれの方法論的アプローチの下で、本稿で論じた(a)～(f)の一連のルールの分析に乗り出すのだとしても、常に現行のルール体系が問題とされない虞がある。追加的な検討があちらこちらの小規模な修正をもたらすことはあるとしても、現行のプロジェクトの内容——あるいは背後にある理論モデル——を再検討に曝すことはないだろう。

C. 「規制私法」ヨーロッパ私法と構成国の私法

規制私法が構成国の私法秩序と如何に関連付けられているか（あるいはその逆）という問いが残っている。2つの私法（ヨーロッパ私法と構成国の私法）は、規制私法と概ね両立しているとの前提から始めよう。規制私法分野のヨーロッパ法から演繹されるべ

典研究グループの作業方法を記述) as well as the series of publications 'Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code', Hesselink, Rutgers, Bueno Diaz, Scotton, and Feldmann (eds), *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (2006) and Ch von Bar (ed), *Benevolent Intervention into Another's Affairs* (2006); M Barendrecht, Ch Jansen, M Loos, A Pinna, R Cascao, and St van Gulijk, *Service Contracts (PEL SC)* (2007); Drobnig (ed) (2007); Lilleholt, Victorin, Fötschl, Konov, Meidell, and Torum (eds) (2008).

¹⁹⁰ Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) 2007*; Contract II, Performance, Non-Performance, Remedies, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) 2008*.

き「一般化されたルール」が、その根底にあると考えられるものよりも一般的なルールの体系によって補完されるであろうしされるべきであるということが明らかになったとしても、そうである。

- 規制的 EC 法（一般化されたルール）
- 構成国の私法秩序
- EC 法典化プロジェクト（PECL、アキ原則、共通参照草案）

異なった秩序が並列することにより、ヨーロッパ私法ルールと構成国の私法秩序との均衡点が求められることとなる。しかしながら、理論的論争および政治的議論の双方がイデオロギー的な含みを伴うことに、現在の困難が存するように思える。そこでは一方において、異なった法文化と法伝統および実体的（分配的）正義〔の観念〕を基礎として、構成国の法秩序の独立性を擁護しようとする立場があり、他方で、そのような差異は問題ではなく、独自のヨーロッパ・レベルのルールがヨーロッパ統合プロセスのさらなる進展のための唯一の解決であり、そして公正さ〔が確保されれば〕十分であると主張する立場がある。ある程度までは、これら2つの陣営は、ヨーロッパ私法の2つの主要トレンド——政治問題化と経済化——に関連付けることができる。特定の人物や機関を名指して批判することは差し控えよう¹⁹¹。起点地主義〔の採択〕とともに、私法事項に関して完全なハーモナイゼーションを志向する方向へ欧州委員会がシフトして以来、両陣営のトーンがより先鋭なものとなっていることは確かな真実である。主たる衝突分野は、不正取引方法指令2005/29/ECと、消費者信用に関する指令2008/48/ECの採択であった。いずれの場合も、欧州委員会は構成国に競り負けた。完全なハーモナイゼーションは受容されたが、不正取引方法法の場合にはいささか腰砕けの形で¹⁹²、消費者信用指令の具体的なあり方をめぐる論争においてはより強行に¹⁹³、起点地主義は拒絶された。消

¹⁹¹ 筆者もこの論争に関わっていることは言及に値するだろう。Norbert Reich と筆者はそのポジション・ペーパーの中で、完全なハーモナイゼーションと起点地主義を拒絶した。(2007) 121 and Micklitz and Reich (2009).

¹⁹² See H-W Micklitz, chapter 2, in G Howells, H-W Micklitz, and Th Wilhelmsson, *European Fair Trading Law — The Unfair Commercial Practices Directive* (2006) 40.

¹⁹³ See P Rott, 'Die neue Verbraucherkreditrichtlinie in ihre Auswirkungen auf das

費者アキの改訂をめぐる政策文書¹⁹⁴において、欧州委員会は、よりシステマティックなやり方でこの争点に取り組んでいた。適切なアプローチに関する一般的な議論が立ち上げられた。諮問手続は既存の論争状況——完全なハーモナイゼーションを目標とすることへの支持と、起点地主義の拒絶——を再確認するものとして了解された¹⁹⁵。従って、「消費者の権利に関する提案」が完全なハーモナイゼーションを規定していることは全くの驚きというわけでもない¹⁹⁶。

この論争は消費者法をめぐってなされているが、ヨーロッパ私法のあらゆる領域、少なくとも規制的ヨーロッパ私法の分野においては、パラダイムの性質を有する。〔法〕権能をめぐる憲法的抵触の基底にある、〔EU法の構成国法に対する〕優越（pre-emption）について、というのがカギとなる問いである。要するに、これは連邦主義の異なった形態をめぐる論争なのである。

二者択一アプローチと「陣営」思考を避け、私法における市場の要素と実体的正義¹⁹⁷をどこに基礎付けるのかという困難な決定を克服するアプローチが必要とされているという前提から出発しよう。解決されるべき問いは以下のようなものである：完全なハーモナイゼーション（あるいは欧州委員会の言い方に従えば「目標を定めたハーモナイゼーション」）を正当化するかも知れない論点は何か？起点地主義を必要とするのは誰か？最小限のハーモナイゼーションが適切な領域は何か？そして、構成国の私法秩序や自主規制による競争の余地を残すために、ハーモナイゼーション

deutsche Recht' *Wettpapier-Mitteilungen* (2008) 114.

¹⁹⁴ See in particular COM (2006) 744 final on the Revision of the Consumer Acquis.

¹⁹⁵ Commission Staff Working Paper, Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, 2007, p 3 (unnumbered EC working paper, to be downloaded from the website of DG Sanco).

¹⁹⁶ COM (2008) 614 final.

¹⁹⁷ この区別は疑問の余地があるとも論じ得るかも知れない。See N Stehr, *Die Moralisation der Märkte* (2007). 特に企業の社会的責任の観点から、see M-A Moreau F Francesconi (eds), *La Dimension Pluridisciplinaire de la Responsabilité Social de l'Entreprise* (2007).

を完全に拒絶すべき範囲はどこか¹⁹⁸？これら全ての様々なアプローチが、多層的ヨーロッパの柔軟な連邦制モデルにおいて整理されねばならない。

IV. 規制的私法に対応するための分析枠組み

ヨーロッパ私法の目的的手法は、市場（経済化）とガバナンス（政治問題化と脱政治問題化¹⁹⁹）の間の緊張、および構成国私法秩序との相互関係について、実体・手続・手法・執行の4つのカテゴリーに基づいて分析することができる。これらのレンズを通じて眺めると、競争と規制における自律から機能主義への変容はより鮮明になる。

A. 目的的なヨーロッパ規制私法の内容

(1) 市場のバイアスを通じた私法の経済化：筆者はこれまでの研究に基づいて一つの仮説を展開してきた²⁰⁰。既存の消費者法指令の最初の分析や、あるいは商事代理人に関する指令86/553/EEC²⁰¹や支払遅延指令2000/35/EC²⁰²といった企業間関係におけるヨーロッパ私法の主要分野に関するものである。その仮説とは、規制的ヨーロッパ私法は、域内市場プログラムを実行に移すためにデザインされた、7つの法的拘束力を有する原理——あるいは手法——あるいはパラメータ²⁰³——によって統制されている、というものである。すなわち、(1)保護のための手法、(2)宣伝、契約に先立つ情報および契約締結の「結合」²⁰⁴、(3)競争上および契約上の

透明性、(4)標準化された契約締結、(5)（社会的正義とは対置される意味での）市場のゆとり（clearance）および市場アクセスとしての公正さ、(6)契約締結後の、解除・解約・終了の権利、そして(7)実効的な法的救済である。

これら7つの拘束力を有する「原理／手法／パラメータ」は、既存の構成国私法秩序とは両立し難い。7つの「原理／手法／パラメータ」全てに通底する最も重要な変化は、社会的正義からアクセスの正義（Zugangsgerechtigkeit）へのシフトである²⁰⁵。同時に、この7つの「原理／手法／パラメータ」は諸々の点においてコモンローおよび大陸的法思考とぶつかり合う。これらは、実体法と手続法（権利と救済——大陸法においては異質のもの）を結合するという点において、そして私法のそれぞれの分野を、域内市場の完成に向けた道具という、一つの特定の観点へと押し込めるといふ点において、契約法と不公正取引方法法との間の明確な境界を踏み越えている。これがまさに契約法の経済化の意味するところのものである。私法の憲法化が古くからの構成国私法秩序と経済化されたヨーロッパ・レベルの相方とをよりよく両立させることが可能な程度については、精査が必要である。

規制的ヨーロッパ私法が構成国私法秩序に持ち込む異質な要素の遠期的な効果²⁰⁶についても筆者は関心を有しているが、カテゴリー化ないし分類が一方的なもので最終的に批判的なものではないかについては疑問を持っている。EC私法、とりわけECJが行っているものが、「創造的破壊」²⁰⁷

¹⁹⁸ この方向性につき、see H Unberath and A Johnston, 'The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection' (2007) 44 CML Rev 1237.

¹⁹⁹ Maurizio Bach は、「政治的」コントロールにはほど遠い専門家の委員会において関連する決定が行われるという意味で、政治問題化は結局の所、脱政治問題化してしまうと論じる。

²⁰⁰ Micklitz (2005) 549. だが、批判として、see Baldus and Vogel (2007) 158.

²⁰¹ OJ L382, 1986, 17.

²⁰² OJ L200, 8.8.2000, 35.

²⁰³ 「原理」という考え方は法解釈において資するものであると含意することから、「原理 principle」という言葉の使用は差し控えたい。

²⁰⁴ G Howells, A Janssen, and R Schulze, *Information Rights and Obligations. A Challenge*

to Party Autonomy and Transactional Fairness (2005); P Mankowski, 'Information and Formal Requirements in EC Private Law' (2005) 6 European Review of Private Law 779; St Grundmann, 'Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law' (2002) 39 CML Rev 269.

²⁰⁵ 'Social Justice in European Private Law' *Yearbook of European Law 1999/2000*, 167.

²⁰⁶ 筆者の理解ではこれらの知見は現在では共通了解となっている。私法事項における基本条約234条の下でのECJへのまた別の照会は、かかる遠期的な効果の証拠を数多く提供する。最近のものとして、see Ch Schmid, 'The ECJ as a Constitutional Court and a Private Law Court—A methodological comparison', ZERP-Diskussionspapier 4/2006 (2006).

²⁰⁷ 筆者はこの語を Grundmann から借用しているが、彼自身は創造的破壊の概念を

とも呼び得るという前提からスタートしたい。ヨーロッパ法の強さは、超国家的な環境における構成国私法秩序の基礎を再考するポテンシャルを——必ずしも信頼し得る解答なしに——提供する、潜在的な合理化の論理に由来する²⁰⁸。

(2) 規制法の政治問題化——ルールの実体とガバナンス：ここで、EUおよび構成国の標準化機関によって発展させられてきたものとしての「サービスの標準」に関する筆者の分析²⁰⁹によって得られた知見から〔検討を〕始めよう。この研究は技術的標準化を通じたガバナンスについて論じたものだが、にもかかわらず、とりわけガバナンスの観点からの、規制的私法の他の領域の検討のための適切な出発点を提供する。

既存の技術標準は、(消費者向け)サービスの諸々の分野において進行中のプロジェクトと同様、以下のパラメータに照らしてふるいにかけられてきた。すなわち、(1)サービスへのアクセス可能性と適正価格、(2)契約締結前の局面と契約締結、(3)契約の内容(最小限の内容、安全性、品質、料金請求、支払条件)、(4)権利と救済(解約、補償および賠償責任)、(5)契約後の局面(アフターサービス、苦情処理、紛争解決、集团的救済、支払不能の状況に対する保護)、そして(6)モニタリングとコンプライアンスである。これら6つのパラメータは、一定のタイプのサービスについての既存のEC法上の要請の分析から得られたものである²¹⁰。すなわち、サービス関連の消費者契約、運送ルール、金融サービス、ネットワーク・サービス(電気、ガス、通信、郵便)、自由業および職人との契約といったサービス²¹¹といったものである。

一般に知らしめた Schumpeter を参照している。

²⁰⁸ Micklitz, in Boele-Woelki and Grosheide (eds) (2007) 387.

²⁰⁹ Service Standards: Defining the Core Consumer Elements and their Minimum Requirements, Study Commissioned by ANEC, the European Voice in Standardisation, 2007 available at <<http://www.anec.eu/attachments/ANEC-R&T-2006-SERV-004final.pdf>>.

²¹⁰ See also H-W Micklitz, 'Regulatory Strategies on Services Contracts in EC Law' in F Cafaggi and H Muir Watt (eds), *The Regulatory Function of European Private Law* (2009, forthcoming).

²¹¹ op cit, 107–127.

一方でEC指令やEC規則を、他方でサービスに関する技術標準を検討すると、顕著な差異が明らかになる。EC指令やEC規則は契約の内容、最小限の義務、そしてとりわけ権利と救済といった点にヨリ重点を置いている。同様のことは技術標準については言えない。標準は、契約の内容に関するものになるにつれ、曖昧なものとなる。より具体的に言えば、以下の傾向が明白である。

1. 適正価格とアクセス可能性：技術標準にはそのようなルールは存在しない。
2. 契約締結前の局面：全てのルールが契約締結前のステージ、特にサービスの透明性と完全な情報提供の要請を重視する。
3. 契約内容：EU法の策定と技術標準の策定の間には雲泥の差がある。契約の内容についての最小限の要請を含む技術標準はほとんど存在しない。仮に言及される場合でも、技術標準においては、標準化活動の主要な領域を構成する品質管理と品質水準に焦点が当てられている。注目に値する例として、料金請求に関するBSI基準がある²¹²。
4. 救済：サービス提供者の具体的な義務や、提供者が適切にサービスを履行できなかった際に消費者が恩恵を受け得る権利について、ほとんどの技術標準が言及していない。賠償責任に言及されていることもあるが、多くの場合、(必ずしも明確でなく)推奨されている保険の利用可能性と連動している。
5. 契約後の局面：契約後のステージが標準化の主要な領域になるとも思われるかも知れない。これは部分的には正しい。だが苦情処理や裁判外の紛争解決に比すると、アフターサービスについてはそのようには言えない。裁判外紛争処理を推進するというECの公式な政策に反して、諸々の技術標準は社内での苦情処理を重視している。これは、サービス指令の背後の政策と平仄が合っている。
6. モニタリングと調査：ベスト・プラクティスというコンセプトは、顧客満足の評価と是正措置のメカニズムを通じた、持続的な

²¹² BS 8463:2005 'Specification for customer billing practice'.

学習プロセスを用意する必要性を示唆している。関連する技術標準の実際上の影響、調査を通じた顧客満足の管理、そして是正措置を執る必要性について、より詳細に調査するという顕著な傾向が存在する。

B. 「法」形成の新たな過程——あるいは法形成の民営化

出現しつつあるガバナンスの型の最も明白な徴表は、法形成の変容しつつあるパターンである。しかしながら、新たなアクターが法形成に関与し、あるいは手続ルールが修正される場合、ガバナンスは3つの課題に直面しなければならない。正統性、アカウントビリティおよび透明性である。

(1) EU指令とEU規則：単一欧州議定書以来、欧州委員会は、法形成にあたって多かれ少なかれ一貫して従ってきた標準的手続のようなものを発展させてきた。時系列的な順序は異なり得るが、大要はほぼ同一である：

1. 欧州委員会は欧州理事会からの政治的負託を求める。これは、政策プログラムの中に見出し得るかも知れない。
2. この負託は、検討作業を通じたアドバイスの提供の要請へと変換される。
3. 検討作業の結果はグリーン・ペーパーの基礎をなす。ペーパーの中で、欧州委員会は行動のための可能な選択肢の基本的な骨子を描く。
4. 多くの場合コンサルタント業者によってなされる影響評価が行われ、これがEUレベルの規制活動のあり得る政治的・経済的影響に関するガイダンスを提供する。
5. グリーン・ペーパーに基づき、欧州委員会はインターネットを通じた意見照会（consultation）手続²¹³を開始する。これは誰にでも開かれたものだが、欧州委員会は構想に対するコメントを特定の集団に求めることがある。

²¹³ これもまた公式のものとなっている。Towards a reinforced culture of consultation and dialogue—General Principles and minimum standards of consultation of interested parties by the Commission, Communication of the Commission, COM (2002) 704, 11.12.2002.

6. 時には、意見照会手続はブリュッセルでの公聴会で締め括られる。これには特に選ばれた利害関係者が招かれる。

7. 意見照会手続の結果は、行動のためのより明確な選択肢を含む白書の一般への公表、あるいは直接に指令や規則の第一草案の起草の基礎となる。

この法形成プロセスは、政治学や法学の関心を引くものである。新たなメカニズムが欧州委員会の活動のアウトプットにおける正統性²¹⁴を増大させることを意味することは、意見の一致するところである。同様に欧州委員会が、学術的なネットワークを確立し、ヨーロッパ・レベルおよび構成国のロビイング・グループやNGOからのインプットを求め、早期段階で各国政府に意見を照会することによって、ヨーロッパ社会の不在の代役を組織し財政的に助成しようとしていることも、共通認識となっている。こうした活動のほとんどがインターネットを通じて再構成が可能である。これらは、あらゆる人および団体が原則として利用し得る選抜手続へと遡る。法形成過程を取り巻く適切な社会的環境を、欧州委員会が意図的に形成しているわけではない。しかし、何故特定のグループや利害関係者等が意見照会の対象となり、他はならないかを理解するのはしばしば困難である。これはまさしく、政治的に組織されたものであって市民社会から立ち現れたものではない、社会的プロセスの弱点である。

筆者の仮説によれば、こうした法形成プロセスは、利害関係者の象徴的な参加および必ずしも調和しない複数の視点によって特徴付けられるものだが、かなりの程度まで、欧州委員会が自らの考えを現実化することを促進するものである。参加を伴っているかのような外観は、手続全体の権威主義的な性質を隠蔽している。カギとなるプレイヤーは、この手続全体に随伴しているコンサルタント業者である。これらが、欧州委員会および「関連する」ヨーロッパ社会の間のバッファとして機能している。どのようなことなのか、具体例で例証しよう。消費者アキに関するグリーン・ペーパーへの意見表明の要請に対し、欧州委員会は300を超える応答を受け

²¹⁴ インプットにおけるものとアウトプットにおける正統性の区別につき、see F W Scharpf, *Governance in Europe, Effective and Democratic* (1999).

取った²¹⁵。だが、欧州委員会自身はその評価作業を行わず、あるコンサルタント業者に作業を委嘱した。その報告書は「意見照会手続から政治的結論を引き出すものではない」との断り書き²¹⁶を伴うものであったにもかかわらず、異なった見解が提出され比較検討されたとの政治的メッセージを含んでいた。意見照会手続の評価という重要なステップが、公的な当局者ではなく、欧州委員会のみを監督と統制に服する雇われ業者によってなされるというのは、いささか不安をかき立てるものである²¹⁷。

欧州委員会に委ねられた自由度／独立性の権威主義的利用に対する唯一の対抗勢力は、第一・第二読会における欧州議会と、欧州評議会を構成する各国政府のみ、ということになる。不公正取引方法指令と消費者信用指令に関する近時の経験は、アンビバレントな帰結を示している²¹⁸。構成国の多数派が、起点地主義を拒否するが目標を定めた完全なハーモナイゼーションを受容したのに対して、これら2つの指令に関して欧州議会の役割は著しく異なっていた。欧州議会は消費者信用指令のみに関与し、不公

²¹⁵ See Commission Staff Working Paper, p 3 and M B M Loos, *Review of the European Consumer Acquis* (2008).

²¹⁶ See Commission Staff Working Paper, p 3.

²¹⁷ 欧州委員会は、その行った評価作業に対するコメントを付することによって、間接的に影響力を行使していることも除外すべきではないかも知れない。消費者プログラムの評価における同様の経験につき、see H-W Micklitz, 'The Relationship between National and European Consumer Policy—Challenges and Perspectives' Ch Twigg-Flesner, D Parry, G Howells, and A Nordhausen (eds), *Yearbook of Consumer Law 2008* (2007) 35.

²¹⁸ これら2つを例として取り上げたのは、異なった帰結に至ったこれらのプロジェクトに、筆者が個人的に関与したからである。筆者の所属機関はヨーロッパ公正取引指令の実現可能性に関する最初の研究を作成した。See the first study on the feasibility of a European Fair Trading Directive, available at the homepage of DG Sanco <http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies_reports_en.htm>. 消費者信用指令に関しては、影響評価の作成に関与した。H-W Micklitz and P Rott, 'Broad economic analysis of the impact of the proposed Directive on consumer credit for Civic Consulting on behalf of the European Parliament under EP-IMCO Framework Contract Lot 4 (Consumer Protection)', available on the Internet at <http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704_consumercredit_en.pdf>.

正取引方法に対するアプローチについて欧州委員会をブロックすることはなかった。委員会からの提案を大きな変更なしに簡素化するという役割に、欧州議会は自らを限定したのである。

しかしながら、2つのみの EC 立法の分析から理論全体を構築することはできない。他の戦略を想像すること容易である。構成国はしばしば、ヨーロッパ・レベルの法形成プロセスを、各国内部のコンテキストにおいては解決不能だと思われた論点についてのフォーラムとして利用する。いったん EC のレベルに問題を転化すると、構成国はその望むように法形成プロセスに影響を及ぼす機会を奪われる。故に必要なことは法形成プロセスのよりクリアなイメージであり、とりわけ通信やエネルギーといった分野のような案件が極めて技術的で複雑な領域ではそうである。

(2) 「ニュー・アプローチ」、Lamfalussy 方式、OMC、共同規制、自主規制といった過程における、拘束力のない、あるいは緩やかなルールの形成に関する標準的な手続は存在しないようである。この知見は自主規制の場合には明白であるが、欧州委員会が何らかの形で関与する場合には理論的には標準的な手続が存在し得る。このことは、これらの新たな規制手法の下で発展したルールが「法的」な性質を帯びる場合、なおさら言える。新たな形態においても、ルール形成には社会的な次元が伴う。民主主義的な観点からは正統性、アカウントビリティそして透明性が要請されるが、そこから見てカギとなる論点は、(1)ルール形成手続への利害関係者および一般公衆のアクセス、そして(2)ルール形成手続への利害関係者および一般公衆の参加、である。

新たなルール形成の形態全てに共通する特徴は、利害関係者がフォーマルな法的地位を与えられていないことである。この民主的なギャップは明白であるように思われる。既に、「技術標準に対するニュー・アプローチ」は、標準化の過程において消費者団体が法的に含まれるべきか、それはどこまでかという問いをめぐる多くの議論を巻き起こしてきた²¹⁹。今日では、

²¹⁹ Ch Joerges, J Falke, H-W Micklitz, and G Brüggemeier, 'Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft', ZERP Schriftenreihe, Band 2 (1988). より特定のには see H-W Micklitz, 'Considerations Shaping Future Consumer Participation in European Product Safety Law' in Ch Joerges, Workshop on Product

標準化における消費者代表の調整のためのヨーロッパ協会（ANEC）が消費者の立場からのインプットを整理する役割を引き受けているが、いかなる公式の法的地位も与えられてはいない。サービス指令も同様のアプローチを追求している。そこではサービスの標準化の重要性が強調され、消費者団体への言及すらあるが、いかなる形の参加の権利に関しても結論を下してはいない。規則2006/2004の第一草案は、利害関係者がしかるべき委員会の聴聞を受ける可能性について規定していた。しかし、この権利は欧州評議会における最終の交渉過程の中で抜け落ちた。²²⁰

Lamfalussy 方式は法形成のプロセスに構成国の政府と規制担当者を統合したわけだが、利害関係者の機能と役割については取り扱っていない。この役割は、保険サービス業界および投資サービス業界に設けられた委員会・欧州証券規制当局委員会（CESR）、および欧州電気・ガス規制当局グループ（EREG）に委ねられている。前者は市場参加者助言パネルを立ち上げた。これは助言機能を持ち、産業界の諸々のセクターからの代表によって構成されている。それらは欧州委員会によって選定され任命されたものである。欧州委員会は適当な発言権というものを自ら選択しているのである。個人投資家やその団体は市場参加者とは見なされていない。

2004年、EREGは「EREGのコンサルタント実務に関する公式ガイドライン」を公刊した。その第4項は、「適切な場合、規制担当者はあらゆる範囲の関心を有する当事者から意見を聴取する。これには、必要に応じ、消費者、流通業者、ネットワーク管理者、生産者を含む」とする。しかし、EREGは正式なコンサルタント機構を立ち上げていない。調和的な文言にもかかわらず、これらのガイドラインの実際上の効果は限定されている。最終的には、欧州委員会が行動を用意し起こそうとする場合に常に開始する「通常」の意見照会手続に近づくであろう。

書かれた法の分析が、ルール形成される態様の特定の理解を示唆しているにもかかわらず、実際に行われている法がどのようなものであるか

Safety and Product Liability in the European Community, EUI-Working Paper, San Domenico (FI), (1989) 182–205.

²²⁰ See <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>, comments on the Regulation on consumer protection co-operation, ECLG 134/2004.

について利用可能な知見はほとんど存在しない²²¹。ガバナンスが示唆することは、新たな形態のルール形成はより広い範囲の利害関係者と社会一般の参加を提供し、これによりこうした新しいルールに新たな正統性のパターンを付与するであろうということであった。しかし、ガバナンスについての理論を構築することと、現実の世界において理論的コンセプトを検証することとは別物である。

標準の形成の分野での消費者団体の役割の分析も有望な洞察を提供するものではない。構成国の標準化機関の消費者委員会ないし ANEC からの代表は、多くの精巧な技術標準を携えていた²²²。その活発な参加を通じて、CEN と ANEC との間の合意は明白な帰結をもたらしている。消費者の代表は関連する文書へのアクセスを有しており、提案をなし、科学的な助言を提供することが認められていた。作業部会の議事録は公開されていない。意見照会は機密のままである。しかし、関連する技術的委員会において消費者の見解が考慮に入れられたのか、その程度はどうかについては評価が困難である。関連する技術標準に消費者が満足かどうかは、これが採択され、EU 官報（Official Journal）に公刊されるか構成国標準化機関を通じてアクセス可能となって初めて明らかになる。そうすると、問題はこれらの知見がどの程度まで一般化可能かである。

C. 新旧の規制手法——強行規定、デフォルト・ルールおよび私的規制

(1) 欧州委員会とははや、規制私法を具体化するに際し、規則、指令、勧告といった伝統的規制手法に全面的に依拠することをしていない。よく知られているように、欧州委員会はこれまでも現在でも、異なった法分野に特定の手法を適合させることに極めて革新的であり、このことはとりわけサービスの規制に関して顕著である²²³。

(2) 当時の「技術標準および規制に対するニュー・アプローチ」は、当

²²¹ OMC という例外が存在する。See Zeitlin, in Zeitlin and Pochet (eds) (2005); Smismans (2006).

²²² See Chapter IV, II, 3. with concrete references.

²²³ 異なった戦略の幅広い評価として、see F Cafaggi (ed), *Reframing Self-regulation in European Private Law* (2006).

初、技術標準を規制し、義務的な製品安全規制を不要のものとするためにデザインされていた。早くも6年後には製品安全に関する指令を採択すること（指令92/59/EC²²⁴、これは2001年に指令2001/95/EC²²⁵となった）が政治的に必要であることが明らかになったという意味で、このコンセプトが失敗する一方、コンセプトそれ自体は次第にサービスへと拡張されてきており、さらに食品や化粧品へも拡張され得る（一般的な製品安全に関する指令2001/95/ECをサービスへと拡張することによる「ニュー・アプローチ」の拡大に対して均衡を取る用意はされていない）。この分析のコンテキストにおいて最も顕著な現象は、事業者間関係にせよ事業者・消費者間関係にせよ、一定のタイプの契約上の権利・義務について非拘束的なものであるが公式な発言を形成するに際しての、標準化機関の重要性の拡大である。

裁量的政策調整（OMC）は社会政策と労働法に拘束されている。私法の法形成の分野、特に野心的な法典化プロジェクトに関連して、その利用可能性を検討することも法原理からは示唆されるが、欧州委員会がOMCの射程をヨーロッパ私法、とりわけ想定されている法典化プロジェクトへと拡張することを意図しているということはない²²⁶。社会政策におけるOMCの機能および役割と、伝統的私法の下での規制の可能性との間には一定の類似点がある。いずれの分野においてもECは権能を有していない。このことは社会政策の領域では明白である。伝統的契約法の領域では、一般的了解はあるものの、必ずしも明白ではない。消費者保護、規制市場、取引方法、健康と安全性についてのルール採択に関する権能、すなわちEC私法の境界、規制私法に関する権能をECは有しているが、構成国私法秩序を「ヨーロッパ民法典」によって置き換える権能は有していない²²⁷。

²²⁴ OJ L228, 11.8.1992, 24.

²²⁵ OL L11, 15.1.2002, 4.

²²⁶ F Cafaggi, 'Una governance per il diritto dei contratti' in F Cafaggi (ed), *Quale Armonizzazione per il Diritto Europea dei Contratti* (2003) 183; W van Gerven, 'Needed: A Method of Convergence for Private Law' in A Furrer (ed), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs* (2006) 437; now F Cafaggi, EU1 Working Paper 2007/26.

²²⁷ See the numerous writings of Weatherill in Cafaggi (ed) (2006) 37. しかしながら、J

共通参照草案の政治的議論が法典化プロジェクトにおけるOMCの重要性を強化するか、するとしてどの程度かについては議論の余地がある。

これまでも現在も欧州委員会は、契約法²²⁸、不正取引方法²²⁹、そして知的財産権の分野²³⁰における自主規制と共同規制を、本腰を入れずに推進してきた。標準約款を発展させる分野での欧州委員会の構想は失敗した一方で——欧州委員会は明示的のこのアイデアを断念した——、不正取引方法と、一定程度までは知的財産法に関しては、より成功を収めてきた。その初期の試みにおいて、欧州委員会は不正取引方法の分野において強行法規と任意規定とを組み合わせようとしてきた。行動規範が規制手法の主要な部分を構成するものとされており、これにより公正でミスリーディングではない取引方法を具体化するだろうと信じられた。しかし、こうした試みが本格的で「総合的な」提案へと結実することはなかった。不正取引方法に関する指令2005/29/ECの採択されたバージョンは、行動規範が指令の規制主体によって認可されるか、それはどのような条件の下でかという問題に限定されている²³¹。反対に、情報社会における著作権に関する指令2001/29/ECは、著作物へのアクセスとフェアユースに関する権利者の行動規範の普及を積極的に促進している²³²。

(3) DCFRの法的性質もまた曖昧である。DCFRで展開された「ツール」を利用することに関して、欧州委員会と欧州議会との機構間合意の法的帰結は、将来の法形成プロセスにおいて如何なるものであろうか？当事者はDCFRをローマ条約の下での28番目の法秩序として選択することは許され

Basedow, 'A Common Contract Law for a Common Market' (1996) 33 CML Rev 1169 は法的根拠として基本条約308条の利用を主張する。

²²⁸ H Collins, 'The Freedom to Circulate Documents: Regulating Contracts in Europe' (2004) 10 European Law Journal (2004) 787. 当面の間、欧州委員会は利害関係者の参加を通じて標準契約条項を発展させるというアイデアを放棄した。

²²⁹ H Collins, 'EC Regulation of Unfair Commercial Practices' in H Collins (ed), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (2004) 8.

²³⁰ Directive 2001/29/EC, OJ L167, 22.6.2001, 10.

²³¹ Article 6 b) Directive 2005/29/EC, see G Howells, chapter 7, in G Howells, H-W Micklitz, and Th Wilhelmsson, (2006) 195.

²³² See Article 6(4) of Directive 2001/29/EC.

るであろうか？²³³ 構成国は積極的ではないが、この可能性を完全には排除していない。当事者がその契約を自主的に DCFR に基づかせることに合意したとすればどうなるであろうか？ DCFR に規定された権利義務は司法的コントロールに服するであろうか？そしてそうだとすれば、その基準は何であろうか？ある事例はこの点の重要性を強調するかも知れない。DCFR は、通知が欠ける場合の訪問販売契約から期間的限定なしに離脱する消費者の権利を排除している²³⁴。このことは Heininger²³⁵ ドクトリンに反する。そうだとすると DCFR は既存の判例法に照らして評価され得るであろうか？

(4) これらの新たな規制手法は全て、規制的ヨーロッパ私法において第一義的な重要性を有している。この意味で、立法者による伝統的規制と新たな形態の規制手法との間の境界線がこれまで以上に曖昧になっているという見解を検討するに当たり、規制的私法は豊富な領域を提供している²³⁶。このことが、本研究の内容が、ガバナンス・パラダイムの下および域内市場の下での規制の伝統的形態の相互作用に関する議論の中核となる理由である。ポイントは、いずれの規制手法が、いかなるコンテキストで適切であり、EC の多層的構造のいずれのレベルで誰がこれを具体化すべきかを見出すことのみならず、より理論的なコンテキストにおいて、変容しつつある法的環境における法の役割（と法の支配）とはどのようなものであるかを見出すことである。

特定の領域のヨーロッパ法に関するものないし新たな手法の他の分野（法典化プロジェクトを含む）への転用可能性に関するものを別にすると、これまでの研究は、新しいガバナンスの憲法的な含意ないし（本稿の主題

²³³ この論点につき、see H Muir Watt and R Sefton-Green, 'Fitting the frame: an optional instrument, party choice and mandatory/default rules' in H-W Micklitz and F Cafaggi (eds), *After the CFR—what Future for European Private Law* (2009).

²³⁴ See E Terryn, 'The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of References' in Schulze (ed) (2008) 145.

²³⁵ Case C-481/99 Heininger [2001] ECR I-9945, ECJ, 13.12.2001.

²³⁶ より深い分析として、see G-P Calliess and P Zumbansen, *Rough Consensus, Running Code: A Theory of Transnational Private Law* (2009).

にヨリ関連するところでは) ヨーロッパ私法の拡張された制度的枠組みに焦点を当てている。前者は、法の支配と役割²³⁷、および EC の憲法化の手段としてのコミトロジーを特定の検討し、以て透明性、アカウントビリティおよび参加に基づく規範的枠組みを擁護する²³⁸。後者は、新たな規制手法が私法にどの程度、作用し影響を与えるかを詳細に分析する²³⁹。

(5) OMC を別にして、これまでに規制的私法において利用され検討されてきた新たな規制手法は全て、「技術標準に対するニュー・アプローチ」を支える規制上のコンセプトに基づいている、と筆者としては論じたい。このことは、ヨーロッパ法典化プロジェクト、すなわち DCFR が彫琢されてきた回路についてもそう言える²⁴⁰。新たな規制手法はそっくりのパターンを辿っている。まず、EC が一般条項タイプのルールを通じて指令の形でハードローを採択する²⁴¹。これはさらに、技術標準、プログラム型のルール、行動規範、憲章といったものを通じて具体化される。これらの新たなルールは、脱政治化した法形成プロセスの産物であり、そこでは司法審査が消失してしまっている。欧州議会が権能を失ったのと引き替えに、欧州委員会の役割は強化されている。構成国は優先効に準じる効力により、基本条約の下で権能を有しているはずの分野においてさえ後退を余儀なくされるかも知れない。

このことが、ここで問題としている新たな規制手法が少なくとも以下の

²³⁷ See G de Búrca and J Scott (eds) (2006); G de Búrca, 'The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union' (2003) 28 *European Law Review* 814; Walker (2005) 581.

²³⁸ Ch Joerges, 'Transnationale "deliberative Demokratie" oder "deliberativer Supranationalismus"? Anm. zur Konzeptualisierung legitimen Regierens jenseits des Nationalstaats bei R. Schmalz-Bruns' (2000) 7 *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 145–161, the same author, 'Deliberative Supranationalism—Two Defences' (2002) 8 *ELJ* 133–151.

²³⁹ Cafaggi (ed) (2006); Cafaggi and Muir Watt (eds) (2008); same authors (2009).

²⁴⁰ ヨーロッパ私法に関して、see Micklitz (200) 2–15, updated English version in *Liber Amicorum Guido Alpha Private Law Beyond the National Systems* (eds) (2007) 699–728.

²⁴¹ 特に最広義の一般条項の役割について、see F Cafaggi, *EUI Working Paper 2007/26*, pp 10 and 18; St Grundmann and D Mazaud, *General Clauses and Standards in European Contract Law* (2006).

要素を共通して有している理由である。

1. これらは、何らかの形で公的な監督の下にある。こうした監督をなすのは、欧州委員会であることも、公的もしくは準公的機関を通じた構成国であることも、あるいは欧州委員会もしくは構成国によって授権された民間組織でもあり得る——すなわち、これらの規制手法は全て共同規制のカテゴリーに入る。
2. 狭義の自主規制は、少なくとも規制的ヨーロッパ私法の発展の背後にいる欧州委員会からは、規制手段とはみなされていない。
3. 新たな手法はEUの多層的手続と両立しなければならず、また、未だに優位性〔の原理〕に基づいているEU法秩序のヒエラルキーに対応しなければならない。
4. あらゆる種類の新しい制度的プレイヤーが拘束的枠組みの中で発展させてきたこれらのルール of 法的性質は、しばしば曖昧なままである。（例えば、拘束力のある一般条項から新たなルールが逸脱した場合、どうなるであろうか？未だハーモナイズしていない構成国の拘束力ある法と新たなルールが抵触した場合、どうなるであろうか？）

D. 法執行の新旧の態様

(1) ECは、公的執行に関しては執行における連邦主義（Vollzugs-Föderalismus）のコンセプトに、民事的執行については構成国単独の権能に、基づいている²⁴²。

ECは徐々に、この規制権能の欠落を、ヨーロッパ共通の基準が発達してきた問題領域からの権能の借用によって埋め合わせてきた。問題領域関連や産業セクター関連のヨーロッパ・レベルのルールは、しばしば執行の構成のあり方についての要件を構成国に課している。私法上の事項につき、構成国は、確立された執行メカニズムが実効的で抑止的で均等なものである限り、民事的執行と公的執行とを自由に選択することができる。構成国レベルの執行主体が存在する場合、ECの多層的構造に照らすと、調整のための体制を確立する必要性があることが含意されることになる。こうし

²⁴² See now Cafaggi and Micklitz (2008) 391.

た体制は法的にも事実上も欧州委員会の役割をますます強化することとなる。²⁴³

憲法的境界線の再形成における第二のプレイヤー、特に民事的執行におけるものは、ヨーロッパ司法裁判所（ECJ）である。未だ不完全な執行メカニズムは、van Gervenによる影響力の大きな研究²⁴⁴の言うところの「権利、救済そして手続」に関する司法積極主義によって部分的に補われている。このため、民事的執行における構成国の権能はますます限定されつつある。このことは概ね、構成国の提供する救済と手続がしばしば、EC第一次法²⁴⁵および第二次法²⁴⁶の下で要求される実効的な法律上の保護を満足させるものではない、という事実による。構成国の手続上の自律性に対するECJの介入は拡大しつつあり²⁴⁷、どの執行メカニズムがいずれのレベルで誰によって採用されるべきかを明確化する必要性を増大させている。このことは、民事的執行についての論点が必然的に、EUの連邦制的側面とこれが取り扱われるべきあり方の問題を惹起することを意味する²⁴⁸。

(2) 執行に関する今日の制度的枠組みは、構成国が執行における連邦主義のドクトリンの下で残された裁量の余地を享受している場合には、まだ民事的な司法的執行と行政的執行との相互作用として理解し得るだろう²⁴⁹。しかし、欧州委員会の促進するEU法の執行の将来的な政策モデルは、第

²⁴³ 概観として、see Micklitz, EUI Working Paper 2008/06.

²⁴⁴ 'Of rights, remedies on procedure' (2000) 37 CML Rev 501.

²⁴⁵ 個人の執行可能な権利の強化のための参照点としてECJはヨーロッパ人権条約を利用しているところから、EC法の私人による執行は人権の意味合いを強く帯びる。

²⁴⁶ See P Rott, 'Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts Studie im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung', 2006, available at the homepage <<http://www.leaderplus.de/download/pdf/04HS033.pdf>>.

²⁴⁷ See P Craig, *EU Administrative Law* (2006) 789; T Tridimas, *The General Principles of European Law* (2006) 418; M Dougan, *National Remedies before the European Court of Justice* (2004).

²⁴⁸ See J Lindholm, 'State Procedure and Union Rights, A Comparison of the European Union and the United States,' PhD thesis, University of Umea, Sweden (2007).

²⁴⁹ See Cafaggi and Micklitz (2008) 391.

一義的に、構成国の公的機関を通じた脱中央集権化した執行によってガイドされ、残余の権能が欧州委員会に委ねられるというもののようである。このモデルは規制市場については既に確立された（ないしは確立途上にある）ものであるが、今や消費者契約法の分野へも拡張されてきている²⁵⁰。このことは、司法的執行から行政的執行へのパラダイム・シフトを含意する。直接的な帰結は執行手段の選択における180度の転換である。これに先立つものとしては、「技術標準に対するニュー・アプローチ」の中で発展し、やがて多様な EC 法の分野、特に規制市場へと拡大されてきた、コミトロジーがある。消費者契約法においては、裁判所を通じたハードな執行は、新たな態様のガバナンスを通じたソフトな執行、構成国の公的機関と欧州委員会および——ある程度までは——利害関係者の間での執行における協調を通じたものによって置き換えられるかも知れない。

このことは、欧州委員会が行政的執行を通じて民事的執行に取って代わろうとしているということの意味しない——いずれにせよそのような権能はない。しかしながら、両者の相互関係はずっと複雑になっている。民事的執行と行政的執行とが並立すれば、両者のインターフェース、特に集団的民事的執行に関するものは、再調整されなければならない。ましてや、構成国が集団的司法的執行の救済の確立に関して積極的である²⁵¹場合には特にそうである。競争法は、構成国とヨーロッパ・レベルの立法者にとって重要な試験場となるかも知れない。その脱中央集権的執行戦略の結果として、欧州委員会は個人——事業者と消費者——による、そしてひょ

²⁵⁰ See Regulation 2006/2004 on Co-operation of national authorities responsible for the enforcement of consumer law, OJ L364, 9.12.2006, 1; further, S Kaye, 'Regulation EC 2006/2004 on Consumer Protection Co-operation' in G Howells, A Nordhausen, D Parry, and Ch Twigg-Flesner, *Yearbook of Consumer Law 2007* (2006) 417.

²⁵¹ 構成国に関して、see An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings—Final Report, Study for the European Commission, (hereinafter Stuyck Report), available at <http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm> and also H-W Micklitz and A Stadler, *Das Verbandsklagerecht in der Informationsgesellschaft* (2005) and Ch Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A New Framework for Collective Redress in Europe* (2008).

とすると業界団体や消費者団体によるものも含めた、民事的執行メカニズムを発展させてきたように見受けられる²⁵²。とすると、構成国のカルテル規制庁および欧州委員会を通じた行政的執行は、個別のおよび集団的な民事的司法的執行と並べて考えられなければならない。規制消費者法の執行に関しては状況はさらに不明確である。この分野では、構成国間で執行戦略は大きく異なる。規制庁を通じた行政的執行に依拠するところもあるし、業界団体や消費者団体に執行を委ねているところもある。近時の構成国の規制積極主義は、業界団体や消費者団体を通じたもののみならず、公的機関を通じたものを含めて、集団的救済メカニズムを強化してきたし、強化し続けている。現時点において欧州委員会は、少なくとも差し命令を別にすれば、集団的司法的執行の規制に介入する用意はないようである。これまでのところ欧州委員会は裏方に徹しており、EC レベルでの適切な法ルールを発展させる可能性を検討するとアナウンスするのみである²⁵³。差し当たってこうした取り組みは、様々な研究を、集団的補償スキームに関する議論²⁵⁴を開始するところ限定されている。

(3) しかしながら、詳細な検討に値し、司法部と行政部の区別ないし接近を超えた、法執行のさらなる次元が存在する——裁判所であれ公的規制庁であれ、権限を有した執行機関が、緊密な法的枠組みを越えて協力する

²⁵² 競争法に関して、see Green Paper, Damages action of the EC Antitrust rules, COM (2005) 19.12.2005, 672 final and now the White Paper on Damages actions for breach of EC antitrust rules, COM (2008) 165 final.

²⁵³ COM (2007) 99 final, 13.3.2007.

²⁵⁴ Study commissioned by DG Sanco on the effectiveness and efficiency of collective redress, <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf> and study commissioned by DG Sanco on the problems faced by consumers in obtaining redress for infringements of consumer protection legislation, and the economic consequences of such problems, <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreport-problemstudypart1-final.pdf>.

²⁵⁵ Green Paper on consumer collective redress, Brussels, 27.11.2008, COM (2008) 794 final.

程度である²⁵⁶。（水平的には構成国レベルにおける相互関係についてであり、垂直的には欧州委員会の下でのヨーロッパ・レベルにおける相互関係についてである。）²⁵⁷

著書『司法協力のポリティクス The Politics of Judicial Co-operation』²⁵⁸の中で、予備的照会手続において、EUの裁判所はヨーロッパ法のルールの水平的解釈を得ようと努力する一方で、構成国の裁判所は具体的な事件を解決するための垂直的の助言を求めるとの仮説を筆者は展開した。その帰結はEUの裁判所と構成国の裁判所とのコミュニケーション・ギャップである。このことは、裁判所間のコミュニケーションを改善し、よりよい判断を可能とする協調システムを確立する回路と手法を探る必要性を強調する。その帰結は、今までにもまして強力な形態の「司法的ガバナンス」²⁵⁹となるかも知れない。

筆者はその仮説の検証を、ECの政策形成と構成国のそれとの間の相互作用や、若干の行政的協調に関して行っており、同様の結論を得ている²⁶⁰。欧州委員会は、域内市場における消費者の役割を改善するために何が必要で実行可能かという観点から、消費者政策プログラムを形成してきたし形成し続けている。このことにより、構成国のニーズ、少なくとも独自の消費者政策プログラムを発達させてきた構成国のニーズが大幅に軽視されている。筆者の知る限り、規制のヨーロッパ私法の執行における構成国の当局と欧州委員会との間の協力に関する利用可能な経験的証拠は存在しない。同様のコミュニケーションの困難さが存在すると推測され得ることが

²⁵⁶ A Potocki, 'Les Réseaux Juridictionnels en Europe' in *Liber Amicorum pour Bo Vestendorf*, préf. de José Luis Da Cruz Vilaça; études coordonnées par Baudenbacher, (2007) 141.

²⁵⁷ 民事事項における司法上の協力につき、see M Storme (ed), *Procedural Laws in Europe, Towards Harmonisation* (2003); E Storskrubb, *Judicial co-operation in civil matters—A policy area uncovered*, EUI PhD thesis (2007).

²⁵⁸ Micklitz (2005).

²⁵⁹ See S Frerichs, *Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft, Integration durch Recht jenseits des Staates* (2008).

²⁶⁰ H-W Micklitz, 'The Relationship between National and European Consumer Policy—Challenges and Perspectives' in *Yearbook of Consumer Law 2008* (2007) 35–66.

示唆されている。こうした理由から、裁判所間のみならず公的機関の間の新たな形態の協調が多層的なECにおいて喫緊に必要である、と論じることは突飛でもないだろう²⁶¹。

V. ヨーロッパ私法と構成国の私法との相互作用の構造化——柔軟な協調システムのための予備的考察

ここでの総合的な考え方は、再定義された抵触法の観点から、「目的的手法」と「社会的正義」とを結合するというものである²⁶²。ここで念頭に置いている「域内市場」というのは、物質的正義の側面を効率性の側面と結び付ける、異なった規制手法の協調システムであり、単にECと構成国（と私的アクター）の間で権能を分配するのみならず、その境界を定めることである。

A. 私法（契約法）ルールの種々の体系

この概観からは、一方における規制的私法やアキ原則と、他方におけるPECLやDCFRとの、根本的差異を想起せずにはいられない。前者はECによって採択され構成国によって実施される拘束力ある法である。如何なるアキの「一般化」も（それが消費者アキであれ目的介入に関するアキであれ）、どの程度、見出された「ルール」が既に存在し、それらがアキを越えた射程を有するかの問題を提起する²⁶³。同様に、目的介入のアプローチは検討されるべき問題領域と考慮されるべき法源についてより広範であることも明らかである。

²⁶¹ この方向での一連の提案として、see Cafaggi and Micklitz in Cafaggi and Micklitz (eds) (2009).

²⁶² 同様の方向性のものとして、A Furrer, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, Das europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das Europäische Wirtschaftsrecht* (2001); Ch Joerges, 'The Challenges of Europeanisation in the European Private Law' (2005) 24 *Duke Journal of Comparative and International Law* 149.

²⁶³ アキ原則の注意深い分析として、see Jansen and Zimmermann (2007) 1113; (2008) *ModLRev* 505.

目下の所、恐らくは一つの例外を除くと、様々なレベル・様々な法体系の間の関係を定義しようとする意図は存在しない。DCFRやアキ原則は一貫した法ルールの体系として概念化されている——これは、少なくとも理論的には構成国私法秩序に取って代わり得るものである。しかしながら、DCFRとアキ原則はいずれも他の目的に資するだろうことも理解し得る。これらは構成国法の解釈に当たって考慮に入れられたり、共同規制の枠組みにおける「ソフト・ルール」の精緻化をガイドしたりし得る。いずれのルールのセットもそれ自身の生命、そのルールがデザインされた目的を越え得る生命を展開することがあり得る²⁶⁴。

表1.3 私法ルールの種々の体系

	規制私法	アキ原則	PECL	DCFR
ヨーロッパ・レベル	(アキ・コミュニケーション法、不法行為法、実効的法的保護)	(アキ・グループ) 消費者契約法、差別的取扱禁止法	(ヨーロッパ) 民法典研究グループ) 債務法、契約法	(アキ原則とPECL) の結合)
構成国レベル	概ね大陸法典とコンロー以外の構成国私法	民法典の一部ないし別途の法典化またはその両方	正統派大陸法典とコンローの中心	役割と機能：構成国私法秩序を「置換」という意味での法体系または構成国私法秩序の解釈手段？
自主規制／共同規制／標準化	共同規制と標準化は概念上、規制私法に統合		一定程度までは考慮 ²⁶⁵	

²⁶⁴ See N Reich, Why Contract Law in Regulated Markets is not Part of the Debate—'Selfregulation' Redivivus, Paper presented at the EUJ on 31 January 2008.

²⁶⁵ eg *Service Contracts (PEL SC)* Barendrecht, Jansen, Loos, Pinna, Cascao and van Gulijk (2007).

B. 「新たな」法の内容

規制私法の枠組みを構成する5つの分野のサーベイにより、より詳細に分析されるべき論点への手がかりとなる洞察が得られる。

表1.4 「新たな法」の内容

ヨーロッパ規制私法	「新たな」内容
私法における差別的取扱禁止	<ul style="list-style-type: none"> ・新たな価値 ・市場アクセスの公正 ・契約の自由と契約締結義務 ・私法における人権的側面 ・差別的取扱禁止ルールの執行可能性
規制市場	<ul style="list-style-type: none"> ・新たな原則 ・アクセス可能性と適正価格 ・ベスト・プラクティス ・関係的契約における紛争の手続化（遮断と支払遅延）
<ul style="list-style-type: none"> ・金融サービス ・エネルギー ・運輸 ・通信 	
<ul style="list-style-type: none"> ・取引方法 ・知的財産権 	<ul style="list-style-type: none"> ・平均的で脆弱な消費者 ・契約締結前および締結後の義務（情報開示） ・契約締結の正確な時期の重要性の低下 ・直接の契約関係の乗り越え
<ul style="list-style-type: none"> ・民事競争法 ・政府補助 ・公共調達 	<ul style="list-style-type: none"> ・競争と規制を通じた契約の形成 ・競争的要素：違法な契約を取り消す権利と義務 ・三面契約の法律効果 ・「合意は拘束する」の原理と信頼の保護 (Vertrauensschutz)
<ul style="list-style-type: none"> ・製品安全 ・食品安全 ・(他の) サービスの規制 	<ul style="list-style-type: none"> ・技術標準的環境を通じた契約法形成 ・ハーモナイズした契約法の欠如 ・不法行為法と製造物責任の補償的機能

C. 新旧の規制手法のコンビネーション

一つのやり方で全てを網羅しようとするアプローチは存在しない。適用されるコンテキストに従って異なった規制手段が形成されなければならない。本稿ではこれまで、規制私法において同定し得る7つの「原理／手法／パラメータ」を出発点として使ってきた。さらなる留保が必要である。この当初の説明は、何が、どのレベルで決定されるべきかという問いについてのみ焦点を当てている。新たな構造的な方向付けが私法それ自体を取り扱うことになるのであれば、後の段階において、いずれの

ルールを強行法規とし、いずれを任意規定とすべきかが確認されなければならない。しかしながら、取引の最低限のレベルを保障するために、事業者・消費者間のみならず一定程度は事業者間においても強行法規が必要とされるとの想定から出発しよう。

様々なアプローチに関して論評することで、何が意味され、何が現在の選択肢であり、どの程度までそれらが実行可能なかが説明されるだろう。

完全なハーモナイゼーション：完全なハーモナイゼーションに対する主要な困難は、EC法の要請から構成国が逸脱することを阻止してしまうことである²⁶⁶。不公正取引方法指令や消費者信用指令をめぐる近時の論争は、構成国が、完全なハーモナイゼーションに同意する領域と同意しない領域とを極めて慎重に注視していることを示した。このことが「目標を定めたハーモナイゼーション」という新たな用語の使用を説明することだろう。この問題は特に情報義務との関係で考慮に入れられるかも知れない²⁶⁷。もともと、情報義務とは何かを決定することは困難かも知れないが、Grundmann²⁶⁸の理解によれば取消と撤回は情報のパラダイムの一部だということになる。これらの権利が強い市場バイアスを伴っていることに筆者も同意する。これらは価格の比較と競争を促進する。これらは、特定の情報義務と撤回権の細部に関係する限りにおいて、目標を定めた完全なハーモナイゼーションに服するであろう²⁶⁹。しかし、必要な評価の余地を構成国に残すために、公正さ、善意／信義誠実といった一般条項に、完全なハ

²⁶⁶ 製造物責任に関して、see M Sengayen, 'Recent Judgments of the European Court of Justice and the Elusive Goal of Harmonisation of Product Liability Law in Europe' in Ch Twigg-Flesner, D Parry, G Howells, and A Nordhausen (eds), *Yearbook of Consumer Law 2008* (2007) 447. 現在では消費者の権利に関する提案 (Proposal on Consumer Rights (COM (2008) 614 final)) が議題を設定することになるであろう。See Micklitz and Reich (2009).

²⁶⁷ 法と経済学の分析の下での最大限のハーモナイゼーションへの反論として、Cafaggi, EU Working Paper 2007/26, p 10.

²⁶⁸ St Grundmann, W Kerber, and St Weatherill, 'Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market—an Overview' in Grundmann, Kerber, and Weatherill (eds) *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (2001) 3.

²⁶⁹ See Micklitz and Reich (2009).

ーモナイゼーションを拡張すべきではない。

最低限のハーモナイゼーション：これは、これまでのところ契約法関連の指令の多数で使われているアプローチである。欧州委員会は、最低限のハーモナイゼーションから最大限のハーモナイゼーションへと、法多元主義をめぐる苦闘の中心にあるその方針を転換しようとしている。異なる正義のコンセプト——分配的正義対公正さ／Zugangsgerechtigkeit——が問題となる場合には、最低限のハーモナイゼーションは決定的な役割を有していると、筆者としては主張したい。これらは契約の内容に関する問題である。ここではECのルールは、構成国に公正さ／Zugangsgerechtigkeitを超えた標準を定める余地を提供すべきである。またもや、公正さと社会的正義の間に明白な境界線は存在しない。これらのコンセプトは「より少ない」正義から「より多い」正義へとわたるスケールにおいてよりよく理解されるかも知れない²⁷⁰。

最大限／最低限のハーモナイゼーションと起点地主義との結合：欧州委員会は最大限のハーモナイゼーションと起点地主義とを結び付けることをその義務と感じているかのようである。問題は、構成国がECの法形成をランダムに受容しようとしているわけではない、ということのようである。例えば、目標を定めたハーモナイゼーションの領域を上げることができるかも知れない。起点地主義の原則が適用となる領域はそうではない。

別の形態、最低限のハーモナイゼーションと起点地主義とを結び付けるやり方が政治的フォーラムにおいて注目を集めたことはない。この選択肢は不公正取引方法指令の準備過程²⁷¹や消費者アキの予定されている改訂²⁷²の途上で議論された。こうした形態は、構成国法秩序間の——最低限の閾

²⁷⁰ See Wilhelmsson (2004) 712 at 723; J Stuyck, 'Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law' in L Krämer, H-W Micklitz, and K Tonner (eds), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order* (1997) 279.

²⁷¹ F Henning-Bodewig, *E-commerce und irreführende Werbung, Wettbewerb in Recht und Praxis* (2001) 771.

²⁷² COM (2006) 744 final Green Paper on the Revision of the Consumer Acquis, p 10 and Consumer Protection Strategy 2007–2013 COM (2007) 99 final, p 7.

値を超えた——競争を促進するという利点を持つであろう。まず考えられる候補としては、完全にハーモナイズしていない限りにおいての情報義務の分野がある。

抵触法ルール：不法行為法の分野では、DCFRの第6編はヨーロッパ不法行為法原則（PETL）と競合関係にある。後者は2005年に公刊されたもので、不法行為法の専門家がヨーロッパ不法行為法・保険法センター（ECTIL）と共に作り上げたものである²⁷³。その世界的な幅広い受容にもかかわらず、製造物責任指令85/374/EEC²⁷⁴は限定的な実際上の重要性しか有していない²⁷⁵。サービスの分野ではヨーロッパのルールは完全に欠落している²⁷⁶。これが、構成国の不法行為法が未だに補償請求の主要な法源である理由である。

ヨーロッパ・レベルの民営化政策（現在の規制市場）および規制緩和政策（サービス分野における）は競争的市場の確立に焦点を合わせ、契約内容を定義することを差し控えるものであった。これらにより、構成国の民事責任ルールが重要性を増した。この意味で、構成国の私法はヨーロッパ・レベルの民営化および規制緩和政策を通じて強化された。国境を跨ぐ賠償請求はローマⅡ規則²⁷⁷の下で解決されるであろう。実務における予見可能な弱点にもかかわらず、ローマⅡ規則はヨーロッパの多くの文化を育んでいる。

起点地主義：この原理は異なった製品品質基準を取り扱うのに適当な手段である。Medien Vertrieb 事件²⁷⁸は、青少年に悪影響をもたらすかについてイギリスにて審査された日本のマンガが、ドイツ当局独自の証明を受け

ることなしに遠隔地販売によってドイツで頒布されてもよいかという争点を取り扱う。ここでの問いは、頒布の禁止がドイツ法（市場規制）の下で正当化できるかである。Mengozzi 法務官は起点地主義の適用を拒絶し、当該マンガが青少年に有害かどうかの判断をドイツに委ねている。これにより彼は、起点地主義を正反対に転倒させる連邦主義的アプローチを擁護している。

法秩序間の競争：債務法が法秩序間の競争における主要な領域となり得るか、あり続けることができるかについて思いをめぐらせることもあるかも知れない。しかしながらここにおいてもEC法は既に介入してきており、特にインターネット経由で締結される契約についてはそうである（電子商取引指令2000/31/EC）。だが、競争は、私法に影響する共同体第一次法の解釈や私法としての性質を持つ第二次法の解釈においても現れる。Johnston と Unberath²⁷⁹は、4つの自由に関する消費者保護に対する市場志向アプローチと、様々な消費者契約法指令に関するより保護志向のアプローチの間の衝突を示唆している。こうした区別が連邦主義的アプローチに貢献し、構成国がその消費者と恐らくはその市民のより高水準の保護のための権能を保持し続けるかは、現時点では不明である。

法秩序間の競争が明らかだと思われる領域——司法システムへのアクセス可能性：裁判所へのアクセスの容易な国は、より困難な国に対して競争上の利点を有しているように思われる。このことは、自国のものよりも外国の法秩序により信頼を置いている市民が存在することを示すユーロ・バロメーター〔の調査結果〕によって確認されている²⁸⁰。別の好例としては、各EC指令の国内法化を担当する省庁に対して業界団体が予防的訴訟を提起することを認めるイギリスの裁判所の実務がある。その合法性はEC第一次法の基本原則を破るものだと異議を申し立てられている

²⁷³ European Group of Tort Law (eds) (2005).

²⁷⁴ OJ L210, 7.8.1985, 29.

²⁷⁵ M Reimann, 'Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model' (2003) 11 European Review of Private Law 128.

²⁷⁶ U Magnus and H-W Micklitz, *Liability for the Safety of Services* (2006).

²⁷⁷ OJ L199, 31.07.07, 40.

²⁷⁸ AG Mengozzi, 13.9. 2007, Case C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG*, see further annotation Reich (2007) 715; as confirmed by the ECJ 14.2.2008 at 36–52. だが、Mengozzi 法務官とは逆に、ECJ は禁止を販売に関する取り決めとしては取り扱わず、基本条約28条の射程外とした。

²⁷⁹ Unberath and Johnston (2007) 1237.

²⁸⁰ See references in Wilhelmsson (2004) 317; now Proposal on Consumer Rights COM (2008) 614 final and the Eurobarometer, October 2008, 23, 97, 98, 104, 106, 109 <http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/eurobar_298_report_final_en.pdf> (そのような解釈を追認)。

が²⁸¹。最低限のハーモナイゼーションと起点地主義の結合により、競争はさらに強化されることになるだろう。

自主規制、共同規制、標準化：ヨーロッパ私法のより伝統的な分野において自主規制や共同規制を強化しようとの欧州委員会の規制に関する構想は、概ね失敗に終わった。欧州委員会は不公正な取引方法を、伝統的なハーモナイゼーションと共同規制の組み合わせを通じて規制しようと考えた²⁸²。しかしながら時が下るにつれ、共同規制は規制に関する検討課題から消え失せた。ヨーロッパ法典化プロジェクトにおいても同様である。欧州委員会は、利害関係者を通じた標準約款の具体化に主要な役割を与えることを意図していた。このプロジェクトは実際に開始される前に放棄されたが、その理由は明らかにされていない。

サービス分野、特に通信やエネルギー、運輸のような規制サービスにおいては、状況は異なるかも知れない。ここでは、構成国の公的機関と欧州委員会とがソフトロー・ルール発展に従事している。サービス指令の中で与えられた負託を背景として、ヨーロッパ・レベルと構成国レベルの標準化機関が関与しているサービス契約についても同様である。

表1.5 規制上のテクニックと問題領域

完全なハーモナイゼーション	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 遠隔地契約に関する契約締結前の情報提供に関するルール。包括的であり、各言語で利用可能であること ＞ 競争上および契約上の透明性 ＞ 取消／撤回／解約権の細目
完全なハーモナイゼーションと起点地主義との組み合わせ	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 不正取引方法指令および消費者信用指令にて検討されたが拒絶
最低限のハーモナイゼーション	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 適用の射程（住所地） ＞ 契約（約款）条項の司法的／行政的コントロール ＞ 救済
最低限のハーモナイゼーションと起点地主義との組み合わせ	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 完全にハーモナイズされていない範囲での契約締結前の情報提供義務 ＞ 完全にハーモナイズされていない範囲での取消／撤回／解約権
抵触法ルール	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 不法行為法 ＞ 製造物責任
起点地主義	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 製品の品質（製品安全を除く） ＞ 生産基準（労働の保護？）
法秩序間の競争	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 債務法 ＞ 法律上の保護（救済、私法へのアクセス） ＞ 最低限のハーモナイゼーションが起点地主義と組み合わせられた範囲
自主規制、共同規制、行動規範、標準化	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 標準約款条項 ＞ 定型契約 ＞ サービス契約

D. 法／ルール形成の新たなプロセス

新たな法形成・ルール形成プロセスの研究は、實際上ほとんど——裁量的政策調整に関するもの²⁸³を例外として——行われていない経験的な問いである。新たな法形成・ルール形成プロセスが、準憲法的なものであれ、準行政的なものであれ、完全な自主組織であれ、法的手続の外部で展開しつつあるという意味で、ここには間違いなく強力なガバナンスの次元が存在する。

²⁸¹ Case C-344/04, *IATA and ELFAA v Department for Transport* [2006] ECR I-403, ECJ; see N Reich, 'Urteilsanmerkung' (2006) EuZW 120 and M Varney, 'Grounded? Air Passenger Rights in the EU' in *Yearbook of Consumer Law 2008* (2007) 171, at 178–182.

²⁸² See Münchener Kommentar/UWG-Micklitz, EG E, 2006, Rn 10 *et seq.*

²⁸³ Zeitlin, in Zeitlin and Pochet (eds) (2005); Smismans (2006).

欧州委員会の発展させた法形成手続は、新たなプロセスを研究する際の基準として機能するかも知れない。正統性・透明性・アカウントビリティという概括的評価基準は、現在の実務の中で検討され具体化されなければならない。文書へのアクセスと法／ルール形成手続への参加ということを取り分け強調されなければならない。

E. 権利、救済、手続および執行

(1) EC私法は、個人、集団または公的機関による実効的な手続を通じ、適当な救済によって適切に執行されるべき権利を包含しているわけだが、ここではそのあり方に焦点を当ててみよう。

EC法は、権利、手続および救済を取り扱う包括的な手続法を有していない。このことが手続法における構成国の自律性のドクトリンの背景にある。しかしながら、人権に関連して、ECJはEC第一次法から2つの強力な手法を発展させてきた。実効性の原理（principle of effectiveness）と均等性の原理（principle of equivalence）である。これらは「手続」のみならず「救済」にも適用可能である。これらの原理は、拡大しつつある判例法の領域において、構成国の自律性が着々と絞り込まれていくことに貢献した。実効性および均等性の原理を機能させるための舵を取るのには、EC第一次法と第二次法から引き出される執行可能な権利の保持者である。

権利、救済および手続に関する構成国法とECルールとの相互作用は、手続および救済の両者に関してますます重要性を獲得しつつある。「手続」の分野における実効性原理のパワーを示す最適の例はClaro判決²⁸⁴である。本件でECJは、構成国の裁判所は職権によって契約条項に対するコントロールを行使すべきだと論じた。「救済」の分野ではClaro判決²⁸⁵やManfredi判決²⁸⁶といった例があり、これらはいずれも競争法の民事的執行について取り扱っている。

²⁸⁴ Case C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL* [2006] ECR I-10421, ECJ.

²⁸⁵ Case C-453/99, (2001) ECR I-7079, ECJ.

²⁸⁶ Case C-295/04 et al [2006] ECR I-6619, ECJ; further, F W Bulst, 'Anmerkung zum Manfredi-Urteil des EuGH' (2008) ZEuP 178.

いずれの法秩序も単独では存立し得ないことを明らかにすべく、構成国手続法（救済を含む）と拡大しつつあるEC手続法の相互作用を、Reichは「ハイブリッド化（交配 hybridization）^{iv}」と名付けた²⁸⁷。そうだとするとハイブリッド化は、EUと各構成国の双方が憲法的責任を負う「双頭の連邦主義的アプローチ」だということになる。根本的な差異にもかかわらず——アメリカの法システムは連邦と州の双方のレベルで包括的な手続法を提供している——、権利、手続および救済に関してECと米国を比較する研究は、実効的な法的保護に関して「連邦的」構造を形成する方法について有用な洞察を提供する²⁸⁸。

ハイブリッド化の要素は行政的執行においても同様に見出し得る。そこでは特にかつての国家独占の民営化について取り扱う無数の指令が、公的機関を方向付ける方法についての先例を定めている²⁸⁹。こうした構想は消費者安全へと——まずは指令92/59/ECとして、現在では指令2001/95/EC²⁹⁰にて改訂されて——波及している。構成国とEUの行政的執行の相互作用についてここで展開されたメカニズムは、市場監督に関する規則765/2008²⁹¹の採択の青写真として機能した。この指令は、より特定の行政機構が採用されている規制市場以外の——主として技術的な——商品をカバーしている。その背後の規制に関する思想は共通のヨーロッパ・レベルの政策を反映している。すなわち、適切で、能力と準備を伴った執行機関を設置するよう構成国は求められている。²⁹² これが今や私法にも押

²⁸⁷ (2007) 705.

²⁸⁸ See Lindholm (2007) and further, Reich, to be published in *Festschrift Brüggemeier and Cafaggi and Micklitz, Introduction in Cafaggi and Micklitz (eds), New Frontiers* (2009).

²⁸⁹ エネルギー・セクターにつき、Cameron (ed) (2007).

²⁹⁰ 極めて射程の長い、一般製品の安全に関する指令 Directive 2001/95/EC である。See H-W Micklitz, §§ 25, 27, in N Reich and H-W Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht* (2003) and Regulation 2004/2006, OJ L364, 9.12.2006, on Co-operation in Consumer Law Enforcement; now F Cafaggi, Product Safety, Private Standard Setting and Information Networks, EU Working Paper 2008/17 (2008).

²⁹¹ OJ L218, 13.8.2008, 30.

²⁹² Article 18(4). 加盟国は、市場監督機関が、その任務の適切な遂行に際して必要な知識、資源、権能を有するよう確保しなければならない。

し寄せている。

表 1.6 双頭の連邦主義的アプローチのハイブリッド化

構成国レベル	EC レベル
権利	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 第二次法 ＞ 権利に対する ECJ の関心
救済	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 実効性および均等性の原理 ＞ だが EC も独自の救済を有する ＞ 経済セクターないし問題領域に関連した救済
手続	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 実効性および均等性の原理 ＞ 経済セクターないし問題領域に関連した救済 ＞ 構成国の手続に関する自律性 ＞ だが縮小中

(2) 司法的執行と行政的執行の間の区別に関しても同様の影響がある。規制のヨーロッパ私法は、行政的執行と司法的執行（特に集団的司法的執行の拡大）との一体化によって特徴付けられる。EC が規制私法の様々な領域に介入するにつれ、権能のバランスは構成国から EC レベルへとシフトしていく。このことは、執行が EC レベルで中央集権化することを意味するわけではない。もっとも欧州委員会は、通信²⁹³およびエネルギー市場²⁹⁴の改革に関する第三次包括提案の中で、残った領域における真のヨーロッパ・レベルの執行枠組みを確立することを強力に主張しているが、それにもまして重要であろうことは、司法的執行から行政的執行へのシフトである。このことは、新たなガバナンスの態様を通じて行政的執行を協調させる、これまで以上に強力な必要性を含意する。

²⁹³ COM (2007) 697 and 698 final, 13.11.2007.

²⁹⁴ COM (2007) 528 and 529 final, 19.9.2007.

表 1.7 個人的／集団的／行政的執行

	構成国レベル	EC レベル
個人的執行	構成国法	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 裁判外の和解への努力 ＞ 苦情処理、ADR、少額請求 ＞ カルテル法における補償請求？
集団的執行	以下に関する構成国法の多様性	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 差止請求 ＞ 検討中の、カルテル法における集団的補償請求 ＞ 検討中の、消費者法における集団的補償請求 ＞ 国境を跨ぐ要素？
行政的執行	構成国は従来通り主権を有する	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 規制市場のみならず消費者契約法における、独立した公的機関の確立への圧力 ＞ 適切な救済と手続の選択に対する影響 ＞ 国境を跨ぐ共同執行規則2006/2004

(3) 新たな態様のガバナンスの勃興から生じる変化が最も明白なのは、構成国の当局と欧州委員会との間の、ないし構成国の裁判所と ECJ の間の、水平のおよび垂直的協調においてである。この変化は 2 つの形態を取る。(1) これらは新たなガバナンスの立法の形を通じて立ち現れる。(これは、コミトロジー手続とともに始まった話であり、構成国規制庁の執行活動を調整する、さらに新たな形態の EC の規制をもたらしした。) (2) 基本条約や第二次法が助けにならない場合、これらが立法的枠組みの外側で、協調のモードを通じて発生することがある。このことは取り分け、裁判官と裁判所がその独自のインフラストラクチャを構築している司法的執行の分野でそのように言える²⁹⁵。

²⁹⁵ See M Taruffo, 'Harmonizing civil litigation in Europe?' in F Cafaggi and H Muir Watt (eds) *Making European Private Law, Governance Design* (2008) 46. 欧州委員会は私法事項における教育と協力を強化しつつある。See Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on the training of judges, prosecutors and judicial staff in the European Union OJ C299, 22.11.2008, I, as well as Resolution of the Council and of the Representatives of the Gov-

表 1.8 ガバナンスの新旧の形態

	司法的執行	行政的執行
構成国レベルでの水平的協調	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 公式の枠組みなし ＞ だが、問題領域とヒエラルキーに拘束されて裁判所と裁判官の間で専門的知見の非公式の交換が拡大 ＞ 構成国の判決に関するデータファイル 	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 単なる構成国レベルでは公式の協調枠組みなし ＞ 地域レベルでの国境を跨ぐ協調？
構成国裁判所／行政庁と欧州委員会／ヨーロッパ裁判所との間の垂直的協調	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 公式には予備的照会手続を通じて ＞ 非公式には構成国レベルとヨーロッパ・レベルの裁判官の間の交流を通じて 	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 規制市場における新たな(立法による)ガバナンスの態様 ＞ コミロジ ＞ Lamfalussy 方式 ＞ 構成国規制庁の協調を強化するという意味での、市場毎のヨーロッパ・レベルの規制庁 ＞ 契約法における新たな(立法による)ガバナンスの態様 ＞ 差止救済 ＞ 構成国の規制庁の国境を跨いだ協調を促進する手段として ＞ 公式に確立したガバナンス態様の外側での非公式の協調 ＞ 経済セクターおよび問題領域による
利害関係者のアクセスと参加	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 予備的照会手続においては、概ね以下の事情に左右される ＞ 直接にECJを利用することができるか ＞ それができない場合、構成国レベルで当事者適格を有するか ＞ 非公式の協調において ＞ 裁判官間で ＞ 裁判所間で 	<ul style="list-style-type: none"> ＞ 新たなガバナンスの確立した態様においては、以下の事情に左右される ＞ アクセスと参加が法的に予定されているか ＞ さもなければ、アクセスと参加が法的ステイタスに関係なく認められているか ＞ 新たなガバナンスの確立した態様以外においては、以下の事情に左右される ＞ 規制担当者の受入体制

ernments of the Member States, meeting within the Council, on the establishment of a Network for legislative cooperation between the Ministries of Justice of the European Union, OJ C326, 20.12.2008, 1.

公式に定められたものであれ非公式に機能しているものであれ、司法的執行および行政的執行におけるこれらの新たなガバナンスの形態が EC の新しい憲法的枠組みの証拠を十分に提供している一方で、詳細な検討を要する論点が少なくとも 2 つ、生起している。新たな態様のガバナンスが透明性・アカウントビリティ・参加という要請を満たすべきだという点については共通理解があるように思われる。これらの要請は記述的なもののみならず規範的次元も有しており、ガバナンスにおける法の役割（および支配）並びに正統性の問題へと立ち戻ることになる。そうだとするとポイントは、ガバナンスにおけるこれら 3 つの要請の尊重を確保するために何らかの規範的枠組みが必要であるかどうか——あるいはそのような規範的枠組みなしにそうした尊重は保証され得るのか²⁹⁶、ということである。第二の、そしてより複雑な一連の問題は、新たな態様のガバナンスがどのような形態を取るものであれ、その中に構造的に埋め込まれている。ガバナンスは、参加者が協調と交流を通じてその知識と専門性を増大させるという意味で、ほぼ自動的にカルテルの構築を含蓄している。だが、裁判官や規制担当者、研究者が、非公式な協調を通じて、法適用の一定のあり方を決定し、定義とキー概念について合意し、事件を決定するとすればどうなるであろうか？ そのようなリスクがあるとすれば、これはどのように乗り越えられるのか？ 調整のための新たな枠組みが必要だろうか？ 利害関係者の役割はどのようなものであろうか？

VI. 結語

本稿は、2 点からなる理論的前提から出発した。規制的ヨーロッパ私法は、自律から競争および規制における機能主義へとバランスをシフトさせる変容過程として理解されるべきであること、そしてこの過程は、域内市場を通じた私法の経済化と、新たなガバナンス構造の確立を通じた私法の政治問題化との相互作用の帰結であること、である。ドイツ語ではこのシ

²⁹⁶ OMC のいささか曖昧な結果につき、比較的ポジティブな評価として、see Zeitlin, in Zeitlin and Pochet (eds) (2005). より批判的なものとして、see Smismans (2006).

フトは「私法の機能変遷 *Functionswandel des Privatrechts*」²⁹⁷と呼ばれる。20世紀を通じてずっと、経済のおよび政治的システムにおける構造的変化の帰結として私法の機能的変化は理解されてきた。この全く同一の過程がヨーロッパ・レベルでも既にそして現在でも生じている。だが、これには、域内市場を形成しヨーロッパ統合を促進するための規制手段としての私法の道具的利用に対する、もっと強力なインパクトを伴っている。

この仮説を検証ないし棄却するための第一歩は、「目的」「規制的」ヨーロッパ私法と名付けられた様々な領域を分析することである。これは単に文書や条文や判例を分析するだけでなし得るものではない。規制的ヨーロッパ私法が影響する程度を見出すために必要な事柄はずっと数多く存在する。(1)当該私法の内容、(2)採択された新しい規制手法、(3)ルールが具体化される態様、主体、手続的要件、(4)最後だが重要なこととして、規制的私法を誰がどのように執行するか。この仮説は、経験的分析、コンテキストに照らした法のケース・スタディを通じた分析、および計量的研究手法を要求する。

その上で次のステップは、異なった分野の規制的ヨーロッパ私法が同一のパラメータ／原理によって統制されているのか、あるいは私法の変容過程は競争と規制を内包する共通の哲学によって駆り立てられているのかを見出すことである。筆者が念頭に置いているのはアキ・グループの採用したものに似たアプローチだが、消費者法と差別的取扱禁止法に限定されるものではない。このアプローチはかわりに、第二次法たる規制的私法のみならず、経済的憲法（域内市場）と政治的憲法（ガバナンス）を具体化すべく展開してきたしかるべき判例法を包含する。これはある意味、4つの分析パラメータの下での規制的私法の分散した諸ルールの水平的分析である。その4つとは、(1)当該私法の内容、(2)新旧の規制手法、(3)ルール形成・法形成の新しいプロセス、そして最後だが重要なこととして(4)新旧のガバナンスの態様を通じた司法的執行・行政的執行、である。

これまでのところの最後のステップは、一連の規制的ヨーロッパ私法、アキ原則、PECL、共通参照枠と構成国私法秩序との間の関係を再定義す

ることであろう。ここでできることは筆者の信条を繰り返すのみである：筆者の想定する「域内市場」（EUの多層的システム、経済的ヨーロッパ憲法、政治的ヨーロッパ憲法）というのは、物質的正義の側面を効率性の側面と結び付け、単にECと構成国（と私的アクター）の間で権能を分配するのみならず、その境界を定める、異なった規制手法の協調システムであろう。

ⁱ 【訳注】 Hans-W Micklitz, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, *Yearbook of European Law*, vol. 28, pp. 3-59 (2009) からの翻訳。原注において「近刊」とされている文献の刊行について確認を取っていないことをお断りする。また、EU法関連の訳語も可能な限り邦語先行研究に依拠したが、対応しきれていないものについては読者のご教示を仰ぎたい。

ⁱⁱ 【訳注】 原文は “[c]ommon rules”。先行する文脈を踏まえると「コモンロー的なルール」「コモンロー型のルール」などと訳出することも考えられる。他方、後行の文脈との接続を考えると本文の通り「ヨーロッパに共通のルール」となる。両者の理解の可能性を重ね合わせることで議論を展開していると了解できる。

ⁱⁱⁱ 【訳注】 知的財産分野で言う原産地表示の意味ではなく、準拠法選択に関する原則。サービスが国境を跨ぐ場合に、(当該サービスを受け取る側の所在地ではなく)当該サービスの提供行為を行った／発した地を基準として準拠法を選択する原則。「行為地主義」とも訳せようがまた別の意味を持ってしまうので本稿ではこのように訳出しておく。

^{iv} 【訳注】 育種学的には「交配」「雑種の形成」を意味するが、分かり難くなると考え「ハイブリッド化」と訳出した。

²⁹⁷ 特に see F Baur, J Esser, F Kübler, and E Steindorff (eds), *Funktionwandel des Privatrechts, Festschrift für Ludwig Raiser* (1974).