



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	消費法：一般理論の試み
Author(s)	メキ, ムスタファ; Mekki, Mustapha; 大澤, 彩//訳
Citation	新世代法政策学研究, 15, 129-209
Issue Date	2012-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49019
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP015_005.pdf



消費法——一般理論の試み——

ムスタファ・メキ (Mustapha MEKKI)

大澤 彩 (訳)

1. 客観性と主観性の間で

法学者、社会学者、ないしは経済学者の見解によれば、消費することは、主観的に捉えれば行為 (acte) であるが、客観的に捉えると活動 (activité) である。このように、消費するという行為と消費という活動が共存している。このような主観性と客観性との間の弁証法は、個人的利益と集团的利益との間で揺れ動く消費法にその独自性を付与している。この弁証法はまた、消費法の一般理論を構築するに際して、脊柱 (épine dorsale) としての役割を効果的に果たすことができる。

2. 消費の概念

語源に遡ると、消費するという言葉は《完遂する》(consummare) ことを意味したのであって、もともとは高貴な意味を有していた。18世紀以降、その言葉の意味は変化し、徐々に《破壊する》¹(consumere)²という考え方を指し示すようになっていく。消費するという行為ないし消費という活動は、我々一人一人に関係している。言い換えれば、《我々はすべて消費者

¹ 参照、J. Sternberg, *Vivre en survivant*, édition Tchou, 1977, spéc. p. 50. 次のように述べる。《消費すること、それは実際には自己を使い果たすことであり、あらゆる熱意、あらゆる粗暴な欲望、あらゆる情熱を使い果たすことである》。

² この語源につき、参照、P. Ourliac, *Le passé du «consumérisme»*, in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVII, 1979, p. 217 et s., spéc. p. 222.

である》³。消費は、消費者の個人的利益と消費者の集团的利益を両立させるよう促す。この個人的利益と集团的利益の両立が、消費法全体を照らし出している。

3. 個人的利益の保護

消費法は、消費者の人格を保護することを根本的な野心としている。西欧社会は、《企業規模の拡大、(…) 製品およびサービスの複雑さの増大、信用、広告およびマーケティングの発展》⁴によって表現される現象を発展させた。消費者は、このようにして、弱者としての地位に置かれ、強力で、かつ、その支配的な地位を濫用する可能性があると考えられている多くの事業者に向き合うようになっている。こうして消費者を弱者である当事者として保護することが、アメリカ合衆国においては1960年代から、そして、ヨーロッパにおいては1970年代の間に、必要かつ優先的な課題となっている。弱者としての当事者である消費者を保護することを目的とした法的武器庫はきわめて濃密であり、一般にはジャン＝カルボニエ (Jean Carbonnier) 学長が保護的経済公序と名付けたものに属している。この消費法は、治療的手段（例えば刑事罰）ないし予防的手段（方式主義、期限や情報提供義務）を用いている。消費法は、主としてハード・ローから構成されているが、次第にソフト・ローに重要な位置を付与するようになっている。消費法は、主観的権利を付与することによって実体的な次元において、そして、彼らの権利の有効性 (effectivité) を保障するために手続的な次元において、消費者を保護している。この観点によれば、消費法は、私法の真の研究室を構成しており、《市民間の生得の平等》⁵という神話と関係を絶つようになる。消費は1つの個人取引であるだけではない。それはまた、

³ 我々が、富裕層および貧困層がある意味で平等の関係にあるということができたのは、この意味においてである。参照、A. Warhol, *Ma philosophie de A à B et vice versa*, Flammarion, 2001. 次のように述べる。《アメリカは、最も裕福な消費者が最も貧しい消費者と実際のところ同一の物を購入するという伝統を打ち立てた》。

⁴ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, n° 1.

⁵ N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2000, spéc. n° 2, p. 2.

大量的な現象でもある。その結果、消費および消費法は、集团的利益にも関連を持つことになり、さらには一般利益 (intérêt général) にも関連を持つことになる。

4. 一般利益の保護

政治経済の伝統的な理論は、消費者の境遇に特別な重要性を認めている。消費者の購買力を気にかけることは、国民全体を気にかけることである。現代政治の言説で繰り返し現れるその考え方は、政治経済の起源に位置している。こうして、ジャン＝バプティスト・セイ (Jean-Baptiste Say) が述べたように、《もしあらゆる消費物資が値上がりすれば、(消費者) はより貧困になり(…)そして、消費者層が国民全体を包括していることから(…)国民全体が貧困となる》⁶。また、J.-F. ケネディ (J.-F. Kennedy) が有名な言説において注意を喚起したように、消費者は、《実効的に組織化されておらず、かつ、その視点がしばしば知られていない、唯一の重要な経済的集団である》⁷。

この観点によれば、弱者としての当事者である消費者は、後景に退く。競争法における競争上および経済上のバランスシート (bilan concurrentiel et économique) 技術が見事に例証しているように、消費者は、他の主体と並ぶ独立の経済的行為主体 (acteur économique) となり、消費者の利益は市場の利益に縮減される。競争法における消費者の利益は、しばしば市民全員の利益を示し、経済的な一般利益に近いイメージを与える。この意味で、消費法および競争法は、現在独立の法分野としての構築が進行中である市場の法の2つの面を構成している⁸。Cl. リュカス・デュ・レサック (Cl. Lucas de Leyssac) および G. パルレアニ (G. Parléani) の表現によれば、《消費者は競争のアルファでありオメガ (l'alpha et l'oméga) (である)。すなわち、消費者を対象に企業間の競争が行われるのであり、消費者の決定によって企

⁶ J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, Livre 1^{er}, Chapitre XVII, 1841.

⁷ J.-F. Kennedy, *Message au Congrès*, mars 1962, Laboratoire coopératif, juillet 1962.

⁸ この市場法につき、すでに述べているものとして、参照、Bernitz, *Harmonisation et coordination de la législation du marché: la notion de droit du marché*, R.T.D. com., 1971, p. 1 et s.

業活動にサンクションが与えられるのである》⁹。その《集团的規模》¹⁰において、消費者は市場の境界確定の基準である。

このように、消費者には経済的性格が強く刻印されている。これによって、欧州共同体法がフランス法のこの側面に対して与えている影響力が説明される。フランス私法は、この分野においては欧州共同体法によって《支配されている》¹¹。特に欧州共同体法においては、消費者の保護は、経済的配慮（商品・サービスの自由な流通が追求されており、その手段は、競争者間で平等を確立すること、異なる加盟国に属する企業間での差別的取扱いを禁止することである）によっても、社会的配慮（分配的正義の実現、消費者の基本権の確立）によっても、動機づけられているのである。消費者保護に関するグリーン・ペーパー¹²および2003年から2006年までの消費者政策に関するアクション・プラン¹³以降、消費法は、もはや単なる消費者の法ではなく、《交換の自由としてのテコとしての役目を果たすべき各国の法律を、それらを調和させることによって、消費財の流通に積極的に参加させることを任務とする国内市場の調整道具》¹⁴である。この動向は、2010年7月1日付の最新のグリーン・ペーパーの公表によって、さらに継続している¹⁵。

⁹ Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, Thémis, PUF, 2002, p. 86. さらに、G. Canivet et C. Champalaune, *Le comportement du consommateur dans la définition du marché*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 227 et s.

¹⁰ G. Canivet et C. Champalaune, *op. cit.*, spéc. p. 230 et s.

¹¹ J. Foyer, *Le droit civil dominé*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Études P. Catala, Litec, 2001, p. 13. さらに、L. Leveneur, *Le Code civil et le droit communautaire*, in *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 929.

¹² Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne du 2 oct. 2001, Com. (2001) 531 final.

¹³ Plan d'action pour la politique des consommateurs 2003-2006, COM (2002) 208 final du 2 mai 2002, JOCE, 8 juin 2002, p. 2.

¹⁴ J.-P. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, *op. cit.*, p. 877 et s., spéc. p. 878. 同様の意味において、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 48, p. 37 et 38.

¹⁵ COM (2010) 348 final. 同グリーン・ペーパーにつき、参照、C. Aubert de Vincelles,

消費は、ある時は悪魔でありある時は良き神である¹⁶。そして消費者は、代わる代わる王と奴隷になり、また経済の受益者であると同時にその行為主体である¹⁷。消費者は、消費を達成されるべき経済的な主要目標の1つにしている社会の王である。市場という神聖不可侵なドグマの名において、消費を奨励しなければならない。しかしながら、ジャック・ドロール (Jacques Delors) が強調しているように、《消費社会は、『であること』(存在)よりも『持っていること』(商品保有)を(優先する)。そして、『持っていること』がこれ以上増大しないという飽和状態になる時、王は自分が完全に裸であると感じるのである》¹⁸。先進諸国におけるこの消費社会は、この意味で、哲学者¹⁹、社会学者²⁰、人類学者²¹、経済学者²²によって、そ

R.D.C., 1^{er} oct. 2010, n° 4, p. 1284, spéc. n° 4. 次のように述べる。《欧州連合内部の法の不均衡は、市場を細分化し、その発展にブレーキをかけるものとなった。とりわけ中小企業にとっては、それは、企業間契約をこの状態に適合させるために、膨大なコストがかかるという事態を招いている。このコストが経済発展を阻害しないときであつても、それは、国内市場との関係で、消費者の信頼をまったく弱めるという結果をもたらすのである》。

¹⁶ J. Baudrillard, *La société de consommation*, Gallimard, Folio essais, 1970, p. 316. 次のように述べる。《中世社会は、神と悪魔との均衡の上に成立していた。これと同様に、我々の社会は、消費とその告発との均衡の上に成り立っている》。

¹⁷ この政治経済的分析につき、参照、P. Jouffroy, *Introduction à la micro-économie*, Foucher, 2000, p. 54 et s.

¹⁸ Fr. Mitterand, J. Attali, J.-P. Chevènement, M. Crepeau, J. Delors, C. Pierret et P. Mauroy, *Le bonheur; la vie, la mort, Dieu...*, éditions Cerf, 1981.

¹⁹ H. Marcuse, *L'Homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, éditions de Minuit, 1968 ; G. Lipovetsky, *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, Gallimard, Folio essais, 2006.

²⁰ J. Baudrillard, *op. cit.*; S. Dubouisson-Quellier, *La consommation engagée*, SciencesPo Les Presses, coll. Contester, 2009.

²¹ M. Douglas et B. Isherwood, *Pour une anthropologie de la consommation, Le monde des biens*, The World of Goods (1979), éditions du regard, 2008.

²² John K. Galbraith, *L'ère de l'opulence (the affluent society)*, trad. fr. par Andrée R. Picard, Calmann Lévy, 1961 ; A. Senn, *Éthique et économies et autres essais*, trad. S. Marnat, Paris, PUF (Quadrige), 2002.

して法学者自身によっても、何度も非難されてきた。消費法は《既存の秩序を破壊する》²³ものとなえ形容されていた。1970年代にラルフ・ネーダー（Ralph Nader）がリーダーとなってなされたアメリカにおける《消費者運動》の動向は、このような自覚によって生じたものである²⁴。ヨーロッパにおいては、このような自覚は、アメリカよりも遅れて到来した。なぜなら、その自覚が強くなったのは、特に1980年代においてだからである。この動きは、フランスについていえば、リュック・ビル（Luc Bihl）²⁵やジョセ・ドワール（José Doyere）²⁶のような何人かの著者の推進力によるところが大きかった。

個人と集団との間のこの錯綜した関係を見るならば、われわれは、一方における弱者である当事者の保護という正義への配慮と、他方における企業の自由を過剰に侵害せず競争的市場を促進するという効用への配慮とを調和させるような消費法を構築することが、いかに困難であるかを感じざるをえない。消費法は、このように、その基礎として、正義と効用とを同時に有している²⁷。それでは、消費法とは何か？

5. 消費法とは何か？

問題は、消費法をどのように定義するかにあるのではない。消費法の定義として、すでになされている定義のうちのどの定義が採用されるべきかを知ることが問題なのである。消費に関する《法の家（maisons du droit）》は、カルボニエ学長が法一般の定義について敷衍したように、多く存在する。消費法には、原価割れ販売、特売、陳列販売に関する規定のように、商人と消費者を同時に保護する規定も組み込まれている。これらを見無視す

ることなく²⁸、論者の多くは消費法の厳格な定義を提案している。それらの提案されている定義は、2つのカテゴリーの基準の間で揺れ動いている。

論者の第1のグループは、主観的な基準と客観的な基準とを結びつけることを提案している。主観的な基準は、消費者を事業者に対立させるところにある。これによると、あらゆる事業者と消費者との間の関係は消費法に属することになる²⁹。しかしながら、事業者と消費者というこの2つのカテゴリーの間の行為の多くは、厳密には消費法に属するものではない。そのため、これらの論者は実行された行為の本質に基礎をおく客観的な基準である消費行為という基準を主観的な基準に重ねることを提案する³⁰。

別のグループに属する論者は、消費者の保護という単一の目的論的基準を擁護する方向を選択する。そうすると、消費法は、多くの経済法と同様に、機能的法（*droit fonctionnel*）としての様相を呈する。すなわち、《動産ないし不動産分野における借主への情報提供であろうと、濫用条項との闘いであろうと、個人破産の予防ないし取り扱いであろうと、消費法はそれぞれの場合に消費者保護の目的を達成しようと試みる》³¹。その機能的法としての性質において、我々はその実効性（*efficacité*）に特別な重要性を認める。その保護という目的を追求するのに適したよりよい手段を常に追求しなくてはならない。この分野においては、評価技術および立法実験技術が成功を収めているが、その理由は、以上のところに求められる。消費法の実効性、有効性、さらには効率性（*efficience*）は、繰り返し表れる問題である³²。

その結果、消費法の第1の機能は、保護することであり、ここから検討すべき問題の領域に関する最初のアイデアが生じる。Ph. マランボー（Ph.

²³ この問題につき、参照、H. Temple, *Le droit de la consommation est-il subversif?*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1067 et s.

²⁴ この20世紀の鍵となる人物につき、Ch. McCarry, *Ralph Nader : portrait d'un incorruptible*, Éditions Seuil de 1973.

²⁵ L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, Gaz. Pal. 13-14 septembre 1974. 同じ著者によるものとして、*Consommateur défends toi !*, Denoël, 1976.

²⁶ J. Doyere, *Le combat des consommateurs*, éditions du Cerf, 1975.

²⁷ この意味において、とりわけ参照、H. Temple, *op. cit.*, p. 1067 et s., p. 1090.

²⁸ この意味において、G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n° 2.

²⁹ この意味において、J.-P. Pizzio, *Encyclopédie Dalloz commercial, V° Consommation (droit de la)*, août 1987, n° 408.

³⁰ Ibid.

³¹ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 11, p. 9 et 10.

³² この意味において、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 12 et s., p. 10 et s. ただし、この分析および評価の学問性と実用性について疑念を表明している。

Malinvaud)氏³³によれば、消費法は、《法律、規則ないし判例に由来し、各消費者の利益を保護することを主たる目的として消費者の社会的地位を組織化する諸規定の総体である》³⁴。消費法は、事業者と消費者の間の関係における均衡を確立し、維持し、かつ／または再確立することを目的とした諸準則の総体を指し示している。今日では、フランスは、たとえばブラジルと同様に、一個の消費法典を備えるに至っている。もっとも、この法典化は、法の内容を変えない既成法律集成型の法典化（une codification à droit constant）であって、改革がなされるがままに発展（膨張）する法律をそのまま集成することがその内容をなしているにすぎないのではあるが。

予め、我々が消費者と名づける者を同定しておくことが望ましい。厳密な意味では、消費者とは《財もしくは役務を非事業的な利用のために取得しもしくは利用する私法上の自然人または法人》である³⁵。この制限的な定義に従うと、消費法は、訪問販売、信用、濫用条項、個人破産に関する法、および、ある程度まではインターネット法をも包含する。しかしながら、製品の安全、広告、詐欺にかかわる準則は、分析の対象の一部をなすべきではないだろう。一般理論の考察により適合的な広義の理解に従えば、消費法の中に、強者に対する弱者、玄人（avertis）に対する素人を保護するあらゆる準則を含めることができる³⁶。この傾向に対してかつては疑義が唱えられていたことはたしかである³⁷。しかし、弱者であると推定される多くの当事者が消費法のいくつかの規定によって提供されている保護制度を享受することができるのであるから、この傾向は、今日では実定法における１つの現実となっている³⁸。同様の精神において、欧州共同体法は、

³³ Ph. Malinvaud, *La protection des consommateurs*, D. 1981, Chr., p. 49 et s., spéc. p. 50.

³⁴ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 6, p. 4.

³⁵ J. Ghestin, *La Formation du contrat*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1993, n° 77.

³⁶ この広義の概念につき、D. Ferrier, *La protection des consommateurs*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1996, p. 14 et 15. 著者は、消費者を《素人として財もしくは役務を取得し、もしくは利用する自然人または法人》と定義している。

³⁷ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 7, p. 5.

³⁸ 例えば消費法の保護規定の預金者への拡張を参照。この問題について H. Aubry et N. Sauphanor-Brouillaud, *La protection de l'investisseur par les législations spéciales : quels critères ?*, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2010, étude 33.

消費者保護政策を共同体の政策の総体に統合することを要請し、そのようにして保護領域を拡大している³⁹。消費者保護に関するヨーロッパの政策はこの意味で横断的である⁴⁰。このような政策の総体に、食品、医薬品、自動車、住宅、保険などに関する一連の特別法が付け加えられる。考察の《硬い果核（noyau dur）》⁴¹を一般消費法、消費の一般的準則をめぐって展開する場合には、以上に示した消費法の個別化の動向は、一般理論構築の観点からきわめて示唆的な動きを示しているといえることができる。すなわち、立法のインフレーション、立法の肥大化の兆候である。

消費法は、法技術的な問題であるだけでなく、政策的な問題でもある。消費政策というものが存在する。Th. ブルゴワニ（Th. Bourgoignie）氏が強調するように、消費法は、《公権力のみならず、裁判所および私的利益を代表する機関に由来する多数の発意から（構成された）規範の総体である。ここでの私的利益を代表する機関としては、基本的には事業者団体および消費者組織が発展を見せている。これらの機関の共通の目的は、黙示的である場合も明示的に表明されている場合もあるが、経済システムの中で流通する財および役務の市場において、消費者の利益を確保し、増大させることである》⁴²。一般には消費、そして個別的には消費法が、ここでの主要な政策的争点となる。この政策は、まず、欧州共同体法の争点を含む経済的な次元のものである⁴³。次に、政策はイデオロギー的な意味を帯びるようになり、そこでは、消費は、多様なタイプの言説を運搬する媒体となる。消費者の集団は、階級闘争とまでは言えないにしても⁴⁴、少なくとも政治

³⁹ これは、食品部門、電子商取引、一般利益のサービス、金融サービス、環境部門などで問題となる。

⁴⁰ 参照、Fl. Chaltiel, *Actualité de la protection du consommateur en Europe*, *Petites Affiches*, 25 mars 2011, n° 60.

⁴¹ J.-P. Pizzio, *Code de la consommation commenté*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1993, n° 53.

⁴² Th. Bourgoignie, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation (au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté européenne)*, LGDJ/Story Scientia, 1988, n° 1.

⁴³ とりわけ参照、Th. Bourgoignie, *Droit et politique communautaire de la consommation. Une évaluation des acquis*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, *op. cit.*, p. 95 et s.

⁴⁴ L. Bihl, *Consommateur défends-toi !*, *op. cit.*

参加の法および反体制の法の問題としばしば結びつく⁴⁵。これに応答して、企業、およびより広義には事業者は、過度に圧迫的なものとなった弱者の法によって脅かされている企業の自由の旗を掲げる。このように、消費法は、労働法と同様に政治的な法の原型である。ここではまた Th. ブルゴワニ氏を再読することで十分である。すなわち、消費法は、《引き続き消費態様を生産条件に統合し、それに従属させている。(……)消費法はまた、市場メカニズムを優先的に信頼することも止めない。(……)新たな読解が必要となっているのに、(……)消費法は、競争と自由市場に関する(……)経済政策の副産物でしかない存在に自己を局限している》⁴⁶。消費者運動のこのような説明の仕方がよりヨーロッパ的であるのに対して、反体制ヴァージョンすなわち消費を反権力とする見方は、よりアメリカ的である。ラルフ・ネーダーによれば、1970年代からすでに消費者運動は経済的な民主主義に属しており、アメリカの経済秩序の一部をなしている⁴⁷。勝利したのは、市民たる消費者 (*consommateur-citoyen*) というイメージである⁴⁸。

要するに、消費法が豊富なものであることは明白に認識可能である。すなわち、消費法は機能的法であり、それが故に、その実際の、および、仮定された結果について自問するよう仕向ける。また、消費法は四方八方に広がる学際的な法であり、それが故に、一般準則と特別準則を組み合わせ

⁴⁵ この考え方について、S. Dubuisson-Ouellier, *op. cit.*, spéc.p.1. 次のように述べている。《消費は、社会的異議申立の場となった。各消費者は、その経済力を活用して、ある製品を購入する、ないしは、それ以外の製品をボイコットすることによって、企業実務に対する支持ないし不支持を表明することができる。こうして『政治参加する消費』は、自らの商品選択を通じてその運動上または政治上の立場を直接的に表明しようとする市民の意思を表現している》。

⁴⁶ Th. Bourgoignie, *th. préc.*, n° 284. 同じ著者の同様の態度によるものとして、参照。*Droit des consommateurs et marché économique: une perspective doctrinale, in La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés*, Story scientia, Kluwer, 1993, p. 51 et s., spéc. p. 57.

⁴⁷ この動向について、参照、M. Ruffat, *Le contre-pouvoir consommateur aux États-Unis*, PUF, 1987, spéc. p. 12 et s.

⁴⁸ 参照、J. Boniface, *L'homme consommateur*, Société coopérative d'information et d'édition mutualiste, 1976, spéc. p. 332.

ることを促す。さらに、消費法は弱者法であり、それが故に、消費者運動の特徴である消費者概念の膨張を志向して、保健衛生の利用者、預金者、被保険者、使用貸借の借主、不動産投資家⁴⁹、患者⁵⁰を消費者概念に含め、そのようにして自己の活動範囲を拡大しようとする。また、消費法は政策的な法であり、それが故に、一方で公権力（国内法および欧州共同体法の立法者、裁判官、および独立行政機関）と私的な権力（企業、団体、およびその他の利益集団）といったあらゆる行為主体を考慮に入れることが、他方で、政治参加する消費を明らかにすることが正当化される。さらに、消費法は市場法であり、それが故に、競争によって支配される言説の中にその位置を占めている。そこでは、消費者の利益は、経済的一般利益の一部分以外の何ものでもないのである。

消費法が媒介する以上のような多様な競合する論理と価値こそが、消費法の一般理論構築に際して重要な役割を果たすことになる。それでは、消費法の一般理論は、どのようなところに求められるべきなのであろうか。

6. どのような消費法の一般理論か？

法の一般理論は、アンビヴァレントな概念である。それは、その話し手によって、マックス・ウェーバー (Max Weber) の用語を借用して表現すれば《観点》によって、意味を変化させる⁵¹。法の一般理論は、ある時は法哲学の従兄弟として姿を現し、その場合には、法的なもの (*le juridique*) における法的でないもの (*le non-juridique*) (価値、規範、イデオロギー) の探究を目的とする。これに対して、実証主義者である法律家の《観点》によ

⁴⁹ 例えばタイムシェアリングに関する消費法典 L121-60条 (1998年 7月 8日法) を参照。

⁵⁰ 実定法上の重要な表現であるが、譲渡しうる顧客としての患者 (*la patientèle*) 概念の発展について、Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 283. 一連の研究として、A. Lamboley, B. Pitcho et Fr. Violla, *Le consumérisme dans le champ sanitaire. Un concept dépassé ?*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, *op. cit.*, p. 581 et s. 患者を顧客と同一視することは、特に、患者の権利および衛生システムの質に関する2002年 3月 4日の法律第2002-303号 (いわゆるクフナー法) (JO 5 mars 2002) に遡る。さらに、A. Laude, *Le consommateur de soins*, D. 2000, Chr., p. 415.

⁵¹ M. Weber, *Economie et société* (1922), Plon, 1971.

れば、法の一般理論は法の科学であり、《法的ドグマティーク》の表現である。例えば、H.-L. ハート (H.-L.Hart) によれば、一般理論は、多様な法システムにおいて共通に認められる原則、概念および区別を目的とした科学である⁵²。

これらのあらゆる側面を含む法の一般理論の広い概念を採用することが望ましい。J.-L. ベルジェル (J.-L.Bergel) は、この意味でこの研究のために十分な定義を提案している。すなわち、《法の一般理論は、その存在理由、その目的、その基本的な概念、その実施、その道具、その手段の研究によって法的な現象を捉えることを目的としている。一言でいえば、法の一般理論は、『なぜ?』と『どのようにして?』を通して法秩序をその全体性において研究する』⁵³。法的ドグマティークが支配していると思われるこの最初の定義を、契約理論に関する J.-P. シャザル (J.-P.Chazal) 氏の次の明快な見解によって補完することができる。すなわち、《認識論の観点から選び取られた研究手続は、それゆえ反省的なものである。この研究手続は、次のことを目指している。すなわち、契約法が構築され、また自らを構築する仕方について熟考すること、契約法が提示され、説明される手段について自問すること、契約法を構造化し、作り上げている理論について問いを発すること、契約の研究を目的としている法的言説の根底にある根拠および前提について探究すること、である》⁵⁴。以上が消費法の一般理論の存在理由になりうるであろう。それは何よりもまず、行為主体、規範の創出者、その名宛人、社会正義の考え方やまたは経済的効用によって動機付けられた諸政策の遂行、法的諸手段の発動に関心を持つ。これらによって、消費法のあらゆる繊細さおよび豊かさを明らかにする法的認識論が導かれることになる。消費法の一般理論は、消費法を構造化し、それを目立たせている共通原則に関心を払い、消費法のあちこちに分布しているさまざまな価値や消費法が追求する目的、消費法が媒介するロジック、消費法を作り上げ、適用する行為主体を分析することを前提としている。この

ような研究手続は、消費法が個人的利益と一般利益の間の連結符であるだけに、その必要性をますます増大させるのである。消費法の一般理論に専念することの目的は、この法システムのパラメータをよりよく理解すること、および、この法システムをより首尾一貫したものにすることに貢献することである。《消費法》という主題は、一般理論を構築するのにまったく相応しいものである。なぜなら、それは、現代社会を貫く大きな動向を扱う研究室を構成しているからである。消費法の一般理論は、その境界を越えて、一般的には法、個別的には経済活動に関するさまざまな法 (*droits économiques*) を解明するための情報を提供する。この意味で、消費法は、《影響力をもつ法》である⁵⁵。

7. 細分化された主観的権利 (*droits subjectifs*) と秩序に欠ける客観法 (*droit objectif*)

現在の消費法は、その構成要素もその境界も明確には定義されていない。消費法の一般理論は、このような消費法に新たな光を当てることを基本的な野心としている。消費法の古典的な説明において、消費法は、主観的権利と客観法から構成されている⁵⁶。消費法の基本的な機能は、消費者、さらにより広い意味では弱者である当事者を保護することである。これは、今日、法的には、主観的権利が細分化されて拡散しているという事態を通じて表現されている。この事態は、このように実定法化された諸準則の実効性について自問することを促すであろう。こうして、消費法によって保護されるこの権利主体は何であるのか、そして、その特権の本質は何かという問題が提起される。さらに、この一般理論の対象は、単なる実定法の研究にとどまることはできない。より広く、正義についての永続的な探求に向けた一連の実定的な準則の総体として捉えることができるような客

⁵⁵ この意味において、N. Sauphanor, *th. préc.* の各所参照。N. ソファノール (Sauphanor) は、2つの軸でそのテーマを構成している。すなわち、法の各分野に対する消費法の影響と、各種の法源に対する消費法の影響である。

⁵⁶ この問題について、とりわけ参照、J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1994, n° 182 et s., p. 134 et s.

⁵² H.-L. A. Hart, *The concept of law* (1961, Oxford), trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, 1976, spéc. p. 366 et 367.

⁵³ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1999, n° 3, p. 3.

⁵⁴ *Obs. in* J.-P. Chazal, in R.D.C., 2003, p. 27.

観法に関心を払うことが望ましい⁵⁷。しかし、この客観法は、全体の一貫性を欠いており、秩序を欠いているように見えるため、今日では批判的となっている。

したがって、一般理論は、参考になる見方に従えば、消費法の全体にわたって見出される主要な2つの現象を中心に構成することができる。すなわち、細分化された主観的権利の存在および秩序に欠ける客観法の存在である。

I. 細分化された主観的権利の存在

8. いかなる権利主体か？いかなる権利か？

消費法は、消費者という人格を中心に展開される。機能的法という性質の故に、それらのすべての規定は、消費者保護に向けて方向付けられている。同様にこの性質故に、消費法は、正統であるためには、実効性のあるものでなければならない。追求される諸目的に適合的な諸手段によって支えられなければならない。その実効性を評価するためには、消費者保護を保障するために実行されるべき手段がいかなるものであるかを決定しなくてはならない。分析すると、消費法の評価は、今日では主に以下の2つの理由によって多くの問題をはらんでいる。第1に、消費法によって追求される目的は、理解可能性を欠いているが、それは主に準則の名宛人の同定が不確かであることによる。第2に、消費者保護は、実際には全体の一貫性もなく消費者に与えられている特権の増加によってなされている。主観的権利の散乱現象が見られるのであり、これは、論争的にならなくなった。このようにして、消費法の実効性を改善するためには、一方で、多くの問

⁵⁷ この意味において、とりわけ参照、J. Ghestin, *Les données positives du droit*, R.T.D. civ., 2002, p. 11 et s., spéc. n° 52, p. 30. 著者は、実定法の中に、法の実定的データの総体（法律、判例、契約および学説）を見いだす。ここでの実定法は、それが承認され、受け入れられたとき、諸準則の単なる描写に縮減されるものではない。実定法が何であるかの叙述を改めて行う作業は、正義にかなった解決の探求と重なり合いながら進められるのである。

題をはらんでいる権利主体の同定のあり方を改善することが必要となり（A）、その一方で、論争的となる主観的権利の散乱状態を改善することが必要となる（B）。

A. 多くの問題をはらんでいる主体の同定

9. 消費法における行為主体の散乱

消費法は四方八方に拡がり、その輪郭はきちんと定義されていない。しかし、消費政策および達成されるべき目的を同定できるようにするためには、やはりこのような政策遂行の名宛人に関する明確な見解を持たなければならない。しかしながら、法的規範の主体、名宛人の同定は、多くの問題をはらんでいる。実際、この分野においては、類の混乱が行き渡っている。名宛人の不均質性は、一貫性かつ実効性のある政策を組み立てる上で主要な障害である。このような消費法の行為主体の散乱は、実体法分野においても(1)、手続法分野においても(2)、観察することができる。

1°/ 実体法の尺度から

10. 消費者：個人及び集団

準則の名宛人の同定は、消費政策の実効性の条件である。すなわち、《冗漫な法である消費法は、明確な境界もないので、稀釈化し、その確実な内容のすべてを失う（リスクを有している）(…)》⁵⁸。あらかじめ準則の名宛人を決定することなしには、消費法の目的を定め、それに適合した手段を実施することは不可能である。しかしながら、準則の名宛人の決定には多くの落とし穴が存在する。個人を同定することが困難であるのみならず、消費者の集団の輪郭を明確に画することも同様に困難だからである。

11. 個人的利益：非事業者、自然人、玄人でない者…

消費法が稀釈化していることを理解するためには、実定法の簡単な鳥瞰をするだけで十分である。実定法を読解してみても、《消費者》を同定するにあたり十分に信頼できる基準を決定することは困難なように思われ

⁵⁸ D. Ferrier, *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 373, spéc. p. 375.

る⁵⁹。保護の対象である弱者である当事者という性質と結びついた基準を選択すべきであったとすれば、あらゆる具体例において能力に基づく基準が用いられるべき基準となったはずである。しかしながら、これは実定法から与えられるイメージとは異なっている。

12. 能力（compétence）という主観的基準の排斥

もちろん、能力に基づく基準も検討され得たはずである。玄人ではない状態に置かれており、玄人と契約する者を消費者とみなし、とりわけ消費法典に定められている保護規定の利益の享受を認めるという考え方である。玄人ではない者には能力がないことが、一連の義務を玄人に負わせるという措置を正当化する。しかしながら、この基準は、破毀院において、訪問販売（消費法典 L121-22条）、信用分野（消費法典 L311-3条 3号）、濫用条項（消費法典 L132-1条）のどれにおいても採用されていない。実際のところ、《直接の関係（rapport direct）》という概念によって前述の規定を有利に援用することができる消費者および非事業者を決定することが可能になるわけであるが、この概念は「能力という主観的要素によってではなく」、客観的観点から評価されるのである。破毀院によれば、濫用条項分野において、契約相手方の能力の程度はほとんど重要ではなく、締結された契約とその者の事業活動の間に客観的に直接の関係があることのみが重要となる⁶⁰。言い換えれば、契約がその事業活動の《必要》のために締結された以上、濫用条項に関する規定は適用されない⁶¹。この客観的な考え方は、保護的法律の実効性を強化するために「規定の」享受者の数を減らすことを目的として政治的に選択した結果である⁶²。我々は、この点

については同意することができる。この領域における観察者に衝撃を与えるのは、裁判例における統一性の欠如、とりわけ、この基準について不安定な、それゆえに予見不可能な適用を行う事実審裁判所⁶³の統一性の欠如である⁶⁴。1つの例のみ引用すると、トゥルーズ控訴院は、自分の事務所のために会計ソフトを購入した運動療法士につき、《本件購入がまさに事業的な特徴を有しているとしても、本件購入は、本件事案においては、購入者の運動療法士の活動と直接の関係にはなかった（…）そして、購入者は、提案された購入の適宜性、さらには価格を評価することを可能にするような専門性を有していなかった》⁶⁵という判断を下した。ここでは、破毀院によって非とされたものではあるが、能力の基準が参照されていないであろうか？しかしながら、この判決は、破毀院によって、事実審裁判官の専横的な事実評価の名の下に維持されることになるであろう⁶⁶。より一貫したものとなるためには、おそらくはD. マゾー（D. Mazeaud）氏の提案にならって、以下のように判断すべきであろう。《今後は、一方における契約当事者特有の事業活動の実行に必要かつ本質的に属する契約と、他方における契約当事者の事業活動の機会に締結された契約との間に分割線が引かれるべきである。後者の契約は、当該活動の特有の目的とは無関係であって、いかなる事業者でも、その者がパン屋であろうと電子部品の製造者であろうと、その者の事業の実行の目的で契約を締結しうような性格のものである》⁶⁷。以上の点に、濫用条項規制法が少なくとも理論上は法人にも適用されるということをつけ加えると⁶⁸、用いられている法技術によ

1993, II, 22334.

⁶³ 直接の関係という概念は、実際のところ、事実審判事の専横の評価に属する。Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 331.

⁶⁴ この議論について、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 177 et s., p. 112 et s.

⁶⁵ C.A. Toulouse, 9 janvier 1996, J.C.P. (G), 1996, II, 22747, note G. Paisant.

⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, J.C.P. (G), 1999, IV, 1133.

⁶⁷ D. Mazeaud, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 et 30 janvier 1996, D. 1996, Somm. comm., p. 325.

⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2005, Bull. civ. I, n° 347. C.J.C.E., 22 nov. 2001, aff. C-541/99, J.C.P. (G), 2002, II, 10047, note G. Paisant と比較せよ。消費法典 L136-1条 に関しても同様のことがらを指摘しうる。これは、最近の判例の方向転換によるも

⁵⁹ J. Mestre, *Des notions de consommateurs*, R.T.D. civ. 1989, p. 62 ; G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, I, 3655.

⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 et 30 janvier 1996, Cass. 1^{re} civ., 3 et 30 janvier 1996, D. 1996, Somm. comm., p. 325, obs. D. Mazeaud.

⁶¹ 《商業または事業活動上の必要》は、一部の論者が支持する消費者の定義の基準にもなっている。とりわけ参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 398 et s.

⁶² この意味において、G. Paisant, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 février 1995, J.C.P. (G), 1995, II, 22505, spéc. n° 4 ; L. Leveneur, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 novembre 1993, J.C.P. (G),

って追求されている目的が何であるかを把握することが困難になる。

この能力に基づく基準は、玄人である事業者のカテゴリーに間違いなく属する人々にとって有利になるような規定を立法者が消費法典に組み入れるという選択をするときも、同様に排除されている。消費法典 L341-1 条以下が、そのような例を提供する。この規定は、自然人たる保証人と事業者たる債権者の間の保証契約の締結時において要求される実体要件及び形式要件を定めており、これに違反すると、契約は無効となる。これらの規定は、すべての自然人たる保証人の利益となるのであって、そこには、自分の会社の負債の保証人になる会社の管理職も含まれるのである！我々がこの表に消費法典の規定の消費者の間への拡張を付け加える場合、目標となる目印は容易に見失われてしまうことになる⁶⁹。

今日では、この能力の基準は、実際には、銀行および株式仲買人についてしか尊重されていない。実際、この分野においては玄人ではない契約相手方が享受することができる注意義務を、信用の分配者たる銀行業者および証券取引の仲介者に負わせている⁷⁰。ここでは弱者である当事者の性質が実際に考慮に入れられている⁷¹。

13. 消費者という把握しがたい概念

この名宛人の不均質性についてのありうる説明の 1 つは、消費者の性質に存する。欧州共同体法の衝撃の下で⁷²、消費者が競争の市場に仕える経

のである。Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-30645, FS-P+B+I.

⁶⁹ 欺瞞的広告についての消費法典 L121-1 条の個人間への適用について、とりわけ参照、Cass. crim., 27 mars 1996, Bull. crim., n° 139.

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, n° 03-10.770 et n° 02-13.155 ; Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, Bull. civ. 2006, I, n° 331 ; Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. 2006, IV, n° 103 ; Cass. com., 4 juill. 2006, Bull. civ., 2006, IV, n° 157.

⁷¹ 投資分野については、玄人としての投資家概念および事業者の能力概念を参照している通貨金融法典 L533-4 条最終項を引くことができる。Causse, *L'investisseur, in Liber Amicorum J. Calais-Auloy, op. cit.*, p. 261 et s., spéc. p. 270.

⁷² この、単一欧州議定書以降の欧州共同体法における経済的行為主体たる消費者について、参照、Hans-W. Micklitz, *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la communauté européenne, in Liber*

経済的行為主体になるように、消費者に情報を提供することが今後は一層問題となる。他方、保護が必要と認められる弱者である当事者たる消費者については、問題となる度合いが減少するであろう⁷³。弱者である当事者は、今日では、玄人ではない者と玄人という新たな対置によって保護されている。反面、消費者は、今後は特に《消費の客観的、経済的な機能》⁷⁴において把握される。残された問題は、濫用条項の分野において見出される。他の分野、とりわけ訪問販売のように経済機能が優先している分野とは異なり、濫用条項の分野においては、弱者たる契約当事者が引き続き保護されるべきである。解決の方向は、その場合には、濫用条項〔規制〕法を一般法に再統合するというものになろう。これが、今日フランス実定法がたどろうとしている歩みのように思われる⁷⁵。

この名宛人の不均質性は、特に情報提供義務の分析において顕著である。この義務は、財および役務の諸特性に関する情報について定める消費法典 L111-1 条⁷⁶、あるいは、価格に関する情報についての義務を課している消費法典 L113-3 条⁷⁷といった消費法典のいくつかの規定によって、一般的な方法で認められている。情報提供義務は同様に、隔地者間契約に関する消

amicorum J. Calais-Auloy op. cit., p. 725 et s., spéc. p. 732 et s.

⁷³ J.-P. シャザル (J.-P. Chazal) による、消費法の究極的な目的に合致しないのではない、といった直接の関係という客観的判断基準への批判を参照。J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?*, D. 1997, Chr., p. 260 et s., spéc. p. 262. 次のように述べている。《直接の関係という基準は、経済的弱者の保護という問題と完全に切断している。このことは、一定の事業者に消費者概念を拡大することが、正当にも、消費者概念の制限的理解によって引き起こされた不当性を取り繕う目的を有していることを想起するとき、頂点に達する。》

⁷⁴ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 397, p. 250.

⁷⁵ 後述する商法典 L442-6 条および司法省の 2009 年 5 月の契約法改正案第 79 条参照。

⁷⁶ 消費法典 L111-1-I 条。次のように規定する。《財の売主および役務提供者はすべて、契約締結前に、消費者を、その財および役務の基本的な特徴について知ることができる状態に置かなければならない》。

⁷⁷ 消費法典 L113-3 条 [1 項]。次のように規定する。《製品の売主または役務提供者はすべて、消費者に対し、目印、ラベル、掲示その他一切の適切な方法によって、価格 (…) に関する情報を、提供しなければならない》。

費法典 L121-18条⁷⁸がその例を提供しているように、契約当事者間に存在しうる地理的距離を克服することも可能にする。隔地者間契約において、情報は、事業者を同定し、その取引にかかる費用を認識することを可能にする。隔地者間契約であることに加えて、補完的な情報を想定した独自の媒体を有する電子契約を、この武器に付け加える必要がある。電子契約に関して、民法典1369-4条は、《適用されるべき契約条件を、その保存および複製を可能にする方法で》提供する義務を課している。さらに、金融サービス分野においては、消費法典 L121-20-10条が、提供されるサービスに関する情報を含んだ書面の提供、ないし、それが無い場合にはサービスおよびそのサービス固有のリスクを示す情報を記載したメモの提供を義務づけるといった、特別な情報提供義務を課している。

ここでもまた、情報提供義務を享受するのは、常に弱者たる当事者である消費者というわけではなく、また主として弱者たる当事者である消費者というわけでもなく、むしろ、経済的行為主体たる消費者である。消費者は、その脆弱な状態を理由に保護されることはだんだん少なくなり、むしろその経済的行為主体たる性質ゆえに保護されるようになっている。消費者は、消費社会における市場経済の主要な構成要素である。経済的な一般利益に従って消費を促進しなければならない。情報は、経済的次元の道具、自由主義を標榜する道具である。消費させるために情報を提供する、これが欧州共同体法のスローガンである。その一例を信用に関する2008年5月23日の指令の中に見いだすことができる。同指令は、消費者たる借主に対する情報提供を改善することによって、とりわけ、今日なおきわめて消極

的なものに止まっている国境を越えた信用を促進することを公然の野心としているのである⁷⁹。同指令は、その大部分が消費者信用に関する2010年7月1日の法律第2010-737号及び2011年2月1日のデクレ第2011-136号によって国内法化された。この法律によって、《政府は、信用をより分別があるものに発展させたいと望んでいる》のであり、その目的達成のために、政府は、《貸主の義務および責任》ならびに《借主保護準則》を強化しようとするのである。とりわけ情報提供の質を上げることを通じて経済的行為主体に責任を負わせることは、正義の問題であるのみならず、経済的効用の問題でもある。このようにして、消費法典 L311-1条は、消費者を次のように定義する。すなわち、消費者は、《その者の商業活動または事業活動とは無関係な目的において実現され、または計画される信用取引の枠組みにおいて、貸主と関係を有するすべての自然人》である。この定義から感じられるのは、消費者とは、その事業活動外で行動する経済的行為主体という1つの地位なのであって、脆弱性という1つの状態ではない、ということである。

消費者という経済的行為主体の保護が最も明白となるのは、とりわけデジタル経済の分野においてである。情報提供から生まれる透明性が、近接性の不存在を埋め合わせている。地理的な遠隔性を、情報提供量の増大、透明性の増大によって埋め合わせなければならない。その目的は、デジタル世界の行為主体を保護することよりも、デジタル経済上の消費を促進することにある。そのことについて納得するためには、デジタル経済に関する2004年6月21日の法律第2004-575号の例をあげるだけで十分である⁸⁰。情報へのよりよいアクセスを保障することを目的とした次の3種類の手段が存在する。すなわち、売主または役務提供者の同一性に関する情報、価格の透明性（19条）、そして契約条件の提供（民法典1369-4条）である。同法の目的は、明らかに自由主義的なものである。すなわち、信頼の環境

⁷⁸ 消費法典 L121-18条。次のように規定する。《(…)契約の申し込みにあたっては、以下の情報が提供されなければならない。1. 製品の売主または役務提供者の氏名、その者との効果的な連絡を可能にする電話連絡先、その者の住所または法人の場合にはその本社の住所および、それが異なる場合には、申込みについて責任を負う施設の住所、2. 必要がある場合には、引渡しの費用、3. 支払、引渡しまたは履行の方法、4. 撤回権の存在および場合によるその範囲の制限、または、この権利の適用がない場合には、撤回権の不存在、5. 申し込みの有効期間およびその価格、6. 隔地通信技術の利用費用が基本料金の照合によって計算できないときは、その費用、7. 契約が財または役務に関する継続的または定期的な供給を目的としているときで、必要がある場合には、提案される契約の最小期間》。

⁷⁹ Fr. Julienne et D. Lahet, *La directive européenne sur les contrats de crédit aux consommateurs : quelles opportunités pour les consommateurs européens et les opérations transfrontières ?*, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2010, p. 185 et s.

⁸⁰ [「電子的手段による契約上の形式主義の実現に関する」2005年6月16日のオルドナンス第2005-674号を付け加えなければならない。]

を樹立することで交換を刺激することがこの法律の目的なのである。同法によって課される情報提供義務から生じる透明性によって効用がもたらされることは明白だとしても、正義それ自体が同法からもたらされるかどうかは定かではない⁸¹。情報提供から生じる透明性は、人のみを保護するのではなく、システム、すなわち、競争市場システムを保護するのである。経済的行為主体が彼らの経済的自由を行使することを促進するために、信頼の環境を打ち立てなければならない。消費することは自由の行為であり、情報提供は消費を促進するとみなされている。

要するに、消費者が何よりもまず経済的行為主体であって、その者が信頼しうる市場を提案したいと我々が思っているような存在であるならば、消費者に関する法は、弱者である当事者を保護するという往時の心を失い、市場に奉仕する経済法になる。このような条件の下では、消費法の機能について再考すべきではないだろうか。さらに、仮に消費者概念が把握しがたいものであるならば、それはおそらく、消費法が債権者であり能動的な主体である消費者から出発すべきなのではなく、受動的な主体である債務者、すなわち事業者から出発すべきものであるということによるだろう。事業者から出発していわゆる消費法をつくりあげることによって、より一貫した事業者法（*droit professionnel*）を確立することになろう。この意味において、我々はフェリエ（D.Ferrier）氏の独自の提案を思い起こすことができる。フェリエ氏によれば、事業者法は《『利益を作り出し、生活の必要性に応えることを可能にする性質を有する』（J. メストル（J.Mestre）と M.-E. パンクラッチ（M.-E.Pancrazi））生産、流通または役務提供という日常的な活動の枠組みで行為をなす》者として定義される事業者という人格を中心に構成される⁸²。

準則の名宛人を明確に同定することが不可能であること、それゆえ達成されるべき目標を明瞭に同定することもまた不可能であることは、1 ないし複数の消費者の利益と一般利益とがしばしば混同されるという事態に

⁸¹ この考え方につき、M. Mekki, *Le formalisme électronique*, Revue des contrats, 2007-3, p. 681 et s.

⁸² D. Ferrier, *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel*, op. cit., spéc. p. 378.

よっても表現されている。

14. 集団的利益と一般利益：利益の混同

〔従来、個人的利益の保護が問題になると考えられてきた〕消費法の領域において、個人的利益と一般利益との間の混同がいささかなりとも生じると想定することは、ア・プリオリに困難である。しかしながら、とりわけ刑法の消費法に対する介入によって、私的利益と一般利益の間の境界は、相互浸透を可能にするより多孔質のものとなるだろう。原則として、刑法は個人の自由を保護する機能を果たす。この第1の機能は、《その違反について刑事罰が科される契約上の誠実義務》を導入した消費法典 L213-1 条⁸³の中に見出すことができる⁸⁴。しかしながら、今日では、消費法において刑法には一般利益の保護という第2の機能が認められる⁸⁵。このように、消費法の領域において刑法の影響力が増大しているが、それは、消費法が個人的利益と一般利益との中間地点に、また、保護的公序（*ordre public de protection*）と指導的公序（*ordre public de direction*）との中間地点に自らの変わらぬ立ち位置を定めている法であることの証左である。すなわち、《消費法の刑事規定は、『その究極目的の二元性』に対応している。消費法における消費者保護は、部分的には経済的・社会的な指導的公序に属し、また部分的には経済的・社会的な保護的公序に属している。消費法の究極目的の二元性は、このような消費者保護に関する諸法律の支離滅裂な性格の

⁸³ 消費法典 L213-1 条。次のように規定する。《手段または手続の如何を問わず、[以下の点に関して] 契約の相手方を欺罔し、または欺罔しようと企てる者は、その者が契約当事者であろうとなかろうと、第三者を介する場合であっても、2年以下の禁固および37500ユーロ以下の罰金、またはこの2つのいずれかのみによって罰せられる。1. 製品の性質、種類、原産地、重要な品質、使用適性または有効成分の濃度について、2. 引き渡される物の量または同一性について。物の同一性に関する欺罔は、契約の目的となる特定物以外の商品を引き渡すことによってなされる。3. その使用態様、製品の利用に固有のリスク、検査の実施、使用方法または払うべき注意について》。

⁸⁴ R. Ottenhof, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, L.G.D.J., 1970, préf. H. Blaise, spéc. n° 51.

⁸⁵ この問題につき、参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 227 et s., p. 147 et s.

当然の延長線上に位置づけられるのである》⁸⁶。禁止規定によって枠付けられた一般的な経済的違反行為⁸⁷と、消費者の利益に固有の違反行為⁸⁸が存在するだろう。前者は、積極的に行為準則を課すことによって刑事法の行為決定機能の受け皿を構成する。これに対して、後者は、刑事法にとっては外的な行為準則違反行為について制裁を与えることで満足するという、刑事法の制裁機能の受け皿を構成する⁸⁹。刑法を超えて集团的利益と一般利益とを区別することは、しばしば危険な企てである。

この意味で、我々は、消費者の集团的利益が本当に一般利益と区別されるものであるかどうかについて自問することができる⁹⁰。集团的利益概念は、すでに、それ自体において、問題の多い概念であり⁹¹、困難な概念であり⁹²、さらに定義不可能な概念である⁹³。明らかに、とりわけ消費者の集

团的利益は、個人的利益の総和に縮減されるものではない⁹⁴。集团的利益は、おそらくは内在的な利益である⁹⁵。集团的利益に関しては、たとえば基準が変わりやすい不安定なものであり、大部分は不十分なものであるとしても、概念的には一般利益⁹⁶と区別される。集团的利益に経済的性質を付与し、一般利益に政治的性質を付与するという物質主義的基準は、時代遅れなものとなっている⁹⁷。経済的な一般利益の発展がそのことを示している。一般利益とは異なり、集团的利益には対立的な性質があるとして、そこに区別の基準を求めようとする考え方もありうるが、これも十分な基準ではなく、明確性を欠いている⁹⁸。[担い手が何であるかで区別しようとする]有機的な基準に関してもまた、妥当性の欠如を指摘しなければならない

⁸⁶ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 229, p. 149. この区別は他の多くの論者に共有されている。G. Roujou de Boubée, *La protection du consommateur par le droit pénal*, in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVII, 1979, p. 201 et s., spéc. p. 204 ; J.-P. Pizzio, *Droit de la consommation et lois pénales récentes*, *Petites Affiches* 1985, n° 52, p. 99 et s., spéc. p. 100.

⁸⁷ 例として、消費法典 L122-1条及び L122-6条。

⁸⁸ 例として、不動産信用分野における10日の熟慮期間を遵守しなかった場合の刑事罰である消費法典 L312-11条。

⁸⁹ この区別につき、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 231, p. 150 et s.

⁹⁰ J. Franck, *Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, *op. cit.*, p. 409 et s.

⁹¹ 一連の観点として、L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français...*, *th. préc.*, *passim*. 手続法の角度から、参照、L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Pref. G. Viney, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, Tome 278, 1997, spéc. n° 3 et s., p. 2 et s.

⁹² G. Viney, *Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs*, J.C.P. (G), 1988, I, 3355. その中で集团的利益に言及して、ヴィネ氏は《その固有の内容を明らかにすることは特に困難である》と指摘している。

⁹³ M. Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)*, R.I.D. comp., 1975, n° 3, p. 571, spéc. p. 574. それによれば集团的利益は、《正確な定義を（…）免れている》。

⁹⁴ とりわけ参照、L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, Thèse Nice, 2 tomes, Dactyl., 1979, n° 7, p. XV et s. さらに、《数学的な加算の意味での合計は、その構成要素が均質であることを前提としている。すなわち、我々は、ナシとリンゴとを加算することはできない。それができるのは、それらを同一のもの、すなわち、果物として示す場合だけである。ところで、人の利益は、あまりに多様すぎて、数学的な加算を実行することを可能にしない》。L. Boré, *th. préc.*, n° 11, p. 9.

⁹⁵ あるグループの集团的利益が内在的性格を有するという考え方に賛成するものとして、とりわけ参照、R. Clemens, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey, 1935, spéc. p. 109 ; M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, *Cahier de la Nouvelle Journée*, n° 4, *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud et Gay, 1925, spéc. p. 16.

⁹⁶ 一連の見解として、L. Boré, *th. préc.*, n° 12 et s., p. 10 et s.

⁹⁷ この基準に賛同するものとして、オーリウ (Hauriou) 学長の見解を参照。それによれば、国家の一般利益は、政治的性質を有しており、その点で、経済的性質を包含する集团的利益と区別される。次のように述べている。《それでは、公的なものと集团的なものとの違いは何か？（…）集団の公的利益は政治的次元に属するものであるのに対して、純粋に集团的な利益は経済的次元に属する》(p. 49)。

⁹⁸ L. Boy, *th. préc.*, spéc. n° 7, p. XVII. 著者の見解によれば、集团的利益は、《人の可能な質または社会的機能に関する利益である。この意味において、集团的利益は個人的利益と区別されるが、それは集团的利益が常に集団に関連するからである。それはまた、一般利益とも区別されるが、それは集团的利益がつねに対立的な利益（消費者と製造者、男と女……）に直面しているからである》。

い。その不十分さは、とりわけ、私的な法人が《一般利益の任務》⁹⁹を託されるようになって以来、また、一定の集团的利益が公共団体全体の利益にきわめて近いものとなって以来、目立つものになっている。消費者の利益については、とりわけそのような事情を指摘しうる。消費者の利益は、消費者のカテゴリーの膨張を観察する新たな機会を提供しているのである。公的機関と並んで消費者団体（アソシアション [非営利団体]）が存在することが、混同の最初の源である。このようにして、消費者団体は、さまざまな経済政策に関与している。関与の形態も多様であり、欧州委員会や（消費者連合委員会（Bureau des Unions de consommateurs））、世界貿易機構（l'Organisation mondiale du commerce. O.M.C. 英語の略語は WTO [訳者注]）に席を占めるもの（国際消費者（Consumers international））もあるし、フランスの国内レベルでは、競争当局、濫用条項委員会、経済・社会・環境評議会、フランス標準化協会（AFNOR）、全国商業設備委員会、全国消費評議会などに席を占め、積極的役割を果たしているものも存在する。

これらの利益の混同は、特に競争法において見てとることができる¹⁰⁰。例えば、競争当局が企業間協定（カルテル）¹⁰¹または企業集中の有効性を評

⁹⁹ この基準に賛同するものとして、参照、L. Boré, *th. préc.*, spéc. n° 12, p. 13. 著者は、有機的な基準はきわめて教育的なものだと考えている。この基準は、すべての場合を包含するものではないが、実定法の大部分を明らかにするという長所を有している。この基準は、《論理的なレベルでは大きな説明的価値を有していない……》が、《利益の行使に関しては、（…）有機的な基準は、（…）きわめて適切な基準だと思われる》。

¹⁰⁰ この意味において、参照。D. Ferrier, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, J.C.P., Cah. dr. entr., 2000, n° 3, p. 36, spéc. p. 36. さらに、Y. Picod, *Droit du marché et droit commun des obligations. Rapport introductif*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé les 24-25 octobre 1997 à l'Université de Perpignan par le Centre de la Concurrence avec la collaboration du Centre de Droit de la consommation Université de Montpellier I, R.T.D. com., 1998, p. 1, spéc. p. 1.

¹⁰¹ この意味において、とりわけ参照、M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Préf. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 7, 2001, n° 27 et s., p. 40 et s., spéc. n° 29, p. 43 et 44 ; L. Vogel, in *La protection des consommateurs face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés*, in *Ateliers de réflexions sur la Concurrence du 19 octobre 1995*, Rev. conc. cons., mars-avril 1996, n° 90,

価する目的で経済上のバランスシートまたは競争上のバランスシート（bilan économique ou concurrentiel）を作成するにあたり、消費者の利益は、評価の主要な基準の一部をなすのである¹⁰²。このようにして、協定が有効とされるためには、《協定から生じる利益の衡平な一部分をユーザーに》¹⁰³留保することが必要となる¹⁰⁴。この条件は、絶対的に明確な一条件になるわけではないが、経済発展を構成する 1 つの要素を形成する。言い換えれば、合意による協定は、全員に利益をもたらすものであるべきであり、当事者のみに利益をもたらすものであってはならない¹⁰⁵。《利用者》という言葉は、[《消費者》よりも] 明らかに広い意味を持つものではあるが、そ

pp. 41-45. spéc. p. 44. L. ボージェル (L. Vogel) 氏にとって、消費者の利益は、ここでは、その実行の経済的効率性に対して実務が貢献する手段ということとどまらず、独立した正当化事実である。競争評議会は、このようにして、[旧1986年12月1日のオールドナンス] 第7条 [現：商法典 L420-1条] に基づいて真の経済的バランスシートを作成しようとするが、それはおそらく、1986年12月1日のオールドナンス旧10条を根拠にしても、国内法上事前の通知の欠如に直面すると、それぞれのバランスシートの区別が正当化されないからである。この点につき、参照、M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, L.G.D.J., 1994, spéc. n° 60.

¹⁰² 商法典 L420-1条（旧1986年12月1日のオールドナンス第7条）または EU 条約81条1文。

¹⁰³ この意味において、参照、M.-S. Payet, *th. préc.*, n° 24, p. 36. このような経済発展と消費者の利益の混同は、それらが消費者の健康ないし安全といった社会的次元の要請の頻度を増す。 *ibid*, n° 25, p. 37 et 38.

¹⁰⁴ 商法典 L420-4条2号の文言と、EU 条約81条3文の文言は同一である。この問題につき、参照、M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse Paris I, 2 tomes, Dactyl., 2002., n° 455 et s., p. 414 et s.

¹⁰⁵ 基本的な考え方は、経済発展が《その集団全体にとっての発展を構成すべきであり、利害関係を有する企業の景気の状態を改善するのみであってはならない》ということを確認することにある。Cons. conc., Rapport, 1992, p. 129. 一例として、参照、C.A. Paris, 29 juin 2000, *L.N.F.*, in P. Arhel, *Activité de la Cour d'appel de Paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles (Mars-juin 2000)*, P.A., 4 août 2000, n° 155, p. 16. この事案においてはサッカーのナショナルリーグが、アディダス社との間で締結したスポンサー契約において定められていた排他的取引条項を享受していたが、パリ控訴院によれば、当該契約はサッカークラブにとって利益をもたらすものであり、消費者にとって利益をもたらすものではないとされた。

ここでは消費者の利益が支配的な地位を占めている¹⁰⁶。消費者の利益は、実のところ、3つの異なる場合を指し示している。第1に、消費者の利益は、企業間協定を正当化するために、時として、雇用の利益¹⁰⁷や環境の利益¹⁰⁸といった他のカテゴリーの利益と組み合わせられている。第2に、消費者の利益は、企業間協定の経済的実効性の1つの指標として利用されることがあり、この場合には、それは企業間協定の有効性を正当化する機能を果たすことになる¹⁰⁹。その例として、評価の対象となる企業間の合意が生産コストの縮減をもたらす場合、商品価格の引き下げを可能にする場合または製品の改良に貢献する場合をあげることができる¹¹⁰。第3に、消費者の利

¹⁰⁶ 経済発展における消費者の利益の地位につき、参照、*L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence, Ateliers de réflexion sur la Concurrence du 19 octobre 1995*, Rev. conc. cons., mars-avril 1996, n° 90, p. 8 et s.; J.-P. Bonthoux, *L'intérêt des consommateurs fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français, in Concurrence et consommation*, sous la direction de Y. Serra et J. Calais-Auloy, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1994, p. 53 ; J. Dubois, *L'intérêt des consommateurs fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit communautaire, in Concurrence et consommation, op. cit.*, pp. 63-75 ; Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché, op. cit.*, p. 113 et s. 詳細な研究として、参照、M. Chagny, *th. préc.*, n° 456 et s., p. 415 et s. ; M.-S. Payet, *th. préc.*, spéc. n° 18 et s., p. 27 et s.

¹⁰⁷ 例えば、企業間協定技術委員会の次の意見を参照、Comm. techn. Ententes, avis du 22 mars 1968, *Industrie de la filature du coton cardé du Nord et de l'Ouest*, citée par V. Selinsky, *L'entente prohibée (à travers les avis de la commission technique des ententes et des positions dominantes (D. du 9 août 1953, ord. du 28 septembre 1967, loi du 19 juillet 1977)*, Préf. C. Lasry, Librairies techniques, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Tome 9, 1979., n° 517, p. 321. 協定が維持されるのは、消費者のためだけではない。とりわけむしろ、協定が無くなるのが、雇用に対して非常に有害な影響を及ぼしうるからである。J.-P. ボントゥー (J.-P. Bonthoux) は、ここで、『被用者としての』消費者、ないしより広く『市民としての』消費者について語っている (J.-P. Bonthoux, *op.cit.*, p.60)。

¹⁰⁸ 例えば、企業間協定技術委員会の次の意見を参照、Comm. techn. Ententes, avis du 28 mars 1973, *Industrie du ramassage et de la régénération des huiles usagées*, citée par V. Selinsky, *th. préc.*, n° 569, p. 348.

¹⁰⁹ この意味において、とりわけ、M. Chagny, *th. préc.*, n° 458, p. 417.

¹¹⁰ 例えば、参照、Cons. conc., 21 juin 1988, n° 88-D-27, *Pratique relevée dans le secteur*

益は、合意による企業間協定を正当化する独立の基準として用いることができる。とりわけ、消費者の安全¹¹¹ないし健康¹¹²が問題となる場合がそうである。国内法においては、製品の安全性および消費者の必要性を考慮に入れて、水平的な企業間協定を前もって有効にするという判断がなされた。

de la messagerie groupage, B.O.C.C.R.F., 30 juin 1988, p. 70. すなわち、《特に、顧客のより広いアクセスを保障しつつ、締結された協定がなければ提供することができたであろう給付を上回る品質の給付を提供する》ことを可能にする協定の有効性。さらに、Cons. conc., 11 octobre 1988, n° 88-D-37, *Groupement des cartes bancaires, B.O.C.C.R.F.*, 21 mars 1989, 15 octobre 1988, p. 85. それによれば、カード手段の促進を目的とした信用機関の集合体は、《フランスの支払システムの実効性、生産性および安全性》を改善することによって、経済発展に貢献している。欧州共同体法における同様の精神において、例えば、参照、Comm. CE, 29 avril 1994, *Stichting Baksteen, J.O.C.E.*, n° L 131, 26 mai 1994, p. 20. この問題全体について、参照、L. Vogel, *in La protection des consommateurs face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés, op. cit.*, p. 41, spéc. p. 43. 次のように述べている。《…消費者の利益は、完全に異なる2つの役割を果たすよう要請される。ある場合には、それは、効率性改善への実務の貢献の指標でしかない。それは、[具体的には、] 企業の登録費用減少に関する事実上の協定（たとえば、銀行カードグループ事件）によって価格低下が導かれる場合である。ある場合には、そしてそれは第2のケースであるが、消費者の利益は、直接的には外部性 (externalité) として理解される（例えば、製品安全の改善、環境保護）》。著者は、消費者の利益のこれら2つの現れは、異なる機関によって評価されるべきであること、しかし、現在のシステムはそれようにはなっていないことを付け加えている (p. 45)。

¹¹¹ 例えば、参照、Comm. CE, 11 octobre 1988, *J.O.C.E.*, n° L 305, 10 novembre 1988, p. 41. そこでは観光用自動車タイヤの新たな安全システムの発展を目指して協力することを定めた協定につき、それが技術発展に貢献するという理由で有効とされた。ここで問題とされたのは、《私的であり、かつ、公的である利益》である。同様の意味において、ボトル所有権の保護を目指したガス流通業者間の協定を参照。ここでは、それは、《安全規定の尊重およびそこから生じる責任問題と切り離せない》と考えられている、Cons. conc., 4 juin 1991, n° 91-D-29, *Situation de la concurrence dans le secteur de la distribution de pétrole liquéfié, B.O.C.C.R.F.*, 5 juillet 1991, p. 78.

¹¹² 例えば、参照、Comm. CE, 6 octobre 1994, *Pasteur Mérieux-Merck, J.O.C.E.*, n° L 309, 2 décembre 1994, p. 18. すなわち新たなワクチンを開発することを可能にするための協定の有効性の承認。その理由は、これが《真に公衆衛生への関心》に関わる、という点にあった。

パリ控訴院は、1992年2月26日判決において、〔価格および競争の自由に関する〕1986年12月1日のオルドナンス〔第86-1243号〕第7条に基づいて、仲買人がガスボトルの交換を行うという実務を終わらせることを目的としたガス会社間の協定は、メーカー間の競争を制限していないという判断を下した。協定は、メーカー間の競争を制限するどころか、仲買人が《梱包についてのガス会社の所有権に反する手段を、製品の安全性および流通システム全体の生産性を犠牲にする形で実施し》、それを通じて顧客を増やすという事態を阻止することを可能にしたのである¹¹³。

結局、消費者の利益というものは、均質的な1つの人間集団の利益なのではない。それは競争法においてしばしば市民の利益、すなわち、法の主体の利益、全体の利益の問題となる¹¹⁴。最終的には、《消費者の利益は（…）一般利益に近似的な表現（…）を提供する》¹¹⁵。

個人的利益、集団の利益そして一般利益の間では、以上に見たように、恒常的に入れ子構造が存在している。このような事態が、手続法の尺度で問題を考察する場合に、3つの利益相互の理論的把握についてのためらいが一貫して存在し、またその区別が議論の対象になっていることの原因になっている。

2° 手続法の尺度で¹¹⁶

15. 一般利益の断片としての集団的利益

訴権の行使の際に、利益の混同がとりわけ明白となる。多くの問題をはらんでいる主体の同定問題が、訴権の受訴可能性の問題に及ぶのである。長い間、刑事裁判機関において、アソシアシオンは消費者の集団的利益について訴権を行使することができなかった。なぜなら、一般利益は、検察

（le ministère public）の専権に属するものとされ、一般利益の問題とされることが、アソシアシオンによる訴権行使を妨げてきたのである。立法上権限を付与されていたアソシアシオンのみが訴権を行使することができた。しかしながら、この議論は妥当性を欠くものであった。第1に、もっぱら検察に留保されている公的利益と私的ないし個人的な利益を対立させることは、妥当性を欠くものである。特に刑事分野において、刑事的な公的利益と賠償を生じさせる私的利益の間の混同が増大している¹¹⁷。さらに、消費者団体の訴権の範囲の制限は、権限付与に基礎を置くものであってはならないであろう。この領域における権限付与は、いかなる一貫性もなく絶えず増加しているからである。訴権の範囲の決定は、そのアソシアシオンの目的の決定と結びつくべきである¹¹⁸。第2に、検察は積極的に行動しない場合がきわめて多いし、介入するにしても、ある事件を公訴棄却が適切と判断する際に、つねに中立的であるわけではない。社会構成員全員の利益におけるアソシアシオンの介入は、市民を公共社会の生活（la vie de la Cité）に関与させる1つの手段であり、その際に、アソシアシオンは、検察と協力関係を樹立しているのであって、競争関係に立つのではないので

¹¹⁷ M. van de Kerchove, *L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal*, in *Droit et intérêt*, Vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, n° 49, 1990, pp. 83-113. この著者は、その論文の全体を通じて、かつては一般的であった、公的利益に関わる刑事的抑止と、私的利益に関わる賠償との区別が、再検討されるべきことを示している。個人が付帯民事訴訟の民事当事者となることを通じて公的利益の保護に関与するという事態がますます増加している。また、特にその懲罰的な性格だけでなく、とりわけ賠償基金の創設、強制保険の制定、刑事上の和解の発展を通じて国家介入が強まることによって、賠償が、ますます公的利益の問題となっている。一連の見解として、参照、X. Pin, *La privatisation du procès pénal*, Rev. sc. crim., 2002, pp. 245-261. さらに、R. Cario, *La place de la victime dans l'exécution des peines*, D., 2003, Chr., p. 145.

¹¹⁸ この意味において、参照、G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1998, n° 303-5, p. 124.

¹¹³ Cons. conc. 4 juin 1991, *préc.*

¹¹⁴ この意味において、参照、M.-S. Payet, *th. préc.*, spéc. n° 22, p. 35.

¹¹⁵ A. Bienayme, *La problématique du sujet*, in *Ateliers de la concurrence*, Rev. conc. cons., mars-avril 1996, n° 90, p. 9, spéc. p. 13.

¹¹⁶ この問題は、S. アムラーニ・メキ（S. Amrani-Mekki）の報告に属する。筆者は、その報告の内容を参照するとともに、ここでは、大きな傾向と、それがあろうべき消費法の一般理論に与える影響について指摘するにとどめる。

ある¹¹⁹。集团的利益は、一般利益の1つの断片であって、その対立物ではない¹²⁰。消費者団体に対する不信感は根拠に乏しいものであり、そのような事情がフランス法の抵抗を打ち破ったのである。

¹¹⁹ 実際、検察は、例えば、経済規制に対して生じうる違反を告発するために1または複数の市場の全体を監視することはできない。このことは同様に、検察が業種別の利益、さらには政治的な利益の圧力の下で譲歩するという事態を回避することを可能にするものともいえよう。J. エロン (J. Héron) はこのことを《検察の目的の限定》と呼んでいる。J. Héron, *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd. par Th. LE BARS, Montchrestien, Domat Droit privé, 2002, n° 82, p. 72. しかしながら、《これらの検察の協力者》の《熱意が過剰なこだわりを見せないか》を警戒するマロリーとエネスの慎重さも参照、Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, sous dir. Ph. Malaurie et L. Aynès, Defrénois, 2003, n° 226, p. 116. このような検察の怠慢は、大部分の論者によって強調されている。そのようなものとして、特に参照、M.-L. Rassat, *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1967 ; M. Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs...*, *op. cit.*, spéc., n° 5, p. 576 et s.

¹²⁰ しばしばなされる《大義》(grandes causes)と一般利益の混同について、参照、J. Héron, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 75 et s., p. 63 et s. 消費者の集团的利益は、全員の利益であるという意味において、一般利益である。この意味において、とりわけ、H. et L. Mazeaud, *obs. in R.T.D. civ.*, 1954, p. 655 ; P. Hébraud, *obs. in R.T.D. civ.*, 1954, p. 690. さらに、S. Guinchard, *Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général: la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique*, in Etudes J. Vincent, p. 137, n° 25, p. 152. 次のように述べている。《(…)消費者の集团的利益は、一般利益の一部分にすぎない。すべての者が賃金取得者または被用者というわけではないが、市民はすべて本来的に消費者だからである》。J. Calais-Auloy et Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 556, p. 574 et 575 と比較せよ。それによれば、消費者の集团的利益は、《個々の消費者個人の利益と市民全体の一般利益の中間》にある。破毀院もまた、消費者の一般利益を語ることをためらっていない。たとえば参照、Cass. crim., 10 octobre 1996, D., 1997, I.R., p. 20. 次のように判示している。《…原価割れ販売は(…)消費者の一般利益に反する。原価割れの価格を表示した状態において、消費者の集团的利益に直接ないし間接に生じる損害という特徴を認めることができる》。

16. 集团的利益をめぐる団体訴権に好意的な立法

とりわけ消費者団体に関して、立法者はまず第1に、権限を付与する場合を増やした。消費法典 L421-2条は、同法典 L421-1条に従って届出をし、認可を受けた消費者団体は、民事分野において、民事裁判官ないし刑事裁判官に対して《違法な行為を差止め、または消費者に提示される契約または契約ひな型から違法な条項を削除させるためのあらゆる措置》を求める権限を有すると定めている。消費法典 L421-6条は、同様の消費者団体は《民事裁判所に対して、指令 (98/27/CE) [消費者利益の保護を目的とする差止請求に関する欧州議会および委員会の指令] 第1条に掲げられた指令を国内法化した規定に関するあらゆる違法行為の差止または禁止を請求することができる》と定めている。裁判官は、この場合には、消費者に提示される契約ひな型すべてにおける違法または濫用的な条項の削除を命じる。消費法典 L421-7条は、認可を受けた消費者団体は、《犯罪を構成しない違反行為によって1または数人の消費者が被った損害の賠償を目的として最初の請求を提起したときは、民事裁判所における訴訟に参加することができ、とりわけ L421-2条に定める措置の適用を求めることができる》と定めることでこの武器を完全なものとしている。最後に、消費法典 L422-1条は、《複数の特定された自然人である消費者が、同一の事業者の行為によって生じた共通の原因に基づく個人的損害を受けたときは、本法典第1章の規定の適用によって認可され、かつ、全国レベルでの代表性を認められた消費者団体のすべては、少なくとも2名の関係消費者の委任を受けた場合には、すべての裁判所において、それらの消費者の名において損害賠償の訴えを提起することができる》と定めている。おそらく将来的には、ヨーロッパ型のクラスアクションが日の目を見るだろう¹²¹。消費者の集团的利益をめぐるこれらの訴権のすべてによって、ここで問題となっているのは、多くの場合には、主観訴訟ではなく、客観訴訟の問題であることが確証される。消費者団体訴権は、消費者保護の法規定が尊重されるように監視するものなのである。この点は、消費者団体が消費法典 L421-2条に従って提起する違法行為差止訴権の場合には特に正しい¹²²。また、集

¹²¹ この問題については、S. アムラーニ・メキの報告を参照。

¹²² C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la*

团的利益をめぐるこれらの訴権は、〔民事上の〕責任が単に損害填補としてだけでなく懲罰的な機能をも有しうること¹²³、集团的利益の侵害に対する賠償はさらにその侵害者の懲罰となることを確認する。しかしながら、消費者団体訴権の訴訟能力は、たとえ消費法典 L421-1条が特に区別することなく《適法に設立の届出をした消費者団体で消費者の利益の保護を定款上の明示的な目的とするものは、そのための認可を得た場合には、消費者の集团的利益に直接または間接に損害をもたらす行為に関して民事訴権当事者（la partie civile）に認められる権利を行使することができる》と定めているとしても、刑事に関しては、少なくとも立法上はまだ限定的である。この条文に基づいて、消費者団体は、定款上消費者の保護を目的としており、この目的のために認可を受けた場合には、あらゆる裁判所において、消費者の集团的利益に間接的にであれ損害をもたらす行為に関して民事訴権（l'action civile）を行使する権限を有することになる¹²⁴。仮に訴訟能力が立法者のもとで認められるのであれば、破毀院のもとではより一層異論の余地はない。

17. 集团的利益をめぐる団体訴権に好意的な判例

破毀院は、この10年の間に全面的な方向転換を実現した。破毀院は、現在では消費者団体によって提起される団体訴権の受訴可能性について、ことのほか自由主義的な態度を示している。破毀院は、もはや立法上の権限付与を要求せず、行使される訴権がその消費者団体の目的に適合していることを要求するに止めるようになっているのである。破毀院第一民事部2001年5月2日判決¹²⁵および第二民事部2004年5月27日判決¹²⁶の2つの

responsabilité civile extracontractuelle, Préf. R. Bout, Dalloz, vol. 71, 2008, spéc. n° 414-2, p. 484 et s.

¹²³ このつながりについて、とりわけ参照、S. Galand-Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., 1995, Préf. G. Viney, spéc. n° 188 et n° 480 et s.

¹²⁴ Cass. crim., 31 janvier 1983, Bull. crim., n° 38.

¹²⁵ Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, n° 99-10.709 : JurisData n° 2001-009336 ; JCP G 2008, II, 10020, note B. Parance ; D. 2001, p. 1973, note J.-P. Gridel.

¹²⁶ Cass. 2^e civ., 27 mai 2004, n° 02-15.700 : JurisData n° 2004-023895 ; Bull. civ. 2004, II,

判決以来、《立法上の権限付与がない場合には、消費者団体は、集团的利益が当該団体の目的の範囲内に入っている限り、その集团的利益の名の下で訴訟を提起することができる》と判断されている。2008年9月18日に破毀院第一民事部によって出された最近の判決は、筋障害対策を目的とするフランスのアソシアシオンによって提起された訴訟に関するものであった。同判決は、《立法上の権限付与がない場合であっても、また、司法的手段の選択に関して明示の定款上の規定がない場合であっても、アソシアシオンは、当該団体の目的の範囲内に入っている限り、集团的利益の名の下に訴権を行使することができる》と判示した¹²⁷。ついに、事前の違反行為の確認さえ要求されず、反対の定款上の規定がない場合には、そのような権限の存在が原則として認められることになった。このようにして、民事裁判に訴えるアソシアシオンは、今後は刑事裁判の場合よりも受訴可能性を広く認められることになる。しかしながら、刑事裁判においても、団体訴権を受け入れる動向は強まっている。消費法において、裁判官は、消費法典 L421-1条について次第に広義の解釈を行うようになっている。この規定は、その適用のために、一方で刑事違反行為の立証を前提としており、他方で、消費者の集团的利益に対する直接ないし間接的な損害を前提としている。個人の利益と一般利益の境界が混乱するのはこの点においてである。すなわち、《集团的利益は、各消費者の個人的利益と市民全体の一般利益の中間に位置する。ゆえに、団体訴訟は、被害者の個人的訴権と検察によって行使される訴権との間にその地位を見いだす》¹²⁸。消費者の利益は一般利益の一部であるという原則から出発して、一定の団体訴権が受訴可能と判断されることは稀ではない。それによって、検察による独占が緩和される。具体例として、1996年10月10日の破毀院刑事部判決¹²⁹を挙げることができる。破毀院は、原価割れ販売の違反に関して、このような違反が、健全で公正な競争と相容れないものであり、《消費者の一般利益》に反するとした控訴院の判断を是認して、消費者団体の民事訴権を受訴可

n° 239 ; JCP G 2004, IV, 2467 ; D. 2004, p. 2931, obs. E. Lamazerolles.

¹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n° 201.

¹²⁸ J. Calais-Auloy et Fr. Steinmetz, *op. cit.*, n° 556, p. 574 et 575.

¹²⁹ Cass. crim., 10 oct. 1996, Bull. crim., n° 358.

能であると認めた。さらに、裁判官は、時として消費者概念を広義に捉える。破毀院刑事部1984年5月15日判決¹³⁰がそのような例を提供している。この判決は、医療契約の枠内で提供されるサービスを受けた者を消費者であると判断し、消費者団体によって行使される訴権は、刑事裁判所において受訴可能だと判示したのである。破毀院の裁判官によれば、消費法典L221-1条は、サービスは我々が正当に期待することができる安全性を示さなければならないこと、および、この一般的な安全債務が消費者に帰すべきものであることを定めている。

実体法の尺度によるか手続法の尺度によるかを問わず、諸利益について正真正銘の混同が生じていることを認めざるをえない。その原因は、消費法の主体を同定することが多くの場合には不可能であるところにある。多くの問題をはらんでいるこの主体の同定問題によって主観的権利の細分化がもたらされているが、それに加えて、主観的権利について論争を招くような散乱がある。

B. 主観的権利の論争的となるような散乱

18. 過剰な財が過剰な権利を導く

消費法は、競争者の論理、テクノクラートの論理、商人の論理、安全を確保するための論理、および人間主義者の論理などさまざまな利害の調整を試みており、それを通じて法的武器が著しく増加するに至ったが、それは、規範のインフレーション、主観的権利の細分化及び規範の一貫性のなさの原因ともなる。主観的権利は、《客観法が個人に認めている特権であり、客観法が個人に切り分けている活動領域である》¹³¹。社会学者は、過剰な主観的権利は、消費社会の第1の証であることを示した。社会学者であるジャン＝ボードリヤール (Jean Baudrillard) によって広く明らかにされているように¹³²、過剰な財は権利の過剰さを招くものである。財の消費

者は、権利の消費者、さらにいえば、権利の過度の消費者でもある¹³³。汎法主義 (panjurisme) とまでは言わないまでも、現代社会は法的社会になる傾向にあり、この現象は《法の帝国》¹³⁴の現れである。裁判権者 (justiciable) は、自ら消費者の衣をまとっている。すなわち、《(…) 裁判権者は、以前にも増して、自分をおびた数々の権利——人権、市民権、社会権——の主体だと感じている。これらの権利は、無数の主観的権利に細分化される。裁判権者は、この現象を通じて、権利の消費者として振る舞うようになり、『叫び』たくなる度に裁判官に権利の存在をアピールするようになるのである》¹³⁵。権利の《野放図な (sauvage)》インフレーションは、消費法の実効性を弱体化させるリスクを有している。消費者の多様な主観的権利の目録調製が重要になる理由は、その点にある。

19. 経済的行為主体、利用者、および市民としての消費者

主観的権利の目録の調製は、基本となる作業である。なぜなら、これらの権利は、ジャン・カルボニエ学長の表現によれば、社会現象の敏感なセンサーであるからである。すなわち、《客観法が社会において強固に存在するためには、それを具現化し、(…) 主観化するのが最も効果的な手段である》¹³⁶。別の言い方をすればこうである。どのような権利が君の権利として認められているか、僕に言ってくれたまえ。そうすれば、君の社会がどのような社会であるか、君に言ってあげられるだろう！消費者に与えられる権利のカタログを作成したいと望むことは、アプリオリに思い上がったことのように見える。しかしながら、我々は、静態で必然的に不完全

物資補給機能》について、とりわけ、p. 118 et s.

¹³³ 製品となったこの権利が、部分的には法律職間の激烈な競争の起源となっている。特に、フランスにおける弁護士と公証人の間の論争的な紛争を参照、M. Mekki, *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat*, JCP G, 2009, n° 26, 61.

¹³⁴ 参照、J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, London and New York, Pinter, 1999, p. 190.

¹³⁵ Chr. Hugon, *Le consommateur de justice*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 517 et s., spéc. p. 528.

¹³⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 197.

¹³⁰ Cass. crim., 10 mai 1984, Bull. crim. n° 176.

¹³¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Forum, 1996, p. 121.

¹³² J. Baudrillard, *La société de consommation...*, op. cit., spéc. p. 19 et s. 《個人に対する

なカタログによる説明の必要がない発展を感じ取ることができる。これらの発展は単線的なものではなく、イデアル・ティプス（理念型）（idéaux-types）として示されている権利のカテゴリーの出現によって表現されている¹³⁷。これらのイデアル・ティプスには3つのものがある。主観的権利の第1のカテゴリーは、古典的なものであるが、経済的性質を有する特権から構成されている(1)。第2のカテゴリーは、第1のカテゴリーと緊密に結びついているが、主として利用者たる消費者（usagers-consommateurs）に向けられる社会的な性質を有する主観的権利から構成されている(2)。最後に、第3のカテゴリーは市民たる消費者（consommateurs-citoyens）を指し示している。それは、新たな消費の時代到来の兆しであり、そこでは政治的性質を有する主観的権利が立ち現れることになる(3)。

1°/ 経済的性質を有する主観的権利

20. 経済的性質を有する主観的権利のインフレーションとその副作用（effets pervers）

消費法に言及することは、かなり多くの場合、消費者が自由で明晰な意思を表明することを目的として実施される多くの手段を考慮に入れることに帰着する。弱者である当事者の保護の問題であろうと、経済的行為主体への情報提供の問題であろうと、その背後に隠された哲学にはさほどの重要性はない。あらゆる場合において、我々は一方で主観的権利の増殖に、他方でその副作用の激化に気がつく。

¹³⁷ 《型は、ある活動を本質的に構成している活動の輪郭、属性によって表現される。イデアル・ティプス（理念型）は、すべての個人に共通の輪郭の一般化によってではなく、ユートピア的な合理化によって獲得される精神上のイメージである。あちらこちらに存在する多かれ少なかれ散在的な輪郭を集める。そして、それが強調され、誇張される。すなわち、そのようにして、我々は、最終的に、現実の混沌を、一貫し、合理的な総体に置き換えるのである》。Préface de J. Grosclaude, in *M. Weber, La sociologie compréhensive, in Essais sur la théorie de la science*, Plon, 1965, p. 16.

21. 主観的権利の増殖

《明晰な合意、自由な合意、熟慮の上での合意、これらは立法者（…）によって次々に定められる3つの目的である》¹³⁸。これにかかわる主観的権利の増殖は、主に2つの形態をとっている。すなわち、情報提供と熟慮期間（délais de réflexion）である。

22. 情報提供への権利のアンビヴァレントな性格と熟慮期間のインフレ現象

情報提供への権利は、アンビヴァレントな権利である。すべては《観点》の問題である。この権利は、消費法を正義の観念から見る捉え方の下では、弱者の保護技術と理解することができる。あるいは、消費法を功利主義の観念から見る捉え方の下では、この権利は、経済的行為主体としての消費者の地位向上の技術と理解することができる。経済学者は、つとに、消費者と事業者の間の関係の特徴付けるものは《情報の非対称性（l'asymétrie de l'information）》であると強調してきた¹³⁹。経済学者は同様に、消費者への情報提供とその価格に対する効果とをつなぐ関係を明らかにした。消費者によって実行される《選択》の基準は、効用、無差別、代替性を中心に構成される¹⁴⁰。情報提供義務は、民法ときわめて自然に折り合いを付けることができる。ただし、そのためには、意思自律のドグマを放棄し、自由で明晰な同意への配慮が1804年の民法典にとって決して完全に無関係なものではなかったという事実を認めることを条件とする。たしかに適用されている準則の全体は、かつてよりも明らかに高度なものになっているが、保護の精神は、1804年の民法典制定時から存在していたのである。それは、民法典1109条または1602条が示すところである。それ以来、消費者を合理的で熟慮された選択を行う経済的行為主体にするために、法律のテキスト

¹³⁸ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., 1996, p. 1 et s.

¹³⁹ 例えば、参照、J. Stiglitz, *Principes d'économie moderne*, de Boeck University, 2000.

¹⁴⁰ この概念について、参照、Jouffroy, *op. cit.*, p. 141 et s., cité par H. temple, *op. cit.*, note 50, p. 1078.

が増大している。そうするためには、情報提供への権利によって法および市場のさらなる透明性を確立することが目標となる。このようなものとして、《財の売主および役務提供者はすべて、契約締結前に、消費者を、その財または役務の基本的な特徴について知ることができる状態に置かなければならない》と定める消費法典 L111-1条、あるいはまた、《製品の売主または役務の提供者はすべて、消費者に対し、目印、ラベル、掲示その他一切の適切な方法によって、価格（…）に関する情報を知らせなければならない》と定める消費法典 L113-3条がある。こうして、このような自由かつ明晰な意思の表明に対する強迫観念は、法的規範のインフレーションおよび膨張を導いた。最近の一例をその例証として示すことができる。それは、広告（消費法典 L311-4条、L311-5条、L311-27条および L311-28条）、借主に対する契約締結前の情報提供義務（消費法典 L311-6条から L311-9条）、保護機能を営む方式主義（消費法典 L311-11条から L311-19条）、および、契約履行過程における契約上の情報提供義務（消費法典 L311-21条から L311-25条）に関する規定を含む、消費者信用法を改正する2010年7月1日の法律第2010-737号である。経済的性質を有する主観的権利と同様のインフレ傾向は、熟慮期間の側面においても見いだしうる。訪問販売において誕生したこの権利は、今日では、消費者信用、隔地者間売買、不動産信用、通信教育にも広がっており、そして、単なる狭い意味での消費法を超えて、不動産売買法にも影響を与えている（建築・居住法典 L271-1条）。

自由かつ明晰な同意の表明を担保するという観点から消費者に与えられている権利のリストを作成し続けることは無益であるように思われる。何よりもまず重要なことは、このような傾向の副作用を認識することである。

23. 副作用の激化

消費法の機能的法としての性質ゆえ、その副作用の角度から消費法を検討することが正当化される¹⁴¹。副作用の厳格な意味に従えば、これは《好

¹⁴¹ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 25 et s., p. 19 et s.

ましくない、かつ、意図しない矛盾》の問題である¹⁴²。これは《権利の寄生者（parasites du droit）》の問題である¹⁴³。経済的性質を有する主観的権利のこのような細分化の副作用の中で、我々は法の一貫性の問題を再び見いだす。《主観的権利の大増殖は、法のインフレーションの要因であり》¹⁴⁴、このことは消費法において特にあてはまる。

24. 合意の保護と悪意への奨励金

第1に、R. von イエーリング（R. von Jhering）の表現によれば¹⁴⁵、自由の双子の姉妹のように受け取られている方式主義は、しばしば悪意のいとこでもある。消費者に与えられている権利は、濫用の根源になる。情報を記載した説明書が交付されていない場合において消費者に付与されている撤回権（droit de rétractation）は、言い逃れのリスクの例証を提供する。保険法典 L132-5-1条は、被保険者に対して、30日間の撤回権を付与している。この期間は、情報を記載した説明書が被保険者に交付されない限り進行しない。そうすると、被保険者は、この情報を記載した説明書が交付されていない場合には、数年経った後でも撤回権を、動機の如何を問わずに行使することができることになる。ところで、この撤回権（droit de renonciation）は、破産院第1民事部2006年3月7日判決が注意を喚起しているように¹⁴⁶、撤回権者がいかなる濫用についても非難されることがないという条件を課すことなく行使されうる。そこで、この準則は、一部の消費者の悪意あるもくろみを奨励することになってしまう¹⁴⁷。ここでの政策的

¹⁴² G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, in L'évaluation législative, R.R.J., Cahiers de méthodologie juridique, n° 9, PUAM, 1994, tome IV, p. 1097 et s., spéc. n° 3.

¹⁴³ Ibid, n° 5 et 6.

¹⁴⁴ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, spéc. p. 124.

¹⁴⁵ R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd., traduit par O. de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 1877, p. 158.

¹⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n°05-12.338, FS P+B+R+I, SA La Mondiale Partenaire : Juris-Data n°2006-032563, J.C.P. (G), 2006, II, 10056, note Fr. Descorps-Declère ; I, 153, n° 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud. 確立した判例として、Cass. 2^e civ., 10 juill. 2008, n°07-12.072, FS P+B, SA Sogecap c/ Hottot : JurisData n°2008-044768.

¹⁴⁷ この考えにつき、参照、C. Manara, *l'abus par le consommateur de son droit*, Petites

選択は、他方の悪意を考慮に入れることなく、一方の無能力に対してのみサクションを与えるというところにある。この選択は、無責任をもたらすという効果ゆえに緩和されうものである。この裁量的な撤回権¹⁴⁸は、まさに《狐の権利（droit du renard）》を奨励することになる¹⁴⁹。顧客は、契約から得られる利益が予想よりも小さいことが事後的に明らかになる場合には、その契約から免れることができるからである。カルボニエ学長の悪い予測が当たってしまった。すなわち、《クリスタルの透明性からシカーネの透明性》への移行が生じている¹⁵⁰。

破毀院は、言い逃れの企てに留意し、それを制限しようと試みている。こうして、裁判官は、単なる物質的な錯誤によっては、消費者はその義務から免れることができない旨を定期的に繰り返して判示している。ここでは、保証分野において消費法典によって課されている義務的記載事項のケースをとりあげよう。破毀院は、法律によって要求されている手書きの記載の文言を誤った場合について、物質的錯誤と精神的錯誤との区別を行っている。第1の場合においては、無効が宣言されることはない。2011年4月5日の2つの判決によって、破毀院商事部は、消費法典 L341-2条以下の規定を考慮して、この推論形式の有効性を認めた。これは、ありうべき悪意に対処するために、大いに評価されるべき判断であった¹⁵¹。

25. 過剰な情報が、情報を台無しにする。

他の副作用として、情報の過剰さが情報を台無しにすることであることをあげることができる。フェリエによると、《消費者の同意を明晰なものにすることを目的とした情報提供義務の増加は、結局は、消費者の依存状態を悪化させる。すなわち、消費者への情報提供が増大すると、消費者の理解度は低下し、消費者の選択も減少する。消費者の選択を規定する諸要素が、

affiches, 18 mai 1998, p. 4.

¹⁴⁸ この権利につき、参照、J. Ghestin, G.Goubeaux, M.Fabre-Magnan, *Introduction générale*: L.G.D.J., 4^e éd., n°775.

¹⁴⁹ M. Belmont et H.Lascombes, *Le droit du renard*, RGDA 2003, p.413.

¹⁵⁰ J. Carbonnier, « *La transparence* », R.J.C. com. 1993, p. 9 et s., spéc. p. 13.

¹⁵¹ Com. 5 avr. 2011, n°10-16.426, FS-P+B ; Com. 5 avr. 2011, n°09-14.358, FS-P+B.

事業者のコントロールの下で消費者に蓄積されるからである》¹⁵²。こうして我々は飽和状態の結果に気づく¹⁵³。あまりに情報が多いことによって、法の産出極 (pôles émetteurs du droit) によって決定された透明性という目的を達成することができなくなる¹⁵⁴。過度の情報提供は情報操作につながり、無益な情報が必要な情報を害してしまう。あまり知られていないが、実務上は頻繁に行われているある契約が、過度の情報に関する典型的な例を提供している。それは、消費者がガスまたは電気の供給者との間で締結する契約である。消費法典 L121-87条および L121-88条の文言によれば、この契約に先立つ申込みには、17の情報に関する明確な記載を含めなければならない¹⁵⁵。契約自体には、5つの追加情報を含めなければならない¹⁵⁵。同

¹⁵² D. Ferrier, *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel*, op. cit., p. 380. さらに, Chr. Gavalda, *Le secret des affaires*, in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 291. 次のように述べている。《最後の、そして平凡な考察であるが、文書の豊富さ、大量性は、明晰な推論を確保するのに最も適した方法ではない。すべてのペールが取り除かれるべきものではないのである》。

¹⁵³ 我々は保護への権利から、《文書を読む義務》へと移行することになる。この意味において、G. Couturier, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, Defrénois, 2000, p. 880 et s., spéc. p. 886.

¹⁵⁴ 同様の検討が、多くの分野でなされた。生命倫理法においては、参照、B. Beignier, *Droit de la personnalité*, PUF, Que sais-je ?, 1992, spéc. p. 31 et s. 旅行代理契約においては、A. Batteur, *La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de voyages*, D., 1996, Chr., p. 81 et s., spéc. p. 84. 会社法においては、特に参照、I. Urbain-Parléani et M. Boizard, *L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966*, revue des sociétés, 1996, p. 447 et s., spéc. n° 20. 分配法においては、J. Threard, *L'article 1^{er} de la loi Doubin du 31 décembre 1989 et les contrats de concession et de franchise*, Gazette du Palais, 1991, II, p. 609 et s., spéc. p. 612.

¹⁵⁵ 消費法典 L121-87条。次のように規定する。《電気または自然ガス供給の申込みは、明瞭かつ理解しうる文言で、以下の情報を正確に示さなければならない。1. 提供者の同定情報、本社の住所、商業・会社登記簿への登録番号、フランス国外に存在する会社および商業・会社登記簿に登録されていない取引業者についてはあらゆる同等の文書、2. 電話番号、および、必要がある場合には、供給者のメール・アドレス、3. 製品および提案される役務の説明、4. これらの製品および役務の契約の

効果が発生する日における価格、および、必要がある場合には、この価格の変動の条件、5. 提案される価格が規制された性格を有する否かの記載、および、[エネルギーを利用する] 特定の敷地について売買の規制価格を放棄した者がその選択を取り消すか否かの可能性の記載、6. 契約期間およびその更新条件、7. 申込みの有効期間、8. エネルギー供給の予測期間、9. 請求書作成の態様、および、とりわけインターネットによる場合には、提案される支払方式、10. 流通の公共ネットワークへのアクセスおよびその利用に関する情報にアクセスするための、とりわけ電子的な諸手段、他の情報とは別に、技術的給付およびそれらの価格のリスト、エネルギー供給の品質レベルまたは供給の連続性が達成されない場合に適用される補償条件および償還態様、11. 社会活動・家族法典L115-3条の規定が適用される場合を別として、エネルギー供給の任意の中断が行われるケース、12. 供給者または流通ネットワークの管理者の契約責任の要件、および請求書作成に関する錯誤もしくは遅滞がある場合、または、契約で定められたサービスの品質レベルが達成されなかったときにおける償還態様または補償態様、13. 本法典L121-20条およびL121-25条に定められた撤回権の存在、14. 契約解除の要件およびその態様、15. 紛争の協議または訴訟による解決方法、16. 電気に関する《必需品》としての特別な料金決定、および天然ガスに関する連帯特別価格にアクセスするための要件、17. 消費者に対して、直接に、または公的機関もしくは私的機関のウェブサイトとのリンクを介して、欧州委員会によって作成されたエネルギー消費者要覧に含まれる情報、または、それがない場合には、消費・エネルギー担当大臣によって作成される同等の文書に含まれる情報を無料で消費者に提供するウェブサイトのアドレス。これらの情報は、書面または耐久性のある媒体によって、契約締結前に消費者の利用に供さなければならない。消費者は、その署名がある場合でなければ、契約に拘束されない。ただし、[エネルギーを利用する] 敷地に移転する消費者が直ちにエネルギー供給を受けることを明示的に求める場合には、前条に定められた義務の適用が除外されう。消費法典L121-88条。次のように規定する。《消費者によって電気または天然ガスの供給者との間で署名された契約は、書面化され、または耐久性のある媒体によって提供される。消費者の請求がある場合には、これらの書面または耐久性のある媒体は、その選択に応じて、電子的手段または郵便手段によって消費者に送付される。L121-87条に定められた情報の他に、以下の要素を含まなければならない。1. 契約の効果発生日および、期間の定めがある場合には、期間満了の期日、2. L121-20条およびL121-25条に定められた撤回権の行使態様、3. 顧客が接続するネットワークの管理者の連絡先、4. 申込みを受けた流量または動力、および、消費されたエネルギーの計測方法、5. 内部への設備取り付けに関して消費者が従うべき法定の主要な義務の喚起。本条の規定は、契約締結場所および契約締結態様

様の精神において、契約に先立つ申込みには9つの情報に関する記載を含めなければならないとしている抵当権付の終身貸借契約に関する消費法典L314-5条を引用することができる。

これらの条件の下では、情報は、消費者にとって理解できないものとなる。しかしながら、情報は単に存在するだけであってはならない。情報は、とりわけ、入手しやすく、理解可能で、分かりやすいものでなければならない。情報の質は、情報の量と同じくらい、さらにはそれ以上に重要である。ところで、現在伝達されている情報がしばしば理解不能なものであるということは、認めざるをえない。それは、ジョルジュ・ベルナノス(Georges Bernanos)の次の考察の正しさを確認するものである。すなわち、《情報をすべて伝達され、その結果、何も理解できないことを強えられる。それが愚者の運命である》。こうして、凡庸な(lambda)消費者が、玄人たる法律家すら理解に困難を感じるような複雑な情報に関わることになる。この点については、ある種の信用契約(変動金利でのつなぎ)や、ある種の貯蓄口座(例えば、多種多様な形で存在する退職年金の積立預金プラン)において開示されている計算方式のことを考えてみれば十分である。過度の情報を流すことによって情報操作を行い、消費者を誤らせることは、企業の作戦にすらなる。企業は、時として、無益な情報を増やすことによって、消費者が必要不可欠な情報から目を背ける度合いを増やすようにするのである¹⁵⁶。

26. 権利の増殖と法の統一性の欠如

情報に関する主観的権利の細分化は、統一性を欠く法(droit incohérent)の根源でもある。《多弁な》¹⁵⁷法である消費法は、しばしば冗長な、さらには無駄な準則を通じて提供されている。また、《複雑な》¹⁵⁸法である消費法

を問わず適用される》。

¹⁵⁶ 例証として、農事貸借における次の事案を参照、Cass. 3^e civ., 26 juin 1991, Bull. civ. III, n^o 194.

¹⁵⁷ D. Ferrier, *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel, op. cit.*, spéc. p. 375.

¹⁵⁸ Ibid.

は、競合し、さらには矛盾する規定にその基礎を置く。この点は、とりわけ国内法と欧州共同体法との間で顕著である。あまりに情報が多すぎることによって、これらの条文間の不一致および不統一のリスクが増大する。この不統一のあり方としては、次の2つがありうる。すなわち、条文間の法的な統一性の欠如、および、情報媒体の間にみられる物質的または精神的な統一性の欠如である。

27. 法的な統一性の欠如

特に情報の激増に直面すると、誤認惹起行為（*pratiques trompeuses*）に関する法律の重要性が増大する。誤認惹起行為は刑事上の違反行為を構成し、消費法典 L121-1条に基づいて厳重に処罰される。これらの規定は電子契約に適用されるが、そこで完璧に示されているのは、完全な透明性を創出しようとして過度に多くの規定を作り出すことが、かえって不統一性のリスクを生み出してしまうという事態である。こうして、一般法および消費法によって定められているサンクションと、とりわけ誤認惹起行為を刑事違反行為とする電子契約という個別的な場合とを組み合わせることが、しばしば困難になる。同一の事実が、誤認惹起行為の観点からも、あるいは例えば隔地者間契約に特有の情報提供義務の不遵守の観点からも把握することができる場合に、困難が生じる。消費法典 L121-1条が、製品と合致していない事実説明を羅列することを内容とする商業上の誤認惹起行為にサンクションを加えることを可能にしているのであれば、この同一の行為は、製品の諸特性に関する情報提供義務の懈怠を構成しうる¹⁵⁹。しかしながら、誤認惹起行為に対するサンクションは、その目的が消費者保護よりも行為規制にあることを示している¹⁶⁰。このようにして、多様な主体

によって訴権が行使されることになる。情報提供義務の懈怠の場合には、訴権を提起するのは当事者である蓋然性が大きい。刑事上の違反行為の場合には、検察が訴追を促されることになる。事業者の同定情報の問題が提起される場合にも、訴権の根拠に関して同様のためらいが生じる。この同定情報提供義務の違反は、同時に、消費法典 L121-18条違反でもあり、消費法典 L121-1条の意味での誤認惹起行為でもある。そうすると、この条文間の混同は、学説における底なしの解釈問題となる¹⁶¹。消費法はさらに、情報提供義務のサンクションについて困難な問題が提起される多くのケースを含んでいる。消費者運動家である立法者は、情報提供義務違反に適用されるサンクションについて、何度か沈黙を守った。隔地者間消費契約において一定の情報提供義務を課している消費法典 L121-18条違反の場合がそうである。そうすると、債務一般法に頼らなければならなくなる。この場合には、契約外（*extra-contractuelle*）責任訴権の行使が可能である。ただし、フォートとの因果関係を認められる損害の立証という、多くの場合には困難な条件を満たすことが必要である¹⁶²。詐欺的な故意の言い落としによる無効も同様に、欺罔の意思を証明するという条件のもとで初めて想定することができる¹⁶³。同様の沈黙が、電子商取引分野の契約の申込み

法典 L716-9条および消費法典 L115-33条が同様に適用される）、欺瞞的な商標の使用（知的所有権法典 L711-3条）、宝くじの禁止、強制売買、ないしは《虚偽の倒産》などである。

¹⁶¹ この考えにつき、とりわけ参照、X. Thunis, *L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale* in *Mélanges Cabrillac*, 1999, p.315 et s.

¹⁶² L. Neyret, *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels*, D. 2008, p. 804 et s. ただし、医療分野につき、参照、Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591, FS-P+B+R+I, S. c/ P. et a. : *JurisData* n°2010-007988 ; *Responsabilité civile et assurances* n° 9, Septembre 2010, comm. 222, obs. S. Hocquet-Berg ; n°09-13.591 : *JurisData* n°2010-007988 ; JCP G 2010, note 788, S. Porchy-Simon ; D. 2010, p. 1484, obs. I. Gallmeister ; D. 2010, p. 1522, note P. Sargos ; RD sanit. soc. 2010, p. 375, obs. F. Arhab-Girardin ; LPA 17-18 août 2010, note R. Mislowski ; J.C.P. (G), 2010, n° 41, 1015, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck : 同判決は、情報提供義務の懈怠の場合に精神的損害の賠償を認めているが、その結論は今のところ医療法分野においてのみ有効である。

¹⁶³ Cass. com., 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2005, p. 2774 et s., note P. Chauvel ;

¹⁵⁹ ただし、参照、TGI Paris, 1^{re} ch., 4 févr. 2003, Famille de France c/ Père Noël : *legalis.net*. 同様の意味において、TGI Paris, 1^{re} ch., 28 oct. 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon.com ; Comm.com. électr. 2009, comm.15, obs. A. Debet.

¹⁶⁰ この刑事罰は、他の刑事罰とも結びつくことがある。詐欺（*escroquerie*）（Trib. corr. Grasse, 22 mars 1991, RSC 1991, p. 766, obs. P. Bouzat, 奇跡を呼ぶ宝石の長所を大いに推奨したテレビの女性司会者が、誤認を惹起する広告および詐欺に関する旧規定の違反に基づいて訴追された《レ島の指輪》事件）、偽造（*contrefaçon*）（知的所有権

における義務的記載事項に関しても存在する。いかなるサンクションも立法者によって想定されておらず、この問題についての判決はいまだに下されていない。

28. 物理的または精神的な統一性の欠如

統一性の欠如は、条文間の統一性の欠如として現れるだけではなく、名宛人に伝達される情報間の統一性の欠如としても現れる。不一致の第1の源は、どの時点から広告文書が契約の要素になるかを知ることにある。事実はいつ法となるのか？この問題について、最近出された破毀院第1民事部2010年5月6日判決¹⁶⁴は、悪意のある方法を思いとどまらせるのに足りる満足すべき解決をもたらした。若い学生向けに職業養成教育を組織しているある商業・経営学院が、広告パンフレットおよび同学院のウェブサイト上で、すべての学生が学院での教育終了時に、雇用先を見つけることができるだろうと《約束》している。学生の1人が、何のポストをも得ることができなかった。そのため、その学生の母親が給付の対価を支払うことを拒んだ。同学院は契約上の義務を懈怠したことになるというのがその理由である。第一審および終審として判断を下した小審裁判所は、それらの文書が契約的な性格を有していないことを理由に、この請求を棄却した。そこで、この母親は、破棄申し立てを行った。この判決は、《広告文書は、それが十分に正確かつ詳細で、契約相手方の同意に影響を及ぼした以上、契約上の価値を有しうる》という理由付けで破棄された。小審裁判所の判事は、この点の審理〔契約相手方の同意に影響を及ぼしていたか否かについての審理〕に取り組むべきだったのである。この判決は、契約周辺の文書において約束するつもりもない結果をちらつかせて消費者の勧誘を試みる者に対して抑制的に機能し、その結果、情報間の統一性が改善されることになるはずである¹⁶⁵。

Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, JCP (G) 2008, II, 10179, note I. Beynax ; Dr. et patr. 2009, n° 178, p. 122-123, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

¹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, F-D, pourvoi n° 08-14461 ; J.C.P. (E), n° 39, 30 septembre 2010, 1834, note Fr. Labarthe.

¹⁶⁵ テレ草案6条《当事者の一方は、契約の相手方がそれに対する信頼を正当に根

消費者に付与される主観的権利の最も古典的な第1のカテゴリーは、このように、経済的性質を有するものであり、その副作用の重大性ゆえに問題性を指摘されるものである。我々はさらに、激化した個人主義の影響下で主観的権利の新たなカテゴリーが発展していることに気づく。それは、社会的性質を有する主観的権利である。

2°/ 社会的性質を有する主観的権利

29. 社会的性質を有する主観的権利の概念

社会的性質を有する主観的権利は何を意味すると理解すべきであろうか。社会的性質を有する主観的権利は、主として利用者（ユーザー）、すなわち、公共サービスの活動を享受する者の状況に関わる。これらの利用者は、原則として顧客でも消費者でもない¹⁶⁶。顧客は、《社会的・文化的環境に完全に埋め込まれた具体的個人であり、私的企業は、個人の需要の満足を増大させるために、その願望を認識しようとするのである》。これに対して、利用者は、《行政の最善の意思に従う、抽象的で実体を欠く個人》なのである¹⁶⁷。しかしながら、これらの利用者は、次第に消費者の衣をまとうようになっていく。それは、フランスの法システムに対して市場ドグマが与える影響の増大を確認するものである。それはまた、公共領域と私的領域との間の区別を相対化し、消費法の輪郭の可変性を改めて示すものである。

30. 社会的性質を有する主観的権利の増加

我々は、消費法の公共サービスへの《転位（transposition）》が徐々に進展しているという事態に立ち合っている¹⁶⁸。公共サービスの利用者は、公

拠付けられる場合には、過去の言明および行動と矛盾する行為をすることができない》と比較せよ。

¹⁶⁶ G.-J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, 2000, spéc. n° 1204, p. 473.

¹⁶⁷ Ch. Barbier, *L'utilisateur est-il devenu le client du service public ?*, J.C.P. (G), 1995, I, 3816, spéc. n° 1.

¹⁶⁸ この点につき、P. Delvolvé, *La question de l'application du droit de la consommation*

共サービスの商事性格が増大してきていること、また、公共領域において私的部門の管理技術の利用が増大してきていることが理由となって、顧客としての性格を持つ存在に転化してきている¹⁶⁹。消費法は、このようにして、もちろん一定数の対応策を講じることは必要であるとしても、公法に転位させることが可能である¹⁷⁰。しかしながら、公共サービスの利用者は、他と同様の一般的な消費者ではない。公共サービスの利用者は、消費者としての地位と市民としての地位の中間に位置する。このような見解は、基本的には、利用者と普遍的と言われる公共サービスとを結びつけている関係を対象にするものである。公共サービスは、「一般利益の要求を満たすことを目指した公共団体の活動のすべて」である¹⁷¹。この概念は、このような活動を他の経済的な活動のすべてと同様の規律に従わせている欧州共同体法では認められない。しかしながら、他とは区別される1つの別個のカテゴリー、普遍的公共サービスというカテゴリーが存在する。その基礎にあるのは、次のような考え方である。《各人は、ある所与の社会の経済的かつ社会的発展の状態に従って必要不可欠であると評価されるサービスに対して、合理的な価格でアクセスすることができるようにする。このことは、水、電気、一般電話、および基本的な郵便サービスについて該当する》¹⁷²。こうして、普遍的な公共サービスの枠組みを定めることになる法律が、一連の《……への権利 (droit à....)》、すなわち、経済的権利と政治的権利との中間に位置する権利を作り出すことになる¹⁷³。M.-A. フリソン・ロッシュ (M.-A. Frison-Roche) は、《顧客になることへの政治的権利 (droit politique à être client)》について述べている¹⁷⁴。その例は多数存

aux services publics, Droit administratif, éditions techniques, 1993, p. 3.

¹⁶⁹ Ch. Barbier, *op. cit.*, n° 3.

¹⁷⁰ この問題につき、参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 184 et s., p. 119 et s.

¹⁷¹ A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome I, L.G.D.J., 14^{ème} éd., 1996, spéc. n° 35.

¹⁷² M.-A. Frison-Roche, *La prochaine régulation des services publics de réseaux*, Gaz. Pal., 15 octobre 1996, Doctr., p. 1189 et s., spéc. p. 1190.

¹⁷³ 同法から生じる《…への権利》につき、参照、M. Pichard, *Le droit à : Étude de législation française*, Préf. M. Gobert, Economica, 2006, n° 160, p. 213 et s.

¹⁷⁴ M.-A. Frison-Roche, *Exposé introductif au thème Libéralisation des services publics, in*

在する。例えば、電気通信の規制に関する1996年7月26日の法律第96-659号によって、手ごろな価格による高品質の電話サービスへの権利が定められた。同じ方向性をもつものとして、電気の公的サービスの現代化および発展に関する2000年2月10日の法律第2000-108号がある。この法律第1条によって、電気を享受することへの万人の、そして万人のための権利が作られた。この法律の第1条から第3条は、電気の公共サービスが《万人に対して電気への権利を保障することによって、社会統合の実現に貢献する》ことを明確にした。《普遍的な公共サービスは、伝統的な公共サービスよりも人を中心として構築されている。すなわち、伝統的な公共サービスは、一般利益、換言すれば集団の利益に従って創設され、機能しているとみなされている。これに対して、普遍的な公共サービスは、その一定の利益が犠牲にされてはならない人を考慮して制度化されている。その利益は、いかなる仕方によっても、いかなる正当化の下でも、たとえ市場の正常な運行という正当化の下でも、犠牲に供されてはならないのである》¹⁷⁵。同様のレベルの考え方を示すものとして、普遍的な公共サービスが問題となっているわけではないものの、国内運送の方向付けに関する1982年12月30日の法律第82-1153号¹⁷⁶によって認められた運送への権利を引用することができる。同法2条1項は、《とりわけ公衆に開かれた運送手段の利用によって、利用者に、アクセス、質、価格ならびに公共団体にとってのコストについても合理的な条件での移動を可能にする運送への権利の段階的な実現》について定めている。最後に、さらにより独特なものとして、裁判権者の地位がある。この地位は、伝統的には単なる司法という公共サービスの利用者として受け取られていたが、それが《司法の消費者 (consommateur de justice)》になろうとしている。制度としての司法の変動は、マネージメントおよび収益性に基礎を置く経済的論理によって貫かれており¹⁷⁷、裁判権者の地位にも波及する。今後は、裁判権者は結果を期待

Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines, Gaz. Pal. 2001, p. 1670 et s., spéc. p. 1672.

¹⁷⁵ M. Pichard, *th. préc.*, n° 160, p. 214.

¹⁷⁶ JO 31 déc. 1982, p. 4004.

¹⁷⁷ *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., 1999-2, p. 143 et s. ; A. Garapon, *Vers une*

する。実体法上の主観的権利の有効性の要件としての司法へのアクセスを超えて、司法は、消費財としての様相を呈している¹⁷⁸。一方では、今日では古典的な方法ではあるが、裁判権者は、司法補助職との関係において、顧客として保護されている¹⁷⁹。他方で、司法は、結果を求める文化の中で、裁判権者を納得させなければならない。いかなる微細な損害であってもそのすべてについて、裁判所へのアクセスを可能にしなければならない。その結果、司法は、聖なるものとしての性格を失うというリスクを被る。実際、権利の過剰消費は、最も微細な損害にも法廷を開くことによって表現される手続きの過剰消費¹⁸⁰を導くように見える¹⁸¹。主観的権利のインフレーションは、この時、訴訟のインフレーションをもたらす¹⁸²。権利社会は、次第に訴訟社会の深奥へと転げ落ちていくのである¹⁸³。

この消費者の新たな相貌は、広い意味での消費法が単なる経済次元の問題だけに関係しているわけではないということに我々を気づかせてくれる。市場は、消費者に与えられる法の構築および分類における唯一のモデルではない。このようにして、市民たる消費者が、新たな消費者のカテゴリとして現れてくる。この新たな消費者のカテゴリーは、市民たる消費者とともに、政治的な性質を有する権利をもたらすことになる。

nouvelle économie politique de la justice ?, réactions au rapport remis au garde des Sceaux par J.-M. Coulon sur la réforme de la procédure civile, D. 1997, Chr., p. 69 et s.

¹⁷⁸ Chr. Hugon, *Le consommateur de justice*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 517 et s.

¹⁷⁹ この点につき、参照、Chr. Hugon, *Le consommateur de justice*, op. cit., spéc. p. 521 et s.

¹⁸⁰ Ibid, p. 529 et s.

¹⁸¹ 批判の1つとして、参照、J. Foyer, *La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un sens nouveau*, in *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasser, 1999, p. 749 et s.

¹⁸² Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *1804-2004...*, op. cit., p. 171, spéc. n° 17, p. 187.

¹⁸³ L. Cadiet, *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Écrits en hommage à G. Cornu, P.U.F., 1994, p. 29 et s.

3°/ 政治的性質を有する主観的権利

31. 政治的性質を有する主観的権利の飛躍は、以下の二重の現象にかかわる。第1に、消費者は、単なる経済的行為主体以上の存在である市民として捉えられる。第2に、とりわけ、消費者は、自らが反対勢力（*contre-pouvoir*）を構成しうるものであることを次第に意識するようになった。

32. 市民としての消費者

この単なる経済的行為主体としての消費者から市民としての消費者への移行は、欧州共同体法において明確に見出すことができる。例えば、1972年にパリで開催された加盟国国家元首と政府の首脳会談の決定を受けて、1975年4月の閣僚理事会は、消費者の保護および情報に関する第1次政策プログラムを採択したが、そこでは、次のようないくつかの基本権が認められた。すなわち、健康および安全の保護への権利、損害賠償への権利、経済的利益の保護への権利、教育への権利、消費者の集団的利益の代表への権利である。ここで問題となったのは、何よりもまず消費者の個人的権利の保護であった。1993年のローマ条約は、「消費者保護」という章の中に、新たな欧州連合条約129A条を定めた。1975年に採択された基本権は、この129A条には収録されなかった。その後、アムステルダム条約が《消費者教育および消費者代表》に言及した153条を導入した。消費者保護政策は、水平的なものとなった。その意味は、あらゆる欧州共同体の政策に組み込まれているということである。例えば、欧州共同体法においては、消費者保護政策は、環境政策に統合されているが、それとともに、問題の焦点は、主観的権利を個人レベルで保護することから、集団的な性格を有する主観的権利を保護することへと移ってきている。すなわち、《消費現象に批判的であり、それに束縛されていない言説においては、消費者保護政策は（…）消費者の短期かつ個人的な利益と同程度に、消費者の長期かつ集団的な利益にも関心を持たなければならない。すなわち、両者の利益に衝突が生じる場合には、消費者保護政策は、環境の質のような長期的な価値を、より安い価格という利益のような直接的・量的利益よりも優先させようと努めるだろう。この点に関する発展は重要である。すなわち、消費者の自由な選択は、どうしても考慮せざるをえない原則としてはもはや貫徹されない。環境への配慮が、一定の事項について、消費者の自由な選

択という原則の適用を除外することを要求している以上、それを優先すべきだからである」¹⁸⁴。消費法は、欧州連合の市民の法となったのである¹⁸⁵。標準モデルとして要求されるのは、情報を与えられ、責任を負う消費者というイメージである¹⁸⁶。

以上のような消費者の権利の基本権化は、国内法においても同様に観察される。その例証として、大気およびエネルギーの合理的な利用に関する1996年12月30日の法律第96-1236号を挙げることができる。同法は、その第1条で《国およびその公施設法人、地方公共団体およびその公施設法人、ならびに私人は、それぞれが能力を持つ分野およびその責任の範囲において、[市民]各自が健康を害することのない大気を呼吸するという、[市民]各自に認められた権利の実現を目的とする政策に向けて協力する》と定めている。これらの主観的権利の中で忘れてはならないのは、[賃貸借関係の改良を目的とし1986年12月23日の法律第86-1290号を修正する]1989年7月6日の法律第89-462号がその第1条1項において定式化している次の権利である。それによると、《住宅への権利は、基本権である。すなわち、住宅への権利は、それを規律する法律の枠組みの範囲内で行使される》。同法2条は、《この権利の行使は、すべての社会階層に開放された賃貸部

¹⁸⁴ Th. Bourgoignie, *op. cit.*, p. 123 et 124.

¹⁸⁵ 参照、Hans-W. Micklitz, *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la communauté européenne*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, *op. cit.*, p. 725 et s., spéc. p. 733. 次のように述べている。《欧州連合の市民の法としての消費法は、生産本意主義に傾いた概念から消費者保護を切り離したことを示している。それはまた、政治的、社会的、文化的意味で理解されているヨーロッパ市民権の構成要素として消費者保護が発展していることを示している》。

¹⁸⁶ N. Reich, *The consumer as Citizen, the Citizen as consumer. Reflections on the présent state of the theory of consumer law in the E.U.*, in *Liber Amicorum, J. Calais-Auloy*, *op. cit.*, p. 943 et s. 一例を、消費者たる借主への情報提供を改善することによって、今日でもまだ非常に消極的にしか行われていない国境を超えた信用を奨励することを公然の野心としている信用に関する2008年5月23日の指令の中に見いだすことができる。Fr. Julianne et D. Lahet, *La directive européenne sur les contrats de crédit aux consommateurs : quelles opportunités pour les consommateurs européens et les opérations transfrontières ?*, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2010, p. 185 et s.

門および所有権取得部門の維持ならびに発展に基づいて、すべての者がその居住態様を自由に選択しうることを前提としている》。憲法院もまた、2000年1月13日の決定第99-423号¹⁸⁷において1946年の〔第4共和国〕憲法の前文第11条に基づく休暇および余暇への権利を認めたことにより、この創造的な作業に参加している。個人破産法または生活継続システムもまた、この市民の精神の中に位置づけられる。1998年7月29日の法律〔第98-657号〕は、個人破産を対象とするものであるが、《社会的排除に対する闘い (la lutte contre les exclusions) に関する法律》という同法のタイトル自体、以上のような考え方を語っている¹⁸⁸。同法1条は、以下のように定めている。《社会的排除に対する闘いは、すべての人間存在の平等な尊厳の尊重に基づく国家レベル (national) の至上命題であり、国家 (nation) の公共政策全体の最優先課題である。この法律は、雇用、住宅、健康の保護、司法、教育、職業教育、文化、家族および子どもの保護の各分野における基本権にすべての者が実効的にアクセスできることを、国土全域で保障することを目的とする》。社会活動・家族法典 L115-1条は、同様の精神において、《年齢、身体的または精神的状態、経済・雇用状況ゆえに労働不能の状態にある》者はすべて、《地方公共団体から生活に適切な手段を得る権利を有する》と規定している。

政治的性質を有する主観的権利は、消費者のヨーロッパにおける地位を指し示しているだけではない。それは、とりわけ今日においては、消費活動の中に政治活動を感じ取る新たなカテゴリーの人の問題である。政治活動の活用は、ますます頻繁なものになっている。消費は、政治参加の対象である行為になった。

33. 政治参加する (engagé) 消費者

消費者は、すでに19世紀の終わり、20世紀初頭には行動を起こしていた。あるいは購買力を、あるいは市民の権利を守るために、この動員は、きわ

¹⁸⁷ JO 20 janvier 2000, p. 992

¹⁸⁸ Loi n° 98-657, JO 31 juillet 1998, p. 11679.

めて早期から、次のような回路を通じてなされた。すなわち、ボイコット¹⁸⁹、ボイコット（一定の製品の消費を促すこと）、ラベリング、《文化ジャミング（culture jamming）》（広告のロゴや図像の盗用、すなわち、《文化盗用（détournement culturel）》）、商業広告への反対運動、社会的かつ連帯的経済の発展、アソシアション、協同組合および共済組合¹⁹⁰から構成される国家と市場との間の第3セクター、消費者主体のガバナンスに仕える¹⁹¹契約化である。その公然と掲げられた目的は、今後は消費者に責任を負わせることであり、消費という行為は、政治行為になる。《消費は、（…）それ自体社会活動的な活動を具現化している》¹⁹²。消費は、ここでは目的ではなく、政治的要求を主張する手段となっている。アフリカ製の柑橘製品のボイコットによって、アパルトヘイトに対する闘いの意思が表明された。イスラエル製品のボイコットによって、占領地域の法的地位に対する抗議がなされた。マザー・アースは、2005年に、イラクへのアメリカの軍事的介入を非難するために、ディズニー製品のボイコット運動を提起することになった。国境なき記者団は、人権を尊重しない中国の政治体制に異議を申し立てるために、北京オリンピックのボイコットを呼びかけた。異議を申し立てられるのは市場ではない。市場は、メディア、表現の場、政治的演壇となっているのである。

ボイコット以外にも、活動の目録は非常に多様である。すなわち、《良質な》製品と《悪質な》製品を区別するためのラベルの創出、嘆願書、デ

モなどである。これらは、個人的性質を持つこともあるが、インターネットという共鳴胴（caisse de résonance）の支援を得て集団的性質を持つこともある。消費が環境問題および健康問題の不可欠な部分となって以来、政治参加する消費の動向は加速し、強くなっている。環境保護を目指すボイコットが、OGM〔遺伝子操作された生物〕反対、動物虐待反対などの領域で現れている。エコロジーラベルの創設もまた、消費という行為を参加型の活動にすることを目的としたものである。エコロジーラベリングというこの活動は、アメリカ合衆国におけるエコ・ラベルとともに1970年代に始まった¹⁹³。ラベリングは、当初は公的機関によって始められたが、1990年代においては私的な利益の間の交渉の成果となった。これらのラベルの意義は、国境を有していないこと、およびグローバル化の障害を乗り越えることである。《これらのラベリングの展開は、多くの階層を構成する公私の行為主体を連携させる新たなガバナンスの手段（である）（…）》¹⁹⁴。政治的領域と私的領域との間の境界は、改めて相互浸透を可能にする多孔質なものとなっている。すなわち、《この参加形態は、公的活動と私生活への後退とが交互に現れるという理解に基礎を置くハーシュマン（Hirschman）の見解を超えることを可能にしている。というのは、政治的消費者主義は、共通財を保全する製品へと方向づけることによって、公共的投資と私的投資とを連携させるからである》¹⁹⁵。これはミシェル・ミシュレティ（Michel Micheletti）が《個人化された集団的行為（action collective individualisée）》と名づけたものであり¹⁹⁶、一種の政治的な射程をもつ個人的行為である。

消費は、社会の不正義に対抗する手段となっている。これは、今日では、強者による弱者の抑圧を告発する対抗世界化主義者（altermondialistes）に主に割り当てられた役割である¹⁹⁷。労働組合は、社会的次元で悪質な慣行

¹⁸⁹ ボイコットという言葉は、アイルランドの土地所有者であるカニンガム・ボイコットに由来する。ボイコットは、いきなり小作人達の賃金を減らすことを決定した。そこで、小作人達は、ボイコットの被用者に働きかけて、彼のためにこれ以上働かないということへの賛同を勝ち取った。この社会的次元に属する第一の意味から出発して、ボイコットという言葉は、アルバート O. ハーシュマン（Albert O. Hirschman）によって、経済的な撤退、離脱行為を示すものとして用いられるようになった（*Face au déclin des entreprises et des institutions*, Les Editions ouvrières, 1970, p. 21, cité par S. Dubouisson-Quellier, *op. cit.*, p. 39）。

¹⁹⁰ S. Dubouisson-Quellier, *op. cit.*, p. 106 et s. 最も有名な一例として、地域交換システムの実施がある。

¹⁹¹ Ibid, p. 120.

¹⁹² Ibid, p. 132.

¹⁹³ Ibid, p. 41 et s.

¹⁹⁴ Ibid, p. 44.

¹⁹⁵ Ibid, p. 50.

¹⁹⁶ M. Micheletti, *Political Virtue and shopping. Individuals, Consumerism, and Collective action*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2003.

¹⁹⁷ S. Dubouisson-Quellier, *op. cit.*, p. 57 et s.

を実施している企業の製品をボイコットするために、消費者を動員しようと試みている。公正な取引に由来する製品については、反対にボイコットが奨励される。

最後に、同じく消費者主体のガバナンスシステムの実施に貢献する契約化の現象を引くことができる。例えば日本では、すでに1960年代において、製造者と消費者の間の地域的な契約が実行されていた。これは日本語での《提携》である。《提携》は《パートナーシップ》を意味する。健康上の深刻な問題を受けて生産者のもとで直接に購入するシステムを実行することを決定したのは消費者のイニシアチブであった。この《提携》は、生産者と交渉する消費者のグループの諸形態から構成されている。この消費者グループは、同様にグループ相互間で連帯システムを実行している¹⁹⁸。フランスでは、このような動きは、2001年のAMAP（農民による農業の維持を目的としたアソシエーション）の創設によって、2000年代に発展した¹⁹⁹。消費による社会正義増大の実現に努めるこれらの動向と同様の趣旨に基くものとして、食品における正義実現の運動を引くことができる。すなわち、これらの運動は、《環境保護と安全確保を同時に目的としており、食品に関する公的な規制手段の修正を求める活動態様を検討している》²⁰⁰。

争訟手続きの道具主義化（instrumentalisation）は、争訟を健康問題または環境問題について討議するために演壇のように利用しようとするものであるが、このダイナミックな動向の中に入っている。例えば、OGMに対する議論を維持するために、J. ボベ（J.Bové）氏は、この訴権目録の利用をためらわない。民事争訟手続は、1つの争訟的民主主義（une démocratie contentieuse）の実現の場である²⁰¹。この争訟的民主主義は、しばしば批判

されているが²⁰²、ある社会が正統性の危機にあることの証左であり、[司法と市民との] 近接性を増大しようとする試みである。この文脈においては、消費は、階級闘争の象徴に再びなることはない。市場は、行為主体間のゲームの場になり、そこでは、行為主体が、準軍事的な戦略を手段として対抗し合うのである。

消費者の利益と企業の利益との混同は、企業が、ロビーイングの助けを借りて立法者に影響を及ぼし、消費者の利益に収斂する利益を擁護しようと決定する場合に、頂点に達する。具体的には、ゲームのルールを尊重しない企業に対する刑事罰を厳格化するよう、立法者を促すような場合である²⁰³。そのことは、ここでもまた、消費法の明確な目的およびその目的達成のために適切な手段を決定することを困難にしている。

しかしながら、政治参加する消費は、新たな社会のシンボル、過大消費さらには過剰消費が緩和に至っている、あれほど非難された消費社会の衰退の第1の兆候である新たな社会のシンボルなのであろうか？この自問は可能であるが、結論としてそのようなことは全くない。むしろ逆である！政治参加する消費は、市場の断片であり続ける。言い換えれば、この動向が消費を抑制に導くと信じることは、全くの幻想である。政治参加する消費の唯一の野望は、消費の増大を奨励することである。それは質的な変化ではあるが、いかなる場合においても、量的な変化ではありえない²⁰⁴。そして、企業は、そのことをよく理解している。より公平な消費に参加するという口実の下に、企業は、政治参加する消費の道具でさえ、純粋に経済的な目的で利用するのである。すなわち、行動倫理適合ラベル、善良行動準則などである。その例としては、現在拡大の一途を辿っているパイオ食品を挙げれば十分であろう。パイオ食品は、他の食品の代替物となるわ

¹⁹⁸ Hiroko Amemyna (dir.), *L'agriculture participative*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007.

¹⁹⁹ C. Lamine, *Les AMAP : un nouveau pacte entre producteurs et consommateurs*, Gap, Yves Michel, 2008.

²⁰⁰ S. Dubuisson-Quellier, *op. cit.*, p. 126.

²⁰¹ この考え方につき、参照、M. Mekki, *La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile*, in *Mélanges G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 739 et s., spéc. n° 22 et s., p. 761 et s.

²⁰² この議論につき、参照、D. Salas, *Le tiers pouvoir, Vers une autre justice*, Hachette, Pluriel référence, 2000, spéc. p. 145 et s. ; Ph. Brun, *Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine*, in *Libres propos sur les sources du droit*, in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 67 et s., spéc. p. 70 ; J. Michaud, *Justice et grands débats de société*, in *Mélanges P. Drat*, Dalloz, 2000, p. 633 et s.

²⁰³ この点につき、参照、H. Temple, *op. cit.*, p. 1073 et s.

²⁰⁴ この意味において、G. Lipovetsky, *op. cit.*

けではなく、それに積み重ねられる性格のものなのである。企業は、国家と協力して、政治参加する消費の戦略を道具化し、例えば地方製品の消費増大（2011年5月26日に創設された《フランス製であることの保証（*origine France garantie*）》のラベル）といった一定の政策を奨励するために働くこともできる。この曖昧さを撤廃するという条件が満たされるならば、我々は、アメリカの消費者運動の父であるラルフ・ネーダーの推進力の下で1970年代に加速されたこの地産地消の動向を喜ぶほかないのではあるが。こうして、政治参加する消費は、参加的民主主義というより広義の運動の一翼に属している。消費者運動は、経済的民主主義に属しており、世界的な経済秩序に関与している²⁰⁵。

34. 消費行為は、個人的行為と集団的行為との中間にあるアンビヴァレントな行為になっている。それは、法、政治、社会および経済の交差点にある。それは喜びの行為であり、政治参加する行為である。このアンビヴァレントな性格は、とりわけ法的には、主観的権利の細分化によって表現されている。この細分化は、問題をはらんだものである。というのは、対峙する諸利益間の混乱、達成すべき諸目標間の混乱があるだけでなく、それに、消費者に付与される諸権利の不均質性がきわめて大きいという事情が付け加えられるからである。この第1の段階の課題は、諸利益間の混乱および諸権利の過剰を明らかにすることである。これを予め明快なものにしておくことは、消費法を完全に一貫したものに戻すことを望むのであれば、不可欠の課題である。しかしながら、消費法の主体を同定し、主観的権利の目録を作成することだけでは十分ではない。これらと同様に、少なくとも見かけ上は秩序に欠ける法として現れている客観法についても働きかけることが必要である。

II. 秩序に欠ける客観法の存在

35. 横断化（*transversalité*）と多元主義化（*pluralisme*）

古典的な意味において、客観法は、《社会の構成員に課される、制定さ

²⁰⁵ J. Boniface, *op. cit.*, spéc. p. 332

れ、かつ、制裁を伴う社会的な行動準則の総体》を指し示す²⁰⁶。この定義は不完全である。そこに、行動を命じていないものや、権限を付与された機関による制裁を伴うものではないものも含めた準則の総体を統合しなければならない。一定の準則は、示唆し、勧告し、定義し、方向付けるものにすぎないが、それでもそれらは、法的効果を有するのである。客観法は、価値論を捨てることもまたできない。客観法は、その全体が正義の探求に向けられた実定的な法から構成されている²⁰⁷。このような客観法の拡大したアプローチのみが、消費法を横断する動向を理解することを可能にする。消費法は、その多様性と自らを稀釈化する力によって特徴づけられており、それが消費法は恒常的に秩序に欠いたものであるという印象を与えている。これらの準則の総体に若干の一貫性を取り戻そうとするためには、消費法に秩序に欠けるという印象を与えている主要な2つの特徴を再検討する必要がある。消費法は、一方で、主要にはその横断的な特徴のゆえに、法の真の分野の1つとして捉えることが困難である（A）。消費法は、他方で、その多元主義という性格によって目立っている（B）。

A. 横断的な法

36. 求心力（*force centripète*）と遠心力（*force centrifuge*）

消費法の独自性を表現するための形容詞には事欠かない。すでに、消費法について、すべての法分野を横断し、貫く《垂直な（*perpendiculaire*）》法であると述べられたことがある²⁰⁸。消費法は、国内法か欧州共同体法かを問わず、横断性によって特徴付けられる²⁰⁹。横断的であることから、消費法の《学際的な（*pluridiscipline*）》²¹⁰な性格が際立っている。この性格によって、一定の論者は消費者法の自立した法としての質を否定している²¹¹。

²⁰⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, P.U.F., 1987, V Droit.

²⁰⁷ J. Ghestin, *Les données positives du droit, op. cit.*, p. 11 et s., spéc. n° 52, p. 30.

²⁰⁸ J. Calais-Auloy et Fr. Steinmetz, *op. cit.*, n° 18, p. 16. 同様の意味において、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 47, p. 36 et 37.

²⁰⁹ Fl. Chaltiel, *Actualité de la protection du consommateur en Europe, op. cit.*, n° 60.

²¹⁰ H. Temple, *op. cit.*, p. 1067 et s., spéc. p. 1068, note 4.

²¹¹ J. Calais Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 18. N. Sauphanor, *th. préc.*, *passim*. そこで

これによって、性質上把握しがたいものであるという法のイメージが増幅されている²¹²。

消費法は、他の諸法との間では力関係にある。あるときは、消費法は、他の法分野を吸収し、その構造および特徴を修正することで、他の諸法に対して、中心に集中させる力、求心力を行使している(1)。あるときは、消費法は、その重力の中心をこえて拡散し、他の法分野の発展に影響を与えることで、遠心力を発揮している(2)。

1°/ 消費法の求心力

37. 消費法による相互的変容 (acculturation)

消費法の求心力は、学説によって何度も観察されてきた現象である。それは、どのような方法で消費法が《吸収する》法に特異な色を与えているかを描くことにある。消費の機能的法に触れることで、一定の法的技術がそれに適応すべき対象となる。消費法は、他の諸法についてある種の相互的変容を進める。消費法に触れることで他の法分野の準則が混乱することには、一貫性を欠いた法というイメージをあたえうる。それを証明するためには、1つの例をあげることで十分であろう。それは刑法である。

38. 消費刑法、実現力を持つ法 (droit réalisateur)

消費法は、民事化された刑法が特に愛好する分野として直ちに現れた²¹³。

は、《影響を与える法》という文言が見られる。すでに消費法について、《新たな債務法の若い芽》と述べられたことがある。J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 4, les obligations*, 21^{ème} éd., PUF, 1998, n° 2.

²¹² この意味において、とりわけ、D. Ferrier, *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel, op. cit.*, p. 373, spéc. p. 375. は次のように述べている。《正確な境界がないことにより、多弁な法である消費法は、希釈化し、その結果、実体的内容の密度のすべてを失う危険はないのであろうか？明確な決定的概念がないことにより、複雑な法である消費法は、細分化し、その結果、均質性のすべてを失う危険を冒してはいないだろうか？》。D. フェリエによれば、一貫性は、全体の鳥瞰から生じる。我々が事業者および事業者の債務から距離を置いた場所に自らを位置づけるならば、我々は、消費法の全体にその一貫性を取り戻すことができる。

²¹³ 契約の締結へのペナルティは、消費法の出現の前に確かに存在していた。参照、

刑法は、伝統的に二重の機能を果たす。一方で、刑法は、一般利益の目的を満足させることを可能にし、よりいっそう指導的公序に関連する。これが刑法の伝統的な機能である。他方で、より最近の現象であるが、刑法は、その懲罰的かつ威嚇的な特徴により、実体法の準則の実効性を強化することを可能にしている。ここで指し示されているのは、むしろ保護的公序である。消費法において、刑法は保護的準則の実効性を保証することを可能にし、そのような理由で、経済刑法のより広い範囲のカテゴリー、すなわち、《競争相手および流通業者のようなある種の事業者（に適用される）、全体的に消費者を保護する、経済関係および商業取引の刑法》²¹⁴に属する。経済刑法は、過去もそして現在もまだ経済分野においては衰退しているが、消費法においては発展のまっただ中にある。消費者保護への配慮は、刑事罰の発展に有利に働いた²¹⁵。消費法は、刑法をその必要性に合わせるための求心力を行使し、保護者としての側面を明白にすることで、刑事法の準則、刑事罰の実効性を保証した。J.-P. ピッツォ (J.-P. Pizzio) が強調しているように、消費刑法においては、《一定の規定は、ただ単に消費者特有の利益を考慮する。これに対して、他の規定は、反競争的な慣行を排除することを目的としており、消費者保護と商人保護に同時に関係する》²¹⁶。我々は、かかる定式から、消費法による刑法の変容がどのような点において消費法の境界をより一層ぼやけたものになっているのか、どのような点において消費法の性格を曖昧なものにしているのかを感じ取るのである。この消費刑法により一貫性を与えるために、ある論者は、熟慮期間、撤回期間、義務的記載事項といった消費者保護に特化した規定に反した場合に問題となる刑事違反行為と、消費者にのみ関係するわけではない違反行為とを区別することを提案する。後者には、顧客を誘引する技術を違反行為とするもの、[競争] 制限的慣行にサンクションを課すもの、および、製品ま

R. Ottenhof, *op. cit.*

²¹⁴ J.-F. Renucci, *Droit pénal économique*, A. Colin, 1995, p. 7.

²¹⁵ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 228, p. 148. 同様の意味において、J.-P. Pizzio, *Encyclopédie Dalloz commercial, V Consommation (Droit de la)*, *op. cit.*, n° 44.

²¹⁶ J.-P. Pizzio, *Droit de la consommation et lois pénales récentes, op. cit.*, spéc. p. 100.

たは役務の品質および安全性を侵害する行為を抑止するものが入る²¹⁷。最後に、消費法においては、刑法は単なる実体法、すなわち、決定者としての法（*droit déterminateur*）ではなく、例えば民事手続のように、サンクションを与える者としての法（*droit sanctionnateur*）としての形態をとる。サンクションを与える者としての法は、それ自体として行為準則を定めるものではなく、決定者としての法の尊重を監視するものである。刑法は、ある意味で、消費法に奉仕する法である²¹⁸。それは、《補佐の（*auxiliaire*）》²¹⁹法であり、《法の憲兵（*un Gendarme du droit*）》²²⁰である。

39. 特異な法としての消費刑法

消費法は、刑法のサンクション機能または「法秩序」実現機能を前面に出すことだけでは満足しない。それは、刑法の構造を攪乱するところにまで進み、そのことによって、消費法を理解困難な法領域であると考えさせることに寄与しているのである。消費法は、二重の意味で刑法の古典的な概念を侵害している。一方で、それは、犯罪を構成する要素である罪と刑罰の法定主義を混乱させ、また、刑事的禁圧に特有の色を与えることで、《刑法の統一性》を侵害している²²¹。市民を保護する原則である罪刑法定主義によると、それ自体法律によって定められた違反については、法律によって定められた刑事罰しか科されない。消費法においては、罪刑法定主義に関して2つの歪曲を示すことができる。まず第1に、刑事的性質を有する多くのテキストが執行権によって制定され、これが罪刑法定主義の実効性を低下させている。デクレ、省のアレテ、通達、意見およびその他の

行政法に属する小さな法源が増加し、立法権の領域を浸食している²²²。次に、付託の技術が刑法の統一性の第2の歪曲を構成している。この技術は、サンクションを与えられるべき行動の定義を、刑事的な性質を有しないテキストに付託するというものである。これは我々が外的付託と呼ぶものである。そのような例を提供するものとして、詐欺および偽造（*falsification*）に関する消費法典のいくつかの節の実行を確保するための手段を講じる権限を政府に付与している消費法典L214-1条がある。これらの条文の中には、とりわけラベルに関する情報提供義務が定められている。この情報提供義務の内容を決定する権限は執行権に属するが、この義務違反は、刑事上のテキストによってサンクションを受けることになる。このようなやり方は、罪刑法定主義の原則に対する侵害と分析される。この原則によれば、刑と罰則とは、同一の規定内に示されているべきものだからである²²³。罪刑法定主義への侵害が存在するとしても、それは容易に正当化される。すなわち、消費法の実効性がこのような付託を正当化するのである。ここでの問題事項は、あまりにも技術的かつ複雑なものであるため、立法者の仕事の負担を加重するのは、時宜をえないものとなろう。ポルタリス（*Portalis*）の表現によれば、立法者は、《一般原則》という手段によって、自己の考えを表現すべきなのである。

違反行為を構成する要素に関しては、それらは、物理的要素および精神的要素から構成される。しかし、消費法においては、物理的要素が消費法の実効性を強化するために広義に定義されている。精神的要素は消滅する傾向にあり、消費刑法の活動範囲を改めて拡大している²²⁴。こうして、刑事的なもののインフレーションと刑法の脱精神化とが韻を踏むことになる²²⁵。

²¹⁷ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 230, p. 149 et 150.

²¹⁸ この意味において、とりわけ参照、J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 1996, 11^{ème} édition, n° 72 ; N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 231, p. 150 et s.

²¹⁹ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 72.

²²⁰ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} édition, 1997, n° 146.

²²¹ これらの点全体について、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 232 et s., p. 152 et s. によるきわめて適切な詳論を参照。

²²² この意味において、M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires, Tome II, Partie spéciale : infractions*, P.U.F., 1990, spéc. p. 441.

²²³ この例として、参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 245, p. 157 et 158.

²²⁴ 一連の例として、参照、G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, p. 201, spéc. p. 205 et s. さらに、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 249 et s., p. 160 et s.

²²⁵ R. Merle, *L'évolution du droit pénal français contemporain*, in *La plume et la parole*, Mélanges R. Merle, Cujas, 1993, p. 76, spéc. p. 78.

最後に、消費刑法の特異性は、刑事的禁圧の独自性にも関連する。それは、司法警察の仕事ではもはやなく、競争・消費・詐欺防止総局 (DGCCRF, Direction Generale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes) および消費者団体の仕事となっているのである。他方で、刑事罰という武器は、没収、破壊、市場からの撤退、補正通知、違反の公告などの付随的な罰を用いることによって、多様性を増し、消費法の必要性により適合したものになっている。消費法においては、他者によって見られ、かつ、他者によって認識されなければならないという刑事罰の透明性が決定的目標となる²²⁶。刑法のこの変容は、消費法の求心力の成果であって、紛争が刑事裁判官の下に地滑りを起こすかのように集中していくという結果をもたらす。しかしながら、刑法の範囲が過度に拡大していくことについては、警戒する必要がある。とりわけ、消費者法の実効性を保証している補佐的な刑法の拡大について警戒を要する。刑法は、しばしば、ある社会が不健康な状態にあることの兆しであり、告発社会再生の兆しである²²⁷。刑法の活用を断念しながら、消費法の実効性を増大させるためには、たとえば私罰というテクニックの利用を推奨することが時宜にかなっているだろう。具体的には、失権や懲罰的損害賠償で、それらは、刑事罰に伴う不名誉な性格を免れている。刑事罰は、指導的公序侵害（欺瞞の広告、詐欺および偽造）の場合に限定して維持されることになるだろう²²⁸。

消費法によって行使される力は、実を言うと、その求心力よりもその遠心力に存する。

2° 消費法の遠心力

40. 消費法の補足的機能

遠心力は消費法を分類不能な法にする。あるときは、消費法は、他の諸

法のモデルとして現れ、立法者および裁判官を媒介として他の法分野にインスピレーションを与える。この典型的な例においては、消費法は、経済活動に関するすべての法を横断する消費の一般法の一形態として現れる。またあるときは、消費法は、一般法の準則の適用を除外するようになり、適用除外特別法 (droit spécial dérogatoire) という相貌を得ることになる。このような消費法準則の精神または肉体の拡大は、均質かつ一貫した法としての同定をそれだけ一層困難にしている。こうして、消費法はしばしば、一般法または特別法における保護規定の不十分性を補足する機能を果たす。

背景に存在する議論がどうであろうとも、我々は、一方で、消費法を構成している準則の肉体は、その境界を越える効果を生じさせていることを確認することができる。そこには、消費法の保護準則の適用範囲の拡大が見られる。他方で、捉え難い形ではあるが、消費法の精神が、民法典または取引法の多くの規定の上を漂っている。

41. 消費法の適用範囲の拡大

消費法の適用範囲の拡大は、民法にも取引法にも関係する。この拡大は、消費者という前述のカテゴリーをより曖昧なものとする原因となっている。ここではいくつかの例を挙げるにとどめるが、当初は厳密な意味での消費者のために作られた保護準則を、立法者が預金者²²⁹または一定の会社の社員²³⁰に拡張することは稀ではない。今日では、欺瞞的広告に関する消費法典 L121-1条以下の規定を享受する社員たる消費者 (associé-consommateur) という人格が現れている。タイムシェアリングの不動産分与会社の投資家である社員にも、同様に消費法典 L121-60条から L121-76条の規定が適用される。とりわけ同法典 L121-64条は、この社員のために、撤回権を創設している。さらに、金融に関する比較広告に関する規定の不存在は、比較広告に関する消費法典 L121-8条から L121-14条の規定が拡大しているこ

²²⁶ M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires, Tome I, Partie générale : responsabilité, procédure, sanctions*, PUF, p. 299 et s.

²²⁷ P. Ricoeur, *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, in *Le juste*, éditions Esprit, coll. Philosophie, 1995, spéc. p. 59.

²²⁸ この意味において、刑罰の軽減に賛成するものとして、参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 341 et s., p. 209 et s.

²²⁹ G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation, op. cit.*, spéc. n° 8, p. 12. さらに、A. Arnaud-Vallée, *La protection de l'épargnant*, Thèse Montpellier, 2002.

²³⁰ P. Mousseron, *L'associé-consommateur*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy, op. cit.*, p. 751 et s.

とを正当化している。同様の精神において、[保証人について] 比例性の要請を定めている消費法典 L313-10条は、借主たる消費者のみにその適用を限定される保護準則であるが、この準則は、消費法典 L341-4条において、自分の会社の負債のために保証人になった会社の管理職も含めて、まさしく単純にあらゆる自然人たる保証人に拡大されている。

42. 消費法の、着想を与え、矯正する機能

しかしながら、家庭の (domestique) 消費者だけが弱者ではなく²³¹、ある種の事業者は家庭の消費者と全く同様に重要な経済的行為主体であるという考え方から、立法者および裁判官は、その保護手段を強化するために消費法から着想を得るという立場をとった。消費法は弱者の専有物ではない。消費法は、こうしてフランスの立法者にとっても裁判官にとっても着想の源である。

43. 立法者にとっての着想の源

もはや消費法における熟慮期間および撤回権の成功を見直す必要はない。この成功は、消費法の境界を越えたところにこれら 2 つの技術を再び見いだすというところにある。その例は多数存在する。この意味で、居住目的または混合用途のために不動産を取得する自然人たる取得者に、予備的契約 (contrat préparatoire) の場合には 7 日間の撤回期間、予備的契約が存在しない場合には 7 日間の熟慮期間を与えている建築・居住法典 L271-1条を引くことができる。この規定は、《権限外の領域にこの技術を広める消費法の拡張の特異な形態》である²³²。消費法における契約交渉過程の情報提供義務も同様に、それが流通契約において契約交渉過程の情報提供義務を制定した時に立法者に着想を与えた (商法典 L330-3条)²³³。濫

²³¹ *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Chr. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998.

²³² Fl. Bellivier, obs. in R.T.D. civ., 2001, p. 220.

²³³ 商法典 L330-3条。次のように規定する。《他人に対して商号、商標、標識の使用を認め、その活動実施のために排他的約務または準排他的約務を要求する者はすべて、両当事者の共通の利益において締結される契約すべてへの署名に先立って、契

用条項規制法もまた、消費法の境界を越えてその信奉者を集めた。この意味において、2008年 8 月 4 日の法律を引くことができる。この法律は、商法典に L442-6- I 第 2 号という論争を招いた条文を導入したが、同条は、《製造者、商人、職人、手工業者または職業名簿に登録された者のすべてによる以下に掲げる行為につき、行為者に責任を負わせ、生じた損害の賠償を義務づける。(…) 2 号 当事者間の権利義務において著しい不均衡を生じさせる債務を商事上のパートナーに対して負わせ、または負わせようとする事》と定めている²³⁴。たしかに、このサンクションは、条項を書かれざるものとする[無効にする]というものではなく、民事責任である。しかしながら、着想の元は誰の目にも明らかである。同様の精神において、手続法分野において、通貨・金融法典 L452-1条以下に定められた投資組合の集団訴訟は、純粹かつ単純に、消費者団体に適用される規定を手本にしたものである。最近10年間で、経済法において、事業者が弱者である当事者という立場において保護されるケースが増加している²³⁵。

44. 裁判官にとっての着想の源

裁判官も、創造力を大いに発揮して、消費法に大きく着想を得た保護手段を非事業者に対して適用している²³⁶。破毀院商事部1996年10月22日判決、いわゆる《クロノポスト》判決²³⁷以降、裁判官は、本質的債務と結びついたコーズ概念を用いて、義務の射程と食い違う責任制限条項を書かれざる

約の相手方に対して、事情を認識して約務を負うことを可能にするための、真正の情報を与える文書を提供しなければならない》。会社法において、参照、Y. Guyon, *Actionnaires et consommateurs*, in Liber Amicorum J. Calais-Auloy, op. cit., p. 481 et s.

²³⁴ M. Chagny, *Une révolution dans le droit français de la concurrence*, JCP G 2008, I, 196 ; M. Malaurie Vignal, *Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il des limites à la négociation contractuelle ?* : Contrats, conc. consom. 2008, Dossier 5.

²³⁵ J.-P. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle*, op. cit., p. 877 et s. 例として、新たな経済の制御に関する2001年 5 月 15 日の法律第2001-420号を参照 ((JO 16 mai 2001, p. 7776)), obs. J. Rochfeld, in R.T.D. civ., 2001, p. 671 et s.

²³⁶ 商法および公法への影響について、参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 79 et s., p. 55 et s.

²³⁷ Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261.

ものとみなしている²³⁸。ここに消費法典 L132-1条の精神を感じ取らないわけにはいかないであろう。破毀院は、2000年2月15日の判決において、契約のエコノミー（l'économie générale des contrats）を参照して、一連の契約の総体において分割可能性を定める条項の有効性を否定し、契約の連鎖的な消滅を宣言した。控訴院判決において消費法典 L132-1条が引かれ、この判決は、破毀院において破毀されなかったものの、判決理由の差し替えが行われた。この消費法典 L132-1条および消費法典 L312-1条以下の保護規定が、上記の推論に強く着想を与えたのである²³⁹。

45. 学者による法（droit savant）の着想の源

学者による法もまた、消費法を着想の源としている²⁴⁰。このようなものとして例えば、附合契約内の条項についての PEDC [ヨーロッパ契約法原則] 2:104条、過剰な利益および不公正な利得に関する PEDC 4:109条および 4:110条、契約の相手方に有利に解釈するという原則[作成者不利の原則]を定める PEDC 5:103条がある²⁴¹。2009年5月の司法省による契約法改正案は、第79条においてすべての契約に適用される濫用条項に関する規定を設けている²⁴²。

²³⁸ 契約法における全体的な研究として、D. Mazeaud, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ?*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 697 et s., spéc. p. 712 et s. 同様に、消費法の魅力について、同じ著者のものとして参照、*L'attraction du droit de la consommation*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, R.T.D. com., 1998, p. 95 et s.

²³⁹ Cass. com., 15 février 2000, Bull. civ. IV, n° 29.

²⁴⁰ J. Beauchard, *Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 55 et s., spéc. p. 58 et s.

²⁴¹ ユニドロワ国際商事契約原則2.20条および4.6条においても同様の傾向が見られる。全体的な研究として、M. Fontaine, *La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats*, in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 385 et s., spéc. p. 391 et s.

²⁴² 第79条。次のように規定する。《交渉を経していない条項で契約当事者間の権利と債務の間に著しい不均衡を生じさせるものは、その条項によって犠牲を被っている契約当事者の請求により、裁判官によって削除される》。

46. 消費法の《反省的な（réflexifs）》効果

実を言えば、消費法と他の諸法とは、影響の作用が相互的であるという意味でいっそう弁証法的ないし反省的な関係を保っている。債務法は、こうして消費法のおかげで《資源を補給され》²⁴³、《新たなひらめき》を獲得した²⁴⁴。他方で、一般法もまた、消費法を助けようとする。例えば、契約交渉過程の情報提供義務が十分でない場合は、合意の瑕疵法理に頼れば十分である。消費法を厳密に尊重することが副作用をもたらす場合には、債務一般法がこれに取って代わる。その例証として、1989年6月14日に破毀院第1民事部で出された有名な判決²⁴⁵を引けば十分である。同判決は、法律が区別していないところで区別を行う理由はないという法格言について、危険な適用を行った。それによると《一方で、その原本が弁論に供された信用申込みは、1978年3月24日のデクレの別表1に定められた契約ひな型に基づいて作成され、すべての項目が借主によって記載され、署名されている。他方で、立法者自身が、自ら作成した契約モデル上に自動車盗難の場合についての警告を記載する必要性を認めなかった以上、信用機関が自動車盗難の場合における融資契約継続をその顧客に通知することを怠ったからといって、信用機関を非難することはできなかった。したがって、いかなる故意の言い落としについての責任も、フィア・クレディ・フランス（Fiat crédit France）社に帰せられない。破毀申し立ての対象となった判決は、この条文に違反した》。のちに破毀院は、一般法を介することでその立場を緩和した。こうして破毀院は、1995年6月27日判決において、不動産信用分野において事業者に課される法律上の情報提供義務の尊重は、一般法に由来する助言義務を排除するものではないと判断した²⁴⁶。

以上に検討した消費法の求心力および遠心力は、消費法の境界を少しばかり混乱させており、それによって消費法が自立した法なのか、特別法な

²⁴³ N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 67, p. 47.

²⁴⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Tome IV, Les obligations*, 22^e éd., P.U.F., 2000, n° 3.

²⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989, Bull. civ. I, n° 240. C.A. Versailles, 21 mai 1986, D. 1987, p. 560, note M. Jeantin と比較せよ。すなわち、《買主に情報を提供する義務（l'obligation de renseigner）は、売買行為において要請される情報に限定される》。

²⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 287.

のか、あるいは一般法なのかの判断ができなくなっている。これによって、消費法が秩序を欠いた法であるという考え方も強くなっている²⁴⁷。

最後に、秩序を欠いた法であるという印象は、消費法の多元主義的な特徴からも生じるものである。

B. 多元主義の法

47. 多元主義は、より広い意味で用いられる。すなわち、法源の多元主義および規範の多元主義である。

1°/ 法源の多元主義

48. 法源の抵触

消費法の法源は多種多様である。なるほど法律が中心的な役割を演じているが、しかし、行政法の小さな法源を増やしている行政権をそこに付け加えなければならない。裁判官も、とりわけ濫用概念や著しい不均衡概念といった比較的多数存在する法的スタンダードの具体化において重要な役割を果たしている。濫用条項委員会のような独立行政機関もまた、中心的な役割を果たしている。国内法におけるこれらの武器に加え、欧州共同体法の支配的影響も付け加えなければならない²⁴⁸。これらの法源の増加は、抵触の増加を導く。例えば、立法者がややあいまいな形で方式の必要性を定め、それを裁判官が一般により厳格に解釈するということがある。その当然の結果として、時として欧州人権条約について立法者と判例が対立するような争いが生じることがある。その例には事欠かない。例えば、返済一覧表 (*tableaux d'amortissement*) (消費法典 L312-8条) に関する著名な事件を想起するとよいであろう²⁴⁹、なお、この事件は現在係属中である²⁵⁰。

²⁴⁷ その固有の勝利の被害者なのか？この問題は、J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, in le droit du marché...*, *op. cit.*, p. 115 et s., spéc. p. 119 によって提起されている。

²⁴⁸ 参照、後述。

²⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 juillet 1994, D., 1995, somm. p. 314, obs. J.-P. Pizzio. Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, D. 2000, p. 341, obs. C. Rondey. によって方向転換がなされた。

²⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2010, F-P+B+I, pourvoi n° 09-67930.

事実審裁判官は、欧州人権条約の規定に基づいて、貸借契約の方式主義に関する有効化法律の適用を排除することをためらわなかった。同様の精神において、我々は、再交渉された貸借に関する事件²⁵¹、消費者信用分野における撤回明細書に関する事件²⁵²、貸借契約に先立つ申込みおよび規則で定められたその契約ひな型 (*modèle-type*) (消費法典 L311-37条) に関する事件²⁵³などが引き起こした法源間の抵触を思い出すことができる。これらの各事件において、裁判官は、方式主義について立法者よりも厳格な態度を採り、それが法的不安定さの原因になるのである²⁵⁴。

49. 法源の補完性 (*complémentarité*)

しかしながら、これらの法源間の関係が常に対立的なものであるわけではなく、裁判官が法律の欠缺への有用な救済策となりうることもある。とりわけ、多くの法的スタンダードの存在によって、裁判官は、消費法における法的規範に関して行為主体プラス創出主体 (*acteur-auteur*) の役割を果たすよう促される。消費者概念それ自体についても判例が決定的な役割を果たすが、これについては先に言及したので、ここで再度引くことはしない。ここでは、消費法典 L312-1条以下に定められた〔不動産取引に関する〕停止条件としての融資契約に関する訴訟を引くことで足りる。〔この事案においては、〕銀行による融資契約の申込みが期間内に発せられた以上、停止条件は成就したと判断された。ここにおいて、判例が重要な役割を果たした。判例は、〔停止条件成就のためには、融資契約に関する〕単なる原則的合意では不十分で〔その申込みの通知が必要で〕あることを明

²⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 1998, D. 1998, p. 503, Rapport Catry, note D. R. Martin. 最近のものとして、参照、Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2011, F-P+B+I, n° 10-15.152.

²⁵² Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 1997, D. Aff., 1997, p. 928. 最終的に方向転換がなされたものとして、Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 2001, D. 2002, p. 71 et s., note D. Mazeaud.

²⁵³ Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 2001, D. 2002, p. 71 et s., note D. Mazeaud.

²⁵⁴ この点につき、参照、A. Lepage, *Les paradoxes du formalisme informatif, in Etudes de droit de la consommation*, Liber Amicorum J. Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 597 et s., spéc. p. 610 et s.

確にしたのである²⁵⁵。判例はまた、最近になって、保険に関する留保および融資契約に付属する保証に関する留保を含んだ申込みであっても、申込みという法的性質決定が見直されることはない旨を確認した²⁵⁶。

法源の多元主義に、規範の多元主義を付け加えなくてはならない。規範の多元主義は、法源の多元主義と解きほどこき難いまでに結びついてはいるものの、全く別物である。

2°/ 規範の多元主義

規範の多元主義は法的規範の構造の多様性（diversité）と同時にその構成の変異性（variabilité）となって現れる。

50. 法的規範の構造の多様性

消費法は、そこで問題になっている利益および価値の多様性に鑑みると、単なる強制される法（droit imposé）に縮減することができない。消費法は、法の契約化と言われる現象から免れることができないのである。まず、欧州共同体レベルでは、2002年の欧州委員会の声明²⁵⁷の際に、共同体の3つの目的について改めて言及された。すなわち、すべての共同体加盟国において共通の保護レベルを達成すること、消費者保護規定の実効的な適用に留意すること、および、とりわけ、共同体政策への消費者団体の参加を改善することである。国内法においても、このコンセンサス追求型（consensuelle）の政策が追求されている。交渉に基づく法（droit négocié）は、政治参加する消費の枠組みに入ってくる生産者と消費者との間の契約に加えて、事業者団体と消費者団体との間の複数の協定（accords）から構成される。いくつかの協定は全国消費評議会の枠内で交渉され²⁵⁸、または行政

の庇護を受ける²⁵⁹。最も重要な例の中には、製造業者の代表者、流通業者、消費者と公的機関との間の協定の成果である家庭用器具の保証および売買後サービスに関する AFNOR [フランス標準化協会] による規格が存在する²⁶⁰。他の例証を提供するのは、国立消費機構（Institut national de la consommation）と自動車取引賠償組合との間で中古車売買の契約ひな型（contrat-type）に関して締結された集団協定である²⁶¹。しかしながら、これらの協定は不十分なものとどまっている。なぜなら、同組合は、規則で定められた契約ひな型の利用を加盟事業者に呼びかけてはいるが、このようにして行使される圧力が、多くの場合には、現実的な実効性を持たないことが明らかになっているからである²⁶²。その打開策としては、以下のようなものがある。1つは、ある種の集団協定の適用範囲を強制された方法で広げるといえるものである。この方向は、適合性の点でも正統性の点でも上回っている交渉に基づく法を断念することにつながる。他の1つは、インセンティブ促進政策に属するラベルシステムを通じて協定への加入の価値を高めることで、この種の協定への加入を企業に促すというものである。最後に、《消費者のリスク管理》の枠組みにおいて、企業は消費者団体と交渉する利益を次第に増大させている。すなわち、《消費者は、今後は、企業の側からすると、階級の敵としてではなく、管理の対象となるパラメータとして受け取られる》²⁶³。この現象が強くなると、消費法は、現状破壊的な（subversif）ものではなく、《現状修正的な（conversif）》ものとなるだろう。なぜなら、それは、《革命ではなく加入によって、企業行動を修正することになりうるからである》²⁶⁴。

法準則の構造を修正する単なる交渉に基づく法であることに加え、消費法は、その準則の構成の変異性によっても特徴付けられる。

²⁵⁹ Contrats approuvés, circ.. 15 février 1983.

²⁶⁰ 規範第 X50-002。のちに消費法典 R211-1条に統合された1987年12月22日のデクレ以降義務的なものとなった。

²⁶¹ 1976年に開始された集団的契約。

²⁶² この意味において、J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 196, p. 211.

²⁶³ H. Temple, *Le droit de la consommation est-il subversive ?*, *op. cit.*, spéc. p. 1074.

²⁶⁴ この意味において、H. Temple, *op. cit.*, p. 1076.

²⁵⁵ Civ. 3^e, 7 nov. 2007, 7 esp., RDI 2008. 262, obs. H. Heugas-Darraspen.

²⁵⁶ Civ. 3^e, 11 mai 2011, FS-P+B, n° 10-14.536.

²⁵⁷ Stratégie pour une politique des consommateurs 2002-2006, Communication de la Commission, JO 8 juin 2002, n° C 137, p. 8 à 23.

²⁵⁸ D. 12 juillet 1983, art. 2 al. 2.

51. 法的規範の構成の可変性

1980年代に、J. カレ・オロワ (J. Calais-Auloy) 氏は、柔軟な法 (*droit souple*) が将来的には《集团的規模》のものとなるだろうと主張した²⁶⁵。この推測は、今日において確認されるに至っている。柔軟な法は、法の構成を指し示し、ぼやけた法、甘い法、柔らかい法によって構成されている。ぼやけているということは、法の《濃度》を指し示す。すなわち、規範が《不明確で、不確定である》ということである²⁶⁶。他の2つは、法の《力の強さ》を指し示す。甘いということは、準則の拘束力を示している。柔らかい法というのは、強制力を指し示している。いわゆる《堅い (*dur*)》法と重量的に存在するものであって、それに置き換わるものではない。この技術は、欧州共同体レベルでも国内レベルでも正真正銘の成功をおさめている。一定の懐疑論者がこの点について何を言おうとも²⁶⁷、柔軟な法は真の法である²⁶⁸。その理由は、それが法的効果を生じさせているということ以外にはないであろう。ステファン・ジェリイ・ベルニエール (Stéphane Gerry Vernières) によって発展された理論をここで再び取り上げると、規範の法としての性格 (*juridicité*) は、他の点以上に、法的効果を発生させることの中に存在することになる。規範としての力は、規範の法的効果に起因する。《当該文言が法的システムにおいて諸結果をもたらすときに、法的効果が現れる》²⁶⁹。論者は次のようにも付け加えている。《法的効果は、強制的効果とは明確に区別される。したがって、拘束力を欠くような文言

²⁶⁵ J. Calais-Auloy, in *Le droit de la consommation en France* (Bricks, Calais-Auloy, Maury, Steinmetz, Temple), Van Nostrand, 1981, spéc. p. 10.

²⁶⁶ C. Thibierge, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, R.T.D. civ., 2003, p. 599 et s., spéc. p. 610. 同様に、参照、C. Thibierge, *Au cœur de la norme : le tracé et la mesure*, A.P.D., Tome 51, 2008, p. 251 et s., spéc. p. 263 et s. 同論文で著者は、《痕跡》のカテゴリーにおける柔軟な法の多くの例証を盛り込んでいる。

²⁶⁷ C. Pérès, *La réception du droit souple par les destinataires*, in *Le droit souple*, Journées nationales H. Capitant, Tome XIII, Dalloz, 2009, p. 93 et s., spéc. p. 106 et s.

²⁶⁸ M. Mekki, *Propos introductifs sur le droit souple*, in *Le droit souple*, Journées nationales H. Capitant, Tome XIII, Dalloz, 2009, p. 1 et s.

²⁶⁹ St. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, Thèse Paris II, déc. 2010, n° 176, p. 172.

であっても、法的効果を生じさせることが可能である。第2に、法的効果は実効性とも区別される。(なぜなら) ある文言が法的効果を生じると述べることは、その文言が確実に、かつ、一律に、法的行為主体によって遵守されるということを意味しないからである》。欧州共同体法においては、消費法の中に、異なる共同体加盟国にとって道具箱 (*boîte à outils*) の役割を果たしうる一連の定義を含んだ文書が見つかることは稀ではない²⁷⁰。そこには強制力のある行為準則は、いかなる意味においても定められてはいない。このような柔軟な法は同様に多くの《小さな法源》²⁷¹、特に、濫用条項委員会の意見および勧告から構成されている。これらの《小さな法源》の規範としての力はいかなるものであろうか？規範 (*norma*) という概念は、今日では最大限の注意の対象になっている²⁷²。このことは、一例のみあげると、C. ティビエルジュ (C. Thibierge) によって編集された規範としての力についての見事な研究で示されている²⁷³。この規範としての力は、次の3つの理念型の下で示されることができる。すなわち、形式的なもの、実体的なもの、現実的なものである。法実証主義に近い形式的な理解によれば、規範は、それが強制的なものであることを理由として、法的なものとされる。規範は、それが権限を付与された機関に由来するものであることから、法的なものとされる。法の準則は、国家機関または超国家機関によって創設され、サンクションを与えられる。法規範は、法の表現形態であり、法システムの規範主義的理解における唯一の法源である²⁷⁴。そこで問題になっているのは、準則の規範的価値である²⁷⁵。この形式主義的理解に、法規範の実体的または価値論的理解がしばしば付け加わる。準則の形式は不十分であり、それに加えて、規範は、一般的であるという性格、道

²⁷⁰ Fl. Chaltiel, *Actualité de la protection du consommateur en Europe*, op. cit., n° 60

²⁷¹ St. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, th. préc.

²⁷² 他の基準として、参照、St. Gerry-Vernières, th. préc., n° 117, p. 123, note 7.

²⁷³ C. Thibierge (dir.), *La force normative*, L.G.D.J., 2009.

²⁷⁴ この着想について、参照、St. Gerry-Vernières, th. préc., p. 127.

²⁷⁵ C. Thibierge, *Le concept de force normative*, in *La force normative*, L.G.D.J., 2009, 813 et s., spéc. p. 832.

徳との適合性、正義との適合性などといった実体的条件に応えるものでなければならぬのである。自然法学派の影響がここでは誰の目にも明らかである。最後に、法規範は、現実主義的ないし経験論的に捉えることも可能である。有効性は、規範が法的なものであることの兆候である²⁷⁶。この有効性は、裁判所による適用、すなわち、《規範的保証（garantie normative）》²⁷⁷を示すとともに、準則の名宛人による受領、すなわち、準則の規範的射程を示している²⁷⁸。これは我々に H. レヴィ・ブュール（H.Lévy-Bruhl）の有名な表現を想起させるものである。すなわち、法は、《集団の集団的意思があらゆる時点において表現するような社会的関係を決定する義務的な準則の総体》を構成する²⁷⁹。消費法のより現実主義的な理解において、濫用条項委員会の意見は、ときとして事業者に従われ、それが当該意見の《規範的射程（portée normative）》を保証する。それはまた、しばしば裁判官によって活用され、それが当該意見の《規範的保証》となる²⁸⁰。この柔軟な法は、職業倫理に関する（déontologiques）私的な法典の増加によって、国内法および欧州共同体法において、法の民営化の徴候ともなっている²⁸¹。柔軟な法は同様に、一定の行動を採用することについて行為主体にインセンティブを与える技術という形を採っている。そのようなものとして、品質証明手続（certification）およびラベリング手続がある。公式または企業内部での品質証明ないしラベルの取得は、情報伝達の手段である。G. デュ

²⁷⁶ この意味において、とりわけ、Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, spéc. p. 380 et s. さらに、S. Chassagnard-Binet, *Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre*, in *La force normative*, op. cit., p. 153 et s.

²⁷⁷ C. Thibierge, *le concept...*, op. cit., p. 834.

²⁷⁸ Ibid, p. 832.

²⁷⁹ H. Lévy-Bruhl, *Esquisse d'une théorie des sources du droit*, in *L'année sociologique*, 1951, p. 3 et s., spéc. p. 4, cité par Gerry, p. 129, note 123.

²⁸⁰ 一連の例として、参照、N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 450 et s., p. 287 et s., ここでは、《裁判官と行政委員会との相互協力》について言及されている。

²⁸¹ 欧州共同体法における全体的鳥瞰につき、Lamarthe, *La défense du consommateur dans l'Union européenne*, La documentation française, 2001.

ラン・パスキエ（G.Durand-Pasquier）氏によれば、《商品価値引き上げの道具（および）（ラベルや品質証明という）これらの情報発信》が發展している。《それらは、各企業側から行われる自発的な商業的・競争的戦略に属するものである》²⁸²。品質ラベルを中心としたこのマーケティングの形は、情報が市場における商品価値引き上げの道具として受け取られる典型的な例である。環境法においては、この意味での例証を数多く見出すことができる。環境について国民的約務を定める2010年7月12日の法律第2010-788号、いわゆる《グルネルⅡ法》が、この動向を強めている²⁸³。消費法については、品質証明（certification）およびラベルが数多く存在している。品質証明は、非常に高く評価されている手段である。それは、法律の定義によれば、製品または役務について期待される特性およびその特性の制御態様が記載された文書である。このような内容が消費法典 L115-27条²⁸⁴に定められている。この品質証明は、今日では不動産建築分野において多く見られる²⁸⁵。このようなものとして、戸建て住宅部門において品質証明を交付するスクアミ（Cequami）[Certification Qualité en Maisons Individuelles（戸建て住宅品質証明機構）]という団体がある²⁸⁶。セルティビア（Certivéa）という組織は、請求に応じて《第3次産業建物用高環境品質 NF マ

²⁸² G. Durand-Pasquier, *Certifications, attestations et diagnostics au service des objectifs du Grenelle*, Revue de droit immobilier 2011 p. 15, spéc. n° 18.

²⁸³ この点につき、参照、G. Durand-Pasquier, op. cit., spéc. n° 16 et 17.

²⁸⁴ 消費法典 L115-27条。次のように規定する。《製造業者、輸入業者、販売業者、役務提供者または顧客とは別個の機関が、製品、役務または製品と役務との組み合わせが証明書の参照基準に記載される諸特性に適合していることを証明する活動は、この節の規定に服する製品または役務の認証行為を構成する。認証の参照基準は、製品、役務または製品と役務の組み合わせが示さなければならない諸特性、およびこれらの諸特性への適合性の検査の態様を定義する技術文書である。認証の参照基準の作成は、認証機関が行う。認証機関は、関係する当事者の見解を収集する》。

²⁸⁵ とりわけ参照、Ph. Malinvaud, *La transparence contractuelle dans les marchés de travaux privés*, Gazette du Palais, 15 juin 2002, n°166, p. 6.

²⁸⁶ 戸建て住宅 NF マーク（NF maison individuelle）、戸建て住宅用高環境品質 NF マーク（NF maison individuelle démarche HQE）、改良住宅用高環境品質 NF マーク（NF maison rénovée démarche HQE）。

ーク》（NF bâtiments tertiaires démarche HQE）および《利用中第3次産業建物用高環境品質 NF マーク》（NF bâtiments tertiaires en exploitation démarche HQE）[いずれも、AFNOR から委任されたセルティピアが付与する環境基準適合マーク]を交付している²⁸⁷。《カリバ（Qualibat）》という団体による品質証明はよく知られているもののうちの1つであり、環境およびエネルギーの規範の尊重を保証している。商品価値を引き上げると同様の考え方に基づいて、ラベルが多くの経済活動分野において存在する。ラベルは、しばしば企業内部の法源となっており、企業にとっての情報伝達の道具となっている。このラベルは、市場における商品価値引き上げの道具であり、一定の準則の尊重にインセンティブを与えるが故に規範としての意味を持つ道具である。それはまた、関係当局がラベルという広告形式が欺瞞的（mensongère）なものではないかということに気をつける点で、コントロールの道具である²⁸⁸。このようにして、許可されていないラベルまたは濫用的なラベルの使用には、刑事罰が科せられる（消費法典 L115-16条）。私的な法典もまたコミュニケーション手段であり、その中の多数は、企業内部の者に対してよりも世論に向けられている。世論において、企業は《倫理的な》²⁸⁹イメージを得たいと思っているのである。この柔軟な法には、危険がないわけではない。その理由は、とりわけ、圧力団体が秘密裡に圧力を行使することを可能にしてしまうというところにある²⁹⁰。しかし、そ

れでもなお、柔軟な法は、消費法のような機能的かつ横断的な法におけるきわめて有用な道具を構成するのである。

以上のように、消費法は、その不均質性ゆえに理論化することが難しい法である。ヨーロッパ消費法の過去および現在の過ちが、必ずや日本の消費法の将来の構築への教訓を提供するであろう。なぜなら、日本の諺によれば、《故きを温ねて新しきを知る（将来を構築するために過去を訪れなくてはならない）》からである。

※本翻訳のもとになったものは、2011年7月16日の北海道大学 GCOE 国際シンポジウム《消費者法における規制とエンフォースメントの多元性》におけるムスタファ・メキ教授の講演であるが、以上に訳出したテキストは、メキ教授が本誌に翻訳を寄稿するにあたり、加筆・修正を付した上で送って下さった完全版である

翻訳にあたり、吉田克己・北海道大学教授にはご多忙の折、貴重なお助言を多数賜った。ほぼ全面的に修正いただいた文章も多く存在する。心より感謝を申し上げます。

²⁸⁷ これらの品質証明につき、参照、G. Durand-Pasquier, *op. cit.*, R.D.I., 2011, spéc. n° 17.

²⁸⁸ 柔軟な法と呼ばれる範囲における堅い法の回帰につき、参照、P. Deumier, *La réception du droit souple par l'ordre juridique*, in *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 113 et s., spéc. p. 129. さらに、M. Mekki, *Propos introductifs sur le droit souple*, in *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 1 et s.

²⁸⁹ 参照、P. Deumier, *La réception du droit souple par l'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 113 et s., spéc. p. 137 et s. パスカル＝ドュミエール (Pascale Deumier) によって引用されている Rapport OCDE TD/TP/WP(99)56 final によれば、企業の法典の34%が公衆に宛てられたものである。

²⁹⁰ この点につき、M. Mekki, *Propos introductifs sur le droit souple*, *op. cit.*, spéc. n° 32, p. 21.