

博士論文

「消費者」概念の登場と民法の変容

高 慶凱

序言

一、問題と課題

（一）問題の提起

A、内在的原理—消費者法側から：「消費者」概念を検討する必要性

（1）消費者法の位置

1）「消費者法とは何か」から出発して

消費は、人間に伴って存在する現象である。「消費」が文明の表徴および両者の緊張関係如何¹はともかく、交換や取引が消費のキーワードだとするならば、交換が社会に登場する時点から、消費者が存在したのであろう。しかし、一般的に、共通認識として、法的「発見」としての「消費者」が問題として意識されたのは、せいぜい、約 40 年前、すなわち 1970 年代のことである。その時点以来、消費者保護の所以が問われ、消費者保護の法理の積み重ねにより、「消費者法」²という法分野は生成してきた³。

消費者法とは何か。

日本では、消費者実定法・消費者法学は、転換期・繁栄期ともいえる時期を迎えつつある現段階では、このように問うと、それは、未だに答え易いものではない。というのは、

¹ 鼎談「現代文明と消費」ジュリスト増刊 総合特集 消費者問題（1979 年）322 頁。

² 北川善太郎によると、用語の変遷について、「消費者保護と法」、「消費者保護法」、「消費者法」という（北川善太郎「近未来の消費者法モデル」現代消費者法 1 号 2008 年、47 頁。）。北川善太郎の著書のタイトルから、この変遷の一端が示されている。北川善太郎ほか・消費者保護と法（1976 年）、北川善太郎ほか編・消費者保護法の基礎（1977 年、）北川善太郎・消費者法のシステム（1980 年）。

³ 比較的に斬新的な分野であるが、とりわけ、近時、行政レベルでは、消費者庁・消費者委員会の設置、学界レベルでは、消費者法学会の設立、実定法では、消費者契約法の制定、消費者基本法の改正、民法債権法改正に関する消費者法の取り扱い、消費者契約法の改正準備作業などが行われることにより、消費者法のウエイトはますます大きくなる。他方、「民法典」外で特別的に展開してきた、独自の名称が付与されたこと、かつ、教学上、授業科目として設けられていることから、消費者法の特殊的性質という一般的な印象になりがちである。

消費者法という法領域は一定の収斂を見せつつあるが、「消費者法」とは何か、正面より精緻な定義を下すことは難しいからである。

このことは、以下の諸点に由来するだろう。

第一に、将来に向けて、消費者法が生成過程にあるものとして、その運命如何が課題である。第二に、法分野の視点から、消費者法を把握する困難さは、消費者法自体の不均質性・複合性に由来するのである。第三に、消費者法の内在的視点から、消費者法は、「人（主体）」を基軸として捉えられる一方、「行為」にも着目している。消費法自身には内在的錯綜が存在する。第四に、第三とは関連して、消費者法の適用範囲・存在理由は、明確になっているわけではない。

とはいえ、いくつかの回答の試みが可能である⁴。たとえば、詳細な展開として、大村敦志・『消費者法』の中で、一章を割いて、消費者法の特徴を析出しつつ、消費者法とは何かについて、アプローチされている⁵。消費者法を「「消費者」を「保護する⁶」「法」」として理解することができるならば、この図式から、以下の三つのテーゼに対応しているだろう。すなわち、①「消費者」とは誰か、②なぜ、如何に、保護するのか、③どのような法により保護されるのか。

2) 従来の日本消費者法の状況から

以上のことは、日本の消費者法学の状況に当ててみると、以下のことが言えると思われる。

従来、少なくとも 1990 年代までは、②と③に重点が置かれ、積極的に議論されてきた。簡単に触れよう。

順序を変え、まず、③からいうと、当初は、「消費者」が法の視野に入ってから以降、立法論上、消費者のために、法規範の構築が図られる。その中では、行政的規範がまず発動し、そして、経済法、消費者保護基本法、業法ないし消費者契約法など、さまざまな法分野が協働してきたことは、多言を要しない。

⁴ 大村敦志・消費者法[第 4 版]（有斐閣、2011 年）序章参照。他方、制定法に即してみると、消費者基本法や消費者契約法においては、いずれも、「消費者と事業者との間の情報の質及び量ならびに交渉力等の格差にかんがみ、消費者の利益の擁護及び増進に関し、……国民の消費生活の安定及び向上を確保することを目的とする」と定式化されている。そこから、「消費者」事業者の間の条項・交渉力の格差を前提にして、消費者の利益の擁護・増進のため、消費者生活の安定及び向上を確保するための法領域と捉えることもありうるであろう。あるいは、消費者法とは消費者の権利・利益に資する法領域の総体あるいはその範疇に入る個別の法律の特徴を指すものである、と（甲斐道太郎＝清水誠編集代表・消費者六法、民事法研究会、19 頁（1991 年に「消費者取引六法」という名称であった。1993 年から、安全分野の規定の追加、消費者六法に改称した））。

⁵ 大村敦志・消費者法[第 4 版]（有斐閣、2011 年）序章参照。

⁶ ここで言う、「保護する」とは、必ずしも、消費者を弱者と見なし、一定の保護を加える意味ではない。むしろ、消費者像の転換も含めて、広い意味でも、「一定の手当てを加える」、「配慮する」というのは適切であろうが、ここでは、あえて、「保護する」を用いることとする。

次に、②については、③の諸法の中で、「如何に」という政策論ないし方法論から、長年、消費者保護の「正当性」について、説かれてきた。このようなアプローチは枚挙に暇がない。

このことは、とりわけ、私法分野、民事分野では、消費者保護と民法との関係如何の中で、展開されている。民法では、学説・判例の進展が見られる一方、90年代の消費者契約法は、集大成として、この成果を収めていたといえることは周知のとおりである。さらに、2000年代に入り、新たな展開を見せつつある。それは、現段階の民法（債権法）改正の議論である。

しかし、他方、①については、従来の議論状況を眺めると、弱者保護の一環として、消費者を扱ったものであるとともに、「権利」の付与・形成に重点を置き、論じられてきたものが多かったが、正面から消費者の検討が②③に比べると相対的に活発ではなかったことは、実情であろう⁷。やや具体的に見ると、1980年代後半までは、弱者としての生身の人間としての「消費者」概念は、当然視のままで、特別な検討を加える必要はなかったという意識が働いていたためか、消費者概念自体についてまとまった展開がなかった。②の中では、立法論との関係で、90年代に入り、特に、2000年代以降は、消費者とは何かという問いが展開されてきた。

①について、従来の議論を踏まえつつ、近時の新たな展開を視野に入れ、検討する余地があると思われる。なお、以上の①②③は、それぞれ、別々に分離・孤立して考察することは、意味していることではない（しかも不可能である）。というのは、②③の結論は、①を決定することであろうが、翻って、①をどう捉えるかによって、また、②③の結論、その存在理由、その範囲を左右しているといえるからである。

むしろ、以上のような往復運動が存在するものの、消費者法の中では、①は下敷きの役割を果たしていることは、確かなことといえよう。このような理解を前提として、③に一定の限定を加えることによって、②と連動して、①を考察することは、本稿の出発点とす

⁷ まず、竹内昭夫・消費者保護法の理論 総論・売買等（有斐閣、1995年）12頁以下。竹内昭夫ほか・現代の経済構造と法（筑摩書房、1975年）特に14頁以下（竹内執筆）。加藤一郎＝竹内昭夫・消費者法講座第一巻 総論（日本評論社、1984年）に所収される諸論稿には散見する。北川ほか・消費者保護と法（1976年）、北川善太郎＝及川昭伍編・消費者保護法の基礎（青林書院新社、1977年）7頁。北川・消費者法のシステム、1980年。次に、正面から、「消費者」そのものを考察するものとして、大村敦志「消費者・消費者契約の特性」同・消費者・家族と法（東京大学出版会、1999年）1頁所収（初出NBLが重要である。また、長尾治助「法上の消費者概念」同・消費者私法の原理（有斐閣、1992年）19頁（初出：立命館法学201・202号308頁1989年）。さらに、消費者契約法の立法過程に展開された一連の議論があるが、とりわけ、河上正二ほか・消費者契約法—立法への課題—別冊NBL54号、商事法務研究会、20頁（河上執筆「総論」）。〔座談会〕「消費者契約適正化のための検討課題（1）」NBL621号1997年12頁以下。座談会「消費者契約法の役割と展望」ジュリスト1200号2001年12頁。沖野真己「消費者契約法（仮称）の一検討（1）（2）」NBL652号、653号1998年（総（1）—（7）NBL652-658号、1998-1999年）。大村敦志・消費者法第4版（有斐閣）（初版は1998年、2011年現在第4版）。また、河上正二「民法における「消費者」の位置」現代消費者法4号2009年47頁。近時の消費者契約法の全体改正の検討として、河上編・消費者契約法改正への論点整理（信山社、2013年）。谷本圭子「民法上の「人」と「消費者」」石田喜久夫先生古稀記念（成文堂、2000年）所収73頁。谷本圭子「「消費者」という概念」廣瀬久和＝河上正二編・消費者法判例百選、別冊ジュリスト200号2010年10頁。

る。

(2)消費者の保護根拠から一なぜ「消費者」を「保護」するか

消費者法という法分野の展開により、法的に「消費者を保護すること」というテーゼは、ほとんど異論のなく、日本（だけではなく世界の多くの国）においては、受け入れられている。ところが、今日になっても（あるいは、むしろ、今日になってこそ）、消費者を「保護」する根拠は、どこに求めるべきか、と問いたす余地があるだろう⁸。

1) 消費者自身の認識の転換

消費者という存在、及びそれに対する特別な配慮の根拠を見ると、転換があった。第一に、大企業の出現により、消費者を弱者として保護する福祉国家の「消費者像」と、第二に、市場をベースにする規制緩和の下で、消費者が自立としての存在と扱われ、保護の後退が見られる。この政策転換はいかなる意味をもっているのかをさておいて、「消費者」に法的に一定の特別手当をすることは、いずれにしても否定されていないことは確かである。

2) 消費者と保護根拠

しかし、消費者保護が先験的なものではない。なぜ、消費者を「保護」しなければならないのかという正当化の根拠が必要とされる⁹。この正当性は、「原理」として、「消費者」の概念、消費者法と他法との関係を決定するものと理解されるが、むしろ、「消費者」概念を明らかに認識することは、保護根拠を明確に把握する前提であろう。すなわち、消費者概念を闡明して、はじめて保護根拠を正確に把握することができる。そうだとすると、

⁸ 座談会「消費者契約法と消費者の21世紀」ジュリスト1200号8-9頁河上発言、潮見発言、高橋発言参照。2001潮見佳男「比較法の視点から見た「消費者契約法」」民商法雑誌123巻4・5号617-618は、日本の消費者契約法立法へ向けた動きは、消費法の目的・使命をめぐる原理面で深入りしないまま、もっぱら「規制緩和と市場メカニズムの整備」という経済政策的目的から促されることとなった、と原理検討の不足を指摘する。

⁹ 従来の議論、大村敦志「消費者・消費者契約の特性—中間報告」NBL475号478号1991年参照。〔座談会〕「消費者契約適正化のための検討課題」。また、消費者契約法の制定された前に、学説上、情報力・交渉力のほか、判断力などの要素をもつけ加えて検討するものもある。たとえば、河上正二ほか・消費者契約法—立法への課題—別冊NBL54号、商事法務研究会、10-11頁（河上執筆）、この情報・交渉力・判断力等の点で構造的格差があるということだけで、根拠の正当化できるか、難しいという。少なくとも、河上は、このテーゼに対して、疑問されている。また、現代契約法制研究会・消費者契約法（仮称）の論点に関する中間整理（平成11年4月）NBL664号1999年46頁も、疑問提起された。判断力が情報力という問題に含まれるという見方が、立案担当者にとられている（国生審議会報告）。瀬川信久「消費者法と民法」特集21世紀の消費者法と消費者政策、日本経済学会年報、92頁は、消費者法を捉えるには、具体的な問題に即して、消費者の弱さを現出させた社会と法のあり方を見る必要があるとし、消費者法依拠する法原理、存在理由について問題提起する。消費者の後述のように、消費者契約法に目的規定（1条）がある。

消費者概念を検討する必要性がある一方、消費者概念の探求は、「原理」そのものを探求するのである。

3) 消費者とその他

なお、消費者を人格の具体化のひとつとして把握するならば、「消費者」以外に、他に様々な人間の具像が存在するわけである。消費者とその他の具体的人格との関係が問題となる。たとえば、労働者、借家人、未成年などの保護と、消費者の保護の根拠の異同・特徴を認識することは、消費者概念を明らかにする必要となる¹⁰。

このように、本稿は、なぜ保護するかを正面から課題としない。むしろ、保護根拠は、消費者概念そのものに内在するものであるならば、本稿の検討は、以上の問題〔なぜ消費者を保護するのか〕を、いわゆる原理的な消費者概念の問題の中に位置づけることができると思われる。逆にいうと、消費者概念の生成・展開過程をたどることは、保護根拠を呈示することには有益な作業でもある。その意味で、本稿の検討は自ずと保護根拠の問題に及ぶものである。逆に言うと、「保護」の根拠は、「消費者」に内包される（べき）といってもよいのであろう。

(3) 実定法規定から——消費者契約法規定から見た検討の必要性

実定法に目を配ると、消費者契約法においては、一定の回答が求められる。

1) 規制根拠：消費者契約法 1 条

上記「なぜ消費者を保護するのか」という問題については、実定法上、その根拠規定が置かれている。日本消費者契約法に冒頭 1 条が掲げられているように、同法の目的として、「……消費者と事業者との間の情報の質及び量ならびに交渉力の格差にかんがみ……」（消費者契約法 1 条）

と規定されている。このように、一般的には同条にいう「情報力・交渉力」の不均衡がその保護理由とされることは、消費者契約法の解釈にあたって裁判実務では援用される。また、それは、立法ないし民法の解釈に影響を及ぼしている¹¹。

¹⁰ すぐ後で述べるように、カテゴリーが異なるにもかかわらず、なぜ「消費者」だけを法的に（民法）における著しい位置づけに置かなければならないのか、という原理的・体系的な問題と関わっている。

¹¹ 消費者契約法 1 条に規定される情報・交渉力格差という指針は、一般化される傾向がある。2004 年に改正された消費者基本法に明記されるようになるほか、民法（債権法）改正においては、解釈理論として取り込もうと検討されている。他方、最近、「交渉力・情報力」という根拠付けそのものの正当性、特に「交渉力」について、疑義が提起されるのは見られる。松本恒雄「消費者契約法の 10 年と今後の課題」NBL958 号 2011 年「「情報の質および量ならびに交渉力の格差」のみに着目することはよいのか」と問題提起。角田美穂子「消費者契約法の私法体系条の独自性—10 年の経験と課題」NBL958 号 20 頁以下（2011 年）。また、消費者契約法の前後、特に、同法制定前に、ドイツ法を参照するアプローチとして、谷本圭子一連の考察。「交渉力・情報力」の不均衡が、消費者取引に限られないという見解もあり、消費者保護根拠に疑問を投じている。たとえば、谷本圭子「民法上の「人」と「消費者」」73 頁以下、特に、78 頁以下。同「契約法における人的適用範囲確定—序論的検討・ドイツ消費者保護法の概観」立命館法学 249 号 1996 年、同「契約法における消費者保護の意義—適用範囲限定に着目して—（1—4 完）」立命館法学 259・

2) 概念：消費者契約法 2 条

消費者契約法では、「消費者」概念の定義が規定されている。

「消費者」概念の定義規定が、同法 2 条である。条文を掲げよう。

「…「消費者」とは、個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいう」（同法 2 条 1 項）。

「…「事業者」とは、法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。」（同法 2 条 2 項）

消費者契約法の定める消費者定義について、どう理解すべきかはさておき、以下のことを指摘する¹²。

まず、1 条と 2 条の関係から。仮に、以上の保護根拠に依拠した解釈指針を適切なものとし、維持することができるならば、同法の 1 条・2 条には、一定の矛盾というか、不一致なところを払拭できないようにも読める¹³。すなわち、もし、1 条の理念を徹底的に貫徹すると、2 条の範囲は、狭すぎではないかというような気がするが、他方、もし 2 条の概念規定を素直に読むと、必ずしも、1 条に適合しない可能性も存在するのであろう。

このように、根拠として「情報の量と質、交渉力」に眼目が置かれつつ、消費者が「事業として又は事業のために」ではない個人としているのは、果たして適切なものであろうかその関係については、先行議論や立法過程を踏まえて、さらなる検討する余地があると思われる。

次に、2 条自体についてである。2 条規定には問題点について、以下の諸点を指摘しておく。

第一に、消費者・事業者概念は、一方でなければ他方であるという規定方法は、適切であるか。

第二に、「消費者」を「個人」に限定して、法人その他の団体の適用可能性を完全に排除することは、適切であるか。

第三に、法人その他の団体を事前に一律に事業者と性質付けることは、適切であるか。

第四に、境界線として、「事業として又は事業のために」という基準は、適切であるか。実際の適用上、どのような問題が生じ、どのように適用しているのか、について検討する必要がある。

260・267 号、1998－2003 年、同「消費者契約法の人的適用範囲について」271・272 号 1142 頁、2000 年 3・4 号上巻。

¹² 消費者概念についてすでに問題提起がなされている。大村・消費者法。野澤正充・民法学と消費者法学の軌跡、221－222 頁、2009 年、信山社。なお、消費者契約法が制定される前に、消費者概念に関して、同様な問題が触れられた。鎌田薫「「消費者法」の意義と課題」、岩波講座・現代の法 13、10 頁、岩波書店、1997 年を参考。これは、鎌田教授は、消費者契約の当事者だけではなく、製造物責任における概念をも含めて、統一的な概念を図ろうとした。「消費者保護の外延は不定形であり、それぞれの事案において、問題となっている消費者保護制度の保護目的に照らして、柔軟に考えればよい」という。

¹³ この点については、後で詳述。

3) 消費者契約法の改正作業

他方、これについては、近時、実際、日本では、上記法的消費者概念の範囲から、同概念を拡張していこうという動きが見られる¹⁴。そこで、もし、消費者概念を拡張していくならば、拡張する方法および限界が問題とある。

このように、消費者概念の内包と外延を再検討する余地がある。

(4) より一般的な意味から一消費者概念に対する「誤解・混同」から見る検討の必要性

多領域では用いられる消費者概念その自身は、紛らわしいものである。より一般的な意味も含めて、以下の二つの側面から、技術としての「消費者」概念と一般的な消費者概念との混同がなされがちである。

第一に、アメリカの元大統領ケネディが説いた有名なフレーズ「消費者＝われわれ皆」を嚆矢として、人が誰でも消費者であるという理解は少なくない。

第二に、第一の観点から見ると、おそらく、消費者概念を検討すること自体は、無用な作業であろう。

第三に、消費者概念は、あくまで、法的介入指標であるという捉え方がある。この捉え方によると、不均衡を基準とするならば、「消費者」概念というメルクマールは無用ではないか、と批判されうるのだろう。

このように、「消費者」＝皆、「消費者」＝無用（結局は両主張が同様な帰結になると思われる）は、ある意味では、正当な側面を有すると否定できないが、消費者法の適用範囲を決定する際、契約における「消費者」ある程度の混同が存在することは否めないだろう。

第一に、確かに、一方、消費者は、法だけではなく、他の諸分野（経済学、社会学、政治学、さらに日常用語などの諸領域）においても使われており、多岐的な主体となっている。このこと自体は、語源を提供する反面、法上の消費者概念には多くの混同を与えている。

第二に、「消費者」概念は、法律用語として用いられている。また、その対義語として「事業者」がある。しかし、そもそも、一般意味での消費者・事業者にはと対義語の意味がないのだろう。さらに、消費者と事業者は、それぞれ、一定の安定性を有する概念である。このような不一致の存在は、法上の消費者・事業者の捉え方にとって障害となりかねない。

B、外在的原理－消費者法の外から：消費者法と民法との関係を解明する必要性

先に言ったように、消費者問題について、政策的に如何に措置を講じるかは重要な問題である。消費者概念の内質如何に着目しつつ、「消費者」(ないし事業者)の概念は、消費者法の根本に横たわるものと認識してもよい。繰り返しになるが、こうした捉え方自身は内在的な「原理」と位置づけられる。

一方、それを越え、かつ、内在的な原理より先行するといっても過言ではなく、同概念

¹⁴ 民法（債権法）改正の議論の中で、弁護士会が提案されている。また、消費者契約法改正に関する議論の中でも、この方向がある（河上正二編著・消費者契約法改正への論点整理（信山社、2013））。

には外在的な問題が存在する。消費者法をひとつの法分野として捉えるならば、それと民法との関係、民法に与える影響を如何に捉えるべきかは、不可避な問題となる。また、契約当事者としての「消費者」は、民法における位置如何が問題となる。

すなわち、従来、消費者法という法分野の漸進的生成により、伝統民法との関係から、伝統的市民法の構造・秩序（体系・原理）に、「消費者」概念の登場や「消費者」のために講じられた諸ルールが、いかなる意味を持つのか、相互にいかに位置づけられるべきかは、不断、議論的となってきた。また、消費者法と民法との関係という視点から、民法理論との関係からの展開がされてきた¹⁵。とりわけ、民法と消費者（契約）法の関係で、

さらに、近時、この問題につき、いっそう活発化を見せる。周知のように、消費者契約法の制定を経て、民法（債権法）改正の作業が行われている。その際に、注目に値する問題の一つとしては、消費者概念を含め、消費者法に関するルール（の一部）を民法に導入する是非である。「消費者」の位置について議論の賛成・反対の対峙が膠着状態になっているといえよう。

こうして、同概念は、民法（契約法）の原理・体系の問題が提起される。この点を、外在的な「原理」と称しておく。こうして、消費者法と民法の関係の検討から、さらに大きくいえば、一般法・特別法の関係如何という問題にも資すると思われる。

C、中国法から

以上は日本の事情である。筆者の母国・中国の状況に触れておく。

消費社会に入りつつある中国においては、消費者保護の問題が意識され、議論されているところである。比較的早い段階に—1994年に—制定された消費者權益保護法において、消費者概念に関する規定が置かれているが、明確な定義規定ではない¹⁶。

「消費者が、生活需要のため、商品を購入、利用する、もしくは役務を受けるとき、その權益が本法によって保護され、本法には規定されない場合、その他のかかる法律や法規に保護される」と規定されている（同法2条）。

この条文は、定義規定ではないものの、一般的には、同法の適用範囲を規定する条文とされている。この条文によると、メルクマールとして「生活需要」とされつつ、法人が自然人については特に示されていない。

消費者概念についてどう理解するか。消費者の範囲、法人が含まれるかどうか、どのような目的を有する取引の当事者が生活需要に該当するのか、生活需要は、適切であるかについて意見が一致していない。

¹⁵ さしあたり、以下を挙げておく。代表的な論考としては、北川善太郎「消費者保護と民法」私法40号1978年6頁。北川善太郎・消費者法のシステム（岩波書店、1980年）。大村敦志「契約と消費者保護」星野英一ほか編・民法講座別巻2（有斐閣、1990年）所収73頁。原理・体系から出発して、「消費者保護と契約理論の相互関係」を学説の整理から分析される。大村敦志「契約内容の司法的規制（1）（2・完）」NBL473号34頁、474号32頁1991年。また、大村敦志・消費者法（初版1998年、2011年第4版）は、原理・体系の志向。また、長尾治助・消費者私法の原理消費者私法の原理（有斐閣、1992年）。

¹⁶ 同法2条。また、近時、同法の改正が行われた。

他方、特に、民法との関係から消費者法をどう捉えるべきかという問題がある¹⁷。とりわけ、1999年統一契約法の制定時に消費者法の取扱い如何があった¹⁸。他方、中国民法典の起草作業が進められつつある。消費者法と民法との関係という問題に遭遇するに違いない。

この意味では、本稿の問題は、日中の間に共通のものだといえる。

このように、「消費者」について再考する余地がある。なお、本稿の目標は、以上の問題から「消費者」については、〔精密な〕定義を下すものではない。

(二) 課題の設定

1、課題設定

(1)、課題

以上の問題提起を踏まえ、本稿は、消費者概念の生成過程を辿り、その範囲を検討した後、民法と消費者法の間を関係を検討するものである¹⁹。

1) 困難

この問題のアプローチには、困難がある。この困難さは、上記の叙述とも重なるが、以下のことに由来するだろう²⁰。

第一に、そもそも、社会的・経済的な用語から法的用語に転換されたものとして、先験的に、経済的・法的なつながりや混同が生じがちである。

第二に、以上の混同ともかかわって、その概念の限界や基準は、多様的に提示されうる。つまり、一方を取ると、必ず他方を看過するリスクがある。また、一方の基準をとると、必ず、その例外などが見過ごされる可能性が生じる。

第三に、このことは、消費法という領域その自身の不明確に由来することでもあろう。そもそも、消費法とは何か、必ずしも明確ではないし、消費法の分野の境界としても、必ずしも確定されていない。すなわち、その複合領域性である。

2) 課題のカテゴリー

そのため、以下の課題設定をする。おそらく、法律・法学の分野で、「消費者」（問題）を語るにあたって、三つの次元の問題が存在すると思われる。取り扱い方として、以下のような枠組みを立てることを試みしてみる。

¹⁷ 最近では、このような趣旨の論稿は見られる。

¹⁸ 後述するごとく、一方、現行契約法〔合同法〕の立法担当者が、合同法が消費者を考慮していると説明している。他方、現行法自体を見ると、その中では、実質的には、商事契約が取り込まれている同時に、形式的には、消費者法のレファレンス規定が置かれている。

¹⁹ 大村敦志「消費者・消費者契約の特性」1991年では、消費者・消費者契約の特性を解明しつつ、方向付けとして、「消費者」というものの指標としてのどこ程度どこまで考慮すべきか、消費者の限界確定の基準、さらには、消費者立法と民法との関係、残された問題として、すでに示されている（同NBL478号60頁参考）。

²⁰ しかしながら、以上の困難を意識しながら、「消費者」を検討することは、不可能でもない。かつ、実際、これらの困難をどのように克服か、という課題も研究するに値するし、また同時に、これらの困難はどうであれ、統一的な消費者概念の可能性の探求作業は、行いうるのではないか。

第一に、問題・現象型消費者²¹

消費者被害、①消費者の人身安全や消費者の健康、あるいは②経済的消費者被害の問題が存在する。これらは、問題・現象型の消費者と呼んでおく。従来、これらの被害を克服するために、行政的アプローチ、あるいは、刑法、民法など、さまざまな措置が発動されてきた。特に、①については、経済学上の問題とも対応して、生産・分配・消費という経済的プロセスの中で、最終プロセスで、「生身の人間」として蒙るさまざまな身体的・物的問題である。その多くは製造物責任法に属する問題である。行政規制のウエイトが大きい。また、消費者問題の始点として理解されている。

第二に、技術²²・制度型「消費者」

さまざまな消費者問題は、消費者法より対処される。取引関係について、消費者法の「フィルター」の機能が期待される。消費者という概念は、どのようなものをさすのであろうか。その定義ないし範囲が問題となる。消費者法の適用範囲の限定は、技術・制度型の「消費者」と呼ぶ。

第三に、原理²³・体系型「消費者」

さらに、消費者法と民法との関係である。消費者は、なぜ保護されるべきか、および、民法上の「人」との関係、消費者法の民法に与える影響ないし消費者法・民法との関係という大問題を原理・体系型の「消費者」と呼ぶ。

これらの三つの次元の問題は、その内在的な関連性を有することは言うまでもない。第一から派生・抽象した概念は、第二、そして第三へに浸透してくる。

以上につき、本稿の主目的は、第二・第三の問題を扱うことにある。第一の問題については、消費者概念の生成過程の考察に含まれる。また、前記冒頭に触れた「なぜ消費者を保護するか」という問題については、本稿は、正面からそれを検討するつもりが無いが、むしろ、本稿の視点からは、それが第二・第三の問題に内在していることは既に述べた。すなわち、第二・第三の問題を解明すると、「なぜ消費者を保護するか」という問題には一定の指向を与えることができるのではないか。

なお、ここで、以上の用語につき、付言しておきたい。それらは区別されることができるとは、連続的・重疊的な部分も存在することが否められないことを指摘しておく。というのは、「技術」には「原理」が伏在している側面もあるし、「体系」にも、「原理」的な要素がある。反面、「原理」には、「技術」や「体系」的な根拠を提供する側面もあるからである。なお、本稿は、消費者法の一般原理・理論を立てるものではない。

²¹ 社会的・経済的な消費者と呼んでもよい。ここでは、「経済的」というのは、一方、経済学、他方、経済法的な意味でも、成り立つだろう。前者は、経済プロセス（生産、販売、消費）などのサークルの意味での利用者の消費者を意味するが、後者は、一般的消費者、われわれ生身の人の各人、別の言い方をすると、「生活者」という。この二つの意味合いが入っている。しかし、前者より、後者の方は、より、より問題指向での意味を含めている。そうであっても、両者は、適用範囲の限定ではないという意味では、同様に位置づけることができるだろう。

²² 大村敦志・消費者法、23 頁、「技術的消費者概念」を用いている。「〔座談会〕消費者契約適正化のための検討課題（1）」NBL621 号 1997 年 12 頁（大村発言）。「法技術の問題としての消費者の概念」という。

²³ 大村敦志・消費者法[第 4 版]19 頁、「原理的消費者概念」。

（２）、比較対象

以上の問題に対して、本稿は比較法から考察を試みようとする。比較の対象は、フランス法である²⁴。フランス法との比較検討から、日本、そして中国に、一定の示唆を得ようとしたい。

なぜ、フランス法を検討素材としたのか。以下のように考えているからである。

１）、議論の活発さ

フランス法上は、つい 2014 年 3 月には、消費者定義が消費法典に導入された。しかし、フランスにおいては、長期的消費者概念の不在のため、消費者概念について、学説上、議論が盛んに行われ、多彩的な展開が見て取ることができる。また、多くの裁判例が蓄積されている。むしろ、ここでは、その議論の全体を通じて、一定の方向性を見出すことができるのではないかとと思われる。あるいは、消費者問題のキーポイントになる問題は何だろうかということをも探りたい。すなわち、全体的な傾向に沿って言えば、フランス法において、拡張的な捉え方から、狭めようとする傾向が示されている。これは、ある意味では、日本とは反対的方向である。フランスの経験が参照できるのではないか。

２）、法典の独創性

次に、フランスは、民法典以外に、消費法典を持つことは、周知のとおりである。ここでは、民法典のほか、消費法典を有することは、賛賞すべきか否かという問題を越え、そもそも、消費者問題に対する規制を法典レベルで汲み取ること自体、あるいは独立した法典を有することそのものは、関心を惹起するところである。このようなフランスの形式的に法典併置は、日本の消費者法を民法に統合しようという議論と、少なくとも、相反な方向として対照的であり、比較する意義を有するのではないかとと思われる。逆に、日本において、消費者法典を（将来的に）制定すべきだという主張も少なからず唱えられている。このように、消費法典（Code de la consommation）という独立の法典を有すること、かつ、日本民法が範としたフランス法の経験に照らして、その構造・構想は、日本におけるかかる問題を考察するにあたって、大いに参照となることであろう。

３）、民法改正の指向性

その上、以上とほぼ同一の問題になるが、特に指摘しておきたいのは、とりわけ、近時、進行されつつあるフランス民法改正において、その際、なぜ、消費法を民法に統合する方向が採用されないのか、ということ进行分析することは、有益だと思われる。比較法上、日本では消費者法と民法との関係を検討するにあたって、しばしば、ドイツとフランスの両方が取り上げられ、日本法の選択の参照とされる。その際、ドイツが、消費者保護法、約款法などを民法の中に取り込めことと採用している一方、フランスは、民法とは別に消費法典が制定されるということから、フランスのような独立な選択がありうる、と一般に説かれている。しかし、消費法典を有するフランスでは、果たして、民法と消費法との独立の存在であるか、という疑問からも、フランス法を検討する必要がある。

２、課題限定

（１）視座の限定

しかし、以上の問題については、様々な視点からのアプローチがありうる。本稿の消費者概念に関する（不当条項）問題に関しては、すでに、同じくフランス法からアプローチ

²⁴ 本稿は、フランス法との比較から考察するものであるが、EU 法のフランス法に与える影響に鑑み、必要な場合、EU 法にも触れることにする。

した大澤彩・『不当条項規定の構造と展開』（有斐閣、2010年）により考察がなされた。

大澤彩は、同著書においては、消費者概念に触れた。そこでは、フランス不当条項に関する消費者概念についての規制対象を明確にすることにより、この消費者の破毀院（裁判官）の判断・権限・裁量と不当条項規制との関係にも留意されつつ、不当条項の「判断」・「構造」に光を当てようとされている。また、不当条項規制における「濫用」法理を介して、消費法と民法との関係、いわば原理的検討がなされ、一般法と特別法との「相互フィードバック」の関係が示されている。

しかし、第一に、そのようなもっぱら不当条項を念頭に置いた大澤は、不当条項の分野に関する消費者概念のみを扱うことは、もちろん、当然のことだろうと思われる。この消費者概念について、全般的に考察する余地がある。特に、大澤は、フランス不当条項のみを分析している同時に、裁判例を中心として扱っており、消費者概念に関する学説の状況について考察する余地がある。

第二に、「消費者」概念の基準・射程はどのような全体像を有し、そこから、何を抽出することができるのか、という点である。日本にとっては、このようなフランスのことは、何を意味しているのだろうか。

第三に、とりわけ、近時、新しい展開を見せている。この成果を踏まえる必要が生じる。

本稿は、消費者概念を視座の基軸とするものである。それをめぐって、消費者法全体における消費者概念を正面から考察を試みたい。大澤著書とは、対象、出発点、問題意識は異なるが、消費者法が民法に与える影響ないしその関係という側面については方向的に一致したところがある。本稿は、「消費者」とは何かという問題を課題とするとともに、消費者法と民法との関係に光を当てようと試論したい。それを答えるために、同概念の歴史にさかのぼってその形成過程をする上、同概念は如何なるものであるかを考察する。以上の作業を踏まえ、消費者法の民法に与える影響、現代における民法典と消費者法（典）の関係を検討する。付随的に、取引における消費者保護の根拠については、ある程度検証をすることができればと思われる。

（２）分野の限定

もっとも、一口に、「消費者」「消費（者）法」とはいつても、その範囲は必ずしも自明のものではない。前述したように、まだ生成中の消費者法自身において、一括りにできないほど多種多様なものが存在し。

しかし、大概に類別化すると、「消費者」が二つの部分に関係する。一つは、経済的・取引的な分野（経済的利益/契約問題）、もう一つは、人身・安全の分野（安全・健康・生命の利益/不法行為分野の問題）に分かれるのであろう²⁵。

本稿の視点から、なお、一定の留保として、課題限定を加える。ここに至る叙述からもわかるように、本稿は、契約法の分野を想定して問題提起してきた²⁶。本稿は、さしあたり契約法分野²⁷に限定して、検討を加えることとしたい。というのは、以下のように考え

²⁵ そのほか、「消費者の人格権や、消費者のプライバシー」などの言葉が用いられているようである。

²⁶ 広義的に捉えるならば、訪問販売法、約款法、広告法、信用法、さらに、経済法分野における独禁法、製造物責任法なども、この消費者法に含まれる。このように、多種多様なアプローチが講じられ、「消費者」は、これらの諸分野において、相違な諸相を呈している。次元も異なり、なかなか捉えがたい側面があるのであろう

²⁷ 契約法とはいつても、金融・投資分野などに触れないことにする。金融商品取引や商

ているからである。

第一に、何よりも、ここ数十年間、契約の分野においては、消費者法の進展がかなり目立つからである²⁸。消費者問題といえば、もともと、目的物の欠陥・安全という側面に社会的・行政的な関心が引かれていたが、その後、契約分野においても、相対的に顕著な展開を見せるようになってきた。

第二に、訪問販売法や消費者契約法のほか、製造物責任法も、消費者保護を想定して制定されたものである。すなわち、一口に「消費者²⁹」保護とはいっても、法律上、必ずしも、同様な意味で「消費者」概念を採用するわけではない。それどころか、そもそも、契約分野における「消費者」概念と製造物責任法上の「消費者」概念は、その範囲が一致するののかという大問題が存在する。

利用者と獲得者という概念が介在しているのである。というのは、当該人は、販売者あるいは生産者と契約関係があるかどうかによるのである。消費者は、取引を通じて、契約の相手としての獲得者、と契約以外の第三者が含まれることについて、異論がないのであろう。つまり、「使用者」と「獲得者」という要素は、ほぼ一致しているといえよう。この契約相手以外の第三者(たとえば、自分の買ったものは、家族の構成員が利用する場合、や、自分の買ったものが、友達が利用する場合がそれに当たるのであろう。)を含め、消

品先物取引では、投資者の保護を目的とする。消費者事業者という概念区分がなされていない。プロ・非プロという主要な区分方法が採られている。オブジェに着目して、「消費者」を区別して捉える意識は、本稿において、そこをあえて問題としない。むしろ、契約に着目するならば、目的物を捨象しても、「主体」だけを取り上げることが、一定の正当性もないわけでもない。

²⁸ 星野英一「消費者法」同・民法論集第九卷(有斐閣、平成11年)118頁：考察された消費者問題の「大部分は、法律上は、民法にいう契約の問題である」。また、大村敦志・消費者法(有斐閣、2010年)。*J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com. 51.1.1998, p. 115* は、同趣旨を述べている。北川善太郎「消費者保護と民法」私法7頁も、同趣旨現実に契約の締結を見ていなくても、企業活動のいずれのチャンネルであれ、事業者と消費者間の取引という要素が消費者問題に内在している。この意味で消費者問題はすぐれて私法分野に属するものといえるが、そこに消費者との取引という要素が内在している点で特色をもっている。これは消費者問題を公害問題から限界づける点でもある」と指摘する。

²⁹ 製造物責任法において、被害者の用語を使っているものの、一般的には消費者と考えられているのであろう。また、製造物責任法自身も、消費者保護の法律のカテゴリーに属するということである。これについては、文献は枚挙にいとまがないが、さしあたり、1990年私法学会報告者より、「製造物責任立法への提案」第一条(趣旨)において「消費者の保護」が明記されていた(シンポジウム 製造物責任 私法1990年4頁)。経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・逐条解説製造物責任法(商事法務研究会、1994年)。加藤一郎「製造物責任法の成立に思う」NBL550号6頁以下1994年を参照。星野英一「製造物責任法ができるまで」同・民法論集第九卷(有斐閣、平成11年)所収、133頁以下(消費者(被害者))。また、升田純「詳論・製造物責任法(1-55・完)」NBL1994-1997の一連の論稿。また、川口康裕「製造物責任法の成立について」ジュリスト1051号1994年45頁以下。また、川口康裕「消費者法の現状と課題」NBL992号2013年41頁、特に、44-45頁：製造物責任法には、消費者概念がない、被害者である。製造物責任という特別の責任を与える根拠は、事業者と消費者との情報力・交渉力等の格差の考え方とおおむね共通のものである。立法当時、制定法には、定義された概念としての「消費者」がなく、製造物責任法の「他人」には、個人事業者、法人が含まれるものとして考えられたが、製造物責任法3条は、消費者である被害者を主として念頭に置いて立法されたことも明らかであり、製造物責任法が消費者法の一つであることにはあまり異論はないであろう、という。

費者の人身・安全・健康などに関して、製造物責任法によって、保護される。

つまり、製造物責任法は、すべての人を保護すると理解している。契約における消費者概念と製造物における消費者概念との関係は、どう解すべきか、これについて、本稿は考察しない。

仮に「消費者」が有用な概念として存在するとすれば、以下のテーゼは、成立可能であろう。すなわち、消費者は、物や役務の（中間的か最終的を問わず）利用者であるといえよう。逆に、物や役務の利用者は、必ずしも消費者ではない。事業のために、物や役務を利用する者は、製造物責任法と消費者契約法は、それぞれの取り扱いは異なるはずである。

ここで、提起した問題は、消費者保護について、製造物責任法と消費者契約法との領分が異なることである。これは、範囲の相違である。

第三に、契約における消費者問題と、製造物における消費者問題、その基本的な根拠付けは同様とはいいがたい。仮に、契約における「情報力・交渉力」を保護根拠とするならば、前者において、前文で述べたように、交渉力・情報力の不均衡とされる一方、後者において、情報力が問題とならないとはいい難いかもしれないが、少なくとも交渉力の不均衡の問題との関連性が希薄である場合があるといえるのではないか。

そのため、その保護の根拠は、消費者契約法に規定している「交渉力・情報力」は、更なる実証する必要があるだろうが、必ずしも、製造物責任法に共通しているわけではない³⁰。

第四に、現在、進行しつつある日本民法（債権法）改正は、実際、契約法に関する部分のみを改正の対象としている。本稿は、これをきっかけとして、消費者契約法の民法（契約部分）への統合に関して、契約法分野を課題として考察するものである。将来、不法行為法の改正が行われる可能性も予測されている。その際、製造物責任法における「消費者」を不法行為法においてどう扱うか、問題となろうが、さらに、民法典の消費者ルール統合の際に、消費者契約法と製造物責任法、それぞれにおける消費者について、どう理解されるべきかも、問題となりうる。それぞれの範囲は、契約法分野における消費者と不法行為における消費者は、概念の波及範囲は、これについて、本稿の課題としなが、検討する課題として残される。今後の課題に譲りたい。

第五に、「消費者問題およびそれを規律する消費者法にとって、消費者契約の存在はその結節点をなして」おり、消費者契約の締結は事業者と消費者との接点であり、消費者問題の多くは、消費者契約に集約されていると見ることができる、ということである³¹。

以上のことに基づき、本稿は、製造物責任法を検討の対象外としておく³²。

³⁰ 現に、たとえば、事業者が蒙った損害が、製造物責任法に適用するかということについて、加藤一郎「製造物責任法の成立に思う」NBL550号（1994年）6-7頁は、「一部に葉、この法律は消費者保護の法律で、事業者からの損害賠償請求に適用するのはおかしいという議論もあったのですが、それを区別する理由はないわけで、製造物の欠陥によって被害を受けたということであれば、同じことになります。特に事業者と消費者を区別する理由はありませんし、中小企業者は消費者とそう簡単に区別することもできませんから、一般意適用することになっています」と回答している。

³¹ 大村敦志・消費者法、第4版、53頁。

³² しかし、そういう限定を加えていたにもかかわらず、全体的な統一的な消費者概念を構築することはできないという意味ではない。その可能性・必要性の有無や、あるとするならば、その方法の模索は、今後に譲りたい。多様な基礎づけ方があるだろうと思われ、性質に着目すると、確かに相違が存在するが、機能に着目すると、同様な志向を有するの

二、土俵と計画

(一) 議論の土俵—若干の説明

以上の問題を念頭に置きつつ、検討を加える。しかし、このような想定は、いくつかの不明瞭さや、概念自体のねじれが生ずがちであろう。また、さまざまな「消費者像」があるので、それらを、一気に議論することは真に適当であろうか、という疑問が湧くかもしれない。

確かに、人、目的物、取引領域など、それぞれ範囲が一致していないし、これらの不一致を抑えることそのものは、難しい作業であることはいうまでもない。具体的にいうと、フランスの場合、消費法典の前に、さまざまな単行的な法律が存在し、消費者法典自体には、さまざまなものが盛り込まれている。また、日本の場合も、一致していない。また、後に紹介するが、必ずしも「消費者」という表現が明確に用いられていないが、一般的には「消費者」と捉えているものが多く存在する。このように、各自の中では、一致していないし、各自の間では、ずれるところがある。

ところが、本稿では、この差異を意識しながら、なるべく、全体としての「消費者」像、「消費者法像」を描き出すこととしたい。というのは、以下の二点によるためである。第一に、形式的には、「消費者」という法概念があえて認められ、かつ「消費者法」が形成・承認されることは、この作業に可能性を提供しているのではないか。他方、第二に、実質的には、「法」の「適用範囲」の「限定」としての「消費者」概念が存在するとするならば、このような差異を克服し、あるいは超越して、その諸分野に存在する統一性を求めることは不可能でもないのだろう。

これらのずれを踏まえて、「消費者法」という視点から、「消費者」としての「適用範囲」を決定する基準という点こそは、共通な土俵に載せて、検討することは、決して不可能な作業ではないのであろう。また、逆に、その相違を考察すること自体は有用である。

そのため、主として、フランス法では、訪問販売、不当条項、消費信用、過剰負債などを、日本の場合、消費者契約法のほか、訪問販売法（特定商取引に関する法律）、割賦販売法、などを、中国の場合、主として、消費者権益保護法を、視野に入れて検討を加える。

(二) 行論の計画

以上の課題を答えるために、次のような計画で議論を進める。

まず、第Ⅰ部では、ミクロ的な視点からである。フランス、日本、それぞれ、「消費者」概念の歴史的な生成過程を辿り、同概念の射程を考察する。

次に、第Ⅱ部では、マクロ的な視点からである。フランスと日本、それぞれ、民法と消費者法との関係、民法典と消費法典（消費者契約法）の関係を考察する。

補論として中国法を検討する。

以上の検討を踏まえて、結語では、本稿での検討をまとめるとともに、三国の特色を示したうえで、一定の示唆や将来の方向を展望して結びする。

であろうし、また、やや異なる次元から、「市場」という視角からいうと、その内在は、ある程度、より共通しているところが多いではないか、と指摘しておく。

第Ⅰ部：「消費者」概念・そのⅠ—生成と射程

第Ⅰ部では、「消費者」概念の生成過程をたどり、同概念が持っている機能・射程範囲を検討する。フランス（第一章）、日本（第二章）、それぞれの状況を見る。

第一章、フランス法における「消費者」概念

第一章では、フランス法上の消費者概念を扱う。消費者概念の生成過程を見た後、同概念の理解について考察する。

第一節、フランスにおける「消費者」概念の生成

序

フランスの「消費者」概念の生成過程を歴史的に辿りつくと、どこに、どの時点にさかのぼるのか、いわば消費者問題の出発点がまず問題となる。すでに述べたように、「消費」を素直に捉えると、どの時代にも消費者問題は存在することだからである。他方、「取引」や「交換」という視点からみると、両当事者間が相反な利益を追求し、「取引」を行うことにより、「消費する」ということを消費者問題の前提とする意味では、交換や売買が存在した時点より、単純な意味での「消費者問題」がすでに存在したはずであろう。これは、純粋な推定に過ぎない。

実証的にみると、確かに、「消費者」という用語は、その他の分野での状況を別として³³、法（少なくとも民法）の分野では、20 世紀後半の産物であることはフランス法でも例外ではない。しかし、「消費者」を保護する機能を有する規範の存在や消費者の用語の存在が、大昔に遡ることができることは、言うまでもない³⁴。

³³ すなわち、日常用語としての「消費者」、経済学における「消費者」、法学における「消費者」は、この様々な消費者像は、分野が異なる言うまでもないが、必ずしも一致していない。むしろ、経済学的に理解すると、「消費者」が弱いものではないし、問題ともならない。

³⁴ 法的に限ってみても、だいぶ古い。多くのところで指摘されている。例えば、カレオロワ Calais-Auloy は、ローマ法では、詐欺に対して買主を保護することと指摘する（Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, 8^{éd.}, 2010, p.1, n°1.）。広瀬久和「「内容規制」に関する一考察（1）」NBL481 号 1991 年 22 頁、特に 26 頁注(1)では、バビロニアのハムラビ法典にも、弱者保護・均衡維持の観点が書き込まれ、消費者保護立法のはじめとだろうとされている。また、Liberte du commerce et defence des consommateurs, *Gaz.Pal.*, 1975, p.380. さらに、M.Paul Ourliac, *Le passé du “consumerism”*, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t.27, p.219-221, 彼は、「消費者保護は、正当な思想であるが、...新しいものではない...」としている。彼によると、古法において、営業の自由が認められなかった。強制的に同業組合制度が実施され、消費者がしばしば受益者であるという倫理を維持してきており、小型取引は、当該同業組合制度と買主の保護ルールに従うのである。さらに、17、18 世紀の Toulouse の「chaland」の保護状況を考察するものとして、J.-M.Tuffery, *Ebauche d'un droit de la consommation*, *La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, LGDJ, 1998. 同書

とはいえ、そもそも、「消費」や「消費者」といった概念用語は、「法的」とは無縁であった³⁵。一般意味における「消費者」は、定義や呼び方がないものの、フランスでは、18世紀に、消費者という言葉が出現したということである³⁶。

は、今日の「消費者」をより根源的に探求しようとし、「chaland」＝「消費者」との言葉の変化を示している同時に（同書 p. 17-20）、少なくとも、17世紀において、消費者保護という斬新な概念が現れ、「トゥールーズ市場に、商取引関係を規制する諸規定の全体は、17世紀かと18世紀において、20世紀の消費者精神をすでに示していた」という。しかし、これは今日の法概念との異同をどう理解するかは別として、同書は、「それは、われわれ固有の消費法の下書き *ébauche* を描いている」としている（同書 p. 21、同 p. 360-361.）。また、内田日出海「市場史に見るフランスの近代化」山田雅彦編・伝統ヨーロッパとその周辺の市場の歴史（清文堂2010年）199頁、特に214頁以下、中間法時代、中世以来の主要交換形態としての定期市が衰退する一方、フランス国内市場も拡大されるようになった。さらに、しばしば、1804年民法典の「瑕疵担保」まで、「消費法」の源とされることもあり、例えば、B.Starck, H.Roland, L.Boyer, *Droit civil, Les obligations, 2. contrat, 6^e ed., Litec, 1998, p. 16*。また、ほぼ同様な趣旨の指摘は、近時のフランス契約法改正の際、テレが説いている：F.Terré et L.Fitoussi, *Prolégomènes, in Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de F.Terré, Dalloz, 2009, p. 42-43*, テレは、ローマ時代の「消費者保護」に触れ、ローマ時代からの象牙官を含む役人の「市場」への規制（度量衡、貨幣と価格の規制）より、「この意味では、ここは、消費者とまでは言えないが、顧客の保護の最初の兆しがあると説いている。また、L.Leveneur, *Synthèse des travaux, in Les contrats de consommation, 2002, p. 180* は、消費法という視点から理解するならば、「1351年2月13日の有名なオールドナンス、それは、そのオリジナルな呼称であり、それは、消費法典115-1条およびその以下の条文にその痕跡が見られる」という。さらに、F.Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Préface Ch.Atlas, PUAM, 2007, n°35, p. 61. 及び注251の考察によると、フランスでは、19世紀に、消費者という用語を使った判例が見られ、それは、今日の消費者概念と同じ意味を有しないであっても、それは、破毀院が大胆に消費者概念を用いるという保護の法的配慮を示していることは確かである。1870年5月13日判例、1855年判決、1819年判決、1840年判決が挙げられている。

³⁵ Y.Picod et H.Davo, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2005, p. 19 ; Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, p. 4.

³⁶ J.-M.Tuffery, *Ebauche d'un droit de la consommation, La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVII^e et XVIII^e siècles*, LGDJ, 1998, p. 20. 「消費者という用語は、神学の用語 *vocabulaire de la théologie* に属する。それは、完成、遂行を意味する。キリストは、「auteur et consommateur de la vertu aussi bien que de la foi」。消費という言葉の意味は、犠牲・婚姻・時間の思想を含める。語義の変化は、やがて行われ、*consommer* と *consumer* との混同、また、*consommation* と *consomption* との混同がある。16世紀には、この二つの概念が混同された。支出 *dépense* の思想は、使用の思想とうまく組み合わさることになる。その以降の諸世紀において、消費者は、その使用のために購入する者となり、生産者と対立するものとして。われわれの認識では、1761年になると、消費と消費者の部分的しかし常に有効な定義が出現する。」という。また、M.Paul Ourliac, *Le passé du "consumerism"*, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 27, p. 222. 「消費する」の語源学について、語っている。語源学について、消費するとは、完成すると意味するものの、同時代に生まれた消費というには、徐々に破壊するということを包含するという混同が生じてきた、という。

このように生じてきた消費者像は、まもなく重要な役割を演じてきた。一方、アダム・スミスより説かれた国家の富を確保するという経済政策においては、消費が自由経済の推進として、富の象徴として、生産販売を促進する者として、市場経済における価格決定の参与主体として、王様と呼ばれる。他方、経済学と政治哲学の合流によって、自由・至上の人間として位置づけられる。伝統的政治経済学理論において、消費者はよく意識されており、決定的な役割を果たしているということである。

やがて、社会問題としての「消費者」問題が発生したのは、「消費者」と「法」との遭遇のきっかけとなった。一般的には、このことは、19世紀の末、20世紀の初頭のことであった。法律上「消費者」用語が用いられないものの、実質的意味での「消費者」が法律の世界に進入してきた。

実定法の中では、まず、一方、20世紀に入ってから、特別法では、規範が作り出された。他方、民法では、表面上（形式的に）、法規定はこのような動向に対処する変化が見られないものの、原理・法理や学説、とりわけ判例では、対応が講じられるようになった。「消費者」という用語は表面に現れていないものの、「潜在的」に生成してきたといえよう（一）。次に、20世紀半ばから、特に、20世紀60年代に入ると、「顕在的」な消費者概念は、フランス法（特に私法分野）により、捕捉されるようになった（二）。実定法の中には、適用範囲の限定としての法的消費者概念は、初めて登場したのは、1978年のことである。以下、それぞれについて、述べて見よう。

一、潜在的「消費者」概念

（一）民法の外：特別法分野の動向

序

19世紀末、工商業の発展に伴って、不正・非道徳な行為の規制や市場環境の整備といった展開の中では、消費者を保護する意識はなかったといっても過言ではない³⁷。しかし、これらの分野での立法は、国家の介入により、競争維持・市場保護を目標としていた。その効果として、跳ね返って、消費者に寄与することであった。特別法の分野では、消費者の利益を防御するものとして、まず、欺瞞に関する1905年法が制定された。次に、経済法時期において、1945年の経済立法や、景品に関する法律などの立法がその範疇に属する。以下、時代順に素描する。

1、特別法の胎動：1905年法³⁸—前哨：健康と安全

（1）1905年法の制定背景

1789年人権宣言には「自由」が確立された。それは、特に、個人の経済活動の面において、1791年3月2-17Allardeデクレより、商業・工業の自由の原則が宣言され、す

³⁷ J.Calais-Auloy, Les ventes agressives, D.chron.,1970,p.10.誠実な商人のそれ自由のままに任せ、自由競争の行動によって、十分に確保されうるという思想の下、消費者は、まったく特別な保護に値する必要がないという意識は、長い間、支配的であった。

³⁸ 現行消費法典 L.213 条となる。

べての人に営業の自由を与えるようになった³⁹。しかし、19 世紀半ばまでは、フランス社会は実質的には農業社会であった。そこから、直接に土地から製品を摂取した。それ以降、都市化・工業化は、社会生活に根本的な変化をもたらし、とりわけ、生産と販売との分離を発生させるようになった⁴⁰。19 世紀後半から、工業化から生じた都市集中とともに、市民社会の複雑化と変貌した。また、国家より食料品の供給・販売の公衆衛生のコントロールを導いた。1884 年 4 月 5 日法律は、市町村長にいくつかの権限が付与されたものの、製造者、仲介人、販売者の活動から生じた危険の抑制には充分ではなかった⁴¹。

このような状況において、それまでは、国家の介入が慎重・消極であったが、19 世紀末・20 世紀初になると、国家の介入により、行政的な役割が重要視されるようになった⁴²。早い段階から、主として、製品の安全性と健康、取引のモラルが保障されることであった。当初、長い間、製品の有害性の取り除き、健康を害するものの製造や販売に従事する事業者に対する制裁が行われていた。こうした制裁措置の中で、大きな立法としては、1905 年 8 月 1 日法律が挙げられる⁴³。

(2) 1905 年法の内容

同法は、一般的には、経済的立法として、現代フランス法の初めての大きな消費に関する法律であると位置づけられている⁴⁴。契約当事者を欺いたまたはそれを試みたものは処罰を受けると規定した。その目的は、商品販売の詐欺 (fraudes) および食品・農産物の

³⁹ G.Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951, Deuxième édition, p.12 ; F.Dreyfus, L'interventionnisme économique, RUF, 1971, p.5-6 ; F.Dreyfus, La liberté du commerce et de l'industrie, éd., Berger-Levrault, 1973.

⁴⁰ A.Chatriot, M.-E.Chessel, M.Hilton, Au nom du consommateur, 2005, éd.La Découverte, p.9.

⁴¹ たとえば、1905 年前後には、牛乳に欺瞞で、毎年、ほぼ 5 万人の赤ちゃんが無くなるという大惨事があった。Gérard Cas et Didier Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF, 1986.による。

⁴² Jacques Audier, Le droit du crédit au consommateur, Travaux de la conférence d'agrégation, p.4 ; M.Paul Ourliac, Le passé du "consumerism", Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t.27, p.224. しかし、

F.Dreyfus, L'interventionnisme économique, PUF, 1971, p.6.は、指摘するように、「18 世紀末から、自由という概念の要請として、「非差別」、すなわち、国家の介入の「中立」が求められ」、この要請は、経済分野において、市場において私人間の自由競争のルールを担わせることである、という。

⁴³ M.Paul Ourliac, Le passé du "consumerism", Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t.27, p.224.同法前後、その他、さまざまな保護法が制定された。Le contrat de transport (1888 年)、公共健康の保護 (1902 年)、l'assurance sur la vie (1905 年)、la vente à crédit des valeurs de bourse (1900 年)、la vente des engrais (1907 年)、du vin (1905 年)、不実競争に関するバーゲン販売・露天販売 (1906 年)、du beurre (1897 年)。

⁴⁴ Gérard Cas et Didier Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF, 1986, p.6 ; 北村一郎「諸外国における消費者 (保護) 法 (4) ——フランス」加藤一郎・竹内昭夫編・消費者法講座 I 総論所収 (日本評論社、1984 年) 205 頁は、民法典には、消費者保護の効果を有する規定として、職業人の民事責任を追及するものとして、瑕疵担保責任の規定がある、という。また、フランス最初の法令は、1836 年 5 月 21 日の「宝籤禁止法」は消費者保護の色彩を帯びていると。さらに、田口義明「海外の消費者保護法制」(五 フランス) 北川=及川編・消費者保護法の基礎、青林書院新書、昭和 52 年 81 頁は同法に触れている。

偽造を処罰することにある。しかし、同法の作成と投票にあたって、食料品の悪い品質から生じる病気を予防する意図は、決定的な役割を果たしていた⁴⁵。このように、同法は、公衆衛生と健康に関する規制法の性格を有するものであると同時に製、品の誠実・真実な情報を確保する目的を有するものである。

他方、同法は、不正な競争を防止することもその目的とし、市場を不正行為から保護するという側面を有する。自由な取引・誠実な取引を保障することであるが、刑事的な規制にとどまり、民事的な規制ではないとされている⁴⁶。さらに、主体についてである。欺瞞・偽造については、事業者が消費者を損なうし、また、ほかの事業を営営する者に対しても犯しうる。

（３）評価：「消費者」の位置づけ

第一に、本法は、市場参加者の行動やそれらの相互関係に着目し、これらの者の主観的要素（詐欺・偽造）に対して刑事的規制を中心として、かなり広い適用範囲を有するものである。

第二に、本法の目的と特色についてである。不誠実な取引や不正な競争を防止するものである。取引に国家の介入が特色として注目される。

第三に、本法と契約との関係についてである。契約的な観点から本法を捉えると、本法の前提となる契約概念が、依然として、伝統的な契約概念であると評価されている⁴⁷。

「1905 年法は、第一に、当事者の意思自治を尊重し自由競争の枠組みが維持されていることである。換言すると、契約自由を制限するのではなく、それを維持することが目的である。第二に、保護を図ろうとしたのは、その対象は、直接的には「市場」そのものである」⁴⁸。

第四に、本法における消費者の位置についてである。1905 年法律が保護しようとする被害者は、「契約当事者」を用いているが、必然的に「消費者」であるわけではない。この時期では、消費者保護というコンセプトは、完全に食料品の衛生の保護と同格に扱われていた。同法の消費者を保護することは、実質的には、消費者を「偽造された、腐った、あるいは毒性のある」製品の摂取で命を失うことを避けることであった⁴⁹。

２、価格統制と商人保護—間接的消費者保護

（１）全体的背景

時代が下がって、1905 年法以降、国家の役割はより大きく占めるようになってきた。全体的にいうと、およそ 20 世紀 60 年代までは、二つの戦争期や経済危機を経て、経済法の生成期にあたり⁵⁰、国家が経済過程に積極的に介入してきた。

一方、第一次世界大戦を経て⁵¹、1920 年代には、特に 1929 年の世界経済危機⁵²があ

⁴⁵ Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, p.6.

⁴⁶ Baumann, *Droit de la consommation*, 1977, p.9. ; 山口康夫「フランスにおける消費法の展開」札幌法学 2 巻 2 号 1991 年 9 頁。

⁴⁷ 山口康夫「フランスにおける消費法の展開」札幌法学 2 巻 2 号 1991 年 9 頁。

⁴⁸ 山口康夫「フランスにおける消費法の展開」同上・9 頁。

⁴⁹ Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, p.187.

⁵⁰ 奥島孝康・フランス競争法の形成過程、5 頁によると、1936 年という年は、フランス経済法の起点としている、重要な立法がなされている。価格に関する最初の立法、と、軍需産業について国有化に関する法律。

⁵¹ F.Dreyfus, *L'interventionnisme économique*, RUF, 1971, p.8. 第一次大戦の間に、当時の

り、経済政策として、国家が社会の動乱の中、経済への介入・再編が行われるため、統制主義・管理経済 *l'économie dirigée* が要請された⁵³。そして、とりわけ、1930年代末ごろには、国家の経済への介入が必然視とされ、経済の公序が重視され、契約統制主義 *dirisisme* が盛んになってきた⁵⁴。その後、占領された時期のフランス（1940－1945年）では、物資が欠乏しており、物資の配当、特に、価格に対する統制が実施された。他方、公序のウエイトが大きくなってきたこの時期には、「保護」思想は高まっていた⁵⁵。しかし、特色として、個人や人のカテゴリーより、むしろ社会的保護、あるいは一般利益が優越的に扱われていた⁵⁶。立法政策として、中小商人の保護が展開されることは目を引く⁵⁷。

（２）立法：価格の統制と（商人）利益の保護⁵⁸－「一般消費者」の概念

１）価格について

この時期は、主課題としては、依然として、市場の秩序の維持、と、競争の回復や取引環境の整序であった。とりわけ、戦時経済から、競争法により取引自由のシステムを維持するために、国家介入の性質を有する法律が続出した。

①立法上、1930年代に、価格に関する立法がなされた。それは、1936年8月19日の法律 (*Loi du 19 août 1936 tendant à la hausse injustifiée des prix*) である。

②それに続いて、20世紀40年代に入り、重要な価格法令が制定された⁵⁹。その中、その中で、特に価格の介入を目指して、価格憲章と呼ばれる1945年6月30日45-1483号オ

経済情勢のため、多くの国家介入的な措置が制定され、価格の高騰や製品の配分の確保に対処する狙いであった。

⁵² たとえば、1928年から、ガソリンの輸入に輸入規制制度が実施された。また、1929年の危機の後、多くの介入措置が採られた。

⁵³ 奥島孝康・フランス競争法の形成過程、6頁。高畑順子「フランス・ディリズムと契約法—二十世紀前半の管理経済が契約法に及ぼした影響についての一考察」北九州法学 17巻3号41頁。同・フランス法における契約規範と法規範（法律文化社、2003年）。

⁵⁴ 高畑順子「フランス・ディリズムと契約法—二十世紀前半の管理経済が契約法に及ぼした影響についての一考察」41-42頁。

⁵⁵ 後述本節（二）の部分参照。

⁵⁶ J.Mazard, *Aspect du droit économique français*, *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1957, n°1, p.26 ; Fernand-Charles Jeantet, *Aspects du droit économique*, *Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, pp.37-38. 同様な意味では、J.Ghestin, *Traité de droit civil, II, Le contrat*, 1980, n°114, p.81. 「経済指導の公序」と称し、「政治的・道徳的公序」に属するものである。

⁵⁷ 奥島孝康・フランス競争法の形成過程、5頁。山口康夫「フランスにおける消費法の展開」10頁。大資本の成長と競争の激化がより推し進められ、中小商人が危機に瀕した。中小商人の財産、労働、生活などを保護する法律として、1926年6月20日法律（営業所有権に関する法律）があった。

⁵⁸ M.Pédamon, *La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs*, in *Concurrence et consommation*, sous la direction de Y.Serra et J.Calais-Auloy, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 1994, p.8.

⁵⁹ 奥島・フランス競争法の形成過程、6頁は、これらの経済法令を「フランス消費者法制」としている。また、当時の社会状況としては、以下の指摘があった。第二次世界大戦後、フランスでは、国有化を中心とした基幹産業、モネ・プラン（第一次経済計画）による経済再建構想により、占領期の消費規制とは逆に、積極的な生産誘導政策の実行へ法規制が転換していた。このような経済を発展するために、政策目的を実現するに、法規制の整備が行われる。

ルドナンスが目立つ⁶⁰。以下、1945 年オルドナンスのいくつかの点を見る。

第一に、その規制目的が、経済情勢とインフレーションを対処することによって、経済の安定化を図ろうとしたものであり、価格の規制、市場の独占の規制などいわば市場の保護である。第二に、規制の手段は、まだ、もっぱら刑事的なものであった。契約の内容規制には至っていない。

とりわけ、第三に、指摘すべきのは、1945 年 6 月 30 日 1483 号オルドナンスでは、「消費者」という用語が用いられた。これは、フランス法において、初めて「消費者」の用語の使用である。価格広告を規制する同法 33 条である。すなわち、「価格の広告はマークつけ、ラベルつけ、表示の手段によりまたはその他のあらゆる適切な方式により消費者に対して確保される。本条の適用の諸様式は国家経済省のアレテにより定められる」(33 条)⁶¹。

とはいえ、その主たる着眼点は、不正競争防止という取引環境作りであろう。つまり、前提は、不正競争を防止することにより、間接的に消費者の保護を求める。「消費者」という用語を用いたにもかかわらず、まだ具体的に出ていない。立法政策上、「一般消費者」という一般的用語の意味しかを有しなかった。ただ、この時期には、すでに、20 世紀初めより、一定規制の転換が看取できる。すなわち、従来の消極的な姿勢から積極的な姿勢へ。その背後は、国家という担い手の介入の比重がますます大きくなることによるのであろう。

2)、商人保護：50 年代－60 年代

他方、50 年代以降も、消費者に言及するものが見られる。実は、消費者保護立法に属するのではなく、商人の保護立法であるという⁶²。

①50 年代に入り、不当なカルテル禁止デクレ (Décret n°53-704 du 9 août 1953, relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale)。自由競争の維持不当な取引を制限することによって市場を保護することである⁶³。同法の設置されたカルテル委員会は、諮問機関として、「消費者の利益と国民経済の利益のために、可能でかつ効果的な経済的發展を促進するよう配慮された答申 (avis) を財政経済大臣に提出する、真の経済上の助言者」であるにすぎない (Rapport pour les années 1954-1955, J.O.Doc.adm. du 14 janvier 1960, n°1, p.3)。

⁶⁰ 奥島「フランスの計画経済と物価統制」法律時報 46 巻 7 号 1974 年 65 頁以下、同・フランス競争法の形成過程 252 頁。1986 年に、同価格令が廃止され、その代わりに「価格及び競争の自由に関する 1986 年 12 月 1 日オルドナンス第 86-1243 号」が制定されることにより、価格統制から自由価格への転換を遂げた（これについて、奥島「フランスの新競争法の構造（上）（中）（下）」公正取引 449 号 4 頁、452 号 30 頁、454 号 46 頁、同・フランス競争法の形成過程、217 頁）。また、同時に、経済法令違反行為処罰手続オルドナンス (Ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945) が発された。

⁶¹ La publicité des prix est assurée à l'égard du consommateur par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par arrêté du ministre de l'économie nationale.

⁶² J.Hémard, L'évolution contemporaine de la réglementation de la concurrence, in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, 1964, p.215.

⁶³ 奥島孝康「フランス経済法理論の展開」早稲田法学 46 巻 1 号 155 頁。「不公正な取引方法は、直接には商人を害し、間接的にのみ消費者を害するが、不当な取引制限は、これとは逆に作用する」。

ここで言う消費者は、一般的な意味を指すものであろう。「消費者」の観念は、正面に出ていないといえる。

②1963年に、当時のインフレに対して「経済安定計画」が作成され、その一環として、財政経済安定法 (Loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963 rectificative pour 1963 portant maintttien de la stabilité économique et financière) が制定された。同法は、カルテルを禁止する機能を有するとともに、「支配的地位」の濫用を規制するものである。この支配的地位の概念は、新規性を有するものとして、消費者法に重要な影響を与えるものと理解されている⁶⁴。

小括：以上、1960年代までは、フランスでは、自由主義を経て、独占段階が進行する中で、無制限かつ無秩序の競争を制限することによって、自由競争、市場の整備が主たる目的であった。

以下のことをいうことができるのであろう。

第一に、「消費者」どころか、「買主」に対しても、一定の配慮も示されていないと言えよう。専ら、商人間の保護であった。あるいは、商人の保護によって、消費者を保護することも間接的に実現できる不大佐用がある。

第二に、「消費者」という文言があったにもかかわらず、その他の市場のすべての参入者を指すものである。

第三に、とはいえ、その思想は、後ほどの消費者概念の生成に行政的な介入なども実施されていた。これは、後の消費者法制に重要な意義を持つ。

以上は、消費者を保護する側面もあるが、消費者の概念が存在するものの、定義する必要がないといえることができる。

ここまでは、フランスでは、消費者立法者は、自由な競争ルールを確保することである。そこでは、消費者保護は、おそらく、公正な競争を保護すること・市場の秩序を維持することは、むしろ、何よりもまず大事にされていた。消費者という者は、はっきり出てきておらず、かつ、一般意味での消費者を保護することは、その競争の維持・市場の整序より、跳ね返って資されていた。

(二) 民法自身における「消費者思想」の生成—19世紀末から20世紀半ばまでの全体的素描

民法側は、前述では、前史的な個別的な保護制度があった。本稿は、ここでは、19世紀から20世紀へ転換期のフランス法から、その輪郭を描く。

1、思想・原理の変化の素描

(1) 思想的変化

①個人主義・自由主義の固守から

周知のように、1804年に成立したフランス民法典は、18世紀の農業開発法であると評価される。民法典の起草者は、この資本主義から生まれたばかりの工業をほとんど考慮していなかったといえることができる。

一方、大革命後、人権宣言に基づき、民法典は、個人主義・自由主義を絶対視しており、経済や経済的不平等を完全に無視していた。このことにより、契約一方当事者を配慮して、

⁶⁴ 山口康夫「フランスにおける消費法の展開」10頁。

特別な扱いをするまでも予想されなかったというのは、一般的な認識である⁶⁵。このような個人主義・平等・自由主義といった思潮は、ほとんど19世紀を貫いていた。

②法の社会化と弱者配慮の一般化へ

ところが、19世紀末、とりわけ、20世紀に入ってから、フランス民法（契約法）分野では、多様な次元でさまざまな変容が看取できる。

このことは、社会的な背景として、19世紀の後半から、経済的に、自由主義が凋落し、経済的公序が顕著となってきた一方、政治的に、民主主義が確立されたことで「法の社会化 socialisation du droit」の趨勢が生じた⁶⁶。19世紀末から両当事者間の社会経済的な不平等が実質的に存在することから、国（行政）の積極的な介入が要請されることが一般化されたのである⁶⁷。20世紀初頭、多くの法学者は、古典的個人主義がもはや堅持できなくなり、立法者は、弱者に対する保護の義務がある、という認識に至った⁶⁸。

（2）原理的变化：

1）、意思自治への批判

民法典は、市民の自由と平等を認めている。自由平等公準は、19世紀の法思想を支配していた。19世紀後半には、強制法と最小限の公序の留保を前提として、個人主義に立脚する意思自治原則は打ち出された⁶⁹。一方、取引（経済）分野に国家の介入は非常に制

⁶⁵ しかし、そうはいつても、ここではやや異質的な指摘となるが、民法、特に民法典の規定から、人の「平等」を打ち出しながら、「弱者保護」をまったく無視するわけでもない。未成年（年齢）、精神健康状況、無能力者などの要素を介して、一定の保護を用意していることとも説かれている。他方、1789年フランス大革命は、社会的新しいクラスの登場をさせた。それは、商人と資本主義のブルジョアジーである。

⁶⁶ 大村敦志・公序良俗と契約正義（有斐閣、1995年）163頁。山口俊夫「現代フランス法における「公序 *ordre public*」概念の一考察」国家学会編・国家学会百年記念 国家と市民 第三巻 民事法・法一般・刑事法（有斐閣、1987年）45頁、特に51頁。

J. Carbonnier, *Droit civil, I, Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, p. 132-133, n°78.; J. Ghestin, *Traité de droit civil, II, Le contrat*, 1980, n°113 et s., p. 80 et s.

⁶⁷ 山口俊夫「現代フランス法における「公序 *ordre public*」概念の一考察」国家学会編・国家学会百年記念 国家と市民 第三巻 民事法・法一般・刑事法（有斐閣、1987年）51頁。「伝来的な国政的公序と市民的・家族的公序の傍らに、学説は新たに「経済的公序」の存在を発見し、かつ、そこでは、公序概念の機能は、伝来的分野におけるかつての限定的・消極的性格のものとは異なり、明らかに積極的・指導的性格のもの」となる。

⁶⁸ V. Ranoil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Préface de J.-Ph. Lévy, PUF, 1^{er} éd., 1980, p. 139.

⁶⁹ 北村一郎「私法上の契約と「意思自律の原理」」岩波講座「基本法学 4－契約」（岩波書店、1983年）165頁。意思自律の思想と原理を分け考察されている。星野英一「『意思自治の原則』『私的自治の原則』」同・民法論集第7巻（有斐閣、1984年）117頁（初出：民法講座第1巻）。森田宏樹「契約」北村一郎編・フランス民法典の200年（有斐閣、2006年）305頁以下。V. Ranoil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Préface de J.-Ph. Lévy, PUF, 1^{er} éd., 1980, p. 129-130. 「19世紀は、多かれ少なかれ、意識的に、法的個人主義の学説によって支配された。それによると、三つの主張が要約される。すなわち、まず、自然人は非社会的なものであり、固有の権利を有する。個人意思は、法の根本であり、意思自治理論により示されたものである。最後に、個人の自由意思の共存は法の目的である。」20世紀になると、反対する諸命題は、広まってきた。「社会学理論の増加、社会学の考え方と社会連帯の考え方は、開花する。その非常に曖昧な意味は、その運命の理由のひとつである。絶対な法的個人主義の緩和である。すなわち、人は社会的な存在であるので、個人意思は、主体権利の唯一な根源ではなくなる la volonté individuelle n'est pas l'unique source des droit subjectifs puisque l'home

限される一方、契約の内容は、国家の認可に服従しなく、かつ、判事が契約の諸条項を修正する権限もなく、介入することができなかった。まもなく、上記の時代変化の下で、批判が投げられるようになった。

この個人主義と意思自治への批判として、Saleilles と Gounot を見る⁷⁰。

Saleilles は、連帯や道德化といった社会的諸要請という観点から、意思自治に対して疑問を示す⁷¹。1901年に、法が、社会的諸要請との整合関係 *un lien de concordance* により創造され、かつ、この意味では、連帯関係あるいは社会の道德性の法律を理解するのは、常に客観的である。意思が、これらの上位の客観的必要に順応する限りしか、法の創造する要素ではない。そして、そこには、意思が、これらの客観に服従すると理解されない。これらの諸必要性は、その諸要請に意思を服従させるということである。法律は、個人意思をさせるコンセプションを支配する契約の *conception* を有する。そこでは、個人意思が、契約との関係において含まれ、したがって、意思が、社会法 *la loi sociale* により押し付けられた客観的諸要請を受けなければならない。かつ、これらの諸要請の中で、その必要性を、リスクを負うあらゆる無効という保証に位置づける。

したがって、結局、単純に、「*cela est, parce que cela est juste*。法律家は「それは公正である。というのは、それが、欲したからである *cela est juste, parce que cela a été voulu*。」」ということができる」ということとなる。これから、「それが欲すべき、なぜなら、それが公正的 *juste* であるからだ。*Cela doit être voulu, parce que cela est juste*」というべきである。

Gounot の指摘を見よう。第一に、一連の問題が提起され、問い質された。「古典的諸理論が、契約の現実の危機から元のままを持つべき、かつ、19世紀にわれわれの法を支配した後、これらの古典的理論は、20世紀には、またわれわれの法を統御する *régir* と運命付けられる、自治の原則についての研究は、わが判例とフランス科学 *science* にとって、常に、有用な良心究明をさせるすばらしい結果を有するだろう」⁷²、「民法典が契約自由を確立したのは一世紀前であり、フランス実定法の判事・注釈者は、この根本的な原則から、それが包含したすべての結論 *conséquences* を引き出していたのか？彼らは、しばしば、（意思自治）に対して優位に立ったことのない純粋な技術の考慮に迎合したのではないか？ローマ時代から、法的諸カテゴリーの複雑なかつ硬直的なシステムに慣れ、彼らは、すべての合意（契約）を一それが何物であるかを問わずに、あらかじめ決定された枠—これらの枠が契約に適切ではないにもかかわらず—に詰め込めさせるには非常に

est un être social。個人意思は、社会利益に適合的に行使しなければならない、かつ、弱者保護という名義で立法者よりそれが矯正されうるため、法の唯一な基礎ではなく、かつ、その自由は法の唯一な目的ではない」。ローラン・エネス（平野裕之訳）「契約自由について」慶応法学第3号2005年63頁、意思自治は、民法起草者により考えられたものではない、19世紀末に意思自治原理が理論化された。フランス古法時代の意思自治原則の考察について、R.Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien droit français*, Domat-Montchrestien, 1931. フランス古法時代においては、意思自治原則が不存在だったという (p.185)

⁷⁰ E.Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, 1912.

⁷¹ Saleilles, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F.Pichon, Paris, 1901, p.351.

⁷² E.Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, p.23-24.

専断的に専断したのではないか？ かつ、自治的意思の自由な創設を甘受させなければならないといった法的扱いの事件において、彼らは、しばしば、これらの創設を（無効にするを除いて）変質させるに専断的な技術の要請により導かれていたのではないか。」⁷³。

「他方、自由の原則は、債権債務の分野、とりわけ契約の分野を統御する唯一なものではない。民法典は、また、衡平原則と *bonne foi* 信義則を認めて（1134 条と 1135 条）」おり、「ところが、民法典のこれらの原則は、わが判例・わが学説が法の日々の実施に説いて十分に考慮されていたのか？ 意思の要素をしか契約において考慮されなく、その他の要素を、考慮しないのではないか？ 1135 条は如何なる役割を有するのか？ 学説からコーズのどの部分を引き出したのか？ 契約・法律行為に関する理論の構築において、意思自治原則に、非常に広い・非常に絶対的な定式 *formule* を与えたのではないか？ 意思自治に、有しない射程を付与したのではないか？」⁷⁴。

第二に、以上の諸問題提起に対しては、Gounot は、意思の衰退を説きつつ、正義を唯一な原則としていた。

具体的には、まず、正義について。「正義の実現の一般的 *oeuvre* において、個人契約のレジームは、権力 *autorité* のレジームに譲位する傾向があり」、「自治主義の理論は、私的意思の契約ゲームのこれらの諸制限に反対する。意思自治理論にとって、契約自由のあらゆる制限は、化け物のような異説であり、法の根本的諸原則の形式的違反である。これは、根本的な誤りである」⁷⁵、契約の分野では、唯一な絶対的原則が存在するしかない。すなわち、それは正義 *justice* である。自由 *liberté* が、公正 *juste* のために一つ的手段 *moyen* でしかない。自由は、公正 *juste* の推定に立脚するしかない。したがって、現実が推定と食い違うとき、正義の名義で自由を限定すること、それは、最高の法的原則 *principes juridiques* に抵抗するのではなく、それは、これらの最高の法律原則を適用することである」という⁷⁶。

次に、契約における信頼や誠実の価値が強調された。「現代的取引生活にの法的取引の大部分においては、意思の法的役割の顕著な衰退」があり、「わが法は、ますます、当事者の意思の考慮を、一方当事者の意思的活動が他方当事者に示唆する合理的信頼 *confiance légitime* の考慮に代替されるに関心を示している。契約が成立す時点は、二つの意思の合流の時ではなく、信頼 *confiance* が生じる時である。契約の効力 *effets* を決定・制限するのは、意思より、むしろこの信頼 *confiance* である」⁷⁷。意思というのは、「社会環境 *le milieu social* を通じて、すなわち、すべての秩序の信頼・使用・需要の多様な全体を通じて熟考された、かつ、誠実・信義則のますます強制的な諸要請により解釈された意思」⁷⁹となる。

⁷³ E.Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, 1912, p.24.

⁷⁴ E.Gounot, p.25.

⁷⁵ p.387.

⁷⁶ E.Gounot, p.318 et s, spéc., p.387-388.

⁷⁷ E.Gounot, p.162. 同時期には契約関係を「法的信頼」関係として提唱するものは、E.Levy, *La confiance légitime*, RTDciv.1910, p.717, spéc., p.720. 「契約というのは法的な信頼関係 *le report de confiance légitime* である」 (p.720)。

⁷⁸ 契約自由の危機と意思自治の衰退について、G.Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, 1965. ; A.Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12e éd., 2010, n°26.

⁷⁹ E.Gounot, p.162.

最後に、個人意思から、個人意思による正義へという契約法の原則が確立されようとする。「社会生活一般にとって、われわれは契約を尊重すべきであるにもかかわらず、まずは、契約が正義を尊重すべきことでもある。契約が、法的保護に権利を有しなく、それは単に契約、すなわち、個人の意思の表示であるからであ」り⁸⁰。「また、民法典 1134 条により締結した契約の自由の原則は、まったく意思自治の抽象的な概念に立脚するではなく、正義の推定に立脚するのである。それは、各かつすべての利益の衡平な 満足を事実上確保する限りしか、その価値を有」せず、正義な意思のみは、法律の保護に権利を有する。別の言い方をすると、契約かつあらゆる私法の原則は、個人の意思ではなく、個人の意思により正義が実現する、ということである。」⁸¹。

2) 契約自由の制限－国家統制（公序）の浸透と契約との関係の説示

上記（一）の特別法の生成時期には、契約や契約法の観点から、如何に、国家統制と契約との緊張関係を払拭するかは、重要な課題となる。

経済的公序の生成により、伝統的な契約の自由は制約・弱化されるようになってきた⁸²。特に、統制主義が、契約自由に優勢を占めるようになり⁸³、フランス法に深い烙印を刻むことになった。

3)新しい主義の打出し

19 世紀末になると、上記「法の社会化」に伴い、**社会連帯**への転換が説き起こすとともに、**契約の社会化が興起**してきた。すなわち、社会事実を契約の中で考慮するようになり、一般利益との合致によってその効果を正当化する⁸⁴。

こうして、19 世紀末から、フランス契約法分野では、従来の契約自由・契約平等・個人主義のドグマに対して、抵抗・反省が見られる。伝統的な契約シェーマは動揺し始まった。

2、具体的観念の変化の呈示

（1）契約観念から

①契約観念の転換：公正的な存在から不公正な存在へ

⁸⁰ E.Gounot, p.451

⁸¹ E.Gounot, p.458.

⁸² これについては、G.Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études sur les sources du droit, En l'honneur de F. GénY, t.II,1934.p.347。かつて自由の標識の下で生んだ契約が存続することができない。意思が法的レジームへの服従しか効力を有しないとし、経済生活における諸制度は社会秩序における諸制度として捉える。民法典に存在しない民法の新しい当事者が登場し、それは経済関係の義務的規制である（Ripert,p.348,n°2.）。また、ローラン・エネス（平野裕之訳）「契約自由について」慶応法学第3号2005年64頁は、マルクス主義の影響により、契約の形式自由と実質自由との齟齬から、資本家が支配している経済の状況から、資本家にとっての自由しかありえないのではないか、という問題提起について、「このような批判は、ある程度、契約における消費者保護に影響を及ぼし」ているし、また、「現代のある種の新しい連帯主義にも影響を及ぼしている」と、当時の批判により現代の意義と評価されている。

⁸³ たとえば、Josserand は、衰弱になる契約の変貌を説いき、多くの契約は自由でなくなり、契約は公権力により統制された。L.Josserand,le contrat dirigé,D.chron.,1933.p.89.

⁸⁴ V.Ranouil, L'autonomie de la volonté , Naissance et évolution d'un concept, Préface de J.-Ph.Lévy, PUF. 1er éd.,1980,p.136.

古典的契約のシェーマ（意思が契約の本質的な要素であり、かつ契約拘束力の基本であるとか、契約が公正的なものである）は衰退し始めるようになる。その上、契約が必然的に公平なものであるわけではないという認識が現れる至った（tout ce qui est contractuel n'est pas nécessairement juste）。特に、当事者間の交渉の不在は、問題となる。一方の経済力の濫用によって、他方に対して交渉を介せず押し付けられる契約条項が用いられ、いわば当事者間の経済力の不平等から生じた附合契約の現象が見られるようになった⁸⁵。

②国家の介入：公序：例外から原則へ

国家の介入は、上記、多くのところで触れていた。ここでは、再び強調したい。国家の役割は、常に、存在している⁸⁶し、フランス法の特徴のひとつであると思われる。

レジオンの対処として、公序は、かなり前から存在していたといえる⁸⁷。経済自由主義の弊害や、その後退の背景で、契約不均衡が生じることを受け、国家介入主義は徐々に、浸透し、そのウエイトが大きくなる。20 世紀前半に、生成した指導の公序と保護の公序の中、保護の公序は、ますます大きな役割を演じることとなる。特に、第二次大戦後、契約の両当事者の不均衡に、より強く介入・保護されるようになってきた⁸⁸。

（2）人間像から

1）「人」の像の転換：「不平等」な人に対する配慮

第一に、附合契約及び保護される人間像⁸⁹の登場

上記、人の不平等や弱者の配慮など社会化ないし連帯の思想は、人の像の転換を促し、立法や判例には、この思想が反映されている。

一方、立法者についてである。附合契約⁹⁰の不公平条項の対処として、立法者は、経済的依存の状況にある幾つかの契約当事者のカテゴリーを保護しようと試みた。他方、「公序」を背景として、実定法において、上記の思想の浸透が見られ、弱者保護の問題が顕在するようになってきた⁹¹。たとえば、労働者と使用人との間の不平等が意識され、雇用者

⁸⁵ フランスでは、20 世紀初頭、附合契約について、初めて注意を喚起したのは、Saleilles である。また、ほぼ同時期に、労働契約の分野では、（経済的）依存関係の概念が用いられた。V.P.Cuche, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, Revue critique 1913,p.412. Aussi, La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, D.1932,chron.,p.101 が現れている。E.Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, 1912, p.227 (付録として、附合契約に言及する。統制された契約当事者一方について、たとえば、保険証券に印刷された諸条項の場合、一般的に、契約分野で伝統的に硬直に解釈されるではないが、柔軟に解釈されるべきである。判事は、コントロールと順応の拡張された権限を演じる (p. 229) 。)

⁸⁶ この点について、J.Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, LGDJ.1980,n°113,p.81. 国家の役割及びその変化を述べている。

⁸⁷ 大村敦志・公序良俗と契約正義（有斐閣、1995 年）参照。

⁸⁸ J.Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, LGDJ.1980,n°113 et s., p.80 et s.

⁸⁹ 後述にも触れるが、L.Josserand, La protection des faibles par le droit, in Evolution et actualités: conférences de droit civil, Recueil Sirey, Paris, 1936, p.162 et s., Josserand によると、保護される弱者の転換があった。

⁹⁰ R.Saleilles, La déclaration de volonté, 1901, p.229, n°89. 廣瀬久和「附合契約と普通契約約款—ヨーロッパ諸国に於ける規制立法の動向—」岩波講座基本法学 4—契約（岩波書店、1983 年）所収 313 頁。Dereux, De la notion juridique des contrats d'adhésion, RTD civ.1910, p.503.

⁹¹ G.Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études sur

に対して労働者を保護もこの時期のことであり、1898年4月9日法律は労働者 salarié を保護する立法（労働事故に関する法）が制定され⁹²、後に労働法典(1919年)が制定された。。農民⁹³、賃借人 locataire⁹⁴、保険者⁹⁵などがそれぞれであり、契約当事者の一方の保護に方向付けられるようになった⁹⁶。人が分化し始めた。

第二に、「事業者」の概念と契約当事者に一方的義務の強化⁹⁷

①判例の傾向

ここでは、特に、判例の展開が目立った⁹⁸。第一に、判事の役割について。判事の介入のウエイトが大きくなり、いわば、裁判的介入主義 *interventionnisme judiciaire* である。均衡を保つために、判事は、ますます、契約についてそのコントロールを増大させる。第

les sources sur droits en l'honneur de F.Gény, t.II, Recueil Sirey, 1935, p.348-350. 「保護すべき利益の多様性に鑑み、法律の前での平等の原則は、消える」(p.351.)。 E.-S.De La Marnierre, Les législations de “protection”, D.1950, Chron., p.22.

⁹² 労働者を保護するには、使用人の責任について、主観的な基礎から、客観的基礎にする と転換した。 また、労働法は、歴史的に、民法の一分枝と認められ、民法典 1780 条—1781 条により定められる。その目的は、当事者間の均衡を確保するのであるが、一般的に労働者という弱い当事者の保護を確保するためである (V., *Le droit français et européen de la consommation*)。

⁹³ たとえば、1910年4月5日法律。労働者や農民に、強制的な高齢保険システムの導入。

⁹⁴ L.Bihl, *Vers un droit de la consommation*, Gaz.Pal.2^e sem., 1974, p.770 は、消費者は、19世紀待末には、労働者の状況とかなり接近する状況にある存在であるとする。消費者というのは、保護ルールを必要するだけではなく、労働者がすでになったように、法の主体と現実的になることと希望している、という。

⁹⁵ たとえば、1930年7月13日法律は、保険契約について、契約一方当事者（保険者）に対して有利に規律していた。

⁹⁶ 一方当事者を保護する一連の法律があり、この点について、山口俊夫「現代フランス法における「公序 *ordre public*」概念の一考察」国家学会編・国家学会百年記念 国家と市民 第三巻 民事法・法一般・刑事法（有斐閣、1987年）68頁注(33)。さらに、1967年1月3日不動産開発法が挙げられる。立法者は、契約当事者の性格と無関係に、取引に着目して規制する法であるが、暗黙裡、事業者を対象とし、建築中の不動産の獲得候補者 *candidat à l'acquisition d'un immeuble* を保護しようとするものである (Ph.Jestaz, Ph.Malinvaut, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, n°204.)。J.-P.Marty, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, RTDcom.1981 p.695 は、誤りを避けるべきだ。というのは、立法上は、消費者事業者がまだ同定されていないにもかかわらず、対象とされるのは事業者であるとする。ちなみに、これとは同質の問題に属するわけではないが、1907年7月13日法律は、その主人の職業 *profession* と区別した *distincte* 職業に従事する結婚された女性に法律行為をする能力を与えていた。また、1926年12月13日には女性と未成年者の能力 *capacité* に関する海事労働法典がある (V., G.Ripert, 「Ébauche d'un droit civil professionnel」 in *Études de droit civil à la mémoire de H.Capitant*, 1939, p. 684)。

⁹⁷ 文献は多くあるが、たとえば、D.Nguyen Thanh テーズ p.217 et s.

⁹⁸ 売主の義務の強化に関する立法として、C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. Avr.-juin 1997, p.358 注よる。1935年6月29日法律では、売主について特別に義務付けられる。すなわち、その *l'acte de cession* 譲渡証書の中で、義務的記載の挿入が義務付けられる。とりわけ、*le chiffre d'affaire et les bénéfices* 売上額・収益に関する記載である。

二に、裁判の傾斜がある。この裁判的介入主義の下で、19 世紀末から、判例は、民法典の規定の適用を依拠することにより、買主に当てられた保護を増加させるようになった。第三に、当事者の分化。とりわけ、契約当事者の性格 *qualité du contractant* がますます考慮に入れられるようになる。特に、素人の買主のために、傾斜している。これらの買手に多くの権利を付与しようという姿勢をとっていた反面に、売主の職業 *profession* を重視して、事業活動を従事する契約当事者について、一方的な義務を加重することとされた。それについて、不十分でありながら、以下の二点を通じて、その一端を示す。

②契約準備段階

一方、契約準備段階についてである。民法典が看過していた契約成立（準備段階）は、考慮されることとなった。20 世紀 30、40 年代から、学説や判例は、契約準備段階では、情報提供義務の存在が指摘されるようになった⁹⁹。これは、特に、契約当事者の性格に関連して捉えるようになった。というのは、技術的・知識的な能力による契約当事者の不対称の状態の手当てとして、判例は、特に、契約当事者の性格（事業者であるか否か、専門能力を備えているかどうか）を重要な要素として考え、一方当事者が事業者とする場合、より誠実に *scrupuleusement* 行われることと要請されるからである。専門家が助言義務を有すると認めることに至った。

③瑕疵担保責任

他方、瑕疵担保責任についてである。契約分野で事業者と非事業者を区別し、責任を制限する条項の有効性について契約の作成者である事業者の濫用を防ぐために、判例や立法者は、これについて多くの制限をかけようとする。とりわけ、売買契約において、隠れた瑕疵担保を制限する諸条項の無効に関してである¹⁰⁰。最初は、売主の主観状態に着目して、善意か悪意かを区別し、判断していた。その後、この基準は、別の基準により代替されるようになる。それは、売主の職業 *profession* である。事業活動を従事する契約当事者は、厳格の責任を課すことになる。たとえば、判例は、1950 年代から、事業者売主であるならば、悪意の売主とし、販売された物、かつ、これらの物の諸瑕疵を完全に認識していると推定し、かつ、事業者売主が法的担保を回避・制限する契約条項は無効とされる¹⁰¹¹⁰²。

⁹⁹ 実際、判例や学説において、早い段階では、両当事者間の不均衡に着眼し、情報提供義務が提唱されていた。このような義務の前身としては、Planiol は売主の「*obligation de parler*」を主張している。しかし、19 世紀においては、たとえば、Pothier は、買主自身が物を検査する義務を負うなどと説いていた。「*Il ne tenait qu'à lui d'examiner la chose avant de l'acheter ou de la faire examiner par quelqu'un s'il ne s'y connaissait pas lui-même*」と述べている。このことは、この変容を端的に表したものだといえよう。さらに、Gross は、事業者売主を意識しつつ、この情報提供義務は担保義務を含むすべての契約に存在するという一般義務であるといっている。V., B.Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, 1964. また、情報提供義務の全体的な概観として、J.Calais-Auloy et H.Temple, *Droit de la consommation*, 8e éd., 2010, n°51 et s., p.56 et s..

¹⁰⁰ J.Mainvaud, *La responsabilité civile du fabricant en droit français* Gaz.Pal.1973.2, doc.p.436.; J.Ghestin, *La responsabilité des fabricants et distributeurs*, Economica, 1975, p.44.

¹⁰¹ J.Calais-Auloy et H.Temple, *Droit de la consommation*, 8e éd., 2010, n°227 et s., p.282 et s.

¹⁰² この区別は、後ほど、1978 年法によって、事業者と消費者という区別に直結することとなるだろう。また、その中で提示した一定の判断基準（専門能力であるかどうか）は、

さらに、その他のこともある。たとえば、判例は、多様な手段により、「買主」（当時はまだ消費者と呼ばないが）にとって、60年代以降、特に70年代に至ると、民法典1648条の短い期間（最大、何ヶ月である）が呈する不都合を取り除こうとし始めた¹⁰³。

以上のように、事業者間であるか、それとも、事業者と非事業者であるか、ということになる。「消費者」とまでははっきり浮上させないものの、判例は、契約当事者を意識的にその性格に着目するようになる。これら「事業者対買主」の取引において買主に傾斜する判例は、まさに、後の消費法の先駆的な存在であるということができると言える¹⁰⁴。言い換えると、消費者概念は、ここで扱う概念と連続性を有することは確かであろう。

第三「階級」・「職業」：学説における提示

また、以上の人の「分化」は、学者により、受け止められ、定式化されようという動向があった。

①G.Ripert

まず、Ripertである。Ripertによると、弱者を保護することは民主主義に合致する（la protection des faibles est agréable à la démocratie）¹⁰⁵。リペールは、民主主義的制度を主張し、現代法の転換を積極的に唱える。法は以下の人を有利に図るべきであるとし、「その年齢、その知的状態、その無経験、その貧しさ、行動あるいは理解する不可能は、社会では、その他の者より弱いである者は、法的保護を受ける権利がある。すなわち、平等を再建するために、それらを保護すべきである。これらのすべては、「小 les petits」である。それらにとって、民主 démocratie は、意にかなう。かつ、とりわけ、長い間に犠牲になったフランス民主範囲にかなう」¹⁰⁶。新しい法律が、なんらかの人 quelques-uns のためになされたしかない、という考え方が出現し、法律の前での平等は、法的取引 commerce の根本的原則であり、今日は、時代後れの考え方だと考えられる¹⁰⁷。事業者とその顧客の分離を試み、現代社会において、一定の職業に従事する者とその顧客である者とを峻別すべきとし、より端的に、前者が後者に対して、取引にかかわるすべてのものを義務付けられることと狙われた¹⁰⁸。

さらに、「同意の価値・意思の力を判断するとき、法典は、その意思が瑕疵されうる契約当事者らについて個別的判断しか認め」ず、「しかし、事業者を平等な方式で扱うことは、公正（正当 juste）であるか？この事業者というのは、契約して、その職業の従事

後ほど、2節でも見るように、消費者であるかどうかの判断基準として、長い間、破毀院や学説より採用されていた。

¹⁰³ Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 8e éd., 2010, n°232, p.287.

¹⁰⁴ これについて、たとえば、カレオロワが、「事業者」のこれらの義務の加重を、前消費法的なものと捉えている。J.Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com.51.1.1998, p.117.

¹⁰⁵ G.Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1935, n°81, p.145.

¹⁰⁶ G.Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, p.157 et 158.

¹⁰⁷ G.Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, p.365.

¹⁰⁸ G.Ripert, 「Ébauche d'un droit civil professionnel」 in Études de droit civil à la mémoire de H.Capitant, 1939, p.677 において、事業者の義務 obligation. Aussi, G.Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1935, p.365 et s. 「階級の法」、「職業の法」が主張される。

において行為をし、その意味を知っており、かつ、その内容（射程 *portée*）を理解すべきである。かつ、それに信頼して向けられ他人は、しばしば、それに向けられると義務付けられ、現代においては、仕事の分化 *division* は、誰もが事業者なしでできないからである。この人はしばしば、その契約の諸条件を交渉するにはまったく専門能力がない。民法は、能力者と無能力者とを区別する。この区別は、知能と同意の自由に立脚する。われわれは、また、職業に従事する者と事業者の顧客 *les clients* を区別することができないのか？」¹⁰⁹、と積極的に事業者法が唱えられていた。

②L.Josserand

ほぼ同様な趣旨として、Josserand の見解がある。Josserand は、弱者の転換があると指摘し、新しい弱者のカテゴリーの出現により、それが、法の保護の新しい措置を惹起することとなる。人間の弱さ *faiblesse* について、「弱さ *faiblesse* はまったく連続的・継続的ではなく、それは、断続的・不連続的である。それは、事業的もしくは契約的もしくは機能的なものである。それは、決定された状況に関する機能である。」としている¹¹⁰。契約当事者の一定の属性や身分、ないしその従事する活動にしたがって契約ルールを構成しようとする。「職業」ということに着目して、「権利・義務の主体である人間は、民法典上の抽象的な存在ではなくなる。」と説いた¹¹¹。

階級の法 *droit de classe* の再編成を目指していた¹¹²。社会的諸カテゴリーのと突然出現は、しばしば、事業的カテゴリーであり、かつ、適切な地位 *statut* により規制された法定的カテゴリーを生み出した。そこには、法の分散化・断片化が、ますます民法典の統一的概念に対立することとなり、一般法は、一連の特別化された法に直面しなければならぬし、多様な社会的・事業的階級に合致するための階層が生じる¹¹³。

③A.Tunc¹¹⁴

20 世紀半ばに、Tunc の論稿が現れた。個人により締結された契約との関連で、事業的民法法が主張される。個人と事業者との関係、事業者間契約と事業者・個人契約も触れられている。

¹⁰⁹ G.Ripert, 「Ébauche d'un droit civil professionnel」 in *Études de droit civil à la mémoire de H.Capitant*, 1939, p.677.

¹¹⁰ L.Josserand, *La protection des faibles par le droit*, in *Evolution et actualités: conférences de droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1936, p.162 et s., spéc., 167. Josserand の弱者保護の思想については、J.-P.Chazal, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*. また、この弱さの議論や捉え方は、契約法の分野により広く導入される。たとえば、消費法の分野では、それを消費者の根本としても提示されている Calais-Auloy (*Droit de la consommation*) である。Ghestin (Ghestin, *Traité du droit civil* ; J.Ghestin et M.Fontaine, *La protection de la partie faible dans la partie faible dans les rapports contractuels*. Comparaisons franco-belges, LGDJ.) もそうであるし、また、Malaurie, Aynès et Sroffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, n°423 は、消費者を「un incapable majeur」と理解している。

¹¹¹ L.Josserand, *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, D.1939, chron., p.29 et s., spéc. 31.

¹¹² L.Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D.1937, chron., p.1. 同 L.Josserand, *Le contrat dirigé*, D.1933, chron. p.92.

¹¹³ L.Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D.1937, chron., p.1-2.

¹¹⁴ A.Tunc, *Ebauche du droit des contrats professionnels*, Offertes à G.Ripert, t.II, 1950, p.136.

まず、個人と事業者との関係について¹¹⁵。民法典 1137 条による「善良の家父」の基準は勤勉な注意 *un soin diligent* をとるのは個人である。個人が職業に従事するであっても、民法典が「家父」として検討して民法典が参照するのは、その活動の非事業的側面である。すべての場合で、個人より、事業者に、その他の何らかのもの *autre chose* を期待する。そのことの理由は、事業者によりその債務の履行は、常に、一定の集团的側面 *un certain aspect collectif* を呈するからである。

そこから、「善良の事業者の注意」ないし「その専門に善良の事業者の注意」の義務を導く。それと同時に、民法典 1137 条には、個人だけではなく、事業者の概念を織り込まれようとする。

次に、事業者とその義務の程度の増大について¹¹⁶。事業者の専門化 *la spécialisation du professionnel* はその義務の程度の増加をもたらす。ある事業者に、専門能力、*matériel* 材料、かつ、個人に要求できない慎重さ *diligence* を要求することができる。これは、交換の業者 *un agent de change* は、暗黙的に示されても、顧客の法的状況を理解すべきである。公証人が、書面の文意あいまいの作成に責任を負う。また、事業者について要求すべき専門能力の度合いが、注意 *diligence* の度合いは、その専門化 *spécialisation* の程度とともに増加する。逆に、事業者が、その専門の範囲外で、「善良の家父」ではなくなる。

まとめ：

ここまでは、一方、契約法の思想の変化。他方、「事業者」に義務を加重的に課されるという、二つの主関心を軸として、考察してきたといえる。

以上は、不十分でありながら、個別的な素描にとどめざるを得なかった。しかし、そうであっても、いくつかの示唆を引き出すことができるだろう。

最初は、労働者という存在を具体的な「人」の像の具像化として、実定法の視野に入る、

このように、長い間、契約当事者間の不平等・不均質が配慮されつつ、民法は、変容しつつある。

第一に、民法は、表面上・形式的に（民法典の規定）は変化がないままで、実質的（判例・特別法の制定）は、より実質的な変容が見られる。

第二に、ますます不均衡になる契約関係について、立法者や判事は、より積極的に介入しようとする。彼らは、より大きな力で、契約当事者間の均衡を立てようとする。

第三に、このことにより、一方、意思自治や契約自由が 20 世紀前半を通じて、より顕著な交替が見られる。他方、当事者双方の分裂（分化）がより明確になるわけであった。

第四に、この意味において、後ほどの消費法における消費者は、この線に位置付けられる。むしろ、形式的な民法ではなく、実質的な民法の中では、潜在的な「消費者」、あるいは「消費者の雛形」が潜伏していたといえるのではないか。

第五に、基盤としての公序の存在が重要である。

萌芽期にあった「消費者」概念は、以降、消費社会の到来とともに、顕在的な存在となった。

¹¹⁵ A.Tunc,n°5,p.139-140.

¹¹⁶ N°6 et s.

二、顕在的「消費者」概念

60年代以降、(民法側、特別法側)から、「消費者」保護のウエイトが大きくなってくる。民法側からは、介入根拠として、従来の不明瞭から、「消費者」という基準は、明確に浮上しており、消費者保護が前面に出される(特に、附合契約から、消費者への転換)。他方、特別法の分野は、最初は、個別のものが多かったが、「消費者」が顕在化してきた。

(一)個別的な展開：60年代以降

序、背景

フランスでは、20世紀半ばから、経済・社会構造は、都市化の強化、人の流動、生産力の上昇、生産・販売技術の上昇、資産と富の不安定化、など、根本的な変化が生じた。これにより、特に、消費生活に構造的な変化が発生した。消費社会が迎えられ¹¹⁷、経済が前例の無い発展を遂げ、財や役務の提供が急増する。

また、企業の規模の増大も目立った同時に、専門化競争で生産や取引の技術の革新によって、製品の複雑化・精巧化、広告の普及するとともに、買主側が選択に困惑する¹¹⁸。このような製品・役務の多様性とその技術的複雑性は、契約関係において、事業者にある種の優勢を与え¹¹⁹、契約当事者の間の不平等がより著しくなる。

1、新たな展開

この時期になると、主としていくつかの分野では、以下のような新たな展開が見られる。

(1) 消費者：王様 *roi* からターゲット *cible* へ¹²⁰

一方、20世紀後半から、アメリカの影響、消費者運動の波は、フランスに及んだ。1960年代に入ると、消費者問題を徐々に表面化させるようになった。消費社会の飛躍とともに、消費者を狙った問題が急増してきた。明確に消費者を対象としている法規定が増加してきた¹²¹。保護の公序と捉えられる。同時期の諸法の法文や標題を見れば、その規制の一端がわかる。法の新たな時代が迎えられたといえる¹²²。

(2) 信用規制¹²³

¹¹⁷ J.Saint-Geours, *Vive la société de consommation*, Hachette, 1972.

¹¹⁸ Gérard Cas, *Le défense du consommateur, que sais-je ?*, 1975, pp.10-11 ;

J.Calais-Auloy, *General remarks on consumer protection*, in J.Calais-Auloy, *Consumer legislation in France*, VNR, 1981. p.1.

¹¹⁹ T.Ivainer, *De l'rdre technique à l'ordre public technologique*, J.C.P.1972.I.2495.

¹²⁰ Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n°272, p.255.

¹²¹ たとえば、ラベルの規制、嘘つき広告の禁止、信用など。(この時期、とりわけ、1961年法律 (*la vente par envoi forcé* を禁止する法律)、1963年法律 (*la publicité mensongère* を禁止する法律)、1971年法律 (*l'étiquetage obligatoire*) 。

¹²² J.-L.Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2e éd., 2012, PUF, n°234, p.353.

¹²³ J.Calais-Auloy, *Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs*, D.1975, chron., p.19 ; D.Martin, *La défense du consommateur à crédit*, RTDcom., 1977, p.619 ; Jacques Audier, *Le droit du crédit au*

特に、信用分野では、問題が顕著となった。

20 世紀の初頭、販売者と貸付者との分離によって、信用消費の現象が見られたが、第二次世界大戦後、信用の発展が、大きな変化を見せた¹²⁴。

①1966 年 12 月 28 日法律¹²⁵は、暴利を形成するレジオン、信用の広告に対して、消費者を保護する。他方、高金利規制法が制定された (Loi n°66-1010 du 28 décembre 1966)。信用供与の際に消費者が負担する信用費用の高騰に対処するものであり、金融市場の適正化を図ろうとしたものである。規制方法は司法的な規制が中心であったが、信用供与は複雑な内容を有することから、開示規制が強化された。この点は、消費法の観点から注目される。

(3) 不当な取引方法¹²⁶

他方、攻撃的取引方法が現れる。商品自体は問題がないものの、ところが、買主に対する圧力は、過剰的であり、かつ、買主の必要ではないものを買わせる。多くの場合、買主の熟慮の意思が抑制され、健全な意思で決定することができない。訪問販売員は、不意に消費者を訪問する。消費者に現実需要ではない商品を提供し、事前の調査せず。訪問販売は、選択できない。

カレオロワは、誠実・自由競争の保護のアプローチから消費者保護への転換を指摘する¹²⁷。「今日、立法者は、消費者の利益において、いくつかの過度的取引を規制する」という競争保護は、中間的な段階でしかない。消費者パラダイムの転換に言及し、すなわち、「明日、消費者は、その自身を保護できる方式で、保護されるより、むしろ、より通知される (情報提供される) もの」となる。

攻撃な販売について、一般法の諸ルールに関する判例の解釈より、最も明らかな不誠実にしか適用されえないので、消費者についての特別保護の立法が必要性が指摘される¹²⁸。また、民法による手当ての不十分をしてきしつつ、消費者に情報付与、と攻撃販売に対処する情報の政策 *politique* の重要性が説かれる¹²⁹。

① 景品付き販売

景品付販売に関しては、1951 年 3 月 20 日、1961 年 8 月 1 日デクレがある¹³⁰。

consommateur, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction et avec une préface de Ibrahim Fadlallah, Litec, Paris, 1982.

¹²⁴ La protection du consommateur dans les opérations de crédit, Gaz. Pal. 1978, doc., p. 556. 信用により消費の革命と呼ばれる消費信用が展開される。借手の信用の危険に対して、信用販売 (vent à crédit) を規制する Décret du 20 mai 1955; Décret du 4 août 1956 の二つのデクレである 1955 年・1956 年デクレが信用による買物の増大を避けようとするとともに、信用の総額と期間について制限が加えられる。一覧表や証明書の提示も、義務づけられる。しかし、あくまでも副次的な介入であり、その本質はインフレを抑えることである。

¹²⁵ L. n°66-1010 du 28 déc. 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et publicité, D. 1967, L. 31. et d'application n°68-259 du 15 mars 1968, D. 1968, L. 150.

¹²⁶ J. Calais-Auloy, Les ventes agressives, D. chron., 1970, p. 10; Gérard Cas, La défense du consommateur, que sais-je ?, 1975, p. 37, マーケティングの行過ぎ (les excès du marketing)

¹²⁷ J. Calais-Auloy, Les ventes agressives, D. chron., 1970, p. 10 et s.

¹²⁸ J. Calais-Auloy, Les ventes agressives, D. chron., 1970, p. 38.

¹²⁹ J. Calais-Auloy, Les ventes agressives, D. chron., 1970, p. 39-40.

¹³⁰ V. Hémar, Les ventes avec primes, RTD com. 1958, 473; Dix ans de réglementation

②1972年1月3日72-6日法は、と7月10日75-601号法は、金銭貸付の訪問販売の分野に関するものであり、高利の不正行為を抑制される。

③広告規制

そして、1972年12月29日法律¹³¹は、景品付売買に関するものであり、1973年12月27日法律¹³²によって改正され、それは、「消費者あるいは利用者」¹³³に対する売買に適用される。

販売促進のため、広告、とりわけ悪意の嘘つき広告が、問題となり、1963年7月2日法は、嘘つき広告そのものを抑える¹³⁴。広告は、人の全体を侵害する。また、競争を害するため、中小商人を保護する目的をも有する。

(4)、消費者運動・消費者行政

消費者運動の展開と消費者行政の推進が見られる。

まず、1951年に消費者連合会が設立された¹³⁵。1960年に、国家消費委員会 CNC が設置された。1966年に、国家消費研究所 INC が設置された。同研究所は、法人格付与された公的機関であり、その役割として、商品テスト、検査、月刊誌「五千万人の消費者」、「消費者の実態」などを通じる消費者情報の提供、消費者団体や関係行政機関と連携して消費者保護活動である¹³⁶。

1960年代に、消費者保護という観念は、アメリカで消費者運動の展開によって出現した。この運動は、ヨーロッパにも波及したわけである。1962年の Kennedy の教書が発表、それを受けて、フランスでは、「消費者」は、多くの機関に向かわせるようになってきた。消費者協会、競争コンセユ (Conseil de la concurrence)、濫用条項委員会、経済・社会コンセユ、消費者安全委員会、取引設備委員会¹³⁷が設立された。

des ventes avec primes et décret du 5 août 1961, D.1961. Chron., p.165 ; F.Caquelin, Reglementation pénale en matière de promotions de ventes, D.1970.Chron., p.21.

¹³¹ J.C.P.1972,III,39995.

¹³² JCP.1974,III,41167,41258.

¹³³ 1973年12月27日法律40条1項、JCP.1974,III,41167,41258. また、この1973年法は、スーパーマーケットに対する中小商人を保護するため、かつ、消費者の利益と中小商人の利益の間の対立 *contradiction* に関するものである。

¹³⁴ V.Guerin, La publicité mensongère et les nouvelles dispositions légales ou réglementaires la réprimant, JCP.1964.I.1864 ; Calais-Auloy, La loi Royer et les consommateurs, D.1974,chron.p.91 ; Bihl, La publicité mensongère : bientôt 10 ans d'application, Gaz.Pal.1972.Doctr.p.432 ; Doll et Peisse, La nouvelle répression de la publicité mensongère, Gaz.Pal.1974.1.,doctr.,p.200 ; Serna et Benoit, Le dispositif d'orientation du commerce et de l'artisanat, JCP.1974. 1. 2643 ; Jean-Claude Fourgoux, Publicité et promotion des ventes, Gaz.Pal. 1974.1^e, p. 208 ; J.Lugan, Les ventes avec primes et la publicité mensongère dans la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat dite « Loi Royer », Gaz.Pal.1974,1^e,p.536 ; L'avenir de la publicité et le droit, Montpellier 1976, Litec ; L.Bihl, La grande illusion (La publicité mensongère depuis la loi Royer), Gaz.Pal.1977,p.78.

¹³⁵ *Que choisir ?* という雑誌を出版している。実際、19世紀末、20世紀初は、大都市で消費者連盟が設けられた。Les associations de consommateurs, Doculents n°107/75.19世紀末、消費者の集団、たとえば、*ligue des abonnés du téléphone*, *la société de l'aliment pur*, *les fédérations de voyages* などは、出現。20世紀初、多くの協会が設立され、1910年に *une ligue des consommateurs*, 1927年に *une congédration générale de la consommation*。

¹³⁶ 北川＝及川編・消費者保護法の基礎、青林書院新書、昭和52年、82頁。

¹³⁷ *Mélanges Calais-Auloy*, p.1079.

フランスでは、60年代に、消費者の覚醒、消費者運動が盛んに行われる。1970年代は、消費者運動の黄金時代を標識つける。消費者団体の成立。この運動は、消費社会に対する批判を投じる。この運動の圧力によって、政府・公権力は、消費者運動の権利要求を答えるために、行動をとる。一方、訴訟を助けること、他方、立法・規制によって消費者保護の措置を採ることために、行政の力は介入する。1976年1月から、経済金融省の下に消費事務局（la création à partir de janvier 1976 d'un secrétariat d'Etat à la consommation placé auprès du ministre de l'économie et des finances）が設置され、消費者保護の特別法の発展を要請した。これらの背景によって、消費法の制定を促す。

2、新たな立法の動向

以上の動きの中で、特に、訪問販売法である。私法分野では、消費者を保護する法が活発的に制定される。適用範囲が限定されるようになった。

（1）訪問販売法

まず、前記の販売方法を対処するために、訪問販売法が制定された¹³⁸。訪問販売法（Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile 1972年12月22日勧誘行為及び訪問販売についての消費者保護に関する法律第1137号）。訪問販売法のいくつかの適用除外がある。当時同法8-I-①条は、適用除外としている。「商品若しくは役務の提供の売買、賃貸借若しくは売買付賃貸借は、農業的、工業的または商業的経営の、あるいは事業活動の需要のために提供されるとき les ventes, locations ou locations-ventes de marchandises ou objets ou les prestations de services, lorsqu'elles sont proposées pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou d'une activité professionnelle」と定める。「農業的、工業的または商業的経営の、あるいは事業活動の需要のために」が適用除外の要件となる。また、同法1条では、適用対象が自然人のみとなるとされている。

（2）Royer 法

Royer 法は、嘘つき広告について規制するものの、実際、誰がそれに害されるかについて考慮しないのである。嘘つき広告の規制(1973年12月27日法（Royer 法¹³⁹））。

¹³⁸ J.Calais-Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, D.Chron., 1973, p.266.; Paul-Julien Doll et Henri Guérin, Le démarchage et la vente à Domicile, JCP.1973.I.2524 ; Alain Bietrix et Hélène Birbès, Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah.droit de l'entreprise I, 1973 ; J.Thyraud, intervention Sénat, J.O.Déb.Sénat, 7 novembre 1977, p.2624. ; Alain Bietrix et Hélène Birbès, Ventets à domicile et protection du consommateur, Cahiers droit de l'entreprise, n° 1973/1, suppl.au JCP.n°14 du 5 avril 1973, p.1 et s. ; Paul-Julien Doll et Henri Guérin, Le démarchage et la vente à sollicité, JCP.1973, éd.G, I, 2524, n°18 à 29. ; Pizzion, Un apport législatif en matière de protection du consentement, la loi du 22 déc.1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, RTD civ.1976, p.85. 日本語の紹介: 島田和夫「訪問販売法—フランス」ジュリスト 808号 1984年 30頁。

¹³⁹ J.Calais-Auloy, La loi Royer et les consommateurs, D.1974.chron., p.91 ; Orientation du commerce et de l'artisanat, D.1974, L.30.

1973 年 12 月 27 日法は、消費者のために制定されたものではなく、中小商人と手工業者を保護するものである。直接・明確に消費者に限定する法として、まず、Royer 法は、消費者の集団利益に直接・間接な損害を与えたとき、Royer 法以前は、消費者団体が、原則として 民事当事者となることはできなかった。Royer 法は、45 条、消費者団体に、民事訴訟の行使を認めた。「消費者の集団利益」に集団訴訟可能を認めるようになった。ただ、Royer 法は、一般的に、¹⁴⁰消費者を保護法としていない。中小商人を保護するものと考えたが、この場合、集団としての消費者という概念が念頭に置かれて、一定程度、集団消費者の像。直接的に消費者を保護するのは、嘘つき広告に関する規定である(同法 44 条)。嘘つき広告は、それ以前も、規制してきた¹⁴¹。判例上、嘘つき広告の詐欺罪 *escroquerie* で制裁する¹⁴²。

さらに、1977 年 9 月 2 日に、価格の広告のデクレがなされた。

小括

以上の触れたように、消費者概念は、登場しないが、適用限定の意味での消費者法ができた。しかし、このほうは、「顧客」という。その上、私人消費者と中小商人（中小事業者）をはっきり分けてもいなかった。それどころか、より広い買い手を想定していたのではない。その中では、中小商人（事業）も含まれる。とりわけ、1973 年法は、もっぱら中小商人のために制定されたものということができる。

このように、60 年代になると、消費者を直接に保護することが浮き彫りになった。かつ、消費者像が浮び上がらせるようになった。

(二)、私法学界の展開

60 年代に入ると、特に 70 年代に入ると、民法側は、より大きな開花を見せた。

1、私法学界の反応—新たな法分枝としての「消費法」

実は、消費者問題は、ここまで、法学や法律家とは無縁であった。法律家は、とりわけ私法分野の法学者は、それを民法（契約の）の問題としてほとんど意識しておらず、看過していたといえよう。もちろん、それは、時代背景の原因もあるし、また、私法分野における問題はそれほど顕在化していなかったということもあると思われる。

ところが、前述に見たように、60 年代になり、個別問題志向の論稿が多くなってきた。特に、70 年代、消費者（消費法）は、法律家によって、とりわけ、私法的分野で、その契約関係における消費者の劣勢地位がより重視され、総括に論じられ、はっきり意識されるようになったといえよう。概説書など。シンポジウムの開催。それまでの特別方式で保護されることから、より一般的な方式で消費者を取り扱おうとする傾向を見せる¹⁴³。消費

¹⁴⁰ Arrêté n°77-105 P du 2 sept.1977.

¹⁴¹ D.Nguyen-Thanh, *Techniques juridiques de protection des consommateurs*,1969 ; Guinchard, *la publicité mensongère*,thèse,Lyon,1970 ; Divier, *Le mensonge en publicité*,1972.

¹⁴² M.Blondet, *L'escroquerie « à la publicité »*,D.1953.chron.,p.133 ;Crim.10 juill.1968,D.1969.50.

¹⁴³ 1978 年法律成立前のものとして、主に以下のものが挙げられる。Nguyen-Tanh,*Techniques juridiques de protections des consommateurs*, thèse éd.INC,1970 ;L.Serot Almeras Latour,*La protection du consommateurs dans le vents pratiquées par lzs magasins à grande surface*,thèse,Paris I,1975.J.Hemard,*Droit de la*

者に関する議論は一般化してきた。学者は、消費者法を制定する必要性を意識し始めた。また、その中で、消費者とは何かについて、その定義や特性を析出しようというものも見られる。

(1)まず、「消費法」における消費者という用語は、初めて法律学界において公に使われたのは、1972年10月17-18日に Aix-en-Provence で開催されたシンポジウムのものであった。同シンポジウムの論文集として、L'institut de Droit des Affaires Université d'Aix-Marseille III et CPA CPA-Lyon, Nouvelles données pour un droit de la consommation, Aix-en-Provence, 17-18 novembre 1972, Dalloz, 1974.

同シンポジウムでは、現代社会における製品自体の変化、販売技術の変化(広告の使用を含む)を取り上げ、消費者と生産者の関係に関する理論的なアプローチを採り¹⁴⁴、議論の中で、指摘したように、「すべての消費者が愚かな imbécile ものであるか? 広告が嘘ついている、あるいは、ラベルが欺瞞であるという場合、消費者は、その真実性を取り戻すために、十分に知的であるという認識を持っているかもしれないが、しかし、消費者が十分に情報を与えられないわけである。つまり、ここでは、愚か、知的判断力の intelligence の問題ではなく、情報の問題である。実際、消費者は、まず、信頼をこもった confiant の人間である」¹⁴⁵。

A.de Cambiaire 報告では、le troisième volet d'un triptyque 三部曲の第三曲として、新しい消費法の到来について期待していた。こういつている。「18世紀の財産法、19世紀の労働法、もしある日、消費法が、以上の二つの法に加わるだろう。そうだとするならば、自由・平等・連帯の間で社会的プランについて、今までの不可能な総合」を見せることだろうと説いている si un jour le droit des consommateurs vient à couronner les deux précédents et à les imprégner, la synthèse jusqu'à présent impossible sur le plan social entre la liberté, l'égalité et la solidarité.

また、カレオロワは、フランス実定法における「消費者」対処する法的保護の不足と過剰を分析した¹⁴⁶。彼は、従来、フランスでは、消費者が体制 système の被害者であると

concurrence et protection du consommateur, Gaz. Pal., 1971, 2, doc. p. 575 ; J. Calais-Auloy, La protection légale et réglementaire du consommateur, in Nouvelles données pour un droit de la consommation, Colloque Aix-en-Provence, 17-18 novembre 1972, Dalloz, 1974, p. 49 et s. ; J. Saint-Geours, Rapport de synthèse, in Nouvelles données pour un droit de la consommation, Colloque Aix-en-Provence, 17-18 novembre 1972, Dalloz, 1974, p. 171 ; A. Françon et G. Cornu, in Travaux de l'Association H. Capitant sur « La protection du consommateur », Montréal, 1973, p. 117 et p. 113 ; L. Bihl, Vers un droit de la consommation, GP, 1974 ; R. Savy, La protection des consommateurs en France, in Marche, concurrence et consommateurs, Rev. internat. de droit comparé, 1974, p. 592 ; Le contrat de consommation, LGDJ, 1974 ; Gérard Cas, La défense du consommateur, que sais-je ?, 1975 ; D. Baumann, Droit de la consommation, Litec, 1977 ; G. Viney, Pour un droit de la consommation ?, Entretiens de Nanterre, 1977.

¹⁴⁴ 同論文集、p. 11, p. 24 et s.

¹⁴⁵ 同論文集、débat général, p. 39.

¹⁴⁶ Rapport de J. Calais-Auloy, La protection légale et réglementaire du consommateur, lacunes, excès, in Nouvelles données pour un droit de la consommation, Dalloz, 1974, p. 49.

いう認識が展開され、そのため、消費者を保護するために、法律や組織（機関）が増加してきた。しかし、このような保護の限界があり、大量消費とマーケティングに立脚する経済体制そのものは、ここで真の問題とならない。むしろ、問題は、まさに、この経済システムの**濫用 abus**であると指摘する¹⁴⁷。

その上、彼は、一般法の不十分であるため、特別法の発展は、必要である¹⁴⁸としつつ、従来の消費者に対する保護の不十分を論じた¹⁴⁹。彼は言う。「1804年民法典は、いくつかの保護を買主に与えている。しかし、これらの保護は、1972年の消費者の危険に対応し難い。消費者は、詐欺、合意の瑕疵を援用することができない。購入された目的物に不満であるとき、消費者は、瑕疵担保を援用するしかできない。消費者は、その利用に向いていないと証明する。また、高価格、あるいはマーケティングの過度について、民法典は、明らかに、これらの危険を予想していなかった。今日の一般消費者 *consommateur moyen* は、抽象的 *abstrait* でもなく、明晰的 *lucide* でもなく、理性的 *raisonnable* な存在でもない。消費者は弱者であり、法は、それを保護し始める」¹⁵⁰ *Le consommateur moyen de nos jours, n'est ni abstrait, ni lucide, ni raisonnable, c'est un faible dont le droit commence à prendre en charge la protection*」。

さらに、同シンポジウムでは、消費者の *formation* 教育と情報の欠如に、大きなウエイトを置いた¹⁵¹。この二つの欠如は、繋がっている。消費者の情報不足という問題がある一方、消費者の情報過多 *surinformé*、たとえば、広告の勧誘、の場合も、問題となる¹⁵²。

検討：

この時期は、消費者は、私法分野の視野に入ったものの、はっきりした消費者像を形成したとは言い難い。というのは、消費者—事業者という二項式を明らかに意識しなかったといえるのであろう。しかし、カレオロワが指摘した「濫用」ということを今後の展開に光をあてたという観点から、非常に重要である。また、消費者自身の愚か、あるいは体制的問題より、情報の問題を強く意識するようになった。

(2)次に、私的シンポジウムとして、Travaux de l'Association H.Capitant sur « La protection du consommateur », Montréal, 1973 が開催された。

1973年に、消費者の保護というテーマについて、8月27日から9月3日まで、カナダで開催された。フランス、ベルギー、カナダ、ケベック、トルコなどの国際的なシンポジウムであり、民法、商法、刑法、国際私法、行政法などの分野から消費者保護問題を取り込んでいた。本稿の視点から、注目に値する論稿として、

「消費者契約」という概念は、初めて用いられていた。

¹⁴⁷ Rapport de J.Calais-Auloy, p.49.

¹⁴⁸ Rapport de J.Calais-Auloy, pp.49-50. Calais-Auloy は、消費者法を制定する現実性・必要を意識し、こう語る。「法律家たちは、消費法を必要すると意識し始める」、「フランスでは、消費者がシステムの被害者であるという認識が展開される。かつ、そのため、消費者を保護すると負担させる諸法律・諸機関が増加する。特別法の展開が必要である」。なぜならば、一般法は消費者を保護するには不十分であるからだ」。

¹⁴⁹ Rapport de J.Calais-Auloy, pp.53-55.

¹⁵⁰ Rapport de J.Calais-Auloy, La protection légale et réglementaire du consommateur, lacunes et excès, in Nouvelles données pour un droit de la consommation, 1973, pp.49-50.

¹⁵¹ 同論文集、p.137 et s., spéc. J.Saint-Geours, Rapport de synthèse, p.168.

¹⁵² J.Saint-Geours, Rapport de synthèse, p.170.

(3)、消費法における概説書・論文の登場

以上の学界の動向であった。概説書や体系的な論文は、それまでは、あまり無かった。消費者問題に関する論文があるとしても、個別対処的なものであった。70年代に入ると、消費法を目指して、概説書や論文（テーズを含む）が出た¹⁵³。

①概説書

D.Baumann は最初の概説書では、消費者保護を、立法・判例・サービスと組織を三つの部分に分けて、体系的に消費者問題をアプローチしたものである。しかし、売買や、消費者情報、隠れた瑕疵の担保といった節を設けているものの、「消費者契約」を取り上げていないし、そういう用語も用いていない。「消費者契約」と必ずしもはっきり意識していなかったということができよう。

Nguyen-Thanh

Nguyen-Thanh によると、消費者保護は、今日、「多因子 polyfactoriel」の複合体として現れるかつ、それは、多くの場合、重畳に適用される多様な法技術により確保される¹⁵⁴。

R.Savy

Savy は、「消費の police は、生産者や販売者の自由を制限する立法的・規制的諸規定の全体をなされ、各消費者の諸利益を保護する主要な目的において:la police de la consommation est faite de l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires qui restreignent la liberté des producteurs et distributeurs de biens ou de services dans le but principal de protéger les intérêts de chaque consommateur」¹⁵⁵。「消費者の利益は、今日では、この「経済的公序」に取り込まれている。この経済的公序は、さまざまな経済 polices により、保護する目的を有する。そこから、商・工自由を制限する諸措置は、消費の police を構成する」¹⁵⁶。

消費者概念をいかに定義するかについて、触れる¹⁵⁷。「消費者概念を定義する。二つの conception は、現れた。消費者一買主の狭義の概念は、もっとも確定しやすい。L'Association Henri-Capitant により、消費者の保護について、1973 年。消費者保護の

¹⁵³ Nguyen-Thanh, Techniques juridiques de protections des consommateurs, thèse éd. INC, 1970 ; G.Cornu, Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, Travaux Ass.H.Capitant, T.XXIV, 1973, p.174 ; L.Bihl, Vers un droit de la consommation, GP, 1974 ; G.Viney, Pour un droit de la consommation ?, Entretiens de Nanterre, 1977 ; Gérard Cas, La défense du consommateur, que sais-je ?, 1975. ; R.Savy, La protection des consommateurs, Rapport 2e journée franco-nordique, Société de législation comparée 1973 ; D.Baumann, Préface de A.Chavanne, Droit de la consommation, Litec, 1977.

¹⁵⁴ D.Nguyen-Thanh, Techniques juridiques de protection des consommateurs, p.30.

¹⁵⁵ R.Savy, La protection des consommateurs, Rapport 2e journée franco-nordique, Société de législation comparée 1973. ;

¹⁵⁶ R.Savy, La protection des consommateurs en droit français, Revue internationale de droit comparé, Vol.26, n°3, Juin.-Sep., 1974, p.594.

¹⁵⁷ R.Savy, La protection des consommateurs en droit français, Revue internationale de droit comparé, Vol.26, n°3, Juin.-Sep., 1974, p.592.

実定法の本質を考慮する、すなわち、消費の経済的概念と消費者の法的概念との間で隙間を生じさせるという不都合がある。ところが、経済関係に適用する法が、経済的概念に順応すべき、かつ、消費者のもうひとつの概念は可能である」。

G.Cornu

消費者保護は、新しい諸特別規定と伝統的な一般保証の常に均一ではない集合に由来するのである *la protection du consommateur résulte d'un mélange pas toujours homogène de dispositions spéciales nouvelles et de garanties générales traditionnelles*¹⁵⁸。

②また、いくつかの学説により消費者の定義の試みが見られる。

D.Nguyen Thanh によると、消費者は、「その自身の需要を満足するために獲得された物を使用する者、かつ、その負担でかつその職業の範囲内で転売もしくは転送するためではない者である」¹⁵⁹。

Hémard は、「商人であるかどうかを問わず、その企業の需要のためではなく、個人用のために、製品を購入する、または、役務を提供してもらう者である。celui qui achète des produits ou se fait fournir des services pour son usage personnel, qu'il soit ou non commerçant, et non pour les besoins de son entreprise」¹⁶⁰。

L.Bihl は、もし「生産者、販売者と消費者の三角関係」は重要であり、かつ、明確にしなければならないならば、消費者概念の定義としては、「生産者・販売者に対立することにより、消費するために物あるいは役務を獲得する当事者として、その自身が生産者でもないし、販売者でもない」ものである¹⁶¹。

2、立法：消費者概念の登場

以上の理論準備の下、消費者保護を立法の段階へ送った。

(1) ヨーロッパの背景：1970年代から、ヨーロッパ・コンセユ le Conseil de l'Europe が域内の国家は、消費者保護立法を發布する promulguer 義務 devoir を有すると強調した。ヨーロッパコンセユの諮問集会 l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe は、消費者保護のヨーロッパ憲章 la Charte européenne de protection des consommateurs を採択した。

(2) フランス国内の背景

1972年に、モランジュ社パウダー事件 (L'affaire du talc Morhange)¹⁶²を契機として、消費者保護の対処に拍車をかけ、立法整備を加速化させた¹⁶³。また、石油危機の

¹⁵⁸ G.Cornu, Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, Travaux Ass.H.Capitant, T.XXIV, 1973,p.174.

¹⁵⁹ D.Nguyen Thanh, Techniques juridiques de protection des consommateurs, thèse Caen, INC.1970,p.23.彼は、消費者を無体動産の使用者を区別する。Cet auteur distingue le consommateur d'un bien mobilier corporel de l'utilisateur.

¹⁶⁰ J.Hémard, Droit de la concurrence et protection des consommateurs, Gaz.Pal., 1971.2, doct.p.575.

¹⁶¹ L.Bihl, Vers un droit de la consommation, Gaz.Pal., 1974.2, doct., p.754, not.p.756.

¹⁶² パウダーの中に有害物質が混入したため、40余人の幼児が死亡した事件である。

¹⁶³ フランス消費者保護法の形成は、時期的には早い、個別の法は、それぞれ内容的には断片的であるが、全体として消費者保護法の実質の整備は、同事件の前後であるという見解がある（奥島、フランス競争法の形成過程、282頁。）。

発端する世界的なインフレの進行とあいまって、フランス政府は、消費者保護政策に本格的に取り込んできた。1976年1月22日のデクレによる財政経済大臣消費問題担当補佐官 (secrétaire d'Etat) であったスクリヴネル女史は、フランス消費者法にとって重要な存在である。

一方、1970年半ば頃、1955年・1956年の法の制限された適用範囲を反省するために、暴利 *usure* の概念の変動する内容と、消費者の情報の一般的不十分と意識されるようになる。自由主義的経済政策の下、信用と借主との分配の契約関係の誠実 *loyauté* を確保する必要が生じる。他方、この時期、消費者保護政策の中心的な課題は、平等な関係を与えるために、消費者に可能な範囲で最大限の情報を与える、いわば消費者の情報の権利である¹⁶⁴。

この背景の下、一定の信用供与取引分野における消費者の情報及び保護に関する 1978年1月10日法律第78-22号 (Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit¹⁶⁵)、製品及び役務の消費者の保護と情報に関する 1978年1月1日法律第78-23号 (Loi n°78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services)¹⁶⁶¹⁶⁷。

前者 (信用法) は、事業者と消費者との間、結びされるあらゆる信用に適用される。その適用領域を「事業的活動」のためのものを除外する。このように、事業者と消費者とい

¹⁶⁴ J. Calais-Auloy, Consumer information, in Consumer legislation in France, VNR, 1981., p. 81.; D. Nguyen-Thanh, Techniques juridiques de protection des consommateurs, INC. 1970, p. 217 et s.; B. Bonjean, Le droit à l'information du consommateur, in L'information en droit privé, Ouvrage collectif sous la direction de Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ. 1978, p. 366 et s.; Y. Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, préface Y. Lobin, 1978, n° 49 et s.; J. Ghestin, Les obligations, le contrat, LGDJ. 1980, n° 466 et s.

¹⁶⁵ J. Calais-Auloy et L. Bihl, La loi n°78-82 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit, JCP. 1978, éd., C.I. 7245; G. Raymond, La protection du consommateur dans les opérations de crédit, Gaz. Pal. 1978, 556; J.C.P. 1978, III, 46697, n°78-22 法3条は、いくつかの信用取引の分野において、消費者の情報と保護に関する。Complétée par les décrets n°78-372 et 373 du 17 mars 1978, D. 1978, L., p. 200 et 201, et n°78-509, du 24 mars 1978, D. 1978, L., p. 249 et rectific. p. 284. また、1979年に、不動産領域の借手の保護法として、1979年7月13日79-596号法 (relative à l'inflation et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier) が制定された M. Puisse, La loi du 13 juillet 1979, Gaz. Pal. 1980, chron. 475. 1979年法は、以下に適用されない: ①「公法法人」の借手 les emprunteurs personnes morales de droit public. ②事業活動を融資するために、借りる自然人あるいは法人である。たとえば、会社が不動産を *procurer* の活動である。

¹⁶⁶ J.C.P. 1978, III, 46698. 同法 35 条。

¹⁶⁷ 同法について、文献が多くあるが、以下を挙げておく。X. de Mello, La protection et l'information du consommateur, 1978, I, G.P. Doct. 287; L. Bihl, La loi 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, 1978, I, Juris-Classeur Périodique, (J.-C.P.) 2909; D. Nguyen-Thanh, Réflexions sur deux innovations de la loi 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, 1979, D. Chron. 15.

う契約主体の二重化が立法の平面で定着するようにした。保護対象は、従来の市場から、消費者そのものの利益へ重心が移行したと言える。

後者（情報法）は、「消費者の健康及び安全に関する措置」（1-5 条）、「製品または役務に関する詐欺行為の処罰」（6-21 条）、「製品の品質証明」（22-34 条）、「不当契約条項に関する消費者の保護」（35-38 条）、「虚偽の広告または錯誤を誘引する性質の広告」（39-43 条）。とりわけ、35 条は、事業者と非事業者あるいは消費者との間に締結された契約について、その条項を禁止・規制することとなる。とりわけ、不当条項規制に関する 35 条には、「消費者あるいは非事業者」という用語が置かれている¹⁶⁸。

小括

以上、フランスの消費者概念の生成過程をみてきた。それについて、以下の点をまとめることができる。

第一に、フランス法において、20 世紀初頭、消費者を語る場合がほとんどなく、むしろ、行政による、「市場」にウエイトを置きつつ、安全の確保と欺瞞の抑制がなされてきた。1905 年 8 月 1 日法は、「問題」としての「消費者」を保護するためにというより、秩序を維持することに着目した。国家が介入する契機であった。

第二に、経済法の生成期においては、市場維持や統制経済が前面に位置づけられ、中小商人の保護が重視されていた。1945 年 6 月 30 日 1483 オルドナンスは、おそらく、初め消費法という言葉を用いた法文である（その 33 条、価格の広告に関して）。しかし、それを定義することがない¹⁶⁹し、定義する必要もないと思われる。

以上の中で、一般的な顧客（利用者）を区分なしに配慮したことがあるにもかかわらず、強弱を前提とする消費者・事業者という対置された概念が存在しなかった。今まで見てきたように、一方、「消費者」概念は、市場にあらゆる購入者を表象する者であるとして用いられたが概念であるといえる。これによって、法律より、むしろ、経済学的側面が観念されているものであろう。他方、「消費者」というイメージは必ずしも強いということができない。むしろ、市場という枠組みが正面から捉えられ、市場環境の整備が重視されている。それは、フランスの社会背景と強く関連するからである。また、この間接的な波及効として「消費者保護」が唱えられるが、消費者より、むしろ「保護」に主眼点がおかれていたといえる。

それにもかかわらず、消費者を意識して、早い段階で、「消費者」を保護する立法、学説は、体系的・理論的に総括的に捉えようということがある。特に、私法分野において、その動きが早かった。制度としての消費者概念は、早い段階で確立されたわけである。

一方、第一に、つまり、20 世紀に入ってから、生じつつある現象は、20 世紀後半の「消費者」により、端的に表面化させ、前面に打ち出させるようになったわけである。このことは、偶然・例外といわれるが、しかし、それは、むしろ、全体的に、その傾向が見出せることだろう、ということは、否められないのであろう。第二に、断続的に生成してきた消費者法における「消費者」は、特別法の秩序と一貫している同時に、連続的に民法の中に位置づけることもできる、その延長線にある、ということがいえるだろう。

¹⁶⁸ この 1978 年の制定過程については、参照：大村敦志・公序良俗と契約正義、199 頁。大澤彩・不当条項規制の構造と展開、187 頁。

¹⁶⁹ F.Steinmetz, Le droit de la consommation...peut mieux faire, Liber amicorum J.Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p.1049.

他方、特別法では、1972 年訪問販売法が、消費者という用語を用い、そのカバーを明確に述べていない。消費法(78 年法)は、従来の考え方と線引きして、消費法という一般法と区別できる法秩序を形成しつつ、「消費者」概念が初めて法律に盛り込まれ、消費者・事業者という対概念として生成・定着される。1978 年法律は、消費者像を登場させた。このように、消費者の外延が法律の中で使われ、その適用領域を決定するときから、消費者概念が法的 juridique・規範的 normative なものとなる¹⁷⁰。

第二節、フランスにおける「消費者」概念の射程

序

適用範囲の機能を有する「消費者・事業者」が 1978 年法に登場したが、1978 年消費法には、この概念について定義規定が置かれていない。

しかし、ここ 30 年余り、フランスでは、消費者概念について、学説・判例より、多彩な展開がなされてきた。その中で、E C 法の影響がフランス国内法に浸透する。

ここでの目標は、E C 法の影響を留意しながら、フランスの議論の全体像を描き出す同時に、「消費者」概念が如何なる基準・射程を持つものであるか、自然人に限定すべきか、拡張的に捉えることができるか。「消費者」の外延を析出するためである。

前提－消費者概念の整理

本論に入る前に、まず、以下の前提的問題の存在を指摘しておく。

1、法律における消費者概念の定義の長期不在

前節で、フランスにおける消費者概念の形成を見てきた。適用範囲限定から、1972 年訪問販売法と 1978 年二つの法は、用語が相互に異なり、それらの適用範囲も一致していない。1978 年以降、まもなく、消費法の再編成しようという動きがあり、諸提案の中で、消費者概念の定義の試みがされた¹⁷¹が、実際、1993 年の消費法典に至ると、定義不在のまま法典化されていた。つい最近には、2014 年 3 月 17 日 2014-344 号法律(loi Hamon) 消費法典に消費者定義の規定が設けられるようになった¹⁷²。

2、概念用語の整理

¹⁷⁰ J.Beauchard, in Remarques sur le Code de la consommation,n°20.

¹⁷¹ カレ・オロワ教授を委員長とする消費者法改造委員会および消費法典委員会が、消費者法の法典化を目指して努力した。1985 年に「新しい消費法のための提案」という最終報告書が、また、1990 年 4 月に「消費法典の提案」が公表された。これについて、(フランス語文献)、また、平野裕之「フランス消費法典草案(1)」法学論集 64 巻 5・6 号(1992 年)224 頁以下。

¹⁷² J.O.18 mars 2014, p.5400. ; G.Raymond, Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, CCC.n°5,mai 2014, dossier 3.

消費法といえば、必ずしも消費法典に存在する諸法文にとどまらない¹⁷³が、消費法典自体に限ってみると、問題が単純ではない。このことは、消費法典が、様々な既存法領域を、一つの法典に共存させるものだという点に由来する。相次いで制定された諸法の寄せ集め、多様な分野・規定の中で、用語自体がさまざまである。具体的にみると、買手 *acheteur d'un produit*（消費法典 L121-16（遠距離売買の取引） L121-21（訪問販売））、契約当事者 *contractant*（L 213-1（欺瞞））、消費者借主（*l'emprunteur consommateur*）（L311-1（消費信用）¹⁷⁴；L312-1（不動産信用））などが用いられる。「人 *personnes*」（L. 331-2 過剰負債）。

さらに、より厄介なのは、いくつかの条文では、消費者のほか、非事業者の用語が用いられている。とりわけ、不当条項に関する法の分野では、「非事業者」という用語が使われ（消費法典 L. 132-1 条）、フランス法の特徴的なところであろうが、消費者と非事業者との関係、どう捉えるべきなのか、という問題があり、それ同時に、消費者の概念が不明確である上、消費者・非事業者の関係という非事業者概念のあいまいさもあることは、二重的に存在する。

なお、契約分野以外では、たとえば、安全に関する分野で、「人 *personnes*」消費法典 L. 221-1 条。

このように、消費法典自体の一貫性の欠如は、問題を複雑している。消費者概念の定義規定の長期的欠如、と、消費者概念の用語の多様性という二重な曖昧さが存在することである。

3、フランスにおける「消費法」という分野の特殊性

フランス法は、特に、消費法典に法典化された諸法律は、その法の基準ないし機能の多様性を呈している¹⁷⁵。些かな乱雑さという印象がする。一方、人を基軸として、構築されたものがあれば、他方、行為をめぐる、以下に規制するかというメルクマールに依拠しながら構築されたものがある。また、同時に人・行為を参照しているものが見られる。さらに、もっぱら規制の機能を有するものがある。その上、多分野(情報、広告、健康、取引の保護)などに跨って、均質的なものではない。

他方、主体である人(消費者)に据えて、構築された法に限って見ても、消費者個々(単独の者)を対象とする場合もある。他方、集団(群)を想定しているものもある¹⁷⁶。

さらに、消費法典には、消費者・事業者の関係だけではなく、消費者保護にまったく予

¹⁷³ しかし、そもそも、「消費法」という法分野が存在するかどうかは、必ずしも定着していない。たとえば、N.Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse Strasbourg III, p.391 は、消費法というのは、ひとつの法分枝という性質を有しないとしたり、契約一般理論に対して、消費法の不存在であるとしたりする。

¹⁷⁴ 2010 年改正前は借主 (*emprunteur*) だった。

¹⁷⁵ カレオロワは、同一な適用範囲を有しない、と指摘する：J.Calais-Auloy, *Un code, un droit*, in *Après le Code de la consommation*, 1995, p.18; Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, も。G.Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation*, CCC.1993, chron., n°8, p.2. も、同様。消費法典が人同時に物や役務についてであり、範囲の不明確を指摘する。Y.Picod et H.Davo, *Droit de la consommation*, A.Colin, coll.U.2005, n°35, p.21.; J.Mestre, *RTD civ.*1989 p.62 et s は、消費者概念が法によって適用がまちまちであるという。

¹⁷⁶ M.Luby, *Sommes-nous tous des consommateurs ?*, *Droit et Patrimoine*, n°108, oct., 2002, p.45.

定しない特別ルールが含まれているということが指摘されている¹⁷⁷一方、消費者保護を有しない目的の関係にも適用される可能性がある¹⁷⁸。これにより、困難が生じかねない。消費者用語の不一致が存在する同時に、その範囲は、分野によって多少の差が存在すること自体は客観的な事情である。

4、「消費者」の検討の可能性：

以上に見てきたように、法典で既存法の寄せ集めより、整合性が欠かせており、その統一な名宛人を明確にしていない。確かに、差異やずれが存在する。とはいえ、以下の指摘が可能であろう。

第一に、形式上、範囲や用語の多様性があるの現象がある。以下に由来であろう。複合領域の法と性質づける消費法では、時間の前後順に、個別的に制定されてきた諸法律は、本来、その背景・その分野は、そもそも不一致であるのは、当然であるといえ当然である。消費法の発展経緯、ないし同法に対する認識進化の過程においては、その相違が不可避だからである。むしろ、この不均質は、意識的にその区別を設けたというわけではないだろう。

第二に、実質上、いずれの分野では、「消費者」を基軸とすること否められない。もともと、消費者概念が多重的な幅を有するものだからである。「消費者」保護という同一の目標により諸法・諸ルールは、その背後には、思想の一致が存在するといってもよいのであろう。というのは、一つの消費法典という「体」を共有していることや、「消費法」という学界の共通認識が存在すること、さらに、現実には、規定自体如何を問わず、裁判では、統一的な「消費者」の適用範囲の基準の模索の傾向も見られる。さらに、法典自体の構造という視点からいえば、法改正が数回行われたほか、消費法典の整合性を目指した再法典化の必要性やその有機性が問われつつある¹⁷⁹。さらに、つい最近、消費法典の改正が行われ、統一的な概念の定義を設けるに至ったことは有力な例証のひとつでもあろう。

第三に、範囲決定の「方法」について、何か共通のものを看取することが本稿の付属的な目的である。これについては、用語の不一致・規定の特殊性を留意するとともに、それらを超え、「取引」に着目して、共通の「消費者契約法」における「消費者」の判断基準や、その全体の趨勢を探求・析出するが、いわば「方法」という土俵に載せて、検討することには支障がないと思われる。共通のものがあれば、それを抽出するが、逆に、相違があれば、なぜその相違が存在するのかそのものを見るには資するのであろう。たとえば、諸法律は、その目的、対処範囲により違いが存在し、必ずしも同様な指向を有しないことについて、そもそも、訪問販売の場合、教条的に・先験的に、法人を排除する扱いそのものは、検討する余地があるからである。

¹⁷⁷ J.-L.Aubert, La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p.133, n22.

¹⁷⁸ たとえば、レモンは、消費法が、市場法と捉えることもでき、よい広い分野・目的を有するという。G.Raymond, Le livre vert sur le droit communautaire de la consommation, CCC, 2007, com.5, n°2. また、同 G.Raymond, Droit du marketing, Préf.J.Lendrevie, Litec, 1992. も同様な志向を有する

¹⁷⁹ たとえば、Faut-il recodifier Code de la consommation ?, Sous la direction de D.Fenouillet et F.Labarthe, Economica, 2004.

第四に、現実を見ると、一方、「消費者契約」という一般的な存在がないにもかかわらず、一般化された射程の・機能を持つメカニズム（不当条項や、契約の成立など）は用いられる。そこから、「事業者」・「消費者」といった取引の当事者を想定していることであろう。そうだとすると、検討する可能性があると思われる。その範囲射程は必ずしも一致していないが、しかし、おそらく、契約分野では、事業者・消費者という契約設計は、一定の場合、数回も出現していることは確かなことであろう。他方、「消費契約」の共通ルール、消費者契約一般法などの探求が現れている¹⁸⁰。消費契約の特別ルールのほか、消費契約の共通（一般）ルール・理論の存在の探求は、消費法の新たな展開、ないし民法との関係との探求に重要な方向が指し示されている。

こうして、消費者原理を考察する作業には、先に述べたさまざまな不均質の存在は、一定の配慮を要すると思われるが、妨げにはならないであろう。

本論—EU法の態度を参照しつつ

消費法の適用範囲の画定が、消費者概念の定義規定が、長い間に、不在していたため、判例・学説に担われるようになった。判例は、多様な基準の間で躊躇している。学説上、消費者概念に定義を与えたり、問題の特質を指摘したり、多彩な展開を見せる。以下、まず、総論として、「消費者」概念に関する学説の見解を見た上（一）、各論的な考察をする（二）。各論では、基準論と主体論を分け、それぞれ見る。なお、基準論と主体論を分けて考察するが、両者が独立しているという意味ではない。両者は常に関連しているのである。

一、総論：学説の分岐

学説上は、消費者概念に、統一的な定義をする努力が見られる。その中では、消費者の概念をどう捉えるかについては、学説は、分かれている。

1、狭義的見解

まず、消費者概念について、学説上、伝統的な理解は、限定的な捉え方をとった。

①G.Cornu

1978年法が制定された以前には、コルヌが、消費者を「個人的（私的）使用のために消費の財を非事業的な獲得者」とであるとした¹⁸¹。貯金や投資などの収入や財産を増殖しよ

¹⁸⁰ 近時のものとして、たとえば、N.Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Préface G.Wiederkehr, PUAM, 2002.; F.Béranger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Préface Ch.Atlas, PUAM, 2007.; N.Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Avec le concours de E.Poillot, C.Aubert de Vincelles, G.Brunaux*, LGDJ, 2013.

¹⁸¹ G.Cornu, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en*

うとする者を消費者概念から排除し¹⁸²、「資本者 capitalisateur」の反対として捉えたものである。

コルヌは、消費者をその目的・機能・主体に着目して定義したといえよう。コルヌがなされた定義によると、自然人や法人については、特に明確に示していない。また、目的物としては、機能的には、「消費の」と限定する一方、「財」のみを対象とし、役務を排除した¹⁸³。

「目的」基準をとり、「私的使用」という狭義の基準を主張するが、「非事業的な者」をとった、という二重的な基準をしたわけである。しかし、事業に従事する者でも、消費者と考えられる場合があるとしている。また、「獲得」する側を消費者とする。売る側が排除するわけである。このように、コルヌは、狭い概念を取った。

② J.Ghestin

消費者を事業者に対する劣勢の素人だと捉えている。現代において製品・役務の多様性と技術の複雑性は、契約関係にある事業者に優勢を与える。この技術的専門能力に着目して、事業者間にも存在する。しかし、この劣勢は、とりわけ、生産者・販売者 producteurs et distributeurs、と、消費者との関係においては顕著である。

こうして、ゲスタンは、生産者や販売者に対する消費者の劣勢に着目しながら、消費者についてこう定義する。「事業的ではなく non professionnels、個人的（私的） personnels 需要のため、物または役務を提供する契約の当事者になる人」であるという¹⁸⁴。

ゲスタンは、第一に、定義の中で法人・自然人を明確に区別していない。ゲスタンから見ると、個人であるというのが自明なことである¹⁸⁵。第二に、売主か買主を示しておらず、契約当事者になる者としている。第三に、一方、消費者保護の必要性を技術的専門能力の有無に立ちながら、他方、目的（私的需要）を基準としている。そのため、「事業的ではなく、私的」を同時に提示する。第四に、物だけではなく、役務を対象としている。このように、概念の範囲は、かなり狭いものとされている。

③J.Calais-Auloy

droit français, in La protection des consommateurs, Travaux Assoc.H.Capitant,1973,T .XXIV,1973,p.131 et s.,spéc.,n°5,p.135-136.

¹⁸² G.Cornu,Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, in La protection des consommateurs, Travaux Assoc.H.Capitant,1973,T .XXIV,1973,n°4,pp.134 et 135. ;

¹⁸³ このコルヌの考え方と類似したのは、1978年法の起草過程でも、見られる。たとえば、Jean Proriot, Rapport fait au nom de la commission économique et du plan du Sénat,P.V.,16 juin 1977,p.83.消費者とは、個人的使用の用途のため、物の非事業的取得者であるという。

¹⁸⁴ Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, La formation du contrat ,par J.Ghestin,L.G.D.J.,1980,n°59,p.36-37;aussi 3^{ème} éd.,1993,n°77 ;J.Ghestin, Le contrat,L.G.D.J.1980,n°59.

¹⁸⁵ Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, La formation du contrat ,par J.Ghestin,L.G.D.J.,1980,n°59,p.37.消費者が個人 particulier であるという明確に制限する必要がない il paraît inutilement restrictif de préciser que le consommateur est un particulier, car il suffit qu' il agisse en tant que particulier,pour ses besoins personnels. なぜなら、個人として活動さえであれば、その私的需要である。職業の従事、商事または工業的活動に関するであっても、例外の場合しかその劣勢を和らげない。この例外の場合というのは、その技術的専門能力に含まれる製品あるいは役務を供給する場合である。

いくら消費者概念を定義する困難かということを端的に示したのは、Calais-Auloy の教科書である。

1980 年に初版の教科書が刊行された。冒頭、経済学上の定義が示唆され、法的な消費定義をするために、まず、消費行為を明確にすべきという¹⁸⁶。それに基づいて、法的意味での消費者は、消費行為を完遂する人である¹⁸⁷。

Calais-Auloy 教科書が 3 版¹⁸⁸に至ると、消費者概念の定義に関して、一節を設けて検討するようになった。彼は、消費者概念の法的定義を明確にするには、同概念の中核 *un noyau dur*、つまり、厳格の消費者 *le consommateur stricto sensu* を定義し、その上で、同概念の拡張が不可能であるとする。

Calais-Auloy が消費者概念の定義を提案する。「消費者は、非事業的使用のために、物または役務を獲得または利用する自然人である」¹⁸⁹。消費者概念は、三つの要素、第一、獲得または使用する人、第二、財またはサービス、第三、非事業的目的、とされている¹⁹⁰。

以下の指摘は特に注目を引く。一方、消費法についてである。消費法が、経済的機能に関するものであり、人のカテゴリーに関するものではない¹⁹¹。他方、彼は、事業者と消費者は市民の区別した二つのクラス範疇（階級）*classe* ではなく、あらゆる自然人は、その存在の大多数の場合かつ、毎日、さらに事業活動に従事しているにもかかわらず、消費者の性格をとっている。同様な人が一定の行為で、事業者の性格を有しうるが、その他の行為において、消費者の性格を有するのである。同様な人は、其の完成した行為によって、時には、強い者であり、時には弱い者である¹⁹²。

Calais-Auloy は、「非事業的目的」としつつ、長い間、消費者の定義として、「私法上の自然人」あるいは法人¹⁹³と唱えてきたが、最近、カレ自身も、消費者の定義について、私法上の自然人に変更した¹⁹⁴。

④消費者改造委員会の考え方¹⁹⁵

¹⁸⁶ J.Calais-Auloy, droit de la consommation, Dalloz, 1980, n°1, p.1.

¹⁸⁷ J.Calais-Auloy, droit de la consommation, Dalloz, 1980, n°2, p.3.

¹⁸⁸ J.Calais-Auloy, 3^e éd., Dalloz, 1992. しかし、それ以前には、1980、1986 年に、明確に示していないにもかかわらず、「個人的家庭的な需要のために」と暗示していたとすることができる。

¹⁸⁹ Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 2010, 8^e éd., n°7, p.8.

¹⁹⁰ Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 2010, 8^e éd., n°8-10, p.8-9.

¹⁹¹ J.Calais-Auloy & F.Steinmetz, Droit de la consommation, 7^e édition Dalloze, 2006, n°7, p.5.

¹⁹² Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 2010, 8^e éd., n°10, p.9.

¹⁹³ J.Calais-Auloy & F.Steinmetz, Droit de la consommation, 6^e édition Dalloze, n°3 ; Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation; Doc.Fr.avril 1990, p.20.

¹⁹⁴ J.Calais-Auloy & F.Steinmetz, Droit de la consommation, 7^e édition Dalloze, 2006, n°7, p.5 et p.17.

¹⁹⁵ J.Calais-Auloy, Proposition pour un Code de la consommation, Rapport de la Commission pour la codification au premier ministre, p.39 ; J.Calais-Auloy, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, p.147, p.18. (日本語の翻訳：池田真郎＝片山直也＝北居功 訳「フランス消費者法典草案（消費者改造委員会案）」法学研究 60 巻 4 号 1987 年 56 頁以下。適用範囲について、同翻訳、60 頁。

Calais-Auloy が委員長を務めた消費法改造委員会の見解が、消費法典のために、提案した。同提案において、消費者概念の定義規定がなされている。

消費者改造委員会は、1990 年提案 3 条で、「非事業的使用のため、物あるいは役務を取得あるいは使用する自然人あるいは私法法人」である¹⁹⁶。しかし、1985 年に、「消費者が、非事業的使用のため、物や役務を利用する自然人あるいは法人である」であった¹⁹⁷。

立法介入の根拠は、消費者が事業者に対して、脆弱の状態にあることであり、消費者の性格として、あらゆる職業の外で行動する人であり、個人あるいは家庭の目的で購入するあるいは利用することであり、顧客に物あるいは役務を提供する目的においてではないという。その上、消費者が一般的に自然人であるが、いくつかの法人(非営利団体、共同組合など)も適格であると説く¹⁹⁸。

以上の定義を提案し、特性を指摘しつつ、同委員会が、さらに、二つの問題点を付け加えた。つまり、同委員会は、消費者概念は、非事業者の概念より狭いと考える一方、職業の従事において異なる専門の事業者と契約する人を消費者に類似しようとするつもりもなかった¹⁹⁹。つまり、同委員会によると、職業に従事する範囲内に、消費者と考えられないということである。

この消費者改造委員会の提案は、カレオロワ教科書の一時期の見解と一致している²⁰⁰。カレオロワの見方によると、仮に事業者間に不均衡が存在するであっても、それが別の問題であり、消費法典においてではなく、特別法文においてその解決をすべきであると説く²⁰¹。

⑤Ch.Giaume

Giaume は、一方、専門能力から、消費者は、商業分配の連鎖の末端に位置づけ、消費者は経験豊富な人間ではなく、単なる素人であるとし、消費者を「消費者が其の事業の外に関する者(結果としては、無経験な者)であり、個人または家族の需要を満足するためである」と捉え²⁰²、消費者を以下のように定義する。消費者は、「消費の財を非事業的な

安井宏 <資料>カレ・オロワ『新しい消費者法に向けて－消費者法改革委員会報告書』
修道法学 9 卷 1 号 1 9 1 頁。))

¹⁹⁶ J.Calais-Auloy, Proposition pour un Code de la consommation, Rapport de la Commission pour la codification au premier ministre, p.39 ;

¹⁹⁷ J.Calais-Auloy, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, p.147, p.18.

¹⁹⁸ J.Calais-Auloy, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, p.18.

¹⁹⁹ J.Calais-Auloy, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, p.19.

²⁰⁰ J.Calais-Auloy, Droit de la consommation, 4^{éd.} (1996) -6^{éd.} (2003) 。

²⁰¹ J.Calais-Auloy, Proposition pour un Code de la consommation, Rapport de la Commission pour la codification au premier ministre, p.11

²⁰² C. Giaume, Le non-professionnel est-il un consommateur ? Ou des problèmes de la

仕方で獲得する者、あるいは、役務を依頼する者である。まったく其の個人的使用または家庭的使用のためである」²⁰³。狭い概念を取る。

⑥G.Raymond

Raymond は、消費者の狭い概念を主張する²⁰⁴。彼は、消費者のもっとも厳格の概念の不都合を指摘する同時に、厳格の概念を依拠しつつ、三つの要件を加えて、消費者を提示する。

具体的には、最も厳格的な概念を採るならば、消費者の数量は、非常に縮小されるようになる。実際に、消費者のカテゴリーに入るのは、全く職業に従事していない(n' exercent aucune profession) 者だけになる。このように、最も素直に消費者の厳格的概念を採るならば、消費法に保護される者は、年金生活者（働かないで暮らす者）rentiers、あるいは、退職者 retraités 及びある会社（社会）で、何らかの理由で、全く事業活動に従事しないすべての者である。そのため、全く消極的なアプローチから、消費者を定義するには、満足のいかないものであろう²⁰⁵。

こうした不都合の克服を念頭に置きながら、彼は、三つの基準（契約・取引の目的・追求される目的）から消費者概念をアプローチする。消費者の概念の射程について、消費者が弱者・無知者であることを否定し、消費者は、市場の経済主体であり、自然人であり、企業あるいは自由職業の需要を満足する目的とは別の目的において、その個人あるいは家庭の需要のために、財や役務を取得するために契約を締結する者であるとした²⁰⁶。

ただ、もっとも厳格的概念と厳格の概念との差異を意識している。このこと自体は、消費者概念の多層的な範囲のものが存在する可能性が示されているといえよう。

⑦L.Leveneur

Leveneur は、Raymond と同様に、消費者の概念の厳格の語義を取るべきという²⁰⁷。彼は、相対的に狭いアプローチを取ることは、重要である。消費法を、ほぼすべての関係へ拡張しようとすることは、事業者と契約する真の消費者が需要する保護の強さを侵害しないように強いられる。

このように、ルヴヌールは、消費者概念を厳格に採り、消費法の拡張については反対していないようであるが、消費者保護の強度を損害することはできないと加えている。彼は、やはり、狭い概念が望ましいようである²⁰⁸。

redondance en droit de la consommation, Les petites affiches, 23 jui. 1990, n°88, p. 26.

²⁰³ Charles Giaume, Les petites affiches, p. 29.

²⁰⁴ G. Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in Les contrats de consommation, Journées d'études, Poitiers 18 et 19 oct. 2001, PUF, 2002, p. 13.

²⁰⁵ G. Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in Les contrats de consommation, Journées d'études, Poitiers 18 et 19 oct. 2001, PUF, 2002, p. 13.

²⁰⁶ G. Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in Les contrats de consommation, Journées d'études, Poitiers 18 et 19 oct. 2001, PUF, 2002, p. 16. ; また、Raymond, Concurrence Consommation, 2009, p. 9 ; G. Raymond, Définition du consommateur et du professionnel, CCC, n°5, mai 2005, comm. 100. 同様な趣旨を論じている。

²⁰⁷ L. Leveneur, Synthèse des travaux, in les contrats de consommation, 2002, p. 190.

²⁰⁸ 同 p. 192.

対比分析：

基準としては、「私的」と「非事業的」がなされる。しかし、他方、法人についての態度である。

Cornu と Ghestin との捉え方は、その客観的な範囲は、大差がないようである。しかし、その依拠する基準が必ずしも同様ではない。Cornu は、私的・非事業的としつつ、他方、資本家と利殖者の基準として、消費をする。Cornu はなぜ物に限定するのか不明であるが、必ず消耗可能な有体物であると理解している。Ghestin は、弱者に着目したことは特徴である。しかし、弱者の基準を提示するが、個人に拘るにした。また、Giaume の定義は、専門能力をとった。自然人に限定するかどうかを明確にしていなかった。Giaume が考えている専門能力は、事業の範囲外ということの直接的・当然な帰結である。そのようにされつつ、私的目的の基準によりさらに消費者概念を縮めるとされている。こうして、Giaume の考え方は、Ghestin と近似するといえよう。

他方、フランス法の消費者法の基礎をなす、第一人者といってもよい商法学者である Calais-Auloy が前後になされた躊躇を見ると、消費者の概念の境界を画定する困難さが端的に呈されている。注意を引くのは、Calais-Auloy の概念の出発点は、経済学におけることである。そのためか、Calais-Auloy は、消費法は、経済的機能に関するものであり、人のカテゴリーに関するものではないとしている。かつ、Calais-Auloy が出発した時点（1980 年）の消費者については、かなり漠然的な態度であったといえよう。他方、後ほど、Calais-Auloy は、基準として厳格の概念を採り、拡張不可能性を加えた。しかし、一時期、後述の判例の展開の影響を受けていたためか、一部の法人団体が消費者でありうるとされていた。このような考え方は、直ちに、同氏が主導された消費法典改造委員会の提案に反映されていた。同提案は、1985、1990 年に二回にわたってなされていたが、いずれの提案の中では、消費者概念の定義規定が設けられ、自然人に限定されるものではなかった。

Raymond と Leveneur 両氏が、相対的に厳格の消費者概念の捉え方という点では、相同点を見せる。しかし、そこから進むと、両氏には分岐を見せる。Raymond は、消費者概念の捉え方の絶対性、すなわち、もっとも素直な消費者概念、すなわち、事業に従事している者と事業をまったく従事していない者の峻別に基づく消費者概念の不都合を認識した点は、消費者概念が一義的に決まるものではないことを表し、同概念の可変性を意味している。このような考えに立脚する Raymond は、基準の探求にいくと、弱者や無能力にではなく、「市場」に着目した上、アプリオリに法人団体を除外した。Raymond は目的基準を提示するのは、同氏がコースを重視する点に由来する。一方、Leveneur は、消費者の狭い概念に好意的であるが、消費者保護のレベルを害しない限り、消費法の適用の拡張を反対しないようである。

しかし、総じて、各捉え方の広狭のニュアンスやその立脚する根拠の相違を別として、いずれも、消費者概念を流動的なものであると理解している点は、同様であるといってもよいと思われる。また、各見解は、消費者・事業者の対立関係を意識的に強調しない点も同様であろう。ここでは、コアの消費者概念の定義が強調されていると理解している。

2、拡張的な見解

第一に、

①D.Ferrier

Ferrier は、消費法の広義的・拡張的な概念を描く²⁰⁹。消費法の拡張的・柔軟的な概念が考慮されている。基準としては、素人、つまり、専門能力としている。フェリエルによれば、素人の性格で、物あるいは役務を獲得・利用するを自然人あるいは法人だとされている。さらに、解釈が加わっている。この捉え方は、消費法の諸目的 *objectifs* から見ると、整合的 *cohérente* である。「もし、その保護が、契約当事者の弱さの状況により正当化されるならば、同当事者により完遂された行為の目的は、重要ではない」という。

② G. Cas et D. Ferrier

消費者を定義する困難さが指摘される²¹⁰。「理論的には、事業者と消費者とを対置する傾向（消費者は、本質的には事業者の消費者に対する不均衡を矯正する目的を有する）があるのであっても、実務上、しばしば、区別しがたいのであろう。なぜならば、事業者としても、他の専門の事業者に対して、その自身も保護される必要がある。喫茶店主は、訪問販売され、消火器が勧められる場合である。事業者は、その専門外において、その自身も「素人」である。」「事業的契約当事者、その専門外において、それに対する法的保護は、一定の場合、必要であるということが明らかである。」としている。このように、彼らは、理論と実際とを区別して、実際の中で、事業者概念の対照から、消費者概念を定義することとし、事業者への保護を主張する。彼らは、専門能力に好意的である。

第二に、

① El-Mokhtar Bey²¹¹

契約関係の不均衡を基準として消費者を理解しているのは、El-Mokhtar Bey のスタンスである。法的に消費者の定義については、消費者は、相互給付の履行の範囲と方式において、平等に違反し、合意の瑕疵がある契約関係において、契約相手方の力に支配された法主体であり、被害者である。不均衡である。「大」に対して、「小」である。

El-Mokhtar Bey は、以下のように消費者を定義する。広い概念を採る。そこで、大前提として、「商人」であるかどうかをメルクマールとして区切りした。商人について、また、活動外という基準である。商人・事業者の契約相手方として、活動範囲外に属する事業者としている。消費者の概念というと、①非商人のあらゆる人、あるいは、②商人であるものの、その商業活動外で行動する者であり、あるいは、③製品と役務を提供する商人もしくはその専門の給付を提供する事業者と有償契約を締結する、その事業活動外で行動するあらゆる事業者である、という範囲が描き出されている。

② D. Mazeaud

いくつかの事業者が、その知的・技術的な依存状態であれ（その専門能力外だったら、その他の消費者とまったく同じ）、その経済的劣勢状況であれ、その契約相手との関係で、消費者と同様な不平等状況にあることと指摘される²¹²。マゾーによると、消費法典の設計 *dessein* は、まさに *justement* 事業者に対して消費者を保護するのである。だからといっ

²⁰⁹ D.Ferrier, *La protection des consommateurs*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1996, p.14-15.

²¹⁰ Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n°8, p.9-10.

²¹¹ El-Mokhtar Bey, *De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, JCP.éd.C.12845, p.506-507.

²¹² D.Mazeaud, *La protection par le droit commun*, n°3, p.34.

て、事業者は、対立側 *ennemi* としているため、消費者法が事業者に適用することができない、との意見に対して *Mazeaud* が批判する。「消費法の不当条項に対する保護のみをとると、実際、その正当性が、濫用 *abus* の被害を受けうる消費者あるいは事業者という抽象的なラベルに立脚するのではなく、かかる条項の債権者と債務者の間で契約交渉のとき、契約均衡が、根本的な不平等の原因で著しい方式で切断されたとき、契約均衡を回復する必要性に立脚することである」²¹³と指摘されている。

第三に、

① *J.Beauchard*²¹⁴

彼は、消費者の定義が、消費者の本質的な二つの累加的な基準になる。非事業的、と、事業者との関係において、ということになる。このような消費者の定義は、したがって、消費者と事業者との間での根本的な対立に立脚すると認め²¹⁵、判例による拡張的な扱い方については批判をする²¹⁶ものの、彼は、拡張的な適用に好意的である。しかし、彼が提示するアプローチはやや異なる。彼は、消費法そのものを区別することによって、消費者概念に触れずに、消費法の適用範囲を区別すべきである。「消費法の示唆の法律は、あるいは、特に消費者を対象とする法律は、消費者に有用な存在を続けながら、人のその他のカテゴリーへ適用されることができ一方、認めるできるのは、いくつかの規定は、消費者に特別的なものであり、かつ、拡張されるべきではない。」とする。「消費法は、したがって、その適用範囲は、消費者概念のみへの参照より、むしろ、もっと拡張されうるものであり、考えられる」とされている²¹⁷。

② *H.Causse*

ほぼ同様な拡張方法は、*Causse* に主張される²¹⁸。消費者概念と消費法の適用範囲を区別する。それにより、消費者概念は、事業者と分割されえない。それは、その本質を奪うだろうと思うからであるとする。

逆に、地位 *statut* が分割されうるのは異なるのであり、すなわち、消費者に予定られた諸ルール²¹⁹の借用 *emprunt* は、限定的性質による消費者概念を拡張しない。

また、消費者の用語は、消費法典の大部分の節に用いられており、例外として消費法の諸ルールが事業者に拡張するが、消費者用語は、ほぼ平凡的 *banale* なものとなる²¹⁹とい

²¹³ *D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°15, p.104.*

²¹⁴ *J.Beauchard, Remarques sur le Code de la consommation, in Ecrits en hommage à G.Cornu, PUF, 1994, p.9.*

²¹⁵ *J.Beauchard, Remarques sur le Code de la consommation, in Ecrits en hommage à G.Cornu, PUF, 1994, p.17, n°24.*

²¹⁶ *J.Beauchard, n°26-27.*

²¹⁷ *Spéc., J.Beauchard, Remarques sur le Code de la consommation, in Ecrits en hommage à G.Cornu, PUF, 1994, p.19, n°29-30.* 「もし、これらのルールは、良いかつ正統的なものであるならば、なぜ、それらの適用を消費者のみに限定するのか。」と疑問提起される (p.15)。

²¹⁸ *H.Causse, De la notion de consommateur, in Après le Code de la consommation p.31, n°21.*

²¹⁹ *H.Causse, De la notion de consommateur, in Après le Code de la consommation p.32, n°27.*

う。

③N.Rzepecki

消費者概念が不明確であると指摘し、「消費法に提供されている保護から、事業者を外すと認める論証は全く存在しない」ということである²²⁰。消費者概念は、四方八方に広がるものであるから、複数の概念と唯一の概念の要求との相容れないことを調整すべきである。

そこで考えられうる方法としては、二つがある。

第一の方法は、単純化のメリットを有する。消費法の適用範囲から、「plus petit consommateur commun 共通の小さいな消費者」の定義に合致しない者を除外する。すなわち、「共通の小さいな消費者 plus petit consommateur commun」というのは、もっぱら私的需要の満足のために私法に属する契約を締結する自然人である²²¹。この方法は、避けるべきである。まず、その過度の性質の原因であり、次に、それは実定法規違反 *contra legem* である²²²。第二の方法は、二つの時期で表明されたものであり、第一の時期では、消費者概念から、消費者概念の厳格概念に対応しない者を除外し、第二の時期では、それら(除外された者)を類似の技術により消費法の適用範囲に組み入れるということである。提案は、魅力的であるにもかかわらず、反対されるべきであり、反対理由が第一の方法の提案の反対理由と同様である。

消費者の定義と消費者法の適用範囲の区別により、類似の方法により、なされる方法について、消費者概念は、保護されるが、しかし、このアプローチの必然的帰結は、逆説的に、消費者概念を無用にすると指摘する²²³。ルゼペッキは、消費者概念の有用性とその拡張性に好意的である。続けて以下のようにいう。

「消費者概念の存在理由は、消費者概念の本質を維持することである。その利益は、消費法に根本的に寄与する能力にあり、消費者概念を基軸として構築された諸ルール of the body を利用するに適した法の諸主体を決定する能力にある。消費者概念は、消費法の保護に値するすべての者と把握されるべきである。なぜなら、これらの者は、消費者の条件に内在的に(本質的に)結び付けられた弱さによって特徴付けられるからである。法の分枝の適用範囲を決定するに適しない消費者概念を確立することは、何になるのか？」

保護ルールの適用範囲の決定を可能にしないから、また、消費者の概念に立脚された消費法の構築を可能にしないから、限定的概念 *la conception restrictive* は、放棄されるべきである²²⁴。より広い概念についてのコンセンサスは、不可能であることが示されており、Y.Loussouarn の言葉である「われわれが、雑多な布で作った衣服を甘受しなければならない」²²⁵を借りて、消費者概念の多様な形をとる性格について判断すべきだと解釈している。

²²⁰ N.Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, dactyl. Strasbourg 1998, n°474.

²²¹ N.Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, dactyl. Strasbourg 1998, p.351.

²²² N.Rzepecki, p.352.

²²³ N.Rzepecki, p.352, n°476.

²²⁴ N.Rzepecki, p.353, n°477.

²²⁵ Y.Loussouarn, *Rapport de synthèse*, in *La bonne foi*, Journées louisianaises, Trav.Ass.H.Capitant, t.XLIII, Litec, 1992, 9.

第四に、

F.Bérenger

Bérenger は、「消費者」を如何に定義するかという問題についてなされていない。判例や学説からアプローチして、消費者概念の拡張的解釈を実証したことにより、契約一般法と消費法との関係を探る際に、消費者概念の拡張的解釈の可能性を主張する²²⁶。消費法により意図された区別は、単純に不可能であり、消費者と事業者のカテゴリーの間に、多くの交差した線 *une multitude de lignes croisées* が存在し、これらの線を通じて、事業者が、保護に値すると観察ことが可能である²²⁷。また、消費者法の拡張的解釈の分析により、消費者概念の一般化と新しい一般法としての消費法を方向付けようとする²²⁸。

第五に、

J.-G.Raffray

より極端に見られるのは、Raffray である。消費者概念の拡張を強く主張する。かつ、消費者概念の一般化 *banalisation* を強く唱えている²²⁹。

まとめ

ここでは、一方、消費者概念のそのものを拡張して捉える見解がある。他方、消費者概念は消費者概念であり、消費法の適用範囲が拡張できるかどうかについては、また、別の問題である。より具体的に、概念そのものの拡張的捉え方について、二重的な拡張を取り、自然人だけではなく、法人も消費者に含まれるとする。その際の基準として、専門能力とされる。また、均衡関係から着目して、消費者概念が事業者に属する可能性を提示する中で、商人・事業者の二つの分け方によるがある一方、劣勢状況から消費者と同様な立場にある事業者が存在する。さらに、概念そのものと法適用範囲の二分について、消費者概念を典型的なものにとどめて、その代わりに、消費法の適用は二の拡張という方法が考えられる。また、特に、ベランジェールは、近時のテーゼにおいては、消費者を如何に定義するかという問題に執拗せず、消費者概念の拡張解釈を主張する。しいて、直ちに、消費者概念の平凡化がとかれる。

3、消費者概念の回避

消費者概念に対して、やや悲観的・消極的な態度を表している学説も現れる。一方、経済力概念に寄りかかり、他方、不当条項概念に向けることとされる。しかし、これらについては、消費者概念に対して悲観・消極的なものと評価される反面、「消費者」概念を正面から把握する困難を避けるために、ある意味では、「消費者」の「思想」を別の要素で表そうと評価しても可能であろう。こうしたアプローチを唱えるのは、J.-P.Chazal と

²²⁶ F.Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Préface Ch.Atlas, PUAM, 2007. p.333 et s.

²²⁷ F.Bérenger, n°443.

²²⁸ F.Bérenger, *spéc.*, n°457, p.343. 「消費者概念は、最も普通な・最も日常的諸状況 *les situations les plus normales* を証明しており、これらの状況は、真正の一般法を証明するのである」。

²²⁹ J.-G.Raffray, *Remarques sur quelques étapes marquantes de l'évolution du droit de la consommation et sur leurs conséquences pour les praticiens*, p.208.

R.Martin である。

①J.-P.Chazal

Chazal は、消費者概念の存在自体に疑問を投げつつ、消費者概念の有用性について消極的である一方、より遠く行っている。というのは、彼は、あらゆる不均衡関係、あらゆる弱い者に、消費法保護ルール適用を認めるべきだと主張しているからである²³⁰。

具体的に見よう。

まず、Chazal は、消費者の概念を定義する試み際に、欠かせない作業としては、消費者—事業者という二項式は、主要な社会的区分、かつ本質的な法的区別になったものの、事業者に対する消費者保護の法的根拠については、掘下げて考察を加える必要があるとする。消費者保護の基本的な基準が立てられているにもかかわらず、消費者概念は、非常に曖昧であり、かつ抽象的なものである。

その上、Chazal は、一部の事業者まで消費者の範囲を拡張するという主張は、法的には消費者の不存在を裏付けている。これによると、事業者—消費者のカテゴリーは不合理であり、非常識（non-sens）なものであると主張される²³¹。

消費者概念から離れて、経済力という概念を重視する²³²。彼によると、消費者概念の定義の困難さは、実質的に、断続的に公布された消費に関する規定と債権債務法の一般理論との関係の性質について、考察の不十分に由来するのである。消費者と事業者との関係は、経済力の不均衡に関する大量な仮題の中の一つに過ぎず、しかも、経済力の概念も変幻的なものであり、具体的かつ相対的である。唯一、債権債務法の一般理論は、その全体と多様の中で経済力の概念を把握できる。

彼は、続ける。消費者概念の拡張及びその変性は、その原因は、債権債務法の一般理論には、経済的弱者に対する保護について、有効なメカニズムの不在であるということである。契約的弱者の保護は、債権債務法の一般理論の枠でしかできない。消費者概念は、本来の限定にとどめられるのは可能である。このように、消費者概念は、常に、証拠規則・単純推定になると指摘した²³³。というのは、彼は、消費者に対して、消費法典による過剰保護を取り除くために、消費者の概念は、その根本ルールではなく、むしろ単純な推定であると考えられる。すなわち、彼は、債権債務法の一般理論から、つまり、伝統的民法の枠内で消費者を捉えようとする一方、消費者概念が、実質的な意味を持つものではないとされている。

②R.Martin

他方、Martin は、消費者概念は見つからないものとし、消費者概念の不要論を主張する。

第一に、マルタンは、消費者概念は、具像的な社会的類型として、伝統的概念を豊富にした。しかし、消費者の概念は、契約政策（police）を間違った道に方向付ける可能性がある。この概念は、契約均衡を保護する立法者・判事の正当な意図を歪めることに助長する不当な概念でありうる。この疑義は、「消費者」を扱う困難さから生じたものである。

第二に、消費者は素人であるという見解については、マルタンは、消費者は常に素人で

²³⁰ J.-P.Chazal, Le consommateur existe-t-il ? D. 1997,Chr.,p.261.

²³¹ J.-P.Chazal, Le consommateur existe-t-il ? D. 1997,Chr.,p.261.

²³² J.-P.Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, thèse Grenoble II,1996.n°155 et s.消費者は、経済的弱さを専有する者ではないとしている。

²³³ J.-P.Chazal, Le consommateur existe-t-il ? D. 1997,Chr.,p.263,spéc.,p.266.

あるわけではなく、むしろ、「素人」は相対的な概念である。たとえば、製造者は車を購入した場合である。立法者が素人という概念を放棄して、その代わりに確立した基準は、経済と法に跨っている「事業 professionnel」である。つまり、消費者は非事業者である。

マルタンは、消費者の劣勢の原因は、経済力の不均衡から由来するというより、むしろ、情報摂取によるのである。すなわち、消費者を把握するには、経済力の不均衡・不平等ということより、むしろ情報を重視するということになる。

第三に、そのため、マルタンは、特に、不当条項に向けた。この消費者概念を通じずに、「不当条項」の理論を構築しようとされる。これは、弱い人を支えることの代わりに、客観的な方式の「不当条項」理論を構築することが可能であるという。「消費者が見つからない存在」であることを認め、消費者概念の主観性と不確定性に鑑み、その上、「消費者思想を廃止することを提案されている」²³⁴。

まとめ

Chazal の考え方は、消費者概念の無意味論を示している。その反面、彼が主張している消費者保護規定をすべての「経済的に弱い者」まで徹底すべきだというのは、徹底的な拡張的な考え方だと理解することが不可能ではない。マルタンは、消費者の捉えにくさを認めつつ、経済力より、むしろ情報を重視した。しかし、消費者を避けて、別のメルクマールの構築が提唱される。

4、多様な視点からのアプローチ

①J.Carbonnier

Carbonnier は「消費者」について大きな論述がないようである。PUF 出版社の *Thémis* シリーズでは、1996 年第 20 版になると、民法の将来という項目を加え、一般法と消費法の関係に触れつつ、「経済的弱者」に着目するのではないものの、「弱者」という視点から、消費者を無能力者とする。保護思想に据えつつ、消費者を「現代社会の無能力者」と捉えたとされる。彼は「消費者というのは、その契約が未成年者の状態に置き直しする成年者である」²³⁵。

②P.Malaurie L.Aynès et P.Stoffel-Munck

マロリなどは、一方、上記の説のように、消費行為という客観的な基準に立脚して消費者を捉えるべきとしつつ、他方、Malaurie ほかは、Carbonnier のように、消費者を無能力者としている。具体的には、「消費者概念は消費行為により、客観的に定義される。すなわち、事業的活動に必要ではない契約である」²³⁶とし、消費者を「無能力の成人 *un incapable majeur*」と理解する²³⁷。また、Malaurie 自身も、「仮に消費者を保護するならば、それは、弱者と見なしている。……保護されることは、よりよく情報提供され、

²³⁴ R.Martin, *Le consommateur abusif*, D.1987, Chr., p.150 et s.spéc., p.152. 消費法は、「一般的・客観的諸規定により表されるべきであり、特別な名宛人への関係によるべきではない。このことは、憲法の平等の原則を破る。条項が不当的であろう、もし、それが契約に現れるならば、そ事業者にとって不当、と非事業者にとって不当、というは同様であり、中間的経済業者にとって最終的消費者にとっては同様であり、強者にとって弱者にとっても同様である。」(n°13)。

²³⁵ J.Carbonnier, *Les obligations*, PUF coll.Thémis, 20^e éd., 1996, n°3, p.18-19; Aussi, J.Carbonnier, *Les obligations*, 21^e éd., 1996, n°3, p.18-19.

²³⁶ P.Malaurie L.Aynès et P.Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2008, n°421.

²³⁷ P.Malaurie L.Aynès et P.Stoffel-Munck, n°423.

自由に行動でき、これは、民事能力の喪失 *capitis diminutio*、劣勢の地位」を惹起するとか、消費者を「無知者かつ無能力の成人 *un ignorant et un incapable majeur*」と²³⁸。

③F.Terré,P.Lequette et Y.Simler²³⁹

Terré ほかは、消費者概念について、保護の措置に実際的一貫性を与え、法的安全の必要不可欠なものを確保することは、狭い概念について評価を加えた²⁴⁰。「われわれは、経済的・かつ・社会的現実の「二元論的 *manichéenne*」提示に立脚する前記の概念について、反対する。」とし、彼らは、消費者の保護規定の適用をその活動の需要のために事業的専門能力の範囲外で締結する契約のために、小商人・手工業者あるいは農業従事者への拒否は、相対的な不公平 *iniquité* に導きうる²⁴¹。

④G.Paisant²⁴²

消費者概念の統一性や統一的な消費者概念の規定を主張するのが、パーサンである²⁴³。消費者定義の統一の障害にも留意²⁴⁴して、このような消費者統一的なアプローチを試みるとともに、消費者概念の境界を指摘される。統一的概念の中でデリケートな問題として、とりわけ、この消費者概念をその小さな共通の分母を超え、拡張しようとすることである、と。消費者概念の捉えについて、両極を設定される。すなわち、「二つの暗礁を避けるべきである。第一に、保護されるカテゴリーの中で、その専門能力の外で締結し、かつ、事業的利益の直接の支えで振舞うすべての事業者を包含する非常に拡張的な定義という暗礁である。消費法は、消費者の法ではなくなるだろう。その目的を変質するだろうし、かつこの意味で、変質する。第二の暗礁は、正反対であり、非常に狭い定義である。すなわち、もっぱらその家庭的目的で締結する素人である。消費者は、単に、働かない者、学生、あるいは、家庭主婦の法ではない」²⁴⁵。

⑤ J. Mestre²⁴⁶

Mestre は、消費者概念自体の独立性について疑問が示されている。1972 年訪問販売法と 1978 年両法および諸判例に基づき、「消費者保護の各法律は、単独にその適用分野を定義し、かつ、その自身の除外を構成する」²⁴⁷。体系的な統一が、立法者の介入をよりデ

²³⁸ これについては、P.Malaurie, *Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle*, in *Mélanges Cabrillac* 1999, p.195 ; aussi, P.Malaurie, *L'effet pervers des lois*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à G.Cornu*, n°5 et s, spéc., n°7, p.311.

²³⁹ F.Terré, P.Lequette et Y.Simler, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2005, n°74-1, p.85 et s.

²⁴⁰ F.Terré, P.Lequette et Y.Simler, p.85 et s, spéc., p.87

²⁴¹ F.Terré, P.Lequette et Y.Simler, p.87.

²⁴² G.Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, I, n°3655.; aussi, note sous Grenoble 13 juin 1991, JCP.E.G.n°13, 25 mars 1992, II.21819.n°11.消費法典の制定時に、したがって、消費法が存在が公認されるとき、消費法同様な概念においてそれらを集合させることがより整合的だろうと説いている。

²⁴³ G.Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, I, n°3655.; aussi, note sous Grenoble 13 juin 1991, JCP.E.G.n°13, 25 mars 1992, II.21819.n°11.消費法典の制定時に、したがって、消費法が存在が公認されるとき、消費法同様な概念においてそれらを集合させることがより整合的だろうと説いている。

²⁴⁴ G.Paisant, JCP 1993, I, n°3655, n°17.

²⁴⁵ G.Paisant, n°28.

²⁴⁶ J. Mestre, *Des notions de consommateurs* : RTD civ. 1989, p. 62 et s.

²⁴⁷ J. Mestre, p.64.

リケートにするだろうし、かつ、その統一 *uniformité* は、最終的に、メリットというより、むしろ、不都合が生じるとされる²⁴⁸。すなわち、消費者の統一の概念の不存在、少なくとも、統一な概念の極めての困難さを示し、消費者の統一的な概念の探求について慎重的な姿勢である。Mestre は、統一的・唯一的な単数の消費者が意義の不存在を指摘し、消費者に関する諸概念の存在と主張している。

⑥M.-S.Payet

Payet は、経済理論に依拠しつつ、消費法と競争法との対比から、「消費者」を浮き彫りしようとする²⁴⁹。具体的に、第一に、経済理論は、消費者を「最終的消費者」・「中間的消費者」二つの種類を区分する。消費法は、二つの種類を差別的に対応している。しかし、競争法は、この差別をしていない。Payet は指摘する。「消費法は、これらの二つの消費者を 平等の *pied* 土台について扱わない。最終消費者について、消費法の保護を無条件な（絶対的な）方式で保護できるものの、しかし、中間的消費者は、先験的に、除外されており、その保護は、例外的に認めているしかない。」。第二に、Payet は、消費者は、その法的意味においては、その曖昧さを免れないとし、「消費者は、消費法の意味では、最終的消費者である。中間的消費者は、事業者であり、あるいは、いくつかの条件の下で「非事業者」である」と示している。

⑦Elise Poillot

消費者を定義することは、消費行為の機能から定義するのは適切である²⁵⁰。換言すれば、消費行為をするのは、消費者である (Elise、11 頁)。氏は、消費者の存在は、消費法の適用に必要な条件であるとはいえ、逆に、消費者概念の定義は、消費法の定義の必要な前提条件ではない。なぜなら、消費者概念は、消費法の分野の上流 (*en amont*) ではなく、下流 (*en aval*) に位置づけられるからである²⁵¹。

まとめ：

以上、消費者に関する学説を総論的に見てきた。若干の学説を取り上げ、総論的に見てきた。これらの学説については、一見、片つかないようである。さまざまな視点が提示され、混乱し合っているようである。しかし、何よりもまず、「消費者」概念の取り扱うことがデリケートな作業であるとし示していることであろう。消費者の理解の多様性。フランス法では、消費者の明確な定義が定められていなかったからである。

²⁴⁸ P.65. しかし、J.Mestre が、消費法より事業者を保護しないについて異議を言っている。「すべての種類の事業者であり、同様な活動の範囲内において含める：すなわち、有能と不能、強い・脆弱、独立・非独立など *des puissants en de humbles, des sachants et des ignorants, des indépendants et des dépendants*。したがって、残念なのは、現代のわれわれの法より、契約締結前の段階では、信義誠実の庇護の下で、企てられた徳化の努力が、事業者の保護を体系的な（教条主義的な）方式で顧みない。とりわけ、事業者がその自身慣習的ではない分野 *terrains* で冒険を試みるときである。」J.Mestre, *Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine*, in *Mélanges en hommage à A.Breton et F.Derrida*, éd., Dalloz, 1991, p.252.

²⁴⁹ M.-S.Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, p.25-26.

²⁵⁰ E.Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, préface de Pascal de Vareimmes-Sommières, LGDJ, 2006, p.11.

²⁵¹ E.Poillot, LGDJ, 2006, p.11.

しかし、逆に、この取り扱い方の困難さ、あるいは、その不明確さそのものは、「消費者」の拡張可能性が潜んでいることといってもよいと思われる。さらにいうと、以上の諸学説は、如何に受け止めるかということになるが、それらは、矛盾しているわけではない。「消費者」の相違な諸側面・諸特徴を指摘していることである。

二、各論：裁判の基準と学説を中心として

ここでは、消費者概念における基準論（一）と主体論（二）に分けて検討する。EU 法の状況については、必要な限りに触れる。

（一）基準論—判例の躊躇

1、主観的基準

（1）専門能力（*compétence*）と目的（*finalité*）との間で躊躇

目的基準を採用する裁判例の時期とほぼ平行して、専門知識という基準をとる扱いは、交錯していた。判事は、非常に躊躇的であった。しかし、いずれも、主観的な判断基準に属するといえよう。

1) 1993 年まで

裁判所は、一方、法適用範囲を拡張するために、専門能力基準を採用する。

まず、1978 年には、ルーヌ裁判所は、契約当事者の専門能力を強調した。

[1]CA.Rennes,15 juin 1978²⁵²（専門能力）

火事設備会社の従業員らは、喫茶店に消火器を訪問販売した。

一審 Rennes 軽罪裁判所は、1972 年法が、熟慮期間の適用について、法人販売に対して個人を保護するのであるが、経験積んだ市民である事業者を保護しないとした。喫茶店の店主の事業活動のために、消火器の獲得であるためである。

控訴審である Renne 裁判所は、一審を否定し、1972 年法は、売買技術に熟達した売主に対して劣勢状態にある消費者の無経験の推定に立脚しており、かつ、訪問販売においては、消費者が、より大きな脆弱状態にあるとし、1972 年法の 8 条の除外は、商あるいは経営の需要のためにと考えられ、すなわち、その職業に必要かつ特別である。

（契約当事者の専門能力 *compétence* を強調しつつ、職業に直接に必要的・特別的ではないものは、事業活動の従事に関係する契約のカテゴリーに含まれない、という考え方である）。

[2]Trib.inst.Paris,4 oct.1979²⁵³（消費信用）（目的基準）

薬局を経営する夫婦は、Y 社と保護システムの設置の契約をした。また、総額 12500 フランの信用契約を Z 社と契約した。

²⁵² Inédit.; RTD com.1978,p.646,obs.P.Bouzat.

²⁵³ JurisData : 1979-761880;Gaz.Pal.1980.1.120,note A.L.Vincent et A.Cloarec; D1980. I.R.383, obs. Vasseur ; RTDcom.1981,p.344,obs.J.Hémard.

夫婦は、設置に欠陥があること、補修サービスの不存在と主張し、契約の解除、設置の撤回、一日 200 フランの罰金 (sous astreinte) で、払戻しを求めた。原状回復と損害と逸失利益 (intérêts supplémentaires)、その上、Z 社に対して締結した貸付契約の無効を請求した。

裁判所の判断としては、信用分野における消費者保護に関する 1978 年 1 月 10 日 78-22 号法律は、当該法律の適用範囲から、事業的活動の需要に融資する用途を排除している。本件購入は薬局を守るためであること、Z 会社のクレジット申し込みに薬局の印鑑を使ったこと、証拠に「薬局」の名義であることを理由として、1978 年法の不適用とした。

続き、専門かどうか、専門外において、素人という要素が決め手となる。

[3]Cass.crim., 30 oct.1979²⁵⁴, (訪問販売)

本件は、破毀院刑事法廷より出された判決であるが、喫茶店主は、訪問販売され、消火器が勧められるものである。事業者は、その専門外において、その自身も「素人」(無経験)である。判決は、「専門」により、1972 年訪問販売における消費者保護法の適用範囲を喫茶店主に拡張した。

1982 年に、破毀院は、引き続き、専門能力によって、訪問販売の消費者性格を、農業従事者について認めた。

[4]Civ.1^{er},15 avr.1982²⁵⁵ (訪問販売) (専門外)

農業経営者(農業従事者)が、農場に火災が起こった後、R 会社の訪問販売員に訪れられ、火災の鑑定が勧誘された事件で、1972 年 12 月 22 日訪問販売法に基づき、解約すると求めた。

破毀院は、1972 年 12 月 22 日法律に創設された制度は、無経験と推定される消費者として、訪問販売された契約当事者を保護する目的になる (le régime institué par la loi du 22 décembre 1972 tend à la protection du contractant sollicité à domicile, en tant que consommateur présumé inexpérimenté) としたうえ、当該保護制度の除外は 8-I 上によって規定されている。同法は、消費者の性格ではなく、その事業的活動の実行において、契約する者にしか適用されない。そこから、本件において、控訴審は、本件契約が火災の鑑定に関するものであり、農業経営者の事業能力から離れることであり、結論では、1972 年 12 月 22 日法の規定に従うことになる、と判示する控訴審は正当であるとした。

農業従事者への訪問販売であるが、その農業経営と明白な関係を有するものの、当該活動が、顧客の事業的専門知識と離れることと認めた。

(コメント: この判決では、破毀院が、専門能力の範囲外で活動する事業者を消費者であるという拡張的な概念を採ったに注目される。本件では、火災の鑑定は、農業従事者の私的用途のためではないことが明らかなようであるが、破毀院は、取引の目的を考慮していない。

専門能力は、普通、自己の従事している職業に必要なものである。自己の専門職業のカテゴリーに入らない取引は、専門能力が欠くため、「事業者」ではなく(非事業者)、消費者である。)

²⁵⁴ D.1980,I.R.,144.

²⁵⁵ Bull.civ.I,n°118 ;D.1984.Juris.,p.439,note J.-P. Pizzio.

しかし、まもなく、下級審では、相反な態度が現れた。

[5]TGI Châteauroux, 2 déc. 1982²⁵⁶, (訪問販売)

牧師 pasteur が、その宣教の活動の範囲内において、刊行物 publication を作成した。牧師が、宣教という事業活動の枠内の契約という理由で 1972 年 12 月 22 日法の適用を否定した。

破産院は、また、専門能力の基準を用い、農業従事者を消費者と認めた。

[6]Civ.1^e, 14 mars 1984²⁵⁷(訪問販売)

農業従事者 agriculteur がその農場を売却しようとする。訪問販売され、農業従事者を消費者と認めた。

事業的専門知識のその専門の範囲外で行動する事業者へ保護を拡張。

1986 年になると、不当条項に関する事件では、厳格な消費者概念を採った。

[7]Cass.civ.1^e, 15 avr. 1986²⁵⁸(不当条項)

保険代理業者が広告会社の代理店と、広告の印刷・配布を依頼する契約を締結した。

破産院は「製品及び役務につき消費者の保護と情報に関する 1978 年 1 月 78-23 号法律の 35 条を参照し、同法による保護は、事業者と非事業者あるいは消費者との間で締結した契約の場合しか適用できない。」...「確認した事実は、(保険代理業者)が保険事業の性格でかつ、その事務所の宣伝の目的で行うので、本件において、同法を適用しない」と判断した。

本件は、破産院が、保険の事業者の性格で、その事務所の広告のための者の保護を拒否した。不当条項に関する法の適用範囲から除外。

しかし、まもなく、破産院第一民事法廷は、広い概念を採用した。

[8]Cass.civ.1^e, 28 avr. 1987²⁵⁹ (不当条項) (専門外) (法人)

不動産仲介業を営む会社が所属する事務所は、防犯用の警報システムの設置を Abonnement Téléphonique 会社に依頼した。契約は不当な性格でいくつかの条項を利用したと主張し、かつ、警報が原因なしに頻繁に鳴ると強調した。

本判決は、不動産仲介業を営む会社がその事務所の防犯のために、警報器材を購入することが 1978 年法の適用可能とした。その理由付けは、本件契約は、不動産仲介会社の事業的知識 (connaissances professionnelles) から離れるものである。当該不動産会社の不動産代理業者の活動は、警報システムの非常に特別な技術と無関係である。したがって、同不動産会社は本件契約内容に対して、他の消費者と同様の無知な状態にある。そこ

²⁵⁶ Gaz.Pal., 1983, 1, p. 144.

²⁵⁷ Bull.civ.I, n°101 ; RTDcom. 1985, p. 348, obs. J. Hémard et B. Bouloc.

²⁵⁸ Bull.civ.I, n°90, p. 91 ; JCP 1986, IV, p. 174 ; D. 1986, somm. 396, obs. Aubert ; Rép. Defrénois 1986, 787, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1987, 86, obs. Mestre ; RTD com. 1987, p. 238, obs. J. Hémard et B. Bouloc ; D. 1986, I.R., p. 393, obs. J.-L. Aubert.

²⁵⁹ Bull.civ.I, n°134, p. 103 ; D. 1988, Juris., p. 1, note Ph. Delebecque ; RTDciv. 1987, p. 537,

obs. J. Mestre ; JCP. 1987, éd. G., II, 20893, note G. Paisant ; D. 1987, somm. com., p. 455, obs. J.-L. Aubert ; REDconsom. 1988, 151 ; RTDcom. 1988, 112, obs. J. Hémard et B. Bouloc.

から、当然に、1978 年 1 月 10 日法が適用できると推論される。

コメント：本件判決が、初めての不当条項に関するものである。広い消費者概念を採用した。この判決の解決方法が、非事業者はその諸規定を拡張する諸法文により合致するメリットがあり、かつ、活動の習慣的範囲外で活動するいくつかの事業者の必要な保護を確保するメリットがあるとされる²⁶⁰。しかし、本件から、浮かび上がってきた問題点として、契約や契約条項に対して素人ではなく、本件契約の目的（物）について、素人（つまり、専門範囲外であること）によって、X の消費者性格を認めた。しかし、破毀院は消費者・非事業者とを念頭において、その区別を意識しながら、以上の判決を下したのか、必ずしも明確ではない。破毀院判決自体は、何の「非事業者」という用語に触れしていないし、それについての解釈もしていない。

以上の破毀院の寛大な態度を受け、下級審が、習慣的活動の範囲外で活動する事業者に、保護規定を適用させる。

[9]CA Paris ,cham.16 sect.B, 22 mars 1990²⁶¹（不当条項）（「非事業者」）

宝石商 un joaillier と広告雑誌の出版協会との間で、広告契約の免責条項に関する事件である。

パリ控訴審判決は、広告雑誌の出版協会が、協会の形式があり、かつ、利益を分配する目的でその活動に従事する。その出版活動の従事のため、同協会を 1978 年 1 月 10 日 23 号法律 35 条の意味での事業者と見なされるべきである。他方、宝石商は、宝石業 le commerce de joaillerie の personnel 個人の名義で行い、かつ、出版や印刷の分野でまったく専門能力を有しない。...同法律 35 条の意味で非事業者として考えられるべきである。

（コメント：本判決は、第一、専門能力の基準をとった。第二に、消費者ではなく、非事業者概念を適用した。初めて、「非事業者」という概念を明確に援用し、契約が契約当事者の事業活動の範囲に含まれないとき、法律の享受は、認められうる。第三に、無専門能力は非事業者であるという伝統的な考え方であろう。ただ、注意すべきは、本判決は、消費者と非事業者の概念とが相違なものであるとしている。）

[10]Cass.civ.1^e, 23 juin 1987²⁶²,（消費信用）

電気・ラジオ・テレビ・家庭電化製品の商人であり、D 会社と信用契約を締結した。その商店の中で、訪問カードと付属品を印刷機 une machine à imprimer les cartes de visite et de ses accessoires の設置のためである。商人は、当該契約を 1978 年 1 月 10 日 78-22 号法律 27, 28 条を援用して、本件契約をキャンセルと主張した。

控訴審²⁶³は、当該商人が、その商 commerce の需要のために振舞う事業者であり、1978 年法律の規定を主張することができないと認めた。

破毀院：（商人が）その上訴理由の中で、1978 年 1 月 10 日法律が、「無経験と推定される事業的ではない消費者」として勧誘された契約当事者の保護をしようとするものである。商人により締結された本件買い物が、その専門 spécialité とまったく関係がないた

²⁶⁰ J.Mester, Obs. RTD civ. 1987.87.

²⁶¹ N°1990-021471; D.1990, I.R., p.98. ; RTD civ.1990, p.495, note J.Mestre.

²⁶² Bull.civ.I, n°209 ; RTD com.1988, p.483, obs.J.Hémard et B.Bouloc ; R.N.Defrénois 1988.376 et note Aubert ; RTD civ.1989.63, obs.Mestre.

²⁶³ Toulouse, 21 juin 1985 .

め、控訴審が本件の適用を切り離すことができない。」を考慮し、以下の判決をした。「1978年法律3条が、事業的活動の需要を融資するために割り当てられた貸付・契約・信用取引の適用範囲を除外する。控訴審判事は、商人がその商 *commerce* のためになされた信用買い物は、その活動の形式 *les formes d'activité* を拡張するとする。

(破毀院は、「商人がその商のために契約」「活動の拡張」を消費者と認めない。その活動を拡張するために、機材を購入するとした。控訴審は、本件契約について、専門知識的ではないとした。)

[11]CA.Angers,1e Ch.B.,16 décembre 1987²⁶⁴ (不当条項)

園芸家 *horticulteur* に不当条項法の適用を認める。

判決は、電気の危険性 *aléas de l'électricité* に関して、園芸家が、消費者と、同様な無知状態にあるのである。

しかし、1988年、訪問販売、目的が事業の需要ためではないとして、保護を認めた。

[11] Civ.1^e,3 mai 1988²⁶⁵ (訪問販売) (法人)

(教会 *ecclésiastique* が、その小教区 *paroisse* の需要のために、訪問販売で、複写機を購入した。

本件、控訴審において、本件契約が事業的需要ではないとし、契約の用途が事業的ではないため、訪問販売法が適用されるというロジックを取り、経験豊富な消費者であるかどうかを問わなかった。

破毀院は、控訴審について支持した：本件購入が、事業的需要のために行われると考えられないとし、かつ、司祭(神父 *prêtre*)が経験積んだ *expérimenté* 消費者であるか否かを探求することが無用であると強調した。

また、同様な拡張的な見解は、刑事法廷の判決にも見られる。

[12] Crim.14 juin 1988²⁶⁶, (訪問販売)

S会社のセールスマンは、Pに、営業権の所有者 *propriétaire d'un fonds de commerce* を提供した。S社に出版された雑誌の中で広告契約を締結した。本件契約は、撤回 *rétractation* の明細書をまったくなく、かつ、その給付の価格が、契約締結の日に徴収 *perçu* された。

訪問販売によりなされた広告契約が、その営業権 *fonds de commerce* を販売可能という観点から見て、営業権 *fonds* の商事的经营の需要のために提供された役務の提供と考えられえないと判示した。

控訴審の判断について、破毀院は認めた。

(本件、広告契約は、営業権 *un fonds de commerce* の売買から見ると、1972年12月22日法律の8-1-eの条文の除外の範囲に含まれないという。)

しかし、下級審では、訪問販売について、厳格の基準を適用した。

[13]TGI Cahors,15 sept.1988²⁶⁷ (訪問販売)

²⁶⁴ D.1988,p.260,note G.Paisant; RTD.civ.,1989,p.63,obs.,J.Mestre.

²⁶⁵ Bull.civ.,I,n°125 ;D.1988,somm.407,obs.J.-L.Aubert ;D.1990.p.561,note J.Karilan de Van ; R.N.Defrénois 1988.1446,obs.Aubert ;JCP 1988,IV,p.237.

²⁶⁶ Bull.crim.n°271 ;n°87-90.760; RTD com.1989.286

兎の養殖の創設（設立）*création* を計画する人は、養殖用の動物のサンプルや材料の注文をし、しかも内金も支払った。何日間後、買主は、解除を請求した。

Cahors 大審裁判所は、本件の請求を棄却した。理由は、本件訪問販売が請われているのではなく、本件行為の性質が、農業経営（つまり、事業）の需要のためであるからだ。ある人は、契約について「養殖業」であると宣言され、仮に実際には農業経営の性質ではなくても、本件契約は、農業経営の需要のために締結されたものである。

（コメント：目的基準（事業のために）である。設立中の企業について法の適用が否定された。その注文の主張は重視されている）。

引き続き、破毀院は、信用消費の分野で、1989 年に、厳格の概念をした。

[14] Cass.com.10 mai 1989²⁶⁸（信用消費）

保険業者 *agent d'assurance L* は、その企業を情報化するために、P 社と信用貸借契約を締結し、O 社により提供された情報プログラムと機材を購入した。破毀院は、当該信用契約は、事業的活動を融資する用途であるとして、控訴審を破毀し、法適用を否定した。

[15] Cass.crim.,27 juin 1989²⁶⁹（厳格）（訪問販売）（初めて「関係」を言及）

宝石商 (*bijoux de fantaisie*) に消火器を販売する事件である。

破毀院は、その従事している経済活動と関係がないにもかかわらず、個人的あるいは顧客の安全を確保するために、消火器を購入することは、その商業の需要のために行われたものであり、同法 8 条が事業活動の需要に行われた売買、つまり、商業経営を有利にする用途で商品の売買について、これらの保護規定が除外されているとした。

（本件は、破毀院の刑事法廷により出されたものである。「目的」基準より適用除外とした。しかし、本判決は、初めて「関係」に言及した。経営している活動と「関係」がないであっても、法の適用除外が否定される。）

不当条項に関する下級審では、ほぼ同様な専門のものを消費者ではないとした。

[16] CA Aix en Provence, cham.2, 10 nov.1989²⁷⁰（不当条項）

本件は定期加入契約 *Contrat d'abonnement*、電話設置メンテナンス契約に関するものである。情報的・データ通信の・文書処理の事業者 *professionnel de l'informatique, la télématique et la bureautique* である顧客は、電話機材の設置会社により行われた技術を判断するには十分であり、この顧客は、不当条項に関する 1978 年法の意味での消費者ではなく、同法を適用できない、とした。

（コメント：専門能力の基準をとった。専門能力の有無を、その従事している事業から推論している。）

以降、下級審裁判は、破毀院の寛大な態度を支持し、専門外で活動する事業者を消費者とする。

²⁶⁷ D.1988,somm.p.408,obs.J.-L.Aubert.

²⁶⁸ Bull.civ.,IV,n°148 ;JCP,1989,éd.E,I.18764;RTD com.1990.p.89,obs.B.Boulloc.

²⁶⁹ Gaz.Pal.1990,1,Juris.,p.44 ;Bull .crim.,n°276 ;D.1990,somm.p.360,obs.G.Roujou de Boubée ; D.1990.IR.p.252

²⁷⁰ N° JurisData : 1989-046598; RTD civ.1989,p.475,note J.Mestre.

[17]Tri.com.de Fréjus,1^e mars 1993²⁷¹ (不当条項) (法人)

宝石商である株式会社が、銀行と、銀行カードのサービスに関する契約を締結した。同会社は契約解除条項の濫用的性質として、提訴した。

Fréjus の商事裁判官は、株式会社 société anonyme の保護を認めた。判決は、当該会社が「銀行カードの事業者の性格を有しない ne possédait pas la qualité de professionnel du crédit bancaire」とし、その affaire の性質 nature によって、「1978 年 1 月 10 日法の規定の範囲に含まれる」に判示した。

判決は、広い概念を採った。bojoutier の商事会社の性格は、1978 年 1 月 10 日法律の適用を妨げないとしたからである。M.-F.Coutant et J.-J.Alexandre は、本件は、小さな判決であるが大きな効果があると述べている²⁷²。1978 年法は、すべての契約、事業者にも適用されうる。1978 年法律 35 条の諸用語は、いくつかの人の利益保護の規定は、すべての契約に適用される性質がある。

[18] Civ.crim. ,4 déc.1989²⁷³, (訪問販売)

広告の仲介活動 L'activité d'intermédiaires publicitaires が、営業権売買 la vente de fonds de commerce から見ると、訪問販売法により規定された諸例外に含まれない。この 1972 年法が、事業活動あるいは経営の需要のために提供された役務の給付しか排除対象としない。

その後、不当条項の分野でも、厳格の概念がある。

[19]CA Nîmes,8 mars 1990²⁷⁴ (不当条項)

電気提供契約。加入者 abonné は、EDF と契約加入を締結するものであり、責任制限あるいは免除の条項が 1978 年 1 月 10 日法律の適用で、同法は、事業的活動の需要のため、あるいは事業者間で締結された売買契約に適用されないとした。

判決は、1978 年 1 月 10 日法律 35 条は、とその職業と直接関係がない需要のために物を利用する人である。すなわち、その無専門能力から、脆弱・幼稚と推定されたカテゴリーである。

破毀院は、厳格の態度を続けた。

[20]Cass.com.20 nov.1990²⁷⁵(消費信用)

G と F が有限責任解釈を経営し、銀行と信用解釈が、資金を G と F に貸すとした。G が S L B 銀行から借金契約をした、F が、S E C 信用銀行から謝金をした。G が S L B 銀行に、F を保証人とした。F が消え、アドレスもわからない。G が会社の支払い停止を宣言表明する。G が S L B と F を起訴し、貸付と保証の払い戻しの déchargé 無効を求める。S L B が、G が貸付の額を支払うと要求する。また、S E C 社が、G と F にその債

²⁷¹ JCP éd.G.1994,II,n°22194,note M.-F.Coutant et J.-J.Alexandre.

²⁷² note M.-F.Coutant et J.-J.Alexandre,JCP éd.G.1994,II,n°22194,n°1.

²⁷³ N°JD:1989-704313; Gaz.Pal.24 et 26 juin 1990.

²⁷⁴ N°JurisData:1990-030160; JCP 1990,éd.G.II.21573,note G.Paisant; Petites Affiches 15 août 1990,p.8,note L.Boy.

²⁷⁵ N°JurisData: 1990-703105; Bull.civ.,nove.1990,IV,n°283,p.197.

務内容の履行で提訴した。 二つの訴訟は合併になる。

判決は、1978年1月10日法律の適用有無について、本件貸付が、その会社において、資金を再投資するためになされたものであるので、同法の適用がないとした。

厳格：

[21]Cass.com.4 févr.1992²⁷⁶（信用消費。事業用の車の購入。消費者否定）

G 会社の支配人は、会社Dと、G 会社のために、車の購入の貸付のために、連帯契約をした。

破産院は、本件で、保証された貸付が、会社の活動に割当てられた車の売買のためになされたから、1978年1月10日法律の適用を否定する。

（事業的需要のために締結された貸付を保証する保証契約には、消費法の適用が除外された。貸付契約が「事業」のために締結したからである。）

[22]Civ.1^{er},25 mai 1992²⁷⁷,（拡張的な適用）（事業者の専門知識の基準）（信用消費）（訪問販売）（商人がその店のために、警報システムの購入、消費者と同様な無知、と）

衣服の小売業を営む人Aは、その商店が盗難を被った。S社の訪問販売員は、警報システムの設置を勧誘した。当該警報システムを注文し、手付金を払った。また、Aが夫婦の保証で、F社と信用契約をした。その後、Aは、S社に対して、その財政状況のため、注文の取り消しを通知した。

控訴審は、本件設備は、店の盗難の危険を防止するためであり、事業活動のためのものである。控訴審は、1978年法が事業活動のため融資する用途で、信用取引の適用除外とした。

訪問販売領域の消費者保護に関する1972年12月22日72-1137号法律の8-I条、信用取引に関する消費者の情報と保護に関する1978年1月10日78-22号法律3条、この二つの条文は、その適用領域が、事業活動の需要のための訪問販売、その信用取引が事業活動の需要の用途で行われた者の場合、除外される。

しかし、本件主契約は警報システムの設置に関するものであり、それは、Aの事業能力から離れるものであり、Aが、この場合、ほかのいかなる消費者と同じ無知な状態にいるからである。控訴審は、上記規定に違反する。

以降、拡張。

[23]Cass.1^{er} civ.20 oct.1992²⁷⁸（訪問販売）（専門知識の基準）

M暖房設備工事人・鉛管手工業人 Artisan plombier chauffragiste は、商業保護 La défense commerciale」D社の訪問販売で、D会社と支援加入契約 un contrat d'abonnement d'assistance」を締結した。Mは、加入契約 abonnement の解除を求めた。

暖房設備工事人・鉛管手工業人が事業の仲介 l'intermédiaire d'un professionnel

²⁷⁶ N°JurisData:1992-000247; D.1992.I.R.,p.90.

²⁷⁷ G.Paisant,JCP G 1993,I,3655 (G.Paisant,Essai sur la notion de consommateur en droit positif,réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation);Bull. Civ.I.n°162 ; D.1992.somm.401, obs.Kullmann ; D.1993. Juris.p.87, note G.Nicolau ;CCC.oct.1992,n°194,obs.Raymond.

²⁷⁸ JCP.1993.II.22007,note G.Paisant.;CCC.1993,n°21,obs.G.Raymond.

により法的支援契約を締結するとき、事業者と考えられない。契約がM暖房設備工事人・鉛管手工業人の事業的専門能力から離れる場合、1972 年訪問販売法は、適用できる。Mがその他の消費者と同様な無知状態にある。

以下、1993 年の同じ日には、訪問販売法において²⁷⁹、破毀院第一民事法廷により、複数の判決が出された。

[24]Cass.1e civ,6 jan.1993²⁸⁰（訪問販売） 法人

農業従事者 agriculteur (le GAEC de Boisseret) が CRPI 火災会社の訪問販売員より訪問販売より、消火器の購入契約をした。その事業的活動にかかわらないし、かつ、個人と同様な無知状態の中で火災に対する保護の分野にある。

破毀院の判断:農業従事者 agriculteur が、その他のいかなる個人 particulier として、自ら、消火器の獲得者になる利益を有しうるし、かつ、本件機材が、その活動の範囲に必然的に含まれない。その事業活動が、当該農業従事者に、この購入の機械 opportunité を判断する専門能力 compétences、種、肥料あるいは、農業機材の購入に判断できるような専門能力を与える。農業従事者が、その活動の専門的（特別的）範囲から離れるあらゆる申し込みに、個人と同様な保護を受ける権利がある。以上から、本件契約が、農業従事者 (GAEC de Boisseret) の事業的専門能力から離れ、本件農業従事者が、その他の消費者と同様な無知状態にあり、控訴審の判断は正当である、とした。

[25]Cass.1^{er} civ.,6 janv. 1993²⁸¹

農業従事者 T は、CRPI 火災保護会社に訪問販売員より、訪問販売され、消火器。

農業従事者 agriculteur が、その他のいかなる個人 particulier として、自ら、消火器の獲得者になる利益を有しうるし、かつ、本件機材が、その活動の範囲に必然的に含まれない。その事業活動が、当該農業従事者にこの購入の opportunité を判断する専門能力 compétences を、種、肥料または農業機材の購入に判断できるように与えていない。農業従事者が、その活動の特殊範囲から離れるあらゆる申込み offre について、個人と同様な保護を受ける権利がある。以上から、本件契約は、農業従事者 (GAEC de Boisseret) の事業的専門能力から離れ、本件農業従事者 T (Thomas) が、その他の消費者と同様な無知状態にあり、控訴審の判断は正当であるとした。

以上の二つの判決は、破毀院の判断は、まったく同様である。

この事件では、「知識 compétence」という客観的な基準によるものである。破毀院は、其の知識の範囲外であると認定した。理由づけの「消費者の同じく無知な状況において」は、事業者は、単に消費者に類似するのではなく、事業者も消費者と考えられると解され

²⁷⁹ 以下の二つの事例ほか、n°90-20.737、n°90-20.735 がある。いずれも、個人農業従事者が、消火器を買う事件であり、「事業的専門能力から離れるものであり、同者は、その他のいかなる消費者と同様な無知状態にある」。

²⁸⁰ JurisData1993-000361;Bull.civ.,1993,I,n°4,p.3;CCC.1993.comm.62,obs.G.Raymond ;JC Péd.E.,1993.II.22007,p.177, note G.Paisant.

²⁸¹ JurisData n°1993-000001; CCC.1993,comm.n°62,p.15, obs.G.Raymond ;RTD.com.1993,n°5,p.706,obs.B.Bouloc ;Bull.civ.I.n°4,p.3 ;J.C.P.1993, éd.G.II,22007,note G.Paisant ;D.1993,som.com.,p.237,obs.G.Paisant.

ている²⁸²。

まとめ：

ここまでの判例をまとめよう。

まず、消費信用の場合では、いずれも、事業的活動のためにという目的基準をとり、事業的活動に従事するものの融資契約は、消費法の適用を否定するものである。これは、一方、1978年1月10日22号法律に従っており、他方、融資の場合は、事業活動の目的は明らかに判断されるからである。従事している事業の名義があれば、その目的があると判断することとなる（唯一の例外は、以下1992年5月25日破毀院判決）。この意味では、厳格の判断である。法人については特に問題とされなかった。

次に、訪問販売について。専門能力により、事業者がその専門外であれば、素人であるという基準である。このことについて、1979年10月20日破毀院刑事部判決がなされていた。1982年4月15日破毀院第一民事部より、初めて、訪問販売に関して、専門能力の基を出した。1984年4月14日破毀院第一民事部では、同様である。しかし、1982年12月2日下級審では、1972年法のもともとの適用除外の基準が適用され、牧師刊行物の作成契約が、その宣教活動の範囲に含まれるとされた。

しかし、1972年訪問販売法より、法律の基準として、農業などの事業活動の範囲内で行われた取引が適用除外とされていた。

訪問販売においては、目的基準が採用された場合がある。1988年5月3日破毀院第一民事部ではややニュアンスの判決が出されが、教会が、複写機を買うために、取引の目的について判断する原審の見解を肯定し、熟達者であるどうかを探究すること無益だと。それより、取引目的が、専門能力より優先しているという意味合いがないわけではない。また、1988年6月14日破毀院刑事部では、目的基準。この目的基準は、下級審判決1988年9月15日Cahors判決は、兎の養殖に従事しようとする人は、動物の養殖のためのサンプルや道具を購入する取引では、一方、契約の形式を重視し、他方、まだ事業開始していないのであっても、目的の基準により法適用が否定された。1989年7月27日破毀院刑事部では、それまで、専門能力としていた宝石商が消火器の購入した事件について、「事業のために」より適用が否定された。同様に、1989年12月4日破毀院刑事部は、「事業のために」をとった。

しかし、1992年5月25日判決破毀院第一民事部は、控訴審の「事業のために」の判決、訪問販売と消費信用に関する両法がいずれも「事業のために」なされた契約が除外されると確認しながら、「専門能力」に寄りかかった。「他のいかなる消費者と同様な無知状態」という。1992年10月20日破毀院第一民事部は、引き続き「専門能力」。また、1993年1月6日破毀院第一民事部は、複数の判決で、いずれも、農業従事者が、消火器の取引について、「専門能力」として法適用を肯定した。

ただ、事業者が専門能力外で活動するなら消費者の性格に当たるが、熟達の消費者については保護されるべきではないかという疑問については、1988年5月3日判決は、熟達した消費者か否かを探究しないと答えている。

他方、不当条項について。1986年5月15日破毀院第一民事部判決では、保険代理業者が広告契約の中で、「事業者での性格で事業活動のために」ということで、1978年法35条の適用が否定された。破毀院は、消費者・非事業者の概念について何も明確にしていなかった。ところが、1987年4月28日同第一民事部はから、不動産仲介業の会社は、警報

²⁸² H.Causse, De la notion de consommateur, in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, rapp.préc., p.33.

システムの購入については、破産院は、その態度を一転して、専門能力の基準に向けた。「他のいかなる消費者と同様な無知状態」であるからだ。この破産院の態度には、まもなく、下級審が従った。1987年12月16日 Angers 判決、1989年10月10日 Pronvence 契約、1990年3月22日パリ判決がそれである。1987年 Angers 判決では、園芸家が電気の専門では専門能力がないからとされ、不当条項法の適用が肯定された。1989年 Pronvence 判決では、ほぼ同様な情報技術専門だから、専門能力があるとした。1990年パリ判決では、宝石業の経営する商人は、出版契約を締結したが、専門能力が採用されつつ、この場合の商人が、非事業者だという。これは、おそらく、判決では、初めて非事業者概念に触れたものである。1990年判決によると、一方、事業者が専門能力がないのは、非事業者だという意味が示されつつ、他方、1978年法にいう消費者と非事業者が区別されるべきだということが前提とされているようである。しかし、1990年3月8日 Nîme 判決は、直接関係を触れつつ、専門能力にした。1993年3月1日 Dréjus 判決では、宝石業の株式会社が銀行との契約において、事業者の性質を有しないと。

専門能力によると、訪問販売や不当条項であれ、消費信用であれ、事業者が消費者でありうる事が明確である。すなわち、専門能力によると、事業者の性格は、消費者と対立するものではなく、消費者により排斥されるものではない。事業者がであるとするならば、提起された問題は、熟達の消費者が、保護に値するのか。判決は熟達の消費者を考慮しないとした。

ここでの消費者事業者は素人であるという考え方は、売買一般法から展開されたアプローチと接近しているとされる²⁸³。事業者と獲得者との間の契約とき、獲得者が事業者でもあるが、ほかの専門分野の事業者である場合、それは、素人と考えられ、かつ、一定の法的メリットを適用することができるからである。ただ、もし、専門能力外の事業者が、その活動の従事に不可欠な行為を完遂するものであれば、その専門の範囲外で契約して、事業的利益の直接支援に活動する事業者に消費法の保護を認めることは、消費法を変質すると批判されうる²⁸⁴。

2)、1993年以降

また、厳格。

[26]Cass.1^{er}civ.,26 mai 1993 ²⁸⁵(不当条項)(不動産信用)

SCIは、Louis Dreyfus 銀行 (Bruxelles Lambert France) から、6560000 フランの貸付で、不動産を購入した。期間は10年、年利率は13.58%であった。1987年SCIは上記銀行に対して、この貸付の払った分の払い戻しを求めた。1978年法35条を根拠とした。

控訴審 (Paris 12 février 1991) は、SCIの請求を却下した。破産院は、本件貸付は、事務所用の不動産の獲得を融資するために、割り当てされたものであり、1979年法7月13日79-596号法律であれ、1978年1月10日78-23号法律であれ、本件は適用できない。これらの条文の意味において、SCIは消費者と認められない。

²⁸³ Obs.G.Paisant,JCP G 1993,I,3655.

²⁸⁴ note G.Paisant ,J.C.P.1993,éd.G.II,22007. Aussi,Obs.G.Paisant,JCP G 1993,I,3655.専門能力の上に、「直接関係」の基準で修練させようと説いている。

²⁸⁵CCC.1993,comm.n°159,obs.G.Raymond ;JCP1994,éd.N.I.n°3,p.26,100103,note G.Raymond.

(コメント：「事業のために」を採った。しかし、注意すべきは、SCI の法人団体性格を否定していないことである。)

[27]Cass.24 nov.1993²⁸⁶(不当条項)

樹木栽培家 arboriculteur が苗木屋 pépiniériste から、6008 株の林檎の苗を購入した。その後、樹木のは初めての開花期には、これらのリンゴ木が同様な品種ではないと気づいた。司法鑑定によると、68%の木がその注文に合わなかった。1978 年法 35 条、1993 年法典 L132-1 条の適用の可否である。

控訴審 (CA Montpellier, 29 mai 1991) は、責任制限条項を、事業者間に適用することができるとした。

上告理由のひとつとしては、控訴審が、事業者のどのような性格が、引渡しするとき、瑕疵を認識することができるという点について明確にしていない。

破毀院は、この責任制限条項が、目的物の隠れた瑕疵ではなく、引き渡された商品の適合性の欠如であるので、控訴審が、買主が売主と同様な専門の事業者であるかどうかを探求しない。また、本件条項のいわゆる濫用的性質が、1978 年法 35 条、後の法典 132-1 条、事業者間で締結された契約に関して、援用できない、とした。

まとめ：

1993 年 5 月 26 日判決では、破毀院第一民事部は、「事業のために」で法適用を否定した。1993 年 11 月 24 日判決になると、「事業者間」で締結された契約のため、法適用が否定された。後者をきっかけとして、破毀院は、これまで、多くの場合で採られてきた消費者の拡張的な概念について、収縮する方向に向いた。1993 年 11 月 24 日判決以降、時には従前の基準が援用される場合があるが、破毀院は「直接関係」に求めた（「直接関係」については、後述に譲る）。

しかし、1993 年 11 月 24 日判決は、専門能力の有無について言及せず、かつ、事業目的についても言及していない。また、「事業者間の契約だから」と理由付けられる。厳格の方向については、Leveneur は賛成の意を示している²⁸⁷。「1993 年 4 月 5 日 EC 指令に合致するのであり、厳格の概念は、「消費者保護の法的政策の根本的な目的 objectif の現実に必要」とされているからだという。

破毀院は、1994 年 2 月 2 日の二つの判例において、その活動を広げるために締結された契約について、法律の適用が除外される。その事業活動の需要のために締結された契約だからであると判示した。

(訪問販売)

[28]Cass.civ.1^{er} 2 févr.1994²⁸⁸

²⁸⁶ JurisData n°1993-003065; CCC.mars 1994,p.2 ; JCP éd.G.n°45,1994,II,n°22334,p.390,note L.Leveneur; RTD civ.1994.603,obs.Mestre ;Defrénois 1994,art.35845,n°74,note Mazeaud.

²⁸⁷ note L.Leveneur,JCP éd.G.n°45,1994,II,n°22334,p.390.

²⁸⁸ n°91-19576 et n°92-11112, Bull.civ.I,n°48,p.37 ;CCC.1994,comm.n°90 et n°131,obs.G.Raymond ;D.1994,somm.p.236,obs.G.Paisant ;RTD

第一の事例：タバコ雑誌の経営者がビデオカセットの貸借契約。

タバコ・雑誌（新聞）のバーの商業を営んでいる O は、D 社の販売代理人がその営業の店を訪問し、4 ヶ月の期間で、総額 22133 フランの価格で、ビデオカセットの貸借契約を締結した。5000 フラン小切手で注文に払った。未払いは、別途四通の手紙で払う。カセットを受領した後、O は、契約破棄を通知した。D 社は、仮差押を獲得した後、支払いを裁判所に求めた。

控訴審（Rennes, 4 juillet 1991）は、D 社の請求を認めた。

破棄院は、本件契約は、この人のすでに営んでいるタバコバーの活動を発展する目的で、商業を営むことによって締結されたものであり、愛顧のお客様にビデオカセットのリースを拡張するものであり、本契約は、1972 年法の規定に適用することはないと認める、とした。

[29] Cass.civ.1^{er} 2 févr.1994

第二の事件：

パン屋 boulanger を営む L が、Techno-France 会社の訪問販売員により訪問販売され、13020 フランで氷の販売機 un appareil de automatique distributeur de glaces を注文した。1972 法の適用の有無である。

破棄院は、氷の自動販売機が氷の活動に属する。パン屋 L が転売者として、お菓子の活動しか従事しない者であり、かつ、さらに、製造されたお菓子売り出すしかない。1972 年訪問販売法は、パン屋がその**事業活動の範囲を拡張するために**氷の自動販売機を購入する場合、適用されない、とした。

コメント：以上の二つの事件では、本件の取引が当事者の専門分野外ということが考慮されていなかった。事業活動を拡張するという点が重視された。訪問販売では、「専門能力」からの離脱が見られる。

[30] Cass.com.10 mai 1994²⁸⁹（事業者間）

大型スーパーマーケットを営む会社が、銀行と契約した。1978 年 1 月 10 日 35 条は、事業者間で締結された契約に適用されないという。

L 銀行の客 cliente は、1987 年 8 月 17 日契約を締結した、それによると、同銀行が、その客がクレジットカードで買い物するとき、代金の現金化を確保する。L 銀行は、実行された支払いをパソコンによりその譲渡を確保するに使われる。この役務の交換で、le C L は、0.80%の手数料をする。この手数料の額に払い戻しは、Y 会社に戻す。銀行は、条件を修正することができる。

契約当事者の専門知識を考慮せず、消費法の適用領域から、**二つの事業者の間**で締結された契約を除外するとした。

コメント：本件は、破棄院商事部により出されたものであるが、上記 1993 年 10 月 24 日判決と同様に、事業者間に適用されないこととなる。

com.1994,n°2,p.541-542,obs.B.Bouloc.

²⁸⁹ Numéro JurisData : 1994-001764;D.1995,somm.p.89 ;CCC.1994,n°155,note L.Leveneur ;Défrénois 1995,art.36024,n°20,p.346,obs.D.Mazeaud.

1995 年 2 月、再び、厳格な判断になる。

[31]Civ.1^e,21 fév.1995²⁹⁰(不当条項)

V 会社の車を、商業 commerce を従事する B が貸借 location した。車は、盗まれた。B が車の鍵を返還しなかった。会社は、賃貸借契約の賠償条項に基づき、車の換金価値の支払いを求める。

破毀院は、B 商人が、本件車がその企業の需要のために貸借したこと、商人 commerçant がその商業 commerce の需要のために、締結される契約には、事業者と非事業者あるいは消費者との間で締結される契約にしか関しない 1978 年法 35 条を適用しないとした。

コメント：本件は、商人が商業の需要のために。これについては、「1987 年判例は、1986 年 4 月 15 日判例と両立しないではない。1986 年 4 月 15 日判例は、不当条項に対する保護を、その事務所の広告のために契約する保険業者を拒否した。同様に、この判例は、1995 年本件判決により反対ではない。状況が同様ではないからであり」、法的安全のために、「それらの諸需要のために締結した契約と職業の従事の場合」を区別すべきという²⁹¹。

しかしながら、いくつかの下級審では、依然に専門能力が採られている。

[32]CA Riom,cham.civ.et com.,18 janv.1995²⁹²

S 会社は、ガラス屋の職人 artisan vitrier である Lopez に、無線電話 radio-téléphone の買取選付賃貸借 la location avec promesse de vente d' un matériel を提供する。契約である。

主契約 contrat principal は、商人あるいは手工業者の事業的専門能力から離れるシステムに関するものであるから、それは、他のいかなる消費者と同じ無知な状態にいる。

商人あるいは手工業者は、単なる個人として、無線電話設備の賃借から利益を有する。この機材 matériel は、本件当事者に取引の機会を評価する専門能力を与えないというその活動の枠内に必ず含まれるわけではない。Lopez は、無線電話の事業者ではなく、ガラス屋の職人 artisan vitrier である」とした。

L がその企業のスタンプ tampon で捺印したという単純な状況である。その 1' offre préalable の「signature du locataire」の見出し rubrique の下で、この単純な状況は、事業的性質を証明することができないとした。

(コメント：本判決は、前記 1992 年、1993 年の破毀院判決を引用しつつ、ガラス屋について、法の適用を認めた。第一に、専門能力をとった。第二に、目的物が、その事業に能力を付与するわけではない。第三に、形式上の契約の名義が重要ではない。)

[33]CA Agen, 5 avr.1995²⁹³ (消費信用)

農業信用金庫 (La Caisse de Credit Agricole)、T 夫婦と三つの貸付け契約を締結した。これらの貸付けは、その主人の農業活動の融資の用途である。

適用基準は、契約の性質ではなく、契約当事者の性格である。これによって、特殊な専門能力 (compétence particulière) の有無によって判断される。1978 年 1 月 10 日法律の適用範囲を決定するには、融資された活動の事業的性格は、抽象的な方式で判断されるべきではなく、むしろ、反対に、債務者の事業活動から判断されるのである。結論的には、

²⁹⁰ JCP.E.A.,1995,II,22502,728,note G.Paisant ; CCC.1995,n°84,obs.Leveneur.

²⁹¹ note G.Paisant,JCP.E.A.,1995,II,22502,728.

²⁹² JurisData : 1995-040999;CCC.1995,comm.172.

²⁹³ Contrats,conc.,consom.1995,comm.n°172,obs.G.Raymond

未経験の農業従事者の貸付は、その主人の事業的活動を融資するためであり、夫人も、債務者の性格で契約するとき、かつ、夫人が、農業の職業に従事しないとき、1978年1月10日法律は、適用されるべきだ、とした。

コメント：本件において、L夫人は、農業事業者ではない。其の主人の事業活動のため融資する契約という事実は、重要ではない（indiférent）とした。

実際、L夫人は、本件において、夫婦両方の集合と考えられなく、むしろ、夫人と農業信用金庫との間の主契約は、農業の非事業的性格である。あるいは、結論としては、夫の農業的貸付契約は、夫人の個人契約に影響がない。

[34]CA Orléans, civ.sec.2, 19 sept.1995²⁹⁴（専門能力の有無）（訪問販売）（否定）

Lは、S会社に、事業を設立するためにマッサージ台 tables de massage6台を総額296500フランで注文した。

事業活動の需要のために行われた訪問販売であり、買い手は以前にこの分野の特別能力がないし、獲得した機材は、活動の拡張ではなく、機材の売買が、その分野でまだ素人の人により、活動の創設のために獲得された機材であり、その人は、売主に対して、消費者の性格を有するとした。

[35]CA Agen, 9 oct.1995²⁹⁵（訪問販売）

花屋 fleuriste が 遠隔監視の賃貸借契約。契約は、事業的事務所において、締結された契約は、訪問販売の消費者保護規定を適用する。

事業的事務所の監視機材の契約。

本件では、花屋経営する者が、賃貸借が、その事業的専門能力から離れ、そのため、契約締結場合、その他のいかなる消費者と同様な状態である。

[36]CA Montpellier, cham.1, 22 nov.1995 :Juris-Data n°1995-034317（専門能力）

S社の訪問販売で、建築事業を行うDと複写機の売買契約を締結した。同じ日にDは複写機の融資でU社と信用貸借契約を締結した。また同じ日に、Dは、機材の受領調書にサインした。その後、契約当事者に署名された書類の全部を受けた後、U社は、S社に総額3312032フランの代金を支払った。Dは、本件複写機が自分の需要に比べ非常に高性能のものであるため、S社に売買契約を取り消す通知をした。その後、Dは、本件機材を受け取るのを拒否した。

一審は、本件契約が、事業的活動の範囲内で締結されたものであるから、Dの請求を却下した。

控訴審は、以下のように認めた。Dが建築事業の範囲内で複写機を獲得したと異論ない。Dは1972年法が改正され、その事業活動と直接関係ない場合適用できると主張した。

判旨：1989年12月31日法律が実際、事業者がその従事する事業的活動の専門領域から離れる事業活動のために、物を獲得する時、消費者の保護を訪問販売された事業者へ拡張することを認めている。この場合の事業者が、その他の消費者と同様な無知情報にあるからである。

本件においては、Dについて本法を適用することができない。Dがその建築家の性格で、複写機の購入の時宜を判断するために必要な専門能力を有する。複写機の技術的性質につ

²⁹⁴ JurisData n°1995-048932; JCP G 1996,IV,1664 remise en forme .

²⁹⁵ N°1995-046797.

いては、建築家が熟知している。Dがすでに似たような機材を持っていたからである。判決は、本件が、1972年法と1978年1月10日法の適用がないとした。

(コメント：第一に、1972年法律は、消費者を保護するものであり、事業者買主が援用できない。例外は、獲得された物が、その専門的活動から離れる場合である。第二に、控訴審であるが、「直接関係」について初めての判断である。本判決の解釈によれば、「直接関係がない」＝「事業者がその従事する事業的活動の専門領域から離れる事業活動のために」。第三に、専門能力有無の判断として、Dが建築家であることから判断能力があること、と、似たような目的物をすでに持っていたこと、である。)

破毀院は「専門能力」基準から離れているが、下級審の裁判所では、引き続き、専門能力が用いられている。

消費信用では、依然、目的の基準が採られている。

[37]Cass. Civ.1, 8 juill.1997²⁹⁶ (消費信用)

自然人事業者に、保護規定を適用できるかどうか。

農業信用金庫 *Une caisse régionale de Crédit Agricole* が、夫婦二人と契約した。夫婦の一人は、商人である。当該信用が、その事業活動の需要のためである。非商人の夫婦一方が、1978年1月10日法律の保護を主張する。

破毀院は、判決において、この夫婦の上告を棄却した。

消費法典 L.311-3,3°は、事業活動の需要を融資するための信用取引を消費信用に関する規定の適用範囲から除外する。控訴審が、法律の適用範囲が、貸付の目的 *objet* により決定され、契約する者の人格 *personnalité* により決定されるのではないと認めた。本件貸付は、夫の事業活動の唯一の需要のためになされたため、控訴審の判断が正当であるとした。

[38]CA Douai, 21 novembre 2000²⁹⁷ (信用、保証)

娘と婿の商 *commerce* の需要のために、ある夫婦がその保証人になった。保証人により締結された保証契約がまったく商事的目的 *finalité commerciale* を有しない場合、消費法典 L. 313-10 条は、貸付の事業的性質の理由で適用できない。債務負担が、保証人の年収の7倍であり、その財力に比べると明らかに不均衡 *disproportionné* である。判決は、本件保証契約が商事的目的を全く有しないと認めた。

(コメント：この判決は、消費信用法の規定に形式的に反していると理解される²⁹⁸。本件の考え方は、不均衡に主眼点を置き、目的の商事性の有無を重視したと理解してもよい。)

[39]Cass.civ.1e, 15 mai 2001²⁹⁹

消費信用に関する規定は、貸付の保証契約は、事業活動を融資するために適用されない。本件二つの貸付は、事業活動のために機材の獲得する目的であるため、消費法典 L. 311-2

²⁹⁶ JurisData n°1997-003306 Revue de droit bancaire et de la bourse,n°62.1997,p.163.

²⁹⁷ JurisData,n°2000-155061; D.2001,AJ.,p.2127,obs.C.Rondey.

²⁹⁸ C.Rondey, D.2001,AJ.,p.2128.

²⁹⁹ JurisData,n°2001-009630.

と L. 311-3 条の適用ができないとした。

(コメント：実際、消費信用分野では、保証では、「事業活動のために」を容易に判示している)。

ここまでのものについて、まとめよう。

第一に、専門能力の基準によると、消費者概念の大きな拡張が可能である。当該取引について、自分の専門能力がないことであれば、消費者法の適用となる。また、同基準は、契約の目的 *objet* を問題としない。

第二に、1993 年以降、破毀院は、「専門能力」を放棄した。下級審では、依然、専門能力が適用されている。

第三に、専門能力について。「専門能力」を基準とし、非事業者を保護対象とする判事の考え方に対して、批判が寄せられる。彼らの反対理由としては、①そもそも、立法者が想定した保護対象は、消費者を保護するものであるので、この「専門能力」を基準とした考え方は、このような立法者の考え方とは両立しえない。②不当条項委員会は、事業者同士の間の契約について態度を表明することは授權してはいない³⁰⁰。③消費者協会 (association) は、「消費者の利益だけを保護することを使命である」という³⁰¹。L. 421-6 条によると、「慣習的に、事業者と消費者に提供された」ものであり、事業者間の契約が排除されるということである。④ 専門能力の基準が、もっとも極端のものであると指摘される³⁰²。

第四に、1993 年以降、「事業のために」が見られる。また、「事業者間」という理由で、直ちに消費法の適用が除外される場合がある。

(2) 「混合利用」

1) 「混合利用」に関する裁判例

[40] Cass.civ.3^e, 24 avril 1984³⁰³

不動産信用に関する 1979 年 7 月 13 日法律の適用を排除した。本件は、居住用の不動産および事業・居住の混合の住所に関するものである。

本件取引は、葡萄栽培の分野に関するものであり、居住の建物が付随的 *accessoire* しかないのである。そのため、消費者に予定される保護は、本件に認める余地がないとした。

[41] CA Grenoble, 13 juin 1991³⁰⁴ (混合用途) (不当条項)

DIAC 会社は、A と、車の貸借契約を締結する。1978 年 1 月 10 日法法の適用可能かどうかについてである。

裁判所は、A は、「専門的な商品知識を持った営業マン (technico-commercial)」で

³⁰⁰ Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, Les obligations. Le contrat : formation, par J.Ghestin, op.cit., n°595 ; L.Leveneur, obs.sous Cass.civ.1^{er}, 21 fév.1995 et Cass .civ.1^{er}, 24 jan.1995, Cont.Conc.Cons.1995, n°84, p.5.

³⁰¹ J.Calais-Auloy, Les clauses abusives : synthèse des travaux, in Les clauses abusives dans les contrats de consommation, Actes de la Journée d'étude du 21 mars 1997, I.N.C.Hebdo n°1015 du 12 décembre 1997, p.65 et s., spéc., p.69.

³⁰² J.-P.Chazal, Le consommateur existe-t-il ?, p.261, n°5.

³⁰³ Bull.civ., III, n°91, p.73.

³⁰⁴ JCP.1992, éd.G., II, 21819, note G.Paisant; J.C.P.1992, éd.G., II, 21834.

あり、企業に勤めているサラリーマンである。A は、私的目的で本件車を利用し、また、その事業の従事にも利用していた。この混合使用は、消費者の性格を失わせることは充分ではない。実際、事業者の性質で契約するのではなく、しかし、まずは個人的と家庭的な需要を満足する目的であり、かつ、DIAC 社に対して、**平等な状況**にあるのではない。したがって、不当条項法は、本件に適用できる。

（コメント：本件は、混合目的は、消費者の性格を失わせることができない。契約名義を重視し、かつ、当事者双方の状況を考慮に入れている。また、家庭的・私的利用は、事業的利用などに優位するのである。本件は、拡張的な概念をとったのは、その 1978 年 23 号法律の事業者への適用を認めるほかの判決の影響を受けているとされる³⁰⁵）。

[42]Cass.civ.1^{er},31 mars 1992³⁰⁶（混合用途）過剰負債

1989 年 12 月 31 日 89-1010 号法律 1 条と 17 条、個人と家庭の過剰負債に関する法律である。自然人、かつ、非事業者の負債としている。

控訴審は、Chenebras 夫婦が、手工業的活動を経営するのであると指摘し、1989 年 12 月 31 日の法律を適用することができない。夫婦の負債は、その大部分は事業的負債だからである。

[43]Cass.1^{er} civ.,7 oct.1992³⁰⁷ 混合目的

1979 年 7 月 13 日法律 2 条は、その適用領域は、事業的活動に融資する用途の貸付は除外されている。当事者が獲得した所有物は、農業的な所有であり、中には、住宅用と経営用の建物、および 140 ヘクタールの土地が含まれ、当事者は、農業貸借で、きじの飼育の 2500 平方メートル、多様な収穫をしており、住宅用の建物はその農業の所有の付属品になるのであるので、裁判官は、本件獲得は、1979 年 7 月法律の規定を適用しないと判示した。

[44]CA Paris,9 nov.1994³⁰⁸

P（夫婦）は、SBE 社との貸付で、車を購入する。P 夫婦は 1978 年 1 月 10 日法の適用を主張する。

パリ控訴審は、本件貸付けは、P とその配偶者の名義で作成されたものであり、融資の目的は、車であり、個人的かつ事業的な設備である。当該車は、事業 CT によって融資され、顧客はそれを利用して頻繁に旅行したり、移動したりする。しかし、車は、P 夫人の名義の下に置かれたものである。

これらの要素の全体は、貸付けで融資された車が P 男にとって、個人的同時に事業的な用途であり、P 女にとって、その主人の事業活動と完全に関係のない（étrangere）者であると結論付けられる。

1978 年 78-22 号法律 3 条は、事業活動のために融資した貸付けは、同法の適用

³⁰⁵ G.Paisant, note sous JCP.1992,éd.G.,II,21819,n°10.

³⁰⁶ D.1992,J.,318.

³⁰⁷ JCP G 1992,IV,2988 ;Bull.civ.I,n°244,p.161; CCC.1993,n°14,p.13.

³⁰⁸ CCC.1995,comm.n°40,p.18,obs.G.Raymond Raymond は、本件の判断は、車が事業的信用により融資されたという確認（事実）とは矛盾であるかと疑問しうる。

領域から除外される。同法の目的は消費者保護にあるのであり、其の適用について限定的に解釈すべきである。

その上、本件貸付けは、その大部分は、事業活動と関係のない個人的財のために融資したものであり、事業活動のために融資したものと考えられない。

1999年5月4日破毀院第一民事法廷は、混合目的の場合、目的基準を徹底して適用した。事業用兼私的利用の場合でも、否定される³⁰⁹。

[45]Cass.civ.1^e, 4 mai 1999³¹⁰ 混合用途、否定

Caisse de Crédit Mutuel (信用金庫)と Edouard Nowecki/Marcelle Dumonchy 夫婦とは、貸付契約をした。

控訴審³¹¹は、事業的使用のために車を購入するが、夫婦はその唯一な車であり、かつ、仮に Nowecki が出張代理販売員の職業活動のために、それを使うであっても、夫婦は、同時に私的使用にも利用しているのである。

破棄院は、控訴審を破棄した。車の購入は、その職業のために使用し、また、同時に、その私的利用のために使用する。事業活動の需要に融資する貸付契約が、法の適用除外。

コメント：本件では、車は、サラリーマンの需要でもあるし、日常的需要でもある。控訴審が私的使用を重視するということに対して、破毀院は、私的使用にも当てられたが、特に考慮に入れず、もっぱら、貸付の目的が事業的使用に車の獲得であると示している。本件は、形式上、事業的使用という目的を明示しているからである。この形式上の点を重視しており、事業用と私的利用との主従関係を考慮していないのである。)

[46]CA Aix-en-Provence, 26 mai 2005³¹²

弁護士は、ビデオシステムの貸借と遠隔監視サービスに関する契約を締結した。用途は、別荘を保護することである。この別荘は、主に住居するとともに、弁護士の事務所としたものである。

これらの二つの契約と、その事業活動と直接関係がない。この事業活動の範囲内に含まれる目的で行動しないのである、とした。したがって、消費法典の 132-1 条が適用できる。

(コメント：混合利用に、「直接関係」基準が適用される判決である。本件は主要・従属の考えい方をとっていない。一方、弁護士が私的利用と事務所という混合利用について、直ちに、ビデオの貸付と遠隔監視の契約が事業活動と直接関係がないと結論し、その判断方法として、目的について考慮した。また、本件では、弁護士の性格が考慮されていないことは、事業者と消費者とは対立しないことが示されているといえよう。)

³⁰⁹ しかし、他方、後述にも紹介するように、消費信用分野において、その活動の目的を立ち入らずに、協会を消費者と認めた。

Cass.civ.1^e, 10 juin 1997, D.aff.1997.954 ; CCC.1997, n°157, obs.G.Raymond.

³¹⁰ D.aff.1999, p.1073 ; CCC. 1999, n°165

obs.G.Raymond ; JCP1999, IV, p.2158 ; D.1999, I.R., p.170. RTDcom.2000.161, obs.Boulloc.

³¹¹ CA Dijon, 27 fév.1997

³¹² JurisData n°2005-279542 CCC.2006.comm.n°54, note G.Raymond.

2)、学説の見解

学説上、意見の対立が見られる。「混合利用」について、Calais-Auloy は、主要が、付随に優位するという判断を提示している³¹³。しかし、事業用と私的利用との主従関係の基準は、保険分野では保険料 la prime d'assurance が包括的 globale であるならば、それを適用するにはデリケートであるが、裁判上、混合利用の場合、買取人を消費者とすることが不可能ではない³¹⁴。

しかし、Paisant は、主従関係の判断基準に積極的な態度ではない。彼は、混合用途の契約について、副次的目的が主要的目的に服従するという判例の扱い方について、更なる検討の余地のあるとしている。彼は、やや厳しい。こう指摘する。「...これらの不明確や不都合を回避するために、消費者の概念から、一部でしかないだろう、その事業的利益の直接支えで振舞う者を排除することにあるというより根本的な解決の方がよいだろう」とする³¹⁵。

さらに、E.-M.Bey は、通常なのは、その個人的な自動車を、事業的移動のために利用することである。問題は、提起される：混合的自動車の融資が、1978 年法律の適用範囲に含まれるかどうかについては、信用契約締結の前に、目的物の予測的（推定的）利用の度合いに応じて、異なるべきだ³¹⁶。すなわち、契約締結前に、見通しの利用により判断すべきだという見解である。もし、その予測的（推定的）事業用の移動が、行程の長さで、私的移動を超える場合、1978 年法の強制に従うだろう。確かに、この様な基準は、実際に実施し難いであり、かつ、欺瞞を助長しうるが、付随理論から示唆され、合理的であるとしている。

3)、「混合利用」における EU 法の近時の態度

a、EU 判決

個人的利用と事業的利用の混合取引について、ヨーロッパ司法裁判所 2005 年判決 [47]CJCE 20 janv.2005, Johann Gruber 判決³¹⁷がある。

本件の事実は以下である。農業従事者が、その農場の屋根を修繕するために、ドイツのある会社から瓦を購入した。同農場は、居住用の部屋が 10 間であり、また、豚の養殖用、機械の倉庫と穀物の貯蔵庫は 1 間があった。同農業従事者の個人的居住とその家庭の居住は総面積の 60%を占めている。瓦は、明らかに裂けた。1968 年 9 月 27 日ブリュッセル条約 14 条 1 項（後に 2000 年 12 月 22 日 44/2001 号コンセコ命令 Règlement (CE) 15 条となる）の適用の可否についてである。

事業用と私的利用の今後利用があるため、本件ドイツ会社は、当該条約の 14 条を適用することができないと主張した。

ヨーロッパ司法裁判所は、部分的に事業的使用に割り当てられた物に関する契約を締結した人が、取引の国際的背景において、ごくわずかの役割を有するほどまで、事業的利用

³¹³ J.Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 8e éd.,2010,n°11,p.10-11.

³¹⁴ Jean Bigot,La loi Hamon et le contrat d'assurance,JCP.E.G.n°21-22, 26 mai 2014, doct.,634,n°2.

³¹⁵ Paisant, Essai sur la notion de consommateur en droit positif,JCP.éd.G.1993.I.3655.n°24.

³¹⁶ E.-M.Bey, De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine des opérations de crédit, JCP.éd.C.I.1978,n°12845,p.509,n°38.

³¹⁷ CJCE,20 jan.2005,CCC.2005,comm.n°100,obs.G.Raymond ;RTD civ.2005,p.353,note P.Remy-Corlay.

が副次的 *marginal* なものである場合を除いて、1968 年条約の適用がないとした上、本件契約が、同人の事業活動に関する需要をカバーするために締結されたか、それとも、事業的利用がごくわずかな役割 (*un rôle insignifiant*) を演じただけか、ということは決定的なことであるとした。そのため、書類の客観的に事実の諸要素の全体を考慮に入れる余地がある。逆に、消費者の性格を援用する人が、事業的目的で行動する印象を法的に生じさせるような方式で行動するかどうかを除き、契約締結時に、契約当事者の相手方が認識を有するできた諸状況あるいは諸要素を考慮に入れるべきではないとした。

本件取引の全体的背景において、ごくわずかな役割を有する点から、副次的な事業的使用を有する者だと認めていた。司法裁判所は、当該条約により用いられた諸概念が、原則的に条約のシステムと諸目的に参照して、その独立な方式 *façon autonome* で解釈されるべきだとした。本件判決の独自性が強調されることから、本件判決により採られた概念はが、消費法のその他の分野に拡張できないと推論されている³¹⁸。また、本判決の採られた基準としては、取引については、本質的に私的需要の満足をすべきだということ理解されている³¹⁹。すなわち、事業的な利用が無視できる程度であれば、消費者になる。

b、EU 指令

前記判決の考え方は、後に、EU 指令に受け入れられた。それは、2011/83/UE 指令である³²⁰。補充的な需要が主要な需要に吸収される考え方を探っている。事業的需要が制限されるならば、消費者と認めることを妨げない。というのは、混合目的の取引の場合、消費者概念は、「事業的目的が、非常に制限されているので、この事業目的が契約の全体的背景の中で優位的（主要な *prédominante*）ではない」という場合を包含できる、と規定されている。消費法が適用されるために、事業的活動の部分は、契約より満足される個人的需要との関連で、取るに足りないであるべきである³²¹。

また、EU では、指令の調和・統一をしよう傾向はあり、2011 年指令により実現されるようになった。

フランス国内の考え方やヨーロッパでは、混合利用の場合には、主要が従属を吸収するとされている。

³¹⁸ G.Raymond, note CCC.2005.comm.n°100.

³¹⁹ G.Raymond, note CCC.2005.comm.n°100.

³²⁰ C.Aubert de Vincelles, Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs !, RDC 2011, p.1224 et s., spéc., p.1227. 車を購入し、その用途は、事業的・個人的移動用の場合、もしその事業的目的が、制限されるならば、消費者である。2011 年指令は、消費者・事業者の定義を設けている。この定義がフランス国内に導入されたのであるが、これについては後述で紹介する。

³²¹ V., N.Sauphanorè Brouillaud, Les contrats de consommation, règles communes, LGDJ.2013, p.177. この考え方を引き継いで、ACQP 1: 201 et DCFR, art.I-1: 105(1): Groupe Acquis communautaire は、それ以降、消費者を以下のように定義する。「原則的にその事業的活動の範囲に含まれない目的で振舞うあらゆる自然人である。」

2、客観的基準：「直接関係」の適用

ところが、1990年代前半から、以上に見たように、時には、従来の基準を援用したことがあるものの、全体的には、専門能力の有無、と事業活動の範囲内の揺れ動きから離れ、破毀院は、「直接関係」という基準の適用によって、新たな基準が打ち出される。すなわち、主体（消費者）の性格やその主観的様態（目的）如何より、むしろ、事業との親疎関係に寄りかかるようになった。この意味では、客観的な意味を有するといってもよい。

1、「直接関係」の由来

まず、「直接関係」の由来を見てみよう。前文に挙げた裁判例にはあったように、「直接関係」という用語に触れた下級審判決が見られるが、法律により規定されたのは、1989年12月31日訪問販売法改正法である。

①訪問販売法における「直接関係」の確立

1972年訪問販売法は、1989年12月31日89-1008号法律（いわゆるDubin法）³²²によって改正された。同改正によると、1972年12月22日法律8-I-e条「...事業活動の需要のために締結行為を除外する...」から、「...活動と直接関係を有する行為を除外する...」（現行消費法典L.121-22,n°4条）という要件に変わった³²³。それ以降、訪問販売において、取引が契約当事者の従事される活動と「直接関係」を有する取引しか排除されないということになった³²⁴。

②立法者の意思

では、この1989年法によりなされた改正の意図は何であるか。一方、状況としては、同1989年法のタイトルに示されたように、小さな商事企業と手工業者の発展を配慮するためであり、それらの遭遇した困難について注意を喚起することである。それらは、実際、管理の機能不全を蒙っており、また、社会的保護の分野で深刻な不十分である³²⁵。

他方、この改正を通じて、立法者が、訪問販売法の適用範囲を拡張しようとする。当時商工大臣 le ministre du Commerce et de l'Industrie よりなされた解釈によると、同法による保護を、それらの活動と直接的に関連しない商品・役務の訪問販売について、消費者よりよい防御手段を持っていない農業者・商人・若しく職人に拡張することを望んで

³²² J.O.Ass.Nat. 27 août 1990,p.4055; Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique,juridique et social. JCP 1990, III, 63449.

³²³ 15条：Le septième alinéa e du paragraphe I de l'article 8 de la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile est ainsi rédigé: <<e> Les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole,industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession.>>売買・貸借、売買つき貸借が、農業・商業・工業あるいは手工業的経営あるいはその他のあらゆる職業の範囲内で従事された活動と直接関係を有するとき、除外される。

³²⁴ 「直接関係」の判断の困難さについては、R.Fabre, Analyse de l'article 15 de la loi Dubin,JCP.C.E,n°4.p.8,1990.

³²⁵ Réponses ministérielles aux questions écrites, Entreprises, Développement des entreprises commerciales et artisanales.L.n°89-1008,31 décembre 1989.Mesures en faveur des entreprises, du chef d'entreprise et de son conjoint, JCP.E.A.n°39, 1990,15858.p.559.

いる、という³²⁶。

訪問販売法は、改正された以前より適用範囲の広い概念を採用したといえよう。

2、裁判例における「直接関係」の適用

以上のように、「直接関係」が訪問販売に関する法規定に導入された。「直接関係」が、不当条項に関する法規定においては現れていない。裁判官は、「直接関係」を不当条項分野では用いるようになった。事業者を保護しようとする目的があるからである。また、破毀院は、直接関係の存否の判断に関して至上の権限を、下級審判事に与えた。

①、訪問販売分野における「直接関係」

訪問販売分野では、1996 年の二つの判決は、破毀院は、訪問販売された商人より締結された契約については、ビデオカセットの賃貸契約をした。この契約が「商的活動を従事することを可能にする、補充的であった」、同契約がその事業活動と直接関係があるとした。

[48]Cass.1^{er} civ.9 mai 1996³²⁷(訪問販売)。(直接関係) 法適用否定

Gは、商人 *commerçant* であり、訪問販売員により、貸借 *location* 用 200 カセットビデオの注文を締結した、かつ、「*point club vidéo*」の創設 *création* の契約を締結した。

契約が、商人により締結され、その商事活動を従事することを可能にするため、補足的であり、同法の適用除外 *exclusion* に属する。Gが最終的利用者に、カセットを譲渡するために、貸借契約を締結し、この中間的取引 *opération d'intermédiaire* の利益 *bénéfice* を引き取り、かつ、また、この契約が、商事経営の補充的活動を従事することを可能にする、消費法典 121-23 条の規定の適用がないとした。

また、上記 96 年 5 月 9 日判決を完全に踏襲したのは、1996 年 7 月 2 日判決である。

[49]Cass.civ.1^e,2 juill.1996³²⁸(訪問販売)(活動の拡張のために、契約) 法適用否定
訪問販売された商人より締結された契約について、ビデオカセットの賃貸契約。

Lは、タバコ・新聞雑誌の売店 *tabac-presse* を経営する者であり、DPM 会社とビデオポイントクラブの創設 *création d'un point club vidéo* 契約を締結した。12ヶ月期間で、大量のビデオカセット *un stock de vidéocassettes* の賃貸借をした。

本件契約が、商人により締結され、その商事活動を従事することを可能にするために、補足的であり、この除外 *exclusion* に属する。Lが最終的利用者に、カセットを譲渡するために、貸借契約を締結し、この中間的取引 *opération d'intermédiaire* の利益 *bénéfice* を引き取り、かつ、本件契約が、商事経営の補充的活動を従事することを可能にする、

³²⁶ N.Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, règles communes*, LGDJ.2011,n°11p.116.; JCP G 2003,I,170,chron.,de droit de obligations,J.Ghestin dir.,22,obs.N.Sauphanor-Brouillaud.

³²⁷ n°94-13098, Bull.civ.I,n°197 ;CCC.,1996,comm.n°117,note G.Raymond ;R.N.Defrénois 1996.p.1375,obs.Aubert. ; JCP.G 1996,IV,1440.

³²⁸ JurisData n°1996-002962;CCC.1996,n°176,p.18,obs.G.Raymond.

消費法典 121-23 条の規定を適用しないとした。

（破産院は、この契約が「商的活動を従事することを可能にする、補足的であった」、この契約が、その事業活動と直接関係を呈している、とした）。

[50] Cass. 1^{er} civ., 17 juill. 1996 ³²⁹ 直接関係（訪問販売） 法適用肯定

ビデオ・カセットのレンタルの商業を営む商人である M は、E B C 会社の販売代理人に訪問され、10438187 フランの価格で複写機の契約を締結した。Crédit de 1^{er} Est 会社は、M に信用貸借契約を通じて当該複写機の融資を保証し、総額 2.497,91 フランの割賦金 60 回をした。

控訴審は、複写機を購入する行為とカセットレンタル業に従事する活動と直接関係がないとした。

破産院は、まず、従事された活動と直接関係を有する場合、財あるいは役務の売買、貸借あるいは売買付き貸借は訪問販売に適用するルールに従わないとした上、控訴審を支持し、直接関係を有しないとされた。

（ビデオ・カセットのレンタル location de vidéo-cassettes の商業に従事する者は、カラー複写機を購入契約をした。それは、直接関係がないとした。本件から、第一に、不当条項分野でのこの限定的立場は、訪問販売法によりとられた立場と反対している。というのは消費法典 121-22-4 条により、直接関係は用いられているが、しかし、この条文は、訪問販売の広い概念のための基準として用いられるからである。第二に、直接関係は、訪問販売では、法適用の適用があるとされている。）

[51] CA Paris, 30 oct. 1996 ³³⁰ （法人。事業能力、直接関係。）

パリでガソリンポンプを営む会社 N は、訪問販売され、信用契約で遠隔監視とビデオカメラによる監視の契約を SET 社と締結した。契約は 48 カ月の期間で、その目的は、其の地方的事業の遠隔監視とビデオカメラによる監視を確保することである。

パリ控訴審は、消費者法典 121-22,4^o 条は、訪問販売に関する消費者保護に関するルールが商業あるいは手工業の経営の範囲において適用される。

本件において、ガソリンパイプを営む Nestor 社に締結された、遠隔監視とビデオカメラによる監視の契約が、非常に専門的な技術なので、この会社の事業的能力から離れるものであり、かつ、その従事している活動と直接関係がないのである。

そのため、Nestor 社は、CET に訪問され、他のいかなる消費者と同じく無知な状態にいるのである。

（この判決は、専門能力がないこと、「直接関係」がないことを考慮した。したがって、消費者である。会社に法が適用できるとした。）

[52] Cass. 1^{er} civ., 18 mars 1997 ³³¹ （訪問販売、直接関係） 法適用否定

保険代理業者 agent d' assurances は、JVD Electronic 社の訪問販売員より、電光新

³²⁹ JurisDatan°1996-003230; Bull. civ. 1996, n°7, I, n°331; JCPG 1996, n°43, IV, n°2175, p. 272.; JCP. éd. E. 1996, n°44-45, n°1146, p. 390.

³³⁰ Bull. inf. C. cass. 1997, n°327

³³¹ n°94-20956

聞 journaux lumineux の貸借契約 contrat de location を締結した。契約期間 48 ヶ月であった。

控訴審が、1972 年 12 月 22 日法律、1989 年 12 月 31 日の 8 条を引用して、至上に、本件電光新聞の貸借契約と保険代理業者活動との間に直接関係が存在すると認めた。破毀院は、控訴審の判断を肯定し、直接関係があるとした。

[53]CA Paris cham.25 sec.B,4 juill.1997³³²(訪問販売)(直接関係・法人) 法適用否定
雑誌関係会社Aは WEP FRANCE 会社と、アイスクリームの販売機の貸借契約と締結する。

パリ控訴審は、A社が、その法的代表人の人を通じて、本件貸借契約を締結した。この証書 acte の記載がその支配人をまったく表させない。法人の compte 口座で契約を締結する。その自身の名義で振る舞い、かつ、非商人の自然人の性格で振舞う。

このようなアイスクリームの販売設備が、A社にとって付属的給付 prestations accessoires へその活動を拡張することを可能にする。それは、主要活動との関係は、無視できない。なぜなら、より広範的・より若い顧客 clientèle plus vaste et plus jeune を迎えることが可能にし、雑誌・書籍の出版物 presse papeterie et librairie という主活動の顧客を増加する傾向がある。そのため、1972 年法は、適用できない、とした。

[54]Cass.1^{er}civ.,1^{er}déc.1998³³³(訪問販売、直接関係) 法適用否定

マッサージ運動療法士 masseur-kinésithérapeute が、M会社から訪問販売で、情動的ソフトウェアを買った。何日後、契約を取り消したが、M社は、ソフトウェアの支払いを求めた。

本件目的物が、手帳の管理、事前の契約の作成、請求書の作成と会計の管理の用途のためのものである。

控訴審(CA Toulouse, 3e civ.,9 janv.1996)判決は、M社の請求を棄却した。本件目的物の獲得が、事業的性質を有するのであっても、運動療法の活動と直接関係の存在を否定した。

破毀院は、運動療法の施術者により注文されたソフトウェアが、とりわけ、その会計 comptabilité の利用の目的を有すると認めたうえ、控訴審が、この獲得が、行われた職業と直接関係を有しない、かつ、消費法典 L.121-22 条の適用がある、と控訴審を肯定した。

[55]Cass.crim.29 juin 1999³³⁴(直接関係、訪問販売) 法適用否定

本件は、12 人の商人または職人 artisan が、訪問販売により広告契約を締結した。

会社の支配人 R が、édition de protège-annuaires により、広告を営む。プラスチックのカバー étuis plastiques を出版する。広告の挟みこみを印刷し、かつ、定期的に一定の決定された電話予約購読者に郵送する。広告スペースの購入契約。その契約書の中に、

³³² JurisData n° 1997-021751.

³³³n°96-13924,Bull.civ.I,n°339 ;D.aff.1999,p.117,obs.C.-R. ;JCP.1999,IV,1133 ;D.2000,somm.p.39,obs.J.-P.Pizzio.

³³⁴Juris-Datan° 002889 ; Bull.crim.,n°159 ;D.aff.1999,p.1326 ;Dr.pén.2000,n°6,obs.J.-H.Robert ;RTD com.2000,p.200,obs.B.Boulloc,;JCP éd.G.2000,I,235,n°7,obs.J.-H.Robert et M.Véron.

121-24 条移管して、撤回権の行使の formulaire を挿入してなかったと。

破毀院刑事部は、控訴審の判断を肯定した。控訴審が、買手がその商業的・事業的活動を知ってもらうために、電話帳のカバー利用者の顧客を増加する、かつ、その利潤幅を増加するために、広告の役務契約を締結した。各契約は、その事業活動を推進・発展するために、その事業的活動と直接関係を有する。控訴審は、本件契約が、消費法典 121-22 条 4 号に適用されない、とした。控訴審が、至上に、役務給付と応募者により行われた事業活動との間で直接関係を有する、とした。

(本件は、刑事部の判決である。破毀院刑事部は、何も加えていない。ただ、原審の至上の判断に従っただけである。)

[56]CA Toulouse, 28 juin 1999³³⁵

S 男は、94 年 5 月 19 日、サービスステーション (station service à Caussade) の管理人 (gérant) である。P 会社と 48 ヶ月期間の小切手の読取機械のメンテナンスと配置契約を締結した。また、同機材について、S は、L と貸借の契約をした。L は、S に支払いを請求した。

判旨：気化燃料の販売ステーションの管理人 le gérant d' une station de distribution de carburants にとって、小切手の読取機の使用、支払いの手段の多様化するために、客を増やせるために (小切手の読取を購入するのは、顧客のその費用の引渡しの支払いの手段を開拓する目的である。)。また、当該機材の貸借は、その従事している商業的活動との間に直接関係を有するのである。本件管理人は、全く電子決済や情報処理に関する専門知識がないという点は、重要ではない。設備の使用に必要としないし、また、この場合、具体的に焦点とならないとした。

(本件は、直接関係があるとした。判断方法は、事業の促進目的があるかどうかである。また、専門知識にも言及するが、重要ではないとした。)

[57]CA Paris, 17 sep. 1999³³⁶ (直接関係) (不当条項、一部は訪問販売) (法人)

CIPE 社は、PHARMACIE BOUCICAUT 社に、遠隔監視の訪問販売をしにきた。1995 年 6 月 27 日に、信用貸借の契約によって、PREFI 社は、PHARMACIE BOUCICAUT 社に、CIPE の推奨によって、機材を貸した。CIPE は、BOUCICAUT 社とメンテナンス (整備) 契約を締結した。本件の設置は、PHARMACIE 社の満足にはいかないので、同社は、支払いを中止した。

一審 1997 年 11 月 28 日 Paris commerce tribunal の判決によると、PREFI 社の支払い請求を棄却した。民法典 1148 条の規定に反すること、と貸主の維持義務の欠如のため、契約条項は、獅子条項や詐欺的条項である。

判旨：訪問販売に関する消費法典の規定は、同法典 121-22 条によると、事業者が自然人の住所に訪問した場合、適用される。本件においては、PHARMACIE BOUCICAUT という集団名称の会社は、訪問販売された。事実として、この法人は、二つの出資者 (自然人) でできている。この事実は、法人が適用される規制の適用領域において、本件契約にそれを適用することは充分ではない。したがって、消費法典 121-22 条に違反することは、理由がない。

³³⁵ Numéro JurisData : 1999-042420; CCC.2000,comm.n°119,obs.G.Raymond

³³⁶ JurisData,n°1999-024863; CCC.2000,comm.n°88,obs.G.Raymond ;D.1999,Ca.dr.aff.,A. J.,p.66.

遠隔監視の設置は、その経営している会社の事業的活動と直接関係を有するのである。そうすると、PHARMACIE 薬剤師は消費法典の 132-1 条に基づき、契約条項の無効を援用できない。なぜなら、PHARMACIE は、本件の提供が其の専門ではないであっても、事業者ではないと考えられないからである。したがって、契約条項は、この条文の意味上の不当かどうかを検討する余地はない。薬剤師の消費者性格を認めない。

(本件、パリ控訴審は、薬局が遠隔監視に関して専門ではないであっても、事業者でありうるとしたうえ、直接関係の存在を認めた。)

[58]CA Grenoble, 27 sept. 1999³³⁷ (専門知識と直接関係) (訪問販売)

医者 pharmacien が、その個人住居のために、医療事務所 cabinet médical の侵入・火災対処のために、それぞれ、信用供与賃貸借 crédit-bail で遠隔監視システムの貸借契約を締結した。

一審は、本件契約は、消費法典の 121-23 条以下の諸条件を違反するとし、契約無効。

判旨：すでに前例が判示したように、警報システムの購入は、商人にとって、其の事業の知識(能力)から離れ、他のいかなる消費者と同じ無知な状態にある。本件においては、その私的住居を整備するであれ、その医療事務所を整備するであれ、当該医者さんが同様な状況にある。本件において、取引は、同じ日に行われたものであるため、貸借された物の認識力に、時間は同じである。明らかに、遠隔監視の設置と火災に対する保護は、医療活動とまったく直接関係がない。

(コメント：本件では、裁判所は、「直接関係」の有無は、専門能力という主観的判断により導かれる。)

[59]Cass.crim., 9 nov. 1999³³⁸ (訪問販売)

Xら二人は自動車修理業者で、同時に、田舎飲食店 une ferme auberge を経営する。Ségé 会社と遠隔監視の契約を締結した。

破毀院は、それが、事業者の名義 à titre professionnel で契約を締結したであっても、役務の目的 l'objet de la prestation de service が、その活動と無関係 étranger であり、かつ、その活動を拡張・発展する効果を有しない。締結された契約は、その従事されていた活動と直接関係がないとした。

本件は、破毀院刑事部の判決である。

(その活動と直接関係を有しないと認めた。判断方法は、目的、と、事業を発展する効果があるかどうかによる。)

[60]Cass.com., 16 mai 2000³³⁹ (訪問販売) (従事している活動を促進するため)

薬局において薬品の広告を放送するための機材の貸借に関する事件。

G は、薬局 pharmacienne を経営するものであり、通信会社 S と契約する。その薬局の中で、広告と情報のメッセージを放送するため、データ通信ネットワークを購入した。

³³⁷ JurisData n°1999-102501; CCC.2000,n°88,G.Raymond.

³³⁸ n°98-85446

³³⁹ Numéro JurisData : 2000-002172,n°96-20376,CCC.2000,n°168,obs.G.Raymond.

この設備の融資のために、信用会社と信用供与賃貸借 *crédit-bail* 契約を締結した。

控訴審 (CA Rennes, 11 sept.1996) は、目的機材の主目的が、この薬局の経営を直接にできることに関しない認めた。

破毀院は、控訴審判決を破毀した。 1972 年法の 8-I-e 条 (消費法典 121-22 条となる) に基づき、「事業活動の需要のために」が除外されるとし、信用供与賃貸借 *crédit-bail* 契約の無効を認めるには、契約が、広告のネットワークの *images* の受領に割り当てられた情報機材に関するものであり、薬局 *officine* の活動と関係がなく、薬局 *pharmacie* の中で、G の訪問販売購入の後で締結した。また、本件機材は、薬学あるいは準薬学 *parapharmaceutiques* 製品の広告を *officine* 薬局の中で放送するために用いられるのであり、これにより、本件契約が、その商 *commerce* の活動を発展するから見て、薬剤師により締結されるものであるとし、消費法 L121-21 及びその以下の条文を適用することができないとした。

[61] CA aix-en Provence, 20 juin 2001³⁴⁰ 訪問販売

運動療法士 *kinésithérapeute*、事業的事務所の監視設備の購入。

監視設備の購入は、事業的事務所の用途のため購入した。そのため、直接関係の存在を認めた。

[62] Civ.1^e, 10 juill.2001³⁴¹ (訪問販売) 法適用否定

失業中の個人 L が、DGMP 社と、印刷設備と情報機材の *unité d'impressionnet du matériel informatique* 契約を、訪問販売で締結した。同日には、L が、Fedebail 社と、動産信用供与賃貸借 *crédit-bail mobilier* を締結し、書類が、設立中の印刷所の名義で作成した。しかし、L の企業の設立の計画が実現されなかった。消費法典 L.121-22 条と L.121-25 条に基づき、契約の取消しと代金の払戻しを求めた。

破毀院は、控訴審の判断を肯定した。控訴審は、この請求を拒否するために、本件機材の専門性と費用が、事業者しかに当てられないと認めた上、至上に、本件獲得は、買手の事業活動 (将来的であっても) と直接関係を有する。事業的専門能力の有無を考慮しない。

(本件は、将来的な事業のためであっても、保護されない。本件のような獲得は、まだ存在しない活動と直接関係があるという扱いは、理解できないとの批判がある³⁴²。その行為者の活動は、まだ十分に定着しないとき、専門能力のと事業者を伝統的に性質づける組織の諸性格は、理論的には、欠如する。 また、破毀院は、直接関係についての至上の判断を下級審に委ねるとしながら、それに違反すると³⁴³)。

[63] CA Chambéry, 26 sept.2001³⁴⁴ (訪問販売、専門能力)

³⁴⁰ 2001-148710

³⁴¹ JurisData n°2001-010603; Bull.civ.,I,n°209 ;RTD civ.,2001,p.873,obs. C.Rondey;D.2001,A.J.,p.2828,obs.C.Rondey ; JCP G 2002,I,148,chron.de droit des obligations,J.Ghestin dir.,obs.N.Sauphanor-Brouillaud ; D.2002,somm.p.932,obs.O.Tournafond ;LPA 2002,n°82,p.9,chron.de droit de l'activité professionnelle,note M.-H.Maleville ;JCP.2002.1291,note Dagorne-Labbé.

³⁴² obs.N.Sauphanor-Brouillaud.

³⁴³ obs.N.Sauphanor-Brouillaud.

³⁴⁴ Numéro JurisData : 2001-173689 ; JCP G 2002,IV,2645,

女性 J が、花屋の商 *commerce* を経営する。二つの私署証書により、F 社と貸借契約を締結し、また、T 社と小切手の読みきりの提供契約を締結した。T 社は 122-22 条 4 号の規定により、直接関係を主張した。

消費法典 121-22 条は、花屋 *fleuriste* により締結された小切手読み取りの *maintenance* 契約に適用できる。この器具の *capacités* 能力と性能の判断が、実際、文書処理と情報の認識 *connaissances* を要求する。それは、花屋の認識 *connaissances* を超えている。

(本件は、直接関係が導かれるには、専門能力が用いられる。)

[64]CA Chambéry, 24 sept. 2002³⁴⁵

クリーニング店に従事する女性 I は、T 会社と遠隔監視の賃貸借契約を訪問販売で締結した。

契約が締結するときには、I は、クリーニング店という小さな活動を私的名義で経営するものであり、経営が始まったばかりである。I の活動の類型は、設備、重要な価値を有する物がない。また、人里離れた場所で経営するのではなかった。したがって、I の活動は、遠隔監視あるいは特別な保護の必要がない。さらに、本件契約の目的は、T 会社がその商品のデモとレーションの目的もある。これらの条件で、本件遠隔監視設備の賃貸借契約は、I の手仕事の活動と直接関係を有しないとされた。

[65]Civ.1^e, 26 nov.2002³⁴⁶

婦人服仕立て屋 *couturière* を従事する商人が、ある会社と広告の挟込みの契約を締結した。

控訴審は、従事された婦人服仕立ての活動の広告をするために行われ、この活動は完全に、広告の職業 *métiers de la publicité* と完全に無関係であるとした。そのほか、婦人服仕立て屋が、その事業活動に従事するようであり、雇員 *salariés* を雇用していなく、かつ、あらゆる場合、その企業が、マーケティングまたは広告に関する役務を有しない。

破毀院は、本件契約が、婦人服仕立て屋の事業活動を推進するためであり、控訴審が、上記規定に違反した、とした。

(2002 年 9 月 24 日上記 Chambéry 控訴審判決は、広い解釈を与えようとする。直接関係を有するのは、契約当事者により従事された活動と同様な性質である。破毀院は、直接関係の概念を異なる方式で解釈している。それは、取引の目的を考えている。しかし、2002 年 9 月 24 日判決は、訪問販売者の状況を重視して考慮したといえる。)

[66]Civ.1^{er}, 8 juill.2003³⁴⁷ (訪問販売)

小教区の牧師が、信用供与賃貸借で複写機の契約をした。

破毀院は、控訴審が至上に、牧師の活動と直接関係が存在しないと認めた、とした。小教区 *paroisse* の司祭 *curé* の性格で、行われた司教活動 *l'activité pastorale* と、複写機の

³⁴⁵ JurisData n°2002-199714.

³⁴⁶ JurisData n°2002-016552; Bull.civ.I, n°290 ; CCC.2003, comm.80, obs.G.Raymond ; JCP G 2003, I, 170, chron., de droit de obligations, J.Ghestin dir., 22, obs.N.Sauphanor-Brouillaud.

³⁴⁷ JurisData n°2003-020124; JCP G 2004, II, 10107, note C.Duvert et N.Sauphanor-Brouillaud

獲得との間で直接関係を存在しない。本件契約が小教区の需要のために実現されたということは重要ではない。

(コメント:本件は、司祭の宗教活動を事業活動と判断しつつ、直接関係がないとした。直接関係の有無を考慮し、「事業のために」ということを判断要素にしていなかった。)

[67]CA Aix-en-Provence,civ.1 sec.D, 16 mars 2005³⁴⁸, (訪問販売)

Sは、理容師の職業に従事する者である。W会社によりSの理容室が訪問販売され、電子決済処理サービス services de monétique の契約を締結した。同契約の目的は、小切手の読み取りの設置と維持である。

消費法典の121-21とその以下の諸条文の適用を除外するために、事業者に締結された契約であることは充分ではない。小切手の読み取り機械の貸借契約と補充契約 le contrat de maintenance は、理容師により締結された。理容師が事業者という性格で締結された契約という事実は、其の活動と直接関係があると認定するには、それだけで、充分ではない。取引の目的 finalité を考慮することが不可欠である。この目的というのは、本件において、小切手の読み取り機が、理容師の事業活動を発展するには可能かどうか、また追加利益 bénéfices supplémentaires を実現することができるかどうかにある。仮に本件機材が、小切手の処理を簡易にすることができ、とりわけ、顧客により小切手提示および会計の際、時間の節約であっても、本件理容師にとって、それだけで、その顧客の増加を、さらに、そのサービスの質の改善をもたらすことができない。その結果、本件契約は、その理容活動と直接関係を呈していない。訪問販売法が適用できる。したがって、理容師は、消費法典121-22条の後悔権を援用できる。

(コメント:本件は、より立ち入った検討を加えた。判決によると、当事者の性格だけではなく、また、取引の目的にも着目する必要性が考慮されている。)

[68]CA Amiens, 1re ch. civ., sect. A., 6 avr. 2006³⁴⁹ (不当条項)

理容店を経営する人Rは、その理容店のために、ADT会社と遠隔監視の賃貸借契約をした。その事業活動と直接関係がないとした。

不当条項法の範囲に含まれないのは、契約がその事業活動と直接関係を有するのである。契約その自身により当事者の事業活動を発展するためにはない契約が、その事業活動と直接関係が含まれない。Rが遠隔監視の契約をし、かつ、それは、理容店の安全を確保するために遠隔監視の賃貸借をしたであっても、ADT会社は、これらの契約、とりわけ機材の賃貸借契約が、その自身により、理容店の事業活動を発展する効果を有する、言い換えれば、その潜在可能な商売 potentiel commercial を増加することについてまったく、証明していない。したがって、Rが、事業者としてではなく、消費者と考えられるべきである。

[69]CA Colmar, 11 avr. 2006,³⁵⁰(訪問販売、) L. 121-22-4°

骨董屋Oが、G会社と、商用インターネットウェブサイトを作るために、情報システムを与えた。機材の賃貸借契約を締結した。

控訴審は、消費法典121-22-4条を踏まえ、Oが、情報分野について、特別な技術専門

³⁴⁸ Numéro JurisData : 2005-277661

³⁴⁹ Juris-Data n° 2006-301483; CCC.2006,comm.n°212,obs.G.Raymond.

³⁵⁰ JurisData n° 2006-301431 ; CCC.2006,comm.n°212,obs.G.Raymond.

能力がまったくないということは否定できないにもかかわらず、本件賃貸された機材は、その自身の説明によると、商用のウェブサイトを作成するために、G 会社と「商事利益の契約」を同時に締結した。本件契約は、O の商事活動を発展するために割り当てられた本件契約がその活動と直接関係があるとした。

以上の二つの控訴審では、2006 年 4 月 6 日判決では、店を保護するために締結した遠隔監視契約は、その商売を発展するものと証明されないから、直接関係がないに対して、2006 年 4 月 11 日判決ではその事業活動を発展するためだから、直接関係があるとされた。事業（商的）活動の発展に資するか否かにより判断である。

[70]CA Metz, 5 oct. 2006³⁵¹. (訪問販売、直接関係の不存在)

La Sa Fontex は、音楽学校という協会 l'association de l'Ecole de Musique にコーヒー機のレンタルをした。

一審は、消費法典 L.121-21 と 121-23 条は、自然人しか対象としない。

本判決は、協会により援用されたのは、訪問販売法の規定であり、不当条項に関する規定ではない。ところが、121-21 条は、自然人に限定している。不当条項規定は、法人である協会に適用されるが、訪問販売分野へ拡張されることができない。

しかしながら、消費者保護の分野で伝統的に適用できるルールに従って、かつ、法律の反対の規定の不在で、当事者らが、それに属しない取引を、訪問販売に関する消費法典の規定に従う自由がある。その合意に明確する、または、消費法典の規定を対象とすることが十分である。そのために、契約が、訪問販売法のものに位置づけられる。本件では、当事者らが、意思的に、訪問販売法の規定に従うと考えるべきである。協会により従事された活動と、そのコーヒー機の賃貸借との間では直接関係が存在しなく、当該取引が、音楽学校の需要のために実現されることは重要ではない。したがって、消費法典 121-21 条の訪問販売法の適用を認めた。

[71]CA Limoges Cham. Civ, 21 Janvier 2010³⁵² (訪問販売、直接関係)

女性 A は、手当て受給者であり、客室 chambres d'hôtes に関するページを、訪問販売で、観光活動の案内を含むインターネットサイトを経営する S 社に依頼し、役務提供契約を締結した。

判旨：消費法典 L.121-22 条 2－4 項によると、直接関係があるのは、L.121-23、121-28 条の規定を適用しないを踏まえて、職業 *profession* の概念が法的に定義されない。上記条文と、消費法に依拠して判断されるべきである。同条文は、その事業活動の従事と直接関係での契約を除外する。農業、工業、商事、あるいは手工業的経営者、「あらゆる他の事業者」に従事する者である。したがって、その表現は、非常に広い、かつ一般的である。

客室を経営する行為は、消費法典 L.121-22 条 2－4 項の意味での事業活動と考えられる。仮に、付随的・臨時的な活動であっても、同条は、職業が主要的・持続的に行使されると要求していない。さらに、A は、その他の活動がなく、かつ、手当て受給者である。また、A がその活動がまだ始まっていない、準備段階にあると説明した。しかし、それは、決定的ではなく、なぜなら、本件契約が、その事業活動と直接関係で締結されたものであ

³⁵¹ JurisData n°2006-319673

³⁵² JurisData n° 2010-003731.

る。事者間で締結された、契約相手の事業的性質に活動を推進するための広告給付 une prestation publicitaire は、その事業活動と直接関係を有する。以上によって、訪問販売法の規定は適用されない、とした。

2、不当条項分野における「直接関係」

以下、不当条項に関する判決を見よう。

[72]Civ.1^{er},24 janvier 1995³⁵³

フランス電気会社 EDF と印刷会社 imprimeur との間で締結された電気エネルギーの提供契約である。EDF がその契約において責任限定条項をおいた。停電の被害があった。印刷会社が、EDF に対して損害賠償を求めた。印刷会社は、当該条項の濫用性を主張する。理由は、印刷会社がその活動の習慣的 habituelle 範囲外で締結されたため、消費者と性質付けられるべきということである。

破棄院は、1978 年 1 月 10 日法と 1978 年 3 月 24 日デクレが、契約当事者の従事された活動と直接関係を有する供給契約に適用されない、とした。

コメント：この 1995 年 1 月 24 日判決は、それまでに、不当条項分野では、専門能力という基準から離れ、かつ、破棄院は、初めて直接関係を不当条項分野に導入して援用することを標識していた。事業活動を経営するに可能とする用途の取引は、直接関係があるとした。

以降、1996 年 1 月 3 日判例と 1 月 30 日判例、二つが出された。下記二つの判決は、ともに、1995 年 1 月 24 日と同様な理由による。

[73]Cass.civ.1^{er},3 jan.1996³⁵⁴

瓶の製造を営む会社と、水道公共サービスに関する事件。鋳造ガラスのための工場の供水は、公共サービスは漏水修繕のため、中断された。そのため、工場の従業員は、必要な時に消火に努めることができないのである。会社は公共サービスの提供者に対して賠償を求め、断水を知らせなかったことを責めている。公共サービスは、会社に対して免責条項を主張する。

控訴審 CA Rouen 23 juin 1993 が、35 条の適用を否定し会社の主張を却下した。破棄院は、1978 年法 35 条の規定が後に消費法典の 132-1 条となる条文、及び 1978 年 3 月

³⁵³ n°92-18227,Bull.civ.I,n°54,p.38;J.C.P.

G.,1995,I,3893,obs.G.Viney ;D.1995,p.327,note G.Paisant ;

CCC.1995,comm.n°84,p.5,obs.L.Leveneur ;D.1995,Somm.com.,p.229,obs.Ph.Delebecq ue ;D.1995,somm.p.310,obs.J.-P.Pizzio ;Petites affiches 5 juill.1995,n°384,p.22,note J.Huet. ;RTDciv.1995,n°6,p.360,obs.J.Mestre ;

³⁵⁴JurisDatan°1996-000025;Bull.civ.I,n°9,p.6;D.1996,J.,p.228,noteG.Paisant ;D.1996,I .R.,p.47;JCP,éd.E.1996.II,830,noteL.Leveneur;J.C.P.1996,éd.G.,II.22654,noteL.Leven eur;J.C.P.1996,éd.G.,I,3929,obs.F.LabartheetG.Virassamy ;D.1996,som.com.,p.325,ob s.D.Mazeaud;CCC.1996,n°46,p.17,obs.G.Raymond ;D.aff.1996,Chr.,n°4,p.258 et chron.,n°10,p.289;REDconsom.1996.311;RTDciv.1996 ,n°6,p.609,obs.J.Mestre ;Defrénois 1996.766,obs.D.Mazeaud.

24 日デクレ 2 条が、契約当事者の従事した事業的活動と直接関係を有する財または役務の供給契約に適用されないとし、控訴審が本件会社はその瓶の製造の活動の正常実行において、大量な水を消費し、直接関係があると正當的に判断したと控訴審を肯定した。

コメント：この事件については、本件水提供の目的について、ほかの意見がある。すなわち、会社の事業活動のために水が提供されるのではなく、火災を抑える目的である、という捉え方が示されている³⁵⁵。

[74]Cass.civ.1^{er},30 jan.1996³⁵⁶ 直接関係（不当条項）

本件は、会社が顧客管理ソフトウェアを購入した事件。

A 社が C 会社の提供された情報システムを獲得するため、信用会社 E と信用供与貸借契約を締結した。C 会社は債務不履行があつて、A 社はこの二つの契約の解除を獲得した。連動的に、信用貸借の解除となる。E 社は、売買の解除の場合、信用貸借契約の条項の適用を主張した。

控訴審は、信用会社の請求を却下した。理由は、貸主は、その経済力を利用して、自分に過度な優勢を与え、かつこれらの条件において明白に不当となる条項を相手方に押し付けるからである。

破棄院は、「顧客マーケティングの管理」（gestion du marketing clients）ソフトウェアの獲得について判断して、A 社の顧客のファイルの管理を目的とするため、本件契約が、同会社に従事された事業活動と直接関係を有するとした。

以上の判決から、直接関係の判断については、1996 年 1 月 30 日判決は、顧客のファイルの管理のためが、従事している事業と直接関係があるとするのは適切なようである。しかし、1996 年 1 月 6 日判決の中で、水がないと、火災の対処できないという点は、判断が厳格になされすぎる。事業的目的から見ると、水の消費と火災とは直接関係がないという主張がある³⁵⁷。

[75]Civ.1^e,10juill.1996³⁵⁸（不当条項）

一般農業開発集団（GAEC）は、Irrivert 社から灌漑用の水撒き un pivot d' arrosage を購入した。瑕疵があるため、契約の解除を求めると同時に、責任制限条項の無効を求めた。

控訴審である Toulouse 10 mai 1994 判決は、当該集団 GAEC が消費者の性格を有し、本件条項が当該集団にとって抗弁できるものとした。

破棄院は、たとえ GAEC が消費者であると考えても、当該契約が買主の事業活動と直接関係を有するから、1978 年デクレと消費法典 132-1 条の適用ができないと判断した。

³⁵⁵ obs.F.Labarthé ,J.C.P.1996,éd.G.,I,3929.

³⁵⁶ n°93-18684,Bull.civ.I,n°55,p.35 ;JCP G1996, II,22654, obs. L.Lenéneur ; D1996, jur.p.228, note G.Paisant ;D.1996.som.com.,p.325,note D.Mazeaud ;D.aff.1996,chron.,n°4,p.258 et chron.,n°10,p.289 ;JCP.1996.I.3929,obs.F.Labarthé ;RTD civ. 1996, n°6, p.609 , obs. J.Mestre ;REDconsom.1996.311 ;CCC.1996.Comm.n°46,p.17,obs.G.Raymond ;Defrénois 1996.766,obs.D.Mazeaud.

³⁵⁷ obs.F.Labarthé et G.Virassamy ,J.C.P.1996,éd.G.,I,3929.

³⁵⁸CCC.1996,n°157,p.17,noteG.Raymond;n°94-16843,Bull.civ.I,n°318,p.222 ;D.1997,Som.com.,p.173,obs.Ph.Delebecque ; Dr. et patr.,nov.1996,n°1504,obs.Chauval.

[76]Cass.1^{er}civ.,5nov.1996³⁵⁹（契約の目的、直接関係）不当条項

皮革腕輪の製造会社が、電話機材の貸借をした。その従事される活動と本件契約とは、直接関係があるとした。

C 会社は、B 社に、期間 15 年の電話機材を貸借した。B 社は、解約を求めた。C 社は、契約の 8 条の適用を主張し、違約金を求めた。

控訴審は、B 会社、皮革の腕輪の製造者であり、電子と電話領域において特別的能力がないため、事業者と契約した消費者と考えられなければならないとし、消費法典 132-1 条の適用ができるとした。

破棄院は、控訴審を棄却した。B 社が電子・電話領域に関する専門能力を有しないことで消費者の性格を認めるものの、契約の目的物 (objet) は、B 会社の従事している**事業活動と直接関係**を有するので、本件契約は、不当条項法の適用を認めないとした。

直接関係については、Leveneur は、その基準は、非常に客観的であり、最終的には、事業的需要の基準と近似し、あるいは、1993 年 4 月 5 日 E C 指令の「事業活動の範囲内に含まれる」の基準と接近する³⁶⁰。

下級審判決もそれを採用した。

[77]CA Lyon,cham.3, 18 sep.1998³⁶¹

C は、そのスーパーレットの商 son commerce de superette の保護のために、TEP 会社と遠隔監視の契約を締結する。

消費法典 132-1 条は、1995 年 2 月 1 日法律から由来。同条に用いられる非事業者あるいは消費者の概念は、1993 年 4 月 5 日 E C 指令の規定に照らして解釈されるべきであり、同指令は、加盟国に保護の範囲を拡張する権力を与えており、フランス立法者が 1995 年に消費者の概念に、その商の需要のためであるが、その技術的専門能力に属しない分野の中で活動する商人を包含させようとする。本件では、遠隔監視の設置は、C の商店の安全を確保する用途であり、また、警報措置は、その売買用の商品の保護を保証するものとなり、かつ、機材が、その店を盗難リスクに対処するため、この機材の貸借は、この locataire の商事活動と直接関係を表す。したがって、遠隔監視契約に結び付けられる貸借契約が商事活動と関係を呈し、法律の適用範囲から除外される、と認めた。

直接関係の拡張

このように、以上の判例より、直接関係基準は、訪問販売の分野から、不当条項分野に用いられ、不当条項分野において、一般化する。それだけではなく、この直接関係という基準は、訪問販売分野、不当条項の分野のほか、その他（たとえば、契約情報提供義務）に用いられている。

³⁵⁹CCC.1997,comm.n°23,obs.L.Leveneur ;Bull.civ.I,n°377 ;CCC.1997.comm.n°12,obs. G.Raymond ;JCP.1996,IV,p.2545 ;D.1997,I.R.p.4 ;RTD civ.1997,p.424,obs.Mestre ;D.aff.1997.p.20.

³⁶⁰ CCC.1997,comm.n°23,obs.L.Leveneur.

³⁶¹ JurisData n° 1998-046911;CCC.1999,n°119,note G.Raymond.

[78]CA Rennes,30 jan.1998³⁶² (契約情報提供義務)

T 株式会社は、ホテルを経営しており、その事業所 établissement の販売促進を確保するために、写真を撮ってもらって、かつ、それを額縁屋 encadreur に送った。写真は、一旦額縁された後、顆粒状の様相を呈していた。同株式会社は、このリスクを告げなかったと主張した。

判旨：消費法典 L.111-1 の諸条文が「消費者を物若しくは役務の本質的（重要な essentielles）諸特徴を知ることができる状態に置く」と事業者を義務付けて、「これらの写真の額縁がAホテルを経営するX会社の活動と直接関係がないことを考慮すれば」、本件に適用できる、とした。

コメント：契約の情報義務に関するこの事件は、今まで、本件だけである。株式会社が、L111.1 条の適用ができるとした。この情報義務を認めるには、直接関係がないとする。

過剰負債へ

また、「直接関係」基準は、過剰負債分野でも援用されるようになった。

しかし、消費法典の規定を見ると、L.330-1 条は「... 自然人... 非事業的負債...」と規定しているが、それは、直接関係という用語はない。しかし、1999 年 3 月 24 日通達 circulaire は、「債務者により従事された契約活動と直接若しくは間接関係を有するあらゆる負債を事業者として考えられるべきである」と明らかにした³⁶³。ただ、それ以降の過剰負債に関する判例では、「直接関係や間接関係」を適用する判例がないようである。依然に、「事業的活動の需要」が用いられる

不当条項

[79]Cass.civ.1^e 23 fév.1999³⁶⁴ (直接関係)

クルーシング用の船のレンタル業者 loueur de bateaux は、借主による船の窃盗に備える保険 un contrat d'assurance を Y 社との間で締結した。その後、借主による窃盗が行われたため、X は Y に保険金を請求したが、Y は、窃盗の予防措置を講じていなかったことによって窃盗が生じた場合には、保険金を支払わないという免責条項に基づき、支払いを拒否した。X は当該条項の無効を主張した。

破棄院は、当該条項の消費法典 132-1 条に基づく無効について、X が締結した保険契約は、X の事業活動と直接的関係を有するため、L132-1 条は適用されないとした。

[80]Cass.com.1 juin 1999³⁶⁵ (不当条項) 直接関係肯定。

EML 会社は、5 年間の貸借契約で、放射線医学 radiologue を従事する B に、乳腺造影の設備 appareil de mammographie と放射線機材を貸借した。

(控訴審 CA Basse-Terre, du 22 avril 1996)

破棄院は控訴審の判決を破毀した。控訴審が消費法典 132-1 条は、事業活動と直接関

³⁶² JurisData n°1998-041130;CCC.1998,comm.n°152,obs.G.Raymond.

³⁶³ Circulaire du 24 mars 1999 sur la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers,prise en application du titre III du livre III du Code de la consommation,JORF n°86,13 avr.1999,p.5424, 2.2 章。

³⁶⁴ n°96-21744,Bull.civ.I.n°59 ;D.1999.IR.82 ;RGDA 1999,p.326,note J.Kullmann ;REDconsom.1999.284,note J.Franck.

³⁶⁵ 96-20.962。また、この判決については、大澤彩 303 頁に紹介されている。

係を有する契約には適用されないとし、放射線の職業の需要のために本件設備を獲得したにもかかわらず、条項が融資の事業者により消費者に押し付けられ、消費者となる。本件の二つの機材の貸借に関する契約は、直接関係があるに鑑み、控訴審は法違反した、とした。

商事法廷は、両会社の間では、「習慣的事業関係」により、不当条項法の適用を否定した。

[81]Cass.com.23nov.1999³⁶⁶

会社 M は、印刷会社 G に、印刷目的でフィルムを預けた。同印刷会社は、フィルムを返還せず、その損害賠償責任を避けるために、免責条項を援用した。

控訴審 (CA Nancy, 12 sept. 1996) は、本件契約が両商人の間で、その習慣的事業関係の枠内において、締結されたものであり、そこから、1978 年 3 月 24 日デクレ 2 条が適用されないとした。破毀院は、控訴審の判断が正当であるとした。

本件破毀院商事部判決は、直接関係基準を用いていない。両商人の間で締結された契約は、「慣習的事業関係の枠内に」あるとした。商人間是不当条項法に適用されないと。

[82]Cass.com.14 mars 2000³⁶⁷ (不当条項)

公認会計士 expert-comptable が、S 会社の情報ソフトウェア logiciel informatique を購入した。

判決は、1978 年 1 月 10 日法律 35 条は、契約当事者により従事した事業活動と直接関係を有する物または役務の提供契約に適用されることができない、とした。

[83]Cass.1^{er} civ.4 déc.2001³⁶⁸。(直接関係) 法適用否定

農業開発団体 GAEC は、その経営の需要のために、プラスチックのフレームの温室 serres couvertes de bâches plastiques の提供・設置を獲得した。消費法典 L.132-1 条の適用の有無に関するものである。

この条項を濫用的と考えるために、控訴審が GAEC が無専門能力であるとし、締結された契約と GAEC の事業活動との間に直接関係の不在を指摘していないため、控訴審が同条からその判決に法的基礎がない、と破毀院は判示した。

[84]Cass.1^{er} civ.22 mai 2002³⁶⁹

薬剤師が信用貸借より、レジャー用ヨットを貸借する。免税の取引を行う目的である。信用契約の締結において、ボート bateau の事業的賃貸人であると薬剤師が明言していた。ヨットのリース契約を銀行 Y との間で締結した薬剤師が、同リース契約における複数の条項を消費法典 132-1 条に基づき、無効であると主張した。

³⁶⁶

JCP,2000.II.10326,note J.-P.Chazal ;JCP,éd.E,2000.463,note Ph.Neau-Leduc ;CCC.2000,n°69,note G.Raymond ;CCC.2000,n°40,obs.L.Leveneur.

³⁶⁷ n°97-16299; JCP G 2000,II,10367,note G.Paisant; BRDA 2000,n°8,p.10.

³⁶⁸ JurisData n°2001-012189。大澤・304 頁。

³⁶⁹ Bull.civ.I.n°143 ;Gaz.Pal.2003.Somm.1189,obs.D.Guével;LPA 25 mars 2003,obs.D.Robine ;RTDciv.2003.90,obs.J.Mestre ;REDconsom.2002,137,note Bernardeau ;D.2002,A.J.,p.2052.

破棄院は、直接的関係の有無を判断するにあたって、薬剤師自身の税務関係書類の記載から薬剤師が事業のために契約を締結していたことを考慮に入れている。破棄院は棄却し、理由として、「控訴審が、至上的にこの直接関係の存在を採って、税的行政の意図に立てられた資料によると *selon le document établi à l'intention de l'administration fiscale*、当事者がボートの事業的賃貸人の性格で本件取引を締結したと指摘する」とした。

本件は、薬剤師の性格は、争点になっていない。その薬剤師の事業と本件契約の関係は問題になっていない。その代わりに、本件、問題となったのは、契約において明言されたボートの事業的賃貸人の性格である）。これについて、直接関係の基準の「*artificielle* 人為性」³⁷⁰側面を有すると指摘されている。

[85]Cass.1^{er} civ.5 mars 2002³⁷¹ 直接関係 法人

土地貸借会社 S は、商事部に属するのであり、R 水会社と使用契約 *un contrat d'abonnement* を締結した。1989 年の後半に、水の請求書から、前半よりかなり大量の水が消費されたことは明らかされた。調査すると、企業とメータとの間の支管に漏水があったとわかった。S 会社は、R 水会社を起訴し、不当の返還請求をした。R 社は、契約条項がこのような請求を禁止すると反論した。S 会社は、同条項が濫用的であると主張した。

破棄院判旨：控訴審が消費者が、この法文の意味で、其の職業の範囲内で、専門能力の習慣的範囲外で行動し、その他の消費者と同様な無知状態にある者と考えられなければならないとし、本件 S 会社の場合、これに当たるとした。しかし、控訴審は、本件供水契約と当該契約の活動と直接関係があるかどうかについて検討せず、単なる確認 *affirmation* により意見表明し、控訴審は、その判決に法的な基礎がないとした。

[86]Cass.civ.2^e,18 mars 2004³⁷²

本判決は、事業的貸付に付随する保険契約に関するものである。F は、営業権 *un fonds de commerce* を経営する目的で、店舗用建物の占有権の獲得、店舗の改装また機材の購入を融資するために三つの借金を締結した。さらに、彼女は、死亡または廃疾の場合、その借金の返済を保証するために、融資機関により締結された保険に加入した。長い間病気で、彼女は、保証 *garantie* の履行を保険業者に求めた。保険業者から拒否を受け、理由が、彼女が契約条項により記載された諸条件のひとつを満たさないという。彼女がなくなった後、相続人らは、保険業者に支払いを求め、同条項は消費法典 L. 132-1 条の意味から濫用的であると主張した。

破棄院は、消費法典 132-1 条の規定。それらは、契約相手により従事される事業活動

³⁷⁰ Sauphanor,2013,p.137.

³⁷¹ JurisData n°2002-013317;Bull.I.n°78 ;RTDciv.2002.291,obs.J.Mestreet

B.Fages ;JCP.2002.II.10123,note

G.Paisant ;CCC.2002.Comm.118,noteL.Leveneur ;Gaz.Pal.2003.Somm.1118,obs.D.Guével.

³⁷² JurisDatan°2004-022848;Bull.civ.II.n°136 ;D.2004.AJ.p.1018,obs.C.Rondey ;JCP.G.2004.II.10106,note D.Bakouche ; JCP.2004.I.173,chron.,n°5,obs.N.Sauphanor-Brouillaud ;C.C.C.2004.Comm. n°76,obs. L.Leveneur ; CCC.2004.Comm.n°100,note G.Raymond.

と直接関係を有する物や役務の提供契約に適用されない。保険契約が、un fonds de commerce の経営の需要のために、借手により、締結された事業的貸付に付属的 *accessoire* である、消費者らに適用できる不当条項法に属しない。控訴審を破毀した。

つまり、その他の契約が事業目的で締結されたものであり、ある条項が、その他の契約に付属する契約に含まれたとき、消費法典 132-1 条の適用を除外するとした。

(コメント：第一に、本判決のロジックによると、まず、132-1 条が直接関係の場合、適用されないとし、契約が「習慣的な事業関係 *relations professionnelles habituelles*」の枠内において締結される場合、その関係 *lien* は必然的に直接的であると判断した。第二に、本件係争の保険契約が、その他の（事業目的の）事業的貸付契約に付属するものであるので、本件契約が事業的目的を有する契約とした上、それが必然的に関係がある。第三に、将来的であっても、直接関係があるとし、法適用が除外される。「将来的事業」について否定したのは、2001 年 7 月 10 日破毀院判決と一貫している。)

[87]Cass.1^{er} civ.27 sep.2005³⁷³ (直接関係、事業者へ拡張)

フランス陸上競技連盟 (FFA) (*association*) が、其の活動の練習条件を改善するために、Comptoir des entrepreneurs (la société Entenial aux droits de laquelle vient le Crédit foncier de France とする) と、借金 (金銭貸借契約) をした事件である。

(控訴審 Versailles, 31 janvier 2002 は F F A の請求を却下した。理由は、FFA が消費者ではないと。)

破毀院の判断：F F A がその活動の範囲内で、借金契約をした、F F A の練習条件を改善するために。この協会の事業活動と貸付契約との間に、直接関係が存在する、とした。

FFA は、事業活動を従事しているのである。本件消費貸借契約は、事業の実行条件をよくするためという事業活動の一環としてなされたものであり、同事業活動と直接関係を有するからである。破毀院は、当該契約に、消費法典 132-21 条及び其の以下の諸条文の適用を否定した。

コメント：この判決が伝わったのは、協会の事業活動を実現するであれ、無償の目的であれ、本件契約と直接関係の存在を決定するには、考慮すべきのは、その活動の性質である。F F A が団体である。しかし、本件は、団体という性質により否定されるわけではない。事業的なものであるからである。この意味では、その基準は、団体であるかどうかという性格にかかわらず、事業的団体と事業的自然人とはい、同様な基準に依拠するということができる。

[88]Cass.1^e civ.,11 déc.2008³⁷⁴

³⁷³ JurisDatan°2005-029908;n°02-13935,Bull.civ.I.n°347 ;D.2005.Jur.p.238 note Y.Picod ;D.2005,AJ,p.2640,note X.Delpech ;D.2005.4097,concl.Sainte-Rose ;CCC.2006.Comm.n°2,note L.Leveneur ;CC C.2005.Comm.p.215,note G.Raymond ;JCP.2006.I.123,chron.,n°1,obs.N.Sauphanor-Brouillaud ;Defrénois 2005.p.2003,obs.E.Savaux ;Defrénois 2006.p.332,note S.Piedelièvre ;RDC 2006.p.359,obs.M.Bruschi.

³⁷⁴ JurisData2008-046239;n°07-18128,CCC.2009,comm.p.69,obs.L.Leveneur ;JCP E 2009,1278,note G.Raymond ; 2 avril 2009, CCC.n°6, juin 2009 ,comm.182,G.Raymond;G.Paisant, JCP G n°38 du 14 septembre 2009.

E 会社は S 会社に、その店舗に熱い飲料の自動販売機を設置・経営してもらう契約を締結し、契約期間は 5 年である。この契約には、自動販売機の経営者に有利な排他的な条項が含まれる。その後、E 社は、その店舗に、もうひとつの機会の設置を授権し、競争相手により経営される。S は、E 社に競争的な機材の設置を理由に、排他の条項の違反を主張した。E 社は、当該条項が濫用的なものと主張した。

控訴審 Besançon は、「委託契約の締結の範囲内において、いわゆる契約の目的は、厳格的に、その活動とまったく関係がない」と判示して、不当条項法の適用を認めた。委託契約の締結の範囲内において、S 社は、単純な消費者と考えられなければならない。当該契約の目的は、厳格的には、その活動とまったく関係がないのである。

破毀院は、不当条項の規定が、商事会社の間で締結された物あるいは役務の提供契約に適用されないとし、控訴審が、同条に違反したと判示した。

コメント：破毀院は、商業会社 *les sociétés commerciales* は、消費者ではないという点は、前掲 1996 年 7 月 10 日破毀院判決と同様な趣旨である。破毀院は、「直接関係があるかどうか」を判断するまでには至らず、商事会社が消費者ではない、とした。

本件は、一方、控訴審の焦点であった「直接関係」について直接関係について、判断をしていなく、他方、商事会社が消費者ではない、と明らかな態度である。

この判決から、(商事) 事業活動を従事する法人は、締結される契約が、その活動と直接関係と呈しているかどうかという点について問われる必要がなく、消費法の保護の適用が除外される。

[89]Civ.1^e, 6 sep. 2011³⁷⁵ (契約の黙示更新、情報義務提供の違反) (直接関係ではない) 非事業者

K 社は、O 社と、黙示の更新の可能性付き、期間一年間の役務給付契約を締結した。

役務給付契約は、二つの商事会社の間で締結された。黙示の更新の可能性と一年の期間。契約の更新についての異論 *contestation* は、O 社が、消費法典 136-1 条の規定を主張し、同条によると、事業者の課された情報の違反の場合、消費者と非事業者は、あらゆるときに、更新日から、契約を終了することができる。

控訴審判事は、本件では、会社が、非事業者の状態にあると考えられ、なぜなら、専門能力の分野に介入しなく、かつ、給付会社 *la société prestataire* の専門の中に介入しない。そのため、消費法典 136-1 条は、それに適用できる。

破毀院は、消費法典 L. 136-1 条、もっぱら消費者と非事業者に適用されるものであり、商事会社間で締結される契約に関しない、とした。控訴審が同条に違反するとした。

上記 2001 年破毀院判決と連続的である。商事会社間の契約は除外されている。

[90]Cass.civ., 1, 2 Juillet 2014³⁷⁶

私署書証により、農業従事者は、ある協会と役務提供契約を締結した。契約には、自動更新条項に関するものである。原審は、本件農業者が消費者の性格を有するとしたが、破

³⁷⁵ Jurisdata , n°2011-018285 ; CCC.2011.comm.248 ; JCP G 2011, note 1203, G. Paisant ; D.2011, p.2198, obs. X. Delpech.

³⁷⁶ JurisData, 2014-014910.

毀院は、本件契約が、本件契約がその企業の会計と管理のためであり、したがって、原審を破毀した。L.136-1 条は、事業者がその活動と直接関係の有する役務提供契約に適用されないとした。

直接基準は、消費信用にも用いられる。

[91]Cass.1^{er} civ. 4 juin 2002 (消費信用)

Abice 会社は、信用会社である Ford と信用供与賃貸借 crédit-bail 契約を締結した。
(本件控訴審、CA Versailles 20 novembre 1998)

上告理由は、以下のこと主張：控訴審が、①Abice 会社が其の職業の需要であるにもかかわらず、その商業に必要な一般的専門能力の範囲外で契約を締結したのであり、この技術的な領域において当該会社が単純な素人の消費者となる、という点について、判断しないことで、控訴審は、民法 2011、2013 条、消費法 311-3 と 311-37 条に関して、法的基礎を与えていない。

②信用貸借契約と其の事業活動と直接関係あるかどうかについて、判断しないことで、上記条文に関して、控訴審判決は法的基礎がない。

破棄院は、控訴審は、Abice 社の活動と信用取引の直接関係について、考察しないのである。次に、消費法典 311-2 条と 313-7 条の組合せから、消費法に従う信用取引そのものの履行を保証する保証契約が消費法典の諸規定にのみ従うと導くことである。

小括：

第一に、最初の時期は、専門知識の有無を基準として、事業的需要の目的で活動する事業者まで、消費契約に関するルールを拡張していた。90 年代に半ば、破毀院は、この基準を放棄していた。1989 年訪問販売法改正により導入された「直接関係」(L. 121-22)。それは、1995 年以降、訪問販売と不当条項に関する分野では、ほとんどの場合、破毀院より、新たな基準として、依拠されるようになった。そして、その他のいくつかの分野に広がりつつある。

また、将来的な事業についても、消費者法の適用が認められない(たとえば 2001 年判決)。直接関係については、契約の目的や事業的目的より、むしろ、契約当事者の行動の判断にはその根拠が存在すると指摘される³⁷⁷ことがあるが、目的基準と近似していると³⁷⁸。また、2002 年 5 月 22 日破毀院判決であり、それによると、直接関係の基準は、相対的なものであり、かつ、決定的なのは、人の行動であるとされている³⁷⁹。

第二に、直接関係の判断方法

判例は、さまざまなものを提示している³⁸⁰。その判断方法は、その中で、「目的」、すなわち、自分が従事している事業のために契約するということから、取引が、その活動を容易にしたかどうか、その事業の従事を改善したかどうかより、直接関係が存在すると導

³⁷⁷ F.Béranger, 2007,p.338.

³⁷⁸ Leveneur,

³⁷⁹ F.Béranger, 2007,p.338.

³⁸⁰ X.Henry, Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité , D.2003.chron.p.2557.破毀院は、事業活動について定義していないこと、と、直接関係の不完全な定義をしていることである。次に、下級審について。直接関係ではなく、一般法の利用を主張している。

くのは多かった。判断の不一致が見られ、特に、下級審判決では、事業目的、事業需要、事業従事の範囲内、また、直接関係だけではなく、専門能力と合わせて考慮する事件が見られる。あるいは、専門能力から、直接関係が導かれる下級審が見られる。

第三に、破毀院は、直接関係の至上の判断権限を下級審判事に与えてるが、相違・矛盾な結果ができる。そのため、破毀院は、一定程度の介入が見られる³⁸¹。たとえば、「法的基礎がない」などにより制限を欠けている。前述の2002年11月26日判決は、破毀院は、下級審の判決を破毀し、下級審が法違反していると判断した。これは、ある意味では、破毀院は、下級審の至上の権力を破ることである³⁸²。

第四に、1995年から、不当条項分野では、直接基準の適用。しかし、以降は、この直接関係基準を援用せずに、事業者を排除することも見られる（たとえば、2008年12月11日判決）。

第五に、直接関係という基準は、拡張的な余地がある基準として、提示されている。しかし、この直接関係の実際の判断においては、直接関係があると判示する破毀院判例は、きわめて多数である。事業に従事する者であれば、その直接関係性が認められがちだからである。このような扱いは、消費者の広い概念の可能性を与えているものの、判断には厳格の概念に接近していることも否めない。実際、今日の裁判例は、消費者の概念について、厳格に *strictement* 解釈されている、つまり直接関係のある契約に適用しかねる³⁸³。

②原因

このことはなぜであろうか。

1990年代以降、特に、1995年以降、フランス判例は、概念の理解について、やや収斂が見られる。このことは、いくつかの原因が考えられる。

まず、1993年に、不当条項に関するEC指令は、その職業に無関係の需要のために契約締結するものと自然人と定義する（同指令2条）³⁸⁴。フランスでは、判例は、まもなく、この指令に追従していた。1993年に、不当条項に関するEC指令は、概念を採用した、その職業に無関係の需要のために締結する者であるという定義。フランス判例は、まもなく、EUの動向に従った。

第二に、消費法典化の影響である。統一的な基準を目指そうとしているからである。

・「直接関係」に対する学説の見解

³⁸¹ これについては、G.Paisant, *À la recherche du consommateur, pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du rapport direct*, JCP.éd., G.2003, I, 121.

³⁸² 2002年11月26日判決、obs.G.Raymond, C C C.

³⁸³ しかし、F.Bérenger は、直接関係の基準は、厳格の適用を認めることなどまったく考えていなく、かつ、直接関係の基準は、拡張的解釈に非常に抵抗し難いという見解を示している。F.Bérenger, 2007, spéc.n°452, p.340. さらに、直接関係の基準について以下のような評価を加えている。直接関係の基準は、「事業者に保護を確保しており、かつ、特別規定をアプリオリに真正の消費者ではない契約当事者に適用するという唯一な目的において、特別ルール of 拡張を行うことができる工具」であると捉えている (F.Bérenger, 2007, n°453, p.341.)。

³⁸⁴ 以降、今日まで、ヨーロッパのいくつかの指令は、基本的には、この指令の概念定義を踏襲している。すなわち、厳格の概念を採っている。

実際、以上に見たように、判例は直接関係を用いて一定の安定性を図ろうとする。ただ、直接関係の基準は、判例では、同様な状況の事例で、時には肯定、時には否定する。判決自身は、安定していないようである。また、この直接関係の基準は、以下のいくつかの視点から、学説からの批判が多い。見てみよう。

厳格の消費者概念を唱える Calais-Auloy は、消費者概念について、直接関係基準について批判的な意見を投じている³⁸⁵。「われわれは、この概念 conception(消費者の厳格の概念)を賛成し、かつ、破毀院が「直接関係」の表現を放棄することと望む。この直接関係は、無用であるようであり、かつ、それは消費者概念の明瞭 clarté を害するリスクがある」³⁸⁶と説いている。すなわち、その職業の需要のために振舞う人は、まったく、消費者と考えられないと。消費法が、強者に対して弱者を保護するものであるとされている。カレオワロの見解によれば、この「直接関係」は、消費法の基礎である「強弱」の問題と分離していると考えているからである³⁸⁷。N.Sauphanor は、より遠くいつている。直接関係の基準の廃止を主張する³⁸⁸。直接関係という基準は、訪問販売と不当条項分野において、その解決の相違(食い違い)が生じかねないからである。同様な行為は、時には適用、時には排除されるため、正当化し難い。特に、企業者の活動、日常的な取引においても、このような取り扱い方の相違が、明らかである。法的不安全になりがちである。不当条項分野において、事業者に保護を与えようとするが、直接関係というのは、第一に、「下級審判事の至上の判断により、予測不能であり、かつ、現実ではない ineffective。」、第二に、「全体的に、ほとんど、無専門能力という基準で判断した時期では、より保護を受ける機会があっただろう事業者に、かえって不利に働くこと」となった。第三に、一貫性を欠いていることである³⁸⁹。その上、Sauphanor は、訪問販売分野の、その活動と直截関係を有しない分野で取引する自然人の除外を規定する消費法典 121-22, 4° 条が削除されるべきだという³⁹⁰。また、J.-P.Chazal は、ほぼ Calais-Auloy と同様な理由で直接関係に対して批判する³⁹¹。Chazal によると、直接関係基準が、消費法を変質させる。なぜなら、もし、消費法が、強者に対して弱者を保護すべきというものであるならば、直接関係基準が、いかに、強者・弱者を区別できるかを見ないと主張し、彼は、その代わりに、彼の提案は、明らかな不均衡を呈する合意において性質付けられるレジオンの傾斜により、一般法の利用を提案する³⁹²。D.Mazeaud は直接関係の基準について、消費者のみに規定されたものであるという立場とすべての契約当事者に、契約の交渉を支配する不平等の関係という理由で、契約不正義を蒙るすべての契約当事者に保護適用という立場との「中間的道」と評価している³⁹³。判例は、事業者を排除しない、なぜなら、それらが事業者であるが、唯一のは、もし締結された契約のオブジェが、その事業活動と直接関係がある場合

³⁸⁵ J.Calais-Auloy et H.Temple,Droit de la consommation, 8^e éd.,Dalloz,2010,n°178,p.213. ; Calais-Auloy, in Les clauses abusives dans les contrats de consommation :Actes de la Journée d'étude Reims,le 21 mars 1997.

³⁸⁶ J.Calais-Auloy et H.Temple,Droit de la consommation, 8^e éd.,Dalloz,2010,n°178,p.213.

³⁸⁷ J.Calais-Auloy ,°13,p.12.

³⁸⁸ N.Sauphanor,2013,p.185.

³⁸⁹ N.Sauphanor,2013,p.184-185

³⁹⁰ N.Sauphanor,2013,p.186.

³⁹¹ J.-P.Chazal, n°10.

³⁹² Le consommateur existe-il ?,p.264,n20.

³⁹³ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation,RTD com 51.1.1998,n°12,p.101.

だからである。すなわち、Mazeaud は、事業者が消費法適用の可能性を肯定し、かつ、事業者をカバーするには直接関係の有用性を否定しない。しかし、破産院が直接関係の適用について非常に厳格であること、この直接関係の基準は、幻想 *leurre* であると強調する³⁹⁴。

フランス法における「消費者」「保護」の根拠

以上のように、フランスでは、「消費者」保護の根拠は明示されてない。判例上、「消費者」「保護」の根拠は、動揺していた。二つの思想が伏在しているのではないか。ひとつは、「消費行為」に立脚する。もうひとつは、「弱者保護」である。

保護根拠は、情報力・交渉力の不均衡であるか、それとも、経済的力の不対称であるか、その他であるか。これについては、フランスでは、必ずしも、正面から答えておらず、少なくとも、法規定上では、明確されていない。しかし、フランスでは、多くの学説は、経済構造的な変容に着目して、「自然的」に消費者・事業者の不均衡性を把握していることは、アプリアリのものとしてされていることではないか³⁹⁵。

C、消費契約(*contrat de consommation*)の性質決定

実際、もうひとつのアプローチとして、契約当事者の人格 (*personnalité*) より、むしろ、当事者の追及する目的 *objectif* を探求して、消費契約というカテゴリーが存在するかどうかを一瞥する。

1、消費契約の探求（性質決定）：コース概念の活用

フランス立法者は、「消費契約」という概念を避けていた。フランス消費法典の中で、まったく「消費契約」という文言が用いられないことから、わかる³⁹⁶。そして、判例上、

³⁹⁴ L'attachement du droit de la consommation, p.101, n°13.

³⁹⁵ たとえば、Cailais-Auloy et H.Temple, *Droit de la consommation*, 冒頭参照。

³⁹⁶ 学界では、1974 年には「消費契約」が用いられていた。Le *contrat de consommation*: contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur, Congrès national des huissiers de justice, Tours, 12-16 juin 1974.; また、カレオロワも、最初の教科書（1 版 1980）年において、「消費契約」を用いたが、そんなに著しく位置づけなかったといえよう。しかし、カレオロワの教科書が、第 2 版（1986 年）から、内容はそんなに変わっていないが、本の体系は、かなり改造された。特に、「les contrats de consommation」を明示し、より著しい位置をづけ、論じられた。また、特に、「情報」の重要性をより意識した。同現在・2010 年 8 版も Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^e éd. 2010.。J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, 1994. 同 1998. また、N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie*, LGDJ, 1988. も ; G. Raymond, *Les contrats de consommation*, in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis* : Litec 1995. ; H. Davo et Y. Picod, *Droit de la consommation*, 2005 は、その第二部において、タイトルは、消費契約 *le contrat de consommation*. ; また、同様な意味で、S. Bernheim-Desvaux, *Droit de la consommation* : Studyrama 2008.。フランス法や EU 法に関して、行われたシンポジウム論文集として、*Le contrat de consommation*, Trav. Faculté de Droit de Poitiers, PUF

もっぱら消費者(非事業者)概念の判断により、消費契約と用いていなかった。判例では、消費契約の存在があるかどうか、判事は、それを対象としていなかった。

しかし、学説上は、それについて、議論がある。さらに、コースやオブジェの基準の可能性が検討されている。

1)、契約カテゴリーとして「消費契約」の存否

一般ルールが存在するかどうかについて、多くは否定する見解である。J.Beauchard³⁹⁷や、J.-P.Pizzio³⁹⁸、N.Rezepecki³⁹⁹は、その一般ルールは、不当条項だけに限定しているとしている。Rezepecki は、それを主張するとともに、さらに、前契約の情報義務や、難解の情報の解釈ルールも、すべての契約に適用できるという⁴⁰⁰。

消費契約が存在するかどうかについては、N.Rezepecki は、テーズにおいて、長い部分

2002.があり、とりわけ、G.Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in les contrats de consommation, PUF, coll. 2002, p.9.。さらに、民法教科書においても、平等契約との対義語として「消費契約」の文言が使われている。

A.Bénabent, Les obligations, Montchrestien coll. Domat, 9^e éd. 2003, n°34. ;

J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, Les obligations, L'acte juridique, 2012, 15^{éd}, n°184. ; とりわけ、F.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, Droit civil, 9^e éd. ; なお、「消費契約」というカテゴリーについて、好意的に・積極的に抽出・定立しようとするのは、

N.Sauphanor-Brouillaud, Le contrat de consommation et les contrats spéciaux, in Mélanges en l'honneur de B.Gross, PU Nancy, 2009, p.305 et s; より詳細的・全面的な展開としては、Aussi: N.Sauphanor-Brouillaud, avec le concours de E.Poillot, C.Athert de Vincelles, G.Brunaux, Les contrats de consommation, règles communes, LGDJ. 2013. 「消費契約」の探求。また、C.Pérès, Sources du droit des contrats, Droit commun et droit spécial du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ?, RDC, avril 2013, p.489. 他方、実定法レベルでは、フランス法には、一時、文言があった。消費法典 L211-1 条は、瑕疵担保に関して、用いられていた「Les règles relatives à la garantie des vices cachés dans les contrats de consommation sont fixées par les articles 1641 à 1648, premier alinéa, Du code civil reproduits ci-après」。しかし、2005年2月17日 2005-136号オールドナンスより、変更され、かつ、「Contrats de consommation」という用語はなくなった。また、EU法において、「消費契約 contrat de consommation」という文言が用いられていないようである。「contrats de consommation」も使っていないが、せいぜい「消費者と締結された契約 contrats conclus avec des consommateurs」という文言が用いられている。しかし、ケベック民法典 1384 条に、定義が置かれている。

³⁹⁷ J.Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1996, p.38. 消費契約に適用する法制度を決定するためにしか、消費契約 les contrats de consommation のカテゴリーの意味を有しない。いくつかの一般ルールの適用を導き、実際では、この契約の類型に適用できるのは、たとえば、不当条項である。しかし、この性質決定は、実際、当事者らの性格にしか基づかない。しかし、当事者らの本質的債務と契約の内容は特徴的ではない。契約が、そのレジームにより性質付けられない。なぜなら、そこには、逆に、性質決定の結論だからである。事業者と消費者間で締結された売買契約、請負契約または貸し付け契約は、その内容 contenu、事業間あるいは個人間締結された契約の当事者双方の同一な契約当事者双方の本質的債務により区別されない。

³⁹⁸ J.-P.Pizzio, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, in Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, p.53 et s.spé.p.55.

³⁹⁹ N.Rezepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, n°540 et s, p.387.

⁴⁰⁰ N.Rezepecki, n°536, p.386.

を割って、消費契約の不存在を論じた⁴⁰¹。「消費契約 le contrat de consommation は不存在である。当事者双方の性格によって消費契約を性質づけようとする、あるいは、経済的であれ法的であれ、その性質に結びつけようとしても、挫折にあう。消費契約 contrats de consommation がしか存在しない。これ (contrats de consommation) は、確かに、(諸契約)を集合するが、同じエスぺス espèce、さらには同じジャンル genre に帰着させることができない」と説いている。

N.Sauphanor は、消費契約については、温和ではない。彼女は、消費契約の存在がうそであると主張し、消費契約の genre⁴⁰²に好まないが、特殊なカテゴリーの存在を認めないことであり、消費契約の性質決定は、当事者らの性格に立脚しかではない、という見解⁴⁰³を示した。彼女は、消費契約 les contrats de consommation を契約特則 contrats spéciaux の sous-catégorie に限定する réduire ことの代わりに (つまり、そう限定しないで)、以下の考え方が可能であろう:すなわち、消費契約らを一 genre の中の種類 espèces として考えることである。この genre は、消費契約 le contrat consommation であろう、単数形と考えられる⁴⁰⁴。その上、彼女は、従来の消費契約一般ルール of 不存在論について、当時は「今日より、その一般ルールの量は、かなり、ずっと少なかったこと、と指摘すべきである。実際、実定法において、すべての消費契約についての一般ルールの大量 (存在) の表明は、消費契約のカテゴリーの正当性を類論すること」ができると説く⁴⁰⁵。

Raymond も、消費契約の genre の存在の意義とその有用性を積極的に主張する。彼はいう。「この新しい種類を出現させることで、契約、espèce を構成することであり、契約一般法に服従するが、一般法の適用除外法・消費法にも服従する。かつ、おそらく、それに属する特別ルールに従う」⁴⁰⁶。

2)、コースによる性質決定:

コースを用いて消費契約の性質決定にしたのは、初めて、Raymond により説かれた⁴⁰⁷。消費契約のカテゴリーの決定は、当事者双方の性格により、充分ではない。このような当事者双方の性格は、その決定の一要素しかでない。少なくとも、その追求される目的 objectif という基準は、当事者双方の性格という基準と同様な重要性を有すると。この問題提起は、後には、展開を見せる。しかし、多くの学者は、消費契約の性質決定において、

⁴⁰¹ N.Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, v., titre II, chapitre I, spéc., n°523, p.377.

⁴⁰² 用語の意味については、N.Cardoso-Roulot, Les obligations essentielles en droit privé des contrats, Préface d'Eric Loquin, L'Harmattan, 2008, n°32, p.61. genre と espèce の概念は、一般的には、植物学と動物学の分類法 (専門用語 nomenclature) を立てるために用いられる。「genre」は、共通の特徴を示す物事 choses または対象 objets のカテゴリー・全体を代表する。隣接の複数の espèce は、一つの genre を構成する。「espèce」は複数の人または物事に「特有 propre」の性質と定義され、区別したカテゴリーに属すると考えられる。

⁴⁰³ N.Sauphanor, L'influence ..., p.42-43, n°55.

⁴⁰⁴ N.Sauphanor-Brouillaud, Le contrat de consommation et les contrats spéciaux, in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, PU Nancy, 2009. (。Même auteur, 2013, p.34.

⁴⁰⁵ Sauphanor, 2013, p.35.

⁴⁰⁶ Concurrance consummation, LexisNexis, 2009, p.3.

⁴⁰⁷ 判決の評釈において、契約コースの概念により消費者が画定されることが説かれ、たとえば、note G.Raymond, CCC.1993.comm.n°159.; CCC.2000, n°168, obs.G.Raymond. また、Raymond は、直接関係と契約コースとの類似性について言及している。

コースの無用性を主張する⁴⁰⁸。

G.Raymond⁴⁰⁹のコース論

Raymond は、コースを道具として、消費契約カテゴリーの性質決定を行う。

債務のコースと契約のコースとを峻別して、従来の債務コースについて、「債務のコース概念は、ドマやその後の他の学者により、定義されたコース概念は、同様の契約カテゴリーの中では、不変的である」としながら、消費契約カテゴリーを決定する場合、コースは、いわば契約のコースであり、衝動的・決定的なコース *la cause impulsive et déterminante* である⁴¹⁰。

Raymond は、コース基準の判断について、契約のコースと動機の区別ではなく。契約の動機と、決定的理由の問題であるという (p. 20)。

彼は、Raymond によると、「明らかに、コースは、契約の性質決定の一要素となりうる。もしも、契約がもっぱら事業活動の需要のために締結したものであるならば、消費契約のカテゴリーに含まれ得ない」と指摘する。

彼は、Sauphanor のコース理解にある程度、好意的な態度を示しながら、「契約のコースの定義は、積極的な意味でされたではなく、消極的な意味でされる。... それは、動機 *mobile* が何かを知ることではなく、契約の決定的理由 *motif* とはという問題でもない。それは、当該決定的理由 *motif* が、事業活動の需要の排他的な満足であるかどうかという問題となる」⁴¹¹。「これは、まさに、契約と事業活動との間に直接関係の存否を探求するときに、判例の採った志向である。もし契約が事業活動の独占の役務のために締結されたならば、消費契約のカテゴリーに含まれない。もし、契約は、個人的需要を満足するために、締結されたならば、そして、個人的と事業的需要 (混合目的) であるならば、契約は、消費者契約と考えられる」と説いている⁴¹²。

しかしながら、結局、Raymond 自身は、「コースの基準と契約当事者の基準 (*la critère des parties au contrat*) との間に贅言が存在していたことは明らかにされた。すなわち、非事業的目的の追求は、消費者の定義そのものに入っているということである。」と説き、コース概念の基準を放棄したようである⁴¹³。

N.Sauphanor

Sauphanor は、最初は、そのテーズ⁴¹⁴の中で、コースに触れた。Raymond のコースに

⁴⁰⁸ たとえば、N.Sauphanor、N.Rzepecki、L.leveneur が反対の立場を示している。

⁴⁰⁹ G.Raymond, *Commentaire de la loi n°92-60 du 18 jan.1992 renforçant la protection des consommateurs*, CCC.fév.1992,chr.,n°5. Les contrat de consommation,in *Après le Code de la consommation*.

⁴¹⁰ G.Raymond, *Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation*, in *les contrats de consommation*, PUF, coll.2002, p.19. Aussi V., G.Raymond, *concurrance consommation*, 2009, spéc., p.4.

⁴¹¹ G.Raymond, *Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation*, in *les contrats de consommation*, PUF, coll.2002, p.20.

⁴¹² G.Raymond, *Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation*, in *les contrats de consommation*, PUF, coll.2002, pp.20-21.

⁴¹³ G.Raymond, *concurrance consommation*, 2009, spéc., p.4. しかし、彼は、コースの基準を諦めたのは、N.Rzepecki の批判によるわけではない。むしろ、彼は、逆に、N.Rzepecki の指摘は、的を射ていないように指摘している (同、p. 4)。

⁴¹⁴ N.Sauphanor, *l'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000, n°169 et s, p.108 et s.

における消費契約の性質決定の提案について、「受け入れられない」とされていた⁴¹⁵。しかし、他方、Sauphanor は、コース意関する議論背景において、Raymond の視点が、オリジナル的であり、「衝動的かつ決定的コース la cause impulsive et déterminante」、あるいは契約のコースを基準とすることは新規性があると評価しつつ⁴¹⁶、「用語の厳格さの配慮で、消費法の適用範囲の確定に「衝動的かつ決定的コース la cause impulsive et déterminante」を介入させない」⁴¹⁷と、コースを消費契約の性質決定の基準とする扱い方に消極的な態度を呈していた。しかし、ここでは、せいぜい、「具像的コースあるいは契約のコースを用いて、其の一般的には付与された機能（不法の動機 mobile illicite の探求）と違った機能のために、それが利用される。これは、諸混同を引き起こしうるのであろう」⁴¹⁸、と Sauphanor は理由付けた。これは、一方、当初は、Sauphanor は、この問題を消費法の商法に対する影響を論じる際に、触れられたものであるし、また、Sauphanor 自身は、コースの性質決定という点より、むしろ、契約主体の性格の方を重視していることは、この点からも伺わせる。

このような Sauphanor の意見は、近時、より明確・充実した論述で現れた。

Sauphanor は、コースの消費契約性質決定の支持者である Raymond や Pombieilh⁴¹⁹が、結局、コースを打ち出しつつ、「目的」の問題を論じていると指摘する。そうすると、コースや目的は、すでに、消費契約の当事者らの定義に含まれている、とされている⁴²⁰。契約のコース、あるいは契約の目的 finalité は、それらが、契約の当事者らの性質の基準に吸収されていた以上、消費契約の性質決定の要素ではない。

コースの消費契約の性質決定を否定したうえ、さらに、消費契約においては、コース何が特別性を有するものであるかについて、コースの特殊性を否定する態度が示されている⁴²¹。

N.Rzepecki

Rzepecki は、Raymond より提示された命題について、正確かどうかを証明することに努めた。（365 頁：）コースが、裁判において、「単に正確な命名ではなく、それがとりわけ、その制度を適用するためである。そのため、コースと契約の適用する制度との間には自動の関係がある」と認めつつ、消費法では、成立しうるか、と問題設定する。このような問題について、「カテゴリー的なコースに役割を演じさせ、この役割の前提が、事業的ではない目的において締結されたあらゆる契約が消費者契約であり、したがって、消費法のに従う。逆に、事業的目的で締結されるあらゆる契約は、消費法の適用範囲から除外される」ということは言い切れないとし、なぜなら、契約当事者らの意思が、契約のコースと其の性質決定との関係を切断できること、また、消費関係立法において、コースの制限が存在することだからであるとしている⁴²²。

そのような認識に基づき、Rzepecki は、コースの消費分野での性質決定の正確性、つまり「事業的ではない目的において購入」について検討を加えた。

⁴¹⁵ 同上。

⁴¹⁶ N°172,P.110.

⁴¹⁷ N°174,P.110 -111.

⁴¹⁸ N°174,P.110 -111.

⁴¹⁹ Thèse があるが、未見。

⁴²⁰ Sauphanor,2013,p.200.

⁴²¹ Sauphanor,2013,n°218 et s,p.201 et s.

⁴²² N.Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat,PUAM,2002,p.366-368.

「非事業的目的において購入」という概念は、客観的な概念から、カテゴリーのコースを構成するに適切しない。また、彼女は、主観的な概念から、「明らかに、衝動的かつ決定的コースは、伝統的に理解するように、契約を性質付けるに順応しない」とした⁴²³。

Rzepecki はさらに言う。「事業者は、まず、一定額の金銭を獲得するために (la cause proxima)、多様な目的に利用する (les causae remotae)。利用の性質は、それにとって重要ではない。消費者は、物を獲得し、その私的生活の範囲内において、食事、服を着る、居住、レジャーなど、一定の行為を遂行しなければならない。例を挙げる。たとえば、個人がパリでマンションを購入する。いろいろな原因で。転職しようとする、あるいは、首都で短期滞在しようとする、あるいは、その子供をパリで勉強させようとするなどである。したがって、消費契約において、家庭の利用とコースの相互関係をまったく行うことができない」という⁴²⁴。

結局、Rzepecki は、結局、この結論は、「事業的ではない目的において購入」がコースの範疇に達することと、かつ、それによって、消費契約の性質決定の手段となるということに反対する意を示している⁴²⁵。

コースによって消費契約の性質決定という選択について、Rzepecki は強く反対の意見を投じ、このコースへの参照という扱いは、間違っていると強調した。実際、Rzepecki によると、衝動的かつ決定的コースは、唯一的に、契約の非合法性 l' illicéité を決定する目的である、かつ、コースは、ある契約を性質付けるに用いられることは、できないという。彼女は、さらに強調する。「消費契約において、家庭の使用とコースとの間で相関関係を全く行うことができない。この締結（結論）は、「非事業的目的において購入」がコースの配列に到達し、かつ、そこより、消費契約の性質決定の主導となる、ということと結局的に対立する。」⁴²⁶。

L.Leveneur :

彼は、シンポジウムの総括をする際に、「どのように消費契約を性質付けられるか？当事者らの性格により性質付ける。Leveneur は、コースとオブジェについて、確かではない、という (190 頁)。つまり、彼は、消費契約は、当事者の性格により性質付けられるべきであり、コースとオブジェによるべきではない。彼は、さらに言う。コースとオブジェについては、「消費者概念は、その追及された目的 finalité によって定義される以上、コースの問題は、すでに、当事者の定義によって規制されている (つまり、コースの問題は、すでに概念の定義に含まれている) (192 頁)。したがって、コースが、そこにあり、コースは、当事者の定義にあり、かつ、これは十分である。」⁴²⁷。彼は、続ける。コースは、消費契約の境界画定に適切ではないと結論づけられた⁴²⁸。

3) オブジェ objet

⁴²³ p.374

⁴²⁴ N.Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, n°521, p.376.

⁴²⁵ N.Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, n°522, p.376.

⁴²⁶ 同書・n°496-522.

⁴²⁷ L.Leveneur, Rapport de synthèse, in Les contrats de consommation, p.192.

⁴²⁸ L.Leveneur, p.192.

当事者の義務の目的オブジェは、消費者であるかどうか、あるいは消費契約であるかどうかについて、特に判断されるべき要素であるか。

この問題について、Raymond は、目的 objet を重要な位置に付けて、消費契約を性質付けている、と理解している⁴²⁹。その際、彼は、契約のオブジェと債務のオブジェについて、契約のオブジェ契約の性質決定に対応するものであるとし、消費諸契約のバリエティは、無限であるため、契約のオブジェを、消費契約の決定基準とすることは不可能である、と。彼によると債務のオブジェは、消費契約の諸特徴のひとつをなす。

Raymond によれば、消費契約は、債務の目的 objet が消費物あるいは消費役務である場合しか存在しないだろうという⁴³⁰。Raymond によると、消費物のカテゴリーは、いくつかの(消費される・若しくは非消費される)動産に限定するという。動産の価値 les valeurs mobilières は、消費契約のオブジェではなく、なぜなら、投資、利殖だからである。不動産について、彼は、消費法典に、不動産信用だけである。役務の概念について、消費役務は、私法より規制された役務だけである。

他方、Sauphanor は、消極的である。事業者の給付のオブジェは、結論的には、製品・物・役務である。契約が消費者と事業者と間で締結されたとき、いかなる特殊性をあらわしていない⁴³¹。オブジェについて、無用であると⁴³²。

また、L. Leveneur は、「消費法を、一般方式で制限しようとする傾向、かつ、消費契約は、消費に属するものについて、投資に対立している。消費法は、第一次の使用により消費される物に限定しない、ということは確かである」とし、「事業者と消費者との間で締結されたあらゆる契約は、そのオブジェを問わず、消費契約と性質される資格がある」という。このように、Leveneur も、オブジェにより性質決定についても否定的である。

(二)、主体論

消費者概念のもうひとつ大きな問題としては、自然人・法人その他の団体の問題である。自然人だけに限定するのか、それとも、法人も消費者の性格を有するのか。言い換えれば、自然人消費者と法人消費者との区別は可能であろうか。また、仮に、上記自然人消費者と法人消費者との区別は成り立つとなれば、法人消費者と非事業者、事業者との関係をどう理解するのか、問題ともなる。

A、法人団体

1、フランス国内

序—実定法上の分岐

「法人が消費者と考えられうるのか」という問題については、従来、実定法では、一定の回答が予定されている⁴³³。

既存諸法を法典化した消費法典は、自然人・法人について、一致していない。第一に、フランス消費法典は、若干の規定は、自然人と明示している。訪問販売(1972年12月22日法律)(消費法典 L. 121-21 条 : une personne physique)、あるいは保証(自然人保証

⁴²⁹ G.Raymond, concurrence consommation, 2009, spéc., p.10.

⁴³⁰ G.Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in Les contrats de consommation, PUF, 2002, p.9, spéc., p.24.

⁴³¹ P.206.

⁴³² P.241.

⁴³³ ちなみに、ケベック法では、1978年12月22日消費者法1条は、消費者を自然人と規定している。

人 313-7 条⁴³⁴) に関する規定の適用は、自然人を規定している。第二に、消費信用の場合、2010 年改正後 : 311-1, n° 2 条は、借り手あるいは消費者(しかし、指令は消費者をしか規定しない)、自然人であるとしている⁴³⁵。第三に、過剰負債 (Loi 31 déc. 1989) の場合について、L. 331-1 条(個人 particuliers)、L. 331-2 条 (自然人 personnes physiques) の用語が用いられている。

大部分の条文には、自然人あるいは法人については、何も明言されていない。確実なのは、「法人」という文言がまったく用いられていないのである。たとえば、不当条項の分野である (L. 132-1 条)。

このように、どう理解すべきかは問題となる。フランス法では、一概に適用範囲を自然人のみに限定すべきか否かについては、議論がなされている。逆に、自然人を明記する条文であっても、法人に対立しているということは言えないと指摘されている⁴³⁶。

また、2014 年 3 月には、消費法改正により、消費者の定義規定が置かれることにより、明確に、「自然人」とされている。それでも、今までの判例や学説の扱い方を考察するのは有益であろう。

(1) 裁判例

以下、法人について裁判所の態度を見よう。

法人に関する裁判例は、前掲「基準」で紹介したもののうち、法人の適用有無に関するものは、以下となる。

前記[8]Civ.1^{er}, 28avr.1987 (不当条項) (会社肯定) (専門能力)

不動産仲介所 agence immobilière を経営する**会社**が、盗難防止の警報システムを設置する契約。

本件は、会社対会社の判決であるが、破毀院は、法人について何も言及せずに肯定した。商事会社を保護した。Paisant は、狭い見解を採った視点でも、「付随的に、法人が、保護されたカテゴリーに収まるのであり、たとえば、非事業的目的協会、協同組合である。逆に、会社は、営利的物区的で活動を習慣的に従事する場合、事業者と考えられる。職業 profession の概念は、自然人の専有物ではない」⁴³⁷。

前記[11]Cass.civ.1e, 3 mai 1988 教会、訪問販売を認めた。

前記[24]Cass.1^e civ. 6 jan.1993 GAEC が訪問販売法の適用ができるとした。専門能力。本判決は、破毀院が消費者の範囲を拡張するために、訪問販売に関する消費法典 121-22 について、違法的解釈を採ったという。破毀院は、初めて、訪問販売分野では、

⁴³⁴ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

⁴³⁵ それまでは、消費信用分野、消費法典 3 1 1 - 3 条(1978 年 1 月 10 日法、消費信用公法人 personnes morales de droit public への貸付を除外する。つまり、私法法人 personnes morales de droit privé が適用可能。)、消費法典 3 1 2 - 3 (不動産信用、1979 年 7 月 13 日法 : 自然人あるいは法人の事業活動の需要のための貸付の適用範囲を除外する、としたが、法人の適用余地があった)条。

⁴³⁶ このような見解を採るものとして、K.De La Asuncion-Planes, La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation?, Petites affiches, 3 mars 2010, n°44, p.3 参照。

⁴³⁷ JCP 1987.éd.G.II.20893.obs., G. Paisant

農業グループである協会に訪問販売法の適用を認めた。

前記[26]Cass.civ.1^e, 26 mai 1993 (不当条項) (不動産信用)

SCI 事務所用のため、不動産を購入する貸付。SCI が消費者ではないとした。しかし、本件は、事務所用の理由で、消費者としての性格を否定したが、法人が消費者になれないということに触れなかった。法人が消費者となりうることを否定していないといえよう。しかし、Raymond は、1987 年判決の不動産会社の肯定から、本件が SCI が消費者ではないとした。判例の方向転換であり、あるいは、消費者概念の変動であると評している⁴³⁸。

前記 [51]CA Paris, 30 oct. 1996 訪問販売、会社（法人）肯定

ガソリンパイプを経営する会社は、訪問販売、信用契約で遠隔監視とビデオカメラによる監視の契約を締結した。直接関係がないより法適用を肯定した。Nestor 社が他のいかなる消費者と同じく無知な状態として、法人を肯定した。

前記[53]CA Paris cham. 25 sec. B, 4 juill. 1997、雑誌会社が、直接関係のあるため、1972 年法の適用を否定したが、法人を否定するという理由ではなかった。「法的代表人を通じて」という。

前記[78]CA Rennes, 30 janv. 1998 は、契約情報提供義務に関して、直接関係がないとして、株式会社に L.111-1 の適用を認めた。

前記 [57] CA Paris, 17 sept. 1999 訪問販売 Pharmacie Boucicaut という集団名称の会社は、事実として、この法人は、二つの出資者（自然人）からできている事実は、法人を除外する規制の適用領域の中で、本件契約を含めさせることに充分ではない。法人を否定した。

前記[81]Cass.com. 23 nov. 1999 は、二つの会社について、商人間の契約に、不当条項法の適用を否定した。 商人間を直ちに否定すると理解している。

前記[83]Cass.1^{er} civ. 4 déc. 2001 は、不当条項に関して、直接関係により、GAEC の法適用を否定した。

前記[85]Cass.1^e civ., 5 mars 2002 不当条項、商事会社について、直接関係により、法適用を否定したが、法人だから除外するという理由ではない。本判決は、[83]判決と同様な論理を採っている。

・前記[87]Cass. 1^{er} civ. 27 sep. 2005 不当条項

FFA 協会は、直接関係の存在として、不当条項法の適用を否定した。しかし、協会だから、否定するわけではない。

前記[88]Cass.1^e civ., 11 déc. 2008 不当条項に関しては、E 会社と S 会社は、熱い飲料の自動販売機の経営・設置の委任契約。破毀院は、商業会社 les sociétés commerciales

⁴³⁸ CCC. août 1993, n°159, obs. Raymond. ただ、適用の規定によって、複数の消費者概念が存在するのか? 肯定的な答えは、消費法典制定以降は、ますます少なくなる。

は、消費者ではないとした。

そのほか、以下のものがある。

1972 年訪問販売法以降、1978 年法以前、判例は、もちろん、法人を適用除外した。破毀院商事法廷は、1977 年に、自然人のみに、訪問販売の規定を適用した。

[92]Cass.com.8 mars 1977⁴³⁹

会社が広告契約を締結した。

原審 Tribunal de commerce Versailles, 18 sept. 1975 は、訪問販売された「あらゆる人または会社....」は、8 日間において、権利を有するとした。

破毀院は、原審を破毀した。1972 年 12 月 22 日法律 1 条と 3 条は、自然人のみは、7 日間の撤回権を行使でき、法人（会社）には、消費者に与えられたこの保護を適用することができないとした。

[93]Cass.crim.15 mars 1978⁴⁴⁰

自然人のみは訪問販売法の適用があると認めた。自然人であることが必要な要素だとした。

[94]CA Paris, ch.8^e,sec.A, 9oct.1990 ⁴⁴¹（過剰負債）

Une société civile immobilière 不動産民事会社 (SCI) は、過剰負債した。パリ控訴審は、1989 年 12 月 31 日 89-1010 号法律の規定を適用することができない、とした。

パリ控訴審は、1989 年 12 月 31 日法律の 10 条は、過剰債務の場合、債務者の資金的困難の私的裁判上の更正手続きを規定するものであり、同法の 1 条を参照して、同法が**自然人**のみに関するものである。また、この法律が、自然人の過剰負債の状態を規制する目的であること、また、自然人の概念が、ここでは、規定どおりに明示されたものであり、SCI に拡張すると相容れないであり、SCI が明らかに、この状況の範囲に含まれないとした。不動産の私法会社が除外されている。

[95]CA Paris,Ch.15^e,sec.B. 5 juill.1991⁴⁴²：（消費信用）（政党肯定）

Le Parti communiste Français (PCF) は、Bagnolet 支部 section de Bagnolet は、Gestetner 会社と、オフセットマシン une machine OFFSET と、清掃機 un nettoyeur de Blanchet を信用で注文した。

パリ控訴審は、1978 年 1 月 10 日 22 号法律に基づき、PCFBagnolet 支部により注文された機材が、この政党の活動の用途であり、この活動が、政治的 politique であり、存在の方式を獲得する目的で従事されなく、かつ、同法の意味で「事業的 professionnelle」と

⁴³⁹ JurisData1977-799078;Bull.civ.,IV,n°78 ;JCP.1977,éd.G.II,Juris.,18649,obs.,A.S. ;D.1977,I.R.,p.260.

⁴⁴⁰ Bull.crim.n°99.

⁴⁴¹ JurisData : 1990-023895;JCP.G1991,IV,p.180 ;CCC.1991,comm.n°154,obs.G.Raymond ;D.1990,I.R.p.278 .

⁴⁴²JurisData :1991-024750;RTD.civ.1991,p.388,obs.J.Mestre ;CCC.,1992,comm.n°16,p.17, obs. G.Raymond ;JCP.éd.,E,1991.pan.988.

性質付けられない、とした。

(本件は、政党が、信用貸借で、設備を注文した。その用途は、政党の活動のためである。当該活動は、「事業」と性質づけられない。本件契約は、1978年1月法律の適用できる)

また、ほぼ同時期に、

[96]CA Paris,5^e Ch.A.22 oct.1991⁴⁴³ : (消費信用)

会社は、企業(機関)委員会 un comité d'établissement に食料品と飲物の自動販売機を四年間の信用供与貸借契約で提供した。1978年1月10日78-22号消費信用に関する法律の適用の可否をめぐる。

機関委員会が、1978年法律の保護規定を適用を主張できない、とした。

この判決は、消費者概念の拡張的解釈を採っていない。本件判決は、少なくとも暗黙的に、企業委員会に消費者を認めている。なぜなら、判決は、消費信用に関する1978年1月10日22号法律の適用の可能性を判断するからである⁴⁴⁴。

[97]CA Paris,4 juill.1996⁴⁴⁵ : (不当条項) (法人を認めた)

(association について)

パリ控訴審は、契約条項の無効を規定する消費法典132-1条は、個人あるいは非事業者により、しか援用されることができない。この非事業者は、「事業者」と対立するものであり、その事業活動に属しないが、その職業の需要のための用途に物を購入するあるいは貸借する自然人あるいは法人しかでありえない。

本件 ACACL 協会は、複写機の販売者、貸主、修理屋ではなく、消132-1条を適用できる。

[98]T.G.I.Paris, ch.1^e,sec.1, 26 mai 1997⁴⁴⁶ (不当条項)

La Société Gestetner は、組合 L'union syndicale CGT と契約する。

法人が、その活動の必要のために、かつ、あらゆる認識 connaissance で契約を締結するとき、消費法典132-1条を適用することができない、とした。

(コメント: 法人が、一定の条件で、保護されない。その以外が保護されうるという意味も読み取れるのではないか。)

[99]CA Paris,ch.8^e ,sec.B,13 nov.1997⁴⁴⁷ (消費者情報の分野、L.114-1 du code de la consommation)

⁴⁴³ JurisData : 1991-025075 ; CCC.1992,comm,n°63,p.15,obs.G.Raymond.

⁴⁴⁴ obs.G.Raymond.CCC.1992,comm,n°63,p.15,

⁴⁴⁵ JurisData : 1996-022075 ; D aff.,1996,p.1057

⁴⁴⁶ JurisData : 1997-048869;D.Aff.1997,Chr.,n°33,p.1075.

⁴⁴⁷ JurisData : 1997-024035 ; D.aff.1998,Chr.p.60,note.E.P;D.1998.IR.p.11.

共同組合 *syndicat de copropriétaires* は、E 社に、不動産の表門を取替える *remplacer la porte cochère de l'immeuble* するために、契約締結する。

判旨：E 社は、事業者である。買主は、共同組合であり、消費者により購入された扉、かつ、非事業的利用のためであり、消費法典が適用される、という。

本件は、消費法典 L.114-1 条に関するものであるが、協同組合の消費者性格を認めた。

[100]Cass.civ.1^e,10 juin 1997⁴⁴⁸（消費信用）

供託局 *la Caisse des dépôts et consignations* は、「馬・自然 *Cheval Nature*」協会に、貸付をした。本件貸付の用途は、馬と馬具の機材の獲得 *l'acquisition d'un cheval et de matériels de sellerie* を融資するためである。消費法典 L.311-3,n° 3 条の適用有無に関するものである。

判旨：消費信用分野では、適用できる規定を除外されるのは、事業活動の需要を融資する用途の貸付である。本件活動に立ち入らずに、協会の活動を事業者活動と考えられないとした。

[101]CA Paris,3 juill.1998⁴⁴⁹（競争法に関する）

本件は、1986 年 12 月 1 日オルドナンス 10-1 条（「価格の提供あるいは、消費者へ売上の価格の取引は、不当に低い……」を禁止）の適用の可否をめぐる。

パリ控訴審は、本件では、**市町村共同の組合** (*syndicat intercommunal*) は、家庭のごみの処理のため、添えれば、*communauté communes* に付与された公共サービスの認識を代理するために、かつ、その自身の需要を満足するのではなく、共同組合の住民たちの需要を満足するためであるので、1986 年 12 月 1 日のオルドナンス 10.1 条の意味上の**消費者ではない**とした。しかし、法人の問題について、「消費者」は自然人あるいは法人、其の契約領域において、独特な経験がなく、その私的需要を満足するため、かつ、この唯一な目的で物や役務を利用する者である、と認めた。そのため、法人の消費者性格を認める可能も示している。

それ以降、特に、訪問販売分野において、判例の態度の転換があったわけであり、法人＝「消費者」により明確な反対意見が呈される。

[102]Cass.1^{er} civ.,15 déc.1998⁴⁵⁰:（訪問販売）（否定）

青少年文化センター (MJC) *la Maison des jeunes et de la culture* は、Gestetner サービス会社と、複写機の貸借契約に関し、66 カ月期間である。

破毀院は、訪問販売法の 121-21 条及びその以下の諸規定は、法人を対象としてなされた訪問販売について適用しないとされた。

[103]Cass.1^e civ.,23 mars 1999⁴⁵¹:（消費信用）

⁴⁴⁸ JurisData : 1997-002733;D.aff.1997.954 ;CCC.1997,n°157,obs.G.Raymond.

⁴⁴⁹CCC.1998,comm.n°131,obs.M.Malaurie-Vignal ;D.1998,p.1525 ;D.1999,jur.p.249,note J.-P.Chazal.

⁴⁵⁰JurisDatan° 004814 ;Bull.civ.I,n°366 ;CCC.1999,comm.n°80,obs.G.Raymond ;J.C.P.1999,éd.G.,I V,1259;D.2000,somm.p.39,obs.J.-P.Pizzio; D.aff.1999.p.413,obs.C.Rondey.

⁴⁵¹N°97-11392,Bull.civ.I,n°106;CCC.1999,comm.n°166,obs.G.Raymond ;D.1999,I.R.,p.

ギター協会が、L 信用会社とクレジット契約を締結した。消費法典 L. 311-3 条に関する。

破毀院判断：消費者協会の目的 objet は、ギターの実習である。この目的は、事業活動の従事と同一視されるかどうかである。しかも、この実習において、先生は報酬が得られる。協会の性質は、非営利団体である。したがって、協会が事業的活動を営むのであると導く。

(コメント：本判決は、協会の消費者性格を否認した。理由は、同協会は、事業活動を行うからである。破毀院は、非営利団体であるにもかかわらず、その活動の実際に着目して、協会内部で先生の報酬を得るという点を重視して、その活動を事業的活動と認識していた。すなわち、協会は、一応は法適用できるものの、契約の目的が事業活動としてかどうか、ということであろう)。

[104]CA Paris, Ch.25^e, sec.B.28 mai 1999⁴⁵²

本判決は、組合 syndicat が不当条項の無効を主張することができると認めた。Union syndicale の消費者性格を認めた。

[105]CA Paris, 7 nov.2001,⁴⁵³

協会 association が、遠隔監視の機材の貸借契約を締結した。否定。

[106]CA Toulouse, 19 juin 2003⁴⁵⁴ 訪問販売 理容店、La société Cafe Coiffure であり、商事法人 personne morale commerçante は、その店の設備を整えるために空調装置に関する契約を締結した。消費法典 L.121-1 条およびその以下は、会社に適用できない。それは、自然人のみに関するからである。

[107]Cass.civ.1^e, 15 mars 2005⁴⁵⁵ (不当条項、法人肯定)

2005 年 3 月 15 日判決：マイエンヌ県の牛乳コントロール組合は、事業的組合、その社会的目的は、民事状態、と動物の同定、記録のコントロールの取引を実行することであり、この組合は、ある会社と契約締結し、情報機材の賃貸の契約を締結した。

控訴審は、不当条項規定が適用されえないとした。破毀院は、上告を棄却したが、理由付けを取替えた。CJCE 2010 年 10 月 22 日判決を踏まえつつ、「EC が消費者を自然人とするものの、非事業者と区別した概念であり、フランス立法者により用いられたものであり、不当条項に対する保護範囲から、法人を排除しない。」しかしながら、本件に

114 ;JCP 1999,IV,1936; D.2000,Cah.dr.aff.,somm.,p.40,obs.J.-P.Pizzio.

⁴⁵² Gaz.Pal.1999.2.somm.,p.734.

⁴⁵³ n°1999/23262

⁴⁵⁴ Juris-Data n° 2003-218254 CCC.2003 comm.171,note G.Raymond.

⁴⁵⁵ JurisData : 2005-027573 ; n°02-13285, Bull.civ.I, n°135. ; D.2005,A.J.,p.887,obs.C.Rondey. et J.,p.1948,note A.Boujeka ; CCC.2005,comm.100,obs.G.Raymond ; JCP G 2005,II,10114 note G.Paisant ; JCP E 2005,p.679,obs.D.Balouche ; RDC 2005,p.740,note D.Fenouillet ; RTD civ.2005,p.393,obs.J.Mestre et B.Fages ; LPA 12 mai 2005,n°95,p.12 note D.Bert.

において、E C S 会社と組合の間の本件契約が、組合によって、事業者の性格で締結されるしかできないので、1995 年 2 月 1 日法律において、消費法典 132-1 条の規定は、その適用できない」とした。

(コメント：本件は、不当条項に関する規定は、法人に適用する可能性を明確に認めている。本件は、自然人を限定する 1993 年 E C 指令や E C 判例に従わないどころか、それに反して、フランス法の概念は、法人を排除しないとした⁴⁵⁶。また本件について、ケースバイケースに、契約が締結された諸条件を採求すること、かつ、消費法の適用範囲の拡張を採求することを促すことができると指摘されている⁴⁵⁷。)

[108]CA Reims, cham.civ. sect.2.19 mai 2005⁴⁵⁸ (不当条項、法人肯定)

Laboratoire Tang-Lahitete 医療分析実験室が レンタル会社 C から遠隔監視に関する三つの賃貸借契約を締結した。

判旨：法人は、契約がその経済活動の範囲内において締結されないならば、すなわち、その専門能力の範囲外で締結されるならば、L.132-1 条が適用できる。本件では、遠隔監視の賃貸借契約は、同法の適用範囲内に含まれる、なぜならば、これらの契約内容に関して、Laboratoire Tang-Lahitete 会社は、その他のいかなる消費者と同様な無知状態にあるからである。

しかし、2008 年に、控訴審では、協会の消費者の性格を認めた。

[108] CA Aix-en-Provence, 30 avr. 2008⁴⁵⁹

協会 association は、un prospectus publicitaire de vente à distance 広告の差込の売買の広告の案内書を受け取って、かつ、「actualiser votre activité」をチェックすることで、資料を返送した。協会は、会社と契約をした。協会が、

121-6 条の遠距離で締結した契約 un contrat conclu à distance。協会は、消費者でありうる。

[109]Cass.civ.1, 2 apirl 2009⁴⁶⁰

本判決は、明らかに、消費者が自然人でしかない。消費者法典 136-1 条（契約の自動更新の条件）。

S 会社は、D 会社の企業委員会 comité d'entreprise と契約を締結した。この契約は、インターネットによるアクセスサービス提供の契約である。2 年の契約期間で、自動更新となる。S 会社は、契約の満期の 3 ヶ月前に、可能な更新についてその契約相手からに通知しなかった。D 社企業委員会は、L.136-1 条の規定を援用して、この条文に基づいて、

⁴⁵⁶ J.-P.Pizzio, Le droit de la consommation à l'abus du XXI^e siècle, p.905, n°37. 注目するのは、破毀院は、加盟国の国内法の拡張に反対しないという E C 指令の最小限の性質を援用していないことであると指摘されている。G.Paisant, Une personne morale n'a pas accès à la protection de l'article L.132-1 dès lors qu'elle a contracté "en qualité de professionnel", note Cass.A civ.15 mars 2005, JCP..EG n°36, 7 sep.2005, II.10114.破毀院の不当条項分野で法人への開放について、正当であると評価される。

⁴⁵⁷ obs.C.Rondey, D.2005, A.J., p.888.

⁴⁵⁸ Juris-Data n°2005-275112; JCP G 2006.IV.1864.

⁴⁵⁹ JurisData n°2008-366730; CCC.n°11, nove.2008, comm.n°262, note G.Raymond.

⁴⁶⁰ CCC.2009, comm.182, note G.Raymond; JurisData n°2009-047838.

事業者の情報違反の場合、消費者がいつでも、その更新日から、契約を終了させることができる。

控訴審は、同条の適用を認めた。

破産院は、控訴審を破毀した。同条の適用可能性については、この条文がもっぱら消費者に適用するのであり、**自然人しかに関しない**。控訴審の判断が上記条文を違反したとした。

[110] Cass.1^{er} civ.23 juin 2011⁴⁶¹

協同組合 Un syndicat des copropriétaires は、会社 La société prestataire とメンテナンス契約 un contrat d'entretien を締結した。一年間の期間。各時期の満了に、更新の権利がある。2008 年 6 月 30 日の書留手紙により、その委員 syndic は、上述の規定の適用をし、2008 年 8 月 1 日に同契約の解除を通知した。会社 La société prestataire は、協同組合が、法人であり、消費法典 136-1 条を利用できない、とした。

判旨：同条が、もっぱら自然人を対象とする。法人が、非事業者のカテゴリーから除外されなく、かかる契約の更新に適用できる、とした。

2005 年 1 月 28 日「Chatel」法（消費法典 L.136-1 条）は、役務契約の自動更新に関するものである。消費者にとって、時間通りに通知しないと、更新しない意図であるということである。事業者は、消費者に書面で通知しなければならない。この通知がないと、消費者は、いつでも懲罰を受けずに解約できる。

（破産院は、法人が、非事業者のカテゴリーから排除されないと認めた。）

しかし、前記 Cass.com.6 sept.2011 では、破産院商事部は、二つの会社間、契約の黙示更新、136-1 条に関する。消費法典 L. 136-1 条、もっぱら消費者・非事業者に適用されるものであり、商事会社に適用されないとした。

他方、消費信用分野では、2010 年消費信用法が改正された後、

[111] CA Metz, 28 janv.2012⁴⁶²

SCI と信用金庫と融資契約について、L.311-1 条の規定の適用の可否に関する事件である。

この口座からの歴史は、SCI の事業活動を融資すると立てることが可能にする取引のボリュームを表させない。SCI のメンバーの性質と活動、かつ、とりわけ、その支配人のである。同条は、本件に適用されるべきと認めた。

⁴⁶¹ CCC.n°10,2011,comm.p.226.note G.Raymond ; n°10-30645,JurisData n°2011-012279;Bull.civ.I,n°122 ; JCP éd.G 2011,1080,note G.Paisant ; JCP E 2011,1660,note P.Lemay;LEDC 2011,comm.123 et RDC 2011,p.1246,note N.Saupanor-Brouillaud;D.2011,p.2245,note S.Tisseyre; LPA 2011,n°195,p.14,note C. Nadège ; Rev.loyers,2011/919,n°1328,p.325,note D.Bert; Dr. et procédure 2011,n°8,p.20,obs.Y.Picod ;D.2012,pan. droit de la consommation,p.844,obs.E.Poillot ; Bull.Joly Soc.2011,n°11,p.848,note F.Macorig-Vénier; C.Rouquette-Térouanne,Le syndicat des copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L.136-1 du Code de la consommation,Loyers et copr.2011,Etude 11,p.13.

⁴⁶² JurisData n°2012-013589;CCC.n°10,Oct.2012,comm.243.obs.G.Raymond.

SCI を認めた。

[112]CA Montpellier, Chambre 1, section B 4 oct. 2013⁴⁶³

協同組合が締結した清掃の役務提供契約については、消費法典 L.137-2 条の適用の有無に関しては、協同組合は、同条の適用については、消費者と考えられると認めた。

[113]CA Paris, 15 janv. 2014⁴⁶⁴

役務提供会社と協同組合の契約。L. 136-1 条の適用の有無。パリ控訴審は、協同組合は、消費法典 L. 136-1 の適用に、消費者と同一視するとした。

本判決は、2009年4月2日前記破毀院判決と反対し、2011年6月23日破毀院判決と接近している。

まとめ

法人団体については、判決の態度をまとめよう。

①整理

最初の時期では、訪問販売法について、破毀院商事部と刑事部は、明確に、自然人のみにしている（[92][93]）。しかし、1988年5月3日破毀院判決は、訪問販売で、教会について認めた。また、民事会社である GAEC を 1993 年 1 月 6 日破毀院が認めた。青少年文化センターについては、否定された[102]。訪問販売分野では、下級審では、パリ 1996 年 10 月 30 日会社を肯定した。Toulouse 2003 年 6 月 19 日判決は、商事法人を否定した、自然人のみとした。

不当条項に関しては、1987 年 4 月 28 日判決は、会社について肯定した。また、1993 年 5 月 21 日破毀院判決は、SCI 不動産民事会社について否定する（事業のために）。また、1999 年 11 月 23 日破毀院商事部は、「商人間」として否定した。しかし、[106]破毀院第一民事部判決は、組合が事業者の性格で契約するという理由で、組合が不当条項法の適用を否定したものの、不当条項に関する法が、法人を含めると明確にした。2005 年 9 月 27 日破毀院第一民事部判決は、協会を否定した（直接関係）。

消費信用に関しては、[103]破毀院民事部は、非営利団体であるギター協会については、事業的活動だから、L. 311-3 条の適用を否定したが、暗黙的には、非営利団体の属性を否定していない。同様に、[96]パリ控訴審は、同趣旨を示している。また、1996 年 5 月 26 日破毀院判決では、不動産信用に関して、SCI につき主体としての性格を否定していない。さらに、[100]破毀院民事部は、協会の活動を事業者活動と考えられなく、協会がそれ自体が非消費者ではないとした。[95]政党を肯定したものでは、政党の活動が事業ではないという理由である。また、[111]SCI を肯定した事件では、SCI より、むしろ、その実質を重視することから L. 311-1 条の適用が認められた。

過剰負債に関しては、[94]事件では、SCI が明確に除外されている。自然人のみに関するからである。

消費者情報に関しては、[99]共同組合を「消費者」と認めた。

契約黙示の更新に関しては、L. 136-1 条に関しては、[110]破毀院民事部では、同条にいう「消費者」が自然人のみを対象としているものの、法人が同条の「非事業者」に含ま

⁴⁶³ JurisData 2013-031424

⁴⁶⁴ JurisData : 2014-002213; CCC.n°7,comm.n°172,2014.

れるとされる。しかし、2011 年 9 月 6 日破毀院商事部では、商事会社が「消費者」「非事業者」から除外されると。[113]パリ裁判所は、協同組合を「消費者」とした。

消費法典 L. 137-2 条に関しては、[112]は、協同組合を「消費者」とした。

②全体的な趨勢

第一に、基準の広狭により、法人の「消費者」性格如何が異なる。不当条項法では、法人は消費者でありうるのか。破毀院判決では、ほとんどは、正面から答えていない。しかし、「専門能力」の基準のとき、法人が認められている。また、「直接関係」の基準によると、直接関係がなれば、法適用できるとしている。そこから、特に、法人かどうかという区別がなされていない。

第二に、破毀院の中では、商事会社までも、不当条項法の適用が認められていたことがある。その以外、上記の判例から、「営利性」が特に重視されていないようである。

第三に、最初の一時期は、フランスは、法人を認めていた（87 年、93 年破毀院判決。また、91 年のパリ判決は、政党も認めた。1991 年 10 月 22 日パリ判決は、comité d'établissement）。

第四に、それから、EU の厳格の概念定義と判例の影響を受けたためか、消費者の範囲から、法人を排除したケースが多くなってきた（たとえば、1996 年 7 月 10 日判例、2008 年 12 月 11 日判決）。しかし、この可能性はなくなっていない。（たとえば、2008 年 4 月 30 日プロヴァンス判決。また、2011 年破毀院判決。

第五に、不当条項分野では、2005 年判決の「非事業者」より法人が包含される。法人その他の団体に拡張する可能性は排除されていない。

第六に、しかし、不当条項分野では、消費者概念を法人に拡張することと肯定していたのは、消費法典 132-1 条にある「非事業者」という用語と関連している。「非事業者」との関係で、どう理解するか、あいまいさは依然残されている。このことから、自然人・法人の区分自体は、保護範囲の有無を決定することができない。むしろ、範囲限定の決定は、「事業」という基準によるということは、判例から示されている。

（2）学説

以上、判例の態度をみてきた。学説は、どうか。

①J. Calais-Auloy

フランス法では、法人に対する態度の変遷をよく呈しているのは、Calais-Auloy の見解である。Calais-Auloy 自身の考え方が変わっている。

長い間、消費者の定義として、「非事業的利用の目的で財または役務を獲得・利用する私法上の自然人あるいは法人である」⁴⁶⁵と定義しており、かつ、法人を「集団的消費者 consommateurs collectifs」と捉えてきたが、その後、消費者の定義について、その認識は変わった。消費者とは、「非事業的利用の目的で財または役務を獲得・利用する私法上

⁴⁶⁵ J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, Droit de la consommation, 6^e édition Dalloze, n°3 ; Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation; Doc. Fr. avril 1990, p. 20.

の自然人である」⁴⁶⁶。法的安全の見地から、法人を消費者の保護から、除外するようになった。

具体的に見ると、たとえば、その教科書の第1版において、(統一的な)消費者概念を特に明示していなかった⁴⁶⁷。しかし、1978年法不当条項分野の適用範囲について、消費者を自然人としていた⁴⁶⁸。

3版(3^e éd., Dalloz, 1992.)になると、最初に、消費者の定義を一節として設け⁴⁶⁹、概念の定義として、「非事業的利用のために物または役務を利用する人である」とし、法人・自然人については明確に示されていない。ただ、法人について、いくつかの判例の見解の影響を受けたためか、Calais-Auloyは、「獲得するか、利用するか、消費者は、ほぼ常に自然人である。非事業的目的は、実際、私的需要の存在を前提としている。これらの私的需要は、何よりも、自然人の需要である。しかし、いくつかの非事業者の活動を行う法人が、消費者の性格を採るということに至りうる：すなわち、たとえば、非営利目的の協会、共同組合がそれに当たる」⁴⁷⁰としている。4版に至ると、二人共著となり、初めて、90年の消費法典提案に従い、明確に消費者概念を、「自然人あるいは法人…」としていた⁴⁷¹。また、不当条項法について、「EC指令は、消費者を必然的に自然人としているが、しかし、フランスでは、消費法典により、定義がなされていないし、また、フランス法上の判例は、いくつかの法人を消費者と考えている」と⁴⁷²。Calais-Auloy第8版(2010年)⁴⁷³において、法人については、その事業的活動の外で振舞う法人は、不当条項に関する消費法典の規定を適用することができるのかと問題提起をし、特に、法人問題は、非営利の協会、あるいは、協同組合の場合と答えている。

さらに、Calais-Auloyが主宰する消費法改造委員会は、その1990年の報告⁴⁷⁴においては、中間的な概念 *conception moyenne* を採用した。同報告において、消費者が、しばしば、自然人であるが、時には、私法法人でありうる。それは、公法法人を排除するわけである。

②その他

まず、Raymondは、消費者定義を自然人に限定していたことは前述のとおりである。し

⁴⁶⁶ J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7^e édition Dalloz, 2006, n°7, p. 5 et p. 17.

⁴⁶⁷ 彼は、消費行為を、事業行為との対立、や貯金行為あるいは投資行為との区別より、説いた上、消費者は、当該消費行為を完遂する人である、としていた。その際、法人や自然人について、特に触れていなかった(1980, p. 3.)。同書二版(2^e éd., 1986, p. 3.)においても、同様な扱いがなされていた。

⁴⁶⁸ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1980, p. 323. 「消費者というのは、自然人であり、個人的あるいは家庭的需要のために締結する者である」という。

⁴⁶⁹ P. 3 et s.

⁴⁷⁰ 3^e éd., Dalloz, 1992, p. 4.

⁴⁷¹ Calais-Auloy et Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Dalloz, 1996, n°3, p. 4.; 同5^e éd., 2000, n°7, p. 7.; Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6^e éd., 2003, Dalloz, n°7, p. 7 この6版になると、不当条項分野について、(カレオロワは、指摘する)1993年指令が「最低限」であるから、フランス判例は、保護範囲にいくつかの法人を受け入れる自由があるとし、法人について好意的であった。

⁴⁷² 4^e éd., Dalloz, 1996, n°166, p. 168.

⁴⁷³ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, 2010, n°178, p. 213.

⁴⁷⁴ 同報告3条。

かし、法人を消費者に同一視することが説かれている。**法人を消費者**と同一視する考え方は、20世紀初頭に用いられた法人の擬人主義 anthropomorphisme に立脚するのである⁴⁷⁵。しかし、度合いをつける必要がある。過度に法人を消費者に同一視することは、消費者、ないし消費法に対する誤った考え方である⁴⁷⁶。Y.Picod et H.Davo は、法規定に着目して、安全・健康分野では、消費法が自然人に限定し、法人除外することが合理的であるが、訪問販売や保証分野では、法人が除外される取り扱い方については、消極的な態度が示している⁴⁷⁷。C.Gavalda は、法人（協会や共同組合）の消費者性格を認める可能性を主張する。法人の消費者性格を認める見解もある。協会 association や共同組合（syndicats de copropriétaires）の消費者性格をやや積極的に認めていた⁴⁷⁸。Catala は、消費法は、事業者と消費者の関係に適用され、事業者と消費者が自然人であるか法人であるかは問わないとし⁴⁷⁹、理由などは特に挙げられていないようである。

K.De La Asuncion-Planes⁴⁸⁰は、法人は、経済的場面に介入し、消費法の保護を適用できることは必要である。なぜなら、自然人と同様に、法人は保護を需要する。非営利目的の協会、協同組合、事業活動を従事しない fondations を考えており、また、事業活動を従事する法人をも考えており、たとえば、EURLであり、その法人格は、遮蔽物 écran でしかない。これらの法人は、事業者に対面するとき、そそれを保護されうる構造的な能力を有しない、かつ、その状況が、消費者の状況に類似する s'apparente。

非事業者消費者自然人 les personnes physiques consommateurs non professionnels に限定するという消費者の保護が人の完全性に関すると、考えられる、それは、経済的視点から解釈されない。なぜなら、すべての人は、自然人あるいは法人を問わずに、消費行為を行うからである⁴⁸¹。、人の性格を考慮に入れることは、保護の générateur を生じるとして、fiable 信頼できる基準であるが、契約当事者の弱さの現われはないと指摘される⁴⁸²。

他方、J.Amar は、法人問題について、「法人は、自然人と異なり、技術的な手法 procédé でしかなく、「法のサービスに対する工具であり、したがって、自然人のために、法のサービスについて、の工具である」。そのため、事業者問い性質より法人を言うことは、自然人の意図が、創設された存在の保護の度合いに販社するである。法人の枠内において、自然人が自動的に、能力のある人になる。これらの定義の間で立てられた関係は、法人の・事業者の・専門能力の概念と異なり、まったく明らかなことを有しない。現行の実定法を単純にすると、自然人のレベルや法人のレベルについて、実定法により考慮に入れた諸状

⁴⁷⁵ G.Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in Les contrats de consommation, Journées d'études, Poitiers 18 et 19 oct.2001, PUF, 2002, p.14.

⁴⁷⁶ G.Raymond, Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation, in Les contrats de consommation, Journées d'études, Poitiers 18 et 19 oct.2001, PUF, 2002, p.14.

⁴⁷⁷ Y.Picod et H.Davo, Droit de la consommation, n°36, p.21.

⁴⁷⁸ C.Gavalda, L'informatin et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, D.1978, chron., p.193.

⁴⁷⁹ ピエール・カタラ（野澤正充訳）「民法・商法および消費法」 民法改正と世界の民法典（信山社、2009年）所収 191頁。

⁴⁸⁰ La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ?, LPA 2 mars 2010, N°44, p.3.

⁴⁸¹ K.De La Asuncion-Planes, La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation?, Petites affiches, 3 mars 2010, n°10.

⁴⁸² (n°10, p.6)

況を看過している。なぜなら、消費者というのは、必然的に *forcément* 自然人であるというわけではなく、また、法人が、必然的に、能力のある事業者であるわけでもない⁴⁸³。

G.Paisant は、「すべての法人が、有力な商事会社 *puissantes sociétés commerciales* ではない。その保護は、したがって、たとえば、事業的あるいは経済的活動をまったく追求しない協会に与えることとなるだろう。それらは、しばしば、それらの代表者を通じて、自然人消費者と同様な弱い状態の中で契約する」⁴⁸⁴と説いている。さらに、彼は、法人の保護可能性は、この不当条項分野にとどまるのかという問題について、法システムの整合性の問題として提起としつつ、彼は、法人の経済利益の場合、法人が事業者の名義で経済的活動の需要のために、締結されたのではないとき、自然人と同様な条件で法人を保護すると主張する⁴⁸⁵。

M.Luby

経済活動あるいは営利目的による区分の基準は試みられたが、事業者法人 *les personnes morales professionnelles* と消費者法人 *personnes morales consommateurs* を区別し、立てるには容易なことではなく、かつ、あまり満足に行かないという⁴⁸⁶。

分析：

コアの部分：私的需要のために契約する自然人。目的基準に立脚しつつ、自然人とする。

法人を除外する考え方は、このコアの部分に由来する。私的需要と関連付けるのは、自然人のみであると考えられるからであろう。

事業的需要のためにであれば、自然人であっても、除外される。すなわち、法人と事業者と直結することになる。法人であれば、一定の事業に従事し、かつ、その取引が事業的需要である。

このように、消費者概念の画定には、二つの対立軸がある。一つは、事業の有無、もう一つは、法人・自然人という区分を関連させる。

法人は、必然的に、消費法にいう「事業者」であるのか。非事業者概念が独立な価値があるならば、法人概念を非事業者に位置づけて考えることが、法人保護の余地がある。しかし、これは、非事業者概念をどう捉えるかということにかかわっている。

まとめ：

長い間、消費者定義不在のため、消費者が自然人・法人であるかについては、訪問販売分野と不当条項分野では、自然人であると明確にされているが、それ以外には特に法的に明確にされていない。学説では、法人を消費者と捕らえる意見がある。判決上、時に葉、二重的な拡張基準をとった。たとえば、1987年4月28日判決は、それである。すなわち、一方拡張的な専門能力基準をとり、他方、法人であっても、消費者として認めた。これは、そうであるが、専門能力という拡張的な基準をとると、自然的に法人団体・自然人の主体性格が重要ではないからである。下級審では、法人が消費者であるという判決が複数でる。

⁴⁸³ J.Amar, Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, CCC, avril 2003, p.7.

⁴⁸⁴ G.Paisant, Le consommateur est seulement une personne physique, note sous arr.Cass.1e civ., 2 avr.2009, JCO.EG.n°38, 14 sep.2009, 238.

⁴⁸⁵ G.Paisant, p.238.

⁴⁸⁶ M.Luby, Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence, CCC.2002, comm.p.4 et s.

しかし、ヨーロッパの考え方の影響により、フランス国内の判決では、消費者が自然人であると方向転換が見られる 15 mars 2005 が、しかし、同時に、消費者と非事業者との区別を賛同して、法人は、非事業者であうるから、不当条項法の適用を妨げないという見解が示されている。

フランスでは、法人について、破産院の態度は、かなり躊躇していた。1996年7月10日判決から、GAECの消費者である可能性を否定していた。また、下級審判決では、明確にされていない。政党を消費者として認めたものがあるがまた、企業の委員会を消費者と認める場合もある。2008年4月30日判例は、協会に遠距離売買の規定の適用をみとめた。

消費法典に消費者定義の規定が導入され他にもかわらず、法人が、消費者に属するかどうか、議論は収斂するわけではないと思われる。

2、EU 法

EU の状況を見よう⁴⁸⁷。

(1)、EC 規定の状況：

第一に、条約では⁴⁸⁸、保護範囲が明示されていない⁴⁸⁹。

⁴⁸⁷ EC 法の諸指令の規定と EC 判例については M.Luby, La notion de consommateur en droit communautaire : Une commode inconstance..., CCC, janvier, 2000, p.4 et s., spéc., p.5 n°9, n°10. また、EC 消費法について、M.Luby, Politique communautaire de protection des consommateurs . Origine, finalité et devenir, J.-Cl.Europe, Fasc.2000 参照。EU の立法者せよ、Cout de justice せよ、法文の適用を、「売主に対してその弱さにより特徴された経済的地位、保護の需要を有する買主、私的性質に最終的消費者であり、」当事者間の不均衡を矯正するに結びつける。「aux acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par leur faiblesse vis-à-vis des vendeurs, du fait qu'ils sont des consommateurs dans un secteur à caractère privé, non engagés dans des activités commerciales ou professionnelles」(CJCE, 21 juin 1978, Bertrand, aff.150/77, Rec.CJCE, p.1431.)。諸指令としては、「toute personne physique, qui agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle」(Directive n°85/577 du déc.1985 sur la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JOCE L372, 31 déc.1985;)。「toute personne physique, qui agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle」(Directive n°87/102 du 22 déc.1986, modifiée le 22 févr.1990, en matière de crédit à la consommation, JOCE L 61, 10 mars 1990.)。「sauf aux produits achetés commerciale ou professionnelle」(Directive n°88/314 du 7 juin 1988, sur la protection des consommateurs, en matière d'indication des prix des produits non alimentaires, JOCE L 142, 9 juin 1988.)。「Toute personne physique, qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle」(Directive n°93/13 du 5 avr.1993, sur les clauses abusives, JOCE L 95, 21 avr.1993; directive n°97/7 du 30 mai 1997, sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L144, 4 juin 1997; directive n°98/6 du 16 févr.1998, sur l'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, JOCE L 80 du 18 mars 1998; directive n°99/44 du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE L 171, 7 juil.1999)。

⁴⁸⁸ M.Luby, La notion de consommateur en droit communautaire, Une commode inconstance..., CCC, 2000, chron.n°1.

第二に、EC (EU) 指令について。EC (EU) の消費者概念は、明確に定義がなされている。それらは、限定的な意味に執拗しており、もっぱら自然人を対象としている。このことは、一連の指令により貫徹されている⁴⁹⁰。

第三に、EC 判例について。CJCE 22 nov.2001⁴⁹¹においては、不当条項に関する 1993 年 4 月 5 日指令は、より定義された消費者概念は、もっぱら自然人を対象としているとした。上告で用いられた「会社」の用語については、裁判所は、その代わりに、意図的に「法人」を用いることにした。これは、EC 裁判所は、協会が消費者でありうることをも

⁴⁸⁹ Y.Picod et H.Davo, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2005, n°20, p.13. 「この沈黙は、おそらく、EU 加盟国の中で、そのアプローチの対立の現れである。EC の権威は、常に、消費者概念の包括的な定義の問題を巧妙に避ける」。しかし、他方で、学者の多くは、消費者の保護を統一する方法で、ヨーロッパ消費法典の制定を要望している。

⁴⁹⁰ Cons.CE.dir.n°85/577,87/102 et 93/13 (2 条) この不当条項に関する 1993 年 4 月 5 日指令は、明らかに自然人のために予定している（消費者は「その事業活動の枠に含まれない目的に関するあらゆる自然人」としている）。また、EU 法には、非事業者という概念を有せず、厳格的概念を指向している、この 1993 年指令について、M.Tenreiro, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, directive n°93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993, Europe mai 1993, p.1. 1997 年 5 月 22 日指令「その事業活動の範囲内に含まれない目的で振舞う本指令に関する契約においてあらゆる自然人である。toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle」(3 条) Directive n°97/7/CE du 22 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, JOCE L.n°144 du juin 1997, p.19. 1999 年 5 月指令も（この指令は、「消費者」と「売主」「製造者」といった諸用語を用いている。この指令では、消費者とは、事業上または商取引上の活動の範囲に含まれない目的で活動しているあらゆる自然人である、とする）。さらに、2005 年指令は、その適用範囲をも規定する。消費者は、その商業・工業手工業あるいは自由業の範囲内において行動しない自然人である。同指令は、その前の指令を踏襲して、依然として法人を排除している、G.Raymond, *Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation*, CCC, janv.2006, p.5. 2011 年 10 月 25 日 EC 指令も、同旨。2011 年指令の提案である 2008 年 10 月 8 日提案も、この立場をとっており、同提案に基づき、採択された消費者権利に関する 2011/83/UE (2011 年指令 2.1 条：「本指令に関する契約において、商事・工業的・手工業的・自由業的な活動の範囲内に含まれない目的で原則的に振舞うあらゆる自然人 toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit principalement à des fins qui n'entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale」) である。しかしながら、自然人としているが、しかし、各国が、指令の諸ルールを同指令の意味における消費者ではない法人あるいは自然人に適用することを許可している。たとえば、非政府的組織、若い企業、あるいは、中小企業などである。

⁴⁹¹ aff.C-541/99, JCP éd 2002.II.10047, note G.Paisant ; D.2002.AJ 90, note C.Rondey ; D.aff.2002.somm.p.2929, obs. Pizzio ; Cont. Conc. Cons., 2002, n°18, note G.Raymond ; LPA 22 mai 2002, p.16 note C.Nourissat ; RTD civ.2002.p.291, obs. J.Mestres et B.Fages ; RTD com.2002.p.404, obs. M.Luby. ; M.Luby, *Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence*, CCC.2002, chron., n°14, p.4. ; M.Luby, *La notion de consommateur en droit communautaire, Une commode inconstance...*, CCC.2000, chron. n°1 ; (本件は、不当条項に関する 1993 年 4 月 5 日指令の適用に関する。)。ちなみに、CJCE (la Cour de justice des Communautés européennes) は、後に、La Cour de justice de l'Union européenne となった。

排除しようという意図が潜んでいる。このように、EC 裁判所が自然人という厳格の概念を徹底しようという強い姿勢が見られる。

(2)、ヨーロッパ法における消費者保護の特徴

①ヨーロッパ政策の変化

1992 年マーストリヒト条約は、消費者保護を独立な政策と明確にした。消費法は、EC 消費者保護の章において、また、2003-2006 年の消費者政策プランにおいては、EC 政策の変化も見られる。EC レベルでは、徐々に発展され、特に 1992 年以来、消費者保護の政策は、EU の諸国の法規制を調和する harmoniser ことにある⁴⁹²。

②EC 消費者政策の二重性—消費者身分の二重性

ヨーロッパは、域内の市場の統一を目指している。市場および市場自由の価値を重んじていることはいうまでもない⁴⁹³。この点は、ヨーロッパ消費法と国内消費法との相違を決定している。

このような捉え方は、いくつかの理由が推定されうる。

ヨーロッパ法は、「消費者」について、常に二重的に捉えている。一方、契約の当事者として、要保護の主体とする。他方、市場、特に EU 市場を前提に、国内市場に規制を与える場合は、消費者を、市場の参加者・行為者としている。どちらかという、EU は、後者の意味合いをより重要視しているだろう⁴⁹⁴。

消費法は、この新しい政策に寄与するものであり、消費者の法だけではなく、すなわち、民法のロジックと似たようなロジックに従う保護法となる。また、それは、交換自由を指導するに寄与する国内法の融合により、消費物の流通に積極的に参加する国内市場の規制の工具となる⁴⁹⁵。

⁴⁹² Y.Picod et H.Davo,Droit de la consommation,Dalloz,2005,p.2.

⁴⁹³ ヨーロッパ消費者法について、Fauvarque-Cosson,Quelle protection pour les consommateurs de demain ?, D.2007.956. EC 法では、市場・自由競争を重視し、消費者は、自由競争の主体 agent である。

⁴⁹⁴ J.-P.Pizzio,Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle,in Etudes de droit de la consommation,liber amicorum J.Calais-Auloy,Dalloz,2005,p.878.「EU レベルにいうと、消費法は、其の均衡を保護する第一の目的では、弱い契約当事者を保護するのではなく、国内市場の行為者 acteur である」。同様に、J.-P.Pizzio et P.Foucher, L'incidence du droit communautaire de la consommation sur le droit français de la consommation, R.A.E., n°3,94,p.37.EC 消費法の目的には一定の変化があったにもかかわらず、「フランス消費法と EC 消費法との目的は、同じではない。フランス消費法は、一つの目的があり、消費者利益の保護と促進である。他方、EU 消費法は、二つの目的で、かくして、国内市場を実現する手段である。また、F.Bérenger,Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?, Préface Ch.Atlas,PUAM,2007,は指摘する。「この EC レベルの考え方の背後において、消費者概念は、消えるのであり、なぜなら、この分野の制定されたルールは、消費者より、其の性格を問わず、最終的利用者を保護する傾向がいつそう示されている。また、そのため、この EC レベルの保護は、フランス国内の保護より、弱い」(n°24,p.48.)。「消費法のロジック cohérence は、EC 法のロジックではなく、EC 法は、契約当事者を保護するのではなく、自由的競争を保護することである。…… フランスは、消費法について、異なるビジョンであり、それは、市場を犠牲して、消費者の保護である」(n°24,p.49.)。

⁴⁹⁵ J.-P.Pizzio,Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle,in Etudes de droit

このことについては、たとえば、ベランジェが指摘する。本質的には、消費法は、脆弱の地位での契約当事者としての消費者を保護する主要な目的とすることである。理由は、簡単である。EC法の役割は、無視できないであっても、フランス市民に適用する消費法は、常に其の固有の一貫性を有する国内法である、ということ指摘する。ある傾向も観察され、ヨーロッパ司法裁判所は、ますます、指令の国内に導入の際、EC指令よりもっと保護的な立法規定を練り上げたことを、フランスに対して、非難する」⁴⁹⁶という。

③自然人の執拗：

このような把握により、消費者を自然人に執拗することは、ある意味では当然であろう。

また、このようなECの契約分野での自然人に執拗するのは、消費者を欠陥製品保護に関する指令の保護主体とも一致を図るためではないか。

さらに、EU内の加盟国の国内法事情は、均質ではないので、最低限にするしかないと思われる。

市場を重視しているEC法が、常に、消費者を「私的最終消費者」とする姿勢は、EC法に貫徹されている。

まとめ：フランス法とEU法における「消費者」の差異：

「消費法の保護範囲と保護程度は、EC消費者より高い。また、ECの消費者概念は、フランスより、狭い⁴⁹⁷」、フランスの判事は、拡張的な定義を採り、それは、消費法典の条文の適用のため、専門能力という基準で、事業者を消費者に同視することがある。これは、ECの概念を考慮していない。

実際、EC指令は、最小限だけを提供。フランス法は、法人も、また、其の専門外の事業者も、考慮に入れている⁴⁹⁸。

フランス消費法は、保護法となり、根本的にいうと、保護の公序に位置づけられ、推定された弱い契約当事者の保護を基軸として展開されるものである⁴⁹⁹のに対して、ECの消費法は、市場というものをより重視していると考えられる。

(3) EU法のフランス法に与える影響：

①、総体的な影響：

EC指令の概念および判例は、断固に法人を排除している。このようなECの態度は、フランスに与えた影響を感じ取る。

また、先に見たように、消費者概念を法人に消極的になってきたCalais-Auloyの見解がその影響があると推測されている。

de la consommation, *liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2005, p. 878.

⁴⁹⁶ F. Béranger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Préface Ch. Atlas, PUAM, 2007, n°24, p. 48.

⁴⁹⁷ ECは、判例や指令は、自然人を。基準としては、その事業活動に関連しない目的としている。他方、フランスは、法規定の中で、法人を明確しないところも多いし、また、判例の中で、法人を肯定している場合も少なくない。

⁴⁹⁸ J.-P. Pizzio et P. Foucher, *L'incidence du droit communautaire de la consommation sur le droit français de la consommation*, R.A.E., n°3, 94, p. 38.

⁴⁹⁹ F. Béranger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Préface Ch. Atlas, PUAM, 2007, n°24, p. 48.

さらに、以上の判例からも見られが、判例においては、最初、法人について緩和的であったが、90年代中期ごろから、厳しさが見られる。たとえば、87年4月28日、93年1月6日判例、破毀院は、法人を認めたが、このEC法の態度や扱い方の影響より、フランスでは、同歩調で行うまでに至っていない。

主体だけではなく、1995年以降は、基準として、厳しく判断する傾向を見せている。それまでに、やや寛容的判断だったが、拡張するために制定された「直接関係」が厳しく適用されるようになり、破毀院は、保護範囲を縮めようという意図がその背後に存在するのであろう⁵⁰⁰。

②、具体的な影響：消費信用を例に：消費信用におけるEC指令およびフランス法改正：

また、その影響を具体的に見れるのは、もうひとつの動向として、消費信用分野である。前述、2008年4月23日消費者信用契約に関する指令が、2010年7月1日法律により国内化され、フランス消費信用法が、明確に「自然人」となった。明らかに、EC指令の定義の影響により、その適用範囲が縮まるようになった。

このことを支持するものとして、たとえば、Calais-Auloyの指摘である。自然人に限定することについて、「法人は、この分野では、消費者の性質を認めることができない。自然人は、信用がその事業活動に無関係であるときしか、この消費者の性格を有することができない。消費法典の規定は、たとえば、個人的あるいは家庭的な使用に車の購入を融資する用途の信用に適用される。それは、事業的車の購入を融資するに認められた信用に適用されない。事業的需要のために振舞う人は、信用の策術 pièges に対して、その自身を保護することができる。それは、法の援助を必要ではない。」⁵⁰¹。

このようにして、EC指令などEC消費法の影響を受け、フランス消費法とは、性質的にやや相違な政策的な要素がフランス国内に浸透しつつあることは否められないことだろう。そのため、フランスでは、EC消費法の影響のため、消費者保護が見なおされ、保護の度合いを低減している傾向を見取ることができる⁵⁰²。

（４）影響の制限

①影響の制限１：

他方、フランスは、EC指令の概念定義を国内に導入することを抵抗してきた。この意味では、その影響は、一定の限度にとどまっている。というのは、EC指令は、厳格な定義をしている同時に、EC加盟国に一定の自由を認めている。それは、指令第13の規定である。「メンバーの国は、たとえば、この指令のルール適用を、同指令の意味における「消費者」ではない法人あるいは自然人へ拡張することを決定することができる。たとえば、非政府的組織、若い企業、あるいは、中小企業などである」。

つまり、EC法は、はっきりした定義をしているにもかかわらず、しかし、それは、消費者概念の拡張や修正を許さないにもかかわらず、その射程（あるいはその恩恵の範囲）

⁵⁰⁰ たとえば、前述したように、1995年判決、1996年1月30日判決と同年同月3日判決、また、2001年7月10日判決と2002年3月5日判決。しかし、そうはいつでも、なお、法人に扉を完全に閉めていたわけではない。

⁵⁰¹ J. Calais-Auloy, Droit de la consommation 8e éd., 2010, n°348, p.425.

⁵⁰² M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral, 2e éd., PUF, 2007, p.34-35.

を広げることは、国内法に自由を与え、開放している⁵⁰³。

②影響の制限2：

他方、この影響は、一部の分野に限っている。不当条項や消費信用など、その他は、フランス自身は、破産院や立法者などは、一定の自由がある。しかし、上記の判決から窺わせるように、フランスでは、EUの浸透する分野であれ、浸透しない分野であれ、フランスでは、それを、より統一的に、より画一な適用基準を図ろうという趨勢が見られる。

・フランス法とEC法との比較：

第一に、ECは、消費者概念の定義について、一貫して、定義規定をしてきた。フランス国内では、消費者定義概念がなかったが、最近は、2011年指令の消費者概念の定義規定が国内に導入された。これについては、後に譲る。

第二に、フランス法では、消費者概念の捉え方は、EC法より、範囲が広い。ECは、常に、消費者を、自然人、私的または事業的活動と無関係のために活動すると定義してきた。それは、EC法が、加盟国に、最小限その保護を提供し、加盟国が指令を国内化する際に、それをより以上の保護を可能するということからである。たとえば、1993年4月5日EC指令をフランス国内化した際に、フランス立法者は、事業者間の契約、弱い状態の事業者契約当事者一方に消費法典のルール適用と望んでおり、一定の事業者を明確に保護しようとし、また、法人も対象としていた⁵⁰⁴。

第三に、EC法からの影響について。しかし、EC法からの影響は無視され難い。とりわけ、最近、2011年指令の採択に伴い、最大限の調和を図るものであり、加盟国がその自由の空間が縮められるようになってきた⁵⁰⁵。

B、非事業者の概念

前に見たように、「消費者」概念のほか、「非事業者」という概念が存在する。以下、「非事業者」に関しは、第一に、自然人・法人与非事業者の関係、第二に、適用範囲の確

⁵⁰³ V.,Saupanor,2013,p.105.「これは適用領域は消費者ではない。また、この指令によると、同指令のルール適用領域を拡張することを許しているが、消費者概念自身の拡張を依然として、拒否し、その厳格の制度を擁護している」と説く。

⁵⁰⁴ J.Ghestin et I.Marchessaux-van Melle, L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n°95-96 du 1er février 1995,JCP.E.A.n°31,3 août 1995,p.481.; K.De La Asuncion-Planes, La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation?, Petites affiches, 3 mars 2010,n°17,p.9.によると、ECの諸加盟国は、法律上、消費者概念の取り扱方がさまざまであるが、EC指令を国内化した際に、そのまま国内化する国は少なく、いくつかの加盟国は、法人を消費法の適用範囲に包含させようとする。そのために、これらの国は、EC指令に定められている「消費法により保護される人は、その商事あるいは事業的活動に無関係の目的で活動すべきであるという条件」のみを導入して、法人・自然人の区分を意識的に避けているという。たとえば、Espagne, Grèce, Hongrie, Luxembourgなどは、法人または自然人としている。

⁵⁰⁵ De l'harmonisation maximale, RDC 2009,p.11.; Pizzio, .

定基準と非事業者の関係について見てみよう。

先にみた判例や学説議論からもわかるように、「消費者」概念について、「個人的あるいは家庭的」という私的利用の場合、問題は単純であり、一致しているであろう。しかし、問題となるのは、当該厳格概念の周辺を決めるときは、非事業者が登場する。

しかし、この概念は、フランス消費法に遍在的なものではない。それは、不当条項に関する規定を中心とするいくつかの規定に用いられているものである。不当条項に関する規定（消費法典 L.132-1 条、と L.135-1 条、および、消費法典の規制部分の R.132-1 条および以下）、書面の表示（消費法典 L.133-1,R.211-1,R.211-4 et R.211-5.）、条項の作成と解釈（消費法典 L.133-2.）、契約の更新 *reconduction*（消費法典 L.136-1.）。

（一）、「非事業者」と「消費者」

1、「非事業者」概念とその変遷：

前述のように、この用語については、まず、最初は、1978 年 1 月 3 日 78-23 号法律（いわゆる不当条項に関する *Scrivener* 法律）に現れた。同法 35 条は、「事業者と非事業者あるいは消費者」締結する契約について、不当条項の規制を規定していた⁵⁰⁶。

起草過程において、議論があった。

①、立法過程：なぜ非事業者の概念が導入されたか

最初の法律案は、消費者と事業者との間としていた⁵⁰⁷。「消費者」のみを予定していた⁵⁰⁸。しかし、審議過程では、元老院と国民議会との意見が対立していた。

最初は、元老院は、この「消費者」の概念を受け入れた。元老院の審議を経て、依然、消費者だった⁵⁰⁹。これに対して、国民議会での審議により、消費者の放棄で、非事業者が登場した⁵¹⁰。第二草案の審議になると、元老院では、非事業者に対して、反対された⁵¹¹。元老院の案は、依然、消費者を用いる⁵¹²。しかし、国民議会は、非事業者を主張する⁵¹³。

しかし、審議過程では、この両概念についての関係については、国民議会の法律委員会の主席は、同様な条文に関して、「立法法文の中で、望ましくない贅言 *une redondance peu souhaitable* を避ける」べきだ⁵¹⁴と指摘し、両者を同一のものと理解しただろう。一

⁵⁰⁶ 同 35 条 5 項は、「en vue d' assurer l' information du contractant non professionnel ou consommateur, des décrets pouvaient réglementer la présentation des écrits constatant les contrats entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs」。また、不当条項委員会は、「par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs」も同様である。そして、1978 年のデクレ 3 月 24 日の適用の初めてのデクレも、踏襲している。

⁵⁰⁷ Art. 28 du projet de loi n° 306 (1976-1977), JO Sénat, Documents législatifs, 1976-1977

⁵⁰⁸ Doc.Ass.Nat.n°3154, 1e sess.ord.1977-78,p.24.

⁵⁰⁹ Art. 28 du projet de loi n° 3154, adopté par le Sénat, JOAN, Documents législatifs, 1977-1978.

⁵¹⁰ Art. 28 du projet de loi n° 159, modifié par l'Assemblée nationale,, JO Sénat, Documents législatifs, 1977-1978.

⁵¹¹ 12 décembre 1977, JO Sénat, Débats parlementaires, 1977-1978, n° 102,, 19 décembre 1977.

⁵¹² JOAN, Documents législatifs, 1977.Art. 28 du projet de loi n°3377.

⁵¹³ 20 décembre 1977, JO Sénat, Débats Parlementaires, 1977-1978, n° 124, Art. 28

⁵¹⁴ J.O.Déb.Ass.Nat.13 déc.1977,p.8591.

方、J.Thyraud は、非事業者概念を入れると、消費法が非常に拡張的なものになると危惧を示した⁵¹⁵点から、両者が相違なものであるとも窺わせる。

結局、国民議会と元老院の意見調整（妥協）の配慮で、同数の代表からなる混合委員会（国会超党派）の介入で、「消費者」「非事業者」二つの用語を併置で規定することと決定した。彼らは、契約の中で劣勢状になるのは、消費者のみではない（例として、下請け sous-traitants と情報機材の買手である）⁵¹⁶と強調する。用語の内容・範囲については、説明されていなかった。

②、消費法の法典化の際

1993 年に、消費法の法典化を迎えた。その際、35 条は、L.132-1 条となり、この 35 条 5 項は、不当条項に関する条文から抽出され、現行 L.132-1 条に置かれるようになった。消費法典 L.133-2 条を導入して、それによると、「事業者が消費者あるいは非事業者に提供された契約の条項は、明確かつ理解できる方式で表示・作成されなければならない。それらは、疑問がある場合、より消費者あるいは非事業者に有利な意味で解釈される...」。

③、1995 年法改正

その後、1995 年 2 月 1 日 95-96 号法律に、1993 年 93/13/CEE 指令⁵¹⁷がフランス国内に導入される際に、不当条項に関する法の改正がなされた。しかし、法規定の用語として、そのまま維持されるようになった。それでも、「非事業者」について、一定の変化があった⁵¹⁸。

1995 年 L. 132-1 条の改正の際では、「非事業者」という用語の是非及びその扱いや意味について、議会（元老院）では、再び意見が交わされていた。その議論を見よう。

改正における議会の議論：

元老院の議員の一人である Lambert は、E C 指令では、非事業者という用語を用いてい

⁵¹⁵ JO Sénat, Débats parlementaires, 1977-1978, n° 102, 19 décembre 1977.

⁵¹⁶ Fourgoux, in Contrat d'adhésion et protection du consommateur, p.130.

⁵¹⁷ この紹介について、河上正二＝大村敦志訳「EC 消費者関連指令(仮訳)―最近の二つの重要指令」NBL534 号 1993 年 34 頁以下、特に、41 頁以下。1993 年 4 月 5 日指令の採択までの概要や指令の内容の概要について、大村敦志「ヨーロッパ共同体と消費者法政策（2）」NBL539 号 34-35 頁。EC 消費者法の全体について、大村敦志「ヨーロッパ共同体と消費者法政策（1）（2）（3・完）」NBL538 号 8 頁、NBL539 号 30 頁、NBL540 号 28 頁。共同市場の維持と消費者保護の緊張関係について「単一国家によって規制された単一市場において、市場内の全域において同じ規制が行われるので、消費者法政策と市場内における商品自由流通政策との間に抵触は生じない。しかし、連邦制の下では、規制の格差が生じることによって、消費者法が商品の自由流通の妨げになることが考えられる」（（3）28-29 頁）。また、EC 消費者法の特色として、「経済統合から出発した EC においては、消費者問題はもともととは周辺的な問題であった。」、「経済的な問題をみても、意見の対立はあるが、ともかくも不当条項規制に関する立法が実現をみている。このような法状況は、見方によれば、EC の権限の弱さと構成国の対立の結果であるとも言える。」（同（3）31 頁）を指摘している。

⁵¹⁸ 95 年法解釈として：C.Danglehant, Commentaire de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats

ないし、指令の意味では、この非事業者が消費者概念に何も与えない、この「あいまい」な文言を削除すべきだという⁵¹⁹。

他方、経済大臣 Alphadéry は、「契約は、事業者と消費者とによって締結されることができる。しかし、また、場合によって、ある職人あるいはある人より、その事業活動が、当該契約に特別に関係しない場合がある。もし、われわれは、これらの非事業者らを見ないと、これらの契約が同法の適用範囲から除外されうるだろう」と説いた⁵²⁰。

(導入の時の) 国会の議論の際⁵²¹、非事業者の性質の判断が「事業者に属する技術によって決定される est fonction de la technicité propre du professionnel」と明らかにした⁵²²。

この 132-1 条という条文は、1993 年 EC 指令の国内化に関するものである。指令は、「最低限 minimale」であるので、フランスは現在の規定の設計を選んだ。

このように、それまで、両概念について、1995 年法の改正により、この二つの用語を区別するという立法者の意思は、やや明確になったといえよう。

2、分野の拡大—Chatel II 法律における「非事業者」

同概念の拡大が見られる。2008 年 1 月 3 日 2008-3 号法律(いわゆる Chatel I I 法律)33 条は、消費法典 136-1 条の内容を変更した。同条の最初の二項は、「消費者」に割り当てられ、それ以降、5 項によると、「消費者と非事業者」に適用する。今度は、「et」という連結語が、用いられている。すなわち、「非事業者」が、消費者と区別するカテゴリーである。ここでは、立法過程からみると、立法者が、非更新に関する情報の享受を、自然人、その事業需要のために契約締結する者、その専門知識に属しない分野において、という者へ拡張しようという意図である⁵²³。

(二)、「非事業者」の捉え方

1、非事業者における不当条項委員会の見解：

不当条項委員会は、この「非事業者」について、どう理解しているのか、について、統一していないようである。法律には、定義がなされていないからである。提訴の受理適格を検証して、事業者概念を定義するために、同委員会は、いくつか可能な基準を提示している⁵²⁴。

第一に、まず、非事業者は、「その職業がその契約相手方により従事された職業と異なる者である celui de la profession est différente de celle exercée par son cocontractant」。そのため、非事業者がその交渉相手方と同様な技術的専門能力を有しないのであろう。反対に、推論できるのは、非事業者が、事業者と同様な技術的知識を有しないと。そのため、非事業者が契約締結時劣勢立場にある場合がある。この概念は、非常に広い。契約当事者らは、稀に、同様な職業 profession を有する契約当事者らは、契約の経済関係における不均衡の被害者のみを保護する 35 条の用語そのものにおいて限

⁵¹⁹ A.Lambert,Sénat,Séance du 15 nov.1994,JO,p.5566.

⁵²⁰ E.Alphandary,Sénat,Séance du 15 nov.1994,JO.p.5566.

⁵²¹ Rappo.Fosset,Doc.Sénat,n°64,1994-1995,p.26 ; Rappo. J.P.Charie, JOAN 7 déc .1994,p.12.

⁵²² V.,J.Amar, p.7.

⁵²³ Sauphanor,2013,n°116,p.114.

⁵²⁴ Rapport d'activité pour l'année 1978,BOSP du 13 juin 1979,p.172.

定するしかできない。

第二に、非事業者は、事業的需要のためではなく、その自身の需要のために契約を締結する者であるという理解である。

第三に、非事業者は、一定の場合、物または役務を非慣習的 *non habituelle* な方式で提供する者⁵²⁵でありうる。

契約のオブジェに立脚する第二・第三の定義は、より限定的であり、消費者保護に関する多様な法文の精神により適合するものとして、委員会に好まれるようである。

さらに、委員会は、これらの定義は、完全的・正式的・最終的なものではない。その問題は、場合によって確認されるべきであるし、かつ、判事の至上の判断に属する。

以上、不当条項委員会がなされた諸定義は、各は、能力、目的、反復性との基準に対応するものと理解している。

2、学説の理解

非事業者の理解については、フランスの学説を見よう。

第一に、消費者＝非事業者

これらの主張は、行為の目的に着目すると、非事業者の用語は、消費者と同義のものである。「非事業者」の並びは、ただの贅言であるというように理解している。J.Calais-Auloy ;J.Ghestin⁵²⁶、Leveneur などは、これにあたる。

J.Calais-Auloy

Calais-Auloy は、非事業者概念について、その教科書の最初の版において、非事業者という概念による拡張というのは、立法者の意図に合致すると考えられない、とし、非事業者を用いることで、立法者が事業者を目指そうとしたということは、不思議であるだろう、という⁵²⁷。彼は、1978 年法が、練り上げられた環境と、1978 年法が樹立されたシステムは、保護が消費者に専用であるべきとしていた。カレオロワは、この用語は、曖昧な条件の中で、付け加えられたから、「非事業者の用語を放棄すべきである。」⁵²⁸。

しかし、これについては、2 版以降は、カレオロワは、非事業者の概念について、「「消費者」という用語の傍に、「非事業者」の表現の使用は、その他の人に不当条項についての規定の適用を拡張することができる。むしろ、カレオロワによると、この「非事業者」概念の射程・対象、いくつかの特別な者をカバーする役割があるとされる。すなわち、投資行為をする預金者 *épargnant* (動産の価値の引受け *souscription de valeurs mobilières*、収益の不動産の購入 *achat d'un immeuble de rapport*、など) であり、かつ、また、物を販売する個人 (たとえば、中古の車) に適用する。これらの人は、消費者ではなくても、明らかに、非事業者である」⁵²⁹。このような「非事業者」概念の役割を説きつつ、

⁵²⁵ 一時的な物の売主や役務の提供者については、J. Calais-Auloy et H. Temple, 8e 2010,n° 15. 消費者の定義では、買主や獲得者を消費者とするのは、一般的であるが、事業に従事する目的ではない売主側や役務の提供者が消費者と同様な推定された弱さがあるため、消費者法の適用が認められるとされている。

⁵²⁶ *Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, les obligations, t.2, 2^e éd., 1988, n°595, p.678.*

⁵²⁷ J.Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1980, p.32.

⁵²⁸ Calais-Auloy, *Contrat d'adhésion et protection du consommateur*, p.259; Aussi, *Droit de la consommation*<

⁵²⁹ Calais-Auloy, 2^e éd., 1986, Dalloz, p.168.; Calais-Auloy et Fr.Steinmetz, *Droit de*

Calais-Auloy は、EUとフランスの両方に着目し、消費者と非事業者とは同義語とし、消費者と非事業者との区別を放棄するやり方について賛成し、「この考え方は、もっともだと思われる」とし、かつ、「消費者を保護する規定の全体に一般化されるべきだ」とされている⁵³⁰。

J.Ghestin

Ghestin は⁵³¹、「広義的消費者概念は、35 条の適用のため位置づけられた手段と比類にならないようである。明らかに、立法者は、異なる専門の事業者間の関係ではなく、日常生活の中の多種多様な契約を対象として図っていた」。ゲスタンの言うことによると、非事業者という文言は、法律の適用範囲の拡張を意味 (impliquer) しない。両者は、同義的なものであるという⁵³²。

G.Paisant :

ペザン (G.Paisant) は、より消極的な態度を示している。「非事業者」用語を削除すべきだと主張する⁵³³。

B.Starck,H.Roland,L.Boyer

Starck ほかは、以上の諸説と基本的には一致しているようであるが、やや相違なところもある。この説によると、消費者あるいは非事業者は、同義語であり、保護される人のカテゴリー : 消費者しか存在しないという⁵³⁴。しかし、彼によると、消費者・事業者という二分法で言い切れない。さらにいう。中間的カテゴリー、つまり、事業者でもない消費者でもない契約当事者のカテゴリーが存在のかという問題が、想像上の問題ではないとし、異なる活動に従事する二つの事業者間の締結される契約、たとえば、事務所の機材を購入する工業者によって締結された契約、この工業者が二重の面があり、一方、機材がその事業活動の用途であるので、事業者であり、他方、契約の条項を交渉・議論できない範囲内において消費者であると指摘する⁵³⁵。

Leveneur

「ou」という連結語は、二者択一を表さず、「消費者、それが非事業者 le consommateur, c'est le non-professionnel」である⁵³⁶。

第二に、消費者・非事業者：両義的なもの

他方、非事業者の概念について、拡張的な理解がある。多くの学説は、非事業者という

la consommation, 4^e éd., Dalloz, 1996, p.169;

J.Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 8^e éd., Dalloz, 2010, n°178, p.213.

⁵³⁰ J.Calais-Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, 8^e éd., Dalloz, 2010, p.215, n°178.

⁵³¹ Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, les obligations, t.2, 2^e éd., 1988, n°595, p.678.

⁵³² Ghestin, Le contrat, n°595.

⁵³³ G.Paisant, La protection par le droit de la consommation, in Les clauses abusives entre professionnels, 1998, p.17 et s., spéc.p.30.

⁵³⁴ B.Starck, H.Roland, L.Boyer, Droit civil, Les obligations, 2.contrat, 6^e éd., Litec, 1998, p.280, n°772.

⁵³⁵ Ibid.

⁵³⁶ L.Leveneur, Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives, CCC 1996, chron.n°4.

のは、取引の相手方と同じ専門の事業者ではないと捉えている。Pizzo、C.Giaume、Berlioz、Godé、J.-P.Pizzio など。

Godé⁵³⁷

Godé が指摘したように、「この用語は文字通りの意味、事業を行使しないということではない」。非事業者は、「むしろ、その事業の外に関する者である。其の目的は消費するためだけではなく、製造であつても」、非事業者に当たる。

G.Berlioz

彼の理解はやや単純的である。彼は、非事業者概念について、従来の二つの分野に寄りかかって示唆を求めている。彼は、「非事業者の用語は、立法者により定義されていなく、それを定義するには、製造者の責任や助言義務の分野に関する判例上の定義から示唆を受けるしかない」と言い、非事業者が、非専門的な事業者としている⁵³⁸。

J.-P.Pizzio⁵³⁹

彼は、判例における非事業者概念と、1978 年 1 月 10 日の法律の概念との相違に留意する。彼は、非事業者概念と消費者概念との分離が可能であるとし、こうして、二つのメリットがあるとする⁵⁴⁰。一方、それは、1978 年 1 月 10 日法律の I V 章の *vocation* にもっとずっと合致する（消費法より、むしろ、不当条項の撲滅のテクニックにより、附合契約を規制する法律である）とし、他方、この解決は、不動産取引を投資取引として消費者否定といった現実に難問を解決することができる、という。彼は、非事業者の概念にその自立を与えることをしないと、なぜ、不動産の獲得者が、不当条項法を適用するか、と正当化するには不可能となると指摘する。彼は、非事業者の用語が、消費者の用語にとどまることができないと認めざるを得ない、消費者概念は、非事業者の特別カテゴリーを対象としている。

C.Giaume⁵⁴¹ :

非事業者を、同様な専門ではない事業者と解している⁵⁴²。消費者と非事業者との用語は、分離している、という⁵⁴³。

具体的に、定義がなされている。非事業者は、それについて以下である：事業的目的の中で、契約を締結する者であるが、その契約相手方と同様な専門の事業者ではない者である。かつ、その契約の特別な技術がそれを、もっとも素人の消費者の無専門能の水準に、例外的方式でそれを回復する。また、消費者の概念との関係で、非事業者の概念は、同

⁵³⁷ P.Godé,RTDciv.78.p.744. ; P.Godé, Dictionnaire juridique de la consommation,éd.,Dalloz 1983,V° Consommateur, p.114.

⁵³⁸ G.Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP, éd.,C.I.1979,II,13019. p 248-249,n°10-12.

⁵³⁹ J.-P.Pizzio, L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D.1982.chron.p.91.

⁵⁴⁰ J.-P.Pizzio,p.97,n°20-21.

⁵⁴¹ C.Giaume, Le non-professionnel est-il un consommateur? Ou des problème de la redoncance en drot de la consommation, Les Petites Affiches, 23 juillet 1990, n°88,p.25.

⁵⁴² このような捉え方は、「専門能力」の基準と一致しているといえよう。

⁵⁴³ C.Giaume,p.29.

義語ではなく、それぞれ、独立のものであるとし、1978 年法の文言「非事業者あるいは消費者」の理解は、フランス語の「ou」をどう理解するかと関わっている。つまり、一方、最も普通の意味として、二者択一の意味である。他方、時には、累積的な意味とし、「et」に近い意味である。そのため、問題は、「非事業者あるいは消費者」という概念は、一義的 (univoque) なものであるか、両義的 (équivoque) なものであるかということになる。非事業者の概念については、事業的目的で契約を締結する者であるが、其の契約相手と同じ専門ではない者である。契約の独特な専門性が例外的な仕方であって最も素人の消費者に帰着する。また、消費者の概念との関係で、非事業者の概念が独自の同義語である。

3、判例における「非事業者」

以上は、学説における「非事業者」の理解であるが、判例はどうか。

再び、上記のいくつかの判例の中から、「非事業者」に関するファクターをピックアップして見る。

全体的には、判例の中では、この用語の意味について、解釈していたものは、ほとんどなかった。それどころか、つい最近までは、判例上、「非事業者」用語について、あまり触れていなかった⁵⁴⁴。つまり、非事業者という概念があるにもかかわらず、しかし、非事業者の中身の理解や、それをめぐるそれにかかわるいくつかの問題について、破毀院は、従来、あまり触れていなく、明確にされていないことが多い。

(1) 「非事業者」と「専門能力外」

しかし、前掲の判決からわかるように、最初の段階では、一方、判決は、ずっと個人的・家庭的基準に執拗していた。他方、判例は、不当条項法における「非事業者」という枠を超え、全体的に「専門能力の範囲外における者」を法の適用認めていた。このことは、暗黙のうちに、専門能力外＝非事業者という図式と理解されていた。このことは、前記の学説の一部により理解されている。

しかし、判決は、消費者と非事業者とを相違なものと捉えるようである。2005 年判決を読むと、わかる。それ以降、この「非事業者」の理解について、いくつかの判例から、やや立ち入って、一定の方向づけをしようとする。

(2) 非事業者と法人

前述したように、フランス法は、EC 法から、強い影響を受けている。EC は、不当条項分野に関する裁判・法（指令）両方は、消費者を法人排除していることは前述したとおりである。この厳格は、フランスへ要請しているということが見られる。

しかし、一方、EC から外圧を受けながら、加盟国のより高い保護を許可していることは、また事実である。他方、フランスでは、上記起草過程では、妥協の産物である「非事業者」の概念を用いて、判事は、法人の消費者性格の余地を求める。前述した判例に即してみよう。

破毀院は、法人への拡張的な解決をとった。2005 年 3 月 15 日破毀院（不当条項）判決において、事業的組合に関する事件である。この事件の中で、破毀院は、はっきり、消費者

⁵⁴⁴ Sauphanor, 2013, n°151. 2005 年 3 月 15 日判決までは、「非事業者」というカテゴリーは、相対的に意識されていなかったと説く。なぜなら、Sauphanor によると、破毀院の従来の考え方が、自然人の契約当事者が、その私的（個人的）需要のものとして、理解してきたからである。

概念は非事業者の概念とは異質なものであり、不当条項に対して、法人を排除しないこととなる。しかし、この2005年判決は、組合が「事業者の性格」で契約締結したということで、不当条項法の適用を認めるに至らなかった。これにより、逆に言うと、事業活動を従事しない法人は、「非事業者」に当たることだろう⁵⁴⁵。

また、2011年6月23日破毀院判決も、破毀院は、ECの扱いに対して、やや抵抗感を示しており、不当条項の対処ための法の保護を法人に拡張しようというようである。（フランスの特殊性に関することであり、事業活動を従事しない法人も、非事業者の性格で、保護に資格がある2011年6月23日判決）。

しかし、他方、破毀院は、商事会社を、「非事業者」というカテゴリーに納めることについて、やや抵抗感を表している。2008年12月11日判決において、商事会社を非事業者から除外したとした（2008年12月11日判決）⁵⁴⁶。しかし、2008年12月11日判決には、消費者や非事業者について言及せずに、直ちに、商事会社同士の契約は、消費法の適用がありえないとした。法人を保護しないという点についてははっきりしていないし、また、非事業者を法人から除外するという明確な意味を示していない。

法人について、非事業者概念を通じて、2009年3月18日の2009-302号デクレにより位置づけられた規定を適用できるとされている⁵⁴⁷。

（3）「非事業者」と「直接関係」

フランス消費法では、いくつかの条文は「非事業者」の用語を用いているが、非事業者の概念の定義がないので、不明確である。

前述したように、この非事業者という概念によると、自分の専門能力の外で振舞う事業者であるという捕らえ方がありうる。自分の専門領域ではないであっても、事業者という資格は変わらないのであろう。立法者の意思あるいは、素直に理解すると、非事業者は、専門分野外で活動する者を保護しようであろう。

しかし、破毀院は、「直接関係」という基準が、不当条項分野に採用されて以来、状況は変わった。この場合、事業者は、事業と直接関係ない場合は法律の適用が可能である。

実際、直接関係の判断は、事業目的による場合が多かった。非事業者を事業目的ではないものと理解されると、直接関係と接近する。

直接関係が存在する場合、法人が除外される。直接関係がないことは、非事業者と捉えるようである。判決の法人と直接関係の関係からみると、法人が、その名義で活動する場合、しばしば、その従事する専門活動の範囲内でなくても、その活動と直接関係を有する可能性は、非常に高いことがわかる。

補論：「消費者」概念に関する近時の動向

⁵⁴⁵ Sauphanor, 2013, n°151.

⁵⁴⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, n° 178.

⁵⁴⁷ N. Sauphanor-Brouillaud, JCP G 2009, n°14 du 1^{er} avril 2009, act.168.

(一) EU 指令の新たな動向⁵⁴⁸ :

最近の EU の動向として、一方、従来の「消費者」概念、すなわち、それまでは、非常に厳格だった EC 指令の概念の定義を維持する同時に、その他のいくつかのものを列挙して、指令の適用範囲について加盟国に、寛大な態度が明示されている。しかし、全体的には、EU 法自体を観察する際に、EU 指令のほとんどは、事業的活動に無関係と考えられる利用のために振舞う自然人である、と限定し、法人は、排除される。かつ、商人は、その事業活動の範囲内に含まれていない取引の場合しか、保護されない、ということは変わっていないといえよう。

この動向は、具体的に、以下である。

1、

2011 年 10 月 25 日に採択された消費者権利に関する (2011/83/UE) 指令である⁵⁴⁹。この指令は、93/13/CEE と 99/44/CE 指令を修正し、かつ、85/577/CEE 指令と 97/7/CE 指令を廃止したものである。

この指令は、以上の四つの指令を調和することで、二つの主要分野に関するものであり：①すべての売買と役務の契約の前契約情報、と、②店舗外と遠距離で締結された契約の統一レジームである。

この指令は、注目に値するのは、以下の人的適用範囲についての二点である⁵⁵⁰。

第一に、まず、消費者の定義が変更されていないにもかかわらず、二重の目的についての契約に一定の開放が実現されている。消費者とは、すなわち、事業活動の範囲内に部分的しか含まれない目的で締結された契約である。

⁵⁴⁸ Carole Aubert de Vincelles ,Adoption, enfin,de la directive sur les droit des consommateurs ! ,RDC,chron.,2011,p.1224,spéc.,p.1227.また、EU 法とフランス法との関係、EU 法のフランス消費法に与える影響、特に、2008 年 10 月 8 日指令の提案や、消費者信用契約に関する 2008 年 4 月 23 日 2008-48 号指令について、A.Martinon, L'impact du droit européen sur le droit de la consommation. Brefs regards sur une actualité, Revue de Droit bancaire et financier n°5,Septembre 2011, dossier 26.

⁵⁴⁹ 2008 年 10 月 8 日の消費者権利に関する指令の提案がなされ、二年半余りを経て、採択された。2008 年当初の提案は、以下のことを図った。トータルな調和、と、適用範囲の縮小（すなわち、売買と不当条項に関する章、最大限の調和の度合いの理由で、加盟国を義務付け、消費者のより保護的な国内立法を放棄するように義務付けようとした）。結局、採択された 2011 年指令は、2008 年の提案より、もっと保護的なものとなる。ちなみに、2008 年に定義された消費者概念は、以下である。「あらゆる自然人、その商事・工業的・手工業あるいは自由業的活動の範囲内に含まれない目的で振舞うあらゆる自然人である toute personne physique qui ...agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.」((2008)614/4)。2011 年指令の定義（同指令 2 条）は、この 2008 年案を踏襲する。それまでの指令の定義は、「非事業的利用のために」という基準であった。

また、注意すべき点は、この指令は、EU 消費法典の引き金となることである：D.Mazeaud, R.Schultze et G.Wicker, L'amorce d'un droit européen du contrat---La proposition de directive relative aux droits des consommateurs, Société de législation comparée,2010.

⁵⁵⁰ Carole Aubert de Vincelles ,Adoption, enfin,de la directive sur les droit des consommateurs ! ,RDC,chron.,2011,p.1227.

第二に、また、もうひとつ明確となるのは、一定の拡張を明確に許可する。

指令によると、加盟国が、指令の規定をその適用範囲に属しない範囲まで拡張する自由がある。たとえばその適用範囲を、本指令の意味では消費者ではない法人あるいは自然人に拡張することができる。たとえば、非政府的組織、若い企業、あるいは、中小企業である⁵⁵¹。

2、

EU でひとつ大きな発展は、消費信用分野である。消費信用に関して、2008 年 4 月 23 日に、新しい指令（消費者に関する信用契約に関する *concernant les contrats de crédit aux consommateurs*」指令）⁵⁵²が採択された。この 08 年指令は、1986 年指令を廃止し、かつ、完全な統一を目指そうとしている。加盟国に対して、指令により与えられた保護の水準について、過剰でもなく、過小でもないことと義務づけ、立法を廃止することと要請している。

（二）フランス国内の近時の動向

他方、フランス国内では、消費者概念などをめぐって、新たな展開がされつつある。フランスでは、

1、フランス消費信用分野での法改正：

フランスでは、2010 年 7 月 1 日法律により上記 2008 年 EU 指令が国内化され、それまでの消費信用法の規定を改正した⁵⁵³。

また、それまでに概念定義がなされていなかったが、この 2010 年法律により、概念の定義がなされている。狭い概念を採っている⁵⁵⁴。

すなわち、商業的あるいは事業的活動と無関係の目的において信用を締結する自然人をすることにより、その範囲を狭めることとなった。このことについて、カレオロワは、言う。「新しい法は、その専門の外で振舞う事業者を消費者と同一視することを禁止しているようである。つまり、2010 年改正以前に、判例は、時には、専門 *spécialité* 外で振舞う事業者を消費者と同一視していたが、しかし、2010 年法改正に伴って、そのスタンスは、専門外で振舞う事業者を消費者と同一視することを禁止していることになるようである。

⁵⁵¹ Carole Aubert de Vincelles, *Adoption, enfin, de la directive sur les droit des consommateurs !*, RDC, chron., 2011, p. 1227. この点について、Carole Aubert de Vincelles によると、「非常に重要な点である」という。なぜなら、EC 裁判所 (la Cour de justice) 判例は、この点について問題を引き起こしたからである、という。彼女は言う「われわれは、求めたのは、la Cour justice が、指令の目的に反して、二つの事業者間締結された契約への拡張を考えることができるかどうかである」と。これによると、「「非事業者」という概念は、したがって、その前に、よい未来を有する」、としている。

⁵⁵² この指令について、Pirdelièvre, D. 2008. Chron. 2614.

⁵⁵³ Alain Gourio, *La réforme du crédit à la consommation*, JCP E.A., 2010. 1675.; G. Raymond, *Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation*, CCC. n° 10, Octobre 2010, étude 11.

⁵⁵⁴ 事業者貸し手 le prêteur professionnel は、自然人あるいは法人である (311-①条)。消費者借手 l'emprunteur consommateur は、自然人、商業的あるいは事業的 k 津堂に無関係の目的において信用を締結する自然人である、と (311-1 条 2 号)。

る。」と指摘する⁵⁵⁵。

2、 2013 年 5 月 2 日消費法典の改正案⁵⁵⁶：

2013 年 3 月 28 日法律準備草案の作成。2013 年 5 月 2 日消費法典の改正案 2013 年 6 月に、国民議会により、最終法文が出された。

この案では、消費者の定義が提案されている。案の概念は：「その商的・工業的・手工業的あるいは自由な活動の範囲に含まれない目的で振舞うあらゆる自然人である」として⁵⁵⁷。この概念は、EU 法の概念から示唆されたものであり、とりわけ、2011 年指令による。N.Sauphanor-Brouillaud は、この概念については、消費者の性格の人的基準の明確の不在から生じた混同を終わらせ、自然人を定め、ヨーロッパ法と合致のためで、破毀院 2005 年 3 月 15 日の判決がすでになされた判断のように。したがって、その定義は、法的安全の意思の標識である、という⁵⁵⁸。ただ、以上の定義を設けようとするものの、「非事業者」という概念はあるため、一定の柔軟性・余地が存在する。とりわけ、同案の担当者は、積極的に、活動の範囲外で締結される「小事業者 petit professionnel」を検討している。

結局、2014 年 3 月 17 日法律、採択された⁵⁵⁹。注目すべきは、消費者概念の定義の提案を受け入れ、消費者の定義規定が定められるように至った。消費法典の前置きの条文とし

⁵⁵⁵ J.Calais-Auloy et H.Temple,Droit de la consommation, 8^e éd.,Dalloz,2010, p.424 n 348.

⁵⁵⁶ Dan Roskis,Actualité du droit de la consommation,Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2013, dossier 24. また、消費法典 20 周年の記念として、2013 年 7 月 4 日には破毀院でシンポジウムが行われていた。契約の新しい焦点・訴訟の新しい焦点という二つの側面から、消費法典について検討されていた。紹介として、N.Sauphanor-Brouillaud, Une refonte du Code de la consommation s'impose, JCP.G.1^e juil.2013,n°757,p.1316 参照。出版物は、⁵⁵⁷ がある（未見）。これより以前のものであり、2008 年指令案に即して消費法典の改造を検討するものとして、Y.Picod, Réflexion sur la refonte du Code de la consommation, CCC.2008.comm.p.7; G.Paisant, Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ?,JCP.éd.G.n°22, 27 mai 2013,589. ; L.Leveneur,Consommation : un projet de loi fleuve, CCC.n°7, juil.2013,repère n°7.

⁵⁵⁷ Projet de loi relatif à la consommation,Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 mai 2013. 改正の理由について、「消費法の改善と順応、とりわけヨーロッパの新しいルールと判例への順応のために.....」とし、案 3、4 条に 2011 年 10 月 25 日 2011/83/UE 指令 2 条の消費者の定義規定を消費者概念の定義を消費法典に導入すると提案する。実際、消費法典第二章は、消費者の情報と権利に関するものであり、同 2011 年 EC 指令を国内化するために提案されたものである。同 2011 年 EC 指令について、2013 年 12 月 13 日までにフランスへ国内化しなければならないと要請されている。

⁵⁵⁸ N.Sauphanor-Brouillaud, Une refonte du Code de la consommation s'impose, JCP.G.1^e juil.2013,n°757,p.1316. しかし、他方、消極的な意見として、G.Paisant, Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation?, JCP.EG,n°22,27 mai 2013,589.

⁵⁵⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation,JORF n°0065 du 18 mars 2014. 同法の紹介として、J.Julien, Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation,CCC.n°5,mai 2014,dossier 2; この定義への批判として、G.Raymond, Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014,CCC.n°5,mai 2015,dossier 3.

て、消費者は「本法典の意味では、その商業の・工業の・手工業のまたは自由業の活動の範囲に含まれない目的で振舞うあらゆる自然人である」と（消費法典第二章2条、2014年改正法3条）。消費者の概念定義の消費法典に位置は、同法典の各箇所に用いられた消費者に影響を与える。というのは、この規定の意味を読み込まなければならないからである⁵⁶⁰。まず、自然人に明確に限定するとされる。次に、基準として、「いくつかの活動の範囲内に含まれない目的」とされる⁵⁶¹。

その活動について、明確に列挙されている。その以外の活動については不明であるが、条文上は、考慮されていないといえることができる。この限定は、明確性のメリットがあると評価してもよい⁵⁶²。

しかし、同法の審議過程では、自然人以外の可能性については⁵⁶³、この問題が国民議会2013年6月26日第一回会議に提起された。議員の中では、修正の意見が示されていたが、これについて大臣は、以下のように答えた。「われわれから見ると、この定義は、消費者の利益の保護の規定をその他の利益の防御—とりわけ、事業活動の範囲内で活動するのではない、または、非営利目的で活動する法人、そして、1901年法における協会 associations あるいは協同組合—に拡張することを妨げにならない。非事業者概念は、この拡張を可能にしている。この選択は、この意味で、消費法典の一定の規定の適用範囲—不当条項分野だけではなく、また、電子取引や役務契約の更新の分野において—の拡張により大いに正当化された」⁵⁶⁴。

まとめ：

1、状況の多様性とコアの「消費者」

学説が四方八方になっている。しかし、実際、学説と判例の混乱・躊躇そのものは、消費者概念の拡張性を呈しているといえるのではないか。ただ、フランスでは、消費者のコア部分は、自然人、非事業的あるいは私的・家庭的な需要のための自然人というものである。この態度は、多数説や立法により採用されている。

2、ヨーロッパ法の影響

他方、フランス法自身の目的が変化する。EU成立以降、統一市場の構築を目的としている。このことは、一方、消費法に、市場法の性質が浸透し、また、他方、消費者を如何に捉えるかについて影響してくる。1993年はじめ、1995年以降の動向が、EU法の影響が見られる。EUでは、最終的利用者の意味を消費者と捉えるからである。市場の最終的利用者、また、欠陥商品被害の分野との一貫性を保つために、EU法の消費者概念は、自然人を貫徹してきた。だから、自然人のみにしている。

⁵⁶⁰ これについて、G.Raymond, *Actualité: Impacts de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 sur le droit de la consommation*, *JurisClasseur Conc.Cons. Fasc.10*, 17 avril 2014, n°6.

⁵⁶¹ 実際、この基準は、すでに1998年に破毀院第一民事部より1998年に援用されていた。Cass.civ.1^e, 17 nov. 1998, CCC.1999, n°21, note L. Leveneur ; D.2000, Ca.dr.aff., somm., p.47, obs.J.-P.Pizzio. 事案は、不当条項規定の適用に関するものであり、個人Bは、U賃貸会社と、信用供与賃貸借契約により、パワーショベルの賃貸借をした例においては、破毀院は、本件判決は、Bの「事業活動の範囲内で締結された」契約が保護範囲から除外されるとする。

⁵⁶² G.Raymond, *JurisClasseur Conc.Cons. Fasc.10*, 17 avril 2014, n°12

⁵⁶³ G.Raymond, *JurisClasseur Conc.Cons. Fasc.10*, 17 avril 2014, n°16.

⁵⁶⁴ G.Raymond, *JurisClasseur Conc.Cons. Fasc.10*, 17 avril 2014, n°16.

3、フランスの抵抗と服従

しかし、フランス法では、独自の消費法の性質（保護公序を基盤とする消費法の性質）を守るために、長年の抵抗が見られる。それは、指令導入の際、なるべく、指令の内容をそのまま従わずに、より開放的な、適用範囲を拡張する法律を制定した。最終的には、2014年に、EU法の消費者概念をそのまま導入した。

特に、フランスは、消費者保護という目的に、EUの建設の中で、市場を実現する手段という要素も含まれているので、消費法の捉え方は、変容しつつある。

4、依然、拡張的な可能性

消費者定義自体の広狭は別として、フランス法は、常にその範囲を拡張している。また、1978年当初は妥協物としての「非事業者」は、今日、拡張する傾向がある。

消費者定義については、フランス法がヨーロッパとの抵抗があるものの、それを受けざるを得なかった。しかし、これについて、ペーザンは、指摘する。（ヨーロッパ指令の）この定義は、フランス法の現実には合わない、という⁵⁶⁵。コアの「消費者」を規定しても、「消費者性」、消費法の適用範囲の拡張の妨げにはならないといってもよいだろう。換言すると、消費者のコアの定義と適用範囲限定機能を有する「消費者」とは両立しうる。

第一章のまとめ：

第一章の内容をまとめよう。第一章では、フランス法の消費者概念の生成と同概念の射程についてみてきた。

まず、フランスでは、19世紀末から、長い間は、市場の秩序と競争維持が主課題とされてきた。特別法分野では、1905年8月1日法律を嚆矢として、安全と欺瞞に対して、国家による介入が始まった。その後、第一次世界大戦、経済危機、第二次世界大戦が発生したため、国会の介入がより強まって、統制主義がなされていた。その中で公序のウエイトが大きく、かつ、保護思想が高まってきた。中小商人への保護が重視されていた。立法上の体现としては、フランスの経済法時期では、価格に関する立法が注目される一方、商人の保護立法がなされていた。以上の特別法レベルの展開は、広く捉えると、全部フランスの経済立法時期に当たるといってもよいであろう。

他方、民法側の動きについてであるが、さまざまな次元・側面から民法の変容を見せる。法の社会化に伴い、個人主義や自由主義が批判される的となり、経済的公序が顕著になってきた。意思自治原理へ疑問が投げられる一方、新たな理論が説き起こされた。連帯主義、正義ないし道徳性が主張されていた。公序が顕著になることにより、契約自由が弱化される現象が看取される。契約というのは、公正なものであるから、交渉の不在や一方の力の濫用により、契約の不公正な現象が見られる。その背景の中で、保護され人間像が続々登場してきた。そのための保護立法が多くなされていた。特に、契約の分野では、契約当事者間の分化が見られる。裁判官の役割の消極性から積極性への変化の中で、裁判に当たって、契約当事者の性格が考慮に入れられるようになった。素人の一方当事者（買主）を保護し、売主の職業や事業活動を考慮して義務加重することとなる。同様に、契約の準備段階が考慮されることにより、契約当事者双方の性格に照らして、情報義務ないし助言義務が課されることとなる。また、事業活動を従事する契約当事者は、主観如何を問わず、目的物について瑕疵を完全に知っているとは推定される。さらに、20世紀の30年代から半ば

⁵⁶⁵ G.Paisant, Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ?, JCP.éd.G.n°22, 27 mai 2013, 589.

までの間には、学説上、契約当事者の不平等が意識され、階級・職業により、事業者法が提示されることは、消費法の準備段階と理解してもよいのであろう。

以上は潜在的な「消費者」概念の生成過程とされる。20 世紀後半に入り、特に 1960 年代以降、新たな展開を見せた。「消費者」を顕在化させるようになった。一方、特別法では、消費社会に入ることにより、信用規制、不当な取引方法などが問題となった。その対処として、応急的な法規制がなされる一方、消費者運動が盛んになり、消費者に関連する行政機関が設立され、消費者問題に介入した。こうした動きの中で、1972 年 12 月 22 日訪問販売法と 1973 年 12 月 27 日ロワイエ法である。前者では、「事業的活動の需要のために」という適用除外がなされている。後者は、広告規制法であるが、実質的には、中小商人を保護する目的を有するとされている。他方、私法学界では、「消費者」を扱うテーマは急増してきた。実質的な「消費者」問題を想定して情報提供義務に関する総合的な研究がなされる一方、多くのシンポジウムでは、正面、「消費者」をテーマとされていた。さらに、概説書などでは、消費者問題のアプローチ、消費者が如何なるものかについて関心が示された。こうした動向の中では、ヨーロッパから消費者保護の立法が義務付けられることにより、1978 年 1 月 10 日には、二つの法律が制定されるに至った。一方は、支障費信用に関するもの（78-22 号法律）であるが、他方は、消費者消費者の保護と情報に関するもの（78-23 号法律）である。前者であ、「事業活動のために」という適用除外がなされている。後者では、35 条にいう「事業者と非事業者あるいは消費者」が不当条項に関する規定として適用範囲が決定される。

第二節では、「消費者」を如何に捉えるかについて、ヨーロッパ法の状況を必要な限りに触れつつ、フランスの学説と判例を中心として考察した。第一に、1978 年法では、「消費者」や「非事業者」、「事業者」の概念用語について、まったく定義が定められなかった。それらについて、学説・判例は、非常に躊躇して展開されてきた。1980 年代後半には、消費者改造委員会が消費法典のためになされた提案の中では、消費者などの定義規定が試みられたが、実際、1993 年に成立された消費法典には、依然、消費者概念について沈黙していた。寄せ集めの産物としての消費法典の中では、多様な分野が含まれているため、いっそう問題が複雑化される。第二に、学説では、分かれている。厳格の概念をとるものがある、拡張的な概念をする立場がある。また、「消費者」の有する特徴に着目して消費者を捉える説がある。それらにより、共通のものとしては、もっともコアの「消費者」について一定のコンセンサスがあるものの、法人についての態度は、分かれている。また、如何なる基準より消費法の適用範囲を画定するかについて不明確である。しかし、その多岐に捉えられていることには、消費者概念の拡張可能性が潜んでいるということができよう。第三に、判例は、長い間、「専門能力」と「目的」の基準の間で躊躇していた。全体的趨勢としては、消費信用の場合は、条文とおりに、「事業活動のためになされた」信用が除外されることに忠実に、ほとんどは、目的基準に依拠していた。訪問販売、不当条項に関する判例は、時には「専門能力」、時には「目的」を適用して、厳格的見解と拡張的見解の中で躊躇していた。しかし、この状態は、1989 年 12 月法律により、訪問販売法の改正により、新たな局面を迎えるようになった。Dubin 法は、それまでの「事業活動の需要のために」から、その「活動と直接関係を有する行為」という適用除外の要件に変更した。立法者の意思は、明確に、「直接関係」の基準の導入で、訪問販売法の分野で、従来より同法の適用範囲を広げようとしたものである。1993 以降、訪問販売分野では、「直接関係」基準は援用し始めた。裁判例では、訪問販売での直接関係の判断についてみると、契約当事者の活動を促進・拡張すること（可能性）があるかどうかに関わりかかる。それをさらにいえば、というのは、結局、直接関係の有無の判断は、取引の目的

と直接に結びつくこととなるといってもよい。また、特に 2001 年 7 月 10 日破毀院第一民事部は、契約当事者の専門性とその費用より、事業者と導き、まだ実現していない将来的な事業活動出であっても、直接関係を認めた。判決は、ほとんどの場合は、直接関係が存在すると認めた。

他方、この直接関係の基準は、不当条項分野により借用され、1995 年以降、当該分野では、ほとんどの裁判例は、直接関係の有無によるのであった。総じて見ると、破毀院は、容易に直接関係の存在を認める。その判断方法について、「事業のために」から、直接関係が存在すると推論することが多い。また、たとえば、破毀院第一民事部 2002 年 5 月 22 日判決は、事業のために判断するには、その書類記載より判断される。それより直接関係の存在が導かれる。

なお、多くないが、情報提供義務の有無をめぐる判決においては、直接関係の存在の有無の基準となる判決が見られる⁵⁶⁶。また、この関係説は、過剰負債に関する通達にも反映されている。

1995 年より前の何年間には、フランス消費法の大きな展開としては、第一に、上記 1989 年法改正の「直接関係」の導入である。第二に、1993 年消費法典の制定である。第三に、1995 年法律により、E C 指令の国内化である。

それらのため、一方、拡張しようとする目的で出発したが、実際の裁判判断では、消費者法の適用は肯定されたのは非常に多い。また、1995 年法は、不当条項に関するものであるが、E C 指令にもかかわらず、フランス法の従来の姿勢を維持していた。しかし、そうとはいっても、その暗黙には、ヨーロッパ法からの影響がないと断言できない。たとえば、条文上は、消費者・非事業者といった概念用語が用いられているにもかかわらず、その由来は、1995 年 2 月 1 日法律であるとし、その解釈は、その元である 1993 年 4 月 5 日 E C 指令に照らして行われるという立場がその例証である⁵⁶⁷。

第三に、混合目的については、EU は、副次用途が主要な用途に服従するとしている。フランスでは、最初は、付随が主に従うとしていたが、最近は、直接関係の基準により判断されるようになった。

第四に、法人について、最初の一時期は、フランスは、法人を認めていた。EU 法は始終消費者を自然人に限定している。このことはフランスに影響を与えている。その影響によるためか、消費者の範囲から、法人を排除した場合が多くなってきたが、可能性は、完全になくなるわけでもない。不当条項分野では、法人その他の団体に拡張する可能性は、開いている。当条項分野では、消費者概念を法人に拡張することと肯定していたのは、消費法典 132-1 条にある「非事業者」という用語と関連している。最近、消費法典改正より、消費者定義が導入されるが、消費者を自然人とされている。これからは如何に展開するか注目していくが、フランスの今までの経緯から推測すると、法人を認める可能性は依然として高いと思われる。

⁵⁶⁶ 前掲、CA Rennes, 30 jan.1998.

⁵⁶⁷ 前掲・CA Lyonm cham 3m 18 sept.1998 参照。

第二章 日本法における消費者概念

第一節 消費者契約法まで

日本の消費者概念の源を考察するには、同様に、まず問題となるのは、その出発点である⁵⁶⁸。一般意味での用語について、日本では、消費者としての実体と意識に乏しい自営業者が経済社会の主要な構成員としてとどまる期間が長かった⁵⁶⁹ためか、日常用語としての消費者という用語が使用されるのは長くない。消費者に至るまでは国民、家庭、家計購買者などの用語が常用されたという⁵⁷⁰。

広義的にいうと、民法典の一部規定や民法の判例法理は、「消費者保護」の機能を有することは否めることができないだろう⁵⁷¹。しかし、消費者問題を規制する法としての「消費者」法を探究すると、(一般)消費者を対象とする法は、1940年代後半までは、存在していなかったことは確かである。

1950年代に入ると、一方、社会問題としての「消費者」問題は、顕在化するようになった。他方、消費者を対象とする法律は、続々制定されるようになった。しかし、20世紀末に消費者契約法が「消費者」概念が定着するまで、長い間、「消費者」を保護することから、論じられてきた。日本は、早い段階では、実定法において「消費者概念」が存在していた。

本節では、基本的には、実定法における消費者像と学説における消費者像という立て方によって展開する。消費者概念の実定法へ定着する過程は、「消費者像」はいくつかの転換が見られる同時に、実際、「消費者」をどう理解するかという過程であるといってもよい。

一、契約法分野における「弱者保護」思想—20世紀前半の概観

⁵⁶⁸ 田村正則・消費者の歴史、千倉書房、2011年。江戸時代、消費—儉約の反対語としてとらえ、消費は贅沢禁止法によって政治的に抑圧されていた（同書・11—12頁、15頁）。原山浩介・消費者の戦後史—闇市から主婦の時代へ。現代社会・消費生活の変化、及び消費者法の生成について、荒川重勝「消費生活の変化と法—現代法の分析のための一素材—」特集—生活・社会構造の変化と法、法の科学16号1988年30頁以下（しかし、荒川は、消費者法を「現代市民—社会法」と捉え、「消費者問題」を生活問題と理解している（45-47頁））。

⁵⁶⁹ 谷原修身「消費生活と競争秩序」宮坂富之助＝内田耕作＝谷原修身＝鈴木深雪・消費生活と法（三省堂、1990年）所収、83頁。

⁵⁷⁰ 佐原洋＝今井光映＝植野昭＝小木紀之・現代消費生活思想（法律文化社、1989年）14頁。

⁵⁷¹ たとえば、暴利行為の抑制としてのものもあった。大村敦志・公序良俗と契約正義、273頁以下を参照。

A、立法

(1) 労働法

まず、労働保護立法である⁵⁷²。労働者の保護立法は、1875 年における官営工場の労働者に対する業務災害の保障に関するものであった以降、労働法分野で、一連の法律が制定された。

(2) 利息制限分野

明治初頭に、金銭消費貸借の場合、高利の約束を制限する法律が定められた⁵⁷³。また、判例上、公序良俗として、利息制限法の適用を認める判決がある⁵⁷⁴。高利貸について、借主の保護である。さらに、暴利を目的とする売買の取締りに関する法律が制定された⁵⁷⁵。昭和 29 年に、現行の利息制限法が制定された。社会的経済的弱者保護法とされている⁵⁷⁶。

3) 借地借家分野

1909 年賃貸借分野の法は、賃借人を保護する。1921 年に制定された賃借人を保護する借地法・借家法⁵⁷⁷は、「日本型契約自由の体系」に対する挑戦の実体法上の成果である⁵⁷⁸。

「当事者の契約によって適用を排除できないいわゆる強行規定で、貸主のいうままに、たとえば必要の場合は直ちに明け渡すという土地・建物の賃貸借契約を結んでも無効とし、「正当の事由」がなければ契約は終了しないことにしている」⁵⁷⁹。

判例では、賃借人の債務不履行の場合、賃貸人の解除権を制限した。賃貸借契約の解除の手続きを容易にしている。

(4) 小作人に関する保護法

1938 年に小作人の保護法が登場した。「農地調整法」。

(5) 附合契約

附合契約が、不合理な条項を矯正するために、裁判所は、介入する。

一連の保護法は展開されてきた。「法の社会的機能」⁵⁸⁰から、強者の弱者と自社の自由

⁵⁷² 星野英一「日本における契約法の変遷」日仏法学会編・日本とフランスの契約観（有斐閣、1982 年）69 頁。山口俊夫「日本法における労働契約」日仏法学会編・日本とフランスの契約観（有斐閣、1982 年）186 頁以下。白羽祐三・現代契約法の理論（中央大学出版部、1982 年）22 頁以下。

⁵⁷³ 明治 10 年 9 月 11 日太政官布告 66 号。明治 11 年大達乙 21、大正 8 年法 59。1954 年 5 月 15 日法律（利息制限法）。星野英一「日本における契約法の変遷」日仏法学会編・日本とフランスの契約観（有斐閣、1982 年）69 頁。

⁵⁷⁴ 判例について、たとえば、大村敦志・公序良俗と契約正義参照。

⁵⁷⁵ 暴利ヲ目的トスル売買の取締ニ関スル件（大正 6 年農令 20、大正 7 年農令 3）。

⁵⁷⁶ 大河純夫「利息の制限」星野英一編集代表 民法講座 5 契約（有斐閣、1985 年）277 頁以下。

⁵⁷⁷ 大正 10 年法 49、法 50。また、大正 13 年法 16 号（借地借家臨時処理法）。借地法によって契約自由が制限され、「中産階級」の保護の目的を有するというものであった（白羽祐三・現代契約法の理論（中央大学出版部、1982 年）24 頁およびその以下で、取り上げられた当時の契約法学の議論を参照）。

⁵⁷⁸ 白羽祐三「契約法の現代的発展」遠藤ほか監修・現代契約法大系第 1 巻現代契約法の法理（1）（有斐閣、1983 年）20 頁。

⁵⁷⁹ 甲斐道太郎・新現代民法入門（法律文化社、2002 年）。

⁵⁸⁰ 末川博・法と契約、304 頁。また、個々の法律の限界があるため、「もっとも広汎にわたりうる規準としては、公序良俗を掲揚する民法第 90 条のどとき規定が大きな役割を

を拘束することに対して、弱者当事者の保護の法律である。

少なくとも、弱者と捉えられていた「消費者」がこの思想の中の混在として、登場してきたと思われる。その中から、消費者保護が弱者保護の一環として捉えられていたものと⁵⁸¹、20世紀後半の「消費者保護」に接しているのであろう。

B、日本における「私法社会化」「私法公法化」

1、個人主義法から社会法へ

20世紀の大正デモクラシー法学の影響により、日本は、契約自由の制限ないし修正という現象が生じ、「個人主義法から社会法へ」という新しい社会法原理が生じる。大正一〇年の借家立法は、契約自由を動揺せしめるようなものではなかったが、末弘教授などの民法学の一部に見られた社会政策的観点と契約自由に対する疑念は、借家法制定以降の借家紛争、さらに小作・労働争議の中で拡大されていく⁵⁸²。

2、私法の社会化

特に、ドイツ式契約強制論とフランス式附合契約論が日本法に導入され、関東大震災を契機として、その観念が流行するようになった⁵⁸³。日本では、第一次世界大戦を通して独占資本主義が確立され、消費者世界的新事象たる附合契約的現象が発展され、国家企業も拡大される。また関東大震災という偶発的要因によって、附合契約＝保険契約の約款条項の問題が露呈し、契約を強制する「緊急令」があった。契約における附合性・強制的性質が顕著となった⁵⁸⁴。日本における「私法の社会化」といった現象に至った。

3、国家統制

日本では、大正デモクラシーは、契約自由に対抗する市民法的課題と同時に、「社会法的・生存権的課題」もまた担われていた。大正デモクラシーの課題は、契約の国家的統制へ昇華する⁵⁸⁵。

国家権力により、経済統制がなされる。統制経済体制では、統制経済の強化により、物資が統制され、自由経済の下での取引が変容する。国家権力による規制ないし干渉は、国民生活の全域に新しい方向付けをすることになった。経済法という領域が出現した。新しい法秩序が形成されう。また、実質上、公法と私法の境界が峻別ではなくなり、公法・私法の交流錯綜して支配することとなる同時に、私法の公法化の傾向が顕著になった。

二、社会問題としての「消費者」

(一) 消費者問題の発生—価格・製品の安全から

演ずることとならざるを得ない。」、「法一般の理念に照らして公序良俗に反するか否かによって決定される」ことが普通であるとも説いている（同 304 頁）

⁵⁸¹ たとえば、甲斐道太郎・新現代民法入門（法律文化社、2002年）6－7頁。実質的経済的に不平等・不自由な契約関係として、利息制限法、借地借家法、労働法、独占法、消費者契約法が挙げられている。

⁵⁸² 白羽祐三・現代契約法の理論 31－32頁

⁵⁸³ 白羽祐三・現代契約法の理論（中央大学出版部、1982年）44頁以下。

⁵⁸⁴ 白羽祐三・現代契約法の理論（中央大学出版部、1982年）54頁。

⁵⁸⁵ 白羽祐三・現代契約法の理論（中央大学出版部、1982年）19頁以下。

狭い意味での消費者問題の歴史について、日本では、一般的には、1955年に発生した森永砒素ミルク事件を起点としている。こうして、「消費者」問題の原点は、商品の安全分野である。しかし、1955年以前に、「消費者」問題がないわけでもない。

1、 1955年まで

(1)、戦前

戦前の日本の経済社会には、市民的権利を保障する政策思想を経済的基盤は無かったし、消費者政策は存在しなかったということである⁵⁸⁶。しかし、一方、消費者運動が展開されてなかったが、協同組合思想とその啓蒙運動があり、消費組合の設立がなされ、一定の活動が展開された。この時期、しばしば指摘されているのは、戦前の明治30年「米騒動」である。米の値下げを求めていることである。

(2)、戦後

1955年までの短い時期では、消費者問題については特に語るべきものは多くない。唯一なのは、戦後直後、いわゆる消費者問題の表徴としては、食料品など物質の不足といった問題が指摘されるに値する。一方、生活維持のためである。物価上昇に対する反対として、消費者運動が行われていた⁵⁸⁷。他方、配給時代では、インフレと物資不足で、選択の自由がなかった。

そのため、生活防衛運動が見られる⁵⁸⁸。こうして、当時は、共通の客観的な意識が生まれなかったものの、これらの運動の展開は、後ほどの消費者運動ないし消費者法の形成などにとって、先駆的な意義を有するのであろう。これらは、「消費者」の萌芽と位置づけてもよいのではないか。

2、1955年以降

しかし、戦後は、特に消費生活の面で、変化を加速させた。昭和30年代後半から高度成長の時期に入ったためである。

(1)

1950年代末、日本では、経済が急激に成長し、企業が大規模的に発展し、技術革新と大量生産・大量販売の体制が確立される。1960年代には、いわば「豊かな社会」・「大衆消費社会」が形成されてきた。この過程では、消費者問題について特別な注意が払われるようになった。まず、消費者問題が問題として、生命・安全面において、顕在化してきた。1955-1970は、ほぼこれにあたる⁵⁸⁹。この時期において、食料品・薬品・製品の安全問題は、相次いで発生し、大きな社会問題として意識されている。これは、「構造的な消費者問題⁵⁹⁰」とされている。

(2)

他方、経済学分野の用語を除いて、「消費者」が社会的に頻繁に用いられるようになって

⁵⁸⁶ 36頁。

⁵⁸⁷ 1951年に、消費者協同組合連合会が成立。

⁵⁸⁸ たとえば昭和23年(1948年)お不良マッチの追放大会である。また、1955(昭和30)年に、主婦連合会は、「暮らしを守る消費者大会」を開催。

⁵⁸⁹ これらの消費者問題について、随所でまとめられている。特に、大村敦志・消費者法[第4版]、3頁以下。

⁵⁹⁰ 佐藤一雄・現代消費者法(商事法務研究会、1996年)3頁以下。

たのは、1950年代後半からであろう。1950年代後半以降、それまでには一般に熟さなかった「消費者」の語が、この時期における意識変化の下で特別の意味を用いられるようになった⁵⁹¹。

そして、1960年代に入ると、消費者問題が意識的に議論されるようになってきており、これをめぐる議論が目立つようになった。この時期、消費者問題について、法律学、経済学、家政学、社会学など、社会科学の領域での研究や文献は、多くなされていた⁵⁹²。

(3)

司法と市民運動の両方の動きである。被害を蒙った者が、裁判所に訴えを提起し、損害賠償を求める一方、消費者団体の成立など、消費者運動がますます盛んに展開された⁵⁹³。

「こうした状況の中から、事業者とは異質の社会的層としての消費者概念が一般に培われてくる」⁵⁹⁴。

(二)、行政の対処

上記のような対処として、学界、特に法学的な視点から議論はあまり登場しなかったといえよう。しかし、消費者行政関係者・消費者運動関係者による議論が多かった⁵⁹⁵。まず、いわゆる消費者行政に当てられた。1960年代初頭から、行政のアプローチが進められ、消費者保護に着目して取り組みが始まった。消費者行政の取り扱いが、前述で触れたように、消費者団体側より要請されたこともあろうが、行政側の自覚にもより加速されるようになった⁵⁹⁶。

1、国一行政機関の整備

まず、国のレベルでは、国や行政は、積極的に消費者保護に取り込んでいた。

消費者保護基本法の制定⁵⁹⁷の準備に向けつつ、消費者に関する行政機関が整備されていた。農林省、通産省に、消費者問題の対処として、消費経済課が新設された。1961年5月に国民生活向上対策審議会が設置された。1965年には、経済企画庁に国民生活局消費

⁵⁹¹ 長尾・消費者保護法の理論、信山社、1992年、29頁。

⁵⁹² 国民生活センターの文献資料室、逐次編集を参照。

⁵⁹³ 1956(昭和31)年には11の団体より全国消費者団体連絡会が発足される。また、1957年に日本全国の消費者代表800人が出席した全国消費者大会が開かれ、「消費者宣言」が出された(「消費者主権」という思想)。さらに、消費者主権を再度に確認した1961年の「消費者宣言」は、政府に対して消費者行政を要請し始めた。

⁵⁹⁴ 長尾・消費者保護法の理論、信山社、1992年、20頁。

⁵⁹⁵ 行政整備とほぼ同時に、最初の段階では、消費者について、主として、行政的な規制という視点からの議論が多かった。多くの座談会などが開かれていた。

⁵⁹⁶ 1964年9月に、臨時行政調査会「消費者行政の改革に関する意見」が出された。臨時行政調査会では、次のような勧告がなされた。「各省の消費者行政を統一的見地から総合調整するため、経済企画庁に消費者局を設ける必要がある。②学識経験者、消費者代表及び各省代業者よりなる消費者行政評議会を経済企画庁に付置し、内閣総理大臣並びに関係大臣の諮問に応ずるとともに、積極的に消費者の意見を反映させることが必要である。③地方公共団体においても必要に応じ、消費者行政専管の担当課を設けて関係部局のそごう調整を行い、中央行政機構と歩調を合わせて消費者行政の協力推進を図りうるよう指導することが必要である」とした。

⁵⁹⁷ 消費者保護基本法については、すぐ後で触れる。

者行政課が設置され、国民生活審議会も設置され。更に、1970 年に経済企画庁の監督の下、国民生活センター設置。

2、地方・自治体

次に、自治体での展開が見られる。

第一に、機関の整備。60 年代に、多くの自治体で消費者対処機関が設けられた。たとえば、1961 年に、東京都で消費経済課が設置、1964 年に兵庫県で消費生活相談が開始された。地方自治体は、1960 年代以降、消費生活センターを作り上げている。

第二に、自治体法における消費者保護。1969 年に、地方自治体法の改正、消費者保護が地方自治体の事務として、消費者保護との規定を明記した。

第三に、消費者条例における消費者権利について⁵⁹⁸。消費者保護に関して、各地方団体に、消費者保護条例が相次いで制定された。これらの条例群は、消費者の権利を確立する。消費者行政（消費者保護基本法）に位置づけられ、「都道府県において昭和 48 年のオイルショックによる物価の異常高騰に対処するために、生活物資の安定供給対策を主目的とする条例」を制定した後、「物不足騒ぎが鎮静化した昭和 50 年から 53 年にかけて、安定供給だけを目的とするのではなく、消費生活全般にわたって規定する条例が全国の都道府県で制定された」⁵⁹⁹。長尾が指摘する。「神戸条例では、消費者の権利の確立を謳い、消費者訴訟の援助をはじめとして権利の綿密化を図ったが、それは従来の消費者行政の姿勢を転換させる重大な影響を他の自治体へ及ぼしたと認められ」、「その後制定された条例は、消費者の権利について明定されなかった場合でも、消費者の権利を所与のものとして是認市条例においてその具体化を図ったものとして、神戸条例を起点とする権利確立への戦列上に位置づけることができよう」とし、「都条例では、…消費者の権利を具体的に宣言し、かつ権利内容を進化させることによって条例による権利確立への歩みの到達点を示したという」⁶⁰⁰。こうして、条例の意義を強調している。

たとえば、東京都消費生活条例には、消費者定義が置かれている。

第一章

第 2 条定義

一、消費者：事業者が供給する商品またはサービスを使用し、又は利用して生活する者をいう。

二、事業者：商業、交渉、サービス業その他の事業を行う者をいう。

三、商品 消費者が消費生活を営む上において使用する物をいう。

四、サービス 消費者が消費生活を営む上において使用し、又は利用するもののうち、商品以外のものをいう。

この定義は、生活者を採っていた。

このように、消費者問題は、行政のイニチアチブにより、対処されていた。自治体法や条例は、消費者保護を推し進めつつ、消費者行政のパラダイムの転換を促すに重要な意味を有するのであろう。しかし、高度成長という経済・社会変容の過程において、消費者問

⁵⁹⁸ 奥村忠雄「消費者保護条例の動向と問題点」北川ほか著・消費者保護と法（財団法人関西消費者協会、1976 年）245 頁以下参照。

⁵⁹⁹ 東京都生活文化局消費者部計画調整室「事業者規制から消費者支援へ」NBL557 号 1994 年 28 頁。制定当時の諸条例は、事業者に対する一方的な規制ないし指導を主内容としていた。

⁶⁰⁰ 長尾治助・消費者保護法の理論、77 頁。

題について、無視できないものとして法律分野では自覚されてきた。ここでの行政は、それ以降にも重要な役割を果たす。消費者保護は、長らく行政に大いに依存してきたといえよう。その意味では、後述の業法はこの延長線にあると理解している。

三、法律問題としての「消費者」

まず、戦前には、「消費者」の利益を確保することを掲げる政策と法制度は、無かったということは、前述のとおりである。戦後になると、特に、1960年代以降、消費者保護に関する法律群の族生という現象が見られる。法的に捉えられたものとして、「マクロ」「ミクロ」⁶⁰¹を分けて見る。

(一) マクロ的「消費者」

一方、消費者に関する個別的立法がなされている。他方、経済法学から、議論がなされていた。

1、消極的な「消費者」概念—個別立法の対応における「消費者」

まず、先の消費者の安全問題を受け、市場や安全をいかに整備・確保することは重要視される。そのため、多くの法律において、「一般消費者」という用語が用いられている⁶⁰²。

後述の業法（割賦販売法 1961 年制定）も含めて、事業者や事業活動について官庁の監督権限が定められている。取引の公正化を図る同時に、購入者側の損害発生を予防する目的を有する。ここでは、消費者という観念はどうか。あえて言えば、事業に従事する者についての行政規制を通じて、反射的な利益・保護を受ける者は、「消費者」である。

(1) 一般消費者

①独禁法⁶⁰³

実定法において、初めて消費者という用語が登場したのは、昭和 22 年の独禁法であろう⁶⁰⁴。同法の目的は、公正な競争を維持することにより、消費者の自由な選択、消費者の利益が確保されることである。同法 1 条は掲げている。「……一般消費者の利益を保護

⁶⁰¹ 「ミクロ」・「マクロ」レベルの消費者法という大村教授の分類法から示唆（大村・消費者法[第四版]（有斐閣、2011 年））。同様な用語は、吉田克己・市場・人格と民法学（北海道大学出版会、2012 年）207 頁以下に用いられている。吉田は、そこで、前者は、消費者事業者間の取引を規律するものをさす。後者は、市場に関する法秩序を指しており、自由・公正な市場の確保と安全な市場の確保という。この見方によると、消費者保護機能を有する業法は、全体的に、このマクロレベルの法に属すると思われるが、業法の中の私法ルールは、たとえば、クーリングオフなど、やはりミクロレベルのものであろう。本稿は、マクロ的・ミクロ的な消費者を分けて、考察する。前者は、一般的な消費者という意味であり、後者は、消費者保護法の適用範囲を決定するものとして用いられる。

⁶⁰² ただ、広くいえば、これらの法律の多くは、国の行政的な対応と理解してもよい。

⁶⁰³ そのほか、いくつかの法律が、同様な概念用語を用いている。たとえば、家庭用品品質表示法（昭和 37 年）「一般消費者」（1 条）、景品表示法（不当景品類及び不当表示防止法、昭和 37 年）（景表法（2 条）、「一般消費者の利益」）。

不当景品類及び不当表示防止法（1963 年）。不当表示を抑制するために、1962 年に、家庭用品品質表示法、不当景品類及び不当表示防止法が制定された。

⁶⁰⁴ 「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（独禁法、昭和 22 年法 54 号）。1947 年 4 月に公布され、7 月 20 日には全面施行されていた。同法の背景として、物資の供給量は増大し、物資・物価の統制が次第に撤廃されるようになった。統制から自由というパラダイムの転換の下、事業者間の競争を規律するために制定されていた。

するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」独禁法（1条）という。

このように、ここでは、「一般消費者」という用語が用いられるが、消費者とは何かということが全く明示されていない。ここでいう「一般消費者とは、単なる抽象的・一般的消費者ではなく、当該商品・役務の具体的な購入者グループを念頭において考えられる観念である」と解されている⁶⁰⁵。独禁法を、経済法に属させ⁶⁰⁶、消費者法としての性格を有すると思われる。ところが、以上の法に用いられた「消費者」概念は、適用限定の機能でもないし、実質的な中身もないことは、確実であろう。本稿の観点から、消費者概念を考察には無用であるかもしれない。しかしながら、消費者概念の生成・探求、ないし消費法の形成において、意味がないわけでもない。とりわけ、消費者法と民法との関係を考察する際、「市場」メカニズム機能の確保・重視という視角から捉えたと、「市場法」あるいは競争法と考えると、共通の面があり、有意義なものだと思われる。

②景表法

同様に、「一般消費者」を対象とする法は、景表法が挙げられる。同法は、「一般消費者」を用いる同時に、「事業者」用語を用いている。大村教授は、独禁法が市場を規制対象とするに比べると、景表法は、個別取引との関連性が高く、不公正な取引方法の延長線にあると指摘し、景表法と消費者との関連性を強調する⁶⁰⁷。

（2）消費者保護基本法

他方、前述の被害問題の多発、とりわけ、昭和30年代になると、高度成長の下、消費者の生命身体の安全を脅かす事件が多く発生したため、「消費者」を保護しようとしていた。それは、消費者保護基本法の制定である。

では、同法において、消費者についてどのように捉えられているのであろうか。

①起草過程における「消費者」

まず、同法の起草過程を見よう。

1963年6月に、国民生活向上対策審議会での「消費者保護に関する答申」⁶⁰⁸がなされた。同答申において、消費者保護の意義、消費者の権利と消費者保護、消費者保護の方法、消費者保護行政の現状と問題点、消費者保護のための基本的方策についてなされた。また、同答申の中において、「消費者」は商品及びサービスの購入・消費の主体としての国民のすべてを含むと述べている。

このように、1963年に、消費者を保護するということは、初めて正面から説かれるようになったといえよう。

②1968年法

1968年5月に、「消費者保護基本法」が成立した。同法は、目的として、消費者保護を掲げ、[消費者]を明示した。同法は、「……消費者の利益の擁護及び増進をはかり、国民の生活の安定及び向上を確保することを目的としている」（1条）。一方、市場メカニズムの機能不全の弊害について配慮しつつ、他方、製品の適正化などに着目して、消費者の権利や消費者の保護を唱える。それまでの「一般消費者」と異なり、「消費者」とい

⁶⁰⁵ 来生新ほか・競争法と消費者法の基礎理論、嵯峨野書院、1996年、275頁。

⁶⁰⁶ 白石忠志・独禁法講義第6版（有斐閣、2012年）。

⁶⁰⁷ 大村敦志・消費者法[第4版]2011年、309-310頁。

⁶⁰⁸ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者問題に対する提言—国民生活審議会主要答申提言集一、1987年、大蔵省印刷局、4頁。

う概念の用語は、初めて法律に登場する⁶⁰⁹。

③起草者による「消費者」像

では、同法の消費者像は、どのような消費者であろうか。立法者は、どのような主体を想定しているのでしょうか。

たとえば、長尾は、評価する。消費者保護基本法は、消費者保護を体系的に捉え、保護理念として確立したことに意義を有するが、しかし、「同法に言う消費者保護は、所与としての消費者の権利を保護するものではなく、また、保護のために消費者に権利を与えというものではない。単に施策の目標として利益を消費者の上にもたらすことを理念とし、その理念的系統化を意味するに過ぎない」⁶¹⁰。

このような経済的利益を擁護する目的ではなく、より一般的に安全や健康を維持する目的で説かれたやや理念的な法としての消費者保護基本法の下、その消費者像について、消費者の生命身体を安全を念頭において、制定されたから、答申や法規定を見ると、消費者を国民と置換して理解してもよい。

確かに、しばしば、宣言としての意味しか有しないという批判がなされたとおり、消費者に実定法上の権利を付与することもなく、事業者・消費者間に適用されるべき法原則も置かなく、したがって、もちろん、法適用範囲を確定する「消費者概念」でもない。このように、いうまでもなく、私法とは並行な関係に位置づけられるしかない。そうはいつても、行為規範としての意味がないにもかかわらず、「消費者」という概念を育てるには、その意味はいうまでもない。

この時期の立法は、前面に「消費者」を打ち出していたにもかかわらず、その背後、その考え方は、「消費者」より、「権利」如何をめぐって、「権利樹立」の時代だったといえよう。

このことは、一方、後述する、経済法学者の論述と一致しているし、他方、この時期の時代背景は、「弱者保護」を内在的に生成しつつあることと連続的に捉えることができるだろう。

小括：

以上は、実定法において、「一般消費者」や「消費者」といった概念が用いられたものの、しかし、それらは、適用範囲を限定するものではない。事業者という用語がときには見られるが、消費者・事業者という対義語としての概念もなかった。経済学上の消費者の意味合いが濃厚であり、被害を蒙る可能性の人誰でもを指している。

2、経済法学における捉え方：消費者「権利」の時代

他方、法学の世界では、最初は、経済法からの論者は、消費者を議論するものが中心となってきた。消費者問題を法的に捉えるには、最初の担い手は、経済法の論者であった⁶¹¹。

⁶⁰⁹ 「消費者」用語について、同法 1 条、5 条など。消費者保護基本法の制定までは、消費者保護を明示する立法、あるいはもっぱら消費者保護をする立法が存在しなかったということであろう。

⁶¹⁰ 長尾・消費者保護法の理論、信山社、1992 年、66 頁。

⁶¹¹ 正田彬の一連の論稿：同「消費者の権利」法学セミナー144 号 1968 年 39 頁。同・消費者の権利、岩波新書、1972 年。同・経済法の性格と展開、日本評論社、1972 年。同「現代における消費者の権利」法学セミナー1973 年、76 頁。同・現代経済と市民の権利、1974

経済法学者の捉え方を見よう。

しかし、経済的に捉えると、経済社会における経済主体として、消費者と捉えられる。その対概念として生産者という⁶¹²。

(1) 全体的な特徴：

学界の状況をフォローした。消費者問題を法的に捉えるには、最初の担い手は、経済法の視点から、議論をまとめる。

経済法からのアプローチの特色という、以下のいくつかの点をいうことができるだろう。

第一に、彼らは、「消費者」を語る。彼らは、正面から、消費者を取り上げて、消費者問題について理解する。ただ、「消費者」を、「生活者」と捉える場合は多い。彼らは、この要に消費者を生活者と呼ぶことにより、その相手方を、「生産者」とする。このように、彼の理解としては、彼らの消費者像というのは、むしろ、「生活」・「生産」を境界線として、確定しようとする。

第二に、第一のように、消費者のことを理解しつつ、彼らは、「消費者」そのものに着目するというより、むしろ、「権利」の方にウエイトを置いているということができるだろう。このことは、この時期の論文や本の表題からも窺わせる⁶¹³。「消費者」概念の生成過程において、消費者保護基本法の制定に伴い、経済法学者より、消費者の「権利」が唱えられることが多い⁶¹⁴。つまり、消費者の生命・健康が侵害されない権利、騙されない権利があるということである。（大衆としての「一般消費者」、「消費者」は誰であろうかというより、むしろ、「権利」の方にウエイトを置いていたのではないかというような気がする。）

第三に、彼らは、常に「競争」を重視しながら、「市場」の如何について、より、主体を超えて、主体が依存する基盤をいかに整えるのか、ということは、重要な課題として論じられてきたことは、また、確かだろう。

以上をまとめると、最初は、いろいろな消費者問題を看取る同時に、消費者問題を理論的にアプローチするには、いわゆる「権利（主権）論」が展開される。つまり、市場における企業の支配との関係で、法的地位として、消費者主権論・権利論を中心として展開した。そこで、消費者というものは、生活者として捉えられる。

(2) 具体的な考察：

より立ち入って、具体的に見よう。

年、成文堂、19頁以下。木元錦哉・現代資本主義と経済法、1970年、新評論161頁以下。同・現代消費者法の構造、新評論、1986年。今村成和・私的独禁禁止法の研究、第四卷II、有比較、1976年。

⁶¹² たとえば、佐原洋「「消費者保護」の本質と今日的課題」ジュリスト475号1971年40頁。生産者と消費者は法的には対応であり、経済の基本原則より、しばしば「消費者の主権」といわれる。

⁶¹³ 多くあるが、前掲注。

⁶¹⁴ 正田彬「消費者の権利」法学セミナー144号39頁。同・消費者の権利。同・経済法の性格と展開、日本評論社、1972年。同「現代における消費者の権利」法学セミナー1973年、76頁。また、さまざまな個別問題から消費者（権利）をアプローチものとして、伊藤進・木元・小松 著・消費者の権利<賢い消費者>のすすめ、有斐閣、1976年。

初期の消費者問題を語る法学において、経済法から始動した。その出発点は、初期の食品などの商品の安全性に関する問題に着目し、消費者「権利」が説かれる。正田、木元錦哉、根岸信を取り上げてみよう。

①正田彬

最初に、消費者問題を説くものとして、正田「消費者の権利」1968年、同・消費者権利(1972年)。

正田は、一方、従来の錯綜した制度に目を配りつつ、消費者に関する「方向」を指し示そうとする。彼は、この方向付けの修正として、消費者の「地位・権利」を付与することを重要視している⁶¹⁵。

正田は、一般消費者の地位について、「日本の独占資本主義の体制下、支配構造の底辺の一部を構成する従属者として、性格づけられ」、市場の支配力、あるいは大企業・支配的資本の消費者に与える支配力は、個々の消費者の取引力の弱さは、取引における従属的な地位となる。この地位に基づき、消費者の権利として、国家権力の経済過程への介入に目を配りつつ、一つは、取引における経済的従属者としての権利、もう一つは、消費者の取引の主体としての特殊性に基づく従属性に伴う権利として、消費者権利を構築。

他方、彼は、消費者問題をアプローチの基本的視座として、経済構造に着目することである。大企業の支配下に置かれた取引主体、いわば消費者が生じた。つまり、大企業の成立に伴って、消費者は、企業に対して商品を作らせる地位から、商品を買わされる地位に転落という⁶¹⁶。

このように、正田は、企業と消費者との構造上の支配に基づき、消費者が説かれる。ここでは、正田は、経済法からのアプローチであるが、独占という視点から消費者の権利・地位を分析した。正田は、その念頭に置いていたのは、「一般消費者」であろうし、より正確に言えば、大企業に対する「構造上」の格差を重視するわけである。

②木元

木元・『消費者保護と法律』において、消費者保護基本法の制定を踏まえて、それまで既存の法律の解説をするとともに、消費者「権利」の観点から、消費者問題点を明らかにするものである。

特に、木元は、消費者について指摘する。消費者とは何かということについて、「消費者とは、取引において、一方の当事者として商品またはサービスを購入する法主体であり、その商品またはサービスを主として自己の生活の用に費消する人間」という⁶¹⁷。

「単なる商品購入者としての地位だけでなく、購入した商品・サービスを自己の生活用に費消して現実に「生活」を営む「生身」の人間であることを理解する必要がある。それによって、消費者は、生身の人間であり、生活者としての性格を持っていることを中心として、さまざまな特性を持っていること、としている⁶¹⁸。

他方、以上のようなことを認識しつつ、消費者問題の根本を洗い出し、消費者問題に関

⁶¹⁵ 正田は、上記論稿を初め、続き多くの論稿において、「消費者保護をめぐるのは、制度は多く存在した、社会的な力が形成されるものの、消費者をめぐる問題は、解決の方向が示されていない」とし、「消費者の地位・消費者の権利」を説かれる。

⁶¹⁶ 正田彬「現代における消費者の権利」法学セミナー1973年4月、76頁。

⁶¹⁷ 木元錦哉・消費者保護と法律、1979年、日本経済新聞社、11-12頁。

⁶¹⁸ 木元錦哉・消費者保護と法律、1979年、日本経済新聞社、12頁。

する体系化を図ろうとする。木元は、主として、1970年代以降の日本の消費者保護関係法を対象として、消費者法（論）の理論化・体系化を試みようとするものである。木元は説く。日本では、技術革新と経済の寡占化を背景に、一般消費者の従属的地位が決定的なものとなっており、市民法的前提である権利の「等質性」「互換性」は喪失しているからであると言ひ、現代経済社会では、法主体を一般的かつ抽象的に捉えるのではなく、市場における買い手としての消費者を個別的かつ具体的に認識して、その地位の向上を図ることが要請される。一般消費者を法的主体として具体的に認めることは、消費者の権利を中心として体系化使用とする「消費者（論）」の構築を図ろうとする⁶¹⁹。

このように、木元は、経済法の観点からアプローチした「消費者法」は、経済的従属者である消費者を法主体として認め、その権利を中心として体系化しようとする⁶²⁰。

③今村：

経済法学者今村成和は、現代商品経済社会において、消費者が、強い資本力の前で、著しい無力化を呈するとし、企業は、利潤を追求するために、人身安全に危険な商品を生産・販売し、消費者の生命・財産を危険な状態に⁶²¹。

小括：

第一に、「消費者」保護というより、消費者の「権利」をいかに擁護するかという点にウエイトを置いて展開されたのであろう。これは、消費者問題を意識していたにもかかわらず、論者の経済法の関心であろうと思われるから、「経済社会の構造」に、消費者問題の原因究明をしたのである。そこで、この時期の論者の間で共有・共通の「消費者」像といっても良い。

第二に、しかし、「消費者」について、この時期では、特に意味がないといえってもよい。この時期は、「消費者」そのもの、あるいは「どのように」をあまり重視していない。むしろ、「基盤」「構造」の問題をいかに、「競争」という要素を入れて考えるか、ということ、と、それ同時に、この構造上の問題として消費者の「権利」は何かということだったのであろう。

第三に、転換の原因：

ここでは、「消費者」を正面からなされているようになった。しかし、消費者の対義語は、「事業者」ではなく、しばしば、「生産者」と語られる。これは、まさに経済学的な生産—消費というアプローチを単純に捉えられると思われる。それどころか、最初の消費者問題は、製品の被害より問題になることはほとんどである。そのときは、消費者の対義語として生産者であるのは、ある意味では、当たり前のことであろう。彼らは、「生産者」と「消費者」との関係は、平等ではなく、支配する者・支配される者という関係であると捉えている。

第四に、ここまでは、生活者や生産者が説かれるが、そこでは、普通の意味における「消費者」であろう。いわば、「消費者の原型」、経済的連鎖に位置づける「最終的消費者」

⁶¹⁹ 同書・21頁。

⁶²⁰ 同・105頁。同・現代消費者法の構造（新評論、1986年）。社会法的な視点にすえつつ、いわば「社会法的経済法観点」から、「消費者法」を「経済法体系の主要な位置を占めるもの」として把握している。

⁶²¹ 今村・私的独占禁止法研究（四）I（有斐閣、1976年）333頁。

である。すなわち、もともとの「消費」する者の意味といってもよい。ここまでは、消費者に関する法があるにもかかわらず、適用範囲を限定する必要がないし、また、消費者との相手方との取引関係に着目して、「消費者」を確定する必要もなかった、ということであろう。

(二) ミクロ的「消費者」

しかし、最初の段階では、議論の関心は、それまでの安全、健康、表示の適切さ、広告などにウエイトを置いて、考察・分析してきた（広い意味では、これらも、契約に関する問題である）。他方、もちろん、従来の安全・健康問題が依然として重要問題としつつ、消費者問題は新しい方向を呈するようになった。このことは、簡単に言うと、以下のことが見られる。すなわち、70年代後半以降、二つの分野で、問題が顕著であり、強く意識される。二つとも、契約にかかわるが、ひとつは、取引の販売方法や、販売状況の問題、つまり、契約締結の不意打ちや勧誘などに関するものである。もうひとつとしては、約款として、顕著である。たとえば、前者は、訪問販売など。後者は、消費者問題を、約款問題へ。

一方、消費者問題は、私法学の視野に入れるようになった。徐々に、取引をめぐる契約の問題が顕著しつつあり、議論が多くなってきた。実定法では、契約分野の問題について、私法（民法法）分野に属する法律が続々制定されてきた。消費者問題の性質の転換が見られる。

1、私法学界の捕捉

学界の議論は、70年代後半からは、それまでの担い手は、その役割を演じる。しかし、より正確的にいえば、新しい「問題」「現象」が発生したため、従前の考え方は、むしろ、対応不能になったのであろう。このことは、消費者問題は、表面上は、似たような「問題外見」が呈されているものの、その内在的な本質は、変化する。この「消費者問題」そのものの転換は、法学界に新しい要請を生じさせるようになったのであろう。この意味では、経済法から民法にシフトする。消費者契約問題が顕著するようになったため、民法と緊密な関係になるのは、当然であろう。

消費者私法のアプローチや議論は、大いに展開してきた。これは、70年代後半以降は、特に、80、90年代、学説上、活発な議論がなされた。どのように「消費者」を捉えるか、「消費者問題」に対応するかについて、多くの議論によって展開される。

私法分野では、一方、消費者問題を如何に対応・位置するかとされる中で、「消費者」をどのように捉えるべきかについても、論者によって差異があ、定義をしようと試みられていた。

(1) 消費者契約法までの全体的な特色

民法分野での議論の全体を見渡すと、以下のいくつかの特色を指摘しておくことが可能であろう。

第一に、民法学界では、60年代の後半から、とりわけ、70年代ないし80年代は、「民

法の視点から消費者をどう見るか」というのはほとんどであった。ここでは、二つに分けてみることができるだろう。一方、もちろん、「消費者」とは何かについて、人間像の変化を踏まえつつ、説いたこと1があるが、他方、より大部分は、民法は、「消費者」問題を受けて、民法自身は、どう対処すべきか、ということに重点に置きながら、展開してきた。

この時期において、①消費者というより、「保護」を中心として、展開されてきた。②消費者保護を体系的に捉える主張はほとんどである。③学説上、「消費者法」という法領域を提唱するものが登場してきた⁶²²。

第二に、約款について。80年代に、「約款」を緊急課題としていた⁶²³が、80年代末、90年代になると、消費者私法、特に契約から、一方、「消費者とは何か」や「消費者の特性の探求」、消費者の概念を特に私法の観点から如何に理解すべきか、といった議論が展開される⁶²⁴。

第三に、90年代に入ると、「消費者」を冠する概説書や体系書は、多く出ている、体系的な消費者法学の形成といえよう。消費者契約法の生成に向けて、学界での議論は、消費者契約法の制定を念頭に置き、消費者問題を体系的に捉えようとする動向もあった。

(2) 70年代—80年代後半の具体的考察—私法の視野へ：消費者原型からの脱皮学説の状況を見よう。

①北川：

北川は、契約の場面に登場した「消費者」を意識しつつ⁶²⁵、「消費者保護と法」、「消費者保護法」「消費者法」などと説く⁶²⁶。北川は、消費者人格という概念を立てている。

⁶²² たとえば、北川・消費者法システム、また、消費者法講座というシリーズが登場した。

⁶²³ 北川「約款と契約法」私法44号61頁。河上正二・約款規制の法理（有斐閣、1988年）。

⁶²⁴ それまで、「消費者をどのように」を力点として、展開されていた（このことについて、前述した、行政の取り扱い、あるいは経済法の扱い、民法の扱いは、ほとんど、これに当たるだろう）。

⁶²⁵ 北川「消費者契約序説」北川善太郎・現代契約法I（商事法務研究会、1973年）125頁（初出「消費者契約序説（1）—（2）完」NBL36号28頁、NBL37号34頁1972年）。消費者保護という行政面があるが、私法面での対応領域があるとし、消費者契約論の展望の目的で、四つの具体例に即して消費者契約の問題性を析出しようとする。消費者に対してその動機形成や意思形成に重要な事柄を業者は開示説明する信義則上の付随義務があることを強調し、新旧理論を問わず、消費者保護における消費者契約論の意味とその可能性・必要性を論じる。

⁶²⁶ 北川ほか・消費者保護と法（財団法人関西消費者協会、1976年）（北川執筆部分）は、消費者問題の三極性：消費者・事業者、国家または地方公共団体であるとし、消費者と事業者の取引の介在が消費者問題の出発点とする（同書11頁）。消費者保護法として、消費者私法、消費者行政法、消費者保護手続法に分かれる。消費者保護の取引における私法領域と行政における公法領域の切り離しという伝統的な考え方について、消費者保護に関する取引関係・行政関係の相互関連・交錯を特色の一つとして指摘する（12頁）。契約法における消費者保護について、「現代の私法には、消費者保護の見地から、消費者保護の見地から、個別立法による取引条件の規制から取り残された部分を包括できる理論を確立するという課題が課されている」（37頁）。北川＝及川昭伍・消費者保護法の基礎（青林書院新社1977年）、北川・消費者法のシステム（岩波書店、1980年）。しかし、たとえば、北川「消費者保護の法構造」8頁以下は、消費保護法という領域を想定して、法的に消費者保護をどのように対応されるかを中心とした論じたが、従来の消費者後行政中心

それによると、それは、社会法における具体的人格と異なって、誰でもが人間である限り持っている」と指摘する。他方、消費者保護を体系的にアプローチをしようとする⁶²⁷。北川は、「消費者」問題について、それまで、行政法・経済法における消費者保護であり、消費者と企業との法律関係を扱う私法分野における保護は、関心を引いてなかったと指摘しつつ、複合方式としての消費者法の構築を唱え、とくに、私法の視野へのアプローチとして、消費者を、商品の買主として、役務を受ける者として、あるいは、欠陥商品の被害者として、「権利者」として構築しようと呼びかける⁶²⁸。

②竹内

竹内論稿は、消費者の諸問題・現象から説き起こし、北川のと同様に、消費者保護を体系的に捉えることと試みつつ、行政的規制にウエイトを置いて論じられた。消費者の性格や消費者保護法と市民法との関係から、消費者保護法の存在理由を根拠つける。その中、特に注意に値するのは、竹内の消費者概念についての指摘である。竹内は、消費者の概念について、「消費者とは他人の供給する物資・役務を消費生活のために購入・利用する者であり、供給者に対立する概念である。消費者は、供給と消費との分裂を前提とする。今日では、国民全部が消費者生活のための物資役務の全部または大部分を他から供給されており、その意味で我々すべてが消費者であるといわれる⁶²⁹。その上、しかし、消費者というのは、一般に自然人だけを考えており、自然人であれば、すべての者を含むと考えられる。自然人は常に消費者かといえばそうではない。自分や家族、世帯等の消費のために供給を受ける場合は、消費者であるが、事業目的のために取引をする場合消費者ではない。団体は一般的に消費者と考えられていない⁶³⁰。更に、消費者概念について、立法政策によって定める必要があり、消費者概念を、すべての消費者保護立法において同様にするわけではない」と指摘した⁶³¹。

③私法学会・消費者保護と私法

1977年に、第41回の日本私法学会は、正面に消費者をテーマとして開催された⁶³²。これは、初めて、消費者が取り上げられた。私法の視点から、多分野から消費者問題、消費

であった伝を反省し、私法や手続問題を取り込んで消費者保護法の構造を探究するものである。そこでは、多くの紙割いて消費者行政を論じていたことは、行政から私法への転換期にある特色であろう。

⁶²⁷ 北川執筆「日本における消費者保護の法体系」北川善太郎ほか著・消費者保護と法、財団法人関西消費者協会、1976年、9頁。同・消費者法のシステム、岩波書店、1980年。

⁶²⁸ 北川善太郎・消費者法のシステム、岩波書店、1980年、57頁。

⁶²⁹ 竹内執筆「消費者保護」、竹内＝道田＝前田・現代の経済構造と法、筑摩書房、1975年、14頁。

⁶³⁰ 同上。竹内。

⁶³¹ 竹内「消費者保護」15頁。同様な趣旨と作業のものとして、藤倉皓一郎「消費者の保護」竹内・龍田節編・現代企業法講座、1－企業法総論、東京大学出版会、1984年。がある。そこでは、藤倉皓一郎は消費者保護基本法に沿った検討であるが、消費者にも触れた。消費者保護のために企業は市民法のもとで、どのような責任を負うのか。ここでいう消費者とは、他人の供給する物資・役務を消費生活のために購入・利用する人であるという（藤倉皓一郎「消費者の保護」竹内・龍田節編・現代企業法講座、1－企業法総論、東京大学出版会、1984年。298頁）。

⁶³² 私法40号。

者の保護の考察が加えられた。とりわけ、北川⁶³³は、取引における消費者問題を指摘する。

北川によると、従来のこれらの消費者問題は、共通の点として、事業者と消費者との取引を前提にしているという。「より厳密に言えば、そうした取引が行われることにより発生する問題のほかに、かかる取引が現に行われる以前の段階で生ずるものが、そこに入っている。たとえば、表示規制、安全基準」である。「現実には契約の締結を見ていなくても、企業活動のいずれのチャンネルであれ、事業者と消費者間の取引という要素が消費者問題に内在している」。北川は、日本での消費者の私法上の取り組みの遅れ、とりわけ、契約・取引の問題としての対応は、積極的ではなかったという。こうして、北川は、かかる消費者問題を民法へ取り入れるという狙いであった。

④山田卓生

自明の理として展開した消費者保護法の意義について考え直そうとする山田卓雄は、消費者をよりよく保護するために、消費者保護法のあり方を論ずる。その中で、消費者概念に触れる。消費者保護という場合、消費者としては買主を言うことが多いが、それにとどまらず、賃借人、消費貸借の買主はもちろん、保険契約者、仲介契約や訴訟事件の依頼者、請負契約の注文者、さらには患者、旅行者、レジャー施設利用者までが考えられている。こうした、きわめて多様なものを消費者として捉えうるか、と問題提起された⁶³⁴。法人の消費者概念に含める必要性を否定し⁶³⁵つつ、自然人である消費者を一括して消費者として扱ってよいかについて、未成年者、老人、さらに女性について、特殊な保護の必要と指摘している⁶³⁶。

以上の消費者概念の諸個別問題を提起するが、消費者を明確にしていない。消費者取引の概念に触れた。消費者取引は消費者が、事業者との取引であるという。消費者取引「財貨、サービスの提供を業とする事業者と消費者との間でなされる有償の取引」だとされている⁶³⁷。

⑤大村敦志

この時期のもうひとつ重要なのは、大村「契約と消費者保護」論文である⁶³⁸。80年代から90年代の転換期にあるという意味だけでも、この論文自体の意味は大きい。大村は、網羅的に総括する。消費者と契約とに、原理的に投影しつつ、従来の「消費者を受けている民法」という作業から、「消費者法」の研究状況をフォローし、契約における「消費者」へ、と指向する。このことは、後の「消費者」の特性・消費者概念と、連続的に位置づけることができるよう。このことは、消費者問題と契約をより鮮明的に意識するようになる。

まとめ

以上の学説が何を意味しているのか。第一、私法の視野に入った「消費者」は、消費者

⁶³³ 北川善太郎「消費者保護と民法」私法40号6頁以下。

⁶³⁴ 山田卓雄「消費者契約法の意義」加藤一郎＝竹内編・消費者法講座第1巻総論17頁。

⁶³⁵ しかし、留保として「法人にはそれなりの自衛組織があつて、自然人におけるような保護の必要は少ないからである。最も、名義上は法人でも実質は個人の場合などは、やや問題になるであろう」と指摘された。

⁶³⁶ 18頁。

⁶³⁷ 20頁。

⁶³⁸ 大村敦志「契約と消費者保護」星野英一ほか編・民法講座別巻2（有斐閣、1990年）本稿は、同論文に大いに負う。

の原型との分離が見られる。第二に、また、経済法や経済法学における単に保護される生活者や一般国民との捉え方が異なってくる。第三に、ただ、同様に自然人について議論する竹内説と山田説とは、そのニュアンスの差異が見られる。竹内説が、経済法学的な考え方に近いといえよう。しかし、山田説を見ても、一方、範囲画定としての「消費者」問題が意識される。特に、消費者・事業者の取引関係を提示している点は意義がある。第四に、弱者として「保護」や権利付与が説かれる点は、依然として重要な課題と示されているが、そこには、契約における法適用範囲の機能としての「消費者」、ないし、契約における「原理」としての「消費者」の意義が顕著に意識されるようになってきた。大村論文は、これにあたる。

2、訪問販売法から消費者契約法の制定へー積極的な「消費者」概念

(1)、「社会問題」の新たな局面：

前述したように、一般大衆、生活に関する分野の被害、安全性、表示などはほとんどであった。

しかし、1960年代後半から、70年代に入ると、前述した通り、安全性を欠いた商品の被害が依然として深刻であるほか、新たな傾向を見せた。商品自体に関わる被害問題ではなく、販売方法や契約条件などをめぐる取引・契約分野の消費者問題はクローズアップされるようになった。大きな社会問題となった。

これらの新種問題について、これらの新しい契約類型を規制する業法が多量に制定される。70年代後半から、特に、80年代、多くの立法や法改正がなされた。これらの法は、消費者保護の機能を有するものと位置づけられる。

第一に、信用取引の問題⁶³⁹。第二に、それまでなかった不法な・攻撃な販売方法・不正な販売行為が主問題であった⁶⁴⁰。販売方法の変化に伴い、契約方法そのものも、変化する。約款を用いる消費者取引が広範化してきた。第三に、また、不当勧誘、さらに、不当な契約条件の問題。特に、80年代になると、特に、投機目的・利殖目的の取引を中心として多く展開された。

このように、契約に関する問題は、契約締結、契約内容(約款)、契約履行上など、多様化している。

(2) 対処

以上の現象・問題のそれぞれのおおざらの対処として：

一方、特別法(業法)の立法や改正により、民事ルールが設けられ、消費者の保護が図られる。主要なものとして⁶⁴¹、

⁶³⁹ 多田吉三＝大久保克子＝西村晶子・消費者問題の理論と展開、晃洋書房、2002年、139－143頁。

⁶⁴⁰ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者行政と契約、1982年、大蔵省印刷局。また、河上正二・約款規制の法理。

⁶⁴¹ また、その他、宅地建物取引業法や証券取引法など多く。北川善太郎「消費者保護と民法」1977年私法40号は、これらの法を本来的消費者保護法と機能的に消費者保護法

1972年に、61年に制定された割賦販売法は、「消費者」という見地から大幅な改正がなされた。購入者の保護のため、「商行為」が適用除外（①）。

1976年に、訪問販売、同様な趣旨 88年改正（営業のために、営業として）（②）。

他方、民法上の法理が解釈・適用されることにより救済が図れる。

第三に、これらは、主として、民法の法理を援用することによって、裁判例の展開が顕著であった（③）。

以上の問題とその対処により、特別立法や、それに対処する裁判法理は、つまり、情報や知識の偏在をめぐる問題が顕著となり、当事者一方に判断可能・必要な情報の提供や、契約内容の開示などが押し付けられることが多くなり、また、締結過程では、民法の法理の多用、多くの判例がなされた。これらの特別立法や判例の蓄積・展開の結実でもあり、また、「消費者」に対する基本的スタンスの転換に伴い、後の2000年の消費者契約法が制定されるに至った。

具体的に順に見よう。

「適用除外」：

新たに消費他契約分野に関する諸問題の法的対処としては、まず、**業法**に当てる。個々の領域では、消費者保護のためにさまざまな立法・法改正が行われた。個別や具体的事件の対策としてのもの他、やや射程の広いものとして、割賦販売法の改正、と、訪問販売法の制定である。

①割賦販売法

まず割賦販売法である。割賦販売法の改正では、それによって消費者保護を趣旨とする規定が付け加えられた。

a、改正前の割賦販売法—中小の割賦販売業者の保護

しかし、同法の当初(1961年制定)の目的は、「割賦販売及び割賦購入あつせんにかかる取引を公正にし、その健全な発達を図ることにより、商品の流通を円滑にし、以つても国民経済の発展に寄与すること」にあった（1条1項）。「取引を公正にし、その健全な発達」というのは、間接に「一般消費者」の利益確保に効果をもたらす。「消費者」という概念が用いられていないし、消費者保護法としての性格も有するものとも考えられなかった⁶⁴²。

という区別がなされている。ここでは、割賦販売法、訪問販売法だけを挙げる。

⁶⁴² それどころか、さらに、同法の審議過程を見ると、当初は、同法の狙いは、第一義的には中小の割賦販売業者の保護であった、という。というのは、「この法律の運用にあたっては、割賦販売等を行う中小商業者の事業の安定及び振興に留意しなければならない」という配慮規定が、国会審議の過程で付け加えられた。中小の割賦販売業者の保護とも考えられる。このように、同法は、そもそも、業法ないし取引秩序法として位置づけられる。谷川久ほか「座談会 新割賦販売法の理念と実務」NBL36号6頁。「制定当初の割賦販売法は、取引秩序法というものを作ろうとし……第一には割賦販売業者の保護、第二が購入者の保護、それから割賦販売業者の過当競争の防止……三つの柱にするものが制定されることになることが、審議が始まった段階で」と説かれたという（同座談会7頁竹内発言）。

b、1972 年改正一「購入者等の利益」保護・適用除外

その後、1972 年に、「消費者保護」という見地から大幅な改正がなされた。改正審議の部会も、「消費者保護部会」という名付けであった。適用範囲の拡大とクーリングオフ権の導入が目標であった⁶⁴³。

まず、割賦販売法は、1972 年に、改正されたクーリングオフ制度の導入された（熟慮期間の確保）。割賦販売法の場合、「購入者等の利益を保護」とし、適用除外としていた。消費者保護法としての色彩を有するようになった⁶⁴⁴。

同法 8 条 1 号は、「指定商品 若しくは市営権利を販売する契約または指定役務を提供する契約(次に掲げたものを除く。)であって、……購入者若しくは役務の提供を受ける者が営業のために若しくは営業として締結するものに係る割賦販売」という適用除外がある。

②特商法（旧・訪問販売法（1976 年））

また、訪問販売等に関する法律（訪問販売法、1976 年）は制定された。

a、成立過程：

上記 1960 年代後半からの特殊な販売方法による消費者被害が急増した。それらを対処するために、消費者保護と流通近代化の両面から、取引的成果の検討が行われ、取引方法の特殊性を踏まえた法規制の必要が説かれ、昭和 49 年に産業構造審議会流通部会の中間答申「特殊販売の適正化について」を受け、昭和 51 年に成立、施行された⁶⁴⁵。何度も改正を重ねてきた。

b、適用除外

割賦販売法と同様に、「消費者」という用語は、顕名されていないものの、機能として消費者保護とされている訪問販売法は、消費者保護法と位置づけられる。

訪問販売法は、「取引を公正にし、並びに購入者等が受けることのある損害防止を図ることにより、購入者等の利益を保護する」（1 条）ことを目的として制定された。（2000 年に改正によって、名称を変え、特商法へ変名。人的範囲の適用除外（同法 26 条 1 項 1

「こういう性格の法律を作る必要が感じられるに至った背景としては、百貨店等の総合割賦販売が信販契約と結びついた形で始まったということが注目される。それが、中小の割賦販売業者を圧迫するという事で、いわば大業者と中小業者と野間の利害が非常に深刻な問題になったわけである」という。「次の段階として、その過当競争の防止も含めて、取引秩序法を作ろうということになったわけである。第一条の二項に、「この法律の運用に当たっては、割賦販売を行う中小商業者の事業の安定および振興に留意しなければならない」という条文が、わざわざ国会修正でつけられたというあたり、当時、いったい何が一番問題であったかということの事情が非常によく示されている」という。（同座談会 7 頁）

⁶⁴³ 谷川久ほか「座談会 新割賦販売法の理念と実務」NBL36 号 8 頁（谷川発言）。千葉恵美子「消費者信用取引と割賦販売法五条・六条（一）（二・完）」北法 33、2 号 1982 年 299 頁、33、3 号 1982 年 845 頁。

⁶⁴⁴ また、1984 年にも改正。

⁶⁴⁵ 立法経緯は、竹内昭夫・特殊販売規制法、1 頁以下、昭和 52 年、通商産業省産業政策局消費経済課編・訪問販売に関する法律の解説、3 頁以下、平成 12 年版。

号))。特商法 26 条 1 項 1 号(旧・訪問販売 条)「売買契約または役務提供契約で……購入者若しくは役務の提供を受ける者が営業のために若しくは営業として締結されるものに係る販売または役務の提供」という適用除外である。

(3) 民事裁判例における「消費者」：判例法理における「消費者」法の形成

さらに、判例のアプローチである。裁判例が「消費者」を意識し始めていた。「消費者」裁判例と称する。

① 裁判所の思考枠組み：裁判の被害救済

特に、80 年代に入ると、前記すでに制定された消費者保護の機能を有する業法の改正のほか、消費者法分野の立法は、いったん静かになり、大きな展開を特に見せなかった。

このような上記業法の不足を補うこともあり、80 年代は、裁判所が重要な役割を演じた。裁判所は、民法法理を援用しつつ、被害回復を図ろうとしていた。

しかし、膨大な裁判例になるが、判例全体を一々紹介することは不可能かつ無用だと思われるため、裁判例の全体的な特徴として、以下のいくつかの点を指摘するにとどまる。

第一に、裁判例が保護しようとする者（「いわゆる消費者にあたる者」）とは何かについて、特に示されていないものの、従来の裁判例との比較に照らして、特に契約締結過程における事件では、「人」「主体」の一定の属性など「具体的な事情」を考慮したことは事実であろう⁶⁴⁶。これは、実質的にいうと、はっきりした「消費者のファクター」が浮かび上がったというより、むしろ、社会的取引構造に生成した問題が指向する対象群について、民法自体の「法理の傾斜」に重点を置いているととてもよいだろう。

とりわけ、交渉状況・情報・知識・経験、年齢、精神状態、財力などさまざまな点において実質的に劣勢な状態にある「消費者」の実像に関する諸側面・諸要素が、法が適用される際に、その解釈の中に取り込まれていた。

たとえば、特に、豊田商事事件のような一連の悪質商法に代表されるように、契約をめぐる消費者問題が多発。判例は、民法法理の運用。また、この時期の提起する問題として、利殖商法の被害者が、緩和された民法ルール適用ができるかどうか、そのものが問題なり、自明のことではない。これらの事例は、その目的（利殖・投資）などを重要視されないとし、消費者契約のカテゴリーに、一般的には、包含させるようにする。

第二に、前記販売方法や、悪質商法により、大きな被害を蒙った一方当事者を契約から救済するように、判例は、民法ルールを援用しつつ、それをより当該当事者に有利にするために、適用・解釈することに努めていた。

第三に、このような判例は、多樣的・広範的なものとなっている。一方、契約成立、契約内容、投資、価格、利息などのものが含まれる。他方、そこではどのような判例は、「消費者」に属するのか、いわば「消費者」判例の基準・範囲自体は、必ずしも明確にならず、「買手」、「顧客」あるいはある程度、自然人でもない者も考慮している。

⁶⁴⁶ これらの民法の裁判例について、例えば、大村教授が指摘したように、これらは、契約の救済として、形成された判例法理は、事実上、考慮された主体の特性を配慮しつつ、規範として積み重ねられてきた。それは、「消費者」という主体のカテゴリーとして、一種の要保護性の高い者を示すこととなる。同・判例・法令 消費者法(有斐閣、1994)。

第四に、これらの者の契約相手方の状況、会社などの法人という有力・経済的に強い状態、あるいは、少なくとも、自分の事業の専門化である、といった点は、ほとんどである。

このように、当初の裁判所の思考には、どれほど「消費者」がはっきり意識されていたのか精緻に分析ことを要するが、「消費者」生成には大きな意味を持っているに間違いはない。

②判例における消費者法の志向

これらについて、90年代に入ると、特に80年代に出された裁判例を、「消費者」「消費者法」という視点から、まとめられている⁶⁴⁷。いくつかの判例集を編集し、これらの判例を「消費者取引法」と位置づけようとし⁶⁴⁸、そして、豊富になった裁判例と既存の諸法令との内在的相互関係を意識しながら、「判例」「消費者法」を志向したり⁶⁴⁹する。自覚的にでありながら、当然的にと思われる「消費者」判例という名づけられる。

たとえば、大村教授は言う。「生成途上の法領域である消費者法は、統一的な理念に基づく法典を持たない。…これらの法領域のあちこちに散在する関連規定といくつかの特別法。そして、その空隙を埋める判例。その相対がかたち作るモザイク模様が消費者法であるといつてよい」⁶⁵⁰。

③検討：

1) 理解：

以上は、とりわけ、「消費者」の生成過程において、日本の「消費者」概念の理解に、かなり重要な意味を持っていると思われる。この時期の「消費者」の捉え方は、どう理解すべきであろうか。やや具体的にいうと、以下である。

⁶⁴⁷ これらのものは、消費者契約実定法が存在しない時期に、「消費者法」という法分野の存在を示している同時に、後ほどの消費者契約法の制定にも寄与しているだろう。

⁶⁴⁸ 消費者判例情報評価委員会編/国民生活センタ監修・消費生活判例ファイル（第一法規出版、1991年）。名古屋消費者問題研究会編・判例 消費者取引法（商事法務研究会、1992年）。その題名からも、わかる。そこでの判例の集合を、「消費者法」と考える。これについての書評・紹介として、大村敦志「この本 判例 消費者取引法（名古屋消費者問題）」NBL514号1993年42頁。そのほか、「消費者判例」と名づけ、一般的に紹介されているものは多く散在している。随所に掲げられているが、NBL誌だけを見ると、「消費者法判例紹介」というコラムが設けられている。そこでは、たとえば、山本映子「意思無能力による無効をめぐる判例の動向（上）（下）」NBL473号1991年26頁、475号1991年36頁。同山本「LPガスの供給機器の売買契約を不成立とした事例」NBL474号1991年38頁。上谷愛子「契約申込み後1年以上を経過した後になされたクーリング・オフの権利の行使が認められた事例」NBL477号1991年35頁。石川正美「消費者に賃貸借の意思はあるとしても、売買をなす意思はなかったとした事例」NBL476号1991年29頁、同「未成年を理由とする売買契約の取消を認め、その場合に立替払契約の保証人はクレジット業者に売買代金債務の消滅を主張しうるとした事例」NBL551号1994年60頁や、同「変額保険契約の締結に当たって担当者から誤った説明を受けた加入者に、契約の要素について錯誤があったとした事例」NBL594号1996年60頁など、「消費者法判例紹介」と名づけられている。また、石川正美「最近の裁判例にみる消費者契約の私法的規制（上）（下）」NBL482号1991年32頁、NBL482号1991年64頁は、裁判例について「消費者契約の私法的規制」の現状としている。また、後藤巻則「わが国の消費者立法・判例動向の評価・分析」法律時報80巻5号76頁。

⁶⁴⁹ 大村敦志・判例・法令 消費者法（1994年）。

⁶⁵⁰ 大村 判例・法令 消費者法（1994年）はしがき、1頁。

第一に、従来のやや漠然視した・あるいは、宣言の意味しか有しないだろう「消費者」とは、一定の距離を取ったことは、上述のとおりである⁶⁵¹。

第二に、仮に、同じく「取引」「契約」の枠に属する問題であっても、生成過程にある「消費者」概念について、特に、70年代の業法上の政策的な色彩を強く帯びる「適用除外」に大して、これらの「判例群」に現れてきた「消費者」像「あるいは消費者法理」は、より高い次元、いわば民法的視点から、「契約」という枠⁶⁵²に着目して、より、「法理的」（「原理的」ともいえるかもしれないが）「消費者」を浮き彫りにしたのではないか。

この意味で言えば、80年代のこれらの作業は、日本「消費者」の「本質」をなすということと言過ぎではないだろう⁶⁵³。日本消費者法の基盤にあたるといってよいだろう。

2) 特色：

以上のことをまとめておこう。

第一に、この時期でも、むしろ、日本では、実定法の中では、消費者とはどんな者であるかについて無言したまま、「問題」「現象」について、「事件」大量の訴訟が提起され、裁判所の介入により、一定の手当てを与えようとする者は、消費者にあたる。

第二に、しかし、理屈は第一のとおりである。とはいえ、民法ルールを援用して、あえて「消費者」裁判例と称する。これによって、消費者法理を進展させた。80年代以降、一般的には、意識的・意図的に「消費者判例」や「消費者」に関するもの、「消費者保護」と称される。少なくとも、そこでは、ここでの「消費者」、消費者概念は、もちろん、思想としては正当化しつつあるが、しかし、その表徴としては、一定の人為性を有するのではないか。

第三に、このことは、何に由来するのか⁶⁵⁴。あるいは、この時期、なぜ、契約における「消費者概念」の登場のよいチャンスとも言うべきだったのに、消費者概念は、登場していないのか。その原因は精緻な論証が必要であるが、以下のことと関連しているであろう。ひとつは、この時期は、「弱者保護」の下、「公序」思想が興起する時期であったので、「消費者」に主着眼するより、むしろ、「公序」の浸透が見られる。別の言い方をすると、この時期の消費者概念は、「保護」という理念の下で、一要素として公序の背後に潜んでいたからではないか。すなわち、公序は、前面に位置づけられていた⁶⁵⁵。もうひとつは、

⁶⁵¹ そもそも、その問題想定も相違である。一方は、安全、商品自体に着目、ここは、契約・取引に着目、ということは、繰り返して述べている。

⁶⁵² もちろん、契約だけではなく、不法行為や、その他の安全性などの問題も、独禁法に属するものもある。

⁶⁵³ 大村敦志・消費者法[第4版]、9-10頁の指摘は、示唆的である。「その多くは、事業者・消費者間の権利義務に関する民事裁判例であり、その集積によって、今日では、消費者私法が形成されるに至って」おり、立法を補完する同時に、消費者立法を導く役割があるという。

⁶⁵⁴ この点とも関連するが、第ⅠⅠで消費者法と民法との関係のところ、また検討する。

⁶⁵⁵ たとえば、「消費者取引公序」という見解が提唱、判例の取り扱いに対して、やや自然的かつ当然的な意味を込めて、「消費者契約」と称する。消費者を契約から逸脱させる根拠として、公序良俗のアプローチの援用が多用的であった。これについて、多くの文献があるが、長尾、消費者取引と公序良俗則、NBL、457、大村、取引と公序、ジュリ。また、平野裕之、消費者取引と公序良俗、法時66巻2号104頁、1994年。椿寿夫・公序良俗研究をあげておく。これらは、「消費者取引公序」というテーゼを提示するが、「消費者」より「公序」を重点に置いていたのではないかと理解する。別の言い方をすると、少なくとも、公序を考察するための一素材である「消費者」という捉え方であろう。しかし、そういうにもかかわらず、今日では、当時とは異なり、公序の後

最初は、「消費者保護」立法といえ、約款規制の分野に大きな関心が寄せられ、約款問題を重要視して、立法論として、約款規制を中心任務とされていた⁶⁵⁶。

まとめ：

この時期は、実定法の中では、消費者という用語（68年法）はすでに存在するものの、消費者とは、どのようなものであるか、必ずしも明確に・表面的に出てきていない。これらの者は、むしろ、判例法理における「消費者」法理、と確認されてよい。

別の言い方をすると、一方、裁判官は、意識的に、目の前の事件「現象」を、従前とはやや異なった・変更した・延長した法理を用いて、一方当事者を救済しようとする。このような取り扱い方は、むしろ、裁判官の中に従前から存在しており、ここでは、あえて、この思想を拡張・広げたということだろう。すなわち、裁判官は、少なくとも、建前、必ずしも、「消費者」と考えることはなかったといえることができるのではない。このことは、判決文を一見すれば、わかる。判決の中では、当事者一方のいくつかの属性、年齢、知識、財産力などの面を、ある意味では、考慮要素として重視しているものの、他方、判決の表現には、「消費者」という言葉はまったく用いられなかったということは、また、事実であろう。

他方、学界(学者など)にとっては、これらについて、自覚的に、「消費者」と捉え、それを、「消費者法理」として、その内在の原理性・一貫性を積極的に析出しようとする。

しかし、必ずしも明確になっていないとはいっても、それまでの「消費者」とは、かなりの距離を取った理解であろう。このことは、「消費者」の新たな段階を迎えたといえることができるし、また、後ほどの消費者の理解に、その影響は、また、本質的・重大的である。これらの判例、その判例によって進展させた法理は、後ほどの消費者契約法の立法に直結することとなる。

小括：

ここまでの議論をまとめよう。

①すでに、消費者保護の性質を有する法律が存在していたが、消費者概念は、正面から登場していない。多くの場合、その保護対象は、「購入者」などとしている。また、それらは、「適用除外」のとしている。

②また、多くの民事裁判例は「消費者判例」「消費者に関する裁判例」とか紹介されているものの、判決文には、顧客や買主などは用いられているが、消費者という概念は、現

退、あるいは、「消費者」概念は「公序」概念に優位するという単純な導きを、決して意味するわけではない。

⁶⁵⁶ 星野「契約思想・契約の歴史と比較法」芦部信喜ほか編集・岩波講座 基本法学 4—契約（岩波書店・1983年）54頁以下。また、星野英一「連載にあたって」NBL469号1991年6頁以下によると、1980年代に入って、立法に向かって、約款の議論に力が注がれていた。1983年6月18日に、「約款研究会」という名称で、第一回の研究会がなされた。当初の趣旨は、諸外国ではすでに約款立法が次々行われ、日本でも、約款規正法を立法する必要性和説かれる。その後、「約款アプローチ」と「消費者アプローチ」との争いを経て、平成元年に「現代契約法研究会」に改称した。また、瀬川「民法における人間像」石川健治ほか「座談会 法における人間像を語る」法律時報80巻1号6頁は、第二期の消費者像の典型は約款論の人間像だったと、第三期は消費者契約である、と説いている。また、約款と消費者について、河上正二「約款の適正化と消費者保護」岩波講座 現代の法 13 消費生活と法（岩波書店1997年）所収101頁以下。

れていない。

③しかし、消費者概念は登場していないにもかかわらず、民法規範が適用されつつ、消費者問題については、特別な理論や特別法によって対処する取り扱いが強くなってきた。消費領域における個別問題を規制する多数の法律の立法などがなされる。「消費者法」という名づけられてよい法領域が形成しつつあったといえよう。

「消費者」を保護する目的は明らかであるが、実質的な消費者保護法は、消費者という概念の定義や規定が特に表に出ていないといえよう。

④なお、このように「消費者」と捉えるならば、留意すべきなのは、この時期の消費者法は、自然人とか法人とかを意識的に分けていないことである。

⑤この時期は、抽象化・観念化された意味が含まれた「消費者」概念の生成期にあたるだろう。「消費者」が「保護」された「弱者」とされた時期に当たると考えられる。

ここまで、取引形態に限定して、業法により対処されてきたとともに、民法の諸法理を活用して、判例上展開してきた。

3、実質的な「消費者」概念の登場

(1)、消費者契約法における「消費者」概念へ 序

ここまで、日本の消費者問題に関する立法政策は、行政的な規制の優位、行政が後追の形で業法⁶⁵⁷。立法上の、80年代後半から特に90年代に入ると、規制緩和という転換が行われる⁶⁵⁸。こうした国家政策の転換に伴い、消費者法分野では、行政から、私法へシフトする動きが見られ、消費者私法規制について、本格的な展開が行われる⁶⁵⁹⁶⁶⁰。

この背景の中で、主として、二つの流れが指摘できるだろう。一方、学界では、この政策転換・時代変化を受け、消費者の本質や消費者問題（法）について新たな課題を提起しつつ、学界（特に民事的・契約的視点から）の反省・思考が自ら促されつつ、新たな消費者問題の対処を将来に向け、指向しようとする。

⁶⁵⁷ それでも、1990年代になると、広義意味での消費者立法として、前半は、いくつかの業法の制定が見られる。商品取引所法(90)や、ゴルフ場等にかかる会員契約に適正化に関する法律(92年)である。

⁶⁵⁸ 「消費者行政の推進について」（1997年1月公表、消費者保護会議）「…市場メカニズムを活用した規制緩和等を積極的に推進する…」、「消費者と事業者との自己責任」、「消費者政策の重心を消費者の保護から消費者の自立に対する支援へ移行」する。

⁶⁵⁹ 松本恒雄「消費者保護基本法30周年と消費者法の構造転換」法事時報704巻4号3頁以下を参照。

⁶⁶⁰ しかし、松本恒雄「消費者契約法の10年と今後の課題」NBL959号2011年66頁によると、消費者契約立法にについては、一時期（80年代）には、1981年、1984年、1988年に、個別業種ごとの消費者向け約款の適正化に向けての提言が行われ、それらに基づき、いくつかの約款が改定されるなどの一定の成果を挙げてきたが、消費者契約法に直接つながる審議をするのは、製造物責任法についての審議を終えた1994年からであった。その1994年11月に国民生活審議会消費者政策部会消費者行政問題検討委員会報告「今後の消費者行政のあり方について」より消費者取引の適正化の課題が整理されていた。ここから、立法政策の転換があったと見られる。

他方、立法への動きである。民事法分野では、限界の意識・民事包括立法の必要性が説かれる。一方民事的ルールの不整備に対して、その指摘は、説かれるようになる。他方、それまで、特に 80 年代に「消費者」対処のための民法規定の限界が、しばしば、指摘される。すなわち、民法ルールのアプローチの立証の困難さ。私法的なアプローチを図って、民事ルールの充実しようという動きがあった。

また、1970 年代にアメリカ出現した規制緩和が、1980 年代に、日本に波及した⁶⁶¹。80 年代後半か 90 年代の初めから、規制緩和、経済構造の改革の中⁶⁶²で、広い意味での交渉力の劣勢にある消費者を何らかの形で支援するような民事ルールについてのインフラを整備⁶⁶³。安全・健康分野では、依然として行政規制が強まりつつある一方、取引分野において、市場メカニズムが重視され、消費者と事業者との間の一般的な民事ルールの整備が進められ、そのため、包括的私法の立法必要性が説かれるようになる⁶⁶⁴。

そのため、消費者契約法の制定の必要性は、主張され、同法への制定を念頭に置き、消費者や消費者契約問題を実質的に検討するようになる。

立法までの学会の議論や、立法過程を踏まえて、まとめた。消費者契約法に、消費者定義が明記されるになった。

①、消費者特性の探求と消費者法学・体系的な捉え

まず、この時期になると、学界の状況を拾ってみよう。

90 年代に入って、二つの傾向を見せた。一方、個別的問題として、新しい消費者像の探求、消費者や消費者契約の特性について探求することである。他方、より体系的に、消費者法学の形成へ結実とともに、契約の適正化の問題が提起され、消費者契約をいかに規制するか、規制のあり方など消費者契約の立法を主要課題として模索することである。

a、個別問題：消費者特性の探求

80 年代末 90 年代初めに、消費者の特性を探求する論稿が現れてきた。つまり、それまでは、「消費者とは何か」や「消費者の特性」は一定程度、配慮しつつ、「消費者をどのように」を力点として、展開されていた。この時点から、消費者私法、特に契約から、消費者とは何か、消費者の特性を問われるものが見られた⁶⁶⁵。このように、問題提起は、主として、長尾、大村による。それぞれを見よう。

⁶⁶¹ 消費者契約法と規制緩和に関する研究会編・私法としての消費者契約法：実効性のケーススタディー、2004 年、6 頁。

⁶⁶² 消費者法の展開においては、この規制緩和の波において、先駆的立法として、製造物責任法(1994 年)の成立がある。

⁶⁶³ ジュリスト 1200 号「消費者契約法と消費者の 21 世紀」、2001 年。

⁶⁶⁴ しかし、立法へ向け、その過程において、特に 1996 年に消費者政策部会報告書が消費者事業者にとって予測可能ため、包括的具体的民事ルールが必要であるという積極的な主張、と、包括立法が規制緩和に逆行するものであるという消極論の対立があった(NB L621 号 10 頁を参照(落合発言))。ただ、大多数の意見として、早急立法の必要が説かれる。

⁶⁶⁵ しかし、前述したように、それまでは、「消費者」概念に触れるものは皆無ではない。むしろ、当時は、正面からまとめた検討ではなく、部分的・個別的に触れた考察にとどまっていた。より正確的に言えば、「契約」に即して、契約当事者としての「消費者」を立ち入って捉えることはあまりなかったといえることができるだろう。

長尾治助：

第一に、長尾である⁶⁶⁶。

長尾は、消費者とは何かを探求する。彼は、以下の点にある。

まず、彼は、従来の消費者の捉え方の欠落や問題点を指摘しつつ、より立入って「消費者」とは何かを探求しようとし、消費者概念の機能に向けた。

長尾はそれをいくつかの方面との比較から、消費者像およびその位置づけを洗い出す。以下の指摘である。

第一に、長尾が、フランスのとイギリス消費者信用法に触れつつ、法律上の消費者概念は、「欠くとなる消費者とその相手方との関係を基軸としつつも、周辺の関係をも取り入れて弾力的に構成されるという特色をもつものである」と指摘する⁶⁶⁷。

第二に、長尾が人格と消費者の概念の関係を検討する。長尾は、法的人格概念が、実在する主体すべてを包摂されるものとするが、消費者という人間像を反映していないものの、法的に、経済人と経済人以外の者とを等しく扱い、法的人格の衣をまとわされているが、劣位にあり、「法的人格の単なる予定者である」という⁶⁶⁸。その上、「労働者」「消費者」といった二つの像の比較を通じて、長尾が、従来の消費者と労働者との相違だけに着目した見解、すなわち、消費者がすべての人間、労働者が一部の人間というか見解に批判し、むしろ、両者の共通性を考慮することによって、「社会的な層」として、法律上、その存在を認める。

第三に、最後に、以上の分析を通じ、長尾は、実定法上の消費者概念は、「伝統的法人格の主体として、権利・義務の帰属点たる形式的地位を維持しつつも、生活関係上の相手方である事業者との対立者として」、ある局面でその正当な利益を法により保証されるための主体概念である。このように、消費者概念の浮動性を指摘しつつ、狭い範囲で概念を固定化しない姿勢をとっている。

検討：

このように、長尾論文は、消費者の従来の不十分を補完しつつ、いくつかの消費者周辺に向けている。

第二に、しかし、長尾論文は、契約における消費者概念を念頭に置いていたのか、必ずしもそうではない。

むしろ、長尾は、必ずしも もっぱら契約枠組みを想定していない。彼は、消費者概念の「浮動性」や、「狭い概念での固定化」は、何を意味しているのか、必ずしも明らかではない。

第三に、彼は、少なくとも、彼は、「社会の層」としての消費者としている。

要するに、長野の消費者概念の捉え方は、消費者法の適用範囲を限定する観点から、理解したものではない、といえよう。

しかし、より明確にこの問題を扱うのは、2年後に現れた大村論文である。日本の学界では、正面から、契約における消費者の特質を問うものとして、同論文は、初めてであろう。

大村敦志⁶⁶⁹：

⁶⁶⁶ 長尾「法上の消費者概念」1989年、同・消費者私法の原理。

⁶⁶⁷ 長尾、919頁。

⁶⁶⁸ 長尾、923頁。

⁶⁶⁹ 大村「消費者・消費者契約の特性」NBL475、1991年。

大村論文は、本稿の生成過程の考察において、この論文のテーマ自身は、大きな意味を持っていることは言うまでもない。

大村は、消費者・消費者契約の実質的な問題の所在を明らかにしようとし、消費者に関する基本的な視点を提示しようとする。

第一に、大村は、冒頭いう。消費者問題の性質を究明するには、消費者を究明することと関係している。このように、「消費者問題」志向の研究から、「消費者」に向けようとしすることは、この時期の大きな進展であろう。

第二に、大村は、消費者・消費者契約の特性を模索することは、実際の側面と理論的な側面があると指摘する。前者は、消費者概念により、消費者保護法とされる法律の適用範囲の確定。後者は、消費者契約に規制するに関する契約法の原理、消費者法の位置づけ、規制のメルクマール。契約への国家介入の目的根拠と関連するとする。この指摘は、おそらく、理論的から、初めての指摘であろう。

第三に、このようなスタンスを表明したうえ、大村は、この非対称性から生じた諸問題、消費者自由の阻害、商品・契約の不完全性・不公正、消費者被害の回復の困難さを検討することによって、消費者・消費者契約の特性を明らかにする。

このように、大村は、契約当事者の取り巻く状況の複雑化と人間の処理能力とのギャップが消費者問題を生む、という基本認識に立ち、このようなギャップを埋めるには、企業に一定の規制を加えつつ、消費者の再考機会の確保を提唱する。そこで、一定限度の規制と、消費者のイニシアチブを重視。むしろ、消費者「支援」ということ。

星野英一：

星野は、消費者法をトータルに見る同時に、消費者とは何かについて述べていた⁶⁷⁰。固定した社会階層を形成していた労働者・借地借家人との対比から消費者の特性について述べる。星野は、「消費者という社会階層があるのではない。消費者とは、すべての人に付き、ある場合におかれる局面をさすのである。局面とは、自分や家族のために他人の供給するものやサービスを買ったり利用したりする事態である。その時、どの人でも消費者となる」（125－126頁）。

b、体系的な研究

90年代に入ると、消費者法は、旺盛に研究されるようになってきた。消費者問題や消費者法をめぐる議論は、さらに、開花する。

第一に、消費者法学の形成：体系書教科書類の急増

90年代に入ると、消費者法に関する研究は、明らかに盛んに行われており、多くなってきた。「消費者」を冠する概説書や体系書は、多く出ている⁶⁷¹⁶⁷²。それまでには、もち

⁶⁷⁰ 星野英一「消費者法」 民法論集第九巻 有斐閣、平成11年6月、113頁。

⁶⁷¹ 消費者法を一つの法分野として、自己完結のものと試みようとするものとして、大村・消費者法、1998年（潮見、民法学の歩み、法律時報72巻4号94頁これは「日本に現れた最初の消費者法の体系書」だという）。長尾治助・レクチャー消費者法（ほかのもの）、伊藤進・テキストブック消費者法、後藤＝村＝斉藤・アクセス消費者法、など。

⁶⁷² 体系書や概説書の豊富：大村・消費者法、1998年に出版された大村敦志・消費者法は、消費者法を一つの法分野として、自己完結のものと試みようとするものである。これは、日本に現れた最初の消費者法の体系書といわれている（書評・潮見、民法学の歩み、法律

ろんあったわけであるが、おそらく二つの傾向の特徴（あるいは、少なくとも、この特徴がより鮮明的になってきた）として、指摘しておく。

第一に、従来と比べると、より体系的に消費者をアプローチしようとする（もちろん、それまでも、体系的に捉えようという動きあったものの）。

第二に、私法（民法）の観点から捉えるのはほとんどであり、その担い手はほとんど民法の先生である（従来の経済法からのアプローチと対比的である）。

その中では、消費者をどのようにアプローチしていたのだろう。

第二に、包括的立法への議論

消費者契約立法に向けて、準備が進む。学界では、消費者契約法の制定を念頭に置きつつ、従来の法の総括をする同時に、将来の方向付けについて模索する。消費者法立法に向けて、いくつかの特集や座談会が行われた。

1）、1993年「消費者保護の課題と展望」

従来の消費者問題と差異が指摘され、森島は、国際化に伴う社会の構造の変化、情報化、高齢化社会における高齢消費者問題を指摘し、「構造的な問題」と捉えられる⁶⁷³。

また、特に、河上が、消費者、特に高齢者のことについて指摘する⁶⁷⁴する際に、消費者の特質について述べられる。「消費者」概念が、社会におけるあらゆる人の一側面を指し、第一に、契約においてである。ほとんど無防備な状態で事業者の販売攻勢と商品に内在する有形・無形の危険にさらされながら、多くの場合には事業者との交渉の余地も乏しいままに、望まざる取引や思いがけず不利な条件に拘束されたり、一方的に損害を蒙る可能性があるとされる。第二に、消費者を「生身の人間」と理解され、人身損害も想定しているからである。第三に、損害の負担の転嫁や、紛争解決の面において不利な状況にあり、被害回復の困難さという特徴が指摘されている。

2）、1997年に座談会「消費者契約適正化のための検討課題」⁶⁷⁵

1997年に行われた座談会において、包括的な立法に向けて、消費者契約（法）をめぐる全般問題や立法の必要性についてトータルな議論がなされた。そこでは、消費者契約適正化の立法そのものの有用性は強調され⁶⁷⁶、規制対象・規制基準として「消費者」が用

時報 72 巻 4 号 94 頁）。そのほか、*佐藤雄一・現代消費者法。平松毅、井上善雄、田上富信・判例・事例で学ぶ消費者法（有斐閣、1994 年）。また、1991 年に、創刊された「消費者取引六法」は、消費者独立法分野を目指す志向といえよう（現在は消費者六法となる）。また、体系書ではないが、包括的なものとして、星野論文（90 年代）消費者法におけるアプローチが挙げられる。また、鎌田の総合的な検討が。鎌田薫「「消費者法」の意義と課題」岩波講座・現代の法、13、岩波書店、1997 年。鎌田は、契約、製造物など、トータルな概念。鎌田教授は、消費者契約の当事者だけではなく、製造物責任における概念を含めて、統一的な概念を図ろうとした。すなわち、非事業目的ないし消費目的で、商品または役務を、取得または利用する者であることである（9-10 頁）。

⁶⁷³ 座談会「消費者保護の現象と消費者権利」特集「消費者保護の課題と展望」93 年（15-16 頁森島発言）。

⁶⁷⁴ 河上正二「高齢化に伴う消費者問題」ジュリスト 1034 号、42 頁。

⁶⁷⁵ 落合誠一・鎌田薫・松本恒雄・大村敦志、座談会「消費者契約適正化のための検討課題」NBL621 号 6 頁、622 号 24 頁、624 号 51 頁、626 号 33 頁、1997 年。

⁶⁷⁶ 10-12 頁。特に、11 頁大村発言。行為規範として立法の重要性が強調され、間接的な効果あるいは象徴的な効果の有用性も指摘される。

いられる合理性と概念設計のあり方をめぐって、検討がなされていた。

3)、1998年「消費者契約適正化のための検討課題」

まず、落合誠一⁶⁷⁷は、消費者法の理論的な体系化(消費者法の原理)を念頭に置きつつ、消費者理論構成の基礎について論述し、新しい消費者問題の対応として、消費者法の対応のあり方が問われる。「規制緩和による市場メカニズム重視の社会への展開のなかで、消費者法は、これをどう受けとめるかという基本的に重要な問題が今まさに提起されていると考えるからである」⁶⁷⁸。彼は、従来、弱者論やパターンリズムを主根拠とした消費法の存在理由と、市場メカニズムにおける規制緩和を基礎とする現実の不調和と主張し⁶⁷⁹、「行政規制から私法規制への転換」と説かれる。「業法が行政による事業者の規制を通じていわば間接的に市場における消費者の自立性・対等性を実現しようとするのに対して、私法規制は市場の取引当事者である消費者と事業者との関係において直接的にその実現を目指すものであるから、規制手段としてもより合目的である。」⁶⁸⁰。

4) 1999年河上正二ほか・消費者契約法—立法への課題—別冊NBL54号、商事法務研究会1999年

本シンポジウムは、消費者契約法の立法が進められる中、消費者契約法の立法案を念頭に置きつつ、立法案の問題点などを指摘する。同時に、消費者契約法の意義、締結過程・内容など、消費者法の私法における位置づけ、特に民法との関係について、議論したものである。

河上は、「総論」で中間報告の取扱いに疑問を投じた。事業者の相手方について、消費生活という活動領域の限定、非事業者性、自然人が要素とされるが、消費生活においては、事業との関連性といった文言は、限界事例の場合は、困難である、と河上が指摘する。河上が私人が先物取引を行ったりや投資関連商品を購入する場合を想定しつつ、消費生活の範囲に属するか「消費生活」という限定が妥当性を欠くと指摘し、消費者概念の定義法を提案した。すなわち、消費者を消費生活や行為の種類などで積極的に定義するのを断念し、事業者のみを「事業目的で商品または役務を提供または受領し、もしくは信用を受けまたは供与するもの」と定義しておき、事業者の契約相手となって、事業目的以外で行為する自然人を消費者とする⁶⁸¹。

また、同シンポジウムにおいて、情報や対等交渉の機会が与えられても不合理な行動をする人間という人間像を前提に、消費者像を設定したらどうか、といった議論がなされた⁶⁸²。

まとめ：

第一に、明らかに、この時期になると、「消費者」の概念は、その特性、その本質をより明らかにする。もうひとつの明確な点としては、「事業者」という概念を明確にし、よ

⁶⁷⁷ 落合誠一「消費者法の課題と展望」ジュリスト1139号1998年8月、4頁以下。

⁶⁷⁸ 4頁。

⁶⁷⁹ 6頁。

⁶⁸⁰ 7—8頁。

⁶⁸¹ 河上正二ほか・消費者契約法—立法への課題—別冊NBL54号、商事法務研究会、20頁。

⁶⁸² 潮見「不当条項の内容規制—総論」消費者契約法—立法への課題、別冊NBL54号、1999年、115頁以下。

り多く説かれるようになってきた。さらに、将来の消費者法が、「消費者」を規制対象とする方向に進む。

第二に、消費者契約法の包括立法のあり方についてである。どのように立法するかについて不一致があるが、立法の必要性について共通な意見になった。

第四に、日本消費法のパラダイムの転換が説かれている。弱者保護から市場メカニズム重視する。

（２）実定法における適用範囲限定を機能する消費者概念の登場：消費者契約法へ

当事者間の格差に着目して、より一般的に、不公正契約を規律しようとする立法趣旨のもとで、消費者契約法の立法が図られる。

１）、消費者契約法の立法過程

同法の立法過程を拾って見よう。

国民生活審議会の審議において、製造物責任法の審議を終了した後、1994 年 4 月より消費者取引上の問題等の検討を開始した。同年 11 月には、第 14 次国民生活審議会消費者政策部会消費者行政問題検討委員会が「今後の消費者行政のあり方について」を報告し、消費者取引の適正化の基本的な方向を提言した。

1995 年 2 月に発足した第 15 次国民生活審議会において、消費者政策部会で、「多様化・複雑化する経済社会における消費者取引のあり方」という課題について調査審議を行い、1996 年 12 月に「消費者取引の適正化に向けて」⁶⁸³という報告を公表した。それによると、経済社会のサービス化、情報化、高齢化などの変化が発生。消費者取引の分野で、サービス取引の増大、多様な新サービスの登場、多種多様な製品消費の増加、高齢消費者の増加、新しい取引の出現などの変化が説かれ、消費者の自由な選択を確保するための環境整備の必要性が指摘された⁶⁸⁴。第 15 次国民生活審議会消費者政策部会報告が基本方向をつけ、契約締結過程及び契約条項に関する具体的かつ包括的な民事ルール立法化を提言した。

1997 年 10 月には、消費者政策部長である落合誠一を中心とする検討グループが「消費者契約適正化法（仮称）の論点」⁶⁸⁵を公表した。

A、中間報告：

前記「論点」を踏まえて、1998 年 1 月に「消費者契約法（仮称）の具体的内容について（国民生活審議会消費者政策部会中間報告）」⁶⁸⁶が公表された。

①「消費者」概念

消費者概念についてである。中間報告において、「情報・知識・交渉力における格差」

⁶⁸³ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編「消費者契約の適正化に向けて―第 15 次国民生活審議会消費者政策部会報告とその資料」1997 年。

⁶⁸⁴ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編「消費者契約の適正化に向けて―第 15 次国民生活審議会消費者政策部会報告とその資料」1997 年 2 頁。

⁶⁸⁵ 経済企画庁国民生活局「消費者契約適正化法（仮称）の論点」1997 年。

⁶⁸⁶ 国民生活審議会消費者政策部会「消費者契約法（仮称）の具体的内容について（中間報告）」。概要について、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課「国民生活審議会消費者政策部会中間報告の概要」金融法務事情 1509 号 1998 年 14 頁以下。

を前提とし、消費者契約、消費者、事業者の概念が明示された。

消費者と事業者（の間で締結されるすべての契約を対象とし、取引における消費者・事業者の関係をより対等なものとし、消費者契約の締結過程及び内容の適正化を図ろうとする。

消費者を「消費生活において、事業営業及び専門的職業の概念を含む）に関連しない目的で行為する自然人」とした。他方で、事業者を、「事業に関連する目的で行為する自然人または法人その他の団体」とした。

②適用範囲の方法の決定

中間報告では、適用範囲限定するためには、二つの方法が提案されていた。すなわち、第一に、「行為の主体である「消費者」「事業者」を定義し、両者を当事者とした契約を適用範囲とする方法」。第二に、「消費者契約法において、行為の内容である「保護に値する取引」を定義し、当該取引の中で締結される契約を適用の範囲とする方法」である。

後者の方法を放棄した⁶⁸⁷が、行為の主体に着目した立法手法が採用された。「消費者・事業者といった行為主体を定義し、両者を当事者とした契約を適用範囲とした上で、必要に応じて適用除外を考えることにより、今後の機動的な対応がより可能になる」という配慮であった⁶⁸⁸。

③「消費者」定義の基準

中間報告は、消費者定義の構造について、まず、大きな前提として「消費生活において行為していること」をし、その上、行為の目的と行為の主体の両方からアプローチをした。具体的には、一方当事者が消費生活を営むから、「消費生活において」を念頭に置くべきとした。行為の目的は、事業に関連しない目的で行為することを定義上のメルクマールとすべきである⁶⁸⁹。

ただ、見解の対立がある。つまり、個人商店主が、知識が希薄であるが、事業に関連する目的で行為する以上、交渉力を有するものと期待されるからである。他方、事業に関連する目的で取引をしても、一般的な消費者と同様に扱うには行かないであつても、行為者の専門性や事業の目的に関連が希薄する場合もあるからであるという⁶⁹⁰。

④主体

また、行為の主体は、法人などというメルクマールとしている。それについても、疑問があるものの、中間報告は、「法的適用範囲を明確にするためには、基本的には「自然人」という最小限の規定を設け、包括的な綱をかぶせるということが立法技術的に見て望ましく、そこから、先の保護は別途考えることとすべき」というスタンスであった⁶⁹¹。

中間報告では、やや厳格の要件が置かれていた。「消費生活」の限定もあるし、「自然人」という文言が明確に用いられた。

⁶⁸⁷ 消費者契約法(仮称)の具体的内容について—中間報告、平成 10 年、25 頁。新しい取引形態の出現や取引形態の変化に際して柔軟に対応できないことが懸念されるからである。

⁶⁸⁸ 中間報告、平成 10 年、25 頁。

⁶⁸⁹ 中間報告、平成 10 年、25 頁。

⁶⁹⁰ 26 頁。

⁶⁹¹ 26 頁。

B 中間報告に寄せられた意見

第一に、「消費生活」という要件への批判が多くなされた。例えば、消費者団体連合会により「消費者契約（仮称）に対する提言」は、中間報告より消費者の定義の要件のひとつである「消費生活において、事業に関連しない目的で行為すること」という文言について批判する。同連合会は、第一に、この「消費生活において」という要件と、「事業に関連しない目的で行為する」という要件が、二重にかかった、きわめて不当なものである、と批判していた。第二に、同連合会は、「消費生活」と「事業に関連しない目的」とが基本的には同義と捉え、両方を並べるのは、いたずら立証を困難にさせることである。第三に、同連合会は、資産形成取引（利殖商法や投資取引）、消費者の小口の財産に直目した金融、証券、商品先物などの業界による勧誘、特に、80年代以降、消費者トラブルの事例として、変額保険・ワラントなど投資関係問題の頻発などを念頭に置くことによって、「消費生活」という要件はきわめて曖昧で、概念の確立に不利であると説いていた。

結局、同連合会は、要件として「事業に関連しない」ことと主張する。

第二に、また、「自然人」についてである。一部の意見は、自然人に限定することは、個人商店主など、法人名義で取引する者への適用ができなくなるという意見があり、範囲をもう少し拡張すべきということである。

例えば、消費者団体連合会は、「個人事業者」の問題を提起する。事業に関連するかどうか明確でない目的で行為する場合、消費者契約法の適用範囲が明確ではない場合、どう扱うか、という問題への対処を促す。また、同団体は、事業者と消費者との中間形態を指摘し、**消費者と事業者との中間形態とも言える経営者についてどうすべきかについて**、立法上の配慮を促す（「消費者契約（仮称）に対する提言」）。経団連の意見は、「消費者契約法（仮称）の各条文の予測可能性を高めるために、法が想定する「消費者」を当該契約を直接締結する者に限定し、契約の締結を合理的に判断し、意思決定しうる平均的な自然人と定義することを明記すべきである」（経済団体連合会「消費者契約法（仮称）のあり方について」1998年12月15日）。

また、法務省により現代契約法制研究会は、**中間報告における要件「消費生活において」**についても、検討を加えた。現代契約法制研究会において、多数の意見が、消費者契約法の根拠を当事者間の情報格差の点に求めるとすると、「消費生活において」という文言を削除すべきであると⁶⁹²。「投資投機にかかる取引や不動産取引問題を想定しているからである⁶⁹³。

最終報告：

政府も、消費者保護会議において、立法を最重要課題の一つとして推進した⁶⁹⁴。また、

⁶⁹² 現代契約法制研究会・消費者契約法（仮称）の論点に関する中間整理、平成11年4月。消費生活の不十分さについては、また、前掲、河上1999年、「総論」批判。

⁶⁹³ 資料・現代契約法制研究会「消費者契約法（仮称）の論点に関する中間整理」（平成11年4月）NBL664号（1999年）49頁。

⁶⁹⁴ 平成10年12月第31回消費者保護会議「消費者行政の推進について」。

以上の中間報告の提案は、「消費者契約法の制定に向けて」という報告(最終報告)(1999年1月)では、改変が加えられた。

消費者・事業者の定義をしていない事業者は、同種の取引を反復経済して行い、取引経験が蓄積されることにより、契約についての情報・交渉力が備えている。消費者は、取引を反復継続しないので、取引の経験がかけっており、情報・交渉力が事業者の比べると、劣勢状態などに基づいて、消費者・事業者は伝統民法原理が想定する「対等な関係ではない」と。「事業性」を基準とした。「事業」の内容について、「営利・非営利、公益・非公益を問わず反復継続して行われる同種の行為」、専門的職業などである。

1999年4月に、第17次国民生活審議会では、消費者政策部会の下、消費者契約法検討委員会が設置された。

同年12月には、「消費者契約法(仮称)の立法に当たって」が承認された⁶⁹⁵。同報告は、以下の点について、指摘する。

第一に、「公正で、自由な競争が行われる市場メカニズム重視の社会を実現するためには、規制緩和の時代に相応しい消費者のための新たなシステム作りを行うことが大きな課題となっている」とした。

第二に、消費者契約とは、当事者の一方(事業者)のみが、業としてまたは業のために、締結する契約とすることが考えられる。

「業」とは、営利を目的とした事業に限らず、自己の危険と計算によって、一定の目的をもって同種の行為を反復継続的に行うものを広く対象とする。社会通念に照らし客観的に事業の遂行とみることができる程度のものをいう⁶⁹⁶。

第三に、同報告は、法人が消費者とならないとし、個人(自然人)を消費者を考える⁶⁹⁷。

まとめると、最終報告において、「業」(事業)を消費者と事業者の差異のメルクマールとした。また、最終報告において、「自然人に限定すること」は消え、事業性という区別基準を提示することにより、相対的に判断するとした。

制定過程では、始終、「事業性」を基準としていた。

⑥消費者契約法の制定：

第147回国会において両院の全会一致で可決された。消費者契約法は、消費者概念を明記した。消費者を以下のようにした。

1条の目的規定に続き、

第2条 この法律において「消費者」とは、個人(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。)をいう。

⁶⁹⁵ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・「消費者契約法(仮称)の立法に当たって」、平成11年12月。

⁶⁹⁶ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者契約法(仮称)の立法に当たって、平成11年12月、10頁。

⁶⁹⁷ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者契約法(仮称)の立法に当たって、平成11年12月、10頁。

この法律において「事業者」とは、法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。

この法律において「消費者契約」とは、消費者と事業者との間で締結される契約をいう。

消費者契約法は、一方、個別法の対応の局限性と民法保護の限界を補うためであり、他方、行政に過度に依存することと一線を画するためである。こうした包括的な立法の必要性が説かれる。労働契約以外、広く適用される。

こうして、消費者契約法は、初めて「消費者」・「事業者」概念を定め、消費者時行間で「消費者契約」に包括的に適用されるための民事実体法として制定されるようになった。

このように、消費者契約法は、格差を前提としている。事業性の有無を基準（事業として事業のために）。法人その他の団体はアプリオリに事業者とされ、消費者を個人に限定することとされている。

小括：

以上、消費者の概念をめぐる、その中で、多少なりに概念の理解にも目を配りながら、概念の生成過程をたどってきた。第一節の内容をまとめよう。

①まとめ：

「消費者」における日本の総括：

第一に、最初の時期、70年代まで、「消費者」。消費者の「揺籃期」。法的な「消費者概念」は、日本では早い段階で意識している。従来語られている「消費者」概念は、そもそも、それは仕分けのための概念でもない。むしろ、公衆が顧客となるものを指し⁶⁹⁸、それについては、「生活者」「国民全体」という捉え方である。それについて、法的に定義する必要もなかったということであろう。消費者の対概念として、企業であったり、生産者であったり、していた。事業者という概念がはっきり存在しなかった。

第二に、90年代までは、事業者を業法等によって抑えるという手法を中心として、展開されてきた。それまでは、「消費者」という者は、保護される者として受動的に捉えられて来た。同時に、消費者保護基本法に掲げるように、消費者の「保護」に基づき、消費者「利益」や「権利」の擁護が多く語られてきた。

第三に、「消費者法の像」・「消費者概念」における混沌化から明晰化へ：

消費法は、どのような法分野か、その性質、その内包、その外延は、従来、漠然したままで、とかれてきた。今に至ると、それは、完全に明確にすることができたというわけでもないが、ある程度、明晰化するようになってきた。すなわち、従来は、「なぜ、どのようなについて」必ずしも、明確ではなかった。90年代になると、それは、どのような者であるかについて問われるとともに、「なぜ、どのように」も、次第に、浮き彫りになりつつある。

⁶⁹⁸ 黒田勉「消費者概念に見られる公衆と顧客」白鷗大学論集代 14 巻 1 号 1999 年 1 頁以下、特に、6-7 頁。

第四に、その後、消費者の位置づけの転換。消費者は自立した主体として市場に参加し、積極的に自らの利益を確保するよう行動することの確保。6年間を費やして、2000年に、消費者契約法の成立によって、実体私法において、消費者・事業者という対立概念の定義及び消費契約一般に適用されるルールが登場するに至った。

②評価

日本の消費者概念の生成過程から、以下の特徴を指摘する。

第一に、行政の優位性

日本では、消費者問題の特徴は、行政のウエイトが大きいということは、一見すれば、明らかである⁶⁹⁹。この行政主導より、一方、展開された「消費者」法や消費者問題の対処は、消費者対処の最初の段階では、私法の存在は、ほぼ皆無であった。他方、安全の分野ではもちろん、契約の問題に関する分野においても、当事者（事業者）に対する取締りを強化することが一般的であったという特徴を持っている⁷⁰⁰。

第二に、パラダイムの転換：「消費者」「保護」から「消費者」へ

このことは⁷⁰¹、行政主導の下では、消費者「保護」法を中心として、生成してきた。このことは、50、60、70年代、ないし80年代も、そうだったである⁷⁰²。他方、80年代後半、特に、90年代は、消費者法になる（規制緩和に伴う消費者の「支援」「自律」を求める）。この点は、実定法分野の立法動向、そして、学界の議論状況から、現れる。このような転換は、他方、「消費者像」の転換と同時に行う。60年代（特に、消費者保護基本法における目的）から、2000年ごろまでは（消費者契約法、およびその前90年代の行政政策・消費者政策を見ると）、この趨勢は、明らかである。

第三に、「消費者」生成における民法の基本的性

上記のように、私法の遅滞性が見られる。しかし、日本法では、「消費者」というときは、明確に実定法に登場してきた「消費者」概念のほかに、特に、1970年代以降、判例や学説により自覚的に観念された「消費者」をも重要対象としている。「消費者」概念の生成について、民法は基本的な役割を果たしていることが言える。すなわち、80年代前後は、民法上の「消費者」法理の展開は、日本消費者法の基本をなす。

⁶⁹⁹ 北川善太郎「消費者保護の法構造」法律時報45巻12号1973年、5頁。日本の消費者問題は、行政のイニシアチブにより、行政の主導力を機軸としつつ、展開されてきた。また、落合誠一「消費者法の課題と展望」ジュリスト1139号1998年8月、8頁参照。行政法規定が圧倒的存在であったことは、日本法の特色であり、産業政策を基本意図えた国家施策の反映であったという。

⁷⁰⁰ 森島昭夫「消費者保護法制」ジュリスト1073号1995年258頁、その考察によると、消費者保護法は「消費者安全の確保、取引の適正化のいずれをとっても事業者の取締りという性格」が強いという。

⁷⁰¹ 消費者像の転換について、後藤卷則「消費者のパラドックス」法律時報80巻1号2008年33頁。河上正二「民法における消費者の位置」現代消費者法4号2009年47頁が挙げられる。

⁷⁰² しかし、この「保護」時代も、また、さらに、二つに分かれるだろう。一方、70年代までは、私法以外の純粋行政により、いろいろな強制的・一時的・応急的措置を取った。他方、80年代は、私法の視野に入ることにより、私法上の重要な命題のひとつとして説かれるが、ここでは、むしろ、公序による「保護」という意味が強かった。このことは、後述する。

第四に、「消費者契約」の存在

日本では、消費者契約法になると、「消費者契約」が認められる。労働契約以外のすべての契約を包含する。消費者を判断するには、フランスと対照的である。フランスでは、消費者契約は存在するかどうかその自体は、一つの争点となっている。

第五に、消費者契約法の立法過程から

消費者契約法の立法過程では、重視されているのは、事業性。この事業性の性質決定には、反復継続の有無、取引経験の有無である。この点に着目すると、情報・交渉力は、この専門能力の有無と直結されるようである。「営利」の有無は、特に考慮されていない。

第二節 日本における「消費者」概念の波及範囲

序

本節の目標は、日本で「消費者」の捉え方を見る。実定法の定義の適切かどうかを検討する同時に、近時、提起された中小事業者などの保護問題、法改正の新たな動向を踏まえつつ、消費者概念を拡張することができるか。そのために、消費者概念に関する学説と判例を見る。判例については、消費者契約法の消費者概念に関するものだけでなく、また、訪問販売法や割賦販売法の「適用範囲限定」を見ることとする⁷⁰³。消費者概念について、若干の検討を加える。

一、日本法における「消費者」概念の捉え方

本論に入る前に、もう一度、法律上の概念用語を確認しよう。

(一)、用語整理

1、法律における「消費者」用語

消費者概念は、消費者契約法において初めて定義されるように至った。その後、他のいくつかの法は、消費者契約法上の概念を踏襲して、ほぼ同様な定義規定をしている。

消費者概念は、明記する法律としては、消費者契約法、電子消費者契約法（電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律）、消費者基本法（旧消費者保護基本法）、消費者安全法⁷⁰⁴、法の適用に関する通則法2条、民事訴訟法3条のが挙げられ

⁷⁰³ 実定法はそうであるが、実際、現在の消費者問題は、個別レベルでも、錯綜している。たとえば、個人事業者のリース、内職商法・マルチ商法などだけではなく、フランチャイズ、インターネットオークションでの個人間の取引など、それから、買手ではなく、売る側は、消費者であるか、といった多様な個別問題を見せる。

⁷⁰⁴ そこの法律において、「消費者」とは、個人（商業、工業、金融業その他の事業を行う場合におけるものを除く。）をいう。」「この法律において事業者とは、商業、交渉、金融業その他の事業を行う者（個人にあつては、当該事業を行う場合におけるものに限

る⁷⁰⁵。

2、消費者契約法における「消費者」

消費者契約法は、その特徴を明示されているのは、同法1条である。

消費者契約法は、「消費者と事業者間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について消費者契約の申し込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に侵害することとなる消費者契約の条項の全部又は一部を無効とする」（同法1条）。

消費者契約間の情報・交渉力の格差を前提に、取消し・無効ルールを規定することにより、市場環境整備の意味で消費者を配慮することは、1条の理念である。

さらに、消費者契約法2条は、消費者、事業者、消費者契約の定義規定を定める。

消費者契約法は、契約類型に限定せず、（労働契約以外）すべての契約に適用される。

3、消費者契約法までの「消費者概念」：特商法・割賦販売法における「消費者」

前節にも見たように、消費者契約法までは、「消費者」を保護する適用限定の法律として、特商法・割賦販売法が挙げられる。

①定式の変遷

業法について、複数回の改正が行われた。民事ルールの充実してきた同時に、適用除外の基準も変化した。訪問販売法では、最初は、「業として」であったが、「商行為」⁷⁰⁶を経て、1988年訪問販売法改正では、「営業のためにもしくは営業として」と確立された⁷⁰⁷⁷⁰⁸。そして、2008年割賦販売法改正では、それまでの「業として」から、「営業のためにもしくは営業として」へ改められるようになり、両法の基準の統一が実現された⁷⁰⁹。

る。)をいう。」。

⁷⁰⁵ そのほか、割賦販売法・特定法「購入者等」（営業のためにもしくは営業として）という適用除外。金融商品取引法は「顧客」。貸金業法「資金需要者である顧客・保証人・債務者」である。製造物責任法「人の生命、身体または財産」（1条）、「被害者」は、消費者に限られず、法人も排除されない（通商産業省産業政策局消費経済課編・製造物責任法の解説（通商産業調査会1994年）60頁）

⁷⁰⁶ 「売買契約でその申込をした者または購入者のために商行為となるものに係る販売」であった。

⁷⁰⁷ やや厳格であった「商行為」の硬直性を緩和するために改正された。厳格斉藤雅弘＝池本誠司＝石戸谷豊・特定商取引法ハンドブック第4版（日本評論社、2010年）55頁「購入者のために商行為に該当するものが特商法の適用除外とされると、「絶対的商行為」（商法502条）」とされている取引については、特商法の適用が除外されてしまう。消費者庁取引・物価対策課＝経済産業省商務情報制作局消費経済政策化・特定商取引に関する法律の解説（平成21年度版）商事法務2010年169頁。

⁷⁰⁸ さらに、特商法に関する平成17年通達がなされた。個人をターゲットとする電話機リースなどの被害問題の多発に鑑み、経済産業省は電話機リースなどにおいて、リース提携販売について、特商法の適用対象であること、リース会社だけでなく販売業者にも規制が及ぶこと、事業者名で契約しても主として個人用・家庭用に使用するためのものである場合には適用が及ぶことを明確化した。日弁連編・消費者法講義(第二版)148頁。

⁷⁰⁹ 改正について、村千鶴子「特定商取引法・割賦販売法改正の経緯と概要」現代消費者法2号2009年4頁。千葉恵美子「改正特定商取引法・割賦販売法の適用範囲の拡大と今後の課題」現代消費者法2号14頁2009年。

―割賦販売法 8 条 1 項は「指定商品もしくははしてい権利を販売する契約又は指定役務を提供する契約であって、当該契約の申込みをした者が営業のために若しくは営業として締結するもの又は購入者若しくは役務の提供を受ける者が営業のために若しくは営業として締結するものに係る割賦販売」。

―特定商取引に関する法律 26 条①の一は、「売買契約又は役務提供契約で、その申込みをした者が営業のために若しくは営業として締結するもの又は購入者若しくは役務の提供を受ける者が営業のために若しくは営業として締結するものに係る販売又は役務の提供」。

(二) 裁判例

では、実際、現実の事件において、どのように、適用・判断されているのか。

1、消費者契約法に関する判例

①東京地裁判決平成 14 年 10 月 18 未登載 LLI15730370（消費者契約法）⁷¹⁰

有限会社は、解散していたが、自宅で A という屋号で刺繍業を営んでいた個人事業者である。従来使用していたアナログの電話回線を ISDN 回線に変更し、ターミナルアダプターを設置すればあまり費用がかからずに済むのに、今の回線で市販の電話機は使用できないと告げた。不実告知に該当するとして取り消し（消費者契約法 4 条 1 項 1 号）を主張した。「事業のために」当事者になった以上、消費者となりえないと判示した。

ちなみに、その上、「過大ともいえる利益を取得することを目的として、民法、特定商取引法、消費者契約法の……規制を潜脱し、上記各法が形成する公序に反するものと評価せざるを得ない」とし、公序良俗違反を認めている。

（コメント：事業のために当事者になったから、「消費者」を容易に否定した。消費者契約法の「消費者」の概念に忠実に、そのままに従った。しかし、「事業のために」の判断理由について、特に示されていない。）

②東京地裁平成 16 年 1 月 14 日 WLJPCA

X ら（病院を経営する歯科医師や獣医師である）は、Y（事務用機器のリース等を業とする株式会社である）から訴外会社が供給するコンピューターソフトウェアのリース契約を締結した。

判決：仮に、平成 13 年 4 月 1 日に施行された消費者契約法の立法趣旨等を根拠として、

⁷¹⁰ この判決について、角田美穂子「消費者契約法の私法体系上の独自性」NBL958 号 2011 年、25 頁は触れている。「この判決に対する評価は分かれるであろう。公序良俗違反を基礎付ける事情の 1 つとして勧誘時の説明が「不正確で不誠実」であったことが認定されていることを捉えて、「消費者概念の類推適用等で対処すべきであったのではないかと批判することも可能であろう」といい、「支店を変えれば、「情報・交渉力の格差テーゼ」の適用範囲を拡張した事案として捉えなおすことも可能であろう。それを形式的理由から否定したために、当事者が主張していた特定商取引芳情のクーリング・オフ、法上の不実告知、民法上の詐欺、錯誤などを全体として公序で受け止めざるを得なかったと見ることができる」という。

消費者保護という社会的要請をリース契約の解釈に反映させ、リース契約を締結したユーザーが消費者である場合に特段の配慮をすべき事例があると考えたとしても、消費者契約法2条1項において、「事業として又は事業のために契約の当事者となる場合」を、同法における「消費者」の概念から除外していることに照らせば、上記特段の配慮をすべき「消費者」については、その範囲を限定的に解すべきであり、これを無限定に拡大することは、契約責任の原則を損なうものであって相当ではない。そして、本件のXらの資格及び職業や、XがYと契約したリース物件の機能及び特徴をみれば、Xらが、一般消費者としてではなく、自らの医院経営のために本件リース契約の当事者となったことが明らかであるから、上記考えに立ったとしても、Xらを消費者契約法上の「消費者」と同視することはできず、したがって、Xらが締結した本件リース契約について、消費者保護の観点から特段の配慮をすべき場合に当たるとすることはできないとした。

また、歯科医師や獣医師であるXらが病院経営のために本件リース契約を締結したとしても、Xらは、コンピューター機器に関する専門的な**知識や経験がなく、交渉力も一般人と同程度しかない**から、「消費者」として保護されるべきとの主張については、Xらは、自ら病院を経営し、経営に必要な医療設備や医療器具等の取引経験を有している上、経営の一環として本件リース契約を締結しているのであるから、事業者としての実質を備え、知識及び交渉力にも欠けるところはないとした。

また、目的物に着目して、本件リース物件の一部のソフトは、そのシステム自体が歯科医師を中心とする医院経営のために開発、発売されたものであることが明らかであり、それ以外の事業主や一般消費者がこれを購入、利用することはおよそ考えられず、その意味で、本件リース契約の対象物件は、まさに汎用性のない特殊な営業用の物件であるといわなければならないとした。

(第一に、立法趣旨を考慮した。第二に、「事業として又は事業のために」について「消費者」を限定的に考慮すべきだとした。第三に、医院経営のために契約した。第四に、専門知識・経験について判断した。第四に、目的物について判断した。)

③東京高判平成16年5月2日判例タイムズ1153号275頁

事業者が相手方個人を「消費者契約法にいう消費者ではない」と争った事案で、個人が「事業としてまたは事業のために」契約を締結したと認めるに足る証拠はない、という理由で、消費者契約法の適用を認めた。

④東京高裁平成16年2月26日 2004WLJPCA02266013, 消費者法ニュース65号35頁

上告人株式会社Xが、訴外Aに対する貸付を連帯保証した被上告人Yに対し、貸付に消費者契約法の適用の有無に関する。本件連帯保証契約に基づき、貸付金残元金等の支払を求めたところ、原判決が控訴を棄却した。Xが、本件貸付の借主訴外A及び実質的な借主は消費者契約法上の消費者に該当せず、本件貸付については同法が適用されないものであると主張して上告した。

判決：Yが「消費者」に当たるか否かの点について、Yが個人として投資資金を充てるため、貸金業を営む株式会社であるXから本件貸付を受けるものであり、個人として本件連帯保証契約を締結したもので、Yが消費者契約法2条の消費者に当たるものとした原審の判断は正当として是認であることができるとした。

(コメント：個人保証人が消費者であるとした。貸付契約について判断していない。)

⑤大阪簡判平成 16 年 10 月 7 日兵庫県弁護士会 HP (LEX/DB25463782)

リース契約を締結する際の勧誘において虚偽の説明がされていた事案について、当該契約が消費者契約に該当するものとして不実告知による契約の取消しを認めた。

個人事業者としての契約であるが、すでに廃業したものである。勧誘された。消費者契約法の適用を認めた。

判決：販売業者従業員が被告に対し、リース契約書に「個人事業者欄への記載」を勧め、被告がそれに従ったこと（リース契約申し込みの勧誘から契約書、リース物件借受証の作成・授受、契約内容の説明などは全て販売業者が行っていてリース会社と被告とが直接交渉をしたことがないこと（販売業者とリース会社との一体性の認定・業務提携関係）、本件リース契約は事業者であるリース会社（原告）と消費者である被告との間での消費者契約であること、等から、販売業者従業員の上記不実説明を認定して消費者契約法 4 条 1 項 1 号により本件リース契約の申し込みの意思表示の取り消しを認めたものである。

（コメント：当該契約が消費者契約に該当するものとして不実告知による契約の取消しを認めた。また、本件は、契約の目的について判断しておらず、不当勧誘を重視しているといえよう。）

⑥東京簡判平成 16 年 11 月 15 日（最高裁ホームページ）

被告は会社である。原告は、個人である。内職商法システムの業務提供誘引販売契約を締結した。消費者契約法 4 条 2 項の不利益事実の不告知の該当の有無に関する。

本件契約における原告と被告とが、消費者契約法 2 条に定める「消費者」と「事業者」であることも明らかである、とした。

（コメント：本件は、これ以上に言及していない。「事業者」について、法人であるから、事業者であるとした。）

⑦京都地裁平成 16 年 3 月 16 日 最高裁ホームページ

建物の賃貸人の事業者性が問題となっている。賃貸人が個人でも、アパート経営を行っている場合は反復継続性が認められ事業者となる。

⑧京都地裁平成 16 年 7 月 15 日、大阪地裁平成 19 年 1 月 11 日判決 未搭載

転勤中だけ所有建物を賃貸した場合に「事業者」を否定した。

⑨最高裁平成 18 年 11 月 27 日判例判時 1958 号 12 頁

事業者については学納金返還訴訟で学校法人がこれにあたるかが問題となったが、法人である以上、明文上「事業者」にあたることは明らかである。

⑩東京地裁平成 19 年 3 月 19 日 2007WLJPCA03198016

測量業に従事する株式会社 X は、Y と賃貸借契約を締結した。

判決：X は株式会社であり、その事業用の事務所として本件建物を賃借したものであるから、本件賃貸借契約について、個人であり、事業として又は事業のためでなく契約の当事者となる消費者を保護する消費者契約法が適用される余地はない、とした。

(原告は株式会社であり、消費者契約法が適用される余地はないとされた。)

⑪東京地裁平成 19 年 3 月 27 日 2007WLJPCA03278036

株式会社 X、と、被告 Y1(個人)、連帯 Y2 である。X は、Y1 と、三つのリース契約を締結した。

判決：

第一に、本件各リース契約は、Y 1 の営業のために締結されたものであると認められるから、特定商取引法の適用はない。Y1 らの主張の平成 17 年 12 月 6 日付けで改正された特定商取引法の経済産業省通達は、一見事業者名で契約を行っていても購入商品や役務が主として個人用・家庭用に使用するものである場合には特定商取引法の適用があり、と栗、実質的に廃業していたり、事業実態がほとんどない零細事業者の場合にはその可能性が高いとしているものである。しかしながら、Y1 は現に事業を継続中であるし、本件各リース物件は個人用、家庭用に使用するものであるものでもないから、本件各リース契約に同法の適用はないといわざるをえない。

第二に、消費者契約法の適用の有無について

消費者契約法 2 条 1 号にいう「事業として又は事業のために契約当事者となる個人」については、「当該取引それ自体を事業とするような者」に限られず、自らの事業の業務に使用する目的で契約を締結する者も含まれることは当然であり、また、被告 Y1 は後者に該当すると認められるから、本件各リース契約に同法の適用はない。

(被告 Y1 は、事業に使用する目的で契約する個人であるため、消費者契約法の適用はないと。)

⑫東京地裁平成 19 年 4 月 27 日 2007WLJPCA04278033

株式会社 X、株式会社 Y 医学研究所との間で、Y の自動車購入に係る立替払契約に基づく債務について、Y が X に保証委託し、X が代位弁済したとして、X が、Y 及び連帯保証人である Y1、Y2 に対して本件保証委託契約に基づき、残元金等の支払を求めるとともに、Y に対し、本件保証委託契約中の所有権留保の規約に基づき、本件自動車の引渡しを求めた。Y は、株式会社であるが、その実態が消費者契約法が予想する消費者と変わらないため、消費者契約法 4 条が類推適用される、と主張した。

判決：

Y 会社は、医薬品の製造、販売等を目的として平成 2 年に設立された資本金 1000 万円の株式会社であることが認められるから、消費者契約法にいう消費者ないしはこれに準ずるものでないことは明らかであるとした。

(被告は消費者契約法にいう消費者ないしはこれに準ずるものではないとされた。)

⑬東京地裁平成 20 年 1 月 18 日 2008WLJPCA011888011

X 寺は法人であり、Y 株式会社と、リース契約を締結した。X の代表者 X1。

判決：

まず、本件リース契約が消費者契約であるか否かについて

X 寺は法人であるから、本件リース契約は消費者契約ではなく消費者契約法は適用され

ない。

X1がAの勧誘で本件リース契約X寺の名義にしたこと、及び本件物件がX1の自宅の台所や寝室に設置され、親族との通話に利用されることが多いことと認められるが、本件リース契約のリース料がX寺の支出として計上されていることからすれば、原告X1は税制上の優遇措置をも勘案して最終的には自らの判断でX寺を契約当事者としたものと認められるし、X寺には1ヶ月平均約50万円の収入があること、X寺はインターネット上にウェブサイトを開設し、そこに本件リース物件の電話番号をX寺の電話番号として記載していること等によると、X寺に事業と評価すべき実態がないとはいえない。そして、本件リース物件の価格が一般家庭用の電話機及びファクシミリ総落ちと比較して高額であることからすれば、本件リース物件がビジネスを目的とした電話機及びファクシミリ装置であることは明らかであり、原告X1は、この価格を認識したうえで本件リース契約を締結しているのであるから、本件リース物件をX寺の事業として長期的に利用することを予定していたものと認めるのが相当である。そうすると、本件リース契約を消費者契約であると解する余地はない。

次に、「営業のためにもしくは営業として」について、特商法26条1項1号に定める「営業のために若しくは営業として」締結する場合には、事業、職務の用に供するために購入する場合を含む渡海されるところ、X1は、X寺の代表者としてX寺の事業に供するために本件リース契約を締結したものと認められるから、本件リース契約は「営業のために若しくは営業として」締結されるものであるとした。

(本件契約の当事者は、法人たる寺であり、消費者契約には該当しないとした。しかし、直ちに法人であるから消費者ではないとするのではなく、寺の状況について立ち入った分析をし、「事業のために」にあたるから、適用除外とした。)

⑭東京地裁平成20年11月5日2008WLJPCA11058003

鉄工所を経営する男性X1とリース会社Xとの間で、ビジネスホンのリース契約を締結した。連帯保証人Y2。

「営業として営業のために」について

Y1の経営の規模・売り上げ、工場と自宅の場所及び電話の設置場所、本件目的物がビジネスホンかつ従前殻利用していたなどの事実から、「営業のために」に該当するとした。

消費者契約法について

被告Y1は、事業(本件鉄工所の経営)のために本件リース契約を締結したものであり、消費者契約法2条1項にいう「消費者」には当たらないというべきであるとした。

⑮東京地判平成22年4月26日(消費者法ニュース88号2011年7月29頁報じられる)

本件は、建物賃貸借契約における更新料請求に関するものである。外国語授業を業とする株式会社である賃貸人は、建物賃貸借契約を締結した。

法人であっても格差があるとして10条類推適用の可否が争われた。

この点、事業者同士であっても、その事業の内容により、情報及び交渉力に格差が存在する場合があるが、消費者契約法は法人その他の団体や事業として又は事業のために契約の当事者となる個人は、その事業の内容にかかわらず、自らの事業を実施するうえで行う取引に関しては、情報を収集し、また交渉力を備えることが十分に期待できることから、その事業の内容を特段考慮せず「消費者」と「事業者」を明確な基準より分け、「消費者」を保護の対象とし「事業者」を保護対象から外したものと解されるとして、仮に契約の一方当事者である事業者が、他方当事者である事業者と比べ、相対的に当該契約締結に関し

情報及び交渉力の点で劣っていたとして、当該契約に同法は類推適用されないとした。

(コメント：劣勢した会社は消費者の類推に当たらないとした。判決は、狭い概念を維持していた。)

⑯東京地裁平成 22 年 6 月 10 日 (不当利得返還請求事件) 2010WLJPCA06108012

訴外 A からビルの一室を賃借していた X が、弁理士と弁護士の活動を行う者である。本件賃貸借契約に定める原状回復特約、更新料特約等が無効であるかどうか。

判決：

本件において、X は弁護士及び弁理士業務を行う事務所として本件貸室の賃貸借契約を締結していることからすれば、事業のために本件賃貸借契約の当事者となる場合に該当することは明らかであるから、消費者契約法 10 条の適用があるということはできないとした。

その上、また、X は、本件賃貸借契約を締結するについては、当事者らの間に「構造的な情報の格差」があり、この格差を生む原因となる「反復継続性」は、本件ビルの所有者である被告側にのみ存在したことからすれば、消費者契約法 10 条が類推適用されるとの主張について、消費者契約法の趣旨は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」に着目し、主尾飛車の保護を図ることにあるところ、本件において、X は本件賃貸借契約締結時及び本件更新契約締結時において、賃料、更新料及び共益費の金額について X 及び被告と交渉し、減額してきたことが認められること、X が弁護士として 30 年以上にわたり活動していることからすれば、実質的にみても、情報の質及び量並びに交渉力に格差がある消ということはできず、消費者契約法 10 条を類推適用することはできないとした。

(弁護士業務を行う事務所として賃貸借契約を締結したものであるため、事業のために、「消費者」に該当しないとした (類推適用も否定))。

⑰東京地裁平成 22 年 6 月 10 日 (建物明渡等請求事件 (本訴)、費用償還請求事件) 2010WLJPCA06108010

(個人事業者が飲食店の店舗とする目的で(事業のために)賃貸借契約を締結したため、「消費者」ではないとした。)。

賃貸人である X (国際マンション株式会社) が、賃借人である Y (Y は本件建物において飲食人を経営していた) に対して、賃貸借契約の解除を理由に、建物明渡と未払賃料等の支払いを求めた。Y は、更新料支払いの合意は消費者契約法 10 条により無効か。

判決は、個人事業者である Y が飲食店の店舗とする目的で賃貸借契約を締結したというものであるから、本件賃貸借契約及びこれに伴う更新料支払いの合意は消費者契約には当たらず、消費者契約法の適用の範囲外であるものと認めた。

⑱東京地裁平成 21 年 7 月 27 日 (リース料等請求控訴事件) 2009WLJPCA0727801

大和建材 Y とジェーピーエヌ債権回収株式会社との間で、リース契約の契約書にある貸し担保責任を免除する旨の条項は、消費者契約法 3 条 1 項 5 号の規定が適用されるかどうか。

判決は、控訴人 (大和建材 Y 個人) は、事業のために本件リース契約の当事者となったものと認められるから、「消費者」に該当しないとした。

①⑨東京地裁平成 21 年 2 月 24 日 2009WLJPCA2248003

控訴人・株式会社おーとコミュニケーションズと被控訴人・明治ゴルフ株式株式会社と売買契約を締結した。ゴルフ会員権の販売等を業とする被控訴人（1 審原告）が、控訴人（1 審被告）から注文を受けて第三者から仕入れたゴルフ会員権を控訴人に提供した。本件契約は、消費者契約法に基づく取り消しが可能かどうか。

判決：控訴人は、株式会社であって、消費者契約法 2 条 1 項に定義する「消費者」にはあたらないから、消費者契約法の適用を認めなかった。

（株式会社は「消費者」に当たらないとして、消費者契約法の適用を否定した）（会社だから、消費者ではない、とした）。

②⑩東京地裁平成 21 年 1 月 26 日 2009WLJPCA01268028

原告X新生たから産業株式会社と、被告Y有限会社ブルーハートと賃貸借契約を締結した。保証金を年 1 割償却するとの約定が消費者契約法 10 条により無効であるかどうか。

判決は、Yは有限会社であるから、本件賃貸借契約について消費者契約法は適用される余地がない。Yの主張は、消費者契約法を正しく理解しないものであって、主張自体執刀というほかならず、およそ採用でいえないとした。

（被告は**有限会社**であるため「消費者」に当たらず、消費者契約法は適用されないとした。）

21 東京地裁平成 21 年 1 月 20 日 2009WLJPCA01208005

原告・宝製菓株式会社 X は、菓子類や麺類の製造および販売等を目的とする株式会社であり、と、被告・明治安田生命保険相互会社 Y（生命保険業等を目的とする相互会社である）。両者の間で終身払い終身保険である生命保険契約を締結した。X は、消費者契約法に基づき、説明義務を主張した。

判決：

消費者契約法の適用について、X は、営利事業を営む株式会社であって、同法が直接適用される主体ではない（同法 2 条 1 項）とした。

（原告は株式会社であるため、「消費者」に当たらないとした。）

22 三島簡裁平成 22 年 10 月 7 日 消費者法ニュース 88 号 2011 年 225 頁、LEX/DB 文献番号 25471852

マルチ商法の被勧誘者には、消費者契約法の適用を認めた。

Y 1 から連鎖販売取引により商品を購入した X が、契約締結の際、Y 1 の担当者である A による不実告知があり、消費者契約法 4 条 1 項 1 号により契約を取り消したとして、Y 1 及び立替払契約を締結した Y 2 に対し、不当利得変換請求権に基づいて代金の返還等を求めた。

判決は、連鎖販売であっても、それに加入しようとする者が商品等の裁判倍等を行う医師を持たず、自らの消費のためだけに凍傷商品の購入契約を締結する場合は、当該契約は「事業としてでも、また事業のためにでも」なくなされる契約であって、当該加入者は、売買契約に関し消費者契約法 2 条 1 項の消費者に該当し、売買代金支払いの目的で行った立替払契約についても消費者に該当するとして、X の Y 1 に対する請求を認め、Y 2 に対

する請求については、Y 1 が同法 5 条にいう「媒介の委託を受けた第三者」にはあたらないとして、クレジット契約の取消しを認めなかった。

23 東京地裁平成 22 年 10 月 7 日（建物明渡等請求事件、建物賃料減額確認等請求事件）
2010WLJPCA10078013

X は Y 会社と、定期建物賃貸借契約を締結した。同賃貸借契約の保証契約が消費貸借法 10 条違反の有無。

判決は、本件は、被告会社が物品販売の店舗として利用する目的で賃貸借契約を締結し、同契約に基づく被告会社の債務について、被告会社の代表者である被告 Y1 が保証した子というものであるから、本件保証契約の合意は消費者契約法の適用の範囲外のものであると認められる。

（被告会社が物品販売の店舗として利用する目的で賃貸借契約を締結し、被告会社の代表者が保証したものであるから、「消費者」に該当しないとした）。

24 東京地裁平成 22 年 10 月 28 日 2010WLJPCA10288021

株式会社 X、被告 Y。原告が、原告の訴外 A 社に対する貸付金について連帯保証した被告に対して、貸付残元金の支払を求めた。被告が原告に対して本件貸付にかかる一切の債務を担保するために本件株式に質権を設定したところ被告が本件質権設定契約の締結を否認していることからその質権を有することの確認を求めた。本件保証契約と本件質権設定契約が、消費者契約法の適用の可否。

判決：

消費者契約法は、事業者と消費者間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に鑑み消費者の利益の擁護を図ることが目的であり、事業者と商 h 氏や野区別は取引における情報、交渉力の格差の観点から判断されるものである。被告は、複数の企業の経営者であるから、企業経営のノウハウは当然に有しているトス委任され、資金調達のために最低限必要な法律的常識、商習慣等についてはこれを有しているものと認めるのが相当である。本件貸付は、被告が経営する会社が被告から直接融資を受けることができなかったことから、直接の貸主であるプラスに原告に金主として資金を融資するものであるところ、金主が直接の融資先（貸主）に対する貸付について、融資先（貸主）から最終的に融資を受ける借主に対し、連帯保証人となることや担保権の設定を子とめることは、一般にしばしば行われることであるから、企業の経営者であれば、連帯保証人となることないし担保権の設定について、その意味や当該契約から生ずる不利益を理解することは容易である。本件保証契約は、理解しやすい契約の類型であり、被告と原告との間に、取引における情報、交渉力の格差において、消費者契約法が予定しているような差異があるとは認められず、被告が本件保証契約等において、消費者契約法の消費者と認めることはできない。

（本件は、主として、消費者契約法 1 条に依拠して判断した。企業経営者が保証を行う場合は、「消費者」に該当しないとした）。

25 東京地裁平成 22 年 10 月 29 日（消費者庁、平成 23 年度消費者契約法の運用増強に

関する調査結果報告 151 頁)

コンビニエンスストアのフランチャイズチェーンを運営する X が、フランチャイジーである Y1 において、一方的に店舗を閉鎖し、半額セールを実施した上、その売上金を支払うよう求めても応じなかったことなどから、契約違反を理由に解除し、Y1 およびその連帯保証人 Y2 に対して訴えた。

フランチャイジーは「消費者」に該当しないとして、消費契約法の適用を認めなかった。

26 平成 22 年 11 月 9 日 (消費者庁、151 頁)

マンションの管理組合が、管理組合発足前に共用部分につき、電気会社と電気受給契約を締結した。マンション管理組合が「消費者」ではないとし、消費者契約法の適用を否定。

27 東京地裁平成 23 年 1 月 27 日 (建物明渡等請求事件) (消費者庁 98 頁)

被告会社の賃貸借契約締結に関し、代表者として保証したものであり、「消費者」に当たらないとした。

[28]大阪地裁平成 22 年 12 月 2 日 (原状回復等請求事件) 判例タイムズ 1350 号 217 頁、判例時報 2151 号 54 頁

MOJICO を購入して Acube に入会した夫妻は、被告エイジェイオーエルとの間で締結した Acube 代理店契約に、消費者契約法の規定の適用の可否。

同夫妻は、連帯販売契約のあっせんを反復継続することによって利益を得るために、すなわち事業として、被告らとの連鎖販売契約を締結したものと認められる。そうすると被告らとの連鎖販売契約における同夫妻は、事業として契約の当事者となる場合にあたり、消費者契約法 2 条 1 号に定める消費者にあたらない。したがって、これらの契約は、消費者契約法 2 条 2 項に定める消費者契約ではないから、消費者契約法 4 条 1 項による消費者契約の取り消しの対象とはならないとした。

本件は、「事業として」を認めた。

29 東京地裁平成 23 年 11 月 17 日、判例時報 2150 号 49 頁判例タイムズ 1380 号 235 頁、判例 ID28181553(一審：東京簡易裁判所平成 22 年 11 月 29 日 (判決文記載なし)、判例 I D 28181557)消費者法ニュース 91 号 186 頁、現代消費者法 19 号 73 頁。

X は、O 大学のラグビークラブチームであり、権利能力なき社団である。Y は、長野市の旅館経営をする者である。X の旅行担当幹事であった A が、B 株式会社との間で手配旅行契約を締結した。X 部員の一部がインフルエンザに罹患したため、宿泊開始予定日の前日に、宿泊を取りやめる旨伝えた。Y は、A に対し、宿泊料金の 7 割に相当する取消料として支払うよう求めた。A は、Y に対し、当該取消料を支払った。その後、X は、取消料条項が消費者契約法 9 条 1 項に該当し、無効であるとして、当該取消料の返還を請求した。

原審は、X の請求を棄却した。

判決は、本件契約が消費者契約の該当性について、消費者契約法 2 条を援用し、まず、Y についてみると、被控訴人 Y は本件宿泊先を経営しており、本件予約は被控訴人 Y の事

業目的そのものを対象とする契約であるから、「事業として契約の当事者となる場合における個人」にあたり、「事業者」に該当する。

次に、権利能力なき社団であるXが、「消費者」に該当するかについて、法において、「法人その他の団体」が「事業者」に当たるとされているのは、「法人その他の団体」は、消費者との関係で情報の質及び量並びに交渉力において優位に立っているからである。そうすると、権利能力なき社団のように、一定の構成員により構成される組織であっても、消費者との関係で情報の質及び量並びに交渉力において優位に立っていると評価できないものについては、「消費者」に該当するものと解するのが相当であるとした。

Xは大学のラグビークラブチームであり、その主要な構成員は大学生であるものと認められ、現に、Xの担当者であったAは、本件手配旅行契約締結当時大学生であったことからすると、Xは、事業者であるYとの関係で情報の質及び量並びに交渉力に優位に立っているとは評価できず、「消費者」に該当するものと認められる。以上より、本件予約は、消費者と事業者との間で締結された契約であると認められるから、「消費者契約」に該当するとした。

コメント：本判決は、2条を依拠するより、むしろ、1条「情報の質及び量並びに交渉力の格差」，「消費者」であるかどうかを判断した。

①消費者契約法における判例の検討

第一に、消費者契約法に関しては、事業者に類推解釈して適用する判例がない。裁判例は、ほとんど、容易に「消費者」を否定している。その理由としては、株式会社、宗教法人などの法人や団体であるマンション管理組合などは直接除外される。税理士などが「事業のために」により、消費者を否定する。

第二に、個人が「事業者」ということで、当該者が従事する事業の規模などの実態、契約が事業との関連性の有無・強弱、また、事業者の専門能力などの主観的事実（取引についての経験の有無、熟達度など）を判断する。

第三に、法人その他の団体の場合は、どうか。消費者契約法の定義規定に忠実に、法人（会社）であれば、消費者ではないとし、消費者契約法の適用を排除する。団体の場合は、どうだろう。消費者契約法の定義を素直に読めば、団体は、先験的に事業者の範疇に属するものである。非営利法人についても、厳格の態度である。しかし、上記判決[18]大学のラグビークラブチームで、権利能力なき社団の事件は、消費者に該当すると判示した。消費者契約法2条に違反して、消費者と判断したといえることができる⁷¹¹。

⁷¹¹ しかし、落合誠一・消費者契約法、54頁は、自然人の共同体が、消費者に該当するかどうかについて、完全に、消費者としての要保護性を否定しているわけではないという。彼によると、「複数の自然人が当事者となって、ひとつの契約を事業者と締結する場合は、一般にその複数の自然人間になんらかの共同行為性が認められるであろうが、こうした場合はすべて「団体」であり「個人でないとするのは適当ではない」というう、「たまたま共同して契約を締結したとしても、情報・交渉力の格差は一般的に解消するものではなく、本法の適用を認めて特別な民事ルールによる保護を図る必要性があるからである」。「自然人の共同行為がいかなる段階から個人ではなく、団体と評価されるようになるかは、当該共同行為の性質等を考慮して本法の保護を及ぼすのが適当かの総合的判断となる」。さらに、彼はいう。法人格を持たない団体について、どの程度組織化されれば、「団体」、

2、特商法における 営業のため若しくは営業として に関する裁判例：

30 大阪高裁平成 15 年 7 月 30 日判決、消費者法ニュース 57 号 2003 年 10 月 155 頁、百選 8 頁（一審：神戸地裁平成 15 年 3 月 4 日、金融・商事判例 1178 号 48 頁）

控訴人 Y は、ヤマトセンターであり、被控訴人 X は、各種自動車の販売などを業とする株式会社である。消防用設備点検作業契約を締結した。

判旨：各種自動車の販売・修理及びそれに付随するサービス等を業とする会社であって、消火器を営業の対象とする会社ではないから、消火器薬剤重填整備、点検作業等の実施契約が営業のため若しくは営業として締結されたということとはできない。消防法上、事務所等に消火器の設備が必要とされているとしても、これは、消防法の目的から要求されるものであって、これによって本件取引を営業のため若しくは営業として締結されたものということとはできない、とした。

（コメント：本判決は、本件は、購入者等が株式会社であることでは、適用除外にはならないと明らかにしている。つまり、会社は、当然、本法における「消費者」から排除するというわけではない。本判決は、以下の点から、判断した：①特商法の改正、「商行為」から「営業」へという基準の変更を踏まえて、②X 社の実際従事している内容から、本件契約の目的との関係に着目して、「営業として若しくは営業のために」を否定した、③法律に要求される消火器の設備から、「営業として若しくは営業のために」と導かれないとした。）

31 大阪簡判平成 16 年 8 月 26 日、消費者法ニュース 65 号 107 頁(2005 年)、

浄水器を製造する株式会社が、消火器点検、消化剤の詰め替えで訪問販売され、X 従業員が X が従来消防設備の管理を委託している会社からの消火器の点検等の誤信して、本件消火器の点検等の契約を締結させて消火器を持ち帰り、消火器の点検等の代金の支払いをした。

裁判所の判断：

法 26 条 1 項 1 号の「趣旨は、訪問販売に該当する取引であっても、事業者が営業のために又は営業として指定商品を購入する場合については、消費者保護法である本法を適用する必要はなく、むしろ書面交付等の規制はその業界の商慣習にゆだねるべきであると考えられるからであるが、一方、指定商品の購入が営業のために又は営業としてではない場合は、事業者といえども、一般消費者と同様、保護される必要があるといわなければならない」とした。また、1988 年改正の趣旨を踏まえ、本件に当てはめると、「①X は、浄水器を製造する株式会社であって、消火器を営業の対象とする会社ではないから、本件取引が営業のため若しくは営業として締結されたということとはできず、消防法上、X の事務所等に消火器を設備することが必要とされているとしても、これは消防法の目的から要求されるものであって、これによって本件取引を営業のため若しくは営業として締結されたも

すなわち「事業者」と法化されるか葉、それぞれの事実関係を考慮してその契約の相手方となる「消費者」に本法の保護を及ぼすのが適切か否かの解釈問題となる。たとえば、事務所も職員もしく、毎年待ちまわりで交代する一人の感じしかいないような即行クラス同窓会の場合、同窓会であれば、常に本項の団体に該当するとはいえない、としていた。

のということとはできない」とした。

(コメント：①会社について法適用を認めた。②、会社の従事している業務と本件取引の目的物との関係(つまり、ただの専門の相違から)から、「営業のため若しくは営業として」を否定する。③消防法の要求と「営業のため若しくは営業として」と直結できない。このよに、株式会社が消火器詐欺について、特定商取引に関する法律のクーリングオフにより消費者契約を取り消すことを認めた。)

32 東京地裁平成 18 年 2 月 27 日判決、判例タイムズ 1256 号 141 頁、判例百選 6 頁。

主婦、パートタイマーあるいは大学生 X ら 9 名が、パソコンソフトウェアやハードウェアを開発・販売する Y 社ら、その代表取締役、取締役あるいは監査役に対して、在宅ワークの斡旋等を勧誘した。Y らの従業員から勧誘されてパソコンや教材等を購入し、Y 社が畝異するインターネットプロバイダーである ANEF や GNET に加入した。これらの従業員らからは、教材等で学習したり、あるいは試験に合格することによって、Y 社らの斡旋する在宅ワークに従事でき、収入が得られるとの説明を受けていた。

判決は、Y 者らの担当者の行った説明は、不実告示に該当すると認めたうえ、X2 の主張は採用できないとした。Y らの適用除外の反論について、「本件商品を購入した後、Y 社から委託を受けた在宅ワークをすることにより得られたであろう収入は、多くの場合、月額 1 万 5000 円から 3 万円程度であり、多くてもせいぜい 6、7 万円程度というきわめて小規模かつ営利性の乏しいものであったことからすると、本件商品の購入が同条項所定の「営業のために若しくは営業として」行われたものであるとは認められない」とした。

(コメント：規模と営利性に着目して、「営業のために若しくは営業として」を判断。本件は、小規模かつ営利性の乏しいとし、法適用を認めた。)

33 越谷簡平成 18 年 1 月 22 日判決、判例集未搭載、消費者法ニュース 27 号 39 頁。

自宅で理髪店を経営する者が訪問販売業者の勧誘により、多機能電話機を購入・設置した。業者の指導により契約書面上に理髪店の屋号を記載した。それにもかかわらず、業務用に利用することがほとんどなく、自宅用のものであると認められ、「営業のために」とは認めなかった。

(本判決は、①形式・名義によるのではない。つまり、「営業のために」行われたか否かは、単に契約書の記載だけではなく、当該取引の実態(実際の用途)から判断したことである。②用途として、その主目的により、「営業のために」なるかどうかを判断する。

34 広島地判平成 19 年 7 月 20 日、消費者法ニュース 74 号 180 頁(特商法)(2008 年)

宗教法人 Y 寺の複合電話機のリース契約。

1988 年法改正の経過や法の趣旨に加えて、一般的に営業とは、営利を目的とする業務を行うことを意味することをも併せて考慮すると、上記規定にいう「営業のために又は営業として締結するものに係る」取引に当たるというためには、営利を目的として事業を行う契約者がその営業のため又はその営業としてした取引であることを要すると解するのが相当である」とした。

本件に当てはめると、「①本件リース契約の契約者である Y 寺は、営利を目的としない宗教法人であり、Y 寺が営業のため又は営業として取引を行うことは通常ありえないこと、②実際にも、F が本件複合機を Y 寺の**事業のために使用する**つもりはまったくなかったと

までは認められないけれども、**その主な目的は F が仏典研究のために用いるという点**にあったことからすれば、本件リース契約が法 26 条 1 項 1 号にいう「営業のために又は営業として締結するものに係る」取引に当たらないことは明らかである。もっとも、一般的に、非営利目的法人である宗教法人等であっても、脱法的に営利を目的として事業と行うことがあり得るし、その場合には同号所定の法適用除外取引に当たるといえるが、上記に説示したところからすれば本件がこれにあたらないことは明らかである」と判示した。

（コメント：本件は、目的に着目して、①営利かどうか、②使用目的から、「営業のために若しくは営業として」を判断する。このような点を重視して、購入者の事業との関連性が希薄な場合、非営利目的の法人を認めた。一般的には、非営利目的の宗教法人であり、営業のため若しくは営業として取引を行う事はない、とした。）

35 神戸地裁平成 15 年 3 月 4 日、金融・商事判例 1178 号 48 頁。

各種自動車の販売・修理およびそれに付随するサービス等を業する資本金 3500 万円の株式会社である X は、消火器の設備点検業を営む個人 Y から、訪問販売の方法より、消火器の充填薬剤を購入し、充填薬剤を充填整備するため、その所有する本件消火器、38 本を引き渡した。

裁判所の判断：X が個人ではなく、株式会社であるが、「X は各種自動車の販売、修理およびそれに付随するサービス等を業とする会社であって、**消火器の充填薬剤の購入は、会社の営業のためもしくは営業としての購入ではないことが明らかであるから、**（特定商取引に関する）法 26 条 1 項 1 号は本件に適用されないとし、株式会社である X は、購入契約についてクーリングオフの意思表示をすることができる」とした。

（コメント：株式会社による消火器薬剤充填契約において、特商法の規定するクーリングオフが可能かどうか争点となった。営業のためではないとして、クーリングオフが認められた。）

36 名古屋高判平 15 年 12 月 25 日、消費者法ニュース 59 号 139 頁(2004 年)（原審：津地判平成 15 年 4 月 2 日、消費者法ニュース 56 号 158 頁）。

電話勧誘販売による医療事務速習講座のテキストとソフトをクレジットで購入した。原審は、クレジット会社の請求を棄却した。

名古屋高裁判決は、Y は、出産後で仕事がないことから、医療事務の勉強をして在宅のままその仕事をすれば、家計が少しでも助かるであろうと考えて、本件売買契約を締結したことが認められる。そうすると、Y は、いわゆる内職として、もっぱら賃金を得る目的を持って医療事務という労務に服しようとしていたのであるから、訪問販売法第 10 条第 1 項 1 号の「営業のために若しくは営業として」本件教材を購入したものではない。

（コメント：購入者の訪問販売法の営業のためではないとして、クーリング・オフを認めた。

「いわゆる内職として、専ら賃金を得る目的をもって医療事務という労務に服しようとしていたのであるから」訪問販売法 10 条 1 項 1 号（現行法 26 条 1 項 1 号）の「営業のため若しくは営業として本件教材を購入したものではないという」べきであるとした。）

37 三島簡平成 18 年 6 月 22 日消費者法ニュース 69 号 2006 年 257 頁

理髪店を経営する 60 代の女性 X が、サプライヤー従業員に新しい電話機の設置が勧誘

され、電話機リース契約を締結した。

Xの理髪店は、住居とは別の独立した店舗であり、リース対象物件の電話は添付部分に設置された。また、Xの理髪店は、月に6-7人の客しはなく（それも親戚ばかりである）、電話機についてももっぱら、自宅にかける等、使用に使われていた。本件は、和解となったが、和解条項において、クーリング・オフにより本件リース契約が解除されたことを明確化し、既払い金全額や慰謝料等を、リース会社、サプライヤーが連帯して支払う旨の和解となった。

（本和解は、意義がある。まず、クーリングオフによる解除可能であることを裁判上の和解手続において明確にしたこと、と、Xは個人事業者であること、など）。

38 名古屋高判平成 19 年 11 月 19 日、判例タイムズ 1270 号 433 頁、判時 2010 号 74 頁、消費者法ニュース 74 号 174 頁。

印刷画工（印刷画工事業を営む個人）が、訪問販売でリース会社と多機能電話機のリース契約を締結した。

特定商取引法におけるクーリング・オフ規定を適用することができるかどうか。

原審：名古屋地判平成 19 年 6 月 20 日は、X は、本件リース契約締結当時、自宅とは別に事務所を賃貸し、デザイン業を営んでおり、個人事業者であることに基づき、特定商取引法は適用されないとした。

本判決の判断：判決は、特商法 26 条 1 項 1 号改正を踏まえ、印刷画工の事務所と電話使用の状況、事業内容、収入や経営状況などの事実から、X が行う**印刷画工という仕事との関連性も必要性も極めて低い**ことからすると、X の営業のために若しくは営業として締結されたものであると認めつことができないとした。

その上、印鑑や署名について、契約書に事務所の印鑑が押されていることは、上記認定を何ら左右するものではないとした。

（コメント：本件は、①事業の規模を特に考慮する、②営利性（営業額）、③事業との関連性、④名義が重要ではないこと。そのため、「営業のため」ではないとして、クーリングオフを認めた。）

39 東京地裁平成 20 年 7 月 29 日、判例タイムズ 1285 号 295 頁、金融法務事情 1860 号 50 頁。

電話機リース業等を目的とする株式会社は、社会保険労務士に対し訪問販売により高性能の電話機のリース契約を締結した。特定商取引法におけるクーリング・オフ規定の適用の可否。

判決は「社会保険労務士としての活動はほとんどしておらず、その営業には契約した高性能の電話機は必要ない」として、「営業のためもしくは営業として」とはいえないと認めた。リース物件である電話機の機能は従事されている具体的業務との関係で業務上の必要性に乏しいこと等を理由に、特定商取引法の適用を認めた。

「営業のために若しくは営業として」する取引か否かは、契約書の契約名義などといった形式的なものだけでなく、当該取引の実態から判断すべきであり、仮に申し込みをした者、購入者又は役務の手今日を受ける者が事業者であっても、これらの者にとって、営業のために若しくは営業として締結するものではない取引までも特商法が適用されないと解するのは相当でないというべきであるとし、本件についてみると、Y は、2 階建ての自

宅で一人暮らしをしており、年金を主な収入にしていること、本件リース物件である電話機を利用する以前は一般家庭用電話機を利用していたこと、Yの事務所の電話機は自宅の電話番号と同じであったこと、本件リース物件である電話機を新たに導入しようと考えたのは、これまで使っていた一般家庭用電話機が故障したからであること、Yは、社会保険労務士として自宅で社会保険労務士事務所を開業しているが、従業員は雇用しておらず、一人で業務をしていること、Yの平成18年度における社会保険労務士業務による収入は52万円余りとどまり、所得は、29万円余りの赤字であること、本件リース物件である電話機には、何戦ボタンが30個装備され、複数の通話を同時に可能にするなどの機能があるが、そのような装備、機能は、Yが社会保険労務士としての業務を行う上で必要性に乏しいことが認められる。

これらの認定事実からすれば、Yは、社会保険労務士事務所を営んでいるものの、実態としては、社会保険労務士としての活動をほとんど行っておらず、その営業のためには、一般家庭用電話機で十分であり、本件リース物件の電話機のような高性能、多機能のものが必要ではなかったものというべきである。そうすると、本件リース契約がYの社会保険労務士としての「営業のために若しくは営業として」締結されたものということとはできないとした。

コメント：小規模事業について、特商法の適用を認めた。

40 大阪地判平成20年8月27日、消費者法ニュース77号182頁(特商法)(2008年)

建築設計業等を営む株式会社T建築事務所がリース業を営むXと電話機リース契約を締結した。特定商取引法におけるクーリング・オフ規定の適用の可否。

判決：特定商取引法26条1項1号の適用除外に該当するか、について、
「営業のために若しくは営業として」とは、役務提供事業者と契約を締結するものが事業者である場合のすべてをいうのではなく、契約の目的・内容が営業のためのものである場合、又は営業としてのものである場合をいい、仮に事業者名で契約を行っていても、当該契約の対象となる商品又は役務が、当該事業者にとって営業のためのものでなく、かつ営業としてのものでもない場合は、同法26条1項1号は適用されないと解するべきである」とし、本件に当てはめると、事務所の規模、業務場所と電話の利用状況、具体的本件リース電話の機能の無用性、事務所の営業額などから、本件リース契約による本件リース物件のリースは、特定商取引法を適用するに当たっては、T事務所の「営業のために若しくは営業として」に該当しないとした。

(コメント：当事者が会社であっても、業務を行うのは一名であり(規模)、役員は名目的で、報酬も払っていないこと(営利性)、電話機は従前の固定電話で十分であること、売り上げも少ないこと等を理由に「営業のためのものでなく、かつ営業のものでもない」ので、26条1項1号は適用されないと、クーリングオフを認めた)。

41 東京地判平成20年11月27日2008WLJPCA11278033

宗教法人がリース契約を締結した事例。

リース業を営む株式会社X、と、宗教法人Y寺は、電話機等のリース契約を締結した。Yの連帯保証人Y1・Y2(Y1はY寺の代表者であり、Y2はY1の娘であり、Y寺の住

職)は、Y寺の債務に連帯保証をした。

判決：

まず、説く商法の適用に関して、公益法人による契約については、およそ営業のために若しくは営業として締結されたものではないと解することができず、Y寺の規模、各リース物件の使用状況等の具体的事情から、当該リース契約は「営業のために若しくは営業として」に該当するとした。

次に、消費者契約法4条1項の適用の有無について、Y寺は法人であり、また、その事業内容や本件各リース物件の利用状況等からしても、本件各リース契約に関し、Y寺を「消費者」と解することはできないとした。

42 京地判平成21年4月13日、消費者法ニュース80号198頁。

教会は、セキュリティシステムを内蔵したパソコン関連商品のリース契約を締結した。

判断：

「そもそも、Y教会は、宗教法人であって、その主たる活動内容自体が営利を目的としたものではない。……本件リース物件は、Y教会の所在地とはいっても、実際には、Y2やその家族らの居住のスペースとなっている2階部分におかれ、当時中学生であった被告Y2の長女が、個人的なインターネット閲覧等のために利用していたパソコンのために、導入を決めた物件だったおのであったことが認められ、当該パソコンや本件リース物件が利用される活動の中に、何らかの営利目的性のある、反復継続的な活動があったとはまったく認められない。

結局本件リース契約が、「営業のため」、すなわち営利目的でかつ反復継続性のある取引のために行われた契約であると認めることができないし、ましてや本件契約自体が、「営業として」、すなわちそれ自体が営利を目的として反復継続する取引として行われたものであるとは到底いえない」とした。

(本件は、セキュリティシステムを内蔵したパソコン関連商品の貸与が指定業務に当たるとし、Yは宗教法人であり、その主たる活動内容自体が営利を目的としたものではないなどとして、特商法26条1項の適用除外に該当しないとし、クーリングオフを認めたものである。 コメント：目的に着目して判断した(個人的・家庭的利用)。)

43 大阪地裁平成21年10月30日 判例タイムズ1339号131頁、判例時報2095号68頁

Xらは個人非営利事業者である税理士である。Yに対し、被告と一体である訴外通信機器株式会社の従業員らの勧誘により、電話機やファックスのリース契約を締結した。

判決は：1988年改正の趣旨を踏まえ、「営業若しくは営業として」締結されたものといえるかを当該事業や職務および取引の実態から判断しなければならないというべきであるとした。

X1の事務所の場所の所在、活動実態、電話機及びファックスの使用状況、売り上げ並びに原告甲野各リース契約締結前後の経緯等に照らしに照らして、X1は営利を目的として税理士業を営んでおり、その営業のためにリース契約を締結したとし、X1が営利を目的として税理士業を営んでおり、その「営業のために」リース契約を締結したと認めた。X2の活動実態、事務所の場所、事業規模や内容等に照らし、その税理

士業務のために、一般の家庭用電話機が一台あれば十分であり、リース物件の電話機のように多様な機能を有し、主装置に複数の電話機末端を接続することができるビジネスフォンは営業のためにおよそ必要としていなかったことは明らかであるとして、X2 の契約(1)は、「営業のために」にあたらないとした。X2 の契約(2)については、以前からファックスを使用して業務を行っていたのであるから、X2 契約(2)のファックスをその営業のために使用していたものと認めた。

(コメント：営業の規模、その経験などを重視する。税理士によるリース契約であっても、「営業のために若しくは営業として」締結されたものかどうかは、当該事業、職務および取引の実態、物件の活用状況等から個別具体的に判断されるべきであるとした。)

44 大阪簡判平成 21 年 7 月 29 日、消費者法ニュース 81 号 2009 年 10 月 180 頁、判例時報 2095 号 68 頁

理髪店を営む個人 Y に、会社の営業担当者が訪問・勧誘して、同店で使うデジタル複合電話機のリース契約を締結した。

判決は、本件契約書の賃借人欄には 0 という屋号が付しているがその一字で被告が営業のために契約したとは買い去れず、また、Y の理髪店用の割引券を印刷するために購入したとされる点については、本件店舗の規模・客数などからみて営業しようの必要性や頻度・継続性を考慮すると、直ちに「営業のために」購入したと認めることはできないとし、また、本件店舗の規模及び理髪業による Y の収入程度は、事業として零細なものといえるとし、さらに、本件物件は本件店舗内に据え置いてあるものの、理髪業の業務内容や営業規模等から推察して、その使用の大半を「営業のために」費やすとは到底考えられず、電話番号も自宅と店用が同一となっていることからみても、営業と関係なく Y 個人あるいは家庭用の用途に使用するためもあって本件契約を締結したと判示して、特商法 26 条 1 項 1 号の「営業のために若しくは営業として」に該当しないとした。

(コメント：本判決は、名古屋高裁平成 19 年 11 月 19 日判決と同様な判断をした。リース契約に関してクーリングオフ肯定。①名義は重要ではない、②規模、収入程度、③、主使用を重要とする(通達の趣旨))

特商法に関する判例のまとめ

第一に、これらの判決は、契約締結の動機、営業の規模、利用状況などは重視。以上の否定例においては、これらの点を相当程度具体的かつ詳細に、判断した。しかし、当たると判断した判決では、規模・動機・利用状況などの点をあまり考慮せず、利用したかどうか、名義、収入、経費の処理があるかどうかなどのより形式的に判断している。

総じて、特商法における判断は、具体的な判断である。

第二に、たとえば大阪高裁平成 15 年 7 月 30 日判決や、名古屋高裁平成 19 年 11 月 19 日判決は、厳格の解釈を採っている。

第二に、実際には、特商法における判断においては、名義が重要ではない⁷¹²。

⁷¹² この点について、消費者庁取引・物価対策課＝経済産業省商務情報制作局消費経済政策課・特定商取引に関する法律の解説(平成 21 年)商事法務、2010 年、168-169 頁は、「契約の目的・内容が営業のためのものである場合に本法が適用されないという趣旨であ

第三に、特商法の場合、法人については、それだけを理由として排除するのではない。たとえば、大阪高裁平成 15 年 7 月 30 日判決である。さらに神戸地裁平成 15 年 3 月 4 日判決では、株式会社には特商法の適用があると認めた。東京地裁 21 年 4 月 13 日判決では、宗教法人の特商法の適用を認めた。また、東京地裁平成 20 年 11 月 27 日判決では、事件が和解になったが、宗教法人の特商法の適用があったとした。

2、学説

消費者契約法の前後、「消費者」をめぐる学説を見よう。

前節・概念の生成過程において見たように、一方、最初の段階では、生活に着目して、消費者を範囲限定する概念と理解することはなかった。他方、1970－80年代では、竹内昭夫などは、消費者＝市民といった概念枠を提示したにとどまった。

ここでは、1990年代以降の展開、特に消費者契約法の制定前後の学説を踏まえて、法人・自然人の態度、と、「消費者」の基準を分けて、それぞれ、学説における議論を見る。

第一、法人その他の団体の態度について：

学説では、まず、法人その他の団体が消費者になりうるか、それとも自然人にとどまるか、これについては、実際、消費者契約法が制定された前に、すでに、学説上、説かれている。

（1）法人可能説

大村敦志

1998年に初版であった大村敦志体系書・消費者法においては、大村は、消費者を自然人に限定することは、反対している。大村は、自然人への限定について、「日本法においてこれまでこのような限定がなされてこなかったことを思うと、必ずしも適当なこととは思われない」と説いている⁷¹³。このような、消費者概念について、法人について好意的見解は、大村体系書、初版以降も、同様に続く。第2版24頁、第3版24頁、第4版25頁。

（2）その他の団体可能

①四宮＝能見⁷¹⁴：

法人やその他の団体は含まれないことについては、「NPO法人やマンションの管理組合など営利企業と比べると専門的知識・経験・交渉力の点で弱い立場にある」ものは、不動産会社や金融機関と取引をしても、消費者としては保護されないことは、立法論としては問題がないではない、と指摘している⁷¹⁵。

②山本豊

って、契約の相手方の属性が事業者や法人である場合を一律に適用除外とするものではない。例えば、一見事業者名で契約を行っていても、購入商品や役務が事業用というよりも主として個人用・家庭用に使用するためのものであった場合は、原則として本稿は適用される」と説いている。

⁷¹³ 大村敦志・消費者法（有斐閣、1998年）24頁。

⁷¹⁴ 四宮和夫＝能見善久・民法総則[第8版]2010年243頁以下。

⁷¹⁵ 四宮和夫＝能見善久・民法総則[第8版]2010年245頁以下。

消費者契約法の成立前には、山本豊の提案としては、消費者を、自己の事業活動（営業活動、専門的職業活動等）に属しない自然人とする⁷¹⁶。しかし、山本自身は、後には、消費者について、自然人に限定することに疑問を提起する。法人はともかく、法人ではない団体については、たとえば、組合はどうか。法人でない団体が、事業者と契約する場合、消費者として扱われるかは、検討の余地を説いている⁷¹⁷。

（３）原則は自然人、法人は検討する余地

①鎌田

鎌田は、法人が消費者となりうるかといった問題について、「すでに述べた消費者保護の必要性を基礎付ける事情に照らせば、…消費者としての保護は必要ないと考えることが可能であるが、消費者保護の外延は不定形であり、それぞれの事案において問題となっている消費者保護制度の保護目的に照らして柔軟に考えればよいと考えすべき」だと指摘する⁷¹⁸。

②消費者契約法改正への論点整理の見解

近時消費者契約法改正の議論が行われている。自然人・法人については、消費者契約法の改正では、「自然人に限定する点については比較法的傾向とも一致している点でもあり、現行法の方針を基本的には維持することが望ましい」としているが、更なる検討の余地があると指摘している⁷¹⁹。

（４）

自然人

①沖野見解

沖野は、消費者契約法私案では、消費者を自然人と明記している。しかも、消費者を、「給付を受ける」側の者のみとしている⁷²⁰。

②近弁連消費者契約法試案⁷²¹

近弁連の消費者契約法試案では、自然人とされている。消費者とは、営業または専門的職業に直接関連する目的以外の目的で取引する自然人をいう。事業者とは、営業または専門的職業に直接関連する目的で取引する自然人または法人その他の団体である。

⁷¹⁶ 山本豊「契約の内容規制」別冊 NBL 51 号。本提案において、消費者契約とは、その契約が自己の事業活動（営業活動、専門的職業活動等）に属する自然人または法人とそうではない自然人（消費者）との間の契約をいう」。

⁷¹⁷ 山本豊「消費者契約法(1)―新法の背景、性格、適用範囲」法学教室 241 号、2000 年 83 頁。

⁷¹⁸ 鎌田薫「消費者法」の意義と課題、岩波講座・現代の法、13、岩波書店、1997 年 8 頁。

⁷¹⁹ 河上正二編・消費者契約法改正への論点整理、300 頁

⁷²⁰ 沖野「『消費者契約法（仮称）』の一検討」NBL652 号 653 号 14 頁。

⁷²¹ 近弁連消費者契約法試案（1997 年 11 月 28 日）、消費者法ニュース 34 号、1998 年、8 頁。

③ 〈民主党〉消費者契約法大綱案⁷²²

消費者定義について、消費者とは、主として事業に関連しない目的で行為する自然人である。

④ 自然人に拘ると主張する意見がある。伊藤進・木元錦哉・村千鶴子である。

伊藤進・木元錦哉・村千鶴子は、実際、消費者についての理解は、前述経済法の分野の理解を踏襲しているといつてよい⁷²³。取引における「消費者」を以下のように捉えている⁷²⁴。伊藤はかは、消費生活に着目して、「われわれ人間」を消費者としている。消費者の定義について、「事業者の供給する消費生活に必要な商品やサービスを、消費生活のために、その収入を持って購入し、賃借し、利用し、供給を受ける者」であるとしている。「受ける」側を消費者としている点である。

このように、伊藤らは、「消費生活」、「生身」の人間、受ける側の一方当事者を念頭に置いている。

こうしたいわば「理念的」な消費者を採りつつ、投資行為を行うものとのギャップを埋めるには、投資を行う者も、「消費生活の一環であるにすぎない」として、自ら提示した消費者概念に包含させようとする⁷²⁵。

⑤ 山本敬三⁷²⁶

山本敬三は、特に法人・自然人の問題についてほとんど触れていない。彼は、いう。「法人その他の団体が事業者とされるのも、法人もその他の団体は常にそうした事業性を備えていると考えられたからだとみることができる」⁷²⁷としている。山本敬三は、「法人その他の団体はもちろん、個人でも、事業としてまたは事業のために契約をする場合は、そうでない個人と比べ、自己のおこなう事業に関し、質量ともに豊富な情報を持ち、交渉力の点でも優位に立つという考慮に基づく」⁷²⁸。

(5) 法概念としての「消費者」の有用性に対する質疑および自然人

河上正二⁷²⁹

河上は、「消費者」概念そのものに対して、消極的な姿勢を取っているようである。「消費者」概念自体の有用性について、疑問を投じている⁷³⁰。消費者を「生身の人間」とし、

⁷²² <民主党>消費者契約法大綱案(1999年6月3日)、消費者法ニュース40号、1999年7月、52頁。

⁷²³ 伊藤進・木元錦哉・村千鶴子・テキストブック消費者法(日本評論社、1995年)前書き、5-6頁、特に、41頁以下。同・[第2版](日本評論社、2000年)も同様なことを説いている。

⁷²⁴ 同書、41頁。

⁷²⁵ 同書、42頁。

⁷²⁶ 山本敬三・民法講義Ⅰ 総則〔第3版〕(2011年)280頁。

⁷²⁷ 山本敬三・民法講義Ⅰ 総則〔第3版〕(2011年)280-281頁。

⁷²⁸ 山本敬三・民法講義Ⅰ 総則〔第3版〕(2011年)280-281頁。

⁷²⁹ 河上正二・民法総則講義(日本評論社、2007年、第一版)、391頁以下。

⁷³⁰ 河上正二「消費者契約法(仮称)」について—消費者取引における包括的民事ルール
の策定に向けて—法学教室、221号68頁、1999年。河上正二・民法総則講義(日本評論社、2007年、第一版)、392頁以下。

最終的に消費する自然人とされている⁷³¹。河上は、消費者は何も今日の時代に特別な存在ではなく、社会で生活する一般市民すべての、生活の一側面でしかない。その意味では、「消費者というのは、すべての自然人が置かれた一定の社会関係や状況依存的概念である」と捉えている⁷³²。

検討：

消費者契約法の立法過程では、提案された諸定義は、自然人とされたいる。また、全体的に、消費者を自然人とされることはほとんどである。消費者定義として、それはありうる。しかし、一部の学説は、四宮＝能見や山本豊かは、組合などの法人ではない団体を検討する可能性が指摘するが、たとえば、四宮＝能見がその他の団体の可能性として、非営利団体をとしつつ、専門能力と交渉力の格差から営利企業に対して保護する正当化が説かれている。専門能力と交渉力の格差に着目するならば、営利・非営利の基準の正当性が問題となるだろう。山本敬三によると、法人その他の団体が当然に事業者であるとされている。日本法では全体的には、法人に警戒が強い。法人その他の団体というものは、アプリアリに自己防御することができると考えられるからだろう。

第二、基準

①「消費生活」の目的

消費者を生身の自然人に限定すると捉える説は、「消費生活のために」契約するという基準を提示している⁷³³。ここでの消費生活は、厳格の意味であり、「生きるため」の消費生活と限定している。

②「非事業目的ないし消費目的」

鎌田は、非事業目的ないし消費目的を基準とする、取得または利用するものであるとする⁷³⁴。

③「営業」との関係

大村は、「営業」をメルクマールとして、消費者概念の定義をしている⁷³⁵。営業とは、反復継続・営利としている。消費者概念を、営業との関連性からアプローチする。この営業に着目して、消費者概念の構成要素としては、非専門性、非営業性である。非専門性は情報・交渉力の格差に関連させ、非営利性は、精神的・肉体的脆弱性に関連させる。

こうして非専門性・非営業性から、「営業のために」行われた行為が一切除外される扱

⁷³¹ 河上正二「消費者契約法（仮称）」について—消費者取引における包括的民事ルール
の策定に向けて—法学教室、221号68頁、1999年。

⁷³² 河上正二「民法における「消費者」の位置」現代消費者法4号、2009年、47頁。

⁷³³ 伊藤進・木元錦哉・村千鶴子・テキストブック消費者法[第2版]（日本評論社、2000年）41-42頁。

⁷³⁴ 8頁。

⁷³⁵ 大村敦志・消費者法[第4版]、25頁。

いについて疑問を投げ、「「営業と何らかの関連がある以上は、定型的に「消費者」性が失われるということにはならない」とする⁷³⁶。そこでは、大村は、「営業と直接には関連しない目的のために」と基準として提示している。

このように、大村は、「営業」を中核概念として消費者概念を捉え、一方、法人にも好意的である、他方、自然人であっても、営業に関連した場合、消費者から除外される。

④事業・専門的職業との関連性

沖野が提示した基準である。沖野が、自然人の「自己の事業および専門的職業と関連しない目的」で取引する、としている⁷³⁷。

⑤潮見

上記沖野説とはほぼ同旨の見解として、潮見の見解である。事業との関連性⁷³⁸。

⑥河上：

中間報告の「消費生活において」「事業に関連しない目的で行為する」ことを消費者の要件としていた点に疑問を投じている。「事業目的以外で行為する」ことで要件としては十分とすることにより、商品知識等の点では「個人商店である八百屋の主人が、営業と趣味をかねてパソコンを購入する」契約、「一般人が、先物取引や投資関連商品に手を出すのが消費生活であるのか」等を適用対象に含めるべきとしている⁷³⁹。河上は、「消費者」を消費生活や事業との関連性で定義づけることを断念し、「事業者」のみを「事業に関連する目的で商品または役務を提供する者」とし、「事業者の提供する商品または役務を最終的に消費する自然人」を消費者としておくのもひとつの道だとする⁷⁴⁰。

⑦「準消費者」

消費者・事業者概念の二分法について、第三のカテゴリーの概念を創設しようとし、それを用いて、消費者概念の相対化・状況化に対応しようとする。この扱いを提示したのは、佐藤一雄である⁷⁴¹。

取引の分野の「消費者」について、「一般消費者」に対して、「個別の消費者」と捉える。その上、彼は、消費者と事業者との概念ほか、「準消費者」概念を打ち出した。

彼によると、この「準消費者」概念は、二つの場面で有用である。一方、投資・利殖の場合、フランチャイズ契約に応じて「事業者」たらずと目指すような場合は、「準消費者」としての地位にあるとする。他方、本来の意味での「事業者」ではあっても、零細な自営業、無店舗の小商人・農家等の場合、「準消費者」的地位として、保護する必要がある場

⁷³⁶ 大村・26頁。

⁷³⁷ 沖野「『消費者契約法（仮称）』の一検討」NBL652号。

⁷³⁸ 潮見佳男編・消費者契約法・金融商品販売法と金融取引（経済法令研究会2001年）24頁潮見執筆。

⁷³⁹ 河上正二「総論」別冊NBL54号、消費者契約法一立法への課題（商事法務研究会、1999年）20頁。同「消費者契約法（仮称）」について」法学教室221号1999年68頁。

⁷⁴⁰ 「消費者契約法（仮称）」について」法学教室221号1999年68頁。

⁷⁴¹ 佐藤一雄・新講 現代消費者法、商事法務研究会、1996年、11-12頁。

合がある、としている。彼は「特に、営業に関係のない純粋な消費者としての地位における活動においては、「消費者そのもの」としての行動であり、いわば市場経済への参加者としては、純粋な消費者と事業者との二重の存在となる」という。

⑧四宮＝能見

四宮＝能見は、専門知識の基準を主張していると見ることができる。「酒屋の『事業』から期待される専門的情報・経験・交渉力からはコンピュータの知識などは導かれず、パソコン売買において酒屋の店主とパソコン販売店が対等とはいえないから、店の会計のためのコンピュータ購入であっても、事業のためと解すべきではない」と指摘する⁷⁴²。このように、同説によると、目的ではなく、専門知識の有無から、「事業のため」を判断するだろう。

⑨近弁連消費者契約法試案⁷⁴³

営業または専門的職業に直接関連する目的以外の目的

⑩〈民主党〉消費者契約法大綱案⁷⁴⁴

「主として事業に関連しない目的で」

⑪後藤巻則⁷⁴⁵

後藤は、消費者契約法2条の消費者・事業者の定義を文字通りに適用すると、消費者契約法の適用範囲が狭くなると指摘し、消費者の定義について、形式的な捉え方に反対を投じる。後藤は、個人事業者の場合、従事する事業とは直接かかわりのない取引するとき、通常、当該個人が知識・情報は一般の消費者となら変わるところがないため、後藤は、消費者の定義について、取引の実情等を総合的に勘案した上、立法趣旨に沿った解釈と提案する⁷⁴⁶。また、意図的に消費者契約法の適用を回避する悪質事業者が存在するため、定義のあたらしい解釈基準の書き込みと説いている⁷⁴⁷。

⑫石戸谷豊⁷⁴⁸

弁護士である石戸谷は、消費者という属性より、むしろ消費者問題を起こす事業者側にウエイトを置き、考察した。石戸谷は、投資取引の分野について検討し、具体的に金融分野における金融商品販売法、金融商品取引法、商品先物取引法における「人間（顧客）像」を分析した。

⁷⁴² 四宮和夫＝能見義久・民法総則第8版（弘文堂2010年）245頁。

⁷⁴³ 近弁連消費者契約法試案（1997年11月28日）、消費者法ニュース34号、1998年、8頁。

⁷⁴⁴ 〈民主党〉消費者契約法大綱案（1999年6月3日）、消費者法ニュース40号、1999年7月、52頁。

⁷⁴⁵ 後藤巻則「消費者契約法の改正課題」清水元＝橋本恭口宏＝山田創一編・財産法の新動向（信山社、2012年）331頁。

⁷⁴⁶ 後藤巻則「消費者契約法の改正課題」清水元＝橋本恭口宏＝山田創一編・財産法の新動向（信山社、2012年）、338－339頁。

⁷⁴⁷ 後藤巻則「消費者契約法の改正課題」清水元＝橋本恭口宏＝山田創一編・財産法の新動向（信山社、2012年）、338－339頁。

⁷⁴⁸ 石戸谷豊「消費者問題の裏面にある者—抽象的消費者像から具体的人間像へ」、消費者取引と法（民事法研究会、2011年）所収、292頁。

石戸谷は、金融商品販売法における投資家概念と消費者概念を比較し、消費者契約法の人間像は、民法と同様に合理的な経済人を想定しているに対して、金融商品販売法の顧客像は、合理的投資家を採用していない⁷⁴⁹。

⑪日弁連

日弁連は、消費者概念については、直接関係基準を提示している。日弁連私案は、事業の専門の関連性に着目し、間接関係のある個人事業者が、「一般個人と何ら差異がない状況」にあると指摘する⁷⁵⁰。

第三、消費者概念に依存ではなく、「契約弱者」「契約格差」へ

事業者間のにも情報の量・質及び交渉力の格差の存在、その格差に基づき生ずる不均衡・不当性を緩和しようとする立場を「契約弱者論」とし、人を強者・弱者に二分しようではなく、状況的に格差が生ずる場合の一方当事者の保護を強調⁷⁵¹。

(二)最近の動向:中小事業者保護と民法改正

1、中小事業者保護

中小事業者の被害が多発している。すなわち、なんらかの「事業」・「営業」に従事する者の被害問題である。

たとえば、近畿弁護士連合会の消費者取引法試案⁷⁵²や、日弁連シンポジウム⁷⁵³や、近弁連シンポジウム⁷⁵⁴ などがなされている⁷⁵⁵。

そこでは、主として、「事業者間の契約についても、消費者法の規定を準用するの提案」とか、「小規模事業者を狙った悪質な電話機リースをめぐる問題を取り上げた上、事業者間の取引の場合であっても、情報力・交渉力の格差を根拠として、一方を保護する必要があるか」⁷⁵⁶とか、「事業者に対し、消費者法の保護を及ぼすことは可能か⁷⁵⁷」などが問題とされていた。とりわけ、近畿弁護士連合会シンポジウムでは、「消費者」概念をどのように取扱うかについて、消費者概念を、取引主体の属性として捉えるべきではなく、「取引状況」に応じた要支援状態として把握するべきと唱える。このような消費者概念に着目することによって、消費者契約法2条1項の「消費者」、特定商取引法26条1項1号及び割賦販売法8条・35条の3の60の「営業のために若しくは営業として」という概念は、

⁷⁴⁹ 301 頁。

⁷⁵⁰ 同案は、特商法の場合でも、「事業者であっても事業目的と直接に関連しない取引については、クーリング・オフ等の消費者保護規定が適用される」という。同案は、消費者を個人に限定するとしている。

⁷⁵¹ 現代消費者法 17 号 28 頁 2012 年。

⁷⁵² 2010 年 8 月 28 日、近畿弁護士会連合会消費者保護委員会夏季研修会、テーマ「統一消費者法典の実現をめざして—消費者取引法試案」

⁷⁵³ 2011 年 2 月 26 日日弁連主催シンポジウム「消費者法の課題と展望～民法(債権法)改正問題を契機として～」(内容紹介は、消費者法ニュース 86 号、赤松純子)

⁷⁵⁴ 第 30 回近弁連シンポジウム「中小事業者の保護と消費者法～契約弱者の救済に向けて～」。

⁷⁵⁵ 現代消費者法 17 号 2012 年 4 頁以下。

⁷⁵⁶ 消費者法ニュース 87 号、2011 年 4 月、273 頁。国府泰道「民法改正における消費者契約の取り込みよりも消費者取引法の立法を！」

⁷⁵⁷ 第 30 回近弁連シンポジウム「中小事業者の保護と消費者法～契約弱者の救済に向けて～」。

「いずれも、これら消費者保護法の適用範囲を画する基準であり、法的支援のための「介入指標」に過ぎない」と捉え⁷⁵⁸、事業者を保護するのは、一種のパラドックスであるという見解に反対しつつ、「事業者間取引であっても、特に一方当事者が他方当事者に比較し、情報力や交渉力において構造的に劣位に立つような取引類型においては、劣位に立つ事業者に対して法的支援が考慮され」るべきとした⁷⁵⁹。結局、問題は、契約弱者保護になる。つまり、劣位に立つ契約当事者一方を保護することであり、その性格（消費者・事業者）が問われなくなる。あるいは、中小事業者保護については、民法レベルでの対応が求められるとされている⁷⁶⁰。

2、検討：中小事業者と「消費者」

中小事業者は、「消費者」と対立しているのであるか。そうではない。消費者法に置ける「事業者・消費者」は、一義的に理解するものではないと考えられる。

すなわち、ここでいう中小事業者と消費者法にいう「事業者」とは同一のものであるか。同様な問題の反面から言い換えると、「消費者」は、中小事業者とは対立するものであるか。

一般用語としての消費者・事業者は、対立しているかもしれないが、消費者法における「消費者」と一義的に性質付けられる事業者とは対立していないことである。「消費者概念を用いることは、事業者を規制の対象とすべきではないということには積極的に含意しない」⁷⁶¹。

そうだとすれば、中小事業者保護は、劣勢契約当事者の保護の問題として取り扱われることは、もちろん可能である。しかし、ここで説かれている中小事業者保護の問題は、「消費者」により、かなりの部分がかば一されうるのはないかと考えられる。

（二）民法改正における「消費者」

民法改正において、基本方針の段階では、定義が置かれている。そこでは、消費者契約法の概念を踏襲している⁷⁶²。

民法改正審議過程では、消費者概念の基準、消費者契約法の拡張方法については議論があった⁷⁶³⁷⁶⁴。

⁷⁵⁸ 近畿弁護士会連合会・大阪弁護士会編・中小事業者の保護と消費者法、2012年5月、民事法研究会、3頁。

⁷⁵⁹ 近畿弁護士会連合会・大阪弁護士会編・中小事業者の保護と消費者法、2012年5月、民事法研究会、3頁。

⁷⁶⁰ 河上正二「消費者契約法の展望と課題」現代消費者法14号2012年69頁。

⁷⁶¹ 「座談会 消費者契約適正化のための検討課題（1）」NBL1997年621号、12頁。

⁷⁶² 基本方針、1.5.07.

⁷⁶³ 議事録、第1集第1巻、185-186頁。

⁷⁶⁴ 民法（債権関係）部会第29回会議 議事録第2集第1巻165頁（山本参考人発言）。

「消費者の定義という点につきましては、消費者契約法における定義よりも拡大する方向で検討するのがいいのではないかと考えております。理由は、実質的に個人と大差ない個人事業者等について、消費者保護規定を拡大して、より適用範囲を広めるという理由からでございます。ただ、その方法論としては、消費者の定義を広げるという方法論以外にも、消費者概念を相対化するとか、格差契約一般に関する格差是正の理念規定を介した消費者保護規定の準用ないし類推適用といった在り方もあるのかもしれない。

中間論点整理⁷⁶⁵について、多くの意見が寄せられていた。

民法改正中間論点整理段階では、消費者の概念の定義が問題となる。同論点整理によると、消費者や事業者に関する規定を設ける場合、「消費者」の定義について、：①消費者契約法における消費者概念の定義と同様に定義すべき、いわば消費者契約法維持説、②拡張すべきであるという考え方もある、いわば拡張説がなされる。

内田貴の「消費者」概念の見解

内田は、民法改正における民法典のあり方を語る際に、消費者契約の特則として、民法に取り込もうとするルールはとして、「消費者」について「消費者契約のルールは、必ずしも常に消費者に特有のルールとは限らない。事業者にも弱小の事業者がいることを考えると、消費者契約の特則として発生したルールは、事業者を含めた射程の広いルールに発展する可能性もある…」⁷⁶⁶。

二、消費者概念の再検討

(一) 特商法の概念と消費者契約法概念の比較から

まず、諸法律自身の基準の差に触れる。

法律に限ってみても、その範囲は、差異が存在する。

特商法 26 条は、訪問販売、通信販売または電話勧誘販売についての適用除外を規定し、契約の申込者、購入者または役務提供を受ける者が、「営業のために若しくは営業として」締結する契約が、適用除外とされる（26 条 1 項 1 号）⁷⁶⁷。

特商法の「営業のために若しくは営業として」という適用除外は、消費者を保護するものと認められている。

特商法の現行の基準は、「商行為」から改められたものである。

しかし、以下の特商法自身の限定がある。

第一に、業法に属する特商法は、まず、言うまでもない、いくつかの特定された取引の販売類型に限定されていることは、消費者契約法の包括性とは相違である。

第二に、特商法の業務提供誘引販売取引・連鎖販売取引では、前記の適用除外がない。「消費者」に限定するわけではない。「事業者」という者にも適用可能。ここでの問題は、たとえば、内職商法やモニター商法が想定され、外形上は「事業者」概念にあたる者であるが、実質上は消費者に対立する「事業者」概念ではない、と解釈される⁷⁶⁸。

点については、いろいろな在り方があり得るところではないか、どれが一番いいのかについて今後考えてい かないといけない問題だろうというふうに考えております。」、と述べた。

⁷⁶⁵ 特に、中間的論点整理、183 頁。民法改正において、論点整理：部会資料 20-2 第 1、1[1 頁]

⁷⁶⁶ 内田「消費者と債権法改正」消費者法ニュース 80 号、2009 年、111 頁。内田貴「債権法改正の前提」自由と正義 60 巻 9 号、2009 年、20 頁。

⁷⁶⁷ 1988 年法改正により、「商行為」から、「営業のために若しくは営業として」に改正。「営業のために若しくは営業として」は、商行為に限定せず、事業・職務の用に供するためと理解（特定商取引に関する法律の解説）

⁷⁶⁸ 2000 年法改正では、業務提供誘引販売取引が新設された。その改正の理由として、内

消費者契約法は、情報交渉力の格差に基づき、消費者事業者の基準として「事業として又は事業のために」とする。特商法（あるいは割賦販売法）は、保護根拠としては明確に示して位折らず、むしろ、業法としてそのものの範囲が限定されている一方、やや取引の客観的な側面（訪問販売、割賦販売）に由来する性質に着目しているといえよう。

「営業」と「事業」：特商法と消費者契約法との概念を比較する。

消費者契約法の制定までは、「営業」が用いられていた。消費者契約法は、「事業」になった。しかし、両者の図式は、同様であり、「...として若しくは...のために」である。

①事業：

逐条解説は、2条の趣旨について、「本法における「消費者」と「事業者」を区別する観点は、...「情報・交渉力の格差」である。この格差は、「事業」に由来することから、この概念を定義において用いるものとする。」としている⁷⁶⁹。すなわち、事業は「格差」の原因となり、格差は、事業の定義の中核的な要素であろう。

②事業と営業の関係

他方、営業と事業との関係は、どうなるか。

第一に、事業は営業より、範囲が広い。ただ、事業範囲について、理解が一致していない。内閣府は、「事業」の理解について、こう解釈している。すなわち、事業とは、営利の要素は必要でなく、営利の目的を持ってなされるかどうかを問わず、「一定の目的を持ってなされる同種の行為の反復継続的遂行」である。公益・非公益を問わず、反復継続して行われる同種の行為が含まれ、さらに、「専門的職業」の概念も含まれる、という⁷⁷⁰。日弁連は、経済企画庁の解説を「広すぎる」批判する⁷⁷¹。日弁連によると、事業とは、個人生活を除くことに重点をおいて、「社会生活上の地位に基づいて、一定の目的を持つ

職商法などは、勧誘の形態自体は、訪問販売法上の訪問販売・電話勧誘販売の勧誘形態と同様のものであるが、個人が仕事を始めるのに必要であるとして物品購入等を行っているため、形式的には『営業』のために若しくは営業として行われたものと見られうる。しかし、事業に不慣れた個人が、有利な仕事を提供されるといった誇大な説明をもとに商品購入等の取引に入ってしまうが、実際には仕事はあまり提供されないというのが実態であって、実質的には、消費者取引と同視すべきものと考えられる、ということである。これについて、「消費者法・業法による中小事業者の救済」現代消費者法 17号 2012年 18頁。業務提供誘引販売取引の規制が新たに設けられたのは、訪問販売等の被害者（「消費者」）と実質的には異ならないにもかかわらず、「営業のために若しくは営業として」によって、従来特商法による救済からこぼれ落ちていた類型を特別に救済するためである。そこには、「事業者」を積極的に特商法による保護の対象として取り込もうという発想はない、という。

⁷⁶⁹ 内閣府・逐条解説 消費者契約法[新版]（商事法務、2007年）66頁。しかし、他方、同書 64頁によると、格差は、それ（事業）だけのみにとどまらず、[社会から要請されている事業者の責任]という視点も必要と考えられると説いている。

⁷⁷⁰ 内閣府・逐条解説 消費者契約法、平成13年3月、26頁。消費者庁企画課編・逐条解説消費者契約法。

⁷⁷¹ 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編・消費者契約法コンメンタール、商事法務研究会、2001年、24頁。

て反復継続的になされる行為及びその総体」とする。法規定を柔軟に理解・解釈して、ないし、類推適用まで認めようとする。

しかし、事業と営業との関係については、共通の面がある。幅の広さの違いがあるにもかかわらず、両法の思考様式は同様である。営利性の区別である。

第二に、なぜ、「事業」に変わったのか。これについては、消費者契約法の起草過程を辿っても、明確な理由が示されていないようであるが、営業性と専門性の両方を包含させる意図で、「事業」というメルクマールにいたった⁷⁷²。いずれにせよ、「営業」から「事業」にするのは、適用除外の範囲をやや広げる意図・効果があると推測される。

第三に、現行法は、「法人」や「団体」の取り扱いについて相違である。「営業」（特商法）の場合、「個人（自然人）」と「法人」「団体」を区別していないし、法人を排除していない。「事業」（消費者契約法）の場合、法人その他の団体を消費者概念の範囲から排除している。

第四に、実際の紛争をみると、事業あるいは営業としてに関するものは少ない一方、その判断は明瞭であろう。問題の焦点は、事業あるいは営業のために、どう判断するかということである。

第五に、一方（特商法）は、規制類型について限定したうえ、もっぱら勧誘行為を対象としている。他方（消費者契約法）は、区別せずに、労働契約以外のすべての契約に適用する。

第六に、特商法が、行政規制から、経済的機能を重視する。他方、消費者契約法は、契約の不均衡に着目して、司法規制にウエイトを置いている。業法には、民事ルールの実充により、司法規制の機能が大きくなってきた。ただ、業法の経済優先の政策と消費者契約法の契約不均衡に立脚した発想には、差があることは事実であると考えられる。

③「事業としてまたは事業のために」と「営業のために若しくは営業として」

まず、前者の判断は、法人その他の団体が、アプリアリに、事業者とされている。判断し難いのは、事業に従事する個人の場合である。消費者契約法によると、個人が、その「事業としてまたは事業のために」の場合は、消費者ではなく、事業者である。「事業として」⁷⁷³とは、「同種の行為を反復継続して行うこと」と解されている。その上、「一定の行為の反復的継続的遂行が事業としてされたかどうか」について、判定の困難さに鑑み、解決方法として、「社会通念上、それが事業の遂行と見られる程度の社会的地位を形成するかどうかによって決定する」とした。さらに、「事業のために」とは、事業の用に供するために行うものが該当する、と解している。

後者は、法人とその他の団体を排除しないわけである。また、後者が法適用を認める範囲は、前者よりやや広い。

④主体について

特商法は「個人」ではなく、「購入者」の概念が用いている。これについては、「特商法で保護される「購入者等」は、ほぼ消費者と見られているが、細かく見ていくと、その範囲は、消費者契約法が定義する消費者（事業を行っていない個人）の範囲より、やや広

⁷⁷² 特集「消費者契約法と消費者の21世紀」12頁、落合発言。

⁷⁷³ 内閣府国民生活局消費者企画課編・逐条解説、平成13年3月、26頁。

い]とされている⁷⁷⁴。それは、解説者により必ずしも範囲が一致していないものの、法人その他の団体が含まれることが確かであるが⁷⁷⁵、「営業のためにもしくは営業として」以外の範囲は、①消費者契約、と、②事業者間のうち「営業のためにもしくは営業として締結する」のではない契約に対して、特商法の適用がある⁷⁷⁶からでもある。消費者契約法上の「個人」は、法人が排除されるものとされ、自然人と意味していると解釈されている。しかし、消費者契約法の制定前の審議過程では、「自然人」⁷⁷⁷が用いられていたことが確かなことであるが、同法制定に至ると、「個人」という用語になった。これについては、河上は、消費者契約法の「個人」が「これまでの「人」概念とは、全く別の角度から「個人」という表現を用いる」。これは、法人成りした個人商店の経営者が、消費生活的場面で、通常の「自然人」としても活動する場合を包含する趣旨である⁷⁷⁸とする。沖野は、消費者契約法の「個人」について、消費者であることを否定する要件としては狭く、事業者であることを肯定する要件は広く解釈することも許されるとされる⁷⁷⁹。こうして、個人と自然人の差異を意図的に捉えることにより、消費者契約法の自然人を超える可能性があると示されているのであろう⁷⁸⁰。

以上から、特商法には、法人の適用が含まれている。また、適用範囲自体は、契約法より、広いということであるが、分野が限定されている。

以上の点を留意しつつ、両者の関係について、大村敦志教授の指摘が有益であろう。

消費者契約法と特定商取引法・割賦販売法との関係、それらは、どのように理解するか。これについて、大村教授の指摘が有益であろう⁷⁸¹。大村教授が、概念の範囲の相違を留意しつつ、消費者概念の必要性を説く。「…これらの相違が意図的なものであるならば、あえて統一をとる必要がない」が、「表現上の相違に過ぎないならば、「消費者」概念によって統一的な解釈を与え、適用除外の不統一を避けること」が望ましいと指摘し、相違な裁判例から、その「特性」を抽出して「ルール」化する必要とも主張する。また、従来の

⁷⁷⁴ 特定商取引法の理論と実務、61頁。

⁷⁷⁵ 圓山説（特定商取引法の理論と実務）によると、社団法人、財産法人、学校法人、宗教法人、社会福祉法人、医療法人、NPO法人、町内会等の非営利団体、医師、弁護士、司法書士、税理士、芸術家等の個人費営利事業者の契約は、営業には当たらない。齊藤雅弘＝池本誠司＝石戸谷豊・特定商取引法ハンドブック第4版（日本評論社、2010年）57頁。そもそも営業を行わない主体である一般社団法人・一般財団法人や労働組合などの団体が販売業者、役務提供事業者の取引の相手方である場合には、原則として特商法の適用は排除されないし、また、たとえ株式会社が取引の相手方であったとしても、そのことだけでは特商法の適用除外とはならないもの」と。

⁷⁷⁶ 特定商取引法の理論と実務 61頁。

⁷⁷⁷ 中間報告 27頁。基本的には『自然人』という最低限の規定を設け、包括的な網をかぶせるということが立法技術的に見て望ましく、そこから先の保護は別途考える」という留保もされていた。

⁷⁷⁸ 河上・歴史の中の民法（日本評論社、2001年）128頁。

⁷⁷⁹ 沖野真己「消費者契約法（仮称）の一検討（2）」NBL653号1998年19頁。

⁷⁸⁰ 齊藤雅弘「消費者契約法の適用範囲」法学セミナー549号2000年18頁以下は自然人ではなく、わざわざ「個人」という用語を用いることは、自然人以外を包摂する（類推適用）可能性があるのではないか、という見解である。彼によると、消費者契約法の定義自身は、一定の柔軟さを持つものである。また、前記の法制定過程を見ると、中間報告では、「自然人」という用語が用いられていたが、「仮称」になると、「個人」という用語になったが、これについては、特に理由付けがなされていない。

⁷⁸¹ 大村敦志・消費者法[第4版]24-25頁。

「消費者」裁判例について、それらは、「当事者の一方が消費者であるということは、問題とされる特性を備えている蓋然性が高いことを意味し、消費者とは言えないということは、その蓋然性が低いことを意味する」という。他方、適用範囲を示す割賦販売法や特商法が、消費者という用語を使っていないものの、「「消費者」に限ったものとみることができる」ことは、もっともであろう⁷⁸²。

分析：

このように、用語の相違であるものの、技術・思想の一致である。このことは、どこに由来するのか。これは、消費者法の変遷そのものによる。しかし、以下の三点を指摘できるのではないか。第一に、そもそも、特商法は、業法として訪問販売の不当勧誘を抑制するために、制定されたか。その後、途中から民事ルールが充実されてきた。また、「商行為」から「営業」に改正した。第二に、1980年代前後の民法裁判例の発想を採り入れて、業法の技術を用いて、それをベースにして消費者契約法の内容になった。

これによって、両法の目的は、必ずしも、同様ではない（特商法は、1条、消費者契約法は1条）。一方、内在する「消費者」は、範囲のずれがややあるが、その本質は、同様であろう。すなわち、その相違は、範囲の大小であるが、ほとんどは、重なっている。むしろ、この差異を留意しつつ、「消費者」概念の判断方法・基準を析出することは可能である一方、この差異を克服すること自体は、消費者概念の政策選択であろう。

（二）、消費者契約法における「消費者」概念の再検討

そうすると、以下の三つの関係は、問題となるだろう。

「反復」「継続」（事業）と「情報・交渉力の格差」との関係：反復継続ではないと、格差が存在するため、非対称の関係となりがちである。

「反復継続」（事業）と「主体」（自然人、法人その他の団体）との関係：反復継続ではな場面で活動する「法人その他の団体」がありうるだろう。

「情報・交渉力の格差」と「主体」（自然人、法人その他の団体）との関係：格差の存在は、自然人のみにではなく、法人その他の団体にも存在する場合があるだろう。

こう考えると、消費者は、固定的・静態的な者ではないだろう。あるいは、事前に決められる特定の人間階層ではないだろう⁷⁸³。

第一に、消費者契約法1条と2条との内在的不整合

消費者契約法は、目的規定として、消費者契約法の適用根拠は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」、意思表示と不当条項を規制するものである。これは、この消費者契約法の規制手段の創設根拠である。このことは、その正

⁷⁸² 大村敦志・消費者法、23頁を参照。また、統一的な消費者概念の構築は、不可能なことでもない。実際、そういう試みがすでにあつた。たとえば、すぐ後で掲げたように、2010年8月28日、近畿弁護士会連合会消費者保護委員会夏季研修会は、第一段階として、「統一消費者法典の実現をめざして—消費者取引法試案」の試みがある。

⁷⁸³ 大村敦志・消費者法19頁以下。また、民法（債権法）改正検討委員会編・債権法改正の基本方針、別冊NBL126号2009年23頁。

当性は、従前から、説かれてきた⁷⁸⁴。

また、実際、前述の判決では見たように、（たとえば、平成 23 年 11 月 27 日判決では）、消費者契約法 1 条を重視している。

では、仮に、消費者契約法では、この規制根拠は、同法の存在基礎として、正当とするならば、少なくとも、2 条の消費者・事業者の定義規定は、「法人・団体」とし、かつ、「事業のために」の個人を一切事業者とし、消費者契約法の適用を除外することは、失当だといえるだろう。そうだとすると、少なくとも、消費者契約法 1 条の精神・理念に照らして、同法 2 条の定義方法について、再検討する余地があることは確かであろう。

このように、一方、消費者契約法の適用根拠として、情報の質及び量並びに交渉力の格差が認められ、他方、消費者契約法の適用範囲の限定は、事業との関係による。1 条と 2 条との間では、ある程度のパラドックスが存在するではないか。実際、1 条と 2 条は、相違な基準を提示しているわけである。すなわち、①「交渉力・情報力」に依拠する 1 条は、プロであるかどうか（すなわち、専門能力）と経済的な力による。しかし、これに対して、②2 条は、「目的」（すなわち、事業との親疎遠近）による。

そうだとすると、すなわち、1 条の精神に着眼すると、2 条は、どうすべきか。また、構造的「格差」⁷⁸⁵が消費者問題の本質であるとするならば、消費者概念を再考することは可能である。以下のことが考えられるだろう。1 条は、以下の可能性の基礎を提供する。

①法人その他団体の場合、消費者契約法の適用可能性があるだろう。

事業性を基準として定義された消費者契約法 2 条は、主体的に、法人その他の団体を一律に事業者とされている。この扱い方は、「事業性」が存在するかどうかと結びついていないようである。

立法の考え方として、経済活動の主体である以上、一定の事業に従事しているからである。

しかし、事業者と非事業者の区別することは、ここでは区別する余地があるのではないかと、問題とする。

法人や団体の場合、すべて先験的に「交渉力・情報力」を有するわけではない。また、仮に、法人や団体がその能力者と考えてるのであっても、契約という枠では、契約相手方である法人などに対しては、必ずしも、同等な情報力。交渉力を有しない場合も少なくない。この不均衡をどう埋めるか、問題である。

②個人事業者の場合、消費者契約法の適用する範囲を拡張することも可能であろう。すなわち、個人が、事業としてまたは事業のために、取引するとき、交渉力・情報力の格差が生じうる。そのうち、事業としての場合は、やや問題にならない場合が多いかもしれないが、事業のためにの場合、その不均衡が生じかねない。

このように、反復継続的なある行為（業）に従事する法人・団体・個人は、必ず、取引の中で、交渉力・情報力を有するか、というと、実際、そうではない場合がかなり存在する、と確認してよい。別の言い方をすれば、法人その他の団体、あるいは、事業としてまたは事業のために取引する個人は、先験的に事業者であるか、というと、そうでもない。再検討する余地がある。

⁷⁸⁴ 消費者契約の適正化。また、立法過程の議論。また、落合・消費者契約法、47 ページ以下。しかし、この根拠自体について、最近疑問が提起されている。

⁷⁸⁵ 大村・消費者法、24 頁、「すべての問題は、この格差に由来する」としている。

第二に、2条定義そのものの不適切さ：

仮に、1条から離れて、消費者契約法2条そのものに着目すると、不当であろう。その不当さは、いくつかを指摘する。以下である。

①、徹底した二分法であること。一方でなければ他方である、という定義方は、適切ではないようである。

②、①の上、消費者や事業者の性質決定を事前に絶対化・固定化していること。

③、「事業のために」の個人について、基準の不明確性である。

④、法人その他の団体を完全に排除すること。

要は、三つの問題について更なる検討が必要ではないか。ひとつ目は、事業者と消費者とをきっちり切り分けることは適切であるか。二つ目は、消費者契約法の消費者概念が狭義すぎることは、適切であるか。三つ目は、消費者概念の、ないし消費者契約法の適用の基準である。

第三に、範囲画定

では、どこに、どのように線引きするのか⁷⁸⁶。

①について、二つが考えられる。一方、消費者・事業者ともに属しない者が存在しうる。他方、消費者・事業者のいわば「中間ゾーン」も存在しうる。

②については、消費者・事業者の性質は、「契約の枠」の中で、相対的に・柔軟的に考慮すべきである。別の言い方をすると、消費者概念は、変わりうるものである。消費者・事業者は事前に決定した人の属性ではない。その基準は、どうすべきか。このことは、③も含めて、考慮する。

1) 「消費者」概念の変化性

たとえば、大村は可変性・流動性を指摘する⁷⁸⁷。また、最近の消費者契約法改正でも、「消費者事業者概念は、「人」の固定的・絶対的な属性ではなく、取引性質・目的との関連で現れる流動的・相対的属性であるとの理解は維持されるべきである。」、「消費者概念の相対性の承認、概念の弾力化、ないし中間概念の創設も視野に入れて検討してはどうか」とする⁷⁸⁸。

「消費者」の定義と「消費者」の機能の区別・分離が見られる。一方、消費者が狭く定義されても、技術としての「消費者」の機能が、他の方法によって、消費法の適用が認められる必要がある。実際、狭い概念自体の拡張が困難であるならば、類推適用やその他の用語を新たに設置することが必要であると考えられる。コアの消費者概念は、プラス a は、技術的な「消費者」概念になる。その外延が看過されることは、「消費者」法の歴史にはふさわしくないし、また、契約均衡の観点から見ても適切ではないのであろう。

しかし、この場合は、ありうる反論としては、民法に依存すべきだと予測される。しかし、この場合、仮に、民法に依存するだったら、依存された「民法」は、必ずしも伝統的

⁷⁸⁶ 近時、消費者契約法改正の際は、消費者契約法1条に明らかにされている「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」た取消権の付与と不当条項規制という、消費者の要保護性と法的介入根拠を中心に構成することを基本方針とするのが正当であろう」としている。河上正二「消費者契約法（実定法部分）の見直しに関する諸課題」河上編・消費者契約法改正への論点整理（信山社、2013）299頁。

⁷⁸⁷ 大村・消費者法、24頁。

⁷⁸⁸ 河上正二編・消費者契約法改正への論点整理、信山社、2013年、302頁。

な民法ではないと考えられる。言い換えると、それは、まさに、「消費法化された民法」ではないか。そうだとすると、やはり、「消費者」概念自体の工夫がもっとも直接ではないかと考えられる。

2) メルクマールとしての「事業」概念の意味の再検討：

実際、現行消費者契約法の考え方に批判がなされており、消費者契約法の規定、および、その解説でなされた見解にその無用性・硬直性に批判している。たとえば、また、「『事業』概念は、問題となる取引の特質として消費者・事業者間の構造的な情報格差・交渉力格差が現れるという状況が認められるかどうかという評価との関連で、取引対象となる物品・役務・権利等の内容および社会生活において物品・役務・権利等を取引しようとする際の典型的な目的ないし原因を考慮に入れながら確定していくのが適切ではないか。そのような機能的、相関的に把握される規範的概念としての事業概念が望ましいではないか。立案担当者が考えている『事業』概念というものは、あまりにも形式的かつ硬直的なものに過ぎる点で無意味・無用である」、学説上、批判が投げられた⁷⁸⁹。

いくつか考えられる。一つは、事業の専門性であるか。二つ目は、事業との親疎性であるか。前者は、プロ・非プロを基準である。後者は、目的・用途や関係に着目する。

「事業として事業のために」の「個人」は、切り目である。これについて、事業のために、というのは、立案者によると、「事業の用に供するためにするもの」の理解を採っている⁷⁹⁰。

「事業として」取引する場合は、消費者から除外されるという扱いは、非難の可能性は、あまりない、と確認してよい。しかし、「事業のために」の場合、あらゆる取引形態が、その親疎・遠近を問わずに、「消費者」から除外されることは、果たして正当化することができるのか、疑問が生じる。消費者を定義する際の「事業性」概念と、事業者を定義する際の事業性概念とは、同一のものである必要がない。研究会の意見には、消費者契約法の適用範囲を広げる観点から、消費者の定義においては事業性を比較的に狭く考え、事業者の定義においては事業性を比較的に広く考えてはどうか、という意見がある。

3) 営利と非営利

他方、営利性は、どうだろう。特商法は、その適用除外に、営業を基準とし営利性というファクターを重要視している。実際、裁判例を見るとわかるが、裁判例では、「営業として営業のために」に該当するかどうかについて、ほとんど、収入や売上げなどを見て判断する。

しかし、他方、消費者契約法の場合、営利性の有無を重視していない。これは、一方、法人やその他の団体の場合は、営利性を問わないが、個人の場合であっても、営利の有無を問わない。その代わりに、事業をとっている。

他方、当初、立法過程では、従事している活動の営利性について、多少議論があったが、非営利の団体が、私的企業の手本になるべきだという理由で、公共団体も含まれ、現在のよう規定になった⁷⁹¹。

⁷⁸⁹ 河上正二編・消費者契約法改正への論点整理、信山社、2013年、147頁引用。

⁷⁹⁰ 内閣府・逐条解説 消費者契約法、平成13年3月、26頁。

⁷⁹¹ 特集「消費者契約法と消費者の21世紀」13頁、河上発言。

そのため、日本法の場合、営利性を考慮していなくなったといえる。少なくとも、消費者契約法の場合である。これについては、たとえば、潮見は、事業者の事業者が営利億滴であるか否かということは決定的な要因ではないとし、消費者契約法上の定義の中から営利性あるいは有償性の要素を省いたのは優れた決断だと評価している⁷⁹²。

4) 法人その他の団体

「消費者」を判断する際に、個人・法人その他の団体にを形式的に区別し、それによって、一義的に・形式的に法人その他の団体を消費者の範囲から排外する扱いは、明らかに失当であろう。その際、個々の契約の状況・契約当事者の状況について判断する必要がある。しかし、そうはいつても、消費者概念が無用なものとなりがちであるという批判が予測される。すなわち、消費者概念は、「格差」「不均衡」に代替され、消費者契約法は、「大」「小」に着目する法になる恐れがあるということであろう。

他方、当初、消費者契約法が制定されたとき、「自然人」を最低限として設計した。臨時的な立法技術にとどまった。「法の適用範囲を明確にするためには、基本的には「自然人」という最低限の規定を設け、包括的な網をかぶせるということが立法技術的に見て望ましく、そこから、先の保護は、別途考える」としていた⁷⁹³。このように、立法自身は、自然人以外の、課題として残されている。

フランスでは、訪問販売分野には自然人に限定されている。しかし、実際、破毀院や下級審判決は、同法を違反して法人団体を認めたことがある。では、なぜフランスでは、自然人と規定されたが法人団体まで適用されているのか。それは、訪問販売法が、経済的な視点から「自然人」に限定されているものの、裁判上では、「契約」の視点から、捉えられるようになったと考えられる。他方、特に、不当条項分野では、法人団体が認められる余地が大きい。契約均衡に着目して、契約当事者の関係を矯正するためであるからである。しかし、裁判上、営利非営利が特に問題視されていないものの、商事会社の場合、破毀院より除外されている。

この点については、日本の「弱者保護」が説かれた中で、「消費者」の生成過程を踏まえて見ると、契約分野における「消費者」概念の生成過程を踏まえると、以下のことが言えるのだろう。

第一に、構造的な問題から由来する消費者問題は、先験的に、法人や団体を排除するわけではない（すべきではない）のであろう。

第二に、契約的な不平等の溝を埋めるものとして、民法における学説・裁判例は「消費者」が説かれていた。さらにいえば、消費者問題の生成過程を振り返ると、消費者問題は、大量生産・大量販売という消費社会の中で、構造的に発生したものであり、取引の中で、一方当事者が、高度に専門的技術と情報を使って、消費者との間で、力関係の格差が生じるという⁷⁹⁴。

このように見ると、消費者概念の拡張がありうる。そもそもの「消費者」概念は、その限定はなかったと考えられる。

自然人が常に「消費者」だということではない。それと同様に、法人やその他の団体が、常に「事業者」かいうと、そういうことでもないであろう。

⁷⁹² 特集「消費者契約法と消費者の 21 世紀」13 頁、潮見発言。

⁷⁹³ 中間報告、27 頁。

⁷⁹⁴ 竹内昭夫・消費者保護法の理論（消費者法研究第一巻）有斐閣、1995 年、5 頁。また、佐藤一雄・新講 現代消費者法、商事法務研究会、1996 年、1 頁以下。

5) 事業者概念

A、

消費者契約法の事業者概念について、消費者契約法の制定過程において、法人その他の団体について、一律に事業者とする扱いを取らなかった。たとえば、中間報告は、法人やその他の団体について、事業者とするには、「事業」との関係という要素も考慮に入れたようである⁷⁹⁵。

法人その他の団体の一律に消費者から排除する同時に、同カテゴリーを一律に事業者に属させることは、仮に、「事業として事業のために」という基準に照らしてみても、不適切であろう⁷⁹⁶。とりわけ、一般意味で用いられた事業者、あるいは「中小事業者保護」場合に語られた「事業者」(事業者①)、と、「消費者・事業者」という場合の「事業者」(事業者②)は、必ずしも同様なものではないと考えられる。すなわち、「事業者①」は、適用限定機能を有する「消費者」概念によりカバーされる場合があるからである。言い換えると、消費者契約法にいう「消費者・事業者」は、流動的な概念だからである。

B、

では、問題は、事業者が、いかなる場合、他方の事業者との契約においては、消費者法の規定を適用することができるのか。

「消費者的事業者」への対処方法：類推か拡張か

投資取引の人、あるいは中小事業者への保護が説かれていることに対しては、単に、消費者概念の拡張は、足りるのか、と問題提起されている。消費者契約法の適用の際に、消費者概念自体を拡張することと考えられる一方、また、狭い消費者概念を維持しながら、消費者概念の類推適用が考えられる。いずれにしても、その限界を確定する必要がある。

この限界画定は、原型としての消費者から、「消費者」への脱皮である。こうして、「消費生活」が含まれているが、少なくとも、必ずしも「消費生活」に限定する必要がない。

実際、今まで日本の消費法の経緯を見ると、専門能力の有無の視点が重視されていなく、問題となるのは、ほとんど「目的基準」としてきたといえよう。実際、訪問販売法（現行特商法）もそうであり、割賦販売法もそうである。また、日本消費者契約法を見ると、目的基準を採っている。しかし、実質的には、二つの基準を採っているといえよう。1条の情報力・交渉力の不均衡には、知識的不均衡(専門能力)・交渉力の観点が含まれているし、2条には、目的基準が含まれている。そのため、仮に、前記の大学運動チームを団体と捉えるならば、消費者法の適用が認められるようになったのは、1条の役割がかなり大きかったのではないか。

逆に、直接関係の基準が提案されていることは、日本では、見られる。しかし、フランス法の経験から見ると、その判断が厳格になりがちである一方、判断要素・方法が不明確・不統一されるリスクがかなり大きい。フランスでは、直接関係が、目的基準と混同する傾向が見られる。そのことを踏まえて、日本の消費者法の適用範囲の限定基準を設計してい

⁷⁹⁵ 中間報告、25 頁。

⁷⁹⁶ 同様な指摘としては、角田美穂子「消費者契約法の私法体系上の独自性」「事業として又は事業のためになされた行為を除く」という否定的な形で画定しながら、「事業者」概念について、行為目的や活動実態等が考慮されていない、という矛盾があるではないか。特に、非営利団体等について、更なる考慮が必要であろう。」

くと考えられる。

第二章のまとめ：

第二章では、日本の消費者概念の生成過程と消費者概念の捉え方について考察した。消費者契約法の制定までとその以降を分けた。

第一に、20 世紀前半においては、一連の保護法が制定されたこと、と、国家が登場して経済統制を行うことにより、「弱者保護」が存在していた。それは、「消費者」ではないものの、契約関係の中では実質的な力関係の不均衡という観点から見ると、連続性がある。とりわけ、1960 年代以降には、福祉国家を標榜する中で、「弱者」としての「消費者」を保護することが高唱される現実からみると、前後の親近性・連続性と捉えることができるのであろう。

第二に、「消費者」が社会問題となり、一般的に意識されているのは、1955 年であった。以降、経済高速成長に伴い、消費者問題が多発した。市民運動が行われる一方、主として行政のイニチアチブを見せる。

第三に、法から「消費者」を如何に捉えるかについて。まず、経済法では、一般的には、「消費者」を「生活者」と捉え、如何に権利付与する。これは、経済法の捉え方の特色である。他方、消費者保護基本法における「消費者」は、宣言的な意味にとどまっており、そこにいう「消費者」を「国民」と置き換えてもよいと思われる。これらを、マクロ的な「消費者」と呼んでいた。

第四に、1970 年代以降は、私法分野では展開を見せる。一方、業法により適用範囲限定の機能により民事ルール of 不断の充実を通じて長らく「先導的な消費者法」としての役割を演じてきた。他方、民事裁判例では、自覚的に「消費者」と意識しつつ、そのために民法側のルール拡張・変容により、「消費者」判例法理が形成された。

第五に、長い間、消費者契約を規制する法律の不在、如何なる立法をするかといった議論を経て、消費者契約法の制定に向けた。「消費者」「事業者」「消費者契約」の概念が明確に規定されるようになった。

第六、消費者概念の捉え方については、特商法（営業としてまたは営業のために）を踏まえて、消費者契約法は、「事業としてまたは事業のために」とされる。両者には、一定の差異がある。第一には、それぞれ、「営業性」、「事業性」をメルクマールとし、営利かどうかは区別となる。第二に、法人その他の団体についての態度であるが、消費者契約法は、それらを一律に除外している。特商法は、法人について明確にしていない。また、消費者契約法では、冒頭 1 条より、その存在理由・保護根拠を明確に示されている。

判例では、まず、法人について。消費者契約法の場合、法人であると、「事業としてまたは事業のために」を判断せずに直ちに適用除外する。また、マンション管理組合について消費者の性格を否定した（平成 22 年 11 月 9 日判決）。しかし、大学のラグビークラブチームを、消費者に該当するとした。ただ、これについて、捉え方により見方が分かれる。消費者契約法に関わる学者の意見によると、消費者契約法にいう「団体」については、やや柔軟に解釈する余地があるとしているからである。他方、特商法の場合、法人については、それだけを理由として排除するのではない。たとえば、大阪高裁平成 15 年 7 月 30 日判決である。さらに神戸地裁平成 15 年 3 月 4 日判決では、株式会社には特商法の適用があると認めた。東京地裁 21 年 4 月 13 日判決では、宗教法人の特商法の適用を認めた。また、東京地裁平成 20 年 11 月 27 日判決では、事件が和解になったが、宗教法人の特商

法上のクーリングオフがあるとした。次に、判断基準・方法について。消費者契約法は、「事業として」については、特に紛争になっていないようであるが、「事業のために」について、事業に従事するものであれば、その事業と関連があれば、容易に「消費者」の性格が否定される。判断要素などが明確に示されているとはいえない。消費者を厳格に捉えられるという法解釈の精神が見られる。これに対しては、特商法の場合、企業の規模、収入、使用目的などが考慮要素とされる点は、共通的といえる。それは、「営業性」が基準であり、「営利」の有無が重要な点となるからである。「営業のために」の判断方法については、総合的な判断がとられ、「関連性」から判断されるものがある（名古屋高判平成19年11月19日判決）。

学説では、法人については、意見が分かれている。大村敦志は、法人について好意的である。その理由として、一方は、従来、法の中では、自然人が限定されていなかったと指摘されている一方、と、他方、典型的な消費者と消費者性を想定されているということである。その他、法人について原則としては考えられないが、検討する余地があるとされている見解もある。自然人に限定する学説は、一方、消費生活、生身の人間を消費者としているが、法人その他の団体が「事業」をするからであり、常に「事業性」を持つものとして、当然に事業者のカテゴリーに属するとされる。さらに消費者概念そのものの有用性について疑問が提起されるものがある。あくまで指標のものとしての消費者概念は、実質的な意味を有しないとになりがちであるとしたうえ、消費者を自然人とし、一般市民の線かつの一側面とされている。適用基準について、自然人に限定するかどうかの態度と関わっており、消費生活、事業、営業（直接関係）、関連説、専門知識のメルクマールが提示されている。さらに、消費者概念を放棄して、契約格差や契約弱者が主張される。また、実務の中では、中小事業者の保護が重要な課題として提起され、消費者保護を如何に中小事業者に拡張するか、多様な提案があった。事業との直接関係により個人事業者へ拡張使用とするのはある一方、中小事業者の問題は、民法で対応すべきだとの学者の見解がある。民法改正の提案は、ほぼ消費者契約法の消費者概念を踏襲しているが、消費者契約法のルールを民法に統合することにより、消費者契約法のルールを事業者に発展する可能性が提示されている。

第I部のまとめ

フランスと日本のそれぞれの、消費者概念を見てきた。

第一に、日仏ともに、一般的に思われる1960、70年代の消費者法から、ともに、「消費者」との連続性と理解してよい。20世紀後半は、20世紀前半のことの延長戦において、「消費者」を用いて、それを説明・延長したことである。逆に、この過程においては、「技術としての消費者概念」という装置を通じて、さらに、「消費者」を更なる抽象化されるようになるとともに、一定の「実在性」を有するようになってきたことと理解している。

第二に、フランスでは、実定法上、消費者法の存在理由や保護根拠が明示されていないことがわかった。これは、保護根拠を法律上、明示している日本と対照的である。

第三に、フランスでは、「専門能力」基準の必要性が重視されているといえよう。

第四に、客観的な基準として「直接関係」については、その判断が、結局、事業目的になりがちである。また、もともと、直接関係の基準の確立は、「消費者」概念を狭めるためのものではないのである。

第五に、日本では、消費者事業者を対立関係とされている。フランスでは、その対立関

係のイメージが希薄である。フランス法には契約不均衡を矯正する伝統とは関わっているし、法律上は、「非事業者」概念が存在するからである。この「非事業者概念」は、最初、妥協物として書き込まれたものの、現在、その役割が大きく期待されている。

第六に、法人については、日本では、業法上、それを言及しておらず、裁判では、柔軟に扱う余地があるようであるが、消費者契約法は、厳格に法人その他の団体が排除されている。フランスでは、それは、法人に拡張する可能性が存在する。とりわけ、不当条項法の場合である。また、訪問販売の場合では、明文上、自然人に限定されるものの、法律違反して法人（団体）に適用する裁判例がある。

第七に、日本消費者契約法が改正に送る見込みであるが、その際の適用範囲はどうか予測できないが、フランスでは、2014年3月に、ヨーロッパ法から長期的に影響された結果、EU指令の消費者の定義規定がそのまま国内化された。「自然人限定」、「事業活動の範囲に含まれないこと」という定義が採用された。学説上、すでにそれに対する批判の意見が見られるが、これから、実務では、如何に展開するか注目していく。しかし、予想できるのは、フランスでは、消費者を拡張的に取る余地が大きい。

以上は、第Ⅰ部では、契約法から、「消費者」を如何に捉えるかについてみてきた。

以下、「消費者」は、如何に契約法に浸透していくのか、第Ⅱ部で考察する。

第Ⅱ部

序

I部では、フランス・日本、それぞれ、消費者概念の生成過程を辿り、同概念の、取引において持つ「適用範囲の画定」する機能をどこまでに及ぶのか、について見てきた。ここでは、消費者概念が民法との密接関係にある程度示してきた。契約関係において、消費者その保護の根拠如何は別として、既存民法の保護・救済の不十分は、消費者法の展開理由のひとつである。必然的に、消費者法と一般法である民法との関係が問題となることはいうまでもない。

取引において、「構造的」な不均衡に立脚する「消費者概念」ば、契約関係を見るときには、消費者法と民法とは、どのような原理によるのであろうか。両者の間に、原理的に・体系的にはっきりした境界線があるのか。消費者法と民法とは、相互に、何を意味しているのか。

この問題を明確するには、まず、民法の外にあるものとしての消費者法は、民法に浸透され、影響されているのかを検証する。その上で、この両者の容器としての「法典」（もちろん、消費者法が法典が存在しないものの、でも、単行法としての制定法が存在する）は、体系的にどのようにすべきなのかを扱う。

以上のことを日本法に則していうと、以下の諸問題点を指摘することができる。

第一に、日本では、消費者法の生成過程においてもそうであるが、今、民法改正において、かなり、消費者法の原理と民法との原理の衝突・対立が、しばしば、説かれている。それに依拠して、「相違な原理」に立脚する消費者法の民法への「取り込み」は、反対がなされる。

第二に、日本では、取り込みの代わりに、独立の法典を作るべきだ、ということも、しばしば、主張されている。それは、よく、消費者法の民法への取り込みについて、反対の理由となる。

第三に、以上の原理の問題を解明しつつ、「消費者」の配置について。消費者を「消費者法」にとどめるべきだ、という消費者の民法への取り込みの反対がある。他方、仮に、消費者を民法に取り込むことについて、反対しない者であっても、それらが主張している説によると、消費者が、民法に持ち込むと、元来の消費者契約法は、そのルールが、一貫性が失ってしまう、という。

第四に、消費者を民法に取り込むと、消費者法の改正の頻繁性・機動性を損なう、という。ここから、ルールの配置は、二者択一のように捉えている。

そのため、第Ⅱ部での目標は、①消費者法（契約関連）は、民法にいかなる影響を与えるのか、民法の一部であるかということ、と、②「法典」の視点から、消費者の位置づけ、消費者法と民法との規範配置に関することである。この二つの問題は、密接な相互関係を有する。①は②を決定する。また、やや次元の相違が存在する。①は原理的意味を重視するが、②は、法典技術に重点を置く。①から得たことは、消費法と民法との原理に指針を与えるとともに、②に一定の手がかりを提供することができる。

なお、ここでは、特に日本法について、①の場合、消費者契約に関する規律の全体を念

頭に置いて消費法と民法との関係の考察を進めるが、②の場合、フランス消費法典について、消費者契約ルールを想定し、日本の場合は、消費者契約法を対象とするに限定したい。このような日本法上の問題について、フランス法から、示唆を得たい。

第一章、フランス法：影響と体系

序

民法典は、民法典の「外」での判例の展開及び多くの法律や政令の制定により発展してきた。これらの諸特別法の活発的な立法により空洞化や衰退といった現象が長らく存在しているものとして説かれる。これらの法律は、民法典と共存している。

その中では、とりわけ、前述で見たように、フランスにおいて、比較的早い段階で、消費者法の立法が実現することができた。「消費者」「消費者法」の概念が実定法に登場させることによって、新たなコンセプトにより、新たな実定法が確立されるようになった。以降、債権債務法は、消費者保護に関する諸法律によって、論者によって捉え方は異なるが、刺激されてきた。

他方、このような早い段階で立法された消費法は、後に、まもなく、消費法典化へ試みようという道へ踏み出した。10年以上の年月を経て、学者や政府の力によって、1993年に、それまで、基準の消費関係諸法律を消費法典という形で結実になった。このような独自に法典化された消費法は、民法（典）と物的に疎遠するようになったという外在的な印象付けがされかねない。消費法典を持つことは、消費法の独立を意味するのであろうか。さらに、21世紀に入り、とりわけ、フランス民法典の200周年の際に、フランス民法典を改正しよう、いわば再法典化という動きが説かれる。それは、何人かの学者の主導の下、いくつかの改正作業グループがそれに向けていた。民法典と消費法典を同時に擁することその自体は、消費者法と民法との関係を探求するには、視点となるだろう。

同時に、民法と消費法との関係について、その「法典」間の関連性は、規範配置や、規定の棲み分けということだけではなく、その根底に民法と消費法がいかなるものであるか。

そのために、本章では、フランスでは、消費法が民法に与える影響を析出する（第一節）。民法が、形式上（一定の原理的なレベルの議論も含めて）、民法典自身には改正などにより、どのような変化が生じているのかを注目しつつ、消費法と民法との体系配置について見る（第二節）。

第一節 フランスにおける消費法の民法に与える影響

序、

実定法の「消費法」が形成されてきた。これによって、伝統民法との関係についての議論が惹起されるようになった。確かに、消費法は、一方、適用範囲を限定すること、他方、契約について従来とは異なって多くの規制がかけられるようになった。

消費者・消費者保護・契約問題などについて、個別的な議論が行ったものが見られるも

の、1978 年法をきっかけとして、消費法のそのものの性質や、消費法の法全体における位置づけ、消費法とその他の法部分との関係を問うものが出てきた。特に、消費者と民法との関係、消費者法の契約一般法に与える影響を論じるものが、活発的に行われていた。

1970 年代以降、フランスでは、消費法の方転換があった。特別規範は、消費者と事業者間で締結された契約を規制する法は、ほとんどである。フランスでは、消費者保護は、現代契約法の一趨勢である。消費者法は、伝統的な契約法に与える影響は、看過しがたい。ここでの目標は、消費法は、契約法の例外・異物であるか。

そのために、多様なアプローチが考えられる。如何なる方法でそれを検証するかは、まず問題である。これは以下のいくつかの点に帰結であると思われる。

第一に、民法の変容を検証するには、それは、さまざまな要素が相まって駆使しているといえよう。どれが単純な消費法の影響であるか、どれが、ほかの要素であるか、あるいは、消費法とその他の要素両方であるか、それらを識別・判別ことは、まずそう簡単な作業ではない。

第二に、消費法と民法との関係には、必ずしも一方的ではない。消費法・民法の双方がお互いに影響を与えるかもしれない。その実定法的な考察より、単純に両者の影響を求めることは、必ずしも容易な作業ではない。

そのため、本稿は、一方、総論として、1978 年法の成立から、今日まで、その主要な学説の議論をたどりつつ、その全体像を総括して、一定の軌跡を析出ではないかと思われる。同時に、その中に、含まれているいわば「消費者」思想の変遷を析出することができればということである。

他方、各論として、必ずしも全面的ではないものの、個別的に議論を補強する。このような作業は、断片化に陥りかねないだろうが、それを通じて、フランスの消費法と民法との関係の一端に光を当てることができるのであろう。

一、一般的考察：78 年法以降学説史的展開を中心として

その中で、90 年代のフランス消費法典の成立時期を意識しながら、その前後の学説の議論状況をみる⁷⁹⁷。

まず、1970 年代に、消費法の登場を、如何に受け止めるかということが議論された。そこでは、一方、伝統的民法とは、原理的に乖離した法であり、民法の領域を略奪するという見解がなされた。他方、民法の不足を補う点もあり、民法と相反な ではないというか、むしろ、従来の伝統的民法の基本原理を見直すべきこそではないか、という見解の対立が見られる。

さらに、1990 年代の消費法典の結実に伴って、消費法というより「自立」的な意味を帯びて、特別な法分野として地歩を固めてきた。フランスでは、この独立の消費法典を選択した⁷⁹⁸。しかし、学説上、より大きな反響が呼ばれる。消費法が形成（78 年）という意味の上、さらに、「法典」により新たな法領域としての消費法が形成されてきたという

⁷⁹⁷ これに関して 1980 年代までフランスの状況に言及されるものとして、大村敦志「契約と消費者保護」民法講座 1987 年。

⁷⁹⁸ 消費法を民法に取り込むかどうか、といった議論はあまりなかったようである。むしろ、消費法を法典として規定することは、当たり前だという認識は強いようである。

認識が強まってきたことがあろうためか、消費法と民法との関係の議論について、より精緻な検討が展開されてきた。具体的に見よう。

(一) 消費法－：民法の例外－70年代（1978年法まで）

第I部第一章で見たように、1960年代以降、顕在になった「消費者」は、法が如何に保護するかが、個別的な立法が見られた。1978年法までの時期は、フランス消費法の揺籃期といってもよい。生起する新たな法現象としての消費者法については、学説の反応は如何なるものであるか。1978年法前には、消費者保護（法）と民法の関係については、J.-L.Baudouin、Roger Maul、Bihlが挙げられる。

①J.-L.Baudouin⁷⁹⁹

民法の視点から消費者保護の法を見たBaudouinは、消費法に対してやや敵意を示していたといえる。契約自由や意思自治に立脚する伝統ルールが現代になると、不十分となるため、国家の力により不平等の地位にある当事者間の法的関係を是正するのは、消費者保護である。消費者保護の法は、形式主義を回復し、契約自由に反し、契約の拘束力を侵食し、無効に関する一般理論を無視している。このような法は、例外の法であり、反体制のであり *contestataire*、それは、異端的 *hérétique* であり、異端くさいである⁸⁰⁰。

しかし、そのような極端なことを説いたBaudouinは、将来に向けて予測をした⁸⁰¹。懐疑しないのは、消費者の保護に関する新しい法は、伝統的民法と商法にインパクトを有するだろうということである。そこでは、重要な問題は、最終的には、消費者保護法を通じて、債権債務の伝統的法の根本的変更になるとも述べる。このように、彼は、消費法の影響を予言していた。また、その影響は根本的なものであるとまでは意識されていた。

2、Roger Maul

消費者保護に関するルールは、民法に根本的な影響がなく、個別的な影響に留まっていた。これについて指摘したのは、Roger Maulである。同シンポジウムにおいて、1978年法前に、Roger Maulは、消費者の保護を確保する視点で、立法者が実際の努力をしたにもかかわらず、それらの介入は、民事・商事に根本的な変化をもたらしていない。La réglementation de la vente à tempérament 割賦販売規制のみは、消費者の利益に、民法の伝統的ルールにいくつかの主要な点について適用除外している、と指摘する⁸⁰²。Maulは、現れ起こったばかりの、断片的な個別法について、その当時の状況を語っていた。変化があるにもかかわらず、根本的な変化が当時は見られないということである。当時の時点から、将来については、Maulが特に言及していなかった。

3、Bihl

⁷⁹⁹ J.-L.Baudouin,Rapport général, in La protection des consommateurs, Trav.Ass.H.Capitant,1973,t.XXIV, p.3.

⁸⁰⁰ J.-L.Baudouin,Rapport général, in La protection des consommateurs, Trav.Ass.H.Capitant,1973,t.XXIV, p.5.

⁸⁰¹ J.-L.Baudouin,Rapport général, in La protection des consommateurs, Trav.Ass.H.Capitant,1973,t.XXIV, p.15.

⁸⁰² R.Maul,La protection du consommateur et la formation des contrats civils et commerciaux, in La protection des consommateurs, Trav.Ass.H.Capitant,1973,t.XXIV,p.191,spéc.,p.201.

ビルは、早い段階（1974 年）では、消費者保護の問題と民法（契約締結・履行などの問題）との関係かについて論じていた⁸⁰³。彼は、消費者に関する法の特殊性を強調することにより、それと民法との乖離を指摘しつつ、消費者に関する法の独立分野への発展を方向付けた。消費法の存在が否定できない現実である。

このような独立法としての消費者法を念頭に置いて、民法とは異物であるとして消費法を捉えていた。彼は、民法は、消費者を看過しているといい、意思自治の原則の神聖不可侵と契約個人主義の神話は、消費者社会と両立しえないのである。すなわち、消費者が単なる契約当事者ではなく、かつ、でありえないという⁸⁰⁴。

来るべき消費法 *le droit de la consommation de demain* は、消費社会に順応するため十分に柔軟な諸一般原則を軸として、制定されなければならない。これらの原則は、契約の締結と履行において、生産者・販売者と消費者の間の関係を統御する *régir*⁸⁰⁵。

4、1978 年法の成立過程

1978 年法の報告者である J.Thyraud は、消費法は、債務理論の一般原則に大きな例外を開いている⁸⁰⁶。また、Thyraud は、消費法は特別法 *un droit spécifique* であるべきだと考えている⁸⁰⁷。

1977 年には、78 年法の立法過程の審議過程において、消費法分野の立法について、契約法の視点から、消費法の立法にきわめの危惧が呈されていた⁸⁰⁸。この法は、契約に関する従来の諸原則を侵害するものであると評価され、「民法の略奪 *saccage du droit civil*」と、心配を示していた。

まとめ

以上、1978 年法誕生以前は、消費法は例外だという考え方が強かった。それは、ある程度、民法に影響を与えるとは認められているものの、ごく個別的なものにとどまると認識されている。また、民法の立場から、必ずしも好意的ではない態度が示されているといえることができるのであろう。

(二) 例外から一致・補充へ：70 年代（78 年法の後）

この時期の学者らは、消費法が、革命的な法であるとしている。意思自治の原則が挑戦され、かつ、債権債務の一般理論は、変容したとする。

①Berlioz

Berlioz は、消費法について、（一般法の観点からすると）やや異物なような存在であるとしている。少なくとも、彼は、消費法や消費者概念について、好意的ではない。伝統民法の防御の名義で、新しい法が出現する恐れがある、それは、**契約法を混乱する**としつつ、消費法は、非常に意思に欠ける方式で誕生したものであると説かれる⁸⁰⁹。このように、

⁸⁰³ L.Bihl, Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal. 2^e sem., 1974, p. 754.

⁸⁰⁴ L.Bihl, Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal. 2^e sem., 1974, p. 770.

⁸⁰⁵ L.Bihl, Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal. 2^e sem., 1974, p. 770.

⁸⁰⁶ Doc. Sénat, 1976-1977, n°9.

⁸⁰⁷ JO Sénat, Déb. parlementaires, 1977- 1978, n° 102. J. Thyraud 発言。

⁸⁰⁸ L. Foyer, J.O. débat, Ass. Nat., 2^e séance du 8 décembre 1977, p. 8467

⁸⁰⁹ G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP, éd., C.I. 1979, II, 13019.

Berlioz によると、消費法は、契約に混乱をもたらしているものであるということである。

②M.Borysewicz

しかし、ほぼ同時期に、好意を見せたのは、Borysewicz である。

まず、契約の領域において、新しい諸ルールと民法の諸ルールとの間に自然的な境界が存在しない。消費者を保護するルールが民法を進歩させるるのであろう⁸¹⁰。

次に、消費者法の拡張力について⁸¹¹。この分野では、諸ルールの拡張の力は、明らかに感知されるべきである。一方、新しいルールは、消費者保護の小さな扉により入場したものであり、かつ契約当事者の唯一の性格により限定された適用範囲があり、われわれすべて消費者である以上、それらは、実際、大きな扉によりわれわれの法に入り込む。適用の頻繁という単純な比重 *poids* が、消費法に契約法において主要な位置を与えるだろう。このように、狭い消費者概念を取りながら、消費法の適用の頻繁さからその拡張力や、契約法における消費法のウェイトが説かれるのが特色である。また、消費者と民法との関係については、消極的な消費者概念が採られることから、個人間の法的関係を案じ、その事業的活動と関係しないという民法には、消費者が存在するのであるというスタンスが明確に示されている⁸¹²。

また、1978 年法において、「消費者」「非事業者」といった対象の同定に関する躊躇や動揺は、明確な境界画定の困難さを露呈させ、かつ、そのこと自身により、特別的なものとして制定された諸ルールの一般法へ漸進的変動の容易さをも露呈させる⁸¹³。

さらに、Borysewicz は、消費者保護の 1978 年法と契約法について、彼は、契約当事者の相違な性格（消費者・事業者）から、民法のルールを新しいルールにより代替される一方、消費者法は、特別な手法を用いるにもかかわらず、消費者法は、民法のルールを切り離していないと指摘し、民法上の諸ルールは、実際には存在されうる、と説いた⁸¹⁴。

彼は、伝統的契約法が、当事者の平等であるに大して、消費法は、とりわけ 78 年—23 号法律は、原則的には、当事者が最初に平等の状態にあるのではないことを想定している。消費法は、民法のルールの正常な適用に寄与し、当事者双方の平等を再建するに達する配慮において、両者の集中が存在する⁸¹⁵。このように、Borysewicz は、この法律に命じられた制度の不平等は、その目的は、事業者と消費者間の均衡、民法の理想的 *idéal* な均衡を修復しようとうすることではない。消費法と民法との間に、根本的に、一種の収斂（収束、一致 *convergence*）が存在するという⁸¹⁶。

しかし、この時期は、彼は「契約一般法が不当条項の禁止の一般システムを知らない」

⁸¹⁰ M.Borysewicz, Les regles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, *Reflecons à propos de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*, in *Etudes offertes à P.Kayser*, t.I, PUA M, 1979, p.93

⁸¹¹ M.Borysewicz, p.94.

⁸¹² M.Borysewicz, p.94.

⁸¹³ P.96.

⁸¹⁴ M.Borysewicz, 1979, p.97.

⁸¹⁵ M.Borysewicz, 1979, p.119.

⁸¹⁶ 119 頁。彼は、消費法は、民法ルールを特別ルールによって代替するとき、契約自由に与えた制限は、この原則を対象としてではなく、むしろ、契約の実務によって事実上に踏みこまれることを回避しようということであろう。実際、契約の核心・かつ、民事的原則にに必要な意思の一致 *accord* を再び付与する意思がある（126 頁）。

817 という認識であった。

③G.Cornu

Cornu は、第一に、諾成主義に対する制限、契約内容の自由な決定に対する打撃、契約の拘束力に対する打撃より、消費法は、本質的な特徴によって契約法の変遷を示しており⁸¹⁸、略奪や挑戦などの評価に反して、この新しい分野を伝統的な法構造に統合することが可能であるとしており、新しい契約秩序ではなく、現存秩序の屈折と豊富化とに属する収斂点を示している⁸¹⁹。すなわち、彼は、消費法は、その平等回復の諸ルールにより、契約原理を制限するというより、むしろ、消費法は、契約法を補完することにある。

(三)、80 年代

80 年代に入り、より多くの展開がなされた。

①D.Ferreier

Ferreier は、消費者保護のために、債務法に熟慮期間という規定を入れると、民法 1174 条の一方的条件の無効原則と 1134 条の契約拘束力の原則を損なうか、あるいは、消費者保護に関する規定の創設は、伝統的原則を修復すると主張するかという問題については、「熟慮期間の整備は、意思表示の前に、その契約を熟すことができ、したがって、アプリアオリに債権債務の一般理論の原則に合致するのである」⁸²⁰といい、「その債務の内容について消費者情報の強化、事業者と締結された契約において形式主義、熟慮期間の付与は、意思自治原則の強化を証明するのであろう。すなわち、熟慮された意思 *consentement* のみは、完全な意思 *volonté* を示すのである」⁸²¹と指摘する。

②J.-L.Aubert

消費法と民法ないし民法典の関係について、非難ではなく好意的に捉えるべきだと主張する⁸²²。

消費者保護の諸法律が、明らかに、非難されるべきではない。消費法が必要なものである。それだけではなく、消費法は、民法の、現代世界 *monde moderne* の需要 *besoins*・現実 *réalités* に対しては、順応の一段階と理解されるのでしかない。明らかに、消費法は、

⁸¹⁷ M.Borysewicz, *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats*, p.105.

⁸¹⁸ ジェラルール・コルニュ（星野英一訳）「フランスにおける契約法の変遷」29 頁以下（有斐閣 1982 年）特に、38-42 頁。

⁸¹⁹ ジェラルール・コルニュ（星野英一訳）, 50 頁）。これは、従来の考え方と合致しているところがある。たとえば、早い段階、リペールは指摘する。「立法者が思慮を欠いた附合を阻止する、権利の濫用を停止するとき、結局のところ、契約拘束力の思想を防御することであり、かつ、民法典の使命の完成が期待されうる」という。つまり、リペールの論理によると、消費法は、むしろ民法の原則・使命を徹底したものであろう(G.Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1935.)

⁸²⁰ D.Ferreier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 1980.chron., p.177.

⁸²¹ D.Ferreier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980.chron., p.188.

⁸²² J.-L.Aubert, *Petit bilan personnel d'un grand congrès*, in 81e Congrès des notaires de France, Lyon, 12-15 mai 1985, Defrénois, 1985, p.828.

民法典を通らせる *faire passer* することができる熟慮の原因 *ferment* を構成しなければならない。とりわけ、契約の成立に関するものに関して、今日認める治療的（救済的）なものから、予防的なものへになる。前者は、不十分の自由と明確な意思により支えられた契約の取消しのメカニズムに立脚するのである。後者は、とりわけ、民法典に契約締結前の法的レジームを取り込むのである。

③G.Rouhette

Rouhette は、消費法は、その介入より、もっと直接的な方式で、契約の一般理論に影響を与える。彼によると、契約一般理論には、架空の基礎が存在し、消費法というのは、その架空の基礎を奪う機会を提供するものである、という⁸²³。彼は、1978 年法律は、制限するというか、その顕著な特徴を示して、契約分野で、コントロールの原則を創設するという。消費法の基礎として「非事業者契約当事者が弱いもの、愚かな者でしかないという推定 *la présomption que le contractant non professionnel n'est que faiblesse, imbecillitas*」である。また、消費者が、経済的な計算ができず、自由・明確な選択のできない人格 *personnage* であるという消費者像に立ち、消費者法は、明らかに、意思の完全・自由を回復しようとするものとし、一般法を混乱させるではなく、契約一般理論上の諸概念をより明らかにすることができる⁸²⁴。

④P.Malinvaud

Malinvaud は、第一に、民法典制定当時の状況は、今日では、当然なものではなく、立法者も、消費者の奪われた契約自由を消費者に復元しようとし、失われた契約の均衡を消費者のために再建することである⁸²⁵。第二に、意思主義、意思自治、契約拘束力などに大いに侵害することが明らかである。少なくとも、消費法が、契約一般理論に整合性（一貫性）を失うことをさせた⁸²⁶。第三に、消費法は、法律家を喜ばせるものであるか、市民の満足のためであるか？消費者保護は、強者に対する弱者の保護というより広いシェーマで、示唆されるのであろう⁸²⁷。

⑤B.Berlioz-Houin

消費法は、広く適用される傾向がある。1978 年法、消費者だけではなく、非事業者にも。このような消費者法は、契約の実質的原則を守るところか、それらの多く分野の介入によって、契約法の統一性とその一般原理に疑問を投じる⁸²⁸。

Berlioz-Houin は、1978 年法が、契約当事者の属性（個性）という主観的考慮の機能によって、契約の成立や履行を決定する。これは、契約の成立、履行に関する適用ルールの一貫性を失わせる。契約成立では、熟考期間、撤回期間、など、多様な手法が行われ、

⁸²³ Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in études Rodière, Dalloz 1981 p.260.

⁸²⁴ Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in études Rodière, Dalloz 1981 p.260-263.

⁸²⁵ P.Malinvaud, La protection des consommateurs, D.1981, Chron., p.51.

⁸²⁶ Malinvaud, Le protection des consommateurs, D.1981, Chron. VIII, p.60.

⁸²⁷ P.Malinvaud, La protection des consommateurs, D.1981, Chron., p.62.

⁸²⁸ B.Berlioz-Houin, Le droit des contrats face à l'évolution économique, in Etudes offertes à R.Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises, Dalloz-Sirey, 1985, p.3. et s., spéc., p.31.

かつ、伝統的ルールの厳格さを緩和することによって、申し込みと承諾のメカニズムは、古典的シェーマに合致しなくなる。このような消費者法の影響を受けて、民法典の理念の変容を促すと説かれる。

⑥J.Ghestin⁸²⁹:新しい原理の提示

上記の諸説の多くは、消費法が、民法に打撃・略奪を与えるとの見解であっても、民法にとっては、その基本原理は、依然として変わらないこと、とくに、意思自治原則が相変わらず維持されうるという点では一致しているであろう。すなわち、消費法は、あくまで例外として、民法の領域に流入してきたところがあるという見方を見せた。そこに、消費法をどう捉えるかは、論者によって異なっている。

しかし、より、インパクトを与える説としては、Ghestin があげられる。

第一に、Ghestin は、消費者・消費法の生成により、新しい原理に属すると認めている一方、民法の基本原則が、意思自治・契約自由ではなく、契約正義であるとしている。こうして、消費者問題への配慮や消費者法の出現は、民法の基本原則そのものの変容と合致しているという。ゲスタンは、1978 年法が民法典の規定を修正する傾向があり、民法典からその適用をはずすどころか、1978 法が、民法の射程を延長するものである、と説く。

第二に、特別法の契約一般理論に対する影響について。特別立法は、もっとずっと具体的性質を、合意のレジームに付与するために、各種契約の実践に合流する。民法典において、契約一般理論と個人契約の多様性の間で、契約の各類型についての特別諸ルールは、その性質の原因で、相対的に限定的な射程しか有しない。今日、個別的諸契約と一般理論との間では、しばしば、大いに強制的各種契約法と、公私の各種契約が置かれている⁸³⁰。

時には、契約一般法は、現代的諸問題への不適合の原因で、衰退していると推論する。加えて、特別法が、進歩の法であろう、時代遅れの一般法の束縛から解放されるようになるだろう。労働法の自治がその例である。学説自身が、特別問題に関心し、かつ、債務の全体を支配する一般ルールではなくなるとされる。

実際、法的ロジックの性質においては、諸新しい法律は、抽象に適した整合的なシステムにおいて、それら自身を含まれる。しかし、判例、及び学説、とりわけ、法の一般的諸原則から出発して、実定法の変化の整合性を確保する。とりわけ、これらの原則から出発して、新しい諸特別法を解釈する。しかし、逆に、旧法から抽出された諸原則は、これらの特別法の寄与に応じて変形または修正されうる。たとえば、消費者保護に関する諸法律は、時には、同意の瑕疵に関する一般理論から新しい概念 *conception* を推論されることが出来る。同様な意味において行う特別解決方法の全体が、新しい一般法が引き出されるだろう、特別法の体系化 *systematisation* が、以下のいくつかの本質的な原則を制限することが出来るだろう。たとえば、意思主義、意思自治、あるいは、契約概念についてである⁸³¹。

⁸²⁹ J.Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, D.1982.chron.p.4. 日本語訳は、ジャック・ゲスタン「契約における有用性と正義適合性」法学志林 82 巻 3・4 号 1985 年 115 頁。このようなゲスタンの考え方が、後に、貫いている。ゲスタンが、消費者保護について、契約伝統法の不足、意思自治のドグマの不適切性を指摘する (*Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, les obligations*, t.2, 2^e éd., 1988, n°124, p.116.)。

⁸³⁰ *Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, les obligations*, t.2.1980. LGDJ, n°91, p.63.

⁸³¹ *Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, les obligations*, t.2.1980. LGDJ, n°91, p.64. また、1988 年 2 版、1993 年 3 版, p.84, n°102 同様。

したがって、今日、契約一般理論は、しばしば、各種契約の特別法に参照することと強制されている⁸³²。

⑦ 1985 年における『現代における契約法の変容』

『現代における契約法の変容』においては、J.Carbonnier、J.Mestre、Cornu が消費法ないし一般法の変容について言及していた。

第一に、J.Carbonnier

1980 年代当時の Carbonnier は、一般法と消費法との親近性が説いていた。一般法について、消費法が同様なシェーマで働く以上、容易に民法に取り込むことができるだろう⁸³³。

第二に、J.Mestre

契約の伝統的なアプローチ、すなわち、内部から見られた契約、契約当事者の人そのものは、現実的には、更新の目的となる⁸³⁴。すなわち、伝統契約法における契約ないしその契約当事者は、現実には、新たなものにより更新されようということであろう。

第三に、G.Cornu

Cornu の消費法について次のような指摘があった⁸³⁵。フランス法における消費者保護に関しては、表面的に現れる一貫性の欠如や断片化に対して、実質的な一貫性・連続性の存在を指摘しつつ⁸³⁶、消費法が、新たな均衡を探求するために生成中のものとし、劣勢の進化の法だと捉えていた。消費者保護が潮流だけではなく、それはまた必要である。

90 年代：消費法典以降

1990 年代になると、特に、93 年消費法典が制定された以降、より、活発的・総合的な検討が見られる。独立に制定された消費法典が消費法の存在を宣言した標識としての意味も有するからである⁸³⁷。消費法の民法に与えた影響を問うものが現れる。

①J.Calais-Auloy

⁸³² Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, les obligations, t.2.1980, p.65.

⁸³³ Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, 1985, PUF, 1985, p.31.

⁸³⁴ J.Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, p.45.

⁸³⁵ G.Cornu, Introduction, Journées R.Savatier, L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, PUF, 1985, n°46 et n°47, p.155.

⁸³⁶ G.Cornu, Introduction, Journées R.Savatier, L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, PUF, 1985, p.154.

⁸³⁷ たとえば、J.Carbonnier, Droit civil, Les biens, Les obligations, PUF, 2004, n°921, p.1915.消費法典の即時の制定により、上出来であれ不細工であれ、消費法は、政治的に政変 un coup de maître を実現した。消費法は自律の法になる。また、消費法の法典化により、消費法をの自律の法に昇格すると説くものとしては、A.Sinay-Cytermann, Protection ou surprotection du consommateur, JCP.G.n°48, 30 novembre 1994, I 3804, n°2.

90年代には、まず、Calais-Auloyの展開があった。Calais-Auloyが、消費法典が成立された後に、1994年、1998年二つの同タイトルの論文で、消費法の民法に与える影響を検討する。

第一に、民法と消費者法とは密接な相関関係が存在するという。契約分野において、消費法のもたらす一連の革新は、民法の変容の要素と考えられる⁸³⁸。

消費者法のこれらの革新は、その特殊な分野にとどめるのか、それとも、広がることにより、これらに革新が、徐々に民法の全体に広がるのか、と問題提起するにとどまった⁸³⁹。

第二に、しかし、以下の仮説がさなれた。一方、弱い状況のすべての契約当事者に、消費者に現実には与えられた保護を与えることが公正なようである。このような拡張の趨勢がすでに現れる。信義則 *Bonne foi* など失われた原則の再発見することができるが、諸境界の拡大に関し、真の一般化であると⁸⁴⁰。

第三に、Calais-Auloyは、一般化が保護ルールの全体性へ拡張しうることに、疑問が示されている⁸⁴¹。たとえば、熟考期間の制度を一般化し難い。あるいは、すべての契約に有用である不当条項リストを立て難い、あるいは、その全体において安全問題を取り扱いがたい。労働者の保護、農業者の保護、中小商人の保護、長い間、特別ルールからなされた。なぜ、消費者保護は、一般化できるのかと疑問しつつ、Calais-Auloyの答えは、契約法については、消費法は、一定の駆動効果 *effet d'entraînement* を果たしているが、消費法は、その特別性を失われないということであった⁸⁴²。他方、消費者法の契約法への一定の波及力を与えたと認めるが、消費法に対する契約法の独自性・統一性の必要が説かれる⁸⁴³。

②J.Beauchard

消費者法を例外の法・特別な法と捉えている⁸⁴⁴。消費法は、ほとんど自然的に、一般法の周辺 *en marge* に置かれ、かつ、しばしば、一般法に対して、とりわけ、民法典に支配的になっている意思自治に対して、かつ、法的個人主義に対して、反響している。

その例外・特別は、精神と構造上の特別である。人のカテゴリーという対象から、そし

⁸³⁸ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civi1994,p.240.

⁸³⁹ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civi1994,p.252.

⁸⁴⁰ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civi1994,p.252.

⁸⁴¹ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civi1994,p.254.

⁸⁴² 1994、1998年論文においては、同意見である。J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*,RTD com.51.1.1998,p.119.予防と集団的手段、特別の行政。消費者協会の役割、民法と刑法と訴訟法の組み合わせなどは、消費法に専属する手法であり、一般法化し難いという。

⁸⁴³ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*,RTD com.51.1.1998,p.120. 同様な意見として、J.Calais-Auloy et H.Temple,*Droit de la consommation*, 8^e éd.,Dalloz,2010,p.703「消費法は、民法の諸原則を取り除く *supprime* ことをしない。消費法は、自然的に不平等の関係において均衡を取り戻させようとする性質の諸ルールにより、民法の諸原則を補完する」と述べている。

⁸⁴⁴ J.Beauchard, *Remarques sur le Code de la consommation*, in *Ecrits en hommage à G.Cornu*, PUF,1994,n°14,p.14.

て、適用除外の法から、その特別性・例外が現れると認めながら、消費法を一般法とする可能性を指摘する⁸⁴⁵。「われわれがすべてが消費者であると気づくことができるだろう、かつ、この確認について、消費法を一般法とすることは不合理がないだろう。特別法は、事業者間の取引に予定られ、あるいは、商の利用の分野に予定される」。

消費法の覇権主義 *l'hégémonie* や拡張力が認められている。一方、消費法の精神は、一般法のいくつかの側面を強く刺激し *impressionner*、かつその方向を変える。他方、例外法の通常ならばの厳格解釈ということから突破して、消費法が、消費法は、制限された枠から離脱しようとし、限定された枠に収まらない諸状況を規制するためにそれを当てようとする。消費法は、類似によりあるい拡張的解釈より、土俵を獲得することで、時には、その変性を通じて、自然的に、一般法として振る舞う。消費法は、したがって、オリジナルではない種類であるだろう。すなわち、一般的傾向のある特別法である *un droit spécial à vocation générale*。

さらに、良いかつ公正的な存在としての消費法のルールという視点から疑問が投げられる。もし、それらのルールが良いかつ公正的なならば、なぜ、消費者のみへの適用に限定することであるか？それは、消費法を現実的に振舞うかつ、分裂の危険があるという問題である。

結局、消費法を特別性において囲むべきか、かつ、多くの非常に特別なルールが、長い間、複雑・われわれが保護しようとするものに跳ね返るによって終えられた難解の要素を構成するか。これらの二つの問題について、*non* と答える⁸⁴⁶。

③C.Thibierge-Guelfucci

消費法を拡張の自然的力により生命力を有する若い法とし、他の諸特別法とともに、その諸ルールは、意思主義・契約自由や拘束力など伝統的諸原則を強く *malmèner* 圧倒することであり、また、現代法がすでに契約一般理論に与え始めていた侵害を昇級させる。消費者法などの諸特別法は、法を日常に具象化する⁸⁴⁷。

20世紀末に、契約のイメージそのものが変貌した。契約がその以前のようなものではなくなる。たとえば、不可侵性より、むしろ、より可塑性であり；契約締結における自由より、むしろ、契約の効果における自由であり；個人主義より、むしろ、友愛である⁸⁴⁸。

彼は、現代社会における新しい諸原則が提案される。第一に、契約平等の原則。実定法では、それらの諸 *manifestation* において、より古いのは、均衡 *équilibre* である。それは、契約当事者、さらに契約前当事者 *précontractant* に関係し、かつ、当事者らの間に自然的・抽象的・自動的平等の不在にその根拠 *fondement* がある。仮定的・絶対的ではなく、具体的・相対的な諸事実において、平等への願い *aspiration* を反映する。この契約平等原則は、不平等を制裁することを可能にし、あるいは、契約成立・履行において当事者らの間での平等を回復することを可能にする。技術的・経済的などの面で劣勢状態の当事者が、契約を認識することで契約締結・履行することができ、かつ、相手方が、その

⁸⁴⁵ J.Beauchard, n°15-17.

⁸⁴⁶ J.Beauchard, Remarques sur le Code de la consommation, in *Ecrits en hommage à G.Cornu*, PUF, 1994, n°40, p.23.

⁸⁴⁷ C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. Avr. juin 1997, p.357.

⁸⁴⁸ C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. Avr. juin 1997, n°4, p.360.

力の地位を濫用することができる、という目的である⁸⁴⁹。

第二に、契約均衡の原則。契約そのものに関するものであり、この原則により、契約、その成立と履行において、給付間の均衡、かつ、当事者らの権利義務間、かつ、条項間の均衡を尊重すべきである。したがって、各当事者は、契約の総括的意味において、それが与える等価を受けるだけではなく、また、相手方の義務に関して、非比例な義務に従うことしないことである。実定法では、探求された均衡は、*idéal* ではなく、著しい不比例ではない最小限である。したがって、もし明らかな不均衡が存在するならば、均衡の原則は、判事に、一方あるいは双方当事者の要求に、欠如された契約均衡を立てることであったり、あるいは、破れた均衡を再建したりすることである。

第三に、契約友愛の原則 *le principe de fraternité contractuelle*。各契約当事者は、その自身の利益により、契約の利益と相手方の利益を考慮する。共通の *affaire* の実現、利益のユニオンで。この原則は、一方が力・優勢状況であるという、一方当事者の相互的かつ比例的な要求を生じさせる。利他主義と連帯主義の交換的切望という性質を帯びる。

一般理論の現実的諸原則は、新しい諸原則と同様な *inspiration* インスピレーションを有しない⁸⁵⁰。現代的变化は、実際、証明したのは：どのように、トータルな契約自由が、契約不平等を導き、あるいは、また、どのように、絶対的意味において理解された拘束力原則は、契約法に与えることができるかということである⁸⁵¹。

④J.-P.Pizzio⁸⁵²

Pizzio は、消費法と民法とは、相互補完性がある一方、「衝突的關係」をも維持するとしている。消費一般法は、債権債務法を取って代わろうとするかどうかである。この問題への解答は、われわれがなされた消費法の概念 *conception* に依存する。消費法が、民法に付着する *se rattache* 特別法・例外法であるままか、それとも、民法から徐々に自治法となるのか、と問題を提起する⁸⁵³。

このために、消費法の債権債務法との関係について、従来の多くの学説が消費者の個人的保護のメカニズムに重点を置いていた。Pizzio は、消費法は、もっとずっと広い範囲を有する。消費者の個人的保護を超え、消費関係の集団的・社会的組織に関するものであるとも重視している。消費法の追求する目的によると、消費法は、異なるロジックに従う⁸⁵⁴。

このような二つの視点の区分により、①個人的保護のメカニズム消費法の諸ルール適用除外の性質にもかかわらず、債権債務法と消費法との間で義務付けられた補完性が存在する。②消費関係の集団的あるいは社会的組織は、もうひとつのロジックに含まれる。それは、民法のロジックではなくなるが、市場法のロジックであり、経済法のロジックである、そこでは、消費法は、その他の諸法、とりわけ、競争法と共存する。この分野では、

⁸⁴⁹ C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. Avr.-juin 1997, n°28,p.378.

⁸⁵⁰ N°33.

⁸⁵¹ C.Thibierge-Guelfucci,p.385.

⁸⁵² J.-P.Pizzio, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*,RTDcom 51.1. 1998.p.53.

⁸⁵³ 5 6 頁。

⁸⁵⁴ N°7,p.57.

債権債務法と消費法の補完性は、危険にさらされ、あるいは、動揺させられた。

①については、債権債務法は、消費法の不十分を補う一方、債権債務法は、消費法と競争し、分裂が見られる。

Pizzio が、消費法が、弱い当事者を保護するに執着した新たな分枝として、民法の伝統と合致しており、両者は共通の目的を有し、消費法は、債権債務法の変化の一要素をなすとする点は、従来の学説とは一貫しているといえよう。

⑤J.Carbonnier

2004 年版においては、Carbonnier⁸⁵⁵は、消費法が新しい債権債務法が形成されたと。契約法が、消費法から、新たなひらめきを汲み取ることとなる。彼は、消費法の独創性を指摘し、すなわち、民法が人の理論的平等を前提とすることに対して、消費法は、契約当事者の一方の劣勢を前提としており、その劣勢は、保護ルールによって手当てされる。消費者法が、契約一般法より吸収が可能であり、二つの間には影響 *interférence* が生じる。この両法の間には重なり合う分野において、競合が生じるが、とりわけ、消費者が、民法法を混乱させ、民法に進入し、民法を修正するものである。

その上、Carbonnier は、消費法の法典化により消費法と民法との関係について指摘する⁸⁵⁶。消費法は、若く、進歩的なものであるにもかかわらず、消費法は、民法にレッスンをする能力がある。

⑥D.Mazeaud

D.Mazeaud は、一般法と消費法の関係について、不可避的・必然的な関係があり、二点を示している⁸⁵⁷。第一に、一般法の副次化 *la marginalisation du droit commun*。第二に、消費者法より一般法の植民地化、消費者法が「新しい債権債務法」、という二つの現象である。一般法の消費法から受けた影響を、人的範囲・物的範囲の両面から検証する。

マゾーは、消費法の債権債務報に与える影響について、二つの視点を特に提示する⁸⁵⁸。一方、楽観的な方式であり、消費法が、何らかの意味で、債権債務法の刺激を構成し、債権債務一般法を強化 *renforce*・元気付け *dynamise*・再活化 *réactive* する。消費法が、一般法の再活発化に寄与する⁸⁵⁹同時に、一般法の回復(復活)を実現することができる⁸⁶⁰。他方、時には、一般法が、時には、消費法との対抗から離れ、衰弱・脆弱され、消費法はまた真のトラブルメーカーとして現れる。一般法の混乱をもたらす⁸⁶¹とともに、一般法の排除をすることにより、一般法に有害な影響を与えることと説いている。

⑦Ph.Malaurie

民法の変容に対する消費法の影響について、Malaurie は、評価している。20 世紀にお

⁸⁵⁵ J.Carbonnier,Droit civil,Les biens, Les obligations,2004.PUF.n°917,p.1908.

⁸⁵⁶ J.Carbonnier, Droit civil, Les biens,Les obligations, PUF,2004, n°921,p.1915.

⁸⁵⁷ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation,RTD com 51.1.1998,p.95.

⁸⁵⁸ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation,RTD com 51.1.1998,n°20 et s, p.106 et s.

⁸⁵⁹ N°22 et s.

⁸⁶⁰ N°25 et s,p.110.

⁸⁶¹ N°29 et s,p.112.

いて、契約法よりこうむられたすべての変容は、もっとも知られ、かつ、もっとも目立つのは、消費法を認識させたことである⁸⁶²。

2000 年代以降

G.Doublon

20 世紀を振り返ってみる際、Doublon は 20 世紀の法改正について、立法上の混乱、特別法の林立の現象が見られる。消費法の存在について、「今日、この若い法が、わずか 50 年であり、もっとも豊富のひとつ、かつ、その変容と征服がもっとも目覚ましいもののひとつである」と評価されている⁸⁶³。

N.Sauphanor

民法と消費法の相互影響 *influence réciproque* を論じる Sauphanor は、債権債務法は、消費法から、資源が補給され、消費法が民法を混乱したといった主張について、「時勢に合わなくなった」と指摘し、消費法と民法との収斂関係に好意的に捉え、それらの間の相互補完性を認めている⁸⁶⁴。しかし、相互補完性は、消費者の個人保護のメカニズムから正当化しかされないとする。なぜなら、消費者個人と消費者の集团的・社会的組織に関する措置のロジックは相違であるからである⁸⁶⁵。

「個別（個人）保護の目的を追求するとき、消費法は、民法に対する有益な影響を行う範囲内で、民法と交換の場を構成する (*consititue en lieu d' échanges avec le droit civil*)。跳ね返って、消費者は、民法に関する訴訟を規制するために、民法によって示唆される。」⁸⁶⁶と。Sauphanor は、このように個人保護に視座を据えつつ、消費法の民法に与えた影響を語る。消費法は、有益な影響を民法に与え、跳ね返って、民法は、消費法から着想を得て、一般法から引きだした紛争を解決するという「交流関係」や「フッドバック」と説く⁸⁶⁷。影響（作用）*action*、反作用 *réaction* と示されている。

N.Rzepzcki⁸⁶⁸ (2002 年)

ルゼブズキのテーゼは、当面、消費法と契約一般理論を探究するものである。共存の関係 (N.Rzepecki, p.27, n16)。契約一般法あるいは契約一般理論のよりオリジナルな視点、あるいは、その準備作業として、前半では、契約の一般理論に対して、消費法の位置づけを語る。すなわち、一つの法の分枝としての消費法が存在するかどうかである。後半では、消費法と契約一般理論の関係を検討する。そこで、契約の一般理論の消費法のインパクトについて、「均衡 *équité* の概念、濫用 *abus* の概念は、この目的のために、唆す⁸⁶⁹。判例は、この要請に答え、違約金の分野において、枠契約において、かなり大量に信義則や濫

⁸⁶² Ph.Malaurie, *Le droit civil français des contrats à la fin du XX siècle*, in *Mélanges M.Cabrillac*, Litec, 1999, p.187, spéc., p.195.

⁸⁶³ G.Doublon, *Regards sur le vingtième siècle*, Defrénois, 2001, p.36.

⁸⁶⁴ P.40.

⁸⁶⁵ P.40.

⁸⁶⁶ N.Sauphanor, p.40.

⁸⁶⁷ P.40.

⁸⁶⁸ N.Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002.

⁸⁶⁹ Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTDciv.1994, 253. また、Cornu, in *Le droit contemporain des contrats*.

用の概念を援用した。また、コース概念も、何年かで、破毀院は、伝統的概念の価値において、同様な精神を取った⁸⁷⁰。

N.Rzepecki は、Calais-Auloy の指摘の不十分を示し、プロセスの考察が必要であるという新しいルール（消費法）は、「事業者と消費者との契約の特別な部分において、民法の変容のファクター⁸⁷¹」と考えられうることは十分ではなく、さらに、特別なプロセスの一般化を確認する必要がある、それがないと、契約一般理論についてのインパクトは、無いのである⁸⁷²。

それにより、消費法の一般理論の介入について、補充的介入・代替的介入について、検討を加えた。「消費法の契約一般理論への小心的介入は、特別法の潜在性を明らかにしていない。特別法のいくつかの規定は、好意的に開発されうる」という⁸⁷³。

そこで、「消費契約の成立に関する規制、不当条項の禁止」を取り上げ、民法は、これらの消費法の規制から着想を得ることを検証する⁸⁷⁴。

D.Mazeaud⁸⁷⁵

契約当事者の自由・平等、意思自治といった契約関係に関する伝統的な観点は、今日では、適切ではなくなる。しばしば、しばしば、契約締結の段階では、契約当事者の一方は、経済的劣勢状態にあり、かつ、契約は、支配的な一方により一方的に *rédigé* 作成される。また、契約法は、時には、この不平等の反射であり、かつ、不公正の源泉であり、この不公正は、濫用と過剰により現れる。そのため、実定法では、契約が、契約当事者らの秘密の庭として理解されなくなる。これから、立法者と判事の介入が、著しく不均衡であるの場合、契約自由を再建するため、かつ、契約当事者を解放するためである。契約意思の自治は、法律に依存し、かつ、契約は、改訂の司法的権力に常に *rétif* 頑固的ではなくなる⁸⁷⁶。

また、マゾーは、現実主義に目を配った。彼は、現実主義をフランス契約法の現代的成熟のもうひとつの原因とした。契約実定法、具体性を欠いた法 *un droit désincarné* ではなくなる。つまり、具体的状況を考慮しない法ではなくなる。この具体的状況の中で、諸人を変化させ、活動を枠で囲んでいる。そこから、特別な諸性質と契約当事者の人的特徴や、それらが締結した契約に含まれた市場の状態は、その契約関係のレジームの決定から考慮される。この法律実証主義は、消費法を含む諸特別法から、宿命的に一般法を侵食する展開により現れされている。一般法は、著しい修正を受ける。

マゾーは、契約法の変容のもう一つの側面としては、契約が当事者の利益相反の対抗から、契約連帯主義へと述べる⁸⁷⁷。根本的に、契約連帯主義理論は、契約が相対的に均衡された諸利益の結合、誠実の協力の器、相互の信頼の作品として考慮されることができ

⁸⁷⁰ 535 頁。

⁸⁷¹ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats* ;253.

⁸⁷² p.538.

⁸⁷³ p.562.

⁸⁷⁴ P.564 et s.

⁸⁷⁵ D.Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, Petites affiches, 7 mai 2004, n°92, p.47.

⁸⁷⁶ D.Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, Petites affiches, 7 mai 2004, n°92, p.47, n°2.

⁸⁷⁷ D.Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel*, Petites affiches, 7 mai 2004, n°92, n°5, p.47.

という名義で、一定の契約民事主義 *civisme contractuel* の要求に合致する。

F.Bérenger

Bérenger は、前半では、特別法と一般法との平行的な規範力を有することを証明し、民法と競争できる真正の一般法として、構成さる。後半では、判例・立法という両面から、消費法の民法に対する影響を考察した⁸⁷⁸。消費法の技術は、契約一般法に、示唆を大いに与えたことと指摘する⁸⁷⁹。「大量の感染が、そのことを実証し、われわれは、既に、判例上、新しい一般法の誕生を確認した。その新しい一般法は、古い一般法に重畳する *se superposer* が、しかし、この二つの法は、同様な *cohérence* に付与されていないため、（新しい）一般法は、契約一般法に多種多様な *cohérence* が付与された」⁸⁸⁰。判例・立法の感染 *contamination* は、特別法が提案する相違な諸モデルのおかげで、それ（特別法？）を吸収することによって、この特別法の、一般法を代替することを可能にする⁸⁸¹。更新の動きは、一般法の概念の背後に隠れるものを隠す傾向がある。すなわち、特別法のロジックによって変質された性質決定の利用である。言葉は、そのままであるが、法のロジックと精神は、変わった。これは、一方の法が他方の位置を取ろうとする、十分にその妥当性を証明する。契約一般法と消費法との間の関係において、この代替を認めるには、障害が存在しないという⁸⁸²。

Bérenger からみると、消費法は、一般法の進歩の源として現れる。この法は、真正のモデルとして現れ、その諸性質決定（其のロジックは、一般法のロジック *cohérence* に合致せず）は、今日では、判事・立法者を影響するよいルール・真正のモデルとして感じ取られ、真正のモデル、判事と立法者を影響し、それら（性質決定）は、増殖され、かつ、拡張的な方式で解釈され、一般法の中に特別所ルールの統合は、一般法の目的を達するに最も適するのは、特別法に提案された性質決定である、ということの証拠である⁸⁸³。

同時に、一般法の性質決定の変容が、消費法より提示された性質決定の接近 *rapprochement*、示唆 *inspiration*、さらに、浸透 *contamination* である。これは、新たに、新しい目的に直面するに両立的と表された一般法の性質決定ではないことと意味する。この自体で、消費法は、今日の時代において、新しい問題点 *enjeu* を対面させるには、民法の性質決定の不足を証明している。結論としては⁸⁸⁴、以下の指摘がなされた。①消費法は、契約一般法にとって、示唆のモデルとして現れる、②消費法は、契約一般法の代替となるような傾向があるようである。③現代契約一般法は、二重の *cohérence* が与えられる：伝統的一般法といわゆる「更新された」一般法であり、後者は、むしろ、消費法より感染された一般法を構成する。

まとめ：「例外」から「一般法そのもの」へ

⁸⁷⁸ F.Bérenger ,2007, p.349 et s.

⁸⁷⁹ 613 頁 n°866。

⁸⁸⁰ 613 頁 n°866。

⁸⁸¹ 663 頁 n°937。

⁸⁸² 663 頁 n°938。

⁸⁸³ 665 頁 n°939

⁸⁸⁴ p.675.

以上、学説の議論を見てきた。フランス法は、消費法の展開過程においては、消費法自体の成長により、消費者法の自治が増大してきた。他方、民法の例外から、新しい一般法になる過程でもある。最初の一部の学者は、敵意を示していたにもかかわらず、消費法の民法に与える影響を否定したものがない。1980年代には、消費法と契約の原理、契約一般理論との関係が説かれることが多くなってきた。契約原理・一般理論に与える影響が拡大されるように見て取る中で、たとえば、Ghestin は、民法原理そのものの変容を主張する。民法原理は、契約自由ではなく、契約正義である。この主張は、新しいものではない⁸⁸⁵が、消費者法の影響が端的に示されている。1993年の消費法典の制定により、消費法の存在をより鮮明に標識する意味がある。消費法により、「新しい債権債務法」の生成、「消費一般法」が明確に主張されるようになってきた。「一般法の副次性」が説かれる反面、新しい一般法の優越性と理解しても可能であろう。

二、個別的考察

以上は、学説史的に見てきた。別の視角から、この作業を補強したい。個別法理レベルでは、消費法側から、民法に感染を与える。

1、連帯主義

連帯主義の考え方は、フランス民法では重要なシンボルである⁸⁸⁶。契約法では、連帯主義は、意思自治理論に一般的に対立するという⁸⁸⁷。20世紀初頭に、契約拘束力の個人主義の基本としての個人意思が批判されていた。当事者間の不平等に着目して、契約の拘束力に執拗するのは、もはや不適切である。そこで、連帯主義の考え方が、契約拘束力を制限するものとして主張されるようになった。

一方、連帯主義の消費法への影響がある。消費法の全体には、連帯主義が浸透する。その影響は、いくつかの標識により体现される⁸⁸⁸。第一に、強者と弱者間の均衡の探求に関して不当条項、消費者が契約当事者である多くの契約では方式主義が認められること、さらに、消費法上の契約成立のルールには連帯主義の影響が浸透しているとされる。第二に、過剰負債や安全義務は、連帯主義のもっとも明らかな標識であるとされる⁸⁸⁹。

連帯主義の学説は、契約当事者間の関係の必要な均衡を主張し、かつ、弱い当事者のために、これらの関係の再均衡の原則を促進する。まず、契約の成立にとって、個人意思に関して、信義則 *bonne foi* の厳格の要求の下に位置づけられるべきである。また、その履行について、当事者間の協力の義務により支配される。とりわけ、強い者は、弱い者に補助 *assistance* 与えることである。それは、明らかに、判事はコントロールし、かつ、均衡を保証する。逆に、そのことは、契約の連帯主義の考え方は、保護法を通じて、大いに発展されたと理解してもよい⁸⁹⁰。「消費者」により、連帯主義は、復興される⁸⁹¹。また、

⁸⁸⁵ たとえば、前掲 E.Gount, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.*; 20世紀初頭には、正義を原則としていた。

⁸⁸⁶ フランス法の連帯主義については、日本語文献では、大村敦志・20世紀フランス民法学から（東京大学出版会、2009年）38頁以下。森田宏樹「契約」北村一郎編・フランス民法典200年（有斐閣、2006年）。金山直樹「フランス契約法の最前線ー連帯主義の動向をめぐる」判例タイムズ1183号99頁2005年参照。

⁸⁸⁷ G.Raymond, *Solidarisme en droit de la consommation*, CCC.juin 2000,repère,n°6.

⁸⁸⁸ G.Raymond, *Solidarisme en droit de la consommation*, CCC.repère n°6,juin 2002.

⁸⁸⁹ G.Raymond, CCC.repère n°6,juin 2002.

⁸⁹⁰ J.-P.Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in la

連帯主義の新しい方向付ける必要があるという⁸⁹²。

2、比例原則⁸⁹³

現代契約においては、比例原則が顕著な地位になりつつある。立法・判例は、契約当事者の間に存在する不平等への手当てとして、比例が用いられる。契約の給付と条項の客観的な均衡を確保するためではなく、過度的・著しい不均衡を避けるためである。比例の要求は、消費法では、活発的に用いられている。特に保証法の分野である。事業者債権者は、非比例的な保証を利用することができなくなる。一方、自然人保証人の融資能力、他方、保証契約により約束された経済的負担の間での明らかな不均衡は、保証を無効にする。しかし、このルールは、契約一般法の中で適用される前に、消費法においては認められている⁸⁹⁴。Cass.com.,17 juin 1997⁸⁹⁵破毀院判決は、「その収入に著しく不比例」な保証 *aval* に署名させたという理由で、銀行の責任を認めた。この判決について、マゾーは、消費者法の判事への影響が指摘し、「特別法は、一般法を感染するようであり、明らかに、破毀院は、消費法典 L. 313-10 条の精神から示唆され、銀行の責任を考慮に入れている」⁸⁹⁶。

また、2003 年 8 月 1 日法律 *la loi pour l'initiatibe économique du 1er août 2003* は、消費法典の中に、L.341-4 条を挿入したことにより、比例性の要求は、一般保証法と特別保証法の両方に及ぶこととなる⁸⁹⁷。

3、契約締結過程に関する規制

①契約成立について。古典的民法の観念として、契約締結のプロセスが想定されていなかった。消費法より、契約締結前の過程のという技術が開発された。消費法は、契約締結過程の「強制的な維持」プロセスを定めることにより、契約の成立を瞬時からプロセス化

nouvelle crise du contrat , p.102.

⁸⁹¹ Mazeaud,Loyauté,solidarité,fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, .C.Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mélanges à J.Ghestin,2001,p.441.

⁸⁹² Ph.Malaurie,L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck,Les oblgqtions, 5e éd.,p.359,n°751 ; Ch.Jamin, Pour en finir avec la formation du contrat, Petites Affiches,,6 mai 1998,n°54, p.26 .

⁸⁹³ Y.Picod, Proportionnalité et cautionnement, in Liber amicorum J.Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation, Dloz, 2004, 864,n°45.

⁸⁹⁴ 消費法典 L. 3 1 3 – 1 0 条。比例原則については、必ずしも直接に消費法の影響を受けるのではないが、2001 年 5 月 15 日法律は、商法典の中で、L.442–6,2 条を挿入し、その行為者の責任を規定する「.....非比例された場合.....」。2005 年 7 月 26 日法律は、商法典の中で L.650–1 条を挿入し、債権者が、合意された融資の所与より生じた損害について責任を負わせることができない。.....債務者の *gestion* 運営にはっきりとした介入、あるいは、これらの融資の代償で請求された保証が前記融資と非比例である場合.....」。いずれも、給付の均衡に着目して規定されているのである。債権者というのは、金融機関のことを実際に想定している。

⁸⁹⁵ Cass.com.,17 juin 1997, Bull.civ.IV, n°188.

⁸⁹⁶ D.Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat,petites affiches,1998. p.16,n°13 .

⁸⁹⁷ D.Mazeaud, Regarudes positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractual,p.54,n°21.指摘する「比例の要求は、これ以降、あらゆる、保証の一般法・特別法を輻射する」。

へにした⁸⁹⁸。消費者のために、契約成立の過程に介入する。契約の成立段階において、消費者の意思を予防的に手当するという措置を採っている⁸⁹⁹。

②契約の成立を遅延させる

瞬間からプロセス化になる以上、意思が持続的なものとすることは可能である。撤回権が行使しないと、意思が存続する。

「消費法は、契約の一般理論に適用する申し込みと承諾の概念を混乱させるのではなく、明確にすることができる」⁹⁰⁰と Rouhette は指摘している

消費者が、契約締結前の段階で束縛されることや十分に考慮する時間がないということ为了避免のために、消費法は、強制的に、契約の成立に一定の時間を作ることを規定している。たとえば、1979年7月13日法律7条は、借主が申込み *offre* を受けてから10日間以降、はじめて承諾することができる、としている。また、1971年7月12日法律第71-556号法律も、同様な規定。すなわち、契約の成立を遅延させる趣旨である。

③消費者に後悔権の付与⁹⁰¹と熟慮期間の一般化⁹⁰²

すでに成立した契約について、消費者に一定期間内において、後悔する権利が付与。こ

⁸⁹⁸ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, RTD com.51.1.1998,p.116.J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civi1994,p.239.;D.Mazeaud, *L'attraction du droit de la consommation*,RTD com 51.1.1998,n°24,p.109.契約締結前の段階に関する規律について、民法典が看過していることと、消費法典の詳細な規定との対比が衝撃的であり、今日、契約締結前の段階を支配する法的安全の要請が確保されるため、消費法は、一般法に対する示唆の源であると指摘されている。

⁸⁹⁹ 消費法は、事業者の情報提供義務を課す規定（消費法典111-1条、113-3条）、また、欺瞞を禁止する規定（消費法典121-1条、213-1条）、いくつかの商取引を規制・禁止する規定（121-1条から122-11条まで）、消費者に熟考期間を認める規定（121-25条、134-1条、311-15条、311-16条、312-10条）。

⁹⁰⁰ G.Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, spéc.n°17,p.261.

⁹⁰¹ 撤回権について、評価は分かれている。たとえば、先にも見たように、G.Berliozは、撤回権が、契約一般理論に侵害を構成し、意思主義と合意の拘束力の原則に侵害するとする（G.Berlioz, *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, 1978, n°25.）。他方、カレオロワは、撤回権を同意の漸進的成立と捉えている。「顧客がその同意を成熟すると必要がある。契約が瞬時に締結されえない。契約は連続的な方式で整理うつあれる、かつ、初めての *contact* の後、*parfait* でしかない。撤回権は、したがって、契約の拘束力に侵害を与えない、撤回権は、契約がまだ成立されていないというときに位置づけられる」（J.Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*,D.1973.Chron.,p.266.）

⁹⁰² フランスでは、債権法分野に導入された前に、この技術がすでに用いられていた。

D.Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractant*,D.1980.chron.,n°1,n°2,p.177.自己の軽率や不注意による錯誤の主張は、破毀院は認められないものの、人道化の配慮から、最も深刻な行為に一定の緩和がなされている場合もある。まず、財産外の分野で、養子の場合。と妊娠の中絶について、女性の一種間の熟慮期間が付与されるという。D.Ferrierは、撤回権を公序と位置づけている。J.Ghestin, *Les obligations, Le contrat, formation*, LGDJ.1e,p.282,n°355.熟考期間の一般化が図られている。

の手法は、消費者法により用いられていた。消費者が消費信用契約を締結するとき、消費法典の L.311-15 と L.311-16 条は、7 日間の期間を与える。この期間中に、契約を解除することができる。この後悔権は、契約の拘束力を、契約当事者の意思の維持 *maintien* に服従させるものである。

さらに、消費者は、時には、契約を受け、締結する前に、契約について熟考することとする。熟慮期間の制度は、「消費者」を超え、一般化する動向も見られる。たとえば、2000 年 12 月 13 日法律は、「連帯と都市更新 *solidarité et renouvellement urbains*」は、公署証書によりなされた不動産売買の場合、非事業者買主が、売主が事業者である場合だけではなく、非事業者である場合にも、熟考期間を遵守しなければならない。換言すると、契約が一般法に適用するときにも、熟考期間を遵守しなければならないということである⁹⁰³。同様に、金融安全に関する 2003 年 8 月 1 日法律により、熟慮期間が規定されている。訪問販売された者 *démarché* が消費者であるか、事業者であるかを問わずに適用される。

④情報提供義務：横断的考察

情報義務は、すでに、民法の一部をなす。

消費者の意思の明確性を確保するために、事業者の情報提供義務が課される。契約締結前の段階では、消費者保護として、消費者に必要な情報を獲得できるように確保される。消費法では、それは、情報的形式により要求される。立法では、契約の申込み *offre* の内容や形式について厳格に認められる。たとえば、1978 年 1 月 10 日法律と 1979 年 7 月 13 日法律によると、貸主が、借主に対して、具体的内容を含まる書面の申込み *offre* を提供しなければならない。そして、借主にとって、当該内容を理解させるために、法律は、一定の期間内に、その束縛を受けるとしている。たとえば、1978 年法律は 15 日間、1979 年法律は 30 日間と定めている。

情報提供義務は消費法の影響の下、一般化される。また、その制度は、その債務者にとって、より厳格となる。

消費者法の情報提供義務が民法学説に与える影響：

1978 年立法は、学説の考え方がないしその捉え方自体に影響を与えることが見られる。たとえば、最初、情報提供義務を否定したゲスタン⁹⁰⁴、約 10 年後には、詐欺を論じる際に、情報提供義務に一定の行為を示し自ら態度を緩和したことを経て⁹⁰⁵、情報提供

⁹⁰³ D.Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau ,onde contractuel*, Petites affiches, 7 mai 2004, n°92, n°11, p.50.

⁹⁰⁴ J.Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, BDP t.41, LGDJ.1962, n°93, p.112. フランスにおける情報提供義務理論の学説史的な展開について、馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開（一）」早稲田法学 73 巻 2 号 1997 年 55 頁以下も参照。特に、ゲスタンについて、馬場「二・完」早稲田法学 74 巻 1 号 1998 年 47 頁以下。松岡久和「馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開（一）（二）」早稲田法学 73 巻 2 号、74 巻 1 号（1997－1998 年）0 第一論文 「説明義務の履行と説明責任」早稲田法学 74 巻 4 号（1999 年）一第二論文」法律時報 72 巻 1 号 145 頁も参照。

⁹⁰⁵ J.Ghestin, *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D.1971 chron.p.247.

義務論に飛躍的な関心を投じ、積極的に民法に位置づけようとする⁹⁰⁶。

また、Borysewicz によると、情報義務が一般法と消費法との補完性 *complémentarité* の最も目立つ例であるとし、特別法により規定された情報提供義務により、民法上の明確な意思の探求に合致するとしている⁹⁰⁷。Mistretta は、「何年前から、消費法主義の出現と、契約正義の探求は、契約義務の発展の原因（発端）*origine* であり、とりわけ、情報義務の原因（発端）である」⁹⁰⁸。特別法の性質決定が、一般法を示唆すると理解させる⁹⁰⁹。情報義務の拡張、ないし民法の中で一般化が主張される⁹¹⁰。判例は、情報提供義務および経済的脅迫の概念を民事契約にも広げる方向で、徐々に進展している。改正草案は、この進展を、民法典において承認することを提案している⁹¹¹。

他方、消費法により情報提供義務の飛躍がある。確かに、情報提供義務は、民法の一般原則 *bonne foi* などに基づく判例法理より派生・展開されたきたものである⁹¹²。しかし、消費法により、特別に提示された情報義務の有用性がある⁹¹³。一方、過去を見ても、消費法の誕生のとき、情報義務は、この同意の保護の目的を追求するに適した性質決定をまったく提供しない一般法に自然に現れていなかったと実証されているだけではなく、とりわけ、民法が意識できた情報義務とかなり相違を呈している特別レジームが、消費法に存

⁹⁰⁶ *Traité de droit civil, Le contrat*, 1980.

⁹⁰⁷ *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats*, p.116.

⁹⁰⁸ *L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive*, *Petites Affiches*, 5juin 1998, n°67,p.4.

⁹⁰⁹ たとえば、M.Vivant,*L'informatique dans la théorie générale du contrat*, D.1994,p.117. Vivant は、情報義務が契約一般理論に与えた寄与を指摘する。判例や学説上、情報義務が助言義務や両当事者の協力義務の開発・発展に先導的な役割を果たしていたことと説く。D.1994,p.117,spéc.,p.120,n°11.契約一般理論に情報義務の最も顕著な寄与が現れている。実際、情報義務とともに助言義務を発見するというのは不正確であるならば、否定できないのは、情報に関する契約が、助言義務、さらに、両当事者に課される協力義務に関する重要判例の誕生に特別に好意的である、と指摘している。

⁹¹⁰ C.Noblot,*La qualité du contractant comme critère légal de protection.Essai de méthodologie législative*,LGDJ.2002,p.289 et s,n°544 et s. N.Rzepecki,*Droit de la consommation et théorie générale du contrat*,n°742,p.520.

⁹¹¹ ピエール・カタラ（野澤正充訳）「民法・商法および消費法」 民法改正と世界の民法典（信山社、2009年）所収 193－194 頁。

⁹¹² 情報提供義務は、民法において、発展されてきたものであることである。参照：馬場圭太「フランス法にける情報提供義務理論の生成と展開（一）」早稲田法学 73 巻 2 号 1997 年 55 頁、特に、82 頁以下はやや消極的であるが、実質的な情報提供義務の存在について、19 世紀から 20 世紀前半までの学説状況を考察している。

⁹¹³ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, *RTD civi*1994,p.242.情報義務は、消費法より提起されたものは、三つのカテゴリーに：第一に、物や役務の特徴についての情報。第二に、価格と売買の条件についての情報。第三に、契約の義務的記載である。J.-P.Pizzio, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*,*RTDcom* 51.1. 1998.n°15,p.62.この義務は、契約関係において、*bonne foi* あるいは *équité* の要求から生まれたものであり、消費法典において、相違な諸形式もとでそれが見られる（消費法典 L 111－2 条、*sur la mention de la période de disponibilité des pièce détachées indispensables à l'utilisation du bien acheté*, 消費法典 114－1 条、*relatif à l'indication de la date de livraison du bien ou de la fourniture de services*）。

在すると指摘されている⁹¹⁴。

②意思主義の後退・形式主義の普及

フランスでは、方式主義の比較的な発達性を有する⁹¹⁵し、書面による契約の解釈について具体的な基準が提示されている⁹¹⁶。

消費法は、消費者に契約の内容を認識され、契約の慎重さを意識させるには、多くの形式ルールを採っている。たとえば、1978年1月10日22号法律は、保証人に書面の提供が義務付けられる（同法5条）。形式主義は、民法の技術である⁹¹⁷。民法では、当事者が契約の締結に、形式を自由に用いることができるが、一定の場合、形式のルールを課すことであり、同意が契約成立に十分ではなくなるという考え方を採る。形式は、契約当事者、約束 engagé される真正の意識を有することを可能にする⁹¹⁸。契約の射程について熟考することを確保することができる。契約の一定の質量や安全を確保することができる⁹¹⁹。

現代法は、消費者を保護するために、形式主義 formalisme の利用を増大・強化する⁹²⁰。消費者に情報提供と義務付けられる場合が多くなり、すべての情報義務は、書面によりなされなければならないと求められる⁹²¹。今日、単なる意思の会合 *rencontre* は、消費契約の成立が不能であり、消費者法は、形式主義のルネサンスにより特徴付けられる⁹²²。消費

⁹¹⁴ F.Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Préface Ch.Atlas, PUAM, 2007, n°41, p.68.

⁹¹⁵ 意思主義と形式主義の消長関係の歴史について、Y.Jeanclos, *Formalisme ou consensualisme : La sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *Hommages à G.Boulvert*, 1987, p.333. 強い人の経済力にさらされる人を保護するために、かつ、第三者のよりよい情報の付与するために、フランス法は、19世紀・20世紀は、形式主義の割れ目を拡大しつつしてきた（p.350）。

⁹¹⁶ それは、フランス民法1156-1164条。川島＝平井編集・新版注釈民法（3）（有斐閣）平井執筆 77 頁参照。

⁹¹⁷ X.Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, *JCP G* 1999, I, 170 n°6. 民法典の形式主義は、意思主義の例外としてではない。また、要式契約の場合、当事者の意思表示が、形式を通じて表差なければならない。民法典の中では、民法典は、贈与 *donation* において形式、婚姻、抵当権の設定、または債務者の意思により第11において、形式が求められる。すなわち、当事者一方の同意が圧力の下で与えられるとき、立法者が書面を強制する（Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, p.145, n°142.）。

⁹¹⁸ B.Nuytten et L.Lesage, *Formation des contrats: Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme*, *Répertoire du notariat Défrénois*, 1998, p.497, spéc. p.507, n°31.

⁹¹⁹ F.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, p.142, n°132.

⁹²⁰ J.-L.Aubert, *Le contrat, droit des obligations*, 3^e ed., Dalloz, 2005, p.88. 20世紀の70年代から、形式主義は、不動産契約の分野で、ルールとなり、かつ、消費者保護の諸法律は、形式の要求を増やしている。書面証書と証書に課された記載 *Acte écrit et mentions imposées dans l'acte* が要求され、書類 *documents* の提供が要求される。

⁹²¹ F.Bérenger, 2007, n°892, p.630.

⁹²² ピエール・カタラ（野澤正充訳）「民法・商法および消費法」 民法改正と世界の民法典（信山社、2009年）所収 192-193頁。C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTDciv. Avr.* juin 1997, n°17, p.371 は形式主義は、

法の影響により、意思主義の原則は大きく後退している。

手書きの書面が要求され、とりわけ、現代において、電子取引の発展に対応するために、約締結前には、申し込みの内容及び承諾の情報処理方法にかんがみ、インターネット取引の誤り、電子取引の不誠実取引などに着目して、合意の形成に形式主義の重要性が強調される。それだけではなく、形式主義の適用は、消費法典においては、通信契約、与信契約および保証契約などの類型に要請されている。

1989年12月3日のネイエルツ法（保証に関する法律）は、方式主義。この1989年法の方式主義の規定は、後に、消費法典L313-7条となる。この手書き書面は、保証人が債務内容を認識していることを保障するものとみなされ、この方式に従わないときは、保証契約は無効とされた⁹²³。

事業者当事者は、形式ルールに遵守すると強制される。その申込み *offre* が書面的でなければならない、かつ、法が付与された特別保護を消費者に通知する義務的 *mentions* を含めなければならない。契約は、形式の自由から形式による自由へ変化したと呼ばれ⁹²⁴、かつ、この形式のルールは、一般法のルールの性質を示していると⁹²⁵。形式主義の目的は、不均衡な契約関係において、真正の契約自由を回復するのである。

⑥同意の瑕疵理論への影響：

同意の瑕疵理論が拡張されている。

民法典の規定により規定された同意の瑕疵の変化的・拡張的な解釈により、当事者間でより大きな平等を発展するに寄与した⁹²⁶。また、物の *substance* について、その客観的・物的意味で錯誤の瑕疵の、*les qualités substantielles* についての錯誤への拡張。あるいは、伝統的解決の二重の変化により特徴付けられた詐欺概念の拡張がある。一方、*dolus bonus* の交代、売主について、実定法の要求の増大を表す。他方、沈黙により詐欺の承認⁹²⁷。

強迫についてである。民法は、強迫に経済的強制（拘束）を取り入れようとする。このこと自身は、もともと消費法に考案された考え方が民法の強迫に導入することにより、一般化されようということである⁹²⁸。たとえば、マゾーは、従来の強迫の考え方をやめ、弱さの瑕疵 *vice de faiblesse* を導入したらどうかと提案する⁹²⁹。この提案によると、従来の強迫の概念を内包させることができる一方、脆弱状況や契約の不均衡を要件付けている。消費法情報義務や状況の濫用は、民法上の詐欺制度を拡張することとなる⁹³⁰⁹³¹。

消費法の出現とともに、明らかに拡大された。

⁹²³ フィリップ・ストフェル＝マンク 山城一真<訳>「消費法の法典化」民商法雑誌大46巻第4・5号2012年、424頁。

⁹²⁴ D.Mazeaud, *L'attraction du droit de la consommation*, RTD com 51.1.1998, n°24, p.109.

⁹²⁵ F.Bérenger, 2007, p.894, p.631.

⁹²⁶ C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. Avr. juin 1997, p.378.

⁹²⁷ C.Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. Avr. juin 1997, p.378.

⁹²⁸ このことは、立法上、すでに、商法典420-2条2項において現れる。経済的な依存を濫用することについて規制している。判例には、たとえば、2003年4月3日破毀院判決は、経済的依存状況の濫用的利用は、強迫だとしている。

⁹²⁹ D.Mazeaud, obs. Cass.civ.1, 30 mai 2000, p.1110.

⁹³⁰ F.Bérenger, n°616, p.459.

4、契約内容

①契約成立と履行の融合

まず、一般法では、契約の成立・履行が明確に区別される。消費法の中では、契約の成立と履行の区別が相対的となり、さらに、その区別が崩れることとなる⁹³²。

②契約の包括均衡と条項の個別均衡

民法の場合、二つの意思が協議されるとき、当事者間の法律とされ、契約が均衡であるかどうかを探究することがない。しかし、契約均衡というと、契約の全体的均衡・契約条項の個別的均衡がある。Calais-Auloy が指摘したように、消費法は、契約の包括的な均衡 *l'équilibre global du contrat* において、民法と同列に位置づけられるが、契約条項の個別的 (*ponctuel*) な均衡の関係で、消費法は、民法とは異なる立場を有する⁹³³。

③契約信義則 *la bonne foi contractuelle* の復活と拡大

第一に、信義則は、民法典により規定されているが、民事判例上、長い間、この信義則がほとんど適用されていない。70 年代以降、その *revanche* 回帰が見られ、消費法は、民法が看過した方法 *moyen* で、信義則 *bonne foi* に寄与している⁹³⁴。

第二に、信義則 *bonne foi* 機能の拡張。最初は、契約履行に限っていた。Bonne foi により同意の瑕疵理論が更新されるほか、契約の交渉段階からその満期 *expiration* 段階にかけて、契約プロセス全体をカバーするようになる。マゾーが信義則などの概念の変化について指摘する。今日、フランス契約一般法を *irradie* 輻射する信義則 *loyauté*, *bonne foi* の要求は、消費法に *fortune* の一部である。消費法は、契約一般理論の墓 *tombeau* ではなく、逆に、消費法は、*régénérer* 革新するに寄与する⁹³⁵。

⁹³¹ M.-S.Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, p.317 et s., n°223 et s.

⁹³² これについて、F.Bérenger, 2007, n°688-689, p.508.たとえば、*objet*, *cause* の判断において、破毀院は、この点については、消費法の一般法への影響のひとつとして捉えられている。また、そこに引用されている Belly の見解。J.-G.Belly, *La loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat*, in *En quête de justice et d'équité*, Mélanges C.Masse, éd., Y.Balais, p.121.消費者契約は、あらゆるが決められかつ完璧な魔法な一瞬を知らない。消費契約が、行動の・交流の行為の・第三者との関係の連続 *succession* を通じて、成立・履行される。

⁹³³ Calais-Auloy, *L'influence* .

⁹³⁴ J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, RTD com.51.1.1998, p.117. ; J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ.1994, p.245.; D.Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau ,onde contractuel*, Petites affiches, 7 mai 2004, n°92, n°17 et s., p.52 et s.

⁹³⁵ D.Mazeaud, *L'attraction du droit de la consommation*, RTD com 51.1.1998, n°22, n°23-1, p.108. 例として、マゾーは、挙げる。判例が、不動産負債法 *endettement* に対立することまで、とりわけ、消費法典 312-16 条規定した貸付の取得 *obtention* の中止条件のレジームの練り上げに対立したまで、民法典 1178 条は、中止条件を *affecte* 債務の債務者の悪意 *la mauvaise foi* を制裁するものであり、完成条件とみなして、無視 *délaissé* される。ところが、売主と不動産信用の消費者取得者との利益の間で均衡を確保するため、判例は、迟钝的 *de la torpeur* この条文から離れ、この条文において、一般法が、侵入し、再活化し、かつ、不動産信用消費者に誠実義務を押し付け

②不当条項に関する消費法の民法への影響：

判決は、消費法から示唆される。不当条項レジームを通じて、消費法より、一般法の影響を指摘することができる。その中で、特に、不当条項委員会の無視しえない役割を演じている。多くの勧告が出される。委員会の役割の重要、と、その準立法的な任務により、これらの勧告は、一方当事者を保護することであるから、より一般的な方式で、すべての契約を対象とし、かつ、より大きな適用範囲を有する⁹³⁶。また、民法に不当条項の導入については、「この新しい規定は、非常に広い適用範囲を有するだろう。なぜなら、それは、消費法のように、多くの状況を代表するものであり、法律が契約当事者一方を保護する場合だけではなく、また、条項が交渉されない場合、これも多くの状況を代表する、にも適用される」⁹³⁷。

5、保証⁹³⁸：

フランス民法典は、保証に関する規定（2288－2320 条）。個人及び家族の過剰負債に関する困難の予防及び解消に関する 1989 年 12 月 31 日 89－1010 号法律⁹³⁹により、手書き記載、通知義務、比例原則が規定されている。マゾーは、過剰負債に関する 1989 年 12 月 31 日 89－1010 号法律が、規定している保証 *cautionnement* が、形式のルールに従う、それは、一般法の判例から示唆された。銀行機関 *établissements* を対象とし、素人の保証人がその射程・意味を理解せずに締結した過度の契約に対して素人の保証人 *caution* を保護するために、判例は手書きの記載事項で取り込んでいた。この *aventure* は、一定の時期、以下の判断に導いた：民法典 1326 条の形式 *lettre* あるいは精神 *esprit* の不尊重 *non-respect* は、保証 *sûreté* の消滅 *anéantissement* を引き起こすことができる、としていた。しかし、この判例に関して、マゾーは、「明らかに、ここで、判例の消費法的示唆 *inspiration* が、保証の一般法を弱化させた」⁹⁴⁰と指摘する。一般法は、消費法により感染された一般法となる。

6、自然人保証：

1998 年 7 月 29 日 98－657 号法律。それは、排除 *exclusions* への対処に関する法律であり、最初は、この 1998 年 7 月 29 日 657 号法律は、消費法典の中で L.341－1⁹⁴¹条を

た

⁹³⁶ F.Bérenger, 2007,n°916 et s, p.645 et s.

⁹³⁷ F.Bérenger, 2007,n°920 et s, p.647

⁹³⁸ L'attraction du droit de la consommation,p.112. フランスの保証人保護について、大沢慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開（1）（2・完）」比較法学 42 巻 2 号 47 頁、42 巻 3 号 25 頁。野澤正充「フランスの保証制度」同ほうか・諸外国における保証法制及び実務運用についての調査研究業務報告書 2012 年。

⁹³⁹ Ph.Delebecque, Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement, D.1990,chr.,p.255.

⁹⁴⁰ L'attraction du droit de la consommation,p.112.;Rupture et permanence dans le droit des contrats,p.303,n°14<

⁹⁴¹ toute personne physique aui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation,la caution ne saurait être tenue au paiement des

挿入した。さらに、立法上、その一般化が見られる。この法律が、民法典の中に挿入された。条文として、新しい条文：民法典 2293 条,⁹⁴² または 2301 条。 Simler は、これについて、消費法の影響として評価している。「消費法に十分に反映している」という⁹⁴³。

7、コース

クロノポスト事件を取り上げる。同事件は、速達運送契約における運送人の遅延の事例についての責任制限条項は、本質的義務違反に適用される限りで、運送人の義務の範囲と矛盾し無効とされる事件 (Cass.com.22 oct.1996)。この判決は、コースに関する民法典 1131 条に基づいた。事業者間で締結された契約において不均衡の給付を取り除くためである。破毀院は、Chronopost の責任を制限する条項が、引渡しの遅延の場合、書かざるものとみなされるべきであるとした。理由として、なぜなら、契約当事者の債務負担 engagement のコースを奪う priver するからである。

破毀院は、コース概念を使って、賠償の制限条項が押し付けられた事業者を保護するために、この条項が、濫用条項の原型的なものであるとした。破毀院は、保守主義を越え、敢えて差別状態 ghetto のコースの概念をとって、それを伝統的に付与した「あらゆる有用性の役割」とは違った役割を演じさせていた。マゾーは、この判決を新批判主義のものと評し、実際、明らかに、破毀院は、契約領域において最低限の契約均衡を確保しようと努力するし、かつ、破毀院は、消費法を利用する権限の代わりに、徐々に、契約当事者が約束したことを考慮して、契約の利益、契約の有用性のコントロールの器具に変わるコース概念を喚起するというのである⁹⁴⁴。

判例上、「消費者」保護を図ることにより、コースをめぐる議論が活発になされるようになり、消費法のコースへの影響が見られる⁹⁴⁵。マゾーによると、消費法の一般法に対する寄与について、最も興味深いのは、コース概念である⁹⁴⁶。「一般法でコースの第二の青春が、消費法より行われた attraction から多くすべきである」⁹⁴⁷。消費法により、コースが更新される。また、契約均衡の工具として、コースの利用により、コースの更新が見られる⁹⁴⁸。

pénalité ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée 。

⁹⁴² lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités」 と規定する

⁹⁴³ P.Simler, Prévention et dispositif de protection de la caution, p.27.

⁹⁴⁴ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°23-2, p.109.

⁹⁴⁵ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°23-2, p.109.

⁹⁴⁶ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°23-2, p.109.

⁹⁴⁷ Rupture et permanence dans le droit des contrats, p.302, n°13.

⁹⁴⁸ J.-M. Guéguen, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D.1999, chr.p.352.

8、消費法：債権債務法の諸源泉の再活発化への寄与⁹⁴⁹：

消費者法の登場により、一般法の諸源泉 source の変化や行政・司法の権限の混同が惹起されている。

マゾーは、これらの更新を、フランス債権債務法の現代を標識したと評価した⁹⁵⁰。

第一に、判事の役割である。判事は、保守主義から、積極主義へ転換したと認められる⁹⁵¹。たとえば、破毀院は、不当条項を禁止するデクレが存在しないにもかかわらず、判事が不当条項を書かざるものとみなすことができる と認めた。消費者保護について、司法上、一種の性急さが現れている。破毀院により、現行法の現行の法律の書き直しをしたという。カルボニエはこの破毀院の積極的な役割について、「政変 *oup d'état*」としている。

第二に、権限の混同⁹⁵²。たとえば、不当条項委員会という行政的機関は、ますます、立法者の役割・職能を侵食しつつある。他方、司法と行政の役割の協力の現象は拡大している。たとえば、過剰負債委員会の権限は、ますます、判事の権能に侵入してくる。

まとめ：

消費法は、民法にとって、異物ではない。

1、民法における消費法の意味：例外から一般法そのものへ

学説史的な検討から、消費法が例外の存在から、消費法の民法にとって一般法の存在といった経緯を示すことができた。その中で、消費法の民法に与える影響も見られる。

2、契約法：危機から復活

他方、個別的法理・制度を通じて、「消費者」思想が直接に・間接に民法に浸透することと理解することができるのであろう。まず、民法を認識するには、消費法を認識・理解しないと、できないだろう。また、民法では提起・生成した法理、あるいは、民法で生命力が減退・衰退した法理は、消費法を通じて、生命力を付与することができた。

こうした消費法と民法との相互交流のメカニズムを通じて、民法が実質化する。それは、契約法の分野では、民法・消費法が相互の不十分を配慮しながら、共同統御になる。これは、その正当性は、現代社会に合致することに求めるに他ならない。

第二節 フランス法の体系：民法典と消費法典

一、フランス法における人間像

(一) 「人」の変容

民法上の「人」と「消費者」との関係をどう捉えるべきか。それらは、消費者は、「人」

⁹⁴⁹ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°22, p.106.

⁹⁵⁰ P.106.

⁹⁵¹ D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°22, p.107 頁。

⁹⁵² D.Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com 51.1.1998, n°22, p.107.

の一側面・「分節化」されるか。

1、制定当時の社会状況：

フランス民法典の制定時際に、経済が農業的であった。その背景の下でフランス民法典は、「18 世紀の農耕法」と性格づけられ、このような時代性の下では、手工業や家庭的な政策の取引を念頭において制定されたものである。1804 年民法典は、当時の釈迦生活において対応することができたし、今日では、市民の私的需要の準全体を満足することができる⁹⁵³。

2、当事者像とその性格：

「民法典の最も標識された性質の一つは、tous に適用する法律である」、「民法典は、革命の平等的な諸概念を確立している：すなわち、民法典にとって、人 *homme* は、人と同一である」⁹⁵⁴。Ray によると、民法の平等の原則に重要な例外は、精神生理学（たとえば、年齢、性別、病気など）理由による。しかし、それでも、民法典は、「抽象的な性質を保っている。それは、完全に、状況の多様性から、法典の一般的無差別と一致している。起草者（作成者）は、*home juridicus* の種類を考えた。彼らの考えた *home juridicus* は、古典的政治経済の経済人 *homo economicus* に匹敵する *comparable*」、「民法典の人は、打算的な（計算的な）人 *calculateur* である。」としている⁹⁵⁵。民法典は、人を体現する諸要素は、ほぼ、意味がない *insignifiant*、かつ、現実にはそうではないが、より画一的に、より純意思的に、より計算的なものとする傾向がある⁹⁵⁶。

民法典に想定している人間像は、平等・自由・理性的な存在であると説かれている⁹⁵⁷。これについて、多くの批判が浴びられている。特に、20 世紀に入ってから、認識は、転換しつつある。そのことは、また、三つの流れに分かれるだろう。

第一に、そもそも、民法典は、そういう人間像でもないという。少なくとも、それが、一種の幻想である。たとえば、マゾーは、「消費法は、私にとって、実際、契約の現実に必要な応答である。その観察は、逆に、自由と平等の考え方、それらに基づき建築された契約一般理論、あるいは、契約一般法は、しばしば、神話ではないと、少なくとも、幻想的である、と証明した。」⁹⁵⁸

⁹⁵³ J.-L.Aubert, *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, n°22, p.134. 彼は、今日では、民事活動が高度の複雑性を見せ、それにより、大量の規制を要求しており、一方、諸規定間ではねじれリスクが生じ、他方、これらの民事活動を規制するために、すべてのルールを直ちに、ひとつの法典に収めるという考え方を余儀なくさせる、という。

⁹⁵⁴ J.Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p.120.

⁹⁵⁵ J.Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p.120—122.

⁹⁵⁶ J.Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p.123

⁹⁵⁷ しかし、立法者である Portalis, discours において指摘する：「les hommes ne naissent égaux, ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en taments. Les hasards et le événements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités qui sont l'oeuvre de la nature entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société」.

⁹⁵⁸ D.Mazeaud, *La formation du contrat*, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Sous la direction de D.Fenouillet et F.Labarthe, Economica, 2002, p.89. 同旨は、ドゥニ・マゾー（金山直樹＝幡野弘樹共訳）「現代フランスにおける契約法の発展」ジュリスト 1303 号 2005 年 12 月 15 日 74 頁参照：伝統的契約間ないし人間観は、今日、その妥当性が失いつつあるといい、立法者の現実感覚として「今後、契約関係につ

第二に、民法のそのような人間像の指摘について否定はしていなく、その価値を擁護するとともに、少なくとも、現代に入り、自由平等の存在は、ほとんどの場合、不可能である。とりわけ、今日、消費者と事業者との関係において、この特徴はより顕著である。たとえば、フルール・オーベル・サヴォーの指摘がある⁹⁵⁹。彼らは、民法典は、経済秩序の自由的概念に立脚し、契約自由原則を。それは、存在を終えた、「不平等な経済力の契約当事者らの間で、強い者は、弱い者にそれらの条件を押し付ける」。「今日は、弱い契約当事者の保護は、あるいは、これらの者と推定されるもの、とりわけ、事業者と消費者の関係において、明らかにされた主要関心事である。」⁹⁶⁰。その上、彼らは、自由より、むしろ、平等を第一の価値としている。彼らは言う。「強者に対して弱者の保護の意思は、広い措置において、契約法と責任法の現代の変化は、二つの根本価値を示している。これらの価値は、個人主義の理想に含まれるが、しかし、それらは、しばしば、矛盾していると認められおり、法律は、自由より、平等に優越を付与している。たとえば、強制的規制により、法律は、雇い主に対して、労働者を保護し、所有者に対して、借家人を保護することである。」⁹⁶¹。すなわち、彼らは、自由より、平等を強調する。ここでの平等は、むしろ、法の介入により、一定の手当てにより、回復された平等ということであろう。

第三に、それどころか、より徹底的に、「消費者」という存在は、多少意味合いが異なるものの、民法典に古くから存在している、と唱える。ルエットは、ある意味では、この説にあたる。彼の説きによると、消費者は、あくまで、民法上の人間の現代の一種の変身である⁹⁶²。

また、たとえば、サヴァチエである。彼は、民法典の 1134 条から、契約において、二つの当事者は、同様な rang 列に立ち、各当事者が、人の自由。このような二重的かつ平等な自由において、契約が両当事者間の法律であるとし、公序という概念もあつたにもかかわらず、自由を保障・防御することとして存在していた⁹⁶³。しかし、彼は、経済的・道徳的両面から、人の形象ないし契約の形象は、変化してきた⁹⁶⁴。彼は言う「契約当事者個

いての制度を定める際には、契約当事者それぞれに固有の地位や人的な特性、契約を取り込む市場の状態が考慮される」と説いている。また、D.Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur le nouveau ,onde contractuel*, Petites affiches, 7 mai 2004, n°92, n°2, p.47.

⁹⁵⁹ J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, Les obligations, L'acte juridique, 15^e, Dalloz, 2012 .p.48 et s. また、類似の趣旨は、異なるアプローチにより裏付けられた叙述として、M.-S.Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001.p.387 et s, n°260 et s は、具体的不平等より一般法（民法）の改造を論じ、当事者双方の具体的不平等は、裁判に浸透されているという。というのは、具体的不平等は、判事が判決するときに付随的（偶発的な *incidente*）方式で考慮に入れられ、また、契約のフォートの判断において役割を演じる一方、判事が採用された考え方の根本そのものであり、さらに、とりわけ、同意の自由の判断という観点から見ると、契約の有効性に関する諸要素の分析の段階に介入しているからであるという。

⁹⁶⁰ J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, p.49.

⁹⁶¹ J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, Les obligations, L'acte juridique, 15^e, Dalloz, 2012 .p.49.

⁹⁶² *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in études Rodière, Dalloz 1981 p.263.

⁹⁶³ R.Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Librairie Dalloz, 1948, p.1-2.

⁹⁶⁴ R.Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil*

人 *individu contractant* は、その他の個人との関係、これは、民法典の観点 *optique* である。他方、現実の視点 *optique* は、集团的生産、あつ、結論的にみると、集团的販売である。必然的に、工場にとって、工業にとって、統制経済にとって、個人の一についてその人間性 *humanité* は、ますます、大量・力のある体になり、自然的力の占有を取る人である。

ところが、同様な現象は、経済的な問題と同時に、道徳的問題である。人の集団のメンバー間の関係に関する。このグループ *équipe* は、設備に立脚し、また、同様に、平等という公準は、それに基づき、契約のこて的な概念は立脚したものであり、この公準は、破られた。契約当事者間は、平等ではなくなる⁹⁶⁵。

3、契約当事者の形像の分化：

実定法のレベルは、どうなっているのか。一言でいえば、一方、民法典の中に、いくつかの新しい属性が認められるようになる。他方、債権債務者から契約当事者へ。

抽象的な人間像は、あくまでも、理論的な捉え方である。しかし、人の絶対的平等抽象自由などを標榜する民法典は、幻想である、とは言っても、少なくとも、民法典の形式上は、規定の中には、色彩や当事者の属性の用語は、用いられていなかったということは、確かであろう。しかし、最近は、民法典自身も、変容を見せた。

これについて、ソファノールは、近時、民法典における「人」の未分化から分化へと指摘する⁹⁶⁶。

1804 年の民法典は、相手方と契約関係を結ぶ⁹⁶⁷「人」を称するには、大量な一般的・非人格的な定式 *formules* の使用から、契約当事者の職業やその経済状況が捉えられることによって、契約当事者を区別するということはしていなかった、という。契約当事者が「義務付けられる者である」*celui qui s'oblige*⁹⁶⁸、「celui qui a stipulé⁹⁶⁹」、「債務の履行を求める者 *celui qui réclame l'exécution d'une obligation*⁹⁷⁰」、「celui qui se prétend libéré」⁹⁷¹。これらの遠回しな用語の傍には、明らかな「シンタクスの中立性」に関するこれらの用語は、契約当事者 *contractant* が「当事者 *partie*」、「*partie contractante*」、「*débiteur*」、「*créancier*」として設計されてる。これらの概念は、そこで、まったく、契約当事者の人格 *la personne du contractant* を現れさせない、という。

d'aujourd'hui, Librairie Dalloz, 1948, n°10 et s, p.12 et s, spéc., p.13.

⁹⁶⁵ Savatier, p.13.

⁹⁶⁶ Sauphanor-Brouillaud, avec le concours de E. Poillot, C. Atbert de Vincelles, G. Brunaux, *Les contrats de consommation, règles communes*, LGDJ, 2013, p.5, p.87 et s. N. Sauphanor-Brouillaud et C. Bloud, *Catégories de personnes et droit des contrats*, in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, dir., P. Bloch, C. Duvert et N. Sauphanor, Economica, coll. *Etudes juridiques*, p.157 et s. この点について、Cornuによると、今日の立法では、契約当事者の型の二重化が生まれると述べている。星野英一訳、日仏法学会編・日本とフランスの契約観（有斐閣、1982年）51－52頁。

⁹⁶⁷ たとえば、民法典 1101 条「義務つけられる一人若しくは何人 *une ou plusieurs personnes s'obligent*」、1110 条「それと契約をしようとする人 *la personne avec laquelle on a l'intention de contracter*」。1112 条「*une personne raisonnable* 合理的な人」、1123 条「*toute personne peut contracter* 契約を締結できるあらゆる人」。

⁹⁶⁸ 民法典 1174 条。

⁹⁶⁹ 民法典 1162 条。

⁹⁷⁰ 1315 条。

⁹⁷¹ 1315 条。

彼女は、続ける⁹⁷²。「消費契約法とともに、債務者、債権者といった用語は、なくなって、消費者と事業者の用語によって代替されるようになり、「互換性のある interchangeable」・しかも抽象的な契約の主体は、具体的な・「カテゴリ的な主体」になった」と指摘する。また、実際、最近、破産院は、契約当事者の性格を考慮する判決がでてくる⁹⁷³。

(二) 「消費者」のウエイト

1970 年代に結実された「消費者」は、民法典時代(ないし前近代)とは、不一致であっても、少なくとも、近代、ないし現代の(民法)の趨勢と一致していることができるであろう⁹⁷⁴。これは、民法の人間像の変換というより、むしろ、民法の今日での、経済状況の下で、固有の要素を顕在化させただけではないかと思われる。フルール・オーベル・サヴォーは、消費法を、契約伝統的原則と衝突する「法の体」として、伝統的諸原則に対して適用除外の規定を指定するものと捉えつつ、「契約の現代の研究において、経済活動の本質的な部分を構成する、事業者と消費者の間で締結された契約を無視することは不可能である」(点は筆者)⁹⁷⁵。

消費者保護を市民保護と捉えることは、たとえば、カレオロワより唱えられる。消費者・事業者が市民の二つの異なる階級ではないとする。彼は、消費法は、行為の特別なカテゴリー関係するものであり、人の特別な階級に関するではないとし *le droit de la consommation concerne une catégorie particulière d'actes, non une classe particulière de personnes*。消費者を保護するのは、市民 *citoyens* を保護するのである、と指摘する⁹⁷⁶。彼は注では、例外なく、消費法の適用 *bénéfice* は、すべての消費者に及ぶと考えるからである⁹⁷⁷。

二、法典

(一)、消費法典化

1、法典化⁹⁷⁸

(1) 法典化の役割

フランスにおいて、1993 年に既存の消費者保護法を消費法典に集まった⁹⁷⁹。しかし、

⁹⁷² Saupanor-Brouillaud, avec le concours de E. Poillot, C. Atbert de Vincelles, G. Brunaux, *Les contrats de consommation, règles communes*, LGDJ, 2013, p. 88-89.

⁹⁷³ たとえば, Cass. civ 1e, 30 mai 2006, n° 03-14257.

⁹⁷⁴ 民法典時代と近代への変容について、カピタン・佛蘭西民法の変遷 昭和 7 年 杉山直治郎訳、66 頁以下、特に 68 頁を参照。民法典時代と近代との図式の対立は、簡潔に言えば、個人主義的正義(民法典)から、社会的正義(近代法)への変遷ということである。

⁹⁷⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, 15^e, Dalloz, 2012, p. 52, n° 74.

⁹⁷⁶ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, p. 4.

⁹⁷⁷ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, p. 4.

⁹⁷⁸ 法典化について、大村敦志・法典・教育・民法学 7 6 頁以下参照、フランスの集成的法典化について、同書 81 頁以下。

⁹⁷⁹ 1981 年 12 月 9 日の Lalumière 大臣が Calais-Auloy に送った手紙 *lettre* によって、改造作業の指導方針が描かれた。「消費者法の改造が、野心のある目的であるが、必要的である。ここ何年間、重要な立法がなされるが、しばしば、個別的方式でなされ、一貫的・完全的なものではない。したがって、異なる諸法文を調和することが重要である。その一

消費法の法典化の準備作業の過程において、多くの明確化し、かつ、より読みやすくするといった言葉が使われた。このように、より容易に閲覧することができ、法律家にとっても、市民にとっても、よりアクセスし易くなる。消費者の権利をよりよく認識することになり、消費者保護を強調・明示することもおも意味する。また、「象徴的な意味」⁹⁸⁰という法典の意味といった観点から見ても、消費法典は、消費法の存在をよりよく示すことができる。

このように、必ずしも完全ではない法典であるものの、消費法の存在を示す法典である。

(2) 問題

前記第二の問題、つまり、消費法典と民法典との関係（消費法典の自治という問題）について、また、二つの問題が潜伏していると思われる。

第一に、法典間の問題である。たとえば、消費法典と民法典と。「自立としての法典」の「自立の価値」は、どう体现されるのか。すなわち、このように、法典外部（間）の整合性の問題が問われる。この問題は、いわば、体系の問題より、むしろ、その「原理の探求」に重点を置く。というのは、形式上に自治・独立になっている消費法（典）は、民法（典）とは、原理的に異なるものであろうか？

第二に、法典（消費法典）内部のことである。内部では、一方、複合的性格を有する消費法典は、相違の法領域の規定を包含している；他方、民事分野に限っても、一致していないことも少なくない。このように、その法典内部の整合性の問題が存在する。

2、消費法の再法典化・解法典化 (décodification)

たとえば、N.Sauphanor-Brouillaud は、消費法典が一貫性の欠くと指摘する⁹⁸¹。

概念化する再法典化を目指している。このことは、法典の内在的な一貫性を求めるとともに、また、従来の適用状態の混乱を払拭させようという意図もあるからであろう。

また、再法典化の際は非常に肥大化する消費法典を、単純化・純化しようという狙いもある。また、EU法への調和や、EU法に対する尊重も予想されている。

(二)、消費法典⁹⁸²と民法典⁹⁸³

定のその規定を明確にすることも重要、また、それらを単純化することも重要である。しかし、その大きな諸原則を抽出することもまた不可欠である。それらの原則から、改造が可能である」という。

⁹⁸⁰ R.Cabrillac, Le symbolisme des Codes, in Melanges en hommage à Terré, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, 1999, p.211.

⁹⁸¹ N.Sauphanor-Brouillaud, Une refonte du Code de la consommation s'impose, JCP.G.1^e juil.2013, n°757, p.1316.

⁹⁸² フランス消費法典に関する、日本での議論・紹介については、ピエール・カタラ「民法商法及び消費者法」加藤雅信代表 民法改正研究会・民法改正と世界の民法典(信山社、2009年)所収、185頁以下(初出・ジュリスト1356号179頁2008年)。野澤正充「民法(債権法)の改正と消費者契約」同・民法学と消費者法学の軌跡(信山社、2009年)所収267頁(初出消費者法ニュース80号2009年)がある。

⁹⁸³ 民法典と現代型諸法典との関係について、大村敦志・法典・教育・民法学、88頁以下。「両者の間には大きな違いが存在する」、「両者が全く異質なものであり、その間に接点がないと言うのであれば、問題は顕在化しにくい」、「しかし、実際には、現代型諸法典

1、法典間：

20 世紀後半から、いわゆる弱者に対する強者の保護であり、とりわけ、事業者に対する消費者の保護である。民法典は、それを保護するに順応するために、立法者は、個別的に債権債務理論を修正するしかなく、慎重に、消費法や各種契約の規制を民法典により置かれている諸原則の一般範囲において発展させようとしていた。この展開は、民法典の構造の外 (en dehors de sa structure) で行われている⁹⁸⁴。

(1)、民法典は、消費性格のルールに相容れないか

体系上、どのように配置するかに入る前に、まず、民法典は、性格的に、「消費者」を排斥するか、を見る。そのためには、まず、民法上の人と消費者との関係を検討した上で、民法典は消費者保護規定を受ける性質と一致しているのかについて検討する。

①民法典における「民」・「商」の関係：

1804 年に、すでに、商事契約法が、民事契約法と対立して存在していた。商人の活動の特殊性 *paticulatisme*⁹⁸⁵。ナポレオン民法典について、「1807 年から、商法典は、民法典から、「*transactions commerciales*」を抜き取る。すなわち、商人らがその取引の需要のために商人間で締結される契約であり、かつ、同様に、商人と非商人と締結される契約である」⁹⁸⁶。これらの商事契約は、民法典から、独立される。この民法・商法の区別は、法典化の際、19 世紀初頭のフランスの経済の現実と合致していたことは確かなことである⁹⁸⁷。

このような立場から、20 世紀前半には、まだ、「商法は、取引やリスクに立ち向かう者のいわば「強者の法 (*droit des forts*)」であり、民法は単なる個人らの法である、という伝統的な、ほぼ共通認識であった」⁹⁸⁸にもかかわらず、民法・商法の区別のテーゼは、維持できなくなる。経済の主体、富の変化及び富の所有者の構成の変化があったためである⁹⁸⁹。

「民法典は、1102－1106 条において、契約のカテゴリーを立てている。これらの分類

にも分量としては少数ながら民事法・刑事法といった古典的な私法に属する規定が含まれている。そこで、これらの規定がナポレオン法典の諸規定とどのような関係に立つのかが問題にならざるを得ない。」。

⁹⁸⁴ R.Cabrillac, *Le Code civil à la fin du Xxe siècle*, in *Etudes offertes à P.Catala, Le droit privé français à la fin du Xxe siècle*, Litec, 2001, p. 80, spéc., p. 81, n°14.

⁹⁸⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011, p. 182.

⁹⁸⁶ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, 2004, PUF, n°917, p. 1908.

⁹⁸⁷ J.-P. Marty, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, RTDcom. 1981 p. 681.

⁹⁸⁸ J.-L. Aubert, *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, n°22, p. 134. また、フランスでは、民商分立の発想の背後には、裁判管轄の問題があるという指摘について、内田貴・債権法の新時代（商事法務、2009 年）26 頁。商事裁判所の判事は、商人から選ばれた者が担当するという。

⁹⁸⁹ J.-P. Marty, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, RTDcom. 1981 p. 681. 及び注に引用された 20 世紀前半の諸文献。

は、契約の効果から、出発して、本質的に定着した伝統と性質付けることができる。その中のひとつにとって、成立の条件から。民法典の中では、分類について、契約の当事者を考慮して確立された分類はない。かつ、民法典の分類は、現代契約の増加を考慮に入れることに十分ではない」⁹⁹⁰とされている。これは、農業社会の法としての民法典は、成立した当時は、後ほどの商法典が独立起草され、このように、フランスでは、当初は、「民」「商」は、それぞれはっきり相違な分野を規制するものとして、峻別されていたわけである⁹⁹¹。

他方、民法と商法との区別の基礎は、揺れていた⁹⁹²。民法の商事化の現象がある⁹⁹³。

さらに、とりわけ、戦後になると、より異なる風景を見せた⁹⁹⁴。二重の問題が提起される。すなわち、実定法上の民商法の区分が現実である一方、学説上、民商法の接近状態が問われるようになること、また、商法の特別性と経済的現実との間のギャップである。この二つの問題について、フランス立法者は、一方、民商分立という伝統を緩和し、民法・商法の統一を強調することが見られ、他方、経済的現実を考慮に入れ、商人・非商人との間での伝統的な対立を捨象しており、とりわけ、伝統的な民事的あるいは商事的なカテゴリーを超過・克服して事業者概念（その対立として消費者）の利用—特に 1978 年 79—23 号不当条項法の登場—である。

この民商法の分立・区別は、まったく人為的なものであるとされている⁹⁹⁵。実定法の変化は、消費契約（消費者と事業者と締結された契約）とビジネス契約（事業者間締結された契約） les contrats de consommation と les contrats d'affaire を対置させるようになる⁹⁹⁶。

この流れの中で、今日になると、商民関係は、その峻別はぼんやりしており、融合している趨勢が見られる。このことについて、以下の考察を取り上げる。

⁹⁹⁰ J.-Cl.Fasc. 2009,508157.p.2.

⁹⁹¹ Attraction exercée par le Code civil sur le droit commercial, in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, T.1 ,p 230. 「1804 年に、民法典のとき、商法と民法との間の線引きは、よりはっきりした。その原因は、訴訟の区別の管轄にある、しかし、その他の理由もある：それは、その時代、異なる精神において、適用される」、という。

⁹⁹² De l'influence du droit commercial sur le droit civil,in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, T.1 ,p.219.

⁹⁹³ Ripert, La commercialisation du droit civil français,Mélanges Maurovic; Champaud, Contribution à la définition du droit économique,D.1967,chron.,p.215.:参照：L.Leveneur, Code civil,Code de commerce et Code de la consommation in 1807-2007, Le Code de commerce, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007,n°10,p.90. また、Leveneur は、露天販売、特売、バーゲンセール、工場の商店売買などは、2000 年に、新しい商法典に置かれたことについて、これらは規定は、もっぱらではなくても、事業者と消費者間の売買に関する規定であり、それらは、「消費法の一部として、うっかりして」商法典に配置された。それ位置は、むしろ、消費法典にあるだろうという。これらの誤りは、「法典化の全体の系譜 ordonnancement の信頼性そのものについて疑問を惹起する」と評価している（L.Leveneur,p.89,n°10.）。

⁹⁹⁴ J.-P.Marty, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, RTDcom.1981 p.681.

⁹⁹⁵ Conformités et garanties,RTDcom.1980,p.231 et s.,n°126

⁹⁹⁶ F.Collart Dutilleul et P.Delebeque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz,8^e éd.,2007.

たとえば、すでに大村が商民関係について指摘されるように、表面上は、民法は、民法、商法（商行為法）は商法であるが、民法の中には、一般性を保っている同時に、二つの分野は、取引・生活が含まれていると説く⁹⁹⁷。ほぼ同趣旨の意味としては、さらに、「21世紀初頭になると、以下のことが確認できる：民法の諸規定は、ますます、しばしば単なる個人らの保護的諸ルールのためということから分離して、民法典の諸ルールは直接に取引関係 *relations d'affaires* に適用される」と指摘し、「新しい民法典は、これらの新たな方向を考慮に」入れるべきだとオベールは主張する⁹⁹⁸。彼は続ける。再法典化の際、「新しい民法典は、市民の民事的権利義務に関する全体の憲章となる」⁹⁹⁹こととしている。

実際、民法商法の統一の問題が提起される。イタリアやスイスのように、再法典化の際、商法を民法典に統一するという考え方に大しては、フランスの商法学者の大部分は、反対しているようであり、商法の自律を守る姿勢をしている¹⁰⁰⁰。

また、Terré がフランス債権法改正の案を公表する際に、説明を加えた。Terré は、「社会的環境」という項を設け、そこでは、「商事契約」の存在について、語った¹⁰⁰¹。「（商事契約）これは、民商法の区別からの必然的な帰結でしかない。この区別は、しばしば斟酌された経済の必要性に遅滞する象徴と見なされる。また、この区別は大勢のヨーロッパ国に看過されている。イタリアでは、それが 1942 年の新民法典により廃止された。この問題提起を延長すると、二つの概念の間に混同の存続を認めなければならない。すなわち、法律が規定される商行為（つまり、現行規定そのものである）、及び、不明確のままである商事契約の概念、という混同である。実際、商事的なものとしての性質決定は実質的な特徴に結び付けられておらず、厳密的に言えば、それは商取引に関連付けられているのであろう。委任に関する委託契約も、いわゆる民事動産質に関する商事動産質も、論理的、社会的、及び法的な諸与件に立脚していない。会社の契約制度については、商事会社と民事会社の平行的・収斂的な変化は、ますます顕著になる親近性を表すことが見られる。2006 年に、パヴィアで開催されたヨーロッパ私法学者アカデミー会議の際に、銀行における契約制度が Gandolfi グループの議題に置かれていたことは、意味深い」¹⁰⁰²と指摘する。すなわち、商事と民事との混同が傾向である。このような観察は、単なる民商契約分野で混同を指摘するものであるというならば、さらに、彼は「消費者法」のファクターを留意して、続いて説く。彼は、消費者信用や、消費者保護方に関する規範の民法への浸透を念頭に置き、「同様の観察は、市民法と農業法の関係について取り上げられうる。農村と都会、民法と商法、このような対応関係は終焉した」と。

ますます、もうひとつの概念が生成する。それは、事業者である。商人から事業者へ¹⁰⁰³。

「民事契約と商事契約の区別は、近時、事業者（商人であるか否か）と非事業者あるいは消費者と野間で締結された、事業者間の締結される契約と素人間の契約という区別により

⁹⁹⁷ 大村敦志「民法と民法典を考える」同・法典・教育・民法学（有斐閣、1999年）105－106頁。（初出、民法研究第1巻1996年）。

⁹⁹⁸ J.-L.Aubert, *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, n°22, p.134.

⁹⁹⁹ J.-L.Aubert, *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, p.135.

¹⁰⁰⁰ J.Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n°920, p.1914.

¹⁰⁰¹ F.Terré et L.Fitoussi, *Prolégomènes*, in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F.Terré, Dalloz, 2009, p.45.

¹⁰⁰² F.Terré et L.Fitoussi, *Prolégomènes*, in *Pour une réforme du droit des contrats*,

¹⁰⁰³ Calais-Auloy, *De la notion de commerçant à celle de professionnel*, *Mélanges à P. Didier*, 2008, p.81.

代替される。事業者間の契約あるいは素人間の契約は、一般法に適用されるものの、事業者と非事業者あるいは消費者との契約は、消費法の特別規定に適用される。」¹⁰⁰⁴

②民法典：消費者と相容れ

民法典は、消費者を排斥するのか。

たとえば、ウエトは、民法典の性質から、消費法規定の受入れに排斥していないという。彼は、指摘する¹⁰⁰⁵。「民法典の消費性格のルールを受け入れる傾向に驚くべきではない。なぜなら、民法典は、すでに弱者と推定されいる契約当事者の保護に関する哲学の性質を帯びているローマ法の伝統と古法のルールの伝統の後継である。民法典の契約に関する諸規定は、十分容易に、性質的に給付を受ける者に、かつ、したがって、事業者に対する顧客に好意的である。」。

また、同様に、ソファノールは「フランスでは、消費契約法最初の目的は、保護の公序に呼応するために、個人利益の保護の諸メカニズムを通じて、事業者との関係で弱いと見なされる当事者一方を保護する目的であった。情報義務と熟考期間は、消費者の意思の自治を修復しようとするメカニズムと理解されうる、民法典にこの分野の結合 *rattachement* を正当化する」としている¹⁰⁰⁶。

(2)、法典間の規定配置の技術

フランス法では、独創性を有すると言える法典化の方法を採用している。多重配置である。

立法者は、消費者が、諸法文をアクセスするため、複数の法典あるいは書類を参考することを避けようとする。それは、消費法典の中で、一般法上のいくつかの規定を *intégrer* 編入することに至った。それらを消費者保護の特別法文と区別することで。

このために、立法者は、1993年7月26日法律の2・3条に定義されたオリジナルな法典化の方法を採用した。

消費者を保護する法典化される規定の全体にとって、「先導法典」と呼ぶ。また、法典に組み込まれた一般法の諸法文は、廃止されていないが、ただ再現(再置)する *reproduit*、その源泉 *source* は、記載される。後者の法典化された規定のカテゴリーにとって、消費法典は、「*code suiveur* 後続法典」と考えられる¹⁰⁰⁷¹⁰⁰⁸。

¹⁰⁰⁴ Contrats et obligation, fasc.1-2, Lexisnexis SA-2005, p.9.

¹⁰⁰⁵ J.Huet, Introduction, Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, Sous la direction de D.Fenouillet et F.Labarthe, Economica, 2002, p.3.; aussi, Ph.Stoffel-Munck, La codification du droit de la consommation, in Mélanges J.-L.Baudoin, Sous la direction de B.Moore, éd.Y.Blais, 2012, p.1279.

¹⁰⁰⁶ N.Saupanor-Brouillaud, avec le concours de E.Poillot, C.Athbert de Vincelles, G.Brunaux, Les contrats de consommation, règles communes, LGDJ.2013.P.3, n°2

¹⁰⁰⁷ Pizzio, Code de la consommation annoté, 2e éd., Montchrestien, 1996, p.38 et s.

¹⁰⁰⁸ 法典管理上のデメリットがある。フィリップ・ストフェル＝マンク 山城一真<訳> 「消費法の法典化」民商法雑誌大46巻第4・5号2012年、410頁。参照。「ひとつの事項を二つの法典に規定すると、法典の間で、重複や相互の影響が多数生じることとなる。それら複数の法典を管理することは大きな負担となるから、いずれは、一般の法典

民法の規定を消費法典へ

フランスでは、同一の規定は、複数の法典に配置する技術が用いられている。「消費者保護を確保する専有な目的を有する諸法律を集合させる「先導法典」に対して、消費者保護に参加するから、民法の諸規定を再置させる reproduire しかない法文を含めるとき、いわゆる「後続法典」である」¹⁰⁰⁹。

ある程度、消費法の法典化＝民事法典の解法典化である。たとえば、民法典の隠れた瑕疵担保のルールについて（民法典 1641 条とその以下の条文）、そのまま消費法典 211-1 条に再配置 reprise/reproduit されている。すなわち、「消費契約における隠れた瑕疵の担保に関するルールは、以下に再置された民法典の 1641-1648 条に規定されている。」ということである。このことは、レミは、「消費法の法典化は、消費法典に民法典の諸規定の移植 transplantation の興味深い効果 un curieux effet を有する」¹⁰¹⁰。すなわち、「民法典が特別法典において、繰り返し言うことの代価で、しか一般法典の地位を維持することができないだろう、のようである。したがって、。既存法の特別法典化は、根本的には、民事的な解法典化の一側面である un aspect de la décodification civil」¹⁰¹¹。

この場合、消費法典は、「後続法典 code suiveur」という役目を担う。

この一般法（典）と特別法（典）との規定の配置技術について、N.Molfessis は、興味深いことを提示している。彼は、20 世紀末、21 世紀の初頭の法典化の激増という現象について、民法典と諸法典との関係を検討加えた。彼の提示によると、「部門と亜部門により法典を特別に扱うことで、その状況を認識しようとする諸活動 activités、各個、各 justiciable により法生活を構造するために、一般法の考え方自体を廃止しようとする。たとえば、消費者あるいは事業者、すなわち、消費法典あるいは商法典等。このような状況で、一般法は、その存在理由を失い、各個人は、常に、特別な法的状況の支配の下である。」

に変更が加えられても、それが他方に反映されないといったことが起きるのである。内容に独自性が認められない法典が二つ存在することで、それぞれが変更されたときに絶えず同期し続けなければならないことになる」とすれば、煩雑なだけ」である。また、同氏によると、「民法典と消費法典との間には、ほとんど重なり合いが存在」せず、「消費法は、市場法のひとつであり、その倫理は、契約に適用されるときであっても、民法典に定められている契約法とはかなり隔たっているように見える。消費法は、一定のカテゴリーを対象とした、集団的な公序を創設することを目指すものであり、この公序は、民法の理念とはかなり異質なものである」という（412 頁）。同氏は、消費法を市場法と性質づけ、民法との距離を強調する。また、Ch.Larroumet も、消費法と民法との精神の相違を主張する。民法は、私人の法的平等に基づいて、消費法は、労働法のように、少なくとも、私法に属するものにおいて、事業者と消費者の間の関係の社会一経済的 socio-économique 不平等を考慮に入れている。Ch.Larroumet, Droit civil, sous la direction de Ch.Larroumet, Tome I, 4e édition, Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 2004, n°89, p.50.

¹⁰⁰⁹ Sauphanor, L'influence, p.9.

¹⁰¹⁰ Ph.Rémy, Regards sur le Code, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p.99, spéc., p.112.

¹⁰¹¹ Ph.Rémy, Regards sur le Code, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p.99, spéc., p.112.

と説く¹⁰¹²。彼は続ける。「民法典が、この区分された規範の全体において、その位置を見つける。既存法への法典の作成者は、感じている。諸法典の間の関連をするために、かつ、とりわけ、既存法への法典と民法典との間の関係をするために、ある法典をその他の法典に、あるいはある法典の諸規定をその他の法典に *renvoi* 送還するという方法を考慮している。」¹⁰¹³。これをするために、「先導法典と追従法典 *des codes pilotes et des codes suiveurs*」の技術である。それは、「二つの法典において、同様な法文 *texte* を再現する *reproduire* することが必要」でありうるだろうということのようである¹⁰¹⁴。そのために、すでに、ある規定が、すでに法典化されるものであるにもかかわらず、新しい法典において、書き直される（何度もかかれる）*recopié* ことになり、この新しい法典は、追従法典としてこの規定を受け入れる。その手順 *procédé* が、斬新 *inédit* ではなく、「*codifications à reprises* 反復の法典化」¹⁰¹⁵の特徴を帯びている。「立法的・規制的激増の時期で、無駄に同様な法律を探すより、同様な法律を二回位置づける方がよいのではないか。」¹⁰¹⁶。

2、民法典と消費法典¹⁰¹⁷

消費法について、確かに、消費法の自律、とりわけ、消費法典の制定により其の自律の認識がより高まったと理解する学説が存在する¹⁰¹⁸。しかし、フランスでは、多数の学説は、消費法の自律を認めていない¹⁰¹⁹。

今日の民法典はどうされるべきか、再法典化、或いは民法典の空洞化の治療に当たって、重要な課題である。たとえば、アチアスは、「21 世紀のフランス民法典は、大きな諸全体と基本的な諸法的カテゴリーの再構成の画期的な源となるだろう。市民の失われた統一に立ち戻るだろう。.....消費者、事業者など...失われた諸 *cohérenc* の再建は必要である」¹⁰²⁰と呼びかけている。ここでは、彼は、「法的カテゴリー」や「市民の失われた統一」、「失われた諸 *cohérence*」は、何を指向しているのか。しかし、おそらく、彼は、21 世紀の民法典は、その範囲について、消費者やカテゴリーを認識しているだろう。

フランス消費者法は、民法と別個とした法典化という道を選択した。しかし、一方、民法典と消費法典との重複は、消費法と民法との多くの適用分野の重複から由来する。他方、民法典と消費法典との繋がりがどうしても、切断できない、両法は相互交流・相互影響の

¹⁰¹² N.Molfessis, *Le Code civil et le pullulement des codes*, in *Le Code civil, 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, p.309, spéc., p.331, n°26.

¹⁰¹³ N.Molfessis, *Le Code civil et le pullulement des codes*, in *Le Code civil, 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, p.331, n°27.

¹⁰¹⁴ *Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires*,

¹⁰¹⁵ それらが引き起こしている困難さについて、D.Le Ninvin, *Les discordances de la codification par décret*, JCP 1980, I, 2982, spéc., n°12.

¹⁰¹⁶ F.Bouyssou, *à propos du Code de la construction et de l'habitation, et en introduction dudit Code*.

¹⁰¹⁷ L.Leveneur, 1993-2003 : *Les vingt ans du Code de la consommation*, CCC.Repère n°3, mars 2013.

¹⁰¹⁸ たとえば、A.Sinay-Cytermann, n°2.

¹⁰¹⁹ 多くあるが、J.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, p.115. Aussi, *Droit de la consommation*, . また、Sauphanor, .N.Rzepecki, .Pizzio, Mazeaud をあげておく。

¹⁰²⁰ Ch.Atiás, *Le code civil nouveau*, D.chron., 1999, 200.

メカニズムは、常に働いて(きた)いるからである。

そこで、まず、問題となるのは、フランスでは、EC 指令の国内化の場合は、どうすべきか、どちらに導入されるか、ということは、まず問題である¹⁰²¹。

まず、1993 年不当条項に関する指令を国内化する際に、フランスは、それを、消費法典に導入していた¹⁰²²。フランスでは、常に、不当条項に関する法は、消費法に属するである。

また、1997 年 5 月 20 日指令、遠距離契約の分野での消費者保護に関するものであり、2001 年 8 月 23 日オールドナンスにより、121-16 条に導入される。

以下、いくつかの動向を見よう。

(1) 消費物の売買と担保に関する 1999 年 5 月 25 日 99/44/CE 指令(*la vente et les garanties de biens de consommation*)¹⁰²³

1993 年消費法典後、(少なくとも、契約分野では)初めでの機会であった。

1999 年 5 月 25 日に EU 評議会・議会で「消費物の売買と担保に関する指令」が採択され、EU 加盟国に対し、2002 年 1 月 1 日までに国内への導入が要請された(同指令 11 条 1 項)。フランスでは、遅れて、2005 年 2 月 17 日オールドナンスにより、国内に導入した¹⁰²⁴。

導入までの経緯：

1999 年指令は、民法典に、広い導入をし、適合的引渡し義務と隠れた瑕疵の合併し、売買の伝統的諸概念を修正するすべきか、それとも、逆に、消費法典に限定的な導入をす

¹⁰²¹ 本稿の考察範囲外となるが、1998 年法律より、欠陥商品の責任に関する 85 年指令の民法典への導入されていた。1998 年 5 月 19 日法律は、欠陥商品に関するものであり、民法典に導入され、1386-1 条から 1386-18 条までである。(この指令、すべての被害者とされているが、「消費者」の利益を保護することは、消費法の意味では、重要であろう。)

¹⁰²² しかし、すぐ後で見ると、債権法改正案は、不当条項規制に関するルールを民法典に導入すると提案している。また、ドイツやイギリスでは、1993 年指令の国内化の際に、契約一般法と消費法に両方に適用できるように受け入れていた。さらに、学説上や判例上は、不当条項の機能の拡張(事業者にも適用できるように)、と言う議論は少なくない(Sauphanor, 2013, p.190. はまとめている)。また、ソファノール自身は、不当条項規定を民法に導入して、事業者にも拡張的に捉えると言うことを好意的に主張している N.Sauphanor-Brouillaud, observation sur le projet de réforme de droit des contrats, LPA 2009, n°31, p.54 et s.。

¹⁰²³ ローラン・ルヴヌール、平野裕之(訳)「ヨーロッパにおける販売された消費財についての新たな担保責任一統一、多様性または共通の土台？」ジュリスト 1303 号 2005 年 12 月 15 日、90 頁以下。また野澤「売買の目的物に瑕疵がある場合における」同・民法学と消費者法学の軌跡、203 頁、特に、206 頁以下。また、馬場圭太「EU 指令とフランス民法典」甲南法学 46 巻 3 号 2005 年 189 頁。A.Ghozi, La conformité, in Faut-il recodifier le droit de la consommation. ?, 2002, p.103 et s. ; Ph.Malinvaud, Retour sur une réforme du régime de la garantie dans la vente et sur la transposition de la directive du 25 mai 1999, in Etudes offertes à G.Viney, LGDJ, 2008, p.669 は、

¹⁰²⁴ 消費物の売買契約で、瑕疵担保責任と債務不履行責任を、適合性の法廷担保責任に一本化した。

べき、民法典の諸ルールを維持することで、消費者の保護ルールを増やすこと、という焦点であった。

活発な議論がなされた。コンセンサスが得ることができなかった。このことについて、意見が分かれている。

一方、賛成する意見を持つ者は、民法典への転換を支持する。

当時、導入する際に、この指令をどうすべきか。2002 年初には、G.Viney 教授が主宰した委員会により予備草案を出していた(2002 年 5 月)¹⁰²⁵。この指令を、隠れている瑕疵担保に関する民法典 1641 条以下の条文を修正することで。民法そのものに導入しようとしていた¹⁰²⁶。同案は、一方、民法規定の単純化と明晰化を図り、他方、契約正義をめざし、消費者の属性を有するものにとどまらず、すべての獲得者の保護を強化しようという意図であった。

にもかかわらず、委員会のメンバーらの間で、大きな論点となった。

消費法典の中で最小限の転換を信奉する者である。彼らは、同指令を民法に導入することにより拡大化に反対し、消費法典への導入を強く主張する¹⁰²⁷。たとえば、D.Mainguy は、この 1999 年指令は、消費者に関するものであり、消費物の売買と保証に関し、それらは、民法典と無関係であり、民法典は、当事者らの属性(性格) *qualité* とは無関係により客観的方式で現われる、という。そのほか、特に本稿との関係から見ると以下の指摘である¹⁰²⁸。彼は、民法に導入すると、消費者の保護に適切かどうか、確実ではないという点を指摘し、「この法律の予備草案は、民法典と消費法典との中で、広い修正を提案しており、われわれから見れば、それは、消費者を弱められた保護に導くだろう」と指摘していた。反対に、「制限された導入(つまり消費法典への導入)は、より実現しやすいし、消費者のみを最も保護的である」という。

G.Paisnat et L.Leveneur は、彼らは、消費者の未を特別保護与えようとする指令が民法典に国内化することを要請していない¹⁰²⁹し、また、このような扱い方が、EU 指令の追及される目的を裏切ることになると示している。EC 指令の目的は、EU 消費者のために、特別・統一名保護を立てようとしている。この点について、その論証は、避けられない、すなわち、もし、すべての獲得者は、平等の方法で保護されるならば、消費者の保護は、もう意味なくなる。民法は当事者の性格に、原則として、適用される一般規範を集積するものであり、消費者契約に適用される規定の特殊性を呈する最善の場所は、消費

¹⁰²⁵ G.Viney, 報告書を。消費法にとどまるだけでなく、民法に編入し、当事者の性格や目的物の性格を問わず、すべての売買契約に広げようとする。

¹⁰²⁶ G.Viney, *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente?*, JCP 2002, I.158.

¹⁰²⁷ G.Paisnat et L.Leveneur, JCP 2002, I.135; O.Tournafond, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, D.2002, p.2883; D.Mainguy, *Propos dissidents sur certains aspects de la vente et des garanties dans la vente des biens de consommation*, JCP 2002, I.183, p.2109. Ph.Malinvaud, *Retour sur une réforme du régime de la garantie dans la vente et sur la transposition de la directive du 25 mai 1999*, in *Etudes offertes à G.Viney*, LGDJ, 2008, p.669, spéc., p.670 は、消費法典に導入するのは賢明な選択であり、理由は、*actions* の一元論あるいは二元論に文化的な理由ではなく、実践的な理由によるであると述べている。反対意見としては、たとえば、J.Calais-Auloy, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité*, RTD civ., 2005, p.701.

¹⁰²⁸ D.Mainguy, p.2111, n°8-9.

¹⁰²⁹ G.Paisnat et L.Leveneur, JCP 2002, I.135; p.924, n5

法典であるとされる¹⁰³⁰。

しかし、ルヴヌールは、いう。「フランスにおいて、本当の説明は別のところにある。フランスは、確保すべき消費者保護の程度にこだわったのである。…フランス売買法は、指令よりも明らかに買主に厚い保護を与えていた。本指令の厳密な範囲で野国内法かを限定し、一般化に手をつけないと言うことが、この際に消費者保護を交代させることを避ける最善の方法だったのである。そうでなければ、「消費者の利益を促進し」「消費者保護の水準を高める」ことを確保することを目的とした EC 憲章 153 条に基づいて採用され指令に対して逆説的な結果となっていたであろう。フランスの立法者は、「消費者保護の水準を高める」ことを考え、民法に規定されている権利も享受する可能性を残したのである（商法典 211-13 条）。その結果、国内法かは、既にすべての買主が享受していた権利とは別に、それに置き換えることなしに消費者に新たな権利を付加するというだけにとどめられた」という¹⁰³¹。

消費者に対して、事業者売主に押し付けられた強制は、必然的に素人売主に拡張できるわけではない、事業者間の関係に拡張できるではないから、フランス政府は、Viney による民法に導入する案に従わなかった、2005 年 2 月 17 日オルドナンスより、最終的に、消費法典に導入された。しかしながら、同指令が消費法典に導入されたにもかかわらず、学説には、民法典にある売買一般法の改正を求めるものも有力である¹⁰³²。

(2) 2000 年 3 月 13 日法律は、まず、800 ユーロを超える契約において、証拠のシステムに関する障害を追い求めようとした。この法律は、あらかじめ指令の採用により民法典 1316 条新しい条文より修正・補完されたものである。

(3) 民法典 III livre の III titre の改正 modification : 「電子形式の下での契約」の新設¹⁰³³

契約の証拠に関する 2004 年 6 月 21 日 2004-575 号法は、契約締結過程における電子技術の介入について、いわゆる「サイバー上の消費者」の保護ということで、技術的性質に立脚される契約関係の不平等の概念を、民法典の中に導入された¹⁰³⁴。すなわち、特別技術が民法典に配置される。また、この法律は、同時に、消費法典の規定を修正している。

2000 年 6 月 8 日 EC 指令は、EC 加盟国に、contrats électroniques について、あらゆ

¹⁰³⁰ O.Tournafond, p.2885.

¹⁰³¹ ローラン・ルヴヌール、平野裕之(訳)「ヨーロッパにおける販売された消費財についての新たな担保責任一統一、多様性または共通の土台？」ジュリスト 1303 号 2005 年 12 月 15 日、99 頁。

¹⁰³² G.Paisant, La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation,

¹⁰³³ Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 により修正された。

¹⁰³⁴ J.Huet, Commerce électronique. Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, JCP G 2004,I.178;Th.Verbiest, Le nouveau droit du commerce électronique.La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, Laecier-LGDJ,2005.; Loi économie numérique : le sacre des égalité formelles, RDC 2005/2,p.580.

る法的障害を取り除くことが義務付けられた。

2004年6月21日法律¹⁰³⁵は、2005年オールドナンス¹⁰³⁶より、補完されていた¹⁰³⁷。それは、民法典 III livre の III titre VII 章（電子形式での契約に関する「Des contrats sous forme électronique」（1369-1条から、1369-11条まで）III livre Titre III chapitre VII が新設されている。一方、このオールドナンスは、再び番号をつけることで、2004年6月12日法律に関する規定を再び採る。他方、それは、民法典の中で、紙書面のためにいくつもの要求の規定を、挿入していた¹⁰³⁸。民法典 1369-1 から、1369-3 条。あらゆる顧客が、消費者として保護されるべきだと意味しない。しかし、電子手段により締結する申し込みは、情報提供義務をすべきである。同法 1369-6 条は、事業者間の契約は、この 1369-5 条と 1369-4 条の 1° -5° の規条文が適用除外であるとしている。したがって、これによると、1369-5 条の諸規定は、事業者と消費者との間で、強制的である。

民法典の中に、新しい「章」が設けられ、違った色彩の条文が導入された。その中で、電子契約を締結することについて、「proposé à titre professionnel 事業者に」多くの義務が列挙されている¹⁰³⁹。事業者と「申し込みの受信人」¹⁰⁴⁰（消費者ではなく）との関係。受信者が個人であるにもかかわらず、保護レジームは、消費者の保護の技術から示唆されている¹⁰⁴¹。

¹⁰³⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance en l'économie numérique(transposition de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique)。この法の解説について、J.R.,Economie numérique.Loï n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance en l'économie numérique,RTD civ.2004,p.574.技術的に「弱い」契約当事者の増大した保護によって、これらの契約の特別不均衡の危険を食い止めようとするという。

¹⁰³⁶ このオールドナンスについて、C.Castets-Renard,Defrénois 2006.1529.

¹⁰³⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique: JO 17 juin 2005.(参考文献 Aubert 本により、この点について、電子商取引の法的諸相に関する 2000 年 6 月 8 日指令の国内化の法律である。通信の手段としてのネット réseaux 利用に関する規定が含まれる。また、参考として: Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, 2005,博士論文は、2004 年法律前に書かれたが、この法律の substance を考慮に入れた。また、Huet, Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à électronique,JCP.2004,I,178 ; Stoffel-Munck,LCEN-La réforme des contrats du commerce électronique,CCE 2004, étude 30 ; Le contrat électronique.Au coeur du commerce électronique,dir.,Hallouin et Causse,2005 ; ; また、一連の研究、in RDC 2005, 533 t s ; not.Gautier, Formation du contrat : un code, deux régimes, p.589 ; du même auteur, L'équivalence entre supports électroniques et papier, au regard du contrat, in Mélanges Ph.le tourneau ; Mekki, Le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte pas neutralité axiologique, RDC 2007.681.)

¹⁰³⁸ Contrat et obligations,Des contrats sous forme électronique, à jour au 8 janvier 2008,Lexisnexis SA-2008,p.2.

¹⁰³⁹ C.civ.,art.1369-1.

¹⁰⁴⁰ 民法典 1369-2 条。消費者が用いられないためか、それは、消費者法典に出でなく、民法典に導入した。これについて、D.Fenouillet,Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine,RDC 2004,chron.,p.955 et s.,spéc.,p.963.

¹⁰⁴¹ Sauphanor, 2013, p. . Aussi, A.Penneau, p.7 et s によると、この法律がもたら「消費者」を対象とするわけではないものの、この法律は、二重的な性質を有する。一方、一般的な性質であるが、他方、消費法的な性質(要素)を包含している。また、P.-F.Rousseau, L'enregistrement de nom de domaine, Mémoire DESS Droit du multimédia et de l'informatique, Paris II,sous la direction de J.Huet,p.25,n°62 : 「民法典 1369-1 条お呼びその以下の書状分は、消費法より民法の感染から由来する」と説い

民法典の中で、2005 年オールドナンスが、電子手段の利用を規制する。契約の条件と物や役務についての情報の規定について。契約締結する提供は、事業者により定式されるとき、義務的記載を理解すべきである。消費法典 L.121-20 条の規定により認められた撤回権は、電子手段により契約締結する消費者に認められる。

A.Penneau が指摘する。「この契約関係の新しいコンセプトは、したがって、一般法において認められる。それは必然的に商事契約関係のモデルに立脚され、その中では事業者は、*offrant* であり、一方当事者が *acceptante* であり、それは、劣勢の構造的な状況においてである。民法典にこの概念の定着 *ancrage* は、意味深い。」¹⁰⁴²

(4) 民法典 2061 条

仲裁契約の条項は、今日、「事業活動の理由で締結された契約の中で」有効的であるとした¹⁰⁴³。それまでは、商人の間で契約の中でのみであった。

(5) 保証人契約：消費法典へ

自然人保証人は、必ずしも「消費者」の概念に一致するわけではない。しかし、そこでは、それを民法上の制度を強化するための規定として、消費法典の中に導入された。

しかし、消費法典に導入されているものの、この法律は、消費法の伝統的適用範囲を大いに超える射程を有するのである。

2003 年法律、la loi du 1^{er} août 2003 経済イニチアチブ（いわゆる、Duteil）¹⁰⁴⁴に関する法律。この法律は、消費法典に、事業者の債権者に対して、自然人保証人のための規定を消費法典に導入している（消費法典 L.341-2 et s）。民法典ではなく、消費法典の中で組み込まれている。同法律は、消費法の伝統的な適用領域を大いに超えている射程を有する。この法律は、とりわけ、自然人商人（事業者債権者）に適用されることである。そこで、消費法典は、保証の一般法の新しい本拠となる¹⁰⁴⁵。この意味では、以前に比べると大きな普遍性・一般性を帯びるようになってきた。

民法典の中でも、保証人について規定が置かれている。保証人の保護については、民法典 1326 条¹⁰⁴⁶である。同条は、保証の有効性を、保証人の手書き記載に従属させる。す

ている(未見、F.Bérenger,2007, n°892,p.630 による引用)。

¹⁰⁴² A.Penneau,Contrat électronique et protection du cybercontractant,in Du Code de la consommation au Code civil,LPA 13 mai 2004,n°96,p.7.

¹⁰⁴³ Modification Loi n°2001-420,15 mai 2001.

¹⁰⁴⁴ 「経済的イニチアチブに向ける 2003 年 8 月 1 日 2003-721 号法律 Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003,JP 5 août 2003,p.13449.」V., L.Aynès, La réforme du cautionnement par la loi Dutreil, Droit et patrimoine, n°120,novembre 2003,p.28. 事業者債権者と自然人により締結された保証につ手書きの記載を一般化することで、消費法典 341-2 条により、この分野の重要な修正を行う。

¹⁰⁴⁵ Y.Picod et H.Davo,Droit de la consommation, Armand Colin, 2005,p.4,n°6.

¹⁰⁴⁶ 民法典 1326 条は、1980 年 7 月 12 日 80-525 号法律により導入されていた。この規定の条文： L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

なわち、手書き記載が効力要件とされている。しかし、この記載 *mention* は、消費信用の場合、その *engagement* の *portée* について、保証人を通知するには、不十分である。1989 年法、1998 年法¹⁰⁴⁷と 2003 年法は、自然人保証人の保護を強化した、消費法典に組み込まれた諸規定を通じて自然人保証人の保護を強化していた¹⁰⁴⁸。この民法典の 1326 条は、消費法の影響を受けているものである。

単純保証の分野では、消費法典 313-7 条は、特別な形式 *formalité* を要求する。この規定は、三つの条件：保証人が、私署証書より締結される契約、かつ、保証された取引が動産または不動産信用であるということを行う自然人である。

2003 年 8 月 1 日法律は、消費法典の 341-3 条におけるこの形式主義を、事業者債権者の連帯保証の性格で契約するあらゆる自然人へ拡張した¹⁰⁴⁹。

保証人の *engagement* の有効性は、また、一時的に影響されることが可能であり、形式要求の原因ではなく、自然人とにより締結された *engagement* とその財や収入との間の均衡性の強制による。同法律は、これらのような取引を超えて、不均衡の要求を、消費法典 341-4 条に拡張した。この要求は、それ以降、「事業者債権者」を対象とする保証人の性質で契約するあらゆる「自然人」へ一般化され、341-4 条の適用を消費法に属する衝突のみに許可する。

(6) 猶予期間について：

民法上の猶予期間は、合意の拘束力という原則にに対して、例外的性質を有する一方、長い間、1244 条は、債務者の保護法の性質をも帯びる。

1989 年 12 月 31 日 89-1010 号法律は、消費法典の 313-12 条に、2 項を付け加えた。また、強制的排除 *l'exécution forcée* に関する 1991 年 7 月 9 日法律¹⁰⁵⁰は、民法典の中で、新しい 1244-1 条を挿入した。

「消費法典 313-12 条が、消費信用と不動産信用に関する一般規定であり、それは、本質的に *pour l'essentiel*、猶予期間の分野で一般法に返すことであり、すなわち、民法の 1244-1 から 1244-3 条までである」と指摘される¹⁰⁵¹。

¹⁰⁴⁷ 1998 年 7 月 29 日 98-657 号法律は、民法典の 230 条に、新しい規定を挿入し、「あらゆる場合では、保証から生じる負債の総額は、自然人保証人を、消費法典 313-2 条に定められた財力の最小限から奪うことができない」と規定する。そこでは、消費法上の比例原則の民法への浸透がある。この点については、P.Croq, *obs à RTD civ.*, 1998, p.953 と、Ch.Albige, *L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution*, in *Etudes de droit de la consommation, liber amicorum, J.Calais-Auloy*, p.1, spé.p.22, n°28 によると、保証の総額 *montant* が保証人 *caution* の財力 *ressources* に均衡となることを確かめることを、債権者に間接的に義務付けており、この条文は 313-10 条と 341-4 条を対象とされた性質決定の自然的延長として現れる、としている。さらに、Y.Picod, *Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe*, p.851, n°18. によると、「民法典にこれらの規定を統合することで、立法者は、この規定が、一般法も、消費法も適用されることをしようとする」。

¹⁰⁴⁸ Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, p.436.

¹⁰⁴⁹ もし契約が公署書証により認証されるなら、その形式 *formalité* が、単純な保証に要求されていないが、また連带的であり、公証人が、保証人の条項の義務を取る。

¹⁰⁵⁰ とりわけ、H.Croze, *La loi n°91-650 du 9 juillet 1991 réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée*,

¹⁰⁵¹ Rzepecki, p.181, n°205.

まとめ：

以上、消費法典を有するフランスでは、民法と消費法典とは、独立で、別個に存在し、守備範囲も異なる。消費者に関する規定は、一般的に、消費法典に規定されていると言うことである。民法には、消費者や消費者契約はない。

しかし、このことは、以上に見たように、民法典そのものは、消費者の要素は、かなり組み込まれている。

(7) フランス民法改正における議論¹⁰⁵²：

近時、フランスでは、債権法改正の作業が行われつつある。いくつかの改正草案が出されている。この改正作業の過程では、「消費者」とおいて精神・思想は、債権法改正にどう及ぼしているのか、あるいは、どう考慮されているのか。これについて、考察を加える。

①フランス民法典 200 周年（民法の再法典化）の際の検討

ナポレオン民法典 200 周年は、消費法典を含め、その他の諸法典に関する幾つかの特別契約の「回避 fuite」について問題提起されていた¹⁰⁵³。

次に、Rémy は、「(民法典)のシンボルの純粋さを守ることで、明確に（民法典）をシンボル *symbole*、あるいは空の殻 *coquille vide* でしかない存在に限定するだろう」¹⁰⁵⁴とし、彼は、現実の中で目下の民法典の解法典化を治療する方法としては、再法典化ということであり、その際、EC 指令との整序、消費法の諸寄与 *apport*、かつ、ウィーン売買条約の寄与を組み入れなければならないだろう、としている¹⁰⁵⁵。つまり、彼は、フランス民法典の再法典化を主張するとともに、その際に、消費法の諸寄与をも入れるべきだ、という。

J.-L.Aubert は、(今日の)民法の分裂の現象について、再法典化という視点から考察を加えた。彼は、まず、民法の定義について指摘する¹⁰⁵⁶。「歴史的な現実から、民法は、商法から少なくともなされた抽象化であり、法典 *l'époque du Code* の時代の私法である。

¹⁰⁵² EU の動向：近時、EU 契約法は、消費者保護ルールの導入に対して、親和的態度であろう。Communication de la Commission au Conseil et au PE concernant le droit européen des contrats, COM2001 398. 2001 年から、EC は、ヨーロッパ契約について議論をスタートし、公表された資料の中で、消費者保護に関する多くの指令が挙げられていた。このように、EU 契約法委員会は、消費者保護に関する法を大いに参照していることは確かなことである。EC 契約法は消費法によって、現在に至った、これについて、E. Poillot, Droit européen de la consommation et unification du droit des contrats, LGDJ, n°53. また、Draft Commun Frame on Reference も、事業者と消費者関係・かつ事業者間の関係において適用できる Ghestin, RDC 2010mp.213 を参照。さらに、EU 売買一般法に関するルールの提案は、2011 年 10 月 11 日に採択され、EU 契約法の建設の重要な段階であり、消費者保護をこの一般法に統合した。フランス民法典やヨーロッパ報の影響について北村一郎「フランス民法典 200 年記念とヨーロッパの影」ジュリスト 1281 号 2004 年 92 頁。民法典の改正について、金山直樹「フランス民法改正の動向」ジュリスト 1294 号 92 頁 2005 年。

また、ケツベク民法典にも、消費者概念、消費者契約ルールが導入されている。

¹⁰⁵³ A. Bénabent, Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p.245 et s., spéc., p.248.

¹⁰⁵⁴ Ph. Rémy, Regards sur le Code, in , p.115.

¹⁰⁵⁵ Ph. Rémy, Regards sur le Code, in , p.117.

¹⁰⁵⁶ J.-L. Aubert, La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil, in , p.123-124.

しかし、その参照 *référence* は、今日になると、非常に不明確となり、さらに、問題の位置を変化させる *déplacer* しかない。われわれは、以下のこと一致している：民法典のもと（最初）内容から、民法が、商事活動の外、私生活においてその関係を組織する人の地位 *statut*・基本権利を定める諸ルール全体の全体 *ensemble* である、と考慮している。」
「定義の下書き *ébauche* は、1804 年法典への参照により明確されるであっても、しかしながら、依然不明確のまま *approximative* であり、とりわけ、過剰あるいは縮小 *excès réduction* により、民法にうそつきのイメージ *une image trompeuse* を引き起こすリスクがある。」

民法典 200 周年の際、かつ、その再法典化についての議論の中で、Mestre は、契約一般理論の再法典化の問題を論ずる。民法典に、「不当条項法」を導入すると提案した¹⁰⁵⁷。

②民法改正

債権法改正案において、二つの学者案と法務省案。三つの案は、いずれも、消費法の影響を受けている。直接に「消費者」の要素を考慮したり、あるいは、消費法により展開されたルールをより拡張・一般化して吸収したり、さらに、消費法を精神を間接に影響することもある。その中、情報義務を認め、不当条項規制に関するルールを民法典に導入する議論の余地を与えている。フランス債権法改正作業の中で、民法典と消費契約について一般的ルールとの間の境界線の流動性 *la fluidité des frontières* を見せる」と評している¹⁰⁵⁸。

第一に、カタラ Catala 作業グループ

カタラグループは、ヨーロッパとの調和を意識しつつ、時代になう民法典を目指し、フランス民法典の国際的な輝きを取り戻そうとし¹⁰⁵⁹、このような、フランスの時代の劣勢を思うカタラ草案は、民法典の一般性と中立性を尊重し、民法典・消費法典ないし商法典との適用領域をはっきり区別している、という伝統を重視すると評価されている¹⁰⁶⁰。

このような伝統重視であるにもかかわらず、消費法の要素の浸透が看取できる。カタラ・債権債務法と時効の改正予備草案である¹⁰⁶¹。カタラ自身の考え方として、消費法は「主要な法的革新を引き起こした。これらの法的革新は、契約一般法に復帰すべきだ」¹⁰⁶²と説いている。カタラ案の立法理由として、以下の指摘があった¹⁰⁶³。

¹⁰⁵⁷ J.Mestre, Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, p.241.

¹⁰⁵⁸ Sauphanor, 2013, p.7.

¹⁰⁵⁹ P.Catala, Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats, JCP G 2005.I.170, p.1739

¹⁰⁶⁰ カタラグループのスタンスについて、ピエール・カタラ＝野澤正充訳「民法・商法および消費法」加藤・民法改正と世界の民法典、185 頁。また、野澤正充「債権法改正と消費者法の関係―消費者法典の構想との関係」NBL946 号、2011 年、39 頁。また、野沢「民法改正の国際的動向―フランス法」加藤・民法改正と世界の民法典、67 頁も参照。

¹⁰⁶¹ 同案は。また、このカタラ予備草案の詳細について、研究会：La réforme du droit des contrats, projet et perspectives, reproduit à la Revue des contrats 2006, n°1, p.3 et s.

¹⁰⁶² Entretien avec P.Catala, Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats, JCP.ed.G.n°39, 2005, I, n°170, p.1739.

¹⁰⁶³ P.Catala, Présentation générale de l'avant-projet, in Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription

a、新しい技術の吸収

草案は、消費法典 111-1 条と 111-2 条情報提供義務に関する規定を導入する（三つの草案は、いずれも、導入している）。もともとは、情報提供義務は、民法上、判例により展開された法理である。この法理を民法に導入するには、あまり抵抗がなかったようである。（カタラ草案 1110 条と 1110-1 条情報提供一般義務を設けている。）。草案 1110 条は、規定する「情報を知るまたは知るべきだった契約当事者の一方が、情報義務がある」とした。同条 2 項において「この情報提供義務は、その自身により情報収集の不可能の者に存在し、あるいは、その契約相手方を合理的に信頼した者のみに存在しない、とりわけ、契約の性質の理由で、あるいは契約当事者の性格の理由による。」と規定する。

このことは、消費法の民法に与える影響と位置づけることができるだろう。

第二に、テレ草案：同意 *consentement* について

同意については、当事者の性格が考慮されている。

テレ草案は、「情報収集不可能において、あるいは、契約相手方を信頼するとき、とりわけ、契約の性質あるいは契約当事者の性格により、一方当事者の無知は、合法的である。」（同草案 33 条）としている。

b、消費法に固有の規定を民法に

カタラ草案のみは、債権債務法に熟慮権と撤回権に関する規定を導入することを提案する（1110-2 条）¹⁰⁶⁴。その上、カタラ案は、これらの権利に、「決められた範囲内の契約」に適用するという制限を加えている。

これらの権利は、主として消費法に属するものであり、消費者保護に固有の規定と言ってもよいし、消費法典（特別法典）の中に規定している。これらは、民法に統合する方向で検討されている。その統合の理由としては、

しかしながら、カタラ草案でも、民法典の中にこの条文の挿入の正当性 *légitimité* を考慮して躊躇していた。彼らの考えとして、情報提供義務と熟慮権・撤回権との比較から、その相違を意識している。すなわち、「報義務の民事的法典化は要請られた、なぜなら」といって、判例は、特別的な法規定がないにもかかわらず、情報義務を確立した。熟考期間や撤回期間については、事情は同様ではない。なぜなら、破毀院は、特別の欠如で、まったく課したことがなかったし、かつ、その法文が、特別法を越えて拡張されると理解していない、なぜなら、それは「法律により決定された一定の契約 *conventions* において」とわざわざ明確にしているからである」¹⁰⁶⁵。

(Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clement Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 sept. 2005, n°3, p.3.

¹⁰⁶⁴ 熟考期間と撤回期間について、les Principes Lando (Commission Lando より、欧州契約法の原則、1998 年) は考えていない。また、その他の案も、これを考慮していない。

¹⁰⁶⁵ P.Remy-Corlay et D.Fenouillet, Le consentement, in Pour une réforme du droit des contrats, p.155. 仮に、もし単に民法典に pilote 先導法典の役割を發揮させ、かつ、考慮された諸特別規定を知らせるとすることならば、それは、より明確に、特別法に戻す、とりわけ消費法典に戻すべきではないか、と彼らは言い、テレ草案は、「法に予定される場合のみにいて」熟慮権あるいは撤回権の制限的性質を強調していた。

c、当事者の性格への配慮：不当条項

カタラ草案は、性質の規定は、カタラ草案において、カタラ草案 1122-2 条は「特別規定により当事者を保護する場合、とりわけ、その消費者の性格で若しくは交渉されなかったとき 契約において、一方当事者を犠牲して、明らかな不均衡を生じた条項が改訂されるべきであり、あるいは削除されるべきである」としている。

テレ草案は、66 条・67 条において、似たような規定を置いている。しかしながら、法務省によって、行われた契約法改正のとき、2008 年に提案された草案の正式版は、不当条項を除去できる法規定をまったく含まれていない。

民法改正の諸案は、「明白な不均衡」規定を設けている。2009 年 2 月司法省が、87bis 条において「明白な不均衡」を規定している。その二項も「明白な不均衡」を用いている。また、Sceaux より 2005 年の改正案において、「明白な不均衡」としている。2008 年 Terré 改正案は 67 条で「明白な不均衡」を規定している。また、2013 年 11 月 27 日に司法省により改正案は、民法典に「明白な不均衡」を導入しようとする。このことは、特別法が一般法に靈感を与えることと理解されている¹⁰⁶⁶。また、民法典に明白な不均衡を導入することは、債権債務関係において均衡を回復する性質のある現行の諸規定の不十分さを手当てすることと理解されている¹⁰⁶⁷。

(8) 学説の議論状況：

最後に、消費法(典)と民法典との関係について、学説を若干見よう。

①消費法の法典化の前に、J.Carbonnier は、「もし、民法典が、事業者と非事業者との関係を無視しないならば、消費法は、障害なしに、民法に取り込むことができる」と指摘していた¹⁰⁶⁸。

②Y.Lequ tte である。彼は、フランス民法典 200 年のとき、指摘する。「もし、これは、フランス市民のその私生活のすべての moment において、フランス市民や civils

¹⁰⁶⁶ E.Gicauiud, Le contrat   l preuve du déséquilibre significatif, RTDcom. Avril-juin 2014,n 25,n 33, p.283-284.

¹⁰⁶⁷ E.Gicauiud, Le contrat   l preuve du déséquilibre significatif, RTDcom. Avril-juin 2014,n 36,p.284. 2008 年 8 月 4 日経済の現代化に関する法律により、消費法上の「明白な不均衡 déséquilibre significatif」概念が商法典 L. 442-6 I.2  条に導入された。明白な不均衡は、消費法や商法だけではなく、契約一般法でも現れることは、その将来の傾向であると指摘する。また、この明白な不均衡の概念は、契約の道徳化を見せつつある現代では、これから、不誠実 déloyauté を制裁するための一要素・一道具としての役割が期待される (n 25,p.279.)。M.Pichon de Bury et C.Minet, Incidences de la suppression de l'art. L. 442-6, I, 1  et de l'introduction de la notion de "déséquilibre significatif" par la LME, CCC. N 12,d ce.,2008, étude n 13. また、「明白な不均衡」の概念の導入は、将来的に、全体的に契約法に広がると主張するものとして、P.Catala, Des contrats déséquilibrés, Etude   la mémoire de F.-C.Jeantet, 2010,p.77 がある。さらに、2013 年 11 月の契約法改正準備草案 777 条は、この「明白な不均衡」を民法に挿入することと提案している。このことについては、R.Amaro, Le déséquilibre significatif en droit commun des contrat ou les incertitudes d'une double filiation, CCC.,n 8-9,août 2014,étude n 8.

¹⁰⁶⁸ J.Carbonnier, 1986, PUF.p31.

を扱う傾向があるならば、消費契約を包括する embrasser ことになるべきではないか？実際、仮に、われわれが、すべてが商人、労働者、農業者、不動産開発者などなど（そこでは、はっきりした法典が存在する）ではなくても、「われわれは、すべてが消費者である」

1069
。

③消費者法と民法とについて、M.-S.Payet は、「今日、各者の平等な自由という原則は、時代遅れの例外となりうることだろう。この理由より、一般法の中で、...消費法のロジックの統合の欠如は、時には遺憾的である。この統合の欠如は、民法が、必要的と判断された変化を奪われるだろう。」と興味深い指摘をしている¹⁰⁷⁰。すなわち、意思道具説に立脚し、一方、今日は、平等自由は理論上の原則から、事実上の例外となる一方、民法の変化の反映として、消費法のロジックの統合が必要である、ということであろう。

また、M.-S.Payet は、消費者の他律を主張する。また、個人が自由ではないという¹⁰⁷¹。また、M.-S.Payet は、消費法の一部を民法に統合すべきだと主張する。このように主張しながら、自ら若干の反論を立て、それらに対して回答を試みようとしていた¹⁰⁷²。詳しく見よう。

まず、第一の反論は、消費法により、利用される法的メカニズムの独創性を主張する、という。これに対して、これらの多くの躊躇は、民法により消費法の統合に妨げないと指摘する。

第二に、第二の反論が生ずる。消費法が、皆 tous に適用できるではない以上、じゃ、どのような、消費者が民法になりうるのであろうか？彼は、答える。「民法は、皆に適用される、特別諸ルールがなければ、民法は、皆に適用される。ところが、消費法の諸ルールは、皆 tous に適用されなく、人のいくつかのカテゴリーに適用される。この対立は、民法と一般法との同一化から由来するものであり」とし、この対立は、相対化されるべきであるとし、一方、民法は、一律に皆 tous に適用されるわけではないこと、たとえば、民法典は、1305 条は、レジオンに関する条文であり、未成年のみのために適用される：すなわち、それは、民法の特別ルールである¹⁰⁷³。それは、一般法ではないが、しかし、民法に挿入され、それは、その範囲限定の一要素となる。他方、消費法を民法に併合することで、人の一つのカテゴリーを保護するという考え方は、放棄されうるだろう。

このように、消費法の一部を民法への併合 rattachement は、われわれにとって、以上の多くの理由で、適切である、という。

3、J.-P.Pizzio は、消費と競争というシンポジウムで、消費者保護は、競争への足かせであるか、を題とする報告をしていた。彼は、消費者と民法・契約法との関係について、以下の指摘をしていた¹⁰⁷⁴。消費者を経済的経済的行為者とするのではなく、より、事業者との関係において、弱さの状況で位置づけられる契約当事者消費者と理解することによ

¹⁰⁶⁹ Y.Lequette, D'une célébration à l'autre (1904–2004) , in Le Code civil, 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir, 2004, Dalloz, p.9, spéc., p.16.

¹⁰⁷⁰ M.-S.Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, 2001.

¹⁰⁷¹ M.-S.Payet, n°193 et s.

¹⁰⁷² M.-S.Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, 2001, n°203, p.288 et s.

¹⁰⁷³ 民法典 1118 条を参考。

¹⁰⁷⁴ J.-P.Pizzio, La protection des consommateurs est-elle une entrave à la concurrence , in Concurrence et consommation, sous la direction de Y.Serra et J.Calais-Auloy, Dalloz, 1994. , p.77.

り、強者に対して弱者の保護は、経済的より、むしろ社会的な目的であり、ロジック的に、民法の中で、組み込まれることになるだろう、と述べている。また、彼は、「消費者のために、制定されるルールの本質が、同意 *consentement* を強化しよう、かつ、契約関係を均衡回復しようであるように、これは、結局的に、契約法の中で、消費者法のこのもう一つの構成要素が挿入されることである」という。

4、J.Huet の指摘はもっと根本的・直接的である。「正直、消費法典、今日存在するように、une assez bonne qualité 非常に良い性質である。そこに存在する諸法文は、Cambacérès または Portalis により、民法典に編纂されるのだっただろう *Bien des textes qui s'y trouvent auraient pu être rédigés par Cambacérès ou Portalis*」¹⁰⁷⁵と指摘する。

J.Huet が指摘する「111-1 条が、実際、「物または役務提供のあらゆる事業者売主が、契約締結の前に、消費者に、物または役務の本質的特長を認識させるべきである」と規定する...この条文は、民法典そのものにおいて現れることができるだろう」、と¹⁰⁷⁶。

5、不当条項については、特にその一般化が強調される。たとえば、Sauphanor は、不当条項に関する規定を民法典に編入すべきという¹⁰⁷⁷。同様な見解は、M.Fontaine が指摘する「不当条項」が価値判断の単純な用語ではなくなり。フランスでは 1978 年から、不当条項の一般制度が施行され、1993 年 4 月 5 日指令との適合をした。それは変化を遂げ、または、多様な特別条項の射程や効力 *calidaté* を制限するものであり、不当条項規制は、条項を判事のコントロールに従う。「契約の債権債務一般法にとって、これら（不当条項に関する一筆者）の条文は、顕著な射程を帯びている。それ以降、契約法のもっとも重要な条文の中で現れ、民法典の 1134 条、1165 条あるいは 1184 条の規定と並びになる）」¹⁰⁷⁸。

小括：

以上の考察により、以下の指摘が可能であろう。

第一に、人間像について。民法の人自身は抽象的なものから解体して、分化している。消費者は、民法の人に加わる。これは、自然なことである。いずれにせよ、民法の人間像は、変容しつつある。

第二に、民法典と消費法典の領分：民法典は、商事的な規定を採り入れつつ、具体的・平等ではない属性の契約当事者に関するルールを採り入れる。他方、民法典自身は、消費法典に規定を輸出している。また、消費法に属する規定は、民法典に配置したり、あるいは変形して配置することとなっている。両者は、かなり融合しているといえよう。

第一章のまとめ

¹⁰⁷⁵ Eléments de réflexion sur le droit de consommation, Petites affiches, 08/11/2001, n°223, p.4, n°2.

¹⁰⁷⁶ 同。

¹⁰⁷⁷ N.Sauphanor, L'influence de la droit

¹⁰⁷⁸ M.Fontaine, Fertilisation croisées du droit des contrats, in Etudes offertes à J.Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, p.348-349, n°2 b).注では、Fontaine はいう。確かに、その適用範囲が消費者と締結された契約に限定されているが、しかし、この分野が特に広い。

以上、学説の議論を見てきた。フランス法は、消費法の展開過程においては、消費法自体の成長により、消費者法の自治が増大してきた。他方、民法の例外から、新しい一般法になる過程でもある。最初の一部の学者は、敵意を示していたにもかかわらず、消費法の民法に与える影響を否定したものがない。1980年代には、消費法と契約の原理、契約一般理論との関係が説かれることが多くなってきた。契約原理・一般理論に与える影響が拡大されるように見て取る中で、たとえば、Ghestinは、民法原理そのものの変容を主張する。民法原理は、契約自由ではなく、契約正義である。この主張は、新しいものではない¹⁰⁷⁹が、消費者法の影響が端的に示されている。1993年の消費法典の制定により、消費法の存在をより鮮明に標識する意味がある。消費法により、「新しい債権債務法」の生成、「消費一般法」が明確に主張されるようになってきた。「一般法の副次性」が説かれる反面、新しい一般法の優越性と理解しても可能であろう。

第二節では、まず、人間像について。民法の人自身は抽象的なものから解体して、分化している。消費者は、民法の人に加わる。これは、自然なことである。いずれにせよ、民法の人間像は、変容しつつある。次に、民法典と消費法典の領分：民法典は、商事的な規定を採り入れつつ、具体的・平等ではない属性の契約当事者に関するルールを採り入れる。他方、民法典自身は、消費法典に規定を輸出している。理論上、民法上の人の幻想と現実的な消費者の必要性が主張される。他方、法律上、「消費者」は民法典に規定されていることにより、実質的な人間像の分化が生じている。また、消費法典と民法典の並存は、消費法の独立性や両者の距離感をすることがあるが、民法改正では、「消費者」を積極的に吸収していこうとしている。さらに、法典技術であるが、必ずしも二つの中の一つを選んで、配置することではない。二重配置ことは、フランス法典技術の特色である。両者は、かなり融合しているといえよう。

民法典のほか、消費法典が独立に制定された。Calais-Auloyが言っている「ひとつの法、一つの法典」である。民法典からの解放だと考えられる一方、フランス法では、消費法は、自律に抵抗していることは、また事実だと考えられる。

¹⁰⁷⁹ たとえば、前掲 E.Gount, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.* ; 20世紀初頭には、正義を原則としていた。

第二章 日本法

序

20 世紀後半消費者法が形成してきたことにより、日本民法は、如何なる変容してきたか、ここでの問題である¹⁰⁸⁰。

一方、民法の原理について問われる。日本では、1970 年代になると、消費者問題は私法的視野に入った。民法（契約法）分野では、取引における消費者問題に遭遇すると、民法自身の変容が迫られている。消費者問題の出現ないし法分野としての消費者法の生成に伴い、民法は、自主的ともいえる変容が生じ（ていた）る一方、消費者法側より、影響・示唆されるのである（第一節）。

他方、民法と消費者法の体系は問題である。近時の民法（債権法）改正の際に、「消費者」ないし「消費者」規範をどのように取り扱うのかという問題である（第二節）。

第一節：「消費者」保護と民法

序

日本では、1970 年代から、契約の視点から消費者保護という問題が意識されるようになってきた。業法における民事ルールの充実と民法自身の判例法理の努力を経て、消費者契約法が制定された、ということは前述したとおりである。従来、日本では、「消費者保護」というテーゼの下で、消費者保護の方法論にウエイトが置かれ、議論が展開されてきた¹⁰⁸¹。

ここでは、「消費者保護」は、日本民法にとって如何なる意味を持つのかを検討する。

そのために、分析枠組みの設定自体は、問題である。「民法から」・「消費者法」から、二つの軸を立てる。民法から、民法自身が、消費者保護のためにアプローチが如何に変化をもたらしたかを見る。他方、消費者法から、消費者保護を目的とする消費者法は、特殊な枠にとどまるか？民法に与えるインパクトを与えるか。

仮に、その相互融合のメカニズムが機能するならば、消費者としての民法、民法としての消費者法が可能ではないか。

¹⁰⁸⁰ 従来、日本では、消費者保護と契約法について、十分な検討が行われていない、大村は、①日本の民法学界において体系や原理に対する指向が弱いこと、②消費者保護の分野での大規模の立法が実現していないこと、である。「契約と消費者保護」。

¹⁰⁸¹ これについては、大村敦志「契約と消費者保護」1987 年。消費者保護と民法（契約）理論との相互関係について、80 年代後半までの議論状況を分析されている。

I、民法側の変化：消費者法としての民法

消費者問題を民法の視野に入り、伝統民法に当てられた課題は、以下に消費者を捉えるか。一方、民法（契約法）原理が、消費者問題を受けて、その変化、あるいは再検討をある程度加速化し、また、実質的な方向転換を迫られる。少なくとも、「消費者」の登場は、この原理のあり方について、議論の素材を提供することができただろう。他方、消費者取引について、民法法理は、自覚的に対応してきた。このように、民法側には民法原理の変容（一）と民法制度の変容（二）を見る。

一、消費者保護と民法原理の変化

民法とは何か、民法原理の現代的な意義とは何か、常に問われる問題である¹⁰⁸²¹⁰⁸³。

¹⁰⁸² 古典的民法原理のあり方への問いや民法の時代変容は、決して「消費者」に専有する問題ではない。ここで取り上げている学説が現れるだいぶ以前には、「契約正義」を説くものではないものの、契約原則の変容や契約自由の原則に対する疑問を投じるものが存在する。例えば、末弘厳太郎・民法講話(上巻)(岩波書店、大正 15 年) 181-182 頁は、「……契約自由の原則は、本来当事者双方の実力が略略平均していることを仮説してのみ成り立ちうるものである。」「契約の自由は決して単に自由なるが故に善であるというのではない。……当事者双方が実力相均しくして真に自由に平等に協定し得るならば、縦令その結果が当事者の何れかにとって甚だ不利益であるとも、国家必ずしもそれに干渉して制限を加える必要はない、反し、実力甚だ相当せざる当事者の間において、契約の名の下に実は唯命令と服従とのみが行はれる。」とし、その例として、末弘は、労働契約・小作契約を挙げている。また、同書 184 頁は、「不平等なる人々の間に真正の契約が成立しうるはずはない。少なくとも契約が社会制度として価値を有する所以の根拠を各人の自由意思に求め、人々の能く自ら約したる所を守らむとする精神を有することに求めている以上、社会的に価値ある契約は独り真に当事者双方が自由意思を以って締結した契約のみでなければならない。然るに、現在われわれの社会には上述の如き労働契約・小作契約等の外、汽車電車水道ガス電気等の利用に関する諸契約の如き又保険契約の如き、その名契約にして実は甚だ契約的実質を有せざるものが数多く行はれている」という。民法の変質や民法の現代化について、参照加藤一郎「市民法の現代的意義」同編・現代法と民法 岩波講座現代法 8 (岩波書店、1966 年) 所収 1 頁、特に、16 頁以下、そもそも市民法の生成発展の地盤の不十分さ、と、大正民主主義を経て、市民法の変質や社会法的原理が民法に導入などより、市民法の現代化の道へ進められていた。

¹⁰⁸³ 根本的に、民法の基本原則がについて問われることとなる。契約自由であるか、それとも、契約正義であるかについて、民法の理念の反省を迫られる。契約自由の価値を強調するものとして、約款を念頭において論じられるが、たとえば、原島重義「約款と『市民法論』」法の科学 12 号。また、原島重義「約款と契約自由」現代契約法大系 I 37 頁以下。「契約自由の原則は、約款をめぐる諸問題で、積極的であれ、消極的であれ、基本的な価値基準として働いている」(37 頁)、判例分析をし、「約款が有効で、拘束力をもつのは契約自由の原則による。しかし、約款の内容が一方的に決められ、事実上、相手から不利になる可能性を含むので、場合によっては裁判所がこれに介入して、拘束の範囲を限定する。この介入が約款使用者に対する契約自由の制限である、と。とすると、たとえ約款が一方的に決められても、契約の自由はある、ということになる。相手方に契約内

少なくとも、「消費者」の登場によって、伝統的な民法原理に、新たな視点・素材を提供した。この視点は如何なるウエイトを有するのか。

① 星野英一の理論¹⁰⁸⁴：

「現代における契約」¹⁰⁸⁵において、現代の日本における契約法の展開について論じられる。近代契約から現代契約への転換を提示、契約そのものの変貌が発生すると同時に、現代における契約思想・契約技術の変換があると指摘される¹⁰⁸⁶。

「労働者や消費者」が念頭に置かれつつ、私的自治に対する批判がなされ、そして、契約自由の原則に対する批判もなされる¹⁰⁸⁷。「附合契約においてみたように、これを契約という以上、企業側には契約内容の決定につき広範な自由があるが、相手からである労働者・消費者には、契約内容についても、まったく自由がない。これをもってなお契約自由の原則が支配するとは、とうていいえない」と¹⁰⁸⁸。

また、「社会的・国家の介入より、契約には多くの不自由ないし強制が存在する。……市民の立場から見ると、自由の範囲が少ない、このような傾向は、ますます進むであろうと予想される。したがって、事実の問題として、契約自由の原則が存在するというより、契約においては、自由と干渉（強制）とが錯綜するというのが正しい」と指摘される¹⁰⁸⁹。

日本法上、一般的に言われている契約自由原則の法規範命題について批判する。「契約自由の原則が存在するかどうかは、日本法体系だけでは一義的に明らかでなく、ことは、政策判断である。したがって、明文のないところに、日本法体系の名において、契約自由の原則の存在を説くのは、正しくないといわねばならない」と説く。契約法学の一層の発展の必要性を強調し、契約法の基本原理たるものをより深く再認識する必要性も促すこととされる。

このように、この時期の星野理論において、「消費者」は著しい明瞭的な地歩に至って

容形成の自由がまったくなく、せいぜい契約締結の自由があるにすぎなくても、契約の自由は、あることになる」（42 頁、傍点は原文）。「約款は、ほとんど常に内容コントロールにさらされる、と断言していいほどであり、しかも任意規定が判断基準となる。このことから結局、約款の内容コントロールは、現に存在する契約の自由を制限するのではなく、約款が一方的に形成され、ために私的自治・契約自由が存在しない場合が典型的にありうるがゆえに行われると解する方が実体に合致する。この意味で、私的自治・契約自由の原則から内容コントロールが出て来る」（53 頁）。

¹⁰⁸⁴ 星野英一理論として、以下の論稿に現れる。星野英一「現代における契約」岩波講座現代法 8・現代法と市民所収（岩波書店、1966 年）（同・民法論集第 3 巻、有斐閣、1972 年）（これについて、安井宏「星野英一「現代における契約」」加藤雅信ほか編集・民法学説百年史（三省堂、1999 年）413 頁）。星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」岩波講座・基本法学 4—契約、3 頁。

¹⁰⁸⁵ 星野英一「現代における契約」岩波講座現代法 8・現代法と市民所収（岩波書店、1966 年）（同・民法論集第 3 巻、有斐閣、1972 年）

¹⁰⁸⁶ 星野英一「現代における契約」岩波講座現代法 8・現代法と市民所収（岩波書店、1966 年）。

¹⁰⁸⁷ 「意思自治の原則、私的自治の原則」同第 7 巻 1989 年は、私的自治と契約自由との区別を分析し、契約自由の相対化を説かれている

¹⁰⁸⁸ 星野英一「現代における契約」246 頁以下。

¹⁰⁸⁹ 星野英一「現代における契約」岩波講座現代法 8・現代法と市民所収（岩波書店、1966 年）262 頁。

いないものの、すでに消費者問題に対する意識が見られる。それは、日本における民法理論上の消費者問題の萌芽ということであろう。契約原理の転換が主張される¹⁰⁹⁰。

以上の主張は、1983年に公表された論文においては、前論文を踏まえて、特に時代や情勢の新しい変化を視野に入れつつ、より鮮明に問題解明・理論指向がされていた¹⁰⁹¹。より具体的に見よう。

星野は、近代的契約理論の動揺を説く。星野は、契約は、社会の変動とともに変貌し、契約思想も、種々の点で動揺せざるを得なかった。「契約における両当事者の社会的・経済的平等が破れていることが、古典的契約理論の破綻をもたらしたものである」といえる。その結果、契約内容は、社会的経済的に強力な当事者が一方的に定めるところの、彼に一方的に有利であり、相手方にとってきわめて不利であるようなものとなり、かつ多くの場合にそれが一方当事者が多数の公衆を相手にあらかじめ作成しておく画一化された契約となった。「契約による強者の弱者に対する支配」、いわば経済的権力・私的権力の発生と強化という現象が広汎に生じたのである。これが単に契約のあり方の変貌をもたらすだけであれば問題はないが、そこから生ずる強者による弱者の圧迫、契約内容における不正義が深刻な問題である」という¹⁰⁹²。「これらの現象に対し、国家は、種々の方法により介入し、契約関係の適正化を図らざるを得なくなった」。このように、近代契約法の原理も、種々の面から修正を蒙らざるを得なくなった。星野は、契約自由について、社会的・経済的平等力の当事者から、事実上一方当事者の自由のみ相手が当事者の自由のないへ、かつ、契約の自由に対して、司法的・立法的規制が多く制限がかけられている。契約正義が説かれる。契約自由の制限に積極的なものの区的である。契約における正義の実現であるという。星野は、そこで、一方、契約それ自体における経済的、社会的弱勢の保護であり、他方では、国家による経済過程への介入と、国民の生存の配慮のための方策を講ずるさい、種々の形で契約への介入という。「新しい契約の時代」と唱えられる¹⁰⁹³。

さらに、今後の課題として、「契約自由」から「契約正義」へというテーゼが提示される。中心問題は、契約自由でなく契約正義の実現であると指摘される。契約正義を提起しつつ、契約正義とは何か、問題提起・留保する。また、思想としての契約から技術としての契約へ：、近代的契約思想の浸透した契約の領域はかなり減少しているという。「思想としての契約の縮小と技術としての契約の拡大」という。広く人間関係形成の技術としての契約の意義は今後一層重要とする。また、「意思から」「理性」へに触れられている¹⁰⁹⁴。これについて、一方、契約の内容がより広い社会的見地から適当であるならば、できるだけ双方の意思を実現するように図ることである。当事者の社会的経済力が均衡を失うために、弱者である一方当事者の意思が相手方の意思に屈服するような場合には、できる限

¹⁰⁹⁰ また、星野英一は、日本において契約観について指摘する。「一般的に言って、日本では、契約は、権利義務の厳格な関係であるよりは、個人的、友好的で、信義誠実、信頼に基づく関係であり」、そのため、「契約当事者間の対立関係であるよりは、協力関係である」と説かれている。「締結に関しては、日本人にとって、契約の文言や条項について議論しこれを推敲するよりは、共同体的な人間関係を作り上げるほうがより重要である。」星野英一「日本における契約法の変遷」日仏法学会編・日本とフランスの契約観（有斐閣、1982年）65頁。

¹⁰⁹¹ 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」芦部信喜ほか編集・岩波講座 基本法学 4－契約（岩波書店・1983年）所収3頁。

¹⁰⁹² 星野1983論文、26-27頁。

¹⁰⁹³ 同1983、30頁以下。

¹⁰⁹⁴ 49頁。

り両当事者の力の均衡の回復を図り、それによって弱者の意思も考慮された取引が行われるように工夫されると指摘する。消費者保護立法の説明義務はこれに当たる。他方、力均衡であっても、契約内容が適当でないという場合、法律が当事者の意思に介入する。

②北川善太郎¹⁰⁹⁵

契約制度の衰退や契約メカニズムの形骸化が説かれる。近代契約から現代契約への変容、近代契約の変質を指摘し、消費者契約などの問題が表面化することにより、契約原理離れという現象が生じ、「契約のメカニズムはもっぱら社会的経済的強者による弱者支配のための道具と化することになった。契約が契約原理より乖離していった」¹⁰⁹⁶。

消費者保護法などは、契約原理離れ・契約メカニズム形骸化の問題に一定の是正機能があると指摘する。「現代の契約原理ばなれ、契約のメカニズムの形骸化を行政法、独禁法、消費者保護法により外部から挺入れして是正する方向」付けられる¹⁰⁹⁷。

「民法の基本原則のひとつである私的自治の原則ないしは契約自由の原則は、本来は私人の創意を生かす自由競争原理の法的保障であるが、この形式的な平等原則は本質的な不公平を消費者取引では結果としてもたらしている。」¹⁰⁹⁸

③大村敦志

以上の星野が提示された「「契約自由」から「契約正義」へ」を受け、契約正義理論を展開させたのは、大村である。給付の均衡について、暴利行為を通じて、消費者保護をも念頭に置きつつ、日本法は「給付の均衡」を説き、契約正義をより明確に提示する¹⁰⁹⁹1100。

「給付の均衡法理との関連で見ると、近代契約法の基本原理とされてきた「契約自由の原則」が貫徹した時期は意外に短い」とし、「契約法のからその修正へという図式により理解されていたが、この図式自体に疑問を呈する」可能性を主張される¹¹⁰¹。契約自由の原則はそのもっとも重要な領域においても貫徹しなかったという。

④内田貴¹¹⁰²

内田は、古典的民法における意思理論に疑問を投げつつ、関係的契約理論を打ち出す。

¹⁰⁹⁵ 北川善太郎「現代社会における契約原理の浸透(1)～(5)」NBL 103～107号、昭和51年。

¹⁰⁹⁶ 103号、38頁。

¹⁰⁹⁷ 103号39頁。

¹⁰⁹⁸ 北川「消費者保護と民法」私法40号9頁。

¹⁰⁹⁹ 大村敦志・公序良俗と契約正義（有斐閣、1995年）。

¹¹⁰⁰ また、大村敦志「取引と公序（上）（下）」ジュリスト1023号82頁、1025号66頁 1993年、同・『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会 1999年）所収。消費者保護の視点から、法令違反行為を、「公序良俗」に収斂させ、公法私法論の再検討をする。同「消費者・消費者契約の特性」NBL 478号59頁は、契約法の基本原理について、自由の重要性を認めつつ、一定の範囲で、消費者の再考を認め、信頼を保護することによって、「正義」の実現を図る必要があると説いている。

¹¹⁰¹ 大村敦志・公序良俗と契約正義（有斐閣、1995年）368頁。

¹¹⁰² 内田貴・契約の時代（岩波書店、2000年）。内田貴・契約の再生、弘文堂1990年、「現代契約法の思想的基礎」私法54号1992年、「現代契約法の新たな展開と一般条項1-4」NBL514-517号1993年。「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報66巻8号特集・現代契約法の理論、1994年。

近代民法上の古典的契約像は、現代において大きな挑戦に遭遇することと指摘し、現代契約の特色（特別法や判例法理の存在、契約自由原則の修正、いわゆる契約義務の拡大、規制緩和の思想）を指摘した上、訪問販売などグーリングオフなど新たな契約上の義務を念頭に置きつつ、伝統契約理論と接合する難しさを説く。古典的契約観の代わりとして、関係的契約という新しい契約観を提示し、それによって、規制の増大や契約義務の拡大をカバーできるように理論付けしようとする¹¹⁰³。

二、「消費者」保護が既存民法に与えた衝撃

伝統的「民法」には、「消費者」にその要素を見せているのは少なくない。その上、民法は、消費者にとって有用なルールが多く置かれている。この意味では、民法その自身が消費者法であるという捉え方もできるだろう。そのため、長い間、日本では、民法は、「消費者」のために、機能してきた。他方、伝統的な民法ルール自身は、消費者配慮には一定の障害になりがちである。消費時代に入り、消費者・事業者の取引問題に対して、民法理論・制度ともより、見直しがなされた¹¹⁰⁴。

（一）学説

1、一般

学説上、消費者保護を契約（法）の視点から、既存民法と消費者問題（保護）の関係がいかに把握されるかについて、多くの議論が展開されていた。

さまざまな見解が提示されるが、第一に、民法から、如何に「消費者」を保護するかとの問題提起、第二に、消費者の対応として、民法を含める既存の法体系という視点より、如何に消費者保護の体系化が図られるか、がある。

その中で、消費者を保護するため、消費者法が、民法をより実質的に実現する形で位置づけられるか、それとも、消費者法は、民法の「外」で異質的なものとして生成するものにとどまるか、という点に意見が分かれている。たとえば、①消費者法は、民法を修正するものであるという捉え方¹¹⁰⁵が見られる一方、②新しく登場する消費者は、民法そのものの新しい任務であるという見解¹¹⁰⁶。さらに、③消費者問題より、民法の体系・原理に与える影響の探求が見受けられる¹¹⁰⁷。

2、具体

具体的に見よう。消費者問題の発生は、既存法体系（民法）から、どう捉えるかについて、1970年代から、考察がなされる。

¹¹⁰³ 内田貴・契約の時代（岩波書店、2000年）。

¹¹⁰⁴ たとえば、長尾治助「消費者法の形成と既存法理の反省」ジュリスト 731号 1981年 262頁。

¹¹⁰⁵ たとえば、木元錦哉・消費者保護と法律（日本経済新聞社、昭和54年）63頁以下。契約自由の原則の修正と説き、契約自由の結果の妥当性、現代では契約自由の原則は、経済的強者が経済的弱者を支配する機能を持っているという。消費者法理論や法制度は、契約自由の原則を修正するものとして生成・展開されてきたと捉える。

¹¹⁰⁶ 伊藤。

¹¹⁰⁷ 北川。

1、体系志向と民法理論の変化

これらは、消費者保護の視点から、伝統契約法に、消費者契約法という新たな領域を位置づけようと問題を提起しつつ、それを法分野として体系化しようと指向することである。若干取り上げてみよう。

70年代：

竹内：

一方、解釈論上、民法の解釈を通じて、消費者保護法の目標に達することができる。他方、そのため、民法と消費法との親近性を指摘する¹¹⁰⁸。「消費者保護法は、一借地法・借家法・労働法・証券取引法などとともに一、市民法の原則に大幅な修正を加えようとするものである。そのような修正は、必ずしもあたらない立法によらなくても、市民法の解釈を通じて実現することも可能である。その意味で、消費者保護法は、市民法と対立するものではなくて、市民法の本来の理想を、新しい社会環境の下で実現しようとするものである。理論的には、消費者保護法は、市民法の原理を修正する新しい法分野のひとつとみるのが妥当だという。

実方¹¹⁰⁹

実方は、一方、消費者問題予防・救済に私法的手段の担っている役割を肯定しつつ、他方、従来の私法体系・私法理論は、消費者問題の解決に無力であるどころか、障害になることとする。

それについて、従来の私法体系が、どのような前提によるのか、消費者問題の発生によってどのように崩壊し、処理能力を失ったのか、およびこれらの問題を克服するために、どのような新しい論理が必要であるか、私法体系・制度の視点から導こうとされた。「近代私法では、実質的な妥当性の判断を捨象して、取引関係が抽象的な権利義務の関係として構成されることとなり、近代法体系は、「当事者の実質的な対等性、情報の完全性、取引の対象について当事者の実質的支配などが、その制度としての妥当性の根拠と」なると指摘する。しかし、消費者問題の顕在化について、従来の私法理論の限界ないし崩壊を示しつつ、新しい私法理論の構築の必要性が説かれる。

伊藤進：

消費者問題は、特別法の分野に属する事柄ではなく、市民の生活関係を規律する一般法である民法自体に課せられた責務なのである。それは、労働法や借地借家などのように特定市民の、限られた生活関係における保護を目的としての民法分野の部分的な部分の特別法として捉えることのできない性質の問題であることを自覚してかからなければならない。このためには、市民の消費生活関係における取引・財産関係を規律するために、新しい消費者私法理論に基づいた民法理論の形成が要請されることになる¹¹¹⁰。

消費者保護の問題は、広汎な法分野にかかわる問題である……民法学に課せられた任務

¹¹⁰⁸ 竹内「消費者保護」竹内ほか・現代の経済構造と法、25頁。

¹¹⁰⁹ 実方謙二「消費者保護の論理と私法の論理」ジュリスト増刊総合特集、1979年、190頁。

¹¹¹⁰ 伊藤進「民法学の新しい任務」法学セミナー1977年112頁。同伊藤進「消費者保護法制の課題」法律のひろば30巻5号57頁。

は、消費者保護行政諸法や経済法のような消費者保護のための消費者取引の環境ないし条件整備を主たる目的とするものとは異なり、市民の消費生活関係における金銭と消費財やサービスとの交換関係自体に関する統一的な法規範の形成・確立である、としている¹¹¹¹。

伊藤によると、個別的な新しい法理論の検討だけではなく、「本来的には、消費者のための法体系であった、これまでの民法理論自体の中で、その民法理論を再検討することによって、これらの問題を解消していくことであり、このことこそが、民法学に課せられた任務ではないか」という。

・甲斐道太郎

甲斐道太郎は、「市民法原理からみた消費者問題」¹¹¹²において、消費者問題の対処として、近代市民法と異なる原理の必要性を指摘する。近代市民法は、等質・平等な小商品生産さを理念型的な担い手である市民を想定し、消費者問題という観点が全く欠如している。近代民法にある諸制度は、消費者問題の領域で機能するためには、近代市民法原理とは異なった原理に基づく解釈的操作を必要とするのである。

1977 年シンポジウム：

北川善太郎は、消費者保護と民法との関係について、民法が崩壊しつつあるのか、問題提起されていた¹¹¹³。「伝統的抽象的法概念の上に構築された閉鎖的民法体系の中に開かれた体系が徐々に浸透していく過程であるといえる。消費者問題も相した過程の一環として捉えるならば、それは民法体系が開かれた体系として新しい活力を帯びていくための一里塚であるわけである」¹¹¹⁴。

80 年代

北川：

第二章で見たように、消費者問題を民法の視野に入れて検討するのは、北川の考察が先駆的なものであるといえる¹¹¹⁵が、消費者問題に対して「民法の二面性」という性格を提示しつつ、消費者問題と民法との関係については、問題を提起していたにとどまった¹¹¹⁶。すなわち、「民法はあくまで一般私法であって、消費者問題に焦点を合わせた特別法理をそこで展開することは無理なのか。それとも、消費者問題は一般私法としての民法のあり方に対して真正面から反省を迫っているのか」ということである。

「民法が消費者契約の提起する諸問題を真正面から受け止め、解釈論的に分析する体制がすでにできているとはいえないのであるが、……民法体系内で消費者契約をひとつの現

¹¹¹¹ 伊藤進、112 頁。

¹¹¹² 甲斐道太郎「市民法原理からみた消費者問題」北川＝及川編・消費者保護法の基礎、47－48 頁。甲斐道太郎「私的自治・契約自由の原則と消費者」、北川＝及川編・消費者保護法の基礎、青林書院新書、昭和 52 年 50 頁。

¹¹¹³ 「消費者保護と私法」私法 40 号 61 頁。

¹¹¹⁴ 同、24 頁。

¹¹¹⁵ 北川「消費者契約序説」北川善太郎・現代契約法 I (商事法務研究会、1973 年)(初出 NBL、1972 年)。

¹¹¹⁶ 北川・消費者法のシステム (岩波書店、1980 年) 86 頁。同「消費者保護と民法」1977 私法 40 号。

実類型としてよい時期が到来しているといえよう」という¹¹¹⁷。

「開かれた民法体系内でかかる法形成に裏打ちされた消費者法」に重点と置き、伝統民法体系のあり方に消費者問題から投じた影響について、民法の視点から、反省する。「社会的現実を取り入れるさいの柔軟性と限界、私法の一般規範性の今日的意味」¹¹¹⁸を課題としつつ、「消費者問題は、民法の内部に入りそこから多くの問題的をし、また内在的な批判をなしているといえるのであり、これに答えるのが民法学に課せられた使命」¹¹¹⁹であるとする。

長尾¹¹²⁰

民法は、消費生活に適合するかどうかという問題意識から、自覚的に消費者契約に目をむけ、「契約法の中に消費者契約法とでも呼ぶことができる特殊領域が形成されつつあるのではないかと説いた。特別立法に触れ、その限界に言及しつつ、解釈法理の形成の重要性、つまり、伝統的基本原理の変容と新原理の形成、と、個別法理の変化について指摘する。

大村

「消費者保護と契約理論の相互関係いかん」について、消費者問題アプローチ、契約理論アプローチ、個別制度・法理アプローチから、学説の整理が行われた。それまでの議論の不十分、特に、消費者保護と民法論論について、原理的な思考の弱さを示していた¹¹²¹。

その上、いくつかの指針を将来の課題として提示していた¹¹²²。①「「契約と消費者保護」という問題が存在するということをはっきり認識する」と促していた。②消費者と契約法との枠組みの設定。③消費者問題を受け、契約の基本原理や私法の体系の再検討、を指摘していた。

このように、消費者保護と民法との原理・体系の検討の重要性、及びその方向付けをしていた。

本田純一「消費者問題と契約法理」¹¹²³

本田は、消費者契約の問題について、個別制度のほか、民法上のいくつかの制度も機能しうるとする。しかし、本田によると、古典的民法法理は、対等な私人同士の契約を念頭に置き、消費者取引を対象としていないから、消費者被害の救済は十分ではないとする。既存民法ルールの不十分を意識しながら、既存民法法理をどのように修正・補充しうるか、契約不成立・契約締結上の過失を素材として考察した。

¹¹¹⁷ 北川・消費者法のシステム 89 頁。

¹¹¹⁸ 113 頁。

¹¹¹⁹ 113 頁。同「消費者保護における民法の再評価」自由と正義 32 巻 4 号（昭和 56 年）4-5 頁は民法が消費者法として機能すること、民法の消費者問題を対処する有用性を強調する。

¹¹²⁰ 長尾「契約における消費者保護—解釈による契約法理の変容」遠藤＝林＝水本監修・現代契約法体系 第四巻（有斐閣 1985 年）54 頁。

¹¹²¹ 大村敦志「契約と消費者保護」編集代表 星野英一・民法講座・別巻 2（有斐閣、1990 年）所収 112 頁。同・契約法から消費者法へ 生活民法研究 I（東京大学出版会 1999 年）所収。

¹¹²² 同上、119 頁以下。

¹¹²³ 本田純一「消費者問題と契約法理」法律時報 60 巻 8 号、1988 年、17 頁。

90 年代の学説：

市民法原理の排斥というよりむしろ市民法原理を実質的に貫徹させるためにこそ、消費者保護を図らなければならないとする。

松本恒雄¹¹²⁴

消費者私法ないし消費者契約の独自性・必要性を検討する。消費者私法ないし消費者契約法の発展は、民法の一般条項をはじめとした一般理論を消費者取引にどのように応用するか、行政法規中の諸規定を民法理論とどのように整合化させ、取り込んでいくかということと理解している。

松本は、クーリングオフや抗弁の対抗などの具体的な問題を民法内部の法理で根拠づけるとしつつ、消費者問題に法理論面でアプローチする際の心構えとして、「市民法論」をとりたいと考えている。つまり、消費者法理論は、市民法論とは異質なものではない、としている。

河上正二

河上正二は、消費者ではなく、約款を念頭に置きつつ、現代取引の状況の変化は、契約法理論に与える影響を指摘する。「商品や取引態様が多様化するにつれ、できあがった契約内容の実現というところに商店を合わせた議論のみでは不十分となり、契約上の合意に達するまでのプロセスが重要となり、契約締結前の段階での双方当事者の権利・義務の解明が相対的に重要となっているばかりか、いわば契約本体の「前後左右」に対する目配りが必要となっている。¹¹²⁵」「契約自体を固定的なものとしてではなく、動的なプロセスとして理解する方向での理論の進展をももたらしている。」。「債務内容もまた、商品の多様化に即して見直されるべき時期に着ており、本来的な給付の履行義務の周辺にある種々の義務や、サービス化に伴う債務の再構成などが重要な課題となる。」

（二）日本民法学から見る「消費者」：民法学における傾向

第一に、90 年代は、消費者私法の原理を探求するものが見られる。

まず、①長尾『消費者私法の原理』¹¹²⁶：

1992 年に出版されたこのモノグラフィーは、消費者私法の原理を志向している。消費者契約について、従来の契約理論の変容が指摘されつつ、特に、契約自由という原則の再検討が主張される¹¹²⁷。長尾が、消費者により契約自由の原則の変容を意識しつつ、消費者法分野における新たな原理の生成を主張する。

伝統的な基本原理としての契約自由の原則は、消費者問題を受け、信義則・権利濫用禁

¹¹²⁴ 松本恒雄「消費者私法ないし消費者契約という概念は可能かつ必要か」椿寿夫編・講座現代契約と現代債権の展望 6 新種および特殊の契約（日本評論社、1991 年）4 頁以下、特に 31 頁。

¹¹²⁵ 河上正二「約款の適正化と消費者保護」現代の法 13 消費生活と法、104 頁。

¹¹²⁶ 長尾「契約における消費者保護」遠藤浩ほか監修・現代契約法大系第 4 巻（有斐閣、1984 年）54 頁以下。

¹¹²⁷ 長尾治助・消費者私法の原理—民法と消費者契約—（有斐閣、1992 年）114 頁。

「消費者の正当な利益の擁護をもたらす解決は契約法理に期待するところが大きい。この期待にこたえるためには、契約自由の原則の意義を再検討しなければならない」と説いている。

止の法理・公序良俗などの一般原理の活用によって、契約自由の限定と変容してきた。さらに、消費者保護分野において、従来に生じている変容の枠を超え、また新たな原理を生み出し、形成してきたという。

次に、②大村・消費者法という体系書である（初版は1998年）。従来の民法（契約法）理論と対比することを通じて、消費者契約の構造（システム）・過程（プロセス）に、さまざまな消費者問題を位置づけることをされる。それによって、一方、消費者法の基本原理や消費者法の構造を、他方、「消費者」ということによって、民法理論に与えた影響や変化を説くこととなる。

この展開は、大村体系書の半分以上を割いている（実際、複合領域としての消費者法を目指した。これは、民法的な観点から消費者を、他方、行政などその他の観点から消費者法を捉えようとするが、全体的な割合といえば、民法的な比重は、6割ぐらいになっているだろう）。

このことを通じて、一方、消費者法の基本原理や消費者法の体系をより構造的に構築しようとする。他方、民法（契約法）の諸法理や契約の基本原理ないし体系について、再検討をすることの意義をも有する。

すなわち、契約法は、消費者契約法という枠組みにおいて、実質化されたことは、大村体系書の方向である。また、このことからみると、体系的に、消費者問題の民法（原理・法理）に対する浸透を示している同時に、消費者問題のインパクトを見せることである。

第二に、民法学者、民法講学上、教科書類から、「消費者」の浸透が見られる。

たとえば、大村敦志・消費者のための契約法の入門書が見られる。川井ほか・消費者のための民法入門―消費者私法をめざして―。また、一般向けの入門書であるが、大村敦志・消費者のための契約法入門がある。石田喜久夫・消費者民法のすすめ（初版1998年）。

（三）消費者保護と民法法理の変容：民法の諸法理の開発と進化¹¹²⁸

1、一般

アプリアリに、民法の中では、消費者保護には寄与しうるルールが存在することはいうまでもない。社会状況の変化とともに、契約当事者の構造的な格差が生じる状況の社会問題化に対して、従来、民法側は、消費者取引に関する紛争は、契約法の一般規定によって解決が図られてきた。これらのルールは、機能的に、消費者保護に有用であるが、逆に、消費者問題のために、当該諸ルール自体では、変化を見せた。修正的規範形成である¹¹²⁹。

¹¹²⁸ 北川は、早い段階から、民法の諸制度諸概念が、消費者問題について、どのような方法、どのように扱われるかを分析していた。そこで、北川の指摘としては、「基本的にいって、民法の諸制度・諸概念に消費者問題に焦点をしばったものはないが、その一般的性格の中にも、消費者保護と法技術的に同様の構造をもつ制度・概念（例として、行為無能力・不法行為・債務不履行等）は消費者問題にも有用である。さらに、一般条項もこれに加えることができる」。

¹¹²⁹ 消費者救済には、私法の既存法理が、消費者の正当利益を保護することに向け、従来の意味・内容を超え、新たな展開を見せることが少なくない。他方、この消費者に向け展開された諸法律は、一般的・対等的契約関係に関する問題にも応用される。このメカニズ

民法自身は、「消費者」のために、消費者問題を受け、裁判例や学説の努力により、民法の個別制度の拡張・努力（個別法理の修正）がされつつある。

これらは、意思形成の過程で、相手方の不当な勧誘など、錯誤や詐欺・強迫、さらに公序良俗違反や暴利行為に関する規制を拡張することにより、救済されていた¹¹³⁰。

第一に、判例や学説は、契約締結について、契約不成立、あるいは錯誤の要件を緩和して認め、「消費者」が契約から離脱できるために。また、詐欺は、一定の努力もある。（しかし、要件満たす困難さがあるため、不法行為の多用）。

第二に、変額保険、利殖などの多くの裁判例の中で、説明義務に基づいて、不法行為責任が認められる。

第三に、契約内容の規律については、公序良俗、信義則を拡張して、対応してきた。

いずれも、「消費者」を有利に取り扱う方向へ展開する。

2、具体

具体的に見よう。

（1）、信義則（民法1条2項）の機能の変化

信義則の解釈に、消費者法の影響がある。信義則の規定は、1947年に新設されたものである¹¹³¹。1960年代前後以降、裁判例において、新たな傾向が見られた、「契約義務の拡大」の潮流と捉えられている¹¹³²。信義則をめぐる新たな契約法の流れを、内在的な規

ムにより、これらの諸法理が拡張・進化されるということができる。

¹¹³⁰ もちろん、不法行為責任も多用されていた。民法規定の援用と消費者特別規定の対応に触れたものとして、星野英一「消費者法」同・民法論集第九巻（有斐閣平成11年）120－122頁。「第一に、契約内容の適正化について。近代民法は、契約の内容決定を原則として両当事者が自由に定めるところに任せていて、特に内容がひどい場合における場合だけ契約がはじめからなかったものと扱うに止めている。契約が公序良俗に反する場合、強行規定に反する場合のほか、一定の好ましくない契約条項を法律上妥当なものに改める規定がある。さらに、信義誠実の原則に反する契約条項は無効であるとする考えが一般的になっている。第二に、契約成立段階における。①当事者に十分な意思がないことを理由に契約の効力を否定する制度によって、適正でない契約が処理されることも多い。これらの場合も結局は契約内容が適当でないからこそその効力が問題となるものだからである。」（121頁）。消費者に関する特別規制について：契約内容の規制について、たとえば、消費者が支払うべき損害賠償等を一定限度に制限するもの、目的物に不完全なところがあった場合に売主の責任を免除したり限定する特約を無効とするものなどがある。最近では、割賦購入あっせん、抗弁の接続などがある。契約締結段階における規制として、クーリングオフと呼ばれる、従来の法律にない新たな制度ができた。一定の状況のもとで消費者が事業者に対して行った申込を何らの理由なしに撤回することができる。

¹¹³¹ 日本における戦前の判例や学説及び戦後の学説の状況の流れについては、内田貴・契約の時代（2000年、岩波書店）69-70頁。また、大村敦志・消費者法、141頁：契約から発生した当事者間の規範を具体的に適用する際の調整という機能を担う法理とした生み出されたものである。信義則の全貌について、中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリスト1200号2001年70頁。

¹¹³² 内田貴・契約の時代（2000年、岩波書店）70-71、及び74頁。河上正二・民法学入門[第2版]（日本評論社、2009年）84-85頁：「契約準備段階の信義則は、単に既存の契約の効力の時間的な拡張として認められるようになったばかりではなく、やがて、契約が最終的に成立しなかったような場合にまで論じられるようになり、今日では、契約締結までのニュートラル・ゾーンも法的に無職ではなくなっている。近時の消費者取引などでし

範の実定契約法への吸い上げとして理解し、吸い上げられた契約規範を关系的契約モデルを中核とする新たな契約法として解釈学的に構成しようとされる¹¹³³。

信義則の場面の拡張：

信義則は、本来的には「権利の行使及び義務の履行」の場面で適用される原則であるが、事業者の義務（情報提供義務など）の設定、消費者債務内容の限定、クレジット契約における抗弁の対抗などの場面で、信義則が適用される¹¹³⁴。消費者契約の履行過程の調整として、履行過程の柔軟性の要請には、信義則の機能が期待される¹¹³⁵。また、契約条項の規制に関して、信義則違反として無効とする¹¹³⁶。また、信義則は、契約の締結前の段階に及ぶとされる。

消費者信義則の機能

消費者契約において、信義則は「一般条項の一般条項」といえるほど中心的な役割を担っている¹¹³⁷。信義則の要請は、現代において再生し¹¹³⁸、「信義則にせよ権利濫用法理にせよ、所有権の絶対や契約の拘束力に対する例外・修正としてではなく、現代の法体系が必然的に要請する調整・法形成のためのメカニズムとして位置づけられるようになっていく」¹¹³⁹。

消費者契約に関する状態を、自由・対等な契約関係と同様な状態に矯正・配慮することが、信義則より、付与された新たな機能であるといえよう¹¹⁴⁰。この機能は、「消費者」

ばしば問題とされる事業者の顧客への「説明義務」や「情報提供義務」なども、この段階での信義則上の義務として論じられることが多い。「今日では、従来は法的にニュートラルな領域と考えられていた、契約に向けた一定の社会的接触や交渉過程、先行的社会関係などが、「信義則」といった一般条項を媒介にしつつ、一定の密度を持った責任領域を形成しつつあり」、「事業者の、まぎらわしい「広告」についての責任や、契約交渉時の事業者の顧客に対する「」」（同、93頁）。

¹¹³³ 内田貴・契約の時代（2000年、岩波書店）87頁。

¹¹³⁴ 後藤卷則・消費者契約の法理論、231頁。

¹¹³⁵ 大村・消費者法 139-141頁。例えば、信義則は、履行調整や債務確定の基準として用いられ、事業者の権利行使に一定の制約をしたり、消費者に有利にはかたりすることがある。信義則により、契約にない義務が付け加えられる一方、信義則から生じうる責任が免れたものである、という（同・141頁）。

¹¹³⁶ 山本豊・不当条項規制と自己決定・契約正義（有斐閣、1997年）89頁。

¹¹³⁷ 長尾「付随契約と信義則—消費者契約を中心として」内山＝黒木＝石川還暦記念・現代の法学の基本問題(中)1983年。また、長尾「契約における消費者保護」現代契約法大系第4巻、62-63頁は「信義則には契約の解釈を通じての債権内容の限定や誠実な義務の履行を求めるにとどまらず、義務の賦課という積極的な展開の側面があるという」。

¹¹³⁸ 大村敦志・消費者法[第4版]56-57頁。

¹¹³⁹ 大村・民法読解 総則編(有斐閣、2009年)16頁。また、この点については、このような、消費者取引に関する信義則を、消費者公序と、潮見は捉えている（潮見佳男・契約法理の現代化）。松岡も、この信義則を消費者公序と捉える（潮見編著・消費者契約法・金融商品販売法と金融取引（経済法令研究会、2001年）90頁（松岡久和執筆）は構造的な格差のある当事者間を律する独自の消費者公序を判断する基準としての意義を持つと考えている）。さらに、後藤・消費者契約の法理論、194頁、241頁は、不当な契約条項を信義則違反として無効とするといった信義則の機能を正面から明記した消費者契約法10条について、「消費者利益擁護義務」という事業者の義務を定めることは、民法の信義則論に新たな展開を付与するものと評価している（同・241頁）。同時に、このことは、公序良俗規範を補充する意味を持っていると指摘する（同・241頁）。

¹¹⁴⁰ 長尾・消費者私法の原理 152頁。消費者契約の特性のため、事業者には従来認めら

の信義則と呼んでもよい¹¹⁴¹。

(2)、錯誤・詐欺

消費者は、民法の伝統的意思表示理論の転換・変化を促す¹¹⁴²。契約締結過程の規律に関しては、錯誤や詐欺・強迫の法理の拡張が図られてきた。

錯誤：

錯誤は、錯誤者を保護する機能がある。

従来、要素の錯誤につき、意思表示錯誤と動機錯誤とを区別し、動機錯誤については、これを意思表示の内容をなすと認められるときにのみ、意思表示錯誤と同様に取り扱うことが従来の通説であった¹¹⁴³。

しかし、一元的基準を主張する有力説¹¹⁴⁴。意思と動機をはっきり区別することができないのであって、動機も意思表示の内容となりうるので、両者をひっくるめて、95条の適用を認めた方がよい、と。

消費者契約について、従来の通説の理論では、動機が意思表示の内容として表示されたかという行為の有無に求めるので、消費者の救済範囲は限定される。有力説は、相手からの認識、行為態様の側面を考慮するとはいえ、表示の如何を問わず動機をも錯誤領域に取り込む点で、より厚く消費者を救済することができると評価されている¹¹⁴⁵。

錯誤に関しては、判例は、動機の表示を緩やかに解し、同意が表示されたと見るべき状態があれば、動機の表示があり、95条の適用がありうるとする¹¹⁴⁶¹¹⁴⁷。学説から、錯誤

れなかった付随義務が、質的、量的、人的拡張が認められると指摘している。消費者契約において、信義則が機能するのは、契約関係の矯正を必要とする場合であり、事業者のための権利の発生、その行使、事業者に対して新たな義務を負担させること等が、当事者の行為態様に着目して認められるほか、一定の契約関係において事業者の一般義務として要求されていることとなると説いている。

¹¹⁴¹ 中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリスト 1200号 2001年 71-72頁。それまでの研究状況について、一般的な信義則論の発見、約款のないよう規制の根拠付け、不当条項の判断基準、公序良俗との関係、という四つの面から、消費者契約における信義則の理論的課題をまとめている。

¹¹⁴² 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(1)(2)(3・完)」NBL482号 22頁、483号 56頁、484号 56頁。山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行(弘文堂 1999年) 149頁。

¹¹⁴³ 我妻栄・新訂 民法総則(岩波書店、昭和5年) 295頁以下。「動機の錯誤についてもある程度まで第九五条を適用しようとする立場から見ると、……表示から推断される意思と表意者の真に意図するところとに違いがあれば、内心的効果意思との違いないしは内心的効果意思の欠缺でなくとも、なおこれを錯誤と見る、と説くのが適当」である。

¹¹⁴⁴ 星野・民法概論Ⅰ(良書普及会、1971年) 200頁。川井健・民法入門〔第2版〕有斐閣、51参照。

¹¹⁴⁵ 長尾・消費者私法の原理、104-105頁。長尾自身は、有力説よりさらに、発展すると主張し、消費者契約では事業者の勧誘行為に基づき消費者が錯誤に陥った場合に、一定の要件の下に、「事実の錯誤」類型を承認し、消費者の認識と客観的事実の不一致を客観的事実の不一致をもって錯誤規定の適用を認めてよいと主張する(同、105頁)。

¹¹⁴⁶ 川井健・民法入門〔第2版〕有斐閣、53参照。

¹¹⁴⁷ 大村・判例・法令消費者法。また、山本映子「消費者取引における不当な勧誘行為と錯誤(上)(中)(下)」NBL346、347、349号。大村消費者法、81頁。錯誤は、拡張が容易な

の拡張が見られる¹¹⁴⁸。学説や判例では、消費者契約について錯誤の活用・拡張が提唱・適用される。相手方の認識・行為態様の側面を表示するが、表示如何を問わず動機を錯誤領域に取り込んで、消費者を救済すると。

消費者の登場（消費者契約のため）に、契約過程の規律の「実質化」が生じつつある。「当事者の行為の態様は、より精密な形で考慮され」、「錯誤」の判断は、「総合的になっている」という¹¹⁴⁹。

立法的影響では、民法改正では、錯誤規定は、動機の錯誤について、判例法理を条文上明確にしようと提案する¹¹⁵⁰。意見が分かれているが、ただ、意見としては、要素の内容について、固定的な解釈がされるような規定をすれば、消費者保護を柔軟に行うことを妨げる恐れがあると¹¹⁵¹。また、錯誤者の重大な過失があっても例外的に認める明文化について、消費者保護の観点から意義深いと説かれている¹¹⁵²。

詐欺：

学説では、民法 96 条の要件について、できるだけ表意者の主観的要件を緩やかに構成するとされる¹¹⁵³。しかし、詐欺の立証が困難であるため、詐欺に関する裁判例は少なく、詐欺に関しては大きな展開がなかった¹¹⁵⁴。

消費者契約では、詐欺を広く認める必要がある。情報提供義務を介して、同義務違反を

制度ではないとし、否定的なものもある

¹¹⁴⁸ 加賀山「錯誤における民法 93 条但し書き、96 条 2 項の類推解釈」阪大法学 39 巻 4 号 1970 年。山本映子「消費者契約における不当な勧誘行為と錯誤（下）」NBL379 号 35 頁、1987 年。本田純一「消費者問題と契約法理」法律時報 60 巻 8 号 21 頁 1988 年。松本恒雄「消費者取引における不当表示と情報提供者責任（上）」NBL229 号 7 頁 1981 年。また、消費者を想定していないが、拡張を主張するものとして、広中「動機の錯誤について」法学教室 127 号 1991 年 64 頁がある。

¹¹⁴⁹ 大村・消費者法[第 4 版]、59 頁。ほぼ同趣旨の指摘として、長尾・書、105 頁錯誤理論の発展は、表意者の認識を重視していこうとする傾向を示すとともに、それは全体的に見れば、法効果の付与にあたり相手方と表意者の「関係」を考慮しつつ総合的把握の必要を思考しているものと総括する。また、鹿野菜穂子「意思表示」法学セミナー 529 号、民法のなかの人間、1999 年 55 頁には、「このようなさまざまな形での錯誤の拡張論については、少なくとも、錯誤の解釈論として、当初考えられていた「要素」の錯誤の枠組みをまったく無視し、これを一般条項かしてしまっただけという点で疑問ありうる。しかし、少なくとも、錯誤規定の解釈のこのような動揺は、人間像の変容と、それに対応した柔軟な法的解決に対する社会の要請のひとつの反映であった。」と評価されている

¹¹⁵⁰ 基本方針[1・5・13]。

¹¹⁵¹ 民法（債権関係）部会資料集第 1 集＜第 2 巻＞法制審議会議事録第 10 回 236 頁、西川関係官発言。

¹¹⁵² 同上。

¹¹⁵³ 川井健ほか・消費者のための民法入門（1977 年）120 頁、伊藤執筆。

¹¹⁵⁴ 大村敦志・消費者法、80-81 頁。従来の詐欺の問題について、不法行為責任により処理することについて、疑問を提起し（82-83 頁）、「不法行為による損害賠償請求は、不当勧誘によって締結された契約の効力自体は争わない。それが無効であるとはいわずに、勧誘行為が違法であるというのである。しかし、有効な契約締結のためになされた行為が違法であるというのはおかしくないか。この点について検討せずに、とにかく不法行為でいいではないかと主張することには疑問を感じる」という（83 頁）。

詐欺として評価して契約の取消しを認めるとしている¹¹⁵⁵。

例えば、意思表示について、消費者契約において、詐欺強迫による意思表示以外の瑕疵ある意思表示を探究し、民法の解釈論として消費者取消権制度を提唱していた¹¹⁵⁶。

詐欺強迫の拡張理論は、「関係」や「状況」への着目であり、内容の不当性と並んで、意思から相手方の行為態様へと視点をシフトさせる動きである¹¹⁵⁷。

立法上の影響としては、沈黙による詐欺を明文化しようとする¹¹⁵⁸。また、二重の故意の要件が、消費者救済に限界があるから、故意を不必要とすると検討されていた。消費者契約か否かを問わず、情報提供義務・説明義務違反による取消し一般に関し故意要件を不要とすることについて一致していないので提案は見送られた。

（３）諾成主義

日本民法は当初から「方式からの自由」を徹底して認め、方式主義に抗して契約法を生成させたという歴史を持たない¹¹⁵⁹。民法では、合意があれば、契約が成立する。理論的には、意思の尊重が重視されている同時に、機能的に契約を容易に成立させることである¹¹⁶⁰。

しかし、消費者契約では、変化がある。一言でいうと、「消費者」の登場のため、日本民法の諾成主義を修正したり、諾成性の意味を厳密に解したりする傾向が見られる¹¹⁶¹。消費者契約では、贈与者保護のように、消費者の慎重さやその意思の成熟を求めるからである。

¹¹⁵⁵ 大村・消費者法、92 頁以下、特に 94-95 頁。後藤卷則・消費者契約の法理論、228 頁。長尾治助・消費者私法の原理、1992 年 103-105 頁。

¹¹⁵⁶ 長尾「瑕疵ある意思表示論—消費者行動の取り消しの原因」法律時報 60 巻 9 号 54 頁。

¹¹⁵⁷ 河上「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（４・完）」NBL472 号 1991 年 38 頁。さらに、河上は、「合わせて一本」論の呈示。「消費者契約上のトラブルの背景には、従来の詐欺・強迫あるいは錯誤枠組みでは捉えきれない要素も混在しているであろうし、一つ一つの要件に当てはまるとはいいがたいが、全体としてみると詐欺的・欺瞞的・威圧的な諸要素が累積した結果として、契約を維持することが不当と評価される場合もあろうかと考えられる。こうした場合に「合わせて一本」の形で契約の成立を否定し、取消しあるいは無効にすることも積極的に検討されたい課題である」という。「二つのタイプ、一つは、錯誤・詐欺・強迫の合わせて一本、もう一つは、成立上の問題と内容的不当性の問題の「合わせて一本」」である。

¹¹⁵⁸ 基本方針（1.5.16）。

¹¹⁵⁹ 川島＝平井編集・新版注釈民法（３）（有斐閣）平井執筆 68 頁。また、来栖三郎・契約法（1972 年）48 頁など。来栖三郎・契約法（有斐閣、1974 年）21-22 頁、48 頁。日本民法典は、徹底した契約方式自由の原則を採用し、売買も諾成契約とし、売主と買主の意思の合致のみによって有効に成立すると定めた（555 条）。日本民法典では、諸外国の立法例にその比をみないほど契約方式の自由が徹底している。

¹¹⁶⁰ 長尾・消費者私法の原理、102 頁。

¹¹⁶¹ 大村、消費者法、59 頁。河上正二「民法と現代社会 2—消費者保護と民法—」法学教室、186 号、1996 年、25 頁。長尾・消費者私法の原理、102-103 頁。契約当事者の社会的、経済的地位の相違から弱者を保護しなければならないなど、契約を容易に成立させることが許されない状態にあるときは、諾成性の意味も厳密に解すべきである、という。つまり、消費者の法理的理論を適用して容易に合意の存在を認めるべきではないのである。

（４）公序良俗

公序良俗に、消費者保護の浸透より変化がある。実際、消費者契約を直接規制する実定法が裁定されていない時代には、公序良俗が活発に援用されていた。

①公序良俗自体の範囲・機能の変容

従来、公序良俗は、例外として適用範囲が制限されていたが、特に、消費者問題が登場した後、不公正な消費者取引を対処するためために、公序良俗は、消費者取引に対して、公序良俗が積極的に援用されその適用範囲や機能が拡張されようとするとともに、民法 90 条の思想は大きく変わった¹¹⁶²。すなわち、それらの裁判例では、「伝統的に社会秩序や社会全体の利益の保護」や「人倫」の場面から、「取引当事者の利害関係」や「個人の利益保護」へシフトしてきたことである¹¹⁶³。

その後、特に、学説は、公序良俗について、公序良俗の潮流が見られる¹¹⁶⁴中で、「経済的公序」¹¹⁶⁵、「消費者取引の公序」や「消費者公序論」の見解が呈示されている¹¹⁶⁶。これは、消費者のために、変容したあらたな公序論であろう。逆に、「消費者」像は、「公序良俗」という法理の新しい展開・解釈に内包されていたことであるといってもよい。また、従来の意思表示と公序良俗の峻別は、融合になる¹¹⁶⁷。

立法的影響がある。債権法改正では、現行の規定を改め、適用範囲を広げようとする¹¹⁶⁸。

②暴利行為の展開

その中で、暴利行為理論の展開が特に注目されるべきである。

1960 年ごろまでは、もっぱら高利・違約罰や仮登記担保のケースに適用されていた¹¹⁶⁹が、1980 年代に、たとえば、原野の売買につき勧誘行為の状況を考慮して、事業者売主

¹¹⁶² この点について、長尾治助・消費者私法の原理、1992 年（長尾、消費者取引と公序良俗則、NBL、457）。大村敦志・公序良俗と契約正義（有斐閣、1995 年）。また、大村「取引と公序」ジュリスト 1023 号、1025 号 1993 年。大村敦志・消費者法、122 頁以下、特に 128 頁：公序良俗の法理は、「秩序維持から個人保護へ」変化を見せた。特に消費者保護のため、90 条が多く援用される。それと同時に、国家・裁判所が積極的に介入するという役割の転換が生じてきた。同・民法読解 総則編（有斐閣、2009 年）257 頁以下。裁判例でも、積極的に 90 条公序良俗が援用される。大村敦志・判例・法令 消費者法参照。川島＝平井編集・新版注釈民法（3）（有斐閣）森田修執筆 94 頁以下、「現代的公序の法学的構造」（103 頁以下）。

¹¹⁶³ 大村敦志・消費者法、128 頁。後藤・消費者契約の法理論、151 頁、230 頁。

¹¹⁶⁴ 大村敦志・公序良俗と契約正義（有斐閣、1995 年）、山本敬三・公序良俗論の再構成（有斐閣、2000 年）。また、椿寿夫＝伊藤進編・公序良俗違反の研究（日本評論社・1995 年）など。

¹¹⁶⁵ 大村敦志「取引と公序－法令違反行為効力論の再検討（上）（下）」ジュリスト 1023 号 82 頁、1025 頁 66 頁。「競争秩序と民法」NBL 863 号 2007 年 39 頁以下参照。

¹¹⁶⁶ 長尾治助・消費者私法の原理、1992 年 213 頁以下。大村敦志・消費者法、128 頁以下。とりわけ、「消費者公序論の法技術」として、「要件の総合化」と「効果の精密化」が指摘される。前者については、「契約内容が公序良俗に反するというだけではなく、その他の諸要素が考慮される」こと、後者については、「一部無効が非常に増えている」、「無効の範囲の決め方が柔軟化している」ことである。また、平野裕之「消費者取引と公序良俗」、法律時報 66 巻 2 号 1994 年 104 頁。

¹¹⁶⁷ 川島＝平井編集・新版注釈民法（3）（有斐閣）森田修執筆 117 頁以下。

¹¹⁶⁸ 基本方針は、公序または良俗にすると。また、「事項を目的とする」の削除を提案する。中間試案第 1－2（2）。

¹¹⁶⁹ 川島＝平井編集・新版注釈民法（3）（有斐閣、）森田修執筆 106－107 頁。

の行為が買主の無知、無思慮に乗じた暴利行為に当たると判断し、公序良俗違反より契約無効とされるように、暴利行為理論は、裁判上、「消費者」のために援用されていた¹¹⁷⁰¹¹⁷¹。この理論は、一方、公序良俗の下でのカテゴリーに位置づけられ、他方、強迫を拡張する機能を有するとされている¹¹⁷²。学説上、暴利行為理論は、むしろ、「消費者」保護の機能・目的を大いに有するものとして積極的に位置づけようとする¹¹⁷³。

立法立法上の影響としては、暴利行為の明文化の是非が議論され¹¹⁷⁴、特に民法改正の場合は、暴利行為は新設の規定として提案され¹¹⁷⁵、消費者の対処の重要法理のひとつとして理解されている¹¹⁷⁶。

（５）契約締結上の過失

従来の多数説によると、原始的不能で無効な契約を過失により締結され、契約相手方に生じた損害を賠償するとされていた¹¹⁷⁷。その後、同法理の拡張がある。一方当事者の違法な勧誘や説明不足により、不当な内容の契約が成立したというものは契約締結上の過失論から把握され、それを同理論に積極的に位置づけようとする¹¹⁷⁸¹¹⁷⁹。契約締結段階に、各種の付随義務が発生する理論として、自己の一方的に取引上の地位や相手方の専門的地位

¹¹⁷⁰ 長尾・書 97 頁。名古屋地判昭和 57 年 9 月 1 日判例時 1067 号 85 頁。（この判決は、不開示＝真実開示義務違反を理由として、契約の効力を否定することに一步近づけたものと捉えられる（長尾・書、97 頁））。

¹¹⁷¹ 名古屋地裁昭和 57 年 9 月 1 日判例時報 1067 号 85 頁。川島＝平井編集・新版注釈民法（3）（有斐閣）森田修執筆 107 頁「暴利行為の主観的要件は拡張される」が、「客観的要件は、消費者契約の規制のため」の「制約」となる。

¹¹⁷² 大村・消費者法 105－106 頁。

¹¹⁷³ 大村敦志「公序良俗と契約正義」1995 年、初出 1987 年。

¹¹⁷⁴ 山本豊「契約の内容規制」別冊 NBL51 号「債権法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として—」平成 10 年、66 頁以下。

¹¹⁷⁵ 『債権法改正の基本方針』（1.5.02）「...〈2〉当事者の困窮、従属もしくは抑圧状態、または思慮、経験もしくは知識の不足等を利用して、その者の権利を害し、または不当な利益を取得することを内容とする法律行為は、無効とする。」。また、「中間試案」第一・2・（2）：「相手からの困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする」。

¹¹⁷⁶ 立法提案理由としては、暴利行為は、消費者取引や投資取引に関する現代紛争に対処するためである。

¹¹⁷⁷ 星野英一・民法概論ⅠⅤ（契約）良書普及会、1975 年、51 頁。我妻・有泉・コンメンタール民法補訂版、2006 年、934 頁。大村敦志・基本民法ⅠⅠⅠ、9 頁。甲斐道太郎・新現代民法入門（法律文化社）73 頁。

¹¹⁷⁸ 甲斐道太郎・新現代民法入門（法律文化社）73 頁。森泉章「『契約締結上の過失』に関する一考察」民事研修 285 号 8 頁、287 号 9 頁、290 号 2 頁、特に、287 号 1981 年。本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤ほか監修・現代契約法体系、第一巻（有斐閣、1983 年）193 頁以下は、ドイツの議論を依拠しつつ、消日本の判例を分析することにより、契約締結上の過失の根拠・要件・効果・機能の変化を説く。

¹¹⁷⁹ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課＝第二課編・消費者政策の新しい課題、182 頁。消費者問題の解決に、契約締結上の過失理論が期待される。

の不足を悪用した取引を救済しようとするものと捉えられる¹¹⁸⁰。さらに、契約締結上の過失制度は、契約締結時の一定事項の開示義務を定めた特別法の趣旨に対応した民法理論であると指摘される¹¹⁸¹。同様に、河上は、契約締結上の過失には、「固有の育てるべきものがある」と期待されている¹¹⁸²。立法上、たとえば、「……契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らして……損害を賠償する責任を負うものとする」と提案されている¹¹⁸³。

（６）契約の解釈

契約解釈について、現行民法典では規定が置かれていない。旧民法がフランス法の規定を継受して、「義務者に有利に」解釈準則を規定していた（財産編３６０条）¹¹⁸⁴。

学説では、約款による契約の解釈について、約款が不明確な場合には約款使用者に不利に解釈されるが、契約一般について十分ではないし、意見が分かれているようである。また、北川は契約書の解釈は作成者に不利に解釈すべきといったルールのは是非の検討が必要であると指摘される¹¹⁸⁵。

消費者契約法の立法過程では、消費者と事業者との間の契約と限定され、契約解釈のルールとして不明確条項解釈準則の採用が提案されていた。

第八次・第九次国民生活審議会消費者生活部会は、約款の適正化についての報告では、「…解釈に疑義がある条項は約款の作成者である事業者に不利に解釈することを原則とすべきである。」¹¹⁸⁶。

国民生活審議会消費者政策部会消費者契約適正化委員会の中間報告では消費者契約法に「契約条項の解釈は合理的解釈によるが、それによっても、契約条項の意味について疑義が生じた場合は、消費者にとって有利な解釈を優先させなければならない」という条文が提案されていた¹¹⁸⁷。しかし、結局、消費者契約法では、不明確条項解釈準則が規定されるに至らなかった。

民法改正では、契約について、条項使用者について、契約解釈の際、不利の原則を規定しようとする¹¹⁸⁸。

まとめ：

原理レベルでは、消費者問題に関して、民法原理に与えるインパクトが生じ、民法の原

¹¹⁸⁰ 北川・現代契約法Ⅰ、商事法務研究会 1973 年 140 頁。北川「消費者契約序説」（初出 NBL 36 号 28 頁・37 号 34 頁。）

¹¹⁸¹ 北川善太郎「消費者保護と民法」私法 40 号 頁。北川善太郎・消費者法のシステム（1980 年）100 頁。

¹¹⁸² 河上「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（４・完）」NBL472 号 37 頁 1991 年。

¹¹⁸³ 中間試案第 27－1。

¹¹⁸⁴ 上田誠一郎・契約解釈の限界と不明確条項解釈準則（日本評論社、2003 年）参考。旧民法財産編 360 条「①総テノ場合ニ於テ当事者ノ意思ニ疑アルトキハ其合意ノ解釈ハ諾約者ノ利ト為ル可キ意義ニ従フ」「②総務ノ合意ニ於テハ此規定ハ各項目ニ付キ各別ニ之ヲ適用ス」。

¹¹⁸⁵ 北川・現代契約法Ⅰ、1973 年 65 頁。

¹¹⁸⁶ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者取引と契約一約款の適正化を中心として（1982 年）10 頁。また、同編・消費者取引と約款（1984 年）14 頁。

¹¹⁸⁷ 消費者契約法（仮称）の具体的内容について。

¹¹⁸⁸ 基本方針[3,1.1.43]約款や消費者契約の条項について、複数の解釈が可能なとき、条項使用者に不利な解釈が採用されると。

理の変容が看取される。

民法の諸法理は、消費者保護をきっかけに、新しい理論展開が進められてきた。消費者」のため、民法の伝統的な制度・法理やそれについての見解は、変容してきた。

民法上の諸法理は、その要件が緩和されたり、柔軟に解釈されたりすることにより、変容が見られる。これらの変容により、最初の個別的な手法により、蓄積され、消費者保護という拡大された思想（価値）は、民事判例により定着させることになってきた。このように、消費者保護は、民法の法理において、一定の結実を見せる。それは、「先導的消費者法」としての民法である。

このことは、消費者を対処するために、民法の諸ルールがそのファクターを機動的に織り込んで、より機能的な方向へ働く。消費者を対処するために従来のとやや変貌された民法法理は、古典的な契約法の理論と比べると、「当事者の行為・態様」に配慮することで「実質化」が実現されている反面、「形式化」を見せたことと評価されている¹¹⁸⁹。

I I、消費者法側の展開：民法としての消費者法

一、諸業法：、消費者保護のため新手法の創設 一般

民法上の展開とほぼ並行的に、民法外で特別法の分野では、特別立法の積み重ねにより、一連の特定の分野に限定する業法が制定されてきた¹¹⁹⁰¹¹⁹¹。取引秩序を維持する目的から、行政的規制、時には、刑事罰も包含されているが、漸次に、民法とは別に新しい民事制度の充実により、民法規律の一部と密接な関係を持つルールが創設されている。

それらは、契約当事者一方を保護する目的・機能へ傾いている。割賦販売法・訪問販売法は、書面交付義務を定める。また、意思表示に関する特別規定である消費者解約権を設けている。これらの規定は、もちろん、分野・領域の面で、限定的なものであり、消費者保護の一般的な射程・構造を有しないことは言うまでもない。そこでは、民法のかかる制度に、一定の修正や改善が加えられており、時には、特別な枠を超過し、その価値を一般化する可能性が潜伏していることも否定し難い。

すなわち、消費者保護のために展開された斬新な法理は、従来 of 法理・制度と一見距離感があるものの、あるいは全く別個の理論に基づくものであるが、契約法の制度・法理に影響を与えることができる¹¹⁹²。

¹¹⁸⁹ 大村・消費者法、59 頁。

¹¹⁹⁰ 割賦販売法、訪問販売法をはじめ、特定商品等預託等取引法、ゴルフ場等会員契約適正化法、宅地建物取引業法、旅行業法、貸金業法と、抵当証券業規正法、不動産特定共同事業法、保険業法等。

¹¹⁹¹ 特別法については、北川は、消費者保護を直接目的とした法令と機能的に消費者保護を目指している法律により、本来的消費者保護法と機能的消費者保護法と称している（北川「消費者保護と法」私法、15 頁）。

¹¹⁹² たとえば、大村敦志・もうひとつの基本民法 I、2005 年有斐閣、3 頁、特に 12 頁参照。また、丸山絵美子「消費者保護と契約」ジュリスト 1414 号 2011 年 78 頁、特に、80－81 頁は、消費者私法（消費者契約法、特商法）の民事ルールは消費者保護・民法と関係に触れている。消費者契約法の役割を更なる展開を指摘しつつ、消費者契約法

具体

消費者を、不合理な合意の拘束から解放できるように、新しい法理が設けられるようになった。これらのものは、民法の外で、特別法の形式で「対症療法」と評されているものの、立法政策上、業法では、より多くの民事規範が充実されつつあるほか、既に定められた制度についてそのカバー範囲自体が拡張される傾向がある。これらの法理は、民法におけるのとの関係は問題となる。

クーリング・オフの立法

まず、クーリング・オフは、割賦販売法・特定商取引法では、展開されている。割賦販売法1972年改正により初めて導入された以来、すでに、多くの法律に規定されている。特定商取引法(9条、15条の2、24条、40条、48条、58条)の場合、割賦販売法(4条の4)。そのほか、同制度の多様化を見せる。保険業法「営業所以外の場所で保険期間1年を超える生命保険・損害保険契約につき、法で定める書面を受領した日又は申し込みをした日のいずれか遅い日から8日間、クーリングオフができる」。ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律「50万円以上のゴルフ会員権契約について、法で定める書面を受領した日から8日間は、クーリング・オフが行使できる」。特定商品等の預託等取引契約に関する法律「特定の商品についてのいわゆる現物まがい商法について、法で定める書面を受領した日から14日間は、クーリング・オフが行使できる」。宅地建物取引業法「業者が売主である事務所等以外で宅地建物の売買につき、クーリング・オフの告知日から8日間は、クーリング・オフができる」。商品投資に係る事業の規制に関する法律「商品ファンド契約に、書面を受領した日から10日間は、クーリング・オフが行使できる」。農業共同組合法(8日間)、中小企業等共同組合法(8日間)、生活共同組合法・生産業共同組合法(8日間)。有価証券に係る投資顧問業規制法は、金融商品取引法に統合され、2007年に廃止されたが、クーリングオフが維持される(金融商品取引法37条の6の1)。

1988年改正により、クーリングオフの起算日が「クーリング・オフのことを告げた日」から「法定の書面を交付した日」へ変更された。また、特商法や割賦販売法の適用分野自体は改正により拡大されてきた。たとえば、2008年改正では、商品・役務の指定制から原則適用方式に変わり、特商法の適用範囲の拡大に伴い、クーリング・オフの活用場面が大きくなってきた。また、2012年特商法の改正では、訪問購入に、クーリングオフの新設がなされていた。買取業者が訪問してか安い値段での購入について、訪問購入の規制が新設され、クーリングオフ(8日間)が規定される。

クーリング・オフと民法との関係：

これらの消費者保護に属する特別制度は、民法との関係、あるいは民法の視点からどう受け止めるか。日本民法は、申込みの撤回を制限し(民法521条1項、524条)また、

の施行後、リフォーム詐欺などの高齢者被害について、消費者契約法の適用要件をみなさない場合、民法のルールを援用する余地があるものの、明確に具体的な内容を規定している実体法規範がないと、救済し難いという背景から、特商法において、クーリングオフ権や中途解約権、違約金規制などに加えて、消費者契約法施行後も、不実告知や故意の事実不告知という禁止行為意違反によって消費者が誤認した場合の取消権、訪問販売における過量販売解除権など民事ルールが拡大されている。これらの業法の民事ルールと民法理論との関係如何、その展開が望まれる。丸山は、消費者私法における契約ルールの充実化と整序を促す。

承諾の撤回についても学説はこれを認めない¹¹⁹³。つまり、契約の形成につき民法は一旦なされた意思表示にできるだけ安定的効用を期待している。

これについて、山本豊は、これらのルールのはほとんどは、民法（一般契約法）に属すると考え難いと評価する¹¹⁹⁴。また、鹿野は、クーリングオフは、消費者を自由解放にこの制度は、当該取引の特質と消費者の利益に鑑み、民法における意思表示の拘束力に関する原則を修正したものである¹¹⁹⁵。

他方、河上は、特にクーリング・オフを契約に必要とされる方式であると主張し、それが民法との整合性から捉えようとする¹¹⁹⁶。また、大村はクーリングオフは、錯誤・詐欺（強迫）を補完する制度として捉えることができる¹¹⁹⁷。松岡久和は、民法法理との関係から、消費者撤回権を位置づけようとする。撤回権の特徴としては、伝統的意思表示・法律行為理論での要件が限定的に解され、十分な救済にならないこと、と特別法上の立証の困難さにかんがみ、消費者撤回権の存在理由とし、民法法理の例外から民法法理との接合へとしている¹¹⁹⁸。

対立や不一致が存在するものの、消費者のためのクーリングオフ制度は、民法の意思表示理論を実質化したことについて、一致しているといえる。

2、 抗弁権の接続

割賦販売法では、1984 年に行われた改正で、指定商品について、売買契約上の抗弁を個別割賦購入あっせん業者に対抗することができる規定が新設された¹¹⁹⁹。法律上、その適用範囲は、指定商品の販売およびこれに伴って役務が提供される場合に限定されていたし、また、判例では、最高裁の態度としては、30 条 4 の適用範囲を厳格に認めるといことであった¹²⁰⁰。類推適用は原則として認められないという指針であった¹²⁰¹。

1999 年改正・2000 年改正では、その対象が拡大されるようになった¹²⁰²。1999

¹¹⁹³ 注釈民法 13、157 頁（遠田）参照。

¹¹⁹⁴ 山本豊「消費者契約私法アイデンティティ」65 頁。

¹¹⁹⁵ 鹿野菜穂子、「意思表示」法学セミナー529 号、1999 年 53 頁。

¹¹⁹⁶ 河上「クーリングオフについての一考察」法学60 卷6 号 1997 年 1236 頁。

¹¹⁹⁷ 大村・消費者法、88 頁。「補完する」というのは二つの意味を持っている。一つは、立証を軽減するということである。クーリング・オフは、錯誤・詐欺・強迫を法律上推定するものであると考え、「もうひとつは、隙間を補充するということである。クーリングオフは錯誤・詐欺・強迫のどれにもぴたりとはあたらないような場合をカバーする」。

¹¹⁹⁸ 松岡久和「消費者撤回権と民法法理」現代消費者法 16 号 2012 年、55 頁。

¹¹⁹⁹ 割賦販売法 30 条 4。立法される前の裁判例や学説の状況について、大村敦志・消費者法、218－219 頁参照。売買契約とクレジット契約の「密接不可分の関係」二着目して、信用会社と売主の同視といった観点や、抗弁切断の特約が信義則違反とする判旨がなされている。学説も支持したという。清水巖「クレジット契約と消費者の抗弁権」遠藤ほか監修・現代契約法大系第4 卷 260 頁、277 頁。抗弁権は、抗弁放棄約款を金指数 r という機能だけではなく、消費者保護を目的として、特別に立法によって認められた創設的権利であるという。

¹²⁰⁰ 最高裁平成 2 年 2 月 20 日民事判例集 159 号 151 頁判例タイムズ 731 号 91 頁判例時報 1354 号 76 頁。

¹²⁰¹ 大村・消費者法 219 頁。

¹²⁰² 梶村ほか・全訂版 割賦販売法（青林書院 2004 年）112 頁以下。

年改正により、指定役務の提供を受ける者および指定権利の購入者、ローン締結販売（29条の4の第2項・3項の新設）まで拡張してきた。2000年年改正では、業務提供誘引販売個人契約、指定権利・指定役務について追加指定、カードレス取引間で拡張したということである。2008年改正では、指定製品・役務制が廃止され、すべての商品・役務が対象とされるようになった¹²⁰³。

民法改正では、検討過程では、第三者与信型販売信用について、抗弁の接続に関する一般準則を導入しようとする意見がある¹²⁰⁴。抗弁の接続の法理は、今日では、私法上の一般原則として理解すべきであるとして、抗弁の接続に関する一般的な規定を民法に置くべきであると主張されている¹²⁰⁵。

こうして、消費者保護のために、その価値が拡大される。

3、中途解約権

契約がすでに有効に成立したが、中途解約権が認められる。特定商品等預託法（9条）。豊田商事事件などの現物まがい商法取引を規制するために、同法が1986年に制定された。預託等取引といった長期間契約では、クーリング・オフ期間を経過した後も、預託等取引契約を将来に向けて解除することができ（9条1項）、解除に伴う損害賠償・違約金の上限が預託商品・権利の価格の10%に限定されている（9条2項）。また、特定商取引法は、特定継続的役務提供¹²⁰⁶と連鎖販売取引¹²⁰⁷について、中途解約権を規定する。また、この制度は、その他の法においても規定されている。

中途解約権の存在理由¹²⁰⁸について。まず、消費者自身側の事情の要請である。たとえば、継続的役務の提供の場合、契約期間途中で、消費者側のさまざまな理由による事情変更の結果、そのまま契約を継続することが困難になることや、契約締結前または契約締結時点で消費者が役務の内容や質、効果に対する認識・評価と実際に受けられる役務の内容等との間に齟齬が生じやすいため、ある程度期間が経過してから契約を離脱する必要性が生じることである。次に、制度の機能の補完の要請であるが、情報提供の書面交付といった義務が課されるのであっても、消費者の認識と役務と内容、性質、効果との間の齟齬があることは、役務提供の本質から免れられない問題だからである。最後に、事業者側の事情。しかし、消費者が完全に解約できないわけではないが、事業者側は、しばしば、中途解約を禁止するとし、解約が可能であっても、消費者に過度に高額な違約金や損害賠償金や解約手数料等を徴収する約定がある。

機能。中途解約権は、上記のように、情報提供義務・書面交付義務と接合する役割がある一方、クーリング・オフ期間の経過後にも、契約から離脱する可能性が再度付与されることと理解する。

このような中途解約権は、その拡張的な趨勢が見られる。以上のように、一方、規定されている法律中で、その適用領域が拡大する。また、規制分野が拡大している。他方、特

¹²⁰³ 2条。

¹²⁰⁴ 基本方針[3.2.6.10]。

¹²⁰⁵ 部会資料44「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（16）」44頁。

¹²⁰⁶ 1999年特定商取引法の改正に、新設された（49条）

¹²⁰⁷ 2004年特定商取引法が改正された際に新設された（40条の2）。

¹²⁰⁸ 齋藤ほか・特定商取引法ハンドブック 第4版（日本評論社2010年）413－414頁。同508頁。

に、消費者契約全般に及ぶ制度として、たとえば、消費者契約法の改正提案では、中途解約権の一般ルールの制定が提案されている¹²⁰⁹。

4、書面の交付義務

書面交付義務は、特定商取引法（4条、42条、37条、55条、）と割賦販売法（4条）、契約の成否および契約内容が明確でなくなること、と、契約書に署名して契約をするときほどの慎重さがなくことを避けるために、割賦販売、訪問販売法により、口頭で契約が成立したときでも後に契約内容を記載した書面を消費者に交付しなければならない。また、そのほか、特定商品預託取引（3条）、宅地建物業法（37条）、貸金業法（16条、17条）¹²¹⁰では書面の交付が課されている。

書面交付義務とクーリング・オフとを関連させることである。

消費者に書面交付が義務付けられるが、それに違反する場合、契約の効力は一応生じる¹²¹¹¹²¹²。ただ、実際、書面が交付されたときから、8日間はクーリング・オフを行使することができる（割賦販売法4条3、訪問販売法6条、9条の12）ように、法的な効果もある。すなわち、書面交付とクーリングオフとの起算と結びつけることにより、消費者の契約からの離脱を守る。書面交付がないと、クーリングオフ権が存続する。契約に実質的な影響を与えている¹²¹³。

二、消費者契約法より民法の復興

¹²⁰⁹ 日弁連「消費者契約法日弁連改正試案（2014年版）」第23条。

¹²¹⁰ 貸金業者が保証人に対して、契約締結前の書面交付義務と契約締結時の書面交付義務。

¹²¹¹ しかし、松本恒雄「消費者契約の現代的課題」法律時報66巻4号1994年29頁は、書面の交付は契約成立時期の問題と論理必然的に結びつくではないが、書面が交付された時に契約が成立したとする方が成立時期を明確にし、かつ、書面によらない軽率な契約の成立を予防することになる。また、滝沢昌彦「契約環境に対する消費者の権利—自己決定とプライバシー—」現代の法13消費生活と法、93—94頁。滝沢は、書面交付を適正な成立手続きに対する権利と捉えつつ、不明瞭な手続きによる契約の締結は、適正な手続きを要求する消費者の権利の侵害として不法行為に基づく損害賠償義務を生じさせるものとしている（94頁）。「適正な手続きを要求する権利は、単に明確な手続を要求するだけではない。その内容も適正でなければならないことは当然であり、この観点からは、契約成立時期についても考え直す余地があろう。」「契約をしない自由」と「勧誘を拒否する権利」が契約締結段階での消費者保護についての重要性を主張する。なお、滝沢によると、「契約をする自由の裏面として「契約をしない自由」もあり、「契約を拒否する自由は契約を締結する自由に比べて著しく弱く」、「消費者の契約を拒否する自由を確保する方策としては割賦販売法四条の三や訪問販売法六条によるクーリング・オフの制度も有効で」ある（94・95頁）。

¹²¹² たとえば、長尾は、特別法に認められている書面の作成行為といった取引の慣行の存在が、一定の種類、内容の消費者契約を要式行為や準要式行為とするひとつの根拠であると捉えている（長尾・消費者私法の原理、103頁）。しかし、北川は、特別法所定の書面の交付義務は、要式行為の意味でないのでこれは取り締まり規定で民法原理の否定ではないとし、クーリングオフ制度のように、申込の拘束力やさらには契約の拘束力そのものをも一定期間に限って認めない点で、民法法理に大きな例外を定めている。

¹²¹³ 大村、消費者法、59頁。「方式の具備によって間接的・形式的にコントロールする」という特徴を言うことができる。

1、一般：

①消費者契約法の制定理由

業法の限定性、及び、民法法理適用の厳格。消費者契約法は、事業者と消費者間の取引の場合、その格差が存在することは、消費者契約法の出発点となる。消費者契約法は、それまでの消費者法とは、相違な性質を有する。消費者契約法は、民法上の意思表示・法律行為に関する諸制度を補完するものとして、制定されたのである。

②消費者契約法の影響

一方、個別制度のレベルでは、消費者契約法以降は、消費者概念やその定義と消費契約に適用される規定が実体私法において、制定される。消費者と事業者との間で締結された消費者契約・取引そのものを規律対象とし、包括的な法は制定された。

法理レベルでは、これらの新制度は民法に新たな刺激を提供する一方、特に、民法改正の議論が始まり、消費者契約法のルール的一般法化と統合化といった問題が議論されるようになった。この問題提起や、消費者ルールの民法への編入の是非をきっかけに、消費者契約に適用されうルールが民法への「還流」ともいえる現象を見せつつある。また、不実の告知による勧誘と重要事項の故意の不告知および契約取消権、断定的判断の提供の禁止は、多くの業法に影響を及んでいる¹²¹⁴。

原理レベルでは、消費者契約法の制定を契機にして、実定法の制定により、消費者契約法という分野の確立するに同時に、理論の面では、それより以上の重要な影響を与えている。というのは「消費者」問題の顕著な動向としては、従来、必ずしも充分ではなかった原理または体系に関する問題は、よりいっそう惹起され、活発な議論が行われることを通じて、民法のあり方の反省を迫られる。

③学説の評価

消費者契約法の制定と民法の一般理論との関係¹²¹⁵：

潮見は、「消費者契約法は、消費者契約に妥当する包括的民事ルールの一部を定めた特別法のひとつに過ぎないものととらえ、そこで扱われなかった問題を含め、民法の枠内で、民法の継続形成による、消費者契約のための包括的民事ルールの構築を目指すほかなら」¹²¹⁶ず、「消費者契約法で目指されたのが、「自己決定・自己責任という近代民法の基本原理を維持した上で、自己決定権支援のための契約法の現代化一意思表示・法律行為法の充実一を図る」ことであつた以上、「民法の特別法である消費者契約法」であるとはいえ、その名のもとでなされたのは、「民法の現代化」の作業そのものである」¹²¹⁷。

¹²¹⁴ たとえば、特商法 6 条の 2 や宅建業法 47 条の 2 第 1 項など。

¹²¹⁵ 星野英一「『消費者契約法（仮称）の具体的内容について』を読んで」NBL683 号 2000 年 6 頁。山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686 号 2000 年 14 頁。潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法学セミナー549 号 2000 年 10 頁以下。沖野「『消費者契約法（仮称）』における『契約締結過程』の規律」NBL685 号 16 頁 2000 年。山本敬三「消費者契約法の法典化と民法の現代化」消費者法ニュース 56 号 2003 年 133 頁は同趣旨に説く。「消費者契約法に関する検討は、民法自体の見直しにつながる。消費者契約に妥当するルールの中には、より一般的に、現代社会における民事契約一般に妥当する原理の現われと目すべきものも少なくない。」「そうした基本原理を探りながら、消費者契約法典のあり方を模索し、民法の現代化を計ることが、これからの課題だ」。

¹²¹⁶ 潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法学セミナー549 号 2000 年 10 頁。

¹²¹⁷ 潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法学セミナー549 号 2000 年 10 頁。

北川は、「消費者法の民法化」をし、民法は事業者だけのものではなく、民法を利用する個人と事業者のための基本法であり、関係する当事者の利益のバランスをとることが要請される。私的自治や契約自由原則、それに、信義誠実の原則や権利濫用の原則等は、そのための一般的な規定である。契約当事者間の対立利害の調整ルールは、民法の基本であるので、契約当事者間のバランスを図るための諸ルールは民法に反するものではなく、むしろ、そのようなルールは民法法理を豊かにする。民法が消費者法を受け入れる器である、と指摘する¹²¹⁸。このように、立法形式とは別に、消費者法と民法との間に実質的な区別はないとすると、民法抜きに消費者法は語れない。少なくとも、消費者法を語るには、民法をみる必要がある¹²¹⁹。北川は、現代民法では、公法・私法関係の協調・流動化の視点から、消費者法のアイデンティティが民法との親近関係に求めるとしている¹²²⁰。

山本敬三は、消費者契約法と民法について指摘する。消費者契約法は、消費者利益を擁護するために、消費者がそのような契約の拘束力から逃れるための手段を整備しようとしたのが、消費者契約法である。具体的には、そうした手段として、契約の締結過程に関する規律—消費者が契約を締結する過程で、事業者により不当な干渉を受けた場合に関する規律—と不当条項に関する規律—消費者の利益を不当に害する条項の効力に関する規律—が定められている。これらの問題は、従来、民法によって扱われてきた。錯誤や詐欺・強迫に関する規定のほか、公序良俗に関する規定などが、その代表例である。今回、消費者契約法が制定されたのは、こうした民法上の手段では消費者契約に関する諸問題に十分対処できないと考えられたからである¹²²¹。

河上は、消費者契約法の契約締結過程ルールについて、「結果的にここまで後退してしまったことについては反省する」が、「この3条、4条で唱えられていることと、民法が重疊的に適用された結果、解釈上導きうるものは小さくない」¹²²²。

2、消費者契約法の制度の創出及び民法に与えた影響

・情報提供義務

まず、他の先行諸法律の規定される説明義務があり、書面交付当を含めて、事業者からの消費者に対する情報提供義務を規定した法律としては、諸業法上、すでに規定されている。たとえば、業法における説明義務¹²²³・契約内容の開示義務。実際、1980年代の裁判例には説明義務が適用されている¹²²⁴。従来、説明義務や情報提供義務が説かれている。

¹²¹⁸ 北川「近未来の消費者法モデル」現代消費者法1号2008年、48頁。

¹²¹⁹ 北川「近未来の消費者法モデル」現代消費者法1号2008年、48頁。

¹²²⁰ 同上。

¹²²¹ 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌123巻4・5号2001年506頁。

¹²²² 座談会 消費者契約法の役割と展望、ジュリスト2001年1200号14-15頁（河上発言）。

¹²²³ 宅建業法35条（重要事項説明義務）、旅行業法12条の4（取引条件説明義務）。

¹²²⁴ たとえば、東京高判昭和52年3月31日判例時報858号69頁：宅建業者と建売住宅の販売業者と締結された宅地売買契約。契約締結時に付随義務としての重要事項説明義務違反と認めた。また、東京地八王子支判昭和54年7月26日判例時報947号74頁：転売する目的を有する者が、宅建業者の仲介より、他者から宅地を購入したが、大がかりな造成工事ということ事項を記載した書面を交付して、説明させるべき義務があると認める。

情報提供義務は、一方、お互いの市場での関係を宣言したということ自体が意味がある一方、民法と重疊的に適用されると、たとえば民法の信義則を媒介として、私法的効果の根拠となるものである¹²²⁵。この意味では、松本は、民法上の一般ルールである信義則、権利濫用、公序良俗などの規定を具体化させるものとして捉える¹²²⁶。実際、判例では、消費者契約だけではなく、その一般性が認められている¹²²⁷。

立法上の影響としては、民法改正では、従前の判例法理を踏まえて、消費者契約法の3条の規定の影響もあろうし、契約締結における情報提供義務・説明義務が新設されると提案する¹²²⁸。消費者取引に限定されたものではなく、市場メカニズムの機能不全を解消するため、相手方の自己決定に必要な情報を提供することにより、義務付けられる。消費者事業者契約を超えて、一般的な契約（たとえば事業者間）にも存在しうる。

消費者契約法 4 条

4 条は、意思表示の取り消しは、誤認の場合、と困惑の場合に分けて規定した。

・消費者契約法 4 条 1 項 2 項：

4 条 1 項 2 項は、誤認による意思表示の取り消しについてである。不実告知(1 項 1 号)。断定的判断の提供（第 1 項第 2 号）。不利益事実の不告知（第 2 項）。

これについては、同条 1 項 2 項の立法理由について、「消費者が事業者の不適切な勧誘行為に影響されて自らの欲求の実現に適合しない契約を締結した場合には、民法の詐欺が成立しない場合でも、契約の成立についての合意の瑕疵によって消費者が当該契約に拘束されることは衡平を欠くものであるため、消費者は当該契約の効力の否定を主張しうるということが適当である」¹²²⁹。

学説は、民法のかかるルールを拡張したものとほぼ共通認識である。河上は、4 条は「不実告知や、不利益情報についてあえて黙っていたような場合については、従来の民法の詐欺ルールからいうと、かなり定型的に取り消しの自由を認めていく方向に拡張している」¹²³⁰。また、大村は、消費者契約法 4 条 1 項 2 項は、錯誤・詐欺の中間類型を作り出したものとされ、4 条から限定的なルールではなく、拡張可能な原理を引き出す可能性が説かれる¹²³¹。山本敬三は、従来の民法との関係からみると、民法上の詐欺取消しにより、不実告知と不利益事実の不告知による取消しは、認められる範囲を拡張したものと理解でき

これらについて、大村敦志・判例・法令 消費者法（有斐閣、1994 年）76 頁以下は採録されている。これらを含め、より詳細なのは、大村敦志・消費者法、95 頁。先物取引、変額保険の勧誘に関する情報提供義務を課す裁判例。また証券取引などの投資取引の場合、¹²²⁵ 河上発言 15 頁。また、判例としては、大津地判平成 15 年 10 月 3 日、消費者契約法 1・3 条に基づき、説明義務の存在を肯定し、不法行為を認めた。

¹²²⁶ 松本恒雄「消費者契約法と契約締結過程に関する民事ルール」法律のひろば 53 巻 11 号 17 頁 2000 年。横山「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌 123 巻 4=5 号 555 頁 2001 年。

¹²²⁷ たとえば、最判平成 16 年 1 月 18 日民集 58 巻 8 号 2225 頁。

¹²²⁸ 基本方針[3.1.1.10]「…契約のの性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取り決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならない」。中間試案第 27-2。

¹²²⁹ 逐条解説消費者契約法[新版]92 頁。

¹²³⁰ 座談会「消費者契約法の役割と展望」ジュリスト 1200 号 2001 年 15 頁（河上発言）。

¹²³¹ 大村敦志・もうひとつの基本民法 I(有斐閣、2005 年) 11 頁、13 頁。

る、という¹²³²。

4条3項

消費者が事業者の不適切な勧誘行為に影響されて自らの欲求の実現に適合しない契約を締結した場合には、民法の強迫が成立しない場合も、契約の成立についての合意の瑕疵は重大で決定的であるため、消費者は当該契約の効力の否定を主張しうることが適当である¹²³³。困惑は、民法上の強迫取消しの要件を緩和しているとされている¹²³⁴。また、困惑と民法上の公序良俗について、公序良俗という一般条項を具体化し明確化した¹²³⁵。

立法的影響は、民法改正で民法への還流がある。

消費者契約という特別なルールを超え、一般性を有するものになっているとされる。一定の要件の改造をして、まず、基本方針(1.5.15)は、相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項について相手方が事実と異なることを表示したため、表意者が誤認した場合は意思表示を取り消すことができるとする。理由¹²³⁶としては、第一に、事実に関して取引の相手方が不実の表示を行った場合に誤認する危険性は消費者と否とで違いなく、また、前提となる事実が違っていればそれを正確に理解しても、その結果行われる決定は不適当なものにならざるを得ず、表意者を保護すべき必要性は一般的に存在し、かつ、その必要性は特に高いと考えられる。第二に、相手方も自ら誤った事実を表示した以上、それによって錯誤をした表意者からその意思表示を取り消されてもやむをえないことである。という。

評価

消費者を主体とする消費者契約法により創設された新しいルールは、民法のかかる規定の延長に位置づけられ、民法の諸法理をより明確したり、補充したりする機能を有するものである。民法の意思表示理論をより実質化・明確化・具体化することになったと評価できる¹²³⁷。この意味では、潮見は、「不十分な消費者契約法は、近未来における「民法の継続形成」—民法典の改正—を促すという副次的効果をもたらすことにもなる」と指摘する¹²³⁸。また、山野目が指摘したとおり、消費者法から「...得られる果実が消費者契約以外の領域における民法の意思表示論などとの関係において活用されるべきである...」と

¹²³² 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌123巻4・5号511頁。横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌123完4・5号、558頁。山下純司「消費者契約法と詐欺・強迫」ジュリスト1200号2001年56頁。消費者契約法立法段階で執筆された論稿は、沖野「契約締結過程の規律と意思表示理論」消費者契約法—立法への課題、別冊NBL54号23号以下1999年。沖野「契約締結過程の規律」私法62号24頁以下2000年がある。鈴木禄弥・民法総則講義 二訂版(創文社、2003年)185-186頁。

¹²³³ 逐条解説消費者契約法[新版]

¹²³⁴ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・逐条解説消費者契約法(2000年、商事法務研究会)99頁。山本敬三民商法雑誌123巻4・5号515-516頁。

¹²³⁵ 山本敬三民商法雑誌123巻4・5号516頁。

¹²³⁶ 基本方針31頁。

¹²³⁷ この点について、河上正二「『消費者契約法』をめぐる立法的課題—総論」私法62号21頁。後藤卷則・消費者契約の法理論(弘文堂、2002)239頁。また、逐条解説。

¹²³⁸ 潮見「消費者契約法と民法理論」法学セミナー549号10頁。同潮見「比較法の視点から見た「消費者契約法」」民商法雑誌123巻4・5号624頁。

三、保証契約からみた消費者法の民法への浸透

保証法は、消費者保護の機能を有する法と理解と理解してもよい。

保証契約について、親族・友人が、保証になる場合が多い。保証人が必ずしも保証契約の内容やリスクについて認識されない場合も多い¹²⁴⁰。

中小企業が融資を受ける際には、信用補完の手段として、経営者やその親族、友人になる根保証が行われるが多い。平成 16 年までは、根保証契約について特段の法的規制をしていないため、保証の限度額や保証期間の定めのないという包括根保証契約がしばしば用いられていた。そのため、保証人が予想を超える過大な保証責任が追求されるという事件が多発であった。これらの現象について規制される必要が生じる。

そこで、平成 16 年に、保証契約の適正化を図るために、民法第 1 編から第 3 編まで表記を平仮名・口語体に直すという民法典の現代語化とともに、保証に関する規定に実質的な改正がなされていた（平成 17 年 4 月 1 日より施行）¹²⁴¹。一方、保証人が個人の場合の根保証契約に対する法的規制を加える同時に、保証契約一般については、書面によらない保証契約が無効であるという改正がなされた¹²⁴²。書面による、つまり、要式性が保証契約で徹底されるようになる。

他方、個人保証について大きな展開がなされていないものの、第 465 条の②およびその以下を第二目として、「貸金等根保証契約」について、規制するようになった。そこで想定されているのは、「保証人が法人であるものを除く。以下「貸金等根保証契約」」¹²⁴³（日本民法典 465 条の二の 1 項）というものである。すなわち、個人保証である。それらについて、いくつかの保護措置が講じられている。①極度額を定めない貸金等根保証契約は、効力が生じない（日本民法典 465 条の二の 2 項）。②、貸金等根保証契約の保証期間に制限を加えた。すなわち、第一に、元本確定期日とその貸金等根保証契約の締結の日から五年を経過する日より後の日と定められているときは、元本確定期日の定めは無効とする（民法典 465 条の三の 1 項）、第二に、元本確定期日の定めがない場合には、その貸金等締結日から三年を経過する日とする（民法 465 条の三の 2 項）。第三に、主

¹²³⁹ 山野目「「人の法」の観点からの再整理」広中俊雄編民法研究（第 4 号）1 頁。山野目章夫「人間・主体・制度」日本法社会学会編・法社会学 64 号 157 頁 2006 年。

¹²⁴⁰ 2004 年改正以前の状況として、石田喜久夫・金融取引法の諸問題、203 頁以下。齊藤由紀「保証契約における契約締結後の情報提供義務（一）」阪大法学 63 巻 6 号 2014 年 87-96 頁以下。

¹²⁴¹ 「民法の一部を改正する法律の概要（1）—（3）」NBL800 号 133 頁、801 号 32 頁、802 号 23 頁。「保証制度の見直し等に関する民法改正の概要（上）（中）（下）」金融法務事情 53 巻 2 号 15 頁、53 巻 3 号 43 頁、53 巻 4 号 65 頁、2005 年。平野裕之・保証人保護の判例総合解説〔第 2 版〕（信山社、2005 年）3 頁。

¹²⁴² 民法典 446 条、2 項 3 項として、「保証契約は、書面でしないければ、その効力を生じない」（446 条 2 項）、「保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の近くによっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する」（3 項）。

¹²⁴³ 貸金等根保証契約とは、個人を保証人とし、主たる債務の範囲に「貸金等債務」が含まれる根保証契約である。

たる債務の元本の確定自由をする（民法465条の四）。第四に、保証人が法人である場合、その主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（個人保証）について、保護の特則（民法465条の五）が設けられる（すなわち、法人の背後に存在する個人を保護するためである）。

また、消費者契約の観点から、当事者間に専門知識の差異や一方が事前に作成した約款を他方に押し付けることを根拠として、保証契約における説明義務が主張されていた¹²⁴⁴。他方、現行消費者契約法は、保証契約に関する規定が明示されていないものの、同法は、保証契約に及ぶことは確かである。

民法改正では、保証契約について、説明義務などの提案がなされている¹²⁴⁵。しかし、保証人に対する説明義務について、保証人が消費者か事業者かにより相違な基準規定を置くという方法をとっていない。また、保証人の資力と保証の負担の関係¹²⁴⁶が制限されようとする。また、根保証のところで、現行民法規定を改正すると提案する¹²⁴⁷。

まとめ：

本節の内容から、以下のことを指摘しておく。

第一に、重要なのは、理念型として捉えられたような自由・平等という価値基準に基づいて、形式的には、伝統民法上の法律関係を維持するように見えているが、実質的には、契約当事者（「消費者」）の置かれている現代的な地位・実態に照らし、従来の認識（原理・制度）により処理し難い・あるいは、カバーしきれないことは生じている。この実態の変化の下、民法は、変容せざるを得なかった。民法は、これらの現象（制度）を背後から正面へ、例外から普遍へ、受け止めている。

第二に、以上の認識の下、最初の分岐は、契約自由か契約正義か、民法の外で特別な制度・法理により、民法を修正・補充するか、民法そのものの刷新を行うかということにあった。やがて、このような分岐は、対立するというより、むしろ、帰一するようになる。すなわち、正義を維持した自由である。また、民法そのものから発生した規範は、民法に還流することによって、民法そのものを更新しようとする。

第三に、このように、民法の拡張法理を吸収して、新たに創出された消費者契約法の法理は、まもなく、跳ね返って、民法にその制度・その精神を吹き込むこととなる。このような還流という傾向により、「消費者」に着目していわば「特殊性」を帯びたものは、一方、現代社会に対面して民法の不足をより補強し、民法の操作し難さをより具体化し、他方、民法の枠外で生成・展開してきた「特殊」から超え、ある意味では現代社会における

¹²⁴⁴ 道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」民事研修523号3頁2000年。また、消費者契約と保証契約との関係および保証契約の性質について、ドイツ法の参照から、今西康人「保証契約と消費者契約」関西大学 ノモス11号2000年43頁。

¹²⁴⁵ 基本方針[3.1.7.02]〈2〉〈イ〉保証人に、その責任の内容につき、正確な認識を形成するに足る情報を提供する。また、保証契約について契約締結後の情報提供義務について、斉藤由紀「保証契約における契約締結後の情報提供義務（一）」阪大法学63巻6号2014年87頁以下。情報提供義務の制度設計の際、債権者の性質、保証人の性質、主債務sの性質も重要な考慮要素とされる（89頁）。

¹²⁴⁶ 同〈ウ〉保証人の資力に比して、過大な責任を負わせない。

¹²⁴⁷ 基本方針。また、中間試案では、保護措置をすべての根保証契約に拡張すると提案する（中間試案第十七・六（二）、中間試案第十七・五（一））。

「普遍」について示唆を与えようとする。このように、消費者法と民法との融合は顕在的にまたは潜在的に実現されつつある。

第四に、消費者契約法は、いわば「民法の継続形成」¹²⁴⁸と位置づけている。民法上の理論の解釈や法理の拡張より到達することができる規定を消費者契約法より具体化した。

第二節 日本民法改正と消費者契約法—「消費者」の位置を中心として

1898年から日本民法典が施行以来、債権法部分に関して初めての改正作業がなされている。その際、民法典と消費者契約法との関係の問題は、焦点となっている。消費者概念ないし消費者契約法一部ルールを民法に導入することの是非である。すなわち、消費者法と民法との体系的関係のあり方は如何に把握されるべきか、という問題である。

それについて、一方、消費者法のルールを民法に取り込むとなると、抽象対等人を想定する民法(典)との関係が問われる。他方、民法に消費者法の一部を取り込むとなると、複合領域として、かつ、消費者法自身の整合性・統一性との関係が問われる。

そのために、ここでは、消費者契約法と民法典との体系的関係について、まず、人間像の認識、と、次に、立法技術上の取り扱いが問題となる。

なお、ここでは、消費者私法の全体の如何ではなく、「消費者契約法」に限定したい。まず、消費者法という場合は、日本では、消費者法という実定法上の名称を有する単独のものが存在しないため、その範囲付けは容易ではない。第二に、民法改正では、消費者契約法だけを検討対象としていること。第三に、消費者契約法が、消費者契約を規律する包括的実体民事規範として、消費者法の中核であるといえること、と考えるからである。

一、消費者契約法と民法典

(一) 「人」の捉え方

民法改正における議論を見る前に、まず、人間の捉え方を見る。民法の人概念と消費者契約法の消費者とはいかに位置づけられるかが問題となる。

(一)、人と「消費者」

1、人の変化

民法典が想定する人

消費者を如何に把握すべきかという問題について、民法における「人」の概念と「消費者」概念との関係から、それを浮き彫りにすることは普遍的な作法である。

¹²⁴⁸ 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌123巻4・5号505頁。

日本民法典の「人」は、具体的な性格を捨象し、抽象的・対等的な人を想定して起草され、ヨーロッパから導入された理論により、近代市民法が想定した人間像そのものである¹²⁴⁹。

一般的に、民法は、対等な当事者を想定し、消費者を想定していない、と捉えられている¹²⁵⁰¹²⁵¹。近代民法における法的人格の抽象性について、共通認識であるといえる。近代から現代への転換を描き出すこと、特に消費者に即する捉え方において、民法における人概念が、今日維持できなくなるという意味では同一な帰趨を有する同時に、分岐がある。

「人」の変容

しかし、近代民法の人間像は、現代では、それが維持できなくなる。星野英一がそれを主張される。星野英一は、近代民法における人間像から現代民法における人間像への変化として、抽象的な人間から具体的な人間へ、という図式で指摘されている。

近代私法の特徴のひとつは、すべての人間の完全で平等な「法的人格」の承認であり、法的人格の抽象性がある¹²⁵²。このような近代法の人格の背後に前提とされた人間像は、「強く、賢い人」である。人間の民法上の取り扱いにおける現代法への変遷の背後には、「理性的・意思的で強く賢い人間から弱く愚かな人間へ」がある¹²⁵³。

「民法における人間は、一切の権利義務が帰属するという意味における平等な抽象的法的人格として承認されることに始まり、その種々の社会的実態に応じた人間それ自体としての保護を広く受けるようになってきた。その背後には、人間を理性的・意思的で強く

¹²⁴⁹ 我妻・民法総則、岩波書店 1930 年。我妻・民法総則、岩波書店 1951 年、新訂版 1965 年。星野英一「私法における人間」同・民法論集第 6 巻 1986 年有斐閣 1 頁。大村敦志「人—総論」ジュリスト 1126 号 1998 年。同「民法における「人」」消費者・家族と法（東大出版会、1999 年）237 頁。

¹²⁵⁰ 星野英一「私法における人間」同・民法論集第 6 巻（有斐閣、1986 年）5 頁以下参照。大村敦志・消費者法[第 4 版]20—21 頁。また、甲斐道太郎「市民法原理からみた消費者問題」北川ほか編・消費者保護法の基礎（青林書院新社 1977 年）45 頁。

¹²⁵¹ しかし、しばしば、民法典は、「人」の属性を完全に捨象するわけではない。たとえば、未成年者、行為無能力者などや、95・96 条には一定の保護思想が含まれているものとして、民法典と弱者保護との親近性が説かれる。たとえば、長尾は、法構造上の弱者性と、法理論がもたらした弱者性との存在を指摘する。長尾治助・消費者私法の原理—民法と消費者契約—（有斐閣、1992 年）73 頁。長尾治助は、「民法典と弱者概念」について論じる。民法が予定する法律関係の主体は、原則としては、「自由な意思を有する『人』」であってこれを基礎に観念される財産上の法律関係の当事者は対等であり、そこには強者、弱者という概念が介入する余地は一見ないように思われる」。もっとも、この認識によれば、当事者の意思的能力の状態に注目し、知的属性が一般の程度に至っていない場合には「知的弱者」として現に存在する効した該当者を保護することも法の当然の任務となる。行為無能力者制度は第一次的にこうした者を保護するが、相手方にも催告権等を付与し当事者間の力の均衡を図ることも民法は忘れてはいない。それでは、行為能力間の法律関係において弱者概念は民法の知らないところではない、という。

¹²⁵² 星野英一「私法における人間」星野民法論集第 6 巻（有斐閣 1986 年）所収 7 頁。

¹²⁵³ 星野英一「私法における人間」星野民法論集第 6 巻（有斐閣 1986 年）所収 29、38 頁。

賢い存在とする扱い方から、弱く愚かな存在を中心に扱う方向への転換があった¹²⁵⁴とし指摘され、民法における「人間の再発見ないし回復の方向」を促される。

北川善太郎は、民法の「人」は一元から多元への図式を示している¹²⁵⁵。北川は、近代民法における「人」の一元的モデルであったが、社会法や経済法のような独自の法分野が生成するに伴い、民法の「人」から、具体的な「人」である労働者、使用者、大企業などが、私法とは別の法分野の権利主体となってくると、民法典の「人」に、その規定はそのまま、私法とは別の法域で規制される「人」とそうでない従来とおりの「人」が混在するという人の変質を説き、民法の人のモデルは多元的なものになると指摘される。

さらに、労働者や消費者の登場により、民法における人を再構築すべきだと唱えられるのは、大村敦志の主張である¹²⁵⁶。消費者と事業者とを近代法の人として同視することはもはやできなくなったのであるため、当事者の具体的な特性に応じた取引ルールや、民法の定める一般的取引ルールの変容が要請されるという。

また、吉田克己は、保護ではなく自律を基礎として、近代・現代の人間像について語る¹²⁵⁷。現代市民社会では、契約当事者の非対象性が構造化され、人間像のある程度の具体化が不可避となる。吉田は、星野の近代における強い人間から「現代における弱い人間」の側面を踏まえつつ、現代社会における人間は、企業などの社会的権力との関係では弱い存在かもしれないが、それでも、単なる保護の客体に甘んじるのではなく、主体的に自らの生活を築いていこうとする存在でもある。あるいは、理念的にそのような存在であるべきである。それは、近代市民社会における自立的な人間像と根本的には異なるものではない。「自律のために支援を要請する個人」という形で、現代における人間像の転換を定式する。

2、「消費者」の捉え方自身の変化

人間が弱者へというテーゼの影響の下、弱者保護として保護される像としての消費者は、労働者、あるいは借地借家人などと、同列に捉えられていた。しかし、消費者像の転換があった。規制緩和に伴い、「保護される消費者像」から「自律した消費者」への思想的・政策的変化が図られた¹²⁵⁸。消費者契約法における消費者像は後者に位置づけられる。

1990年代ごろ、規制緩和の下、市場メカニズムを前提にして自己決定・自己責任が標榜される中で制定された消費者契約法では、消費者を支援される自立のものと構築されるよ

¹²⁵⁴ 同 46 頁。

¹²⁵⁵ 北川善太郎「消費者法と民法の多元性」現代消費者法 10 号 2011 年巻頭言。

¹²⁵⁶ 大村敦志・消費者法 20-21 頁。同・民法読解 総則編（2009 年）112 頁、122-123 頁。同「民法における「人」」同・消費者・家族と法（東京大学出版会、1999 年）、対等な「人」が自由に交渉し熟慮のちに契約するという契約像は現実的ではなくなった」とし、「「個と共同性」の関係が再編成」されることと説かれている（同・1999 年、245-246 頁）。また、「民法における人」の「多様性」と「共通性」が強調されている（同・1999 年、248 頁）。

¹²⁵⁷ 吉田「近代から現代へ」37 頁。

¹²⁵⁸ 消費者像の変化について、座談会「法における人間像を語る」法律時報 80 巻 1 号 5 頁以下瀬川発言 2008 年。

うになった¹²⁵⁹。このことから、一方、そこにはパラドックスが存在するという見解がある¹²⁶⁰が、消費者契約像は、民法が前提とした自立的人間像と根本的には異なるものではないという。他方、消費者契約法の自律した消費者像に依拠して、民法の人間像との一致を唱える意見が見られ、「合理的経済人モデル」としている¹²⁶¹。

(二) 民法典と特別法

1、一般法と特別法

民法は私法の一般法であるとされるのは一般的である¹²⁶²。特別法と一般法との関係については、一般に、「民法は個人の普通一般の社会生活を規律しているほうであるから、私法の一般法である。そして、社会政策的色彩をもつ借地法・借家法・農地法・利息制限法や資本的形態の所有を中心とする商法もしくは企業法や労働法などは、特別の生活関係を規律する法であるから、一般法としての民法に対して特別法として区別される」¹²⁶³とされる。

消費者契約法は、民法の特別法と一般的に捉えられている。民法改正では、消費者法を民法に編入することについて反対理由は、しばしば、民法が私法の一般法であり、消費者契約法が特別法であると援用されている。

しかし、一般法・特別法の区別仕方やそれぞれの領分の峻別といった点について、維持される必要があるか。「民法典について、民法の中には、法全体の一般法と認めるべき制度・規定から、現在のところその制度・規定につきそれ以上具体的な制度・規定は存在しないほどに特殊な特別法に至るまで、種々の段階の一般法・特別法が存在する。…民法典自体も、決して一つの統一的な体系をなしているものではなく、実は種々の異なった次元の制度・規定のモザイク的集合なのである」¹²⁶⁴。

また、より一般的には、一般法・特別法の発想について、疑問が投げられるのは、大村敦志である。民法を一般法ではなく、市民社会の基本法と捉えることにより、「「一般法」か「特別法」か相対的なものであり、「民法は、その市民社会がどのような考え方にもとづいて 規律されているかを示す必要がある。その際、「私法の一般法」だけが民法に含まれる、また、それ以外は、民法典に規定されてはならないと考える必要はない」¹²⁶⁵とされる。

¹²⁵⁹ 後藤巻則・消費者契約と民法改正（弘文堂、31頁以下）参照。

¹²⁶⁰ 後藤巻則「消費者のパラドックス」法律時報80巻1号33頁以下1999年。同・消費者契約と民法改正（弘文堂2013年）26頁。

¹²⁶¹ 村本武志「実務から見た民法改正と消費者法」現代消費者法4号 2009年 38頁では、弁護士である村本は、消費者契約法は、一方で消費者は事業者から提供された情報を活用し、契約内容の理解を求めるという点で消費者の「愚か」さを許さない。これは、消費者を自己の利益の最大化を図る存在とするもので、完全な情報を有しないという点では若干の修正を行いつつも「合理的経済人」と捉え（「合理的経済人モデル」）、民法における人と異ならないという。このように消費者を理解することにより、消費者契約法の規定を民法に取り込むことは、格別の問題を生じないという意見が示されている（同 45頁）。

¹²⁶² 内田貴・民法I総則・物権総論[第四版] 15頁参照。道垣内弘人・リーガルベイス民法入門（日本経済新聞出版社、2014年）8頁。中川善之助ほか編・体系民法事典第三版（青林書院新社、1982年）3頁。

¹²⁶³ 中川善之助ほか編・体系民法事典第三版（青林書院新社、1982年）3頁。

¹²⁶⁴ 星野英一「民法の意義」私法学の新たな展開 108頁。

¹²⁶⁵ 大村敦志・民法改正を考える（岩波書店、2011年）145－146頁。

2、民法と消費者契約法

他方、たとえば、消費者契約法の制定過程においては、「消費者契約法を特別法と位置づけるとしても、その具体度や適用の主たる場については、二つの可能性が指摘される。第一は、民法のレベルよりも具体化したルールとし、裁判所のみならず、消費者センター等裁判所外での紛争解決および行動の指針としても重要な役割を果たすことを目指すというあり方である。第二は、民法のレベルでの抽象的ルールとし、もっぱら裁判規範を想定するものである。」¹²⁶⁶。消費者契約法が「消費者契約の民事基本法」¹²⁶⁷と捉えられる。

二、債権法改正における消費者契約法

(一)、民法（債権法）改正前

1、民法改正における消費者位置の問題提起

民法改正の実際の出発点は、およそ日本民法典の百周年を迎えた時であった。1998年の日本私法学会では、テーマとして、債権法改正が取り上げられた。

そこでは、民法典自体の構造の変化として、消費者法に関連するものからいえば、以下の指摘がなされた。

民法典と特別法との関係の問題について、「この問題は、実は、民法とはどういうものであるべきかという民法についての一定の考え方から生じている。もっとはっきりいえば、民法とは「自由で対等な市民の法」であり、商人であるとか、消費者といった属性を捨象した抽象的な市民を想定しなければならないという考え方である。こうした考え方が歴史的に一定の役割を果たしたことは確かである。しかし、果たしてそれが民法典の唯一のあり方であろうか。もともと市民はいろいろ属性をもっている。むしろ、多様性を有する存在である。こうした「多様性を前提とする民法典」というものがあってもよいのではないだろうか」と問題提起される¹²⁶⁸。

2、消費者契約法を民法典に直接規定する考え方

実際、消費者契約法の体系問題について、消費者契約法制定前には、その位置づけは、問題提起された。当初は、消費者契約法という方式で単独立法ではなく、消費者契約法を民法典に直接に編入するという見解がなされていた。しかし、消費者契約法立法当初は、当然に、民法とは独立の法を制定することと想定・検討されてきており、ほぼ共通の認識を有していたため、独立の法として制定されることになった。その理由は、立法当初から、既に、消費者契約法が、5年を目途に改正するという頻繁的に改正を加えることと予定していたと考えられる一方、管轄官庁は、消費者契約法が内閣府（現在消費者庁）に属している。これは、ある程度、民法との隔たりの政治的な原因だったともいえるだろう。この点は、後ほどの民法改正においては、しばしば、「消費者」を民法に取り込むことに反対する理由のひとつとして用いられている。

¹²⁶⁶ 沖野「「消費者契約法(仮称)の一検討」(1)」NBL652号1998年11頁。

¹²⁶⁷ 沖野「「消費者契約法(仮称)」における「契約締結過程」の規律」第17次国民生活審議会消費者政策部会報告を受けて、NBL685号24頁2000年。

¹²⁶⁸ 債権法改正の課題と方法－民法100周年を契機として、別冊NBL51号(社団法人商事法務研究会)3頁。

（二）民法（債権法）改正

1、中間論点整理まで

（１）、改正理由の一つとしての消費者

学者作業グループが発足し、民法改正の作業が本格的に展開されるようになった¹²⁶⁹。以下、「消費者（契約法）」をどのように扱っているのかについて、民法（債権法）改正検討委員会の案の態度を確認する¹²⁷⁰。

その際、民法（債権法）改正の理由が指摘されている。「①消費者の登場の中で民法の規定する主体である抽象的な人概念と消費者をどう調整するかが問題となっている。……③多数の特別法の制定によって民法典が空洞化していることに対し、民法典を**市民社会**の構成原理を定める法典として実質化する必要。……」¹²⁷¹とされている。このように、消費者ないし消費者契約法を含める特別法と民法典との関係は、民法改正の大きな誘引の一つとであると窺わせる。これは、消費者法・民法の関係の根本的な背景である¹²⁷²。

¹²⁶⁹ 民法（債権法）改正検討委員会。民法改正研究会。そのほか、椿「民法改正を考える」法律時報 2008 年。金山直樹編「消滅時効法の現状と改正提言」別冊 N B L 122 号 2008 年。

¹²⁷⁰ その他、民法改正研究会が、2008 年 10 月の日本私法学界で民法改正の案を提案した：「特集・日本民法典財産法編の改正」ジュリスト 1362 号 2008 年。そこでの議論に基づいて、2009 年に案を公表した：加藤雅信「日本民法典財産法改正試案」判例タイムズ 1281 号 5 頁、2009 年。民法改正研究会「日本民法改正試案」判例タイムズ 1285 号 5 頁。また、民法改正研究会編・民法改正と世界の民法典（信山社、2009 年）。加藤、民法改正研究会編・「民法改正試案一学界・法曹有志案」法律時報増刊号、2009 年 125 頁。民法改正研究会は、「民法典の私法総合法典としての性格の回復」を打ち出して、「民法の一部のみが肥大したり、頻繁な改正が避けられるであろう」という目的を有している。そのために、「一定分野について、多数の条文を有する、数多くの民法特別法を民法典に取り込むことは、民法全体のバランスを悪くする可能性もある」とする。また、「一般に改廃が多い民事特別法を民法典に取り込むと、民法典の改正が頻繁となり、民法典の安定性が損なわれる可能性もある」とし、特に、「変動が激しい消費者法を取り込むことにより、民法典の安定性をそこない、民事の基本法としての性格を失わせることをおそれ」「消費者法を民法典に取り込むことによって必要な改正がしにくくなり、消費法の硬直化を招きかねない」ので、消費者法を直接に取り込むことをしなかった。「民法典の民事法の基本法としての性格を保持しつつ、民法典のバランスのよさとその安定性を維持するために、民法典に民事特別法へのレファレンス機能を持たせることとした」。このように、民法改正研究会の考え方は、消費者法を民法典に編入することを拒否し、特別法を維持する立場である。その代わりに、レファレンス規定を置くこととする。民法典の一覧性を高めようとする同時に、民法の空洞化を多少補おうという。

¹²⁷¹ 内田貴「いまなぜ債権法改正か？（上）」N B L 871 号 23 頁、2007 年。特別法の氾濫により、民法の空洞化の現象について、中田裕康「民法の体系」内田貴・大村敦志・民法の争点 ジュリスト増刊、4 頁。「商法と消費者法への二極分化」現象があり、民法の規律が両者に侵蝕又は吸収され、中央部分が空疎になるという。

¹²⁷² 第 1 回議事録 6 頁（筒井幹事）。「社会・経済の変化」と「国民生活様相の変化」を協調する。

（２）民法（債権法）改正検討委員会における議論

議論の過程において、消費者概念・消費者契約法と民法の関係について、複数回の議論が行われていた。これらの議論の全体を見ると、諸意見にも差異や主張の論拠の相違が存在するにもかかわらず、消費者と事業者の格差を前提とす規定を民法に取り込むことについて、ほとんど賛成している。しかしながら、だから、それを民法典に取り込むべきか、というと、多くの意見（反対意見）がある。①盛り込むと、いかに盛り込むかということ、②盛り込むと、消費者保護を弱化するか、ということである。

（３）民法（債権法）改正検討委員会の意見¹²⁷³

①編入方式

2006年に発足した民法（債権法）改正検討委員会は、約２年半の検討を経て、2009年４月２９日に、基本方針を発表した。民法（債権法）改正検討委員会試案では、消費者契約法の一部を直接に民法典の中に導入すると提案されている¹²⁷⁴。

まず、消費者契約に関する特則を民法に取り込み、その適用範囲を画定するために、消費者事業者概念に関する定義規定を民法典に設けよう¹²⁷⁵と、消費者契約の定義をする¹²⁷⁶とともに、次に、消費者契約法の一部を取り込むことと提案する。

「消費者・事業者に関する特則をまとめておくのではなく、民法典中の関連の箇所に溶け込ませるという考え方をとっている。その背後にあるのは、民法典は普遍的な取引ルールを示すべきものであり、これらの特則は、取引の世界において普遍的な人を維持するために不可欠なルールであるという認識である」という¹²⁷⁷。

具体的には、一般法化と統合という取り扱い方である。一般法化としては、情報提供義務、不実表示などが提案されている一方、統合としては、消費者事業者の定義を民法に規定すること、消費者契約法の実体法部分のうち、一般法化以外の部分を民法に取り込むこと、と提案されている¹²⁷⁸。

¹²⁷³ 民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」別冊 NBL126 号、商事法務 2009 年。また、同委員会編「シンポジウム『債権法改正の基本方針』」別冊 NBL127 号、商事法務 2009 年。より詳細なものとして、同編・詳解債権法改正の基本方針がある。

¹²⁷⁴当初は、消費者契約法の個別規定をすべて民法に取り込み、消費者契約法を廃止するといったような見解が提案された。これについて、反対も強かった。特に弁護士側より、ほとんどは、消費者契約法は、機動的に改正される可能性が高いから、安定的な法体系としてた民法の中に、消費者法の発展が阻害されると説いていた。しかし、実際、法制審議会になると、消費者契約法の完全編入によって、同法を廃止するという意見は、ほとんどなくなった。

¹²⁷⁵ しかし、反対意見や疑問提起がある。なぜ、民法典に消費者契約だけを特別に扱われるは、という。これについて、現代社会では、民法が、「消費者」という現実を見ると、消費者の特則を設けることこそ、民法の人概念の合理的な捉え方ではないか。また、そのために、消費者特則は、むしろ、現代民法において、適当な存在となろう、という反論がありうる。

¹²⁷⁶ 基本方針（1.5.08<1>）。

¹²⁷⁷ 基本方針 10-11 頁、詳解 I・15 頁。

¹²⁷⁸ 不実表示に関する消費者契約法 4 条 1 項 1 号及び 2 項を一般法化（[提案 1.5.15]、基本方針 30 頁、民法（債権法）改正検討委員会編・詳解民法改正の基本方針 I 序論・総則（商事法務 2009 年）24 頁以下）し、4 条のその他の部分：断定的判断の提供に基づき消費者が誤認したことによる取り消し（消費者契約法 4 条 1 項 2 号）（提案[1.5.18]、基本

②検討委員会における人間観：

「人」について、検討委員会は、「改正民法典は、普遍的な人を想定しつつ、契約の目的との関連で現れる「人」の差異の側面に留意するものとする」とされている¹²⁷⁹。このように、検討委員会は、「普遍的な人」と契約に関する「人の差異の側面」を一つの法典に並存させようとする。契約の目的との関連で現れる人の差異というのは、消費者・事業者の定義に関する提案である¹²⁸⁰。「消費者・事業者は、人の固定的・絶対的な属性ではなく、取引の性質・目的との関連で現れる流動的・相対的な属性である前提に立ち、消費者・事業者は、契約の性質・目的との関連において定義する」という¹²⁸¹。

特則の統合について、基本方針は、加える。「市民社会において、個人は人一般として現れるとしても、今日の取引社会では、このような人の一般性は、自然に実現されるものではない。情報・交渉力の相違を考慮に入れたルールを導入することによってはじめて確保される」としている¹²⁸²。格差を考慮に入れたルールを盛り込むことによってはじめて、人の一般性は実現できる、ということである。

③検討委員会における法典像

「民法は、「私法ないし市民社会の法」の「基礎」として社会を支えている」ものであり、そこから、「包括的であり、かつ持続的であることが期待される」。しかし、「この二つの要請には両立しにくい面がある。…債権法に則していえば、今日、消費者取引や事業者間取引を除外しては、民法典は、実際上は、取引一般を規律したことにはならなく、
「細かな特則を含む民法典は、持続性の要請にこたえることができないばかりでなく、包括性と表裏一体の関係にある一覽性を欠くことになる」ため、「中範囲の民法典が構想されるべきであろう」とされ、特則のうち、基本的なもののみを取り込むこととされている

¹²⁸³。

④検討委員会の理由

方針 34 頁）、困惑に関する取り消し（同法同条 3 項）（提案[1.5.19]、基本方針 35 頁）、及び不当条項に関する同法 8 条・9 条・10 条を、それぞれ民法に特則を置き、適用範囲を消費者契約のままで、適用要件を一部修正して、「統合」という。

¹²⁷⁹ 基本方針 10 頁、詳解、15 頁。

¹²⁸⁰ 基本方針 23 頁、消費者・事業者の定義を民法へ[1.5.07]。概念の導入によって、新しい債権法のルールの中には、①人一般に適用されるルールのほかに、当該ルールの適用対象となる契約の性質に応じて、②消費者と事業者との間の契約に適用されるルール、③事業者に適用されるルールの 3 種が含まれる。

¹²⁸¹ 基本方針 23 頁、詳解 I、73 頁。

¹²⁸² 詳解基本方針・30 頁。

¹²⁸³ 基本方針 10 頁、詳解・15 頁。同様な趣旨は、民法（債権法）改正検討委員会編・シンポジウム「民法（債権法）改正の基本方針」別冊 NBL126 号、433 頁、鎌田薫先生が述べている。「……消費者契約というものが、現在の契約法の中で占めるウェートあるいは契約法の議論の発展において、果たした役割は非常に大きいということ、それから、すべての市民は常に消費者として登場せざるを得ないということに鑑みると、消費者契約法の発展の成果を民法の中に盛り込むのが妥当であろうと考えております」。しかし、検討委員会の中でも、消費法の独自性をすべき見解や、物権・債権の峻別の持つ積極的な意義や 100 年以上に及ぶ経験に照らして、現行民法典の編別を維持すべきだとする見解などが示されている。

消費者契約というものが、現在の契約法の中で占めるウェートあるいは契約法の議論の発展において果たした役割は非常に大きいということ、それから、すべての市民は常に消費者として登場せざるを得ないということにかんがみると、消費者契約法の発展の成果を民法の中に持ち込むのが妥当であろう、と考える¹²⁸⁴。

検討委員会は、消費者・事業者という支柱によって支えられることによって、「人」はその普遍性を確保することができるのであり、民法はその基底性を維持することができる、という¹²⁸⁵。

（４）一般的反響

このような消費者概念ないし消費者契約法の一部ルールを民法典に配置すること、及びその編入理由については、さまざまな反対意見が投げられている¹²⁸⁶。膨大な意見であるが、ここでは、反対意見だけをまとめると以下である。

第一に、一般法化について、賛成の意見が多かったが、一般法化すべき範囲や要件につ

¹²⁸⁴ 鎌田薫＝内田貴「＜特別対談＞民法（債権法）改正検討委員会の審議を終えて」民法（再建法）改正検討委員会編・債権法改正の基本方針（商事法務）別冊 NBL 1 2 6 号 433 頁。

¹²⁸⁵ 民法（債権法）改正検討委員会編・詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則（商事法務）16 頁。

¹²⁸⁶ 東京弁護士会の意見書「民法（債権法）改正に関する意見書」（2008 年 12 月 8 日）。大阪弁護士会が、同旨の意見（消費者法の充実が重要であるとか消費者契約法の発展に危惧する）を表しつつ、やや柔軟な提案を示している：統合するとしたら、情報力・交渉力の格差に関する解釈規定を民法に設けるべきだといい、一方、一般法化について慎重さを指摘しながら、仮に一般化であっても、二重的に、消費者契約に残置すべきだという。また、東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編・民法改正を知っていますか？2009 年、94 頁：消費者概念を中途半端に民法に取り込むとルールの分断化が生じ、民法を柔軟かつ機動的に改正していくことができるのかが疑問であるとして、特別法で対処すれば十分である、と。弁護士会から村本武志：「消費者法の現状と動向—比較法的視点から」消費者法ニュース 80 号 2009 年 129 頁：「被害予防や拡大のための消費者法改正が適時に行われることが期待できない」という危惧。弁護士の薬袋真司「消費者法と民法改正」消費者法ニュース 82 号、2010 年 1 月 311 頁も：…性急に民法に取り込むことに賛成できない、と。弁護士である山本健司も、山本健司「消費者契約法の改正という観点から見た民法（債権法）改正」消費者法ニュース 82 号 2010 年 1 月 315 頁：迅速な法改正の困難さ、と、消費者保護法としての性格の希薄化より、消費者契約法の法改正をなされるか、それとも、改正民法典には消費者契約法へのレファレンス規定のみを置く、と説く。日本経済産業界は、民法上の抽象的な「人」概念の重要性を強調し、消費者契約について、消費者契約法に基づいて機動的・機動的に対処すべき、と（「消費者委員会、消費者契約法の課題についてシンポジウムを開催、NBL996 号 2013 年 3 月、5 頁、佐成発言を参照）。また、一般社団法人 金融財政事情研究会編・「民法の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要、一般社団法人金融財政事情研究会、2012 年。東京弁護士会編著・東京弁護士会編著「民法の改正に関する中間的な論点整理に対する意見書」信山社 2 0 1 2 年 60 頁。村千鶴子「民法と消費者法の関係を考える」椿寿夫ほか編・民法改正を考える、法律時報増刊 2008 年 21 頁。一般社団法人 金融財政事情研究会編・「民法の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要、一般社団法人金融財政事情研究会、2012 年。

いて議論がある。また、統合に反対しても、契約の当事者間の格差を配慮する是正反対意見としては、

第二に、対等な当事者間の私的自治・契約自由を原則としているが、消費者契約法は事業者と消費者との間の情報・交渉力の対称を対象とし、当事者間の対等性・互換性がない。

第三に、消費者契約法が民法に編入されると、消費者の保護を弱化する恐れがあるし、消費者法の将来の発展の障害になる。

第四に、消費者法のダイナミズムと民法典の安定性の相容れないこと。消費者契約法などの消費法は、消費者被害に迅速に対応してきた、消費者契約法は機動的な改正と適用が行われてきた。民法に編入されると、消費者契約法の機動性を損なう。消費者契約法の民法に取り込みより、消費者契約法を独立に発展させ、消費者契約法などの特別法を充実させる方が機動的に対応することができると。他方、民法に編入すると、基本法としての安定性が損なわれることになる。

第五に、他方、民法側に着眼して、民法の純粹さを保ちつつ、いわゆる「消費者法の機能」は、民法のかかる法理や制度を解釈して、十分に機能する可能性がある。

第六に、フランスの例を根拠のひとつとして挙げられている。すなわち、ドイツの民法に編入とは異なり、フランスでは、民法と消費者法とを独立させ、消費法典という存在があり、民法と消費者法とは、別々に存在するものである、と示して、消費者契約法の取り込みが現代化を求める民法改正の唯一な選択ではない、ということを証明しようとする。

第七に、民法と消費者契約法と所管が異なる。

(5) 内田貴反論：

①内田における「消費者」と「人」：

民法の「人」概念の拡張を主張する。「民法の愛念を、資産のない弱い存在としての人を含める方向に拡張することによって維持すべきだという主張は、民法点の現代化として十分理解できる。」「このような立場からは、ノーマライゼーションの思想の下に成年後見制度が民法に入った辞典で、実は、民法の人概念は変質していたのだということもできる。」「検討委員会が、消費者契約法の法理の一部を、すべての人に適用される一般法とすることを提案しているのはこの流れの中にある。」と¹²⁸⁷、内田は言う。

その上、内田は、「人」の分節化を主張する。「このように考えると、ブルジョアジーを通称かして作られた民法の「人」概念は、契約の局面において、当初予想しなかったほど中身の豊かな概念へと拡大してきたといえることができる。言い換えれば、単一の概念で把握しつくせなくなってきたのである。この現代的現象をとらえる民法典のあり方としては、人一般についての法理に加えて、生身の存在として取引に登場するときの「消費者としての人」、経済合理的なプロフェッショナルとして登場するときの「事業者としての人」、それぞれをカバーできるように、契約当事者となる場面での人概念を文節かすることが考えられる。検討委員会試案は、このような方向を指向している」¹²⁸⁸。

②批判についての反批判：

これらの消費者保護の機動・迅速の喪失といった危惧から、寄せられた批判について、

¹²⁸⁷ 内田貴・債権法の新時代（商事法務、2009年）21頁。

¹²⁸⁸ 内田貴・債権法の新時代（商事法務、2009年）22頁。

反論される¹²⁸⁹。内田は、消費者法の民法への取り込み、いわば「再法典化」として、積極的に支持している¹²⁹⁰。

内田は、「この批判の前提には、取り込まれる消費者契約のルールが機動的に（頻繁に）改正されるものだという認識と、民法典は滅多に改正されないものだという予測」の存在とし、「前者は、誤りであり、後者は、打破されるべき固定観念である」と主張する¹²⁹¹。内田は、「民法への統合が提案されている消費者契約ルールは、安定した基本原理となったものであり、頻繁に改正される政策ルールではな」く、他方、民法典改正改正の難しい法律であるという通念が仮に現在あっても、それは「特殊日本的な通念で」あり、諸外国の民法典一般に妥当ではないと説明され、「民法典の中に実際に規範として機能しているルールが書き込まれるようになれば、不磨の大典などではありえず、社会の変化等に伴って機動的に改正されるべきこと」は当然であるとする¹²⁹²。また、所管の問題にも触れ、検討委員会は、所管問題という政治課題をさておいて、消費者契約法法制のあり方という観点から検討を行ったという。

他方、消費者契約法を民法に取り込むと、消費者法の発展が阻害されるという批判もある。これについて、内田は、この批判は、契約法の発展について正しく理解していないという。「民法典が、……双方向への法発展の可能性を開く法典のあり方」を示され、検討委員会が「民法典に消費者概念と事業者概念を取り込み、消費者契約の特則と同時に事業者契約の特則をも取り込むことを提案」しており、双方向への「発展の可能性に配慮した法典像」を提供している¹²⁹³。

内田によると、これらの反対は、消費者契約の現代における位置づけについての認識が必ずしも十分ではないのではないか、という。内田は、消費者というのは、もはや社会から消えるこのない確固とした市民社会の構成員ですし、すべてのタイプの消費者契約に妥当する基本ルールというのは、頻繁に改正されるような政策的ルールではなくて、むしろ契約法の基本原理というべき規範になっている、という。そうであれば、やはり基本法典の中にきちんと位置づけた方がよいのであり、そういう考え方が検討委員会において、最終的に多数の支持を得た、と¹²⁹⁴。

2、中間論点整理と中間試案

(1) 中間論点整理

中間論点整理になると、「消費者」・「事業者」ないし同概念に関する規定を民法に導入する是非について、以下となる。

第一に、抽象的な人概念に加え、消費者や事業者概念を民法に取り入れるべきであるという考え方がある。

¹²⁸⁹ 内田貴・債権法の新時代（商事法務、2009年）24頁。

¹²⁹⁰ 内田貴・債権法の新時代、23頁。

¹²⁹¹ 内田貴「債権法改正の前提」自由と正義 60巻9号、2009年、18頁。

¹²⁹² 内田貴「債権法改正の前提」自由と正義 60巻9号、2009年、18－19頁。同内田「消費者と債権法改正」消費者法ニュース 80号、2009年、111頁。内田貴・債権法の新時代（商事法務、2009年）24-25頁。

¹²⁹³ 内田貴「債権法改正の前提」自由と正義 60巻9号、2009年、20頁。同内田「消費者と債権法改正」消費者法ニュース 80号、2009年、111頁。

¹²⁹⁴ 鎌田薫＝内田貴「＜特別対談＞民法（債権法）改正検討委員会の審議を終えて」民法（再建法）改正検討委員会編・債権法改正の基本方針（商事法務）別冊 NBL 1 2 6号 434-435頁。

このような考え方について、検討過程において、支持説として、現実の社会においては消費者や事業者の関与する取引が取引全体の中で大きな比重を占めており、消費者に関する法理を発展させていくということである。これに対して、反対説として、法律の規定が複雑でわかりにくくなり実務に混乱をもたらすとの意見もあるし、民法に消費者に関する特則を取り込むことにより消費者に関する特則の内容を固定化させることにつながるという意見もあり、また、抽象的な規定が設けられることになり本来規制されるべきでない経済活動を萎縮させるとの意見もある。

第二に、他方、消費者法と民法との体系設計は、消費者契約に関する特則を民法に規定するという考え方がある。

第三に、個別の規定は特別法に委ね、民法に消費者契約における民法の解釈に関する理念的規定を設けるという見解もある。これについて、中間論点整理では、①消費者契約法の規定（中間論点整理第62、1（3）184頁）の他、②民法における契約当事者間の格差への対応（第62、1（1）183頁）。

第四に、当事者間の格差がある場合には劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈を規定する【中間論点整理第62、1（2）184頁】との考え方。

中間論点整理は、消費者概念を民法に規定するかどうかについて、消費者契約法の理念規定や、消費者概念とともに個別規定の統合、あるいは消費者契約法の規定を抽象化して民法に取り込むといった論点について、引き続き、議論を求めようとしていた。

（２）中間試案

2013年2月に、民法改正の中間試案が公表されていた。中間試案になると、それまで検討されてきた消費者（事業者）概念、消費者契約法のかかる規定の特則は、消えていた。消費者概念を直ちに民法に盛り込むことを放棄したようであるが、依然として「消費者」の問題を用いる条文が見られる同時に、抽象的「人」の分化が見られる。

（１）人の分化・その一「消費者」

①

表面上、「消費者」の文言を明記する条文は、中間試案の中で、第26-4のみである。実質上、「格差」を示している規定の配置が検討に送る。

第26 契約に関する基本原則等

……

4 信義則等の適用に当たっての考慮要素

消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。また、「消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか」という例示を設けないという考え方がある。

②

また、条文自体には「消費者」が現れていないものの、（注）の考え方として、「消費者」という用語が用いられている。

第一に、消滅時効：

… 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

【甲案】「権利を行使することができる時」（民法第 166 条第 1 項）という起算点を維持した上で、10 年間（同法第 167 条第 1 項）という時効期間を 5 年間に改めるとする。

…

（注）【甲案】と同様に「権利を行使することができる時」（民法第 166 条第 1 項）という起算点を維持するとともに、10 年間（同法第 167 条第 1 項）という時効期間を維持した上で、事業者間の契約に基づく債権については 5 年間、消費者契約に基づく事業者の消費者に対する債権については 3 年間の時効期間を新たに設けるという考え方がある。

（2）「人」の分化・その二

必ずしも「消費者」の浸透とまではいえなくても、少なくとも、「人」の分化を方向づけている。それは、「個人保証」である。

個人保証¹²⁹⁵

保証人保護の方策の拡充

（1）個人保証の制限

次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の「いわゆる経営者」であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの

イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

（2）契約締結時の説明義務、情報提供義務

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容（元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等）

（3）主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

¹²⁹⁵ 保証人保護について、中間試案以前の議論として、部会資料 36「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（8）」第 2。全国クレジット・サラ金問題対策協議会出版部編著・民法（債権法）改正と保証人保護 2011 年。また、座談会「民法（債権関係）改正と金融実務—保証を中心に—」金融法務事情 1954 号 6 頁 2012 年。平野裕之「経営者保証、ホステス保証及び取締役保証—情義的保証人（個人保証人）保護法理の周辺—」平野裕之ほか編・現代民事法の課題（新美育文先生還暦記念）（信山社 2009 年）所収 121 頁参照。

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証人に対して、以下のような説明義務を負うもの都市、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金にかかる保証債務の履行を請求することができない者とするかどうかについて、引き続き検討する。

(4) その他の方策

保証人が個人である場合におけるその責任制限の方策として、次のような制度を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

ア 裁判所は、主たる債務の内容、保証契約の締結に至る経緯やその後の経過、保証期間、保証人の支払能力その他一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免することができるものとする。

イ 保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の「過大な部分の」履行を請求することができないものとする。

検討：

(1)

中間試案第 26 は、法制審議会では、ずっと議論されてきた「格差規定」の設置をひとまず確保することとなった。同提案は、消費者を明記して、消費者契約を例示しつつ、信義則等一般規定の適用において契約の格差を配慮するという立法提案はなされる。これについては、中間試案補足説明（平成 25 年 4 月）では、消費者規定を民法に配置することについて、二つの方法が考えられ、消費者に関する特則、と、格差を配慮する抽象的な規定を配置するとの考え方の間で、後者を選択した。

そのことは、第一に、「消費者」「事業者」という契約当事者間に典型的にとされる情報力・交渉力の格差是正という理念は、実現に至ることが可能かどうか、定まらないものの、中間試案では、このような理念を置くこと自体は、「消費者」の存在意義やその民法や民法典に与えた影響を示しており、かつ、民法に対して、根本的な修正を与えようとする傾向が、現代社会の民法原則のあり方を指向する意味を有する。

第二に、消費者契約に関するルールが存在する領域において、中小事業者を保護するために、信義則等を柔軟に適用することにより、「格差」のある契約を矯正することができる。

第三に、このことについては、消費者契約など「格差」のある契約に、契約基本原則の適用について当該「格差」が考慮されるとなる。民法の予定する契約は、格差のない契約もあるので、一般論として格差を考慮するということにはならず、信義則や権利濫用などの一定の抽象性を備えた規定の適用に当たっての解釈規定とするが、仮にそれが実現されるならば、民法の根本や民法の諸ルールの解釈・適用に際し、消費者的な考え方からの一定程度の影響を受けることとなるだろう。

(2)

この案では、注の別案は、一般時効を維持する同時に、事業者の消費者に対する債権の時効を特別に設ける。事業者間の契約に基づく債権は 5 年、消費者契約について事業者の消費者に対する債権は短縮され、3 年間にすることとした。この案の注は、「消費者」に

対する特別な配慮が適切かいなかは¹²⁹⁶別として、民法の時効制度について、「事業者間」と「消費者契約に基づく事業者の消費者に対する債権」という従来の未分化の「人」に関する時効制度とは異なり、もう少し、分化した「人」により、相違な時効期間を設置しようとする意見がある。これは、最後、どうなるかわからないが、「消費者」という要素により、消滅時効という個別制度に影響を与えることをうかがわせる。

(3)

個人保証の規定については、第一に、「事業者」と「個人」の概念用語を用いている。第二に、「事業者」と「個人」との間の格差が存在することを想定する。第二に、「事業者」の「個人」に対する説明義務や情報提供義務を課す規定を設けると提案する。個人保証の場合、ここでの「個人」は、消費者と距離がある概念であるが、「事業者」「個人」を規定することは、民法における「人」の分化を例証しているのであろう。

以上、中間試案についていえば、一方、消費者の形式的な痕跡が残存されている。他方、必ずしも「消費者」の考え方ではないが、「個人保証」の登場によって、おそらく、従来、一般的に、民法が想定している抽象的「人」の像は、到底、維持することが困難になってくる。

第二章 のまとめ

日本法における消費者と民法との関係について見てきた。第一節では、「消費者」が法の世界に入ることにより、民法は如何なる変容になるかを考察した。第二節では、民法改正において、消費者契約法との関係を、法典の視点から、「消費者」の位置づけを中心としてきた。

第一には、「消費者」が登場にしてから、民法側は、如何に対応するかについては、まず、原理の変容を迫られる。民法理論では、学説は、「消費者」を受けて、従来の民法理論を反省し、新しい民法理論へ構築や再構成は、民法側は、共通認識となった。民法学上、消費者の影響を受けて、「消費者私法」が形成していた。また、民法側の諸法理は、消費者のために、要件・効果レベルでは変容して「消費者」保護のための制度になってきた。このことは、判例のレベルでいえば、消費者判例法理の形成が日本民法の新たな展開である同時に、民法に還流するための予備作業であった。そのことの表れとしては、民法改正を通じて、新たな民法制度をしようということである。

他方、消費者側からは、一方、業法では、「消費者」のために専用された制度は、その拡張的な趨勢が見られる。そのことは、民法に新たな一般性を与える可能性が潜伏しているといえよう。他方、消費者契約法は、業法の適用の限定性と民法法律適用の厳格性に鑑み、制定されたものである。それは、日本の現実に即していえば、ある程度、上記の消費者判例法理の結晶化と理解してもよい。このことは、「民法の継続形成」と評価されている。消費者契約法にある契約制度は、民法ののかかる制度を拡張的なもの捉えられる一方、民法典「外」で練り上げられた新しい法理は、立法上、民法典に還流する作業は、行われつつある。その意味では、消費者契約法には、民法に影響を与えるとともに、一般法に匹敵できるものが存在すると考えられる。

第二に、民法改正における消費者契約法の取扱い如何については、賛成・反対が対峙し

¹²⁹⁶ ただし、この案では「消費者」を特別に図る適切さについては、疑問が投じられている。座談会 企業実務からみた民法(債権関係)の改正に関する中間試案(上)NBL1014 号 10 頁以下、特に、18 頁(山野目、渡辺発言)。

ている。まず、「人」の変容について捉え方自体が差異があるものの、現代における「人」の変容は、一致している。また、日本では、「消費者」像自身は、変化があった。民法（債権法）改正では、消費者・消費者契約法のルールを導入するかは、民法（債権法）改正委員会が、消費者概念や消費者契約法の一部ルールを民法に導入することが提案されているが、民法典は、消費者取引や事業者間取引を除外して実際上は、取引一般をきりつしたことはないとしている理由である。反対が強い。民法が対等性・互換性の人間の法であり、消費者を民法典に導入すると、消費者保護の弱化とともに、民法の頻繁な改正は基本法としての安定性を損ない、特別法と一般法の守備範囲はしっかり分けるべきだ、などの反対意見がなされている。現段階では、民法（債権法）改正では、中間試案の段階に至り、そこでは、消費者概念規定が消えてしまったが、消費法の影響は、実際に見られる。

第 II 部のまとめ

第 II 部では、フランス、日本のそれぞれ、「消費者」が如何に民法に浸透するかを考察した。そのために、それぞれ、「消費者」が民法に与える影響、と、「法典」において「消費者」の捉え方についてみてきた。

第一に、「消費者」が民法に浸透する。その影響により、民法を変容させるとともに、「消費者」は、「思想的」な「普遍性」が民法に浸み込んでいるといえることがではないか。このこと自体は、日仏共通の点である。フランスでは、消費法は、例外法から一般法になる傾向が見られる。日本では、消費者契約法の立法遅れにより、その役割は、長い間には民法が演じていた部分が大きいということができると考えられる（もちろん、行政規制の部分もある）。このことは、確かに単純な立法遅滞と理解するだけではなく、日本では、消費者契約法の制定までは、立法に依存しない「消費者」法理の存在は、「消費者」と民法との自然的な親近性を有すると考えられる。

第二に、フランスは、民法典と消費法典を有する。消費者法と民法との距離感が表面上大きいという印象になりがちであるが、「先導」・「後続」の規範配置技術がある一方、実質上、民法自身には、人が分化したルールが導入されているし、債務法改正では、消費法から由来するルールやその精神を民法典に編入しようとしている。日本では、消費者契約法の一部を民法に取り込むことについて、反対が強い。しかし、上記第一から、と、フランス法の状況を参照すると、一般法と特別法との関係、法典技術については、示唆に富む。

補章、中国の場合

序

①問題の発生

中国においては、消費者問題の発生が諸外国に比べると遅れている。ここ 2、30 年前までは意識されなかった¹²⁹⁷。

改革解放後、1980 年代に入ってから、製造物の分野ではまず、欠陥商品などの安全問題は顕在化するようになった。以降、食品、生活用品より安全・健康が問題となる¹²⁹⁸ほか、契約領域の問題として、主として、詐欺や不実表示、約款の問題が深刻である。

②行政

政府行政レベルでは、改革開放後、まもなく、消費者保護の必要性を意識するようになった¹²⁹⁹。全国的な消費者保護運動が行われ、各地方・全国の消費者協会が成立したほか、地方的な消費者保護法規が相次いで制定された。

③消費者保護における実定法の構造

実定法の動きとしては、製造物の分野において、まずは動いた。80 年代初頭から欠陥商品などの安全問題について、1986 年に民法通則立法より、製造者・販売者の厳格責任が認められていた。一般的に、製造物責任分野で初めての消費者保護に関する諸条文に当たり、1993 年に制定された「産品質量法」の前身でもある¹³⁰⁰。

1990 年代に入ると、消費者保護法の制定が提唱されていた。市場経済政策が打ち出された翌年の 1993 年 10 月 31 日に、第八回全国人民代表大会常務委員会では、「中華人民共和国消費者権益保護法」が可決された。同法の施行は、中国では、消費者保護法整備の

¹²⁹⁷ いうまでもないことであるが、1949 年から改革開放までは、中国では、高度集中的な計画経済制度が施されており、取引が極めて制限されていた。長い間、消費品のチケット制。消費物は極めて乏しかった。消費者利益を損害する現象がある程度あったものの、消費者問題は社会問題になる基礎が存在しなかったといえることができる。

¹²⁹⁸ 食品、水、衣類、家電などである。ラー油の中に添加剤、毒ミルク問題が発生。つい最近の「三鹿粉ミルク事件」は、世の中が大騒ぎした。製品の規制について、1993 年 産品質量法（日本の製造物責任法に当たる）が既に制定された。

¹²⁹⁹ その直接的示唆としては、1981 年 6 月に、バンコクで開催された国連のアジア太平洋経済社会理事会「消費者を保護する協議会」に政府の代表が出席したことである、ということである。。これについて、楊琴＝李海峰「中国の消費者保護法制度に関する考察」山口経済学雑誌第 58 巻第 6 号 70 頁。

¹³⁰⁰ 実際、「産品質量法」に、「消費者」という用語が用いられている。「...消費者の権益を保護するために...」（1 条）。一般消費者の意味にとどまると思われる。また、そのほか、「反不正当竞争法」（1993 年）、「広告法」（1994 年）などが制定された。

新たな段階に入り、中国の消費者保護政策が形成する標識であるとも言われている¹³⁰¹¹³⁰²。

消費者権益保護法ほか、契約分野における消費者保護のために、消費者契約に関する統一的・総合的な立法が制定されていないものの¹³⁰³、有用な法規範としては、一般法の性質を有する民法通則（1986年）、契約法（1999年）などのものに散在している¹³⁰⁴¹³⁰⁵。

一、中国法における「消費者」概念

（一）「消費者」概念の捉え方

消費者権益保護法2条において、「消費者」について規定が置かれているものの、明確な定義規定ではなく、同法の適用範囲を画するものである。すなわち、「消費者が、生活需要のため、商品を購入、利用する、もしくは役務を受けるとき、その権益が本法によって保護され、本法には規定されない場合、その他のかかる法律や法規に保護される」と規定されている。

同条により、一般的には、消費者に関する明確な定義が規定されていないが、立法者の意図が示されている。すなわち、生活需要のため、商品を購入・利用する若しくは役務を受ける者を消費者とする。このように、中国では、一般的には、同法同条にいう「生活需要のため」は「消費者」の判断基準とされていることは、共通の認識である¹³⁰⁶。

¹³⁰¹ 梁慧星「中国における消費者政策と消費者立法」（中国語：「中国的消费者政策和消费者立法」），法学2000年5号、20頁。つい最近、同法が改正されていた。

¹³⁰² 消費者権益保護法の特色は、宣言的なルールと裁判ルールが並存している。また、民事・行政・刑事的なルールの混在。全体的に言えば、行政の積極的な介入に依拠し、相手方（生産者や販売者など）を重く制裁することによって、消費者を傾斜的に強く保護するということである。一方、法規定を見ると、消費者の権利（消費者権益保護法7条—15条）、と事業者の義務（消費者権益保護法16条—25条）は、それぞれ、消費者権益保護法には定められている。このように、中国では、消費者・経営者を二分しており、一方的に消費者の権利が単純・絶対に強調され、経営者の義務が加重されることは、現在の消費者政策ないし消費者法の思想が窺われる。このように、中国の消費者権益保護法は、消費者が弱い者と仮定し、消費者の消費・訴訟において、その不利な立場を避けようとする意図である。他方、学界の議論としては、これについて、消費者・経営者の利益のバランスを配慮すべきとし、消費者保護法の趣旨を見直そうという学界の動向も提示されつつある。それらの見解は、一方、国家の介入より、むしろ市場メカニズムを基本としつつ、消費者・経営者の関係を捉えるとともに、他方、消費者・経営者は、平等な民事主体であり、不平等なものではないという認識に基づき、消費者・経営者の力関係を是正することは、消費者保護法の目的・役割であろう。

¹³⁰³ 最近、中国では消費者契約法の立法が必要だと主張される。参照：劉青文「《消費者合同法》的立法建议」中德法学論壇第8輯132頁、消費者契約法の制定が急務であるとされ、その中で、「後悔権」制度や「約款規制」などが含まれるべきだと提案している。

¹³⁰⁴ 梁慧星・「民法典のために奮闘」（為中国民法典而闘争），法律出版社2002版，p.211-212。

¹³⁰⁵ 中国において、消費者問題や消費者法の理論化・体系化を行うことは、まさにこれからの課題であろう。しかし、90年代末から、特に、2000年以降に、民事分野では、それまでの消極的ともいえる消費者政策から、積極的な消費者政策へ転換するような趨勢が見られる。特に1999年契約法の制定を契機として、消費者権益保護法と契約法との連携関係が活性化される同時に、民事分野における消費者権益保護法の存在がより大きくなった（消費者権益保護法は小さいな法から大きな法になりつつあるといえよう）。ちなみに、刑法の分野になるが、近時、食品安全問題の深刻化に、最高人民法院＝最高人民検察院「食品安全」に関する法により、罪刑を懲罰することとなった。

¹³⁰⁶ しかし、例外として、農村部では、農業従事者は、その農業用地のために、生産資料（たとえば肥料、生産道具など）を購入する場合、消費者と扱われる（消費者権益保護法54条）。

しかし、「生活需要」をいかに判断するのか、問題となる。この問題は、特にいわゆる「王海現象」¹³⁰⁷という一連の事件が提起されることにより、問題をより錯綜させるようになった。他方、消費者は、個人（自然人）であるか、それとも、法人も含まれるのか、議論が続いている。

A、基準

まず、「生活需要」とは何か、あるいはどのように判断するのか。

一）、1993 年立法当時の説明から

立法当時の草案について、中国国家工商行政管理局局長により、全人代で説明をした¹³⁰⁸。同説明によると、同法草案の適用範囲について、個人の生活消費に限定しており、個人が生活消費の需要のため、商品を購入・使用する、もしくは役務を受ける場合、本法の適用範囲に属する、という。その際、彼は、「生産消費」という用語を用い、生産消費が本法の適用範囲外にあるとする（例外として、前述注の農民の場合/草案 56 条）。

法注釈でこの点を確認している。同法において、生活消費という用語の由来は、経済学から由来であり、生産消費と生活消費を二分し、「生活消費」の目的を有する者を消費者法の保護対象とし、生産・経営の目的のためが含まれない¹³⁰⁹。このように、同法の「生活消費」という基準は、生産消費と対立しているものとして用いられることである。

二）、学説の捉え方

1、目的からのアプローチ

（1）、「生活消費の需要」

まず、この用語自体を廃止するか否かについては、議論がある。早い段階（2002 年前後）から、多くの人々は、消費者権益保護法の 2 条を改正すべきだと提唱する。「生活消費の需要」という文言を削除すべきだという意見も少なくない。たとえば、張巖方によると、「生活消費」に対する理解も、拡張すべきであり、狭い意味での理解に拘泥してはいけない、という¹³¹⁰。他方、消費者保護法「生活消費」という基準は妥当であるが、問題は、それに対する理解が正確ではないと史的する¹³¹¹。消費者権益保護法 2 条の「生活消費」を削除すると主張する¹³¹²。

¹³⁰⁷ 1995 年に、初めて、王海という人物より偽物を知りながら購入するという行為がなされた。

¹³⁰⁸ 国家工商行政管理局局長 刘敏学, 关于《中华人民共和国消费者权益保护法（草案）》の説明, 1993年8月25日在八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议上。

¹³⁰⁹ 中華人民共和国消費者権益保護法案例注釈版（中国法制出版社、2009 年）2 頁。中華人民共和国消費者権益保護法注釈本（法律出版社、2011 年）1—2 頁。

¹³¹⁰ 中国消費者報、2013 年 5 月 10 日。

¹³¹¹ 苏号朋, 「《消费者权益保护法》修改中若干重大问题研究」西部法学評論 2013 年第 2 号, 2 頁。

¹³¹² 屈茂輝, 胡薔薇, 我国消费者权益保护法调整范围的修正, 湖南师范大学社会科学学报, 2013 年第 2 期, 30 頁。消費者保護法の中にいう消費は、生産消費や経営性行為と対立しているものであるが、単純に生活消費と定義すると、不十分であろう、という。結論的には、この生活消費を削除すべきだ。

「生活消費」についてはどのように捉えられているのか。

①何山

消費者権益保護法の立法担当者である。消費者」という性格の流動性を認めつつ、購入された商品を生活消費品であるかどうかという目的物の基準を提示し、者（人）の代わりに、物（生活消費品）であるかどうかを判断することになる（生活消費品を買う者であれば、消費者であるという。）¹³¹³。

②梁慧星（主観プラス客観）

梁慧星は、消費者と経営者が固定不変な主体資格ではないことを認めつつ、中国消費者権益保護法2条の規定は、契約を締結する目的によって消費者概念や消費者権益保護法の適用範囲を画するものである。梁氏は、自然人、企業主であっても、生活消費のために、商品を購入・使用、若しくは役務を受ける場合、消費者であり、消費者権益保護法の保護を受けることができ、契約締結の際に詐欺があったならば、同法49条の懲罰損害賠償の保護できるという。反対に、梁氏によると、失業者や家庭主婦などであっても、商品の購入や役務の受けが、生活消費の需要のためではない場合、消費者ではなく、消費者法による保護するのではなく、契約法により保護すべきであり、契約締結する際に、詐欺がされるならば、消費者法49条により保護するのではなく、契約法54条や52条の適用である、という。

このように、「生活需要」について、生活消費の動機あるいは目的があるかによって決定することは、梁氏の見解の特徴であろう。そこで、生活のための消費という目的であるかどうか、一般人の生活経験により判断しうるのである¹³¹⁴。たとえば、一般人の社会生活経験によると、一回で携帯一台を購入して使用すれば十分なのに、一回で6、7台を購入することは、一般人の生活経験に適合しないことであろうと説く。その上、梁は、「生活的消費のため、商品を購入し、若しくは役務を受ける自然人である」と消費者の定義を下している¹³¹⁵。

③王利明（客観）

上記に対して、王利明によると、自己の需要を満足する目的の者に消費者を限定すると、消費者概念の理解は狭すぎるといい、商品あるいは役務は、購入者がそれを生産資料として使われたり、営利の目的で使われたりしない限り、生活需要に当たるとしている。王氏は、「あらゆる人は、転売するためではない限り、もっぱら取引活動を従事するためではない限り、消費者である」とする¹³¹⁶。たとえば、商品（食料）を購入する、それを生活

¹³¹³ 何山はこのような捉え方を主張する。これについて、壬子「何山：还我一个宁静的公序良俗—消费者权益保护法有关问题访谈录」中国律师、1998年第3期35頁参照。

¹³¹⁴ 梁慧星「消费者权益保护法第49条的解释适用」梁慧星主編・民商法論叢第20卷，金橋文化出版2001年、403頁。梁慧星「消费者权益保护法第49条的解释与适用，人民法院报2001年3月29日第3版。「消費の目的で購入する」という点を重視する説として、孔祥俊・公平交易法前沿问题研究，北京，工商出版社，1998年，222頁。また、張巖方も同様な趣旨である。

¹³¹⁵ 梁慧星「消费者权益保护法第49条的解释适用」梁慧星主編・民商法論叢第20卷，金橋文化出版2001年。同様な見解は、張平方・消費者保护法研究，法律出版社，2003年，118頁，139頁。

¹³¹⁶ 王利明「消費者的概念及び消費者権益保護法の調整範囲」（中国語：消費者的概念及消费者权益保护法的调整范围）、政治と法律、2002年第2期、3頁以下、特に5頁、8頁。同王利明「关于消费者的概念」中国工商管理研究2003年3月39頁。同王利明「重新认识消费者」北京工商，2003年12月11頁、13-14頁。王利明《消费者权益保护法》

品としてではなく、生産用（種）として使用する場合、あるいは、種として転売する場合は、消費者ではなく経営者にあたるといふ。同様に、マンションを買う、それを自己居住のためではなく、値上がりを待機して転売する場合は、消費者ではなく、経営者だ、と。彼は、購入された物品が生活消費品であるかどうかという基準より生活消費であるかどうかを判断すべきではないし、生活消費を判断するには、購入者の動機について判断し難く、購入者の目的と動機を考慮すべきではないと主張する¹³¹⁷。

すなわち、「非営利」というメルクマールで消費者を限界づけようと、拡張的な姿勢を取っていると思われる。しかし、「非営利」だとすると、かなり広い範囲であろう。

④楊立新

上記王利明説とほぼ同様な見解を示しているのは、楊立新の説である。

彼は、消費者の範囲について、立法者意思から、やや広義的に理解するという意見である¹³¹⁸。まず、行為について、商品を購入する、あるいは、サービスを受ける行為だけではなく、賃貸などのその他の行為も含まれるべきだといふ。

楊立新は、消費者の行為要素について基準を提示する¹³¹⁹。

第一に、営利を目的とするではないこと。

第二に、独立の職業活動を目的とするではないこと（この場合、多くの自由職業者であり、一定の活動を職業として独立的・長期的に行うものであり、たとえば、独立作家、詩人教師、浪人歌手等）、この場合、継続的・計画的に一定の行為を行う者は、これらの領域において情報やテクニックなどに熟知し、かかる契約を締結する場合劣勢地位にあるわけではなく、消費者に属しないという。ついでに、楊立新は、たとえば、偽者を知りながら買った場合、消費者ではないとする。なぜなら、偽者を取り締まりを職業とし、契約締結する行為が独立職業行為をするものであるから、消費者に当たらないという。これに対して、たとえば、大学の教師の場合、その職業のために契約締結するが、しかし、その職業の行為は、独立性を有していないため、消費者に属する（具体例は、大学の教師は、本を買う場合）。

第三に、目的の客観性。

上記の二つ目的について、客観的な判断基準を取るべきであるという。客観状況を総合判断し、行為者の主観的な認識を考慮する必要がないとしている。

的完善，7 页。また、徐广兵，《消费者概念之法律意义的再审视》，法学论丛，第 454 期（2011 年第 7 期），64 页：彼は、商品などを転売するではなく、あるいは、商品の取引活動のためではない、生活消費に属するという。同じく「非営利」という基準を支持するのは、钱玉文，《消费者概念的法律再界定》，法学杂志，136 页がある。しかし、「転売」を線引きとすると、批判が投じられる：饶世权、法律语境中的“消费者”，湖南社会科学，2006 年第 5 期，76 页：彼によると、「転売」を主観上の「転売」目的と客観上の「転売」行為と捉え、転売の行為を基準とすべきとする。ただ、彼は、消費者を転売基準にすることより保護範囲を拡大ことについて、支持しない。その上、彼は、転売の問題点として、「転売」を生活消費であるか否かの基準をすすると、たとえば、ある人が車を個人使用で購入した、転売の行為もなく、転売の目的もないので、消費者に当たる。しかし、何年か後に、車を売却した場合、転売の基準によると、消費者ではなくなるだろうということを描している。

¹³¹⁷ 王利明、9 頁。

¹³¹⁸ 楊立新「王海現象的民法思考」，河北法学 1997 年第 5 期，1 頁以下、特に 6 頁。

¹³¹⁹ 楊立新、2013 年、34—35 頁。

⑤劉俊海

劉氏は、消費者概念の主観的概念を客観かし、消費者の外延を拡張すべきだ、と主張する¹³²⁰。彼は、「生活消費のために」という文言は、主観的な概念であり、なかなか証明し難いものであり、不要な論争と法適用の不安定を惹起しかねない、と説く。消費者の主観的目的を放棄して、その代わりに、「消費機能」という客観的な基準を打ち出している。しかし、彼は、このように指摘しつつ、「消費的商品を購入・使用する、若しくは消費的役務を受ける」者は、消費者法の適用範囲に含まれる、と限定している。

しかし、このように、彼は、「消費的（原語：消費性）」という判断し難い言葉を提示しているものの、彼の考え方自身は、拡張的であるということは確かであろう。

「生活消費」の判断方法としては、いくつかが示されている。一つは、購入された商品自体による判断、もうひとつは、購入する目的により判断。後者は、購入する目的は生活消費のためであるかどうかによって判断する。さらに、二つに分かれている：梁・王。

（２）、偽物を知りながら購入した者は消費者に該当するかー「消費者」保護におけるパラドックス

他方、目的アプローチにおいて、以上のような「生活需要」の基準如何をめぐって、もうひとつの方向の展開があった。消費者概念（同法 2 条）と詐欺による懲罰的損害賠償（同法 49 条）との関係において、上記「王海現象」が別の問題が提起される。

二つの問題がある。①懲罰的損害賠償を獲得するために偽物を知っているのにそれを買った者は、消費者に当たるかどうかという問題である¹³²¹。②偽物を知りながら購入するという前提に立つと、販売者側の「偽物」を販売する行為は詐欺にあたるかどうかである。本稿の関係から、①を見る。実務は、時には消費者であると肯定し、時には否定すると躊躇っている¹³²²。しかし、1990 年代末から、否定する判決は多くなってきた¹³²³。

¹³²⁰ 劉俊海＝徐海燕「论消费者权益保护理念的升华与制度创新——以我国《消费者权益保护法》修改为中心」，法学杂志，2013 年第 5 期，35 页。

¹³²¹ しかし、消費者であるかどうかという問題には至らず、そもそも、民法通則 55 条の契約成立要件に従うと、これらの契約が成立していないものであるという主張もなされている。刘沐炎《王海现象：法理评述与分解》，中国法学 1998 年第 2 期。

¹³²² 王卫国，中国消费者保护法上的欺诈行为与惩罚性赔偿，法学 1998 年第 3 期，22 頁によると、多くの事件が提訴されたが、消費者と認めたものがあるが、認めていなかったものも少なくない。類似の事件として、「耿某诉南京中央百貨店事案」「何山诉乐万达商行事案」がある。「耿某诉南京中央商场事案」では、1996 年 1 月 4 日に、耿某が南京中央百貨店から A ブランドの「カシミヤのシャツ」を 3 件購入した。領収証にも「カシミヤのシャツ」と明確に表している。しかし、当該商品はカシミヤの成分は 2 % 弱であった。翌日、耿某はシャツがカシミヤのものではないとし、百貨店が詐欺をしたことを理由として、消費者權益保護法 49 条の懲罰的損害賠償を請求した。それが拒まれ、裁判所に提訴した。裁判所は、請求を棄却した。裁判所の判断として、原告が 1 月 4 日に被告のところで本件商品を購入した前に葉、別の百貨店で同様のシャツを購入し、賠償を獲得したことがある。したがって、商品について一定の知識を備える者であるとした（評価：本件は、目的の判断（何のために、どういう動機）を考慮せず、その代わりに、本件購入者の有する「知識」を基準とした。これは客観的なものであろう）。他方、「何山诉乐万达商行事案」において、消費者法の立法者の一人である何山は、1996 年 4 月に、有名人の絵を経営する乐万达商行で国画大师徐悲鸿先生的本物と称する馬の絵二つを買った。一ヶ月後に、

学者は、意見が分岐している。消費者法の文言（生活消費の需要のため）に素直に従って、偽物を知っているのに買ったというのは、生活消費の範囲を超えているとか、生活消費の需要を満足する目的ではないため、消費者法上の消費者に該当しないというものがある¹³²⁴。一方、上記の王利明の理解を踏まえて、偽物を知って買ったかどうかとは関係なく、転売の目的ではない限り、消費者法の保護がカバーする消費者であるという¹³²⁵。王利明は、一定の瑕疵を知らずに購入することは、転売や取引のための購入ではないならば、消費者性質を否定すべきではないと説き、購入者の動機や目的について道德問題になるかもしれないが、法律問題ではないと主張する¹³²⁶。

偽物の疑いで提訴した。裁判所は、当該二つの絵が偽物であると認定し、詐欺にあたり、消費者権益保護法の49条によって懲罰的損害賠償を認めた（蔡蓓「此马非彼马，何山获双赔」法制日报1996年10月16日に報じられた）。また、覃有土、晏宇桥「論消費者義務」、中南財經政法大學學報2004年第1期を参照。湖南、浙江などの裁判所は、消費者であると肯定的な見解を示す一方、北京、福建、上海の裁判所は、消費者ではないとの意見である。さらに、同じ都市でも、区の裁判所によってその認定も異なっている。さらに、地方的法規にも、扱い方は、異なっている。この問題について触れないものもあるが、明確に、「偽物を知りながら購入する者は、消費者行為に当たらず、原則保護されない」というものもある（たとえば、2002年7月16日《上海市消费者权益保护条例（修订草案）》）。¹³²³ 裁判例が多く報じられていたが、たとえば、北京日報2011年11月26日「知假买假行为未获法院支持」（北京海淀区法院判決：Xは飲食店で食事するとき、茅台酒を買った。偽物だったことに気づいた後、一気に17本を買った。裁判所に提訴した。裁判所の判断：Xが偽の酒を知りながら、「打偽（偽物を抑制するために）」を目的として、購入された17本の酒は、消費者権益保護法にいう生活需要のために購入した商品に該当せず、消費者権益保護法49条の適用を認めなかった）。上海の裁判所は、2004年に偽物を知りながら購入する行為について否定的な態度を示していた。その上、2012年3月14日上海黄浦区法院過去五年間消費者権益保護訴訟状況に関する報告が公表され、偽物を知りながら購入する行為は、消費者保護法のカバー範囲に含まれないと明らかに表されている。しかし、この問題について、最高人民法院は、まだ意見を表していない。

¹³²⁴ 梁慧星「消費者権益保護49条の解釈適用」、梁慧星主編・民商法論叢、2001年3号、402頁。同梁慧星「消费者权益保护法第49条的解释与适用，人民法院报2001年3月29日第3版。梁氏は、中国消費者権益保護法が、消費者でなければ経営者であるといういわゆる「二分方法」を採用していると指摘している。上記紹介したように、「生活消費」を狭く捉える梁氏は、消費者権益保護法49条が、その立法目的が消費者のために経営者の詐欺行為を抑制することにあるが、「二倍懲罰」を獲得する目的のため偽物を知りながら買って賠償を求めるといった事件を想定しなかった、偽者を知りながら購入する好意は、消費者の性格として認めるならば、消費者法2条の消費者法の適用範囲を限定する本来の趣旨に違反する、と言っている。同様な見方として、马忆南「为消费者权益保护法正名」中国司法，2002年11頁。消費者法の文言から出発し、生活消費の需要を持って、偽者を知りながら買うことは、生活消費の範囲を超えているといっている。

¹³²⁵ 王利明「也谈王海现象与惩罚性赔偿的运用」（日本語：王海現象と懲罰的賠償の適用について），民商法研究第三輯（法律出版社、2004年）所収；同「消費者的概念及消費者権益保護法の調整範囲」、政治と法律、2002年第2期、3頁。ほぼ同様な見解は、消費者権益法の立法者の一人である何山も主張する。彼によると、偽物を知りながら買うについて、支持。彼は、消費品の基準を主張し、消費品を買うならば消費者である。その目的は生産経営ではないからである。壬子「何山：还我一个宁静的公序良俗—消费者权益保护法有关问题访谈录」中国律师、1998年第3期35頁。また、劉俊海もこのような見解を示している。游钰「论我国消费领域中的惩罚性赔偿责任」海峡法学2011年3月第1期，53頁。

¹³²⁶ 王利明「消費者的概念及消費者権益保護法の調整範囲」、政治と法律、2002年第2期4頁。

また、「生活消費」という基準から離れ、経営者との情報・専門知識の有無について、意見が対立する。消費者権益保護法の立法目的、とりわけ同法 49 条の懲罰的損害賠償の立法趣旨から根拠付けを説く。偽物を知りながら買う者は、経営者と比べると、情報の劣勢にあり、保護しないと、立法の意図に背くことになる¹³²⁷。これに対して、消費者法の保護対象は、弱者にあるものであり、偽物を知りながら買う者は、契約前に、すでに経営者の販売の商品についてその状態を把握し、経営者より知識を多く有する場合もあり、弱者の地位に必ずあると限らないと指摘する¹³²⁸。

「王海現象」について、さらに二つの問題が提起される。①「一定の商品知識」を有する者が消費者であるか、言い換えると、「熟達した消費者」「賢い消費者」を認めるかどうか、という問題である。これについては、前掲注 21 に掲げた事件があり、専門知識を基準としていた。②消費者であるかどうかを判断する要件には、取引の動機を要素とすべきか否かという問題である。つまり、消費する動機であるかどうか、それとも、その他の動機で購入するということである。この問題について、動機を考慮すべきだ（梁慧星）。それに対して、動機を要らない（王利明・楊立新、王全興¹³²⁹）

（３）「消費」

中国では、法律上、消費者契約という概念がない。学界では、「消費」に着目して、目的物や分野ごとに、消費に属するかどうかを検討している。

たとえば「商品もしくは役務」と消費者権益保護法の用語であるが、裁判上、たとえば、車は消費物ではない、「消費」を、非常に狭く理解していた。消費を、衣食を理解していた。家屋、医療治療、旅行、教育などは、消費者法の範囲に含まれなかった、などの判断がなされた。

たとえば、医療行為は、消費者に含まれるかどうかという¹³³⁰。医療契約は消費者法の適用できるかについて、学界では、意見が一致していない。病院と患者との関係は、消費者契約になるかどうかについて、梁慧星は、病院と患者間の医療契約は、消費者契約ではない、病院は経営者ではないからである¹³³¹。王利明は、医療契約は、消費契約の性質を

¹³²⁷ 赵莹。

¹³²⁸ 江小南。

¹³²⁹ 王全兴＝管斌「经济法视野下的消费者定位」律师世界2002年9月12頁。彼によると、動機は消費者の判断要件ではない。なぜなら、取引の際に、消費者は販売者に購入の動機について告知義務がなく、販売者は、もちろん、購入者につき動機の告知を求める権利もない。第二に、販売者は、取引の際、経験と習慣から、消費者の動機について主観的判断をする。

¹³³⁰ この点について、中国では、「経営者」の概念にかかわっており、一方、「経営者」が営利を有する自然人法人などであると捉えている（梁慧星、王利明）。他方、消費者保護法において、経営者は、「市場を通じて、消費者に消費物。役務を提供する者である」とし、必ずしも、「営利」を基準としていない（李昌麒/许明月编著，消费者保护法，第三版，法律出版社（北京）2011年80頁。麻昌华主编，消费者保护法中国政法大学出版社，2006年，40頁。

¹³³¹ 梁慧星・为中国民法典而斗争，法律出版社2002年214頁。

有すると捉えている。市場経済に基づき、病院も経営者の性質を有している、という¹³³²。

B、主体：自然人・法人（中国語：「単位」（法人その他の団体、政府機関などは含まれる））

1）、立法当初の説明

法人その他の団体（原語：単位）は、本法の適用範囲から除外される、という¹³³³。法人その他の団体は、生活消費の場合が多く存在するにもかかわらず、それらが消費の主体として個人の場合とは異なるからである。

2）、審議結果の報告

ところが、1993年10月22日の審議結果の報告に至ると、草案について修正を加えたことと報告した。同報告によると、草案の2条に「……前項にいう消費者は、消費者個人を指す」という項を設けたが、一部の委員や企業から、法人その他の団体（原語：単位）が生活商品を購入すると、最終的には個人使用であるから、消費者法の範囲から、法人その他の団体（原語：単位と集団）を排除しなくてもよいではないか、という。生活消費のためであれば、本法が適用できる。そのため、「前項にいう消費者が、消費者個人を指す」という草案規定を削除することと提案する¹³³⁴。このように、立法過程からみると、消費者保護法の適用範囲には、法人その他の団体が想定されているのか、少なくとも、排除されていないといえることができるだろう。

3）、地方的条例

この問題については、地方的法規・条例の中で、これについて一致していない。広東、湖北、浙江等14省の消費者權益保護条例は、自然人だけではなく、法人その他の団体も消費者でありうるとする¹³³⁵。しかし、上海や天津などでは、もともと法人その他の団体を消費者であるとしたが、立法を改正し、法人その他の団体を消費者とないこととなった。四川消費者保護条例は、明確に自然人に限定している（同条例2条）。

4）、学説

学説上も、争っている。消費者は、自然人にとどまるか。これについて、消費者が自然人しかではなく、法人やその他の社会組織は消費者ではないという見解が多数説である¹³³⁶。

¹³³² 王利明，消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围，政治与法律 2002 年第 2 期。

¹³³³ 国家工商行政管理局局长 刘敏学，关于《中华人民共和国消费者权益保护法（草案）》的说明，1993 年 8 月 25 日在八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议上。

¹³³⁴ 全国人大法律委员会副主任委员 项淳一，全国人大法律委员会关于《中华人民共和国消费者权益保护法（草案）》审议结果的报告，1993 年 10 月 22 日在第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上。

¹³³⁵ 重慶＜重庆市消费者权益保护条例＞第 2 条 1 項は、「本条例の消費者とは、生活消費のため、商品・役務を購入しようする個人・法人である」。そのほか、湖南、江西、貴州、河南なども同様である。

¹³³⁶ 梁慧星「消费者权益保护法第 49 条的解释适用」梁慧星主編・民商法論叢第 20 卷，金橋

この説は、理由付け¹³³⁷として、第一に、消費者権益保護法の立法趣旨から、現代消費社会の中の弱者を保護するために制定されていた。消費者を自然人（個人）に限定することは、個人の弱い地位（消費者＝弱者）に基づくからである。法人などまでを消費者性質を認めると、消費者権益保護法の立法趣旨に反することになる。法人などは、弱者ではなく、自己保護する力を有するし、法的に保護する必要もないという。それを特別に保護すると、かえって、民法上の公平原則に違反するだろうという。第二に、消費者権益保護法に認められている権利は、個人に属する権利であり、法人など（単位）に付与するものではない。第三に、消費者権益保護法に言う「生活消費」から、個人的・直接的消費を意味している。法人などは生活消費を行うことができないからである。

「最終消費」という経済学上の概念を重視するとともに、消費者保護法の目的が消費過程における消費者の安全や経済利を擁護することに根拠づけることによって、最終消費となるのは自然人しかないということを強調する。その上、消費者保護法の保護対象は、生身の弱者としての消費者であるので、個人に限定せず、団体などまでその範囲を拡張すると、弱者地位に立つ消費者に対する特殊保護は、理論的根拠がなくなるとされている。また、消費者を個人に限定することは諸国の一般的な扱い方。また、弱者保護という消費者権益保護法の視点から、法人は、個人に比べると、弱者ではなく強者である。消費者法に規定されている消費者の権利などは、個人の権利である、法人に付与する権利ではないからである。さらに、「生活消費」に着目すると、法人は、直接に商品や役務を使用することはできず、つまり、生活消費できないという。ある意味では、法人は、買い手となりうるが、しかし、最終消費者とならないし、その買物は、最終的には個人消費となる。そのため、消費者は自然人でしかない。

他方、自然人のほか、団体や法人も消費者でありうるという主張もある¹³³⁸。彼らは、

文化出版 2001 年、401 頁。同梁慧星「关于消法第 49 条的解释适用」人民法院报 2001 年 3 月 29 日第 3 版。李昌麒ほか著・消費者保護法（第三版），法律出版社，59 頁。王全興著・経済法基礎理論專題研究、中国檢察出版社 2002 年、428 頁以下。王利明「消費者的概念及消費者權益保護法的調整範圍」政治与法律 2002 年第 2 期，6 頁以下。王利明「重新认识消費者」北京工商 2003 年 12 月 12-13 頁。王利明「消費者權益保護的若干問題」民商法律网掲載。王利明，合同法研究（第 2 卷），中国人民大学出版社，2003 年，680 頁。钱玉文＝刘永宝「消費者概念的法律解析-簡論我国〈消法〉第 2 条的修改」西南政法大學學報 2011 年第 2 期。屈茂輝，胡薔薇，我国消費者權益保護法調整範圍的修正，湖南師範大學社會科學學報，2013 年第 2 期，28 頁。最高裁判所の裁判官の見解も、王毓莹，論《消費者權益保護法》の適用範圍，法律適用 2013 年第 2 期，76 頁は、自然人に限定するという。苏号朋，「《消費者權益保護法》修改中若干重大問題研究」，西部法學評論，2013 年第 2 期，2 頁は、消費の目的性に鑑み、自然人のみが消費者でありうる。つまり、最終的利用者である、とする。

¹³³⁷ 王利明「消費者的概念及消費者權益保護法的調整範圍」、政治与法律、2002 年第 2 期，6-7 頁など。

¹³³⁸ 楊立新、2013 年、35 頁以下。何山「还我一个宁静的公序良俗—消費者權益保護法有关問題訪談錄」中国律師 1998 年第 3 期。消費者権益保護法の立法に關与した何山によると、同法の立法過程において、消費者の範圍は自然人・法人について、議論がたつ。抗紅「消費者概念についての法的思考」行政と法、2005 年 1 月 100 頁は、法人の消費者の資格について、好意的である。抗氏によると、法人が、取引、その内部の構成員および家庭の消費者のためではなく、仲介商人として、事業の連鎖の一環として活動する場合は、

法人も、情報不均衡の場合もありうるし、脆弱の地位に陥る可能性もある。その上、消費者権益保護法に認められている諸権利は、法人を排除するわけでもなかったという。

消費者の自然人以外を拡張する説を主張する楊立新は、消費者を自然人にとどめるべきではなく、少なくとも、中国の各地の消費者権益保護に関する地方的法規において、個人と法人とは消費者となりうるとしているし、しかも、実践において、組合（合伙）及び一定の公益法人は、消費者であるとしないと、紙を買うぐらいの仕事上の用品を買う行為は、消費者法の保護よりカバーされえないと、とうてい受けられないという¹³³⁹。

彼はさらに言う。権利能力なき社團（无权利能力组织）は、消費者でありうる。独立な人格がなく、多くの自然人の集合であるから、自然人が消費者でありうる以上、権利能力なき社團も消費者となりうるという。また、組合（合伙）は、伝統民法において権利無能力社團とされたが、現在、その法的主体の地位が認められつつある。しかし、組合は、独立な人格を有しておらず、消費者となる場合もある。これに対して、法人の場合はやや複雑であるという。楊立新は、「営利」をメルクマールとして、法人を二分する。すなわち、営利法人は、継続的に・組織的に営利行為に従事するし、そのすべての法律行為は、その営利活動をめぐって展開されたものであり、営利の目的のための法律行為であるから、消費者に属しない。他方、非営利法人は、公益的な行為を長期的に従事するから、営利行為ではないため、消費者となりうることを主張する¹³⁴⁰。

劉俊海ほかは、消費者の範囲を拡張するために、自然人をベースとしつつ、一定の法人への拡張をも認めている。たとえば、学生の福祉のために物を購入する学校の食堂、その構成員の福祉のために物を購入する「工会」、受益者のために物を購入する慈善団体などを想定しており、「営利」を線引きの基準としている¹³⁴¹。

小括：

以上、

第一に、中国では、消費者概念の判断はがかなり彷徨っているといえよう。

第二に、現在の中国では、消費と生産と相反的に捉え、消費者を生産者と対義語として、これは、現象としての消費者問題の理解のところが、経済学由来のものとして、合理的であろう。しかし、法的技術概念としての「消費者」は、取引の契約分野において、そのよ

消費者ではない。しかし、法人は、取引は、その構成員あるいはその家庭的消費のためであるならば、最終的消費行為に当たり、消費者になる。実際、この場合、法人は、多くの消費者の代表者とみなされ、個々の具体的消費個人を代表して、事業者と契約を締結するということができよう。劉忠東，単位消費也应适用《消费者权益保护法》，法律适用，2005年3号95页は、法人その他の団体（原語：単位）が非生産的購入行為が、消費者である、としている。

¹³³⁹ 楊立新、2013年、32頁。

¹³⁴⁰ 楊立新、2013年、35－36頁。消費者とは、「営利を目的とするではなく、独立職業活動を目的ではなく、法律行為をする人と組織（自然人、組合、権利能力なき社團、非営利社團等を含む）である。」との定義を下している（36頁）。

¹³⁴¹ 劉俊海＝徐海燕「论消费者权益保护理念的升华与制度创新——以我国《消费者权益保护法》修改为中心」，法学杂志，2013年第5期，35頁。劉＝徐によると、改正消費者権益保護法の消費者概念の定義を、「购买、使用消费性商品或者接受消费性服务的自然人；但不以盈利为目的、而为向其成员或者受益人提供消费性商品或者服务而购买消费性商品或者服务的法人，适用本法有关消费者的规定」とした。それと同時に、経営者の概念を、「以有偿方式向消费者提供商品或者服务的法人、自然人、个体工商户、合伙企业和其他组织」。

うな区分基準の合理性について、疑問が生じる。

第三に、「消費者＝弱者」という考え方は、ほぼ、共通認識になっている。消費者の主権とか、消費者の権利の構築などは、強く提唱されている。特に、王利明はそれにあたる。王利明は、消費者を絶対的な弱者の存在として捉え、それと反対に、法人その他の団体（単位）を絶対的な強者として捉える。この強弱により、消費者を自然人に限定する。法人その他の団体（単位）を平等的な存在であるという理解に立つ一方、消費者を非営利的な存在であるとして、あらゆる者であると捉えられている。この捉え方が、前後のずれが生じるだろう。

第四に、民事的なルールとしてアプローチした消費者という部分もあるが、しかし、中国全体的な議論は、日本の経済法学者の議論と共通しているところがあると思われる。

（二）、中国消費者法の近時の改正における「消費者」概念¹³⁴²

2008年10月29日、消費者権益保護法の改正は、第11回全国人民代表大会常務委員会の5年間の立法計画において提起された。消費者権益保護法の改正は2009年からスタートした。中国国家工商総局が「消費者権益保護法」（改正意見聴取案）を公表する。

改正案：

2009年11月20日に、国家工商総局は、「消費者権益保護法」改正意見聴取案（修訂征求意见稿）を公表した。同案2条は、「……本法にいう消費者とは、生産経営のためではなく、商品を購入・使用し、または役務を受ける自然人である。（本法所称的消费者，是指不以生产经营为目的购买、使用商品或者接受服务的自然人）」と定義すると提案した。この概念について、「生活消費のため」を改正しようとしており、消費者概念を広げようとする。また、本提案は、自然人と明確に示している。また、同時に、3条では、経営者の概念を増設する。「本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织」とした。また、このような提案は、2010年5月に、「「消費者権益保護法」第二回意見聴取案（第二次征求意见稿）」¹³⁴³では、そして、2010年11月5日に、「消費者権益保護法」改正審議送付案（修訂送审稿）の中で、前記2009年11月20日の提案をそのまま維持していた。審議に送った。

審議：

消費者権益保護法修正案（草案）は、2013年4月23日に、第12回全人代常務委員会第二次会議で、草案について初回の審議が行われた¹³⁴⁴。一部の委員は、適用範囲について発言をした¹³⁴⁵。

審議では、全人代常務委員会范徐麗泰常務委員は、生活消費の需要のためについて、よ

¹³⁴² 消費者権益保護法の改正にあたって、意見の相違が存在するものの、消費者権益保護法の適用範囲を拡大しようという点について、有力であり、ある程度意見は一致しているといえよう。

¹³⁴³ 第二次改正案において、後悔権の増設が書き込まれていた（同案9条）。

¹³⁴⁴ 同草案について、注目するのは、消費者協会の役割をよりアップしようとする。草案19条は多数消費者権益を侵害する行為は、中国消費者協会および省レベルの消費者協会は、人民法院に訴訟を提起することができる、と。消費者協会の訴権の付与である。後悔権の創設であり、それは、新型消費について、多発の不正取引について、消費者に後悔権を使用とする。

¹³⁴⁵ 法制日報，2013年5月22日。

り明確にする必要がある。立法の趣旨は、投資性・生産性を有する消費行為について排除するからである。

自然人に限定すべきかについては、郑功成委員は、本法の適用範囲が、実際、消費者を自然人に限定し、消費行為を生活消費に限定するという扱いは、明らかに、法的完全性を損なうことであり、本法の適用範囲を広げるべきである。法人やその他の団体も消費者である可能性を認めるためである。彼は、「生活消費の需要のために」という文言を削除すべきである。法人も自然人も、本法の適用範囲にカバーする、という。

また、王乃坤委員は、非営利団体や法人の非営利消費や非生活消費も、本法の適用範囲に含まれる場合もあるではないか、という。

蒋省三委員は、立法当時の生産・生活の対立を強調し、消費者概念について明確にしていなかったが、今日、それを明らかにする必要がある。消費者と経営者と野関係は、契約の関係であり、生産・生活の区分をすべきではな意。自然人・法人は、ともに、消費者でありうる。

李盛霖委員は、2条の範囲については基本的に賛成する。彼は、「役務を受ける」という点については、実際、判断上、問題となっている。たとえば、美容、医療、仲介などである。そのため、役務の中身については、さらに、改正案において明確にすべきだという。

劉振偉委員は意見を述べた¹³⁴⁶。彼は、現行法の適用範囲が狭く、自然人の生活消費に限定しているようであり、団体など（原語：各类组织）の非経営的な消費も包含されるべきである。

しかし、現実に公表された改正草案は、本法の保護範囲（2条）について、触れなかった。

この審議後、全人代は、2013年4月28日に「消費者權益保護法改正案第一次審議草案」を公表し、パブリックコメントを聴取する（消費者權益保护法修正案（草案）条文及草案说明）。2013年8月、同常務委員会第二次會議で、草案の第二回の審議が行われた。全人代常務委員会は2013年9月6日に、「中華人民共和國消費者權益保護法」修正案草案第二稿を公表した。二回目のパブリックコメントを聴取した。2013年10月25日に、全人代は、改正＜消費者權益保護法＞を採択した。2014年3月15日から施行する。いずれも、適用範囲について言及していない。最終的には、2条の改正に至らなかった。

二、消費者概念と民法

中国では、ここ数年、消費者法が大いに進展されていた。最近の法改正もなされている、個別的な制度の導入や改正を通じて、より実効性を持つ消費者法を目指している。これによって、より民事的性質のルールで充実することに至った。消費者法に関するいくつかの根本的な問題が依然として、存在している。たとえば、消費者法は、どういう性質を有するものであろうか。この性質の問題とも関わって、消費者法の体系の問題もある。

（一）消費者法の位置

1）、中国消費者法の性質

まず、性質についての理解に触れよう。

「消費者法」というまとまった法律や法典が存在しないが、一般的には、消費者權益保

¹³⁴⁶ 中国人大网 2013年4月26日。

護法を中心とした消費者に寄与する諸ルールを、消費者法と呼ぶものはほとんどである。消費者権益法そのものにおいて、民事ルールだけではなく、ほかの行政的・さらに刑事的性質を有するものも存在している。

1993年に制定された消費者権益保護法は、単独立法のモデルをした。消費者法の性質については、どう理解されるかについては、いまだに、意見が一致していないようである。従来、長い間、経済法に属して、経済法の一分枝として捉えられてきた¹³⁴⁷。また、消費者法の性格を触れずに、やや独立的な存在として、消費者法を捉える指向がいくつか存在していない。さらに、最近では、もっぱら消費者法を私法と性格づけようとする説もでてくる¹³⁴⁸。梁慧星は、消費者法の性質について、消費者保護法が経済法でもなく、民法でもないという¹³⁴⁹。

消費者法の性質については、統一的な意見になっていないが、共通の認識が形成しつつある。すなわち、消費者法について、民法が基礎的な役割を有することを前提の下、総合的な分野であるということである。

2)、中国における消費者法の位置

以上のような消費者法の性質の認識の下、および、消費者法の内容から、王利明は、他方、民法から分離した法分枝として認識している。

王利明は、消費者法（消費者権益保護法）の独立性を強調し、消費者保護法は、独立的な法律部分として、民法の中から分離して独立した法であるとされている¹³⁵⁰。

さらに、王利明は、消費者に関する権利は、民事権利とはいえないものも含まれており、裁判において、消費者権益保護法に関する権利規定を直接に援用できるかどうかといった議論があった。たとえば、消費者取引の際に、商品の使用方法などについてよく告知していない場合、消費者権益保護法に認められている「知る権利（知情権）」を援用して裁判することができるかどうかについては、王利明は、民法に規定があるならば、やはり民法を援用すべきだという。民事権利と消費者権利とは一致していないところがあるからである。

王利明は、消費者保護法が、民法から分立した法であり、性質的に、民法規範が含まれているし、行政法規範も含まれているといい、「経済行政法律」という（つまり、経済法と理解している）。

学者の中では、消費者法が消費者法の基本原則のみを規定し、消費者法の基本法みたいなものとし、民事ルールの性質を有する規定を、民法（契約法）に引っ越しをしようという意見がある。他方、消費者契約法を単独に制定したらどうか、といった見解もある。

¹³⁴⁷ 旧ソ連の影響もあったか、講学上、経済法に、消費者法を一章を設けていることは、普通であった。たとえば、楊紫烜・経済法（北京大学出版社・高等教育出版社、2005年）21-36頁。また、李艷芳主編・經濟法案例分析（中国人民大学出版社、2006年）185頁。また、王利明ほか著・民法学（第二版）法律出版社2008年、10頁を参照。

¹³⁴⁸ 楊立新＝劉召成「ドイツ民法典における消費者概念の一体化の意義及び参考」法学雑誌（中国語：徳国民法典規定一体化消費者概念の意義及借鉴）法学雑誌2013年第1号28頁以下。ドイツの消費者法の民法への統合を参照しつつ、中国においても、統一的な消費者概念を民法典制定を契機に、民法総則に導入すべきだと主張する。民法にも契約保護思想を有するべき（同31頁）。その際、彼らの意見として、事業者と消費者との権利義務という点を重視し、消費者法を民法に、私法的な法として位置づけようとするしている。

¹³⁴⁹ 梁慧星「消費者法及其完善」工商行政管理、2000年21期13頁。

¹³⁵⁰ 王利明「消費者権益保護的若干問題」民商法律網掲載。

（二）、消費者権益保護法と民法（契約法）との関係

1、民事法における消費者保護一制度の交錯

民法通則、合同法、消費者権益保護法の連動して消費者問題を対処する。消費者保護法に規定がない、あるいは、規定不十分である場合、一般法の規定に求める¹³⁵¹。

①消費者権益保護法以前

主として、民法通則である。民法通則 4 条は「民事活動は、自願、公平、等価・有償で、誠実信用の原則に従う」（誠実信用原則）。消費者権益保護法の制定前には、裁判では、この民法通則の 4 条が援用されてきた。

②消費者権益保護法制定：

第一に、消費者権益保護法は、「誠実信用」を基本原則とすると明記している。

第二に、消費者が詐欺された場合、49 条である¹³⁵²。詐欺による懲罰的損害賠償は、民法の損害賠償の原則を修正した。しかし、消費者保護法の中には詐欺の構成要件に関する規定が置かれていないので、消費者法と民法と、同様であるか、異なるものであろうか、議論がある。消費者権益保護法における「詐欺」について、民法上の詐欺と違う理解をすべき、要件を緩和すべきではないかに対して、民法・消費者権益保護法上の詐欺とは同様に理解すべきだという見解は有力である¹³⁵³。詐欺の判断について、民法通則（58 条）¹³⁵⁴と合同法および民法通則の適用意見の中での詐欺規定が適用される。

第三に、同法は、初めて「定型契約（格式合同）」の用語を用いるようになった。同法 24 条は、定型契約を通じ、消費者に不公平・不適正な条項を締結させることは、若しく消費者の権益を損害する民事責任を軽減・免除することは禁止される。しかし、宣言的な条文にとどまっているだろう。

第四に、消費者法により契約義務の拡張—付随義務から法的義務へ

消費者の権利が拡大される。現行消費者権益保護法 8 条：消費者に知る権利を与えることである。同時に、現行同法の 18 条・19 条は、経営者の義務の加重：経営者に重要な情報を提供することを求める。説明義務や安全配慮義務。

¹³⁵¹ 民法における消費者保護について、周勇兵・消費者私法の比較法的研究 日中の比較を通じて（大学教育出版、2012 年）特に、103 頁以下は詳しい。

¹³⁵² 改正前 49 条「经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍」。改正後（55 条）。

¹³⁵³ 梁慧星「关于消法第 49 条的解释适用」人民法院报 2001 年 3 月 29 日第 3 版。裁判上、このように判断している。しかし、消費者法の特殊を強調し、民法上の詐欺と消費者法上の詐欺とは、同様に考えるべきではない、との見方がある。孫玉榮，民法上の欺詐与《消費者权益保护法》第 49 条之适用，法律适用，2005 年第 4 期，88 頁は、消費者権益保護法 49 条の詐欺は、民法通則により解釈されるべきではなく、独自の要件により判断されるという。王成，欺詐之意思表示的法律后果，法律科学，1998 年第 6 期 44 頁は、民法における詐欺と消費者権益保護法における詐欺との相違・距離を強調する。

¹³⁵⁴ 「一方以欺詐、胁迫的手段或者乘人之危，是对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为无效」。「当事人因此取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任」。

③契約法における消費者保護の拡張

1999 年契約法は、約款（格式条款）、免責条項など、それまで消費者權益保護法の中には規定されなかった内容を創設することにより、消費者保護の役割を演じる。

第一に、約款規制 39－41 条により、消費者保護の枠組みを立てる。1999 年契約法は、39、40、41 条は、約款に関する規定である。これらの規定は、第一に、約款の提供者は、相手方に責任免除・制限条項について提示・説明義務、注意させる義務を負う。第二に、不適正な免責条項の無効、第三に、相手からの主要な権利を排除してはいけない。たとえば、三包、返品に関する売買権利、消費者法に認められている権利。第四に、約款の解釈について、約款の作成者に不利な、相手方に有利な解釈をすべきである。契約法は、消費者權益保護法と比べると、より詳細な規定に至った¹³⁵⁵。

第二に、免責条項無効を規定する。さらに、1999 年契約法 53 条は、免責条項に特別規定：あらゆる免責条項は無効である、と。53 条は、消費者契約に関する条項の効力について、援用されることが多い¹³⁵⁶。

第三に、契約条項の解釈について。相手方（消費者）を保護するために、有利に解釈する。

第四に、司法解釈：契約法（合同法）司法解释二 9 条は、約款を提供する側が、助言義務・説明義務を尽くしていない場合、相手方が取消権を有するという。（ちなみに、保険法 11 条は、説明義務違反の場合、無効とする。）

しかし、これらの規定は、商事契約と消費者契約の両方を想定している。契約自由を原則として厳守する中国では、商事契約における取引の効率性をも配慮する中で、消費者保護は限られていることはいうまでもない。契約法は、消費者權益保護法の影響を受けている。

④近時消費者法の改正：

後悔権の新設など¹³⁵⁷。

改正後の消費者權益保護法（2014 年 3 月 15 日から施行）は、

第一に、消費者に後悔権を付与したことは注目される（改正後同法 25 条）¹³⁵⁸。消費

¹³⁵⁵ 消費者を配慮する同様な精神は、民法典起草の学者案に組み込まれている。王利明主编，中国民法典草案建议稿及说明，中国法制出版社 2004 年，468－470 頁。

¹³⁵⁶ 2004 年には、中国工商総局が「关于处理侵害消费者权益行为的若干规定」（3 条）では、いかなる契約条項が不公平・不合理になるか、について、列举されている。より具体化される。

¹³⁵⁷ これについては、前から、多くの議論がなされてきた。董新凱，夏瑜「冷却期制度与消费者权益保护」河北法学 2005 年 5 月，53 頁は、後悔権が、民法の基本原則の精神に合致するとしつつ、消費者保護において、伝統民法の局限性を克服することができるとする。

¹³⁵⁸ 「経営者がインターネット、テレビ、電話、郵送等の方式で商品を販売する場合、消費者は、商品を受け取った非から七日間において、理由を説明する必要なく、返品することができる。ただし、以下の商品が除外する。（一）消費者がオーダーで作ってもらったもの、（二）生きたまま売られ、腐り易いもの、（三）オンラインでダウンロードしたものまた

者と経営者の情報の不均衡に鑑み、改正消費法は、まず、インターネット、テレビ、電話、郵送などの方式で買い物をした場合、かつ、四種類の目的物の購入が除外されるということである。

第二に、約款¹³⁵⁹について。一方、用語上、改正前の定型契約を約款に変更した。他方、経営者の義務がいつそう加重される。改正消費法は、経営者に顕著な方式で消費者に対する説明義務が新設される。

第三に、改正消費法は、懲罰的損害賠償について、詐欺があった場合、支払った価格の三倍に引き上げた（賠償額の最低限は 500 元）。

⑤消費者権益保護法の修正から見た契約法の影響：

まず、約款規制について、明らかに契約法の影響が見られる。消費者権益保護法は、定型契約を約款規制に改正した。改正後の消費者権益保護法 26 条は、経営者が、経営活動において約款を使用する場合、顕著な方式で消費者に提示・説明しなければならない。提示・説明すべき内容は、通常、安全注意事項、危険告知、アフターサービス、民事責任等である。約款において消費者の権利を排除または制限したり、経営者の責任を軽減または免除したり、消費者の義務を加重したりする不公平・不合理な内容がある場合、当該条項が無効である。

以上の点は、ほぼ契約法の規定を踏襲している。

また、約款について、消費者権益保護法は以下の新規性がある。第一に、条項無効は、消費者に対する通知、声明、店内ポスターが上記 26 条の内容が含まれる場合、無効である。第二に、インターネット取引などにおいて、経営者が技術的手段を利用して、所定の約款を同意しないと取引することができないということが禁じられている。

検討

これらの消費者法側の法理の成果は、民法（契約法）にとって、何を意味するのか。中国民法（契約法）は、どのようにこれらの果実を吸収・整理するか、今は、それに関する立法上の動きはない。しかし、両方は連動して、消費者保護をする。両方の間の接点を通じて、契約法に影響を与えることは確かなことであろう。前述のように、現行契約法と消費者権益保護法の間にいくつかのルールからはわかる。

他方、実定法としての契約法は、従来の伝統的な、そして、現段階の中国の法体系に考え見ると、民・商両方を規律する一般法としての契約法は、一般規定を置くにとどまっておき、消費者法から滲み出した精神を受け入れることはやや難しい。しかし、逆説にいうと、民・商両方を規律する契約法であるこそ、それを受け入れ、かつ、それを吸収すべきではないか、ということであろう。

消費者保護立法が先行して、中国契約法は、不可避に、消費者保護問題を対処することとなるだろう。また、これらがいかに契約法の中で呈示されるか。契約ルール of 現代化を

は消費者が開封したビデオ製品、ソフトウェアなどのデジタル化のもの、（四）交付された新聞・雑誌。上記のほか、商品の類型により、かつ売買時に返品不可能と消費者の承諾を得たものである。返品された商品が完全で破損がないであるべきだ。経営者が返品された商品を受け取った日から七日間内に消費者が支払った金銭を返還すべきである。返品 of 郵送費を消費者が負担する。経営者と消費者が別途約定がある場合、その約定に従う」。¹³⁵⁹ 「経営者がその経営活動の中で定型条項（格式条款）を用いる場合、顕著な方式で消費者に、商品または役務の数量、質量、価格または費用、履行期限・方式、アフターサービス等消費者の重要利益とかかわる内容について注意させ、かつ、消費者の要求により説明すべきである。」（改正消費法 26 条）。

図ろうとする 1999 年制定された契約法そのものは、契約法に与えるインパクトを示している。契約法は、消費者法の影響を受けつつあることは、確かであろう。そして、将来に制定する見込みの民法典は、消費者（法）の影響を受けるというまでもない。

しかし、中国では、正義より、むしろ、契約自由を標榜するのは、計画・統制経済から市場経済へ転換する中国では、一定の意味では、当然なことである。原理的には、消費者法と民法との関係如何は、今の段階では、大きな展開がないようである。これは、第一に、中国では原理に関する研究が足らないことによる¹³⁶⁰。第二に、今までの消費者法は、もっぱらとまではいえないが、政策や行政にウエイトを置いて展開してきたことであろう。第三に、第二のためか、「消費者」に対する理解は、経済学とは切り離していないことである。そのため、民法からの関心は必ずしも十分ではないだろう。第四に、まとまった民法典の不存在が挙げられる。

消費者法の中で、経営者などの義務加重といった思想のほか、これまで、中国では、契約の成立や契約の解消について、契約法や消費者權益保護法などにおいて、「消費者」に特別な権利を付与するルールがなかった¹³⁶¹。近時の消費者權益保護法では、後悔権に関する規定の新設は、消費者法側にとって、初めての大きな突破であるといえようが、民法に衝撃を与えることに違いない。これをきっかけとして、消費者法のインパクトにより民法（契約法）の変化は、これから問われる課題だろう¹³⁶²。

2、「消費者」と民法（契約法）

原理・体系ともに弱いといえる中国民法において、「消費者」の位置がどうなっているのか。

契約分野の立法として、1980 年代には、三つの契約法¹³⁶³が制定されていた。いずれ、消費者（消費者契約）を規定していないし、かつ想定していない。まもなく、90 年代に入り、市場経済の実施に伴う取引ルールの整備や契約法規範の現代化を図るために、1993 年から、統一契約法（合同法）の起草が上程されるようになった。

1) 中国契約法における「消費者」の内包：消費者法の示唆

最終的には、1999 年契約法には、形式的には、消費者や消費者契約が明記されていない。しかし、「消費者」に対して配慮がなされた。あるいは、機能的には、契約法は、消費者保護の役割を演じることはいうまでもない一方、実質的には、消費者の精神は、契約

¹³⁶⁰ 少ないが、前述の注に、理論的には、外国（ドイツ）法における状況を紹介するものがある。しかし、これは、中国自体の検討ではない。また、中国では、法律上、この検討の素材が提供されていないからである。

¹³⁶¹ 契約解除権について、割賦販売に関する唯一な条文として、1999 年契約法 167 条がある（167 条：期限到来に買主が未払った代金が全額の五分之一になった場合、売主が買主に全額の支払いを求め、または契約の解除をすることができる（同法分則/第 9 章 売買契約に置いてある））。同規定は、契約一般に関するものであるが、解釈によると、買主が往々弱者であり、その利益が損害を蒙ることとなり勝ちであるから、買主を保護する趣旨を有するという（胡康生主编，中华人民共和国合同法释义(第三版)，法律出版社 2013 年 251-252 页。）ものの、割賦販売の場合、売主に有利に設計するものになってしまうだろう。しかし、いずれにしても、本条は、「消費者」に関するものではない。

¹³⁶² 実際、学界では、中国契約法のかかる制度に着目して、同理論の正当性などについて議論するものもある。

¹³⁶³ 1981 年に経済契約法、1985 年に涉外経済契約法、1987 年に技術契約法。

法に浸透しているということが、前述のとおりである。

A、実質的な側面：1999 年中国契約法の立法思想から

まず、繰り返しになるが、1993 年に消費者權益保護法は、消費者を登場させ、そのために開発したルールは、後の契約法に引継ぎされた。契約法には、契約自由を基礎に位置づけながら、消費者や消費者契約といった概念が現れていないものの、いくつかの民法の条文は、消費者に有用であるというか、消費者から着想を得て、消費者のために、設計されるといえる。それらは契約法の中で拡大化・具体化することとなった。換言すれば、消費者法の本質は、契約法に流れ込んだといえる。また、このことは、立法担当者の論述から、証左できる。

まず、1999 年契約法（合同法）の起草過程からも伺わせる。消費者權益保護法の制定とはほぼ同時期の 1993 年から、統一契約法の起草作業がスタートした際、論点のひとつは、契約法において「契約自由と国家介入」の関係如何であった。これについては、「統一契約法の制定の際に、契約自由の原則を基本原則として明確にする必要がある。…国家の契約に対する関与は、取引の安全・社会正義を維持すること、弱者を保護すること（消費者、労働者）を目的としなければならない」との見解が提唱されていた¹³⁶⁴。

また、契約法起草の理念のうち、一つとしては、経済効率と社会の公正、取引の便利と取引の安全を同時に配慮すべきことである。すなわち、法を制定する際に、効率に目を配る同時に、社会の公益や消費者・労働者の權益をも配慮すべきである、と¹³⁶⁵。

最終的に、1999 年に制定された統一契約法（合同法）は、消費者契約に関する単独立法がなされず、**商事契約・民事契約（消費者契約を含む）**を同時に・統一的に規定するモデルを採る。契約の立法思想によると、契約当事者一方が消費者（または労働者）の場合、消費者（または労働者）について特殊な配慮を優先的に考慮すべきだという。すなわち、生産者や販売者などの事業者側に契約自由について一定の制限を加えることである¹³⁶⁶。

実質的には「消費者」に対する配慮があった。

B、形式的な側面：「消費者」の一時の配置と契約法におけるレファレンス条文

一方、実際、1999 年契約法の立法過程を見ると、「消費者」の痕跡があった。「学者提案（学者意見稿）」は、一時「消費者契約」を書き込むことと提案していた¹³⁶⁷。しかし、その後の審議過程では、「消費者契約」が削除されることになった。「消費者契約」の契約法に書き込みは、実現するには至らなかった。その理由は、前記のとおり、取引ルールの画一化と契約法の現代化を図るために、消費者契約の単独立法というモデルを採ら

¹³⁶⁴ 梁慧星「中国合同法起草过程中的争论点」,法学, 1996 年第 2 期, 14 页。同「统一合同法：成功与不足」。

¹³⁶⁵ 张广兴, 中华人民共和国合同法的起草, 法学研究 1995 年第 5 期, 4-5 页。

¹³⁶⁶ 梁慧星、为中国民法典而斗争, 法律出版社, 2002 年 211-212 页。また、教科書の中では、一節を設け、契約法と消費者法の関係について論じるものがある：韓世遠・合同法总论（第三版）734 页。さらに、新合同法新在何处？理论广角 1999 年第 4 期 22 页は、「1999 年契約法は、契約両当事者が、ともに企業であるならば、契約法、双方の契約自由を遵守すべきであるが、もし一方が消費者である場合、消費者を優先的に保護する、ということは書き込まれているので、消費者保護の精神を呈している」という。

¹³⁶⁷ 全国人大法制工作委员会民法室, 中华人民共和国合同法立法资料选, 法律出版社, 1999 年, 42 页。

ずに、商事契約・民事契約をトータルに規定するということである。

他方、現行契約法 113 条 2 項において、契約違反の場合の損害賠償について、損害賠償額について、レファレンス規定が置かれている。消費者権益保護法の懲罰的損害賠償責任を確認している。「経営者が消費者に商品若しくは役務を提供する際に、詐欺行為を行う場合、消費者権益保護法の規定により損害賠償責任を負う」としている。

このように見ると、中国契約法は、消費者概念は、法に導入されていない。それは、「消費者」をはっきり想定していたし、形式的には、その根拠が呈示されている。

2) 契約法における民商契約の統一モデル—消費者契約の内在

A、民商統一の伝統

歴史的に見ると、中国の民事立法では、民商統一のモデルが一貫で採用されてきた¹³⁶⁸。契約法の起草の開始は、1980 年代に入ってからである。1980 年—1981 年に着手した「経済合同法」の起草作業がそれである。同法の起草を挟んで、1979 年から 1986 年までの間には、民法と経済法の学派では、いわゆる民法と経済法論争が行われた。この論争の中で、実は、経済合同法の帰属が、まさに、論争の焦点である。最終的には、1986 年に民法通則の制定により、この論争にいったん終止符を打ったものの、両学派の間の分岐がすぐに消えたわけではない¹³⁶⁹。

しかし、経済契約（経済合同）という概念は、そもそも旧ソ連法における概念であるが、20 世紀 50 年代は中国に導入され、立法上はこの概念を採用して用いられてきた。梁慧星は、この経済契約の概念は、実際、商事契約に当たる、という¹³⁷⁰。

B、契約法における「消費者」

1999 年契約法は、民商統一の立法体系の伝統を維持した。統一的な契約概念を採用し、経済契約・非経済契約、商事契約・民事契約、国内契約・涉外契約を区分することとしない¹³⁷¹。前述したとおり、契約法の規定は、民事契約（消費者契約を含む）にも、商事契約にも適用される。

¹³⁶⁸ 赵中孚，张谷，1994 年民法学研究的回顾与展望，法学家，1995 年第 1 号，44 页。

¹³⁶⁹ この危惧については、経済契約法の改正の際、配慮されている。梁慧星，论经济合同法的修订，95-96 页。梁慧星によると、経済合同法の改正について、経済合同という概念をやめて、「中华人民共和国合同法」に改める、と一部の民法学者が主張したが、梁は、上記の案を採用すると、特に、「経済合同」の概念をやめ、かつ、法律名を変更することは、必ずだ多数の経済法学者の反対を招くに違いない、と説く。梁の意見としては、経済合同法の構成をほとんどそのまま維持することを前提として改正を行っていくということである。

¹³⁷⁰ 梁慧星「论经济合同法的修订」96 页。経済合同法 2 条：「法人間」を対象とする経済合同法の規定について、梁は、主体により、経済合同法の適用範囲を決定するという扱い方を放棄して、当事者双方が一定の生産・経営目的を実現するためであるかどうかということにより、経済合同とその他の民事合同とを区別する基準とすべきだ、と主張する。彼によると、このように、経済合同という概念は、外国の商事契約概念に相当し、経済合同法が、外国の商事契約法に当たる、という。

¹³⁷¹ 张广兴，中华人民共和国合同法的起草，法学研究 1995 年第 5 期，5 页。

このように、中国では、「消費者」の本拠は、契約法と消費者権益保護法になる¹³⁷²。そのため、表面上は、「消費者」が存在しないが、実質的には、「消費者」が内在しており、両法に跨って存在するといえるのではないか。そうだとすると、仮に、将来的には、「消費者」を明文で民法に取り込むとすると、民商統一の前提の下、一方、「消費者」に馴染みやすい土壌が具備している同時に、民・商ルールの差異をより意識的に区別することだけだろう¹³⁷³。換言すれば、中国では、消費者概念の民法への取り込みという作業は（こういう必要があるならば）、契約法の背後に潜伏している「消費者」を表面化させることであろう。

検討

1999 年契約法は、契約一般に関するものである。しかし、民商を同時に規律する、かつ、消費者（ないし労働者）を配慮することは、何を意味しているのであろうか。さしあたり、以下の二点を引き出すことが可能ではないか。

第一に、民法（契約）における「人」の考え方についてである。

中国契約法は、対等な人をベースとしている同時に、商人、消費者、労働者という人間を想定している。契約に関する制度設定は、契約当事者が消費者や労働者である場合、消費者や労働者の利益をまずは配慮することである。「弱者」思想がその背後に潜んでいる。

もっぱら抽象的な人間像が崩れる。中国契約法には、対等・非対等の人間像を並存させようという意図がある。むしろ、「人」の分化という考え方は底流に位置づけられ、契約法を支えているのではないか。

第二に、現代社会における契約法の存在のあり方についてである。

取引ルールの現代化を目指した 1999 年契約法立法は、以下の二つの側面において、興味深いであろう。

一方、立法技術としては、①民商法統一立法モデルを採った。取引ルールの統一を実現しようとする。その上、②抽象・中立をある程度放棄して、伝統的民法の純粋性とは距離をとることとしたといえよう。

他方、立法理念としては、①転換期にある社会に現れた問題をできるだけカバーできるように、契約法の基本性という契約法観を擁護しようとする。②市場経済・社会公正を同時に配慮し、消費者などを考慮に入れることである。

学説における消費者位置に関する議論：

最後に、中国では、消費者と契約法（ないし民法典）の関係について一瞥する。

現在の中国の民法典の起草と編纂過程において、消費者法と民法との体系、あるいは、消費者法の位置づけは、特に、問題として提起されていないようである。個別的議論で何人かの学者は、この問題について触れている。

¹³⁷² 梁慧星・为中国民法典而斗争，法律出版社 2002 年，212 頁は、「中国では、単独とした消費者契約法が存在しない。消費者契約に関しては、契約法と消費者権益保護法を適用すべきである」という。

¹³⁷³ 中国では、民・商をより意識的に区分すると説くものとして、谢鸿飞，民法典与特别民法关系的构建，中国社会科学，2013 年第 2 期，112 頁を参照。

やや早い時期において、梁慧星は、消費者撤回権の規定の増設など消費者契約に関する法を改善しようと唱えながら、消費者契約法を単独的に制定するモデルを採用しない意志を表明していた。むしろ、民法典の起草中であるので、現行の契約法を見直して、将来の契約編にし、現行の保護法に属する契約法の具体的ルールを民法典の契約編に編入すべきだと説いていた¹³⁷⁴。

また、楊立新は、「わが国の消費者保護法規範を繕うために、消費者保護に関する法律体系を整えるために、事業者と消費者との関係についてその規制をアップするために、民法総則の法律主体部分において、消費者・事業者の概念を設けるべきだ」と提案している。具体的には、「消費者概念を規定すべき。すなわち、「営利を目的とするではなく、独立職業活動を目的ではなく、法律行為をする人と組織（自然人、組合、権利能力なき社団、非営利社団等を含む）である。」と明記すべき」。また、消費者の反対概念として、事業者の概念も規定すべき。「事業者とは、営利を目的とする、もし区は独立職業活動を目的とするため、法律行為をする人と組織である」という。彼によると、このような規定を民法に入れると、メリットとして、消費者・事業者概念は、私法の一般ルールとして、「民法典」の消費者保護規定について適用できるし、また、各種の特別法の中の保護ルールに適用できる。これを基礎として、消費者法体系の構築に寄与するとしている¹³⁷⁵。

反対に、崔建遠氏は、消費者法の民法（債権法）への取り込みについて、反対な意見を示している¹³⁷⁶。彼は、理由を述べる。第一に、「消費者權益保護法には多く行政的規定、処罰的規制を含め、行政的な色彩のあるルールである。法的責任について、懲罰損害賠償のような規定は、民法上の法的地位の平等。意志自治、補償責任の重視などの固有の事柄と合致しないからである」。彼は、取り入れないことは、まさに、民法の「固有性格、純粋性」を維持するからである、説いている。第二に、消費者法 49 条にいう「詐欺」は、その構成要件は、民法上の詐欺とは異っており、ギャップが存在からである。第三に、民法は、懲罰的損害賠償を認めていない。第四に、消費者法は、経済法に属する、すべきであるという。第五に、民事主体は抽象的な人ダール。具体的人格を規定しない。消費者や経営者は、具体的人格なので、消費者法にとどめるべきだと。消費者法は、その主体面からでも、パンデクテン体系の本質に合致しない。彼は、消費者法を経済法に入れるべきだという。

謝鴻飛¹³⁷⁷によると、諸外国と中国と、民法の発展の経路について、その最大の差異は、以下である。諸外国における民法は、統制解除（de-regulation）—統制（regulation）—再統制（re-regulation）を経験しているが、中国民法は、まだ統制—統制解除の過程を経験しつつある、という。彼によると、中国民法は、普通の人間像とその生活を出発点とし、より民・商の関係を意識的に区分すべき、と説きつつ、将来の民法典において、消費者（及び労働者）の取り込みについて提案する（同・115頁）。方法として以下、二つを提示している。一つは、形式的・象徴的な取り込みであり、「民事主体」のところに「消費者」（ないし労働者）について定義をするにとどまり、具体的規定の内容は、特別法にゆだねることとする。あるいは、もう一つは、実質的に取り込むこととする。消費者契約や労働

¹³⁷⁴ 梁慧星「消費者法及其完善」工商管理，2000年21期13頁。

¹³⁷⁵ 楊立新，2013年，36頁。

¹³⁷⁶ 崔建遠「中国債法的現状と未来」法律科学，2013年1月135頁以下。同中国人民大学書報資料中心、民商法学，2013年4月，65頁以下。

¹³⁷⁷ 謝鴻飛「民法典与特別民法关系的构建」中国社会科学，2013年第2期，112—115頁。

契約を、民法典に編入する。①「契約編」に配置する。消費者契約の具体的規範を売買・貸借・請負などの契約に散々に規定する。②「契約編」の後に「消費者契約編」を置くこととする。彼は実質編入は、伝統民法典の「民法総則—債権総則—双務契約—売買契約」の体系を破壊することがなく、単に「消費契約」を増設することだけである、という。

张学哲は、消費者法を将来の民法典に入れるべきだという¹³⁷⁸。彼によると、中国の契約法を改正したうえ、契約法の中で消費者に関する関係を調整しようとする。しかし、問題は、消費者権益保護法という法律がすでに存在するし、かつ、将来民法典の制定によって、契約法はその一部分になる。消費者法を契約法に取り入れることは、立法上採用される可能性はあまりないという。彼の提案は、消費者法の私法部分を民法典に入れるべきであり、元の消費者権益保護法を、消費者行政保護法にするということである。

補章のまとめ

第一に、中国では、契約法とは、消費者権益保護法は、独立に存在している。最初は、属する法分野の議論から現れたように、両者の距離は、大きかった。やがて、民法学者は、消費者問題を重視することによるか、両者は、接近することになった。

第二に、中国契約法には、形式的には、消費者や消費者契約を取り込んでいる。しかし、そもそも、中国契約法制定当時から、消費者・経営者の契約関係が対象内としている。消費者・経営者の契約関係そのものは、中国契約法に内包していることはわかった。

第三に、商事契約ルールを規定する中国契約法は、そもそも、その「民事的」「純粋性」を擁護するというより、市場経済における「基本性」や取引ルールの「現代性」を重視していることだろう¹³⁷⁹。

第四に、このためか、民商統一の体系を採用する中国契約法は、消費者を配慮するものの、取引の一般ルールを設置することにとどまらざるを得なかった。一方、ルールの具体化・細分化は、かかる特別法にゆだねている。たとえば、消費者の場合は、消費者保護法に、より具体的なルール・要件・効果を規定することとする。逆に、消費者保護法のルールの存在の基礎や、その不十分な場合、一般法に戻る。このような規範配置は、必ずしも立法当時には意図的になされたことではないものの、フランス式に即していうと、「先導法」・「後続法」の印象をすることだろう。

中国契約法は、民商が統一されていること、と、消費者保護法を含むことがその特色である。商取引に関するルールがある。また、消費者保護を想定して起草されていた。抽象的な人間に適用される法ではないということができる。

¹³⁷⁸ 张学哲、「中国民法法典化中消費者法与民法的体系选择」比较法在中国 2008 年卷，107 頁、特に、114 頁。

¹³⁷⁹ しかしながら、谢鸿飞，民法典与特别民法关系的构建，中国社会科学，2013 年第 2 期，112 頁は、何よりは、中国では、民商法の平等・民事責任優先が強調され、中国の未来民法典は、純粋な私法になる重要性を指摘する。

結語

I、議論の整理

一、本稿の基本認識

以上の考察のまとめに先立って、本稿の基本認識を述べておく。

およそ1970年代には「消費者」問題を規制する法が突入して以来、勃興を見せる。しかし、「ポスト消費者法時代」の今日より振り返って想うと、「消費者」が法の世界に進入すること、ないし消費者法の出現は、偶然なことであるか。本稿は、この疑問を抱きながら出発した。というのは、「消費者」を把握するための視野をもう少し広げる必要があるのではないかと思われるからである。民法は、その由来のひとつであると捉え、あるいは、民法には存在する同質な「前消費者法」からきたのではないかとも思われるからである。

それを答えるために、不十分でありながら、その一斑でもを示すために、それまでの、いわば「前消費者法時代」の事情をも多少考慮に入れることとした。少なくとも、20世紀における、通時的な消費者（法）像を提示しようとした。すなわち、この作業を通じて、一方、1970年代の前後の「発想的（思想的）」な有機的であるかもしれない連続性を意識しつつ、「問題」の「潜在」から、「問題」の「顕在」になった。

他方、横断的には、三つの次元を留意しつつ、「消費者」を把握していた。比較法的に、共時的な異同の存否を念頭に置きながら、それぞれの「問題・現象」、「制度・技術」、「原理・体系」を中心としてきた。

A、消費者概念について

（一）、法技術と弱者との間で：「原理」・「技術」と「弱者保護」との関係

消費者は如何なる人格であるか。一方、経済的な側面に密接にかかわるのであるが、他方、取引の構造にかかわる。前者は、経済的な活動主体であり、市場で一定の権力を握っている意味で群像である。後者は、弱くて被害を受けやすい契約の一方当事者である。

消費者を把握する際、「弱者」という用語は、紛らわしい概念用語のひとつであると思われる。しばしば、近代法の想定していた対等・互換の当事者が維持され難くなり、取引主体の属性が考慮され、古典的契約理論の適用されると、不当な結果になることとされる。

労働者・借地借家人、そして消費者が、対等ではないものとされる。弱者としての消費者像は生じてきた。他方、福祉国家の思想により、社会の弱者としての消費者保護から、市場に立脚する消費者法政策の転換がある。弱者を強者から保護するという命題から消費

者が登場してきたことは、日仏ともに、似たような経緯である¹³⁸⁰。しかし、日本では、規制緩和に伴い、「弱者保護ではなく、自立へ」、自己責任である消費者像となり¹³⁸¹、「消費者契約法では、かつて欧米で議論された福祉国家の観点からの消費者保護という見方は、完全に遮蔽されている」¹³⁸²。

たとえば、福祉社会における消費者保護のアプローチに対する批判として、消費者に対する直接保護や直接規制より、むしろ、市場の整備を通じて、市場における消費者の選択に必要な情報の確保に移すという主張がなされる¹³⁸³。また、消費法契約法の制定過程では、弱者論やパターンリズムを主根拠とした消費法の存在理由は、市場メカニズム重視の規制緩和の状況の中で、その説得力が十分ではないとされる¹³⁸⁴。

この緊張関係をいかに理解したらよいのであろうか。

現代契約において、取引の現実のもとで、消費者と事業者との間の不均衡の集約としての技術的な消費者概念を、人間像の視点から、「弱者」という表現を用いたに過ぎないと思われる。すなわち、このことは、必ずしも顕在していない「消費者」観念を「弱者」の категорияに位置づけるという志向を示している一方、その以降の展開から見ると、確かに、強調されている「弱者」という用語法が単なる一修辞学であると理解している¹³⁸⁵。

¹³⁸⁰ 学説だけをみると、これを証明している。たとえば、星野英一「私法における人」岩波講座 基本法学 1 一人（岩波書店 1983 年） 125 頁、特に 152-154 頁は「愚かな人間」である弱者を示している。また、竹内昭夫「消費者保護」竹内ほか・現代の経済構造と法は「供給者に比べると消費者はあらゆる意味で弱者である」とし、それに基づき、近代民法が予定した抽象的平等的「人」との相違を指摘する（16-18 頁）、同・消費者保護法の理論：総論・売買等（有斐閣、1995 年）12 頁。フランスでは、J.Calais-Auloy, et H.Temple, *Droit de la consommation*, 8e éd., Dalloz, 2010, p.22.n°20-21 は、消費者の保護理由や消費法の存在理由として、消費者が事業者に対して弱い立場にあり、消費法は、強者に対して弱者を保護するとしている。Carbonnier, *Les obligations*, Théis, も同意見。中国でも同様。

¹³⁸¹ 鎌田は、「現実問題としては、規制緩和論を与えるか否かに関わりなく国家の介入を認めざるを得ない状況をもって消費者法の中核部分とし、その周辺分部については、多角的に消費者保護の必要性和可能性を検討するのが有益であろうと解される」。鎌田薫「「消費者法」の意義と課題」現代の法 1 3、6 頁。また、後藤卷則「情報に関する民事ルール生成と契約法理への示唆」早稲田法学 80 巻 3 号 2005 年 49 頁は、「事業者への規制は、一定の範囲で消費者保護の役割を果たしてきた」、そのため、「規制緩和を推進すると、消費者は不利な立場に立つ」として、消費者契約法による適正の正当化として、消費者を市場において主体的に行動し、自由で多様な選択を行う、自立、自己責任を負う主体とし、「市場という観点に立つと、消費者保護に関する法技術は、整備された市場を創出するための法技術として捉えることができる」とする（49-50 頁）。

¹³⁸² 潮見「比較法の視点から見た「消費者契約法」」民商法雑誌 1 2 3 巻 4・5 号 623 頁。消費者契約は「情報格差の是正・交渉力の是正を通じて市場メカニズムを機能させる副産物として、情報格差・交渉力格差が存在する一定の場合について契約の有効性を否定する可能性が認められているに過ぎない。法秩序による・その限りでのパターンリスティックな介入が予定されているだけである」（潮見、623-624 頁）。

¹³⁸³ 藤倉「諸外国における消費者（保護）法（1）アメリカ」加藤一郎＝竹内昭夫・消費者法講座 1・総論（1984 年）138 頁。

¹³⁸⁴ 落合誠一「消費者法の課題と展望」ジュリスト 1139 号 1998 年、6 頁。

¹³⁸⁵ 大村敦志が消費者はおろかだという指摘は、状況の複雑性と人間の処理能力との間のギャップの存在を強調するためのレトリックとして理解すべきという。大村敦志 NBL 4 7 8 号 5 8 頁。

この両者は、必ずしも矛盾のものではないといえよう。確かに、「弱者」は、取引における消費者の一側面を反映するものであるからである。しかし、逆に、消費者＝弱者であるかという、そうではないと答える。弱者は、適用範囲を限定する「消費者」の特質でもないし、弱者だけをもって「技術的消費者」を画定する基準ともならない。

では、「弱者」を語るのは、間違っているのか。そうではない。フランスでは、「弱者」「劣勢状態」といった用語は、ずっと用いられてきた。今でも、学界では一般に用いられている。日本は、ポスト福祉社会に入り、消費者を語る場合、「弱者」「保護」といった用語はほぼ消えてしまった¹³⁸⁶。「弱者論」と「市場」・「支援」「自立」とは両立できないわけではない。あるいは、「弱者保護」思想の復興が必要となると考えられる。

(二)、消費者：「思想」そのものの拡張、ないし「消費者」概念の構造化の可能性

消費者法の今までの経緯を振り返って見ると、以下のことは指摘することできると思われる。

前提：「消費者」の価値の強調

消費者概念の「有用性」に対して、疑問が持たれているのもだろう。民法改正の検討から、それを見られる。

20 世紀には、「消費者」は、大きな発見である。法、特に民法上である。一国単独のことではなく、世界の多くの国では、その捉え方自体には相違が存在するかもしれないが、同時に生起した共通的な現象であるとともに、法分野では、ほぼ同時期に立法がなされるのは一致している。また、今日の多国の民法学に浸透し、「消費者」を多かれ少なかれ触れている民法学と捉えることに鑑み、「消費者」の「有用性」そのものを論ずること自体は、理論的には必要とされるが、現実からいえば、いささか自明な意味が示されていると考えられる。他方、「消費者」の生成過程を見ると、「消費者」概念の有用性は、ある程度実証されていると思われる¹³⁸⁷。

このようにして、今日の任務は、その価値があるかどうかという議論を避けることであろう。その代わりに、その価値を如何に受け止めるか、さらに、これから、それを如何に活用するか、という課題であろう。

ただ、以下の二点は確認できる。

第一に、「消費者」は一定の、あるいは特定の、固定の社会の層ではないだろう。

第二に、われわれ皆消費者である、ということは、消費者法の適用範囲、ないし消費者契約法と民法との関係を考慮するに当たって、積極的な意味を持っていないのであろう。

(1) 「保護（消費者思想）」：特殊性から普遍性へ

¹³⁸⁶ しかし、落合誠一「消費者法の課題と展望」ジュリスト 1139 号 1998 年 5-6 頁は、規制緩和の下で、消費者法の存在理由としての「弱者論」の捉え方や「弱者」の意味について検討するひつようがあるとしつつ、日本の「これまでの消費者法の正当化は、一般的には「弱者」論ないしパターンリズムに依拠する傾向がむしろ強かったように思われる」と説く。

¹³⁸⁷ もちろん、歴史的に見ると、日本では、交渉力、約款、消費者などについて、どのアプローチをするか、議論があった。

保護される者から、格差を有する普遍性を有する者となる。このことは、「消費者」概念のもっぱら介入指標性と理解されかねない。

しかし、かつての取引においても、理想な均衡状態が虚偽性を有することは確かであるし、現代的取引においても、この不均衡状態がより拡大され、顕著となりつつある。

このように、以上の状況は、民法の視野から、潜在から顕在になると合致している。そうだとすると、このことから、むしろ、消費者は、民法の変容において必然的な結果である一方、民法の追求する方向・対象のひとつではないか。

このような、取引自体の多様化・複雑化、取引勧誘の多様化、契約内容の不当、現代的取引の不均衡状況が一般的となる。これらの不均衡は、「消費者」概念だけでは片付かないものであるし、取引類型が異なっている。しかし、取引のさまざまな不均衡の状況を集約する共通項として、「消費者」の機能がある。これらの場面において、「消費者」概念と締め括ることが可能である。その意味では、「消費者」は、普遍性を有するものである。

(2)、「消費者」：具体性から抽象性へ、あるいは具体性と抽象性との間で

消費者の定義の如何及びその定義の仕方の難しさを別として、「消費者」概念自体は、抽象性が増している。基準としての消費者から思想としての消費者へという感覚。また、「前消費者時代」を考慮に入れると、「消費者」は、具体性・抽象性との間に存在するものとして、今日に歩んできたという捉え方も可能であろう。

消費者生成過程からみても、「消費者」は抽象的な意味を持つ概念である。というのは、そこでは示したのは、個人だけではなく、事業者をも指している。ただ、それだけではない。また、現代民法の思想そのものを露呈させていると思われる。

「消費」そのものの理解は広がっている。消費者は、「消費」行為から、目的物に関わり、消費できるもの、たとえば、食料品などのものを消費物としている。さらに、消費者取引の分野が広がり、取引の対象も多様化を見せる。しかし、もともと、消費者は、このような消費できる物を購入するものであると捉えていた。たとえば、教育、医療、旅行、投機的・利殖的取引などである。

このような取引自体の領域変化のこともあってためか、今日、消費者概念は、目的物が消費できるかどうかを離れて、取引における格差に着目する一定の抽象性を有するものとなる。

しかし、ここでは、日仏中の一定の差異が見られる。フランスでは、消費契約というカテゴリーが存在しないため、目的物に着目することがある。同様な状況は、中国でも、存在する。これに対して、日本では、消費者契約という概念があつて、非常に広い包括性を有することであることは、日本消費者法の特色である。

(3)、「消費者」概念：一義性から多重性へ

上記の普遍性・抽象性を、さらに、敷衍すると、多重的な「消費者」構成が浮き彫りになる。

確かに、消費法には、消費者の定義が置かれている。その意味では、「消費者」は、一義性を有する。本稿の全体から示すように、「消費者」は、多重性の特徴を有する。この多重性は、どの側面、どの次元に着目するかによって異なってくる。それらは、矛盾ではないし、逆に、それこそだから、消費者概念の広義の可能性が包含される。

「消費者」は、「問題」としての「消費者」から出発して、「制度」としての適用範囲限定機能になり、そして、「原理（思想）」として、民法には浸み込むこととなる。この三段階には、二回の抽象化が包含されていると考えられる（図一）。

このような「消費者」は、一方、民法の側面に即してみると、民法自身は、恒常的に弱者保護について配慮すること別としても、19世紀ないし20世紀初頭以降、民法自身の変容においては、「消費者」の要素。そうであるならば、現代民法の変容そのものであると認識している。他方、消費法以降、消費法の側面から見ると、これらの「消費者」は、民法そのもの一部をなすものではないか。

そう捉えると、「消費者」は民法と外在的に・体系的に「独立」する、「特別」なものとしてではなく、また、内在的に・原理的に民法と相容れない存在ではないと考えられる。

B、消費者法と民法、ないし、特別法と一般法の関係¹³⁸⁸

消費者法は、どのようなものであるか。消費者法と民法との関係を見ると、以下の認識を抱くようになってきた。

（1）消費者法：「消費の機能」より、むしろ「消費の当事者」

いうまでもなく、消費者法は、常に、二つの論理が作用している。ひとつは、消費機能であり、もうひとつは、契約関係。前者は、より最終的利用者を重視するが、後者は、契約当事者を強調する。また、前者には、市場法と位置づけるための側面¹³⁸⁹が強調されるが、後者は、民法のロジックから契約均衡をいかに保つかである。

市場法の側面は、もちろん、重要である¹³⁹⁰。しかし、民法の中で、この問題を把握する際、最終的利用者であるということより、むしろ、「契約当事者」という視点は、各契約の公平性に着目することは重要であろう¹³⁹¹。これは、市民社会の観点である。

市場と市民社会の関係という点については、大村敦志が、「再市民社会化」と指摘されている¹³⁹²。「日本民法学においても「弱者保護」の声が聞かれなくなり、「市場」の優勢が著しくなっている。しかし、「市場」だけでなく、「市民社会」が必要とされていることは、フランスの場合と同様である。民法典を通じて、いかなる市民社会を実現するのか、新しい市民社会の構想が必要」だと説かれている。

¹³⁸⁸ 甲斐＝石田編・民法30講〔財産法〕（1）法律文化社、7頁は、特別の限定なしにその問題一般について規律するのは、一般法である、人とか事柄とか場所とかについて特別に限定されたものについてだけ適用される場合は特別法という。また、同・10頁：「民法は、われわれの日常生活に関する基本法である」という。

¹³⁸⁹ 「われわれ皆は消費者である」は、この側面を強調するものであると理解している。また、「消費」の語源の意味からのアプローチでもあろう。

¹³⁹⁰ フランスでは、市場の観点から消費者を捉えたと促すのは、G. Raymondの一連のものが挙げられる。彼は、消費者が自然人のみであるに執拗している。

¹³⁹¹ この点について、特に、Pizzio, L'introduction de la notion de consommateur en droit positif, p.93, n°9 参照。Pizzioは、不当条項法の場合について、その目的は、最終的利用者の性質より、むしろ、契約当事者の性質に着目して、消費者保護公序を創設することであると説いている。

¹³⁹² 大村敦志・20世紀フランス民法学から、学術としての民法I（東京大学出版会、22009年）202頁。

「如何なる市民社会」が重要な課題であるし、このあるべき「市民社会」が如何に実現されるかも問題であろう。その観点から、消費者法と民法との関係を如何に捉えるか、という問題に即して言えば、「市民社会」は、民法だけより担われるか、あるいは如何なる民法により担われるか、となる。それは、従来の民法「典」により、それを実現できるか、という問題となる。言い換えれば、消費法のことを反映しない民法は、「市民社会」にふさわしいのか。そのことを肯定するという前提に立つならば、消費者法を反映した民法は、如何に体现するか、という法典技術のことになると考えられる。

(2) 特別法と一般法：特別から一般への趨勢

一般法と特別法の関係は、三つの問題が提起される。第一に、絶対的なものであるか。第二に、不変的であるか。第三に、一般法は、先験的に一般法の地位を有するのであるのか。

それらについては、第一に、特別・一般は、必ずしも、絶対的なものではなく、相対的なものである¹³⁹³。一般法の中には、特別なものが置かれている。第二に、それらの地位は可変性を有する。特別法・一般法の地位は、変化している¹³⁹⁴。第三に、一般法は、最初から、一般的なものであったのか。むしろ、今日の一般は、昨日の特別だったといってもよいのであろう。

一般法と特別法の関係については、20世紀前半にリペールの指摘は、今日でも、重要な意味がある。あるいは、今日になってこそ、リペールの断言の実証を見せている。リペールによると、今日の特別、例外のものは、明日の一般になる¹³⁹⁵。このことは、特別法は、一般化されること、ないし、契約一般理論になる¹³⁹⁶。特別法・特別ルールの上昇運

¹³⁹³ 大村敦志・民法改正を考える（岩波書店、2011年）145頁以下。

¹³⁹⁴ たとえば、F.Collart Dutilleul et Ph.Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 8^{ed.}, Dalloz, 2007, n°8, p.9. 一般法は特殊化する現象が存在する。一般法が特別化するというのは、一般法がますます一般的ではなくなり、かつ、ますます特別的 particulier となる。同意の瑕疵理論は、消費者保護のために考案された諸技術、たとえば、熟慮期間、情報に関する規律、などにより、二重化されつつある。

¹³⁹⁵ たとえば、G.Ripert, *Ebauche d'un droit civil professionnel*, in *Etude de droit civil civil, A la mémoire de H.Capitant*, Dalloz, 1939, p.677. 「民法 droit civil はどこに行くのか?」、「現代法においては、なんらかの新原則を発見する。この新しい原則は、明日、民事秩序において根本的なものと考えられうるだろう。」、現代の諸法律は、「革命的と一時的であるという。しかし、それは常に、抵抗 insurrections と部分的成功により、新しい秩序が開始する。一般的諸ルールへの適用除外は、増加し、かつ続くとき、原則を表させる一般ルールの詰め込まれたこの法から離脱することにより終わる。」(p. 677)、「新しいルールは、危機の時期に、急に即興で作られるものである。しかし、一時的あるいは例外的措置は、法において新しい考え方を投じることにも至る。この新しい考え方は、後ほど、一般的立法の命令により明確され、かつ、保護され、原則 principe を見せるだろう。」(p. 678)、「それらが従事する職業にわかる人間のグループ」の法律が将来性があるものとされている。同様に、G.Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1935, p.403 et s. 人の平等の望ましいイデアルではなくなるため、一般法が特別法により圧倒され、ないし、代替されるという考え方は、興味深い。

¹³⁹⁶ F.Collart Dutilleul et Ph.Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 8^{ed.}, Dalloz, 2007, n°9, p.10-12; N.Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, 2002, PUAM, n°742, p.520, 契約前の情報義務の一般化について指摘

動と理解している。

では、それは如何に実現されるのか。特別法は、長い期間の中で、頻繁に適用されることにより、一般法となる。しかし、単に数量的に繰り返しでは充分ではない。たとえば、民法の商化については、「商法の適用される機会が多いからといって、それが特別法から一般法に転化することはいえない。それはたんに適用の頻度による区別ではなく、体系的・原理的な関係にもとづくものだからである。」と指摘されている¹³⁹⁷。それを前提とするならば、すなわち、一般法になるには、数量的なではなく、体系的・原理的な関係が必要とされている。

二、議論のまとめ

本稿の全体内容をまとめよう。

序言では、問題と課題限定をした。すなわち、消費者概念の微視と巨視の観点から、契約法の分野に限定して、「消費者」概念の捉え方と消費者法・民法の関係ということである。

第Ⅰ部では、日本・フランスにおける「消費者」概念の生成過程と「消費者」概念の射程について考察した。前者については、日仏それぞれの歴史をたどり、民法・特別法という二つの主軸をめぐって、フランスの場合、20世紀初頭から、1978年法まで、日本の場合、20世紀前半を触れつつ消費者契約法の制定まで、見ていた。後者については、それぞれの国の学説と判例を中心として考察した。フランス法については、ヨーロッパ法の影響を見るために、必要な限度で触れていた。

具体的に、フランス判例は、破毀院も、そうであるが、下級審の判決にも見られるが、専門能力の基準に寄りかかった。同時に、契約目的の基準を援用していた。判例は、この両基準の間で動いていた。（専門能力は、それ以前の事業者法などの趣旨を継承したものと理解されている。また、そこの連続的に捉えることができると呈示している。）

その後、判例は、より客観的・限定的な基準をとるようになった。このことは、一方、ヨーロッパ法からの影響がフランス法に浸透してきて、フランス法の保護の範囲を狭めつつあることは実際の動向である。他方、フランス消費法自身の内在的要求である。すなわち、なるべく、裁判の判断の恣意性や、似たような事件であるものの、まったく反対の結果に導くという現象を避けるために、客観的な基準により判断を一定程度の統一を志向することと見られる。

実際、これらの基準に依拠ではなくても、消費法のルール自身の拡張的解釈が確認される¹³⁹⁸。

次に、フランス法の場合、従来、とりわけ、不当条項について、1978年法以降、法の適用範囲の拡張が立法者の意図されたところである。EC指令の複数回の導入において、この方向を堅持していた。ただ、つい最近、フランス法は、事業者に適用する現在の段階では、厳格の定義を、2011年のEC指令の圧力の下で、同指令の消費者概念規定をそのまま、フランス消費法典の中に導入した。これは、初めて、フランスの消費者法の中で、

される。契約前情報義務が、消費関係、消費法の範囲だけではなく、契約一般理論の中でもその存在となると述べている。

¹³⁹⁷ 中川善之助ほか編・体系民法事典第三版（青林書院新社、1982年）11頁。

¹³⁹⁸ この点について、たとえば、F.Béranger, n°453, p.341は示されており、これらの拡張的解釈を有するルールを「良いルール」と評価している。

明確な概念である。

さらに、学説は、消費者概念の捉え方について、多様な展開がある。一致した消費者概念が困難であるように思われる。最初、多くの学説は、厳格の消費者概念の意味で、消費者概念をとった。しかし、これらの学説は、典型的な消費者概念を画しながら、消費者法の適用範囲の拡張に否定しない。学説の大部分は、消費者法の適用範囲の拡張を主張する。

第ⅠⅠ部では、フランス・日本、それぞれの、消費（者）法と民法の関係を検討してみた。フランス法では、1970年代以降、現在までの学説を見た後、個別的制度から、消費法が民法への浸透を考察した。また、消費法典と民法典との関係を検討した。日本法では、民法側から、消費者法を見た後、消費者法から民法を見ることにより、「消費者」保護により、民法の変容を見た。それに続き、民法（債権法）改正の際、消費者契約法の取り扱い方について考察した。消費者問題を受けて、民法原理、民法の諸制度は、消費者のために、変容してきた。この原理の変化と消費者のための制度の変容は、日本、フランスに共通的なことである。消費者法の思考方式は、現実的に民法は採られているし、また、消費者法は、民法に全面的に浸透しているといえよう。その中で、共通の項目が存在する同時に、日仏のそれぞれの独自の展開を見せる。

補章では、中国法について考察した。「消費者」概念の捉え方と契約法と消費者権益保護法の関係を項目とした。

ⅠⅠ、比較と示唆

一、比較

第一、図式（図二）

フランス、日本、中国では、消費者法は、いずれの国においては、生成中である。しかも、いずれも、消費者法の改正課題を行う同時に、民法典の立法（法典化・再法典化）が行われている。

第二に、日仏は、歴史的に見ると、消費者法は、弱者保護として展開されたものは、同様である。しかし、相違なものがあある。一方、フランスでは、公序と「消費者」、常に結びつけて発展してきた。公序が先行して、そこから、「消費者」を導くというか、位置づける。すなわち、フランスでは、「公序」は「消費者」を引き起こした。しかし、日本では、それは、福祉社会の思想の下での展開であるが、行政依存だったであるが、民事法からの公序の発想は、希薄だった。むしろ、消費者法の展開により、公序が生じるようになった、というフランスとは逆の現象があるように考えられる。また、日本は、まず、消費者概念、それから、消費者法がある。フランス法、まず消費者法、それから、消費者概念が登場するといっても可能であろう。

第三に、そのような展開であるが、他方、日仏ともに、特に、90年代以降は、「市場」、の思想が入り込んできた。一方、日本では、規制緩和に伴い、消費者を、市場の自己責任に据えつつ、消費者契約法が展開される。他方、フランスでは、EU法からの不断の主

動・受動的な浸透により、消費法は、市場のイメージが濃くなってきた。

二、示唆：将来の立法像

消費者定義の困難が承認されなければならない。この困難は、消費者概念が持つ多重性に由来すると考えられる。

フランスでは、E C指令からの圧力を受け、E C指令の消費者概念が、2014 年 3 月立法に導入されていた。しかし、消費者概念ないし消費法の適用範囲についての議論は、それによって、終了するとは思われない。今後、ヨーロッパからの外来とフランスの独自のものの関係の展開を注目していく。

フランス法の考察から言えば、消費者概念の顕著な拡張的な動向が見られる。法概念があるにもかかわらず、類推適用や非事業者概念の開放的役割、あるいは、さらに、これまでの経験を見ると、法違反して適用する可能性がないのではない。

フランス法では、判例上、破産院の態度としては、消費者を、弱さの立場にある契約当事者として保護必要なものというロジックを採っているといえる。法人を否定ではない。この傾向は、とりわけ、不当条項分野では、顕著的なものとして現れる。

また、「前消費者法時代」のことが考慮される必要があるだろう。フランスでは、その時代、専門知識という基準が重視される。この専門能力の基準は、フランス法では、判例上、貫徹していたといえよう。それは、必要な条件の一つであるかもしれない。しかし、それだけでは充分ではないようである。

消費者・事業者の間に、その線引きは、単純なものではない。少なくとも、消費者・事業者を事前に決め、二分法により画定することが採られていない。

また、フランスの債務法改正では、契約不均衡や正義を重要視している。民法改正には、その価値を取り入れることの可能性は高い。

法人については、適用可能性は依然存在している。法律上、非事業者概念が広がる趨勢が観察できる。

日本はどうか。消費者法典を制定することは、ほぼ共通認識に至っているといってもよい¹³⁹⁹。将来に、統一的な消費者定義を定義する際に、消費者・事業者概念の二分法を放棄したらどうか。「消費者」はアプリオリに決定するものではない法人への可能性も再検討を促すこととなる。消費者契約法における「消費者」概念の前の段階では、日本では、業法、民事裁判例、両者ともに、法人などを除外していない。また、民事裁判例では、消費者とされるのは、その不均衡を是正しようという点が重視されている。また、日本では、直接関係が提案されているが、フランスの経験からみると、その判断は、結局「事業のために」という目的になりがちである。

他方、法典技術の場合は、少なくとも、二者択一のような扱い方より、「消費者」概念のアプローチの如何に質疑することができよう。一般法と特別法との、従来の捉え方は、維持できないである。そうであるならば、どのような法典像を想定すべきか¹⁴⁰⁰。

¹³⁹⁹ 民法（債権法）改正の議論より、多く主張されている。また、実践としては、大村敦志・判例・法令消費者法（有斐閣、1994年）が、既存の消費者関係法令の各条文を、一定の体系で組み直して配置すると試み、消費者法の体系を提示している。

¹⁴⁰⁰ 星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」北村一郎編フランス民法典の200年（有斐閣、2006年）81頁。大村敦志「民法と民法典を考える」同・法典・教育・民

民法を、市民社会の基本法である¹⁴⁰¹。その基底性を如何に保つ（または保つべき）かと理論的問題、と、法典レベルでそれを如何に体现するか、という問題がある。法典のモデル選択は、ある意味では、形式・政策的といってもよいであろうが、しかし、民法の価値を、法典を通じて体现すべきである。その技術は、ありうる方法が、必ずしも唯一ではないと思われる。実際、レファレンスの方式も考えられるし、また、一般化・統合のも考えられる。

また、実際、フランスのを見ると、消費法典と民法に限っていうと、むしろ、その基本性をともに、担っているといえよう。その方法としては、二重的な規範配置により、それを実現する¹⁴⁰²。消費者契約法の独立性・自治を主張するという観点、と民法典と消費者法のルールとともに配置する見解とは、矛盾していないと考えられる。

もし、この方法をとるならば、あるいは、統合についてもそうであるが、批判があったように、民法というのは、従来、日本では、そのような頻繁に改正する伝統もないし、その基本性があるため、頻繁には改正してはいけない、という批判である。

このことは、フランスでは、1804 年民法典以来、頻繁に改正されているといってもよい¹⁴⁰³。このことは、障害とはならないし、また、逆に、民法典の一定の時代に合わせる柔軟性を保っているといえることができるのではない。

民法改正は、最終的な結果は、予測できない。あるいは、中間試案はどうなるかはわからない。しかし、少なくとも、「思想」としての「消費者」の浸透は、既成事実である。

仮に、中国のような、消費者を契約法でカバーするならば、民商の関係もある。それは、だめだったら、信義則や一般的解釈理論のところに、「格差」規定の意味が大きい。もし、導入が実現されるなら、その役割は、大いに期待されることであろう。

中国は、将来立法について、おそらく、現行契約法の成果をそのまま民法典の一部分をなす可能性が高い。そうであるならば、形式上・政策上は、如何に扱うか、民法典に消費者を顕在させるかどうかは予測し難い。ただ、容易に予想できるのは、中国の法事情から、近い将来の民法典に消費者概念を入れても、日本のような強い反対にはならないのであろう。これから、弱者保護思想がすでに契約法に入っているということから、中国の課題は、法律上の「消費者」概念の認識の転換が必要である一方、民法上の、思想的な浸透が行われることとなるだろうと思われる。

なお、「思想」の一般化を認めることである、そうであるならば、消費者概念を民法に入れるべきか、入れるべきではない、といった問題ではなくなる。第一に、法典技術は如何なるものにするか。第二に、どのような法規定をするかという選別作業になると考えられる。

しかし、選別といえば、さまざまなレベルのルールがある。容易に変形して一般化でいえることは、一般化することができる。一般化し難いならあ、そのまま、「特別法（典）」にとどめておくことはである。ただ、今日、「特別性」を顕著に持つものは、近い（将

法学（1999年、有斐閣）所収1頁以下参照。

¹⁴⁰¹ 大村敦志・民法改正を考える、148頁。

¹⁴⁰² この点については、シンポジウム 消費者契約法の一〇年、私法、47頁、山野目質問。

¹⁴⁰³ これについては、北村一郎編・フランス民法典200年（有斐閣、2006年）519頁以下。付録として「フランス民法典改正年表」が掲げられている。

来)には、一般になる場合もある。

こうして、過去を振り返ってみると、消費者法のルールは、最初「新しい、小さな」ものは、その後、一般性を帯びるようになってきた。このことは、今日に立って、将来に向けて、同様に言えるのであろう。

もちろん、それぞれの国、社会モデル、背景・政策については配慮する必要があると考えられる。

これからの課題

以上が本稿の内容である。最後に、これからの課題として、以下の諸点を指摘しておく。

まず、本稿に直接関係する作業としては、以下の2点を指摘する。

1、将来へ

今後、フランス法の展開－消費者概念をめぐる新たな展開と民法改正における民法(典)と消費法(典)との関係－の動向、さらには、ヨーロッパ法¹⁴⁰⁴(消費者保護分野・ヨーロッパ民法典の動向)の動向およびそれがフランス法に与える影響を留意しつつ、日本の民法改正や中国の民法典制定などを引き続き見ていくことは、残された課題の一つである。

2、過去へ

他方、フランス法については、あえて19世紀末・20世紀初頭という曖昧な時間点を設定して、そこから、「潜在的」な「消費者」思想を引き出そうとし、素描にとどまっていた。その作業自体は、不十分であるのはもちろん、また、やや推測となるが、よりその先に遡って、1804年民法典あるいはそれより以前までを考察対象とする更なる検討をする余地があると思われる。また、日本法の検討においては、より精緻な回答を析出するには、同様、20世紀半ばまでの状況について更なる具体的な作業が必要であろう¹⁴⁰⁵。

そのほか、本稿の課題とはやや離れるが、以下の三点がありうるのではないか。

3、民法と市場法との葛藤

消費者法、競争法、市場法、民法との交錯の現象が、最初からは、その性質を帯びながら、生成してきたことである。とりわけ、フランスでは、EUの影響を受け、市場の法の

¹⁴⁰⁴ ヨーロッパ法に関するものとして、S.Hartkamp Arthur 講演「ヨーロッパ民法典への動向」ジュリスト1361号148頁2008年。廣瀬久和「「ヨーロッパ民法典への動向」が語るもの－アーサー・ハートカンブ教授講演に思う」同上、156頁。オーレ・ランドロー＝ヒュー・ビ編、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳・ヨーロッパ契約法原則I・II、I・II(法律文化社、2006、2008年)。また、1990年代後半のものとして、北村一郎編集代表・現代ヨーロッパ法の展望(東京大学出版会、1998年)。長尾治助「国連ガイドラインと法のハーモナイゼーション」長尾ほか編・消費者法の比較法的研究(有斐閣、1997年)2頁。

¹⁴⁰⁵ 大村敦志・公序良俗と契約正義(有斐閣、1995年)20頁以下においては、日本法現行民法典成立から第二次大戦終結までの時期の学説・判例の分析は、主体「人」についてではなく、暴利行為をめぐってなされているが、示唆に富む。

考え方が重要視されており、かつ、その色彩が徐々に濃く塗りつけられつつある¹⁴⁰⁶。同様に、日本では、1980年代末より、福祉主義から、規制緩和を打ち出した新自由主義へ転換した背景の下、市場を重視して機能する消費者契約法は、一定程度、その性格を有することは否められない¹⁴⁰⁷。

とはいえ、市場法は、消費（者）法、民法との三角関係は存在し、かつ、将来、民法・消費者法に共通する市場法の有用性を否定することができない。しかし、消費法と民法との関係が、依然として、重要になっていくということは変わらない。市場法という視点から、消費法と民法との関係を観察することは有益であろうから、今後の課題としたい。

4、契約法と不法行為法

本稿は、冒頭序言に申したように、消費者、消費法・民法関係を、契約分野に限って見てきた。安全や人身損害の場合、不法行為法と製造物責任法・消費者安全法の関係如何や、その際、契約法における「消費者」と不法行為法における「消費者」との関係、さらに、より広い視野での民法と消費者法との関係を検討することは必要である¹⁴⁰⁸と思われるが、今後の課題にしたい。

5、複合領域としての消費者法の影響

より範囲が広がるが、消費者法とその他の法との関係やないし法システム全体に与えた影響を検討することは有益だろう¹⁴⁰⁹。その中で、一方、たとえば、「人」の観点から、

¹⁴⁰⁶ この点については、N.Sauphanor-Brouillaud, avec le concours de E. Poillot, C. Atbert de Vincelles, G. Brunaux, Les contrats de consommation, règles communes, LGDJ. 2013., n°3, p. 5. G. Parléani et C. Lucas de Leyssac, Le droit du marché, PUF. 2002.; M.-S. Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, éd., Dalloz, 2001.; Droit du marché et droit commun des obligations, RTDcom 1998.1.spéc., J.-P. Pizzio, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, RTD com. 1998, p. 53.

¹⁴⁰⁷ 大村敦志・消費者法[第4版]（有斐閣、2011年）7頁、30頁および293頁以下参照。また、この趣旨を有するものとして、潮見佳男「比較法の視点から見た「消費者契約法」ー比較法からの「摂取」と比較法への「発信」」民商法雑誌2001年123巻4・5号613頁以下。吉田克己「市場秩序と民法・消費者法」現代消費者法1号2008年72頁。日本私法学会シンポジウム「競争秩序と民法」私法70号2008年（「競争秩序と民法」NBL863号39頁2007年。）。

¹⁴⁰⁸ この問題については、大村敦志・消費者法[第4版]2011年165頁以下、281頁以下参照。大村敦志・判例・法令消費者法（有斐閣、）鎌田薫「「消費者法」の意義と課題」現代の法13消費生活と法（岩波書店、1997年）特に10ー11頁。また、瀬川信久「消費社会の構造と製造物責任法」現代の法13、187頁、浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済」現代の法13、217頁。廣瀬久和・河上正二編・消費者法判例百選別冊ジュリスト200号2010年158頁以下の諸判例。フランス法の製造物責任法について、日本語の文献として、平野裕之「フランスにおける製造物責任立法の動向」法律論争66巻1号1993年217頁。後藤卷則「フランスにおける製造物責任法の成立」ジュリスト1998年72頁。後藤「フランス製造物責任法の成立とその影響（立法紹介）日仏法学22号1999年239頁。

¹⁴⁰⁹ フランスのものとして、N.Sauphanor, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ. 2000. 日本では、多分野から消費者・消費者法を見るものとして、たとえば、特集・「消費者法制の軌跡と展望」ジュリスト1139号1998年の諸文献。米丸恒治「消費者保護と行政法システムの課題」現代消費者法1号2008年79頁廣瀬久和・河上正二編・消費者法判例百選別冊ジュリスト200号2010年コラムに掲げる諸

消費者と労働者などと如何なる関係を有するかを見ることができる反面、それを通じて逆に「人」そのものの捉え方、ないし現代社会での再認識に新たな示唆が潜んでいるかもしれない。他方、そうした作業を通じて、その他の法（商法、刑法、行政法など）との関係により、民法には如何なるフィードバックを与えるかと検証する余地があるのであろう。