

資料

データと議論 (1)

——消費者法における実証研究——\*

アンヌリーゼ・シボニー\*\*  
丸山 絵美子 / 訳

戦後ドイツにおいて実証的法社会学が活動を開始したとき、実証研究は客観的実在に対する素朴な要求の可能性を失っていた<sup>1)</sup>。

---

\* [訳者注] Data and arguments: empirical research in consumer law, in Research Methods in Consumer Law A Handbook edited by H.-W. Micklitz, A-L Sibony and F. Esposito, 2018, Edward Elgar Publishing Ltd., 165 pp.

\*\* [訳者注] Anne-Lise Sibony、ベルギー・カトリックルーヴァン大学、EU (欧州連合) 法教授。

※ Hans-W. Micklitz と Fabrizio Esposito の有益なコメントに感謝する。とりわけ Hans-W. Micklitz は実証的法学作業に関する私の見方を広げてくれ、かつ、私が本稿でなし得た以上に本来関心が示されるに値する法社会学会に私を紹介してくれたことに謝意を表す。本稿は the Consumer Refit に基づくイニシアティブ公刊前に書かれている。それ故、イニシアティブについては最低限のものを組み込むことができたに過ぎない。

1) Gerd Winter and Volker Gessner, 'Empiricism and Legal Practice' in Christian Joerges and David M. Trubeck (eds), Critical Legal Thought: An American-German Debate (tr Carol Claxton-Vatthauer, Nomos 1989)157.

## 1. 序

実証的データは、学術研究と立法の両方において法的議論に際し投入される機会が増えている<sup>2)</sup>。この現在の実証への転回は消費者法に特有のものではないが、法学のこの領域は、近年、少なくともヨーロッパでは、実証的法研究の最先端の領域となっている。このハンドブック（訳者注：H.-W.Micklitz=A-L Sibony=F. Esposito, *Research Methods in Consumer Law*, 2018）は、それゆえ、このような作業の総体を熟考する時宜を得た機会を提供するものとなっている。この作業に取り組む中で、私は、主として、消費者法に関心を有している理論的伝統教育を受けた法学研究者、その研究に実証的局面を加えることを検討し、その用いる典拠資料となるものに実証的作業を組み入れたいと考えている法学研究者を名宛人とする。すでに実証的法研究に熟練している研究者もまた、異なる観点から本稿に関心を抱くかもしれない。というのも、本稿は、実証研究の試みに関するヨーロッパの展望を示し、かつ、実証的調査研究とより伝統的なものとしての理論的思考方法との連結を探求しようとするものだからである。

消費者法における法学研究の実証的構成要素を重点的に検討するにあたり、私は、このような学術研究のあり方が消費者法研究の唯一価値ある方法である、あるいはこのような方法が支配的となるべきであるなどと述べるものではない。理論的分析と法理論は、法の他の領域におけるのと同様、消費者法の領域においても正当性を有し、重要であり続ける。実証的法研究は、このような学術的伝統の隣にあって、伝統的な法と政策の問いに関する調査研究に貢献できる1つの拠り所となるものとしてその意義が捉えられるべきである。実際、実証的法研究は、閉じたものとして存在するのではなく、消費者政策に関する広く行われる議論の一部となることが望ましい。理論的学術研究と実証的学術研究の批判的な意見交換は両方ともに進展していく：実証研究は、理論分析、現行法および判例法の作り出した前提に疑問を提起できるが、そのような前提は、同等に、理論研究者や法理論学者によって議論を

---

2) Frans L. Leeuw and Hans Schmeets, *Empirical Legal Research : A Guidance Book for Lawyers Legislators and Regulators* (Edward Elgar 2016), esp ch10 'Empirical Legal Reserch: Booming Business and Growth of Knowledge ?'.

投げかけられるに値するものである。

‘実証的法研究 (empirical legal research)’ というフレーズは、ここでは、法学研究や立法に関連する広範囲にわたる一連の実証作業に言及するために用いられる。いわゆる ‘実証法学 (empirical legal studies : ELS)’ よりも広いものを意図している<sup>3)</sup>。実証法学は、法学研究の成長領域であり、アメリカ合衆国で 1990 年代に登場したものである<sup>4)</sup>。そのもっとも優れた成果が、実証法学協会 (the Society for Empirical Legal Studies : SELS)<sup>5)</sup> の編集によって実証法学ジャーナル (the Journal of Empirical Legal Studies : 2004 年創刊) に公表されている<sup>6)</sup>。法的現象に対する厳格な定量分析アプローチによって特徴づけられるものである。‘実証的法研究’ は、2つの点において、それよりも広い：第 1 に、異なる時代や伝統からの作業を包含する。実際、現代の実証アプローチは全く新奇の企てを表明するものではない：1920 年代 30 年代の法学リアリストは実証作業に従事し<sup>7)</sup>、法社会学は

---

3) この区別は、Peter Cane と Herbert Kritzer によって、Peter Cane and Herbert Kritzer (ed), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (OUP 2010), 2 の序論においても行われている。

4) Thomas S. Ulen は、ELS を、今日の法学において 2 つのもっとも重要なイノベーションのうちの 1 つと述べている。もう 1 つは密接に関連する行動学的な法と経済学の存在である。Thomas S. Ulen, ‘European and American Perspectives on Behavioural Law and Economics’ in Klaus Mathis (ed), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics* (Springer 2015) 3.

5) この雑誌のホームページは、1 つのページで、その目的と、どのように編者が法的議論とデータの関係を考えているかについての説明を行っている：<https://perma.cc/EBD4-D724>。別の記載がない限りで、本稿において引用されているすべての web のバージョンは、2018 年 3 月 1 日にアクセスできたものである。すべてのリンクは半永久的アクセスができるパーマリンク (permalink) として引用されている。パーマリンクはオンラインにあるときはいつも、そのライブバージョンへのアクセスを認めるものである。

6) 実証法学協会 (SELS) は 2004 年に創設された。その目的は以下の点にある：1) 法的論点に関する実証的および実験的学問を奨励し、進展させること；2) 法学、経済学、政治学、犯罪学、金融学、心理学、社会学、ヘルスケア学その他の学問分野における学者間の進行中の対話に刺激を与えること；3) 実証法学研究に関する学者の年次会議を招集することである (典拠：SELS website: <https://perma.cc/J8DD-T83E>)。

今もなお活発な1つの伝統的学問である<sup>8)</sup>。より近年において、実証研究は、法と経済学の運動の中で発展し、そのリストは網羅できないほど広いものである。ケイン (Cane) とクリッツァー (Kritzer) は次の点に注意を促している：このような伝統の中で作業をしてきた研究者には、自身を、新たな実証法学の一部とみなしている者もいるが、多くの者はそうとは考えていない<sup>9)</sup>。彼らの歩みに追隨して、私も、特定の学派や運動によって実証研究者の特別の自己同定にフォーカスするというよりは、法的問いとデータの利用——定量分析的にも定性分析的<sup>10)</sup>にも扱われ得る——の間の相互作用にフォーカスするというので、1つの専門用語を採用している<sup>11)</sup>。

この見方において、実証的法研究は、情報(データ)の体系的な収集と、一般的に受け入れられている方法と一致するその分析として定義され得る<sup>12)</sup>。追加的に、私は本稿のための調査資料に、専門雑誌に公表された独立した学術研究のみならず、政策立案の過程の一部として行われた実証研究も含める。そうすることには2つの

---

7) 初期の実証の伝統については、Herbert M. Kritzer, 'The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research' in Cane and Kritzer at n 3, 875 参照。

8) この本の Chapter 12 を参照。興味をひく現代の法社会学の業績として、Udo Reifner, *Die Geldgesellschaft: Aus der Finanzkrise lernen* (Springer 2010) および Udo Reifner, *Das Geld* (Springer VS 2017), a trilogy on money from an economics, sociological and legal approach, esp vol 2 (Sociology of Money: HEUristics and Myths), 279 参照。

9) Cane and Kritzer at n 3, 1.

10) Peter Cane and Herbert Kritzer (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (OUP 2010) における、2つの有益な章、Lee Epstein and Andrew D. Martin, 'Quantitative Approaches to Empirical Legal Research', 901, および Lisa Webley, 'Qualitative Approaches to Empirical Legal Research', 926 を参照。

11) 争点は自己同定の1つである。なぜなら、実証法学 (ELS) はかなりの包括的観点を有している：実証法学ジャーナル (JELS) の編集方針の説明は以下のようなものである。'この雑誌は法学に対するあらゆる学問的あるいはイデオロギー的アプローチからの実証的作業に開かれているものである。' 追記において、'ある国の経験に有益な洞察を与える論文は、米国の読者層だけではなく、世界の読者にとっての当該論文の潜在的魅力によって判断されるであろう。' <https://perma.cc/EBD4-D724>.

12) Cane and Kritzer, at n 3, 4-5.

理由がある：第 1 に、消費者法の領域において、ヨーロッパで行われた政策に向けられた研究の全体が取り上げられないと、記述の正確さが弱まるからである。第 2 に、欧州委員会 (EC) (以下、委員会という) によって主として資金提供されたこの作業分野は、実証研究に関心のある消費者法学者にとって資金取得の機会を示しているだけではなく、方法論的観点から、それ自体が調査の対象となるからである<sup>13)</sup>。

実証研究への要請の高まりは、幾つかのドライバ (刺激を与えるもの) によって説明される。そのうちの 2 つ——データとイノベーション——、これら自体は目新しいものではない。第 3 と第 4 のもの——‘エビデンスベースの政策決定’ と ‘法に対する行動学的アプローチ’ ——はより最近のものである。第 1 に、‘データドライバ’ は、新しいものではないが、新しい形をとる。実証研究は、データが利用可能であるときにのみ適切なものとなり得ることは明らかである。統計的拠り所が利用可能であることは、初期の実証的アプローチの発展にとって鍵となる要素であった<sup>14)</sup>。今日、公に利用できる統計は、大規模に拡大しており、かつ次第にヨーロッパ化している。たとえば、消費者の苦情に関する全ヨーロッパの統計が今や利用可能である。さらに、事業はコンピュータで処理されており、消費者行動研究や規制介入の必要性にとってかなり価値のあるものとなり得るデータも保有している<sup>15)</sup>。その性質はそれ自体新しいものではない公的データの改良された利用可能性を超えて<sup>16)</sup>、‘データドライバ’ は、新たな様相を呈しており、それはとりわけ消費者研究に関連するものとなっている。すなわち、オンラインショッピングとビックデータの発展は、消費者法が規制しようとする、消費者行動とデータを扱う事業者実務の両方を研究するための新たな豊富なデータソースを提供する<sup>17)</sup>。第 2 に、‘イノ

13) Hans-W. Micklitz, ‘Eine merkwürdige Welt - Beobachtungen zur sog. Verbraucherbeforschung der Europäischen Kommission’ (editorial) (2016) 9 Verbraucher und Recht 321.

14) Herbert M. Kritzer at n 7, 877 参照。

15) たとえば、クレジットカードの遅延料金をシステマティックに支払う消費者の割合は、クレジットカード契約と消費者選好との間のミスマッチ問題の大きさを査定する重要な数字である。Alan Schwartz, ‘Regulating for Rationality’ (2015) 67 Stanford Law Review 1373, 1380 参照。そのようなデータはクレジットカード会社から取得し得るものであろう。

バージョンドライバ’も存在している：実証法学は、今日、法学における革新（イノベーション）とみられている。たとえ、実証データに頼ることが事実として学術的にも政府においても新しいものではないとしても、このことは妥当する<sup>18)</sup>。過去はともかく、実証研究の再発見は事件（ハプニング）である。政策立案のサークルにおいて、‘エビデンスベースの政策立案’は、一般的にも、消費者保護の特別の領域でも、現代的な雰囲気を伴う<sup>19)</sup>。これが第3のドライバを引き起こし、政策志向の実証研究に対する安定した需要としての‘需要ドライバ’が出現する。関係のあることとして、第4のドライバが同定され得る。すなわち、‘行動学ドライバ’である。これは研究および政策立案の現在の実証的方向性に関連づけられるが、分析的には区別され、実証的調査にとって行動学的であることは必然ではない。行動学的転回は、需要ドライバを強化する、というのも、行動学的調査は本質的に実証的だからである<sup>20)</sup>。学究的プロジェクトも、政策志向プロジェクトも、ともに実験データを用い、実験データは、実在の研究<sup>21)</sup>からのものも、当該プロジェクトのた

- 
- 16) 規制者にとって必要な程度までにそのようなデータを強制的に共同使用することについては、Alan Schwartz, ‘Regulating for Rationality’ (2015) 67/6 Stan. L. Rev. 1373, 1402 参照。Schwartz は、彼が、(合理的契約選択と非合理的契約選択の間にある) ‘観察等価 (observational equivalence)’ と呼んでいる問題を克服するために、規制者にとって必要となる、そのようなデータの強制開示について提案している。
- 17) 委員会による苦情相談データベースは以下でアクセスできる：<https://perma.cc/62RH-NZUB>。
- 18) 初期の実証研究から看取できた新規性の詳細については、Herbert M. Kritzer at n 7, 877 参照。
- 19) ‘Evidence-based consumer policy’ という題がつけられている委員会の web の専用ページは、前置きに以下のように述べている ‘EU (欧州連合) における消費者市場と消費者行動を知ることは、委員会がより良い政策を作成することに役立つ’ そして、政策立案プロセスに情報を与えるために集められ、あるいは作られた様々な種類の実証的エビデンスにリンクされている：<https://perma.cc/5BCT-YAY5>. opening statement of the Federal Trade Commission (FTC) Chairwoman Ramirez in FTC, ‘Putting disclosures to the test’ Workshop - Staff summary (November 2016), 1, <https://perma.cc/5XE5-G3CL> も参照。
- 20) Avishalom Tor, ‘The Methodology of the Behavioral Analysis of Law’ (2008) 4 Haifa L. Rev. 237, esp. part III.

めに作出されたものもある<sup>22)</sup>。これは、以下のことを説明する。行動学の観点は、政策立案過程における政府による実証的問いかけをスタート地点とするものではないが、厳密な法的分析と政策立案のためにどのようにデータを集め、利用したかに関して近年公刊されている多くのガイダンスは、行動学アプローチと関連している<sup>23)</sup>。

消費者法の領域では、実証研究は比較的歴史が浅い<sup>24)</sup>。しかしながら、1970年代初期、消費者苦情と紛争解決メカニズムに関する実証研究が行われた<sup>25)</sup>。より最近では、消費者政策を改善するため行動学の知見を用いる可能性に対する関心が、実体的実証研究のきっかけとなってきた。これは、消費者政策に関する行動経済学の知見を用いた文書において、経済協力開発機構 (OECD) が政策立案に行動学の知見を入れるという観点から様々なデータを集め、データを発生させる技術を議論していることを説明する<sup>26)</sup>。この点から、以下のことを注記しておく。行動法学において主として用いられているデータソースは、実証法学において以前に用いられ

- 
- 21) ネガティブオプション販売の禁止は行動学から情報を与えられた政策イニシアティブの一例である。European Commission, Behavioural Insights Applied to Policy European Report 2016 (以下 BIAP 2016 で引用) 8, <https://perma.cc/Z9UT-EVCH> 参照。
- 22) 行動学的政策立案は、ここ 10 年、ランダムな試み (RTCs) に拍車をかけ、その多くが英国の行動学知見チーム (BIT) によって行われたものであった。そのレポート 'Using Data Science in Policy' (2017) によれば、BIT は 2010 年の創設から 400 以上のランダムな試み (RTC) を行っていたと述べている : <https://perma.cc/639Q-6U6P>。
- 23) 行動学知見チーム (BIT) はランダムな試み (RTC) に関する方法論的ガイダンスを出版している。これは 1 つの参照すべき基準と考えられている : Laura Haynes, Owain Service, Ben Goldacre, David Torgerson, 'Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials' (2012)。'Using Data Science in Policy' (2017) at n 22 も参照。より広い観点として、Leeuw and Schmeets at n 2 参照。
- 24) 消費者法それ自体はより長い歴史を有している。非常に長期的な観点として、Frank Trentman, *Empire of Things: How We Became A World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First* (Penguin 2016) 参照。
- 25) Stephen Meili, 'Consumer protection' in Cane and Kritzer at n 3, 176 参照。
- 26) OECD, 'Use of Behavioural Insights in Consumer Policy' (January 2017) OECD Science, Technology and Innovation Policy Paper No. 36 は行動学の調査、行動学の実験、RCT および実験室での実験結果について議論している。

ていたソースとは異なっている。サンプルに基づく現象発生の単純なカウントは、いまだに用いられているが（たとえば、ソフトウェアを購入するときに、どのくらいの数の消費者が契約条件を読んでいるか、どのくらいの数の消費者が電話通信会社を変更しているか）、実験データにますます依拠するようになっていく<sup>27)</sup>。これらは、フィールド実験や実験室実験からのデータであることもある<sup>28)</sup>。行動学の観点は、実証的にアプローチされる争点の広がりを増加させてきた<sup>29)</sup>。しかしながら、行動学の観点は、重要な社会的相互作用を傍に置いて、個人の行動に関するデータに焦点を限定している。いずれにしても、法的分析や政策立案に有用なデータのタイプは不変と考えるべきではなく、法学研究者はどの程度厳格に実証的に研究されているのか、されるべきなのかについて注意深くあらねばならない。

本稿は、消費者法の領域においてますます実証研究に依拠することが増えていくことについて立証したり、評価したりしようとするものではない<sup>30)</sup>。また、この種の法学領域における現在の実証研究を網羅的に調査しようとするものでもない。さらには、法的問いに対して適用され得る実証的手法の多様性について技術的ガイダンスを行おうとするものでもない。これをする適任者は他に在る<sup>31)</sup>。むしろ、消費者法の領域において法学研究や立法にどのように実証的データが用いられているか

---

27) これが1つの変化を示していることは、Epstein and Martin at n 10 から明らかである。著者らは以下のように説明している (p. 904)。(実験室のデータセットよりも) 観察的データセットにフォーカスするであろう。なぜなら、それらは '定量的な実証法学研究においてより多く一般的に用いられているものだからである'。

28) Peter D. Lunn and Áine Ní Choisdealbha, 'The case for Laboratory Experiments in Behavioural Public Policy' (2018) 2 Behavioural Public Policy 22, 1, doi.org/10.1017/bpp.2016.6.

29) OECD at n 26, 4 は実験室の実験が以下のことに役立ち得ることに言及している: (1) 商慣習が消費者行動に与える影響を査定し、いかにして消費者が限定合理的に反応するのかを理解すること; (2) 様々な政策オプションの中から実効性のある選択をすること (たとえば、情報の一般条項か、特定の警告あるいは禁止か); (3) 開示のもっとも実効的な呈示の仕方について決定すること (たとえば、製品ラベルか、契約条件としてか、あるいは価格情報としてか); そして、(4) 消費者に助力するために設定されたプロジェクトに消費者の参加を増加させる方法を同定すること。

30) そのような試みとして (消費者法に限定されないが)、Leeuw and Schmeets at n 2, ch 10 参照。

を分析することが狙いである。

主要な主張は、消費者法の領域に特有のものではない：法学者は、データを、議論するために用いるというものである。これは殆ど自明のこのように思われるが、実証法学に従事したいと考える、あるいは実証研究が立法において用いられてきた方法を研究する研究者は関心を向けるに値する。実証研究は、問いに答える助力となる。そして、第 1 に、データから問いが出てくるわけではない。むしろ、問いは、現在の議論や無批判に受け入れられてきたように思われる主張に対する研究者の不納得から生じるものである。もちろん、データ分析は、新たな問いを生み出すかもしれないが、しかし、それは第 2 段階の話である。第 1 段階の法とデータの関係は、現行法であろうが、審議中の立法であろうが、法についての議論に関連し、実証的に有益にアプローチされ得る問いを確認することである。

基本的要点を明らかにすることは、ヨーロッパでは広くあてはまるように<sup>32)</sup>、法律家を実証的に思考する訓練をされておらず、法学研究の支配的な文化が、‘推測に基づいた情報 (anecdotal)’ を信頼することに高度に寛容である関係において<sup>33)</sup>、有益なものとなろう。実際、伝統的な法的問いと、厳格な方法によって実証的にアプローチされ得る問いのギャップを埋めることは、消費者法の実証研究に従事しようとする者にとってしばしば最初の困難となる<sup>34)</sup>。このため、第 2 章 (2.) は、実証的問いと、伝統的な法律問題とをつなぐことにフォーカスする。法的問いの類型

31) 一般的なガイダンスとして、nn 3, 11, 22 and 24 参照、そして、そこに引用されているレファレンスとして、Sebastian J. Goerg and Niels Petersen, ‘Empirical Research and Statistics’ in Emanuel V. Towfigh and Niels Petersen, *Economic Method for Lawyers* (Edward Elgar 2015), 146; Christoph Engel, ‘Behavioural Law and Economics: Empirical Methods’ in Eyal Zamir and Doron Teichman, *The Oxford Handbook in Behavioural Economics and the Law* (OUP 2014) 125 も参照。

32) Leeuw and Schmeets at n 2 が、実証的法研究の序論の冒頭で、実証的法研究の定義づけにあたっての 1 つの困難は、法学者と実証学者が違った思考をすることである（強調されている）と書いているように。

33) 新語句は、——これについては Avishalom Tor に感謝するが——、理論法学におけるデータよりもむしろ逸話に対する信頼をうまく表現している。

34) このポイントについても、私は、ふたたび、読者に、n 10 で引用した定量的研究に関する素晴らしい章を参照するよう勧める。

を提供し、消費者法の例を利用して、実証的争点が法的問題の多くの類型に関連し、中心をなすこともあることを示す。第3章（3）は、消費者法の領域における学術の実証研究と政策志向の実証研究から選択したものを調査し、かつ、いかにして、データが、法的議論において、しばしば修辭的効果（説得力の強化）をねらって用いられているかを考察する。第4章（4）は、将来の研究のための方法を提供する。

## 2. 法的問いと、実証的論点をつなぐこと

消費者法に関連するどのようなタイプの問いが実証的に意味のあるようにアプローチされ得るかを議論するために、法的問いの類型論から始めることが有益である。これは、理論法学者が、いかに実証研究を彼らの研究目的に関連させられるかを目にみえるようにする。実証研究をする社会学者にとっても、いかに法学者が議論をしているのか、どのように議論に取り組んでいるのかをよりよく理解する助力となろう。要するに、法学者と実証研究者の意見交換を手助けできる。類型Iは、本章において、出発点として、‘法内在的問い’（2.1）と、‘法外在的問い’（2.2）を区別する。法内在的問いは、いかにして法規範を他の法規範と関連づけるかについての問いである：諸ルールの正当性、一貫性、解釈と適用範囲に関する問いである。‘法外在的問い’は、いかにして法が世の中に関係していくかに関連する問いである：諸ルールの実効性と効率性についての問いである。この区別が法学における実証研究の役割に関する議論という文脈で有益である1つの理由は、理論法学に必須なものを構成する法内在的問いはめったに実証的にアプローチされないからである。逆に、実証的アプローチは、法外在的問いの性質にふさわしいものとなっているように思われる。けれども、綿密な検討の後で、この区別は維持できないことになり、私は、実証的アプローチが必ずしも法外在的問いに限定されないことを示そうと思う。かくして、両カテゴリーは柔軟であるので、提案した類型論が不完全なものであることは明白である。これは、正確に言えば、法とデータが消費者法研究に関連する諸点において遭遇する空間を描くことについての関心である（2.3）。

### 2.1. 法内在的問いとデータ

法内在的問いは、諸規範間の関係性、すなわち、関係が‘垂直的’か、たとえば、

法規範のヒエラルキーにおいて異なるレベルにある規範間の関係なのか、それとも、‘水平的’か、すなわち、同じレベルにある規範間の関係なのか、にかかわるものである。たとえば、契約法を調和する指令が EU (欧州連合) 条約に違反する、あるいは基本憲章に違反するという主張は、EU 法秩序間の垂直的関係にかかわるものである。ワンセットの規範の内の一貫性にかかわる問い、たとえば、様々な消費者法指令に含まれるクーリングオフの期間が異なっていること<sup>35)</sup>、またより根本的には、消費者保護と EU 法の他のルール<sup>36)</sup>とは、諸規範間の水平的関係にかかわっている。法内在的問いは、ルールの適切な適用範囲に関する問題も含むものであり、たとえば、「対価性」という法的カテゴリーはフリーサービスと交換で与えられる消費者のデータにも拡大され得るかどうかといった問いである<sup>37)</sup>。

そのような典型的法的問いは、正当に、多様な観点から扱われて良いものである。理論法学において、実証的発見は、正当性や一貫性に関する議論において比較的限定された役割を果たすに過ぎない。原則として、このように考えることに間違いはない。確かに、多くの法内在的問いは直ちに実証的アプローチに向いているということにはならない——そして、実証的アプローチを法内在的問いに強制する理由はない。しかしながら、法内在的問いの本来的な性質だけではそのような問いがめったに実証的にはアプローチされないという事実を十分に説明できないことを強調しておくことは、目下の目的にとって重要である。むしろ、学説や司法の伝統もまた、この問題状況において 1 つの役割を演じるものに過ぎない。実際、法内在的問いの

35) 通信販売契約に適用されるクーリングオフ期間 (指令で定義された) とオフプレミスの契約に適用されるそれ (他の指令で定義される) は異なってきた。Directive 2011/83/EU on consumer rights (hereafter ‘the Consumer Rights Directive’), OJ L 304, 22.11.2011, 64 は、この不透明性を終わらせる。この指令の Recital 2 は、一般的条項において、指令横断的な一貫性の改善という目的を表現している。

36) Vanessa Mak, ‘Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law’ (2011) 17/3 European Law Journal 403. このテーマに関しては、Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner and Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law* (Routledge 2018) も参照。

37) EU 法では、サービスは通常は報酬と引き換えに提供されるものであると定義されている (機能条約 57 条)。それゆえこの疑問は無料サービスに対するサービス関連規定の適用範囲の境界線を定めるについて一定の役割を果たす。

いくつかは、間違いなく EU 法秩序において、実証的アプローチに適している。これは、とりわけ、法的正当性という問いや（2.1.1.）、比例性（2.1.2.）の場合について言える。解釈という問題は、実証的にもアプローチされ得るし<sup>38)</sup>、かつ現在の目的に重要なこととして、解釈問題は、法廷において実証的議論の余地がどの程度あるのかを決める裁判所の権限の中心を成す（2.1.3.）。それゆえ、法内在的問いに関する実証研究の余地は存在するのである（2.1.4.）。

### 2.1.1. 法的正当性という問いと実証的論点

EU の立法権限は典型的には域内市場に関する案件の存在を前提としており<sup>39)</sup>、それゆえ、ある領域において加盟国に規制を委ねることが取引の障壁になっていることについて論証することが前提となる。この問いに関しては、抽象的アプローチが慣行となっているが、事実に基づいた展望を示すことに明らかにより多くの関心が存在する。この脈絡で、スミッツ（Smits）は、2008 年に消費者権利指令についてコメントする中で、法的多様性が多くのクロスボーダー取引に消極的な影響を与えているという委員会の主張を支持するような実証的証拠が存在していないと主張していた<sup>40)</sup>。実際、契約法の領域においては、規定の多様性が消費者および事業者の態度や行動にいかに関与を与えるのかという問題に関する実証的証拠がこれまで欠けてきたことにより、契約法の調和に関する議論が複雑化し、いくぶん不毛なものとなっていた。立法提案を正当化する証明責任は委員会にあるので、説得力のある実証的証拠の欠如は、調和プロジェクトに反対する方向に働く。このことは、最近の提案がより多くのデータに基づくものとなってきたことを説明する<sup>41)</sup>。委員会の主張は、とりわけ、クロスボーダー取引に対する消費者の態度に対する調査を信頼してのものである。このような調査が正当な質問を設定してのものであるかどうか、あるいは委員会の積年の主張であるクロスボーダーオンライン取引の発展を妨げているものは消費者側の信頼の欠如に原因があるという主張を確認するように作

---

38) 後述の 3.4.2. 参照。

39) これは、とくに、機能条約 114 条が EU 立法行動の法的基礎を構成する場合であり、消費者立法の場合にあてはまる（機能条約 169 条によって提供される、より特定化された法的基礎の下では、EU は調和の権限を有さない）。

成されているのかどうかは、議論すべき問題である。私のここでの指摘は、このような議論に参加すべきということではなく、ただ EU 法秩序において立法提案が合憲性を有するかという典型的な法内在的問いが、本質的に、ルールの影響に関する法外在的問いに繋がっていくということを強調することにある（ここでは、国家ルールという断片化のインパクト）。そのような問いが実証的アプローチを必要とし、かつ、ある程度受け入れている。実際、より良い規制イニシアティブ（Better Regulation initiative）の一部として、インパクトアセスメントは立法プロセスの一部となっており<sup>42)</sup>、今や、規制安全局（RSB）の対象となっている<sup>43)</sup>。このことは、実証的な問い——そして方法——に関する議論に、典型的な法学的な問いの中

---

40) Jan M. Smits, 'Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights' (2010)18 *European Review of Private Law* 5. On the manipulation of impact assessments, see Hans-W. Micklitz, 'The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the curtain' in Geraint Howells and Reiner Schulze, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier 2009) 47, 58 and Hans-W. Micklitz, 'A "Certain" Future for the Optional Instrument' in Reiner Schulze and Jules Stuyck, *Towards a European Contract Law* (Sellier 2011)181. See also Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill, 'The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law - An Empirical Contribution to the Debate', in Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill (eds), *The Harmonisation of European Contract Law* (Hart Publishing 2006), 105. 委員会の主張は、採択されたとおり指令の備考部分で維持されている：Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22.11.2014, 64 (CDR), recital 7 参照。

41) たとえば、the amended proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods COM (2017) 637 final を参照。これは、その前の 2 つの当初の提案にもあてはまるものであった：the Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content COM (2015) 634 final and Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods COM (2015) 635 final. 3 つのすべての指令は、たしかに、the proposal for a Common European Sales Law (CESL), COM (2011) 635 final よりも、よりデータに依拠している。

42) 委員会は、2017 年にインパクトアセスメントの 2017 年の新たなガイドラインを出している：Better Regulation Guidelines, SWD (2017) 350, これは the 2009 Impact assessment guidelines, Sec (2009) 92 に取って代わるものである。

心への扉を開くことになる。いかにして、このような問いが扱われるかが、法学研究者、法社会学者、政治学者、実証研究者にとって、価値のある研究目的となる。

### 2.1.2. 比例性という問いと実証的な論点

実証的論点が法内在的な問いの中心に提示される他の例は、比例性に関するものである。EU 法秩序の内部において、比例性の争点は、主として、消費者法に関連する 2 種類の状況で生じる。1 つは、まさに議論した EU のルールの正当性という争点に関連する。条約と一致するために、EU の立法行動は比例したものでなければならず、新たな指令のためのすべての提案は、意図された EU の行動が過剰規制とならずに述べられた目的を達成するために実効的である理由を説明しなければならない。言い換えれば、比例性は、一定の政策目的を達成する選択的な諸手段の相対的な効率性に関するものである。ここでふたたび、法内在的な問い（条約に対する立法提案の一致）は、法外在的な問いに繋がる（我々が世の中について知っていることを前提として、どのようなルールがもっとも良く作動するのか？）。長い間、比例性に対する委員会のアプローチは、抽象的かつ定性的（訳者注：物事を質面で表現する）であったが、事実ベースで、かつ可能な定量（訳者注：物事を数字で表現する）アプローチが重要であることは明らかである。実際、現在のトレンドは、よりエビデンスベースの比例性アセスメントという方向である。これは、正確には、より良い規制イニシアティブ（the Better Regulation Initiative）の目標の 1 つである<sup>44)</sup>。この点では、この傾向は欧州司法裁判所によってというよりも、委員会に

---

43) RSB の役割に関しては 'tool #3' in the Better Regulation 'Regulatory Toolbox', <https://perma.cc/DLU7-ZP8T> を参照。現在まで、RSB は、消費者保護の領域における 3 つのプロジェクトについて 4 つの意見を示している：1) on the impact assessment for what has since become the Regulation (EU) 2017/2394 on consumer protection cooperation (CPC Regulation), Ares(2015)5415363 - 27/11/2015, (推奨を伴った積極的意見) <https://perma.cc/7R5B-9DXW>; 2) on the Fitness Check on Consumer and Marketing Law, Ares(2017)2254646 - 02/05/2017, (いくつかの留保をつけた積極的意見) <https://perma.cc/7XSG-THPF>, 3) on the Impact Assessment/New Deal for Consumers, Ares (2018) 215439 - 12/01/2018 (2017 年 12 月 8 日の消極的の第 1 意見)、最後に、SEC (2018) 185 (2018 年 1 月 29 日の積極的の第 2 意見) <https://perma.cc/C9HX-U6MZ>.

44) 前掲 n 42 参照。

よって進められていることに注意すべきである。委員会は、加盟国や議会が委員会の提案を支持するよう説得するためにデータによってその提案を裏づけようとするが——一般的には利害関係人に対して説明責任をより良く果たせるよう——、欧州司法裁判所の点検は正しい評価の広い余地を残しているので、厳格に法的観点からそれをすることに義務づけられてはいない<sup>45)</sup>。

比例性の論点は、国家による措置との関係で生じるものであり、そして、この文脈において、実証的議論の役割を考えることは興味深い。自由な移動を妨げる国家措置は、消費者保護を含む公益に関する（自由移動よりも）優先的となる要求によって<sup>46)</sup>、それらによって自由移動に課せられる制限が比例的である場合にのみ正当化され得る。長年、欧州司法裁判所の監督の下で、通常は、比例性の事後評価を行ってきたのは各国裁判所である。場合によっては、欧州司法裁判所自体が各国の措置に関する比例性分析を行おうとすることはあるが。伝統的に、そのアプローチは、かなり抽象的なものであった。ラウ (Rau) 事件<sup>47)</sup>についての欧州司法裁判所の判断が良い例である。ベルギーで行われていた措置は、バターを長方形のパッケージで、マーガリンを正方形のパッケージで売ることを義務づけていた。その正当化は、消費者の混同を回避するためというものであった。しかしながら、この措置は、商品の自由な移動を妨げるものであった。とりわけ、ドイツで販売されている先端を削った円錐の形をしたチューブ入りのマーガリンは、ベルギーで売ることができなかった。ベルギーの措置について比例性に照らして検討したとき、欧州司法裁判所は、購入時に消費者がバターかマーガリンかを混同することから保護するためベルギーで採用可能であった様々な措置の相対的な効率性に関してエビデンス

45) 正しい評価の広い余地に関しては、Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law - Text, Cases and Materials* (OUP 2015) 552。

46) これは、最初に、'Cassis de Dijon' (Case 120/78, Rewe-Zentral, EU:C:1979:42) において定立され、維持されているが、以下の場合が除外される。a) 条約によってのみ正当化され得る差別的な措置、および b) サービス提供の自由を妨げるもので、かつサービス指令 (Directive 2006/123/EC, OJL 376, 27/12/2006, 36-68) の範囲内となる国家的措置である。この指令の 16 条は、加盟諸国が依拠できる正当化を制限しており、かつ、消費者保護を援用する可能性を奪っている。

47) Case 261/81, Rau, EU:C:1982:382, para 17.

を要求する必要はないと考えた。単純に、‘消費者は、実際、他の措置、たとえば、より自由な移動を妨げないで済むラベリングのルールによっても実効的に保護されるだろう’、と考えたのである<sup>48)</sup>。正方形パッケージのマーガリンを買うことに慣れている消費者が、ラベルを読むかどうかを決めるときに、欧州司法裁判所は自明の事実であるかのように述べているが、これが実証的問いであることは明らかである。どのくらいの期間、消費者が適応に時間を要し、どの程度そのプロセスで不便を経験するかは、実証的問いであり、この問いのいずれも裁判所のレーダーにはひっかかっていない。裁判所はラベルの要求とマーガリンパッケージの特定の形を採用する義務を比較しているからである。

ラウ事件は、決して唯一の例ではない。むしろ、消費者保護の理由で正当化される国家の措置の比例性を検証するときに、ルーティン的に生じるようなケースであり、欧州司法裁判所は、実証的にテストしたときに維持され、あるいは維持されないような仮定を埋め込んでいる。プルンハーゲン（Purnhagen）とファンヘルベン（van Herpen）は、マース（Mars）事件<sup>49)</sup>に類似する設定で、このことを実証研究における再現によって示してみせた。そのケースでは、‘10%extra’というマークがパッケージの10%を超えている色のついた部分に記載されていたが、10%を超える増量があるというように消費者を誤認させるものではないと裁判所は考えた。彼らの実験は逆に、消費者は、色のついている部分に書かれた明確なメッセージを上塗りするような視覚的認知によって誤誘導させられる状況であった<sup>50)</sup>。経験的心理学者は、裁判所が実証的知見に背を向けている残念な事態であると考えてるかもしれない。法律家は、もっとニュアンスのある見解を2つの理由で持つように思える。

第1に、実務的な観点から、実証的証拠は、通常、裁判所に事件が持ちこまれたときには明らかとなっていない（誰もラウ事件でベルギーのスーパーマーケットのフィールド実験やプルンハーゲンとファンヘルベンのような実験室の実験を行うこ

---

48) 強調は筆者追記。

49) Case C-470/93, Mars, EU:C:1995:224.

50) Kai P. Purnhagen and Erica van Herpen, ‘Can Bonus Packs Mislead Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ’s Mars Judgement’ (2017) 40 Journal of Consumer Policy 217.

とを考えもしなかっただろう)。証拠を作ることは、たとえ、原則として望ましいことであっても、費用と時間がかかる。消費者法関連事件では、かけられる金銭は、実証的証拠に投資するインセンティブを誰かに与え、許容性、関連性、正当性に関する複雑な議論に従事させるほどに、金額的にも十分ではなく、十分に集中化もされない（これは、当事者が専門家による証拠に対して高額な支出をすすんで行う高い金額がかかわる競争法とは対照的な状況である）。

第 2 に、手続的観点からは、裁判所によってセットされたパラメータの範囲内で、その解釈を通じて（2.1.3. 参照）、裁判手続が実証的証拠にかかわる程度はかなり訴訟当事者の手中にある。この観点において、注意されるべきは、先決判決手続（preliminary ruling procedure）において、欧州司法裁判所は、一般的には、これが各国の裁判所に属するため、証拠について尋問するわけではないが、稀なケースで、各国の裁判所に、徹底的な事実審問を命じることがある<sup>51)</sup>。侵害訴訟においてだけは、委員会が、加盟国に、その管轄においてより精確に、かつ、比例性の証拠を挙げるように強制することもある<sup>52)</sup>。加盟国はその際、実証研究に向かうインセンティブを有することになるだろう。早晩、各国レベルにおいてより多くの国家の措置が、実証的テストの後に採用されることになるならば、欧州司法裁判所が比例性の分析の段階にいく前に、より実証的討論が展開されることになるであろう。そうであれば、法内在的問いと実証的問いは、仮想的な要素を減じ、より現実的なものとなるであろう。

法律家が受け入れ可能と考える第 3 の理由が、少なくとも実証的な討論が裁判の前には控えられるようなケースにおいて存在する。これは、裁判所の基本的な役割にかかわるもので、すなわち、法の解釈である。法的概念の解釈において、裁判所は、訴訟における、実証的証拠の重みを統御する。以下、説明しよう。

51) たとえば、Case C-368/95, Familiapress, EU:C:1997:325 参照。

52) 適切なケースは、Case C-28/09, Commission v. Austria, EU:C:2011:854 である。より一般的に、立法の文脈では、一貫して文書化の方法で加盟諸国はより強く事前に比例アセスメントを行うように促されている。専門サービスの規制の領域（しばしば、消費者保護を理由に正当化される）における、Commission's proposal for a directive on a proportionality test before adoption of new regulation of professions COM(2016) 822 final 参照。

### 2.1.3. 解釈という問題と実証的議論に開く (あるいは開かない) ことに関する 裁判所の役割

裁判所が法を解釈する際、裁判所はどのような争点の実証的証拠に開かれているのか、どのような争点が開かれていないのかを決定する。コメンテーターは、裁判所が行った特別の規範的選択に賛同しないこともあり得るし、結果として、同じ裁判所が、より多く (あるいは少なく) 実証的議論にかかわることを望むかもしれない。しかし、彼らは裁判所が原則としてどのくらい多くの事実的証拠を進んで聴取するかについて制限することができるということを認めるであろう。ケック (Keck) 判決は、まさにこのような議論の一例を提供する: 裁判所が、ある販売方法のアレンジに関係する国家の措置が、差別的でなければ、その性質上、市場へのアクセスを妨げるようなものではないと考えたとき<sup>53)</sup>、反対証拠を挙げることは不可能となる。そのような措置の性質に関するルールの選択は、裁判所が、事実 (ここでは、国家の措置による取引の流れに対する影響) を、裁判所外に置く手段となる。ケック判決において反論の余地のないように読める特殊な推定は、説得性に欠けるものであり<sup>54)</sup>、かつ、のちに柔軟化される<sup>55)</sup>。ここでの重点は、私が早い段階でクロスボーダー取引における信頼の決定要因について論じた以上にケックの議論に立ち入ることではなく、ケックにおいて論じられるべきことは、裁判所が事実的証拠にどの程度の余地を与えているかという言葉で表現され得るであろうことを指摘するこ

---

53) Case C-267/91 et C-268/91, Keck and Mithouard, EU:C:1993:905, para 17 (強調は筆者追記)。

54) Case C-412/93, Leclerc-Siplec, EU:C:1994:393, para 38 and 40 の AG Jacobs の意見。Cases C-158/04 and C-159/04, Alfa Vita, EU:C:2006:212 at para 30 における AG Poiares Maduro も参照。販売のアレンジメントという概念の適用によって、ある販売アレンジメントに結びついている推定に、諸事実が常に適合するものとならないという状況に対し、裁判所は、'パラダイム' によって応答したということを強調している。

55) Case C-405/98, Gourmet, EU:C:2001:135, para 18. 裁判所は para 17 of the Keck 判決を別の表現で言い換えて、維持している。'ある販売アレンジメントを制限しあるいは禁止している国内の規定が、機能条約 34 条によって捕捉されることを回避すべきであるならば、それらの規定は市場へのアクセスを妨げるようなものであってはならない' (強調は筆者追記)、このようにして、販売アレンジメントに関連する手段が取引を妨げるかどうかは事実に関する問題としてふたたび開かれている。

とである。

より一般的には、裁判所はルール解釈を通じて様々な強さの推定やケース特有の証拠に割り当てる相対的範囲を統制する。これは、競争法では、合理の原則 (the rule of reason) に関する議論において示され<sup>56)</sup>、かつ、消費者法では、平均的消費者に関する議論で示されている。平均的消費者基準は、消費者行動の証拠を裁判所に近づけないようにするための実効的ツールとして機能している<sup>57)</sup>。消費者が、パッケージの宣伝マークのサイズよりも、卵を含んでいないビアナーズソースの黄色い色によって<sup>58)</sup>誤認させられるという証拠を挙げることは有用ではない。同様に、商標法では、消費者の混同の可能性は、どのくらい、食器洗いテーブルに殆ど関心のなかった現実の消費者が、三次元パッケージに実際に反応するようになるかの事実に証拠の要求よりも、平均的消費者の仮定的認知を考慮して通告されている<sup>59)</sup>。このようなやり方が、裁判所のリソースの賢明な利用のあり方だという者もいるであろう。

法的な正当性、比例性そして解釈という問題がすべて実証的論点にかかわるものであるとすると、私が示したように、法内在的問いにおける実証研究の余地が存在することになる。

#### 2.1.4. 法内在的問いに関する実証法学の役割

加盟国や EU がその政策を将来より広く実証的証拠によって基礎づける範囲にかかわらず、明らかに、法内在的問いに関連する、より多くの学術的な実証作業の余

56) 合理の原則 (rule of reason) の文献は大量である。行動学の観点からふたたび始まった議論として (消費者行動の証拠にフォーカスしたものとして)、Avishalom Tor, 'Understanding Behavioral Antitrust' (2014) 92 Texas Law Review 573, 665 参照。

57) Rossella Incardona and Cristina Poncibò, 'The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive and the Cognitive Revolution' (2007) 30 J. Consumer Policy 21 参照。

58) Case C-51/94, Commission/Germany, EU:C:1995:352, para 34 (ソースの成分に注意を払う消費者はラベルを読むと考えられている)。

59) Case C-218/01, Henkel, EU:C:2004:88, para 50 and case law cited 参照 (強調は筆者追記)。英語のテキストは、推定される 'expectations' に言及し、フランス語のテキストは、推定される 'perception' に言及している。

地がある。とりわけ、このことは以下のことを確保するために必要である。インパクトアセスメントや比例性審査において適切に調査されなかった、あるいは全く省略された問いが受けるに値する注意を払われるようにすることである。

たとえば、消費者がクロスボーダー取引を控えるのは自国で購入するよりも権利が保護されるかどうかわからないからだという委員会の主張を実証的にテストすることは、とりわけ興味深いものであろう<sup>60)</sup>。研究者は長年委員会の見解に当惑しており、消費者としての一般的経験は、言語の要因と送料のほうが、法的不確実性、法の分断、その両方があることよりも、クロスボーダー取引に対する態度について、よりよく説明できるということを示唆している<sup>61)</sup>。しかしながら、常識であるというだけでは、常に議論によって説得できることにはならず、ときに、数字が助力する。データは、政策的討論において、修辭的な効果をもたらす機能を有し、学者と政策関係者との対話を可能とする<sup>62)</sup>。適切に行われた調査が、ヨーロッパの消費者がいずれにせよ彼らの自国での権利を知らないことを示し、かつ上首尾の研究が、消費者がクロスボーダー取引をしない主たる理由は、送料、言語障壁、いくつかのEU加盟国の事業者への先入観によるものであること（あるいはその他の理由）を示したという場合、このことは、実証的裏づけのない同じような議論よりも説得的なものとなるであろうし、かつ委員会が消費者契約領域におけるEUの調和の正当性を説明するために行った中心的主張を弱めることができるであろう<sup>63)</sup>。

数々の法内在的問いの中で、正当性、比例性、そして解釈という諸論点だけが、実証的にアプローチされ得るということではない。理論法学において重要な位置を占める一貫性に関する議論もまた、実証的観点から利益を得られる<sup>64)</sup>。実証的観点

---

60) この信条の典型的な言明は、recital 5 of the unfair Terms Directive (Dir. 93/13/EC) でみることができる: 'Whereas, generally speaking, consumers do not know the rules of law which, in Member States other than their own, govern contracts for the sale of goods or services', 'whereas this lack of awareness may deter them from direct transactions for the purchase of goods or services in another Member State...'

61) たとえば、Hans-W. Micklitz, 'The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain' in Geraint Howells and Reiner Schulze, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier 2009) 47, 53 参照。

62) 後述の 3.1. 参照。

がすべてのケースで必要というものではない：矛盾やインセンティブの配列間違いは、大部分において、テキスト分析や抽象的理由づけによってみつけることができる<sup>65)</sup>。しかしながら、法秩序もまた、説得的理由なしに、ある状況について異なる取り扱いとなる場合があるので、一貫性を欠き得る。たとえば、現行のルールの実用は、脆弱な消費者よりも、平均的消費者により有利な取り扱いに至っているかもしれない。この種の一貫性の欠如は、通常は、ルール自体の分析だけでは観察できるものではない。というのは、これは、意図された結果ではなく、現実の適用時の結果のレポートを通じて明らかとなることだからである。このようにして、フィールドデータは、一貫性に関する議論にも情報を与えることができる。

ルールの適切な範囲に関する問いもまた、実証的にアプローチされ得る。たとえば、一連の実験が、類似の状況において、専門家と消費者とは、同じミスをする傾向があると示した場合、これは、消費者法が提供する法的保護の適切な範囲に関し議論することに至る。すなわち、現行の保護を、消費者カテゴリーを超えて拡大する方向に有利に作用する、あるいは、消費者が専門家よりもミスをしないうことを理由に、現在の保護が包括的に過ぎるという逆の方向に作用することもあり得るだろう<sup>66)</sup>。

---

63) 時期的には良いかもしれない。過去の Refit の提案では、委員会は面白いことにクロスボーダー取引における信頼の問題はより複雑であるという認識であった。Proposal for a Directive amending Directive 93/13/EEC, Directive 98/6/EC, Directive 2005/29/EC and Directive 2011/83/EU as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules, COM(2018)185 final, 17.

64) 多くの一貫性の様相については、Thomas Wilhelmsson, "The Contract Law Acquis: Towards More Coherence through Generalisations?" (2008) 4 *Europäischer Juristentag* 111 参照。(消費者法と他の EU 法の間における) EU 法の内部の一貫性に関しては、Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner and Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law* cited at n 36 参照。

65) たとえば、the consumer rights directive の適用範囲と the draft directive on digital content (as proposed by the commission, n 63 参照) の適用範囲の最終調整。

66) 著者は、Florian Faust と Avishalom Tor の指揮下での Brucelius Law School (Hamburg, Germany) におけるこのテーマに関する進行中の調査研究について情報を得た。執筆の時点において、この研究調査は初期の段階にある。

## データと議論（1）

このようにして、法内在的問いは実証的にアプローチされ得る。ここでの主張は、もちろん、そのような問いが常にあるいは実証的にのみアプローチされるべきだということではない。ただ、実証的アプローチは、理論学者が伝統的に関心を持ってきたタイプの問いが生じているときにも、他のアプローチの隣にその余地があるものである。この主張は、法内在的問いが実証的にアプローチされた場合に、実証的議論が常に決定的となるというものではない。このような議論は、それ自体の弱点をはらんだものであり、原理に関する議論は、実証的調査が示唆するどのようなことよりも優先するかもしれない。さらに、前述のとおり（裁判所の役割に関係して、問いに対して適切に思える十分な実証的証拠を取り扱うということに関して）、当然に実証的であって良い問いもあるし、実証的帰結がどのようなものであっても違いが生じないような調査努力をするに値しない問いもある。要するに、ここで主張したことは、実証的議論は、典型的理論研究のような他のタイプの議論とも接続する余地があり、これは、法内在的問いを議論する際にも言えることである。

## 2.2. データと法外在的問い

法外在的問いは、法と世の中に関する問いである。そのような問いに関する2つの重要なカテゴリーがある。1つはルールの実効性ないし効率性に関する問いであり（2.2.1.）、そして、もう1つが諸ルールの基礎にある前提に関する問いである（2.2.2.）。

### 2.2.1. 実効性と効率性という問題

当然のこととして、法外在的問いが実証的アプローチを必要とすることを疑う者はいないであろう。実際、データは、このような問いにアプローチするために、これがそもそも多くの法学者を敬遠させているものというほどに、不可欠のものだと考えられる。というのも、法学者はデータ収集やその扱いを身に付けていないと感じ、その結果として、このような問いを、その専門分野の外にあるものとみなすのである。この結果として、少なくともヨーロッパでは、ルールのインパクトに関する調査が法学者によって引き受けられることは稀である。消費者法の領域では、そのような調査の殆どが、事前事後にかかわらず、インパクトアセスメントの一部として委員会によって委託されている。事前アセスメントは立法提案の一部を形成し、

事後アセスメントは、殆どの消費者指令を包含する形で行われた近年のリーフィトゥ (Refit) の場合のように、1つの立法ないし一連の立法の実施となって数年間で行われる<sup>67)</sup>。専門的なコンサルティング会社などがきまってこの契約に入札している。コンサルティング会社が法学者に彼らが集めるチームへの参加と、その領域の専門家として行動することを尋ねるかもしれないが、通常は、チームの他のメンバーにインパクトアセスメントの研究と方法論を任せ、あるいはその高度の知識を頼ることになる。法学者における定量分析スキルの一般的な欠如は、実証的アプローチが有用となるこれらの問いの調査に法学者があまり関与しないことを説明できるかもしれない。同様に、このことが、法学者が、これを用いる調査に殆ど直接的に関与しようとせず、最低限取り組むに過ぎないことを説明することになろう。事態は、ゆっくりではあっても、変わりつつある。実証法学会議がヨーロッパで開催されたとき<sup>68)</sup>、ヨーロッパの幾つかのロースクールは実証研究者を雇用し<sup>69)</sup>、カリキュラムに実証法学を組み込んだ<sup>70)</sup>。

実効性と効率性の問題は関連するが、混同してはならない<sup>71)</sup>。実効性は、ルールが与えられた目的を達成しているかどうかに関するものである。立法の段階では、いくつかの選択的政策ツールのどれが目的を達成するのにもっとも実効的かを考え

67) The Consumer Refit に関しては、<https://perma.cc/3S E U -FJTN> における一般的な紹介を参照のこと。'Refit' 一般 (the Commission's Regulatory Fitness and Performance programme) に関しては、European Commission, REFIT: Making EU law lighter, simpler and less costly (2016), <https://perma.cc/EY6L-NSSD> を参照。

68) ヨーロッパ実証法学会議 (the Conference on Empirical Legal Studies in Europe: CELSE) の最初の会議は、2016年に、アムステルダム大学 (the University of Amsterdam) において開催され、2回目は2018年に、ルーヴァン大学 (the University of Leuven) で開催された。

69) 執筆時点において、マーストリヒト大学 (Maastricht University) においてポジションはオープンである。

70) The European Master in Law and Economics (EMLE) programme がそのようなコースを提供している (Rotterdam)。同様に、Experimental Approaches to Law Making and Regulation (Rome) のコース : <https://perma.cc/3PKZ-ASFX> がある。

71) Anne-Lise Sibony, 'Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit', in Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Laurence Gay and Ariane Vidal-Naquet (eds), L'efficacité de la norme juridique - Nouveau vecteur de légitimité ? (Bruylant 2012) 61.

ることは一般的に行われている。たとえば、強制的開示の領域では、この目的が、商品、サービス、契約のある特徴について消費者に情報を伝達することにある場合、同じ情報を示すいくつかの方法（テキスト、グラフ、アイコンなど）のうちどれが、開示される情報の理解や記憶に対する伝達力を有するかをテストすることは可能である<sup>72)</sup>。

効率性の問題は、与えられた目的を一定程度達成するのにもっとも費用対効果の良い方法であるかどうかである。言い換えれば、聞かれている質問は、もはや「ワークするものであるか？」（実効性）ではなく、「この方法はかかる費用に対し価値のあるものか」である<sup>73)</sup>。この観点を特徴づけるのは、選択肢の実効性に関するデータに加えて、ある目的を達成する手段、様々な種類の費用と利益が算定され、比較されることになるということである。関連する費用は、典型的には、事業のコンプライアンス費用および公的機関による執行費用を含む。問題となる手段によっては、利益は、消費者、事業者、公的機関にとっての余剰や雇用の創設や取引の増加を含むかもしれない<sup>74)</sup>。

法外在的問いにおいて顕著となる実効性と効率性両方の問いは、解釈、正当性、比例性といった法内在的問いよりも、かなり広い範囲で実証的議論を必要とする。

---

72) ヨーロッパにおけるそのような研究の例として、'Study on the Impact of the Energy Label - and Potential Changes to It - on Consumer Understanding and on Purchase Decisions' (2014), <https://perma.cc/7XKC-6YSB> があり、また、the London Economics and IPSOS study 'Consumer Testing Study of the Possible New Format and Content for Retail Disclosures of Packaged Retail and Insurance-Based Investment Products (PRIIPs)' (2015), <https://perma.cc/KM3L-CNUM> がある。金融商品に関する強制的開示に関する米国の実態調査として、Lauren E. Willis, 'The Consumer Financial Protection Bureau and the Quest for Consumer Comprehension' (2017) 3 Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences 74, accessed 3 July 2018 at <https://ssrn.com/abstract=2952485> を参照。

73) 実効性と効率性の両方ともに厚生最大化とは異なるものである。なぜなら、この両方は結果と手段の正当性に関するものであり、そのコンセプトは目的が何かについて語っていないからである。政策の目的はもちろん厚生最大化と異なることがあり得る。その典型は、公的介入が再分配という目的を追求する消費者法の場合である。エネルギーの節約は、厚生最大化に整理されない関連する政策目的のもう1つの例である。

法外在的問いは、本質的に、実証的であり、そのような問いを検証するときに、データは当然に中心的なものとなる。上述したとおり、法内在的問いが設定される場合、実証的議論は、関連し得るが、決定的となるものではない。法外在的問いに抽象的な方法でアプローチすることも考えられることではある。たしかに、ルールの効果の検証においては、常識や基本的な経済的論理が、有用なスターターキットとなる。たとえば、事業者が高額のコンプライアンスコストをかける消費者を保護するためのあるルールが、ルール回避のインセンティブを創設することが明らかであって、事業者はそのルールの抜け道をみつけるであろうということが共通の意見である場合、実証的証拠を急いで集める必要なしに、そのルールを取り下げる十分な理由があることになろう。そのようなイージーケースは存在するであろうが、ルールの影響が原因の複雑な絡み合いに左右されるハードケースの方が多い。実効性や効率性の意味のある議論はそのときには実証的観点から多くの助けを得ることになる。

### 2.2.2. 現実チェック：ルールの前提としている仮定を疑うこと

法外在的問いのもう1つの類型は、とりわけ注目に値するものである。すなわち、法制度が置いている前提をテストするというものである。この問いは以下のことを尋ねるものである：“法が拠っているこの前提は、私たちが知っている世の中と一致するものだろうか？”。そのような現実チェックについてはすでに論じたところである：消費者契約の領域における加盟諸国間の現在の法の多様性は、「本当に」、EUの立法行動が依拠する前提問題とするほどに、現実の取引を妨げているのであろうか。重要なのは、その前提が、実証的問いをぶつけることによって探求されることである。

---

74) たとえば、委員会は、以下のように述べている。ニューエネルギーラベリングルールとエコデザイン原則が一体となった影響は、‘2020年までに、石油約175 Mtoe (1億7500万トン)相当の、おおよそイタリアの年次主要エネルギーの消費に相当する、エネルギー節約となるであろう。これは、家計における年465ユーロの節約を意味する。さらに、エネルギーを効率化する手段はヨーロッパ企業にとって550億ユーロの特別収入をもたらすことになろう。’ 出典：‘Energy efficient products’ page on the Commission’s website, <https://perma.cc/3N6D-4RLL> (linking to several studies).

連合体制の論点が、弱い実証的根拠づけによる弱い仮定に依拠している唯一の論点ではない。EU 消費者法を主として支えている情報関連法規範は、情報に関する権利を与えることが、消費者に対し情報に基づく決断を可能とするという仮定を前提としているように思える。ここ 10 年で、行動学の知見はますます社会に広まってきたので、法学者は信じて疑ってこなかった前提を議論するために新たな情報や新たな概念道具を与えられていくことになる。情報過多は単に日常的に経験されることであるだけではなく、科学的名称をもつものであり、さらに実証的にその存在が証明された現象であることを知ることは、法学者の強制開示に関する考え方を変えるものとなる。同様のことは、数字音痴が広く普及した現象であることを知ることについても言える<sup>75)</sup>。心理学および社会学から借りてきた概念も、認知上の欠点が一般的であることについての実証データも、両方とも、法学者に、なじみのある政策ツールについて違ったものを考えさせることになる。第 3 章 (3.) においてより詳細に論じるように、行動学の観点から開示を研究する法学は、法学研究者が実証研究を利用できる 2 つの方法を示す：EU 消費者法の情報規範が十分なものかに関して光を当てるものではないが、関連するようすで存在する研究に依拠することによるというものである<sup>76)</sup>。あるいは、現在の法的議論の文脈において開示に関して法学的議論を組み立てるためにとくに設計された研究を走らせることによるというものである<sup>77)</sup>。

より一般的には、基礎とされている前提は、当然のものとされている限りは実証的に疑ってかかることができるものであって、研究者にある程度の入念な検証を要求することになる。たとえば、ラベル要件を支えている前提は暗黙的なものにとどまっているが、この暗黙の前提が、“消費者はラベルを読み、それを理解し、ラベルの情報に基づいて行動する” という趣旨であるように思える。もしそうなら、この前提の正確性は実証的に検証されるべきである。しかしながら、前提はどこにも

---

75) たとえば、OECD (2017), G20/OECD INFE report on adult financial literacy in G20 countries, <https://perma.cc/4CYF-PGWW> 参照。

76) これは、Geneviève Helleringer and Anne-Lise Sibony, ‘European Consumer Protection Through the Behavioral Lens’ (2017) 23/3 Columbia Journal of European Law 607 で採用されたスタンスである。

77) Marotta-Wurgler 事件のように、3.2. 参照。

述べられておらず、その結果、実証的挑戦は、魅力的ではあるものの、法コミュニティの関連グループが、ラベル要件は現実には読まない消費者に情報を与えることを目的とするものではなく、たんに製造者の責任制限の費用対効果の高い方法の1つを構成するに過ぎないというシニカルな見方をした場合、無視されることもあり得るだろう。この例においては、そのようなリスクは著しいものには思えない。というのも、ラベルが消費者に情報を与えるものであるという考え方は、広く共有されており、常識ともいえる。しかしながら、シニカルな論者がラベルは消費者に情報を与えるものであるということに同意したとしても、商品のラベルは契約条件つきで置かれており、常識はシニカルな論者の側につくであろう。消費者はラベルを読まず、理解せず、そこでの契約条件に基づいて行動するものではないということを示す研究は驚くものではなく、常識的な議論に修辭的な重みを与えるに過ぎない：人々は現実には契約条件を読まない。実証に関心のある消費者研究者は、実証の作業を装飾的なものとしてのみ引き合いに出されることを望まない場合には、このことに気を配る必要がある。研究者があるタイプの状況における現在の法制度や現在の政策手段の使用が誤った前提に依拠していることを示すことを目的とする場合、挑戦したいと考える暗黙の前提に関するその解釈をめぐるコンセンサスの程度を最初に確認するように助言されるであろう。

EU 消費者法の領域では、常識的助言の1つに従うことは、よりチャレンジングに思える。というのは一般法や特別法が追及する目的は、かなり曖昧な用語で述べられているからである。一般的な配分的正義という目的があることは明らかであるが——消費者を彼らの経済的利益にとって有害な取引慣行から保護すること——<sup>78)</sup>、多くの消費者指令は、追及される目的と明らかには関連づけられていない（自由移動の利益とハイレベルの消費者保護を除き）<sup>79)</sup>。たとえば、多数の情報要件の背後にある政策目的は、どの指令においても明確に述べられておらず、これは実効性テストを難しくする。証拠は以下のことを示唆する。もし、その目的が消費者に情報を与えることにあるのであれば、強制的情報開示はしばしば実効的なものとなっていない。しかし、目的が事業者の行為規制にあるのであれば、実効的なものかもしれない<sup>80)</sup>。より一般的には、多くの指令にとって、ある程度の確実性をもって、“このルールは、XをYによって達成することを目的とするものである”と明確に述べることは難しい。なぜなら、Yはたいてい明確であるが、Xは、少なくとも実

証テストを必要とするほどには明確でないからである<sup>81)</sup>。これは Y の正当性をテストすることを困難とし、あるいは、Y と X とのつながりが依拠する前提の正当性をテストすることを困難にする。しかしながら、目的に関する説得的議論の再構築は常に可能であり（たとえば、“開示要求の目的は消費者に情報を与えることなのか”それとも“開示が必要とされる実務との関連でその商慣習を変えることにあるのか”）、そして、様々な過程においてルールの実効性を別個にテストすることは可能である。

第 2 章 (2) は、実証的インプットを異なる度合いで要請する法的問いの幾つものカテゴリーを確認してきた。これは、法外在的問い（法と世の中に関する問い）

---

78) ヨーロッパにおける消費者保護のためのブループリントの輪郭を描いている最初の政策文書となる消費者保護および情報政策のための 1975 年および 1981 年の最初のプログラムは、当該政策は、‘消費者の経済的利益’を保護し、そして、消費者の経済的利益を‘販売業者やサービス提供者による力の濫用、とりわけ一方的な標準契約や契約の権利の不正な排除に対して消費者を保護すること’を目的とすると述べている（プログラムに関連する文書として、31975Y0425(02) and on Eur-Lex, Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, OJ C 92, 25.4.1975, 1、および Council Resolution of 19 May 1981 on a second programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, OJ C 133,03/06/1981, 1)。Unfair Terms Directive (Dir. 93/13/ec, 以下、‘UCTD’ という )、recital 9 も参照。

79) 目的は、主要な消費者法指令において以下のように述べられている：‘域内市場の確立を促進し、かつ商品やサービスを獲得する際に消費者となる市民を保護すること’ (UCTD, recital 6)、競争を促進し、それによって‘消費者としての共同体の市民の選択’を増すこと (UCTD, recital 7)、‘直接的に消費者の経済的利益を害し、それによって間接的に正当な競争者の経済的利益を害する’あるいは‘消費者による情報を与えられ、効率的に行われる選択を妨げる’取引方法を禁止し (Dir. 2005/29/EC, hereafter ‘UCPD’, recitals 6 and 14)、‘現実の消費者に、ハイレベルの消費者保護と企業の競争性の正しいバランスとなる域内市場’を促進し (CDR, recital 4)、‘消費者と事業者両方にとって法的確実性を増加させること’であり (CDR, recital 7)、‘目標とされる完全調和ルールを通じて厚生増加’を達成することであり (Proposal for an Online and other Distance Sales of Goods Directive (2015/0288/COD))、‘単一市場の信頼性を増すことである’ (Proposal for an Online and other Distance Sales of Goods Directive (2015/0288/COD))。

には自明のものであるが、これまで理論法学が占有してきた法内在的問いにもあてはまる。正当性、比例性および解釈に関する問いは、いったん包みから出されると、取引に関するルールの影響を査定することや、規制の選択肢の効率性を比較することに開かれている。データだけではこの問いに回答することはできないが、確実にその余地はある。裁判所も法学者も、議論の文脈（データマターであろうか?）、コスト、また裁判所の場合には、手続的制限を考慮し、彼らが取り組み、取り組むべきである法的問いの実証的範囲を広くとることができる。法外在的問いの間では、実効性と効率性という問いが立法者によって実証的に検証され、そして、学説の役割は殆ど批判的なものとなる。逆に、法制度が依拠する前提の実証的正当性を検証することは、公的機関は一般的にはそのようなことをしようとしなしいし、学者がそのような基礎的問題を引き受けるべきことは明らかである。このような、そして他の実証的問題について、第 3 章 (3) は、現在の消費者に関する学術研究と政策立案において、どのように実証的結果を用いていくかを議論するという観点で進めていく。

---

80) George Loewenstein, Cass R. Sunstein, Russell Golman, 'Disclosure: Psychology Changes Everything' (2014) 6 Annual Review of Economics 391, 396 and s 3.8. 著者らが '告げ口心臓効果 (Tell-Tale Heart Effect)' と呼ぶものであり (Edgar Allan Poe による)、開示しなければならない情報が実際に読まれ、理解され、それに基づいて行動されるかのように、事業者が行動する傾向である (Poe の小説における犯罪者の類推であり、彼は、警察が、殺人を犯し、床下に死体を埋めた人の心臓の音を聞くことができると思像した)。著者らは、衛生費用を表示しなければならないレストランは衛生慣習を改善することになるという例を挙げている。言い換えれば、'強制開示は、開示者に、その行動を清浄化する原因となる'。

81) 実証テストに必要な苦情の正確な程度に関しては、Epstein and Martin at n 10, 906 参照。