

早稲田大学博士論文概要書

アメリカにおける非良心性法理の展開

--*Inequality of Bargaining Power* としての非良心性—

早稲田大学大学院法学研究科

柳景子

I. 本研究の動機・目的

本稿は、アメリカ契約法の法理である非良心性法理 (Unconscionability, The doctrine of unconscionability, Unconscionability doctrine 等と表記される。アメリカでは、単に Unconscionability と表記されることが多い。これに従い、以下、本稿では単に「非良心性」との表記と、「非良心性法理」との表記を併用する。) について、包括的・総合的に分析・検討し、同法理が *inequality of bargaining power* と呼ばれる概念の現れであることを示し、さらに、我が国において一般的には「交渉力」と訳される *bargaining power* という概念をめぐるアメリカ法の議論を参照することにより、「交渉力」及び *bargaining power* の概念の整理・定義づけを行った上で、民法及び消費者契約法との若干の比較法的考察を行うものである。

契約内容の規制に関して、我が国では、すでに数多くの研究がなされている。これらのうち、外国法を参照・分析するものとしては、特に、ドイツ法およびフランス法を比較法の検討対象とし、詳細に論じるものが多い。

これに対して、アメリカ法に関しては、契約内容の規制法理として、非良心性法理の存在が知られているものの、実際の判例や学説の議論状況の詳細については、必ずしも我が国に十分には紹介されてこなかったように思われる。

非良心性法理とは、「非良心的 (*unconscionable*)」な契約または契約条項は無効とするという法理であり、1952年に成立したアメリカ統一商事法典 (Uniform Commercial Code; 以下、U.C.C.とする。) の第2編302条 (以下、U.C.C. § 2-302と表記する。) に規定されている。同法典は、各州において採択され、現在、ほぼ全ての州法に、U.C.C. § 2-302と同様の規定が置かれている。

非良心性法理の最大の特徴は、その条文における定義の欠如である。同条文を受けて、アメリカでは、非良心性とは何か、何をもって「非良心的 (*unconscionable*)」と判断すべきかという問題について、活発な議論がなされた。現在では、判例・多数説による見解がある程度確定しているものの、U.C.C. 制定当時から現在に至るまで、いまだ議論は継続しており、その間蓄積されたさまざまな議論の多くは、我が国においては十分には知られていない。

II. 本稿の構成・検討の方法

そこで、本稿では、以下の手順で検討・考察を行う。第1に、アメリカの非良心性法理に関するより広範な判例・学説を詳細に検討することにより、同法理の全体像及び本質を明らかにする。そして、その結果として、本稿は、非良心性法理の本質は、当事者の *bargaining power* に著しい不均衡があることを根拠と

して、司法による契約への事後的な規制を正当化するという、*inequality of bargaining power*、すなわち、我が国で一般的に「交渉力不均衡法理」と呼ばれる考え方であることを示す。第2に、第1の点で得られた結論から、(*inequality of bargaining power* とは何かという問題意識の下、*bargaining power* に関するアメリカの多彩な議論を概観し、その結果得られた見地から、*bargaining power* の定義付けを試みる。第3に、第1・第2で得られた知見を参照しながら、我が国における「交渉力」概念及び「交渉力不均衡」概念について考察を行い、非良心性法理及び *bargaining power* と我が国の民法・消費者法との接続を探るべく、若干の比較法的考察を行う。

III. 本論

1. 非良心性の解釈

非良心性法理は、もともとはエクイティ上の法理であり、ローマ法の *laesio enormis* (莫大損害、英米では *just price theory* すなわち適正価格原則とも呼ばれる。)との関連性も指摘されるほど、古くから存在している。同法理は、エクイティにおいては、契約締結過程の瑕疵を規制するコモン・ロー上の伝統的な法理(詐欺・強迫・不実表示等)による救済が不可能な場合に、契約内容が「非良心的 (*unconscionable*)」であることを理由として、例外的に、当該契約(条項)を無効とするという救済を与える法理として知られていた。その後、同法理は、1952年に成立した U.C.C. § 2-302 に明文規定として取り込まれ、エクイティ上の例外的な法理という位置付けから、コモン・ローの他の伝統的契約法理と並列される一般的契約法理という位置付けへと変化した。

U.C.C. § 2-302 の条文には、「非良心性」とは何かについて定義がされていないため、判例・学説によって、定義付けが試みられた。その結果、現在の判例・通説は、非良心性の適用には、契約締結過程に関する瑕疵(不当性)を意味する「手続的非良心性」(*procedural unconscionability*)、及び、契約内容そのものの瑕疵(不当性)を意味する実体的非良心性 (*substantive unconscionability*) という2種類の非良心性が必要であるとの解釈を確立した。さらに、この2種類の非良心性は、相関的に考慮され、たとえ2種類それぞれが十分に示されていなくても、いわば2種類を合わせ100%となれば、当該契約(条項)につき非良心的と判断できるという、*balancing approach* または *sliding scale* と呼ばれる手法が採用されている。これにより、一般的に実体的非良心性よりも認められにくいとされる手続的非良心性が、たとえ軽微なものであったとしても、実体的非良心性が著しいと認められれば、二つを合わせて

当該契約（条項）が「非良心的」と認められる可能性がある。

このbalancing・アプローチは、理論的には、片方が限りなくゼロに近づいていったとしても、合わせて100%となる限り、非良心的と判断することは可能となることから、手続的非良心的性が認められず実体的非良心的のみが認められる場合でも、同法理の適用を認めるという結論を導きやすい。しかし、多くの判例・学説は、そのような結論には慎重であり、むしろ、balancing・アプローチを使うことにより、必ず何らかの手続的非良心的性を見出すべきであるという立場をとっている。このことから、balancing・アプローチは、2種類の非良心的性が揃わなければならないという原則を緩和するためというよりも、むしろ、たとえ軽微なものであったとしても、可能な限りこの原則を貫徹することを目的として考え出された法技術であると思われる。

以上のことから、非良心的性法理は、契約締結過程に関する審査、すなわち手続的非良心的性の審査を欠かすことができないという点を特徴とする、契約内容の規制法理であると表現できる。それでは、この手続的非良心的性とは何なのか。この点、判例・学説上、手続的非良心的性とは、典型的には、契約当事者間の **bargaining power** に著しい不均衡があることが契約内容への司法による介入の正当化根拠になるという、**inequality of bargaining power** のことを指すと考えられている。このことから、非良心的性法理は、手続的非良心的性を通して、**inequality of bargaining power** を内包する契約内容規制法理と評価することができる。

2. 「狭義の交渉力」と「広義の交渉力」

我が国において **bargaining power** は一般的に「交渉力」と訳される。

ここで、契約が締結される際の具体的なプロセスを考えてみると、契約は、契約当事者による自由な協議・交渉、すなわち **negotiation**（ネゴシエーション）を経た上で、合意に至ると考えられる。このことを踏まえて、改めて「交渉力」という言葉の意味やニュアンスを考えた場合、「交渉力」とは、契約当事者が実際に行う行為としての **negotiate** を連想させる概念・用語であるといえる。

しかし、ここで留意すべきなのは、アメリカでいう **bargaining power** は、契約当事者が、締結しようとしている契約について実際に議論・協議を行うというネゴシエート (**negotiate**) の意味での交渉を行う能力のみを指しているわけではないと考えられる点である。

アメリカでは、**bargaining power** と同義と考えられる表現が複数あり、その典型例として、**bargaining position** や、単なる **power** という言葉を用いる場合も少なくない。これらは、目に見える実際の行為としての議論・協議という意味での交渉、すなわちネゴシエーション (**negotiation**) としての交渉能力を指してい

ると考えられる場合もあるが、より一般的・抽象的に、当事者が置かれている社会的な立場や、契約が締結された当時の全事情を踏まえた上での当事者の関係性等を指す、「力関係」を意味する場合もあり、また、両方の意味が並存・混在している場合もあるように見受けられる。

そこで、本稿では、**bargaining power** を、次のように分類し、定義する。

まず、契約を締結する場面において、当事者間で、契約の具体的内容を議論・協議した上で合意に至るという場合に、契約当事者にはそれぞれ、当該契約の具体的内容について「交渉」する能力が備わっていることが前提となる。この意味での「交渉」の能力を、狭義の「交渉力」と呼ぶことができる。

他方で、契約の具体的内容について、実際の行為として議論・協議をしたかどうかという問題を超えて、もともと社会構造的に備わる当事者間の力関係の格差というものを、「交渉力」と呼ぶことも不可能ではない。たとえば、消費者と事業者との間で、実際の行為として契約の内容についての話し合い、すなわち「交渉」が行われたとしても、そのことから直ちに当該消費者と事業者との間に「交渉力」の格差・不均衡がないとの結論には至らないであろう。それは、消費者と事業者の間には、自力で獲得できる情報の量や質、取引の場面における駆け引きをする技術や熟練度等において大きな隔たりがあると考えられるからである。このように、個別の消費者において、情報収集能力に長けているかどうかや、取引的な駆け引きに慣れているかどうかを問題にするまでもなく、消費者という属性の当事者と、事業者という属性の当事者の間には、情報の収集能力や獲得できる情報の質、事故に有利な条件を引き出すための駆け引きの能力において、社会構造上の格差・不均衡があると考えられる。そして、このような社会構造に由来する、当該契約当事者にもともと備わっている力関係のことを、「構造的」な「交渉力」、または、広義の交渉力と呼ぶことができる。

そして、契約当事者間の **bargaining power** に著しい格差・不均衡があることが、司法が当該契約へ介入する正当化根拠となりうるという **inequality of bargaining power** の考え方における “**bargaining power**” は、単なる格差・不均衡ではなく「著しい」(**gross, overwhelming**) 格差・不均衡とされていること、**bargaining power** と同義として、「力」(**power**) や、「取引上の地位」(**bargaining position**) の格差・不均衡という言葉が当てられる傾向があることから、上記のような考え方において言及される **bargaining power** の「著しい」不均衡とは、著しい「力関係」の格差・不均衡を意味し、当事者が契約締結の際に実際に行う行為としての **negotiate** を超えた、社会構造に由来する当事者間の力関係、すなわち広義の交渉力の格差・不均衡を指すと考えられる。

3. 「広義の交渉力」・「構造的な交渉力」の特徴と「文脈的交渉力」

広義の交渉力の不均衡は、社会的な構造上、格差が生じやすいとされる当事者の力関係性を前提としているため、「構造的な交渉力」とも表現できる。

「広義の交渉力」・「構造的な交渉力」の不均衡は、各時代・社会における社会的な構造から生じる著しい力の格差・不均衡を指すために、そのような格差・不均衡が生じやすいとみなされる関係性が類型化される傾向がある。典型的には、上述の雇用者・労働者の関係、事業者・消費者の関係が挙げられよう。

社会構造から生じる著しい力の差が認められる当事者をある程度類型化することは、その類型に属する当事者に対して法制度による保護を与えやすくなる。

ただし、社会構造に由来する著しい力の差が存する関係をあらかじめ類型化することには、注意すべき点もある。たとえば、アメリカの一部の学説は、上述のような、交渉力不均衡が生じやすいとされる関係性について、「ステレオタイプ」であると指摘している。具体的には、消費者契約における消費者が交渉力において常に事業者に劣ると考えることは、あまりにも形式的にすぎるといえる。たしかに、IT 技術・インターネット技術の発達により、個人消費者であっても情報の収集をすることも不可能とまでは言えなくなった。また、仮に、消費者が事業者の情報・交渉力の点で常に劣ると固定的に捉え、事業者という属性の当事者が常に交渉力を十分備えていると考えることは、大企業と中小企業との関係において、社会構造から生じる力の格差が存在しうることを見落とし、てしまう可能性がある。

そこで、アメリカの一部の学説は、*inequality of bargaining power* が生じやすいとされる当事者の関係性の類型化・固定化を超えて、当事者間の取引上の力関係 (*bargaining power; power*) とは、より個別具体的な事実即ち当事者の関係性を詳細に分析しうるものであるとの主張を行なっている。当事者間の力関係のこのような性質について、アメリカでは「ダイナミック (*dynamic*)」な機能、「文脈的 (*contextual*)」な機能等と表現される。

仮に、文脈的に評価された交渉力あるいは当事者間の力関係 (*power*)、すなわち、「文脈的な交渉力」があるとするならば、裁判所は、たとえば、消費者契約であるという事実から、消費者が力関係において事業者には必ず劣ると考えるのではなく、当該事案における当事者の実際上の取引経験の有無、精通の度合い、教育レベル、年齢、性差、経済力等、さまざまな要素を総合的に考慮した上で、実際に各当事者の交渉力の有無や優劣を判断することになる。

4. 比較法的考察

(1) 非良心性と民法 90 条

我が国の暴利行為論と、非良心性法理は、ともに *laesio enormis* に起源を有するとされていることから、非良心性と我が国の民法分野の比較を行う場合、第 1 に、民法 90 条が挙げられる。

我が国では、判例法上、(i) 相手方の窮迫・軽率・無経験に乗じて、(ii) 過大の利益を獲得する行為は、暴利行為であり、民法 90 条の公序良俗に反するという命題が確立されている。

上記の(i), (ii) の要件は、アメリカの非良心性法理における、手続的・実体的非良心性を想起させる。(i) の要件に挙げられている主要な要素、すなわち、相手方の「窮迫」、「軽率」、「無経験」、さらに、上記裁判例に従えば「著しく不公正な方法によって行われた」こと、「優越的地位」等は、手続的非良心性の典型例として挙げられる「貧困」、「取引経験が乏しいこと」、当事者間の「取引的地位 (*bargaining position*, または *bargaining power*) 」に格差があること等に対応すると考えられる。そして、(ii) の要件に挙げられている主要な要素、すなわち、「過大の利益を獲得」とは、実体的非良心性を言い表す別の表現の典型である「非合理的 (*reasonable*)」な利益等に対応すると考えられる。

さらに、我が国の暴利行為論の現代的活用において、「端的に契約内容を客観的要件 (上記(ii) の要件) において問題にする方向性と、契約締結過程における取引の悪性を主観的要件 (上記(i) の要件) において問題にする方向」という 2 つの方向性が考えられる。

この点、契約締結過程の瑕疵と契約内容の瑕疵 (悪性) という、二元的な捉え方に対しては、大村敦志教授により、2 つの観点それぞれでは拘束力を否定するほどの取引の悪性を検出できないが、両観点を相関させて判断すれば取引の拘束力を否定すべき悪性のある取引が存在すること、及び、このような取引の規制をしなくて良いのかとの疑問が提示されている。そして、大村教授は、このいわゆる『併せて一本』的な相関判断により、暴利行為論における上記 (i), (ii) 要件を、消費者契約規制のために一層柔軟化していくべきであるという。

大村教授による、契約締結過程の瑕疵と契約内容の瑕疵 (悪性) という二元的な捉え方に対する問題意識と、いわゆる「併せて一本」的な相関判断の指摘は、非良心性におけるバランス・アプローチを想起させる。すなわち、非良心性法理においても、契約締結過程の瑕疵を扱う手続的非良心性と、契約内容そのものの瑕疵・悪性を扱う実体的非良心性という 2 種類の非良心性は、バランス・アプローチという相関関係で考慮される。

ただし、balancing・アプローチの場合、あくまで手続的非良心性を要求するための解釈技術であるという点に留意が必要であり、この点については、本稿において既に述べたとおりである。

(2) bargaining power と消費者契約法における「交渉力」

非良心性について、本稿では、手続的非良心性という要件を通して、*inequality of bargaining power*、すなわち、契約当事者間に著しい *bargaining power* の不均衡があったかどうかという問題を審査しており、その意味において、非良心性法理は *inequality of bargaining power* の現れであるとした。

この点、我が国の消費者契約法1条が、「交渉力」に明確に言及していることが、注目される。

bargaining power は、我が国では、一般的に「交渉力」と訳されてきた。しかしながら、既に述べたとおり、アメリカの *bargaining power* は、契約当事者が実際に行う行為としてのネゴシエート(*negotiate*) の意味での「交渉」能力、すなわち「狭義の交渉力」のほか、これを超えて、社会構造に由来する、より一般的・抽象的意味での契約当事者間の力関係を意味する「広義の交渉力」あるいは「構造的な交渉力」、さらに近年の一部の学説が主張する「文脈的な交渉力」等、多義的な性質を有している。

また、そもそも、アメリカの *inequality of bargaining power* 及びこれを内包する非良心性法理は、一般の契約法上の法理であるのに対して、我が国の消費者契約法は、民法の特別法である。

したがって、必ずしも *bargaining power* と日本法の「交渉力」が一致するとは限らず、アメリカの *inequality of bargaining power* 及び非良心性法理と、我が国の消費者契約法を並列に論じることには、慎重にならざるを得ない。

そこで、アメリカの *inequality of bargaining power* 及び非良心性法理と、我が国の消費者契約法を並列に論じる前提として、我が国の消費者契約法が言及する「交渉力」が、どのような性質を有するものなのか、検討する必要がある。

消費者契約法の1条の趣旨については、学説上、「消費者と事業者との間に存在する、契約の締結、取引に関する構造的な『情報の質および量並びに交渉力の格差』に着目」するものであるとの指摘や、当該事業者による市場の独占状態を前提とした場合の規制根拠であるという指摘がなされている。これらは、何らかの社会的な構造や状態から生じる力関係として、「交渉力」を理解しているものと考えられる。この見解に従えば、消費者契約法1条及び同法律全体が、構造的な交渉力不均衡を規制根拠としていることになる。

その上で、次に問題となるのは、「文脈的な交渉力不均衡」をどのように扱う

かである。この点については、大きく分けて次の 3 つの立場が考えられる。すなわち、(i) 消費者契約法の趣旨は、「構造的な交渉力不均衡」の規制であると捉え、「文脈的な交渉力不均衡」については、基本的には考慮に入れない。(ii) 消費者契約法における「交渉力の格差」とは、「文脈的な交渉力不均衡」のことであると捉え、常に個別具体的な事情を勘案して、当該事案の「文脈」において交渉力不均衡があったといえるかどうかを審査する。(iii) 消費者契約法の趣旨は、基本的には、「構造的な交渉力不均衡」の規制であると捉えるが、「文脈的な交渉力不均衡」についても考慮し、個別具体的な事案ごとに実質的な交渉力不均衡があったかどうかを審査するという立場である。

上記 (i)～(iii) のうちどれを採用すべきかは、我が国の消費者契約法の本旨をどのように捉え、我が国における消費者保護及び消費者契約規制のあり方をどう捉えるべきかという政策的判断を要する問題である。

この問題の検討について検討するには、「交渉力」に言及する我が国の既存の判例・裁判例の分析を行い、我が国の裁判所が「交渉力」をどのように捉えているかを明らかにすることが不可欠であろう。たとえば、消費者契約に該当する建物賃貸借契約において更新料特約の有効性が問題となった最判平 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁は、「その他諸般の事情を総合考慮」すべきとしていることや、実際に本事案で問題になった更新料特約そのものの性質や背景の分析を行っていることから、少なくとも、上記 (i) の立場ではないと思われる。また、そもそも、判旨は、消費者対事業者という契約類型に本来的に備わる構造的な交渉力を観念しているのかどうかについて、明示していないことから、上記 (ii) の立場という可能性もある。他方で、本判決が指摘する、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載されていること、及び、借借人と貸貸人との間に更新料の支払いに関する明確な合意が成立していることについて、広義の交渉力、または構造的な交渉力の格差の問題として捉えるならば、(iii) の立場と考えることも可能であろう。たしかに、契約条項が、一義的・具体的に記載され、これを消費者側が読み、あるいは読む機会を与えられ、さらに、理解可能であったかどうか、その結果、明確な合意があったかどうかという問題は、一見、情報開示に関わるとも思われる。しかし、仮に、広義の交渉力、あるいは構造的な交渉力の概念を採用するならば、これらの事情は、消費者対事業者という社会的構造に由来する著しい取引上の力関係の差が影響するといえ、広義の交渉力の問題として扱うことも可能と思われる。

IV. 結論

本稿では、まず、非良心性法理の適用に関して、判例・通説によれば、手続

的・実体的という 2 種類の非良心性が揃わなければならないこと、この 2 種類の非良心性は、balancing・アプローチによって相関的に考慮されることを指摘し、その上で、非良心性法理は、balancing・アプローチを通して、原則として必ず契約締結過程に関する非良心性すなわち手続的非良心性が必要とされる契約内容規制法理であることを明らかにした。

そして、手続的非良心性が、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡があることが、司法による契約内容の規制の正当化根拠となるという inequality of bargaining power の考え方の現れであることを示した。

さらに、bargaining power に関するアメリカの議論を参照することにより、bargaining power の定義付けと分類を試み、その結果、bargaining power には、当事者の実際の行為としてのネゴシエートを行う能力を意味する「狭義の交渉力」と、社会構造に由来する力関係を意味する「広義の交渉力」または「構造的な交渉力」、及び、個別の事案における具体的な事情を勘案した「文脈的な交渉力」とに分けられることを示した。

その上で、我が国との接点を検討するに、我が国では伝統的に非良心性法理が民法 90 条に対応すると考えられてきたこと、特に、暴利行為論における二つの要件及びその相関的な考慮の仕方が、手続的・実体的非良心性を想起させること、及び、唯一「交渉力」を明記している消費者契約法は、「広義の交渉力」（「構造的な交渉力」）を契約の規制根拠としていると考えられることを示した。

今後の課題としては、我が国の判例・裁判例の分析を通じて、我が国の裁判所が「文脈的な交渉力」を考慮しているのか、あるいは、考慮すべきなのかについて、検討したい。

以上