

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

目次

| | |
|--|----|
| 目次..... | 2 |
| I. 序..... | 11 |
| 1. 本研究の動機・目的 | 11 |
| 2. アメリカの契約内容規制法理—非良心性法理 | 12 |
| 3. 本研究で明らかにすること | 13 |
| II. 非良心性の成り立ち | 14 |
| 1. 非良心性のエクイティにおける萌芽と発展 | 14 |
| (1) 大陸法の影響とイギリスのエクイティにおける「非良心性」の発生 | 14 |
| ① 大陸法における <i>laesio enormis</i> | 14 |
| ② イギリス法における非良心性の萌芽..... | 15 |
| (2) アメリカにおけるエクイティ上の非良心性の発達 | 16 |
| (3) 小括..... | 17 |
| 2. 非良心性のエクイティ上の法理としての限界 | 18 |
| (1) 擬制的・代替的法理の利用の限界 | 19 |
| (2) 契約観の変化..... | 20 |
| 3. 統一商事法典 (U.C.C.)の制定と非良心性の規定の創設..... | 21 |
| (1) <i>U.C.C. §2-302</i> の条文とオフィシャル・コメント | 21 |
| (2) 条文及びオフィシャル・コメントから読み取れる非良心性の内容..... | 22 |
| ① 条文の創設の背景..... | 22 |
| ② 「一方的」「抑圧」「不公正な不意打ち」 | 23 |
| ③ 適用対象となる訴訟・契約類型 | 23 |
| ④ 裁判官による判断..... | 23 |
| ⑤ 効果 | 23 |
| ⑥ 非良心性の判断基準時 | 24 |
| ⑦ 立証責任..... | 24 |
| ⑧ 消費者契約における適用の傾向 | 24 |
| III. 非良心性の解釈と判断枠組みの形成・発展—手続的・実体的という二種類の非良心性..... | 25 |
| 1. <i>U.C.C. § 2-302</i> における定義の欠如 | 25 |

| | |
|---|----|
| 2. 非良心性の定義に関する解釈論の形成—手続的非良心性と実体的非良心性..... | 26 |
| (1) <i>Campbell Soup</i> 事件判決 | 27 |
| (2) <i>Henningsen</i> 事件判決 | 28 |
| (3) <i>Williams</i> 事件判決..... | 32 |
| (4) 判例法理から読み取る「非良心性」の定義 | 37 |
| (5) <i>Leff</i> 論文 | 39 |
| ① 立法史 | 40 |
| 1948 年版以前 | 40 |
| 1948 年版以降 | 43 |
| ② オフィシャル・コメント 1 が引用する判例 | 46 |
| ③ 契約内容そのものの非良心性（実体的非良心性） | 48 |
| ④ U.C.C. § 2-302 が引用する 10 件の判例について | 51 |
| ⑤ エクイティとの関連性 | 51 |
| エクイティにおける手続的非良心性 | 53 |
| エクイティにおける実体的非良心性 | 54 |
| ⑥ U.C.C. § 2-302 を適用した事例 | 55 |
| ⑦ <i>Leff</i> 論文に対する反応 | 57 |
| 3. 「非良心性」の定義の確立によって生じた論争--「手続的非良心性」と「実体的非良心性」 とは何か | 60 |
| (1) 手続的非良心性と実体的非良心性の意義と内容..... | 61 |
| ① procedural unconscionability（手続的非良心性） | 61 |
| ② substantive unconscionability（実体的非良心性） | 62 |
| (2) 要素分析 | 63 |
| ①要素分析とは | 63 |
| ②要素分析の判例 | 64 |
| (a) <i>Willie v. Southwestern Bell Telephone Co.</i> | 64 |
| (b) <i>Broadway v. Household Fin. Corp. of Huntsville</i> | 66 |
| (c) <i>Davis v. M.L.G. Corp.</i> | 67 |
| (d) <i>Mullan v. Quickie Aircraft Corp.</i> | 68 |
| ③小括 | 69 |
| 4. 手続的非良心性と実体的非良心性の関係..... | 70 |
| (1) 一般論—二つの非良心性は必ず必要である | 70 |

| | |
|---|-----------|
| (2) バランシング・アプローチ (<i>balancing approach</i>) | 72 |
| ① バランシング・アプローチ (スライディング・スケール) とは..... | 72 |
| ② 判例 | 73 |
| (a) Funding Systems Leasing Corporation v. King Louie International Inc. | 73 |
| (b) Tacoma Boatbuilding, Inc. v. Delta Fishing Co. | 74 |
| (c) Carboni v. Arrospide..... | 75 |
| (d) Ilkhchooyi v. Robert T. Best..... | 76 |
| (e) A & M Produce Co. v. FMC Corp. | 77 |
| (f) Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc. | 80 |
| (g) Sitogum Holdings v. Ropes. | 81 |
| ③小括 | 82 |
| (3) 実体的非良心性のみによる非良心性法理の適用..... | 83 |
| ① American Home Improvement v. MacIver (1964)..... | 83 |
| ② Toker v. Westerman (1970)..... | 84 |
| ③ Brower v. Gateway 2000. Inc. (1998)..... | 84 |
| IV. 非良心性の判断枠組みからみえる非良心性の本質..... | 86 |
| 1. バランシング・アプローチの有する相反する二つの機能 | 86 |
| 2. 手続的非良心性への配慮 | 87 |
| 3. 手続的非良心性が必要とされる実質的な理由・背景..... | 88 |
| (1) 二つの契約観の緊張関係の象徴としての手続的非良心性 | 88 |
| (2) <i>Duty to read</i> 原則の現れとしての手続的非良心性..... | 89 |
| 4. 手続的非良心性とは何か | 90 |
| 5. 非良心性法理の本質 | 91 |
| V. 現代における非良心性法理の運用の実相 | 92 |
| 1. 本章の目的..... | 92 |
| 2. 法と経済学における非良心性法理..... | 93 |
| (1) <i>Richard A. Posner</i> | 93 |
| (2) <i>Epstein</i> の見解..... | 95 |
| ① 非良心性の適用 | 95 |
| ② 実体的非良心性 | 96 |
| ③ 結論 | 97 |

| | |
|--|-----|
| ④ Epstein 説の評価 | 97 |
| (3) <i>Craswell</i> | 98 |
| ① Property rule と Liability rule | 98 |
| ② 非良心性における property rule と liability rule の分析 | 100 |
| ③ 手続的非良心性のみによる判断 | 101 |
| ④ 結論 | 101 |
| (4) <i>Eric A. Posner</i> | 102 |
| ① 最小限の福祉の理論 | 102 |
| ② 非良心性法理の捉え方 | 102 |
| ③ 結論 | 104 |
| (5) <i>Korobkin</i> | 104 |
| ① 非良心性の解釈について | 104 |
| ② 標準書式契約の規制方法 | 105 |
| ③ 標準書式契約への非良心性の適用 | 105 |
| (6) <i>Bar-Gill</i> | 106 |
| ① クレジット・カード契約における非良心性 | 106 |
| ② 消費者金融規制と非良心性 | 107 |
| 3. 非良心性法理の 2000 年代までの運用傾向 | 108 |
| (1) 概説 | 108 |
| (2) 仲裁条項の有効性をめぐる非良心性の問題の増加 | 109 |
| (3) 非良心性と附合契約 | 111 |
| 4. 非良心性に関する 2000 年代の判例 | 113 |
| (1) 動産売買または賃貸借に関するケース | 113 |
| ① <i>Muscioni v. Clemons Boat</i> (2005) | 113 |
| ② <i>Piece v. Catalina yachts, Inc.</i> (2000) | 114 |
| ③ <i>DJ Coleman, Inc., v. Nufarm Americas, Inc.</i> (2010) | 115 |
| (2) 賃貸借—消費者向け倉庫貸し出し契約に関するケース | 116 |
| ① <i>Gonzalez v. A-1 Self Storage, Inc.</i> (2000) | 116 |
| ② <i>Dubey v. Public Storage</i> (2009) | 117 |
| (3) 役務提供契約 | 117 |
| ① <i>Perry Homes v. Alwattari</i> (2000) | 117 |
| ② <i>Repair Masters Construction, Inc., v. Gary</i> (2009) | 119 |
| ③ <i>Kenneth Plaza, 363 BR 517</i> (S.D. Tex. 2007) | 120 |

| | |
|---|------------|
| ④ Spectrum Networks, Inc., v. Plus Realty, Inc. (2007) | 121 |
| (4) 家族関係 | 122 |
| ① Potts v. Potts..... | 123 |
| ② Sims v. Sims (2009)..... | 123 |
| ③ Snell v. Snell (2010) | 124 |
| (5) 不動産取引・消費者金融・消費者信用 | 125 |
| ① Swayne v. Beebles Investment, Inc. (2008)..... | 125 |
| ② In re Union Square Associates, LLC., 392 BR 474 (D. Utah 2008)..... | 126 |
| ③ Johnson v. The Cash Store (2003)..... | 127 |
| ④ Payday Loan Store of Wis., Inc. v. Mount (2011)..... | 128 |
| ⑤ Checking Account Overdraft Litigation (2010)..... | 129 |
| 5. 非良心性の新たな展開・今後の展望 | 130 |
| (1) 仲裁条項の有効性と連邦仲裁法 | 130 |
| (2) EUにおける注目 | 132 |
| ① EU法との接点の探求 | 132 |
| ② EUにおける非良心性への注目 | 133 |
| (3) アメリカ国内での議論の現在 | 135 |
| ① 曖昧さ・不明瞭さの承認と今後への示唆を行うもの | 135 |
| ② 非良心性の本質に関する新たな指摘..... | 137 |
| (4) 今後の展望..... | 138 |
| VI. INEQUALITY OF BARGAINING POWER とは何か | 141 |
| 1. 問題意識および分析手法 | 141 |
| (1) 問題意識— <i>Inequality of bargaining power</i> 及び「交渉力不均衡」とは何か..... | 141 |
| (2) 分析手法について..... | 143 |
| 2. アメリカにおける INEQUALITY OF BARGAINING POWER | 144 |
| (1) 1930年代..... | 144 |
| (2) 1940～50年代 | 146 |
| (3) 1960年代..... | 147 |
| ①非良心性..... | 147 |
| ②団体交渉 (collective bargaining) | 149 |
| (a) Chamberlain による分析 | 150 |
| (b) Industrial and Labor Relations Review における議論..... | 151 |

| | |
|--|-----|
| (c) 小活..... | 151 |
| (4) 70年代～80年代..... | 152 |
| ①契約法に関するテーマにおける「交渉力不均衡」..... | 152 |
| (a) Alan Schwartz, Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process, 49 Ind. L.J. 367 (1974)..... | 152 |
| (b) William M. McGovern, Jr., Forfeiture, Inequality of Bargaining Power, and the Availability of Credit: An Historical Perspective, 74 Nw. U. L. Rev. 141 (1979)..... | 155 |
| ②フランチャイズ契約における交渉力不均衡..... | 156 |
| ③ダンカン・ケネディによる分析..... | 158 |
| (a) 強行規定..... | 158 |
| (b) Unequal bargaining power の分析..... | 159 |
| (i) リベラル派と保守派からみた unequal bargaining power..... | 159 |
| (ii) Unequal bargaining power のリベラル派との親和性..... | 161 |
| (iii) 小括..... | 162 |
| (5) 90年代以降..... | 163 |
| ①仲裁条項の問題..... | 163 |
| ②特定の分野、テーマに関する交渉力不均衡を扱うもの..... | 166 |
| ③労使関係..... | 168 |
| (6) 2000年代以降--契約法における交渉力の研究の進展--..... | 171 |
| ①Barnhizer による研究..... | 171 |
| (a) 2005年の論文 “Inequality of Bargaining Power”..... | 171 |
| (i) Inequality of bargaining power がアメリカ法に占める地位..... | 172 |
| (ii) 契約法上の抗弁と交渉力不均衡..... | 172 |
| (iii) 契約法上の抗弁以外における交渉力..... | 174 |
| (iv) 法的概念としての交渉力不均衡と実際の交渉力との区別..... | 174 |
| (b) アメリカ契約法における「交渉力」概念の由来..... | 177 |
| (i) 労働争議関連事例における萌芽..... | 177 |
| Vegeahn v. Guntner, 167 Mass. 92, 44 N.E. 1077 (1896). | 177 |
| State v. Coppage, 125 P. 8, 9-11 (Kan. 1912) および Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1, 26-27 (1915). | 178 |
| Plant v. Wood, 57 N.E. 1011, 1016 (Mass. 1900). | 179 |
| Topeka Laundry Co. v. Court of Indus. Relations, 119 Kan. 12, 237 P. 1041, 1046 (1925). | 179 |

| | |
|--|-----|
| (ii) Inequality of bargaining power の労働争議事例から契約事例への波及..... | 180 |
| United State Navigation Co. v. Cunard S. S. Co., 284 U.S. 474, 479-80 (1932)..... | 180 |
| Austin v. Nat'l Employment Exch., 266 N. Y. S. 306, 311 (N.Y. Mun. Ct. 1933). | 181 |
| United State v. Bethlehem Steel Corp., 315 U.S. 289, 301-03 (1942)..... | 182 |
| (c) 2007 年 VISIONS OF CONTRACT THEORY: RATIONALITY, BARGAINING, AND INTERPRETATION | |
| | 183 |
| (i) 契約における交渉力の機能・役割..... | 183 |
| (ii) 法的な力（交渉力）関係..... | 184 |
| (iii) 私的な合意への介入の正当化根拠としての交渉力不均衡..... | 185 |
| (iv) 交渉力不均衡に基づく介入を認めない立場..... | 186 |
| (vi) 「交渉力の不均衡」という現象の承認？..... | 186 |
| (d) その後の inequality of bargaining power に関する研究..... | 186 |
| (e) 小括..... | 187 |
| (i) 判例上の Inequality of bargaining power の歴史的沿革..... | 187 |
| (ii) Barnhizer による Inequality of bargaining power 研究の特徴..... | 188 |
| ② Korobkin による研究..... | 189 |
| (a) BATNA の強さ..... | 190 |
| (b) 忍耐強さと力 (Patience and Power)..... | 191 |
| (c) 力のリスク (The Risks of Power)..... | 191 |
| ③ Ben-Shahar による研究..... | 192 |
| (a) Bargain-mimicking という契約解釈方法..... | 192 |
| (b) 「交渉力」の意義・位置付け..... | 194 |
| ④ シンポジウム..... | 195 |
| (a) ミシガン州立大学におけるシンポジウム..... | 195 |
| (i) Barnhizer 「序文 力、不均衡および契約：契約法における交渉力の役割 シンポジウ | |
| ム総論」..... | 196 |
| (ii) Slawson 「契約法上の裁量権：標準書式による詐欺的契約から保護する規律について」 | |
| | 197 |
| 契約上の裁量的権限 (contractual discretionary power)..... | 197 |
| 標準書式契約における非良心性法理の適用との比較..... | 199 |
| (iii) DiMatteo 「取引の不合理生への合理的な対応としての罰則」..... | 200 |
| (iv) Morant 「契約の規制における力の特徴：手続的非良心性と文脈の重要性」..... | 202 |
| 概要..... | 202 |

| | |
|--|------------|
| 二つの契約観..... | 202 |
| 非良心性における「文脈的アプローチ」の必要性..... | 203 |
| (v) Arnow-Richman, 「cubewrap 契約と労働者の流動性：競争禁止の標準書式契約による労働者の交渉力の低下」 | 205 |
| 概要..... | 205 |
| 競合禁止条項における交渉力 | 206 |
| (vi) Bridgeman 「交渉力不均衡の状況下における不実な故意」 | 207 |
| (vii) Hogg 「消費者注意せよ：ミシガン、ミネソタ及びワシントン州における非良心性法理の免責条項及び補償条項への多様な適用について」 | 208 |
| (b) Wake Forest 大学 におけるシンポジウム..... | 209 |
| (i) DiMatteo & Morant 「文脈の中の契約及び文脈としての契約」 | 210 |
| (ii) Phillips 「交渉において不利な立場にいる者の保護：統合的な法理としての非良心的取引」 | 212 |
| (iii) Barnhizer 「文脈における契約：アイデンティティ、力、及び契約正義」 | 213 |
| HCS と LCS | 213 |
| HCS が機能するレベル | 215 |
| HCS に対する裁判所のとるべき態度..... | 217 |
| 非合法性の理論の政治的政策的な正当化..... | 218 |
| ⑤ その他の契約法における交渉力を扱う論考 | 220 |
| 3. 小括（若干の考察） | 221 |
| VII. 我が国における「交渉力」の格差・不均衡の議論状況..... | 223 |
| 1. 我が国における「交渉力」に関する立法..... | 223 |
| 2. 消費者法の研究における「交渉力」の定義 | 225 |
| (1) 大村敦志教授による研究 | 225 |
| ① 交渉力の定義 | 225 |
| ② 交渉力不均衡の類型 | 226 |
| ③ 運用すべき具体的な法について | 227 |
| ④ 民法 90 条の活用と非良心性との関わり | 227 |
| (2) 角田美穂子教授..... | 229 |
| 3. 英米法における「交渉力不均衡」の法理に関する研究 | 230 |
| (1) 笠井教授による研究 | 230 |
| (2) 及川教授による研究 | 233 |

| | |
|---|------------|
| (3) 法と経済学における「交渉力不均衡」に関する研究..... | 235 |
| ① アメリカ法—独占と約款論を結びつける約款論における「独占」に関連づけられる bargaining power..... | 235 |
| ② わが国の議論への接続..... | 237 |
| 4. 事業者間の契約における「交渉力不均衡」への着目..... | 240 |
| (1) 執行秀幸教授の研究..... | 240 |
| (2) 消費者契約法の事業者間契約への拡張論..... | 242 |
| 5. 小括..... | 243 |
| VIII. 考察と結論..... | 245 |
| 1. “BARGAINING POWER” の多義性と定義づけ..... | 245 |
| (1) “Bargaining power” の多義性..... | 245 |
| (2) “Bargaining power” の定義づけ..... | 246 |
| ① 「狭義の交渉力」と「広義の交渉力」..... | 246 |
| ② 「広義の交渉力」としての Bargaining power..... | 247 |
| ③ 「広義の交渉力」の特性..... | 248 |
| ④ 「文脈的な」交渉力..... | 249 |
| (3) 小括..... | 250 |
| 2. 我が国への示唆..... | 251 |
| (1) 非良心性と民法 90 条..... | 251 |
| (2) bargaining power と消費者契約法における「交渉力」..... | 253 |
| (3) 今後の課題..... | 256 |
| 参考文献一覧..... | 257 |
| I. 参考文献（英文）..... | 257 |
| II. 参考判例（英文）..... | 265 |
| III. 参考文献（和文）..... | 272 |
| 文末脚注..... | 278 |

1. 序

1. 本研究の動機・目的

近代契約法には、契約自由の原則が妥当するため、契約当事者間で決定された契約内容に対して、司法が事後的に介入し、規制することは、原則として認められない¹。

しかしながら、一定の場合には司法による契約規制が認められる。我が国では、民法 90 条の公序良俗違反、信義則違反、取締規定違反、特別法違反のほか、約款規制、不当条項規制等として、司法による契約内容の事後的な規制が行われてきた。

このような、契約の内容の規制が認められる根拠については、契約自由の原則の限界として、歴史的な沿革から説明される。すなわち、契約自由の原則は、自由主義の思想と、近代資本主義経済の政策とに由来する原則であるため、これらの原則に関して矛盾が生じると、契約自由の原則にも限界が生じる²。というのも、契約自由が前提とする自由主義は、自由競争を推進する考え方であるため、結果的に、経済的・社会的な強者による弱者の支配を招くことになるからである。ここにいう「強者」と「弱者」とは、典型的には、大企業と労働者・消費者のほか、不動産の賃貸借契約や貸金業者による金銭消費貸借契約等、需要が多い割には供給が少なく、その結果、当事者の一方（貸主）が強者になり、他方（借主）が弱者となる場合等が挙げられる³。

上記のような歴史的経緯に鑑みれば、契約内容の規制を行い、契約内容決定の自由を制限すべきであるという考え方は、契約自由の原則を制限すべきという現代社会特有の要請であるといえる。もっとも、契約自由の原則を強調する立場と、これを制限すべきであるとする立場とは、常に緊張関係にあり、この緊張関係は、各時代における国の政策方針や思想的動向によって左右される傾向がある。たとえば、1980 年代には、契約自由の制限を積極的に評価し、「契約自由よりも契約正義を」、「意思よりも理性を」と主張する学説が有力になるとされる⁴。これに対して、現在の我が国は、90 年代から主流となりつつある、自由市場経済を尊重すべきとの主張とともに、契約自由の原則を強調する立場の勢力が増しているとされる⁵。

現代社会においては、上述のような契約自由の限界の場面が増加することが

予想され、今後、契約内容の規制の問題がさらに重要性を増すと思われる。しかし、契約自由の原則を強調するか、その制限を強調するかという問題が、各時代の思想動向や国の政策的判断に依拠するのであれば、その前提として、契約自由の制限が認められる思想的な背景・根拠は何かという問題について検討することが必要となろう。

2. アメリカの契約内容規制法理—非良心性法理

我が国では、すでに契約内容の規制に関して、数多くの研究がなされている⁶。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⁷。

ひるがえって、アメリカ法に目を転じてみると、契約内容の決定の自由に対する制限する法理として、非良心性法理が広く知られている(**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。)。同法理は、わが国においては70年代に初めて紹介され⁸、その後も民法(債権法)改正や消費者契約法の制定および改正の議論において、比較法の資料の一部として、たびたび参照・言及されている⁹。

アメリカの非良心性法理は、現在は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。)の一条文として存在しており、各州が同法典を採択するという手続きを踏んだ上で、各州法に取り込んでいる。その条文内容は、要するに、「非良心的 (**unconscionable**)」な契約または契約条項は無効とするというものであり、明確な要件を示さず一般条項の形をとっている。

ところが、このような一般的・抽象的な文言を採用したために、アメリカでは同法理の解釈や存在意義をめぐる、条文制定当初から判例・学説においてさまざまな見解が提示され、議論が錯綜した。これらの議論の結果、2010年代の現在に至るまで、非良心性の解釈や存在意義についてはある程度の多数派(通説)が形成された。しかし、同法理をめぐるっては、現在も継続的に、様々な論者によって新たな視点や切り口を提示する論文や、過去の議論を振り返り総括する内容の論文が発表され続けており、いまだに議論が収束していないように

見える。

3. 本研究で明らかにすること

このように、アメリカの非良心性法理に関する膨大な議論の蓄積を踏まえると、現在の我が国には同法理の情報が十分あるとは言えない状況にあると思われる¹⁰。そこで、本研究においては、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したい。そして、本稿は、結論として、(i) 非良心性法理の本質は、当事者の **bargaining power**（交渉力）に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、いわゆる交渉力不均衡法理であることを示すものである。さらに、(i) を前提として、(ii) 交渉力不均衡とは何かという問題に関するアメリカの多彩な議論を概観することにより、交渉力不均衡概念の定義づけを試み、我が国の交渉力不均衡の議論にも示唆を与えうることを示す。

本稿では、まず、アメリカの非良心性法理の分析を行い、上記 (i) の通り、非良心性法理の本質が、交渉力不均衡法理であることを論じる。その上で、交渉力不均衡 (**inequality of bargaining power**) についてアメリカの議論を概観し、法的概念としての交渉力または交渉力不均衡とは何かについて考察する。さらに、我が国の交渉力不均衡に関する議論を概観し、アメリカの交渉力不均衡及びこれを含む非良心性の議論を総合して、上記 (ii) の通り、我が国の交渉力不均衡の議論、ひいては、契約内容規制の根拠に関する議論への示唆を得られないかについて検討する。

II. 非良心性の成り立ち

1. 非良心性のエクイティにおける萌芽と発展

(1) 大陸法の影響とイギリスのエクイティにおける「非良心性」の

発生

① 大陸法における *laesio enormis*

非良心性の起源について、学説は、エクイティまで遡ることができるという見解ではほぼ一致している¹¹。周知の通り、かつて、アメリカ法の母法であるイギリス法は、エクイティ(*equity*) とコモン・ロー (*common law*)という二つの法体系に分かれていた¹²。中世のイギリスにおいては、コモン・ローによる救済を受けられなかった者が、大法官と呼ばれる役職の者（現在の裁判官に相当する）への「請願」という形で救済の可否の判断を仰ぎ、これに対して、大法官は自らの「良心」に従って判断を下していた。このような仕組みで判断された判例の蓄積が、コモン・ローとは異なる法体系を形成し、エクイティと呼ばれるに至った¹³。

このエクイティの形成に影響を与えたものとして指摘されているのが、ローマ法の *laesio enormis* と呼ばれる法理である¹⁴。*Laesio enormis* とは、英語では *just price theory*、すなわち適正価格原則と呼ばれるルールにあたり、一般的には、「契約当事者は、交換される価値の不均衡が2：1よりも大きくなる場合、当該取引を無効にすることができる」等と表現される¹⁵。

現在、アメリカの学説において、非良心性の起源がエクイティ、さらにはローマ法 (*laesio enormis*) にまで遡れることは、ほぼ一致した見解と見て良い¹⁶。また、ローマ法は、大陸法の形成に大きな影響を及ぼしたことから、非良心性の実質的な起源は、大陸法にあると明言する文献も見られる¹⁷。ただし、エクイティが *laesio enormis* とどのような経緯で、どの程度の関連性を有するのかについて詳細に論じた文献は見当たらない。そこで、本研究においては、英米において発展したエクイティという法体系の基礎には、ローマ法の *laesio enormis* の存在が示唆されているという指摘にとどめておく¹⁸。

Laesio enormis または適正価格原則は、いわば、不均衡で不平等な契約は不道

徳なものであり忌避すべきであるという考えの表れと言える¹⁹。このように、大陸法においては、非良心性という言葉こそ使用していないものの、適正価格原則を適用することにより、不公正で不平等な契約の規制を行っていた²⁰。

② イギリス法における非良心性の萌芽

他方で、イギリスでは大法官によって、大陸法と同様、著しく不当な契約の強制力を否定するというエクティ上の救済措置がとられていた²¹。そして、これらの救済措置は、「過酷な取引の世界に適合できない者たちの避難場所として、保護的な、良心による裁判権」の行使によってとられていた²²。例えば、大法官は特に著しく不適切な対価の交換を強制することを拒み、過酷な契約条項を和らげるため、契約解釈や契約の改定 (reformation) を行っていた²³。さらに、大法官たちは、「取引上の品行の悪さ (bargaining naughtiness)」から生じた合意や約束を無効とするという、エクイティ上の法理をも運用していた。以上のようなエクイティ上の救済措置が、現在の非良心性法理の直接の祖であると考えられる²⁴。

一部の学説は、エクイティにおいて非良心性という言葉が使われるようになったのは、不動産所有権の移転に関する取引で、相続財産の処分に関する事案であるとする。例えば、Kamp は、この時代の最初の裁判例として Berney v. Pitt²⁵ を挙げている²⁶。本件では、原告が、その父親よりも長生きし、父親を相続する (come into the estate) か、婚姻した場合、原告が被告に対して 5,000 ポンド支払うという条件で、原告が被告から 2,000 ポンドを借り受けたという事案であった。原告の父親は原告より先に死亡したため、原告は規定通りの金額を支払うこととなったが、本件契約が「詐欺的であり、原告が [借金の] 必要に迫られていたことにつけこんだ」と主張し、支払いを拒否した。Jefferies 大法官は、本件契約を「非良心的な取引」であるとした。また、1716 年の Twisleton v Griffith²⁷ では、前記の Berney v. Pitt が引用され、同事件を担当した Jefferies 大法官は、「それらの契約が破壊的 (corrupt) で詐欺的であり、教育のために街に出ている相続人らを破滅させ、これによって一族を完全に没落させるようなものである。そして、裁判所による救済は、このような破壊的かつ非良心的な行為に見合うように拡張されなければならない」とした²⁸。

以上の判例には、非良心という言葉が現れてはいるものの、「非良心性」の内容について具体的に定義されていなかった。このような状況の中、18 世紀中頃、

Earl of Chesterfield v. Janssen²⁹が登場した(以下、Earl of Chesterfield 事件とする。)。現在、この判例は、非良心性を最初に定義したと判例として位置付けられている。本件の傍論に記された文言は、今日もアメリカで広く引用されており、多くの学説や判例において、非良心性の直接の起源と捉えられている。

Earl of Chesterfield 事件は、病弱な体質であった A が X から 5,000 ポンドを借り受けるに当たり、A の祖母より長生きした場合には、祖母の死亡直後に A が X に 20,000 ポンド 支払うという条件が付与されていたという事案で、結局、祖母が A よりも先に死亡し、さらにその後、A が上記 20,000 ポンド全額を支払う前に死亡したため、X が A の遺言執行人 Y らに対し、未払金の支払いを求めた。判決によると、A は「健康に害を及ぼす複数の習慣的な中毒を抱えていた」のに対し、A の祖母は「丈夫な体質」であった。裁判所は、A は本件合意をするにあたり、「十分に情報を与えられ、目を見開きよく見て [fully informed and with his eyes open]」締結したとして、本件契約は、貸金業規制法または「非良心的な契約」に対するエクイティ上のルールの下では強制不可能であるとの遺言執行人の主張を斥けた。

Earl of Chesterfield 事件は、結論としては非良心的とは認められなかったものの、傍論において、非良心性の定義となりうる文言が示されていた。すなわち、コモン・ロー裁判所は、「あらゆる詐欺的行為の類に対して」救済を与えうるが、そこには、「正気の状態であって、かつ、騙されたのではない人ならば、誰もが締結し得ず、また、誠実で公平な人ならば、誰もが受け入れ得ない契約は、エクイティに反し [不平等で] unconscientious である」ということが含まれる、と判示したのである³⁰。

(2) アメリカにおけるエクイティ上の非良心性の発達

アメリカの裁判所も、イギリスと同様に、エクイティ上の権限を行使して契約の規制を行っていた。アメリカのエクイティ上、非良心性の起源とみなせる判例は、どこまで遡れるかについて、一部の学説は、少なくとも 1816 年の *Hepburn v. Dunlay & Co.*³¹ にまで遡ることができるとしている。本件は「非良心性 (unconscionable)」という言葉を示しているが、裁判所は、「良心にかけて (in conscience)」契約の拘束力を認めるべきでない場合、当該契約を無効にする権限があると明示した³²。さらに、1853 年の *Eyre v. Potter*, 56 U.S. (60 How.)

42 (1853). において、合衆国最高裁判所は、非良心性について、「裁判所の良心に衝撃を与えるほど十分に過酷な行為」 (behavior sufficiently outrageous to shock the conscience of the court.) と解釈した³³。

このような状況の中、1889年の *Hume v. United States*³⁴ (以下、Hume 事件とする。) において、前出の *Earl of Chesterfield* 事件と同一の表現を使って非良心性を定義した。この事件では、国立の精神病院に家具を提供した原告が、国 (合衆国政府) に対して、上記精神病院が代金を支払わなかったとして、代金の支払いを請求して訴訟を提起した。被告たる政府は、目的物の価値は契約の値段よりずっと低いと主張した。第1審は、損害賠償の額を本件目的物の市場価格までに制限したものの、原告に有利な判決を下し、第2審は原告の被告に対する詐欺等の事情が認められないことから、本契約は強制可能であると判断した。これに対し合衆国最高裁判所は、*Earl of Chesterfield* 事件を引用したうえで、本件目的物の価格は市場価格の35倍であり、非良心的であるとして、原告の損害賠償請求は認められないと判示した。

現在の通説・判例は、上記 Hume 事件及び同事案が引用するイギリスの *Earl of Chesterfield v. Janssen* 事件が、アメリカにおいて非良心性を最初に定義した判例と位置付けている³⁵。

(3) 小括

以上のように、非良心性はエクイティ裁判所、ひいては大法官の「良心」に従った判断の蓄積によって、中世のイギリスにおいて徐々に発展し、これがアメリカに引き継がれたという経緯において生じた概念であることが分かる。そして、その特徴として特に重要な点は、以下の3点にまとめられる。

第1に、非良心性は、*laesio enormis* (適正価格原則) から派生したという点である。非良心性が適正価格原則、すなわち、取引における対価の均衡から大きく逸脱する場合には、当該取引が不当となりうるという思想の表れであるとするならば、我が国の民法90条の暴利行為論との類似性が指摘できよう。非良心性と民法90条の暴利行為論との関連性を示唆する先行業績も、既に存在している。

第2に、非良心性は、エクイティに由来するという点である。エクイティは、しばしば形式的、硬直的とも表現されるコモン・ローを補う法体系であり、先

述のように、大法官の良心に依拠して形成された。ここでいう良心は、公正、平等といった思想、もしくは倫理観に導かれるものである。したがって、非良心性がエクイティ由来の概念であるということは、非良心性自体に、元来、公正、平等、倫理、道徳といった規範的概念と深く関わりがあることを示唆している。このことは、逆説的ではあるが、後世、アメリカにおいて、一部の学説から、非良心性はその内容及び定義が曖昧であるとの批判を受け続けていることから裏付けられる。

第3に、Earl of Chesterfield 事件、および、これを引用したアメリカの Hume 事件による、「正気の状態であって、かつ、騙されたのではない人ならば、誰もが締結し得ず、また、誠実で公平な人ならば、誰もが受け入れ得ない契約」という非良心性の定義である。多くの文献が引用し、一部の学説が明言するように、上記の文言が実質的に非良心性の判例上の最初の定義であり、判例でたどることのできる非良心性の歴史的経緯の研究において、公式の「起点」ともいえるべき判例である。

2. 非良心性のエクイティ上の法理としての限界

アメリカにおいて、エクイティとコモン・ローは、連邦民事訴訟規則 (the Federal Rules of Civil Procedure)によって 1938 年に統合された。しかし、非良心性は依然としてエクイティ由来の特殊な法理として扱われ、契約は当事者の合意によって成立し、その内容には司法ですら介入することは許されないという契約法のルールに対する例外として存在する法理であることが強調された。

このような状況は、1952年に成立した統一商事法典(Uniform Commercial Code, 以下 U.C.C.とする)によって変化することとなった³⁶。すなわち、その第2編 302条(以下、U.C.C. § 2-302と表記する。)に、「非良心的な契約または条文」という明文の規定が設けられたのである。これにより、非良心性は、エクイティに起源を持つ法理でありながら、少なくとも形式上は、コモン・ローの法理として正式に取り込まれたものと見ることができる。このような変化が生じた背景について、一般的には次の2点が指摘されている。すなわち、第1に、非良心性に代わる擬制的・代替的法理の利用に限界が生じたこと、第2に、契約法における契約観が変化したことである。

(1) 擬制的・代替的法理の利用の限界

既に述べたように、かつてローマ法には、契約当事者は、相手方との交換価値の不均衡が2：1よりも大きい場合には、当該契約を無効にし得るという適正価格の原則、あるいはローマ法の *laesio enormis* と呼ばれる法理があった。そして、ドイツやフランス等、ローマ法の影響を多分に受けている大陸法の諸国には、著しく不当な契約の強制力を裁判所が事後的に否定し得る法理がいくつか用意されていた³⁷。これに対して、コモン・ロー体系は、著しく不当な契約の強制力を裁判所が事後的に否定する明白な法理を持たず、代わりに、そのような契約の強制を阻止するための法技術が、裁判所において利用されていた。例えば、エクイティ裁判所は、価格が不適切な場合や、クリーン・ハンズの原則³⁸により、特定履行や他のエクイティ上の救済を拒否することができた。また、コモン・ローにおいて、裁判所は、約因 (*consideration*)³⁹、当事者相互の合意、または、不公正な取引の被害者に有利になるように契約を解釈するという原則等を適用することができた⁴⁰。

しかし、20世紀に入り、上記のような代替的な法技術による対応のみでは、不当な内容の契約という問題に対処しきれなくなってきた。大量生産、大量消費の時代への移行等、経済的・社会的な変化により、不当な内容の契約を強制することが、かつてないほど深刻になったのである。具体的には、大企業がその事業の遂行のため、よりいっそう標準書式契約を利用するようになった⁴¹。典型的な標準書式契約は数多くの「定型句 (*boilerplate*)」条項を含み、それらは、当該条項を起草した当事者にとって極端に有利な内容となっていた。さらに、これらの条項は通常読まれることがなく、また、しばしば “*take-it-or-leave-it*”, すなわち、「条件を受け入れるか、さもなければ契約締結を諦めるか」⁴²を基本として提示されるため、これらの条項について交渉されることは滅多にない。このような状況から、標準書式の出現は、伝統的な契約法の柱となっている、相互の合意 (*mutual assent*) に基づく契約という概念に、疑義を生じさせることとなった。他方、同時期に、不誠実な事業者による取引において、被害者となる可能性の高い貧困者または取引に精通していない者が巻き込まれる問題に対して、世論の関心が高まっていたとされる⁴³。

以上のように、巨大企業対消費者という、社会的な立場に著しい格差のある者同士の契約が増えたこと、それらの契約のほとんどは、*take-it-or-leave-it* とい

う言葉に表される、当該契約の条件（契約条項）を受け入れて契約を締結するか、さもなければ契約締結を諦めるかという、二つに一つの極端な選択肢しか与えられない契約であること、このような契約において不利な立場に立たされる典型的な契約当事者としての貧困者や取引の素人と、それにつけこもうとする不誠実な事業者という対比等から、より直接的に不公正な契約を無効とし得る法理が望まれたと言える。そしてこの要請に応えたのが、「非良心性」法理であり、ついに U.C.C. § 2-302 に明文上の規定として設けられるに至ったのである⁴⁴。

（2）契約観の変化

もう一つの説明の仕方として、非良心性の明文化及びその後の解釈論による内容の整備という状況を実現した要因について、契約観の変化から説明する説もある。すなわち、原則としていかなる状況においても契約成立の要件を厳格に要求する立場である **Formalism**（形式主義）または **Classicism**（古典主義）の立場から、**Neoclassicism**（新古典主義）への移行という変化の文脈で説明するものである⁴⁵。U.C.C.は、リアリズム法学を牽引したカール・ルウェリンが主要起草者となっており、その法哲学を強く反映した法典として知られている⁴⁶。

すなわち、アメリカ契約法においては、**Williston** に代表されるような、**Formalism**（形式主義）または **Classicism**（古典主義）が支配的な契約観であったが、それは、その名の通り、原則としていかなる状況においても契約成立の要件を厳格に要求する立場であった。このような契約観の下では、先に述べたような現代社会特有の問題、すなわち、対等でない当事者間の取引の増加、および、そこで使用される **take-it-or-leave-it** を基本とする標準書式契約の利用の増加、これらによって不当な内容の契約を締結せざるをえない立場に追いやられる弱い契約当事者の増加、といった諸問題に対処することが困難であった。したがって、このような硬直的な形式主義を基本とする古典的契約観に対して、より柔軟な法解釈と妥当な結論を目指すリアリズムを取り入れた新しい古典主義、すなわち新古典主義が支持されるようになり、その成果物の一つとして非良心性法理が明文化され、解釈論が発達した、と考えられるのである⁴⁷。

3. 統一商事法典 (U.C.C.)の制定と非良心性の規定の創設

非良心性の規定を含んだ U.C.C.そのものは、現在、ほぼすべての州において採択されている⁴⁸。したがって、非良心性は、U.C.C.の成立、全米各州による採択と各州法への取り込みという手続きを経て、コモン・ローに組み込まれたと評価できよう。

では、U.C.C. § 2-302 の具体的内容はいかなるものか。以下において、条文及びこれに付された公式注釈（オフィシャル・コメント）を併せて紹介し、その内容について整理したい⁴⁹。

(1) U.C.C. § 2-302 の条文とオフィシャル・コメント

第 2-302 条（非良心的な契約または条文）⁵⁰

(1)裁判所は、法律の問題として⁵¹、契約または契約の条項が契約締結時に非良心的なものであったと認める場合、当該契約の強制を拒否し、あるいは、非良心的な条項を除く当該契約の残りの部分 [のみ] を強制し、または、非良心的な結果を避けるため、非良心的な条項の適用を制限することができる。

(2)契約または契約条項が非良心的であることが、裁判所に対して主張され、または、裁判所にとって明らかである場合、契約当事者は、裁判所の判断を補助するため、当該商取引の環境、目的、効果に関する証拠を示す合理的な機会を与えられる。

オフィシャル・コメント

目的：1. 本条は、裁判所が非良心的と認められる契約または契約条項を明確に規制することを可能にすることを目的としている。かつて、このような規制は、文言の制限的解釈（*adverse construction*）、申込と承諾のルール⁵²の操作、または、当該契約条項が公序または契約の主要な目的に反するとの判断によって行われていた。本条は、契約または特定の契約条項に非良心性を直接適用し、それが非良心的であると結論することを認めるものである。基本的な審査の内容は、特定の取引または事案において、一般的な商取引的背景、商取引上の必要性に照らし、当該契約条項が契約締結時の状況の下ではあまりにも一方的で非良心的であるかどうか、である。第 2 項は、これらの問題に対する証拠を裁判

所が審査することが適切であることを明らかにする。本条の基本は、抑圧と不公正な不意打ちを防ぐことであり(Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80, 3d Cir.1948 参照。)、交渉力の優越によるリスク分配を阻止する (disturbance) ことではない。本条の基礎は、以下のような事案における結論によって説明される。
[判例の引用部分につき、省略。]

2. 本条の下で、裁判所は、契約全体が非良心的であると判断する場合には、その裁量により、契約全体の拘束力を否定しうる。また、裁判所は、非良心的であり、または、当該合意の主要な目的や契約当事者が明確に合意した重要な条項に違反していると認められるあらゆる個別の条項または条項のまとまりを無効としうる。また、裁判所は、単純に非良心的な結果を制限することができる。

3. 本条は、裁判所に向けられたものであり、[非良心的かどうかの] 判断は、裁判所によって行われる。第 2 項における証拠については、裁判所が判断すべきことであり、事実認定者 [陪審員] が判断すべきことではない。これらの問題に対する裁判所の判断から生じる結果としての契約のみが、一般の事実認定者へと提示される。

(2) 条文及びオフィシャル・コメントから読み取れる非良心性の内容

条文の文言から明らかなように、本条文は、裁判所が契約または契約条項が非良心的であったと認める場合、当該契約または契約条項は、全部または一部の無効または適用制限がなされることを内容とするものであり、いわゆる一般条項の体裁をとっている。後述のように、この一般条項としての規定の仕方が、アメリカの判例・学説上、大きな議論を呼ぶこととなるのであるが、条文およびオフィシャル・コメントからは、一般的に下記のことが導き出せると考えられている。なお、以下に紹介する判例及び通説的見解は、U.C.C. の代表的な注釈書・解説書である White & Summers⁵² に依拠する。

① 条文の創設の背景

オフィシャル・コメント 1 における、「かつて、このような規制は、文言の制限的解釈 (adverse construction)、申込と承諾のルールของการ操作、または、当該契約条項が公序または契約の主要な目的に反するとの判断によって行われていた。」

という部分は、前述のように、U.C.C.制定前、裁判所が非良心性法理の適用の代わりに実際に行なっていた救済方法について端的に述べたものであり、非良心性がコモン・ローに取り込まれることとなった背景事情を端的に示しているものと思われる。

② 「一方的」「抑圧」「不公正な不意打ち」

「非良心的」とは具体的にはどのような状態のことをいうのかという問題に関わる用語として、「あまりにも一方的」「抑圧」「不公正な不意打ち」等が指摘できる（オフィシャル・コメント1）。

なお、非良心性の定義の問題は、本稿次章以降において詳述する。

③ 適用対象となる訴訟・契約類型

本条文は、エクイティ上の訴訟に限らず、すべての訴訟に適用される。したがって、コモン・ロー上の請求であっても、もはや従来裁判所が行ってきたような擬制的法理を用いることなく、裁判所は直接この条項を適用することができる（オフィシャル・コメント1）。

さらに、本条文は、第2編（動産売買編）に存在しているため、原則として動産売買契約のみに適用される。ただし、実際の裁判例を見ると例外も相当数存在し、非良心性法理の適用範囲の拡大が見られ、近年の裁判所は、非良心性の適用につき、動産売買契約に制限されないとの立場をとる傾向にある⁵³。

④ 裁判官による判断

非良心性の判断は法律問題であり、陪審審理の場合であっても陪審ではなく裁判官が判断する⁵⁴。そして、当事者に全く証拠提出の機会を与えずに裁判所が判決を出すことは禁じられ、これに反した場合、上訴によって破棄される（§ 2-302 (2)）（§ 2-302 (1)の「法律の問題として」、及び、オフィシャル・コメント3）⁵⁵。

⑤ 効果

この条文が適用された場合の効果は、(i) 契約全体の強制の否定、または、(ii) 非良心的な条項を除いた契約の残りの部分の強制（契約の一部の強制を否定）、または、(iii) 非良心的結果を避けるため、特定の条項の適用を制限すること、

という3種類である (§ 2-302 (1))⁵⁶。

非良心性を理由とする損害賠償請求に関しては、一般的には認められていない。非良心性は、積極的防御方法 (affirmative defense)⁵⁷ としてのみ機能するとされる⁵⁸。

なお、裁判所は、契約や契約条項が非良心的であると認めた場合に、契約に規定された価格や利率を低下させ、解約期間を延長させる等の変更を加えることがあり、この点において、契約条項の改訂の効果も有していると指摘されている⁵⁹。

⑥ 非良心性の判断基準時

非良心性の判断基準時は、契約締結時であり、履行時における事情は考慮されないとされる (§ 2-302 (1))。

なお、条文およびオフィシャル・コメントから必ずしも明確に読み取れるわけではないが、判例・多数説が一般に指摘することとして、次のことが挙げられる。

⑦ 立証責任

非良心性の立証責任につき、判例⁶⁰は、基本的には非良心性の主張をする側にあるとする⁶¹。ただし、これに反する判例も例外的に存在する⁶²。

⑧ 消費者契約における適用の傾向

判例・学説上、§ 2-302 に基づく主張が認められるのは、ほとんどの場合、消費者であると指摘されている。たとえば、White & Summers は、「§ 2-302 に基づく主張を行い、公表されている裁判例の中で、その主張が最も成功しているのは、消費者であった」とし、「多くの裁判所は、事業者が相手方に対して非良心性の主張をすることを、一般的には認めてこなかった」とする。また、「おそらく、事業者や中産階級の現金取引者で、§ 2-302 が引き合いに出されるような著しい付け込みの犠牲者となることはほとんどない」とも指摘する⁶³。

ただし、実際には、事業者間契約において § 2-302 の適用が認められた判例も存在している。White & Summers においても、「§ 5-9 商取引における非良心性」の中で、「少数の裁判所」が商取引における非良心性法理の適用を認めているこ

と、さらに、これらの裁判例の多くが、手続的非良心性のみを理由に非良心性法理の適用を認めていることを指摘する⁶⁴。

なお、このような状況について、非良心性の適用可能性が消費者契約から事業者契約へと拡張傾向にあるとみて良いかどうかについては、学説上は懐疑的なものが多い。White & Summers は、「これらの〔事業者間取引における非良心性の認められるという〕裁判例が、〔判例法理全体の〕趨勢であると結論するのは尚早である。」とし、その理由として、商人や事業者の場合、手続的非良心性を主張・立証することが、消費者よりも困難であること、さらに、「一般的には、…手続的非良心性が存在しなければ、裁判所は商取引によって締結された契約を非良心性の名の下に無効とすることはしない」こと等を示唆している⁶⁵。

III. 非良心性の解釈と判断枠組みの形成・発展—手続的・実体的という二種類の

非良心性

1. U.C.C. § 2-302 における定義の欠如

U.C.C. § 2-302 の文言は、いわゆる一般条項の形をとっており、非良心性とは何かについて、同条自体は、何も規定していない。このことは、しばしば非良心性の定義の欠如等と表現される⁶⁶。オフィシャル・コメントによれば、「抑圧的 oppression」、「不公正 unfair」、「一方的 one-sided」等、非良心性とは何かという問題の答えを示唆する要素を示してはいるものの、これらは「結局、契約条項は非良心的であれば非良心的であると言っているに等しい」との指摘もあるように⁶⁷、主観的かつ抽象的であり、明確な答えを提供していない。また、非良心性は、エクイティ上の法理として古くから存在していたとはいえ、コモン・ロー上の一般法理として認識されるようになったのは、事実上は U.C.C. に条文が明記されてから（少なくとも、草案段階を含めても、1940 年代後半頃から）であるため⁶⁸、同法理は、アメリカ契約法において比較的新しい法理ともいえる。このため、U.C.C. 制定直後から、非良心性とは何か、あるいは、何をもちて非良心的といえるかという非良心性の定義付けについて、判例及び学説において活発に議論されることとなった。そして、1960 年代までに公表されたいくつかの判例・学説が、2015 年前後の現在に至るまで通用する通説的解釈を形成した。

そこで、以下において、非良心性の解釈論の通説的見解の形成に最も貢献したと考えられる判例及び学説について、詳細にみていく。

2. 非良心性の定義に関する解釈論の形成—手続的非良心性と実体的非良心性

非良心性の定義付けに関しては、以下の 3 つの判例及び学説が大きく貢献した。

Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F. 2d 80 (3d Cir. 1948). (以下、Campbell Soup 事件とする。)

Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, 75 A.L.R.2d 1 (1960). (以下、Henningsen 事件とする。)⁶⁹

Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445, 2 U.C.C. Rep. Serv. 955, 18 A.L.R.3d 1297 (D.C. Cir. 1965). (以下、Williams 事件とする。)⁷⁰

Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967). (以下、Leff 論文とする。)⁷¹

なお、判例 (2) 及び判例 (3) は、ともに 1960 年代の判例であり、いずれも各州による U.C.C.採択前の事案 (判例②のニュージャージー州における採択は 1961 年、判例 (3) のコロンビア特別区 (ワシントン DC) における採択は 1963 年である。また、判例 (3) は、1957～62 年に生じた事実を基にしている。) であるが、U.C.C.自体が成立した後の事案であり、U.C.C.の条文を適用している。このうち判例 (3) は、しばしば今日のアメリカにおける非良心性法理を端的に表す判決として引用されるものであり、非良心性の解釈論上、最も重要な判例といえるであろう。そして、判例 (3) は、その大部分において判例 (2) を引用し、実質的に判例 (2) に依拠しているという点において、判例 (2) もまた、非良心性法理の形成過程を追う上で重要判例の一つといえる。

(4) の Leff 論文は、本稿でも後述する二つの非良心性、すなわち、「手続的非良心性」 (procedural unconscionability) と「実体的非良心性」 (substantive unconscionability)⁷²という用語法を最初に採用した論文として知られ、非良心性をこれら二つの種類の非良心性に分けて分析するという解釈論は、現在、アメリカの判例・学説上の多数説となっている。したがって、同論文は、現在まで公表された非良心性に関するあらゆる文献の中で、最も影響力が大きいといっ

てよい⁷³。

(1) Campbell Soup 事件判決

[事実]

1947年6月、ニュージャージー州の企業 X (Campbell Soup Co.) とペンシルバニア州の農家 Y は、Y が同年に15エーカーの畑で栽培し収穫した人参 (Chantenay red cored carrot という種類の人参) を、1トン当たり23~30ドルで X に出荷するという契約を締結した (以下、本件契約とする。)。なお、1948年の人参の市場価格は30ドルであった。Y は、およそ100トンの人参を収穫したが、同年1月上旬、人参が市場において入手困難となり、市場価格は1トン当たり90ドルにまで高騰した。そこで、Y は、上記100トンのうち62トンの人参を、近隣の農家である A に売却した。A はこのうち58トンを市場に出し、半分は X に、残りは別の買主に売却した。X は、A から購入した人参が Y との本件契約により、本来 Y から納品されるべき人参ではないかと疑い、それ以上の購入を拒否し、Y と A に対して、本件契約に従い人参を X へ引き渡すことを求め、本件訴訟を提起した。第一審は、X に対して特定履行等のエクイティ上の救済を認めなかったため、X が控訴した。第三巡回控訴裁判所は、第1審と同様、X の特定履行の主張を斥けた。

[判旨]

「裁判所の良心に照らせば、原告に救済を与えるには、本件契約はあまりにも過酷で、あまりにも一方的である。それぞれの農家は、買主によってあらかじめ印刷された書式に、名前と出荷物の量と価格を記入することによって契約が成立する。この書式は、買主の利益を念頭においた熟練の起草者によって起草されたことがあまりにも明らかである。」

「当裁判所がもっとも過酷と考える条項は、本件契約の第9条であり、それは欄外に書かれている。同条によると、Y は、特定の状況下では人参の引き渡しを免除される。しかし、[本件契約において、] X は、Y の人参の受け取りを拒否しても、その責任を追及されないのに対して、Y は、X の許可がなければ、人参を他に売却することが許されていない。...本件のような状況において、Y がその人参をどうすべきなのか、[本件契約書は] 明らかにしていない。[ただ

し、] Y は、自分の農場以外の場所に保管することも、[X の] 他に売却することもできないと契約させられている。」

「当裁判所は、本件契約が違法であると考えているわけではない。また、本件の農家 Y が、X と締結した契約を自発的に破ったことについて、弁解をするわけでもない。しかしながら、当裁判所は、本件契約のように酷な (tough) 契約を提示し、合意を取り付けることに成功したような契約当事者につき、大法官に対してその契約条項の強制するように助力を求めるべきではないと考える。エクイティが非良心的な取引に強制力を認めないことは、あまりにも明確に確立したことであり、多くの引用を要求するまでもないからである。」

「X は、本件契約は [特定の契約条項を] 分離可能であると主張する。当裁判所は、それに賛同するが、しかし、不当な契約から特定の条項を切り離すことは、本件では適切ではないと考える。既に述べてきたように、当裁判所は、本件契約を違法だとは考えていない。当裁判所が主張したいのは、本件契約全体が、裁判所の良心が支持するにはあまりにも過酷なものとなる、ということである。」

(2) Henningsen 事件判決

[事実]

X1 は、自動車販売店 Y1 (Bloomfield Motors, Inc.) から Y2 (Chrysler Co.) 製の自動車 (以下、本件車とする。) を購入した。購入から約 10 日後、X1 の妻 X2 が本件車で高速道路を約 35 km で直進中、ハンドルが急転把し、車体が右に曲がって高速道路の壁と道路標識に衝突した。後の訴訟において、X2 は、本件事故が製品の瑕疵に起因すると主張したが、本件事故により本件車両前部の損傷が激しく、ハンドル機関の部品、整備、または組み立ての過程、いずれかに不具合があったことが原因で生じた事故なのかどうか、判断することが不可能であった。本件事故を担当した保険会社の調査員らは、間違いなく何か「ハンドルから前輪にかけておかしかった」とし、機械の欠陥が予期しない動きの原因であったとした。そして、ハンドルから前輪にかけての「何かを外れ、または緩んでいたために、」本件車両が、本件事故のような動きをしたとした。なお、事故発生時までの総走行距離は、468 マイル (約 753 km) であった。

本件で問題となった契約条項は、第 7 条にあり、契約書のおよそ 3 分の 2 の

位置に記載されていた。その内容は、以下の通りである。

第7条 販売業者または製造業者は、車両、車台、または部品について、以下の場合を除き、明示または黙示を問わず、保証がないことにつき、明確に合意する。

製造業者は、新車（タイヤを除き、製造業者によって取り付けられたオリジナルの装置を含む）、車台（chassis）、または製造された部品につき保証するが、通常の使用ならびに役務の下での物質的な瑕疵、または整備不良については、保証を免除される。

本保証に基づく義務は、製造業者の工場における一つあるいは複数の部品の修理に限られ、車両を最初の買主に引渡してから90日以内、または、車両の走行距離が4000マイルとなる前、いずれか先に到達する日まででなければならない。また、一つあるいは複数の部品は、元払い運賃で運送され、製造業者の検査により欠陥が認められたものに限られる。

本保証は、明示的・黙示的を問わず、他のすべての保証、および、製造業者側の他のすべての義務または責任の代わりとなるものであり、車両の販売に係る他のあらゆる責任を期待することを、何人にも推定または許可するものでもない。

上記の通り、本件事故の結果、本件車両が損傷し、X2も負傷したため、X1・X2が、Y1・Y2に対し、明示的または黙示的な保証契約違反（warranties）、もしくは不法行為に基づき損害賠償を請求した。第1審は、不法行為責任の主張を斥け、商品性の黙示保証（implied warranty of merchantability）の問題のみ、陪審による審議に付し、その結果、Y1・Y2敗訴の評決が下された。そこで、Y1・Y2が控訴し、X1・X2も、第1審で排斥された不法行為責任の主張について控訴した。控訴を受けたニュージャージー州最高裁判所は、本件の状況においては、製造業者による黙示の商品性の保証及び責任の免責は、その無効な内容を強制するには、公益にとってあまりにも有害であるとして、X1・X2の勝訴とした。同裁判所は、自動車製造業者と自動車販売業者との間に代理関係がないとしても、黙示的な保証条項が購入者に適用されるとした上で⁷⁴、このような黙示の補償を免除または制限する条項の効力につき、以下のように述べた。

[判旨]

「現代の市場経済の下では、製造業者が新車を市場に出し、広く世間の人々による購入を促進する場合、ある程度適切な黙示の保証条項が末端の購入者に付される。本件の Y2 を含む自動車製造業者が、テレビやラジオ、新聞などのあらゆるマスコミを通して、大々的な宣伝活動を行っている」ことに鑑みると、「製造業者は、製品とその品質で公共の注目を引くために宣伝活動を行い、それによって消費者の需要を生み出す場合、当該企業の代表は (the representations)、[それらの宣伝を] 信頼して製品を購入した買主に直接適用される明示の保証を規定しなければならない。当該売買契約が独立の販売店との間でなされた場合でも、この保証はなくてはならない。」

「本件のように、明示的保証条項が、製造者の瑕疵ある部品を交換する責任を制限するものであり、明示・黙示に関わらずそのほかの保証をすべて免除するものであった場合、その効果はどうあるべきか。この問題の重要性を考える場合、我々は次のような一般原則を念頭に置かねばならない。すなわち、詐欺の場合ではなく、契約当事者が当該契約に署名する前に契約を読まなかった場合、後になってその義務を免れることはできない、というものである。...この原則を適用するにあたり、能力ある当事者が自由に契約を締結できるという基本的な原則は、重要な構成要素である。しかし、現代における日常及びビジネス上の商取引行為の枠組みにおいては、このようなルールは厳格な法理として適用することはできない。」

「Corbin⁷⁵ によると、本件のような現代的な問題においては、実質的にすべての裁判官が『大法官 (Chancellors)』であり、そして、適用可能ないかなるエクイティ上の法理によっても影響され得ない、という。さらに、Corbin は、『詐欺、強迫、不実表示、そして不当威圧には、十分な柔軟性が備わって』おり、それは、裁判所が、長々と印刷された標準書式契約に記載された非良心的な条項の拘束力を否定しうるほどであり、『経済的な交渉力の違いに言及するまでもない』と述べている⁷⁶。契約自由は、本件のような場合、無制限に認められる不変の法理なのではない⁷⁷。」

「...伝統的な契約は、市場における取引において引き合わされ、お互いに経済的にほぼ同等であることを前提とした契約当事者による、自由な交渉の結果である。このような社会においては、契約自由が社会全体の秩序にとって脅威となる危険性はない。しかし、近年の商取引の世界では、多量の標準書式契約

が登場した。これは、主に、強力な交渉力と地位を有する企業によって利用される。『弱い立場の当事者は、物や役務の必要性から、しばしば、よりよい条項の契約を求めて他の選択肢を探す立場にない。それは、標準書式契約の起草者が（自然もしくは人為的に）独占的地位を有し、または、その事業者の競争者もすべて、同じ条項を利用しているからである。その契約上の意図は、強い立場の当事者によって提示された条項への、多かれ少なかれ自発的な従属であり、そのような条項の結果は、しばしばあいまいに理解される。』⁷⁸このような標準書式契約は、優位の当事者が、個人というより不特定多数の相手に対するルールを表明するものとされる⁷⁹。」

「Vold は、Law of Sales (2d ed. 1959) at 447 において、次のように述べている。『近年、取引の過程はかつてないほど高度に組織化されてきた。事業単位は、かつて見たことがないほど拡張してきた。広範な免責条項を含む標準書式契約は、売主側の法律のアドバイザー [法律家] によって書かれ、それは取引関係において高度に組織化されている。この種の契約にはどこでも遭遇する。この点における、売主と買主の間の交渉力の著しい不均衡 (extreme inequality of bargaining) は、現在、しばしば顕著となる。多くの買主は、このような状況において、いかなる実質的な選択肢も有していない。彼らはしばしば、広範な免責条項が付された状態で欲しいものを手に入れることを、受け入れざるを得ない。これらの免責条項は、製品の質に関する買主の実質的な保護を奪う。実際、これは、著しく不平等な当事者間での契約の効力によるものである。このことは、瑕疵のある条項が、最も依存的な契約当事者に課される危険性を生じさせる。そのような当事者は、瑕疵を回避するのに最も弱い力しかない。また、その悲惨な結果に耐えうるのに最も弱い能力しか有していない。』

「本件の保証条項は、標準書式であり、大量に利用するために設計されている。それは、自動車を購入した消費者に課される。消費者は、その条件を受け入れるか、さもなければ契約締結を諦めるか (takes it or leaves it) であり、自動車を購入するためにはその条件を受け入れなければならない。実際、買主の前に現れる自動車販売業者には、その条項を変える権限はなく、彼らの役割は、ただ車を売るだけという、補助的なものである。契約の書式は、クライスラー社との標準書式であるだけでなく、...自動車製造業社協会 (the Automobile Manufacturers Association) の統一的な保証条項である。... [同協会会員である企業のうち、]『ビッグ・スリー』(GM 社、フォード社、クライスラー社) が 1 9

58年製造の乗用車の93.5%を占めている。...さらに、同年、車両登録された乗用車の86.72%を『ビッグ・スリー』が占めている。」

「このように、自動車産業における、消費者が占める交渉の地位の著しい不均衡は、明らかである。明示の保証条項に関して、自動車製造会社の間には競争はない。消費者はどこに行けば、より良い保護を求めて交渉できるだろうか？このような補償の抑制と制限は、公共の福祉にとって有害であり、少なくとも、契約自由という厳格なコモン・ロー上の原則を通じて行われる不正を防止するよう、裁判所による高度の配慮が要請される。消費者を保護する範囲に関しては、自動車製造業者間に競争がないことから、これらの業者の良心を刺激しても何のインセンティブもない。このように、販売した商品の安全性を保障する必要がある場面〔の多く〕では、競争が激しい市場に存在する要素〔事業者の良心を刺激し、消費者保護に資する契約条件を付するというインセンティブ〕が欠けている。〔すなわち、そのように競争がない市場においては、〕すべての事業者は、同様に行動するので、〔消費者への〕配慮を促すことは、あまり効果がない。」⁸⁰

(3) Williams 事件判決

〔事実〕

上訴人 X らは、1957 年から 1962 年まで、コロンビア特別区内で家具の小売店を経営する被上訴人 Y (Walker-Thomas Furniture Company) から家庭用品を数点購入した (以下、「本件契約」とする)。本件契約において、個々の商品購入に関する契約条項は印刷された標準書式契約の中に書かれており、その内容は次のようなものであった。すなわち、まず本件契約において X らが Y から購入した商品は、いちど X らに貸与され、X らは規定の賃料を月々に支払う。そして、X が月々に支払う賃料の合計額が各商品の価格と同額に達するまで、各商品の所有権は Y に帰属する。さらに、本契約において、賃料不払いの債務不履行があった場合、Y は商品を取り戻すことができる。

さらに、契約条項は次のように規定していた。すなわち、「本件賃貸借契約に基づく買主から本件事業者に支払われる個々の期間ごとの分割払いは、包括的に充当され、個々の商品の個別の価格に充当されるのではない。そして、すべての支払金は、今後、全ての未払いの商品に割合的に充当される」。この複雑

な条項には、全ての購入済み商品の代金の支払いが終わるまで、全商品の代金不足分を均等にする効果があった。その結果、各商品購入時に発生する買主の債務は、買主が購入した全商品について、売主の取り戻す権利によって担保されており、また、新しく購入された商品は、自動的に前に購入された商品にかかる代金債務の利子によって担保されることになっていた。

1962年5月12日、X1 (Thorne) はYから、Davenoと称される商品、すなわちテーブル3脚、ランプ2個、合計391.10ドルを購入した。その直後、X1は債務不履行に陥り、月額料金を支払えなくなったため、1958年から始まった取引により購入した全ての商品につき、Yが動産占有回復訴訟による取戻しを請求した。同時期(1962年4月17日)に、X2 (Williams) は、Yから514.95ドルのステレオセットを購入した。契約当時、X2の預金残高は164ドルであり、いまだその前に購入した商品の代金が未払いの状態だった。X2が数年間の間にYとの間で行なった全取引にかかる合計金額は、1,800ドル(当時1ドル=360円として約648,000円)に達し、最終的には1,400ドル(同約504,000円)となった。X2もまた、債務不履行に陥ったため、1957年12月から始まった取引により購入した全ての商品につき、Yが動産占有回復訴訟による取戻しを請求した。第一審裁判所(The Court of General Sessions; 治安裁判所)は、Y勝訴とし、第二審裁判所(The District of Columbia Court of Appeals; コロンビア特別区控訴裁判所)もこれを支持し、コロンビア特別区連邦控訴裁判所(United States Court of Appeals District of Columbia Circuit)がXらの上訴を受けた。

[判旨]

コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、まず、第一審裁判所、及び第二審裁判所において斥けられたXらの中心的主張につき、「[本件の]契約は、少なくともその中の一部が非良心的であり、強制不可能である」というものであったとし、その上で、原審⁸¹裁判所であるコロンビア特別区控訴裁判所の判断を次のように引用する。すなわち、「Xらの…議論は、より困難な問題を提起している。すなわち、証拠によれば、X2の資産残高は、最後の取引の前までに、164ドルにまで減少した。そして、最後の取引、すなわちステレオセットの購入により、不足額が678ドルに達した。明らかに、この取引時及びそれ以前の取引において、YはX2の財産状況について気づいていた。ステレオセット購入にかかる契約書の裏面には、X2らのソーシャル・ワーカー(社会福祉相談員)らの名前と、

彼女が月額 218 ドルの年金を受給していることが書かれていた。しかし、Y は、X2 が彼女自身とその 7 人の子どもに食料と衣服を与え養うことについて十分知っていたにもかかわらず、X2 に対して 514 ドルのステレオセットを売却した。」

「同裁判所〔原審裁判所〕は、Y の行為を強く非難することはできないが、[このように本件は]過酷な (sharp) 行為と無責任な商取引についての困難な問題を提起している。しかし、コロンビア特別区の小売業に関する制定法と、コロンビア特別区の上級裁判所の判例により明らかなのは、当裁判所が本件契約につき公序に反すると宣言するに足る根拠は存在しないということである。[ただし、]メリーランド州 Retail Installment Sales [買主が売主から商品を購入する際、その代金を売主から借りたことにして、定期的（月々など）にその返済を利子付きで行うという契約] 法の Art. 83 §§ 128-153、またはこれと同様の法律がコロンビア特別区内においても適用可能であったならば、X らに対して適切な救済を与えることができるであろうことを付言する。議会は、本件で問題となったような搾取的な契約から公衆 [public] を保護するため、[そのような契約を] 矯正する立法 (corrective legislation) を考えるべきである。」

上記に対して、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、「当裁判所〔コロンビア特別区連邦控訴裁判所〕は、非良心的と認められる契約の強制を否定する権限がないとの考えには賛同しない。」とし、以下のように述べる。すなわち、「他の管轄区域では、非良心的な契約は強制不可能であるということは、コモン・ロー上のルールであるとされている⁸²。[たしかに] 当裁判所においてそのような [非良心性を理由とした] 判決は見当たらないが、非良心的な取引には完全な強制力を付与されるべきではないという考え方は、決して新しいものではない。Scott v. United States, 79 U.S. (12 Wall.) 443, 445, 20 L.Ed. 438 (1870). において、最高裁は次のように述べている。

『ある契約条項が、非合理的かつ非良心的であり、しかし詐欺により無効とはならない場合、コモン・ロー裁判所は、契約書に沿ってではなく、当事者がエクイティ上負う義務に従い、損害の賠償を求めて訴えを提起した当事者に救済を与える⁸³。』

当裁判所は、このような法理⁸⁴を一度も肯定も否定もしたことがないため、本件の問題は初めて判断されるものである。」

「議会は最近 U.C.C.を採択したが、そこには、裁判所は、契約締結時に非良心的であったと認められる場合には、当該契約の強制力を否定し得ることが特に規定されている⁸⁵。本条文の採択は、本件訴訟にかかる本件契約の締結より後ではあるが、このことは、コロンビア特別区のコモン・ローが上記法典の採択時には U.C.C.と異なっていたことを意味するわけではなく、また、当裁判所が、コロンビア特別区のコモン・ローを発展させる権限の行使として [非良心性と] 同様のルールを採用することを妨げるものでもない。実際、この点 [非良心性に基づく判断をすること] について権限がなかったことに鑑みれば、議会が U.C.C. § 2-302 を採択したことは、同条文が明確に導き出される先例の理論的根拠に従った、説得力ある権限行使であろう⁸⁶。」

「非良心性とは、一般的に、他方当事者に不合理に有利な契約条項と相まって、一方当事者の意味ある選択の欠如であると考えられてきた⁸⁷。特定の事案において、意味ある選択肢が存在していたかどうかについては、取引に関するすべての事情を考慮することによってのみ、決定されうる。多くの事案において、選択肢の有意義性 (meaningfulness) は、交渉力の著しい不均衡によって否定される⁸⁸。」

「契約が締結された方法もまた、考慮に入れられる。例えば、当該契約の各当事者には、教育を受けたことが明白であること、もしくは教育を受けていないことを考慮し、契約条項を理解する合理的な機会が与えられていたといえるか。また、重要な条項は、小さな活字の迷路の中に隠され、詐欺的な取引行為によって軽視されていなかったか。通常、契約条項について完全な知識を持たずに契約書に署名した場合、当人は一方的な契約を締結したという危険性が示唆される⁸⁹。しかし、ほとんど交渉力を持たない当事者が、それによりほとんど実際上の選択肢が与えられず、契約条項についてほとんどあるいは全く知識を持たないまま商取引的に不合理な契約に署名した場合、その当事者の合意またはその合意の客観的な表明が、すべての条項に対してなされたとは考えにくい。このような場合、[契約当事者が合意した] 契約条項は問題にならないという通常のルールは捨てられるべきであり⁹⁰、裁判所は、当該契約条項がその拘束力を与えられないほどに不公正なのかどうかについて、考慮すべきである⁹¹。」

「[契約の] 合理性または公平性の判断の際、主要な考慮事項は、契約締結時の事情に照らし、契約条項そのものとあわせて考慮されなければならない。この基準は単純なものではなく、機械的に適用されうるものでもない。契約条項

は『一般的な商取引上の背景と、特定の取引や事案における商取引上の必要性に照らして』考慮されるべきである⁹²。」

「第一審裁判所と控訴審裁判所は、本件契約の強制力は否定され得ないと判断したため、本件事案において契約が非良心的であるという可能性についての判断はなされていない。記録によれば、当裁判所が本件をコモン・ローの問題として決定を下すのに十分ではないことから、さらなる審議を行わせるため、本件を第一審裁判所に差し戻す。」

[Danaher 裁判官による反対意見]

本件には、Danaher 裁判官による反対意見が付されているが、その内容は、要するに、契約内容は契約当事者が自由に決定できるという契約内容に関する契約自由原則の下では、法廷意見のような判断には慎重になるべきであるというものである。その理由として、同裁判官は、商品はある人にとっては贅沢品であっても、他の人にとっては必需品となり得ること、本件 X1 が、生活保護受給者であったとはいえ、本件契約を締結したことが特に過酷な行為とはいえないうこと、さらに、毎年コロンビア特別区内で何千何万という数の installment credit 契約が締結されていること等を挙げている。

Danaher 裁判官によれば、本件の取引には過酷な行為が見当たらず、本件の X2 は、自分の立場を正確に把握していたように見えるという。このことについて、同裁判官は次のような表現で説明している。すなわち、「本件に関連する公序にはさまざまな側面がある。ある人にとって贅沢品であるものが、他の人にとっては必需品となりうる。…たとえば、洗濯機は、社会福祉サービス利用者 (a relief client) にとっては、有益な収入源になりうるだろう。生活保護受給者の多くは、与信を必要としており、一部の事業者は、設定した価格が、[生活保護を受けている買主の] 生活レベル、すなわち [債務不履行の] リスクに見合うことを期待しながら、商品を販売する機会をずっとうかがっている。…」。

Danaher 裁判官は、法廷意見への反対を述べる理由として、「ただ、このような問題には慎重に対処することが望ましいということを強調したかったから」であるとし、それは特に、「法は当事者が自分たちで契約を締結するのに幅広い裁量を認めている、という理由による。」という。このことについて、同裁判官は、「毎年何千何万という installment credit 契約がこの管轄区 [コロンビア特別区] で締結されているはずであり、これらの契約に関する事案において下され

る〔裁判所の〕判断が与える影響について、われわれは推測することしかできないということを、ここにあって主張する⁹³。」としている。

(4) 判例法理から読み取る「非良心性」の定義

(1) の判例において、裁判所は、本契約そのものが非良心的または違法であるとは考えていないと繰り返し述べている。これは、本来、契約自由という契約法の大原則によれば、本件のような契約も許容されうるとの立場に立っているものと思われる。この立場によれば、本件の原告の特定履行請求が非良心的であるとの判断は、一見矛盾するようにも思える。しかし、この点については、次のように考えることが可能であろう。すなわち、契約自由の原則によれば、当事者間で本件のような契約が締結され、当事者双方が納得の上で履行するのであれば、特に問題は生じない。しかし、本件契約をめぐる訴訟となったため、裁判所がその契約の中身を審査した結果、裁判所の良心に照らせば、原告に救済を与えるには、本件契約はあまりにも過酷で、あまりにも一方的であること（*We think it is too hard a bargain and too one-sided an agreement to entitle the plaintiff to relief in a court of conscience.*）⁹⁴、本件契約書は買主の利益を念頭においた熟練の起草者によって起草されたことがあまりにも明らかであること（*This form has quite obviously been drawn by skillful draftsmen with the buyer's interests in mind.*）⁹⁵、本件契約書の欄外に書かれた契約条項によると、買主は、一定の場合において人参の受け取りを拒否することができるのに対し、売主は、原告には人参を受け取る責任があると主張できない上、買主の承諾がない限り、人参を他に転売することも、自分の農地以外の場所に保管することも許されていないということを規定するものであり、この部分が最も過酷であること⁹⁶、以上のこと等から、本件契約は違法ではないが、「本件契約のように酷な（*tough*）契約を提示し、合意を取り付けることに成功したような契約当事者は、大法官の前に来てその契約条項の強制のため裁判所の助力を求めるべきではない。エクイティが非良心的な取引に強制力を認めないことは、あまりにも明確に確立したことである」と判示したものと考えられる⁹⁷。本判決は上記に続く段落においても、「既に述べて来たように、当裁判所は、本件契約を違法だとは考えていない」と断った上で、「当裁判所が主張したいのは、本件契約全体が、裁判所の良心が支持するにはあまりにも過酷なものとなる」ということであると判示している⁹⁸。

このように (1) の判決は、(i) 当該契約または契約条項そのものが非良心的であると判断することにつき、慎重な姿勢がうかがえる点、(ii) 契約条項が「あまりにも一方的 (too one-sided)」または「あまりにも過酷 (too hard, または tough)」な内容であることや、契約を熟知していた当事者が、自分に有利な内容の契約を起草したこと等を総合的に捉え、「契約全体」が裁判所の良心に反し、非良心的であると判断している点に意義がある。(i) は、事件自体の発生が U.C.C. 成立前であり、非良心性の条文がまだ存在していなかったことに起因するとも考えられるが、あくまで契約自由原則の下、契約内容に司法は介入しないというアメリカ契約法の基本的立場が端的に表れており、非良心性はこれに対する例外であるということが明確になっている。(ii) は、U.C.C. § 2-302 のオフィシャル・コメントに取り入れられた表現であり、同オフィシャル・コメント 2 によれば、非良心性につき、「抑圧と不当な不意打ちを防ぐためのものである」とした上で①を参照することが明示されていることから、(1) 判決が非良心性の定義付けに貢献した先例であると評価できる。

(3) 判決の判旨は、非良心性の定義付けに関する部分について、(2) 判決に依拠していることから、(2) 判決は、(3) 判決と相まって、その後の非良心性の定義付けに貢献したと考えられる。(3) 判決は、後に「手続的非良心性」「実体的非良心性」と呼ばれることとなる 2 つの言葉、すなわち「意味ある選択」と「一方当事者に不合理に有利」という言葉を示した後、前者について詳細に説明している。それによれば、「意味ある選択」の有無は、契約締結時の事情から判断され、多くの場合、当事者の交渉力に不均衡があることが、「意味ある選択」の否定要因となりうることが指摘されている。具体的には、当事者の教育の有無、および、それによって当事者が当該条項を理解する合理的な機会が保障されていたか否か、当該条項が細事印刷や、その他だますような取引行為によって隠された結果、当事者が当該条項を重要でないと認識するに至ったことを挙げている。このような事実があった場合、当該契約関係に入った者は、当該契約条項について同意して契約を締結したとは評価できず、裁判所により、当該条項が不合理または不当と言えるか否かが判断され、場合によっては、その強制力を制限すべきであるとする。

なお、この判決文からすると、まず第 1 段階として、契約締結過程において何らかの問題があり、「意味ある選択」が与えられていなかったかどうかについて判断を行い、その結果、仮に問題があった場合には、第 2 段階として当該契

約（条項）が不合理もしくは不当なものかどうかについて判断する、という文脈であるようにも思われる。この点に関して、曾野和明教授は、Williams 事件判決は「契約締結時の状況に照らして実体的側面での非良心性を個々に判断する」姿勢を示した事件であるとし、「契約内容への父権的介入をミニマムに止め、本件のような契約条項であっても有効な場合がありうる余地を残して、契約の自由が原則であるとの態度を崩していない点は重要である」と評価する。曾野教授は、そもそも U.C.C.のオフィシャル・コメント 1 が非良心性につき「抑圧と不公正な不意打ちを防ぐことであり、交渉力が優越することを理由とするリスク分配の障害となることではない」と規定していることから、非良心性は、契約内容というよりは、契約締結過程の問題に関わる法理であるようにもみえると指摘する。しかし、同教授によれば、「非良心性の有無は、究極的には契約締結時の状況に照らした契約内容の実体的側面についての判断にかかって」おり、ただ、「契約締結の手續面において意味ある選択が可能であった場合には、たとえ契約の内容がひどいものであっても、当事者はその道を自分の意思で選んだと考えられるので、裁判所による介入の根拠はなくなる」という⁹⁹。

このように、(3) 判決は、非良心性の定義に関して「意味ある選択」と「一方当事者に不合理に有利」という 2 要件を初めて示した点のみならず、このうち前者、すなわち契約締結過程に関する事情の存在が、契約（条項）の内容が非良心的かどうかを判断する際の前提となることを示唆している点に意義があると考えられる。

(5) Leff 論文

非良心性の学説の中で、最も影響力を有するのが、以下に紹介する Leff 論文である。同論文の最大の意義は、非良心性について、**procedural unconscionability**（手続的非良心性）と呼ばれる契約締結過程の非良心性と、**substantive unconscionability** と呼ばれる契約内容そのものの非良心性という二つの非良心性に分けられるとした点にある。特に、**procedural** 及び **substantive** という用語法は Leff 論文において初めて採用されたものであり、現在の判例・学説のほとんどがこの用語法を踏襲している。

同論文が非良心性の分析において指導的な地位を確立したことは疑いない。ただし、同論文は、U.C.C. § 2-302 の規定に対して相当に批判的な立場をとって

いることに留意が必要である。すなわち、Leff 論文は、非良心性の指導的な解釈枠組みを提供しながら、条文自体には否定的であるという一見矛盾した内容を含んでいるのである¹⁰⁰。

① 立法史

1948 年版以前

U.C.C.成立まで、§ 2-302 の条文はいくつかの草案を経ていた。Leff は、この草案の変遷をたどることによって、その最終形態である同条文の評価を試みている。

Leff によれば、最初に公表された草案である 1941 年版の U.C.C.の起草者は、契約の全体もしくは一部がある程度詳細に決められている場合、司法が介入してその契約または契約条項の一部を書き換える恐れはないと考えていたと指摘し、また、この点が重要であるとする。そして、当時、非良心性とは「いかなる取引上の行為が当該合意を無効としうるかという、契約締結過程における非良心性（手続的非良心性）の問題ではなく、取引において、実体的に『非良心的』と思われる契約への司法による介入を回避するのに十分な行為があったかどうかという問題」であったという¹⁰¹。さらに、Leff は、1941 年版の条文が、その目的について、「契約当事者の熟慮と慎重さに基づく行為を援助し助長すること」と明確に述べていること等から¹⁰²、取引において何らかの交渉があれば、あらゆる契約条項は有効であるという考えに基づいているという。

他方で、Leff は、上述の目的によれば、1941 年版の条文は契約締結過程に関する事情に関係なく、「非良心性」という名の下に拘束力が認められない契約又は契約条項が存在する可能性を残していることを指摘した上で、このような状況が生じた場合、本条の下ではどのように扱われるのかについて、起草者にとってさえ、明確ではないのではないかという疑いが残るとする。

結局、Leff は、1941 年版の草案には、ある契約又は契約条項が一方的であった場合に、どのような効果が生じるのかが明らかでないという問題点が残るとする。このことについて、Leff は次のように表現している。

「1941 年版の草案では、契約条項、または契約条項のまとめ、または契約全体がただ一方的に見えるだけでなく、実際に一方的『だった』といえる場合に、どのような結果を生じるのかが明らかでなかった。言い換えれば、[契約条

項について] 不服のある当事者が、当該契約を締結した時に、『意図された契約』の本質を知り、かつ、『その特定の条項の内容について十分な知識を有していた』が、取引上、いかなる変更も加えることができない立場にいた場合、そのような状況下で締結された契約は、その条項 [の内容] がどうであれ、それでも問題ないといえるだろうか？

この問いに対する唯一の公正な答えは、誰にも確かなことは分からない、というものである。本条の全体としての趣旨は、当事者がどのように取引しようとも、契約は『公正で均衡』であるべきだ、という点にあることは、疑いようもないが、しかし、少なくともその文言をみると、同条の草案は、明確に交渉があった場合には契約への司法の介入を回避できるものとしている。例えば、A と B が個々の契約条項について実際に交渉をし、A が望む通りになった場合、たとえそれが B にとって著しく重い負担となるものだとしても、契約は成立する。したがって、§ 2-302 の主な問題となる点の一つは、1941 年から生じていたといえる。すなわち、本条の適用を回避する要因は、もしあるとすれば、何なのだろうか？ 1941 年版の草案は、様々な言い回しを用いることによって、取引につき明らかに非常に厳しい基準を予定しているが、しかし、問題は根本的に未解決のままである。」

Leff は、この 1941 年版について、『条文を運用するための手続き [machinery for administration] があまりにも増えてしまい、草案をまとめるのに十分でなく、また、不可能である』と判断されたため、『起草委員会によって取り下げられた』¹⁰³とし、そして、「おそらくこの『手続き』と草案をまとめることが『不可能』となったために、1943 年 8 月に統一修正売買法 (The Uniform Revised Sales Act) の三番目の草案において、非良心性の問題は大きく変化した」とする。

同草案における現 U.C.C. § 2-302 に相当する条文は、次のように規定していた。

第 24 条

良心的または非良心的な定型条項

1 項

他方当事者によって提示された定型契約条項を一つ以上含み、売買契約の証となる文書へ署名または受領した当事者は、当該定型契約条項を含めて文書全体を読んだ場合に、当該文書が非良心的な契約であり、かつ、実際には契約当事

者が契約締結前に当該定型契約条項を読んでいなかったということがない限り、これらの条項に拘束される。ただし、当該文書を読むのに必要な合理的な時間を有した後、このような文書に署名し相手に交付した商人については、この限りでない。

Leffは、上記のような1943年版の草案は、明らかに定型契約条項(form clause)にのみ適用可能であることを規定しており、そこには、相手方が当該契約条項を読みさえすれば、契約の拘束力が生じるという考え方が表れているとする。そして、この考え方は、1941年版にはないものであり、さらに、1943年版は、契約当事者が商人の場合、契約(条項)を読むことさえ必要とはされず、読む機会さえ十分に与えられていれば、当該契約(条項)に拘束されるという、商人にのみ適用される特別なルールを課していたと指摘する。

これに対して、1944年5月に成立した草案では、上記のような商人にのみ適用される特別なルール、及び「実際には契約当事者が契約締結前に当該定型契約条項を読んでいなかったということがない限り」という文言が削除された。このように、契約当事者がその契約条項を「読む」ことについての言及がなくなった点につき、Leffは、「起草者が、単に契約条項を読んだことのみが契約条項の拘束力を断絶するのに十分とするべきではなく、契約の拘束力を維持するためにはさらなる要素が必要であると考えたからであろう。[それは]おそらく、例えば、契約条項が読まれただけでなく理解されたことや、契約内容について実際に交渉のやり取りがなされたこと等であろう。つまり、契約条項を『読む』ことについての言及がなくなったことは、契約締結過程に関して厳格な要件を課していた1941年版の草案に回帰しようとしていたことの表れとも考えられる。」と評価している。

他方で、Leffは、全く別に解釈することもできると指摘する。すなわち、先述のような、1941年版の草案から1944年版の草案への変化は、後者において、契約条項が非良心的ならば、それは非良心的なのであり、契約条項を読んだかどうか、交渉したかどうか、または理解したかどうかは、<全く>問題にならないという解釈を採用したということの意味するとも考えられるという。そして、「1944年の草案は、実体的非良心性のみにより、あらゆる契約条項を無効とすることができ、かつ、いかなる手続的な[契約締結過程上の]『超良心性(superconscionability)』であっても、これを覆すことはできない、という解釈を

採用したとも考えられる」とする。

このように、1944年版の草案が、契約締結過程上の事情を考慮せず、いわゆる実体的非良心性のみが問題となるとの解釈を示していることに対して、Leffは、急進的である以上に議論を呼ぶものであるという。というのも、1944年版の草案は、定型契約条項に適用が限定されているところ、契約条項が定型であるということは、契約の実質的な良心性(substantive conscionability)とは関係がなく、契約の交渉過程の本質に関係があるからであるとする。

このことから、Leffは、1944年版の草案について、非常に不安定なものであると評価する。そして、このような不安定な状態、すなわち、「契約内容の非良心性（実体的非良心性; per se unconscionability）と、契約締結過程が重要な問題となる非良心性（手続的非良心性; unconscionability to which the bargaining process was material）との明らかな緊張関係」は、1948年まで続いたという。この緊張関係は、言い換えれば、U.C.C. § 2-302の規制目的が、実体的非良心性なのか、手続的非良心性なのかという選択の問題である。そして、Leffは、この問題に対する答えにつき、1948年版の草案においてある程度は示されたとしている¹⁰⁴。

1948年版以降

1948年の草案は次の通りである。

§ 2-302 非良心的な契約または契約条項

1項 裁判所が、ある契約につき非良心的であると認めた場合、契約の強制力を否定し、または、非良心的な契約条項を排除した上で残りの契約を強制し、または、そのような排除されるべき条項が初めから存在していなかったと仮定した場合に本法律の下で規定されうるような代替りの契約条項を〔補充して〕強制することができる。

2項 契約全体としては非良心的ではなく、しかし、定型契約条項であるかどうかにかかわらず非良心的な条項を含む場合、そのような条項を無効にした内容の契約が強制力を持ちうる¹⁰⁵。

Leffによると、この1948年版の条文における非良心性は、契約内容そのものの非良心性のこと(per se unconscionability)を意味していた。というのも、本条の適用が「定形」契約に限られるという部分が削除されていたからである¹⁰⁶。

もつとも、本条の適用が「定形」契約に限られるという点は、条文からは削除されたものの、その注釈には残っていた。1948年版をそのまま引き継いだ1949年版の条文に付された注釈3と注釈4は次の通りである。

注釈3：本条が一般的に適用され、非良心的な条項となるのは、問題となる条項の中身について、当事者が一度も実際に議論し、交渉したことがなく、その結果その条項が特に一方当事者の注意をひくことなく当該合意に取り込まれた場合である。このような状況は、他方当事者の注意はあらかじめ書いてある交渉済みとされる条項に向けられるという、「定形」契約においてよく生じる。

注釈4：この他、本条が一般的に適用される非良心的契約または契約条項に関係する場面は、一方当事者が完全な知識と認識を備えて自発的に一方的な取引に入り、そして、当該当事者にとって非良心的となる条項に実際に合意したという場合である。このような事案では、本条は、たとえ当事者が相手方に対していかなる合意をしたとしても、法的効果を持つ売買契約について、本条の中で定められた最小限の条件しか持たないという理論を採用する。第一義的な問題は、商取引の意味における売買契約が意図されていたかどうかである。もしそうなら、当該取引は本条により規律されることになり、その最小限の法的効果が、本条の中に組み込まれている法理によって課される。その結果、裁判所は、本条の下で、当該条項または合意が非良心的であるとして強制力を否定し、代わりに本条が適用されることを宣言し得る。

Leff は、上記注釈3につき、特に契約締結過程に関する非良心性を扱うものであるとする。一方、注釈4については、この注釈に沿って本条を理解すると、「当該条項が契約内容となった過程は重要でなくなる」とし、「契約締結過程に全く言及せずとも非良心的であるとの結論を出し得る」とする。そして、「本条は必ずしもそのように〔契約締結過程の事情を問題とせず、契約内容の非良心性のみを問題とすることが〕意図されて規定されたことを意味するものではない。しかし、結果として、本条の下では、たとえ〔当該契約条項が〕明確に交渉され、違法性 (doctrine of illegality) や公序違反 (public policy) 等のすでに確立された法理によって認められないわけでもないとしても、ただ契約の内容が「非良心的である」というアド・ホックな法的判断のみを理由に、個々の契約条項を無効とすることができる。(中略) 条文の起草者たちは、初期の草案において、

〔非良心性の条文につき〕 契約締結過程が重要な関連性を有するように努力し、その関連性の仕組みと詳細について説明するのに大きな難題に直面していた。〔これに対して、〕 1949年版の草案は、事実上、当該契約（条項）がどのようにして契約の中に取り込まれたかにかかわらず、非良心的な条項は非良心的な条項である、と宣言することによって、一刀両断にその難題を解決した。事実上、ある者はこの限りにおいてのみ、その優越的な交渉力を用いることができるという、政策的判断がなされたのである。〕 としている。

その後、1950年5月に新たな草案が起草されたが、その内容は、1949年版の草案とほとんど変わっていない。しかし、「契約内容の非良心性と契約締結過程の非良心性を明確に論じ、区別していた」上記注釈3及び4は、「完全に削除された」¹⁰⁷。

上述のように、U.C.C. § 2-302の起草段階において、1949年版の草案までは、少なくともその注釈を合わせて読めば、起草者は契約締結過程の非良心性と契約内容の非良心性とを区別する考え方を採用していることが示唆されていた。Leffは、この立場を評価するとともに、1950年以降の草案について、前記のような立場を変化させたとして、批判している。その詳細は次の通りである。

「...1949年版の草案の注釈は、実際には完全に交渉された条項であるにもかかわらず、拘束力を認めるにはあまりにも過酷な条項を規制する、という起草者たちの意図が表れている。...『抑圧 (oppression)』という言葉について、『強い交渉力によって強制される』という意味を含むと解釈することは、1952年版の草案に書かれた要素によって減退させられた。すなわち、それは、『優越的な交渉力』が用いられたことを理由として、司法が契約に介入することを明確に否定したのであり、1949年版にはないものだった。『本当の』強迫¹⁰⁸は、U.C.C.の採択後も商取引における有効な抗弁として残っていると考えられるため、『抑圧』は、強迫と優越的な交渉力の中間に位置するものであり、実際にはより狭い概念をいうものであろう。〔それにしても〕 何故、これらはすべてこんなにも曖昧なのだろうか？

その答えは、おそらく、ある程度は明らかである。起草者たちには、いくつかの可能性が残されていた。起草者たちは、交渉によって契約が練り上げられていったということがある程度示されれば、いかなる契約の結果も（違法なものを除けば）、司法による事後的な介入にさらされることはない、という立場を

とすることもできた。しかし、[この立場をとると、] どのような契約締結過程上の事情があれば、司法による事後的な介入を回避できるのかについて、より詳細な説明が必要となる。それは1941年版の基本的な方針と同じものであり、その当時の草案が示していたように、あまりにも困難な条文起草上の問題をはらんでいた。[そこで、] 代わりに、起草者たちは、最終的に1949年の草案の立場を支持したのである。すなわち、契約当事者間でどれほど交渉が重ねられたとしても、U.C.C.の下では許されない、現在のところは特定されていない何らかの契約条項が存在する、という立場である。しかしながら、この立場は、もしも1949年版の注釈の中に規定されたとしたら、U.C.C.の主要な支持者たちにとっては受け入れがたいものであろう。このような、第1の代案[1941年版]の問題点と第2の代案[1949年版]の不人気というジレンマに陥ったため、起草者たちは、第3の解決策をとった。つまり、彼らはごまかしたのである (They fudged.)」。

② オフィシャル・コメント1が引用する判例

Leff は、起草者が契約締結過程に関する非良心性について、実際にどう考えているのかを知る手がかりとして、第1に、1948年版の草案までは、非良心性の条文は「定型」契約にのみ適用可能とされていたこと、第2に、1950年版の草案に付された公式注釈に掲載された、10件の判例と、それぞれの事案における契約締結過程に関する非良心性の分析という2点を挙げている。第2点目という10件の判例は、条文の「背景にある基本的な考え方 (the underlying basis)」を表すとされ、非良心性の条文が不明確であるという意見に対する反論の根拠として用いられる。しかし、Leffは、条文がこれらの10件の判例を公式注釈の中に採用したことについても、批判を加えている。すなわち、これらの事案が、当該契約(条項)は定型契約であったということ以外に契約締結過程に関する何らかの事由を示すものと期待されるどころ、10件のうち半数以下が消費者契約の事案で¹⁰⁹、残りは事業者間契約であり、さらに、1件¹¹⁰を除き、「当該取引で使われた定型契約が、特に複雑で、入り組んでいて、または、契約条項が膨大であることを示した事案がない。さらに、これらの事案における定型契約(条項)は、細字印刷という茂み (a thicket of small print) の中に潜んでそこから攻撃してきた、というわけでもない」。そして、「せいぜい、これらの事案は、いかなる取引上の行為が、契約内容そのものが非良心的であるとされた場合に、§

2-302 に従い、当該契約（条項）を無効にすることを回避するのに役立たないかを示すに過ぎない。これは、いかなる取引上の行為が契約（条項）を無効にするかを示すこととは、全く異なる。もし、これら 10 件の判例がこのような解釈を示すものだとすれば、あらゆる定型契約が § 2-302 に抵触してしまう。」とする。さらに、あらゆる定型契約が § 2-302 の審査にかかるとすると、定型契約は社会的善であり、大量取引における契約締結過程の構成要素であり、かつ、大量売買取引は、経済的効用を上回るという考え方と矛盾しないようにするため、定型契約の利用自体を悪とみなすことはできなくなり、「非良心性の審査にかかるための契約締結過程の要素は、単に定型契約（条項）を利用したというだけでなく、定型契約（条項）の利用、プラス他の何か」¹¹¹であると考えが必要がある、と指摘する。すなわち、定型契約であることの他に、何らかの「悪 (vice)」がなければ、契約への司法の介入は正当化されない。そして、この「悪 (vice)」、または定型契約の「プラス他の何か」に該当するのが、契約の一方当事者が当該契約条項のすべてに「くっつく（附合する）adhere」か、さもなくばすべてを拒否するかという選択しかない、いわゆる「附合契約 "contract of adhesion"」であるという¹¹²。そして、「附合契約の重要な要素は、『形式張っている [formishness]』ことではなく、契約の一方当事者が、少なくとも当該取引の目的に関する限り、独占的な力 (the power of monopolist) を持っていることである」という。なお、この「独占的な力」とは、例えば、電話会社や地方便を運航する航空会社等を相手に、それらが提供するサービスの価格について交渉することができないといった、実際に法的または別の意味において市場を独占していることを意味するものではなく、例えば、買主が、同種の契約について他の条件を提示する売主を探すのが容易でないような場合のことを指すという。「附合契約の最も顕著な特徴で、いわゆるその悪 (evil) は、当該契約を用意した者が、一つ以上の理由でもって当該契約の締結を拒否することができる立場におり、これにより、他方当事者を、条件を受け入れるかさもなくば契約を諦めるか [take-it-or-leave-it] という選択肢のみを与えられた立場に追いやることのできる点である」。

Leff は、このような take-it-or-leave-it の契約が締結される最も「印象的 (dramatic)」な場面は、事業者と消費者間の小売売買契約 (the merchant-consumer retail sale) であるとした上で、定型契約でかつ附合契約でない契約の存在を指摘し、その典型が、事業者間契約で利用される契約であるとする。したがって、

Leffは、書式の戦い (battle of forms) ¹¹³を基本とし、相手方が起草した書式の内容を飲むか飲まないかという選択を強要されるわけではない事業者間契約と、一方当事者が起草した契約書式に他方当事者が「くつつく」性質の附合契約との間には、大きな隔たりがあると述べている¹¹⁴。

このように、事業者間契約と事業者対消費者の契約は、附合契約であるかどうかという大きな違いがあるにもかかわらず、U.C.C. § 2-302 が二つの契約を区別せず、「契約を無効としうる行為 (contract-insulating conduct)」の程度を明確にしていないことから、契約が § 2-302 の審査にかかった場合にどの部分が「非良心的」となるのかが明らかにされていないとして、Leffは厳しく批判している。

③ 契約内容そのものの非良心性 (実体的非良心性)

Leffは、§ 2-302 制定の沿革の観点から、同条から読み取れる手続的非良心性と実体的非良心性の内容を明らかにしようとする。

実体的非良心性について、Leffによると、「もともとは契約全体における『著しい全体の不均衡 (gross overall imbalance)』のようなもののことを意味すると考えられていた。同条は、非良心的なく契約>または少なくとも起草された契約の全体の中の大きなかたまりを規制するものと考えられていた。...1941年版の同条の草案やその詳解は、全体を慎重に考量することや全体の均衡を図ることを示唆する表現に溢れていた。」¹¹⁵

Leffは、「不均衡 (imbalance)」につき、「契約を有効にするための何らかの基準を満たしていないことの証拠となるばかりでなく、[不均衡] それ自体が、契約に対する攻撃(「非良心的」となるものとみなされる」とし、「1941年版の草案における全体の不均衡は、単に手続的非良心性の証拠(またはおそらく証拠となるもの)であるのみならず、同時に、それは実体的非良心性でもある。」という。そして、このことから、「全体の不均衡に全面的に焦点を当てた1941年版の草案及びそれに付記された注釈と「報告書」¹¹⁶は、契約全体または、少なくとも契約の中の大きな一かたまりの条項に対する § 2-302 の適用を想定していたものと考えられる。「不均衡」は、控えめな言い方をすれば、単一の契約条項について受け入れ難いと評価するために用いるには、極めて人工的な方法である。」という。その後、この1941年版の非良心性の規定は、「『実行不可能』と考えられたために取り下げられ、代わりに考案された新しい[1943年版の]草案は、非良心性の判断が契約全体を考慮に入れてなされるべきであることが

より明確に規定されていた」¹¹⁷。

このように、Leff は、1943 年版の草案まで、実体的非良心性の問題は、契約の全体としての不均衡が問題と考えられていたことを指摘する。

しかし、この立場は 1948 年版の草案で変化する。この条文は、「裁判所は非良心的でない契約から、単一のあらゆる『非良心的な』契約条項を削除することができることをはっきりと規定している」。さらに、1949 年版の草案は、条文自体は 1948 年版と変わらないものの、「同条に付記された注釈において、契約全体ではなく単一の契約条項を非良心的であるとして削除することができる旨を明言している」。このことを示すのは、次の部分である。

コメント I

本条の下で、裁判所は、非良心性が全体に広がっている場合には契約全体の強制力を否定し、または、あまりにも有害であり、または当該合意の主要な目的に反するような単一の契約条項もしくは契約条項のまとまりを排除することができる。

Leff は、この 1949 年版の草案及びその注釈によって、単一の契約条項が非良心的であることを理由に無効とされるという § 2-302 の内容が固定されたとする。そして、このように、実体的非良心性の内容につき契約全体の不均衡から単一の契約条項の悪辣さ (naughtiness) へと変化したことは、§ 2-302 の起草の沿革の研究において最も重要な点であるという。さらに、Leff は、「実体的非良心性を「著しい不均衡 (gross imbalance)」や「一方的 (lopsidedness)」といったものとして捉えた場合であっても、どのような契約が実体的に非良心的であるかを判断することは、非常に難しい」と指摘する。

というのも、どんな契約条項も、実際の契約当事者にとっては、無関係だからである。例えば、「たった一つの条項のみ自分自身がリスクを負う内容であったとして、残りの 50 の条項が相手方がリスクを負う内容であったならば、その契約の本質 [当該契約が、全体として一方的でない、均衡のとれた内容であるかどうかという本質] は現実化することはない [不明である]」。このことについて、Leff は、「いかなる事案においても、契約の強制力を否定することは、当該事案において起こった事態...に対する救済とはならないことを意味するが、しかし、その代わりに、そのような契約を締結してしまった当事者の側に課され

た一般的な悪辣さに対する救済となるだろう」と述べている。(Leffは、このことを示す事案として Campbell 事件を引用し、次のように説明する。すなわち、同事案では、被告は自分にとって都合の悪い契約を故意に破ったところ、原告は特定履行請求を排斥された。その理由は、定型契約の中の特定の条項に悪辣さ (nastiness) が認められると判断されたからである。しかし、被告による契約違反や差し迫った損害に対しては、何の救済も与えていない。)

Leffは、上記のように、単一の契約条項につき実体的非良心性を判断しても、真の解決には至らないことを示唆する。さらに、Leffは、仮に契約を個々の条項ごとに審査することによって規制する場合、非常に抽象的な「非良心的」という言葉が、例えば担保責任免除条項は許容されるべきか否かや、もし許されるとして消費者契約の目的物についても許容されるべきか否かなど、社会的な政策指針 (social policy) についての特定の問題に対する具体的かつ詳細な考察に置き換えられてしまうという。そして、このような社会的な政策指針についての問題は、答えが必要ではあるが、それらはいずれも、§ 2-302 がいう『非良心性』によって裏付けられたものではないとする。このことを、Leffは、次のような独自の表現で、厳しく批判している。

『非良心的』という言葉は、...契約の交渉を行う二当事者のドラマティックな状況を表現しているわけでも、『不均衡 (imbalance)』や『一方的』や契約の質に関する他の要素を表現しているわけでもなく、むしろ、非良心性を主張する者の、§ 2-302 の適用を正当化しようとする感情的な主張を表している。言い換えれば、§ 2-302 の下で関連性があるのは、契約当事者の態度 (attitude) ではなく、裁判官のそれである。事実の中から探し出されるイメージ (picture) は、様々な抑圧的または不意打ち的な契約交渉や契約内容があったということではなく、裁判官が抑圧され、裁判官にとって不意打ちとなったということである。他方で、特定の契約条項の排除を正当化するのに十分なほどに、裁判官たちを興奮させ、その頬を紅潮させることができるは、法律が規定しているはずであると考えられる。しかしながら、ひとたび単一の条項の非良心性という概念を採用し、『全体の不均衡』という要素が、これだけでは不十分であるとして無視されると、法律とその解釈に備わっている、『悪い (bad)』単一の契約条項とは何かという問題の指針となる効力が奪われてしまう。」

Leff は、上記につき、現在の U.C.C. § 2-302 の公式注釈が引用する 10 個の判例が同条の「根底にあるもの (underlying basis)」を明らかにしていないことから分かるという。

④ U.C.C. § 2-302 が引用する 10 件の判例について

Leff は、現行の U.C.C. § 2-302 が引用する 10 件の判例についても、適切でないと捉えている。例えば、悪辣な契約条項として典型的なのは、瑕疵担保免除条項と損害賠償制限条項であるところ、これら 2 種類の条項については、前者につき 2-316 条が、後者につき 2-719 条がすでに規定しており、条文内容も詳細であることから、この上さらに判断基準が曖昧な § 2-302 を適用することには疑問であるという。さらに、§ 2-302 のコメント 1 によれば、本条は、「裁判所が非良心的と認められる契約または契約条項を明確に規制することを可能にすることを目的として」おり、「かつて、このような規制は、文言の制限的解釈 (adverse construction)、申込と承諾のルールของการ操作、または、当該契約条項が公序または契約の主要な目的に反するとの判断によって行われていた」。Leff は、10 件の判例につき、「[上記 § 2-302 コメント 1 が述べる、かつての規制方法のような] 巧みに操作された法技術を消耗 (消滅) させるために取り入れられたわけではない。しかしながら、これら 10 件の判例が非常によく表しているのは、[裁判官にとって] より心温まるような特定の結果を導きたいという心理的圧力 [an emotional pressure to get a more heartwarming particular result] によってゆがめられた法理である。」という。このように、Leff は、まず、非良心性を裁判官が好ましいと思うような結果を導くために解釈したいという意図があり、この意図に導かれて § 2-302 の 10 件の参考判例が取り入れられたことを示唆している。そして、非良心性をあいまいな法理として § 2-302 に規定したことを改めて批判している。

⑤ エクイティとの関連性

本稿でもすでに触れたように、U.C.C. § 2-302 の規定する非良心性は、もともとはエクイティ上の法理であったとされ、このことは一般的にアメリカの判例・学説に浸透している。しかし、Leff は、この点についても疑問を呈している。

U.C.C. § 2-302 とエクイティとの関連性について、最初に言及されたのは、1949

年の草案であった。そのコメント 1 には、次のような一文があった。

本条は、非良心性または非合理性を理由として契約を規制するというエクイティ裁判所の従来からの主義 (policy) を売買契約に適用することを意図したものである。

しかし、この一文は約 1 年間しか存続しなかった。1950 年版の草案では、コメントのほかの部分には全く変化がなかったにもかかわらず、この一文だけが削除された。そして、これを最後に、U.C.C.上の公式の文章がエクイティに言及することはなかった。それどころか、1951 年 5 月の起草者会議では、同条がエクイティ条の適用のみを意味するという誤った解釈をしないようにとの努力がなされていたという¹¹⁸。当時の資料には、次のような記載がある。すなわち、『『強制力の否定 (refuse to enforce)』という言葉は、[エクイティの] 特定履行の問題のみに関係すると推論されることを防ぐために、別の言葉に置き換えることを再考すべきである。¹¹⁹』

その後、最終版である 1952 年版の草案の公式注釈には、大きく変更が加えられたが、エクイティへの言及という観点から注目すべき点は次の一文である。

[非良心性の] 基本原則は、抑圧と不公正な不意打ちを防ぐことであり (Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80, 3d Cir.1948 参照。) 、交渉力が優越することを理由とするリスク分配の障害となることではない¹²⁰。

Leff は、上記公式注釈が明確に引用する Campbell 事件判決につき、間違いなくエクイティと特定履行請求に関する事案であったこと、本件において裁判所は、本件の契約が「非良心的である」として特定履行を否定したこと、さらに、本件において裁判所は、「エクイティは、非良心的な取引の履行を認めない」と、特に引用を付けずに判示し、このことは「あまりにも明確に確立したことであり、多くの引用を要求するまでもないからである。」としたことから、公式注釈が Campbell 事件判決を引用した上で上記のように述べる根拠につき、一定の理解を示す。しかし、「数多くのエクイティの判例を調べてみると、詐欺、不実表示、錯誤、強迫などに加え、契約の無効を正当化できるほどではないが特にその履行を拒否することが支持され、かつ、違法性と＜公序違反＞という法の題

目を超えて、エクイティが救済を与えないような類いの契約の総体が存在することが明確である」という。そして、これらの事案に共通するのは、一方にとって有利で、もう一方にとっては厳しく酷な内容の契約を締結してしまうのは「高齢者、若年者、無知、貧窮者、非識字者、将来に備えるという考えが欠如していること (improvident)、吞んだくれ、素人 (naïve)、病人」等であり、多くの場合、「準詐欺 (quasi-fraud) や準強迫 (quasi-duress) といった言葉が当てはまる」。さらに、より具体的には、船乗り、相続人、農家、女性が犠牲となりやすいという。また、当然、多くの場合、上記のうち複数の属性が組み合わさっている。

非良心性が問題となる事案では、このような傾向が指摘できるとはいえ、Leff は、これらの事案につき、§ 2-302 の非良心性の意味を確定する指針としては、「2つの理由から、無関係である」とする。第1に、「エクイティの事案は、手続的非良心性の限界を画するためだけに有効である。これらの事案は、契約全体の不均衡というただ一つの実体的非良心性に関するものであるため、どのような契約条項が実体的非良心性となり得るかを決することができない」。第2に、手続的非良心性に関して、エクイティの事案となる契約が作り出したドラマティックな「様々な事情や事実」に富んだ状況は、売買契約の場面では、非常に稀なケースを除いて、あまりにも再現しにくい。そして、それら稀なケースの詳細は、売買契約の判例としてほとんど何の示唆も持たない。」と述べる。

Leff は、エクイティ上の非良心性の適用事例は、ほとんどが不動産売買における特定履行が問題となる事案であり、これを一般の売買契約に適用するのは、間違っている (misleading) という。「最も重要なのは、不動産は、相対的に取引に慣れていない人 (unsophisticated) が所有する唯一のものであったところ、それを騙しとられるということが起こりやすいという点である」。そして、そのような事案では、「それぞれの土地の特徴が重要なのではなく、それぞれの土地の取引 [の過程] の特徴が重要」であり、さらに、大量の取引ではなく個別の取引 (nonmass transaction) で適用されてきた¹²¹。

エクイティにおける手続的非良心性

このように、Leff は、エクイティの非良心性は不動産取引における個別の契約で適用されてきたとし、これに対して、U.C.C. § 2-302 が対象としているのは、商人対商人の定型契約 (form-pad deal)、事業者対消費者の附合契約、現代におけ

る大量売買契約等であるとして、エクイティの非良心性と U.C.C. § 2-302 の非良心性は適用対照が異なると指摘する。さらに、「これらの大量取引が有効となり得るかどうかを決定するためには、[非良心性ではなく] 準詐欺や準強迫の様々な段階 (gradation) に関してエクイティ裁判所が行った識別と議論が非常に役に立つ [useful as a goiter]。...このように、統一商事法典の下で手続的非良心性を決定する際の参考になると考えて、古き良きエクイティの法理を喜んで参照するのは、ひどい間違いであり、間違った指針である。エクイティの非良心性は取引の過程を扱うのに対して、U.C.C. § 2-302 の非良心性は、非取引の過程を扱うものだからである」。として、手続的非良心性という観点から、エクイティが U.C.C. § 2-302 と関連性があるという見解を否定する。

エクイティにおける実体的非良心性

Leff は、実体的非良心性の観点からも、エクイティと U.C.C. § 2-302 との関連性を否定する。Leff は、様々なエクイティの判例が示す実体的非良心性は、ただ一つしかないとし、それは、不十分な [不適切な] 約因、もしくは「著しい全体の不均衡 (gross overall imbalance)」であるとする。「エクイティと U.C.C. § 2-302 とを関連性付ける唯一の判例である Campbell 事件判決も、非常にわかりやすい全体の不均衡の事案であった。[というのも] この事案の契約は実際に全体として見ると一方的であったからである」。Campbell 事件は、「契約の実体面 [契約内容そのもの] が全体として著しく一方的であったという意味でのエクイティ上の典型例であるのみならず、いわば、(原型的 (archetypal) と言いたくなるほど) 超典型例 (super-typical) であったのであり、それは、一方的であるという主張が過酷 (harshness) であるという主張と関係がないほどであった。(注 226において、Leffは、「もちろん、本件[Campbell事件]は単に馬鹿げている (silly) ということもできるだろう」とも述べている。) そして、「この重要な事実、すなわち、エクイティ上の非良心性の判例は、すべて、実際に全体として不適切な約因を認定することにかかっていたという事実は、次の事実によって、目立たなくなっていた。すなわち、これらの判例で実際に問題となり、何世紀も続いた論争の対象となっていたのは、不適切な約因は特定履行を否定するのに<必要不可欠な>根拠であるのかという問題ではなく、それは<十分な>根拠なのかという問題であったという事実である」。

「実体的非良心性の唯一の要素で、特定履行において現れるのは、価格の不

均衡であり、すなわち、全体の不均衡である。しかしながら、法典の起草者は、...2-302 条が全体として不均衡な契約のみならず、単一の『非良心的な』条項を含む契約にも適用可能であると、明確に規定した。この解釈の下では、個別の条項ごとに別々の実体的判断がなされ、エクイティ上の法理にはあった、様々な要素を考量して全体の不均衡を見る手法は、通常は無関係なものとなった。

要約すると、エクイティ上の非良心性の中に組み込まれた二つの社会政策が存在する。一つ目は、取引の悪辣さ (*bargaining naughtiness*) であり、これは、ある一定のレベルに達すると、一方当事者をだめにする。二つ目は、取引の行為に対するものではなく...結果に対するものであり、著しい過酷さに苦しむことになる場合には、そのことにつき特別な正当化を要するという法理の中に組み込まれている (そして *laesio enormis* として現れる)。第 1 の社会政策は、定型契約や附合契約はすべて、当該契約が、§ 2-302 の扱うべき種類の契約であるとして、当該契約を起草していない方の当事者の要求に従って無効とされうるという立場をとる限り、同条において有効に反映されていない。第 2 の社会政策は、...扱いやすいという理由で、魅力的である」。しかし、Leff は、例えば、法選択に関する条項は、選択された法律が一方当事者の望むものでなかった場合には、当該当事者にとって過酷となり得ることや、有効な瑕疵担保免除条項は買主にとって不利になること等を挙げて、通常の売買契約における重要な条項はすべて、潜在的に非常に過酷であるとし、したがって、「非良心性」は一般論として「過酷」と同等に扱うことはできないという。「売買契約の条項は、そもそも過酷に作られている」。

⑥ U.C.C. § 2-302 を適用した事例

最後に、Leff は、§ 2-302 を適用した事例について検討を加えている。まず、厳密に言えば Leff 論文が発表された当時 § 2-302 を公式に適用した唯一の判例である、*American Home Improvement, Inc. v. Maclver* につき、Leff は、裁判所は年率 18% の利率が公正かどうかを単なる推測 (*guesswork*) によって判断したと指摘し、これは、§ 2-302 が抽象的な内容であることに起因すると示唆している。このように、Leff は、§ 2-302 の適用の検討が、裁判官の独自の気持ちの表明 (*state of mind*) になることを批判する。

次に、*Williams* 事件判決に関して、判旨の「...非良心性とは、一般的に、他方当事者に不合理に有利な契約条項と相まって、一方当事者の意味ある選択の欠

如であると考えられてきた。」という部分につき、「非良心性には 2 つの焦点 (foci) があり、それは、契約締結を導いた契約交渉と、契約条項 [そのもの] である。手続的な側面として、本件の事業者は、Williams 夫人が買い物できる唯一の借用家具店 (credit furniture store) であったことや、実質的に同じ契約しかなかったこと (これは Henningsen 事件判決において裁判所が非常に重視した点である。) といった事情は、本件では見当たらなかったが、Williams 夫人が署名した契約は、基本的には彼女が利用できる唯一の契約ではあった。」とする。そして、本件の裁判所は、本件契約締結過程に関する事情に鑑みれば、単に定型契約書式を利用したことや附合契約であったこと以上に、実際に、少なくとも準詐欺のレベルに達していたことから、本件においては、裁判所による手続的非良心性の判断を非難することは難しいと指摘する。しかしながら、契約交渉過程が § 2-302 の下での司法による精査を免れないということは、本条適用における最初の段階にすぎず、この判断の後、改めて当該契約条項が「非良心的」か否かについて判断しなければならないという。そして、Williams 事件判決においては、当該契約条項が非良心的か否かという問題について、「驚くべきことに、その答えは明確ではなく、<どの>契約 [条項] が悪いのかについてさえ、明確ではない。ただし、この点につきおそらく 2 つの可能性があると思われる。一つは、本件において、購入されたそれぞれの物品が全ての物品の担保となるという条項が、本件契約の好ましくない特徴であったことである。もう一つは、家具会社が、本件のような高価なステレオ・セットを本件のような当事者に売却したという事実が、非良心性を形成したことである」。

しかし、Leff は、本件において、売主は、買主に売ってはならないことを知っているのみならず、買主に関する知るべきであった事実について、どの程度まで知らなければ (または買主に尋ねなければ) ならなかったのかという難しい問いを全く示していないとして、批判する。

さらに、「本件において我々が知ることができるのは、ある人が、貧窮者 (少なくとも生活保護受給者に) に対して、将来支払うことができなくなることを知り又は知り得たにもかかわらず、贅沢品を販売したという事実である。これは、階級による新たな差別にすぎず、所属する『階級』に基づき人を差別することは、すなわち、ある種の一般的な個人的人格を超えた性質を根拠に人を差別することであって、法の適用においては、一般的に起きうることである。このような手法は、当該階級にいる資格のみを必要な要件とすることによって、

判断を非常に単純化してしまう。」という。

Leff は、契約当事者の階級に基づいて非良心性の判断をするという手法は、エクイティ上の非良心性の判断でも採用されていたとした上で、このような階級による判断は、ときとして間違っていると指摘する。「全ての高齢の女性や農家が、[契約相手方である事業者に対して] 何の自衛手段も持たないわけではない」。Leff は、「特徴的 (typical) であることは紋切り型 (stereotypical) となる傾向があり、司法の慈悲の恩恵を被るはずの人にとっても望ましくない結果を生じさせる可能性がある」という。そして、「裁判所はなぜ (Williams 事件におけるコロンビア特別区裁判所のように)、『非良心性』のような高度に抽象化された概念の下で社会的な判断を組み込んではいけないのかと聞かれたら、多くの論者が指摘してきたように、エクイティ上の事案を持ち出すだろうが、そのよって立つ根拠は異なるであろう。まず、(これはそれほど重要ではないが) 判断における真の根拠を、これらを将来根拠として使おうとする人たちから隠したいからである。さらに、中でもより重要なのは、裁判所が、裁判所自身に対してでさえ、その判断の根拠につき開示しないことを認めたいからである。階級に基づく判断は、非常に簡単かつ魅力的 (そして、しばしば心温めるもの) なのである」という。さらに Leff は、Williams 事件判決につき、「貧困者は贅沢品の購入をしないようにするべきである」という考えに基づくものであるとした上で、「いかなるアメリカの立法機関も、このような [考え方を反映した] 法律を成立させることを堂々と遂行することはできないし、秘密裏に遂行することも許されるべきではない。」と述べる。

⑦ Leff 論文に対する反応

非良心性は、U.C.C. が制定された 1960 年代中頃から 1970 年代にかけても最も議論され、論考の発表もこの時期に集中している。既に述べた Leff 論文もこの時期に発表されたものであり、その影響力の大きさから、Leff 論文に対するコメントを含むものが多くみられる¹²²。

例えば、Ellinghaus は、U.C.C. § 2-302 の条文の曖昧さを認めた上で、そのことを Leff のように批判・悲観するのではなく、ある程度肯定的に評価している。Ellinghaus によれば、非良心性は、「ルール」「法理」または「概念」とは対置されるところの「基準 (standard)」に相当するという。そして、法における「基準」の機能とは、「残されたカテゴリー (residual categories)」の維持に関係があ

るという。この「残されたカテゴリー」とは、合理性、相当な注意、誠実義務等がその典型例であり、あらゆるシステムを健全に維持するために重要となり、また、たとえば、非良心性の形式的かつ厳格にすぎる適用等、論理の硬直的な運用に対抗する効力を潜在的に有しているという。

Ellinghaus はまた、非良心性について *illusory* な（実体のない）性質を有するとの表現を用いているが、それでも、このことで条文起草者を批判するだけでは、「不公平」であるとする¹²³。そして、本稿 III-2 (5) においてみたような Leff の非良心性に対する批判は支持されるべきではないという¹²⁴。さらに、Ellinghaus は、Leff による手続的・実体的という二種類の非良心性に分ける解釈を採用した上で、手続的非良心性については、*misleading bargaining conduct*（ミス・リーディングな〔他人に間違った行為を行わせるような〕取引的行為）、*inequality of bargaining position*（交渉上の地位の不平等）、*Exploitation of the underprivileged*（恵まれていない人たちへの搾取）とに分けられ、他方、実体的非良心性については、*The question of Insulation*（契約条項を相手方に開示し、当該契約条項に相手方の注意を向けさせたことにより、§ 2-302 の適用を避けることができるかという問題）、*Overall imbalance*（契約全体としての全体の不均衡の問題）とに分けて分析できるという。

Eisenberg は、*bargain principle*（合意は守られるべきという契約法の原則）に対して制限を課すことには慎重であるべきであるという考え方について、「*not conclusive*（確実ではない）」とした上で、非良心性法理について、次のように述べる¹²⁵。すなわち、「エクイティ裁判所は、長い間、エクイティ上の（特定履行の）救済が求められた場合には、契約の公正さを精査してきた。そして、近年においては、ある法理が出現した。それは最初、統一商事法典の第 2 章 302 条に現れ、それから判例の中に現れ〔Williams 事件判決を指す。〕、そしてその後第 2 次契約法リステイトメントの 208 条に現れ、他の統一法にも現れ（統一消費者信用法典 *Uniform Consumer Credit Code* § 5.108 (1974); 統一消費者売買取引法 *Uniform Consumer Sales Practice Act* § 4 (1971); 統一居住地賃貸借法 *Uniform Residential Landlord And Tenant Act* § 1.303 (a) (I) (1972))、さらには第 2 次物権法リステイトメント（§ 5.6 (1977)）にも現れた。すなわち、コモン・ロー裁判所もまた、当該取引が「非良心的」であるならば、契約交渉によって取り決められたことの拘束力を制限または否定しようという法理である。」

Eisenberg は、Leff 説の影響力が大きく、これが通説となったことにより、手

続的・実体的という二種類の非良心性による判断方法が定着したことを受け、次のように述べる。すなわち、「[Leff が示した手続的・実体的という] 区別の結果は、(Leff が意図したことではないにしても) その後の研究の大部分に影響を及ぼし、**bargain principle** と調和させる限りにおいて(つまり、「手続的」である限りにおいて) 非良心性という概念を受け入れることによって、非良心性を適応させる (**domesticate**) ことになったが、他方で、[同法理が適用されるべき] 事案において裁判所が、契約条項の公平性のために契約を精査することができるという広範な可能性を否定することになった」。このように、**Eisenberg** は、手続的非良心性という要件があるために、非良心性法理が契約内容の不公正さや不平等さのみを単純に問題にする法理ではなくなったことを指摘する。同様に、非良心性に関する多くの学説と判例についても、「[契約条項の] 不公正な不意打ちの要素を強調」しており、それは、**bargain principle**、特に **knowing assent** (自発的な合意、真実の合意) の理論を満たしていないことの証左であるという。

ところが、過去 15 年間 (1970 年代半ばから 80 年代初頭) の間に、非良心性法理が、不公正な不意打ちを超えた要素、すなわち、「契約条項の公平さ (**fairness of terms**)」を精査するための制度となっていることが強く示唆されているという。そして、このことを示すものとして、第 2 次契約法リステイトメントの 208 条のコメント c (1979)、および U.C.C.C. § 5.08(4)(c) (1977) を挙げ、「多くの判例が、非良心性法理は不公正な価格のみを理由に約束の拘束力を制限することを認めるということを示唆している。」という。**Eisenberg** は、このことを示す判例として、60~70 年代にかけての 11 件の判例を挙げ、さらに、イギリスにおける同様のケースも挙げる。**Eisenberg** によれば、これらの米英の判例は全て何らかの高圧的販売 (**high-pressure selling**) 契約に関わるものであることを示唆しているが、これらのうちの多くは、その点について問題にせず、また、いずれの判例もその点に依拠して判断されたものではないという。また、**Eisenberg** は、このような傾向を示す判例の蓄積について、「**bargain principle** の下では特異な存在 (**anomalies**) とであることが明らか」であるとし、また、このような現象は、非良心性が、「不公正な不意打ちのような、契約締結過程に関する要素 [の規制] に限定されない、より拡張された、パラダイム的な概念」であるという理由によってのみ説明がつくという。

Hillman は、手続的・実体的という二種類の非良心性に分ける解釈方法につい

て、懐疑的な立場をとる。すなわち、この二分法は、両方が揃わない限り契約または契約条項の効力を否定することができないとするものなのか、この二つの非良心性がそれぞれどの程度必要なのか、明らかでないため、混乱が増すという。また、非良心性を認定するのに「最適な」事案は、手続的・実体的非良心性の両方の側面を有する事案であると広く考えられているので、裁判所は、手続的非良心性と実体的非良心性の両方の存在を認定するために事実の操作をやめない可能性があるとし、したがって、手続的・実体的非良心性という枠組みは、そもそも非良心性法理が避けようとしている「操作」を存続させることにもなりかねないと指摘する。

Murray は、Leff や上記の学説とは異なり、非良心性法理を合意の理論の範囲内で説明する。Murray は、伝統的な契約理論によれば、当事者が合理的に期待する条件の下で行う取引が契約であるという。その上で、非良心性法理の適用は、重要な事項が「合意の範囲」(circle of assent)に入っているかどうかによって左右されるとする。そして、ある条項が具体的に「合意の範囲」の中に入っているかどうかについては、「表面上の合意」(apparent assent)があるか、当該条項は「主要」(material)であるか、および、真実の同意 (real assent)があるか、の3段階に分けて分析されるという。

3. 「非良心性」の定義の確立によって生じた論争--「手続的非良心性」と「実体的非良心性」とは何か

これまで見てきたように、「非良心性」とは何かという問題に対して、Williams 判決は「…一方当事者に不合理に有利な条項とあいまって、一方当事者にとって意味ある選択が欠如していること」という定義を行い、他方で、Leff は、非良心性を procedural unconscionability (手続的非良心性) 及び substantive unconscionability (実体的非良心性) という二つに分けた。現在では、これら二つを合わせた形で、Williams 判決における「一方当事者に不合理に有利な条項」は Leff のいう「実体的非良心性」、Williams 判決における「意味ある選択の欠如」は Leff のいう「手続的非良心性」と理解されている。そして、Williams 判決の一般定式の中の「あいまって」という言葉に表れているように、原則とし

て上記二つの非良心性が揃っていることが必要と考えられてきた。

このように、Williams 事件判決と Leff 論文とによって、非良心性の一応の判断基準が確立された。しかし、非良心性をめぐる論争はこれで収束したわけではない。むしろ、上記の二種類の非良心性という要件が定まったことにより、さらなる問題点が明らかになった。それは、端的に言えば、「手続的非良心性」と「実体的非良心性」とは何か、という問題であり、より具体的には、(1) それぞれの非良心性の意義や内容は何か、(2) 二つの非良心性はどのような関係にあるのか、という2つの問題点に帰着する。

そこで、以下において、これら2つの問題点について検討を行う。

(1) 手続的非良心性と実体的非良心性の意義と内容

まず、一般的な契約法の概説書等で確認できる手続的非良心性と実体的非良心性のそれぞれの意義と内容について概説しよう。

① procedural unconscionability (手続的非良心性)

procedural unconscionability とは、上述の Leff 論文が示した通り、契約締結過程の非良心性のことを指し、定型的な用語としては、bargaining naughtiness (契約交渉過程の悪辣さ)¹²⁶、lack of meaningful choice (意味ある選択の欠如)¹²⁷等の表現が用いられる。一部の学説は、手続的非良心性は詐欺 (fraud) や強迫 (duress) と類似するものと説明しており¹²⁸、quasi-fraud (準詐欺) や quasi-duress (準強迫) といった表現も用いられる。U.C.C.の代表的な注釈書・概説書である White & Summers によると、裁判所が、ある契約 (条項) が手続的に非良心的であると判断するには、通常、契約締結過程のあらゆる事情が参照されるという。具体的には、当該条項が細字印刷の中に埋もれていた (隠されていた) こと、難解な言葉で書かれていたこと、当事者の交渉力や教育レベル、取引の知識や経験等である。したがって、手続的非良心性は相対的な評価であり、同じ条項について、ある人にとっては手続的に非良心的といえるとしても、別の人にとっては、個別の知識、教育レベル等により、非良心的ではないと判断される可能性がある¹²⁹。また、U.C.C. § 2-302 のオフィシャル・コメント 1 が示しているように、この条文の基礎となっている原則は、「抑圧と不公正な不意打ちを防ぐことであり、交渉力の優越によるリスク分配を邪魔する (disturbance) ことではない」¹³⁰。これは、一般的に、交渉力の不均衡が非良心性の判断に影響

しないという意味ではなく、交渉力の不均衡だけでは、非良心的と判断するには不十分であり、交渉力の不均衡が当事者の選択を変えるほど重大なものでなければならぬということの意味すると考えられている¹³¹。

② substantive unconscionability (実体的非良心性)

実体的非良心性は、暴利的な価格等の契約全体の給付の均衡を問題にすることが多く、特に、責任制限条項や免責条項等、救済を制限する条項や、仲裁条項等の救済実現手段を指定する条項が問題となることが多い¹³²。

ただし、学説において、実体的非良心性を正確に定義することは困難とも指摘されており¹³³、代わりに、多くの学説・文献においては、上述のような、非良心的と判断された・あるいはされる可能性がある典型的な契約条項を列挙することが多い。

ほかに、実体的非良心性の一般的な説明としては、非良心性は「抑圧」及び「不当な不意打ち」という「二つの悪 (two evil)」を防ぐための法理であり、前者が実体的非良心性、後者が手続的非良心性に該当するというものや¹³⁴、実体的非良心性の核心部分は、「契約全体または個別の契約条項におけるリスクの配分が商取引上非合理的かまたは予想外に一方的かどうか」である等とするものがある¹³⁵。

また、本稿 II-1 でも述べたエクイティ時代の古い判例における定式も、基本的には現在も通用力があるため¹³⁶、この定式からも実体的非良心性の手掛かりは得られる。すなわち、問題の契約・契約条項が、実体的すなわち内容そのものが非良心的であると認められるには、「非合理的 (reasonable)」だけではなく、「過酷 (harsh)」または「抑圧的 (oppressive)」な性質を有していること、あるいは、「良心に衝撃を与えるほど (shock the conscience)」一方的であることが必要となる。

なお、U.C.C. において、損害賠償制限条項または損害賠償の予定条項に関しては § 2-718、間接的損害の賠償を制限または排除する条項に関しては § 2-719 が一定の規制をしている。特に、§ 2-719 (3) は、「間接損害の賠償は、非良心的とならない限り、制限または排除することができる。一般消費者が購入する商品に関する人身事故における間接損害の制限は、反証がない限り (prima facie) 非良心的であることが推定される。ただし、商取引上の損失である場合には、この限りではない」と規定し、明確に非良心性を基準としている。

さらに、 § 2-316 (4) により、担保責任違反に対する損害賠償を制限する条項について、 § 2-718 及び § 2-719 が準用されている。

(2) 要素分析

①要素分析とは

アメリカでは、70～80年代にかけて、一部の裁判所において、手続的・実体的非良心性を構成する具体的要素を抽出する試みが行われていた。これを、学説は要素分析 (Factor analysis) 等と呼んでいる¹³⁷。この手法は、裁判例において、非良心性法理の適用を検討する際、手続的・実体的非良心性が必要であるとの定式を示した上で、これらの非良心性を構成する要素を列挙する点に特徴がある。要素の数は、裁判例によって異なるが、7ないし10個の要素を列挙するものが多い。

現在、要素分析を採用している判例は見られず¹³⁸、学説においても言及していないものもあるため、検討対象としての重要度は高くはないかもしれない。さらに、学説においては、非良心性の事例一般に見出される要素をただ繰り返すという factor analysis について、必ずしも有用な分析方法であるとはいえないとの指摘¹³⁹もある。しかしながら、要素分析を行った代表的判例をみると、そこで挙げられた非良心性の「要素」は、現在も多くの裁判所が頻繁に言及するものが数多く含まれており、少なくともこれらの裁判所が非良心性について、どのような事情を重視し、どのような法理として捉えているのかを知る上で貴重な資料となるものと思われる。そこで、下記において、この要素分析を採用した代表的判例についてみていく。

なお、要素分析を採用した代表的判例は、下記に紹介する (a)～(d)の判例の他に、C & J Fertilizer, Inc. v. Allied Mut. Ins. Co., 227 N.W.2d 169, 181 (Iowa 1975). を挙げる学説もある¹⁴⁰。

(a) Willie v. Southwestern Bell Telephone Co., 549 P. 2d 903 (Kan. 1976).

(b) Broadway v. Household Fin. Corp. of Huntsville, 351 So. 2d 1373 (Ala. Civ. App. 1977).

(c) Davis v. M.L.G. Corp., 712 P. 2d 985, 991 (Colo. 1986).

(d) Mullan v. Quickie Aircraft Corp., 797 F. 2d 845 850 (10th Cir. 1986).

なお、DiMatteo & Rich は、厳密には「要素分析」の判例というわけではないが、これに類似する判断を行った判例にも言及している。たとえば、Johnson v. Mobil Oil Corp., 415 F. Supp. 264 (E. D. Mich. 1976). において、裁判所は、手続的非良心性は、契約当事者の「真の自発的な意思との一致」に関する要素によって決まるとし、具体的には、「年齢、教育、知性、ビジネス上の見識と経験、相対的な交渉力、誰が当該契約書を起草したか、当該契約条項が弱い当事者に説明されたかどうか、印刷された条項は変更可能だったかどうか、問題の目的物の提供元の代替性の有無」等の項目を挙げている。また、Nasco, Inc. v. Public Storage, Inc., No. 92-12731-RCL, 1995 WL 337072 (D. Mass. 1995). では、裁判所は、「非良心性の主張をする当事者の商取引上の見識、その当事者が弁護士を立てていたかどうか、当該条項はあいまいで細字部分に埋もれていたかどうか、または、逆に、当該条項が、積極的な交渉の対象となっていたかどうか、問題の条項と同種の条項が同様の状況で頻繁に使われているかどうか、当該当事者間の関係は独立的であったか、または準信認関係的（依存的）であったか」等を挙げている。これらについて、DiMatteo & Rich は、「非良心性の事案において、裁判所は、実体的非良心性に関する要素よりも手続的非良心性に関する要素の方を指摘しやすい」ことの現れであると指摘する¹⁴¹。

②要素分析の判例

(a) Willie v. Southwestern Bell Telephone Co.

空調機器の販売・サービス業を営む X は、1974 年 2 月、職業別電話帳（いわゆるイエローページ）を発行する会社 Y との間で、同年 7 月に発行予定の Y の職業別電話帳に広告を掲載する契約を締結した。このとき X が広告に掲載する予定だった電話番号は 2 種類（仮に a、b とする）あった。同年 4 月、X は Y と掲載内容を変更する契約（住所変更、電話番号 b の削除と新たな電話番号 c の追加）を締結した。ところが、同年 7 月発行の職業別電話帳には、住所変更、電話番号 a の削除、電話番号 c の追加がなされ、掲載を望んでいた方の電話番号が削除されてしまった。XY 間の契約には約款があり、Y が過失により誤った内容を掲載したり、削除してしまった場合、Y は広告料金を超える損害の賠償はしないことになっていた。同年 10 月、X は Y が電話番号を削除したことについて、契約違反、不法行為を理由に、逸失利益と代替の広告料合計 \$ 9,990 の損害賠償を請求する訴えを提起した。第一審は、契約責任制限条項の存在を理由に X

の主張を退け、非正式審理判決¹⁴²に移行した。Xは、当事者の交渉力の不均衡、本件契約書の書式、そしてその履行状況を理由に、本件条項は非良心的であると主張した。カンザス州最高裁判所は、非良心性法理について、正確に定義することは難しいとしつつも、判例上、これまで数々の要因、要素を手がかりに、具体的事件への適用可能性を判断してきたと述べ、「10個の要素による基準」を提示した。さらに、裁判所は、本件のような電話会社と職業別電話帳に広告を出そうとする事業者との間には、明白な交渉格差があるとはいえ、これに代わる広告媒体は他にもあるので、職業別電話帳に広告を載せることは公益事業ではないこと、このような責任制限条項に良心を揺るがすほどの不合理性があるとはいえ、損害がどれほどか、あるいは職業別電話帳の広告がどれほど寄与したかも分からないこと等から、一般論として、職業別電話帳広告における責任制限条項が有効であることを確認した。本件では、裁判所は、本件条項が書かれていた態様、場所、書式等の具体的事情によれば、その内容は一方的（不均衡）であるとはいえないこと、Xは経験あるビジネスマンで印刷された書式契約にも瑕疵担保責任条項や責任制限条項にも精通していたこと、職業別電話帳は唯一または独占的な広告媒体ではなく、多くの代替物が存在すること、Yが削除した行為には重大な過失や故意は認められず、単なる過失以上のものはないことを指摘した。以上のことから、裁判所は、本件条項（の内容）とその履行の態様、Xの経験と知識を考慮すれば、本件契約条項はその強制力を否定するほど不平等または非良心的ではないと判示した。

本件で示された「10個の要因による基準（ten-factor test）」は、以下の10項目から成る。すなわち、①当該契約（条項）が経済的地位の優越する当事者によって巧妙に起草され、印刷済みの書式または定型的文書を用いており、それが経済的地位の劣る当事者にとって「受け入れるか、さもなければ契約を諦めるか（take-it-or-leave-it）」という選択しかなく、当該産業で広く使用されていること②著しい価格の不均衡があり、または過剰に高額であること③買主の基本的な権利や損害賠償を否定していること④罰則規定を含んでいること⑤商取引の背景、その目的と実際の効果等の契約履行の状況⑥一方当事者にとって不利な、隠された条項で、長くて細かい細字印刷の中や、契約書にサインをした当事者にとって不明瞭な場所に当該契約（条項）が書かれていたこと⑦素人には理解不可能で、あるいは、条項の持つ潜在的な問題点や、条項が権利を放棄させるものであることに素人が気がつかないような言葉で書かれた条項であること⑧

契約によって課せられる義務と権利の全体的な不均衡があること⑨貧困で (underprivileged)、取引に慣れていない(unsophisticated)、教育のない、または非識字 (文盲) の人に対する搾取があること⑩契約当事者に交渉力または経済力の不均衡があること、である。

本件が列挙した 10 個の要因は、契約締結過程に関する要因 (すなわち、手続的非良心性を示唆する要因) から、契約内容そのものに関する要因 (すなわち、実体的非良心性を示唆する要因) にまで及ぶ。まず、上記①、⑤、⑥、⑦、⑨、⑩が手続的非良心性を示唆する要因であると考えられ、(当該契約 (条項) が標準書式や定型的文言を使用しているかどうか、契約締結時の状況、当該条項が目立たないように書かれていたかどうか、使用された言語は一般人にとって理解可能なものであったかどうか、貧困で (underprivileged)、取引に慣れていない (unsophisticated)、教育のない、または非識字 (文盲) の人に対する搾取があったかどうか、交渉力の不均衡があったかどうか。)、②、③、④、⑧が実体的非良心性を示唆する要因であると考えられる (過剰な価格や、「著しい価格の不均衡」、「基本的な権利や賠償を否定する」に等しい条項、違約金条項、そして契約によって課せられる義務と権利の全体的な不均衡。)

(b) *Broadway v. Household Fin. Corp. of Huntsville*

Y 夫妻は、彼らの娘夫婦が車を購入するために X から融資を受けるにあたり、本件約束手形に共同で署名した。本件約束手形には、Y の娘夫婦が債務不履行に陥った場合に、Y らの私有財産に対する執行は免除されないとする条項 (執行免除を放棄する条項) が含まれていた。Y の娘夫婦が債務不履行に陥ったため、X が Y に対し、残代金の支払いと Y らの財産の執行を求めて訴えを提起した。第 1 審は、本件条項の有効性を認めなかったため、X が巡回控訴裁判所に上訴したところ、本件条項の有効性が認められたため、Y 夫妻が上訴した。本件の争点は、本件免責放棄条項が、非良心的で、強制不可能となるかどうかである。裁判所は、先例 (*Hume v. United States*) から、非良心的な契約とは、「一方で正気ないかなる者も、誤ったのではないなら締結しないし、他方で、いかなる誠実で公正な者も承認しないであろうような契約」と定義されるとした上で、現代の消費者信用に関する法においては、さまざまな非良心性の定義の仕方があると述べた。そして、*Willie v. Southwestern Bell Telephone* 判決による「10 個の要素による基準」を引用し、多くの消費者信用取引においては、これらの

要素のうちの一つや二つは認められるであろうこと、これらの要素は、契約条項そのものや当事者の地位、契約締結時の状況、当事者の相対的な交渉力・経済能力などに関係することなどを指摘した。そして、これらの要素を考慮すれば、絶対的な基準は存在し得ず、各事案はその固有の要素を考慮して判断されなくてはならない、と述べた。本件において考慮されるべき要素として、裁判所は、Y には読んで理解する能力があり、本件条項を読む機会もあったこと、本件手形には署名の前に条項を読むように促す注意書きがあり、条項の言葉は明白で通常の言語を使用しており、特別な説明が必要となるものではなかったこと等を挙げた。そして、これらの要素を考慮すれば、本件条項は非良心的とは言えず、有効であると結論した。

(c) Davis v. M.L.G. Corp.

Y はレンタカー事業を営む X から自動車を借りる契約を締結した。Y は、一日 \$ 4 追加的に支払うことによって、この契約に物理的損害賠償の放棄条項 (physical damage waiver) を付加した。翌日、Y は酒気帯び運転により電信柱に本件レンタカーを衝突させるという事故を起こした。そこで X は、Y の契約違反に基づき、本件事故による損害 (破損した自動車 \$ 6,100 等) の賠償を Y に求め、訴えを提起した。これに対し Y は、本件物理的損害賠償放棄条項の存在を抗弁として主張した。ところが、本件条項には、飲酒運転によって生じた損害の賠償を放棄することは認めないと記載されており、X はこの条項を理由に、Y の主張は認められないと主張した。第一審は、本件条項があいまいで、非良心的であり、かつ、公序に反するとして、X の主張を退けたため、X が控訴した。第二審は、本件条項があいまいでも非良心的でもないとして、第一審を破棄し、差し戻した。これに対してコロラド州最高裁判所は、非良心性が認められるためには、交渉力の不均衡もしくは、意味ある選択の欠如と、一方当事者にとって不合理に有利な内容の条項であることが立証される必要があるとし、さらに具体的な 7 つの判断要素を列挙した。すなわち、①交渉力に不均衡がある当事者によって起草された標準契約であること②契約書に署名する前に、当該契約書を読み、または契約書を熟知する機会が与えられていなかったこと③問題の条項が含まれている部分が細字印刷を使用していたこと④当該条項が商取引上合理的であるか、または、合理的に予期すべきものであったという証拠がないこと⑤当該契約に含まれている条項に、実質的な不公正が含まれていること⑥

合意の要素、不公正な不意打ちや（契約条項について）特に注意を促した等の、当事者の関係性⑦当該取引上の背景、目的、効果等の、契約締結時に関するすべての事情、である。本件において裁判所は、事実審により、（１）Yは衝突事故の責任を免れるために財産的損害賠償放棄条項に追加料金を支払うことを意図していた。（２）車を借りる「通常の」人で、この種の契約に署名する人は、一日\$4の追加料金が、飲酒運転であろうとなかろうと衝突事故（の損害をすべて）をカバーすると考えるものである。（３）Xのレンタル業を担当する代理人は、その顧客が契約書の裏側を読むのを見たことがなかった。（４）契約書の表側に書かれていた他の事項と違って、物理的損害賠償放棄の例外について、Yが特に注意を促されたことはなかった。（５）条項の印刷の色とサイズは、契約書の裏側を読むことをほぼ不可能にしていた。（６）（５）のような書式を用いることによって、Xは、顧客が契約書の裏側を読むことを妨げていた、等の事実が認められるとし、本件財産的損害賠償放棄条項は非良心的であると判示し、原審を破棄し、差し戻した。

(d) Mullan v. Quickie Aircraft Corp.

Xは、自作用飛行機キットを製造・販売している会社Yから購入した自作用キットで製作した飛行機が離陸時に墜落したことによって負傷したため、Yに対し、不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。XY間の契約には免責条項が含まれており、それによれば、XはYに対し、本件自作用キットで作られた飛行機の構造上の完全性や性能、飛行の性質、構造上の欠陥や安全について主張をする権利を一切放棄することになっていた。第一審は、本件免責条項がコロラド州統一商事法典C. R. S. 4-2-302 (U.C.C. § 2-302に相当)に基づき非良心的であるとのXの主張を認めたため、Yが控訴した。第10巡回控訴裁判所は、まず、コロラド州統一商事法典は「非良心性」を定義していないことを確認した上で、本件免責条項が非良心的であるか否かを判断するにはコロラド州のコモン・ローを参照しなければならないと述べた。そして、Davis事件（上記(c)の事件）を引用し、コモン・ローにおける非良心性を判断するためには、交渉力の不均衡あるいは意味ある選択の欠如と、契約条項が一方当事者にとって不合理に有利であること等の、一方当事者の行き過ぎの証拠を示す必要があると述べ、Davis事件が分析した具体的な7つの判断要素を列挙した。さらに、裁判所はこれとは別に、免責条項の有効性の判断に特化した4つの要素も列挙

する。すなわち、①公の義務の存在②提供される当該サービスの本質③当該契約が公正に締結されたかどうか④当事者の意図が明白で曖昧ではない言葉で表現されていたかどうか、である。本件において、X は、サインをする前に契約書を読み、契約書を熟知する機会が失われていたとはいえ、本件免責条項に関する部分に細字印刷は使用されていなかった。そして、本件条項は売買契約の条項そのものから合理的に予想されるべきであったこと、X の飛行機に関する専門性、木工の技術、自家用飛行機が娯楽的な性質であることを X 自身が知っていたこと、彼が売買契約において変更を加えたこと、さらに契約締結時のすべての事情を考慮すれば、本件免責条項は非良心的とはいえないと判示した。

③小括

上記の判例群によると、非良心性の判断に必要な要素につき、次のようにまとめることができる。まず、契約締結過程に関する要素として、(i) 当該契約(条項)が標準書式や定型的文言を使用しているかどうか。(ii) 契約締結時の状況、当該条項が目立たないように書かれていたかどうか。(iii) 使用された言語が一般人にとって理解可能なものであったかどうか。(iv) 「恵まれず、見識がなく、教育がなく、また、文盲の人」に対する搾取があったかどうか。(v) 交渉力の不均衡があったかどうか。(以上、Willie 事件。)(vi) 交渉力に不均衡がある当事者によって起草された標準契約であること。(vii) 契約書に署名する前に、当該契約書を読み、または契約書を熟知する機会が与えられていなかったこと。(viii) 問題の条項が含まれている部分が細字印刷を使用していたこと。(ix) 当該契約に含まれている条項に、実質的な不公正が含まれていること。(x) 当該取引上の背景、目的、効果等の、契約締結時に関するすべての事情。(以上、Davis 事件。)

次に、契約内容に関する要素として、(i) 著しい価格の不均衡があり、または過剰に高額であること。(ii) 買主の基本的な権利や損害賠償を否定していること。(iii) 罰則規定を含んでいること。(ix) 契約によって課せられる義務と権利の全体的な不均衡があること。(以上、Willie 事件。)(x) 合意の要素、不公正な不意打ちや(契約条項について)特に注意を促した等の当事者の関係性(以上、Davis 事件)。

以上は、各判例が提示した規範部分における要素のリストである。これに対して、その具体的な事実への当てはめにおいて改めて指摘された点としては、次のような事情が指摘されている。(i) 本件条項が書かれていた態様、場所、書

式等。(ii) 標準書式契約に精通していたか否か等の当事者の取引経験、知識の有無。(iii) 他の契約者と契約を締結する可能性の有無（代替性の有無）。（以上、Willie 事件）。(ix) 契約書を読んで理解する能力の有無。(x) 当該契約を締結するにあたって契約書を読む機会が与えられていたかどうか。(xi) 契約条項が書かれていた状態。（以上、Broadway 事件）。(xii) 契約書を読む機会が与えられていたかどうか（あるいは相手方が読んだことを確認したかどうか）。(xiii) 当該条項について特別な注意を促したかどうか。(ix) 条項の印刷、色。（以上、Davis 事件）。(x) 契約書を読む機会が与えられていたかどうか。(xii) 条項の印刷（細字印刷であったかどうか）。（以上、Mullan 事件。）

上述の一連の判例は、いずれも、ある契約（条項）が非良心的と判断されるために必要な要素をリストアップし、このリストを当該事案に当てはめるといふ手法を用いている。もっとも、実際の当てはめの段階において、いずれの判例も、リストアップされた全項目を一つずつ事実にて当てはめているわけではなく、リストアップした項目の一部分のみが実際の事実にて当てはめられているように読めるものも少なくない。結局、判決文の一般論の部分として factor analysis（要素の分析）は行ってはいるものの、どの具体的事実がどの factor に該当するのか、結論として非良心的であると判断される決め手となったのはどの要素なのか、あるいは複数の factors に該当することをもって全体として非良心的と判断されたのか、明らかではないように思われる¹⁴³。このように、要素分析は、その運用方法につき不明確な部分も多いことに留意が必要であろう。

4. 手続的非良心性と実体的非良心性の関係

(1) 一般論—二つの非良心性は必ず必要である

判例・学説は、非良心性の判断には、手続的・実体的という二つの非良心性の両方が必ず必要であるとの立場で一致している。すなわち、「原則」として、「両方」が揃ってはじめて、非良心的といえるという点が強調される¹⁴⁴。

さらに、これら二つの非良心性には、優劣などはなく、それぞれが十分に示される必要がある。

このような立場が明確に現れている典型的な判例として、Patterson v. Walker-Thomas Furniture Co., Inc, 277 A. 2d 111, 9 U.C.C. 27 (D. C. App. 1971).（以

下、Patterson 判決とする。)を挙げることができる。

Patterson v. Walker-Thomas Furniture Co., Inc, 277 A. 2d 111, 9 U.C.C. 27 (D. C. App. 1971).

Y は、X からテレビ等の家具 (合計 \$ 597.25) を、3 回の分割払いで購入する契約を締結した。Y は代金の一部を支払った後、債務不履行に陥ったため、X が残代金の支払いを求めて訴えを提起した。Y は、本件契約の価格は著しく過大であって、本件契約はワシントン D. C.州法セクション 28:2-302 (U.C.C. § 2-302 に相当) に基づき非良心的であると主張した。

同裁判所は、William v. Walker-Thomas Furniture Co.事件に依拠し、契約 (条項) が非良心的であると認められるためには、「意味ある選択の欠如」に加え、「一方当事者に不合理に有利」であることが必要であると述べた。そして、価格 [が実際の価値よりも著しく高いこと] は、非良心性の主張を肯定しうる要素の一つにすぎず、それだけで契約 (条項) の合理性を判断することはできないとした。さらに、「意味ある選択の欠如」と「一方当事者に不合理に有利」という二つの要素は、商人 (事業者) の価格決定基準を明らかにする以前に、いくつかの具体的な事実によって詳しく分析されるべきである、と述べた。

本件では、Y の主張は価格が高額すぎて不適切であることだけであり、この主張についても立証されていないため、本件契約は非良心的であるとは認められない、と判示した。

本件は、過剰に高額に設定された価格条項の非良心性が争われた場合、その価格が高額であるという実体的非良心性のみでは、非良心的とは判断されないことを示した判例であると評価できる。そして、本件は、本件では示されていないとされた手続的非良心性を意味する「意味ある選択の欠如」について、実体的非良心性と同様に「詳しく分析されるべき」との趣旨が判示しており、手続的・実体的非良心性は相当明確に示される必要があることが示唆されている。

このように、Patterson 判決は、価格条項に関する事案であるという事案の特殊性があるものの、実体的非良心性のみでは契約 (条項) が非良心的であると判断できないというルールを厳格に適用したものとみることができる。

ところが、現在の判例・多数説は、本件のような、実体的非良心性のみでは

非良心性と判断されないというルールは、必ずしも絶対のものとは考えていない。すなわち、Patterson 判決は、非良心性の本来の判断方法であることに間違いはないが、しかし、実際には多くの判例が Patterson 判決のような厳格な判断方法を緩和する傾向にあり、学説もまたこれを認めている。

この緩和方法は大きく 2 種類に分けることができる。第 1 に、スライディング・スケール、もしくはbalancing・アプローチと呼ばれる手法、第 2 に、実体的（あるいは手続的）非良心性のみによる非良心性の適用である。

(2) Balancing・アプローチ (balancing approach)

① Balancing・アプローチ (スライディング・スケール) とは

Balancing・アプローチとは、一般的に、手続・実体的という 2 種類の非良心性の関係について、どちらか一方が圧倒的ならば、もう一方は軽微なもので足りるとする技法であると説明される¹⁴⁵。要するに、ある契約または契約条項が非良心的であると判断されるためには、手続的・実体的という 2 種類の非良心性を合わせて 100 となれば良いと考えるのである。たとえば、WHITE & SUMMERS による、「98%の実体的非良心性の場合、2%の手続的非良心性が必要となり、その逆も然りである。」との表現等が、その典型である¹⁴⁶。この White & Summers による表現にあるように、理論的には、より大きい非良心性は、手続的・実体的のどちらであっても良い。ただし、実際には、Balancing・アプローチは、実体的非良心性が圧倒的ならば手続的非良心性は軽微なもので足りるとする判断を導くために利用されることが多い¹⁴⁷。

Balancing・アプローチの実際の運用例を示す代表的な裁判例としては、下記の事件を挙げるることができる。

- (a) Funding Systems Leasing Corporation v. King Louie International Inc., 597 S. W. 2d 624 (Mo. Ct. App. 1979)
- (b) Tacoma Boatbuilding, Inc. v. Delta Fishing Co., 1980 WL 98403, 28 U.C.C. 26, 37 n. 20 (W. D. Wash. 1980)
- (c) Carboni v. Arrospide (1991) 2 Cal. App. 4th 76, 83 [2 Cal. Rptr. 2d 845].
- (d) Ilkhchooyi v. Robert T. Best, 45 Cal. Rptr. 2d 766 (Cal. Ct. App. 1995).
- (e) A & M Produce Co. v. FMC Corp., 135 Cal.App.3d 473 (1982).
- (f) Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc., 6 P.3d 669, 24 Cal.4th 83 (2000).

(g) *Sitogum Holdings v. Ropes*, 800 A. 2d 915 (N. J. Super. 2002).

次に、バランシング・アプローチの実際の運用例を、代表的とされる裁判例でみていくことにする。

② 判例

(a) *Funding Systems Leasing Corporation v. King Louie International Inc.*

ラジオ局を所有する会社である Y は、ラジオ局を機械化して人件費を節約するため、A から機材を借りる契約を締結した。その内容は、リース期間 60 ヶ月、月々の支払いは \$ 1097.91 で、リース期間終了後、1 ドルで本件機材を買うことができる、というものであった。もっとも、この契約では Y は X (A が契約しているフィナンシャル・ブローカーの子会社の一つ) に対してリース料の支払いをすることになっていた。また、この契約には X の全責任を免除する条項が含まれていた。ところが、本件機材に瑕疵があることが判明し、予定された機能を果たさなかったため、X は A に修理を要請し、A はこれに応じたものの、改善されなかった。そこで Y がリース料の支払いをやめたところ、X が Y に対し、未払いのリース料等を求め、本件訴訟を提起した。これに対し Y は、不実表示、担保責任違反、契約無効を主張し、損害賠償を請求するとともに、A に対しても同様の主張をし、損害賠償を請求した。第一審は、X の Y に対する約 \$ 63,000 の損害賠償請求と、Y の A に対する約 \$ 23,000 の損害賠償請求を認めた。Y は控訴し、本件契約における X の全責任を免除する条項が、U.C.C. 2-302 条により非良心的である等の主張をした。

裁判所は、まず、U.C.C. 自体は非良心性を定義しておらず、手続的、実体的非良心性に分ける分析法が広く浸透し受け入れられているとした上で、次のように述べた。すなわち、実体的非良心性とは、契約条項そのものの不当な過酷さを意味し、手続的非良心性とは、契約締結過程に関する要素で、当事者への強い圧迫、契約書の細字部分、不実表示 (に近い事情)、もしくは契約地位の不均衡などに注目する。そして、一般的に、契約 (条項) が無効になるために、これら二つは両方揃わなければならないとされている。もっとも、実際に適用する際には、これら二つのバランスにより、手続面に重大な非良心性が認められる場合には、実体面における非良心性はさほど要求されず、実体面に重要な

非良心性が認められる場合もまた、同様の「スライディング・スケール」により軽微な手続的非良心性で足りる。さらに裁判所は、本件と同様に担保責任の排除条項が問題になった判例を引用し、非良心性の主張が認められるには、すべての担保責任が排除されている必要があると述べた。

この点、本件では責任を（X は負わなくても）A が負っているので、本件条項が実体的に非良心的であるとはいえないと判示した。そして、本件免責条項は、目立つように書かれており、明瞭で、その他不意打ちに当たる事情は認められない。また、経済的抑圧に当たる事情も認められず、Y は、数百万ドル企業で株式を公開しており、経験と見識の備わった弁護士を通じて長年にわたり本件契約を締結していたことなどから、交渉地位の不均衡も認められないとし、手続的にも非良心的ではないと判示した。さらに、裁判所は、「たとえ、本件において実体的非良心性の要素が示されたとしても（本裁判所は示されていないと考えるが）、Y は、手続的非良心性を全く示していない」ため、スライディング・スケールを用いてすべての要素を考慮したとしても、本件条項を無効にするほどの不公正は認められない、と判示した。もともと、Y の A に対する損害賠償請求額については、約 \$ 86,000 まで認めるとした。

(b) Tacoma Boatbuilding, Inc. v. Delta Fishing Co.

X は Y (The Greek Fishing Companies: 世界規模でマグロ漁を展開する企業) に対し 4 艘のマグロ漁用の大型船を製造、売却した。本件大型船の製造にあたり、X は、ギア抑制装置 (reduction gear units) と主要プロペラエンジンを General Electric Company (GE とする) から購入しており、さらに、GE はこのギア抑制装置を Western Gear Corporation (WG とする) から購入していた。ところが、本件大型船に構造上の問題が見つかったため、Y は本件大型船の代金の支払いを控えたところ、X は Y に未払い代金の支払いを求めて訴えを提起した。Y は X に対し反訴として船に瑕疵があることを主張し、GE と WG に対し交差請求 (cross-claim) として担保責任と部品についての無過失責任もしくは不法行為責任の追及を主張し、船の修理費、船が使用不可能だった間の逸失利益等の損害賠償を請求した。GE と WG は、その部品供給契約の標準書式条項に、担保責任排除条項 (商品に関する黙示の担保責任や特定目的への適合性の担保責任を免責する条項) と間接的損害賠償制限条項 (修理または交換費用の賠償に限られ、その額にも制限がある条項) が含まれているため、Y の請求は認められないと

主張した。これに対し Y は、本件担保責任排除条項と間接的損害賠償制限条項が非良心的で、強制力を持たないと主張した。

裁判所は、まず、U.C.C. とそのオフィシャル・コメントに従い、「抑圧」と「不公正な不意打ち」という要素をそれぞれ実体的非良心性、手続的非良心性の分析要素として採用し、本件条項が非良心的であるか否かの判断基準とすると述べる。そして、注において、「手続的非良心性と実体的非良心性の分析は、完全な二分法ではなく、スライディング・スケールである。条項が過酷であれば、非良心性を認定するために要求される“交渉における瑕疵 bargaining naughtiness”は小さくても良い」と述べた。

本件において裁判所は、GE、WG の順に本件条項が非良心的か否かを検討し、次のように述べた。まず、GE との関係においては、損害賠償が完全に免除されているわけではなく、制限されているにすぎず、このような条項は商取引の世界におけるリスク配分として合理的であるから、実体的非良心性は認められない。そして、本件における交渉過程、取引態様、本件以前の取引状況、本件条項の明瞭さ、誠実義務違反の有無等の具体的事情を総合考慮すれば、手続的非良心性も認められない。次に、WG との関係においては、まず、WG が直接契約を締結したのは GE だけであって、Y と X とともに直接的には契約関係にはない。そして、条項の内容や WG との交渉時の具体的状況等から、その条項が「典型的な」形式の担保責任免除・間接損害排除条項であるといえ、非良心性に該当する事実は見当たらないと判示した。

(c) Carboni v. Arrospide

Y の息子が Y の代理人として、X のために \$ 4000 の手形と Y の不動産に抵当権の設定をする契約サインをした。この手形の支払期限は 3 ヶ月後で、利率は 200%であった。X は Y に対し支払期限後も貸付を行い、最終的に元本は \$ 99,346 にまで膨れ上がり、利息は合計 \$ 390,000 に達した。Y が支払い不能に陥ったため、X が担保実行手続開始と、未払い代金を求めて訴えを提起した。第一審は、担保実行を認めたが、利率 200%は公序に反するため 24%に引き下げるべきであるとした。これに対し X が控訴し、本件利率がカルフォルニア州民法 1670.5 条 (U.C.C. § 2-302 に相当) の非良心性に当たるか否かが争われた。

裁判所は、まず、ある契約 (条項) が、非良心的であると判断するには、手続的非良心性と実体的非良心性が認められなければならないとした。そして、

手続的非良心性は、意味ある選択の欠如の場合に認められ、i) 抑圧、すなわち交渉力の不均衡、または ii) 不意打ち、すなわち問題の条項が契約の中に隠されていたことによって立証されるとし、実体的非良心性は、契約締結時の状況下では正当化されえないほど著しく過酷なリスクまたは費用の分配の場合に認められるとした。もっとも、2つの要素は「スライディング・スケールの関係」で考慮されると述べた。

裁判所は、本件の具体的な事実について実体的非良心性から検討した。それによれば、本件の200%の利子率は、市場における同様の借金の利子率のおよそ10倍に相当することなどから、本件利子率は、契約締結時の状況下では正当化され得ないほど著しく過酷であるということができ、実体的非良心性が認められると判示した。そして、手続的非良心性に関しては、契約締結時、Yの息子は両親の医療費を支払うために資金を調達しようとする感情的に追い詰められて(emotional distress) いたこと、さらに、X以外の貸主から借金をしようとして上手くいかなかったため、Xから借金をするほかなかったことが認められるため、i)の交渉力に不均衡があったといえ、その結果Xは「契約に入るか入らないか take-it-or-leave-it」の条件をYに提示することができた、とした。したがって、意味ある選択が欠如していたといえ、手続的非良心性も認められるとした。また、たとえ本件において手続的非良心性が微弱であったとしても、実体的非良心性が著しいため、実体的非良心性の説得力ある証拠が、手続的非良心性の弱い証拠を克服する、とした。以上より、裁判所は、本件利子率は非良心的であると判示した。

(d) Ilkhchooyi v. Robert T. Best

Xは、Yから土地を賃借してクリーニング業を営んでいた。XはAにそのクリーニングの事業を\$40,000で売却し、本件土地を転貸する契約を締結しようとした。ところが、土地の賃貸人たるYが、本件土地を転貸するときは事業売却代金の一部(75%)をYに支払うこととするXY間の賃貸借契約の条項(本件転貸借条項)に基づき、\$40,000の75%に当たる\$30,000を支払わない限り、転貸借に反対すると主張した。Xがこれを拒否したところ、AはYの介入を理由に売却代金を引き下げ、最終的に、XA間の契約は不成立に終わった。そこで、XがYに対し、宣言的救済(declaratory relief)を求め、不動産賃貸借契約違反、契約における誠実かつ公正な取り扱い(good faith and fair dealing)違反、契約関

係への故意の介入等を主張し、訴えを提起した。第一審は、本件転貸借条項が非良心的であるとし、Xの通常損害賠償と懲罰的損害賠償の請求を認めたので、Yが控訴した。争点は、本件転貸借条項が、カルフォルニア州民法1670.5条(U.C.C. § 2-302に相当)に該当し、非良心的であるといえるかどうかである。

裁判所は、当該契約(条項)が非良心的であると判断するためには、手続的非良心性、実体的非良心性が認められなければならない、それぞれ、意味ある選択の欠如と、不合理に一方当事者に有利であることを指すとした。そして、前者は、i) 抑圧、すなわち交渉力の不均衡、ii) 不意打ち、すなわち問題の条項が契約の中に隠されていたことという2点によって立証され、後者は、正当化できないほど一方的で、「取引のリスクを客観的に不合理もしくは予期できない方法で再分配する」ような内容を指すとした。

本件では、本件条項について交渉不可能であったことなどから手続的非良心性が認められるとしながらも、手続的な瑕疵だけでは、商取引において非良心性を認めることはできないことを強調した。もっとも、手続的非良心性と実体的非良心性の関係については、Carboni事件(上記(c)事件)より、スライディング・スケールの関係で考慮されるとした。そして、本件において最も問題となるのは実体的非良心性の有無である、と述べた。この点、裁判所は、本件条項によって、Yが事業の売却代金の一部の支払いを求めることは行き過ぎであり、契約自由の原則の名を借りて、賃貸人が賃借人を搾取するようなことは許されない等の理由から、非良心的であると認めるに足りる実体的証拠が揃っていると述べ、Xの主張を認めた。

(e) A & M Produce Co. v. FMC Corp.

農業を営む小規模の会社である原告は、1973年末頃、トマトの栽培を行ったところ、出荷には収穫物の重量を計量しなければならなかったため、農作物の計量機(weight-sizer)が必要になった。そこで、原告は、訴外会社から計量機の購入を検討したが、計量機の他に瞬間冷却機(hydrocooler)が必要であると説明され、提示された金額が高額であったことから、契約締結を諦めた。その後、原告は、1974年1月に被告会社の営業担当者に面会したところ、同社の計量機の場合、併せて瞬間冷却機を購入する必要はないと説明されたため、原告は、瞬間冷却機購入費用が不要になり、設備投資全体にかかる費用が通常より低い金額で済むと考え、被告会社から計量機を購入する契約を締結した。原告は被

告に対し、手付金 5,000 ドルとともに購入申込書を送り、その後、被告から手紙で送信された契約書式を受け取った。同書式には、原告が購入した機械及び関連部品の一覧が空欄に印字され、また、添付された発注書にも同様の一覧が手書きで記されており、購入金額は 32041.80 ドルとされていた。原告は同契約書に署名し、5680.60 ドルを分割払いの頭金として手形で支払ったが、本件において、原告は残りの代金 21,368.20 ドルを機械の引渡し日に支払わなかった。同年 4 月、被告は本件機械を原告の元へ届け、設置した。ところが、同年 5 月、原告が本件機械を使用したところ、本件機械のベルトコンベアの手前でトマトが山積みになって溢れ出し、溢れ出したトマトが再び機械で処理される過程で、トマトに傷がついた。さらに、トマトを瞬間冷却機で冷却していなかったため、傷んだ箇所に発生した菌が蔓延し、トマト全体に広がった。原告は、被告の担当者を呼んで対処に当たさせたが、うまくいかず、代替りの機械の購入の目処も立たなかった。同年 6 月 17 日、原告は、出荷したトマトから十分な利益を得られず、収支が合わなくなったため、閉業した。原告は、被告に本件機械を返却するとともに、被告から原告へ支払い済みの頭金の返還及び原告が支出した運送費用の賠償を請求した。被告はこれを拒否し、原告に対して本件機械の購入金額の残金の支払いを請求した。原告は、本件契約には明示または黙示の保証条項があるとして、上記の損害賠償請求をしたが、本件契約には保証条項の排除 (disclaimer of warranty) があったため、被告はこの請求を拒否し、原告は本件保証条項の排除の有効性を争った。

第一審裁判所は、本件保証条項の排除は非良心的であると判断し、本件控訴審裁判所もこの判断を支持した。

本件控訴審裁判所は、非良心性について、次のように解釈している。まず、非良心性には、手続的非良心性が必要であり、これは「抑圧」と「不意打ち」という二つの要素からなるとする。そして、前者につき、「『意味ある選択の欠如』による交渉力不均衡から生じる」とし¹⁴⁸、後者につき、「契約条項に対する推定される合意が、争いとなっている条項の強制力を求める当事者によって起草されたあらかじめ印刷された長い書式の中に隠されていること」がこれに該当するとする¹⁴⁹。さらに、「特に、書式契約は、交渉力の優越する当事者によって起草される。」とした上で、「もちろん、契約が非起草当事者によって条項が読まれなかったこと、理解されなかったこと、または起草当事者が交渉力の優越的地位を占めていることのみでは、裁判所が当該契約の強制力を否定するこ

とを正当化できない。契約当事者間で積極的に交渉されなかった契約条項は、真実の合意を構成する『合意の総体 (circle of assent)』から除かれるとも考えられるが¹⁵⁰、商取引の実務によれば、交渉されていない契約条項は、それらがく実体的にも>非良心的であるときに限り、強制力を否定される¹⁵¹。」とする。

このように、交渉力不均衡に起因する抑圧に代表される手続的非良心性のみならず、実体的非良心性も必要であることを述べている。実体的非良心性は、「正確な定義は与えられえない」とした上で、「判例は、『著しく過酷 (overly-harsh)』や『一方的 (one-sided)』といった言葉で表現してきた」とする¹⁵²。他方で、一部学説によると、「非良心性は『一方的』ということだけでなく、一方的であることにつき「正当性」が欠如していることが必要である。」とし、これは、契約締結時に実体的に非良心的であったことが必要であることを意味するという。そして、「契約は、多くの場合当事者間のリスクの分配の問題であり、したがって、契約が客観的に見て非合理的で予期せぬ方法により当事者のリスクを再分配する場合には、当該契約条項は実質的に疑わしいものとなる」¹⁵³が、しかし、「すべての非合理的なリスク再分配が非良心的となるわけではない。むしろ、契約条項の強制は手続的非良心性に結び付けられ、不公正な不意打ちまたは交渉力不均衡が大きければ大きいほど、不合理なリスク再分配の許容範囲は狭くなる。」という。つまり、不公正な不意打ちや交渉力不均衡に代表される手続的非良心性が大きければ大きいほど、実体的非良心性（判例の言葉によると「非合理的または予期せぬ方法によるリスク分配」とも表現できる。）の許容範囲は小さくなる¹⁵⁴と述べている¹⁵⁵。

結論として、裁判所は、本件保証条項の排除につき、手続的、実体的非良心性の順に検討を行い、上記のbalancing・アプローチを適用することなく、それぞれにつき十分な証拠が認められるとして、その強制力が否定されると判示した。

なお、本判決の判旨のうち、実体的非良心性を表す「非合理性」という要素については、後続の判例¹⁵⁶において、主観的であるために採用できないとされ、代わりに、契約条項があまりに一方的であり「良心に衝撃を与える (shock the conscience)」ことを指すとされ、現在この解釈がカリフォルニア州法の通説となっている¹⁵⁷。

(f) *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*

事実は次の通りである。被告企業から解雇された原告労働者ら（女性）が、解雇の理由はセクシャル・ハラスメントもしくは性差別に基づくものであるとして、企業に対して不服を申し立てたところ、原告らと被告との間で締結された雇用契約において、解雇に関する紛争はすべて仲裁で行うこと、及び、仲裁の結果労働者が得られる損害賠償額は、解雇されたときから仲裁の裁定がなされた時までの期間に受け取るはずだった賃金相当額に限られることを規定する条項が含まれていたため、被告はこの仲裁条項に基づき仲裁手続に移行するものと主張した。第 1 審裁判所は、本件仲裁条項は非良心的であるとして、被告の仲裁手続の強制の主張を排斥した。これに対して、控訴審裁判所は、損害賠償額の制限条項については非良心的であると認めたものの、これを除く仲裁条項の残りの部分は強制力があるとしたため、原告が上訴した、本判決に至った。

本判決は、非良心性の解釈として、次のように述べている。まず、*A & M Produce Co. v. FMC Corp.*, 135 Cal.App.3d 473 (1982). を引用し、非良心性には手続的・実体的という二つの非良心性が必要であり、前者は交渉力不均衡に起因する「抑圧」または「不意打ち」を、後者は「あまりにも過酷」または「一方的」な結果を生じることを指す。そして、*Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal.App.4th at p. 1533, 60 Cal.Rptr.2d 138. を引用し、「[非良心性に関して] 広く受け入れられている見解は、裁判所がその裁量権を行使して契約または契約条項につき非良心性法理に基づき強制力を否定するためには、[手続的及び実体的非良心性は] 両方とも示されなければならないというものである。」とした上で、「しかしながら、これら [二つの非良心性] は同じ程度示される必要はない。『一方で実体的な契約条項そのものが過酷または非合理的であり、契約条項を作り出した契約締結の手続上の過程の規律を無視する場合には、スライディング・スケールが生じる。』¹⁵⁸ 言い換えれば、契約条項が実体的に抑圧的であればあるほど、要求される手続的非良心性の証拠は少なくなり、結論として当該契約条項は強制不可能となる。逆もまた然りである。」とする。

ただし、本件において裁判所は、上記のようなバランスング・アプローチを本件の具体的事実に適用せず、さらに、厳密には手続的・実体的非良心性を明確に分けた検討を行わずに、*Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal.App.4th 1519 (1997) に依拠し、本件仲裁条項が附合契約であること、仲裁手続に付されるのは労働者側からの主張のみで、雇用者側には仲裁手続の強制がされず、双務性

(mutuality) を欠くこと等から、本件仲裁条項が非良心的であると判示した。

(g) Sitogum Holdings v. Ropes.

X は 81 歳の女性であり、彼女とその夫は建物 I (ニュージャージー州の臨海地区所在) と建物 II (ケイマン諸島所在の冬用別荘) を所有していた。二つのうち、建物 I が X 夫妻の主要な住居であった。2001 年 1 月 3 日、X の夫がケイマン諸島で死亡した。X は、夫死亡直後の同年 1 月 13 日以降、代理人を通じて、短期間に建物 I に関する二つの矛盾する取引を行った。まず、X は代理人 A を通じ、Y との間で建物 I のオプション契約を締結した。この契約によれば、Y は、8 ヶ月以内に月々 \$ 1,000 で合計 \$ 800,000 を支払うことにより、建物 I の購入するになっていた。ところが、同年 2 月、建物価格の見積もりにより、建物 I は、\$ 1,500,000 ~ \$ 1,750,000 の価値があることが判明した。一方、Y はこのことが判明したのと同時期の 2 月 28 日頃には 6 か月分 (\$ 600,000) の支払いを済ませたと主張している。X は別の代理人を通じ、建物 I を別の買主に \$ 1,500,000 で売却する契約を締結したところ、同年 4 月 28 日、このことを知った Y が購入オプションを行使した。これに対し X は、Y に建物 I を譲渡しないことを知らせたため、同年 5 月 19 日、Y はオプションの合意に基づく特定履行を求めて訴えを提起した。これに対して X が非正式事実審理を求めた。

裁判所は、アメリカ法において、非良心性法理が確立された過程 (歴史) に言及した上で、学説上、非良心性法理やそれを規定する U.C.C. § 2-302 や第二次契約法リステイトメント 208 条の定義があいまいで不明瞭であるとみなされてきたことを認めつつも、次のことを指摘する。すなわち、「ケース・バイ・ケースによってこの法理を定義することの危険性は、抑制と首尾一貫性を失う可能性があることである。他方、メリットは、過去と現在の裁判官たちの経験と比較しながら、それぞれのケースの特定の状況によってこの法理が適用されることである。そして、これこそが、コモン・ローの生命線なのである」。そして、Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. 事件以後、手続的非良心性と実体的非良心性に分ける分析方法が定着し、多くの裁判所は両方の要素が十分に示されることを要求している、と述べる。もっとも、上記 Funding 事件や Tacoma 事件のように、一部の裁判所は、実体的非良心性の立証のみで十分であるとすることを指摘するものの、それ以外の裁判所は、二つの非良心性は同じように作用するのではなく、「スライディング・スケール」によって一緒に作用するという立場

を採っているという。また、裁判所は、本件に特に先例となりうる判例から、「法外な値段」だけでなく、「争いに巻き込まれた当事者のタイプ」（例えば、経済的に逼迫した人である等）についての証拠と、当該契約が「一方的に決められ」、「交渉の機会がなかった」ことについての証拠も示さなければならないと判示した。

本件について、裁判所は、X が経済的弱者でも文盲でも教育がないわけでもないことを認定しながらも、本件における一連の事柄は X の夫の死亡直後に起きていることから、X は不公正な取引における弱い当事者であったと判断した。そして、X は建物 I の売却に直接関わったわけではなく、代理人 A を通じて関わったのであり、複数の代理権が同時に行使されていることから、本件取引が変則的 (irregular) であったとした。さらに、Y が弁護士団の助力を得ていたのに対し、X も A も弁護士からの援助を受けていなかったことを指摘し、本件取引は異常 (unusual) であり、有意義な助言者 (弁護士) もいない状態で締結されたと述べた。これらの事情から、裁判所は、十分な手続的非良心性に関する証拠が示されていると判示した。そして、実体的非良心性についても、主に、本件契約の価格が、実際の価値の半分以下であったことから、十分な証拠が示されているとした。以上により、本件契約は非良心的であると判断された。

③小括

判例や学説におけるbalancing・アプローチもしくはsliding・スケールの一般的な説明は、実体的非良心性が圧倒的な場合に手続的非良心性は小さくても良いとするもの、逆に、手続的非良心性が大きければ大きいほど実体的非良心性の許容範囲は狭くなるもの (A & M Produce Co. v. FMC Corp., 135 Cal.App.3d 473 (1982) 及びこれを踏襲するカリフォルニア州の判例における非良心性の解釈がこれに該当する。)、どちらかの場合を述べた場合に「逆も然り」とするもの、さまざまである¹⁵⁹。このことから、同手法は、手続的・実体的非良心性のどちらかを偏重する趣旨ではなく、二つの非良心性は原則として両方揃わなければならないことを表現したにすぎないとも考えられる。しかしながら、文献や判旨における実際の説明を詳細に見てみると、いずれも手続的非良心性に対する配慮が共通して存在するように思われる。例えば、実体的非良心性が圧倒的な場合に手続的非良心性は小さくても良いというbalancing・アプローチの場合、契約内容自体は、その強制力を否定されうるほどに不

公正であるが、契約締結過程には問題があると明言しにくい場合に用いられる説明である。また、手続的非良心性が大きければ大きいほど実体的非良心性の許容範囲は狭くなるというbalancing・アプローチの場合、契約内容自体について不公正であると明言しにくい場合に用いられる説明であり、さらに、この説明に基づく解釈において、そもそも手続的非良心性がなければ実体的非良心性の検討を行わないものも存在する。

このように、balancing・アプローチは、手続的非良心性及び実体的非良心性が両方揃わねばならないという原則を徹底させるために発展した解釈であり、さらには、手続的非良心性は、程度を調整してでも必ず認定しようという配慮の表れと考えられる。

(3) 実体的非良心性のみによる非良心性法理の適用

非良心性に関する論考や契約法の概説書における非良心性の記述において、最近の非良心性法理の運用方法の特徴として必ず指摘されているのが、実体的非良心性のみによって非良心的であるとの判断がなされた判例・裁判例の存在である。これは、手続的・実体的という2種類の非良心性が揃わなければ、契約(条項)が非良心的であるとの判断はできないとする通説的立場に対する「例外」として位置付けられる。ただし、実際の判例では、実体的非良心性が著しい場合には、手続的非良心性は軽微なもので足りるとするものが多い。以下において、その典型的な判例について詳述する。

① **American Home Improvement v. MacIver (1964)**¹⁶⁰

Yは、Xとの間で、Yの自宅に窓、ドア、側壁のコーティング等を\$1,759で取り付ける割賦契約を締結した。この割賦契約の月々の弁済額は、利息、保険料を含め\$42.81であり、返済期間は60ヶ月とされた。これにより、Yは合計\$2,569を支払うこととなり、これは、元本を\$810上回る額であった。契約書には利率や累積利息やYが負担するその他の費用等についての情報開示がされていなかった。XがYに対し、未払い代金を求めて訴えを提起したところ、Yは、Xが情報開示を規律する州法に基づき、本件の割賦契約を締結する際、利率等の情報開示を怠ったことを理由に、Xの請求を棄却することを求めた。

裁判所は、まず、上記の情報開示を規律する州法に対する違反を理由に、X

の損害賠償請求を否定すると判示した。さらに、裁判所は、これとは「別に、あるいは独立に」、U.C.C. §2-302 条の非良心性を理由に、本件契約は強制不可能であると判示した。すなわち、「Y らは、本件契約の下でほとんど、あるいは全く価値がなかった商品、サービスに \$ 1,609 も支払っていることから、本件契約は、非良心性法理の適用により、強制されるべきではない」。裁判所は、契約締結過程または契約地位の要素について全く言及していないため、本判決は実体的要素のみで非良心性を認定した判決であるとされている。

② *Toker v. Westerman* (1970)¹⁶¹

Y は、A から割賦販売契約により冷蔵庫を購入した。この冷蔵庫本体の価格は \$ 899.98 であり、売上税や保険金等を合わせると \$ 1,229.76 であった。本件契約において Y は、36 ヶ月間月々 \$ 34.16 を支払うことになっていた。その後、Y は、未払い残高が \$ 573.89 になったところで、本件冷蔵庫の価格が著しく過大であるため、ニュージャージー州法典 12A 編 2-302 条(U.C.C. § 2-302 に相当)に基づき、本件契約は非良心的で強制不可能であると主張し、以後の支払いを拒否した。そこで A から売買代金債権を譲渡された X が残代金の支払いを求めて訴えを提起した。

裁判所は、まず、U.C.C.は非良心性を定義していないことを指摘した上で、U.C.C. § 2-302 を、買主が取引の結果について後になって不利だと考えて回避することを許すような、操作可能な道具 (manipulative tool) として使ってはならないと述べた。そして、本件売買契約の目的物の価格は、合理的な小売価格のおよそ 2.5 倍であることから、この価格が裁判所に衝撃を与え、その結果非良心的であると言える十分であるとした。さらに、本件契約は訪問販売であったこと、Y は代金支払いの間福祉援助が必要だったこと、これまでのいくつかの判例から、著しく過剰な販売価格がニュージャージー州法典 12A 編 2-302 条の規制対象となり、販売価格のみを理由に非良心的であると認めうることなどを挙げて、本件契約価格は非良心的であって、残代金の支払いを強制することはできないと判示した。

③ *Brower v. Gateway 2000, Inc.* (1998)¹⁶²

X らは Y から電話等を通じてコンピューターを購入し、Y は X らに商品と一緒に「標準条項と合意の条件 (Standard Terms and Conditions Agreement)」と題さ

れた書式を送付した。それによると、買主が 30 日以内に返品しない場合、当事者はこれらの条項に拘束されることになっていた。さらに、紛争が生じた際はすべて仲裁によって解決されることが定められており、その仲裁は国際商工会議所 (International Chamber of Commerce; ICC) のルールに従うとされていた。X らと Y の間に紛争が生じたため、Y が本件仲裁条項を援用したところ、X らは、本件仲裁条項が U.C.C. § 2-302 に違反し無効であると主張して、クラス・アクション訴訟を提起した。

裁判所は、まず先例 から、ニューヨーク州法の下では、非良心性の主張をするには、「契約締結時に、当該契約が手続的にも実体的にも非良心的であること」を示すことが必要であるとし、この二つの要件は「一方当事者の意味ある選択の欠如」と「他方当事者にとって不合理に有利であること」を指すという。もっとも、この法理の目的は、当事者間の不平等を是正することではなく、単に、より有利な当事者は著しく抑圧的な条項をもって他方当事者を「不意打ち」してはならないことを確認するものである、と述べた。そして、手続的要素としては、裁判所は契約締結の背景、非良心性の主張をする当事者の経験や教育の程度、契約書が「細字印刷」を含んでいるかどうか、売主が「高圧的な手段」を用いていたかどうか、そして当事者間の交渉力に不均衡があったかどうか等の要素を考慮に入れ、当該契約締結過程において一方当事者の意味ある選択が欠如していたかどうかによって判断すると述べた。

裁判所は、本件においてはこれらに該当する事実がないとして、手続的非良心性について否定した。もっとも、本件仲裁条項は、消費者取引に使われない ICC のルールに従うとしており、特に仲裁料が過大であるため、消費者には事実上紛争解決の場がなくなってしまう、Y にとって不合理に有利であるとした。そして、ニューヨーク州法の下では、原則として非良心性の立証には手続的要件と実体的要件の両方が必要であると考えられてはいるが、実体的要件のみをもって問題の条項の拘束力を否定しうると述べ、本件のように ICC の手続における過剰な料金は、仲裁条項の拘束力を否定し、商取引上不合理であると認める基礎となるとした。以上の理由から、裁判所は、本件仲裁条項が実体的に非良心的であると判断してその拘束力を否定した。ただし、Y からの申出を受け、差戻審で連邦仲裁法 (Federal Arbitration Act) に基づき別の仲裁人を求めることを認めている。

IV. 非良心性の判断枠組みからみえる非良心性の本質

1. バランシング・アプローチの有する相反する二つの機能

バランシング・アプローチは、手続的・実体的という二種類の非良心性が合わせて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解釈方法であるとするならば、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である。このことは、White & Summers による、「98%の実体的非良心性の場合、2%の手続的非良心性が必要となり、その逆も然りである。」という表現からも示唆されている。そうであれば、仮に、片方がゼロ、もう片方が100である場合であっても、当該契約非良心的であると判断される可能性が残されていることになる。これはすなわち、上記に述べた、実体的（あるいは手続的）非良心性のみによる非良心性の適用の可能性があるということの意味する。

このように、バランシング・アプローチは、理論的には、手続的・実体的という二種類のうちの一方のみによって、契約（条項）が非良心的であり、当該契約（条項）が無効であると判断する根拠となりうる。

この点において、バランシング・アプローチは、手続的・実体的という二種類の非良心性が揃わなければ非良心性法理を適用できないという原則を緩和させ、一種類の非良心性のみによる適用をも認めうる解釈方法へと導く機能を有しているようにもみえる。

しかしながら、ここで留意すべきなのは、判例・学説とも手続または実体的どちらか一方のみによる非良心性法理の適用には慎重であるという点である。既に述べたように、判例・学説の大部分は、原則として二種類の非良心性が必ず必要であるとしており、より最近の事例である Brower 事件においても、「ニューヨーク州法の下では、原則として非良心性の立証には手続的要件と実体的要件の両方が必要である」と考えられてはいるが、本件の事案の下では、「実体的要件のみをもって問題の条項の拘束力を否定しうる」と述べており、原則・例外の関係を固持しているようにみえる。

このように考えると、バランシング・アプローチの実質的な機能は、次のような点にあると考えられる。すなわち、非良心性法理を適用するには、原則として、手続的・実体的という二種類の非良心性が揃わなければならないが、こ

これを厳格に適用すると、どちらか一方が認められないか、証拠が不十分であるために、同法理の適用が硬直的になるおそれがある。これは、具体的には、手続的非良心性が認められないために、実体的非良心性は認められるのに、同法理を適用できない場合として現れることが多い。実体的非良心性、すなわち、契約内容そのものが、裁判官の「良心」に照らしてみると、不公正・不平等と考えられるものについて、裁判官が事後的に規制を行うことは、エクイティに起源を有する非良心性法理の本来の役割である。したがって、これを見過ごすことは、正義・公平を実現する裁判所としては避けなければならない。そこで、balancing・アプローチを採用することによって、具体的事実からは十分に立証できない手続的非良心性の要件を緩和し、98%の実体的非良心性と2%の手続的非良心性というように、二つを合わせて100になれば、同法理の適用が認められるとする。

以上のことから、balancing・アプローチは、契約（条項）が非良心的とするためには、二種類の非良心性が必ず揃わなければならないという原則を貫徹するために機能するものと考えられるのではないだろうか。すなわち、balancing・アプローチは、実体的非良心性のみによる同法理の適用をも認めうる解釈方法としてではなく、あくまで二種類の非良心性が必ず揃わなければならないという原則を貫徹するために機能するものと考えられるのである。

2. 手続的非良心性への配慮

上記のように考えると、balancing・アプローチにはさらにもう一つの機能が指摘できる。それは、多くの場合、非良心性法理の適用において、手続的非良心性という要件を緩和し、これを認めやすくすることによって、実体的非良心性とあわせて、不公正・不平等な契約（条項）に拘束される当事者に救済を与えるという機能である。

そうであれば、balancing・アプローチは、非良心性法理の適用において手続的非良心性を必ず要求すべきであるという考え方の現れであるといえるのではないだろうか。

しかしながら、そもそも、いわゆる契約内容の規制法理である非良心性法理の適用において、契約締結過程に関する不当性を表す手続的非良心性という要素を、原則必ず必要と考えることは、論理必然とは考えられない。同法理の発

生・発展の経緯とエクイティという性質を踏まえても、手続的非良心性に固執する必然性はないと思われる。それでも、アメリカでは、判例・学説上、バランス・アプローチという手法を用いてまで、手続的非良心性に配慮してきた。それは、なぜなのだろうか。

3. 手続的非良心性が必要とされる実質的な理由・背景

上記の問題は、契約内容の規制を行う際に、契約締結過程に関する要素を要求することの実質的な理由と背景は何かという問題に置き換えられる。この点、次の2点が指摘できよう。すなわち、第1に、異なる契約観が緊張関係に置かれているため、これを緩和し、いわば折衷案として、契約締結過程に関する審査、すなわち手続的非良心性が必要とされるという点、第2に、アメリカ法における **Duty to read** 原則の表れ、または同原則への配慮の表れとして、続的非良心性が必要とされるという点である。

(1) 二つの契約観の緊張関係の象徴としての手続的非良心性

アメリカでは、合意による契約の成立という契約法の基本ルールを厳格に適用しようとする契約観（形式主義や古典主義と呼ばれる学派。以後、古典主義とする。）と、より契約法ルールを柔軟に解釈し、裁判所の介入を認める新しい契約観（リアリズム法学や新古典主義と呼ばれる学派。以後、新古典主義とする。）との対立が存在する。

契約自由の原則等、古典的な契約法ルールを重視する学派は、そもそも合意への司法の介入に否定的であるため、司法による契約内容への介入を認める非良心性法理に懐疑的な立場をとり、U.C.C. に明文上の規定が設けられた後も、非良心性の定義の曖昧さについて、特に厳しく批判している。これに対して、古典的な契約観の修正を認め、公正・平等の実現のため、裁判所の介入による契約の規制を柔軟に認めようとする学派は、非良心性法理がまさにこれを実現する法理であるとして、肯定的に捉えている。実際、U.C.C. の主要起草者は後者の学派の代表的論者であり、U.C.C. に非良心性の規定を盛り込むことを主導したのも、同学派であった。したがって、非良心性の基準を明らかにしようという試みは、古典主義からの批判に応えるためのものであったといえる。

合意に至る過程に瑕疵があった場合には、そもそも合意の尊重や契約自由原則が妥当しないから、合意の形成過程の不当性を司法が規制することについては、両学派とも認めるところである。そして、契約内容への司法の介入を認める非良心性法理に否定的な古典主義学派も、手続的非良心性については、合意の形成過程の不当性を指すため、これを規制することを否定できない。このように、手続的非良心性は、古典主義学派からの批判へ答えるために必要であり、同時に、手続的非良心性の存在を厳格に要求することこそが、古典主義学派が法理の存在と有効性を承認する根拠となる。

他方、契約自由原則を修正し、公正や平等の観点から司法の契約への介入を認める新古典主義は、手続的非良心性を認定せずに、実体的な非良心性のみによる非良心性法理の適用につき、寛大な立場をとる。しかし、契約自由原則を重視する古典主義学派にとって、手続的非良心性が認められないケースでの法理の適用は受け入れ難い。

以上のことから、手続的非良心性は、新古典主義学派が、古典主義学派による非良心性への批判に応えるため、及び、古典主義学派が非良心性法理を受け入れるために必要不可欠な要素であると言える。

(2) Duty to read 原則の現れとしての手続的非良心性

さらに、手続的非良心性には、アメリカ契約法における **Duty to read** という考え方が反映されていることが指摘できる。

Duty to read とは、契約は、契約当事者が自己の責任で契約条項を熟読吟味した上で締結されることが前提とされているから、事後的に、契約書を読まなかったことを理由として、当該契約内容につき不服を申し立てることは認められない、という原則である（この原則は、明文上の規定はないものの、学説上は、U.C.C. § 2-207、第2次契約法リステイトメント 211条が、これに当たると考えられている）。

Duty to read は、契約書にサインをするという事は、契約当事者は熟読・吟味の上で当該契約を締結したものとみなされ、当該契約内容を十分に理解していると推定される原則であるといえる。しかし、このような原則は、そもそも「読む」行為を困難にするような状況（細字印刷、契約条項に注意を向けさせることなく「読む」機会を保障していなかった等）には、適用できない。そし

て、契約を「読む」機会が与えられていなかったことや、事実上読むことが困難な事情は、手続的非良心性の典型例である。したがって、非良心性法理の適用に、手続的非良心性を要求することによって、**Duty to read** の原則の適用の可否を精査することができるといえる。

4. 手続的非良心性とは何か

非良心性法理の適用の際に、契約締結過程に関する要素として手続的非良心性が必要とされるのはなぜかという問題は、結局、手続的非良心性とは何なのかという問題に帰着する。この問いに対しては、たとえば、III.3における要素分析等により、手続的非良心性の典型的要素を具体的に列挙することが可能であろう。しかしながら、これらの具体的要素の単なる列挙を超えて、手続的非良心性のより一般的・抽象的な本質を見極めなければ、アメリカの非良心性法理の適用において、**balancing approach**を採用してまで、必ず手続的非良心性が必要であると考えられている理由を見出すことはできない。

要素分析に依拠するか否かにかかわらず、多くの判例は、当該事案における手続的非良心性に該当する事実・要素として、“**inequality of bargaining power**”、すなわち交渉力不均衡（交渉力の格差ともいう。本稿では、以下、交渉力（の）格差、交渉力（の）不均衡等の表現を併用する。）を挙げている。判例・学説によっては、手続的非良心性を交渉力不均衡そのものとほぼ同義と捉えているものもあり、“**inequality of bargaining power**”が、手続的非良心性に密接に関連することは、繰り返し指摘されてきた¹⁶³。たとえば、手続的・実体的という二種類の非良心性を提示するきっかけとなった **Williams** 判決は、手続的非良心性と同義の「意味ある選択の有無」につき、交渉力の不均衡の存在によって決まるとしている¹⁶⁴。そして、実際の裁判例において、手続的非良心性として挙げられる事実のうち、当事者の教育レベル、経済状態の格差等は、交渉力不均衡の言い換え、または具体化したものと考えられる。さらに、契約条項について、交渉がなく、当事者の一方が、その条件をそのまま受け入れるか、さもなくば契約締結を諦めるかの選択肢しか与えられていないという、**take-it-or-leave-it** を基礎にした **adhesion contract**（附合契約）であることも、手続的非良心性の典型例であるが、これらはまさに、当事者間の力関係に歴然とした差があることによって、契約内容の交渉ができないことを指しているのであり、交渉力不均衡

によるものであるといえる。また、非良心性が比較的認められやすいとされる消費者契約の事案は、消費者と事業者との間に情報、交渉力の著しい格差が生じる典型例であることは周知の通りである。

このように、手続的非良心性の主要な要素は、交渉力不均衡であること、あるいは、手続的非良心性とは、交渉力不均衡とほぼ同義であること、少なくともこの二つは強く関連づけられていることが示唆されている。

5. 非良心性法理の本質

以上をふまえると、手続的非良心性の本質は、**inequality of bargaining power** すなわち、交渉力不均衡であると考えられる。そして、非良心性法理の適用には、交渉力不均衡を本質とする手続的非良心性が原則として必ず必要とされることから、非良心性法理の適用には、交渉力不均衡という要素が、原則として必要であると言い換えることができる。

ここで、U.C.C. § 2-302 のオフィシャル・コメント 1 は、非良心性法理の本旨が「抑圧と不公正な不意打ちを防ぐことであり、交渉力の優越によるリスク分配を邪魔する (**disturbance**) ことではない」としており、交渉力不均衡を、手続的非良心性ひいては非良心性法理全体の本質的要素として理解することと整合しないのではないかという問題が生じる。しかし、同コメントは、非良心性法理の適用において交渉力不均衡は無関係であるということの意味するものではない。判例を見る限り、交渉力不均衡は非良心性の趣旨とは無関係であるとするものではなく、このことは学説も認めている¹⁶⁵。

では、同コメントをどのように解釈すれば良いのか。この点については、非良心性を規定した第 2 次契約法リステイトメント 208 条のコメント d に示唆がある。すなわち、「契約は、当事者が不平等な取引的地位 (**bargaining position**) にいることのみを理由として非良心的となるものではなく、また、この不平等の結果として弱い当事者にリスクを分配したことのみによっても、非良心的となるものではない」。しかしながら、「著しい (**gross**) 交渉力の不均衡 (**inequality of bargaining power**) は、強い当事者に不合理に有利な契約条項とあいまって、当該契約が詐欺や強迫に関わる何らかの要素を示唆し、または、弱い当事者が意味ある選択を持たず、現実的な代替手段もなく、もしくは、当該不公正な条項に対する実際の合意または合意の推定もなかったことを示している」。このように、

単なる交渉力の不均衡ではなく、交渉力の「著しい」(gross; overwhelming) 不均衡であれば、これを契約締結過程における不当性（手続的非良心性）ととらえることによって、契約内容そのものの不当性（実体的非良心性）とあわせて、非良心的と判断できる、と解釈できる。

以上を整理すると、次のようになる。すなわち、手続的非良心性の本質は、交渉力不均衡 (inequality of bargaining power) である。ただし、ここでいう交渉力不均衡 (inequality of bargaining power) は、単なる不均衡ではなく、著しい (gross; overwhelming) 不均衡である。そして、非良心性法理は、手続的非良心性という要素を介することによって、契約当事者間に著しい交渉力の不均衡が認められる場合には、司法が当該契約に事後的に介入することを正当化するという、交渉力不均衡の原理（または法理）として機能している。したがって、非良心性法理は、交渉力不均衡法理と表現することができる。

V. 現代における非良心性法理の運用の実相

1. 本章の目的

本章は、法と経済学派における非良心性法理の捉え方や、非良心性法理の最近の適用例・論考を整理することで、非良心性が現代においてどのような問題について、どのように運用されているかを明らかにし、非良心性法理の実像・実相に迫ることを目的とするものである。

すでに指摘したように、非良心性法理はしばしば、定義を欠いた曖昧な法理であると評価され、学説によっては、非良心性法理の存在意義自体に懐疑的なものもあり、またそのような学説が有力となっていた時期もあった。しかしながら、このようないわば浮き沈みを経験しながらも、非良心性法理は今日まで生き延びたのであり、現在もアメリカのコモン・ロー上の法理の一つとして、適用・運用がなされている。このような状況からは、非良心性法理が、批判を浴びながらも、時代の変遷とともに解釈や適用・運用方法を柔軟に変えてきたことがうかがえる。

そこで、次なる問題は、非良心性法理が現代においてどのように適用・運用され、利用されているかという点である。非良心性法理の現代における実相を明らかにすることは、非良心性法理が社会の変遷に対応し存続することを可能

としている「曖昧」または「柔軟」な性質を明らかにすることにつながるものと思われる。また、本研究においては、すでに、2000年代初期頃までの各判例については多く扱って来た。しかし、2010年前後以降の非良心性の適用状況については十分に触れておらず、また、我が国における先行研究においても、最近の適用・運用状況についていまだ十分に紹介されていないと思われる。

以上の点を踏まえ、以下においては、2000年代以降を「最近」と位置づけ、最近の非良心性の運用状況と、学説における評価を併せて概観したい。なお、本章で紹介する最近の非良心性の運用例と、その分類方法は、Charles L. Knapp, *13. Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First-Century Survey*, LARRY A. DiMATTEO et al., *COMMERCIAL CONTRACT LAW*, Cambridge University Press 309 (2013). に依拠している¹⁶⁶。

2. 法と経済学における非良心性法理

これまで述べてきたように、非良心性法理は、U.C.C. § 2-302 に明文化されて以来、様々に論じられた。このことは、U.C.C. の制定とほぼ同時期である 60～70年代に興隆した法と経済学 (law and economics) の学派においても例外ではなかった。特に、U.C.C. § 2-302 の条文や、同条の裁判所における実際の運用については、当初、批判的な学説も多く、その先鋒となったのが法と経済学の学派による主張であった。

法と経済学派は、アメリカに特殊な、独自の思考方法を展開する学派であり、アメリカ法を分析するにあたっては、この学派の見解を参照することは避けられない。また、法と経済学派の見解を参照することで、日本法、大陸法の視点からは理解が困難なコモン・ローの考え方の一側面、すなわち、アメリカ法の実相の一端を知り、理解することにもつながる¹⁶⁷。

そこで、以下において、法と経済学の主要な論者たちの非良心性に関する主張を概観することとする。

(1) Richard A. Posner

法と経済学派の代表的論者である Richard Posner は、非良心性を強迫 (duress) の拡張と捉えている。Posner によれば、A が B に拳銃を突きつけて「金

を出せ。(さもなくば命はない。)」と言い、B がこれに応じたという強迫の典型例について、裁判所がこのような契約の強制力を認めないことの根拠は、「B が自由な意思に基づいて行為していなかったからではな」く、「このような契約の強制力を認めると、強迫を行うこと、及びそこから〔被強迫者を〕保護することに財産(資源。resource)をつぎこむことになり、これによって真の社会的生産物(net social product)を低下させるから」であるという。

このように、Posner は社会全体の利益の合理的かつ効率的な使用という観点から強迫を説明する。その上で、強迫は、「契約条項の修正を迫るためにあえて債務の不履行をする」場合にも適用を拡張されうること、強迫は「独占(monopoly) の同義語・類義語(synonym)になりうることを指摘する。また、Posner は、独占に関して、特に大企業と個人との間で締結される契約において、多くは take-it-or-leave-it の性質の、〔個別交渉なく〕あらかじめ印字された定型書式を用いていることを指摘する。

さらに、Posner は、契約条項が買主にとって不利であり、かつ、買主が貧しい場合にも強迫が適用されうるとし、その具体例として、Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). を挙げる。Posner は、同事案における契約について、買主が事後的によりひどい状況に置かれうる性質のものであると同時に、経済的に困窮している買主(消費者)にとっては、代替物の入手にはより高額な金額かかる可能性があるため、当該「過酷な(harsh)」契約条項によって事前的かつ事後的に利益を得ることもできると分析する。そして、この点において、同事案は拳銃を突きつけられて契約を締結する事案(強迫の典型事例)とは異なるという。

その上で、Posner は、一部の裁判所が、「貧しい債務者にとって過酷な負担となるような契約条項を無効とするために、しばしば『非良心性』という概念を用いる」ことについて批判する。すなわち、「貸金業規制法や破産法における債務者に有利な規定のように、非良心性の幅広い解釈は(狭い解釈は、詐欺・強迫そして信頼関係に基づく義務違反を表現する曖昧な言葉となるにすぎない)、貧しい人々が金銭を借用することをより難しくする」ため、結果的に、「彼らに事前に利益を与えることで事後的には害している」という¹⁶⁸。

以上のように、Posner は、判例・学説(多数説)において非良心性法理が適用されるとされる事案は強迫の適用によって処理されるべきと捉えている。そうすると非良心性法理が適用されるのはどのような事案かが問題となるが、

Posner は同書の中では答えていない。しかし、少なくとも、契約条項の事後的規制のために裁判所が非良心性法理を適用することには否定的であると結論づけられよう。

(2) Epstein の見解

Richard Posner と同様、法と経済学派の主要論者である Epstein は、契約条項の事後的規制のために裁判所が非良心性法理を適用することに否定的な見解を示している。

Epstein は、契約は書かれた通りに強制されるべきであるという、契約自由を厳守する立場を前提とし、その上で、契約自由原則があるにもかかわらず、強迫、詐欺的不法行為、意思無能力等の伝統的な契約法上の抗弁がなぜ正当化できるのかについて検討する。

Epstein は、これらの抗弁は合法であり、完全に正当化できるとした上で、実際には、これらの抗弁の立証はしばしば困難であると指摘する¹⁶⁹。そして、このため、非良心性が果たすべき役割は、裁判所がある事案につき詐欺や強迫、またはそれに準じるものに該当するのではないかと疑い、かつ、これらの契約法上の抗弁の立証が困難である場合であるという¹⁷⁰。しかしながら、Epstein は、非良心性について、上記のような場合の他は「契約の全体またはある特定の条項について、これらが不公正であるということを理由として、無効にする」ために用いられるとし、このような非良心性の適用方法は¹⁷¹、百害あって一利なし (causes more harm than good.) という。Epstein は、また、非良心性法理が「貧しく、雇用されておらず、生活保護を受給し、または、人種や民族的に不利な立場の置かれている者を保護するため」に適用されることについても、疑問を呈している¹⁷²。そして、売買契約におけるアド・オン条項¹⁷³、フランチャイズ契約における任意解除条項 (termination-at-will)、抗弁放棄条項 ("waiver of defense" clause)、間接損害の賠償責任免除条項等を挙げ、これらのような明らかに一方当事者にとって有利な一方的条項がなぜ合理的となりえ、他方当事者にも利益をもたらす得るのかについて説明している¹⁷⁴。

① 非良心性の適用

Epstein によれば、「[詐欺・強迫などの] 契約に拘束力を認めるという原則に

対する例外を認める制度の良いところは何かという問題は、難しい問題」であるが、それは、「ある事案においてこれらの契約上の抗弁を立証することはとても困難だから」であるという。Epstein は、詐欺防止法や口頭証拠原則などは、契約自由原則への制限を正当化するために用いられ、また、非良心性法理も、適切に理解され適用されることにより、詐欺防止法や口頭証拠原則と同様の一般的な目的のために機能すると指摘する。しかしながら、Epstein は、非良心性法理の利用を制限することは、「適用することと同じくらい重要」であるという。Epstein は、たとえば、この法理は、一般的には、「貧しく、雇用されておらず、生活保護を受給し、または、人種・民族的に不利な立場に置かれている者を保護するために適用される」べきと考えられていることを示唆した上で、「このような方向性〔適用方法〕がはらむ危険性は甚大である」という。

その理由として、Epstein は、次の2点を挙げる。すなわち、第1に、「多くの取引の場において、これらの一部または全部の層に属する者が、自分を守る（攻撃をかわす；fend）一般的な能力がないと断言することは、不可能ではないにしても、困難である」こと、…第2に、適用の対象となるのは、「多くの場合、競争的な一般の市場において売られる物品を一般消費者が購入するという取引であり、信託ファンドによる利益や不動産に関する取引ではなく、どんなに最良の状況であったとしても、[かかった費用、効率的か否かなどの] 評価が難しい」ため、「特に消費者契約においては、ある状況について詐欺や強迫から保護するために法を適用する場合かどうかを細かく区別する際には、最大限の注意を払う必要がある」ことである。

具体的には、たとえば戸別訪問販売から消費者を保護する場合、非良心性法理は、「せいぜいとても鈍い (blunt) 武器として機能するだけ」であり、また、このような問題について、「何らかの立法上の解決がはかられるべきであるという主張」も、疑問であるという。そして、たとえば、すでにクーリング・オフという制度が存在すること等を挙げ、「我々は、法律学的的確な問題や、著しく切迫した倫理上の問題に直面しているわけではない」とし、問題なのは、「コモン・ローと〔議会による〕立法のどのような組み合わせが、消費者契約における〔事業者による〕濫用を最小化できるかという点だけなのである」という。

② 実体的非良心性

Epstein は、一方当事者にとって有利に機能し、非良心的と判断されることの

多い条項、すなわち、アド・オン条項（元利均等払条項）、責任免除条項、間接的損害（consequential damage）に対する責任の免除条項、売却による期限到来条項、およびフランチャイズ契約などで多くみられる任意解除（termination-at-will）条項について検討を加える。その結果、Epstein は、上記のような条項がある状況では合理的となりえ、他方当事者にも利益をもたらし得ると論じ、非良心的ではないか、そもそも非良心性の問題にはならないとする。

③ 結論

Epstein は、「伝統的なコモン・ローの核心部分たる契約自由原則を、現代の攻撃から守ろう」と試みたいとし、また、Epstein 自身の見解は、その内容を適切に理解すれば、裁判所に全ての契約に拘束力を認めさせるものにはならないという。そして、「ある契約の拘束力を否定するためには、次にあげる二つのうち一つの理由が必要である」とする。すなわち、第1に、「当該契約には、契約締結過程に何らかの瑕疵（おそらくは強迫、詐欺、または不当威圧）があったことを示す証拠がある」こと、または、第2に、「限られた場合ではあるが、契約を押し付けられる（強制させられる）側の契約当事者に何らかの意思無能力があったであろうこと」であるという。その上で、非良心性法理は、「これら2つの点において重要である。なぜなら、この法理は、賢く適用すれば、裁判所がこれらの二つの種類の問題を規制できるようにするからであり、また、これにより、契約法の一般的な運用を向上させることができるからである」という。しかしながら、「非良心性法理が実体的な側面において[実体的非良心性として]用いられる場合には、それが商取引の場合であれ消費者取引の場合であれ、公共の利益ではなく損失をもたらすような方法で、契約による個人の権利を侵害するためだけに機能するだけである。」とし、非良心性の有用性には懐疑的な立場をとっている。

④ Epstein 説の評価

このような Epstein の主張については、Posner をはじめとする、法と経済学の他の論者たちの主張と同様に、明らかに抑圧的または一方的な合意という問題を浮き彫りにしたとされる¹⁷⁵。そして、従来は、この問題について、(1) 意思能力の備わった（詐欺や脅迫の影響下でない）成人が締結した合意は、その内容の通りに強制されるべきである¹⁷⁶、(2) 裁判所は、不正義に加担すべきでは

ないので、そのような合意は強制されるべきではない¹⁷⁷という二つの答えしか存在しなかったのに対して、Epstein や Posner は、第三の答え、すなわち、契約書に署名する者たちにとっては、当該合意の強制は長期的に見た場合の利益となるから、合意は強制されるべきであるという立場を提示したという¹⁷⁸。この第三の立場によれば、一方的な条項や合意を無効にする試みは、他方当事者にとっても利益とはならず、むしろ有利な立場の当事者を明確な目的もなく [当該合意に] 拘束するだけであり、当該当事者に高額な対価や、批判された条項を削ったために少なくなった契約条項を押し付けることになるという¹⁷⁹。さらに、Epstein は、契約内容の通りの拘束力を認めるべきことについて、次の2点を根拠とする。すなわち、(1) 両当事者の福祉 (welfare) を増進させる自発的な契約の強制であること¹⁸⁰、そして、(2) 契約書類に書かれた通りに強制すること以外のいかなる選択肢も、中長期的には (救済や保護の対象となる当事者にとって) 悪い結果を生む場合であることである¹⁸¹。

なお、Epstein の論考は、当事者がなぜ契約を締結するのか、一見一方当事者にとって不利に思われる契約条項に合意するのかについて、十分に議論されていないとの指摘もある¹⁸²。

(3) Craswell

Craswell は、1993年の論文において、非良心性について、property rules 及び liability rules を用いた分析を行っている¹⁸³。同論文において、Craswell は、X が Y の合意を適切に得なかったという事案において、property rule と liability rule とをどのように選択すべきかについて検討し、さらに、裁判所はこのような選択肢のほか、X の契約条項の合理性について何の司法上の審査も経ずに、書かれた通りに拘束力を与えるのが良いのかについても検討している。

① Property rule と Liability rule

Craswell によれば、property rule と liability rule との区別は、契約を一定の場合において無効と判断するために「実体的非良心性」と「手続的非良心性」が必要となる理由を説明するために用いられ、さらに、不合理な契約条項が無効と判断される事案において、裁判所が契約条項の合理性の判断をする際に用いる実質的な基準が、妥当かどうかを評価するためにも用いられうるという¹⁸⁴。

Craswell は、X (契約を起草した当事者) が Y の合意を適切に得なかったという事案を元に、Y の保護は、property rule または liability rule によってなされるべきであるとする。

property rule を適用すると、X が、「厳格な (proper)」合意、すなわち、X の経済的・物理的な必要性とは無関係に Y の合意を取り付けるのでなければ、X が、当該契約が拘束力を有するとの主張を行えないようにすることができる。

これに対して、liability rule を適用すると、X は、Y との厳格な合意がなくても、当該契約が拘束力を有するとの主張を行うことを可能にするが、主張の大きさ [請求額] は裁判所によって決められた合理的な価値の範囲内に制限されるという。そして、裁判所は、実際には、Y に保護を与えようとする場合、後者(liability rule)の方を採用しているという。

Craswell は、「厳格な (proper)」合意や、「瑕疵のない (untainted)」合意という概念を採用し、これらは、債務の内容自体は問題とせずに、もっぱら債務が発生する一連の過程を問題とする概念であるという。その上で、Craswell は、(1) X が Y と交渉し、間違いなく Y の厳格な合意を得た場合、(2) Y と一切交渉を行わず、Y の利益を侵害した場合という Calabresi と Melamed が提示した二つの場合の他に、(3) X は Y の合意を得ようとしたが、その方法が不適切なものであった場合という 3 つの場面を想定して分析を行い、その結果、(1) X が、Y に対して権利を行使する前に、Y と適切に交渉し、合意を得た場合と、(2) X が Y の合意を適切に得ることなく、Y に対して権利を行使する場合とを区別する必要があるという。

Craswell は、契約締結過程に関する法の規律は、次の 3 つの異なる機能を果たさなければならないという。第 1 に、法は、「厳格な」合意に関する何らかの定義を形成しなければならないこと、第 2 に、厳格な合意を欠く事案においては、裁判所は Y を property rule で保護すべきか、liability rule で保護すべきかを判断しなければならないこと、第 3 に、liability rule によって Y を保護する場合、裁判所がどのような債務がもっとも「合理的」であるかを判断するための何らかの基準がなければならないことである。

Craswell は、このうち第 1 の問題点について、厳格な合意の様々な定義の方法を受け入れることによって回避することができるとし、さらに、Craswell は、これらの定義として、もっとも厳格なもの、すなわち、Y の合意は適切に得られなかったという結論にもっともなりやすい定義を受け入れるとする。そして、

このことにより第2、第3の問題点に着目することになるという¹⁸⁵。

② 非良心性における **property rule** と **liability rule** の分析

以上を踏まえ、Craswellは、非良心性法理の適用において手続的・実体的非良心性という二つの非良心性が要求されることについて、裁判所が **liability rule** を用いていることによって説明がつくという。すなわち、Craswellによれば、仮に強迫の事案において、**property rule** が適用されるとすると、XがYに拳銃を突きつけて契約を締結した場合、Yは「拳銃を突きつけられて契約を締結したという事実の」ほかに立証しなければならないことはなく、契約から解放されるべきであるという。Xが当該契約について価格や他の契約条項が完全に合理的であったとして、契約「の有効性」を復活させることはあってはならないし、裁判所も、無効と判断した条項の代わりにより合理的な条項の拘束力を認めてはならないという。結局、**property rule** の重要な点は、「裁判所が、当事者自身でその問題について判断するように働きかけることによって、どの債務が実質的に重要なかを判断する必要があることを認めることである。」という。

これに対して、Craswellは、**liability rule** が妥当する事案では、当事者に救済を与えるためには手続的・実体的非良心性の両方が必要条件となるとする。

Craswellによれば、**liability rule** を細字印刷で書かれた免責条項に適用した場合、Yが保険契約を締結し、その30ページの細字印刷の契約書の中に免責条項が含まれていたという場合、これらの免責条項が、実際に読んだり理解したりするにはあまりにもページ数が多いという事実だけで、これらの免責条項の拘束力が否定されてはならないという。というのも、「細字印刷の問題は、**liability rule** によって適切に規律されるが、それは、我々がXに、すべての免責条項について逐一説明することを実際には望んでいないからである」とする。したがって、説明されなかった免責条項の拘束力を否定するというルールは、仮にその対策としてXがすべての免責条項を口頭で説明しようとするれば逆効果であるという。

さらに、仮に説明されなかった免責条項が、売主だけでなく買主にも利益になるような「合理的な」ものであった場合（Craswellは、例として、買主のリスクを大幅に増大させることなく、担保や保証の費用を抑えるような免責条項を挙げる。）も、免責条項すべてについて売主に説明させることは逆効果であるという。そして、裁判所がすべきことは、説明されなかったあらゆる条項の拘束

力を否定することではなく、「説明されず、しかも、何らかの合理性の基準を満たさなかった債務についてのみ拘束力を否定すること」であるという。これは、言い換えれば、「裁判所は、手続的および実体的な非良心性を両方要求すべき」ことになる¹⁸⁶。

③ 手続的非良心性のみによる判断

Craswell は、このような分析は、さらに、どのようにして、どのような場合において、手続的非良心性が著しいために実体的非良心性の判断に代えることができるのかについても示唆を与えるという。

Craswell は、通常、liability rule の適用原因となるような事情がある場合、例えば、Y には保険に入らなければならないという切迫した必要性があり、Y は保険に入らなければやっていけないというような場合には、この事実は、実体的非良心性の認定に何らの影響力を有してはならないとする。しかし、X が Y に拳銃を突きつけて保険契約を締結させた場合には、Y は、いずれかの契約条項が実質的には非合理的であったということを示すことなく、この契約から解放されるべきであるとする。つまり、このような手続的非良心性の方が著しい場合には、「実体的非良心性の立証の負担は減少」されるべきであるという。

Craswell は、X が Y に拳銃を突きつけて契約を締結させるという強迫の典型場面と、細字印刷による契約書面の中の免責条項という例を対比させ、このうち前者は、「X [がそのような行為を行わないこと] によって簡単に取り除かれる」問題であるとし、これに対して、後者は、「X によって取り除き、または許容できる範囲のコストをかけて X によって取り除くことができない」問題であるという。そして、このことは、「強迫は property rule によって規律するのが適切であり、細字印刷による契約の問題は liability rule によって規律するのが適切である」ことを示しているという。Craswell は、実体的非良心性が後者のケースで必要ではあっても前者のケースでは要求されるべきではないということは、「liability rule が裁判所に、[拘束力について] 争いのある債務について実質的な分析を行うことを要求しているということ」を意味するのであり、「property rule はそのような要求をしない」とする¹⁸⁷。

④ 結論

最後に、Craswell は、経済学者と非経済学者とは、非良心性法理についての捉

え方が全く異なるとし¹⁸⁸、X の債務の強制力をすべて否定することと、裁判所が合理的であると考えたもの以外の債務の強制力を否定することとは区別されるべきであるとする。この二つの違いは、Craswell がいうところの **property rule** と **liability rule** との違いであるという。Craswell は、契約が無効であると判断する際、その根拠が **property rule** につながるものなのか、**liability rule** につながるものなのかを検討すべきこと、及び、**liability rule** を適用することが適切な事案において、裁判所が債務の実質的な合理性を評価するための基準について、着目すべきことを示唆する。

(4) Eric A. Posner

Eric Posner は、1995 年の論文において、福祉国家において非良心性法理を擁護するという議論を展開する¹⁸⁹。

① 最小限の福祉の理論

Posner は、国家には次の二つの義務があるという。すなわち、第 1 に、「自由市場経済を維持し、それにしたがって所有権や契約の拘束力を認めること」、第 2 に、「貧困を削減すること」または「いかなる国民も最低限の福祉のレベル以下に陥らないようにすること」である。

しかし、Posner によれば、「契約の拘束力を認めることと最小限の福祉の維持を同時に行う」と、二つの問題が生じるという。一つは、「福祉の機会主義」の問題、もう一つは、「福祉を回避する」問題である。Posner は、自由市場経済の保障を部分的に制限することが、これらの問題への適切な解決方法であるとした上で、国家は、これを制限する法の制定や、すでに存在する契約法上のルールや法理によって上記の問題に対処すべきであり、具体的には、「貧困者がリスクの高い与信に頼らないようにする」べきであるとする。そして、このような契約法上の法理の一つとして、非良心性法理を挙げる。なお、Posner は、非良心性法理について、アメリカ合衆国の法制度の中で、貸金業規制法、破産法、債権者の救済の拡大に対する法規制と並ぶ、契約を制限（規制）する機能を有するルールの一つであるとしている¹⁹⁰。

② 非良心性法理の捉え方

Posner は、非良心性法理を小売割賦販売 (**retail installment**) の増加と関連づけて分析する。すなわち、Posner によれば、「小売割賦販売 は…法律家が、貸金

業規制法の適用を回避するために生み出した」契約類型であるといい、これについて、立法による規制が行われるのと同時に、裁判所によって非良心的であると判断されるようになったと指摘する。Posnerは、上記のような傾向は19世紀半ばごろからイギリスとアメリカ合衆国においてみられるものの、過去30年間（1960年代から1990年代）においては、合衆国では、古典的な契約観が最も支配的となっていた時期でもあったと指摘する¹⁹¹。

Posnerは、非良心性について、「強迫または詐欺に関する法律やコモン・ローに違反するわけではないが、何らかの疑わしい取引行為があり、それによって締結された契約を議論の余地なく糾弾する」とし、これを「手続的非良心性」と捉え、さらに、「契約で決定された価格と市場価格との間に相当な差がある契約を議論の余地なく糾弾する」とし、これを「実体的非良心性」と捉える¹⁹²。Posnerは、二つの非良心性は、どちらも、裁判所は自発的でない契約の拘束力を否定すべきであるという伝統的な見解に一致すること、そして、特に実体的非良心性の場合、価格の不均衡は契約における濫用を強く示唆する証拠となることを指摘する¹⁹³。

しかしながら、Posnerによれば、いくつかのケースにおいて、裁判所は非良心性法理を、「(明らかに) 価格の不均衡とは無関係の、(明らかに) 自発的に締結された契約」にも適用し、Williams事件判決等、非良心性法理の適用が認められた代表的な判例を列挙する¹⁹⁴。そして、これらのケースの特徴として、下記の4点を挙げる。第1に、ほぼすべての事案において、裁判所は、買主または債務者が、生活保護受給者または貧困者であることを認定していること、第2に、売主または債権者が、住宅の修繕〔のために取り付け・設置する物〕、家具、家電、書籍など、物品の小売業者であること、第3に、一般的に、紛争は買主の債務の債務不履行から生じること、第4に、同債務は高利率の利息やきわめて過酷な担保条項を伴うことである。

Posnerは、これらの事案について、一部の学説は「裁判所が契約締結過程や価格の不均衡が立証できないにも関わらず契約の拘束力を否定しており、間違いなくリバタリアニズムを侵害している」と捉えるであろうと指摘した上で、Posnerの見解によれば、「裁判所の意図が何であれ、事案の結論部分は、最小限の福祉理論と整合性がある」という。ただし、重要な注意点として、「これらのケースはひじょうにまれ」であり、いずれも60～70年代の事案であって「最近のものではない」ことを指摘し、最近は、利率の上限に関する規制や契約に付

する担保の制限をするための明確な法律や規則が増加しているとしている。Posner は、これらの立法が「あいまいな非良心性法理を締め出すことになるかもしれない」とする。

③ 結論

Posner は、結論として、「貸金規正法、非良心性法理、そしてこれらに類似する契約自由を制限する法は、危険性の高い借主、特に、貧困者への与信の拡大を制限する法制度として理解すべき」であるとし、また、このような政策は、「自由市場の範囲内で福祉制度を維持するという目的にだいたい一致している。」という。

(5) Korobkin

Korobkin は、2003 年の論文において、標準書式契約及び非良心性法理における bounded rationality について論じている¹⁹⁵。

Korobkin は、「契約書を起草していない方の当事者（通常は買主）は、購入することを決めた限られた物品にのみ値段をつける〔価値を決める〕者である」という。そして、「契約条項が、[上記のような性質を有する価格]に関するものではない場合」には、契約書を起草した当事者には、「自らに有利な内容の標準書式の契約条項を、それが効率的か否かにかかわらず契約書に組み込むことに、市場経済上のインセンティブがある」とする。したがって、「標準書式契約条項が効率的であるという先験的な理由などない」という。

その上で、Korobkin は、契約における非効率の根本的な原因に対処する方法として、「強行法規的な契約条項を用いること」および「非良心性法理の司法による修正」を挙げる。

① 非良心性の解釈について

Korobkin による非良心性の捉え方については、次の通りである。すなわち、非良心性法理の適用には、原則として、手続的・実体的非良心性の両方が必要である。しかし、この原則に対するさまざまな例外が存在することは、本稿でもすでに指摘した通りである。

Korobkin は、この例外として、次の3つの形態を挙げる。すなわち、第1に、

手続的非良心性があれば、実体的非良心性の分析は不要であるとしたものとして、*East Ford Inc v. Taylor*, 826 S2d 709, 715 (Miss 2002) , cert denied, 123 § Ct 1302 (2003)., 第2に、実体的非良心性のみで判断したものや、実体的非良心性が十分ならば手続的非良心性は不要としたものとして、*Brower v. Gateway 2000, Inc*, 246 AD2d 246, 676 NYS2d 569 (NY App Div 1998)., 第3に、仲裁条項について、手続的非良心性の認定をせずに条項の内容のみに基づいて非良心的と判断したものとして、*Sosa v. Paulos*, 924 P2d 357, 361 (Utah 1996).¹⁹⁶ である。

② 標準書式契約の規制方法

Korobkin によれば、経済的に分析すれば、自由市場経済のもとでは、標準書式契約は社会的に効率的であるのみならず買主層にも売主層にとっても望ましいものであるという。にもかかわらず、標準書式契約条項が監視に値する理由について、Korobkin は、次のように説明する。すなわち、買主は完全に合理的であるわけではないのに、合理性が制限された状態で意思決定を行わなければならない、このことは、売主にとって有利になるような目立たない契約条項を、そのような契約条項が効率的か否かはさておき、売主自身が起草するインセンティブを与えることになるからである。

このことから、Korobkin は、合理性を制限された買主によって作られるインセンティブという観点から標準契約条項の規制を行うという概念的なアプローチが必要であるという。すなわち、強行法規的な契約条項を規定することによる標準書式契約の事前の法規制を行うべきであるが、これだけでは完璧ではなく、事前の法規制に加えて、事後的に裁判所によって標準書式契約を規制することも必要であるとする。

③ 標準書式契約への非良心性の適用

Korobkin によれば、裁判所は、標準書式契約条項の拘束力を規制するために主に非良心性法理を用いているが、現在の裁判所の運用方法では、標準書式契約の有害な効果を軽減するべく同法理をうまく調整することができていないという。

そこで、Korobkin は、裁判所は、非効率的な契約条項を規制するために非良心性を修正するべきであると主張する。すなわち、(1)「手続的非良心性」は、契約条項が目立たないように書かれていたかどうかを精査することに結び付け

て分析されるべきであり、(2)「実体的非良心性」は、契約条項が、事前に売主にとって利益となる以上に、買主にとって負担が大きいものかどうかによって判断されるべきであり、(3) 裁判所は、当該条項が非良心的であると判断する前に、買主に対し、上記の基準に従い、厳格な立証責任の要件を満たすよう要求するべきであり、(4) 裁判所は、市場が売主に事前に効率的な契約条項を起草するインセンティブを与えることができない場合に、そのようなインセンティブを与えるため、上記の基準のもとで非良心的と判断された契約条項の拘束力を自由に否定することができなければならないとする。

(6) Bar-Gill

Bar-Gill は、2004 年¹⁹⁷及び 2008 年¹⁹⁸の論文において、行動経済学の立場から非良心性に言及している。

① クレジット・カード契約における非良心性

2004 年の論文において、Bar-Gill は、行動経済学の見地を用いてクレジットカードに関する議論を「再構築 (reframe)」し、クレジットカードに関する問題の原因や潜在的な解決策についての新たな視座を提供することを目的としている¹⁹⁹。

同論文の中で、Bar-Gill は、クレジットカード契約に対する司法上の事後的な規制手段として、契約法上の手段と破産法上の手段とがあるとし、前者の代表例の一つとして、非良心性法理を挙げる。

Bar-Gill は、非良心性法理について、「一見すると、クレジットカード契約への司法の介入のため、自然な政策的手段であるように見える」とし、特に、「手続的非良心性の形成において、[借主の借り入れに対する] 過小評価バイアスによって引き起こされる行動経済学的なバイアスへと [適用を] 拡張しうる」という。そして、「限界費用からの体系的なズレ」が「実体的非良心性の分析を特徴付けうる」と指摘する²⁰⁰。

しかしながら、Bar-Gill は、「裁判所は、非良心性法理をクレジットカード契約に適用することには非常に慎重である」とし、特に、「裁判所は一般的に、クレジットカード契約における仲裁条項についての非良心性の主張を斥ける」と指摘する。そして、「同様に、裁判所はクレジットカード契約における金額について非良心性を問題とすることを避ける傾向があり、それは当然のことであ

る」とし、「非良心性法理は、その本質からして、クレジット・カード市場の特殊な需要に適合することができない」という。その上で、Bar-Gill は、「同法理の一般的な拡張によるさざ波のような影響力は、そのような動きに対して警告を与えている」と指摘し、非良心性法理の適用をクレジット・カード契約などの消費者金融取引の事案に拡張することには否定的な立場を示している²⁰¹。

② 消費者金融規制と非良心性

Bar-Gill は、Elizabeth Warren との共著で記した 2008 年の論文の中でも同様の分析を行っている。2008 年の論文は、「消費者金融の包括的かつ安全な規制方法」を確立するための提言を行うという趣旨のものであるが、同論文において、Bar-Gill は、消費者金融に対する既存の規制手段の検討を行い、消費者金融に対する事後的・事前的な規制手段とに分け、前者の代表例の一つとして非良心性法理を挙げている。

Bar-Gill は、「消費者金融取引は、通常一般的な契約法ルールによって規制され、その中でも「主要な法理」は「非良心性法理である」とする。Bar-Gill によれば、同法理は「良心に衝撃を与え、瑕疵のある契約締結過程の産物である契約条項や契約全体を無効とする幅広い権限を裁判所に与える」という²⁰²。

さらに、Bar-Gill は、「非良心性は一般的には多くの場合、消費者と取引に精通した企業との間で締結された契約に適用され、与信契約を規制するために適用される。」という。

しかしながら、Bar-Gill によれば、裁判所は「非良心性を与信契約に適用することにきわめて慎重であった」とし、特に、「裁判所は一般的に、クレジット・カード契約の中の仲裁条項に対する非良心性の主張を斥ける」という²⁰³。その理由は、コモン・ローの裁判官は、法制度的に、または法理の性質上、あるいは手続的な配慮から与信取引への介入を嫌うからであるとする。

さらに、利率のほか与信契約の核心部分を成している他の契約条項に照らすと、非良心性の問題は、多くの場合連邦法によって専占されることも指摘する。

非良心性法理が消費者金融市場の問題に関して適切に機能していないとする理由として、Bar-Gill は、クレジットカード会社が、消費者に、クレジットカードを (1) 初期利率ゼロ%で、かつ、長期にわたる高利率 (a credit card with a zero-percent teaser rate and a high long-term rate) で提供すること、または (2) 初期利率なしだが長期にわたる低利率で提供することという二つの選択肢を与え

ることについて、非良心的であると考えられていないからであるという。

Bar-Gill は、このような問題に対処するために、「非良心性法理をより広く解釈するという可能性が考えられる」が、このような解釈は「利益よりも重大なリスクを引き起こす」とし、「非良心性法理の実質的な拡張は、金融商品の範囲を超えて、市場に影響を与える」可能性を指摘する。その上で、Bar-Gill は、「理論上、裁判所は、与信契約にのみ適用可能な、特別なより広い〔解釈・適用ができる〕非良心性法理を発展させることができるはず」であるとし、「より一般的に言えば、裁判所は、個々の消費者取引市場のための、一連の市場に特化した非良心性法理を発展させることが可能」であるとする。そして、このような市場に特化した法理は、「市場の〔環境整備の〕条件と運用のため、事実を強調した要件に依拠する。」という。しかし、このようなアプローチは、「非良心性の現在の判例法理から大きく乖離することになる」とし、また、その乖離は、同法理の原理上、そして手続上許されないと示唆する²⁰⁴。

以上のように、Bar-Gill は、非良心性法理が、消費者の与信取引の分野で一定の役割を有していることを示唆した上で、現実的にはそれでは不十分であると批判する。そして、Bar-Gill は、最終的に、同論文の結論として、新しく金融商品安全委員会 (Financial product Safety Commission) または FRB や FTC 等の既存の機関の消費者金融部門の創設を提言し、この提言の理由の一つとして、「行き過ぎた行為の規制には、非良心性法理やそのほかのコモン・ロー上の法理が適用されうるが、これらの法理は危険な消費者金融商品に対する包括的な規制手段としては効率が悪すぎる」と述べている²⁰⁵。

3. 非良心性法理の 2000 年代までの運用傾向

(1) 概説

非良心性は、その論考の多さから見ても、アメリカ契約法の主要な論争の一つであると言っても過言ではない。非良心性をめぐる議論は、U.C.C. の制定時期（60～70 年代）にピークを迎え、80 年代には落ち着き、もしくは低調となった。特に、80 年代から 90 年代にかけては、法と経済学派の論者が非良心性法理の有用性について否定的な見解を提示したことから、非良心性への注目が減退していき、裁判所においてもまた、非良心性法理の適用が「契約自由」や「自

由市場」への不正な介入であるとしてその適用を控えるようになったことが、一般的に指摘されている²⁰⁶。さらに、多くの論者が、標準書式契約の拘束力を認めることは、資本主義経済を機能させるために適切かつ必要なことであるとみなし、これらに制限を課すことにつき懐疑的な態度を取っていたとされる²⁰⁷。

このように、80年代から90年代にかけて、アメリカの非良心性法理に対する判例・学説の反応は、それ以前に比べると冷ややかなものに変わったと言える²⁰⁸。ただし、90年代は、非良心性の適用が認められる新たな分野が出現した。すなわち、仲裁条項の有効性を争う事案における非良心性の適用が増加したのである。

(2) 仲裁条項の有効性をめぐる非良心性の問題の増加

20世紀初頭、アメリカの司法すなわち裁判所は、当初、仲裁条項の利用には否定的であった²⁰⁹。しかし、契約実務、特に企業間の取引においては、紛争解決手段として仲裁を選択する需要が増え続けた。それは主に次のような理由によるものであった。すなわち、仲裁は訴訟よりも迅速であること、仲裁は訴訟よりも費用がかからないこと、契約当事者によって選ばれる仲裁人は、契約実務の経験に乏しい裁判官に比べ、商取引上の現実に精通していることなどである。さらに、仲裁人は、裁判官に比べ、厳格に過ぎる「非現実的な」法的ルールにとらわれることなく、商取引上の紛争を商慣習に照らして合理的に解決する自由があるとも指摘されている²¹⁰。このような背景から、州法及び連邦法の両方において、仲裁法が制定されるようになった。その内容は、裁判所が、契約当事者による紛争解決手段に関する取り決めに尊重し、そのような仲裁条項の強制力を認めるよう要求するものであった。このような仲裁の取り決めに「強制的 (mandatory, または compulsory) 仲裁 (の条項・合意)」と呼び、裁判所も契約当事者でさえも覆すことのできない条項とされた。

20世後半になると、仲裁手続利用促進の傾向はさらに強まった。裁判所は、連邦仲裁法を厳格に解釈・適用し、仲裁条項がある限り、たとえそれが附合契約であろうと、その有効性に疑いがあるろうと、通常の訴訟手続に付すことはほとんど不可能か思われるほどに、仲裁手続が優先された²¹¹。やがて、大企業はその顧客との契約においても仲裁条項を入れるようになった。具体的には、銀行、クレジットカード会社、電気通信技術会社、物品販売業者、保険会社、さ

らに、労働者の健康保険においても、強制的仲裁条項が入れられるようになった²¹²。このような状況について、消費者運動家等は特に問題視していたが、裁判所は当初、この問題に積極的に取り組む姿勢を見せていなかった²¹³。

ただし、連邦仲裁法の中にも、仲裁の利用を制限する条文が存在した。すなわち、「海上取引または商業に関わる取引を表す契約に定められた条項で、当該契約や取引から生じる紛争を仲裁によって解決すると定める条項は、…コモン・ローまたはエクイティにおける契約の取消し事由がある場合を除き、有効であり、取消すことはできず、強制力を有するものとする。」との規定である²¹⁴。すなわち、本条にいう「コモン・ローまたはエクイティにおける契約の取消し事由がある場合」に該当すれば、仲裁条項は無効となりうる。そして、「コモン・ローまたはエクイティにおける契約の取消し事由」として、多くの州裁判所で用いられた抗弁が、非良心性であった。

現在、多くの学説が、仲裁条項の有効性を争うために非良心性の主張がなされた事案、および、その主張が認められた事案が、90年代以降、増加傾向にあると指摘する²¹⁵。もっとも、このような傾向は、下級審裁判例において顕著ではあったが²¹⁶、合衆国最高裁は、あくまで仲裁条項を優先し、あるいは、合衆国最高裁には当該仲裁条項が非良心的か否かを判断する立場にないとの立場をとっている。この傾向は2010年以降合衆国最高裁が下した複数の判決によって明らかとなっている²¹⁷。なお、これらの合衆国最高裁判例にもかかわらず、多くの州の裁判所は、主に非良心性法理の適用によって、強制的仲裁合意に対する抵抗を続けているとの指摘もある²¹⁸。

なお、Knappによると、仲裁条項の有効性を争うために非良心性法理を適用する場合、当該仲裁条項の具体的な内容の傾向として、契約の一方当事者（附合契約において附合する方の当事者）は全ての紛争につき仲裁手続に強制的に付されるにもかかわらず、他方当事者（契約の起草者）は全部または一部の紛争につき通常の訴訟手続きに訴えることができるという内容であることが多いという。このように、契約当事者間に課される負担の「相互性 (mutuality)」が欠如していることは、しばしば、裁判所によって不適切とみなされ、これを実体的非良心性に該当する要素として重視する傾向があるという²¹⁹。この傾向について、一部の裁判所や学説においては、批判もあるものの²²⁰、Knappは、問題となっている契約条項が仲裁条項であるかどうかにかかわらず、相互性の欠如は非良心性の潜在的な構成要素となるべきであるという。たしかに、第二次

契約法リステイトメント 79 条の約因 (consideration) の規定によれば、債務の相互性は契約の成立要件でない。しかし、Knapp は、同条がリステイトメント 208 条における非良心性の規定を制限するものとして解釈すべきではないという。というのも、208 条は、不均衡な (unbalanced) 取引は潜在的な非良心性の兆候 (symptom) の一つであると明確に規定しているのであり、このことと相互性の欠如は同列に論じられるべきであるという。

(3) 非良心性と附合契約²²¹

Knapp によると、多くの裁判所が、いわゆる手続的非良心性（契約締結過程における非良心性）の証明につき厳格な態度を取り続けているものの、近年、一部の裁判所は、問題となっている契約が「附合契約」である場合に、比較的容易に手続的非良心性を認める傾向を見せているという。Knapp は、附合契約において、附合する方の当事者が消費者である場合、消費者が選択・決定することが認められるごくわずかな条項を除き、「いっさい交渉は行われず、契約条項は定型書式の中に記載され、たとえ分別のある消費者であってもそれらの条項を読む時間を取ろうとはしない、あるいは読むように促されることもなく、読むひまも与えられないという状況のもとで事業者と取引をすることになる」と指摘する。そして、このような場合、当該契約は、「真の『附合契約』であるとして、裁判所はますますこの事実を重視し、結果的に『手続的非良心性』の存在を認定する」という。

附合契約であるという事実から、比較的容易に手続的非良心性が認定されるとして、結果的に当該契約条項が非良心的と認められるのかということ、Knapp によると、裁判所の傾向として、実体的非良心性の検討と判断において、これを覆す傾向があることを示唆する²²²。

さらに、Knapp は、スライディング・スケールが、附合契約が手続的非良心性として認定されるようになったことと関係しているとする。すなわち、定型書式による附合契約の浸透により、裁判所は各事案において、なぜ手続的非良心性が認められるのかを説明する時間と労力を削減することができたという。そして、スライディング・スケールは、弱い手続的非良心性と強い実体的非良心性の場合に機能する傾向があるという。Knapp は、実際の裁判例を見ても、裁判所は手続的・実体的という 2 つの非良心性を要求するものの、多くの場合、

なぜ問題となっている特定の条項が不公正に機能するかについて強調し、当該契約が締結された過程については強調していないと指摘する²²³。

ところが、この「スライディング・スケールをも超越するような非良心性の適用方法」が登場した。それが、片方の非良心性があまりにも著しい場合、もう一方の非良心性が事実上認められなかったとしても、非良心性法理の適用を認めるというケースの登場である²²⁴。もちろん、本稿でも既に述べた通り、このような立場とは異なり、非良心性の解釈論の原則に従い、一方のみの非良心性では、同法理を適用できないとする判例も多く存在する²²⁵。

以上のことを踏まえて、Knapp は、スライディング・スケールについて、次のように擁護できるとする。すなわち、手続的非良心性が強い場合、当該事案は、詐欺、強迫、不当威圧など、契約締結過程の瑕疵に着目する他の法理の適用が問題となる事案により近づく。これらのコモン・ロー上の法理は、適用される際、契約を無効とするために契約の「実体的な」不公正 (substantive unfair. 契約そのものの不公正) を必ずしも要求しない。これらの法理は、何も知らない当事者がその意思に反して契約を締結するように違法に強制されたことのみを要求する。他の契約の「手続上の」瑕疵を扱う法理、例えば、錯誤、無能力なども、必ずしも契約締結過程における相手方の違法な働きかけ (misconduct) を扱う法理ではないが、一方当事者の真の合意の欠如 (lack of true assent) をより重視し、これを理由に当該当事者の負う債務を免れさせることを認めるというものであって、契約の実体 [内容そのもの] を問題にしているわけではない。このように、非良心性の主張が、その根拠として、相手方の違法な働きかけ (misconduct. 詐欺、脅迫、不当威圧) や真実の合意の欠如 [錯誤、無能力] に比重が置かれている場合、取引の結果 [契約内容] そのものが不公正であるという証拠に対する固執は少なくなる。これとは逆に、手続的な非良心性を示唆する事実が、定型書式 (boiler plate) の中に埋もれた細字印刷による契約条項を用いていたことのみであった場合、裁判所は、当該契約条項が非良心的であると認定するためには、当該条項の内容そのものにも何か重大な不平等 (seriously unbalanced) があつたと確信できなければならないと感じるであろう。

では、実体的非良心性のみによって非良心性法理の適用が認められるのは、どのような場合か。Knapp は、合意の中には、たとえ当事者が明白に自由意思で締結したものであっても、法が単純に認めないものがあるとし、その具体例として、性的同意年齢 (age of consent) 以下の未成年者が合意の上で性交渉を行

うという契約や、労働者が最低賃金を得るという法律で保障された権利を放棄する合意、人身売買等を挙げる。そして、手続的非良心性を全く要求せず、完全に実体的非良心性のみによって非良心性法理の適用を認めることは、当該契約または契約条項につき、たとえ当該契約（条項）が自由な意思による合意によって締結されたものであったとしても、公序や制定法その他により、単純に法が許容し強制力の付与を認めることができない (law will simply not tolerate or enforce) ということを示している、とする²²⁶。

4. 非良心性に関する 2000 年代の判例

非良心性に関する判例及び議論は、U.C.C. の制定時期（60～70 年代）にピークを迎え、80 年代には落ち着き、もしくは低調となっていたものの²²⁷、90 年代から 2000 年代にかけて再び新たな視点からさまざまに分析され始めてきたようにみえる。これまで、本稿では、U.C.C. の制定時期から 90 年代頃までの議論に焦点を当てていた。しかしながら、90 年代後半から最近（2010 年代）までの比較的新しい判例についての検討はまだ不十分である。そこで、以下において、同時期に関する判例の紹介を行う。

なお、上述の Knapp (b) は、2010 年代までのアメリカの非良心性に関する判例の動向を知る上で有益な文献であるので、同書に挙げられた判例の詳細な内容について、同書の判例の類型化に従って紹介することとする。

(1) 動産売買または賃貸借に関するケース

① Muscioni v. Clemons Boat (2005)

ボートの売買契約に付された保障条項において、売主は全責任を免除されること、ボートに瑕疵が見つかった場合、その修理は製造業者がその所在地であるイリノイ州で行うこと、そのためボートをイリノイ州へ輸送する際にかかる費用は全て買主が負担することが規定されていた（本件の原告であるボートの買主は、オハイオ州在住であった。）という事案において、裁判所は、同条項につき、「異常 (outrageous)」または「ばかげている (ludicrous)」として、非良心的であると判断した²²⁸。本件において、裁判所はいわゆる手続的・実体的非良心性に分けて検討を行わず、非良心性に関するオハイオ州独自の基準を引用す

る。すなわち、オハイオ州では、「一方当事者が他方当事者によって当該契約条項の意味を誤解させられた場合、著しい交渉力不均衡が存在する場合、または、特定の契約条項が異常 (outrageous)である場合」、非良心的と認められるという²²⁹。裁判所は、上記の基準を本件にあてはめると、本件保証条項の内容は「あまりにも異常 (outrageous)であり、(さらには、馬鹿げて (ludicrous) おり)、非良心的であると認定するのに十分であると判断した²³⁰。

② Piece v. Catalina yachts, Inc. (2000)

ボートの売買契約に付された保証条項において、買主による間接的損害（結果的損害）賠償請求を禁止する内容の製造業者の責任制限条項が規定されていた事案で、アラスカ州最高裁判所は、同保証条項につき、非良心的であると判断した。同裁判所は、まず、アラスカ州法における「契約法上の修正 [デフォルトルール of the修正] または救済の制限」条項²³¹を次のように解釈した。すなわち、責任制限条項及び間接的損害賠償請求禁止条項の有効性が問題となる場合、後者が非良心的でない限り、別個独立に判断され、後者のみが有効となりうる。そして、後者につき、非良心性該当性は、契約締結時の状況において「契約当事者が [その条項によって規定される] リスク分配に関して自らの意思で (competently) 合意したかどうか」を検討することによって判断される。

アラスカ州最高裁判所は、本件において、本件保証条項の性質及び被告製造会社による保証違反行為²³²は、間接的損害賠償禁止条項の強制が大きく影響していること、本件契約は消費者契約であり、同等の交渉力を有し取引に精通した者同士による商取引ではなかったこと、被告は一方的に本件契約条項を起草し、事前に印刷された標準書式の保証制限条項の中に組み込んでいたこと、[第1審において] 陪審がボートの合理的な修繕費用として認めた多額の賠償金は、被告の契約違反が原告の本件契約による実質的な利益を奪うものであったことを示していること、たとえ本件ボートに生じた瑕疵の一部が予測できるものであったとしても、本件の瑕疵は、「予測可能な損害の範囲」におさまるものではないこと、にもかかわらず、被告は、陪審が認めた通り、保証条項による被告の義務を履行するにあたり不誠実な行為を行っていたこと、このことは、事実上「当事者のリスク分配の強制が非良心的となりうる状況である」²³³こと、陪審は、被告が本件保証条項により故意に (consciously) 原告の権利を奪ったと認め、このため、被告は原告に対して自身が定めた保証条項による権利行使を

良心にしたがって (conscionably) 要求することができないこと、さらに、被告の不誠実に照らせば、間接的損害賠償禁止を認めることは、統一商事法典上の誠実な履行または強制の義務²³⁴に反すること、以上のことから、本件間接的損害賠償禁止条項は非良心的ではないとした原審の判断には誤りがあると判示した²³⁵。

③ DJ Coleman, Inc., v. Nufarm Americas, Inc. (2010)

原告はノース・ダコタ州の農業会社 (commercial farming operation) であり、ヒマワリ栽培においてイリノイ州の被告会社が製造する除草剤を使用したところ、ヒマワリの発育不良及び奇形等の損害が発生したため、被告会社に対して損害賠償を請求したという事案において、ノースダコタ連邦地方裁判所は、被告会社の責任制限条項が非良心的であると判断した。

同裁判所は、ノース・ダコタ州法上、非良心性法理の適用にあたっては²³⁶、手続的・実体的という 2 つの非良心性が必要であるとし、前者につき、本件の原告は本件契約条項を変更するための交渉力を持たなかったこと、同条項はラベルに事前に印刷され、当事者の取引交渉を経たものではないこと、原告はノース・ダコタ州所在の農業会社であり、他方で被告は多角的な経営を行い世界規模で展開する巨大複合企業であること、両当事者間には交渉力の不均衡があり、有意義な交渉 (meaningful negotiation) を行う余地がなかったこと、原告が 10 年にわたり問題の除草剤を使ってヒマワリ栽培を行ってきた経験ある農家であることは、原告が保障条項違反によって生じた間接損害 (consequential damages) の発生を主張する地位にあるかどうかに影響しないこと、以上のことをもって、手続的非良心性を認定した。そして、本件契約条項は、保障条項違反の賠償は、除草剤の購入価格または除草剤の代替品の提供に限られると規定しており、先例によると、「農家はあらゆる瑕疵が発現する前に多額の費用を出費しなければならず、いちど瑕疵が発現すれば、その年のその作物すべての価値がなくなってしまう。作物が無価値となってしまうえば、農家が頼るべきものはその失われた利益と出費を金銭で賠償することのみであり、代替品の提供や修理は現実的な選択肢ではない。」²³⁷とされること、消費者には除草剤を試験的に使う機会がなく、製造業者にはそのような機会があること、したがって本件において瑕疵のある除草剤についてのリスク分配は、消費者ではなく除草剤の製造業者に負わせるのが良いことは明白であること、以上のことから、本件損

害賠償制限条項は実体的にも非良心的であるとした²³⁸。

(2) 賃貸借—消費者向け倉庫貸し出し契約に関するケース

① **Gonzalez v. A-1 Self Storage, Inc. (2000)**

本件は、原告が被告倉庫業者（レンタルスペース業者）との間で寄託契約を締結したところ、借りていた倉庫内が水びだしになり、寄託物に損害が生じた事案で、受寄者の過失によって寄託者の財産に生じた損害の賠償責任を50ドルまでに制限する条項の有効性が争われた。

本件においてニュージャージー州高等裁判所は、同州における非良心性の規定²³⁹の解釈について、Campbell Soup Co. 判決、同州の非良心性の規定に付されたコメント(1)等を引用し、同法理が「抑圧と不公正な不意打ちの防止」のための法理であるとする。

その上で、同裁判所は、本件の契約条項が「あまりにも一方的であり、本件の事情の下では非良心性を構成する」こと、本件の原告は「個人の顧客であり、経験がなく、時間もなく、業界の中で取引経験を積んだ事業者と取引をした」者であること、本件契約条項について交渉は行われていないこと等を指摘し、その上で、「要約すると (In sum)」、次の8つの点から本件における「契約全体」が「異常 (outrageous)」であるとした。すなわち、本件契約は(1)受寄者自身の過失による場合も含み全ての場合について受寄者の責任を免除していること、(2)寄託者に保険に加入することを求める一方、その第三者である保険会社が受寄者に対して訴えを提起する権利は放棄させていること、(3)寄託者には、受寄者が訴えられた場合にはいかなる主張に対しても受寄者を支持するように求められていたこと、(4)受寄者のすべての賠償責任はたった50ドルに制限されていたこと、(5)寄託契約の成立及びそれによる債務の発生を否定していること、(6)寄託者にあらゆる賠償請求の権利を放棄させていること、(7)寄託者に弁護士費用及び訴訟に関する費用全額を負担させていること、(8)すべての明示的または黙示的保証条項を排除していることである²⁴⁰。

以上のことから、同裁判所は、「本件契約条項が『一方的』であることは、契約当事者が誠実な交渉を行われたことが示唆される証拠が全く存在しないことと相まって、『誠実、実際の正直さ、公正な取引の遵守』の基準を満たさないとした。そして、「抑圧と不公正な不意打ち」を防止するため、本件契約全体が

無効となり、拘束力を失うと判示した。

② **Dubey v. Public Storage (2009)**

本件は、原告が被告倉庫業者（レンタルスペース業者）との間で寄託契約を締結したところ、原告が毎月の賃料を支払っていたにもかかわらず、手違いで賃料未納扱いとされ、被告倉庫業者が原告の寄託物をオークションで売却した事案であり、寄託者の財産に生じた損害の賠償責任を 5000 ドルまでに制限する条項の有効性が争われた。イリノイ州控訴裁判所は、同条項につき、非良心的であり、かつ、イリノイ州の公序良俗に反するとして、法的効力を認めなかった。

同裁判所は、イリノイ州の判例法理としての非良心性法理について、次のように述べる。すなわち、非良心性は手続的非良心性と実体的非良心性法理の二つの側面 (facets) からなり、前者は契約当事者の意味ある選択を奪うような契約を締結する過程における何らかの不適切性 (some sort of impropriety) を指し、後者は契約条項が一方的または著しく酷であったと推測されるような場合をいう。

同裁判所は、本件において、原告は子供を学校から引き取った後に被告の元に立ち寄り、このときに被告は原告に署名させるための契約書を印刷したこと、被告は原告と契約条項の読み合わせを 5 分程度行い、契約条項を一つずつ確認したこと、しかし、原告は契約の隅々まで読むのに必要な時間がなかったこと、被告は、原告が 5,000 ドル以上の価値の物品（洗濯機、乾燥機、冷蔵庫等の大型の物品）を預けようとしていたことを知りながら、原告が 5,000 ドル相当の物品しか預けることができないことを一度も強調したり、あえて注意を向けさせたりすることはなかったこと、さらに、被告は原告に対して、被告が盗難や洪水によって発生した損害について責任を負わないことしか伝えなかったこと、以上のことから「これらの事実は非良心性を認定するのには十分」であるとして、本件責任制限条項は無効であるとした²⁴¹。

(3) 役務提供契約

① **Perry Homes v. Alwattari (2000)**

X は、Y 社から、Y が新築した住居を購入した。本件住居を引渡し後、本件

住居の壁に亀裂が生じるなどしたため、専門家に調査を依頼し、その結果、住居の基礎部分に地滑りによる欠陥が生じていることが判明した。X からの求めにより、亀裂をふさぐなどの外観上の修理が行われたが、根本的な解決には至らなかった。そこで、X は、専門家による調査報告にかかった費用、修理費用、修理期間中の住居（賃貸）費用、本件住居の市場価格が低下したことによるその差額分、及び、X が雇った弁護士の費用等を、契約違反や DTPA (Deceptive Trade Practices Act ; 詐欺的取引規制法)²⁴²違反などを理由として、Y に対して請求した。なお、X は本件住居を約 20 万ドルで購入したが、本件住居の瑕疵により、少なくともその市場価格は 5 万ドル下回ると認定された。これに対して、Y は、本件契約に付されていた責任制限条項の適用により、X の損害賠償額が制限されると主張した。テキサス州タラント郡地方裁判所における原審は、X 勝訴としたため、Y が控訴した。

これに対して、テキサス州控訴裁判所は、非良心性に関して、次のように判断した。すなわち、当時の DTPA 上、「非良心的な行為は、Y の行為または振る舞いが、得られる利益とそれに支払われる対価との間に著しい不均衡が生じる場合に現れる」。そして、非良心的かどうかの判断の際には、「すべての証拠を X に最も有利なかたちで考慮しなければならない。そして、X に有利な証拠から得られる全ての合理的な推測を最大限に活かさなければならない」。

これを本件についてみるに、「X は、1992 年に本件住居を約 20 万ドルで購入し、不動産仲介業者は、1996 年 5 月 30 日の時点では、本件住居は修理をしない状態で約 16 万ドルの価値があったこと、住居の価値は、修理をした状態なら、同年同月の時点で 19 万 6 千ドルの価値になり得たこと、そして、同時点において、もし仮に基礎部分の瑕疵がなければ、本件住居の価値は約 21 万ドルになり得たことを証言した。このように、本件不動産仲介業者によれば、本件住居には 1 万 5 千ドルの「買主の損 (buyer stigma)」があった。さらに、この金額に 3 万 5 千ドルの修理費を加えると、本件基礎部分の瑕疵により、本件住居の実際の価値は、X が支払った金額より少なくとも 5 万ドルは下がっており、このことはたとえいつの時点であっても「どのみち」家の価値に影響したことを、本件不動産仲介業者は証言した」。以上のことから、テキサス州控訴裁判所は、「1992 年の X が住居を購入した時点において、[得られる利益とそれに支払われる対価との間に] 著しい不均衡があると認めるに法律上十分な証拠が示された」とし、Y の行為は非良心的であると判断した²⁴³。

② Repair Masters Construction, Inc., v. Gary (2009)

Xは、火事によって損傷した住居の修理を、建築・修理業者Yに依頼した。Xは、Yが提示した「役務契約書」(以下、「本件契約書」とする。)に署名し、本件契約書には、顧客にはいかなる理由であっても契約解除の際には契約金額の15%の解除料を支払う義務があるとする契約条項(以下、「本件契約条項」とする。)が含まれていた。Yは本件住居の損害状況などを調査し、約91,000ドルを超える修理費用を見積もった。Xが契約していた住宅保険会社は、この見積もりを拒否したため、Xは公共の調停人に見積もりを依頼したところ、2種類の見積もりを提示された。これら2種類の見積もりの金額は、いずれも、Yの提示金額を大きく下回っていた(約39,000ドルと約56,000ドル)。XはYに対して本件契約の解除を申し入れ、他の業者に修理を行わせたため、Yが本件契約条項を根拠に、Xの契約違反があるとして訴えを提起した。

ミズーリ州控訴裁判所は、本件契約条項が非良心的といえるかどうかについて、まず、州の判例法を確認した。すなわち、ミズーリ州法²⁴⁴によれば、非良心性には手続的・実体的という2つの側面があること、前者は契約締結過程に関するものであり、判例法上「取引戦略における著しい抑圧、読解困難な細字印刷による契約書、または契約締結過程におけるその他の不公正な事情による不実表示など」を指すこと、これに対して、後者は契約そのものの文言に関するものであり、判例法上「契約条項が不当に過酷な内容であること」を指すこと、非良心性法理の適用には、手続的かつ実体的に非良心的でなくてはならないものの、二つの非良心性は、同じ程度である必要はないこと²⁴⁵、以上のことをミズーリ州における非良心性法理とする。

そして、本件において、Xは本件契約書をよく読んでいなかったこと、契約締結前に契約書を読まなかったことは、抗弁事由、契約の無効原因、または、詐欺の根拠とはならないが、しかしながら、本件契約締結時の事情によると、Yの営業担当者が火事によって住居に損害が生じてから数時間後にXに契約書への署名を促したこと、必要な修理の内容やその価格について明示しなかったこと、あるいは、少なくともYが提示する修理内容及びその価格をそのまま受け入れることに依存していたこと、以上のことが、手続的非良心性の証拠となるとした。

さらに、本件契約条項は、住宅所有者にその損害の見積もり等を示すことなく契約関係に入ることを強いるものであること、同契約条項には、具体的な損

害賠償の予定額の記載がなく、未確定の契約金額の 15%とだけ定められていたこと、Y、公的な調停機関、及び保険会社は、X の住居に必要な修理の範囲とその金額について 1 ヶ月もの間争い、X はこれが決着するのを待たねばならなかったこと、その後、結局 X はこの 1 ヶ月後、別の修理業者を探して住居を住める状態にしなければならなかったこと、本契約によれば、見積もりを出した後に契約の効力を生ずるようすべきところ、契約締結後に見積額が決定し、それがいくらになろうと契約の相手方は当該金額を支払うか、損害予定額として 15%相当の金額を支払うかしかなかいこと、以上のことから本件契約は「不当に過酷な内容である」（実体的に非良心的である）と判断した。

以上より、本件契約は非良心的であり拘束力が認められないとされた²⁴⁶。

③ Kenneth Plaza, 363 BR 517 (S.D. Tex. 2007)

X は、2002 年 8 月 13 日に A 運転の乗用車にはねられる事故にあったため、自動車保険会社との交渉を行うため、B 法律事務所の弁護士 C を雇った。X と C との契約には付随条項（以下、「本件付随条項」とする。）があり、それによると、B は、訴訟に持ち込む前に依頼人の主張が通った場合には、賠償金額にかかわらずその 3 分の 1 を報酬として得ること、訴訟を提起した場合には賠償金額にかかわらずその 40%を報酬として得ることが規定されていた。2004 年 2 月 29 日、X は、A に対して訴訟を提起した。2005 年 2 月 19 日、X は連邦倒産法第 7 章に基づく破産手続を申請し、同年 8 月 2 日、X は免責の決定を受けた。2006 年、X の民事裁判における情報開示手続きが終了し、A との訴訟では賠償額約 2 万ドルが提示され、X もこれに同意した。しかし、同訴訟が終結する直前、A は本件交通事故による傷害から発生する医療費の問題が解決していないことに気づいた。他方で、C は X の破産管財人及び X の最初の破産弁護士と面会し、連邦法第 7 章破産手続きを再開することに合意した。同年 10 月 19 日、管財人は本件自動車事故の案件につき和解手続きへの移行を申請し、さらに、C に対し、本件付随条項に基づき弁護士報酬費用の支払いを求めた。

これに対して裁判所は、本件付随条項が非良心的ではないかという問題を提起し、C に対して、この問題と、本件管財人が本件契約を非良心的と認識しているかどうかについて説明を求めた。

本件付随条項は、第 11 条において、次のように規定していた。すなわち、「依頼人は、弁護士の同意のないまま、その主張を裁判で行わず、また、依頼人の

あらゆる損害や出損に対する弁済を受け取らない」。

連邦破産裁判所は、上記第 11 条につき、依頼人があらゆる主張や弁済の受領をするにあたり弁護士同意を要求するもので、弁護士の拒否権を保障するに等しく、このような「弁護士と依頼人との」力関係の分配は、訴訟を提起するか否か、主張を和解で行うか調停で行うか等について主導権を有するのは依頼人であるという一般的にひろく受け入れられている原則に照らせば、奇妙であること²⁴⁷、弁護士の行為について規律する「専門家の行為に関するテキサス州法」によれば、弁護士は訴訟に関して依頼人の判断に従わなければならない、その逆ではないこと²⁴⁸、第 5 巡回裁判所は、過去の判例において、本件契約の第 11 条のような条項は、公序に反するという見解で一致していること²⁴⁹、以上のこと等から、本件契約の第 11 条は非良心的であると判示した。

④ **Spectrum Networks, Inc., v. Plus Realty, Inc. (2007)**

電気通信コンサルティング業を営む X は、電話勧誘を通じ、Y との間で、X が Y に対して複数の電気通信会社の中から Y に適した会社及びそのサービスを斡旋する内容の本件契約を締結した。X は、本件契約により電気通信費用の節約になるとしていた。ところが、X は Y の希望する条件の電気通信会社の斡旋を行わなかったため、Y は、別の電気通信コンサルティング会社と契約を締結し、希望の電気通信会社との契約に至った。X は、Y に契約の不履行があったとして、本件契約に基づき、Y に対して 15,000 ドルの損害賠償の予定額を請求した。

オハイオ州一般訴訟裁判所（第 1 審裁判所）は、非良心性²⁵⁰につき、オハイオ州の判例法理により、「契約の一方当事者に意味ある選択が欠如していたこと、及び、当該契約条項が他方当事者にとって不合理に有利」であることとし、契約条項そのものの取引上の合理性に関する実体的非良心性と、契約当事者の取引上の地位に関する手続的非良心性が必要とされることを指摘する。その上で、実体的非良心性につき、「個々の契約の条項に係る要素で、商取引上合理的かどうかに関係する。この非良心性について一般的に受け入れられている要素の一覧は存在しないが、裁判所は、契約条項の公正さ、代替される役務の内容 (the charge for the service rendered)、当該産業における標準、そして将来発生する責任の範囲を正確に予想する能力等を考慮する」とし、手続的非良心性につき、「契約当事者の相対的な取引上の地位に係る要素、例えば、年齢、教育、

知性 (intelligence)、取引の判断力及び経験、相対的な交渉力、誰が当該契約を起草したか、弱い立場の当事者に当該契約条項が説明されたか、印刷された当該契約条項が他の条項と代替可能か、そして、当該契約の目的物の調達元の代替は可能か等である」とする。

同裁判所は、本件契約の第5条(b)によれば、たとえ究極的には Y が X から何の利益も得ていなかったとしても [実際には電気通信費用の節約にはならなかったとしても]、X は [常に] Y から 15,000 ドルの支払いを受けることができること等から、実体的に非良心的であるとした。そして、X は本件契約締結の際、Y に対して「間違いなく (definitely)」電気通信費用の節約になると主張していたこと、Y が X のような費用の節約や将来契約する電気通信会社について情報を得るには、まず X が起草した形式的な書式の契約書に、何の説明もなしに、盲目的に署名する他なかったこと、本件契約は、Y が X との契約締結時に契約していた電気通信サービスを解約して、電気通信サービスを提供する会社を変更することによって費用の節約になるとしていたところ、実際に X が斡旋したのは、本件契約締結当時既に Y が契約していた会社が提供する電気通信サービスまたは同じ会社の別のサービスだったのであり、このことにより Y が [X との契約から何の利益も受けないにもかかわらず] 本件契約の第5条(b)により 15,000 ドルの支払いをせざるを得なくなることを分かっていたこと、したがって、本件契約は、実質的に X に少なくとも 15,000 ドルを保証していたこと、以上のことから、手続的にも非良心的であるとした²⁵¹。

なお、本件は事業者同士の契約であるところ、一般的に、非良心性法理はいわゆる B to B 取引の紛争では認められることは少ないとされている。しかし、本件のように、事業者間取引であるにもかかわらず非良心性法理の適用が認められた事案も、少数ではあるが、近年増加傾向にあるとの指摘もなされている²⁵²。

(4) 家族関係

Knapp (b) は、Marriage of Rosendale, 15 Cal. Rptr. 3d 137 (Cal. Ct. App. 2004) も紹介しているところ、本件はその後上訴され、その結果、カリフォルニア州最高裁判所において破棄差戻しとされたため、ここでは扱わない。

① Potts v. Potts

夫から妻への婚前契約の提示が遅かった（結婚前日であった。）こと、妻は弁護士に相談することができなかったこと、さらにその実質的な不公正さ (substantive unfairness) から、本件婚前契約は手続的にも実体的にも非良心的であるとした。

ミズーリ州控訴裁判所は、非良心性法理につき、ミズーリ州の判例法理により、手続的・実体的という二つの側面があるとし、「前者は契約締結の過程に関するものであり、後者は契約そのものの条項に関するものである」こと、手続的非良心性は、「一般的に契約締結過程に関わり、契約当事者に向けられた高度な抑圧 (high pressure)、契約の細字印刷、不実表示、または交渉の地位の不均衡に着目する」こと、これに対して、実体的非良心性は、「契約における不公正な過酷さに関わる」ことを指摘する。そして、裁判所は、手続的非良心性と実体的非良心性の両方を検討するとし、片方が著しい場合はもう片方は軽度でも良いという「balancing」によって考慮されるとする。さらに、手続的非良心性がなくとも、著しい実体的非良心性 (highly unconscionable, または substantively highly unconscionable) によって契約の強制力を否定することもできるとし、本件において原審は、実体的非良心性を強調しながら両方の非良心性について考慮したとする。

裁判所は、本件においては、本件婚前契約がどのように準備され、署名されたかについて当事者間に争いがあるところ、証拠によれば、本件契約が妻へ提示されたのは結婚前日で、妻は当該契約を見直す時間がわずかしか与えられず、本件契約につき弁護士に相談することもできなかったこと等から、手続的に非良心的であるとし、さらに、本件契約条項によれば、夫は婚姻後に生じた財産の多くを個人財産とすることができるにもかかわらず、妻への財産の分配は[ほとんどなく]、婚姻の間、財産を維持管理することに限られること等から、実体的にも非良心的であると判断した²⁵³。

② Sims v. Sims (2009)

本件は、夫婦の離婚において、財産分与の合意の有効性について争われた事案である。妻はその身体および精神にいくつかの深刻な疾患を抱えており、教育を十分に受けていなかった。原審は、本件合意が非良心的であるとの妻の主張を斥けたが、ヴァージニア州控訴裁判所は、下記の通り、原審の判断には誤

りがあり、本件合意は非良心的であると判示した²⁵⁴。すなわち、「証拠によれば、原審が判示した通り、本件において夫は明らかな行き過ぎや抑圧的な行為を行ったとは認められず、夫が妻との間で、配偶者の援助を放棄し、住居、退職金全額、繰延給与 (deferred compensation) 等、婚姻関係の財産の 100%を夫に譲渡するという内容の本件契約を締結した行為によって、実効性のある援助の手段を何も持たず、文字どおり妻は一文無しになったことが認められる。[しかしながら] 証拠によれば、夫は十分な婚姻財産を保有するのに対し、妻は実際に生活保護や[生活保護者に発行される] 食品配給券を受けている。このように、証拠により、夫と妻の間には、分与される財産につき著しい不均衡があるのみならず、妻が病弱であること (infirmary) 及び[妻には] 金銭の必要性もある。以上が相まって、本件合意は、非良心的となる」²⁵⁵。

③ Snell v. Snell (2010)

妻が、夫の家庭内暴力を理由として、オハイオ州一般訴訟裁判所に対して民事保護の申請をし、同裁判所がこれを認めたため、夫が控訴した。本件夫婦間には婚前合意が締結されており、本件合意によれば、当事者双方が合意した場合を除き、本件合意がいかなる裁判上の行為にも優先すること、裁判所その他の機関において法律上の行為を行わないこととされていたため、夫は、本件合意に基づき、妻は民事保護手続きによる保証を受けられないと主張した。

これに対して、オハイオ州控訴裁判所は、本件合意につき「馬鹿げている (ludicrous)」とし、その強制力を否定した原審の判断を支持し、本件合意は非良心的であり、かつ、明らかに公序に違反していると判示した。控訴裁判所は、非良心性法理につき「(1) 『実体的非良心性』、すなわち契約条項の非合理性 (unreasonable) と、(2) 『手続的非良心性』、すなわち契約当事者それぞれの個別の事情 (circumstances) に照らし、自発的な意思に合致して締結したものではなかったということ」という 2 つの独立した概念から成るとし²⁵⁶、さらに、手続的非良心性は「裁判所が、契約当事者の相対的な取引上の地位、どちらの当事者が契約を起草したのか、契約締結にまつわる個別の事情の下において意思の合致があったのかどうか等を考慮する」ものであり、これに対して実体的非良心性は「契約条項そのものを扱い、かつ、当該契約条項が合理的かどうかという問題を扱う」ものであるとした。その上で、本件において「本件当事者が締結した契約は、被控訴人 (妻) が家庭内暴力を理由に民事保護命令やそのほ

かの救済措置を請求することを妨げるためのものである点において、強制不可能である。」として、夫の主張を斥けた²⁵⁷。

(5) 不動産取引・消費者金融・消費者信用

Knapp によれば、2001～2011 年にかけての 10 年間、銀行による融資（消費者金融）・消費者信用²⁵⁸、及び、不動産取引²⁵⁹における非良心性適用事例の増加が顕著であったという²⁶⁰。合衆国内の多くの地域において居住用不動産市場が事実上崩壊し、これに伴いモーゲージ（抵当権）の強制執行が頻発し、多くの債務者が帳簿価格を下回る市場価格の支払いができなくなった（いわゆるサブプライムローン危機）。Knapp は、このようなケースにおいて非良心性の主張がなされるようになり、その一部ではこの主張が認められたということは、驚くべきことではないとする。そして、「もちろん、このような個別の司法上の介入は、体系的な機能不全の全体に対する治癒となる可能性は低い」としつつ、「しかし、これらのケースは、少なくとも、臨機応変に対応できる知識を十分持っている弁護士たちや反応の早い裁判官たちによって、このような分野において最も弱い立場の者たちに対して救済を与えうることを示唆している」という²⁶¹。

① **Swayne v. Beebles Investment, Inc. (2008)**

X は、生活保護及び年金を受給している高齢の未亡人である。X は、その住居の修理のための資金を得るべく、A らが経営する小規模事業者 Y に接触し、Y の勧めにより、支払い可能な率での再融資を受けられると保証された上で、Y との間でバルーン方式融資の最終残額一括払いによる住宅ローン契約を締結した。その後、本件住宅ローンの支払期日が到来したが、X は再融資を受けることができず、X は、再融資を通して最終的には財産を回復できると保証された上で、Y に本件住居を譲渡した。Y は、本件住居を X に対して 2 年間賃貸した後、Y の関連会社に売却し、同関連会社が X に本件住居を賃貸した。X は Y らに対して、本件バルーン方式融資契約及び本件住居の売却及び賃貸借契約につき、非良心的であると主張して、訴訟を提起した。原審は、X の主張を認め、さらに、Y らには州のモーゲージ仲介人の規制法違反があったとした。これに対して、Y らが控訴した。

オハイオ州控訴裁判所は、非良心性法理の適用につき、Williams 事件判決を

引用し、手続的・実体的非良心性の 2 種類が必要であるとした。その上で、実体的非良心性につき、次のように判示した。すなわち、「本件契約を締結した X は 70 代の女性であり、1972 年以来、家庭の外で働いたことはない。その夫は、夫婦の財政を管理していたが、その 2 年前に死亡している。X はすぐに請求書の支払いや、20 年間居住している自宅の屋根、台所、及び浴室の修理のため金銭が必要であることに気づいた。…Y は、X に月額 1,206 ドルの収入があることを知っていたため、X がバルーン方式融資の最終残額一括払い (balloon payment) の支払いが最終的には不可能となるであろうことを知っていた。したがって、Y が X につき、確実に債務不履行に陥るだろうということを知り、または知っていたはずであり、Y は X を実際そのような立場に追いやった。以上のすべての要素は、実体的に非良心的であることを示している。」

そして、手続的非良心性につき、次のように判示した。すなわち、「本件当事者の相対的な取引的地位は、これ以上ないほど格差があった (could not be more disparate.)。Y と A は、住宅ローンの斡旋業を行っていた。Y は、X に異なる文言で書かれた 2 種類の借用書に署名させることによって、経済事情に精通していない X に付け込んだ。X は経済事情に疎く、最近まで夫が夫婦の財政を管理していたという未亡人である。X は弁護士や経済事情に精通した友人にも相談していない。しかも、X は融資担当者に頼り、その後さらに、A 本人に頼るようになっていた。」「他方で、A は、X につき、財政状態が芳しくないこと、クレジット [融資先としての信用] が悪いこと、財源がないこと、いかなる貸主も X に融資したがること、X がバルーン方式融資の返済ができないであろうことを知っていた。さらに、A は、本件融資についてさえ、X にはその住居に必要な修理のための十分な資金が「全く (no way)』」なかったと証言した。以上の認識にもかかわらず、控訴人らは X が履行できないような住宅ローン契約を締結した。これらの事実から、Y 及び A は、その不均衡な取引上の地位を濫用し、自分たちに都合の良い一方的な契約を締結した。」

以上のことから、オハイオ州控訴裁判所は、原審の判断を支持し、Y らの主張を斥けた²⁶²。

② In re Union Square Associates, LLC., 392 BR 474 (D. Utah 2008).

原告は、訴外破産者との間で、破産者の差し押さえられた不動産を購入する

という売買契約を締結したところ、価格算定のミスにより、70,000 ドル高い金額で購入するという合意を締結した事案において、ユタ州の連邦破産裁判所は、本件売買における売主には何ら行き過ぎ (overreaching) が認めなかったにもかかわらず、本件売買につき手続的・実体的に非良心的であると判断した。すなわち、本件事実は非常に複雑であり、錯誤を誘発しやすく (ゆえに手続的非良心性の一種を示しており)、したがって、本件契約は買主たる原告にとって「不均衡 (lopsided) で不公正で非良心的」であると判示した²⁶³。

なお、balancing・アプローチで紹介した *Sitogum Holdings, Inc., v. Ropes*, 800 A.2d 915 (N.J. Super. 2002). も、モーゲージ以外の不動産取引において非良心性法理の適用を認めた最近の事例として挙げられるが、すでに本稿 III-4 (2) ② (g) で扱ったため、ここでは省略する。

③ *Johnson v. The Cash Store* (2003)

本件は、飲食店に勤めるいわゆるシングルマザーの X と、現金貸付業者 Y との間で締結されたペイデイローン (近年アメリカでみられる個人向けの短期高金利借り入れの一種。) について、非良心的であり無効となるかどうか争われた。

すなわち、X は、Y との間で利息 75 ドルを含む 500 ドルを 2 週間ごとに借りる契約 (本件ペイデイローン) を締結した。この契約は、2 週間後の契約更新時に、X が店舗まで 575 ドルを持参することを条件に、Y から新たに 500 ドルを借り入れるというものであった。したがって、店舗に現金を持参した際、X は 75 ドルを Y に支払うことになる。X はこれを 14 回以上繰り返したが、X が Y に支払った利息累計額が 1,100 ドル (元本 500 ドルの 2 倍以上の金額) を超過したところで、X は債務不履行に陥った。最終的に、X は Y からの要求に応じ、トレーラーハウスを競売にかけ、父親と同居し、600 ドルを支払ったが、20,000 ドルの未払金を負うこととなった。2001 年 11 月 13 日、X は Y に対して、X・Y 間の契約について、高金利が公序に違反し不公正な事業形態がハラスメントを構成するなどの主張とともに、非良心的であり、消費者保護法に違反するとして召喚請求 (summons) を行なった。

ワシントン州上位裁判所における事実審では、Y が審議に現れなかったため、欠席裁判 (default judgment) となり、同裁判所は X の Y に対する三倍額損害賠償 (treble damages) と弁護士費用の請求を認めた。Y は、この欠席裁判を無効と

主張したが、Superior Court of Washington (Spokane County) ワシントン州スポーケン郡上位裁判所は、Yの申し立てを棄却したため、Yは控訴した。

ワシントン州控訴裁判所は、本件における非良心性法理の適用について、手続的・実体的非良心性の両方が必要としているものの²⁶⁴、実際の具体的な事実に適用する際に、どの事情が手続的非良心性にあたるかは明示しても、どの事情が実体的非良心性にあたるかについては、ほとんど明言していない。

すなわち、手続的非良心性については、Xの「本件の消費者金融の合意はあまりにも一方的であり、意味ある選択が欠如していた」との主張、「本件契約条項がYに不合理に有利であり、同条項についてXには交渉力が全くなく、さらに、Xは当該非良心的な条項の重要性を理解していなかった」との主張、及び、利息の利率が過大であるとの主張が該当するとした。

これに対して、実体的非良心性については、上述の利息の利率が過大であるとの主張に関して、裁判所は、Nelson, 127 Wash.2d at 132, 896 P.2d 1258. を引用した上で、カッコ書きで、「裁判所は著しく過大な金額が契約を非良心的なものとする」と述べるにとどまっているが、これは、この記述の後にある、ペイデイローン一般についての危険性の指摘も考慮すると、本件契約がペイデイローンであったこと自体から、実体的非良心性を示唆する事情が顕著な事例であったと考えているものと思われる²⁶⁵。

④ Payday Loan Store of Wis., Inc. v. Mount (2011)

本件は、ペイデイローンの年利1,000を超える高金利につき、ウィスコンシン州消費者法 (the Wisconsin Consumer Act; WCA とする。) の下で非良心的といえるかどうか争われた事案である。当事者は、利率の制限を規定していないWCA上、特定の利率について非良心的と言えるかどうか、WCA上、何らかの利率を非良心的と認めることがあるとした場合、本件契約における利率が非良心的と言えるかどうかについて争った。

2008年から2009年の間、現金貸付業者Xと消費者Yとの間で個人向けの短期間のペイデイローン契約が締結された。本件契約の年利は446%から1138%にまでわたった。

2009年、Yが債務不履行に陥ったため、XはYに対して残代金の支払いを請求した。これに対してYは、上記の通り、XのWCA違反等を主張した。

Yは、summary judgment (正式事実審理を経ないでなされる判決) の手続き

を申し立てたところ、ウィスコンシン州上位裁判所は、本件契約における利率は非良心的であると判断したため、Xが控訴した。

本件において、ウィスコンシン州控訴裁判所は、WCA上、特定の利率について非良心的といえるかどうかについては、立法上の問題であり、同裁判所では判断できないとして、上級裁判所の意見確認をすべきとしたが²⁶⁶、ウィスコンシン州最高裁判所²⁶⁷は、これを棄却した。

⑤ Checking Account Overdraft Litigation (2010)

Xらが、口座を有しているY銀行に対して、Yがデビットカードの使用において残高不足となった際にかかる手数料として過大な金額を徴収していると主張し、懲罰的クラス・アクション訴訟を提起した。

Xらの主張の法的根拠は多岐にわたるところ、非良心性法理に基づく主張に対して、Yは、コモン・ロー上の非良心性は積極的抗弁としては使えず、相手方からの主張に対する抗弁として主張できるのみであると反論した。

フロリダ州の連邦地方裁判所は、Xらの非良心性法理に基づく主張を認めた。すなわち、Yらの上記主張に対して、Xらは、「裁判所はそのエクイティ上の権限を行使し、契約条項及びその行為態様が非良心的であると宣言的判決 (declaratory decree) をなすことができる」との主張を行い、さらに、Xらは、「裁判所が当該契約条項や行為態様が非良心的であると認めた場合、裁判所は銀行が以前強制していた契約条項につき損害賠償を認めることができる。」との主張も行った。

これに対して、裁判所は、次のように述べた。すなわち、「Xらの議論の方がより説得的である。残高不足の際の手数料に関する条項が非良心的であると認められた場合、裁判所は適切なエクイティ上の救済を与える権限と裁量を有する。さらに、非良心的であるとの宣言は、Yらが強制力を求める契約条項の法的地位にも影響し、これにより、Xらが主張した他の訴因 (cause of action) の検討にも影響する。最後に、Yは本件契約を擁護する主張を行う上で正しいと思われる。一般的に、非良心性は、積極的抗弁としてではなく、契約への [通常の] 抗弁として主張されるのが適切である。しかし、本件は通常の事案とは異なる。本件のような事実の下における通常の事案とは、消費者が明らかにその講座からの引き落としを過剰に行い、銀行が残高不足の処理のサービスを行い、それから銀行がそのサービスの手数料を顧客に要求する、というものであろう。

そして、顧客がこの手数料の支払いを拒んだ時、銀行が顧客を契約違反として訴え、この時に、顧客は当該契約の矯正に対する非良心性の抗弁を主張することになる。しかしながら、本件においては、銀行は、すでに顧客から手数料を受け取っているため、訴えを提起する必要がなく、銀行はただ消費者の口座から手数料を引き落とすだけである。このように、[本件では]顧客には手数料未払いに対する抗弁としての非良心性の主張を行う機会がない。これを行う唯一の機会、手数料の支払いがなされた後に、顧客側から訴えを提起することである。以上のことから、本件事実の下においては、Xらが非良心性の主張を行うことが認められる。」

以上を踏まえ、同裁判所は、非良心性法理の適用には、手続的及び実体的な非良心性が必要であるとした上で、Xは「取引に精通しておらず、交渉力の点においても[Yとの]格差がある」こと、「膨大な定型約款の文言」、XがYと「交渉する有意義な機会」を全く持たなかったこと、さらに、銀行が、残高不足の際の手数料に関する合意を拒否することができたことを顧客に知らせなかったこと等から、手続的な非良心性を認めた。そして、同裁判所は、本件デビットカード契約の仕組み、及び、それが顧客の残高不足の際の処理にかかる費用やリスクに見合うものとして取引上の合理的な関連性を有しているとは認められないこと等から、実体的にも非良心的であるとした²⁶⁸。

5. 非良心性の新たな展開・今後の展望

非良心性法理は、今後どのような展開を見せるのだろうか。判例学説上、有効な契約法上の抗弁としての地位を確立していくのか、それとも、一部の学説から絶えず批判されてきたように、その曖昧さゆえに廃れてしまうのか。以下では、非良心性法理の最近の運用・活用状況を概観し、非良心性の今後の活用可能性や動向について、考察してみたい。

(1) 仲裁条項の有効性と連邦仲裁法

既に述べたように、近年、特に1990年以降、非良心性をめぐる議論の動向の特徴として、仲裁条項（多くの場合、消費者契約における）の有効性を争う場合において、条項の無効を主張する当事者がその抗弁として非良心性法理を用

いる事件が増加していることが挙げられる。そして、これらの事件の一部は、合衆国最高裁に上訴され、2011年以降、その判決が順次公開されている。

これらの判決のうち、非良心性と疑われる仲裁条項をめぐる合衆国最高裁判決として重要なのは、2011年の *Concepcion* 判決 (*AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (2011)) であろう。これは、大手携帯電話会社とその顧客との間で締結した契約における、クラス仲裁放棄条項（クラス（団体）を結成して行う仲裁手続き、すなわち、仲裁におけるクラス・アクションを行う権利をあらかじめ放棄する条項である。）の有効性が争われた事案である（原告である消費者は、もともと、被告電話会社に対して、広告内容に虚偽があるとの訴えを提起しようとしたが、仲裁条項により、仲裁手続きに服することを強制されたため、これを不服として、同仲裁条項の有効性を争ったものである。）。カリフォルニア州の裁判所は、同州の判例法理（*Discover Bank v. Superior Court*, 36 Cal.4th 148 (2005).）において示された法理である。事件名から、*Discover Bank* ルール等と呼ばれる。附合仲裁契約の有効要件として、クラス仲裁手続が実際に消費者にとって利用可能であることを要求している。）の適用により、本件仲裁条項につき非良心的であると判断した。これに対して、被告会社から上訴を受けた合衆国最高裁は、上記カリフォルニア州法（法理）は連邦仲裁法（the *Federal Arbitration Act*; FAA）に違反しているとし、州法は連邦法に劣後するという連邦法の専占（*preemption*）に当たるため、同州法は無効であると判断した。

このように、*Concepcion* 判決は、カリフォルニア州法上、確立していた非良心性法理が、仲裁手続きの促進を趣旨とする連邦法に反することを理由として、合衆国最高裁によって無効とされた事件である。その内容は、連邦最高裁の現在の立場として、連邦仲裁法を根拠として、仲裁手続きを利用を最大限に尊重すべきこと、このことは、州法レベルで確立された非良心性法理よりも優先されるべきことを明らかにしたものだといえる。

Concepcion 判決のもたらした影響力は大きく、（たとえば、同判決について「現存する、あるいは潜在的な消費者・労働者によるクラス・アクションの事案を一掃するような *tsunami*（津波）」であると表現しているものがある。Jean R. Sternlight, "Tsunami: AT&T Mobility LLC v. Concepcion Impedes Access to Justice" 90 Or. L. Rev. 703, 704 (2012).）、また、*Concepcion* 判決に言及した文献数も多数にのぼる²⁶⁹。

さらに、同判決を皮切りに、仲裁手続きを保護・推進すべきとの立場から、

クラス手続きで行う仲裁をあらかじめ放棄・排除する条項等を、非良心性等を理由に無効と判断した州裁判所の判断を覆すという合衆国最高裁の判決が相次いでいる。すなわち、*Concepcion* 判決から2年後の2013年には、合衆国最高裁は、*Italian colors* 判決²⁷⁰において、州法ではなく別の連邦法（独占禁止法）によって消費者に保障されている権利を制限する仲裁条項についても、*Concepcion* 判決およびFAAに全面的に依拠し、有効と判断した。

さらに2年後、2015年の*DIRECTV* 判決²⁷¹では、*Concepcion* とは異なる種類のクラス仲裁を禁じる仲裁条項が問題となった。同事件は原審裁判所であるカリフォルニア州の裁判所が、*Concepcion* 判決で無効とされた*Discover Bank* ルールに依拠していたが、この点について、合衆国最高裁は、「仲裁に好意的な連邦の政策方針を十分に尊重していない」とし、FAAに違反すると判示した。

以上の一連の判決からは、何よりもまず合衆国最高裁の仲裁手続き促進の方針が明らかであること、および、この方針のもとでは、仲裁条項が非良心的であるという州法レベルの判断は排除される可能性が高いことが明らかであろう²⁷²。

(2) EUにおける注目

① EU法との接点の探求

アメリカにおいて、外国の、特に大陸法を有する諸外国の法制度を対象とした研究や、これらを意識した研究等は、いまだ少ないのが現状である。しかし、最近の研究において、アメリカの非良心性法理とEU法における不当条項規制との接点について言及するものがある。

例えば、JEAN BRAUCHER, *Unfair Terms in Comparative Perspective Software Contract*, in *COMMERCIAL CONTRACT LAW*, 360 (Larry A. DiMatteo et al. eds., 2013). では、不当な契約条項の効果的な規制の要請は、「今後も続いていくべき」であるとの立場を前提に、不当な条項の規制に関するルールであるアメリカのALI (American Law Institute) によるソフトウェア契約に関する法原則 (the Principles of the Law of Software Contracts. 以下、「ALI原則」とする。) と、同じく不当条項に関するEUの不当条項指令とを取り上げ、これらアメリカとヨーロッパにおける二つのルールが「互いに学び取るものがある」、二つのルールを混合したものが、それぞれが単体で果たす役割よりも、「より良い[不当条項の規制のた

めの] 監督 (oversight)」として機能するとして、二つのルールの比較検討を行なっている²⁷³。

ALI 原則は、その非良心性に関する記述において、まず EU 指令における不当とみなされるおそれのある契約条項のグレーリストについて言及している。この点に関して、Braucher によれば、ALI 原則は、EU 指令のアプローチを「実体的非良心性の審査のようなもの」とみなしているとする。しかしながら、これに対して、Braucher は、EU 指令はその附則 (Annex) のグレイ・リスト条項及び行為において、契約締結過程にも注目していると指摘する。その附則によると、「消費者が契約締結前に熟知 (acquainted) する実際の機会がなかったような条項について、当該消費者を拘束する」ことに対して、不公正との疑いがあることが示されている。Braucher は、これは、ALI 中の高度な情報開示 [advance disclosure] 及び能動的な合意に関する条文のアプローチに似ているとし、また、EU 指令は、契約条項が「平易で理解しやすい言葉」であることを要求しており、これは ALI の「合理的で理解可能な」開示の要求に似ていると指摘する。

以上のことから、Braucher は、EU 指令も ALI 原則も、「契約締結過程と契約内容の両方の規制に注意を向けている」とする。Braucher によれば、契約締結過程に関する規制ルールは、「売買契約の条項を有効かつ理解可能なものとするもの」であり、これらは「少なくとも最も取引に精通し取引に強い関心を寄せる者にとっては、悪い取引を回避するため、契約締結の相手を選ぶ際に、有益で理解可能なものにする」という。また、Braucher は、上記のような取引に精通した契約当事者の場合、同じような顧客同士で過酷な条項についてインターネット上のブログ等で議論することも可能だとも指摘する。そうすると、契約締結過程における「高度な情報開示が必要となる」が、Braucher は、これだけでは「不当な条項を規制するには不十分」であるため、「条項の内容 (substance) への規制も必要」であり、このような認識を、ALI 原則も EU 指令も共有していると指摘する。

② EU における非良心性への注目²⁷⁴

EU 諸国において非良心性を研究する動きも見られる。たとえば、MEL KENNY, JAMES DEVENNEY AND LORNA FOX O'MAHONY, UNCONSCIONABILITY IN EUROPEAN PRIVATE FINANCIAL TRANSACTIONS, Cambridge (2010). は、欧州における非良心性とその類似概念について、特に金融取引の分野において、検討・分析を行うもの

である。同書が収録する論文は、2008年9月8～9日にダーラム大学で開催されたカンファレンス「ヨーロッパにおける非良心性の概念化」での成果を元にして²⁷⁵。このカンファレンスは、「信用取引と債務：ヨーロッパにおける脆弱な当事者の保護」というプログラムの中の、最初のイベントとして開催された²⁷⁶。

同書において、非良心性は「多面的概念 (multi-dimensional concept)」であり、「各国の契約法の多重な文脈上の状況 (polycontextual environment)」において現れ、「様々な文脈における脆弱な当事者を保護するための手段」として用いられると表現され、さらに、非良心性は「消費者、家族、非商人間〔非専門家〕の取引において様々な形で現れる」という²⁷⁷。

もちろん、unconscionability という言葉または概念は、英米などのコモン・ローに特有のものではある。しかし、同書によれば、unconscionability という言葉そのものは、コモン・ロー、大陸法を問わず、EU諸国において広く知られており、少なくとも、同書の執筆者として名を連ねる EU 諸国の研究者たちは、unconscionability と類似または同等とみなされる法理が大陸法諸国にも存在しているとの認識を共有しているようである。

同書によれば、非良心性またはこれに相当する概念の捉え方に関して、コモン・ロー及び大陸法には次のような違いがあるという。すなわち、「コモン・ローの法学者たちは、自動的に非良心性を、契約自由概念の最も重要な例外という、私法上の問題と理解する。少なくとも伝統的には、契約自由の核心部分は、この原則に対する例外は避けられるべきであり、または、最小限に抑えられるべきであるという前提を導き出す。〔これに対して、〕大陸法の法学者は、〔コモン・ローの〕非良心性に相当する概念、たとえば、ドイツ法における道徳 (good moral; gute Sitten)、オランダ法における誠実義務 (good faith; jkheid en billijkheid)、および錯誤 (mistake; dwaling)、フランスにおける法理として形成された契約上の不公正〔の法理〕、消費者保護及び契約締結前の詐欺 (la r eticence dolosive) などを、ある特定の状況では、脆弱な当事者を完全な契約責任を負わせることから救い出すものとして理解する傾向がある。²⁷⁸」

さらに、より直接的に、非良心性と特定の国の条文との関連性を指摘する論考も存在する。たとえば、2016年に改正されたフランス民法典の1195条および1171条が、「少なくとも一見すると、いくらかアメリカ法の影響を受けている」と指摘し、このうち後者は「合衆国における非良心性法理との対比を促す」とするものとして、Charles R. Calleros, *U.S. Unconscionability and Article 1171 of the New French Civil Code: Achieving Balance in Statutory Regulation and Judicial*

Intervention, 45 GA. J. INT'L & COMP. L. 259; C. CIV. art. 1171 (Fr. rev. 2016). がある
279。

(3) アメリカ国内での議論の現在

最近（2015 年前後）の非良心性の議論状況として、例えば、Westlaw によれば、タイトルに *unconscionable* または *unconscionability* を含むアメリカ国内のロー・レビューを検索すると、2015 年前後も、毎年 10 件弱の論考が該当する。これらの論考は、分析対象とする分野や範疇が多岐にわたるため²⁸⁰、共通の傾向を見出すことには慎重にならざるを得ないが、少なくとも次の 2 点は指摘できよう。

第 1 に、非良心性の解釈・適用一般について書かれたもののほとんどは、非良心性という概念が持つ曖昧さ・不明瞭さを認識した上で、そのことを否定的にのみ捉えるのではなく、一定の価値を認め、あるいは、むしろこのような曖昧さ・不明瞭さの性質から、同法理のさらなる運用・活用の可能性を示唆するという立場をとっている。

第 2 に、数は少ないが、非良心性という概念・法理そのものの捉え方について、現代的な分析を加え、新たな視座の提示を試みるものがある。これは、非良心性の持つ曖昧さ・不明瞭さを克服しようとする試みと考えられる。

① 曖昧さ・不明瞭さの承認と今後への示唆を行うもの

非良心性の曖昧さ・不明瞭さを承認した上で、今後のさらなる運用・活用のための示唆を行う最近の論考としては、下記のもの挙げられる。

まず、Jeffrey L Harrison, *Quality of Consent and Distributive Fairness: A Comparative Perspective*, in *COMPARATIVE CONTRACT LAW: BRITISH AND AMERICAN PERSPECTIVE* (Larry A DiMatteo & Martin Hogg eds., 2016). では、近年のアメリカの裁判所の傾向として、「少なくとも表面上、合意の有効性を評価する法理を適用することによって、契約の『実質的な公平性』を問題にしていかどうか」について論じている。この中で、著者は、「直近のおよそ半世紀もの間、アメリカの裁判所は、公平性の問題を直接扱う方法として、非良心性に頼ることができた。」という²⁸¹。

著者によると、2000 年から 2013 年に公表された判例の分析を行った結果、「契

約における給付の不均衡という問題は、21世紀においては、意思能力 (capacity)、強迫及び不当威圧に基づいて判断を下した判例の中ではそれほど大きな役割を果たしていない。」という。つまり、アメリカの裁判所は、最近の判例を見る限り、契約において給付の不均衡があった場合、意思能力の欠如や強迫または不当威圧を認めるとの判決を下すという傾向があるわけではない。そして、「いくつかの事案においては、当事者の地位や背景的事情が、実際の取引 [の経緯] と同等の影響を持つ。おそらく、[契約の有効性には] 相当な約因 (adequacy of consideration) は必要ないという原則との衝突を避けようとするあまり、契約がもたらす利益の分配の著しい不均衡でさえも、合意に何らかの問題があるという<証拠>となるにすぎない」。しかしながら、だからといって、給付の不均衡もしくは利益の分配という問題が、合衆国の契約法分野において重要でなくなったわけではなく、「従来、意思能力、強迫及び不当威圧といった法理の下で検討されてきたことは、今日、非良心性法理や特別立法によって対処されている」という²⁸²。

このように、給付の不均衡や契約によってもたらされる利益の分配等に代表される、契約の公平性という問題は、現代においては非良心性法理の問題として処理されているという。このことはただし、「多くの非良心性の事案は、強制的な仲裁手続 [を規定する条項] に関するものである」という点に注意を要する。著者の調査により収集された非良心性の事案 (377件) のうち、約48% (189件) が、仲裁条項に関するものであったという。著者は、このように仲裁条項の問題に非良心性が多用されることについて、「原因は確定できない」としながらも²⁸³、仲裁条項の利用が増えるほど、当該仲裁条項の有効性を争うために非良心性の利用が促進されるだろうことは明らかであるとし、他方で、意思能力、強迫及び不当威圧といった従来契約法理の利用がなくなることもないとして、非良心性の利用の促進と従来契約法理の利用は「両方とも機能する」と述べている。

このように、著者は、契約の公平性に問題があることを理由に、裁判所が契約に介入する場合、従来は、意思能力、強迫及び不当威圧の法理を適用していたこと、より最近の傾向としては、上記のような場合、非良心性法理が新しく根拠されるようになったこと、特に、仲裁条項での適用事例の増加を指摘する。

結論として、著者は、「[アメリカの] 裁判所は、特に、[契約が不当であると] 主張する当事者の背景事情や地位から、当該当事者は [自分の力で] 相手から

の抑圧に打ち勝つ能力があったことが認められる場合には、これら[意思能力、強迫及び不当威圧]に基づいて契約に介入することを好まない。[ただし]これには重要な例外があり、それは、当事者間に信頼関係がある場合である。[さらにいえば]契約への介入が実際に生じた場合、それは、非良心性の名の下で行われることが徐々に増えてきているようである」と述べている。

次に、Colleen McCulough, *Unconscionability as a Coherent Legal Concept*, 164 U. PA. L. REV. 779, 780 (2016). では、非良心性の曖昧さを認めた上で、非良心性法理が、より一貫した法的概念へと変化しつつあると指摘する。著者は、最近の裁判所による非良心性の附合契約への適用事例を見てみると、非良心性の中から構造的で「明確な」ルールにも似た意味が生じてきており、これは同法理の曖昧さを緩和するものであるという。具体的には、「合理的な人間で、申込みを受ける立場にいる者ならば、当該契約の意味を知ることができないことを、申込者が理解するはずであると言う合理的な理由がある場合には、申込者は、その相手方に対して、合理的な人間ならば予見できない条項や、仮に予見できたとしても、申込みの相手方と同じような立場にいる第三者に負担を強いるような条項を押し付けてはならない。」と定義できるという²⁸⁴。著者によればこの定義は予見可能性を提供するのみならず、コモン・ロー体系の中にすでにうまく適合しており、現在全米法律協会 (the American Law Institute; ALI) が編纂作業中の第三次契約法リステイトメント (third Restatement of Contracts) にも役立つという²⁸⁵。

そのほか、Melissa T. Lonegrass, *Finding Room for Fairness in Formalism—The Sliding Scale Approach to Unconscionability*, 44 LOY. CHI. L.J. 1 (2012). では、非良心性法理のスライディング・スケール²⁸⁶の有用性を改めて評価した上で、この手法の効果を最大化するための提言を行っている。

以上のような論考が存在することから、現代のアメリカにおいて非良心性法理は、かつての批判にもかかわらず、一定の評価を得ており、今後の活用に向けて前向きに捉えられているといえるのではないだろうか。

② 非良心性の本質に関する新たな指摘

非良心性という概念・法理の本質を、そもそもどのように捉えるべきかという問題意識から書かれた最近の論考としては、Nicolas Cornell, *A Complainant-Oriented Approach to Unconscionability and Contract law*, 164 U. PA. L.

REV. 1131 (2016). が挙げられる。

同論文において、著者は、まず、道徳に基づくルールと契約法のルールとの関係を論じる。そして、著者によれば、契約法は、基本的には、道徳とは別個の、独自の目的に基づいて作られた国家の制度であるとし、両者は区別すべきではあるが、そうかといって全くの無関係というわけではないとの立場をとる。

次に、著者は、非良心性の分析において、*the doctrine of substantive unconscionability*（実体的非良心性法理）という表現を用い、非良心性法理を適用した過去の判例が、手続的非良心性のみでは契約条項が無効であると判断することができない、つまり、実体的非良心性を加味して初めて契約条項が無効であると判断できる判例がほとんどであるとし、このことから、非良心性の核心部分は実体的非良心性であるとする。なお、著者の定義では、実体的非良心性法理とは、「契約当事者自身が、問題となっている契約（条項）について、意識的かつ自発的に締結されたものでなかったとの主張を行わずとも、当該契約（条項）を強制不可能としうる法理」であるという。そして、このような（実体的）非良心性法理の核心部分について、著者は、相手方の債務不履行責任等を追及する場合、それに先立って、その者自身が何らかの悪い行為を行っていた場合には、その者は、相手方に対して不服を主張（ここでは、債務不履行責任の追及等）する根拠・権利を失うという論理であると捉えている。

上記の学説は、道徳と契約法との関係の考察を踏まえ、契約違反等の悪い行為を犯した相手方に不服を主張する場合には、それに値する正当な権利がなければならないという考え方を、非良心性法理の本質の捉え方に応用するものである。著者自身が認める通り、これまでの学説・議論と比較すると、部分的には類似する点があったとしても、基本的には全く異なる新しい立場といえる。このため、同学説が、今後アメリカ国内外でどのような評価を受けるのかについて、注視する必要がある²⁸⁷。

(4) 今後の展望

以上を踏まえると、非良心性の今後の展開としては、次の点を指摘できよう。

第 1 に、各州の裁判所において、非良心性は、すでに詐欺・強迫などの他の一般の契約法理と並ぶ法理として定着しつつあるものの、実際にその主張が認められるかどうかについては、否定的な見解もあり、必ずしもその主張を行う

当事者にとって強力な救済手段となっているとまではいえない。また、合衆国最高裁において、各州で特定の仲裁条項が非良心的と判断されたことが、連邦仲裁法に違反するとの判決が相次いでいることも、非良心性法理の発展という観点から見れば、逆風ととらえることもできる。しかしながら、学説においては、このような状況を過度に悲観する見解はみられず、むしろ、明確に詐欺的な取引であると呼べないがその疑いがあるような契約の規制法理として、時代の変遷とともに現れる様々な契約類型や個別の事案において積極的に活用しようという姿勢がみられる。実際、そのような現代的な契約類型・分野のひとつが、仲裁条項であったのであり、それは、先述の合衆国最高裁判決によって、収束に向かっていると考えられる。

第2に、ヨーロッパ、特にEUにおける非良心性の研究の進展の可能性である。上記に紹介した通り、EUにおいて、非良心性を消費者保護機能を有する法理の一つと捉え、これを検証する動きが見られたこと、及び、コモン・ロー体系と対置される大陸法体系の中に、非良心性と類似あるいはこれに相当する概念が存在するとの指摘がなされていることから、今後、比較法の観点からとらえたアメリカの非良心性法理という、新しい視座が得られる可能性がある。

最後に、先述の Knapp による、非良心性法理の今後の進展・発展の予想について下記に紹介する²⁸⁸。これは、非良心性法理の曖昧な性質を踏まえた上で、今後の可能性を予測した表現として、興味深い。

「20年前 [1990年代前半頃]、非良心性法理は法律学のいわば僻地に追いやられたかのように見えた。それは、ある論者の言葉を借りれば、『契約法の招かれざる連れ子 (disfavorable stepchild of contract law)』であった。しかしながら、それから10年後、事態は予想もしない方向へ向かい、非良心性は、司法及び附合契約における企業側の起草者の責任をますます後退させようという合衆国最高裁からの圧力に対する、--おそらく唯一の有効な--対抗手段として、アメリカの判例法のメインストリームに引き戻されたのである。

さらにその10年後の新しい世紀において、合衆国最高裁は、仲裁に関して、合衆国議会だけが改善することができるものであるとし、今後も [司法及び附合契約における企業側の起草者の責任をますます軽減させようという合衆国最高裁の] 圧力をかけ続けることを決定したことが明らかであろう。したがって、非良心性は、束の間の陽の光を浴び、そして再び法律学の僻地の影へと遠のい

ていくのかもしれない。

しかしながら、必ずしもこうなるとは限らない。非良心性法理は、強制的な仲裁が問題となる領域においてより重要であると考えられていることから、一部の論者は、この分野での同法理の発展の中に、契約法一般において非良心性が演じる役割が拡張され、より大きく評価されるようになる可能性の種が見出されるとする者もいる。例えば、Jeffrey Stempel は次のように述べている。

新しい21世紀における、仲裁条項の問題に対する多くの裁判所の答えは、より尊重されより広く頻繁に利用されるに値するような、古くからの法理の再発見と再活性化であった。非良心性の概念の継続的な利用は、一般的に契約法に見合う。...非良心性の再発見は、最高裁の仲裁に関する形式主義のギザギザした角を丸くし、司法制度と仲裁制度をより効果的なものにしてきた。『仲裁と非良心性 (the arbitration-unconscionability)』の経験は、比較的不自然でないバージョンの非良心性の概念が、仲裁条項とその他の契約条項のために、契約の解釈の問題に貢献し続けるべきである、ということを示唆している。

非良心性法理が、仲裁法の分野で今後も実際に貢献し続けるかどうかは明らかでない。これは、連邦下級審裁判所と秋の〔訳者注：合衆国最高裁の会期が9月に開始することを踏まえた表現と思われる。〕裁判所が影響を及ぼすことであって、〔外部が〕コントロールできることではない。しかしながら、その契約法一般にとっての重要性に関して言えば、その兆候は期待を持たせるものである。すでに最近の裁判例が示しているように、非良心性の理念 (concept) は、U.C.C. § 2-302 の、動産売買という適用範囲からはみ出して成長し、U.C.C.を先行し、かつ超越する理念として認識され、コモン・ロー一般としての役割と、特に消費者契約における行為の法律上の制限においてますます適用される理念としての役割を演じてきた。おそらく新しい世代の法律家と裁判官は、再び非良心性の理念の中に、経済的効率を社会的正義と道徳的な良識 (a moral decency) によって緩和させる手段を見出すであろう。」

VI. Inequality of Bargaining power とは何か

1. 問題意識および分析手法

(1) 問題意識—Inequality of bargaining power 及び「交渉力不均衡」

とは何か

本稿では、すでに、非良心性法理について、契約の内容規制の法理であるにもかかわらず、その適用には、解釈上、当該契約の内容そのものの非良心性（実体的非良心性）のみならず、当該契約の締結過程の非良心性（手続的非良心性）も必要とされること、これら 2 種類の非良心性は、原則として必ず両方揃わなければならないとされてきたこと、このことは、balancing・アプローチによって、基本的には厳守されてきたこと、及び、balancing・アプローチは、どちらかといえば手続的非良心性の認定をしやすくする機能を果たしており、このことから、balancing・アプローチは、あくまで契約内容に関する非良心性と契約締結過程に関する非良心性の両方が必要であるという原則を貫徹する機能を有していることを指摘した。その上で、このようにbalancing・アプローチを用いてまで厳格に要求される手続的非良心性とは何かを検討するに、手続的非良心性の中心部分をなしているのは、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡があったこと、すなわち、inequality of bargaining power であると指摘した。したがって、非良心性法理は、手続的非良心性の審査を通して、契約当事者間に inequality of bargaining power があったかどうかを審査しているといえる。

inequality of bargaining power とは、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡 (disparity; inequality) があることが、当該契約に司法が事後的に介入することの正当化根拠となるという考え方である。Inequality of bargaining power について、我が国では、一般的に、交渉力不均衡との訳語をあてられている。また、inequality of bargaining power 及び交渉力不均衡は、消費者契約法 1 条にいう交渉力の格差とも同義と捉えられていると思われる。ただし、後述のように、アメリカの bargaining power は、単純に契約当事者間で議論・協議するという意味での bargaining power（これを、仮に「negotiate する能力としての bargaining power」

とする。)と、当事者の立場の強弱や、より抽象的・一般的な「力関係」を意味する bargaining power (これを、仮に「契約当事者の力関係を意味する bargaining power」とする。)とを包摂しているため、厳密には、ネゴシエート(negotiate)のみを連想させる「交渉力」という訳語では、捉えきれない概念である。もっとも、本稿では、我が国の慣例に従って、bargaining power を「交渉力」と訳すこととし、文脈により、原語である (inequality of) bargaining power も使用することとする²⁸⁹。

そして、上記の用語法に従い、本稿では、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡があることが、当該契約に司法が事後的に介入することの正当化根拠となるという考え方、すなわち、アメリカにおいて disparity of bargaining power または inequality of bargaining power と表現される考え方を、「交渉力不均衡法理」と呼ぶこととする。

では、「交渉力不均衡法理」とは何か。本章では、アメリカにおける inequality (または disparity) of bargaining power をめぐる議論を概観する。

アメリカでは、従来、非良心性法理の研究において、inequality of bargaining power に言及されてきた。それらの多くは、上述のように非良心性には手続的・実体的という 2 種類の非良心性があること、そして、手続的非良心性として多くの判例・裁判例では inequality of bargaining power が指摘されてきたことを論じるというものである。しかし、近年、非良心性とは独立に、あるいは、非良心性と関連付けた上で inequality of bargaining power に着目する研究が現れている。実際に、アメリカで inequality of bargaining power を扱った論文を検索すると、1930 年代頃から現在まで、inequality of bargaining power をテーマとする研究が一定の頻度で現れており、特に、2000 年代以降、その傾向がさらに顕著となっている。その詳細をみると、初期の研究は、アメリカ法の中で inequality of bargaining power がどのように機能するかを分析するものが多かったのに対して、2000 年代以降の研究は、“inequality of bargaining power” とは何かという問いに基づき、その実際の機能と存在意義を探求しようとするものが増えている。

ひるがえって、我が国では、周知の通り、inequality of bargaining power に相当する「交渉力 (の) 不均衡」や「交渉力 (の) 格差」といった表現が、法律の議論において随所に現れてはいる。しかしながら、このような表現で表される概念は、その曖昧さも相まって²⁹⁰、その内容や位置付け、実際に果たしている機能などについて、いまだ十分に研究が行われてきたとはいいがたい状況にあ

るように思われる。

以上の状況を踏まえ、本章では、アメリカ法において *inequality of bargaining power* がどのように捉えられてきたのかについて、時系列に沿って学説の整理をし、その上で、主に 2000 年代の学説に依拠しながら、アメリカ法における *inequality of bargaining power* とは何かを明らかにしていきたい。

(2) 分析手法について

Inequality of bargaining power (*unequal bargaining power* と表記されることもある。) に関して、かつてイギリスでは、デニング判事 (Lord Denning) により、非良心性などの法理とは別個独立に、法理として確立すべきことが示唆されたが、このような考え方は、その後の判例によって明確に否定された²⁹¹。これに対して、アメリカでは、判例・学説ともに、*inequality of bargaining power* を独立の法理として捉えるべきであるとの学説が示されたことはない²⁹²。しかし、実際には、*inequality of bargaining power* は多くの判例・学説において、特に、非良心性法理に関する分析の中で繰り返し言及されてきた。さらに、近年、*inequality of bargaining power* そのものを分析対象とした研究も多数発表されており、*inequality of bargaining power* はアメリカの法学分野において注目に値するテーマであると一般的に認識されているものと思われる。

そこで、以下において、アメリカにおける *inequality of bargaining power* に関する契約法を中心とする論考の整理を行う。具体的には、*inequality of bargaining power* に関する論考は、それぞれが対象とする分野や場面が多岐にわたる上、交渉力そのものを分析対象とするものから非良心性など別のテーマの一部として論じるもの等、視点の設定の仕方も論考ごとに異なることから、これら多種多様かつ膨大な論考を体系的に分類することは避け、基本的には、年代順に並べて論じることとする。ただし、年代ごとに、可能な範囲内で論考を大まかな分類（たとえば、契約法関係、労働法関係など）に分ける。

また、文献収集の具体的な方法としては、(1) Hein Online, Westlaw 等の英米法の代表的なデータベースを利用し、“bargaining power” をキーワードとする論考を検索・選定するとともに、(2) 同じキーワードを Current Index to Legal Periodicals (Hein Online 上の電子データ版) にて検索・選定することによって、論考の見落としや偏りを避けた。さらに、(1) 及び (2) で選定した論考におい

で引用・参照されている文献で、“bargaining power” についての重要文献と思われるものも加えた。ただし、利用したデータベースの性質上、1930 年以降の論考に限定されている。

なお、データベースでの検索において、本文中に “bargaining power” が含まれているものまで含めると、該当する論考数が膨大であること、タイトル中に “bargaining power” の言葉が現れていれば、当該論考が “bargaining power” を中心的に論じていることの証左であると考えられること等から、検索条件として、タイトル中に “bargaining power” の言葉が含まれているものに限定した。

2. アメリカにおける inequality of bargaining power

(1) 1930 年代

本研究で採用した検索方法によって、アメリカの論考を検索した結果、“bargaining power” がタイトルに現れる最初の論考は、 *The Significance of Comparative Bargaining Power in the Law of Exculpation*, 37 COLUM. L. REV. 248 (1937) である²⁹³。これは、免責条項の有効性を判断する際、bargaining power を用いることの是非を論じるものである。

まず、著者は、ある特定の一連の行為が行われると、当事者の意図に関係なく、法によって当然に債務が課されるとし、契約における免責条項の問題は、法によって課せられた債務を、当事者の要請によって取り除くことができるのかどうかという問題であるとする²⁹⁴。

その上で、免責条項に関する問題を、より正確に定義すると、ある免責条項が、当該契約が『公序に反する』ことを理由に効力が認められないのかどうかという問題ではなく、契約当事者の希望に従い、彼らの目の前にある契約自由の妥当する制度すなわち契約を、彼ら自身の要求に従って自由に調整することを認めることの方が、契約関係から生じる付随的権利を維持する社会的理由よりも優先するかどうかという問題、ということになるという²⁹⁵。

著者は、「当事者がおおよその対等な交渉関係 (roughly equal bargaining terms) にない場合には、免責条項がめったに認められない」と指摘し、著者の目的は「当事者の相対的な経済的な強さ (relative economic strength) が、契約を有効にしたり無効にしたりする究極の根拠であることを示すことではな」く、当事者

の相対的な経済的な強さが契約の有効・無効を決定づけているという考え方が実際には採用されることが多いことを示し、また、このような考え方について検討を加えることとする。

上記のように問題意識を整理した上で、著者は、(i) 「免責される当事者が優越する地位にいる場合」、(ii) 「当事者（の交渉力）が等しい場合」、及び、(iii) 「免責される当事者が特異な利益を得る立場にある場合」という3つの場合に分け、それぞれ例を挙げて検討を行っている。

著者は、(i)において、雇用契約における使用者は、その交渉力 (bargaining strength) における不平等さから、被用者に対する法的責任から解放されることは認められないとした上で²⁹⁶、同様に、電気・水道・ガス等を提供するような公益企業は、その顧客に対する法的責任を免除されることは認められないのが原則であるという²⁹⁷。ただし、交渉力において優位な当事者が、法律による規制がないことをいいことに、劣位の当事者に、優位の当事者が無制限に法的責任を負うことを保証する代わりにそれに見合う費用の全額の負担を強いることも可能であり、実際に、いくつかの場面においては、優位の当事者が劣位の当事者に対して、金銭的負担をすることなく優位の当事者の無制限の法的責任を保証するという選択肢を与えるという内容の合意をすることができるという。そして、このような合意をすることによって、契約当事者間に人為的に対等な交渉力の関係を作り出すことが可能となるという。著者は、このように、人為的に対等な交渉力の関係が作り出されたならば、免責条項は、ある程度は認められるという。なお、著者は、具体例として一般的な物品運送契約、一般的な乗客運送契約、電気通信会社における免責条項を取り上げている。これらの事例に共通するのは、著者によれば、顧客が事業者（運送人）に対して低価格または合理的な価格の対価を支払うことによって、事業者の完全な法的責任を保証されるという選択肢が与えられているという点である。

次に、著者は、(ii)において、当事者間の交渉力に大きな差がない場合には、法的責任を制限する内容の契約は一般的に認められるとする²⁹⁸。ただし、これには制限と例外があるとする。まず、前者（制限）について、著者は、裁判所の傾向として、特定の原告や被告に着目するのではなく、ある特定の分類の人々に着目し、その交渉力を検討することを指摘する²⁹⁹。そして、著者は、後者（例外）について、裁判所は債務が契約当事者以外の第三者を保護するために課せられる場合には、免責条項の有効性を認めたがらないことを挙げている。

最後に、著者は、(iii) において、多くの裁判所は、**negligence** による責任以上に、**fault** による責任の免除を認めないが、生命保険契約においては異なるルールが適用されるという。すなわち、多くの裁判所は、生命保険契約において、保険業者が取消権、弁護、保険購入時の詐欺による損害の賠償を求める訴訟の提起等を放棄する内容の契約を認めているという。このような契約内容にする実質的な理由について、著者は、保険会社が、徹底的な調査をしてリスクを最小限にするための適切な材料を持っていることを指摘する。そして、知識量などにおいて不利な立場の当事者（つまり、被保険者）は、上記のような契約条項によって適切に保護されるのだという。

著者は、「結論」として、上記(i) ~ (iii) の場合分けによる検討から、いずれの場合においても、それぞれの典型的な免責条項の問題の、ある一つの側面、または複数の側面を強調していること、及び、免責条項に関して明白となっているルールの、より広い分野への適用の拡張可能性を指摘している³⁰⁰。その上で、著者は、相対的な交渉力について、「最も便利な基準」ではあるものの、予測する上で絶対確実な基準を何も提供していないとする。その理由について、著者は、相対的な交渉力という基準は、分類や場合分けが必要であること、特定の当事者の相対的な〔交渉力の〕地位に関わる事実を基礎として経済的に一般化することが困難であることから、個別の事案においてうまく機能しないからであるとする。ただし、新しい社会的問題が生じているところ、これらの問題の核心を理解することによって、より多くの適切なデータを示し、基準を明確にするために真に重要な点について、直接的に言及することも可能になるだろうとしている。なお、著者は、当時の「新しい社会的問題」として、具体的にはガソリン供給契約において、ガソリン供給者が、ガス供給の機器の導入と維持、さらにガスの供給の際における責任が免除される条項の有効性が問われた事案を挙げている。

(2) 1940~50年代

bargaining power は、単なる「交渉力」の他に、労使関係における「交渉」をも意味する。本研究での文献調査においても、**bargaining power** という言葉が頻出するテーマの一つが、労使関係における交渉であった。このような傾向は、特に1950年代末頃から、労働者の団体交渉 (**collective bargaining**) に関する論考

の増加とともに顕著となる。本調査の目的は、契約法を中心とする分野における「交渉力」という意味での *bargaining power* の論考を年代順に追うことであるから、労使関係の交渉の意味での *bargaining power* や *collective bargaining* をテーマとする論考については、検討の対象外であるため、詳述は避ける³⁰¹。ただし、後述のように、労使問題における（団体）交渉をテーマとする論考の中には、労使問題という分野を超えてより一般的に「交渉力」について検討しているものも散見されるようになる。

(3) 1960年代

①非良心性

1960年代は、各州において非良心性の規定を含む U.C.C.の採択が進んだ時期であり、この比較的新しいコモン・ロー上の法理について数多くの論考が発表された。その中でタイトルに "*bargaining power*" が含まれているものは、*Note, Bargaining Power and Unconscionability: A Suggested Approach to U.C.C. Section 2-302*, 114 U. PA. L. REV. 998 (1966). である³⁰²。

同論文は、まず、U.C.C. § 2-302 の公式注釈によると、同条文が「抑圧と不公正な不意打ち」を防ぐために定められたと規定している点につき、この二つ（「抑圧」と「不公正」）は、契約における、力の強い当事者による交渉力の濫用として一般的なものであるとする。したがって、公式注釈に基づく、本条文はすべての「不当な」契約に適用されるのではなく、契約当事者間の交渉力不均衡に起因すると言えるような不当性が見いだされる契約にのみ適用されるという。そして、このことは、前述の *Henningsen* 事件判決や、*Williams* 事件判決からも明らかであるという。

というのも、この二つのケースによれば、「裁判所は、交渉力の優越する当事者が、その優越性を利用して不公正な契約上の利益を得ることを否定する」と言うことを示しており、「交渉力不均衡が、非良心性の判断の必須条件であるべきだ」という考え方は、§ 2-302 と契約自由の原則との関係の分析から理解され得る。」とする。それは、「契約自由原則は、当事者が、その契約において相互に義務を負う価値について、当事者自身が最も良い判断者であるであるという前提に立って」おり、この前提は、「契約が、選択肢の自由と有意義な (*meaningful*) 感覚を持って交渉する合理的な能力を有する当事者間における真実の取引交渉

(bargaining) の現れであるときのみ、実現される。」からだという。しかしながら、「一方当事者の経済的な力が欠如していたり、契約の中身を理解したりすることができないことによって、[結果的に] 真実の交渉力を有しないときは、契約の良心性 (consciousness) は、交渉の問題というよりは、むしろ、強い当事者の慎み (grace) の問題となる。」とし、「この場合、契約当事者がその相互の義務は適切であると真実に合意したという前提は、もはや批判を免れない。この点において、§ 2-302 の基本原則が当てはまるのである。」という。そして、「このように、本条文の目的は、契約自由原則を打ち砕くことではなく、利益の相互性を支える前提が現実のものである場合に制限することである。」とし、「この前提が現実のものでない場合、または、契約が真実の取引交渉の産物でない場合、そして、--この場合にのみ--裁判所は、§ 2-302 のもとで、契約条項につき、その拘束力を否定しなければならないほど非良心的であるかどうかを判断することが正当化されるのである」という。

さらに、上記のような分析によると、裁判所は、契約について、たとえそれが不公正であると思われたとしても、「まず、契約締結時において、一方当事者が、商取引上の必要性という観点からは正当化され得ないような条項を、契約の中に入れてしまう程の交渉力不均衡があったと判断しなければ、契約が非良心的かどうかを判断してはならない」ことを示しているとする。

ただし、この考え方は、「交渉力の要素が欠如している場合 [すなわち、交渉力が不均衡の場合]、裁判所は、常に§ 2-302 のもとではじめから不公正な取引と思われるような契約の強制力を否定しなければならないということの意味するわけではない」とする。また、破産事例を引用し、交渉力不均衡が、逆に、明らかに非良心的と思われる契約を正当化することになる場合があるとし、このことにつき、§ 2-302 (2) がこの可能性を示唆しているという。とはいえ、たとえ交渉力不均衡が非良心的と思われる契約を有効にする方向で働く可能性があったとしても、誠実義務等、U.C.C.の別の規定による手当があるとする。

非良心性の分析という観点から見ると、この論文の興味深い点は、次の点にも現れている。すなわち、「裁判所は、明らかに非良心的と思われる契約を前にした場合において、たとえ、問題の契約が非良心的であると主張する当事者が、その事例特有の事実によって非良心性を立証できるときであっても、その当事者は、そのことに加えて他方当事者にとって明確に何らかの結果 (consequence) を相手方当事者にもたらしたことを示さない限り、勝訴できないと判断するこ

とが出来る。このように、契約が非良心的であるように『見える』場合、たとえば問題の条項が商取引上合理的なものとなり得ても、不公正な不意打ちが、強制不可能な契約であると判断する裁判所を正当化するのである。このような考え方を正当化できるのは、たとえある人が、特定の取引から利益を得ることが出来る唯一の方法が、普通でない程の苛酷な条項に従うことしかなかったとしても、それでもなお、支払わなければならない対価が大きすぎるかどうかを判断する選択肢が与えられている、という考え方である。」。

同論文はさらに、このような考え方を採用すると、次のような別の問題が生じるといふ。すなわち、「開示しなければならない義務の範囲はどこまでか」という問題である。そして、ある契約条項が、特に苛酷に見え、しかし、それが個々の事例固有の事実や状況のもとでは正当化されうるような場合、「契約を支持する当事者が、その苛酷な条項から生じる結果を相手方に開示する適切な手順を踏まなければ、」そのような条項は「強制不可能となりうる」とする。

同論文の主張は、次の3点に集約できるだろう。すなわち、(1) 非良心性の判断には交渉力不均衡が不可欠であるが、これだけが決定的な要素ではなく、また、交渉力不均衡が必ずしも不当な契約を無効にする方向に働くだけではない（その逆もありうる）ということ、(2) 契約内容が明らかに非良心的（不当）な場合であっても、それだけでは足りず、そのような明らかに非良心的な内容の契約によって、相手方に何らかの結果（consequence）をもたらしたことを証明することが必要であること（同論文は、この何らかの結果をもたらしたことにつき、不公正な不意打ち（unfair surprise）であるとしている。）、(3) 苛酷な内容の契約条項を盛り込みたい当事者は、その条項がどのような結果を生じさせるかについて、相手方に開示しなければならないことである。

このうち、特に(1)と(2)は、Williams 事件判決と Leff 論文による一般的な非良心性の解釈、すなわち、手続的非良心性（契約締結過程の不当性で、交渉力不均衡の現れであるとされる「抑圧」や「不公正な不意打ち」に当たるもの）と、実体的非良心性（契約内容そのものの不当性）の両方が必要であるとする解釈にも通じる考え方であると言えるであろう。

②団体交渉（collective bargaining）

60年代から70年代初頭にかけて、コーネル大学の労使関係専門学校（Industrial and Labor Relations School; ILR School）が発行する Industrial and Labor

Relations Review という雑誌において、経済学者の間で、bargaining や bargaining power について議論された。雑誌の発行団体からも明らかなように、当然ながら、これらの議論の多くは労使関係に関するものであり、具体的には、労働組合と使用者とが賃金等の労働条件の交渉をする際、bargaining power がどのように機能するかについて論じるものである。ただし、これらの議論の中で、一部、労使関係の分野を超えて、より一般的かつ普遍的に bargaining power の意義について考察するものが存在する。このような記述について、必ずしも契約法分野の交渉力と直接的な関連性があるとは限らない。しかし、交渉力はもともと労使問題（多くは組合による団体交渉のこと）において議論されてきたテーマであり、その延長線上に、現在の契約法における議論があるとの指摘もあることに鑑みると、契約法とは全く無関係のものであると考えるべきではないと思われる。そこで、以下において、上記論文の内容を概観することとする。

なお、下記に扱う一連の論考は、ある特定の論考と、これに対する同意や批判、疑問の提示等を目的とする論考、さらにこれに対する再反論、補足説明等を目的とする論考のやり取り (Communications) から成っている。

(a) Chamberlain による分析

一連の論文の始まりは、1951年に刊行された NEIL CHAMBERLAIN, COLLECTIVE BARGAINING, (McGraw-Hill, 1st ed., 1951) である。著者 Chamberlain はイェール大学の経済学者であり、本書は、タイトルの通り団体交渉についての包括的な研究書である。すなわち、団体交渉の歴史、性質、問題、団体交渉力の機能等を説明し、団体交渉が、組合の単独の行為や、労働の賃金や条件を決定するプロセスとしてだけでなく、それ自体が権利であるということを論じている。そして、本書の第10章、“Bargaining Power”において、交渉力が取り上げられている。Chamberlain は、bargaining power について、「Aの交渉力とは、Bの、Aが提示する契約条項に合意“する”場合のコストに対する、Bの、Aが提示する契約条項に合意“しない”場合のコストである」とした。すなわち、「Aの交渉力」とは、「Bの、Aが提示する契約条項に合意“する”場合のコスト」と、「Bの、Aが提示する契約条項に合意“しない”場合のコスト」とを比較した結果として現れる格差のことであると定義した。

(b) Industrial and Labor Relations Review における議論

その後、1960年代半ばから、前記 Industrial and Labor Relations Review において、bargain や bargaining power をテーマとする複数の論文が発表された。

まず、Bevars Dpre Mabry, *The Pure Theory of Bargaining*, 18 INDUS. & LAB. REL. REV. 479 (1965). が発表され、これに対するコメントと、Mabry による補足説明が発表された。

次に、Pao Lun Cheng, *Wage Negotiation and Bargaining Power*, 21 INDUS. & LAB. REL. REV. 163 (1968). が発表され、これに対するおおむね賛成のコメントと、批判的コメントが発表された。その後、さらに、それぞれに対する Cheng による補足説明が発表された。

Cheng 論文は、労働契約における賃金の交渉での「交渉力」を論じている。すなわち、「交渉力を論じる論者の間で、交渉力とは何かについての共通理解が存在するわけではないが、この概念に関する複数の解釈には、多くの共通点があることに驚かされる。例えば、Neil Chamberlain は交渉力を次のように定義した。すなわち、『Aの交渉力とは、Bの、Aが提示する契約条項に合意“する”場合のコストに対する、Bの、Aが提示する契約条項に合意“しない”場合のコストである』。〔(略) Chamberlain や Pen、Harsanyi-Zeuthen らによる、交渉力の明示的・黙示的な定義における、実質的な類似点を考えてみると、交渉力が、いかに譲歩 (concession) するプロセスと関連性を持ちうるかについて考えさせられる。我々が考慮しなければならない仮説、そしてその基本的な理論的根拠は次のようなものである。すなわち、当事者は譲歩をするから、その特定の譲歩をすることによってその当事者が期待する実用性は最大化されるのである。当事者が期待する実用性を最大化する理論的根拠を迫及するために、当事者は、その者の現在の要求を明白に叶えられる主観的な確率を評価するための、合理的な基準を求めよう。この合理的な主観的確率という概念に強く関連付けられた交渉力の概念が、絶対的に必要なのである。〕

(c) 小活

上記の議論はあくまで労使関係をテーマとしており、交渉力に関する他の研究との接続や何らかの関連性があるのか等も明らかではない。しかしながら、上記の議論は、労使関係等を超えた一般的議論のようにも読める。特に、アメリカの一部の経済学者により、労使関係を論じる論考において、bargaining power

の意義や定義の探求が行われていたという事実自体、曖昧で明確な定義がないとされる (inequality of) bargaining power の意義を探求するという本研究の目的に照らして、指摘しておくべき重要な点であると思われる。また、これらの研究において、譲歩 (concession) が重要な用語として論じられ、より具体的には、bargain とは concession (譲歩) を目指し、あるいは、bargaining power の結果として concession (譲歩) が達成されるものと捉えられていたことも、注目に値する。さらに、提示した労働条件に対して、相手が合意しない場合のコストの増減、もしくは、相手が合意する場合のコストの増減が、交渉力に関わる (例えば、先の Chamberlain によると、使用者側が労働条件に対して合意しない場合、そのコストが大きいほど、また、使用者側が合意している場合、そのコストが小さいほど、労働組合側の交渉力は大きくなる) との指摘がなされている点も、交渉力を捉える上で示唆を与えうるものと思われる。

(4) 70年代～80年代

①契約法に関するテーマにおける「交渉力不均衡」

(a) Alan Schwartz, Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process, 49 Ind. L.J. 367 (1974)

70年代に入ると、労使関係における bargaining power を論じるものの他に、契約における bargaining power を論じるものが現れる。今回の調査で確認できたものの中で発表年が最も早い論考は、Alan Schwartz, *Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process*, 49 IND. L.J. 367 (1974) である。これ以降、70年代後半から80年代前半にかけて、(inequality of) bargaining power が正面からテーマとして扱われるようになったように見受けられる。

Schwartz は、過去20年間(1950～70年頃)において、裁判所は売買契約における売主の様々な行為を無効にするために交渉力不均衡という概念を使ってきたという。具体的には、まず、カリフォルニア州連邦地方裁判所において、担保や保証付きの債権者が裁判所の審理を経ずに占有を回復することを認めるといふ U.C.C. § 9-502 について、同条文の適用範囲が「交渉力が等しい当事者間における、担保や保証付きの取引に限定されない」ことから、違憲であると判断されたことを挙げる³⁰³。また、合衆国最高裁判所が、裁判所の審理を経ずにフ

ロリダ州とペンシルバニア州における動産占有回復の法律が違憲であると判断したことを挙げている³⁰⁴。この事案では、買主は審理を受ける権利を放棄しているとの主張がなされたが、これに対して同裁判所は、「本件当事者間には本件契約条項について全く交渉がなされなかったのであり、さらに、これらの当事者の交渉力は、同等からは程遠いものであった。」と判示した。最後に、Henningsen 事件判決を挙げ、ニュージャージー州最高裁判所が、新車の売買契約に付された保証条項につき、非良心的であると判示した理由の一つとして、「自動車産業における消費者の交渉上の地位 (bargaining position) の著しい不均衡」を指摘したことを挙げている。

Schwartz は、unequal bargaining power について、ある契約条項が「公序に反する」が、契約当事者が合意することが禁止されるわけではない場合にのみ関係あるものであるとし、これは、言い換えれば、売買契約における売主が不均衡な交渉力を有するかどうかという問題は、「悪い (bad)」条項が買主の合意によって救うことができる (savable; 治癒される) 場合にのみ関係ある、ということになるという。つまり、売主が契約条項を「課し」、それについて買主の合意がなければ、裁判所は当該契約条項を無効にするのだという³⁰⁵。したがって、Schwartz によれば、不均衡な交渉力という概念が提起する中心的な問題点は、仮に合意があった場合には有効となるはずだった当該契約条項が、実際には売主の力によって生み出されたものだったのではないかという点であるという。

Schwartz は、上記のように考えた場合、売主の不均衡な交渉力が存在するかどうかは簡単に説明できるという前提、及び、そのような力 (power. 交渉力) について検討することは、価値中立 (value neutral) なことであるという前提があるとし、これら2つの前提は間違っていると指摘する。Schwartz によれば、「不均衡な交渉力」があるかどうかは、このフレーズがどのような意味なのか、判断決定者 [裁判官たち] が実現を望む価値とは何かという問題に変わる。そして、売主の不均衡な交渉力が存在していたかどうかに関する事実の問題は、解決が非常に難しいものとなりうるという。以上のことから、裁判所は典型的な価値を選ぶことや関係する事実を探ることが制度の構造上できないというのが、Schwartz の主張であるという。

そして、Schwartz は、裁判所は、個々の事案における当事者の関係性について不均衡な交渉力によって特徴付けられているかどうかを検討するべきではない、つまり、交渉力不均衡を紛争解決の考慮要素とすべきではないとする。

Schwartz によれば、裁判所は、交渉力を用いた判断を行うのではなく、当事者間に合意があること、またはないことを推定し、この推定に基づいて判断を行うべきであり、それは、裁判所は一般的に市場が反応しやすい買主の志向や傾向の集合体のみを保護すべきであるからとする。したがって、売買契約における問題は、大まかに言えば、(1) ある契約条項が生み出した結果は、何らかの法的な目的に反しているかどうか (2) もしそうであれば、存在すると推定される買主の合意は、条項に対する法的な非難を回避できるかどうかであるという。

さらに、Schwartz は、買主の合意の推定は司法の「契約への」介入を最小限にするので、好ましいことであるという。というのも、このような司法上の介入は、しばしば無駄に終わるからであるとする。Schwartz によれば、「司法や行政など」公的な力によって、経済的に強力な売主を規制し、彼らを法秩序に沿わせる必要があるところ、裁判所は、各産業のデータを収集することや、複雑な経済的な事象を分析することや、または問題に継続的に注意を向けることができないため、結局効果的な規制ができない。したがって、裁判所は、ある契約条項が実際に交渉力の不均衡によって生じたものであるかどうかについて確信が持てたとしても、その不均衡が提示する問題に適切に対応することができないという。

以上を前提として、裁判所はある契約条項が売主の力の産物であるかどうかという問題に答えることができないことを示し、裁判所は問題となっている条項について買主が合意しているという推定をすべきであると論じ (第1章)、公的な権力の役割は、しばしば単一の「悪い」契約条項を無行為することに限定されず、それらの契約条項を生み出した市場の規制にまで拡張されるが、裁判所は、市場を規制する能力がないことを論じる (第2章)。最後に、Schwartz は、裁判所は今後も長く不均衡な交渉力の概念を使い続け、その適用方法について類型化を試みるであろうと予想し、これによって不均衡な交渉力を使った判断が改善されるであろうとする (第3章)。

なお、Schwartz は、売主の「力 (power)」の源として、優越する知識 (superior knowledge) があると指摘し、この点は一般的によく起こりうることではあるとしつつも、同論文における Schwartz 自身の関心事ではなく、扱わないとしている。同論文は市場の構造から生じる力のみを扱い、これは、すなわち、売主が条項を契約内容に入れ、買主はその条項の効力を理解できても変えることはできないという take-it-or-leave-it に基づく取引のパラダイムによるものであると

いう。

(b) William M. McGovern, Jr., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power, and the Availability of Credit: An Historical Perspective*, 74 Nw. U. L. Rev. 141 (1979)

70年代の論文としては、他に William M. McGovern, Jr., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power, and the Availability of Credit: An Historical Perspective*, 74 Nw. U. L. Rev. 141 (1979) が挙げられる。本論文は、アメリカ法における契約不履行の効果である *forefeiture*（財産没収）について、その制限的利用の傾向の根拠について論じるものである。McGovern は、財産没収の執行が制限されるに至った歴史的経緯を、封建的な土地の契約、担保契約、賃貸借契約、売買契約の4つの契約を素材に論じ、今日、契約が相対的に対等な交渉力を有する当事者間で締結されるものという前提が「フィクション」になってしまったという事実が、財産没収の執行の制限へと法が変化したことの説明になると考えられているとする。その上で、交渉力が不均衡である当事者間の契約は強制されるべきではないという考え方は、歴史上、決して新しいものではないとして、上記の考え方に対して否定的な態度を示している。

McGovern によると、歴史上、財産没収がなされたのは、債務不履行に陥る債務者は同情する余地のない「違法行為者 (*wrongdoer*)」と考えられたからであるとする。これに対して、現代においては、法は、法における「道徳的な悪 (*moral turpitude*)」を考慮しなくなったため、債務不履行が故意によるものか否か、言い換えれば、道徳的な悪と見なしうる債務不履行か否かという点は問題にならないという。そうであれば、道徳的な悪に該当する行為を行った者に対する制裁という性格を有する財産没収は、債務不履行に対する有意義な手段とは言えないということになる。また、このことは、現代における契約が、商取引の促進を第一目的としており、この目的に照らして効率的であると判断されるならば、債務不履行も許されるという考え方によっても支持されるという。そして、財産没収にかわる債務不履行の効果として、コンピューター技術によって、債権者の債務不履行の事実を含む信用情報を、即座に知らせることが可能であること等を示唆している³⁰⁶。

②フランチャイズ契約における交渉力不均衡

1978年、The Petroleum Marketing Practices Act, 15 U.S. Chapter 55 が採択された。この法律は、フランチャイズにおける大企業と中小事業主との間の交渉力不均衡の是正を目的として定められた。Linda J. Haberthur, *Petroleum Marketing Practices Act: Equalizing the Bargaining Power in the Franchise Relationship*, 25 S.D. L. REV. 69 (1980). は、この法律の制定された背景、実際の適用・運用例の概観等について論じている。

フランチャイズ契約は、しばしばフランチャイザーとフランチャイジーとの間に交渉力不均衡が顕著に現れる典型的な契約類型とされている。上記論文は、このことを示す典型的な判決として、Shell Oil Company v. Frank Marinello, 63 N.J. 402, 307 A.2d 598 (1973) を挙げている。

ここで、同判決について概要を簡単に紹介する。同判決は、大手石油会社（シェル石油会社）と、そのガソリンスタンド経営者との間のリース及び取扱店契約（dealer contract; シェルは、ガソリンスタンド経営者たちとの間で、ガソリン供給に関わる設備を貸し出すというリース契約を内容とする、取扱店契約もしくはフランチャイズ契約を締結し、事業を拡大させていた。なお、本判決は、本件取扱店契約は実質的にはフランチャイズ契約であると判示している。）の解釈、及び当該リース契約の石油会社による解除権の行使の有効性が問題となった事案である。ニュージャージー州最高裁判所は、石油会社が、契約の相手方に10日間の猶予期間を与えた後に無制限の解除権を行使し得る条項につき、州の公序に反し、無効であるとし、また、解除のための正当な理由も示されていないと判断した。

同判決は、交渉力不均衡の状態で課された不当な契約は、非良心性を構成し得るという論理を、以下のように表現した。

「... [本件の] 背景的事情を踏まえ、リース契約とフランチャイズ契約が合わさった本件の契約を見ると、シェルが支配的な当事者であり、[本件当事者の] 関係はその相対的な取引上の地位 (the respective bargaining positions of the parties) において、均衡を欠いていることが明らかである。シェルは、あらゆる実用上の目的から、その契約条項を押し付けることができる。ディーラーは、特に、ある一定の期間にわたりガス・ステーションを経営し、営業を行い常連の顧客を確立してきた場合には、本件リース及び取扱店契約の更新時期が到来

したとき、石油会社と紛争を起こすリスクに自らをさらす余裕がない。彼 [ディーラー] にできることは、ただ [契約書にあらかじめ印刷された] 点線の上に署名するだけである。

交渉力の著しい不均衡がある場合、契約自由の原則は成立せず、[当該契約条項は] 一方的なものとなる。このような状況において、裁判所は、明らかに何らかの方法で公序を害することになるような著しく不公正な契約条項について、公序違反であるとして無効を宣言することを躊躇しない。…

[また、] *Ellsworth Dobbs, Inc. v. Johnson*, 50 N.J. 528, 553-554, 236 A.2d 843, 856-857 (1967). では、当裁判所は次のように述べた。

裁判所及び立法府は、故意かどうかを問わず、経験、専門性、[何らかの] 免許や資格 (*licensure*)、経済力、または経済的地位、あるいは相互利益のために作られた組織のメンバーであること、そして教育レベルに基づき取引を行い、そのような専門性、独占的地位、または商業上の取引における事実上の支配力を獲得して 不当な優位性を得た者によって、社会の構成員に対する押し付け (*imposition*; つけこみ) となることにつき、敏感になってきている。…このような専門性やそれによる支配力を使うことにより、著しく不当な契約上の義務を生じさせることは、契約の相手方に、一般の [取引に] 不慣れた社会構成員の通常理解に反するような、著しく不当な契約上の義務が課せられた場合には、非良心的と考えられ、その結果強制力が否定される。…公序の範囲は拡張している。裁判所は、契約自由は不必要に制限されるべきではないと今なお考えているが、明らかに何らかの方法で公序を害するような非良心的な契約条項は無効としたいという意識も増長している。

上記を本件に適用すると、シェルに *Marinello* との商取引上の関係をほとんど任意に解除する権利を付与する本件リース及び取扱店契約の条項は、シェルの不均衡な取引的地位に起因するものであり、著しく不公正である。[この条項により] 社会が直接の影響を受けることは疑いようもない。我々は車社会の時代に生きているのである。車の燃料の供給と分配は、我々の経済にとって必要不可欠である。実際、立法府は、ニュージャージー州内の燃料の供給及び販売は公共の利益に影響すると明確に述べている。(称号、商標、及び不当な取引形態に関するニュージャージー州法第 6 章 19 条 (N.J.S.A. 56:6-19))」

なお、本件につき、Farnsworth³⁰⁷ は、1970年代におけるアメリカの裁判所の非良心性法理の影響を精査する動きを示す代表的な事案として取り上げている。また、後述の Omri Ben-Shahar は、「弱い交渉力は、非良心性の主張を裏付ける。」とし、このことを示す判例として本件を挙げている³⁰⁸。

③ ダンカン・ケネディによる分析

1980年代における inequality of bargaining power に関する主要な業績としては、1982年に批判法学の論者として知られるハーバード大学のダンカン・ケネディ (Duncan Kennedy) によって発表された、*Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982). を挙げることができる³⁰⁹。

ケネディは、同論文のテーマとして、次の3点を掲げている。第1に、合意に関する契約法上及び不法行為法上のルール形成には、分配的及びパターナリスティックな動機が重要な役割を果たしていること、第2に、これらの動機は、リスク分配を目的とするような強行法規的な契約条項において広く反映されている不均衡な交渉力 (unequal bargaining power) を是正するという考え方によって説明が可能であること、第3に、パターナリスティックな介入が正当化されるのはある人が「無能力」である場合のみであるという、裁判官が好む考え方は、間違っているということ、すなわち、パターナリズムの基礎には、感情移入 (empathy) や博愛 (love) が存在し、その合法的な適用は、[保護される] 客体が「自由意思」を欠如しているという場面に制限されないということである。

同論文は96ページにもわたるが、その第5章「交渉力不均衡 (Inequality of Bargaining Power)」において、ケネディは、交渉力の問題を独立に論じている。それによれば、ケネディは、強行法規を正当化する根拠について、交渉力不均衡に求めるのではなく、パターナリズムに求めるべきであると主張する。なお、同論考においてケネディは交渉力不均衡について the doctrine of unequal bargaining power という呼称を採用しており、この呼称を用いることについて明確な定義を行っていないが、同論文の記述全体を見る限り「交渉力の不均衡は、強行条項を正当化する」という内容を指しているものと思われる。

(a) 強行規定

ケネディによれば、強行規定の一般的な正当化根拠は、契約法、不法行為法、

いずれにおいても、当事者間に交渉力不均衡が存在することとされ、この交渉力（の不均衡）という単純な用語が「数十の（おそらく数百の）判決の中で使われてきた」という。

ケネディは、不均衡な交渉力というレトリックには 2 種類の異なる要素があるという。第 1 の要素は、当事者は同等の力を有していなかったのだから、「真実の (real)」合意はなかった、というものである。第 2 の要素は、裁判官が行なっていることは、契約全体を無効にすることによってではなく、不当な契約条項のみを無効にすることによって均衡をはかっているということであり、また、契約条項を弱い当事者により有利に解釈することである、というものである。このことから、ケネディは、強行法規的な条項を正当化するために不均衡な交渉力を用いる際には、葛藤 (ambivalence) があるという。なぜなら、第 1 の点によれば、交渉力不均衡という言葉は、一方では、契約自由原則と自由市場に関係するかのように見える。というのも、「真実の」合意がないことを理由としてその契約に反対する場合、交渉力が同等の当事者間においては当該契約には何の問題もないように見えるからであるという。これに対して、第 2 の点によれば、常に強い当事者を犠牲にして弱い当事者を助けるという明確な要請が示唆されているという。この意味において、不均衡な交渉力というレトリックは、コモン・ロー上の詐欺、強迫、無能力 (incapacity) に当たらない場面における弱い当事者に有利な司法上の介入を望むという意味において分配主義的であるという。

しかしながら、ケネディは、分配主義的な結論を導き出すための根拠として *unequal bargaining power* を用いても、分配正義に適う結果になることもならないこともあるため³¹⁰、「*unequal bargaining power* は法を通して分配 [正義] 的な目的を真剣に果たそうとしている人にとってはほとんど役に立たないということ」が明らかであるという³¹¹。

(b) *Unequal bargaining power* の分析

(i) リベラル派と保守派からみた *unequal bargaining power*

その上で、さらに、ケネディは、「我々の生きる資本主義社会のもとで生活の質 (quality of life) の問題はもちろん、均衡性に関する一般的な問題の合理的な分析という点においても役立つことはほとんどない」という。にもかかわらず、ケネディは、この *unequal bargaining power* の考え方は大いに注目されてきたと

し、その理由として次のように分析する³¹²。

ケネディによれば、**unequal bargaining power** という概念は、福祉国家でありかつ資本主義国家における政治におけるリベラル派と保守派、および中道左派と中道右派の絶え間ない争いにおいて不明瞭な例外となっている。例えば中道右派の私法においては、交渉力不均衡はどこにも位置付けられない。というのも、力の問題は、詐欺や強迫に関する法によって適切に対処されるからである。すなわち、力の問題は自発性の問題に単純化され、19世紀に形成された〔伝統的な〕契約法によって解決されるという。

これに対して、リベラル派は、自発性に関して二つの法を用いて議論するという。ケネディによると、リベラル派は詐欺と強迫が不変の法制度として扱われることに賛同するが、しかし、これらの法理の適用外においては、アド・ホックな立法上・司法上の介入についても賛同するという。そして、リベラル派は、「交渉力不均衡は合意を損なうことを“契約自由”という言葉の中に盛り込むが、〔その方法は〕ひじょうに分配正義的に意図されて」おり、一定の「基準を満たす場合のみ、裁判官は強者から弱者を救うべく、契約に介入する」べきであると考えているという。そこでは、交渉力に関する「弱い」と「強い」は、市民社会における富裕者と貧困者、優遇されている者と抑圧されている者を意味することになるという。

ケネディは、**unequal bargaining power** 法理を理解するためには、「リベラル派は左派というより中道左派であるということを理解しなければならない」という。

その上で、ケネディは、**unequal bargaining power** という考え方は、契約当事者には多くの場合、均衡な交渉力が備わっており、契約自由原則が妥当する前提が揃っていると考える限り、魅力的なものとなっていると指摘する。そして、このような **unequal bargaining power** は、あくまで契約自由原則に対する例外的な法理であって、たとえ特定のケースにおいては契約自由原則を脅かすものとなるとしても、あらゆる場面において同原則を脅かすものではないという。さらに、実際に、裁判所は、当事者の交渉力が不均衡な場合には強行規定を課すというこの法理の存在は、強硬な中道派を含めた左派の主張に一致するという。

ケネディは、**unequal bargaining power** において均衡が問題とされるのは、「力」に関するものであるが、しかし、「人々が得ようと躍起になっている物質的な平等を実際に享受するためには全く機能していない」という。すなわち、交渉力

の不均衡を解消することは、「実際上の不平等 (factual inequalities) の解消にはならない」が、「[交渉力不均衡の是正に配慮することは] ひじょうに良い気分 (a very good feeling) になる」という。

(ii) Unequal bargaining power のリベラル派との親和性

さらに、ケネディは、unequal bargaining power をリベラリズムや、富裕層・インテリ層などの社会的な階層に即して独自の見解を展開する。すなわち、unequal bargaining power に代表される、曖昧な概念に基づくスローガンは、リベラリズムにおける二つの異なる流れに現れるという。第1に、リベラルなインテリ層は、自らが支配層・富裕層に対して倫理的・知的に優っていると考え、しかし彼らと比べると相対的に無力であると思っているため、支配層・富裕層の選挙権をはく奪しようとする機運があることである。ケネディは、このようなインテリ層の主張には、その下層に位置する、優遇されていない層からの不平不満と類似しているという。第2に、事実上の不均衡は、ゲームそのものではなく、ゲームのルールにおける不正 (cheating) やバイアスから生じるとするポピュリズムの考え方である。ケネディによれば、このようなポピュリズムを信じる人々は、契約自由原則のもとでの個人の努力が報われるというシステムが、富によって歪められなければ、彼らが支配層・富裕層のようにより豊かに・強力になり、やがて既存の支配層・富裕層を凌駕すると考えているという。ケネディは、これら二つの潮流は、二つの恐れに対して生じたものであるという。すなわち、市民社会における競争の結果を、その人に本来ふさわしいものとして受け入れた場合、自分が属している階層が現在よりも低下するのではないかという恐れ、そして、平等という表現が、ただの形式を超えて階層化に対する実質的な提案となった場合、その下の層に負けるのではないかという恐れであるという。

ケネディは、上記のように理解することにより、unequal bargaining power 法理は、「分配正義的な動機を契約法分野の中に部分的に受け入れたこと表示していると考えられる」が、しかし、このような「表現上の受け入れ」は、相手の「武装解除 (disarm)」を意図したものであるという。これは、次のように理解される。すなわち、unequal bargaining power 法理の適用により、生活における贅沢品の実際の再分配といった変化をもたらした場合には、その真の目的 (disarm) は失敗となる。また、この法理が完全に、そして全体として意味がないことがわかってしまうと、やはりその真の目的 (disarm) は失敗となる。しかし、実際に

は失敗しない。他方で、需要と供給の特定の条件のもとでは、買主と売主との間の取引の余剰は非常に効果的に再分配されることもある。このようにみた場合、交渉力不均衡法理は、「その両面性（アンビバレンス）において、少数独裁のラテンアメリカ社会における土地再開発助成制度や、高等教育における黒人やチカーノのアファーマティブアクションなど、他のリベラルな政策と親和性のある要素と共通している」という。

しかし、ケネディは、**unequal bargaining power** には、リベラル派による一連の戦略を直接合法化する以上の効果があるという。これは、次のように説明される。すなわち、第1に、**unequal bargaining power** は、裁判官によって形成された私法ルールにおいて「公の」要素である。したがって、例えば強迫や詐欺などの他の私法上のルールをまったくの中立のものとして扱うことは、もっともなことということになる。第2に、**unequal bargaining power** は、私法において分配正義的な動機があるという意識を最小化する。なぜなら、それは売主と買主の関係における「手続的な」側面にのみ言及するからである。このことによって、**unequal bargaining power** は、リベラルな裁判官による実際の政治的な動機からは離れているという事実に注意を向けさせることができる。第3に、**unequal bargaining power** は、パターンナリズムに全く言及することなく強行規定を正当化することができる。パターンナリズム的な動機は、分配的正義よりもさらに評価・認識することが難しく、一見して合法でないように見える。この点、**unequal bargaining power** は、弱者保護であることを示すことによって、このことを隠すことができる。

(iii) 小括

以上を踏まえ、ケネディは、**unequal bargaining power** について、あえて積極的に評価するとすれば、「あらゆる種類の社会的な階層を強いる保守派の計画に対する戦争を遂行するための武器となる」といえるとしている。しかし、ケネディは、この法理は「潜在的には一貫性がなく、どんなにうまく運用しても無作為に適切な結果を達成するだけであろう」という。そして、この法理の発展は、「ただ、我々が個人の自治〔自由〕の名の下で耐えるべき不平等とはいかほどのものかという問題に応えるための法理を形成しようというリベラル派による絶え間ない計画の一部である」という。

なお、ケネディは同論文の中で非良心性についても言及している。それによ

ると、裁判所は、「非良心性法理を、(U.C.C. § 2-302 のオフィシャル・コメントにもかかわらず) 彼らの判断が *unequal bargaining power* に基づいているとするために適用するようである」が、しかし、「しばしば、[非良心性は] 力に関係するのではなく、騙されやすい馬鹿正直さ (*naivete*) や、ある人がその資産の中でやりくりできるかどうかについて賢い計算をする能力がなかったことに関係するということは、明らかである。」という³¹³。

(5) 90年代以降

① 仲裁条項の問題

90年代に入ると、非良心性を根拠として、仲裁条項の有効性が争われる事案が増え、これを受けて学説においても、仲裁条項及び非良心性をテーマとする研究が盛んに行われた³¹⁴。交渉力の研究においてもまた、非良心性の研究と同様に、または同時に、仲裁条項をテーマとするものが増えている。主な論考は次の通りである。

Margaret M. Harding, *Cause and Effect of the Eligibility Rule in Securities Arbitration: The Further Aggravation of Unequal Bargaining Power*, 46 DEPAUL L. REV. 109 (1996).

上記論文のタイトルは、「証券取引における資格要件における原因と結果：交渉力不均衡のさらなる悪化」である。近年、証券取引において投資家とブローカーディーラーとの間の紛争解決手段として第一に用いられるのは仲裁手続であり、これらは多くの場合、証券会社が出資者となっている仲裁フォーラムにおいて行われ、多くの投資家は強制的に仲裁手続に付される³¹⁵。同論文は、連邦最高裁が自主規制機関 (*self-regulatory organizations: SRO*) による仲裁を支持していることについて、顧客 (投資家) は、あらかじめ紛争を仲裁で解決することに合意していた場合であっても、本質的な権利を放棄しないという前提によっていたところ、最高裁や *SRO* によって適用される *eligibility rule* に関しては、不正行為の是正を求める権利などの、本質的な権利の基礎のほとんどが失われる結果となっていると指摘する。そして、投資家の取引上の地位が [ブローカーディーラーと] 平等でないことから、裁判所は、仲裁手続に付されることが強制された場合、*SRO* の規則及び契約について、投資家の本質的な権利を害す

るのではなく保護するような解釈をするべきであると主張する³¹⁶。

このように、同論文は、証券取引の仲裁手続を無差別に支持する政策を批判し、投資家には SRO における仲裁に関する規則を修正したり、免責を得たりするための交渉力がないことを前提として、仲裁の合意や仲裁を規律する SRO の手続的なルールは、顧客（投資家）が仲裁の合意がなかった場合に有していたはずの主張や本質的な権利を奪わないように解釈されなければならないと主張する³¹⁷。

Margaret M. Harding, *The Redefinition of Arbitration by Those with Superior Bargaining Power*, 1999 UTAH L. REV. 857 (1999).

上記論文のタイトルは、「交渉力の優越する当事者との仲裁手続による仲裁手続の再定義」である。同論文は、近年、連邦最高裁が仲裁手続利用促進を支持する立場をとるようになったことから、消費者、労働者、その他ほとんど交渉力を持たない者による取引は、ほとんどの場合、FAA (Federal Arbitration Act) の規律に従うこととなったと指摘する。そして、仲裁条項は、例えば「小さき人々 (little guys)」と呼ばれる個人または中小企業³¹⁸の生計に関わる合意（例えば、雇用契約やフランチャイズ契約など。）から、個人の日常に必要な合意（物の売買契約、金融や医療サービスを含む役務提供契約など）に至るまで、今日、すべての合意の中に見られるとする。さらに、これらの合意は典型的には附合契約であると指摘する³¹⁹。

著者は、仲裁条項の利用によって利益を得ようとする場合、より強い立場の当事者は仲裁手続の再定義を行うことになる」と指摘する。すなわち、「仲裁手続は、もはや中立の専門家が関与する効率的かつ迅速で誰もが利用しやすい手続ではない。それは、「手続上の(procedural)」権利の放棄以上の意味を持つ。仲裁手続は堕落してしまった (corrupted)。なぜなら、仲裁手続は、経済的により力のある当事者によってしばしば不正な方法で、無自覚に経済的に弱い当事者から不公正な利益と重要な本質的な (substantive) 権利を奪うために利用されるからである。」という³²⁰。

著者は、正常 (pure) な形態の仲裁手続は、紛争解決手段として適切な手続であるとしつつも、すべての仲裁条項はこのような正常な仲裁手続ではないという。そして、裁判所には、今日における仲裁手続の濫用を規制し是正することが強く求められるとする。そして、仲裁の合意の規制において司法制度が果た

す役割に加えて、誠実な仲裁手続の維持のためには、仲裁手続を運用し紛争を仲裁することが要求される者、すなわち仲裁人、仲裁手続提供者などの協力が必要となる。そして、これらの不公正な仲裁の合意の監視を怠らず、附合契約における仲裁手続が不公正なものである場合、このような契約を用いた事業者を市場から退場させることも厭わないという態度であるべきだとする³²¹。さらに、附合する側 (*adhering party*) の当事者の代理人は、どのような場合に仲裁条項が問題とされるべきかが分かるように、仲裁手続とその性質について熟知しているべきであり、他方で、経済的に強い当事者の代理人もまた、自分自身に不当な利益を与えるような仲裁条項を起草するという通常の傾向を抑制しなければならないとする。このような努力を通して、仲裁手続はその正常な形に回復されるという³²²。

同論文は、仲裁そのものが問題になるというより、むしろ、「不公正な仲裁条項の原因となる力の濫用」が問題となると指摘する。これは、「言い換えれば、附合する側の当事者は、仲裁による救済が必要なのではなく、強い当事者、すなわち起草者からの保護が必要なのである」³²³。しかし、仲裁による救済と強い当事者（契約条項の起草者）からの保護とを区別することは、近年の連邦最高裁の、仲裁手続の全面的支持と仲裁条項の厳格な解釈という判断傾向に照らせば、実現が難しく、仲裁条項が、他の契約条項と同様に、交渉力の優越する当事者の不当な利益獲得のために使用されるより前の時点でしか問題にならないという³²⁴。

このように、同論文は、当時顕著になりつつあった連邦最高裁の消費者契約、労働契約等を含むあらゆる契約における仲裁条項の有効性を支持する傾向について、交渉力が不均衡な当事者間における仲裁条項による仲裁手続の強制は、正常 (*pure*) な仲裁手続ではないとして、批判するものである。

Michael Z. Green, *Opposing Excessive Use of Employer Bargaining Power in Mandatory Arbitration Agreements through Collective Employee Actions*, 10 TEX. WESLEYAN L. REV. 77 (2003).

タイトルは、「強制的仲裁合意における使用者の交渉力の行き過ぎた行使に対する被用者の団体的権利行使を通しての批判について」である。同論文は、連邦最高裁が *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991). において、使用者が、雇用の条件となっていた仲裁の合意に基づき、被用者の法律で認め

られた雇用差別に関する主張について、仲裁手続に付すことを強制できると判示した（同事案では、被用者が雇用における年齢差別禁止法（the Age Discrimination in Employment Act (ADEA), 29 U.S.C. §§ 621-634 (2000)) に基づき、年齢差別を主張した。）ことについて、批判的に検討するものである。著者は、使用者と比べてほとんど交渉力を持たない被用者について、使用者から提示された仲裁の合意を拒否することができないと指摘し、その上で、使用者がその交渉力を過剰に行使して、雇用契約の条件としての仲裁の合意を要求してきた場合、被用者はどのように対応すべきかとの問題を提起する。そして、著者は、この点について、個々の被用者は団体的権利行使を通じて仲裁に関する交渉の水準を使用者と平等にすべきであり、また、それが可能であると指摘し、さらに、中でも最も望ましい団体的権利行使は、個々の被用者が関わる紛争について、組合が主導して仲裁手続において交渉し、解決することであると主張する³²⁵。

以上の他には、Nicholas A. Machen, *Balancing Bargaining Power: The Eleventh Circuit Overreaches to Destroy the Public Policy Defense at the Initial Enforcement Stage of Arbitration in Lindo v. NCL (Bahamas), Ltd.*, 36 TUL. MAR L.J. 839 (2011-2012)がある。これは、*Lindo v. NCL (Bah.) Ltd.*, 652 F3d 1257 (11th Cir. 2011). の判例研究である。本件は、雇用契約における仲裁条項（すべての紛争は、すべて仲裁手続に付されること、及び、仲裁手続はバハマ法に準拠してニカラグアで行われることを規定していた。）の有効性が争われた事案である。被用者たる原告は、当該仲裁条項につき、「裁判所は、仲裁の合意が、契約の取り消しの理由となり得るような何らかの詐欺または『圧倒的な経済力 (overwhelming economic power)』の結果として締結されたものである」という主張に十分な根拠がある場合には、当該主張に沿って判断しなければならない」という先例³²⁶に基づき、非良心的である等として無効を主張したが、第11巡会裁判所は、これを認めなかった。

② 特定の分野、テーマに関する交渉力不均衡を扱うもの

90年代の特徴として、わが国では論じられることが少ないような、特殊な分野やテーマにおける交渉力をめぐる法律問題について論じる論考が現れる。特に、スポーツ団体の運営における交渉力格差を論じる論考がいくつか散見される点が興味深い。

例えば、Stephen S. Zashin, *Bodyslam from the Top Rope: Unequal Bargaining Power and Professional Wrestling's Failure to Unionize*, 12 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 1 (1994-1995). は、アメリカのレスリングにおいて、レスラーと興行主との間の交渉力格差の存在を指摘し、交渉力の劣るレスラーは、組合を結成すべきであると主張する。

また、Marc Edelman, *How to Curb Professional Sports' Bargaining Power vis-a-vis the American City*, 2 VA. SPORTS & ENT. L.J. 280 (2003). は、アメリカのプロ・スポーツ団体（野球のメジャー・リーグ(MLB)、バスケットボールの NBA、フットボールの NFL、アイスホッケーの NHL の 4 つの団体）とその拠点となる都市（ニューヨーク、シカゴ、ロサンゼルスを始めとする、プロ・スポーツ団体に所属する各チームが拠点を置くあらゆる都市）との間の交渉力格差について論じる。プロ・スポーツ団体に所属する各チームは、プロ・スポーツ団体のフランチャイズであるとし、また、同じスポーツにつき、リーグは一つであるから、独占的な力を持つとする。そして、プロ・スポーツ団体は、この独占的な力を利用して、都市に対して、スタジアムの建設や大規模な改装工事等を強制し、都市の財政を圧迫する、という仕組みを明らかにする。その上で、このような交渉力の格差をなくすため、各自治体のプロ・スポーツ団体に対する助成金の支出を禁止する法案を作るべきであると主張する。

さらに、Stacey Meyer, *Unequal Bargaining Power: Making the National Letter of Intent More Equitable*, 15 MARQ. SPORTS L. REV. 227 (2004). は、大学のスポーツ関係のリーグで活躍が期待される学生のリクルートに関する問題で、リクルートされる学生と、リクルーターたる大学との間の交渉力不均衡を論じる。なお、アメリカでは、全米大学体育協会（National Collegiate Athletic Association）に所属する大学が、入学候補の学生に対して、The National Letter of Intent (NLI) と呼ばれる契約書を送り、学生がこれにサインをすることにより、学生の入学許可及び大学リーグでアスリートとして活動する義務が学生に発生する。Meyer は、学生と大学との間の交渉力不均衡を理由に、現在の NLI 制度が不公平であると批判する。なお、同論考は、Article ではなく Comment である。

このほか、特殊な職業や専門家に関するテーマが散見される。例えば、Allison E. McClure, *The Professional Presumption: Do Professional Employees Really Have Equal Bargaining Power When They Enter into Employment-Related Adhesion Contracts*, 74 U. CIN. L. REV. 1497 (2005-2006). は、裁判所は、医師等の専門家が

雇用に関連する契約（医療過誤保険への加入契約等）において紛争が生じた場合、このような契約の当事者間（医師と保険会社等）には、交渉力の不均衡は存在しないという前提に立ち、判決を下しているとして、これを批判的に論じるものである。著者である McClure は、上記の前提に立って判断すると、不公正な結果を生じるとして、このような前提を否定し、ケース・バイ・ケースの事実認定に基づいて判決が下されるべきであると主張する。

また、Ashley Kelly, *Bargaining Power on Broadway: Why Congress Should Pass the Playwrights Licensing Antitrust Initiative Act in the Era of Hollywood on Broadway*, 16 J.L. & POL'Y 877 (2007-2008). は、アメリカにおいて、ハリウッドのスタジオが既存の映画をもとにしたミュージカルをブロードウェイで上演するケースが増えているが、全米脚本家組合(WGA)とは異なり、演劇脚本家組合(Dramatists Guild)には、反トラスト法等の法律によって、脚本家の利益のために団体交渉をする権利を与えていないという状況を踏まえ、交渉力において優越するハリウッドのスタジオとの交渉を行うため、演劇脚本家組合に、上記のような団体交渉権を付与する法律の立法が必要であると主張する。

さらに、Jennifer Dempsey, *Forum Selection Clauses in Attorney-Client Agreements: The Exploitation of Bargaining Power*, 114 W. VA. L. REV. 1195 (2011-2012). は、弁護士と顧客の間の委任契約において紛争が生じた場合の裁判管轄に関する条項（forum selection clause）の有効性を論じる。裁判管轄条項の有効性をめぐる連邦最高裁判所の判例や、州の判例（主にウェスト・バージニア州）を整理した上で、弁護士と依頼人との契約は信任関係（fiduciary relationship）を基礎とする契約であることから、たとえ依頼人が合意の上で当該条項を含む契約に署名したとしても、弁護士がその優越的な交渉上の地位を利用して一方的に定めたとはいえる場合には、当該条項の強制力を否定すべきであるとする。

③ 労使関係

90年代においても、引き続き労使関係に関する交渉力不均衡をテーマとする論考が多数発表されている。

例えば、Peter B. Gonick, *Bravo v. Dolsen Cos.: Shoring up Employer Bargaining Power by Sandbagging Nonunion Workers*, 70 WASH. L. REV. 203 (1995). は、ワシントン州における、ノリス・ラガーディア法の規定（ストライキ等、労働者の特定の行為を保証する公序規定）につき、組合員の活動にのみ適用され、組合に

参加していない労働者を保護するためには適用されないとした判例（*Bravo v. Dolsen Cos.*, 71 Wash. App. 769）の評釈である。前記ワシントン州法は、労働者に、組合員にならないという選択肢を保障するとし、もし、前記の判例のように、州法による保護は組合に参加している労働者にのみ与えられると考えるならば、労働者が参加したいと考える組合がなかった場合、その労働者には、優越的な経済上の交渉力の地位にいる雇用者から保護される手段がなくなってしまうとして、批判的に論じている。

また、Thomas Riske, *Interest Arbitration Clauses in Sec. 8(F) Pre-Hire Agreements: Effective for Achieving Genuine Collective Bargaining or Enabling Parties to Underhandedly Gain Majority Bargaining Power*, 2008 J. DISP. RESOL. 333 (2008). は、使用者が、使用者と組合との間で締結される雇用前の合意（pre-hire agreements）に基づき、仲裁に応じることを強制されるか否かが争われた事件（*Sheet Metal Workers' International Ass'n, Local Union No.2 v. McElroy's Inc.*, 500 F.3d 1093 (10th Cir. 2007)）についての判例評釈である。同論文は、同様の争点について、裁判所によって判断が分かれていることを踏まえた上で、上記事件において、使用者は仲裁に応じなければならないと判断されたことにつき、十分な理由と分析がなされていないとして、否定的な立場をとる。

このほか、Michael J. Hely, *The Impact of Sturgis on Bargaining Power for Contingent Workers in the U.S. Labor Market*, 11 WASH. U. J.L. & POL'Y 295 (2003). は、臨時雇い労働者（contingent workers）について、通常の労働者（core workers）と同様に団体を組織することを認めた全国労働関係委員会の決定（*M. B. Sturgis, Inc.*, 331 N.L.R.B. 1298 (2000)）について論じる。また、Kenneth G. Dau-Schmidt, Benjamin C. Ellis, *The Relative Bargaining Power of Employers and Unions in the Global Information Age*, 20 IND. INT'L & COMP. L. REV. 1 (2010). は、情報技術の発達した新たなグローバル経済における労働者と使用者との間の相対的な交渉力について、日米の比較を行う論考である。同論考は、まず、「交渉力」について、ある人の提示した契約条項について相手方に合意させることができる能力と定義づけられるとし³²⁷、経済用語としては、ある当事者の交渉力とは、合意に至らなかった場合に自分にかかるコストを最小限にしながら、同コストを他方当事者に課すことができる能力に左右される³²⁸との前提に立つ。そして、集団的交渉においては、組合の交渉力は、集団的権利行使による労働者の賃金の減額や解雇の負担〔危険性〕を最小化しながら、ストライキやその他の集団的権利行

使による売り上げの損失により雇用者に負担を課することができる能力に依拠しているとする。この場合、雇用者の交渉力は、集団的権利行使によって組合員に課される負担を最大限にしながら、労働者の集団的権利行使による損失を最小化することができる能力に依拠しているという。

したがって、集団的交渉における当事者の相対的な交渉力は、経済的要素に依拠しているという。具体的には、企業の製品の性質（傷みやすいものか、大量備蓄が可能なものか）、企業の有する生産技術（それが大量の労働者や高度な技術を必要とするものか、技術力が低い労働者で代替することによって簡単に得られるものか等）、一般的な経済条件（雇用者の利益のため〔労働者の〕差し迫った大きな需要があるか、労働者の補充が少ないか）、交渉の構造（一般的に、大きな組合は、小さい雇用者よりも長くストライキを続けることができ、大きな雇用者は、小さな組合よりも長くストライキを拒否することができる。）、労働者の集団的権利行使への関わりの深さ（労働者が寝返ったりピケラインを超えたりするかどうか）などである³²⁹。

同論考は、これらに加えて、「集団的交渉における当事者間の相対的な交渉力は、各国の労使関係を規律する法律にも影響される」とし、近年のグローバル経済における変化及び日米の労働法の違いが、それぞれの国における労使間における相対的な交渉力にも影響しているとして、この点について検討を行っている。その結果、同論考は、日米の最大の違いとして、アメリカでは、組合は職業または産業別に国全体で組織されるのに対して、日本では、組合を企業単位で組織すること、及び、アメリカの組合が経営者と敵対的 (*adversarial*) な関係にあることを前提として組織されるのに対して、日本の労働者と経営者は、その利益において一種の協力 (*alignment*) 関係にあり、アメリカの組合と比べて敵対的な関係がより緩和されていることを指摘する。そして、日本の労働者は、アメリカの組合のような大規模な組合を組織できないため、同じ状況に置かれたアメリカの労働者に比べて、少ない交渉力を行使することになると指摘する。さらに、日本の組合が、経営者とほとんど敵対関係にないことから、日本の労働者は、団体的権利行使などの労働者としての武器を、たとえ労働者の権利として十分に保障されていたとしても、実際に行使することはほとんどないという³³⁰。ただし、同論考は、日本の制度について消極的に評価しているというわけでもなく、企業ごとに組合を組織する日本のシステムは、各組合内部の密度を増し、交渉力を増すことになり、組合〔の活動〕を促進させることができる

と指摘している³³¹。

(6) 2000年代以降--契約法における交渉力の研究の進展--

2000年代の最大の特徴は、契約法における *inequality of bargaining power* の研究の深化・増加である。契約法における *inequality of bargaining power* をテーマとしたシンポジウムが開催されるなど、アメリカ契約法において *inequality of bargaining power* への関心が高まったことがうかがえる。

同時期における契約法上の *inequality of bargaining power* に関する研究成果は、次のように概観できる。

① Barnhizer による研究

(a) 2005年の論文 “Inequality of Bargaining Power”

2005年、ミシガン州立大学 (Michigan State University) の Daniel Barnhizer が “Inequality of Bargaining Power” と題する論考 (以下、「2005年論文」とする。) を発表した³³²。これは、契約法における交渉力不均衡の機能や意義を包括的に論じたものである。同論文において、Barnhizer は、一般的な「力 (power)」に関する研究が深度を増してきたのに対して、法学分野における「力」の研究は限定的で、あまりにも単純化されているとして、法における「力」の機能をより詳細に検討し、注目すべきであると主張する³³³。このことについて、Barnhizer は、次のような独特な表現で表している。すなわち、交渉力不均衡とは、「家族が話題にはするが、しかし実際には誰も注意を払わない、社交上厄介な存在である叔父と叔母のような存在である」³³⁴。

Barnhizer は、同論文において、「交渉力 (の不均衡)」がアメリカにおいては公正公平な結論を導くために用いられてきたという事実を示し、その上で、単純にこのことの是非を問うのではなく、仮に今後もそのように「交渉力 (の不均衡)」を用いるならば、その運用方法は、現在のように消費者や貧困者といったステレオタイプ化された属性の当事者にのみ用いられるべきではなく、「洗練され微妙なニュアンスを出せる基準を発展させる必要がある」こと、具体的には、大企業に対する中小企業等、事業者間取引において用いられ得ることを示唆している。

(i) Inequality of bargaining power がアメリカ法に占める地位

Barnhizer は、まず、inequality of bargaining power (以下、「交渉力不均衡」と表記する。) について、アメリカの「契約法の中で奇妙な位置を占めている。」という。交渉力不均衡は、明確に認識された法的概念としては、新しく、認識されてからほとんど時間が経っていないとし、この法理が認識されて以来、アメリカの裁判所の多くは、交渉力の格差についての明確な分析を、契約法の周辺の問題として制限的に扱っていたとする。具体的には、交渉力不均衡は、まず非良心性や附合契約の有効性を判断する基準の一要素として現れ、さらに、「公序に照らして好ましくない私的な合意の強制を拒否するための理由として」交渉力不均衡に言及してきたという。しかし、「裁判所は、明確に交渉力不均衡を要素とするこれらの法理を理由に契約を無効とすることは滅多になく、交渉力不均衡のみでは、契約上の紛争に司法的に介入することを正当化するには不十分とされてきた」。

もともと、Barnhizer は、交渉力不均衡を明確な要素や基準として適用するという契約法上の法理として捉えるのではなく、交渉力不均衡という概念をいわば黙示的に分析することは、その結果たとえ交渉力不均衡が明確に定義されなくても、契約法の中で最も中心的で重要な地位を占めているという。特に、交渉力の問題は、契約法上の抗弁、契約締結過程、契約解釈、そして契約上の救済に関する文脈において観察されうるとする。

(ii) 契約法上の抗弁と交渉力不均衡

Barnhizer は、アメリカの多くの契約法上の抗弁は、当事者が著しい交渉力不均衡に明確に直面する取引を規制するという暗黙の試みとして機能しているとし、例としてイギリスの *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy*, 1975 Q.B. 326 (C.A. 1974). においてデニング卿が述べたことを挙げている。本件は、イギリス法において、交渉力不均衡を独立の法理として成立しうると指摘した初めての判例として頻繁に引用されるものである。デニング卿は、同判決において次のように述べ、イギリス法における交渉力不均衡の法理の存在を示唆した。

強迫、非良心的な取引、不当威圧、不当抑圧、そして不公正な海難救助の合

意の事案など、裁判所が契約を無効にするすべての場合を勘案すれば、これらの場合にはすべて一本の共通する糸が通っていることが分かる。それは、これらがすべて「交渉力不均衡」によるものであるということである。これを理由に、イギリス法は、独立した〔中立の〕助言を得ずに著しく不公正な契約を締結し、または、著しく不適切な約因〔対価〕のために財産を譲渡した者で、その者の必要性や欲求に迫られて、またはその者の無知や虚弱さ (*infirmity*) により、その者自身もしくは第三者の利益のためにかかる不当威圧や不当な抑圧によりその交渉力が深刻なほどに (*grievously*) 害された場合には、救済を与えている。

ただし、**Barnhizer** も指摘するように、イギリスにおいて、デニング卿が提唱した交渉力不均衡法理は、後続の判例において明確に否定されている。とはいえ、デニング卿の見解について、**Barnhizer** は、「多くの契約法上の抗弁は本質的に、当事者の相対的な交渉力に関係する何らかの不均衡からの保護という一次的な道德上のルールを実行するための、二次的な道德上の制限として働く、ということを示唆していた」とする。同時に、デニング卿の上記見解には問題点もあるとし、それは、「交渉力不均衡という幅広い概念には、不十分に微妙なニュアンスを与えられていたために、裁判所がそのような不均衡に対して法律的に妥当な結果を一貫して導くことができない」という点であるとする。

Barnhizer によると、アメリカ契約法においても同様に、交渉力不均衡は契約法上の抗弁、特に非良心性の分析において、明確な要素として現れ続けていた。しかしながら、他の契約法上の抗弁については、「交渉力不均衡のせいぜい漠然とした印象のようなものを黙示的に内包しているにすぎなかった」という。例えば、強迫もしくは経済上の強迫は、交渉力の強い当事者から弱い当事者への違法な脅迫行為等によって合意が強要されたというような状況に対処する法理として発展したとする³³⁵。同様に、不当威圧の抗弁も、「特別な、または信任的な関係性の中での契約における当事者間で必ず生じる力の不均衡という本質的な問題を生じさせる」という。もっとも、不当威圧は、強迫の事案におけるすべての当事者にとっての明らかで意図的な強制の代わりに、当事者の関係における信任や信頼によって生じた交渉力の、何らかの濫用を示唆するような、より微妙な不正や威圧を審査する抗弁であるとする。さらに、詐欺 (**fraud**)、欺罔 (**deceit**)、または不実表示もまた、取引における一方当事者によって真実の情報

が独占されることにより生じる交渉力不均衡であるとみることができるという。

(iii) 契約法上の抗弁以外における交渉力

Barnhizer は、上記の契約法上の抗弁から離れ、より一般的なレベルにおいても、裁判所は当事者間の明確な交渉力不均衡を基礎とした公序違反であるとして、一部の契約の種類を無効としようとして判断してきたことも指摘している³³⁶。

そして、Barnhizer は、交渉力の問題が契約法上の法理の中に「より微妙な形」で繰り返し現れてきたとし、例えば、起草者不利の原則 (*contra preferentum*) 等の特定の契約解釈のルールを選択または排除は、しばしば、当該当事者が交渉力不均衡について裁判所を説得することができるかどうかにかかっているという³³⁷。同様に、合理的な期待原則は、一部の保険契約を、実際の文言にかかわらず被保険者の合理的な期待にそうように解釈することによって、保険者である企業と被保険者との間の力の不均衡を規制すること内容とする³³⁸。

このほか、契約が「詐欺、不当威圧、または傲慢な (*overweening*) 交渉力」によって締結された場合、ある特定の契約条項、特に、裁判地選択条項 (*forum selection*) を無効にすることや³³⁹、免責条項 (*exculpation clauses*) につき、「契約当事者が、およそ平等な取引上の関係になかった場合」に無効にすること³⁴⁰などが挙げられるとする。

また、特定のエクイティ上の救済を得ることに関しても、「交渉力の著しい不均衡の存在によって作り出される不平等の表れを根拠としている」とし、このことの裏付けとして、*Campbell Soup Co.* 事件を引用する³⁴¹。

加えて、口頭証拠の原則 (*parol evidence rule*)³⁴²についても、裁判所は交渉力の著しい不均衡に直面した場合には、同原則を厳格に適用することを嫌うことを明らかにした一部の学説によって、交渉力不均衡との関連性を示唆されていることを指摘する³⁴³。

最後に、Barnhizer は、「裁判所は一般的に、契約当事者間で交換された約因の適切さを明確に審査することは避けるが、約因の著しい不適切性は、交渉力の著しい不均衡等の契約締結過程における瑕疵の証拠であり、当該取引の詳細な審査を正当化する」と指摘する³⁴⁴。

(iv) 法的概念としての交渉力不均衡と実際の交渉力との区別

Barnhizer は、上述のように「交渉力不均衡という法的概念は、契約法上の一

連のさまざまな法理に関わる事案を通じて、決定的な効果となりうる」にもかかわらず、「裁判所は滅多に交渉力不均衡について明確に議論しない」という。このため、「交渉力不均衡が取引に不当に影響するのかどうかを評価する一般的な基準」は存在せず、その結果、「契約法理は、力 (power) という問題に対する法律上妥当な解決方法と、それが契約締結過程に与える影響について、相反する二つの見方を示している」とする。

この二つの見方について、Barnhizer は、「交渉力不均衡という法律上の概念」と、「実際の交渉力という概念」とを区別することが重要であるとする。そして、「交渉力不均衡という法律上の概念」は、「取引における著しい交渉力不均衡をとらえる法制度や、これらの不均衡の程度を司法審査の過程を通して事後的に測る法制度」のことを指すとし、「交渉力不均衡を正式な要素として明確に内包している契約法理と、交渉力不均衡が事案の結論に影響しうるが明確には問題とならない法理」とに分かれると指摘する。

これに対して、「実際の交渉力不均衡」は、「実社会の取引の中で力がいかんして行使され、操作され、認識されたかを表すもの」であるとする。そして、「交渉力不均衡は、取引において『強い』当事者にとって有利な条項を得るために『弱い』当事者の能力に影響を及ぼすという現実の現象である」という。Barnhizer によると、裁判所は、しばしば、特定の地位にある人たちについて交渉力が弱いと判断しており、それは、具体的には、女性、消費者、貧困者、教育を受けていない者たちであるという。さらに、裁判所は、一方当事者が「意味ある代替的選択肢を持たなかった」または「契約条項について交渉する機会がなかった」ことから、交渉力がなかったと結論するために、交渉力を評価するのにプロセス重視、つまり契約締結過程の重視のアプローチをとることもあるとする。しかし、特定の地位にある人たちを「交渉力が弱い」という分類にすることと、「意味ある代替的選択肢を持たなかった」「契約条項について交渉する機会を持たなかった」ことを理由として、契約締結過程を重視するアプローチを取ることとは、実質的に重なり合っており、この二つのアプローチを明確に区別することはできないという。そして、「多くの法廷意見や学説上の議論は、相対的な交渉力の分析を始め、貧困者、教育を受けていない者、あるいは伝統的に不利な立場に置かれた当事者は、貧しく、教育がなく、伝統的に不利な立場に置かれた当事者であることから、申し込まれた契約について意味ある代替的選択肢がなく、または契約条項について交渉することができない、という結

論に尽きていた」とする。

Barnhizer は、このようなアプローチ、すなわち、貧困者や十分な教育を受けていない者、消費者、女性といった特定の属性の人々が交渉力において劣るといふ捉え方は、これらの「ステレオタイプ」な分類から外れる立場の人々の交渉力の問題を「無視」することになると指摘する。中でも、上記のような「法律上の交渉力不均衡法理の不完全な発展による最も明らかな犠牲者」は、「中流階級の消費者 (middle class consumers) と、中小企業の事業主」 (small business owners)」であるという³⁴⁵。この点に関連して、一部の研究者たちは、非良心性や附合契約の効力を否定するという法理を通して交渉力不均衡に対して与えられる明確な救済は、消費者や貧困者に限定されることを認識してきたと指摘している³⁴⁶。Barnhizer は、「中小企業の事業主や売主、顧客の間に存在する著しい交渉力不均衡に照らし、また、アメリカ経済全般における中小企業の重要性に鑑みれば、これらの企業が契約法上の救済手段を利用できないことは、経済活動に対して非常に重大な負の影響を及ぼすであろう。」とし、「交渉力不均衡法理の現在のような〔消費者、貧困者等、一部のステレオタイプ化された属性の当事者についてのみ、交渉力不均衡を考慮するという〕運用方法のもとでは、例えば、中小企業の事業主や中流階級の消費者は、彼らが取引において交渉力を有していなかったと主張することで得るものはほとんどない。裁判所が、交渉力の評価について、洗練され、微妙なニュアンスを出せる基準を発展させることができないということは、これらの当事者にとって、契約締結の力学 (dynamics) と文脈 (context) に関しては同じような立場に置かれているはずのステレオタイプな「弱い」当事者が利用できる救済法理を利用する道が絶たれているということを意味する。」と指摘する。そして、「交渉力不均衡は、--それが法律上の法理として考えられようが、他のより漠然とした司法上の概念として考えられようが--契約法のあらゆる場面で拡張している。...現在の交渉力不均衡概念に内在する不確実性、不公正さ、予見困難性の可能性を考えると、[これらの点を補完する] 判例法上の発展がなかったというのは、信じがたいことである。交渉力不均衡が、法的な区別をするのに役立つ道具であるという限りにおいて、裁判所は、実際の交渉力不均衡の法的分析について、より微妙なニュアンスを出せる、洗練されたアプローチを発展させるべきである。」と主張する。

(b) アメリカ契約法における「交渉力」概念の由来³⁴⁷

アメリカの *inequality of bargaining power* は、そもそもいつ頃から、どのような歴史的背景を持って生じた概念なのか。この問いの答えについては、唯一、Barnhizer が、前節（本章 2(6)①(a)）で紹介した論文や、次節（本章 2(6)①(c)）で紹介する著書の中で示唆している。

Barnhizer によれば、「法理としての交渉力不均衡」の起源は、「19 世紀後半の レッセ・フェールを標榜する経済上の原則」と、いわゆる「ロックナー時代」³⁴⁸ と呼ばれる自由放任主義が徹底された時期における「契約自由原則」の「濫用に対する反応」として現れたという。なお、ここで Barnhizer がいう「法理としての」交渉力不均衡とは、当事者間の交渉力に不均衡がある場合に、このことを法律問題において重要な要素と捉えるような考え方、という程度の意味のものと思われる。Barnhizer によれば、「交渉力不均衡」という用語が判決文に明示的に現れるのは、1925 年の *Topeka Laundry Co. v. Court of Indus. Relations*³⁴⁹ を待たなければならない。ただし、「交渉力不均衡が最初に認識され、レトリックとして及び法律論として重要となった」のは、「1880 年代から 1890 年代における労働紛争において」であるという。その後、「1930 年代には、交渉力不均衡は労働者組織〔労働組合〕と彼らに同情的な司法上・学術上の共感者たち〔法律家と学者たち〕が使う修辭的な道具から、契約法一般に適用される法理へと変化」し、さらに、「1940 年代と 1950 年代において、交渉力は、裁判所が非良心性の名の下に当事者の交渉力を評価できることを明確にした UCC2-302 条の採択によって、契約法の中に確立された」という³⁵⁰。

(i) 労働争議関連事例における萌芽

上述のように、Barnhizer によれば、アメリカにおいて、*inequality of bargaining power* という概念が最初に現れたのは、1880 から 90 年にかけての労働紛争事案においてであるという。これらの事案では、上記の用語が明確に現れてはいなかったものの、事実上、これに該当する概念が示唆されていた。このことを示す裁判例として、Barnhizer は、次の 3 件を挙げている。

Vegeahn v. Guntner, 167 Mass. 92, 44 N.E. 1077 (1896).

原告 X の従業員である Y らは、X の従業員らによるストライキの後、特定の賃金体系を受け入れない限り X が使用人を使って営業を行えないように共謀

した。その具体的方法は、説得行為と社会的圧力、X に対して個人的に危害を加えるという脅し、他の従業員たちへの違法な加害行為、または Y らを雇用すること、そしてボストンの最も混雑する通りに位置する X の工場の前を朝 6 時半から午後 5 時半までの間、二人の男性がパトロールする（歩き回る）というものであった。X は、このようなパトロールが、差し止められない限り続くものであるとして、差止請求をした。

法廷意見は、本件 Y のような行為は、雇用者側の労働者を雇う権利と、労働者側の雇われる権利の両方を不当に犯すものであること、判例法上、相手本人もしくはその従業員たちに対して明示的に向けられた脅迫または抑圧的な手法による複数の加害行為、または、雇用の強要は、雇用者と使用者との間の折衝の許容範囲を超えるものであり、違法であること等から、X の差止請求を認めた。

同判決には Field 判事による反対意見及び Holmes 判事による反対意見が付された。そして、Holmes 判事は、「従業員たちが、対立する雇用主との社会的な交渉 (social intercourse) を通して組織的に [雇用主の主張を] 拒絶することは、たとえそれが暴力行為の脅威とは無関係で、かつ、賃金率について雇用主と争い、労働者が可能な限り優勢に立ちたい場合の唯一の方法であったとしても違法と考えること」は、当時の経済学者・立法者はもはや採用しないであろうと述べた³⁵¹。

State v. Coppage, 125 P. 8, 9-11 (Kan. 1912) および Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1, 26-27 (1915).

鉄道会社の転轍手である A は、北アメリカ転轍手組合に所属していた。控訴人 Y は、原告 X の勤める職場の管理監督者であり、その地位に基づき、A に対して、労働組合からの脱退を求める書類へ署名を求めた。A はこれを拒否し、労働組合から脱退しなかったため、解雇された。Y の本件行為は刑事上の責任を問われたが、これに対し Y は、労働組合への加入や脱退等を強制することを禁止する州法の有効性を争った。

裁判所は、結論として、本法律につき有効であると判断した。その理由として、裁判所は次のように述べた。すなわち、「多くの個人労働者たちは、裕福な個人や雇用主たる企業と同等の立場で、雇用条項に対処することはできないということは、立法者や裁判官が認識しなければならない共通の知識である」

(State v. Coppage 事件)。

本件はその後、合衆国最高裁判所において、本件州法が合衆国憲法修正第14条のデュー・プロセス違反であるとして無効と判断され、差し戻された(Coppage v. Kansas 事件)。これに対し Holmes 裁判官が反対意見を付し、次のように述べた。すなわち、労働者が、組合に入ることによってのみ、公正な雇用契約を締結できると信じることは、不自然なことではなく、むしろ、合理的な人間であれば、「契約自由原則の前提として、当事者間の対等な地位を確立するために」組合に参加することは、合衆国憲法が認めるところである。

Plant v. Wood, 57 N.E. 1011, 1016 (Mass. 1900).

本件は、同業種の2つの組合の優劣が争われた事案である。同業種につき、原告組合と被告組合が存在していた。それぞれの組合は、拠点が異なる他、原告組合は被告組合を脱退した者によって構成されている点をのぞけば、実質的に同様の規則と構造をもっていた。被告組合は、原告組合の組合員に対し、労働争議を有利に進めるため、被告組合への合流を求め、原告がその強制の差止を求めた。

結論として、裁判所は差止を認めたが、Holmes 裁判官による反対意見が付された。その中で、Holmes 裁判官は、「組織の統一は、労働争議の目的を達するためには必要なことである」と述べた。

Topeka Laundry Co. v. Court of Indus. Relations, 119 Kan. 12, 237 P. 1041, 1046 (1925).

カンザス州は、福祉的な見地から女性労働者の最低賃金を定める州法を有していたところ、Topeka Laundry 会社とその系列会社は、この最低賃金額に満たない賃料を女性労働者に支払っていた。州内の労働環境を監視・審査する権限を有する州の労働局は、本件州法に基づき、最低賃金額と、実際に支払われた額との差額の支払い等を Topeka 側に命じた。Topeka 側は、本件州法が合衆国憲法修正第14条に違反すると主張した。原審では、結論として、Topeka 側の主張が認められ、本件州法は合衆国憲法修正第14条に違反し無効であると判断され、労働局の Topeka に対する命令は差し止められた。本件はその控訴審であり、原審の判断が支持された。

本件裁判所は、判旨の中で、本件州法の趣旨について、「過度に低過ぎる賃金

という悪から「労働者を」保護すること」とし、同州法が救済を与える理由の一つとして、「雇用者と労働者との間の *inequality of bargaining power*」を指摘した。

(ii) *Inequality of bargaining power* の労働争議事例から契約事例への波及

Barnhizer は、上記のように労働争議事例の中から登場した *inequality of bargaining power* について、1930 年代以降、契約事例の中にも現れ始めたを指摘する。このことにつき、Barnhizer は以下の 3 件を挙げる。

United State Navigation Co. v. Cunard S. S. Co., 284 U.S. 474, 479-80 (1932).

本件は、海外取引を行う船会社である原告が、同様の事業を営む被告会社らの行為がカルテルおよび共謀に当たるとして、シャーマン競争防止法やクレイトン法に基づき、差止め請求をした事件である。被告等は、荷主に対し被告等の船舶のみを利用することを要求し、原告の船舶を排除するように要求した。もし荷主がこれに同意しないのであれば、高額な一般料金での船賃を請求するとし、被告等は合衆国・英国間の海上輸送から原告を完全に排除しようと試みた。さらに、被告等は、原告が当該航路から撤退するとの虚偽の噂を流布し、同時に被告等が荷主の製造する商品の大口顧客であることからくる交渉力を利用した。また、通関業者が、原告の船舶に積み荷を手配した場合は、被告等は当該通関業者をブラックリストに載せ、取り扱い手数料を支払わないと威嚇した。

結論としては、原審が、裁判管轄権の問題で原告の主張を退け、本件控訴審裁判所がこれを支持したため、原告の敗訴となったものの、本件において、原告は、差止請求の理由として、被告の行為が、商品の製造者でもありその大部分を被告によって使用されている多くの船荷主に、専売の共同契約の締結を強制するように経済的な交渉力 (*economic bargaining power*) を利用したことを挙げている。

Austin v. Nat'l Employment Exch., 266 N. Y. S. 306, 311 (N.Y. Mun. Ct. 1933).

原告は、被告との間で、職業斡旋の契約を締結した。本件契約において、被告は依頼料金60ドルと、さらに6ヶ月以内に原告に職を斡旋できた場合には追加料金を支払うことになっていた。原告が斡旋を望んでいたのは、給与の支払いが年額3000ドルから5000ドル以上の、役員クラスの職であった。原告は、以前に会社の監査人や会計部長等のいくつかの重要な地位に就いたことがあり、被告との関係も長く、被告による斡旋を通じていくつもの職を経験してきた。しかし、今回原告は被告に要求したような役員ポジションに就くことが出来ず、かわりに、契約の履行期日から約6ヶ月が経過した頃、被告は原告に対し、レジスター製造会社の営業部員の地位を斡旋した。原告はこの会社の支店での営業部員となったが、給与制ではなく、歩合制であった。原告は商品の販売をすることができなかつたため、原告は上記歩合制により会社から給与の支払いを受けられなかつた。本件契約書には、「契約者は、斡旋の努力によって職を得た場合をのぞき、さらなる支払いを求められることはない」と定められていた。また、明示されていないが、本契約では、いかなるがあつても一度支払われた依頼料は返還されず、被告はその依頼料を保持して原告の利益となるように業務を遂行することになっていた。原告は、希望した職に就けなかつたことに基づき60ドルの返還を求めた。裁判所は、複数の争点のうち、就職斡旋業者に手数料の返還を命じることの合憲性の判断において、同条が問題となった1932年の第二巡回裁判所の判決を引用し、次のように述べた。

「明白なのは、労働者というのは（たとえそれが本件のような『ホワイト・カラー・クラス』であるとしても）、雇用者に比べ、はるかに弱い交渉力しか有していないということである。彼らはしばしば、まさに昨今のように、非常に劣悪な条件の下で、職を得る望みにかけてあらゆることに対していつでも金銭を支出する状態にある。このような状況下では、当てにならない空頼みによって彼らをだまし、彼らから、役立つことがほとんどあるいは全くないような金銭をとることは容易である。申込者に対する職の確保という要請は、詐欺や抑圧を防止するのみならず、貧窮しているおびただしい数の人々の利益となる。このことはまた、事業者の、努力を成功させることによって評判を上げたいという直接的な欲求や、顧客によって支払われた金銭を保持するという事業者の利益と、その金銭を失うかもしれないという恐れの代わりに、事業者側の活動

と勤勉を大きく促す」。

United State v. Bethlehem Steel Corp., 315 U.S. 289, 301-03
(1942).

本件は、1917年から1918年にかけての、敵対するドイツ海軍との戦いに備え、合衆国が「可能な限り短時間で可能な限り多くの戦艦を建造する必要性に迫られた」時期に、合衆国政府が、造船会社との間で造船契約を締結したところ、政府が造船会社側の代理人の詐欺的な行為によって、本件契約の締結を誘導されたとして、造船の対価として裁判所が適正で合理的と認める価額を超えて支払われた金銭全額の返還を求める訴えを提起した事件である。政府は、その救済の根拠として、造船会社は「実行可能な程度に短時間に」、「公正で合理的な利益」だけのために、契約を公正に、誠実に、そして経済的に履行する義務があり、また、契約書の中の、さらなる支払いを求めるいかなる条項も「無効であり、強制力を持たない」と主張した。これに対しベツレヘム社は、政府側の契約違反を主張し、損害賠償を請求した。第一審は、政府側の主張を退け、ベツレヘム社に約500万ドルの支払いを命じた。本件はその控訴審判決である。

政府側は、本契約は非良心的であるため無効であるとする主張を行い、判断要素として強迫の存在と、慣習上の基準に比べて著しく過大な利益を得ていること、と言う2点を挙げた³⁵²。裁判所はこの2点に沿って検討を行い、前者の要件をさらに (i) 政府代表者は、ベツレヘム社が提示した条項を非自発的に受け入れた、(ii) 本件の状況下では、政府にはベツレヘム社との契約締結の他に選択肢がなかった、という2点から成ると分析した。そして、裁判所は (i) につき、次のように述べた。すなわち、「本件契約は、教養のある、十分な情報を与えられた、経験ある当事者同士の交渉によって締結され、彼らの唯一の目的は、契約締結時には知らず、知りえなかったことから生じる、戦時中という不慮の出来事における不確定性という条件下で、できる限りよい条件で取引をすることであった」。そして、実際、契約交渉に当たった政府側の3人のうちの2人が、交渉の過程において、自分たちが相手方の提示したいいかなる条項も受け入れなければならないとは感じなかったと証言したこと等を指摘し、結論として (i) の主張を退けた。(ii) についても、本件契約において政府側の代理人が、他のいかなる民間企業と比較できないほどの交渉力を備えていたこと等から、政府側の主張を退けた。

(c) 2007 年 VISIONS OF CONTRACT THEORY: RATIONALITY,
BARGAINING, AND INTERPRETATION

2007 年、Larry A. DiMatteo, Robert A. Prentice, Blake D. Morant, Daniel D. Barnhizer ら 4 人の著者により VISIONS OF CONTRACT THEORY: RATIONALITY, BARGAINING, AND INTERPRETATION が刊行された。本書は、現代の契約法分野で頻繁に議論される法理や制度について、各章ごとに複数の著者が執筆するという論文集である。この中で Barnhizer は、その第 5 章「契約法理の "中の" 交渉力」、及び、第 6 章「契約法理 "としての" 交渉力」³⁵³を執筆している。

(i) 契約における交渉力の機能・役割

Barnhizer は、一部のケースにおいて、交渉力は、「契約そのものの構成要素である」とする。というのも、契約は、「両当事者が交渉力と呼べるものを法的に有している場合のみ成立」するからであり、その代表例として、「詐欺と強迫は被害者の交渉力 [の存在] を否定する」法理であると指摘する³⁵⁴。さらに、非良心性法理は、「一方当事者が交渉力を持ちすぎ、あるいは、その力を濫用したと思われる場合には、たとえ、他方当事者が契約というゲームの遂行のために十分な力を有していたとしても、[相手型当事者の] 交渉力の欠如が契約の拘束力を公式に否定することを正当化する」法理として、交渉力が契約そのものの構成要素とみなす法理の一つであるという。

以上を踏まえた上で、Barnhizer は、契約法における交渉力の役割について、次の二つの学説上の立場があると指摘する。

第 1 に、最も一般的な立場であるが、当事者間の交渉力不均衡は、特に、「強い」当事者がその交渉上の地位を乱用したと考えられる場合には、当該契約関係への司法上の介入を正当化するというものである。

第 2 に、少数説であるが、交渉力は、契約上の関係を規制し、司法制度の中で契約上の義務を評価するためには、有用な概念ではないとする立場である。

さらに、Barnhizer は、契約当事者間の「実際の力関係」と、これらの力関係を外側から認識した場合の「力関係」（以下、「外部から認識された力関係」とする。）とを区別すべきであると主張する。そして、裁判所、立法者、学者など、法学分野の当事者は、「外部から認識された力関係」のみについて応えており、契約当事者間に存在する実際の力関係については、応えていないという。

(ii) 法的な力（交渉力）関係

Barnhizer は、「契約当事者間の交渉力不均衡を認定し、これを検証した上で、法的紛争の結果に反映させる」という法律上の扱いを、法的な交渉力不均衡法理と呼ぶ³⁵⁵。そして、この法理は、次の2つのレベルにおいて作用するという。

第1に、国（州）は、「交渉力不均衡のもとで締結された契約を正すために介入すべきであるという、一般的な道徳的規範や第一義的なルール」としてである。

第2に、「契約法の諸法理の中で機能する明示的または黙示的な要素」としてである。ここで Barnhizer が挙げている「契約法の諸法理」とは、「明示的」なものとして、非良心性法理、公序 [違反]、紛争解決手段の指定条項などであり、「黙示的」なものとして、高等証拠排除法則、契約解釈、約因等である。

Barnhizer は、「法的概念としての交渉力は、法学の学説における様々な立場によって、さらに複雑になっている」とし、さらに、Jon Hanson & David Yosifon, *The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture*, 152 U. PA. L. REV. 129, 195 (2003). における「法律学における経済学者たち [法と経済学者たち] は、この力に関するリアリズムに対して、特徴的およびわかりやすく反応してきた。すなわち、彼らは無視してきたのである。多くの場合、経済学的な考え方には、力という概念が入る余地はなかった。」という記述を引用した上で、「契約法および法理論における交渉力についての異なるアプローチの大部分を分類」することを試みている。

それによると、法的概念としての交渉力には、構成要素的な (constitutive) な性質と、破壊的 (destructive) または 負担的 (impositional) な性質とがあるという。前者は、「契約は交渉するという交渉力無しでは存在し得ない」という意味であり、後者は、「交渉力の不均衡は、強い当事者が自分に有利な条項を弱い当事者に押し付けることになる」という意味であるという³⁵⁶。

Barnhizer によれば、これら二つの交渉力の性質は、「緊張関係」にあるという。というのも、交渉力が「負担的」性質を有することにより、司法による契約当事者の契約締結能力への介入が認められると考えれば、契約や取引は、当事者の相対的な交渉力が均衡となっているという狭い範囲でのみ生じることになる。そして、この狭い範囲外では、契約は機能せず、裁判所や立法者は、契約当事者間のやり取りを規制しなければならなくなる。これに対して、交渉力の「構成要素的」な性質によれば、交渉力は、ただ取引に不可欠なものであることを

意味し、両当事者がある程度の交渉力を有していれば、彼らは契約を締結できることになる³⁵⁷。

交渉力は、一方で、何らかの交渉力を有する者同士なら、契約を締結できるという契約の構成要素としての性質を有するが、他方で、その交渉力の不均衡が著しい場合には（そしてさらに交渉力の優越する当事者がそれを濫用する場合には）、司法が契約に介入できるという意味において、契約を規制または制限する性質を有しているといえよう。この点において、Barnhizer のいう交渉力の「構成要素的性質」と「負担的性質」は、著者が指摘する通り、常に緊張関係にあると評価できよう。

(iii) 私的な合意への介入の正当化根拠としての交渉力不均衡

Barnhizer は、前述の交渉力に関する二つの性質は、「[外部から] 認識された交渉力不均衡が、私的な合意への司法上及び立法上の介入を正当化しうるかどうか」についての学説に影響するとし、およそ二つの学説に分けられるという。すなわち、介入主義的な立場をとる学説と、非介入主義的な立場をとる学説である。

Barnhizer は、前者の立場について、さらに次の二つに分かれるという。第 1 に、近代における契約が（より単純だった、過去の世紀における契約とは異なり）、個別かつ体系的な交渉力不均衡を認識しなければならないという歴史的な議論を行うもの、第 2 に、公平性 (fairness)、分配的パターンリズムや効率性など、[契約自由の] 代わりとなる概念を支持する法理をつくるため、契約自由を否定する議論を行うものである。

Barnhizer によれば、前者（介入主義を正当化するための歴史的な議論を行う学説）は、「契約自由と私的自治を、交渉力不均衡という例外を除いて、支配的なパラダイムであると捉え³⁵⁸、または、それ自体が構造的な交渉力不均衡 (systemic inequalities of bargaining power) の認識と規制を基礎とする新たな契約法の制度に対する例外であると捉えるか」のどちらかであるという。

これに対して、後者（公平性、分配的パターンリズムや効率性など、比較的新たな概念を支持し、契約自由を否定する議論を行う学説）は、「契約自由と私的自治は、司法秩序の規制という観点からは不備のあるパラダイムである」と考え、その結果、「交渉力不均衡が、司法や立法による介入が必要な、公平、平等、または倫理的な問題を生み出す」と捉えている。

(iv) 交渉力不均衡に基づく介入を認めない立場

上記に対して、交渉力不均衡が契約への司法の介入の正当化理由としては不十分であるとする学説もある。Barnhizer は、この立場の論拠は様々であるとした上で、典型例として、「介入そのものが非効率な結果を生む、あるいは、交渉力不均衡は本質的に非効率というわけではない」等の経済学的視点から論じる立場や、交渉力は「首尾一貫しない、本質的にあまりにも複雑である、重要性が低い、または、裁判所が公平で公正な結果を得るにはあまりにも感情的な問題に左右される」といった理由を挙げるもの等があるという。なお、後者について、Barnhizer は、「交渉力を測る合理的な基準を設定できないことを根拠とする」立場³⁵⁹および「交渉力不均衡の影響力が不確かであることを根拠とする」立場³⁶⁰の2つに分けて学説を整理している。

(vi) 「交渉力の不均衡」という現象の承認？

以上を踏まえ、Barnhizer は、次のようにまとめる。すなわち、「[個々の事案ではなく] マクロ・レベルでは、交渉力は、なぜ一部の約束は契約として拘束力を有し、そのほかの約束は…公の秩序の下で規制されるべきなのかという問題に対して、積極的かつ規範的な根拠を提示している」。これに対して、法理や法理論のレベルでは、「司法が構造的な交渉力の存在を認識する能力により、どちらかといえば公的権力の介入を受けるべきではない [という価値観がはたらく] 私法秩序における行為は、積極的かつ規範的に定義される」という。このように、「裁判所は（そして当事者自身も）、契約当事者は、通常、実質的な国家の介入を受けない有効な契約を締結するための取引の多くにおいて、十分な交渉力を有していることを黙示的に認めている³⁶¹。と同時に、裁判所と立法者は、数多くの取引が構造的な交渉力の格差を含んでいることを黙示的に認めている³⁶²」。

(d) その後の inequality of bargaining power に関する研究

上記著書の後、Barnhizer は bargaining power に関する研究として、司法取引に関する3つの論文に対して、契約法の観点からの批評を行う論文を発表している³⁶³。

この批評の中で、Barnhizer は、当事者双方が「さまざまな複雑で動的な力の源を使って交渉」することにより、任意条項に修正を加えるという点は、司法

取引においても同じことであると指摘する。そして、司法取引における交渉を、「限られた権限しか持たない代理人による比較的標準化された条項についての交渉と捉える」と考えれば、司法取引は、「ある程度古典的契約法のルールと実践から切り離された一般的な文脈として」捉えられるとし、刑法においても、契約法と同様、「当事者同士のやりとりの中で、望ましい結果を生むための相対的な能力の源、あるいは、そのような能力に対して制限となるものは何かを把握しなければならない」と指摘する。そして、司法取引は「古典的契約法概念としての合意や交渉に照らせば、司法取引は『取引』には程遠いのかもたない」としつつ、しかし、司法取引は「検察と被告の弁護人の双方が、さまざまな複雑で動的な力の源を使って交渉するというシステムにおける、標準化されたメニューのような[あらかじめ条項の大枠が列挙された]条項の一種である」と考えれば、契約と同様に考えられることを示唆する。

(e) 小括

以上、Barnhizer による *inequality of bargaining power* の研究の概要をまとめて示した。これらの研究は、特に、以下の点において示唆的であると思われる。

(i) 判例上の *Inequality of bargaining power* の歴史的沿革

Inequality of bargaining power の歴史的経緯を読み取ることができる判例を、具体的に示した研究は、Barnhizer のほかに見当たらない。また、Barnhizer 自身も、これらの判例について、短いコメントを付すにとどめており、詳細な評釈をしていない。したがって、ここで指摘された判例が適切かどうか等、検証すべき点も残されている。しかしながら、上記判例群からは、少なくともアメリカ法の中に *inequality of bargaining power* という概念が現れた背景や、この言葉の持つニュアンスなどを把握することが可能であり、一考に値すると思われる。

まず、上記 (6) ① (b) で示した最初の 3 件、すなわち、*Vegetahn* 事件、*Coppage* 事件、及び *Plant* 事件は、いずれも *inequality of bargaining power* という言葉を明示しておらず、これらを *inequality of bargaining power* の歴史的経緯の一部として位置づける根拠は、Barnhizer の記述からは、明らかではないようにも思われる。ただし、いずれも Holmes 裁判官が反対意見を示した事案であること、いずれも労使間の紛争の事案で、労働者が雇用者に対抗するために *bargaining power* を強化・獲得することを認めるべきであることを強調する内容であること等が、

注目に値する。これに対して、Topeka 事件では、inequality of bargaining power という言葉が明確に示されており、さらに、問題となった州法が、inequality of bargaining power を理由に救済を与えるためのものであるとしている³⁶⁴。

このように4つの事件を捉えれば、Vegeahn 事件、Coppage 事件、及び Plant 事件において具体的な名称を持たなかった考え方が、Topeka 事件において inequality of bargaining power という名の下に結実したとみることもできるであろう。

したがって、上記判例によれば、少なくとも、アメリカでは19世紀末頃からは、圧倒的な力 (power) を持つ者・圧倒的に有利な地位 (position) にある者と、これらの力・地位を持たない者とが対立し、紛争となる場合に、対等な力・地位にいる者同士の紛争とは異なる配慮が必要であるとの考え方が示唆されていたこと、このような考え方は、雇用者・労働者間の関係において顕著であったことが指摘できよう。このような考え方は、1925年のTopeka 事件の頃から inequality of bargaining power と呼ばれ、この言葉は、労使関係以外の事案においても現れるようになった。いずれの事案においても、当事者の力・地位において圧倒的な格差があったこと、及び、他方当事者がそのことを利用し、あるいはつけ込むことによって、不平等な内容の契約が締結されたことが特徴と思われる。

(ii) Barnhizer による Inequality of bargaining power 研究の特徴

Barnhizer による inequality of bargaining power の研究は、以下の点に特徴があると思われる。

第1に、この概念あるいは法理の存在を改めて指摘するとともに、これがアメリカ法、特に契約法ではあるが、より広くアメリカ社会全般において、重要な地位を占めていることを示した点である。なお、この際、交渉力不均衡は concept や legal doctrine 等、複数の表現が用いられており、(inequality of) bargaining power が、明確に定義しきれない、曖昧で漠然とした性質のものであることを示している。

第2に、交渉力は「力」(power) の一種であり、この抽象的な power は、power というものの性質や特徴を示すことによって、bargaining power の中身を明らかにしようとした点である。

第3に、論文が公表された2000年代前後当時の裁判所による *bargaining power* の評価方法が、ステレオタイプ的で、現実の契約案件における当事者の相対的な力関係を正確に反映しておらず、そのために救済を受けなくてもいい者が救済を受け、救済を受けるべき者が救済されていない、という主張を行った点である。

第1の点については、**Barnhizer** 自身が引用する多数の文献が示すように、すでに他の論者による先行業績によって示唆されてきたことではあるものの、これら先行業績による指摘は、非良心性などの他のテーマや特定の場面における交渉力不均衡の分析を行うというものがほとんどであり、同論文以前に、交渉力不均衡そのものを扱った体系的な研究は存在しなかった。実際、文献調査の結果、最近の(2000年代以降の) *inequality of bargaining power* 研究として、あるいは、*unconscionability* 研究の一つとして、同論文は引用されているようであり、この点を踏まえても、同論文の提示する問題意識や視点は、アメリカ契約法の中で一定の影響力を有していると思われる。

もっとも、本論文が第1の点以上に大きな意味を有するのは、いうまでもなく、第2、第3の点においてである。第2の点については、「力」というものがどこにでも存在し、複雑で、変動的であるということ、契約法、さらには法律の分野を超えて様々な実例を挙げながら示し、「力」というものの性質を明らかにしようと試みている。その上で、第3の点において、これまでの裁判所による交渉力不均衡を理由とする判断が、現実の当事者の力の関係を無視し、女性、貧困者、教育を受けていない者等、決められた属性の人々に対するステレオタイプな評価しかしておらず、中小企業や、教育を受け貧困者ではない中流階級の消費者に必要な救済の根拠となっていない、ということ批判している。以上のような主張を、少なくとも明示的に行ったのは、この論文が初めてと言って良いであろう。

② Korobkin による研究

経営学や経済学、特に行動経済学の観点から、*bargaining (power)* 及び *negotiation* に焦点を当て、契約法、ビジネスとしての取引交渉、行動経済学等の複数の分野にまたがる研究を行っているのが、UCLA の Russel Korobkin である。今回の調査において、条件(タイトルに *bargaining power* という言葉が入っている論考を検索する。)を満たすのは、*Bargaining Power as Threat of Impasse*, 87

MARQ. L. REV. 867 (2004). である。これは、5 ページの短いコメントであり、掲載誌はロー・レビューではあるものの、その内容は法学分野にとどまらない。同コメントにおいて、Korobkin は、bargaining power について次のように定義している。すなわち、「交渉力 (bargaining power) とは、個人に元々備わっているものではなく、状況に応じて変わるものである。...それぞれの状況において、相対的な交渉力は、まさに、明示的にも黙示的にも、交渉人の、ある唯一の脅威を確実に作り出す能力に由来する。すなわち、『もしあなたが私の要求通りのものを与えてくれないなら、私は取引に応じずに交渉のテーブルから去る』という脅威である。このような脅威を作り出す能力の源、そしてその結果としての交渉力の源は、相手が合意に至るための魅力的な代替手段を持っていると推測する能力であり、これは、しばしば BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement: 交渉の結果としての合意に対する最善の代替物) と呼ばれるものである」。BATNA とは、ハーバード・ロー・スクールの教授で the Harvard Negotiation Project (現 Program on Negotiation) のディレクターであった Roger Fisher による著書 ROGER FISHER et al., GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 100 (Bruce Patton ed., 2nd ed. 1991). において提示された概念である。このことから明らかなように、Korobkin による上記コメントは、法学的な分析とはかなり性質の異なる内容となっている。

(a) BATNA の強さ

Korobkin によると、交渉が行き詰まった場合に、どのような行動を取るかが、交渉における相対的な力関係を左右するという。Korobkin は、このことを説明する具体例として、カー・ディーラーを通して新車を買う場合を挙げる。ディーラーの BATNA は、次の顧客が入店し、新車を購入するまでどれくらい待たされるかにかかっているという。すなわち、もしも、希望する車種の在庫がなく、その町の他のすべてのディーラーもその車種の購入を希望する顧客が順番待ちをしているという場合、顧客はその車種の新車を手に入れるためには待たねばならず、また、割増料金 (プレミアム) を支払わなければならないので、顧客の BATNA は相対的に弱いものとなるという。他方で、この場合におけるディーラーは、もしも顧客が提示された価格を支払おうとしなければ、顧客に交渉決裂をほのめかすことで脅威を与えることができるので、実質的に優位な交渉力を有していることになる。

これに対して、すべてのディーラーが在庫過多に陥っており、新型車の入手がすぐにできる場合、顧客が優位な交渉力を有することになるという。なぜなら、他のディーラーは在庫を減らしたいため値引きの要求に応じる可能性があり、これによって、顧客が望む金額にならない場合に交渉決裂となることは、顧客にとって最も得策となる可能性が高いので、顧客は、ディーラーが大幅な値引きに合意しなければ、そのディーラーの元を去ることをほのめかすことによって、ディーラーに脅威を与えることができるからであるという。

さらに、もし、実際に交渉をするときの事情が双方独占 (bilateral monopoly) の要素を有している場合、すなわち、契約相手を他に探すなどの比較をすることができない場合、当事者の交渉力は、交渉が決裂した場合に締結するであろう代替りの取引の相対的な質に左右されるという。Korobkin はこの例として訴訟遂行における両当事者の交渉 [かけひき] を引き合いに出し、この場合、交渉が決裂しても、両当事者は他の当事者を相手に訴訟を提起するという選択肢を有しないとす。そして、このような場合は両当事者ともそれぞれ BATNA を有しているとす、交渉力は、BATNA が原告または被告にとってより望ましいであるのかどうかにかかっているとす。

ただし、交渉力の程度を左右する BATNA は、事実上または客観的なものではなく、あくまで、一方当事者が他方当事者に対して有していると信じているところの BATNA であるとしていす。

(b) 忍耐強さと力 (Patience and Power)

Korobkin は、多くの交渉 (bargaining) において、特に双方向の独占的状況にある場合、両当事者の BATNA は、少なくとも短期間は、代替的取引を実行しないために交渉を継続させるという結果を生むという。そして、このような状況では、要求が通らない限り合意しないという交渉人からの脅威は、永続的な行き詰まりというより一時的な行き詰まりの主要な要素となるとす。

(c) 力のリスク (The Risks of Power)

Korobkin によると、一方当事者が他方当事者の代替的選択肢や好みについて完全な情報を有している場合で、かつ、両当事者が冷酷なまでの合理性に基づいて交渉し、決定を行い、交渉力 (bargaining power) を行使する場合には、決して行き詰まりに陥ることはないという。そして、その結果、相互に利益を生

じさせる合意が実現できる状況となれば、相対的に弱い力しか有しない当事者は、相対的により強い力を有する当事者に負けるのだとする。

しかしながら、完全な情報や感情の欠如によって特徴付けられる交渉というのは、ほとんど存在しないという。例えば、両当事者が、互いに強力な BATNA を有していると信じ、しかし実際には相手は有していないという場合、各当事者は、力を行使しようとするがどちらも負けることはない。その結果、たとえ合意が両当事者にとって利益になるようにうまく運びそうな場合であっても訴訟は続き、労働ストライキは長引き、民族紛争は続く。または、あるいはこれに加えて、力の弱い当事者がより強い交渉人の要求に起因する強制や不平等の意味合いを不快に思い、譲歩することを拒み、これら一連の行為が両当事者にとって損害を与えるとさえ考える。このような二つの可能性は、交渉力 (bargaining power) の行使について、それが潜在的に有意義であるのと同じくらい、潜在的に危険なものにする。

③ Ben-Shahar による研究

シカゴ大学の法と経済学者として知られる Omri Ben-Shahar 教授は、2009 年に、論文 “Bargaining Power Theory of Default Rules” を発表した³⁶⁵。この論文は、不完全な契約（補完的解釈が必要な契約）におけるデフォルト・ルール、すなわち、契約条件が不完全な場合に補うモデルとなる契約のルールに関して、交渉力の勝る当事者にとって有利な条項を補うことの利点について検証するものである。

(a) Bargain-mimicking という契約解釈方法

Ben-Shahar は、補完的解釈が必要な契約について、より体系的な補完の方法が発展してきたことが、契約への経済的なアプローチの最も偉大な到達点の一つであるとし、この補完方法として最も広く受け入れられているのは、裁判所が「当事者の意思に（擬態するかのように）沿うように解釈する (mimic the parties' will)」という方法であるとする。これは、当事者が選択したであろうことに沿って契約を解釈するという方法であり、Ben-Shahar は、この方法を採用することにより、契約条項を起草する際の unnecessary コスト（費用）を削減できるとする。なお、ここでいう「当事者の意思」は仮定されたものであるという。Ben-Shahar は、契約当事者の意思は、通常、最も効率的な結果を生むような取

引を行うことであるとし、契約による余剰利益を最大にするデフォルト・ルールを用いることが、これに相当するという。

Ben-Shahar は、契約の補充的解釈において、多くの論者は、契約上の余剰を最大化する (maximizing the contractual surplus) 方法が採用されるべきであると主張するとし、これは、「当事者双方が合理的で、条項の分配的な影響力とは無関係に、複合の余剰 (joint surplus) を最大化するような条項に合意していること」が前提とされているとする。そして、「このような条項は一方当事者にとってより有利なものになりうるが、当事者は、価格やその他の純粋に分配的な条項を適切に調整することによってあらゆる分配的な効果で補正しうる」。しかし、「このような理論が有効となるためには、当事者が適切な分配的な調整を行うために利用する (多くは価格条項であるが) 唯一の契約条項が存在しなければならず、そのような条項に、この理論は適用されない」。そして、「純粋に分配的な条項の内容は、余剰最大化という基準によって決まるのではなく、中間的な余剰 (surplus neutral) によって決まる。というよりむしろ、純粋に分配的な条項の内容は、当事者の交渉力によって決まる」とする。このように、Ben-Shahar は、上記のような調整方法は、交渉力不均衡の影響を受け、交渉力の優越する当事者をより強くするだけであるとして批判し、彼が “bargain-mimicking regime” と呼ぶ方法、すなわち、個々の事案における当事者の相対的な交渉力に着目し、当事者の真の合意を探ることによって契約を補充する方法を採用すべきであると主張する。また、この方法は、実際の裁判例でも実践された手法であるという。

同論文において、Ben-Shahar は、契約の補充的解釈の手法として「交渉力に基づく [交渉力に沿う] 契約条項の補充 (bargain-mimicking gap filler)」を提唱する。そして、この手法を採用するにあたり、裁判所は、交渉力に沿う情報入手しなければならないという。すなわち、契約当事者のそれぞれが得る余剰利益は、相対的な交渉力を生み出すところ、両当事者の交渉力は不均衡であり、そのような状況における契約条項の補充は、「市場」でみられるような平均的な条項とは異なる。そして、一方当事者の交渉力が他方当事者のそれよりも大きい場合、契約条項の補充は、交渉力が大きい当事者に有利に行われる傾向があり、それは、このような当事者の意思こそが、仮にすべての契約条項について明確に交渉されていたら、優先されたはずであるからだという。つまり、Ben-Shahar は、交渉力において優越する当事者に有利に契約条項を補充すべき

であるとする。

このような契約条項の補充方法について、Ben-Shahar は、一見不公平に見えるであろうとした上で、しかし、このような手法の背景にある考え方については、法律問題とは無関係の事例を挙げて考えた場合には、「思ったよりは批判されるべきものではないであろう」とする。

その事例とは、親が子に「庭の芝を刈りなさい」と命じる場合である。Ben-Shahar によれば、親が「交渉力 (bargaining power)」、すなわち、ここでは「フロント・ヤードのみを刈りなさい」「バック・ヤードも刈りなさい」等の具体的な命令を下すことができる力を有していると考え、子が従わなければならない正確な命令の内容（文言）は、より強い力を持つ者が意図した意味に一致していることになる。この場合、親は子に対して、当然、「あなたは私が意味することを知り、または知っているべきだった」ということができ、このことは、より大きな交渉力によって、言葉の解釈が左右されていることを意味するという。実際、このような解釈の方法を採用することにより、親は、子への命令の内容を明確化する必要がなくなり、さらに、やりとりにかかるコストを削減し、シンプルで一般的なひながたを利用可能にする等、少ない言葉を用いることによる利益も生じることとなるという。

Ben-Shahar は、上記の事例について、法的な契約条項の補充の問題とはかけ離れてはいるものの、曖昧な内容の言葉を補充し、かつ、それは力を持っている当事者の意思に沿ったものであるという点において、家族間の言葉の機能と契約条項の機能とは同じであるとする。

(b) 「交渉力」の意義・位置付け

Ben-Shahar は、契約の解釈の際に、交渉力において優越する当事者に有利に契約条項を補充すべきという手法をとるにあたり、「当事者間の交渉力は、測定可能かつ検証可能であるとの前提に立っている」とし、交渉力について簡潔に定義している。それによると、交渉力とは、「当然、交渉 (negotiation) における現実の要因であり、そして、経済学上の理論によれば、それは相対的な危険選好 (risk preference)、outside options、割引係数 (discount factor)、交渉プロトコル (negotiation protocol)などに依拠している」といい、また、交渉力は「要するに、当事者それぞれに備わる、取引の拒否のしやすさのこと」であるという。

Ben-Shahar は、裁判所にとって、個々の事案において交渉力を測定すること

は難しいことではあるとした上で、「実際には、裁判所はすでに、事案の結論を正当化するような要素として交渉力に頻繁に言及している」とし、その具体例として、非良心性³⁶⁶、強迫、契約条項の「起草者不利原則」等を挙げる。しかし、これらの法理は、「たいてい、弱い当事者に有利になるように交渉力に言及する」とし、Ben-Shahar が提唱する *bargain-mimicking* の手法は、これとは異なるという。すなわち、Ben-Shahar によれば、契約における格差 (gap) は、「当事者の合意する能力の欠如 (the parties' inability to agree) 」の結果であるか、または、契約条項をそのままにすることで「強い当事者が、その契約においては相手の弱い当事者が [自分が課そうとしている] 一方的な契約条項に同意しないか、または当該取引において [強い当事者にとって] 何らかの隠された不利なもの [条項] と交換するだろう」という考え、問題をそのままにしておこうと「戦略的な計算」を行なった結果であるとする。したがって、もし、「強い当事者が特定の問題の発生を抑え [るために]、格差をわざとそのままにした場合、それは、事実上その当事者の交渉力の限界を意味している」という。言い換えれば、「それは、明確な合意においては、[契約を起草する側の] 当事者が切望した一方的な条項を取り除くことができなかったという事実を反映していることになる」。このことから、Ben-Shahar は、*bargain-mimicking* の手法は、「必ずしも常に強い当事者に有利に機能するわけではな」く、「強い方の当事者に有利な契約解釈の方法をとることによって、その当事者は自分に有利なように取引できないようなことについては、格差をそのままにしようとする」という。

このように、Ben-Shahar は、契約解釈における *bargain-mimicking* の手法は、「全体的に交渉力が大きい当事者を特定するだけの方法よりも微妙な調整が効く (nuance) 」手法であるという³⁶⁷。

④ シンポジウム

(a) ミシガン州立大学におけるシンポジウム

2006 年、ミシガン州立大学にてシンポジウム「力、不平等、そして取引：契約法における交渉力の役割」が開催された³⁶⁸。これは、契約法における *inequality of bargaining power* をテーマとするシンポジウムであり、登壇者には前述（本稿 VI-2 (6) ①）の Barnhizer のほか、現代のアメリカ契約法の代表的な研究者が多数含まれており、*inequality of bargaining power* に関する研究動向として注目に値すると思われる。そこで、以下において、同シンポジウムの各登壇者による

論考の内容を概説する。なお、扱う論考一覧は次の通りである。

(i) Daniel D. Barnhizer, *Foreword: Power, Inequality and The Bargain: The Role of Bargaining Power in The Law of Contract-Symposium Introduction*, 2006 MICH. ST. L. REV. 841 (2006). (以下、「序文 力、不均衡および契約：契約法における交渉力の役割 シンポジウム総論」とする。)

(ii) W. David Slawson, *Contractual Discretionary Power: A Law to Prevent Deceptive Contracting by Standard Form*, 2006 MICH. ST. L. REV. 853(2006). (以下、「契約法上の裁量権：標準書式による詐欺的契約から保護する規律について」とする。)

(iii) Larry A. DiMatteo, *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 MICH. ST. L. REV. 883 (2006). (以下、「取引の不合理的生への合理的な対応としての罰則」とする。)

(iv) Blake D. Morant, *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural Unconscionability and the Importance of Context*, 2006 MICH. ST. L. REV. 925 (2006). (以下、「契約の規制における力の特徴：手続的非良心性と文脈の重要性」とする。)

(v) Rachel Arnow-Richman, *Cubewrap Contracts and Worker Mobility: The Dilution of Employee Bargaining Power via Standard Form Noncompetes*, 2006 MICH. ST. L. REV. 963 (2006). (以下、「cubewrap 契約と労働者の流動性：競争禁止の標準書式契約による労働者の交渉力の低下」とする。)

(vi) Curtis Bridgeman, *Misrepresented Intent in the Context of Unequal Bargaining Power*, 2006 MICH. ST. L. REV. 993 (2006). (以下、「交渉力不均衡の状況下における不実な故意」とする。)

(vii) James F. Hogg, *Consumer Beware: The Varied Application of Unconscionability Doctrine to Exculpation and Indemnification Clauses in Michigan, Minnesota, and Washington*, 2006 MICH. ST. L. REV. 1011 (2006). (以下、「消費者注意せよ：ミシガン、ミネソタ及びワシントン州における非良心性法理の免責条項及び補償条項への多様な適用について」とする。)

(i) Barnhizer 「序文 力、不均衡および契約：契約法における交渉力の役割 シンポジウム総論」 369

上記シンポジウムの序文を担当した Barnhizer は、冒頭で、アリゾナ州最高裁

判所の判例³⁷⁰を挙げ、この判例が初めて、労働者個人とその雇用者との間の "inequality of bargaining power" を労働契約の規制の正当化根拠として明確に認めた判例であるとし、本件において、アリゾナ州最高裁は「雇用者と被用者との間の契約関係が規制されるという法的なモデルとなり、それは、契約自由原則が支配し、経済的な規制に対する強力なレッセ・フェールのアプローチが妥当な経済重視の時代において発展したものである」と述べている。そして、「交渉力不均衡は、19世紀末の契約自由とレッセ・フェール原則と、多くの裁判所や学者たちから、産業化と現代化から生じる問題に答えるために必要とみなされている、進歩的で現実主義的な法理との間に生じた鮮やかな断絶を正当化するために必要な、法的、政治的そして倫理的なレトリックを提示する。」という。

そして、「[我々が] 20世紀に突入した際に経験した劇的な社会的、政治的、経済的な変化が、"inequality of bargaining power" のような概念を、一般に広まっている契約法のイデオロギーを批評するために発達させたのと同じように、21世紀への突入も、アメリカ契約法にとって変革の時代となるであろう。」と述べる。

その上で、Barnhizer は、同シンポジウム開催の目的につき、「成熟した情報社会となった現代 (the now-mature information era) において、契約法分野の中で、法的概念としての交渉力不均衡 (bargaining power disparities) の適切な役割とは何かについて探求すること」であると規定する³⁷¹。

なお、この序文の末尾の謝辞によれば、参加者として、先述 (本稿 VI-2 (6) ③) の Omri Ben-Shahar の他、Emily Houh (現在、シンシナティ大学教授), Julian Abel Cook III (現在、ジョージア大学教授) の名前が挙げられている。おそらく、登壇者ではなく聴衆側の参加者であろう。

(ii) Slawson 「契約法上の裁量権：標準書式による詐欺的契約から保護する規律について」³⁷²

契約上の裁量的権限 (contractual discretionary power)

Slawson³⁷³は、交渉力という言葉を用いず、契約上の裁量的権限 (contractual discretionary power) という独自の用語を採用し、これを製造業者と消費者との間の契約で、特に標準書式契約における不当な条項の規制に有用であるとの主張を展開する。

Slawson のいう契約上の裁量的権限 とは、Steven J. Burton がその論文、*Steven J. Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369, 380 (1980). の中で言及したものであり、次のように説明される。すなわち、契約書の作成において、契約の履行に影響を及ぼしうるあらゆる不測の事態をカバーしつつ、当該契約がどのように履行されるべきかを正確に規定することは不可能である。「人間は全てを知っているわけではないし、文言は、わかりやすいと同時に正確であるなどということはありません」。したがって、「契約がどのように履行されるべきなのかという問題がしばしば生じ、また、ときおり、契約当事者の意見の相違が大きいため、裁判所が当該当事者のために判断を下すことが必要になる」という。このような状況のことを、Burton は「履行における裁量 (discretion in performance) 」と呼び、ある履行が誠実に行われたかどうかという問題が生じるのは、契約が当事者に、どのように履行するかに関して何らかの裁量の余地を残している場合だけであるという。さらに、Slawson が注目するのは、Burton が、さらに、当事者が契約の履行において故意に一方当事者に何らかの裁量権を付与する場合が存在するとの指摘を行なっている点であるという。Slawson は、契約の履行について契約当事者自身が一方当事者に何らかの裁量権を付与する具体的場面として、Burton が挙げる例(目的物の量、価格、履行時期)のほかにも、フランチャイズ契約、不動産仲介契約、委任契約や雇用契約等を挙げた上で、「Burton は、契約法の研究において、このような裁量権に注意を向けさせたことで偉大な役割を果たした」と評価する。

Slawson は、「契約上の裁量権は、誠実に (in good faith) 行使されなければならないが、それは、その行使は、契約によって要求された履行だからである」とし、ただし、「これ [誠実に行使しなければならないということ] だけが、このような裁量権をどのように行使すればよいかについての唯一の制限なのではない。」という。すなわち、「この裁量権を生み出すのは契約そのものであるから、この裁量権は、当該契約が課すあらゆる制限にも服することとなる」という。Slawson は、具体的にはたとえ当該契約が明示していなかったとしても、2つの制限が存在するといひ、一つは、「この裁量権はそれが生み出された目的のためだけに行使されうるということ」、もう一つは、「その行使は契約を無効にしたり、違反したりすることはできないということ」であるとする。そして、これらの制限を超えた場合、または、誠実に行使されなかった場合は、「契約違

反となる」。したがって、そのような契約には拘束力が認められず、もしも契約当事者がそのような契約を強制しようとして、他方当事者に損害を与えた場合には、その当事者は、他方当事者に対して、そのほかの理由による契約違反の場合と同様に責任を負うという。

標準書式契約における非良心性法理の適用との比較

Slawson は、「標準書式契約が契約当事者の相互の合意の表明として含まれていなかった場合、これが拘束力を有するのは、それが製造業者の有効な裁量権の行使の範囲内の場合のみである。」とし、このことについて、「標準書式契約に非良心性法理を適用する代わりに契約上の裁量権を行使する」という場合を一例として挙げる。すなわち、Slawson は、Gateway 事件のように「契約は非良心的であることが問題なのではなく、標準書式であることから当該契約が無効であるという場合」に消費者を保護することができるという。そして、「当該条項が手続的にも実体的にも非良心的と言えるかどうかという綿密な事実の分析を行う代わりに、当該条項が当該売買契約を無効とし、または違反するかどうかというより単純な」判断を行えば良いことになるとする。このほか、Slawson は、起草者不利の原則、合理的な期待 [を保護する法理]、詐欺的な取引、消費者保護法や不当競争規制法 (Laws against unfair methods of competition) に違反するような契約³⁷⁴、さらには、過去の判例についても、上記と同様に、当事者の裁量権限の適切な行使によって説明がつくという³⁷⁵。

結論部分において、Slawson は、標準書式契約について拘束力を認めることで、詐欺的な契約を助長させたこと、他方で、標準書式契約に代わるものがないため、このような状況にただ耐えるしかないという状況が約 1 世紀以上続いたことを指摘する。その上で、製造業者には起草する標準書式契約に法的効力を与える必要があること、しかし、すべての標準書式契約に対して意味のある合意をするように消費者を教育することは、製造業者側も消費者側も望むところではないことを指摘する。そして、契約における当事者の裁量権という考え方は、このような状況の打開策になりうると示唆し、また、この手法によって、「[製造業者も消費者も] 両方が利益を得る」という。

(iii) DiMatteo 「取引の不合理性への合理的な対応としての罰則」 376

DiMatteo の論考は、交渉力の問題について行動経済学 (Behavioral Decision Theory; BDT) の視点からアプローチするものである。

まず、DiMatteo は、「契約法は、違約条項 (penalty clause) に対する私的な交渉 (negotiation) に見られるように、交渉 (bargaining) の不合理性 (irrationality) に合理的に対処しうる道具である」という。その上で、同論文の中心的主張、すなわち、交渉 (negotiate) された違約条項は、取引における不確実性と非効率性に対する合理的な対応策とみなされるため、有効と考えるべきとの主張を展開する。その論拠として、著者は、次のように説明する。第 1 に、家屋の売買契約における買主は、違約罰条項を過大評価した場合、パレート最適 (他の経済状態を悪化させて自らの経済状態を改善させる) となるような契約を締結することは控え、その結果、その契約は、家を新しく建築するのではなく、中古の家を購入するなどの他の選択肢よりも、パレート最適となる。第 2 に、契約における損害賠償は、一般的に、訴訟費用や賠償範囲の制限を考慮すると、金額が低く見積もられている。このため、交渉された違約条項は、これらのリスクから両方の当事者を保護するという。第 3 に、交渉された違約条項は、交渉や訴訟の費用を削減するという利益をもたらす。第 4 に、交渉された違約条項の拘束力を認めるというルールは、私的自治や、約束締結機能 (promise-making)、合意、そして効率性などの契約法の根底にある根本原理とも一致するという。

著者は、具体例として、新築の家屋の売買契約の場面において損害賠償の予定条項について契約当事者が交渉を行った場合を挙げ、この条項に認識上のバイアス (cognitive bias) が与える影響力について検討する。

その結果、著者は、たしかに、相対的に同等な交渉力を有する契約当事者が、経験則やバイアスを不合理に利用していることが示唆されてはいるものの、同等の交渉力を有する当事者間で交渉された違約条項は、交渉 (bargaining) における不合理性の合理的な対応策にもなり得ることから、当該条項の拘束力を認めて良いと結論する。そして、損害の予定条項の規制をめぐる現在の法制度は、交渉力の弱い消費者のためには正当化されるとしても、その論拠は、相対的に同等な交渉力を有する当事者間においてはあてはまらないという。このような状況について、著者は、裁判所は当事者が交渉した損害賠償の予定条項については、これらの契約条項が違約罰の働きをするかどうかに関わらず、その拘束

力を認めるべきであると強く主張する。

以上のことから、著者は、行動経済学 (BDT)について、次のように述べる。すなわち、BDT によると、個人は認知上のバイアスと経験則のせいで、全身的に不合理に行動するとされ、このことから、契約法の合理性に関する前提が否定される可能性がある。他方で、BDT は必ずしも人間の判断が絶望的に不合理であるとはしていない。そして、むしろ、BDT は、不確実性、限られた情報、その他不合理性の原因に対処するための戦略を練るという人間の脳の適応能力を考慮に入れている。したがって、著者によれば、一方では、著者自身が論文において特に扱う違約条項などの個々の契約条項は、契約当事者が合理的に考えて、目の前の契約よりも他の選択肢を好むような場合でも当該契約を締結してしまうことがあるというような意味において、非合理的といえるが、しかし、もう一方では、契約当事者が合理的に考えた結果かえって交渉が行き詰まってしまうという、「価値の低い結果」の方を選んでしまいそうな場合には、[よりマシな結果である] 目の前の契約を締結するということも起こるので、上記のような契約条項は合理的となるという。なお、Barnhizer は、このような DiMatteo の主張について、「DiMatteo が結論するように、契約は、合理的かつ不合理的、そして、効率的かつ非効率的な働きが混在するもの (mixture) として評価するべきである」と述べている³⁷⁷。結局、「契約や取引は、それが全体として合理性や効率性の点で、許容可能なレベルに達しているかどうかををはかる場合には、その全体として評価されるべきなのである」³⁷⁸。

結論において、DiMatteo は、「究極的には、多くの契約条項、例えば、違約条項、エスカレーション条項 (価格調整に関する特約条項)、免責条項、更新条項、再交渉条項などは、行動的な経験則やバイアスの寄せ集めたものに対する解決策として利用される」という。そして、「これらの条項に拘束力を認めることは、合意を基礎とする要素を前提とすべきであって、先入観によって考え出された公平性の概念 (コモン・ローは違約罰を嫌う) や、あまりにも単純化された効率性という論拠 (違約罰条項は効率的な契約違反を抑止する) に依拠すべきではない。」とする。

(iv) Morant 「契約の規制における力の特徴：手続的非良心性と文脈の重要性」

概要

同論文は、非良心性を交渉力不均衡の問題を捉える法理として位置づけた上で、裁判所は、非良心性法理の主張について、「当該契約が締結された分脈 (context) を十分に精査しなければならない」とし、このような精査は「論理的には非良心性の手続的要素の考慮においてなされるべき」であり、手続的非良心性そのものが「力の不均衡の精査に適している」とするものである。具体的には、著者は、合衆国政府が契約当事者となる契約事案の分析を通じ、コモン・ロー上の契約法理としての非良心性の一要素である手続的非良心性の分析が、拡張的に利用される傾向があることを論じる。

著者によれば、連邦政府との契約においては、当事者間の取引の行為に影響を及ぼす力の格差に配慮されるのに対して、一般の契約においては、このような力関係の格差は、多くの場合無視され、特に、契約内容 (substantive) についての濫用に関しては、裁判所はアド・ホックな検証を通して規制を行い、契約締結過程についての濫用に関しては、交渉力の濫用を規制するというより確実かつ一般的な基準を提供しうるにもかかわらず、なんら配慮されていないという。

この点について、著者は、「政府との契約における紛争の場合と同様に、コモン・ローを解釈する裁判所は、非良心性法理を適用するときのような、力に関するリアリストの視点を持ち込むべきである」とし、「手続的非良心性の評価において、裁判所は、取引の文脈を精査すべきであり、また、それによって、力の不均衡の影響を明らかにし、取引上の関係において力関係を示唆するものをより正確に評価する機能を強化すべきである。」という。

二つの契約観

著者は、アメリカ契約法には、古典的契約観 (classical themes of contract theory) と新古典主義的契約観 (neoclassical themes of contract theory) という二つの契約観があるとし、それぞれの分析を行う。その上で、非良心性法理は、新古典主義的契約観の下で、交渉力不均衡から生じる不公正な契約に対して救済を与える仕組みとして発展したと指摘する。著者によれば、前者は、形式主義 (formalism) が支配する契約観であり、契約上の行為を規定するルールを基本に

据える性質のものだが、あまりにも厳格に過ぎ、力というものの影響力のより文脈的な検証を避けてしまうという。これに対して、新古典主義は、現代的な非良心性法理の根拠を形成し、実体的・手続的という二種類の非良心性から成るが、同法理の曖昧さが、その規範的な有効性をぼかしてしまうという。

非良心性における「文脈的アプローチ」の必要性

著者は、非良心性の適用には「文脈的なアプローチ」が必要と説き、連邦政府の契約事例を例として、この「文脈的アプローチ」から得られる利益について論じる。

まず、著者は、裁判所が非良心性法理について検討する際、実体的非良心性に注目する一方で、手続的非良心性の検討が不十分であるとする。そして、交渉力不均衡等の契約の「文脈」「背景」(context)等の考慮は、手続的非良心性の検討において行われることから、裁判所は、これらの context を考慮に入れるために、手続的非良心性をより精査するべきであると主張する。

そして、著者は、連邦政府が契約当事者となった場合にも、基本的には、通常の契約法理が適用されることを確認した上で³⁷⁹、非良心性の重要な先例の一つである Hume 事件に注目する。すなわち、連邦政府やその機関は、通常、交渉力において優越する当事者とみなされるにもかかわらず、本件において、連邦最高裁は、連邦政府に対して、その非良心性の主張について手続的・実体的いずれの非良心性についても認めた上で、不当なほど高額に設定されていた代金の額を市場価格に照らして改訂するという救済を与えた。このような Hume 事件について、著者は「非常に重要である」とし、Hume 事件は、「一方ではコモン・ロー裁判所の実体的非良心性へ着目する傾向を反映しているものの³⁸⁰、他方で、現代における政府対私人間の契約の紛争を解決する際に、裁判所は、政府と私人との間の力の不均衡について、手続的非良心性の要素としてより広く分析・評価している」と指摘する。

上記の Hume 事件について、著者は、「裁判所が、連邦政府の契約において不利な当事者に非良心性を理由に救済を与える傾向が強いということを示唆するものではない」とし、「実際、政府の契約において、契約条項が非良心的であることを理由として救済を求める主張が受け入れられることはほとんどない」という。しかし、著者は、政府の契約において力の不均衡を精査する傾向があることは事実であるとし、また、この事実は、「コモン・ロー上の非良心性法理の

解釈を行う裁判所にとっては、「解釈・判断の」指針となる」という。

以上のことから、著者は、特に事実審裁判所は個々の事案における context を精査し、判断の際に考慮すべきであるという。すなわち、「context の検証は、手続的非良心性の要素に当てはまるが、契約における公平さの判断において特有のものとなるべきである。手続的非良心性は、契約条項が不当であることの文脈的な表現となる。その結果、実体的非良心性と手続的非良心性との間に明確なつながりができる。不当な条項は、実体的非良心性の要件を満たし、当然、力の不均衡という context 、すなわち手続的非良心性の重要な要素から生じる」。

その上で、著者は、どのような文脈的な要素が考慮されるべきであるかという問題について、次のように述べる。まず、「不利な立場に置かれた当事者の認識、期待、および当該当事者に関するバイアスは、署名した契約書の中に、当該当事者に過度な負担を強いる条項や厄介な条項を入れやすくする」。また、「合意の表明が附合契約への署名だけであるような場合で、不利な立場の当事者に限られた選択肢しか与えられていなかったこと」も、考慮すべき context に含まれるという。そのほか、「教育、知識、取引に精通していたかどうか [という要素] で定義される、個々の当事者の交渉力」も、「契約交渉過程の基本的な要素」として、考慮すべき context に含まれるという。

著者は、上記のような著者の見解が形式主義からの批判を受けることを想定し、次のように述べている。すなわち、たしかに、「手続的非良心性の検証を深めていくことによって、非良心性法理が常に悩まされているその曖昧さが治癒されるわけではない」。しかしながら、上記のような context を手続的非良心性として詳細に検討・採用することにより、「契約から生じる紛争における救済を具体化するような [契約] 全体としての文脈上の不平等 (the overall contextual inequity) を裏付ける」。さらに、非良心性法理は、その曖昧さにも関わらず、「究極的には、契約やその中の特定の契約条項に対する当事者の合意の実際 (現実 ; reality) を保障する」ことになる。そして、この合意は、「契約の有効性の最も重要な核心的要素」であり、「不均衡や機会主義 (opportunism)³⁸¹に関わる文脈的な要素などの様々な事象によって影響される」。これらの要素は、合意に影響するだけでなく、その結果として「契約への当事者による合意の実際について、疑問を投げかける」ことになる。このようにして、「契約の締結過程や文脈上の要素を、特に非良心性の手続的要素として広く検証することは、実際の合意を裏付け、また、不利な当事者に、契約の中の過度な負担を強いる条項に従って

履行する義務から救済する必要性を裏付けることになる」。

著者は、「非良心性法理の有用性を最大化するためにも、…裁判所は常にまた完全に、力の不均衡による影響を精査しなければならない。それは、取引における文脈におけるあらゆるところに現れるものである」という。

(v) Arnow-Richman, 「cubewrap 契約と労働者の流動性：競争禁止の標準書式契約による労働者の交渉力の低下」³⁸²

概要

著者は、Introduction において、労働契約のける bargaining power をめぐる問題について、次のように述べる。すなわち、「労働関係は、おそらく契約法における交渉力不均衡を示す典型例であろう。労働者は、消費者と同様に、商取引における典型的な弱者か、あるいはそれ以上である。労働者が直接収入や利益を得ること、自分自身及びその家族の長期にわたる経済的保障、さらに、多くの場合、個人の精神的な幸福度は、すべて〔雇用主から〕提示される「良い条件」すなわち稼ぎの良い仕事と不可避的に結びついている」。そして、このことから、「労働契約の法的ルールは、企業による搾取や行き過ぎの危険性をほのめかすもので溢れている。そして、裁判所は、雇用関係の文脈の中で、数多くの特殊なルールや基本的な契約法の法理に対する例外を明示してきた」という³⁸³。

その上で、著者は、競合禁止の合意を取り上げ、次のように述べる。すなわち、「競合禁止の合意は、約因と合意の重要な要素を超えた拘束力を有するために、特殊な前提要件に服することとされてきた³⁸⁴。さらに、多くの裁判所は、労働者に課される過酷な効果を制限するという明確な目的のために、契約当事者の合意に書かれた実際の契約条項を改訂する³⁸⁵。」著者は、このような「特殊なルールの総体は、競合禁止条項に特有なものであり、契約当事者間に潜在する力の不均衡を理由に明確に正当化されてきた。」という。

このような状況を踏まえた上で、著者は、次のような問題点を指摘する。すなわち、「競合禁止条項の拘束力をめぐる現在のルールでは、競合禁止の合意に表れまたはこれに依拠する労働者の交渉上の地位 (bargaining position) を完全には斟酌できていない。裁判所は、ケース・バイ・ケースのアプローチをとり、契約当事者に示されている合意の効果に注目してきた。そうすることによって、裁判所は、当該契約条項に反して、契約当事者間の潜在的な力の不均衡につけ込み、労働者の自由と移動に対する重要な制限を課すような、雇用者たちの契

約上の〈行為〉の態様を見過ごしてきた」。

その上で、著者は、雇用契約に用いられる標準書式契約であり、雇用契約が最初に口頭で締結された後に雇用者から労働者に提示される条項として **cubewrap contract** という形態を提示する³⁸⁶。著者によれば、雇用者はこのような **cubewrap** 条項を広く利用することにより、「労働者の不履行の権利 (**default right**) を変更させ、雇用を続ける規定や条件について交渉する (**negotiate**) 能力に潜在的な影響力を及ぼしている」という。そして、これにより、**cubewrap** の競合禁止条項は、「労働者のすでに弱いあらゆる形態の交渉力を、さらに弱めることを可能にする」という。

競合禁止条項における交渉力

著者によれば、裁判所は、労働契約について、雇用者と労働者との間の交渉力不均衡を理由に、契約内容の無効化や改訂を正当化してきたものの、競合禁止条項に関しては、同条項から生じる当事者間の不利益と、労働者に課せられている制限の合理性の比較に基づいて判断しているという。そして、裁判所は、通常、これらの条項を完全に無効とするのではなく、改訂することを選択するという。

さらに、雇用者は一般的に、新しい労働者に対して、雇用契約の締結後にこれらの **cubewrap** 条項を受け入れることを要求し、労働者がこれを良しとせず職業を変える場合の負担を全て労働者に負担させるという。

著者は、裁判所は「交渉力についてただ抽象的にしか言及していない」とし、また、「実際には訴えを提起された特定の労働者の交渉上の地位」を考慮しておらず、「競合禁止が労働者の自由を以下に制限するかという問題においてより大きな力〔関係〕を認識することは滅多にない」という。

著者は、裁判所は労働契約を締結する前に、雇用者が労働者に提示可能であった競合禁止条項については、拘束力を否定すべきであること、及び、包括的にすぎ、法的拘束力の認められない競合禁止条項を採用したがるという雇用者側の心理については、競合禁止条項の合理性に関する産業界の基準が発展することによって、ある程度は、改善するという示唆している。

(vi) Bridgeman 「交渉力不均衡の状況下における不実な故意」

387

Bridgeman の論考は、交渉力不均衡について、不実の表示をされた約束の意図と約束における詐欺の文脈で検討するものである。

著者は、Ian Ayre 及び Gregory Klass による著作 *INSINCERE PROMISES* (不誠実な約束) の批評を行うとともに、強い契約当事者が履行を制限または拒否するという契約上の裁量権を有するような契約の規制に必要となる法的ルールの分析に関して、著者独自の見解を提示する。結論として、著者は、「交渉力不均衡が著しい場合においては、裁判所は、被約束者が履行の傾向に関して情報を--必要なら、約束者から--有している場合に限り、当事者の履行する権利の留保を尊重すべきである」という³⁸⁸。

著者は、Ayre 及び Klass による、不誠実な約束に関する主張について、次のように述べる。すなわち、約束の意義に関して我々が有している法的な考え方は、約束は常に約束を履行するという約束者の完全な、または絶対的な意図を表しているという前提に立っているがゆえに、欠点がある。これに対して、Ayre 及び Klass は、約束者は履行するという意図だけではなく、約束を履行することについての完全とは言えない、または部分的には完全とは言えない意図を表している可能性があるとの前提に立っている点で、約束について、より洗練された考え方を採用している。著者は、さらに、このような不完全な意図のことを「有り得る約束 (probably promise)」と呼ぶ。

著者は、この考え方は有用であるとした上で、次の 2 点について批判を加える。第 1 に、著者は、Ayre 及び Klass の考え方によると、契約法理や約束的詐欺の法理 (promissory fraud doctrine) が、上記のような「有り得る約束」に違反した場合にどのように扱えば良いのかについて、明らかにすることが困難であるとする。また、同様に、有り得る約束に違反した場合の損害賠償額の算定にも、問題が生じるという。

第 2 に、著者は、契約法はすでに、当事者が当該約束を履行するという意図を法的に認めることができる (qualify) 制度を提供しているという。具体的には、テイク・オア・ペイ契約 [石油やガスなどの長期売買契約において、買主が契約で取り決めた全量を引き取らなかったとしても、全量に対する対価を売主に支払うことを義務づけた契約のこと。] や、損害賠償の予定条項、そして履行義務に条件を付与する条項などのほか、交渉力の優越する当事者であれば、単純

に契約の履行をしない権利を留保した上で、約束による拘束力を完全に生じさせることを回避すること等が挙げられる。

著者は、標準書式契約の中に上記のような権利の留保を行うような交渉力の優越する当事者の行為全般を問題にしているわけではない。むしろ、著者は、約束は様々なレベルの約束的な意図と誠実さを表しているという、Ayre 及び Klass の立場の帰結から生じる問題に焦点を当てている。すなわち、履行しない権利を留保しながら履行を約束することは、消費者が実際上の履行のしやすさに関する情報を持っていない場合には、誤解を与える可能性があるという。著者は、製造業者に有効と認められ、または拘束力のない契約で締結することを認めるが、しかし、製造業者が弱い当事者に対して、製造業者が実際にどのように履行するかについての情報を与えない限り、上記のような留保は否定する、という新しい立場を打ち出す。結論として、著者は、裁判所が適切に評価し判断することができないような新しい約束の類型を作り出すことを主張するものではなく、著者の立場によれば、強い当事者が、契約上の留保をつけることが効率的である場合には、そうすることを認める余地があるという。そして、弱い消費者は、より良い情報を得ることで利益を得、裁判所は、契約違反や約束における詐欺での行為を通して、交渉力の関係性を取り締まる能力を有しているという。

(vii) Hogg 「消費者注意せよ：ミシガン、ミネソタ及びワシントン州における非良心性法理の免責条項及び補償条項への多様な適用について」³⁸⁹

Hogg の論考は、消費者契約の中に免責条項や補償条項 (indemnification clause) を入れることによって引き起こされる不公正な不意打ちに関する法理について検討するものである。Hogg は、免責条項や補償条項に関する非良心性法理の発展の歴史について検証し、その結果、免責条項は二つの文脈 (context) において非良心的であると判断されてきたと指揮する。すなわち、(1) 契約条項を課す事業者が、公共サービスの提供者である場合、(2) 当該契約条項が、公正に交渉されたものではない場合である。Hogg は、以上の歴史的分析を踏まえ、近年のミネソタ州裁判所における、免責条項や補償条項に関するコモン・ロー上の非良心性の発展の試みについて検証する。

Hogg は、上記のミネソタ州における法の発展について、ワシントン州、ミシガン州、及び、U.C.C. それぞれにおける免責条項や補償条項の扱いと比較する。その結果、ミネソタ州では、抑圧的または不公正な不意打ちの免責条項からの救済として消費者が非良心性の主張をすることを制限する傾向があるのに対して、ワシントン州では、そのような免責条項の商取引における扱いと消費者契約における扱いを区別するという手法を維持しており、その理由として、消費者契約において潜在的に交渉力不均衡があるからであるという。これに対して、契約解釈における強力な契約条文至上主義 [条文に書かれた内容の通り効力を認める] や契約自由原則のもと、ミシガン州裁判所は、さらに非良心性による保護を骨抜きにしている。これらの対比を踏まえ、Hogg は、免責条項や補償条項への非良心性法理の適用について、優しい英語で書かれ、見やすく (*conspicuousness*)、そして、事業者が消費者に対して当該条項について説明し、交渉する機会を提供する等、不公正な不意打ちを生じさせる情報の不均衡に対する救済に注目して行われるべきであるとする。

(b) Wake Forest 大学 におけるシンポジウム

2010 年、Wake Forest Law Review において、*Contracts In Context; Identity, Power, And Contractual Justice* 「文脈における契約 ; アイデンティティ、拘束力、そして契約的正義」と題されるシンポジウムが開催された。同シンポジウムは、契約法の法理や、契約法に関わる裁判例において何らかの *context* を反映させることについて、合計 14 名の研究者が、それぞれ様々な角度から論じたものである。登壇者は、Robert A. Hillman, Larry A. DiMatteo, Blake D. Morant ら、現代のアメリカ契約法の代表的な研究者であり、かつ、上述の 2006 年のミシガン州立大学でのシンポジウムの登壇者とも重なっている。2010 年のシンポジウムでは、契約法における *context* の一要素として *bargaining power* を論じる論考がいくつか発表されている。そこで、以下においてこれらの概要を紹介したい。なお、扱う論考は次のとおりである。

(i) Larry A. DiMatteo & Blake D. Morant, *Contract in Context and Contract as Context*, 45 WAKE FOREST L. REV. 549 (2010). (以下、「文脈の中の契約及び文脈としての契約」とする。)

(ii) John Phillips, *Protecting Those in a Disadvantageous Negotiating Position:*

Unconscionable Bargains as a Unifying Doctrine, 45 WAKE FOREST L. REV. 837 (2010).

(以下、「交渉において不利な立場にいる者の保護：統合的な法理としての非良心的取引」とする。)

(iii) Barnhizer, *Contracts in Context: Identity, Power, and Contractual Justice*, 45 WAKE FOREST L. REV. 607. (以下、「文脈における契約：アイデンティティ、力、及び契約正義」とする。)

(i) DiMatteo & Morant 「文脈の中の契約及び文脈としての契約」³⁹⁰

本シンポジウムの目的について、序文に相当する論考を担当した Larry A. DiMatteo と Blake D. Morant によると、以下のように説明されている。

「契約は、人間の行為から生じるものであり、締結された文脈 (context) を反映している。契約法の文脈的なアプローチは、[取引の] 傾向を完全に表しているわけではないが、契約上の文脈や、特定の文脈に適用される、ニュートラルな契約法上の一連のルールによって影響を受け、代替されると考えられている。文脈は、取引の実質を形作るだけでなく、当該取引の条項を解釈するために必要な分析枠組みをも提供する。契約法上のルールは、取引に影響するような文脈的な現実的要素を避けるものと考えられている。その結果、論理的には、文脈的要素は、契約上の紛争解決には無関係とも考えうる。さらに、意思決定者--それ自身がその信念や考えや判断といった文脈上の現実的要素によって影響されているのだが--は、さらに、契約法は純粋に客観的で経験主義的であるという考え方を換えようとしている。

契約条項の解釈や当該取引を形作る文脈を考慮に入れずに紛争について判断をすることは、少なくとも不誠実な分析方法である。契約法の事案を有意義で思慮深く調査するには、契約が締結された文脈を含んだ分析的枠組みの中で契約法のルールを適用することが必要である。

...契約法と時代の歴史的、政治的、社会的変化との間の関係は何か？法律家や学者は、これらの関係性の変化を目撃した者として行動しているだろうか？もしそうだとすると、契約法の解釈としての彼らの「証言」は、法とそのような変化との関係についての理解や、社会的法学的な不一致に対する解決策に関係しているだろうか？この法律上の証言が取りうる形は何か？社会学的な論文における契約法の重要性とは何か？契約法は、取引の世界において当事者が相

互に作用する方法を変えることができるのか？このシンポジウムは、これらの多くの修辭的な問いを革新的に提示し、文脈が、分析に用いる重要な道具として、重要であるということを強調する、複数の論考を提示する。」

「[当時のサブプライムローン危機等に代表される] 経済危機と関連して、一方的な契約がはびこっているという事実を考えれば、上記の問いは重要である。サブプライムローン、金融商品及びその格付けについて、大量販売する際に行われる不実表示、深刻な情報の格差、モラル・ハザードの問題は、適正さとリスクの高い売買と関連付けられ、しばしば、企業の世界での取引として性格付けられてきた。住宅ローンの判断において、一部の論者は、『異なる借主が社会経済的状況に置かれ、住宅ローンの判断を異なる文脈において行い、この文脈は、意識的かつ感情的なプロセスが作用している。』と述べている。感情やバイアスが意思決定に影響を与えるという事実により、契約法は合理的で公正な取引をもたらすことが望まれる。[このように考えると] 契約法は、市場において、認識上の間違いやバイアスの影響を受けやすい行為者の行為を形付けること以上のものを要求するようになる。[しかし、] このようにはあらゆるものを含めようとするアプローチは、人種、ジェンダー、階級、そして文化等といった社会学的要素の影響を適切に表現していない。このような契約法の文脈では、表示を強制するルールは認知上の間違いや差別的な影響を克服するには十分ではない。[なぜなら] これらの間違いや影響は、しばしば、より強く洗練された当事者によって操作される [からである]。そうではなく、ある文脈においては、契約自由の限界を確定するため、「選択を導くルール」が必要なのである。」

「(契約自由の) 緩和や、契約法の文脈主導の規制機能は、複雑な現代の経済における契約法の適切な役割に関する議論のほとんどにおいて、中心であり続けている。契約法の時代に即した性格は、多かれ少なかれ、もともと形式主義的であったが、形式的と文脈的、内的と外的、そして演繹的と帰納的という緊張関係は、普遍である。ルールの総体としての契約法秩序は、形式的な適用を要求するが、文脈は、契約法について、取引の関係を再定義するような取引の種類を発展させるように適用されることを必要とする。Martha Minow の言葉によれば、契約法の形成は、法が「概念が生成され意味を与えられる社会的文脈に」付与されるというプロセスの一部なのである。契約自由 [を貫徹する] か [個々の当事者の] 地位に基づく解決方法かという契約法の実践に影響するのが、これらの社会的契約法的文脈なのである。」

「ますます複雑になる経済の中で、契約法の発展は、一般的な契約自由を重視した法の総体から、文脈的で〔個々の契約当事者の〕地位を重視した特別法へと移行した。契約は単なる抽象物であるという説明をする、統一的で形式主義的な理論における力についての一方的な議論をする代わりに、この序文やこのシンポジウムの他の論考は、契約法が様々な専門に分化した文脈主導の法の総体であると十分に理解されているかどうかを検討するものである。このアプローチは、説明的で規範的な側面を併せ持っている。説明的な問いは、契約法が、現実に於ける実際の本質を明らかにする、文脈というプリズムを通して理解されうるかどうか、というものである。契約法は〔個々の当事者の〕地位に基づいた関係性に影響されるという見方は、文脈の検討が、時に契約自由をより効果的に規制することを示唆している。〔他方、〕規範的な見方は、特定の文脈的な要素がより完全に、より明確に契約法の適用において用いられることを要求する。人種、ジェンダー、民族、言語、情報、そして力の不均衡といった外的要素の役割を認識することは、もしもこのような要素が契約解釈や契約規制の機能の中に組み込まれるならば、契約法がより大きな特徴を持ちうることを意味している。」

このように、同シンポジウムは、契約法上の紛争において「文脈」と呼びうる何らかの現実的要素に注目し、紛争解決の際の分析要素として利用すべきであるという主張のもと、各論者が「文脈」に関連する論考を寄稿したものである。

(ii) Phillips 「交渉において不利な立場にいる者の保護：統合的な法理としての非良心的取引」³⁹¹

この論文において、Phillips 教授は、コモン・ローの法領域で発展した非良心性法理は、あらゆる文脈に敏感に対応することができるため、不利な立場におかれた当事者を、不平等で不公正な取引から救済するという目的を達成するのに最も適切な法原理上の手段である、と述べている。さらに、Phillips は、この主張の理由として次のように述べている。すなわち、「より議論を呼ぶところではあるが、非良心性は、不当威圧、強迫、そして錯誤の一部の側面といった、関連法理を支えているため、これらの法理は、非良心性法理という中心的な法理に置き換えられるべきである。現在、異なる適用範囲と要件の多くの法理が存在するが、実用的な概念的な法理は一つもない」。

この、Phillips の論文に限らず、本シンポジウムの中で発表された複数の論考において、非良心性は言及されており、いずれも文脈主義の一環として説明されているものと思われる。

このように、アメリカにおいては、リアリズム法学と文脈主義（リアリズム法学と文脈主義の関係については今後明らかにしていきたい）という大きな法理論の中で、契約法の分野においては、契約の強制力を限界づける指針として交渉力の不均衡が注目されており、このことを示す具体的な法理としてまず想定されているのが、非良心性法理である、という状況にあるようである。

(iii) Barnhizer 「文脈における契約：アイデンティティ、力、及び契約正義」³⁹²

Barnhizer は、契約法分野において context を幅広く用いることは、立法府や裁判所にとって、契約正義に関する全ての要素をよりよく理解した上で描かれる魅力的な青写真として、契約当事者間の「真実の；実際の (real)」関係性について検討することになるという。そして、このような契約の context を拡張的に用いることは、別の意味においても魅力的であるという。すなわち、拡張的な文脈の分析における特定の要素は、当事者の相対的な交渉力を評価するものとしてしばしば重要であり、拡張的な文脈的な分析は、契約関係における力をめぐる闘争という比喩的なものを変化させ、または、拡張させる試みであるという。Barnhizer は、「契約法は大企業と契約を締結する消費者、労働者、フランチャイジー等が直面するような、有意義な代替手段の欠如という状況を必ず考慮しなければならない」という主張に対して、「問題となっている交渉力の格差が、取引に精通している (sophisticated; 洗練された) 者と精通していない者との間の取引に限られない」と主張する。Barnhizer は、前者の主張は「明らかに弱い当事者の取引上の地位を向上させることによって、契約の（内容）規制、締結過程、そして有効性 (enforcement; 強制) に関する言葉を変える試み」であるとし、また、このことは、「相手方に優越しているということについて文脈上の考慮をうまく拡張または制限できる当事者が、契約における力関係をコントロールしていることを意味する」という。

HCS と LCS

このような立場を前提に、Barnhizer は、文脈に対するアプローチとして、HCS

と LCS（それぞれ、high-context 及び low-context contract dispute resolution strategies の略語である。前者を高度文脈主義的契約紛争解決方式、後者を低度文脈主義的契約紛争解決方式とする。）とに分けられるという。

そして、現代の契約法においては、LCS から HCS へと移行しており、このことは、法律的及び非法律的な理由によって裏付けられるとし、その上で、次のように述べている。

「実際には裁判所は、時として契約締結時に当事者によって認識されもしないような、生の、多様な、個人的な、そして文脈的な大量の情報を処理する能力において優れてはいない。さらに、[さまざまなバックグラウンドを持った]人々が高度に混在し、急速に多様化する（または、分断されもする）文化において、文脈を識別し、応えることへの挑戦は、時とともに発達していくだろう。文脈は、時間、注意力、根拠となるもの、そして司法上の信頼性という意味で、高くつくのである」。

「しかし、HCS への転換は、非法律的な理論のもとで正当化されうる。重要なのは、このような非法律的議論は、紛争における一方当事者の交渉力を向上させるという試みとして理解されるべきであるという点である。このような交渉力の争いは、例えば使用者と労働者、生産者と消費者、フランチャイザーとフランチャイジー等の争いであり、弱さを認識し、それに対応する適切な法理を適用することによって、強い当事者から弱い当事者へと力を移行させる試みである」。

「この争いは、また、従来、多くの…文脈的要素を有していたが、今はコントロール不可能かつ予測不可能な様々な要素に対処しなければならない継続的取引の当事者にとって、不利な点に作用する契約法において、より多くの文脈的要素を内包するという体系的なレベルに現れる。しかしながら、このプロセスは、本質的には、法律的問題というより政治的問題である。司法の文脈では、この手法では上手くいかないであろうが、しかし、立法や規制といった政治的レベルにおいては、潜在的に筋が通っている。」

Barnhizer は、アメリカの司法が、LCS から HCS へと移行していることを指摘した上で、HCS には問題もあるものの、契約上の義務を決定するという点においては期待できると評価する。そして、裁判所が LCS から HCS へと移行することを正当化する二つの相反する概念的な理論を指摘する。すなわち、合法理論 (legitimative thesis) と、非合法理論 (delegitimizing thesis) である。まず、合

法理論とは、「[HCS の] 手法により、より高水準の結果を生じることが期待され、正確性、公平性、明確性、信頼性、『感じの良さ』、またはその他の基準に従って評価されるため」、HCS によって契約法の合法性が保証されるという理論である。これに対して、非合法理論とは、「HCS は、契約法は内在的に一貫性がないことを示し、または契約の法的な基盤を弱める…。このような [契約法の] 非合法化という議論は、標準的には、裁判所が HCS を適用し、または契約法が内在的に一貫性がないこと、及び不合理であることを認めることを要求する」という理論である。

Barnhizer は、合法理論には多くの事案においてつじつまが合わない傾向があるとし、問題があるとした上で、非合法理論ならば、HCS が、契約当事者の立場の違いにおける交渉力不均衡に影響する契約法の中で、または契約法全体において体系的に、重要かつ重大な役割を果たすということについて、説明がつくとする。

HCS が機能するレベル

Barnhizer は、「文脈的な違いが契約の結果に影響するという主張は、契約法はそのような違いに対応すべきであるという規範的な主張を暗黙のうちに含んでいる」とし、このような規範的な主張のもとでは、契約法は、「紛争解決の際に HCS を適用しない限り、適切に機能しえない」という。そして、「もし、裁判所が、文脈上の違いに言及しないならば、私的自治、合意、機会の平等といった原則のもとで正当化される契約法の制度全体が、その正当性を失うことになる。」という。このような意味において、Barnhizer は、「HCS は契約法の非合法性を表している」とする。

Barnhizer は、特定の契約法法理、または「契約法の非合法性から生じる交渉力の体系的な変化」は、一般的に、次の2つのレベルにおいて現れるとする。すなわち、「契約当事者の特定の階級のレベル」、及び、「一般的にすべての契約当事者の階級全体を通して契約締結に影響する体系的なレベル」であるという。

このうち、第1のレベル、すなわち契約当事者の特定の階級のレベルについて、次のように述べる。すなわち、「消費者契約の文脈においては、...裁判所は、仲裁条項を非良心的であるとし、または、非良心的と認められる証拠をさらに検討するため差戻す。裁判所のこれらのケースにおける文脈の明確な使い方は、非常に多様である。多くの場合、裁判所は、LCS [低度文脈主義] のもと、消費

者契約におけるクラス・アクション免除条項として機能する仲裁条項を否定するルールそのものとして、仲裁条項が非良心的であると判断する。その他の場合、裁判所は契約条項を無効にする前に、当該事案を HCS で評価する。しかしながら、明確な文脈的な適用をするにかかわらず、事業者間の紛争においては非良心性の抗弁を主張することが少ないということは、裁判所が、契約的な正義のための事後的規制において、消費者階級に有利になるように、消費者がもともと弱い立場にあるという考え方等の文脈的な要素を使うということを示唆している」。

「この点において、裁判所は、非良心性に基づく主張を受け入れることが不意打ちになるかどうかを決定するにあたり、事業者よりも消費者に対して同情的になる。しかし、重要なのは、非良心性の法律上の抽象的な基準の中で、このような一方的な結果を強制する要素は何もない、ということである。実際、非良心性の抗弁は、明確に、伝統的に弱いとされている階級と同様、事業者に対しても開かれている。そして、また、事業者とその経営者は、--特に中小企業の場合だが--、裁判所が消費者契約において非良心性を認める動機となるような、著しい交渉力の不均衡の影響を受けやすい」。

「このような現実を考えると、法的基準が抽象的に適用されるのならば、事業者間契約は、裁判所が仲裁条項の非良心性を判断した事案の 8% 以下であるということは、全くありそうにないことである。このような不均衡は、少なくとも、背景にある文脈的要素が、一部の非良心性に基づく主張を裁判所が審査し、または当事者自身がこのような主張を行うことができないように、裁判所に働きかける、という可能性を生じさせる」。

他方、第 2 のレベル、すなわち、一般的にすべての契約当事者の階級全体を通して契約締結に影響する体系的なレベルについては、次のように述べている。

「HCS は、構造的に、繰り返し契約を締結する当事者から単発的な契約を締結する当事者へと交渉力を移転させる。伝統的な近代の契約法制度において支配的な LCS は、...長い間この制度の中で行動する継続的契約当事者の交渉力を強化する。LCS とは、口頭証拠排除原則に対する厳格な文書重視原則、約因に対する胡椒の実(peppercorn)原則(約因につき、(約束)に比して相当な (adequate) 価値をもっている必要はないが、法的に何らかの価値を有していなければならないとする原則。田中英夫『英米法辞典』) などであるが、継続的契約締結者に対して、単発的契約締結者との契約をコントロールしうる様々な要素を制限す

ることにより、継続的契約締結者を有利になるように交渉力を与える。継続的契約締結者は、LCS において、単に契約の場を掌握しコントロールしうることで、長期にわたり有利な交渉力を獲得するのである。」

「契約法は、紛争解決のため HCS を採用すべきであるという主張が成り立つ場合、契約の締結、解釈、強制力に関係する、潜在的に結論を決定づける要素、または結論に影響する要素の数を増加させることにより、継続的契約締結者から交渉力が移転する。HCS は、契約の評価や強制の過程において、数多くの特徴的な要素を注入する。LCS が、継続的契約締結者が、--合意の客観的な証拠、約因、そして契約条項といった--核心となる決定的問題をコントロールすることによって、その交渉力を最大化するインセンティブを生み出すのに対して、HCS は、継続的契約締結者のコントロールを超えた要素を導入する。」

「[しかし、] 問題は、交渉力は動的であり、あらゆる力の発達に対する規範的かつ必然的と思われる反応は、力の源に反する発展であるということである。継続的契約締結者は、--多くの場合、事業者であるが--取引に関わり続けても利益を生じないという状態にならない限り、不正な手段を用いるために力を使うインセンティブを常に持っている。...明らかに不利な立場にある特定の階級の構成員たちを保護する司法上の試みは、常に、保護される階級の他の構成員にとって、意図しない、潜在的に悲惨な結果を生じる危険性をはらんでいる」。

このような現象について、Barnhizer は、製造業者、[労使関係における] 使用者、そしてフランチャイザーによる仲裁条項において見られるとし、これらの当事者は、オプト・アウトの機会の保証、期間の通知 (lengthy notice) クーリング・オフ期間、仲裁に従う相互の主張の入れ替え (alterations in the mutuality of claims subject to arbitration) などによって、その契約条項を無効にしうるように仲裁条項の文言を調整しているという。実際、裁判所は、「個々の変化が仲裁の合意の中に組織的に導入されるにつれ、[その変化に] 追いつこうとし、司法制度を通してその役割を果たそうとしている」という。

HCS に対する裁判所のとるべき態度

Barnhizer は、判例を挙げた上で、「伝統的な契約法の非合法性は、...時代を超えてコモン・ローの法理を動かす第一の要因のようにも見えるが、重要な社会的政策を実施し、契約の中で価値のある正義を実現するには、向いていない制度である。非合法性が、契約法の紛争を解決するのに潜在的に特徴のある文脈

的な要素の数を増やせば、HCS もまた、敗訴した当事者が、裁判所の判断について、バイアスがかかった、論理的でない、尊重に値しないものとみなすような潜在的な理由を増やすことになる」とする。

Barnhizer は、上記のような問題に鑑みると、「裁判所は HCS に有利な非合法性の理論に対して高度の耐性を備えなければならない」とし、以下の 2 点を指摘する。

第一に、「裁判所は、実際には、多くの種類の非合法性に関わる主張を正当化しうる議論や証拠を評価する能力を備えていない」という。Barnhizer によれば、消費者の仲裁契約に関する事案においてでさえ、消費者は、その主張を司法上の制度ではなく仲裁において主張をしなければならないとされることにより、実際に困窮するのかどうか、といった問題は、未解決のままであるといい、同様に、「多くの消費者によるクラス・アクションが、…ごくわずかな和解金を受け取るようになるということを考えれば、消費者契約の文脈におけるクラス・アクション免除条項もまた、ただちに忌まわしいものとはいえない」という。Barnhizer は、これらについて、「裁判所が一般的に扱うことが予定されていないような社会的政策の問題」であるとする。

第二に、「裁判所が、構造的な交渉力の優位性 [について判断することによって、裁判所自体が構造的な交渉力の優位性] の源と見なされればされるほど、裁判所は、契約当事者がこれらの優位性を求めて争う場となる」という。Barnhizer によれば、裁判所が特定の契約紛争事案に HCS を組み込めば、他の事案において高度な文脈という議論を拒否する能力が弱まるという。そして、HCS を幅広く、または普遍的に取り入れることによって、契約法の効率性や富を最大限にする利益の多くは、破壊される危険にさらされる。さらに、HCS の取り込みは、極端に言えば、契約法が誰からも利用できないものとなり、そして、[契約法が] 現在享受している効率性という利益を失うことになることを意味するという。Barnhizer は、このような意味における文脈主義化について、「超法規的な文脈的要素が契約の分析において特徴的であるという前提から始まる契約の分析の、メタ・ルール [高次規則] となる危険性をはらんでいる。」とする。

非合法性の理論の政治的政策的な正当化

Barnhizer は、非合法性の理論に依拠すれば、HCS を正当化することができないものの、「立法及び規制の文脈において、政治的政策を正当化」しうるという。

このことを示す例として、第1に、「1790年以降、議会は、船乗りの労働契約について立法上の保護を与えてきた」こと、すなわち、一部の裁判所は、船乗りが船の所有者に対して交渉力を持たないため、このような立法上の保護を必要としていたと判断していたこと、第2に、「組織された労働者たちと経営者との間の契約は、1935年以降、立法によって規制されてきた」が、それは、「明らかに、労働者が使用者に対して交渉力を持たないという議会上の判断による」ものであったこと、第3に、仲裁条項に関しては、とりわけ2009年に仲裁公正法（Arbitration Fairness Act）が制定されたことにより、消費者契約及び労働契約における仲裁条項の使用が禁止されたことを挙げる。

Barnhizerによれば、このような状況においては、契約法がこれらの関係を規制するのに適していないことが、文脈に関する議論によって支持されるという。そうすると、契約法の非合法性は、これらの関係を契約によって規制することをやめ、「契約条項と契約の強制力をコントロールする代わりにの制度を確立するという政治的な反応を正当化する。」という。

Barnhizerは、このような、特定の種類の契約や契約当事者の階級に対して規制を行うHCSを利用するという立法は、契約法の中で新たな法理を作り出す試みよりも好ましいものであるという。なぜなら、これらは、「LCSから実際に利益を得る当事者にとって、LCSに基づく契約法の制度を利用可能にするからである」という。というのも、一部の契約当事者の階級は、「HCSよりも、取引に精通した事業者により大きな利益をもたらすため、LCSを好み、また、「HCSの非合法的利用は、…相対的に交渉力が平等な当事者間で交渉された取引に適用される伝統的な契約法モデルに拘束されるこれらの当事者にとっての効率性と利便性を減退させる」からであるという。

他方で、Barnhizerは、「文脈に対する立法上の反応から多くを期待しすぎること、非現実的である」とする。なぜなら、一方で、「立法者は裁判所よりも政治的議論に反応することに優れている」が、彼らはまた、他の公共上の選択の問題を捉えるには、より主観的である。…究極的には、裁判所が扱う領域であるHCSと、立法者に属する領域であるHCSとの区別は、不完全であり、絶えず変化する。

Barnhizerは、「HCSの政治的な反応は、このように、契約法の文脈という問題に対する部分的な解決策にすぎない」とし、「文脈は、契約法の構成要素であり」、「裁判所は、契約の交渉、締結、そして紛争解決の結論を決定付け、影響を与

えるような文脈的要素を把握し、反応するべきであるという議論を避けることは不可能である」とする。そして、文脈は、「あらゆる交渉力の種類の中で、しばしば、人の目を欺き、隠れている」。Barnhizer は、多くの事案において、裁判所は「黙示的な背景的要因に基づく推定をもって個別の事案に対処している」が、実際は「[そのことに] 気づいてさえいない」という。すなわち、「文脈は、必然的に、全ての契約法の司法上の分析の中に紛れ込んでいる」のだという。

⑤ その他の契約法における交渉力を扱う論考

inequality of bargaining power をめぐる 2000 年代の議論の特徴として、上記の議論とは異なり、より特定された、特殊なテーマや視点から、契約法における交渉力を論じる論考も散見される。これらは 2010 年代のものが多く、今後さらなる議論の発展が期待できるようなテーマも含まれているように思われる。

例えば、Pamela Edwards, *Into the Abyss: How Party Autonomy Supports Overreaching through the Exercise of Unequal Bargaining Power*, 36 J. MARSHALL L. REV. 421 (2003). は、アメリカにおいて契約に適用される州法の選択に関する条項を入れることが認められている (U.C.C. § 1-301 等) ところ、これが特定の州の基本的な公序に関する規定を回避するために用いられることがあり、このような条項の有効性が争われた際、裁判所が U.C.C. を適用した場合とその他の法律 (U.C.C. 適用外の契約についての州法、ネイティブ・アメリカンの法、連邦裁判所での判断、国際私法、改正 U.C.C.) を適用した場合とを比較検討するものである。改正 U.C.C. は、§ 1-301 において、原則として、適用州法について当事者の合意により自由に定めることができるとし、ただし、交渉力に不均衡があるとされる消費者契約を例外としている。この点につき、筆者は、U.C.C. は事業者間の取引における交渉力不均衡については考慮していないと指摘した上で、改正 U.C.C. は、適用対象となる契約にかかる金額の上限は設けていないことから、前記 § 1-301 は、事業者間取引についても適用可能であると主張する。

また、Nancy S. Kim, *Bargaining Power and Background Law*, 12 VAND. J. ENT. & TECH. L. 93 (2009-2010). は、契約当事者の相対的な交渉力を評価する際、裁判所や研究者は、しばしば、社会的・経済的地位や教育レベル等、その当事者に特有の要素を考慮するとした上で、これらの他 “background law” も考慮に入れるべきである、と主張する論文である。background law とは、当該契約の主要な目的を規律する実質的な法であるとし、著作権法等がこれに当たるといふ。この

論文は、background law としての著作権法を素材とし、著作権法が適用される事例においては、「知識力」knowledge power、「市場力」market power という二つの力の不均衡を生み出し、または悪化させる可能性があるとして、このことを3つの契約当事者類型（独立した技術者とその使用者、従業員とその使用者、ソフトウェア会社と消費者）に分けて分析を行っている。

さらに、Albert Choi, *The Effect of Bargaining Power on Contract Design*, 98 VA. L. REV. 1665 (2012). は、過去40年間、法と経済学の中では、交渉力は価格条項（中心条項）に影響するべきであって、非価格条項（付随条項）には影響するべきではない、という考え方が支配的であったが、実務家や一部の研究者の間では、非価格条項に関する議論において、しばしば交渉力が用いられてきた、と指摘する。同論文の目的は、この実務と学説とのギャップを埋める試みをすることであるとし、交渉力不均衡は、価格条項、非価格条項をはじめ、契約法のさまざまな形となって現れること、情報の不均衡がある場合における交渉力不均衡の影響、競争・再交渉・両当事者双方による交渉（bilateral negotiation; 「一方が提示した契約条件を受け入れるか、さもなければ契約を締結しない」、という、"take-it-or-leave-it" ではなく、両当事者がそれぞれ条件を提示して交渉するような契約のこと）と、交渉力との関係等について分析を行っている。

このほか、Wayne R. Barnes, *Social Media and the Rise in Consumer Bargaining Power*, 14 U. PA. J. BUS. L. 661 (2011-2012). は、一部の消費者が Facebook, Twitter, YouTube 等のソーシャルメディアへの投稿を通じて、巨大企業の使用する約款について不服等を表明できるようになり、消費者にとってはコストがかからないこと、ソーシャルメディアの性質上、瞬時に不特定多数の人間へ普及すること、それが事業者にとって相当な影響力を有することから、このような消費者は、新たな交渉力を獲得するに至ったと評価できるのではないかと指摘する。

3. 小括（若干の考察）

以上、アメリカ法における inequality of bargaining power の議論を概観した。本章は、既に述べた通り、法学分野における“bargaining power”に関する文献を可能な限り網羅的に収集し、これらを時系列に沿って並べた上で、ここの文献の概要をみていくという作業を行ったものである。

これらを時系列に沿って並べたのは、bargaining power という概念特有の曖昧

さ、とらえどころのなさを踏まえ、強引な体系化や、体系化を念頭に置いた選定を避けるためであった。実際に、上記のような多種多様な研究にかんがみれば、**bargaining power** をめぐるアメリカの学説を整理し、体系的に説明することは非常に困難と思われる。とはいえ、これら多種多様な研究の全体としてのニュアンスや、傾向を把握することは不可能ではない。第1に、**bargaining power** の研究は1930年代から継続的に行われていたとはいえ、90年代頃から徐々に増え始め、特に2000年代に入ってから活発になっている。第2に、これら2000年代の研究は、それ以前の研究よりもさらに明確な概念または法理として **inequality of bargaining power** をとらえるようになっており、あるいはこれを元来アメリカ法に存在していた考え方であると受け止めた上で、その内容や機能をより詳細に検討するという姿勢が見られる。第3に、特に2000年代以降の研究においては、**Barnhizer, DiMatteo** らの契約法を主な専攻とする研究者や、**Korobkin, Ben-Shahar** 等の法と経済学派の研究者らが議論を牽引している。第4に、上記のような2000年代の中心的な研究者たちの主張の特徴として、**bargaining power** の文脈的 (**contextual**) な側面の強調、あるいは、**bargaining power** の文脈的な評価を主張する点が挙げられる。

以上を踏まえると、アメリカ法にいう **bargaining power** は、我が国において「交渉力」と呼ばれるものと比べて、相当広い意味を有する概念であるといえるのではないだろうか。まず、**bargaining power** とは、個別具体的な事案において当事者が実際に契約について議論・協議するという、ネゴシエート (**negotiate**) をする能力が連想される。しかし、実際には、**bargaining power** は、**power** や **position** と同義に用いられていることから明らかなように、実際の行為としてネゴシエートする能力というよりは、当該契約の構造上、あるいは当事者が置かれている社会的な立場や力関係そのもののことを指している。そして、このような社会構造的な地位・力関係において著しい格差・不均衡が存在し、優位に立つ当事者が、この状況を利用し、あるいはつけこむことによって、不平等な内容の契約を締結した場合には、このことが、司法が当該契約を事後的に寄生する正当化根拠となるという考え方が、存在してきた。そして、アメリカではこの考え方を、**inequality of bargaining power** と呼んでいるのである。

さらに、2000年代以降の最近の研究は、上記のように **bargaining power** を、消費者と事業者、労働者と雇用者というような社会構造に由来するものとして固定的にとらえるのではなく、文脈的 (**contextual**)、すなわち、各事案における

個別具体的な事情の下で、事実を詳細に検討し、これらを bargaining power の評価に取り入れることが提唱されている。これにより、bargaining power の「ステレオタイプ」な評価を免れ、本来保護を与えるべき当事者に bargaining power の格差を理由に保護を与え、逆に、保護を与えるにふさわしくない当事者について、実際には文脈的な bargaining power の格差は存在しなかったと考えて、救済を認めないというような、妥当な結論を導き出せる可能性が示唆されている。

このような bargaining power の概念の整理は、我が国における「交渉力」の概念の再考を促すものではないだろうか。すなわち、消費者契約法第 1 条に明記されている「交渉力」、裁判所が実際の事案において評価し、言及する「交渉力」、これを分析・検討する学説における「交渉力」が、具体的には何を意味するのか、その思想的基礎を明らかにすることは、我が国の今後の議論にも有益であろう。

VII. 我が国における「交渉力」の格差・不均衡の議論状況

1. 我が国における「交渉力」に関する立法

これまで、アメリカの bargaining power 及び inequality of bargaining power に関する議論について見てきた。

bargaining power は、我が国では一般的に「交渉力」と訳される。そして、この「交渉力」が唯一明確に現れている立法が、消費者契約法である。(bargaining power と「交渉力」が同一の概念かについては、本稿 VIII. で詳述する。) 同法律は、その第 1 条において、消費者対事業者間で締結された契約が制限を受ける正当化根拠及び制限の態様について、次のように規定している。すなわち、消費者契約においては、「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」、(1) 事業者の一定の行為により消費者が誤認または困惑した場合には、当該消費者契約を「取り消すことができ」、(2) 「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害することとなる条項」の場合には、その「全部又は一部を無効とする」ことが認められるというものである。このうち、(1) は、契約締結過程に「誤認」や「困惑」等の瑕疵があった場合には、意思表示の取り消しを認めることにより、契約自由原則が制限されうるというルール、(2) は、免責条項その他の不当条項等、契約内容

に瑕疵があった場合には、当該契約（条項）を無効とすることにより、契約自由原則が制限されうるというルールであるといえる。そして、このような制限を正当化しうる根拠を、「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」に求めている。

本条の趣旨について、消費者庁消費者制度課による同法の『逐条解説』では、次のように説明される。すなわち、消費者対事業者の契約では、「契約締結過程」に関して、「事業者の不適切な動機付けや影響力の行使によって、意思形成が正当になされないままに消費者が契約の申込みまたは承諾を行うことにより契約が締結される」場合や、「契約条項」に関して、「消費者の意思表示に瑕疵がない場合であっても、消費者に著しく不利な内容の契約が締結されて、消費者が著しく重い義務を負ったり本来有する権利を奪われたりする」場合が生じるという問題がある。これらの問題は、「消費者契約の特性ともいえる、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『情報の質及び量並びに交渉力の格差』」に原因がある。

さらに、この「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『情報の質及び量並びに交渉力の格差』」は、具体的には、次のように整理される。すなわち、契約締結過程においては、「事業者は扱っている商品・権利・役務に関する内容や取引条件についての情報を、消費者よりも多くもっている（情報の量の格差）」、「事業者は当該事業に関し、消費者よりも交渉のノウハウがある（交渉力の格差）」等の格差が生じる。そして、契約条項においては、「事業者は、当該業に関連する法律、商慣習について、一般的に消費者よりも詳しい情報をもっている（情報の質および量の格差）」、事業者は「当該契約条項についても自らが作成したものであることが通常であるため、ひとつひとつの条項の意義についての知識を持っている（情報の質および量の格差）」、「同種の取引を大量に処理するために、事業者によってあらかじめ設定された契約条項を消費者が変更してもらうことはほとんど現実的にありえない（交渉力の格差）」等の格差が生じる。

以上を踏まえ、上記『逐条解説』は、「本法においては、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『情報の質及び量並びに交渉力の格差』」…に着目し、消費者に自己責任を求めることが適切でない場合のうち、契約締結過程および契約条項に関して、消費者が契約の全部または一部の効力を否定することができるようにする場合を、新たに定めることとしたも

のである」と解説する³⁹³。

「情報」の質・量の格差については、我が国では、もともと民法の分野において、信義則上の情報提供義務に関する判例・学説が多数存在していることもあり、一定の議論の蓄積がなされている。

これに対して、「交渉力」の格差をめぐる議論は、一部の学説においてなされてきたものの、「情報」に関する議論と比較すると、民法に関しても、「交渉力」に明確に言及する消費者契約法に関しても、十分に議論され尽くしたとはいえない状況にある。その原因は、おそらく、後述の学説が指摘している通り、「交渉力」概念の自体のあいまいさ等から、これらの議論を体系化することが困難であったことによるものと思われる。

このような我が国の議論状況を示すため、以下において、わが国における「交渉力」または「交渉力」の「格差・不均衡」（以下、「交渉力不均衡」に統一する。）に関する議論を整理することとする。

2. 消費者法の研究における「交渉力」の定義

(1) 大村敦志教授による研究

民法及び消費者法分野における「交渉力」の研究を行ったのが、大村敦志教授である。大村教授は、その著作『消費者法』の中で、交渉力に関する体系的な分析を行っている。以下、その内容について概説する。

① 交渉力の定義

大村教授は、交渉力につき、「交渉を決裂させる（＝契約をしない）という選択肢を手中にしつつ、相手方の譲歩を迫る可能性のこと」と定義する。そして、「消費者にはこのような可能性が欠けているか、または乏しい」とした上で、交渉力不均衡が生じる取引につき、訪問販売型、借金、専門家型（医師や弁護士などの専門家との契約締結など）という3つの類型を挙げる³⁹⁴。

ただし、大村教授は、上記3つの類型のような特殊な事情が全くなくとも、消費者は完全に自由に決定することができるというわけではないとし、事業者は、自己の営業を合理化するために、様々な形で商品・価格・契約条件を定型化しようとするを指摘する。そして、「個別の消費者を相手に個々に交渉するよりも、予め自分で決めたことがらに同意する消費者とだけ契約をするほうが、

事業者にとっては有利」であり、その結果、「消費者には、一括して条件を受け入れて契約するか、それとも契約をしないかという自由しかない」ことになるという³⁹⁵。大村教授は、この場合には契約しない自由があるので、契約の締結に関して全く自由がないわけではないが、しかし、当該契約の目的物が生活必需品であるような場合には、契約をしない自由は実際にはないも同然であること、複数の商品が「市場」に存在していれば、商品選択の自由は確保されるが、理論上はともかく実際上の問題として、十分な選択の可能性がなければ、やはり、止むを得ず契約せざるをえないことを指摘する。こうした状況から、「交渉可能性・選択可能性の欠如は、消費者契約の大きな特色」であるとする。

② 交渉力不均衡の種類

大村教授は、交渉力不均衡が問題になる局面として、状況の濫用、関係の濫用、地位の濫用の3つの濫用の場면을挙げる。そして、「状況・関係・地位という三分類の基礎にあるのは、事業者と消費者との間に生じる交渉力の不均衡という事態の恒常性の度合いの違いである」とした上で、これとは別の視点を導入する必要があるとする。すなわち、一つは、「そのような不均衡の生じた原因にかかわる視点」であり、もう一つは、「そのような不均衡がもたらす結果にかかわる視点」である。

これらの視点をを用いて、上記に挙げた交渉力不均衡の具体例としての3類型、すなわち、訪問販売型、借金、専門家型（医師や弁護士などの専門家との契約締結など）を分析すると、「同じく交渉力の問題と言いつつも、なぜそれらの事例が問題とされるかという理由には違いがあるということがわかる」とする。すなわち、訪問販売型の場合、「交渉力不均衡という状況を事業者が積極的に作り出している点に問題があり、サラ金・借家型の場合、「すでに存在する不均衡状況を利用して不当な結果を得ている（得ようとしている）ところに問題がある。」という。そして、専門家型の場合、「交渉力不均衡を補う義務が事業者にあるにもかかわらず、それを放置している点に問題がある。」という³⁹⁶。

これに対して、消費者契約一般については、次の二つに分けて考える必要があるとする。第1に、訪問販売、サラ金・借家に相当するような場合には、「法律問題として取り上げられるべき」であり、第2に、それ以外の場合については、例えば専門家型のように事業者一般に高い義務を課すことができる場合もあるが、すべての事業者についてそのように言うことは難しいとする。ただし、

一定の事業者（例として、銀行には高い義務を負わせることが挙げられている。）については、このように考えることが可能であるとする³⁹⁷。

③ 運用すべき具体的な法について

大村教授は、上記のような交渉力の3種類の分析に関する議論を解釈論にのせるためには、暴利行為論を用いるのが良いとする。というのも、暴利行為論は、①窮迫・軽率・無経験に乗ずること、及び②過大な利益を得ることを要件としているところ、「不均衡の原因に関する考慮は①の要件の中に、結果に関する考慮は②の要件の中に、それぞれ取り込むことが可能だから」であるとする。さらに、「最近の裁判例の一部のように、①の要件を緩和して、①'優越的地位を利用することに置き換えるならば、状況・関係・地位の濫用には必要な範囲で十分に対処できる」という³⁹⁸。

もともと、大村教授は、「暴利行為論はあくまでも『暴利』すなわち契約内容自体に着目した法理」であり、それゆえ、「交渉力不均衡の結果を捨象しその原因のみに着目して契約を無効とするのに適した法理であるとは言えない。」と指摘する。そして、「立法論としては、交渉力不均衡のみに着目して契約の効力を否定する規定を設けることが望ましい」とし、具体的には、オランダ法の「状況の濫用」の規定がモデルになるとしている³⁹⁹。

④ 民法 90 条の活用と非良心性との関わり

大村教授は、アメリカの非良心性法理について、日本の民法 90 条との関連で興味深い指摘を行なっている。

大村教授は、契約内容が不当であるとなぜ契約の効力は否定される（べきである）のかという問題について、大きく分けて二つの考え方があるとし、一つは、「契約内容の不当性は、契約締結過程において当事者の意思表示が完全な形でなされなかったことを示している」という私的自治重視の考え方であり、もう一つは、「契約内容の不当性そのものが契約の効力を否定する根拠となる」という公序重視の考え方であるとする。そして、「いずれの考え方も、フィロソフィーとしては一貫性があるが、現実には必ずしもそぐわない。」とし、「意思か内容かといった一元論ではなく、意思と内容という二元論をとるのが妥当であるように思われる。」と主張する。さらに、「実際上の問題」として、「意思だけ内容だけを別個独立に見るのではなく、双方をあわせて考慮すべき場合はない

かも検討すべき」という。

他方で、大村教授は、契約を無効とする一般的な根拠条文として、民法 90 条の公序良俗、強行規定を挙げ、このうち民法 90 条について、次のように述べる。すなわち、「公序良俗違反は一般条項なので、時代に応じて、また、場合に応じて、その内容は自由に決められるようにも思われる」が、これには「二つの制約」が存在する。一つは、あくまで原則は契約自由であって、公序良俗違反は例外に過ぎないこと、もう一つは、「公序良俗違反の例として念頭に置かれるのは、もともとは、国家の統治機構や性風俗を害するような行為であり、通常取引行為は想定されていなかったということ」である。このことから、大村教授は、「消費者契約において問題となるような事例に、90 条を適用することはもともと考えられていなかった」とする。

しかし、実際には、原野商法、先物取引、ネズミ講、マルチ商法などに関する裁判例において、公序良俗違反を利用した紛争解決がなされている⁴⁰⁰。

大村教授によれば、公序良俗違反という制度につき、もともとは社会の秩序維持のためのものであり、個人の利益がどうあれ、著しく社会秩序を害する行為は、秩序維持の観点からその効力を否定されていたが、この制度は例外的なものとなされ、適用領域も制限されていた。しかし、1920 年頃から、「法の社会化」をきっかけとして、個人の利益のために民法 90 条が適用されるという傾向が見え始め、社会的な弱者の利益を守るための制度として公序良俗違反が用いられるようになってきたという。そして、戦後、特に最近になって、労働者保護、消費者保護のために 90 条が援用されるという新たな展開を見せていると指摘する⁴⁰¹。

同教授は、このような変化の影響として、公序良俗の適用の際には、ただ契約内容が公序良俗に反するというだけでなく、その他の諸要素が考慮されるようになってきているという。具体的には、(1) 内容そのものについて、それが国家秩序や家族秩序、あるいは社会風俗に反するというだけでなく、労働基本権、市場秩序、取引道徳に反するという場合までもが含まれるようになってきていること、(2) 契約内容だけでなく契約締結過程における当事者の行為態様までも公序良俗の一要素とされるようになってきていること⁴⁰²、及び、(3) 法令違反行為の効力判断は、必ずしも取引規定＝効力規定二言論によって規律されているわけではなく、法令違反の存在を考慮に入れて公序良俗違反の判断を行う例が増えてきていることを挙げる。このほか、公序良俗違反の効果に関し

ても、一部無効と判断されるケースが増えてきていることなどの「効果の精密化（分節化・柔軟化）」が進んでいるという。

このような 90 条の解釈・適用をめぐる変化について、大村教授は、「拡大適用の傾向」が認められるとし、批判もあるとしながらも、「もともと一般条項として設けられている民法 90 条の拡大活用は、他の規定の拡大活用に比べて問題は少ないだろう」とする。ただし、場面を分けて考えることが必要であるとし、まず必要なのは、「内容規制の拡大と意思確保の融合という二つを分けて考えること」であるとする。前者は「90 条プロパーの領域」であり、理念的にも技術的にも問題は少ないという。これに対して、後者については、「やや問題」で「必ずしも 90 条による必要はない」とするが、「内容の不当性と意思の不完全性とは相関させて判断する必要があることは確か」であるとし、立法論としては、「契約の内容的側面と手続的側面とを総合判断する制度（アメリカの非良心性の法理のようなもの）が望ましいと考えられる」と述べている⁴⁰³。

(2) 角田美穂子教授

消費者契約法 1 条前段における情報・交渉力の格差に関する規律を「情報・交渉力の格差テーゼ」とし、これとドイツ法の類似概念とを比較検討する研究を行なっているのが、角田美穂子教授である。

角田教授は、消費者契約法 1 条前段を「情報・交渉力の格差テーゼ」とし⁴⁰⁴、これが「消費者の要保護性と、法の独自性を基礎付けるキー概念として位置付けることができ」、このことは裁判例でも確認することができるとする⁴⁰⁵。

角田教授は、立案担当者による交渉力の説明を引用した上で⁴⁰⁶、そこで採用された視点で交渉力の格差の問題が十分に汲み尽くされているのかとの疑問を呈している⁴⁰⁷。具体的には、敷引条項に関する最高裁判決（最一判平成 23 年 3 月 24 日裁時 1528 号 15 頁）において、一見、立案担当者の見解に忠実な理解を示しているものの、賃借人が「十分な情報を有していない上」との判示からすると、賃借人が「包括的に条項群を提示されその意味をよく認識しないままに鵜呑みを強いられることに加え、この点についての情報が不足するために競争が機能しないという事情を考慮している点も見逃せない」と指摘する。さらに、一連の学納金返還訴訟において、「法の施行前の事件ではもっぱら民法 90 条を根拠に状況の濫用ないし暴利行為論が主張されてきたことの意味を、再考する

必要がある」とし、このような考え方は「立案担当者の理解を超えるもの」とする。そして、同訴訟において問題となった条項は、『学生の窮迫に乗じた』側面を持ち信義則に反するとした同判決⁴⁰⁸の滝井繁男裁判官の反対意見の持つ意味は、『交渉力』の意義を考えるにあたって重要な手がかりを与えてくれる」としている。さらに、「従来、もっぱら事業者間取引を想定した市場ルールと考えられてきた優越的地位の濫用法理を、消費者契約の分野で活用していくべきではないかとの経済法学者⁴⁰⁹からの提案も交渉力の格差を考えるにあたって重要な視点」と指摘する。

その他、角田教授は、労働契約法において、消費者契約法のような情報・交渉力の格差テーゼの明文はないものの、実質的に同様のテーゼを取り込むことを前向きに検討する学説が存在することを指摘する。さらに、比較法的検討としてドイツ法を取り上げ、前記テーゼに類似するものと思われる「構造的な交渉力の不平等」テーゼ⁴¹⁰の存在を指摘した上で、このテーゼが「立法者および裁判所を通しての横断的な指針・枠組みを提供していると捉える憲法指導的解釈という考え方によって支えられている」点が「注目に値する」とする。そして、我が国の学納金返還訴訟判決について、「ドイツでいう『構造的な交渉力の不平等』テーゼを受け止めた立法者によって特別の保護法が制定されているという理解との共通点」を示唆する⁴¹¹。

角田教授の指摘において特徴的なのは、消費者契約法における情報の格差と交渉力の格差の問題を、消費者契約法 1 条前段に明文化されていることを根拠に、「情報・交渉力の格差テーゼ」として、実質的に一体的に扱っていることである。その上で、このようなテーゼが（消費者）契約法分野に隣接する分野において存在するかどうか（労働契約法に関する指摘がこれに相当する。）や、比較法的検討としてドイツ法を取り上げ、前記テーゼに類似するものと思われる「構造的な交渉力の不平等」テーゼとの関連性を示唆している⁴¹²。

3. 英米法における「交渉力不均衡」の法理に関する研究

(1) 笠井教授による研究

交渉力（不均衡）について、アメリカでは、現在まで、概念や要素として言及されることはあっても、現在に至るまで、*doctrine* や *principle*（法理や原則）

として形成、あるいは議論されることはほぼなかったと言って良い。これに対して、イギリスにおいては、かつて、交渉力不均衡概念を独立の「法理」として形成しようとする試みが行われた。このようなイギリス法の動向は、アメリカ法においても、交渉力（不均衡）の議論をする場合に頻繁に引用されている。そして、このイギリス法の動向を我が国においていち早く取り上げたのが、笠井修教授である。

笠井教授は、論文「イギリス契約法における交渉力の不均衡法理の形成」⁴¹³において、当時のイギリス契約法分野での交渉力不均衡法理の萌芽とその発展の経過、及び、これら一連の動向がもたらした影響について論じている。同論文では、不公正な契約内容が締結される背景につき、「契約締結過程の交渉過程における当事者間の力関係の懸絶は、必然的に契約の内容に反映され、様々のかたちで不公正な契約内容を導かざるをえない」と分析し、このような不公正な契約内容があった場合に取引上の劣位者保護として、従来、わが国では暴利の規制、消費者保護、不公正な約款規制、例文解釈等の問題として扱われてきたと指摘する。そして、当時のイギリスにおいて発展が進んだ「交渉力の不均衡法理（doctrine of inequality of bargaining power）」を指摘し、これを、前述のような我が国の不公正な契約内容からの保護に関する「動向に対する新しい提言」であるとし、当時のイギリス契約法における「最も注目すべき改革の試みの一つ」と位置づけた。その上で、このイギリスの交渉力不均衡法理について、厳格な契約自由の原則を要求する英米法において、契約当事者の「等質性の欠如」を捉えた上で取引上の劣位者保護をはかるものとして注目に値すると評価している。

笠井教授は、まず、イギリス法においては、交渉力の不均衡が直接契約の効力に影響を及ぼしたり、独立した法理を形成したりすることはなかったとした上で、交渉力の不均衡のもとに締結された契約は、伝統的に、強迫（duress）や不当威圧（undue influence）の法理によって規制されてきたとする。

これに対し、「伝統的諸法理をこえて、経済的または精神的な交渉力における不均等の存在を要件に取り込み、それをより包括的・一般的な救済法理として承認する見解」が、裁判例において現れてきたとし、判例法理を形成するには至ってはいないものの、このような見解を示す重要な判決群について分析・検討を行っている。具体的には、Lloyd'd Bank Ltd. v. Bundy 事件⁴¹⁴（以下、ロイド銀行事件とする。）、A Shroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay 事件⁴¹⁵（以下、

シュレーダー事件とする。)、Clifford avis Management Ltd. v. W. E. A. Records ltd. 事件⁴¹⁶、Levison and Another v. Patent Steam Carpet Cleaning Co. Ltd.事件⁴¹⁷の4件を扱っている。

このうち、1974年7月8日のロイド銀行事件判決は、上記見解を示した最初の判例として、多くの英米契約法の概説書や論文にも引用される重要判例である。同判決において、デニング判事 (Lord Denning) は、傍論において次のように述べた。

「まず一般準則として、大多数の事件では、銀行の保証書や担保書に署名した顧客はその義務を免れることはできない。通常力の相互作用の結果である取引はくつがえされることはない。しかし、この一般準則には例外がある。当事者が平等な条件の下で交渉するのではなく、一方の当事者が交渉力において極めて強く、他方が極めて弱いため、通念的な公正さから見て、強者が弱者を壁に押し付けることを許すことが正しくない場合には、裁判所が契約や所有権の移転を取り消すであろう諸事例が存在する。従来は、これらの例外事例は、それぞれ分離されたカテゴリーとして扱われてきた。しかし、私には、これらを統一する原理が見い出されるべき時が来ているように思われる。詐欺 (fraud)、不実表示 (misrepresentation)、錯誤 (mistake) によって取消されうる契約や取引は、除外しておこう。これらは、みなすでに確立された諸原理に支配されているからである。私は、もっぱら裁判所の干渉に値するような交渉力の不均衡があった場合について論じることにする。具体的には、次の五つのカテゴリーがそれである。第一は、『物に対する強迫』であり、第二は、『非良心的取引』 (unconscionability) であり、第三は、『不当威圧』 (undue influence) であり、第四は、『不当圧迫』 (undue pressure) であり、第五は『海難救助契約』 (salvage agreement) である。」(中略)「これらをひとまとめにしてみると、これらすべての場合を通じて一本の糸が通っていることを、私は示唆したい。これらはみな『交渉力の不均衡』に基づいている。中立的な助言を得ることなく、極めて不公正な条項の契約を締結し、または著しく不十分な約因と交換に財産を譲渡する者は、自己の窮迫や欲求または自己の無知や精神的弱点が、相手方の利益のために加えられた不当威圧や不当圧迫と結びついて、自己の交渉力を著しく害する場合には、交渉力の不均衡に基づいて、イギリス法により救済を与えられるのである。『不当』 (undue) という言葉を用いる場合も私は、この原則が何ら

かの違法行為の立証に依存していると言うつもりはない。また、一方の当事者によって『支配され』あるいは『圧倒され』ている他方の当事者の意思を問題にすることも避けた。著しい窮状にある者は、それを解決するためのみに、意識的に極めて先見性のない取引に同意するかもしれないからである。さらに、私は、あらゆる取引が中立的な助言によって損失を免れるというつもりもない。しかし、そのような助言がないことは致命的なことであろう。」⁴¹⁸

笠井教授は、上記のようなデニング判事の傍論に始まった交渉力の不均衡法理に対し、当時、批判的な学説があったとしながらも、ロイド銀行事件とほぼ同時期の1974年10月16日のシュレーダー事件判決におけるディプロック判事(Lord Diplock)の同旨の判断やその後のデニング判事による一連の意見から、「この法理の有用性を実証しつつあるように思われる」と指摘している。そして、「この法理の最終的評価は、取引への私法的介入の根拠とその準則の精密化を待ってなされなければならない」とした上で、「この法理が、交渉力の不均衡という当事者の具体性に即した評価の視点を提供したことは積極的に評価されてよいのではあるまいか」と評価している。

このように、上記笠井論文は、イギリスの比較法的検討を通して、我が国において、法理もしくは法学的概念としての交渉力(の不均衡)の存在を最初に明示したものといえよう⁴¹⁹。

(2) 及川教授による研究

及川光明教授は、1965年の論文「英法における不当威圧の法理と暴利行為の公序良俗違反の認定について」⁴²⁰以降、イギリス法の強迫、不当威圧、非良心性法理を分析対象とし、交渉力不均衡に関して複数の論文を発表している。これらのうち、1979年の論文では、上述の笠井教授と同様、イギリスにおける交渉力不均衡法理形成の動きについて検討を加えている⁴²¹。及川教授もまた、ロイド銀行事件判決におけるデニング判事による交渉力不均衡法理(伝統的な契約法理の適用を待たずに、交渉力不均衡という要素によって、当該契約(条項)の効力を否定しようという考え方)について、当時のイギリス契約法に相当の影響力を有したものの、後に、このような「交渉力不均衡」法理の存在は複数の裁判官によって否定され、現在では、交渉力の不均衡という独立の法理が存

在するとは一般的には考えられていないとまとめている。

しかしながら、及川教授は、契約の有効性が認められるためには、最小限度の公正が必要であるという考えまで拒絶されてきたわけではなく、むしろ、「公正の要件は、公正を基礎とした交渉力の不均衡の法理に対する伝統的な個別的な法理として、しばしば考えられる法理である、契約締結の過程の公正さが問題とされる強迫の法理や不当威圧の法理を確立するため不可欠のものである」⁴²²という。

さらに、及川教授は、上記のデニング判事やアメリカの *Jones v. Star Credit Corporation*⁴²³ 事件を担当した *Wachtler* 裁判官、契約法の研究者として知られる *Atiyah* らの見解の分析を通して、契約の手続公正と内容的公正とを区別する考え方について検討を行なっている⁴²⁴。同教授は、*Atiyah* が、公正な手続きの考えを公正な結果という考えから完全に分離することができないと主張していることにつき、「否定しえない」とし、ただし、「救済が与えられるであろう状況を制限しようとするとき、限界の決定は有効かつ重要である」とする。そして、契約が不当とみなされる状況の限界を定めようとしている場合、公正な手続きと公正な結果という区別は、「重要な区別そのもの」であり、さらに、「交渉過程を調査することによって、手続上の不適切、即ち、約因の相当性の裁判上の調査のきっかけとなる不適切、を見分け、かつその範囲を限定することが可能になると考えられる」という。そこで、裁判所が吟味すべきなのは、「不公正な交渉があったかどうか、および全く交渉がなかった場合、不公正な交渉の推定が十分に反証を挙げて抗弁されるかどうか」であるといい、この点に関して交渉上の手続が「搾取（利己的な利用）」となるかどうか、という準則が形成されるべきであるという。

及川教授によると、この「搾取（利己的な利用）」は、次の2つの状態において起こるといふ。一つは、「一方当事者が特定の市場で信じられないほどの強い交渉上の立場を有」している状態、もう一つは、「一方当事者が信じられないほど弱い交渉上の立場にある時に生じ」ている状態である。及川教授は、前者は伝統的に立法部に任されてきたとした上で、交渉力の不均衡の法理が扱うのは、後者の場合であると指摘する。さらに、法が保護する交渉上の弱さについては次の3つの部類が存在するという。すなわち、財産の価値についての無知または問題の債務の性質についての無知から生じる不均衡、窮迫から生じる不均衡、そして、信頼関係から生じる不均衡である⁴²⁵。

及川教授は、「契約自由の原則に制限を導入することに伴う最も重要な問題」について、「いつ契約が不公正のために取り消されるかについて契約当事者に指導を与える限界を、明確に定めること」であり、これは困難な作業であるとした上で、「交渉上の手続を注目することによって、法が（契約の）利己的な利用の可能性から保護する三つの分類の交渉上の弱さを見分けることは可能である」と述べている。そこで次に問題となるのが、「どんな種類の取引が不公正な取引とみなされるのかの限界を、いかに適切に定めるか」ということである。この点について、及川教授は、「このために裁判所は、交渉上の手続に焦点をあてるべきであり、また、約因の相当性の調査にきっかけを与える、様々な種類の交渉上の弱さをできる限り明確に宣言すべきである」という。

(3) 法と経済学における「交渉力不均衡」に関する研究

アメリカにおける最近の法と経済学派の動向から、交渉力不均衡概念に着目する研究もある。

西内康人氏による『消費者契約の経済分析』（有斐閣、2016年）は、「アメリカ法での『法と経済学』による消費者契約の内容規制と関係する議論の争点と射程を、背景となる経済学上の『仮定』にさかのぼって明らかにした上で、これにより日本法への示唆を得る」ことを目的としている⁴²⁶。すなわち、同書は、アメリカにおける法と経済学の最近の学説を多数引用した上で分析・検討を行い、わが国の法への接続を試みたものである。そして、同書の中で、著者は、交渉力不均衡についての日米の議論についても言及している。

① アメリカ法—独占と約款論を結びつける約款論における「独占」に関連づけられる bargaining power

アメリカにおいて、(inequality of) bargaining power の議論の変遷の歴史を振り返ると、その初期において、約款論及び独占に関する研究が重要な位置を占めていることがわかる。この点について、著者によれば、約款の特徴として、(i) 画一性と(ii) 一方的性格が指摘できるという。(i) に関しては、消費者契約のみならず事業者間契約でも見られ、個別の契約ごとに契約内容を作り直す必要がなくなるという点において、取引費用を削減できること、及びネットワーク外部性が期待できること⁴²⁷等のメリットがあるとされるという。これに

対して、(ii) に関しては、約款の品質の低さを示すものとして、従来から社会的に原因が考察されており、その結果、約款の品質低下の主な原因として、消費者側の情報不完全と独占が指摘されているという⁴²⁸。

著者は、このうち、独占に関する学説として主に Kessler 及び Kessler の独占への問題意識に「消費者側の情報不完全の問題」を加えて拡張したという Slawson の主張を紹介している。

著者によれば、Kessler の問題意識は、「約款は独占と相関関係にある」こと、及び「独占は交渉力を消費者から奪うことにより問題を生じさせる」ということであるという。ただし、その後の学説、「独占と約款使用との相関関係」に懐疑的なものもあり、また、「独占が問題を生じさせる状況の精緻化」が進んでいるという。

著者によれば、Kessler の立場は次の通りである。すなわち、Kessler によると、約款の一方的性格は、約款と独占とが結びつくことによってもたらされ、約款と独占とは、bargaining power（交渉力）によって結びつけられる。さらに、Kessler によると、約款を典型的に用いるのは独占により交渉力の強い事業者であり、約款を使用した取引では、take-it-or-leave-it、すなわち、当該契約条件を受け入れるか、さもなければ契約締結を諦めるかという二択しかないため、このような性格を有する約款が市場支配力の上昇と自由市場の衰退を引き起こすという。

著者によれば、上記のような Kessler の問題意識はその後 Slawson に引き継がれ、独占は、情報不完全による問題を深刻化させる問題として理解されるようになったという⁴²⁹。著者によれば、Slawson は、(i) 経営規模の増大、(ii) 製造物購入への消費者側の依存、(iii) 製造物と法の複雑性の増大、及び (iv) マスメディアによるコミュニケーションの拡大等の社会的変化を重視しているという。なお、著者によれば、(i)、(ii) は独占を、(iii)、(iv) は情報を、それぞれ問題としていると見ることができるとし、Slawson は、独占の問題と情報の問題を、いわば足し合わせて理解していたとする。

ただし、著者は、Slawson について、以下の点から、後に独占と交渉力との関係に関して Kessler の見解とは若干異なる立場をとるに至っていると指摘する。すなわち、Slawson は、「交渉力」の主たる発生原因につき、消費者の情報不完全と約款による事業者側の取引費用削減であるとし、脚注において Kessler を引用していない点、さらに、Slawson は、約款に関する問題の発生原因として、

交渉力や個々の事業者の市場支配力とは別に、製造物購入における消費者の事業者への依存の傾向を指摘しており、これは Kessler による上記(ii) に当たるものの、記述全体を見れば、「交渉力」が問題発生原因の一つとして挙げられることについて論じる部分の方が、紙幅の大半を占めている点等である。

なお、Kessler、Slawson のように、市場を独占する大企業が出現したことと、約款の使用の増加及び約款の（交渉を経ず、一方的な内容であるという）問題とを結びつけて考える学説は、著者によれば、我が国の星野英一、河上正二らの説にも通じるという。両教授は、その著作の中で実際に Kessler を引用しており⁴³⁰、Kessler の見解が両教授の見解に重要な役割を果たしているという⁴³¹。

以上のように、日米において約款の問題の発生原因として独占を重視する学説に対して、著者は、前提の一部に現実性を欠いていると批判する。著者によれば、「Kessler のような、独占の徴表としての約款は、現実合致しづらい。また、かりに事業者が市場支配力を持っていたとしても、問題は生じづらい。」という。その理由は、「非効率的な約款よりは、効率的な約款、つまり、事業者に生じる費用より消費者に生じる利益が大きい約款を提示し、この差額として生じる余剰を市場支配力によって奪い取る方が、事業者の利益になる」こと、さらに、「情報の問題と独占の問題が結びつきうるとしても、結びつき方の分析が必要」であることを指摘する⁴³²。

②わが国の議論への接続

著者は、アメリカ法の議論の日本法への接続可能性について考える上で、前提として、著者の採用する契約法の議論が「わが国における従来の議論とは異なる」とする。すなわち、まず、著者は、わが国の契約法の議論の特徴として、「[契約自由の] 多元性、不明確性を反映して、独占などの経済学上問題となる要素は、…帰結主義⁴³³との関係では十分に分析されず、交渉力格差のように、事業者と消費者という類型の間の関係的側面として理解され、議論の出発点に置かれる」と指摘する。その上で、著者が提示する議論は、「経済学上問題となる要素は…分析的に理解され」、とりわけ、交渉力概念も分析的に理解されることになるとする⁴³⁴。

著者は、交渉力というものの「概念は、内容規制の射程を定める上で重要な概念であるにもかかわらず、不明確性を残している」とし、「交渉力概念をいかに定義するか」について論じる。そして、本稿でも先に触れた大村敦志教授を、

「市場メカニズムを意識しつつ、交渉力一般について精緻化を図る論者」として取り上げ、その主張の検討を行なっている。著者は、大村教授の見解は特に貸金における交渉力の問題について、「まず重視されているのは需給バランスである」とし、すなわち、「困窮状態にあり、契約しないという可能性が存在しない点」を問題視していると指摘する。しかし、著者によれば、「アメリカにせよ、日本にせよ、消費者金融業者間の客引きは激しく、しかも、比較の対象である利息は比較的単純な情報であり、競争的観点から消費者信用の交渉力不均衡を論じるのは、困難である」という。さらに、大村教授が「貸金を約款の問題と関連づけて、個別交渉の可能性をも持ち出して、交渉力の問題を論じている」点についても、「スーパーマーケットでの値札のように個別交渉可能性がないとしても、競争環境であれば価格は下がる以上、経済的対価である利息が下がらない理由として個別交渉可能性を持ち出すことはできない」とする。以上のことから、著者は、大村教授による交渉力概念の定義は、「市場メカニズムに照らした問題把握にとって、精緻さを欠く」とし、こうした傾向は大村教授の主張に限られず、それは、「これまで論じられてきた交渉力概念が、あまり明確なものではなかったことに起因する」という。その上で、著者は、交渉力概念を精緻化すると、およそ次のようになるという。

すなわち、交渉力という概念は、「ゲーム理論を基礎としてミクロ経済学上の交渉理論で用いられ、取引によって生じる余剰の配分に焦点が当てられている」とし、「独占など需給バランスが関係しうるのは、主としてこちらの分析である」という。他方で、交渉力が非効率を生じさせるのであれば、「こうした取り分の決定を超えた要素が、関係してくる」といい、それは、「約款や消費者信用の議論で明らかにしてきたように、情報自体の不均衡やその処理能力、および、種々の認知的バイアスである」とする。このことは、著者によれば「競争条件に照らして事業者と消費者の利益に著しい不均衡が生じている場合、情報やバイアスの問題が存在していると、推認される」ことにもなるという。このようにみた場合、「①競争条件と、②情報（情報の質と量、情報処理能力）、および、③心理学上のバイアス、この三点を前提とした戦略性の巧拙が、交渉力にとって重要な一つの問題となりうる」という。そして、著者は、これらのうち①の競争条件自体と関わる問題について、主に競争法にゆだねるのが適当であり、②の情報と、③のバイアスに起因する問題こそが、消費者契約を契約法で規制する際の焦点となると主張する。

以上を踏まえ、著者は、著者自身の提示する交渉力概念に関する注意点として、以下の3点を挙げる。

第1に、「交渉力という言葉から想定される、個別交渉の可能性との関係」である。著者は、商品をオーダーメイドのものと大量生産されたものとを分け、「たとえば、一定の商品知識が消費者になれば、オーダーメイドを利用しづらい以上、個別交渉は情報不均衡の影響が少ないことの、一徴表になる」等とし、「交渉の有無は、…情報とバイアスと関連する限りで交渉力問題が少ないことの一徴表」になりうるという。

第2に、「契約内容と交渉力概念の類型的な関係」である。著者によれば、「周縁条項をより強く規制する根拠は、顕著性に代表されるバイアスを背景とした消費者の情報不足と、バイアスによって影響を受ける将来の不確実性」である。そして、著者による「情報とバイアスを重視」する交渉力概念と、行動経済学を「架橋」すると、上記のような「問題発生原因」〔周縁条項をより強く規制する根拠〕は、「構造化」され、これにより、「消費者契約法1条の規制根拠から見た、同10条での規制内容の類型化が可能になる」という。

第3に、「交渉力の『格差』の意味」である。著者は、これまでの議論では、「交渉力概念の不明確さもあって、交渉力を生じさせる種々の原因が組み合わせられて、一括して格差として理解されることが多かったように思われる」とし、これに対して、著者自身の見解では「こういった種々の原因は、契約内容との関係で個別的に理解される」という。たとえば、「消費者側の逆選択・モラルハザード防止を目的とした一方的条項での貸付という契約内容に対しては、信用情報の蓄積という形で事業者側情報優位による対処が期待できる可能性を考慮すべきである」と指摘し、また、「消費者の情報不完全やバイアスに事業者が戦略的に対処している可能性も、考慮する必要がある」とする。さらに、「この個別的意味で格差を語ることに意味はあるものの、『国民と国家』のような抽象的格差とこのバランスを語ることは、議論を不明確にするだけ」であるとしている。

以上のような著者の主張は、アメリカの法学分野において発展がめざましい「法と経済学」の最新の議論を参照・紹介することに主眼が置かれている。したがって、各概念や用語も法と経済学由来のものが多く、難解ではあるが、交渉力をアメリカの法と経済学の文脈で捉えた場合に、わが国の交渉力議論も言及されることの多い独占との関係や、わが国の法学分野には馴染みのない

心理学上のバイアスの問題との関係等、詳細に紹介されており、示唆に富んでいる。

4. 事業者間の契約における「交渉力不均衡」への着目

(1) 執行秀幸教授の研究

消費者対事業者の契約では、両者の間に情報及び交渉力の著しい格差があるため、契約自由原則の制限を認めうる。このような考え方について、一部の学説は、事業者間取引に応用できないかという問題提起を行なっている。というのも、情報及び交渉力において著しい格差がある契約類型は、消費者対事業者の契約に限られず、実際には、事業者同士の契約であっても、大企業対中小企業などの類型においても当てはまると考えられるからである。

この点に関して、執行秀幸教授は、まず、「交渉力の格差」の問題は、「交渉力に格差、特に大きな格差がある場合には、合意があったとしても、その合意は、交渉力の弱い当事者にとっては、『自由な意思』決定の結果なされたものではない可能性が高く、しかも、それが、伝統的な詐欺・脅迫の要件を満たすものではなくても、合意の効力をそのまま認めることは妥当でない」と考えることを意味するという⁴³⁵。その上で、執行教授は、消費者対事業者の契約において、契約自由原則が制限されることがあると一般的に考えられるようになってきたとし、それでは事業者同士の契約において契約自由原則は厳格に守られるものなのか、という問題提起を行なっている。そして、商法学者の見解を引用しつつ、特に約款については、一部の学説において、事業者間契約においても契約自由原則が制限されることがあると解されていると指摘する。この場合、その主な根拠として、約款においては契約当事者が対等でないことが挙げられるところ、「契約の自由には、契約当事者の交渉力がほぼ同等であることが前提であるとすれば、約款による契約の場合ばかりでなく、約款によらない通常の契約にあっても、契約当事者の交渉力に格差がある場合、格差のない場合とまったく同様に契約自由の原則が適用されるべきでないのではないか」ということが考えられると指摘する。この点について、かつて、商法学者の鈴木竹雄教授、田中誠二教授、我妻栄博士⁴³⁶、鈴木禄弥教授⁴³⁷、石田穰教授⁴³⁸、米倉明教授⁴³⁹らが同様の指摘をしていたとし、その上で、山本豊教授の主張について、「交

交渉力の格差に注目し、約款か否かにより、いわば契約自由の妥当領域を決めるのではなく、より実質的に、契約相手方の要保護性なども考慮して契約の拘束力を限界づけて、契約の自由の妥当範囲を決めていこうとする見解⁴⁴⁰として紹介する。執行教授は、このような山本教授の見解について、約款に限らず「交渉力や契約の相手方の要保護性を考慮して契約の自由の妥当領域を限界づけていこう」とするものであるとしている。

続いて、執行教授は我が国の事業者間契約における契約自由原則に関する判例の分析を行った上で、諸外国（ドイツ、イギリス、アメリカ、北欧諸国）における事業者間契約における契約自由原則の扱いについて紹介する⁴⁴¹。ここで、アメリカ法の法理として非良心性法理が取り上げられている。執行教授は、事業者間契約における非良心性の判断の傾向として、事業者間契約であり、一般的に言えば、商人とはいえ、十分な能力を有していないような場合には、非良心性が認められる可能性が高いこと⁴⁴²、ただし、事業者間契約で契約締結に辿り実際に交渉がなされ、また交渉する機会があり、しかも契約を締結する過程で特に劣位にあるというわけではない場合には、非良心性が認められにくいことを指摘している⁴⁴³。

執行教授は、結論部分の考察において、「事業者間契約における交渉力の格差の法的意味」について検討している。その中で、交渉力の格差については、「様々な議論があり、ここで簡単に結論をだすことはできない。」とした上で、交渉力の格差を問題とすることの意味について、「交渉力に格差、特に大きな格差がある場合には、合意があったとしても、その合意は、交渉力の弱い当事者にとつては、『自由な意思』決定の結果なされたものではない可能性が高く、しかも、それが、伝統的な詐欺・強迫の要件を満たすものではなくても、合意の効力をそのまま認めることは妥当でない、と考える」ことであるとしている。そして、この点において、「[契約内容の公正さを重視する] 近代的な契約理論よりも、契約締結過程の公正をより厳格にすべきだという主張を含むことになる」という。ただし、交渉力の格差があれば必ず「自由な意思」決定がない合意だとはいえないという問題点もあるとし、「交渉力の格差が大きくなればあるほど、その[「自由な意思」決定がない合意であるという]可能性が高まろうが、どこで線を引くかは困難である。」という。

執行教授は、最後に、近代的契約理論につき、「契約手続上の一定の公正さをクリアーすれば、契約内容の公正さを原則として問わない」理論であるとした

上で、このような近代的契約理論は、「普通契約約款の普及、交渉力の格差の拡大」などによって、たとえ契約の「手続上の公正さを満たしたとしても、明らかに一方当事者にとり不当な結果」が、「いわば構造的に生ずることになった」という。そして、このような問題の解決方法の一つとして⁴⁴⁴、「基本的には、手続的公正、と実質的公正の相関関係によって、契約自由の原則が限界づけられるとの考え」を挙げている。すなわち、「契約手続上公正さに問題があればあるほど、つまり、契約内容の作成の自由が十分でなければならないほど契約内容の公正さが一層要求される。また、契約が、両当事者の『自由な意思』決定の結果であれば、それだけ、その結果が尊重される。反対に、契約がきわめて不当なものであれば、それが効力をもつには、両当事者の『自由な意思』が契約内容に十分反映するような手続がとられていることが要求される」と考えるのだという。その上で、手続が十分公正であるが、契約内容が極めて不当である場合について、議論の余地はあるだろうとしつつも、「契約の拘束力が認められるためには、少なくとも、手続的公正とともに契約内容の公正さの存在も必要と考えるべきで、その効力を否定すべき」であるとし、「我が国の判例が、ほぼ対等な交渉のあった事業者間契約においても、きわめて不当な条項の効力を制限しているのも、右のような視点からすれば肯定されよう。」と評価する。

(2) 消費者契約法の事業者間契約への拡張論

事業者間契約に関しては、最近の研究としては、大澤彩「事業者間契約と消費者契約法 (特集 債権法改正後の消費者契約法)」⁴⁴⁵がある。大澤教授は、消費者契約法に関して、その第 1 条が「消費者と事業者との間の情報の質および量並びに交渉力の格差に鑑み」と規定しているものの、「事業目的以外で契約を締結する『法人その他の団体』や事業目的ではあるが相手方である事業者に比べて情報・交渉力において劣位にある事業者にも消費者契約法による保護の教授を認めるべきではないかとの問題提起」がなされていると指摘する。

大澤教授によれば、現行の消費者契約法の運用では、「消費者契約法上の『消費者』にあたるか否かは、当事者間の情報の質・量および交渉力の格差の有無という実質ではなく、当該契約を当該当事者の『事業のために、または事業として』締結したか否かによって決定される」という。そして、上記の問題提起について、消費者委員会消費者契約法専門調査会において「規程の改正や解釈

の可能性を明らかにするための議論がなされた」。その結果は「中間取りまとめ」として公表されているが、2016年の消費者契約法の改正では、上記の問題に関する改正等はなされなかった。

消費者契約法が想定するような、契約当事者間の情報の質・量及び交渉力の格差は、もはや消費者と事業者間で締結される契約に限定されないという認識は、他にもみられる。例えば、民法自体がこうした格差ある当事者間の契約に向き合う必要があるという見解⁴⁴⁶や、大企業と系列会社、メーカーと専属販売店等、消費者契約に類する構造的格差がある事業者間で結ばれた契約には裁判所の介入が可能であるとする見解⁴⁴⁷等である。

大澤教授は、この問題を「消費者契約法における『事業』を基準とした『消費者』概念では対応できない、相手方事業者との関係で劣位にある中小事業者や団体といった者をも念頭に置いた法形成の必要性を迫るもの」とし、考え方の方向性として次の二つを挙げている。すなわち、一つは、「消費者契約法を狭義の消費者に限定せず、相手方との関係で劣位にある事業者をも射程として有するルールに発展させる」方向性、もう一つは、「消費者契約法はあくまで狭義の消費者に限定され、劣位にある事業者をめぐる問題は民法が『受け止める』」方向性である。その上で、大澤教授は、「法的安定性の観点からは後者の方向性が望ましい。」とする。ただし、「そもそも事業者間契約…における当事者間の格差の性質が果たして消費者契約における当事者間の情報・交渉力の格差と同一のものと言えるのかという、根本的な課題の解決が必要」とし、「事業者間契約では取引の効率性が重視される点で消費者契約と異なるのではないか」という疑問が残されているという。

5. 小括

上記に紹介した学説のうち、非良心性法理との接続を示唆、あるいは想起させるものが少なくない。

たとえば、(1)の大村教授は、交渉力不均衡により着目した法理の必要性を説き、これにはオランダ法の状況の濫用の法理が参考になることを示唆する一方、民法90条の現代的な展開において、契約内容の不当性と契約の手續面、すなわち契約締結過程の不当性とを「総合判断」する法理として、アメリカの非良心性法理が参考になることを示唆している。そして、同教授の指摘する「一

括して条件を受け入れて契約するか、それとも契約をしないかという自由しかない」という消費者契約の特質は、アメリカ法でいうところの **take-it-or-leave-it** と同義と捉えられる。さらに、消費者契約の特色として、大村教授は、契約の目的物が生活必需品である場合等、契約交渉の可能性が事実上ない点、及び、市場に複数の競合商品がなく、契約の目的物の選択可能性が事実上ない点を挙げている。この点、「選択可能性」の欠如とは、手続的非良心性を表す **lack of meaningful choice** と同義と考えられる。さらに、「交渉の可能性」の欠如もまた、アメリカの判例において、市場で競争原理が機能していない場合に **lack of meaningful choice** であるといわれていることを想起させる⁴⁴⁸。このように、大村教授の定義する「交渉力」は、アメリカの非良心性の議論における、手続的非良心性との類似点が多い。

また、及川教授の主張も、「公正な契約」という場合の「公正」について、手続的公正と内容的公正に分かれ、手続的公正に深く関わるのが交渉力不均衡の問題であり、さらに、裁判所はこの問題を吟味した上で、内容的公正の吟味に移ることができるとの主張は、「手続的」という用語の採用もあいまって、アメリカの非良心性法理における手続的・実体的非良心性と重ねて考えることができる。

さらに、執行教授も、契約の公正さについて、契約の「手続的公正」すなわち契約締結過程の公正さ、及び、契約の「実質的公正」すなわち契約内容そのものの公正さに分け、この二つの公正さがどのような関係にあるべきかを論じ、その結果、この二つは「相関関係によって」考慮されることを示唆している。これは、用語の類似性から見ても、アメリカの非良心性法理の解釈における、「手続的非良心性」及び「実体的非良心性」の区別に通じる上、上記の「相関関係」は、非良心性法理におけるバランスング・アプローチにも通じる考え方といえるだろう⁴⁴⁹。

角田教授による研究では、ドイツ法における「構造的な交渉力の不平等」テーゼの存在と、我が国の消費者契約法 1 条の「情報・交渉力の格差テーゼ」とを区別した上で、この二つの関連性を指摘している点が注目される。この二つのテーゼは、特に、本稿との関係では、本稿 VIII において、アメリカにおける **bargaining power** を「広義の交渉力」または「構造的な交渉力」と捉えた点と共通するように思われる。

イギリスにおける交渉力不均衡法理は、アメリカの非良心性の記述において、

教科書レベルで必ず言及されるものである。笠井教授によって我が国に紹介され、及川教授により、アメリカ法もあわせて参照することで、さらに発展させた。

また、我が国の交渉力の議論として、近年、消費者対事業者という契約類型において行われる契約の規制の根拠が交渉力の格差・不均衡にあるとした上で、これを事業者同士の契約における契約規制の理論として採用できないかという視点が示されていることが注目される。この点について詳細に論じたのが執行教授であり、また、大澤教授の論考から、より最近の消費者契約法の改正の議論でも同様の議論がなされていることが指摘されている。

VIII. 考察と結論

1. “Bargaining power” の多義性と定義づけ

(1) “Bargaining power” の多義性

これまで述べてきたように、非良心性法理は、ある契約（条項）の内容について、裁判所が非良心的であると認める場合に、これを無効とするという、契約内容を規制する法理である。しかし、アメリカの判例・学説は、非良心性を手続的・実体的という二種類に分けた上で、同法理の適用には、契約内容そのものに関する非良心性（実体的非良心性）のみならず、契約締結過程に関する非良心性（手続的非良心性）が必要であると解している。

さらに、手続的・実体的非良心性を考慮する際に用いられるbalancing・アプローチは、2種類の非良心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よう。それでは、この手続的非良心性とは何なのか。この点、判例・学説上、手続的非良心性とは、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、非良心性法理は、その中に *inequality of bargaining power* を内包する契約内容規制法理であると評価することができる。

すでに指摘した通り、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。

(2) “Bargaining power” の定義づけ

① 「狭義の交渉力」と「広義の交渉力」

上記について、仮に次のように整理できよう。

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越して、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、消費者と事業者との間には、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、自己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。

② 「広義の交渉力」としての **Bargaining power**

アメリカにおける **bargaining power** という語については、当事者が実際に行う行為としての **negotiate** の能力を指す場合と、条項を読んだかどうか、あるいは条項を読む可能性や機会があったかどうか、取引の経験の有無や度合い等、社会構造から生じる当事者の地位の格差・力関係の不均衡から派生するあらゆる要素を包摂していると思われる場合とが、混在しているように見受けられる。

しかしながら、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** の「著しい (**gross, overwhelming**) 」不均衡が、具体的にどのような状態を指すのか、判例・学説は明言していないものの、**bargaining power** と同義として、単なる「力」(**power**) や、「取引上の地位」(**bargaining position**) の格差・不均衡という言葉があ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」の特性

本稿の VI. でみた通り、アメリカの一部の学説によれば、アメリカの裁判所がその判断において何らかの法概念として **bargaining power** に言及したのは、歴史的には、労使関係の事案が最初であり、その後、契約事案、特に、非良心性の適用において言及されるようになったと考えられる。そして、**inequality of bargaining power** という言葉が、手続的非良心性の主要要素として言及され、その際、多くの判例・学説は、当事者において「著しい」(**gross**) または「圧倒的な」(**overwhelming**) 「交渉力」(**bargaining power**) もしくは単純な「力」(**power**) の「格差・不均衡」(**disparity, inequality**) が存在する場合には、そのことが、司法による契約への事後的な介入の正当化根拠となりうるというルール・原理と理解されてきた。イギリスと異なり、アメリカでは、これを交渉力不均衡の「法理」と明確に称することはなかったものの、上述のような考え方が存在することは多くの判例・学説が指摘している。

さらに、**inequality of bargaining power** では、「著しい」または「圧倒的な」格差・不均衡であることが必要であり、また、**bargaining power** という言葉は、本来、契約締結に向けた実際の行為としての **negotiate** (ネゴシエーション) のみならず、**power** (力) , **position** (地位・立場) 等、契約当事者間の抽象的・一般的な「力関係」そのものの意味も有している。そして、このような意味での **bargaining power** は、広義の交渉力と呼ぶことができ、**inequality of bargaining power** とは、広義の交渉力の格差・不均衡を意味することは、すでに指摘した。

ここで留意すべきことは、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関係性を前提としているという点である。

どのような関係において、著しい・圧倒的な力の格差があると考えらるかにについては、各時代及び社会によって異なり、変化するであろう。たとえば、産業革命を経て自由主義経済・資本主義経済が勃興し、巨大な資本を有する資本家や企業と、そこで雇用され使役される労働者という社会的な階層や構造が生じると、雇用者と労働者との間には著しい力の差が生じた。アメリカではこれを **inequality of bargaining power** と捉え、契約自由の制限の根拠と考えられていたことは、既に述べたとおりである。さらに時代が下ると、大量生産・大量消費という社会構造により、製品やサービスを生み出す企業と、それを消費する消費者との間にも、著しい力の差が生じた。現在、アメリカでは、これを、主に非良心性法理の適用において、手続的非良心性を通して **inequality of bargaining**

power として捉えている。

このように、広義の交渉力の格差・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。そのほかにも、たとえば、移民国家であるアメリカでは、契約書の文言で使用される英語の理解力・運用能力に困難を抱える移民と、ネイティブレベルで英語を理解・運用できる者との間にも圧倒的な力の格差を認めることが可能である。あるいは、ジェンダー法学の視点から、男性対女性という類型を見いだすことも可能である。我が国でも一部で議論されているように、事業者同士でも、大企業対中小企業という関係には、圧倒的な力の格差を認めうる。

上述のように、社会構造から生じる著しい力の差が認められる当事者が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、見落してしまう可能性がある。

④ 「文脈的な」交渉力

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について、上述のように、ステレオタイプであるとの批判を行なった上で、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、交渉力あるいは当事者間の力関係 (power) に、「ダイナミック (dynamic)」な機能、「文脈 (contextual)」的な機能があることを認めた上で、裁判所は、個別の事案において、これを具体的に評価することが必要であると考えれば、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。

(3) 小括

以上により、bargaining power, または交渉力については、次のように指摘できるのではないだろうか。まず、bargaining power には、広義の交渉力と狭義の交渉力とがある。前者は、当事者が実際に行った行為としての negotiate する能力という意味を超えて、当該取引における当事者間の力関係そのものを意味する。そして、これは、社会構造的に当該当事者間に元来存する力関係であり、この力関係の格差・不均衡が著しい場合には、そのことが、契約への司法による介入を正当化しうるという考え方、すなわち inequality of bargaining power を導き出すことができる。

さらに、上記のように考えれば、広義の交渉力の不均衡は、「構造的な交渉力の不均衡」ということもできる。構造的な交渉力不均衡は、そのような不均衡が生じやすい当事者間の関係性を類型化し、この類型に特化して法的な保護を与えることに適している。しかし、この類型化は、固定化が進むと、「ステレオタイプ」化するおそれもある。

そこで、アメリカの一部の学説は、bargaining power の文脈的な評価を提唱する。仮にこれを「文脈的な交渉力」と呼ぶとすると、文脈的な交渉力は、時代の変遷・社会状況の変化に応じて個別具体的事案における様々な事情を勘案するのに適している。その結果、実際には社会構造に由来する力の格差が生じやすい新たな類型を発見したり、これらの類型にとらわれない個別具体的な妥当な解決方法を見出したりすることが可能となる。

なお、文脈的な交渉力は、上述の広義・狭義の交渉力のうち、後者と重なるようにも思われる。この点、狭義の交渉力は、当事者の行為としてのネゴシエート (negotiate) に着目した表現であるのに対して、文脈的な交渉力は、ネゴシエートの側面に限られず、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、当該契約をめぐるあらゆる状況・事情を包摂した「取引上の力」(bargaining power) のことである。

2. 我が国への示唆

最後に、本稿で得られた知見について、我が国の法に示唆を与えうるかどうかについて、若干の考察を行いたい。

(1) 非良心性と民法 90 条

我が国では、アメリカの非良心性法理について、民法 90 条、特に暴利行為論や、暴利行為論を現代化させた、消費者保護のための消費者契約規制の法理と関連づけて紹介されてきた⁴⁵⁰。

日本の暴利行為論は、ドイツ民法典のそれと親近的な位置にあるとされ、これは、ローマ法における *laesio enormis* (ラエシオ・エノルミス、莫大損害と訳される。) に起源を有するとされている⁴⁵¹。この点、非良心性もまた、学説上、ローマ法の *laesio enormis* に起源を有すると考えられていることは、既に、本稿の II-1(1) ①において指摘した通りである。

このように、我が国の暴利行為論と、非良心性法理は、同一の法理に起源を有していることから、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、学説継受されたドイツにおける暴利行為論が、大審院によって承認され、(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⁴⁵²。

そして、この命題については、(ii) の要件において客観的な給付の不均衡という契約内容が問題にされるだけでなく、(i) の要件において契約締結過程における一方当事者の働きかけや、相手方の弱い地位が問題にされる点に特色があるとされている⁴⁵³。

このような暴利行為論は、1960年頃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が、これらの問題が特別法によって手当てされるにつれ、一時裁判例が減少した。

その後、暴利行為論は、1970年頃から消費者契約の領域に目立って用いられるようになり、それにつれて、暴利行為の(i)の要件（「主観的要件」とされる。）は拡張される傾向があるという。たとえば、先物取引に関する最判昭和61年5月29日裁判集民148号1頁では、上記(i)の要件は「著しく不公正な方法によって行われた」ことにまで緩和されている。また、下級審においては、一方当事者が他方当事者に対して「優越的地位」にあることでこの要件は満たされているとするものも登場している。他方で、暴利行為の(ii)の要件（「客観的要件」とされる。）は、「消費者契約の規制のために議論を広く活用する上での制約となっている」とも指摘されている⁴⁵⁴。

暴利行為論における上記の(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政を主観的要件（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と指摘されている⁴⁵⁵。

この点、我が国では、契約内容規制に関し、伝統的に「取引内在的悪性については、契約における意思の不完全性のみをもっぱら意思表示制度において問題とし、契約内容の不当性は例外的に公序良俗の問題とした」こと、「古典私法には、契約締結過程に関する瑕疵という観点」と「契約締結の結果であるその内容の悪性という観点」とを「峻別」して取り扱うという特色があることが指摘されている⁴⁵⁶。

しかしながら、このような、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、本稿 VII-2 (1) でみた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た⁴⁵⁷。

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⁴⁵⁸を、公序良俗論が先取りしていた一例と見て、暴利行為論における先述の(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。すなわち、契約当事者間の交渉力の不均衡を問題とし、不均衡の原因に関わる要件として(i) の要件を捉え、不均衡の結果に関わるものとして(ii) の要件を捉えた上で、さらに (i) の要件を一方当事者の「優越的地位」へと緩和することを主張している⁴⁵⁹。

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balancing・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・悪政を扱う実体的非良心性という2種類の非良心性は、balancing・アプローチという相関関係で考慮される⁴⁶⁰。

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、「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⁴⁶¹、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⁴⁶²。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」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。

この問題を検討するには、「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成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁では、当該条項が「信義則に反して消費者の利益を一方向的に害するものであるか否かは、消費者契約法の趣旨、目的（同法 1 条参照）に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質および量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考慮して判断されるべきである」とした。その上で、更新料の支払いには経済的合理性がないとは言えないこと、一定の地域において、期間満了の際に借借人が貸貸人に対して更新料の支払いをする例が少なからず存することは公知であること、および、従前、裁判上の和解手続等において更新料条項は公序良俗に反するとの判断がなされていないことから、「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、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場合に、借借人と貸貸人との間に、更新料条項に関する情報の質および量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存することもでき」ず、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間などに照らし高額にすぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法 10 条、ひいては信義則（民法第 1 条第 2 項）に反するものではない、と判示した⁴⁶³。

本判決が、上記 (i)～(iii) のいずれの立場といえるのかを考えると、本判決は、「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

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。

(3) 今後の課題

以上を踏まえ、今後の課題としては、本稿におけるアメリカ法の非良心性及び *inequality of bargaining power* の分析による知見を参照しながら、上記 2. で行ったような判例の検討を、より多くの判例・裁判例について行い、我が国の判例法上、「交渉力」がどのように位置付けられているかを明らかにしたい。その際、消費者契約法が、契約当事者の「交渉力」と並べて「情報」の量・質の格差についても考慮に入れるべきことを規定していることから、我が国の判例・裁判例における「交渉力」の位置付けを検討する際には、いかなる事情を「交渉力」に関わるものとみるかについて、「情報」の量・質の格差の問題との峻別も含め、留意しなければならないであろう。その上で、我が国でのあるべき契約規制の方法を模索したいと考える⁴⁶⁴。

以上

参考文献一覽

I. 参考文献 (英文)

A

- Adams, John N., *Unconscionability and the Standard Form Contract*, in WELFARISM IN CONTRACT LAW 230 (Roger Brownsword et al. eds., 1994)
- Adler, Robert S., & Silverstein, Elliot M., *When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations*, 5 HARV. NEGOT. L. REV. 1
- Angelo, A.H., & Ellinger, E.P., *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 455 (1992)
- Arnow-Richman, Rachel, *Cubewrap Contracts and Worker Mobility: The Dilution of Employee Bargaining Power via Standard Form Noncompetes*, 2006 MICH. ST. L. REV. 963 (2006)
- ATIYAH, P.S., THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 147 (1979)

B

- Bar-Gill, Oren, *Making Credit Safer*, 157 U. PA. L. REV. 1 (2008)
- Bar-Gill, Oren, *Seduction by Plastic*, 98 NW. U. L. REV. 1373 (2004)
- Barnhizer, Daniel D., *Bargaining Power in the Shadow of the Law: Commentary to Professors Wright and Engen, Professor Birke, and Josh Bowers*, 91 MARQ. L. REV. 123 (2007)
- Barnhizer, Daniel D., *Chap. 6 Bargaining Power as Contract Theory*, LARRY A. DIMATTEO, LARRY, ET AL., VISIONS OF CONTRACT THEORY 133 (2007)
- Barnhizer, Daniel D., Foreword: *Power, Inequality and The Bargain: The Role of Bargaining Power In The Law Of Contract-Symposium Introduction*, 2006 MICH. ST. L. REV. 841 (2006)
- Barnhizer, Daniel D., *Inequality of Bargaining Power*, 76 U. Colo. L. Rev. 139. (2005)
- Barnhizer, Daniel, *Contracts in Context: Identity, Power, and Contractual Justice*,

45 WAKE FOREST L. REV. 607

Barry R. Ostrager & David W. Ichel, *Role of Bargaining Power Evidence in the Construction of the Business Insurance Policy: An Update*, 18 FORUM 577 (1983)

Ben-Shahar, Omri, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 396 (2009)

Ben-Shahar, Omri, *Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 Colum. L. Rev. 396 (2009)

Bevars Dpre Mabry, *The Pure Theory of Bargaining*, 18 INDUS. & LAB. REL. REV. 479 (1965)

BISHOP CARTER, & BARNHIZER, DANIEL, *CONTRACTS: CASES AND THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* 519 (American Casebook Series, 2nd ed.)

Bix, Brian, *Epstein, Craswell, Economics, Unconscionability, and Morality*, 19 QLR 715 (2000)

Braucher, Jean, *Unfair Terms in Comparative Perspective Software Contract*, in *Commercial Contract Law* (Larry A. DiMatteo et al. eds., 2013).

Braucher, *The Unconscionable Contract or Term*, 31 U.Pitt.L.Rev. 337 (1970)

Bridgeman, Curtis, *Misrepresented Intent in the Context of Unequal Bargaining Power*, 2006 MICH. ST. L. REV. 993 (2006)

Broome, Stephen A., *An Unconscionable Application of The Unconscionability Doctrine: How the California Courts Are Circumventing the Federal Arbitration Act*, 3 HASTINGS BUS. L.J. 39 (2006)

Brown, Evelyn L., *The Uncertainty of U. C. C. Section 2-302: Why Unconscionability Has Become a Relic*, 105 COM. L. J. 287 (2000)

Bruhl, Aaron-Andrew P., *The Unconscionability Game: Strategic Judging and The Evolution of Federal Arbitration Law*, 83 N.Y.U. L. REV. 1420 (2008)

C

Calleros, Charles R., *U.S. Unconscionability and Article 1171 of the New French Civil Code: Achieving Balance in Statutory Regulation and Judicial Intervention*, 45 GA. J. INT'L & COMP. L. 259 (2017)

CHAMBERLAIN, NEIL W., *A GENERAL THEORY OF ECONOMIC PROCESS* 81 (1955).

CHAMBERLAIN, NEIL W., *COLLECTIVE BARGAINING* (McGraw-Hill, 1st ed., 1951)

Cheng, Pao Lun, *Wage Negotiation and Bargaining Power*, 21 INDUS. & LAB. REL.

REV. 163 (1968).

Comment, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151, at 1153-57 (1976)

Cornell, Nicolas, *A Complainant-Oriented Approach to Unconscionability and Contract law*, 164 U. Pa. L. Rev. 1131 (2016).

Craswell, Richard, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 U. Chi. L. Rev. 1, 66 (1993).

D

Dalzell, John, *Duress by Economic Pressure*, 20 N.C. L. REV. 237 (1941)

Dau-Schmidt, Kenneth G., & Ellis, Benjamin C., *The Relative Bargaining Power of Employers and Unions in the Global Information Age*, 20 IND. INT'L & COMP. L. REV. 1 (2010)

Dawson, John P., *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, 12 TUL. L. REV. 345 (1937)

DiMatteo, Larry A., & Morant, Blake D., *Contract in Context and Contract as Context*, 45 WAKE FOREST L. REV. 549 (2010)

DiMatteo, Larry A., & Rich, Bruce Louis, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law In Action*, 33 Fla. St. U. L. Rev. 1067 (2006)

DiMatteo, Larry A., *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 MICH. ST. L. REV. 883 (2006)

DiMatteo, Larry A., *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law*, 60 U. PITT. L. REV. 839 (1999)

DI MATTEO, LARRY A., et al., *COMMERCIAL CONTRACT LAW* 310 (Cambridge University Press, 2013)

E

Eddy, *On the "Essential" Purposes of Limited Remedies: The Metaphysics of U.C.C. Section 2-719 (2)* 65 Cal.L.Rev. 28 (1977)

Ehrenzweig, *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws*, 53 COLUM.L.REV. 1072 (1953)

Eisenberg, Melvin Aron, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 Harv. L. Rev. 741

(1982)

Ellinghaus, *In Defense of Unconscionability* 78 YALE L.J. 757 (1969)

Epstein, Richard A., *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J.L. & ECON. 293, 301 (1975)

Epstein, Richard, *The Assault that Failed: The Progressive Critique of Laissez Faire* 97 MICH. L. REV. 1697 (1999)

Evan, William M., *Power, Bargaining and Law: A Preliminary Analysis of Labor Arbitration Cases*, 7 SOC. PROBS. 4 (1959)

F

FARNSWORTH, E. ALLAN, FARNSWORTH ON CONTRACTS (3rd ed., 2004)

G

Gordley, James, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587 (1981)

Green, Michael Z., *Opposing Excessive Use of Employer Bargaining Power in Mandatory Arbitration Agreements through Collective Employee Actions*, 10 TEX. WESLEYAN L. REV. 77, 78-79 (2003).

H

Haberthur, Linda J., *Petroleum Marketing Practices Act: Equalizing the Bargaining Power in the Franchise Relationship*, 25 S.D. L. REV. 69 (1980)

Harding, Margaret M., *Cause and Effect of the Eligibility Rule in Securities Arbitration: The Further Aggravation of Unequal Bargaining Power*, 46 DEPAUL L. REV. 109 (1996)

Harding, Margaret M., *The Clash Between Federal and State Arbitration Law and the Appropriateness of Arbitration as a Dispute Resolution Process*, 77 NEB. L. REV. 401 (1998)

Harrison, Jeffrey L., *Quality of Consent and Distributive Fairness: A Comparative Perspective*, in *Comparative Contract Law: British and American Perspective* (Larry A DiMatteo & Martin Hogg eds., 2016)

Hillman, Robert A., *Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 CORNELL L. REV. 1 (1981)

HILLMAN, ROBERT A., THE RICHNESS OF CONTRACT LAW: AN ANALYSIS AND

CRITIQUE OF CONTEMPORARY THEORIES OF CONTRACT LAW 131 (Francisco Laporta et al. eds., 1997)

Hogg, James F., *Consumer Beware: The Varied Application of Unconscionability Doctrine to Exculpation and Indemnification Clauses in Michigan, Minnesota, and Washington*, 2006 MICH. ST. L. REV. 1011 (2006)

Hyder, Alexander C., *Consumer Arbitration Agreements and Collective Action Waivers: Why the Supreme Court's Defense of Arbitration Has Gone Too Far*, 16 DUQ. BUS. L.J. 111 (2013)

K

Kamp, Allan R., *Uptown Act: History of the Uniform Commercial Code: 1940-49*, 51 SMU L. REV. 275 (1998)

Katz, Avery, *Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts*, 21 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 518 (1990)

KAUFMAN, BRUCE E., & HOTCHKISS, JULIE L., THE ECONOMICS OF LABOR MARKETS (7TH ED. 2005)

Keeton, Robert E., *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, 83 HARV. L. REV. 961 (1970)

Kennedy, Duncan, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982)

KENNY, MEL, et al., UNCONSCIONABILITY IN EUROPEAN PRIVATE FINANCIAL TRANSACTIONS, CAMBRIDGE (2010).

Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629 (1943)

KLASS, GREGORY, CONTRACT LAW IN THE UNITED STATES, 121 (2nd ed., 2012)

KNAPP, CHARLES L., & CRYSTAL, NATHAN M., PROBLEMS IN CONTRACT LAW 660 (1993)

Knapp, Charles L., *13. Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First-Century Survey*, LARRY A. DIMATTEO et al., COMMERCIAL CONTRACT LAW, Cambridge University Press 309 (2013)

Knapp, Charles L., *Blowing the Whistle on Mandatory Arbitration: Unconscionability as A Signaling Device*, 46 SAN DIEGO L. REV. 609, at 619-26

(2009)

Kornhauser, Lewis A., *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151 (1976)

Korobkin, Russell, *Bargaining Power as Threat of Impasse*, 87 MARQ. L. REV. 867 (2004)

Korobkin, Russell, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003)

L

Leap, Terry L., & Grigsby, David W., *A Conceptualization of Collective Bargaining Power*, 39 INDUS. & LAB. REL. REV. 202 (1986)

Leff, Arthur Allen, *Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967)

Llewellyn, *What Price Contract – An Essay in Perspective* 40 Yale L. J. 704 (1931)

Lonegrass, Melissa T., *Finding Room for Fairness in Formalism—The Sliding Scale Approach to Unconscionability*, 44 Loy. Chi. L.J. 1 (2012)

M

Mallor, Jane P., *Unconscionability in Contracts between Merchants*, 40 Sw. L. J. 1065 (1986)

McCulough, Colleen, *Unconscionability as A Coherent Legal Concept*, 164 U. Pa. L. Rev. 779 (2016)

McGovern, Jr., William M., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power, and the Availability of Credit: An Historical Perspective*, 74 NW. U. L. REV. 141 (1979)

Meadows, Robyn L., *Unconscionability As A Contract Policing Device For The Elder Client: How Useful Is It?*, 38 AKRON L. REV. 741 (2005)

Mehren, Arthur Taylor von, *The French Doctrine of Lesion in the Sale of Immovable Property*, 49 TUL. L. REV. 320 (1975)

Morant, Blake D., *The Quest for Bargains in an Age of Contractual Formalism: Strategic Initiatives for Small Businesses*, 7 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 233 (2003)

Morant, Blake D., *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural unconscionability and the Importance of Context*, 2006 Mich. St. L. Rev. 925 (2006)

MURRAY, JR., EDWARD, MURRAY ON CONTRACT (3d ed. 1990)

Murray, *Unconscionability: Unconscionability* 31 U. PITT. L. REV. 1 (1969)

N

Navarro, Peter, *Union Bargaining Power in the Coal Industry*, 36 INDUS. & LAB. REL. REV. 214 (1983)

Note, *Bargaining Power and Unconscionability: A Suggested Approach to U.C.C. Section 2-302*, 114 U. Pa. L. Rev. 998 (1966)

Note, *Discrimination by Labor Union in the Exercise of Statutory Bargaining Powers*, 58 HARV. L. REV. 448 (1945)

Note, *Employee Bargaining Power under the Norris-Laguardia Act: the Independent Contractor Problem*, 67 YALE L. J. 98 (1957)

Note, *The Significance of Comparative Bargaining Power in the Law of Exculpation*, 37 COLUM. L. REV. 248 (1937)

P

PERILLO, JOSEPH M., CONTRACTS (7th ed. 2014).

PERILLO, JOSEPH M., CORBIN ON CONTRACTS (rev. ed. 2002)

Phillips, John, *Protecting Those in a Disadvantageous Negotiating Position: Unconscionable Bargains as a Unifying Doctrine*, 45 WAKE FOREST L. REV. 837 (2010)

Phillips, *Unconscionability and Article 2 Implied Warranty Disclaimers*, 62 CHI. KENT L. REV. 199 (1986)

Posner, Eric A., *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract*, 24 J. LEGAL STUD. 283 (1995)

POSNER, RICHARD A., Duress, *Bargaining Power, and Unconscionability*, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (5th ed. 1998)

POSNER, RICHARD, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (3d ed. 1986).

Prince, Harry G., *Unconscionability in California: A need for Restraint and Consistency*, 46 HASTINGS L.J. 459 (1995)

R

Randall, Susan, *Judicial Attitudes about Arbitration and the Resurgence of Unconscionability*, 52 BUFF. L. REV. 185 (2004)

Redmann, Glenda M., *Abuse of Rights: An Overview of the Historical Evolution and Current Application in Louisiana Contracts*, 32 LOY. L. REV. 946 (1987)

Robert Childres & Stephen J. Spitz, *Status in the Law of Contract*, 47 N.Y.U. L. REV. 1 (1972)

Rosher, Peter, *French Contract Law Reform*, 17 BUS. L. INT'L 59 (2016)

S

Schmitz, Amy J., *Embracing Unconscionability's Safety Net Function*, 58 ALA. L. REV. 73 (2006)

Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L., *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 630 (1979)

Schwartz, Alan, *Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process*, 49 IND. L.J. 367 (1974)

Schwartz, Allan, *A Reexamination of Non Substantive Unconscionability*, 63 VA. L. REV. 1053 (1977)

Schwartz, David S., *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration* 1997 WISCONSIN L. REV. 33 (1997)

Slawson, W. David, *Contractual Discretionary Power: A Law to Prevent Deceptive Contracting by Standard Form*, 2006 MICH. ST. L. REV. 853 (2006)

Slawson, W. David, *Standard Form Contracts and Democratic Control of the Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529 (1971)

Slawson, W. David, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms*, 46 U. PITT. L. REV. 21 (1984)

Slawson, W., *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529 (1971).

Spanogle, John A., *Analyzing Unconscionability Problems*, 117 PA. L. REV. 931 (1969)

Stempel, Jeffrey W., *Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism*, 19 OHIO STATE J. ON DISPUTE RESOLUTION 757 (2004)

Stempel, Jeffrey W., Bootstrapping and Slouching toward Gomorrah: Arbitral Infatuation and the Decline of Consent, 62 Brooklyn L. Rev. 1335 (1996)

Sternlight, Jean R., *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration*, 74 WASH. U. L. Q. 637 (1996)

Stone, Harlan F., *Book Review*, 12 COLUM. L. REV. 757 (1912)

Swanson, Carol B., Unconscionable Quandary: UCC Article 2 And The Unconscionability Doctrine, 31 N. M. L. Rev. 359 (2001)

Speidel, Richard E., *Unconscionability, Assent and Consumer Protection*, 31 U. PTT. L. REV. 359 (1970)

T

Teeven, Kevin M., Decline of Freedom of Contract Since the Emergence of the Modern Business Corporation, 37 ST. Louis U. L.J. 117 (1992)

W

W. DAVID SLAWSON, BINDING PROMISES (1996)

WHITE, JAMES J., & SUMMERS, ROBERT S., UNIFORM COMMERCIAL CODE (6th ed. 2010)

Williston, Samuel, Williston on Contracts (4th ed.)

Winn & Webber, *The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on U. S. Business to Consumer Internet Merchants*, 62 Bus. L. 209 (2006)

Zimarowski, James B., *The Viability of the Collective Bargaining Process: Corporate Transformations as Unchanneled Bargaining Power*, 3 HOFSTRA LAB. L. J. 137 (1986)

II. 参考判例 (英文)

A

A & M Produce Co. v. FMC Corp., 135 Cal.App.3d 473 (1982)

A Shroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay, [1974] 1 W.L.R. 1308.

AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S. Ct. 1740 (2011)

Adair v. United States, 208 U.S. 161, 175 (1908)

Adams v. Egley, 338 F. Supp. 614 (S.D. Cal. 1972)
Adams v. Southern Cal. First Nat'l Bank, 42 U.S.L.W. 2231 (9th Cir. Oct. 4, 1973)
American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013)
American Home Improvement v. MacIver, 105 N. H. 435, 201 A. 2d 886, 2 U.C.C. 235 (1964)
American Home Improvement, Inc. v. MacIver, 201 A.2d 886 (N.H. 1964)
Anderson v. Country Life Insurance Co., 886 P.2d 1381 (Ariz. Ct. App. 1994)
Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc., 6 P.3d 669, 24 Cal.4th 83 (2000)
Arriaga v. Cross Country Bank, 163 F. Supp. 2d 1189 (S.D. Cal. 2001)

B

Bank of Indiana, Nat. Ass'n v. Holyfield, 476 F. Supp. 104, 27 UCC Rep. Serv. 635 (1979)
Barco Auto Leasing Corp. v. PSI Cosmetics, Inc., 125 Misc. 2d 68, 478 N.Y.S.2d 505, 39 UCC 840 (1984)
Broadway v. Household Fin. Corp. of Huntsville, 351 So. 2d 1373 (Ala. Civ. App. 1977)
Brower v. Gateway 2000. Inc., 676 N. Y. S. 2d 569 (A. D. 1 Dept. 1998)

C

C & J Fertilizer, Inc. v. Allied Mutual Insurance Co., 227 N.W.2d 169 (Iowa 1975)
C.I.R. v. Banks, 543 U.S. 426, 125 S. Ct. 826, 160 L.Ed.2d 859 (2005)
California Grocers Assn. v. bank of America, 22 Cal.App.4th 205, 27 Cal.Rptr.2d 396
Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F. 2d 80 (3d Cir. 1948)
Carboni v. Arrospide (1991) 2 Cal.App.4th 76 [2 Cal.Rptr.2d 845]
Chatlos Sys., Inc. v. National Cash Register Corp., 635 F.2d 1081, 1085 (3d Cir.1980)
Checking Account Overdraft Litigation, 694 F. Supp. 2d 1302 (S.D. Fla.2010)
Checking Account Overdraft Litigation, 830 F.Supp.2d 1330 (S.D. Fla. 2011)
Citibank v. DeCristoforo, 28 Mass. L. Rptr. 139 (Mass. Super. Ct., 2013)
Citibank v. DeCristoforo, 83 Mass.App.Ct. 1131 (Mass. App. Ct., 2013)
Cleveland v. O'Brien, 2010 WL 4703781 (D.N.J 2010)
Clifford avis Management Ltd. v. W. E. A. Records ltd., [1975] 1 W.L.R. 61.

Collins v. Click Camera & Video, Inc. (1993), 86 Ohio App.3d 826, 621 N.E.2d 1294.
Cross v. Carnes 132 Ohio App.3d 157, 170, 724 N.E.2d 828 (1998)

D

Davis v. M.L.G. Corp., 712 P. 2d 985, 991 (Colo. 1986)
DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015)
DJ Coleman, Inc., v. Nufarm Americas, Inc., 693 F. Supp.2d 1055 (D.N. Dak. 2010).
Daley v. People's Building, Loan & Savings Ass'n, 178 Mass. 13, 59 N.E. 452, 453
(1901)
Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court, 211 Cal. App. 3d 758, 259 Cal. Rptr.
789 (Ct. App. 1989)
Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court, 211 Cal. App. 3d 758, 259 Cal. Rptr.
789 (Ct. App. 1989)
Discover Bank v. Superior Court, 36 Cal.4th 148 (2005)
District of Columbia v. Harlan & Hollingsworth Co., 30 App.D.C. 270 (1908)
Dubey v. Public Storage, 918 NE 2d 265 (Ill. App. 2009)

E

Earl of Chesterfield v. Janssen, 2ves. Sen. 125, 28 Eng. Rep. 100 (1750)
Eyre v. Potter, 56 U.S. (60 How.) 42 (1853)

F

Ferguson v. Countrywide Credit Indus., 298 F.3d 778 (9th Cir. 2002)
Ferguson v. Lakeland Mut. Ins. Co., 596 A.2d 883 (Pa. Super. Ct. 1991)
First Fin. Ins. Co. v. Purolator Sec., Inc., 388 N.E.2d 17.
Fleischmann Distilling Corp. v. Distillers Co. Ltd. (S.D.N.Y.1975) 395 F.Supp. 221.
Fortune Limousine v. Nextel, 35 A.D. 3d 350, 826 N.Y.S.2d 392 (2006)
Frostifresh Corporation v. Reynoso, 274 N.Y.S.2d 757 (1966)
Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972)
Funding Sys. Leasing Corp. v. King Louie Int'l, Inc., 597 S.W.2d 624, (Mo.App.1979)

G

Geldermann & Co. v. Lane Processing, Inc., 527 F.2d 571 (8th Cir. 1975)

Gillman v. Chase Manhattan Bank, N.A., 73 N.Y.2d 1, 534 N.E.2d 824 (1988)
Gonzalez v. A-1 Self Storage, Inc., 795 A.2d 885 (N.J. Super. Ct. 2000)
Greer v. Tweed, 1872 WL 9474 (N.Y. Com. Pl. 1872)
Griffith v. Buckle, 23 Eng. Rep. 620 (1686)

H

HSBC Bank USA v. Benevides 2011 WL 262431 (Conn. Super. Ct.)
Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, 75 A.L.R.2d 1 (1960)
Hepburn v. Dunlay & Co., 14 U.S. (197 Wheat) 179 (1816)
Heyde Cos. v. Dove Healthcare, LLC, 654 N.W.2d 830, (Wis. 2002)
Hill v. Gateway 2000, Inc. 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997)
Hume v. United States, 132 U. S. 406 (1889)
Hurst v. Enterprise Title Agency, Inc., 157 Ohio App.3d 133, 809 N.E.2d 689 (2002)
Hydraform Prod. Corp. v. Am Steel & Aluminum Corp., 498 A.2d 339 (N.H. 1985)

I

Ilkhchooyi v. Robert T. Best, 45 Cal. Rptr. 2d 766 (Cal. Ct. App. 1995)
In re Emery-Watson, 412 BR 670 (D.Del. 2009)
Indianapolis Morris Plan Corporation v. Sparks, 132 Ind.App. 145, 172 N.E.2d 899 (1961)

J

Jaeger v. O'Donoghue, 57 App.D.C. 191, 18 F.2d 1013 (1927)
Johnson v. Mobil Oil, 415 F.Supp. 264, 20 UCC 637 (E.D.Mich.1976)
Johnson v. The Cash Store, 68 P.3d 1099 (Wash Ct. App. 2003)
Jones v. Star Credit Corp., 59 Misc. 2d 189, 298 N.Y.S.2d 264 (Sup. Ct. 1969)

K

Kohlenberger, Inc. v. Tyson's Foods, Inc., 256 Ark. 584, 510 S.W.2d 555, 14 UCC 1281 (1974)
Kugler v. Romain, 279 A.2d 640 (N.J. 1971)

L

Larscheid v. Hashek Mfg. Co., 142 Wis. 172, 125 N.W. 442 (1910)
Levison and Another v. Patent Steam Carpet Cleaning Co. Ltd., [1977] 3 W.L.R. 90;
[1978] Q.B. 69.
Lewis v. S.S. Baune, 534 F.2d 1115 (5th Cir.1976)
Lloyd'd Bank Ltd. v. Bundy, [1975] Q.B. 326.
Lochner v. New York, 198 U.S. 43 (1905)
Lozada v. Dale Baker Oldsmobile, Inc., 91 F. Supp. 2d 1087 (W.D. Mich. 2000)
Luing v. Peterson, 143 Minn. 6, 172 N.W. 692 (1919)

M

Madden v. Kaison Found. Hosps. 552 P.2d 1178, 1186 (Cal. 1976)
Marsh v. First USA Bank, N.A., 103 F. Supp. 2d 909, 920 (N.D. Tex. 2000)
Maxon Corp. v. Tyler Pipe Industries, Inc., 497 N.E.2d 570, 3 UCC2d 52
(Ind.App.1986)
Mitchell v. Ford Motor Credit, 68 F.Supp.2d 1315 (N.D.Ga.1998)
Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985)
Morehead v. People of State of New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587, 627, 56 S.Ct.
918, 930, 80 L.Ed. 1347, 1364 (1936)
Morris v. Capitol Furniture & Appliance Co., 280 A.2d 775 (D.C. 1971)
Moscatiello v. Pittsburgh Contractors Equipment Co., 407 Pa.Super. 363, 595 A.2d
1190, 16 UCC2d 71 (1991)
Mullan v. Quickie Aircraft Corp., 797 F. 2d 845 850 (10th Cir. 1986)
Mullis v. Speight Seed Farms, Inc., 234 Ga.App. 27, 505 S.E.2d 818 (1998)
Murphy v. McNamara, 416 A.2d 170 (Conn. 1979)
Muscioni v. Clemons Boat, 2005 WL 2008021 (Ohio App.)

N

New Prague Flouring Mill Co. v. Spears, 194 Iowa 417, 189 N.W. 815 (1922)

O

O'Donovan v. CashCall, Inc., 278 F.R.D. 479 (N.D. Cal.)
Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Indus. Comm'n of Ariz., 257 P. 644 (Ariz.)

1927)

Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Indus. Comm'n of Ariz., 257 P. 644 (Ariz.1927)

P

Payday Loan Store of Wisconsin, Inc. v. Mount, No. 2010AP2298, 2011 WL 2577365 (Wis. Ct. App. June 30, 2011)

Payday Loan Store of Wisconsin, Inc. v. Mount, 2012 WI 2, 338 Wis. 2d 325, 808 N.W.2d 717

Perry Homes v. Alwattari, 33 SW 3d 376 (Tex. Ct. App. 2000)

Piece v. Catalina yachts, Inc., 2 P.3d 618 (Alaska 2000)

Potts v. Potts, 303 SW 3d 177 (Mo. Ct. App. 2010)

R

R. R. v. Lockwood, 17 Wall. 357, 379, 380 (U. S. 1873)

Ray Farmers Union Elevator Co. v. Weyrauch, 238 N. W. 2d 47, 50 (N. D. 1975).

Repair Masters Construction, Inc., v. Gary, 277 SW 3d 854 (Mo. Ct. App. 2009)

Resource Management Co v. Weston Ranch, 706 P2d 1028 (Utah 1985)

Rite Color Chem. Co. v. Velvet Textile Co., 105 N.C. App. 14, 411 S.E. 2d 645, 18 UCC 2d 384 (1992)

S

Sante Fe, P. & P. Ry. v. Grant Bros. Construction Co., 228 U. S. 177 (1913)

Schnell v. Nell, 17 Ind. 29 (1861)

Schroeder v. Fageol Motors, Inc. 86 Wash.2d 256, 544 P.2d 20 (1975)

Sentco, Inc. v. McCulloh, 84 So.2d 498, 499 (Fla.1956)

Shell Oil Co. v. Marinello, 63 N.J. 402, 307 A.2d 598 (1973), cert. denied, 415 U.S. 920 (1974)

Siegelman v. Cunard White Star, 221 F.2d 189 (2 Cir.1955)

Sims v. Sims, 685 SE 2d 869 (Va. Ct. App. 2009)

Singleton v. Foreman, 435 F.2d 962 (5th Cir.1970)

Sitogum Holdings v. Ropes, 800 A. 2d 915 (N. J. Super. 2002)

Smith v. Westland Life Ins. Co., 539 P.2d 433 (Cal. 1975)

Snell v. Snell, 2010-Ohio-2245.

Sonic-Calabasas A, Inc. v. Moreno, 311 P.3d 184 (Cal. 2013)
Spectrum Networks, Inc., v. Plus Realty, Inc., 878 N.E.2d 1122 (Ohio Com. Pl. 2007)
Standard Venetian Blind Co. v. Am. Empire Ins. Co., 469 A.2d 563, 567 (Pa. 1983)
State ex rel. Vincent v. Schneider, 194 S.W.3d 853 (Mo. banc 2006)
Stirlen v. Supercuts, Inc., 51 Cal. App. 4th 1519, 60 Cal. Rptr. 2d 138 (Cal. App. 1997)
Stroklund v. Nabors Drilling USA, 722 F.Supp. 2d 1095 (D.N.D.2010)
Swayne v. Beebles Investment, Inc., 891 NE 2d 1216 (Ohio Ct. App. 2008)

T

Tacoma Boatbuilding, Inc. v. Delta Fishing Co., 1980 WL 98403, 28 U.C.C. 26, 37 n. 20 (W. D. Wash. 1980)
Thelemaque v. Fremont Investment & Loan, 2011 WL 2734490 (Mass. Super. Ct)
Tjart v. Smith Barney, Inc., 107 Wash.App. 885, 28 P.3d 823 (2001)
Toker v. Perl, 247 A.2d 701 (N.J. 1968)
Toker v. Westerman, 113 N. J. Super. 452, 274 A. 2d 78, 8 U.C.C. 798 (Dist. Ct. 1970)
Topeka Laundry Co. v. Court of Indus. Relations, 237 P. 1041 (Kan. 1925)
Twisleton v. Griffith, 24 Eng. Rep. 403 (1716)

U

United States v. Bethlehem Steel Corp., 315 U.S. 289, 62 S.Ct. 581, 86 L.Ed. 855 (1942)

V

Vom Lehn v. Astor Art Galleries, Ltd., 380 N.Y.S.2d 532 (1976)
Votto v. Am. Car Rental, Inc., No. CV010456354S, 2003 WL 21716003 (Conn. Super. Ct. June 16, 2003), aff'd, 273 Conn. 478, 871 A.2d 981 (2005)

W

W.L. May Co., Inc. v. Philco-Ford Corp., 273 Or. 701, 543 P.2d 283, 18 UCC 599.
Weaver v. American Oil Company, 257 Ind. 458, 276 N.E.2d 144 (1971)
Whitney v. Alltel Communications, Inc., 173 S.W.3d 300 (Mo.App.2005)
Williams v. Walker- Thomas Furniture Company, 198 A.2d 914 (1964)

Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445 (D.C. Cir. 1965)

Willie v. Southwestern Bell Telephone Co., 549 P.2d 903 (Kan. 1976)

Winterstein v. Wilcom, 293 A.2d 821 (Md. App.1972)

Wolf v. Ford, 644 A.2d 522 (Md. 1994)

III. 参考文献（和文）

あ

会沢恒「アメリカ契約法から見た消費者契約法」ジュリスト 1200号 135頁以下（2001）

家本真実「Szetela v. Discover Bank, 97 Cal. App. 4th 1094 (2002)-クラス・アクションを禁止する仲裁条項の非良心性」法と政治 54巻3号 560頁以下（2003）

家本真実「アメリカ契約法における非良心性法理：雇用契約にあらわれる仲裁条項を中心に」法と政治 52巻2/3号 645頁以下（2001）

石川優佳「非良心性の法理--Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. 350 F.2d 445, 18 A.L.R. 3d 1297 (D.C. Cir. 1965)」別冊ジュリスト 213『英米判例百選〔第4版〕』202頁以下（2012）

石川優佳「米国の非良心性法理の判断基準について：実体的非良心性をめぐる議論の現状」大阪学院大学法学研究 39巻2号 155頁以下（2013）

石田穰「法律行為の解釈方法（3・完）」法協 93巻2号 76頁以下（1976）

石原全「米国における約款の司法的規制—非良心性理論による是正」

内田耕作「消費者取引と優越的地位の濫用規制（1）～（3・完）」彦根論叢 346号1頁、347号21頁、349号1頁以下（2004）

内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000）

内田貴『民法I総則・物権総論〔第4版〕』（東京大学出版会、2008）

及川光明「英法における不当威圧の法理と暴利行為の公序良俗違反の認定について」亜細亜大学誌諸学紀要人文・社会・自然 (14)166頁以下（1965）

及川光明「イギリス契約法における非良心性に関する若干の動向—記録長官 Denning 卿の判決を中心として—」亜細亜法學 14 (1) 111頁以下（1979）

及川光明「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向—Scarman 卿の判決を中心として—」早稲田法学 (61 (3・4) 2) 171頁以下(1985)

及川光明「強迫の法理の史的考察—英米契約法の強迫理論の前提として—」比較法学 27 (1) 77頁以下（1993）

及川光明「交渉力の不均衡に関する一考察」比較法学 29 (1) 35頁以下（1995）

及川光明「不当威圧の法理における「公平無私の助言」について」法學新報 103 (11/12)
1 頁以下 (1997)

及川光明「交渉力の不均衡の法理」金沢法学 42 (2) 35 頁以下 (2000)

及川光明「消費者契約法における「交渉力の格差」とイギリス契約法における「交渉力の不均衡」」企業法研究 (15) 65 頁以下 (2003)

大澤彩『不当条項規制の構造と展開』(有斐閣、2010)

大澤彩「事業者間契約と消費者契約法 (特集 債権法改正後の消費者契約法)」法教 441 号 10 頁以下 (2017)

大澤彩「64 消費者契約である建物賃貸借契約における更新料条項の効力」中田裕康＝窪田充見編『民法判例百選〔第 7 版〕II』130 頁以下 (有斐閣、2015)

大村敦志『「非良心性法理」と契約正義』『星野古稀・日本民法学の形成と課題・上』(有斐閣、1996)

大村敦志『契約法から消費者法へ』(東京大学出版、1999)

大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995)

大村敦志『消費者法』(有斐閣、2011)

窪田充見編『民法判例百選〔第 7 版〕II』(有斐閣、2015)

沖野眞巳「第一章第一アメリカ合衆国における消費者契約法制」『平成 10 年度経済企画庁委託調査 諸外国における消費者契約法の影響とその対応に関する緊急調査』以下 (1998)

落合誠一『消費者契約法』(有斐閣、2001)

尾島茂樹「民法(債権法)改正と消費者法・序論—一般化と事業者間取引への適用の視点から」金沢法学 54(1)47 頁以下 (2011)

か

戒能通弘『近代英米法思想の展開—ホップズ＝クック論争からリアリズム法学まで—』(ミネルヴァ書房、2013)

笠井修「イギリス契約法における交渉力の不均衡法理の形成」一橋論叢 89 巻 6 号 894 頁以下 (1983)

梶谷玄「論文紹介」アメリカ法 1973 (2) 263 頁以下 (1973)

鹿野菜穂子「民法改正と消費者契約」法研 88 巻 1 号 90 頁以下 (2015)

岸田雅雄『法と経済学』(新世社、1996)

後藤卷則「消費者保護と事業者間契約の規律」田山輝明先生古稀記念論文集『民事法学の歴史と未来』139 頁 (成文堂、2014)

木南敦「ロックナー判決における自律と自立(1), (2・完)」民商法雑誌 146 卷 1 号 1 頁以下 ; 同 146 卷 2 号 121 頁以下 (2012)

さ

椎名智彦「非良心性の法理と道具主義」比較法雑誌第 39 卷第 2 号 285 頁以下 (2005)
執行秀幸「いわゆる事業者間契約では契約自由の原則が無制限に妥当するか」『講座現代契約と現代債権の展望 4』日本評論社 295 頁 (1994 年)

四宮和夫・能見善久『民法総則〔第 8 版〕』(弘文堂、2010)

白石忠志「消費者契約法と独禁法--不当条項の無効化と優越的地位濫用の禁止」ジュリ 1200 号 99 頁以下 (2001)

白羽祐三「V 契約の自由」谷口知平=五十嵐清編『新版注釈民法 (13) 債権 (4) 〔補訂版〕』60 頁以下 (有斐閣、2006)

鈴木禄弥「銀行における『総裁の担保的機能』についての一疑問」金融法務事情 522 号 6 頁 (1968)

菅富美枝「契約当事者間における交渉力格差と契約の有効性：イギリス法における『非良心的取引』及び『過度な影響力の行使 (不当威圧) の推定』法理の現代的機能への着目」経済志林 83 (2) 1 頁以下 (2015)

角田美穂子「消費者契約法の私法体系上の独自性--10 年の経験と課題 (日本私法学会シンポジウム資料 消費者契約法の 10 年)」NBL (958) 20 以下 (2011)

角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』(商事法務、2014)

消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法〔第 2 版〕』73 頁 (商事法務、2015)

曾野和明「Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. 非良心的契約 (Unconscionable contract)」別冊ジュリスト 1 3 9 『英米判例百選〔第 3 版〕』220 頁 (1996)

た

田島裕『U. C. C. 2001—アメリカ統一商事法典の全訳—』(商事法務、2002 年)

田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版、1991)

谷原修身「Unconscionability の法理—歴史的考察」南山大学アカデミア経済経営学編 46 卷 69 頁以下 (1975)

谷原修身「Unconscionability の法理の分析—学説を中心にして—」南山大学アカデミア経済経営学編 48 卷 143 頁以下 (1975)

な

中田裕康『契約法』(有斐閣、2017)

西内康人『消費者契約の経済分析』(有斐閣、2016)

野澤正充『契約法〔第2版〕』(日本評論社、2017)

は

星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集第6巻』(1986)〔初出1983〕

樋口範雄『アメリカ契約法〔第二版〕』(有斐閣、2008)

ベイカー, J.H., 深尾裕造訳『イギリス法史入門〔第4版〕』(関西学院大学出版会、2014)

ま

松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』(有斐閣、2008)

松浦以津子「Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, 75 A.L.R.2d 1 (1960) Warranty による製造物責任」別冊ジュリスト139『英米判例百選〔第3版〕』188頁以下(1996)

蓑輪靖博「アメリカ統一消費者信用法典における「非良心性」規定」明治大学大学院紀要第29集359頁以下(1992)

宮川成雄「Lochner v. New York 経済的自由とデュー・プロセス条項(1)」別冊ジュリストNo.139『英米判例百選』74頁(1996)

森達「契約法における非良心性の法理—アメリカの判例を中心として」東洋大院紀要18集(1981)

森田修「第90条」川島武宜=平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』106頁以下(有斐閣、2003)

守屋明「カール・ルウェリンの法理論—法体系の機能主義的理解を中心として(1)～(3・完)」法学論叢105巻3号(1979)、106巻2号(1979)、107巻3号(1980)

や

柳景子「アメリカの非良心性法理の判断構造—手続的非良心性の要件を中心に(1)」、早稲田大学法学会誌62巻1号183頁以下(2011)

同上「アメリカの非良心性法理の判断構造—手続的非良心性の要件を中心に(2完)」、早稲田大学法学会誌62巻2号225頁以下(2012)

同上「アメリカ法における『交渉力不均衡』概念の生成」早稲田大学大学院法研論集145号285頁以下(2013)

同上「アメリカ連邦最高裁の判例研究 クラス・アクションを回避する仲裁条項の有効

性に関する判決 —AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S. Ct. 1740 (2011)—」比較法学 48 卷 1 号 211 頁 (2014)

同上「アメリカ連邦最高裁の判例研究 附従契約におけるクラス仲裁免除条項の有効性—American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S Ct. 2304 (2013)—」比較法学 48 卷 3 号 244 頁以下 (2015)

同上「フランチャイズ契約におけるクラス・アクション免除の仲裁条項 論文紹介：Peter B. Rutledge & Christopher R. Drahozal, "Sticky" Arbitration Clauses? The Use of Arbitration Clauses After Concepcion and Amex, 67 VAND. L. REV. 955 (2014)」アメリカ法 2015 (1) 97 頁以下 (2015)

同上「DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015) - 消費者契約における仲裁条項の有効性判断の際に準拠する『顧客の州の法律』には、契約締結後に合衆国最高裁によって無効とされた州の判例法理が含まれるとの解釈は、連邦仲裁法に反するとした事例」アメリカ法 2016 (2) 305 頁以下 (2016)

同上「アメリカ契約法と非良心性の法理—非良心性と契約法における不服を主張する権利というアプローチ—論文紹介：Nicolas Cornell, *A Complainant-Oriented Approach to Unconscionability and Contract Law*, 164 U. Pa. L. Rev. 1131 (2016)」アメリカ法 2017 (2) (2018)

山本豊「付随的契約条件における自立と正義 (1) ～ (2 完)」法学 44 卷 3 号 380 頁・4 号 506 頁 (1980)

山本豊「西ドイツにおける約款規制の比較法的特質」比較法研究 46 号 193 頁以下 (1984)

吉田直『アメリカ商事契約法：統一商事法典を中心に』（中央経済社、1991）

わ

我妻栄『債権各論上巻（民法講義 V₁）』（岩波書店、1954）

判例

大審院昭和 9 年 5 月 1 日判決（民集 3・875）

最判平成 18 年 11 月 27 日民集 60 卷 9 号 3810 頁

最判平 23 年 7 月 15 日民集 65 間 5 号 2269 頁

その他

シンポジウム「消費者保護と私法」私法 40 号 1 頁以下 (1976)

公正取引委員会の消費者取引問題研究会報告書「消費者政策の積極的な推進に向けて」
(2002年11月)

文末脚注

-
- ¹ 契約自由の原則からは、一般的に、①何人も、契約をするかどうかを自由に決定することができる（2017年に改正された新しい民法521条1項。以下、「新521条1項」等と表記する。）、②契約の当事者は、契約の内容を自由に決定することができる（同条2項）、③契約の成立には、書面の作成その他の方式を具備することを要しない（新522条2項）というルールを導き出すことができる。①は、契約の成立に関する自由であり、契約をするかしないかの自由（締結の自由）と、誰と契約するか（相手方選択の自由）を含む。②は、内容決定の自由または契約の内容に関する自由と呼ばれ、③は、方式の自由と呼ばれる。中田裕康『契約法』22頁（有斐閣、2017）。
- ² 野澤正充『契約法〔第2版〕』5頁（日本評論社、2017）。契約自由原則とその制限の歴史的経緯・沿革について、より詳細には、中田・上掲、24～26頁；白羽祐三「V 契約の自由」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』60頁以下（有斐閣、2006）。
- ³ 野澤・上掲、5-6頁。
- ⁴ 中田・前掲注（1）27頁；星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集第6巻』（1986）201頁〔初出1983〕。
- ⁵ 中田・前掲注（1）28頁。なお、このような傾向について、90年代頃から本格化した規制緩和によるとするものとして、内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）。
- ⁶ この点に関する日本法の展開について、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』73頁以下（有斐閣、2010）。
- ⁷ 大澤・同上3頁。なお、同書は、フランス法における不当条項規制を詳細に論じたものである。
- ⁸ 【1970年代】石原全「米国における約款の司法的規制—非良心性理論による是正」、谷原修身「Unconscionabilityの法理—歴史的考察」南山大学アカデミア経済経営学編46巻69頁（1975）、谷原修身「Unconscionabilityの法理の分析—学説を中心にして—」南山大学アカデミア経済経営学編48巻143頁（1975）等。
【1980年代】森達「契約法における非良心性の法理—アメリカの判例を中心として」東洋大院紀要18集（1981）。【1990年代】蓑輪靖博「アメリカ統一消費者信用法典における「非良心性」規定」明治大学大学院紀要第29集359頁（1992年）、初出・大村敦志「『非良心性法理』と契約正義」『星野古稀・日本民法学の形成と課題・上』（有斐閣、1996）『契約法から消費者法へ』207頁（東京大学出版、1999）。【2000年代以降】家本真実「Szetela v. Discover Bank, 97 Cal. App. 4th 1094 (2002)-クラス・アクションを禁止する仲裁条項の非良心性」法と政治54巻3号560-549頁（2003）；家本真実「アメリカ契約法における非良心性法理：雇用契約にあらわれる仲裁条項を中心に」法と政治52巻2/3号645-690頁（2001）；椎名智彦「非良心性の法理と道具主義」比較法雑誌第39巻第2号285頁（2005）；石川 優佳「米国の非良心性法理の判断基準について：実体的非良心性をめぐる

議論の現状」大阪学院大学法学研究 39 卷 2 号 155 頁 (2013) 等。

⁹ 近年の立法資料の中で非良心性法理に言及されたものとして、沖野眞巳「第一章第一アメリカ合衆国における消費者契約法制」『平成 10 年度経済企画庁委託調査 諸外国における消費者契約法の影響とその対応に関する緊急調査』3 頁以下 (1998)。この中で沖野教授は、非良心性法理について次のように指摘している。すなわち、「契約締結過程における情報提供の不十分さを捉える制度に詐欺・不実表示が、不当な働きかけを捉える制度に強迫・不当威圧が、締結過程と内容を統合したより一般的な法理で不当条項規制にも用いられるものに非良心性がある。」(17 頁)「強迫や不当威圧において、内容の公正さが考慮要素の一つとされる結果、それが締結過程と内容との総合判断による契約の効力の否定の枠組みを作り出しているのに対し、正面から要件として内容面の不公正さを取り入れ締結過程の不公正さと総合判断枠組みを形成するのが非良心性の法理である。」(20 頁)

¹⁰ U.C.C. §2-302 は、「法典の中で最も論争が激しい条項である」と評され、U. C. C. 第一版の出版から 16 年後の 1967 年までに、非良心性法理に関する 130 以上の論文が出版されたという。この点につき、拙稿「アメリカの非良心性法理の判断構造—手続的非良心性の要件を中心に」(1・2 完)、早稲田大学法学会誌 62 卷 1 号及び 2 号 (2011 年 10 月、2012 年 3 月) 256 頁注 (98) に挙げる文献参照。なお、本稿では、拙稿 (2011)、拙稿 (2012) とする。

¹¹ 非良心性がエクイティから生じた点について、谷原・前掲注 (8)

「Unconscionability の法理—歴史的考察」72~73 頁。なお、Larry A. DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law*, 60 U. PITT. L. REV. 839, 846 (1999). は、エクイティの特色につき、第 1 に、エクイティはコモン・ローから独立した法体系というより、コモン・ローを補う性質のものであること、第 2 に、エクイティ上の救済の発展は、学術上の概念としての合理性 (reason) や良心 (conscience) を通してのみ正当化されることを指摘する。さらに、DiMatteo は同論文において、エクイティがカノン法、すなわち教会法の系譜を引くものであると指摘している。

¹² エクイティとコモン・ローは、かつて別々の裁判所で運用されてきた。しかし、イギリスにおいては 1875 年、アメリカにおいては 1848 年を初めとして、コモン・ローとエクイティの融合 (merger of law and equity) が行われ、現在ではほとんどの法域で裁判所は一つに統合されている。田中英夫『英米法辞典』。なお、イギリスにおいてエクイティおよびコモン・ローが形成された歴史的経緯について詳述した文献として、J・H・ベイカー、深尾裕造訳『イギリス法史入門 [第 4 版]』(関西学院大学出版会、2014) がある。

¹³ 谷原・前掲注 (8)「Unconscionability の法理—歴史的考察」81~83 頁。なお、拙稿 (2011)・前掲注 (10) 184~186 頁も参照。

¹⁴ 非良心性法理の起源はローマ法の *laesio enormis* にまで遡ることができる。指摘するものとして、Harry G. Prince, *Unconscionability in California: A need for Restraint and Consistency*, 46 HASTINGS L.J. 459, n 37 (1995); Evelyn L. Brown, *The*

Uncertainty of U. C. C. Section 2-302: Why Unconscionability Has Become a Relic, 105 COM. L. J. 287, 289 (2000); Amy J. Schmitz, *Embracing Unconscionability's Safety Net Function*, 58 ALA. L. REV. 73, 80 (2006). さらに、*laesio enormis* に反映される公正価格の概念について、大陸法の法理とコモン・ローの非良心性に関係があると指摘するものとして、James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587 (1981).

大陸法に生じた *laesio enormis* と類似する概念について論じるものとして、John P. Dawson, *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, 12 TUL. L. REV. 345, 364, 370-76 (1937). 同論文は、特に、フランスとドイツにおいて、*laesio enormis* が、契約自由への制約を取り除く傾向を有する一方、公正な取引の問題に対処しうることについて論じている。

laesio enormis に対する近年のドイツの裁判所の傾向として、「法における不確実性を回避するため、保守的なアプローチを採用している」と指摘するものとして、A.H. Angelo & E.P. Ellinger, *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 455, 498-99 (1992). ただし、ドイツにおいて、一方的な契約についてより広範な規制が行われていることを示唆するものもある。James Gordley, *id.* at 1626-27.

また、フランス民法典の非良心性に類似した概念について、ローマ法の *laesio enormis* にまで遡ると指摘するものとして、Angelo & Ellinger, *id.* at 474-75. フランス法の *lesion* の概念は、現代における適正価格の概念をいくらか拡張したものを反映しているとの指摘をするものとして、James Gordley, *id.* at 1625-26; Arthur Taylor von Mehren, *The French Doctrine of Lesion in the Sale of Immovable Property*, 49 TUL. L. REV. 320, 323-27 (1975).

¹⁵ CHARLES L. KNAPP & NATHAN M. CRYSTAL, PROBLEMS IN CONTRACT LAW 660 (1993)

¹⁶ LARRY A. DIMATTEO et al., COMMERCIAL CONTRACT LAW 310 (Cambridge University Press, 2013); Schmitz, *supra* note 14 at 79; KNAPP & CRYSTAL, *supra* note 15 at 660; Brown, *supra* note 14 at 289; DiMatteo, *supra* note 11 at 855.

¹⁷ KNAPP & CRYSTAL, *supra* note 15 at 660; Schmitz, *supra* note 14 at 79.

¹⁸ 非良心性法理の指導的論文の著者として知られる Leff は、エクイティ上の非良心性と *laesio enormis* とは、不均衡な取引に焦点を当てている点が類似すると指摘する。Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485, 539 (1967). これに対し、Spanogle は、*laesio enormis* と U.C.C. の非良心性法理、もしくはコモン・ロー上の非良心性法理とは直接の関連性はないと指摘する。Spanogle, *Analyzing Unconscionability Problems*, 117 PA. L. REV. 931, at 951-52 (1969).

¹⁹ Schmitz, *supra* note 14 at 80.

²⁰ ただし、*laesio enormis* は土地の売買契約の事案において適用されてきたことが指摘されている。この点について、Dawson, *supra* note 14 at 364; Prince, *supra* note 14 at 467. 初期の *laesio enormis* が、土地の売買契約の事案に集中しており、「不公正を取り締まることができる広範な資格を有しているわけではない」ことにつき詳細に述べている。

²¹ Schmitz, *supra* note 14 at 80. なお、同文献も注 58 において引用する P.S. ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* 147 (1979). は、多くの契約事案の訴訟は、大法官裁判所において行われたため、大法官による契約の公平性の推定が、18 世紀において特に重要であったとしている。さらに、DiMatteo, *supra* note 11 at 865-66 は、このことは、コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所との間の緊張関係を生み出したと指摘する。

²² Schmitz, *supra* note 14 at 81. 及び、DiMatteo, *supra* note 11 at 865. なお、DiMatteo, *supra* note 11 at 874-75 は、伝統的な契約法は、対照的に、確実性と形式性を重視したと指摘する。

²³ Schmitz, *supra* note 14 at 81. エクイティ裁判所（大法官庁）における契約の強制そのものが裁量に委ねられており、また、契約が著しく不公正だった場合、契約の強制を否定されることも珍しくはなかったことを指摘するものとして、ATIYAH, *supra* note 21 at 147-48.

²⁴ エクイティと非良心性の関係は、むしろ、公正や平等、良心といった要素で判断される法体系であるというエクイティの性格上、少なくとも初期の段階においては、非良心性とエクイティはほぼ同義であったとも考えられる。Schmitz, *supra* note 14 at 81; ROBERT A. HILLMAN, *THE RICHNESS OF CONTRACT LAW: AN ANALYSIS AND CRITIQUE OF CONTEMPORARY THEORIES OF CONTRACT LAW* 131 (Francisco Laporta et al. eds., 1997). なお、ストーン判事は、非良心性について「事実上、エクイティの内容のすべて」が基礎となっていると表現した。この点につき、JOSEPH M. PERILLO, *CORBIN ON CONTRACTS* 333 (rev. ed. 2002); Harlan F. Stone, *Book Review*, 12 COLUM. L. REV. 757, 757 (1912).

²⁵ 23 Eng. Rep. 620 (1686).

²⁶ Allan R. Kamp, *Uptown Act: History of the Uniform Commercial Code: 1940-49*, 51 SMU L. REV. 275, 310 (1998).

²⁷ 24 Eng. Rep. 403 (1716).

²⁸ Schmitz は、Twisleton v. Griffith に先立ち、これと同様の判断を下した判例として、Griffith v. Buckle, 23 Eng. Rep. 620 (1686). を挙げている。本件は、婚姻契約に関する事案で、大法官が同契約の条項を改訂し、義理の息子に、妻の父親の不動産の完全所有権 (full ownership) を与える代わりに生涯不動産権 (estate for life; 一生涯にわたる不動産所有権。その者の死亡と共に終了する。) を与えたものである。本件契約条項には、義理の息子に不動産の完全所有権が移転したことが明確に規定されており、これに対して当事者から何ら明確な法的抗弁がなされなかったにも関わらず、大法官は、義理の息子に不動産を譲渡する合意の「文言が、父親にとって不意打ちであった」という父親の主張を明確に斥けた上で、父親一家に当該不動産を残すため、前述のような救済を与えた。ただし、本件では、unconscionable もしくはこれに類似する用語は用いていない。Schmitz, *supra* note 14 at 81.

²⁹ 2ves. Sen. 125, 28 Eng. Rep. 100 (1750).

³⁰ 該当部分の原文を引用すると以下の通りである。 “such as no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other; which are unequitable and unconscientious bargains”.

³¹ 14 U.S. (197 Wheat) 179 (1816).

³² Brown, *supra* note 14 at 290; Donald R. Price, *The Conscience of Judge and Jury: Statutory Unconscionability as a Mixed Question of Law and Fact*, 54 TEMP. L.Q. 743, 747 n.3 (1981).

³³ Brown, *supra* note 14 at. Price, *supra* note 32 at.

³⁴ 132 U. S. 406 (1889).

³⁵ Perillo は、「U.C.C. 採択以前、コモン・ローにおける非良心性の適用方法と定義はまったく異なっていた。」として、Hume 事件（及び Earl of Chesterfield v. Janssen 事件）が用いた定義を紹介している。JOSEPH M. PERILLO, *CONTRACTS* 350 (7th ed. 2014). なお、エクイティにおける非良心性の定義や解釈を示した判例として、上記 Hume 事件の他に、Larscheid v. Hashek Mfg. Co., 142 Wis. 172, 125 N.W. 442 (1910). がある。その定義は次の通り。「エクイティ裁判所の意向から原告を排除することは、次の場合には平等となる。すなわち、[原告による] 当該行為が、悪しき動機に基づき非良心的である場合、または、当該行為によって引き起こされたあらゆる結果が、彼自身の利益のためか他者を害するためかのどちらであっても非良心的といえる場合である。」Williston on Contracts § 18:1 (4th ed.).

³⁶ U.C.C.は、1952年に完成し、翌53年、ペンシルヴァニア州での採択（翌54年に施行）を皮切りに、各州で採択された。

³⁷ 大陸法の状況について、KNAPP & CRYSTAL, *supra* note 15 at 660. アメリカ国内でも、フランス法の影響を受けているルイジアナ州法では、「権利濫用」と呼ばれる法概念がある。このことにつき、Glenda M. Redmann, *Abuse of Rights: An Overview of the Historical Evolution and Current Application in Louisiana Contracts*, 32 LOY. L. REV. 946 (1987).

³⁸ 不法に手を汚した者の請求は認められないという原則。"He who comes into a court of equity must come with clean hands."（「エクイティ裁判所に救済を求めに来る者は、その手が汚れていてはならない」という法格言で表現される。エクイティ裁判所は、良心の裁判所として、当該の事案に関連して原告側に良心に反する行為、信義誠実を欠く行為、その他衡平の原理にもとる行為がある場合には、たとえこのような行為がなければ原告の主張に正当性が認められる場合であっても、救済を拒否するという原則である。このようなときには、例えばコモン・ロー上の救済手段である損害賠償は認められても、injunction (差止命令) または specific performance (特定履行) などのエクイティ上の救済は認められない。田中英夫『英米法辞典』。

³⁹ Consideration は、Simple contract (単純契約)の成立要件であり、伝統的な理解によれば、Consideration を欠くと、contract under seal (捺印契約)を締結しないかぎり契約は成立しない。すなわち、consideration は、契約を構成する約束に法的拘束力を与える根拠である。田中英夫『英米法辞典』。

⁴⁰ KNAPP & CRYSTAL, *supra* note 15 at 660.

⁴¹ *Id.* at 660. また、樋口範雄『アメリカ契約法 [第二版]』202頁（有斐閣、2008年）においても、大量生産と大量消費を特徴とする現代において、標準書式契約の利用の増加等、アメリカ契約法の変化が指摘されている。

⁴² take-it-or-leave-it については、「受け入れようと拒もうと」「この条件をのむかのまないか二つに一つ」「のるかそるか」等、様々な訳語が当てはまる。契約法分野では、約款の性質の説明に多用される表現であり、文献によっては、take-it-or-leave-it と「約款」が同義のものとして扱われる場合も散見される。本稿では、文脈により、複数の訳語を採用するものとする。

⁴³ KNAPP & CRYSTAL, *supra* note 15 at 660.

⁴⁴ なお、非良心性に関する指導的学術論文の著者として有名な Leff は、この法理の初期の草案は、標準書式契約にのみ適用可能となることが予定されていたとし、しかし、その後の草案では、本条の範囲と目的は次第に曖昧となり、最終的に、純粹に抽象的な、内容を欠いた条文となったと評価している。詳細は、本稿 III-2(5)参照。

⁴⁵ Blake D. Morant, *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural unconscionability and the Importance of Context*, 2006 Mich. St. L. Rev. 925, 929-940 (2006).

⁴⁶ アメリカにおけるリアリズム法学の勃興、その旗手としてのカール・ルウェリンに関して詳細な紹介がなされた先行研究につき、守屋明「カール・ルウェリンの法理論--法体系の機能主義的理解を中心として (1) ~ (3・完)」法学論叢 105 卷 3 号 (1979 年)、106 卷 2 号 (1979 年)、107 卷 3 号 (1980 年) がある。より最近のものとして、戒能通弘『近代英米法思想の展開—ホップズ=クック論争からリアリズム法学まで—』(ミネルヴァ書房、2013 年) 238 頁以下。また、リアリズム法学の旗手であるルウェリンが主導した U.C.C. の起草については、吉田直『アメリカ商事契約法：統一商事法典を中心に』(中央経済社、1991 年) に詳しい。

⁴⁷ 新古典主義とリアリズム法学の位置付けについて、Morant は新古典主義を「古典的契約観にリアリズムを注入した」もの [...neoclassicists, who infuse contractual classicism with realism.] と表現している。Morant, *supra* note 45 at 935. このように、新古典主義とリアリズム法学は、ほぼ同義と捉えられるが、Morant は、より正確には、リアリズムを基礎とした契約観のことを新古典主義と定義しているものと思われる。

⁴⁸ ルイジアナ州は、U.C.C. § 2-302 を含む U.C.C. 第 2 編全体を採択していない。ただし、ルイジアナ州民法典補則において、非良心性法理が独自に規定されている。LA Rev Stat § 9:3551. また、カルフォルニア州は、U.C.C. の第 2 編の中で § 2-302 だけを除外して採択しているが、カルフォルニア州民法典の中に非良心性法理を独自に規定している。West's Annotated California Civil Codes, Section 1670.5. (West's Ann. Cal. Civ. Code § 1670.5)

⁴⁹ U.C.C. § 2-302 の日本語訳については、田島裕『U. C. C. 2001—アメリカ統一商事法典の全訳—』(商事法務、2002 年) 36 頁の訳文も参照。

⁵⁰ 原文は以下の通り。§ 2-302. Unconscionable Contract or Clause. (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any

unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

⁵¹ U.C.C. § 2-302 の原文は、If the court as a matter of law finds... である。これは、非良心性は事実の問題ではなく法律の問題であり、したがって、陪審ではなく裁判所が決定する事項であることを意味する。GREGORY KLASS, CONTRACT LAW IN THE UNITED STATES, 121 (2nd ed., 2012).

⁵² JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE (6th ed. 2010).

⁵³ E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS, 578 (3rd ed. 2004); Larry A. DiMatteo & Bruce Louis Rich, A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law In Action, 33 Fla. St. U. L. Rev. 1067, 1078 (2006). 特に、不動産取引と金融取引における適用例が目立つ。この点に関して、最近の非良心性適用事例を見ても明らかである。本稿 V-4 参照。

さらに、非良心性法理は、U.C.C. 以外にも立法例が増えている。たとえば、統一消費者信用法典 (Uniform Consumer Credit Code; U.C.C.C.)、1979 年の第 2 次契約法リステイメント 208 条に非良心性の規定が置かれている。なお、U.C.C.C. に関しては、蓑輪・前掲注 (8) 360~367 頁参照。

⁵⁴ このことから、裁判所は、職権で非良心性の判断が可能と考えられる。当事者が非良心性を積極的防御方法として主張していないにもかかわらず、裁判所が職権で非良心性について判断した事案として、次のものがある。Kohlenberger, Inc. v. Tyson's Foods, Inc., 256 Ark. 584, 510 S.W.2d 555, 14 UCC 1281 (1974); Barco Auto Leasing Corp. v. PSI Cosmetics, Inc., 125 Misc. 2d 68, 478 N.Y.S.2d 505, 39 UCC 840 (1984).

⁵⁵ 非良心性が「法律問題である」という点に関する判例につき、WHITE & SUMMERS, *supra* note (52) at 220 n.16. に挙げられた判例参照。

⁵⁶ White & Summers は、この他の効果、すなわち、差し止め請求や懲罰的損害賠償の可能性について否定していない。Id. at 221.

⁵⁷ 訴訟において請求を根拠づけるために主張されている事実を前提としたうえで、新たな事実を主張して請求を理由づけること。通例、新事実の主張者側に burden of proof (証明責任)がある。田中英夫『英米法辞典』

⁵⁸ WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 220; PERILLO, *supra* note 35 at 335. 一般的に、非良心性を理由とする損害賠償請求は認められないとする判例として、Mitchell v. Ford Motor Credit, 68 F.Supp.2d 1315 (N.D.Ga.1998); Fortune Limousine v. Nextel, 35 A.D. 3d 350, 826 N.Y.S.2d 392 (2006); W.L. May Co., Inc. v. Philco-Ford Corp., 273 Or. 701, 543 P.2d 283, 18 UCC 599. (非良心性の主張を認めた上で、「非良心性の救済とは独立して」黙示的な誠実義務違反等を理由に損害賠償を認めた事案。)

⁵⁹ PERILLO, *Id.* at 334.

⁶⁰ Rite Color Chem. Co. v. Velvet Textile Co., 105 N.C. App. 14, 411 S.E. 2d 645, 18 UCC 2d 384 (1992)など。これは、織物会社 Y が染料を取り扱う企業 X から染料を購入し、Y が代金を支払わなかったために X が本件売買契約の未払い代金の

支払いを求めて訴えを提起した事件である。Yは、目的物の価格が著しく高額であるとして、本件売買契約は非良心的であると主張した。裁判所は、非良心性の主張は積極的抗弁（affirmative defense）であることから、それを主張する当事者が立証責任を負うと述べた。WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 220.

⁶¹ *Id.*

⁶² Geldermann & Co. v. Lane Processing, Inc., 527 F.2d 527 F.2d 571, 18 UCC 294 (8th Cir. 1975); Bank of Indiana, Nat. Ass'n v. Holyfield, 476 F.Supp. 104, 27 UCC Rep.Serv. 635 (1979). など。後者は、酪農を営むY夫婦が、Xから\$ 70,000で115頭の乳牛を借り、5年間月額\$ 1,978を返済する契約を締結したところ、嵐によって一部の乳牛が死んでしまい、Yは支払いができなくなったため、XがYに対し未払いの賃借料の支払いを求めて訴えを提起した事件である。本件契約において、借主は、乳牛が借主の過失によらずに死んだ場合であっても賃借料金の支払いを続けなければならないとされていたため、これが非良心的といえるかが争われた。合衆国連邦地裁ミシシッピ州南部支部は、契約の強制を求める当事者は、当該条項を相手方当事者に説明し、相手方が当該条項を知っていたこと、及び、真の自発的な意思との合致があったことを立証する責任を負うと述べた。

⁶³ WHITE & SUMMERS, *id.* at 223. 他に、「非良心性法理を主張して成功する当事者は、しばしば消費者である。」FARNSWORTH, *supra* note 53 at 588; 「契約や契約条項を無効にするために上手く非良心性を使うのは、典型的には消費者たる買主である。」EDWARD MURRAY, JR., MURRAY ON CONTRACT at 564 (3d ed. 1990). また、非良心性が問題となるケースの根本には「事業者・消費者」の区分という重要な理論上の要素 (meta-factor) が存在すると表現するものとして、Dimatteo & Rich, *supra* 53 at 1077. がある。

さらに、上記 Dimatteo & Rich において、非良心性法理の適用に関する統計学的な研究もなされている。これによると、非良心性に関する事案（サンプルとされた事案は、WESTLAW のデータベースに掲載された 1968 年から 1980 年までと 1991 年から 2003 年までの合計 148 件）のうち、34% (50 件) が、事業者・商人が提起した非良心性に関わる訴訟であり、そのうち 16% (8 件) において、その主張が認められた。これに対して、66% (98 件) は消費者によるものであり、そのうち 49% (48 件) において、その主張が認められたという。このことから、同論文の著者は、商人・事業者は、消費者に比べて、非良心性の主張をして認められる事はまれであるといえると結論している。Dimatteo & Rich, *id.* at 1097.

⁶⁴ このような裁判例として、White & Summers が挙げているのは、以下の通りである。Weaver v. American Oil Company, 257 Ind. 458, 276 N.E.2d 144 (1971); Maxon Corp. v. Tyler Pipe Industries, Inc., 497 N.E.2d 570, 3 UCC2d 52 (Ind.App.1986); Johnson v. Mobil Oil, 415 F.Supp. 264, 20 UCC 637 (E.D.Mich.1976); Moscatiello v. Pittsburgh Contractors Equipment Co., 407 Pa.Super. 363, 595 A.2d 1190, 16 UCC2d 71 (1991). なお、White & Summers は、事業者間取引で、かつ、手続的非良心性が認められないにも関わらず、非良心性法理の適用を認めた事案として、Shell Oil Co. v. Marinello, を挙げ、本件で問題となった契約解除条項は「商

取引上合理的」であるとして、裁判所がこれを非良心的と判断したことに疑問を呈している。 *Id.* at 244.

⁶⁵ *White & Summer, Id.* at 242. この他、前述の *Dimatteo & Rich* も、非良心性が事業者にも有利となった事例はほとんどないと指摘し、このことを示す判例として、*Ray Farmers Union Elevator Co. v. Weyrauch*, 238 N. W. 2d 47, 50 (N. D. 1975). を挙げている。本件において、ノース・ダコタ州最高裁判所は、「[多くの裁判所が]消費者の主張する非良心性の抗弁を受け入れてきた。しかし、商取引において [非良心性の抗弁を受け入れることに] は慎重だった」と述べている。 *Dimatteo & Rich, supra* at 1077.

⁶⁶ *FARNSWORTH, supra* note 53 at 581; *WHITE & SUMMERS, supra* note 52 at 221.

⁶⁷ *Robyn L. Meadows, Unconscionability As A Contract Policing Device For The Elder Client: How Useful Is It?*, 38 *AKRON L. REV.* 741, 743 (2005). なお、オフィシャル・コメントは複数の判例を引用しているが、これらの判例は、大半が不動産取引の事案であり、結論として、取引全体を非良心的と判断されたものである。これに対して、§ 2-302 は動産売買を対象とし、契約全体のみならず契約の一部についての強制力の制限をも規定しているため、これらの判例は§ 2-302 の解釈の指針にはならないとの指摘もある。 *FARNSWORTH, supra* note 53 at 581.

⁶⁸ 非良心性は、U.C.C. に制定されたことにより、コモン・ロー上の一般法理として認識されるようになったと指摘されている。 *PERILLO, supra* note 35 at 352.

⁶⁹ *Henningsen* 事件判決の評釈として、松浦以津子「*Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, 75 A.L.R.2d 1 (1960) Warranty による製造物責任」別冊ジュリスト 139『英米判例百選〔第3版〕』(1996年) 188～189頁；別冊ジュリスト 213『英米判例百選〔第4版〕』(2012年)。

⁷⁰ *Williams* 事件判決の評釈として、曾野和明「*Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 非良心的契約 (Unconscionable contract)」別冊ジュリスト 139『英米判例百選〔第3版〕』(1996年) 220～221頁；石川優佳「非良心性の法理--*Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445, 18 A.L.R. 3d 1297 (D.C. Cir. 1965)」別冊ジュリスト 213『英米判例百選〔第4版〕』(2012年) 202～203頁。

⁷¹ なお、*Leff* 論文の紹介につき、拙稿(2011)・前掲注(10) 226頁、及び、谷原修身「Unconscionability の法理の分析—学説を中心にして(1)—」*南山大学アカデミア経済経営学編* 48 (1975年) 148～153頁参照。

⁷² *procedural unconscionability* および *substantive unconscionability* の訳語について、わが国では非良心性法理が紹介された当初から、「手続的・実体的」、「手続上の・実体上の」といった訳語があてられていたようである。たとえば、田中英夫『英米法辞典』の *unconscionability* の項目には、「手続上の・実体上の」非良心性、との記述が見られる。我が国の民法の用語として、契約の「手続き」「実体」といった表現は稀であるが、我が国の民法の用語に引きつけて考えると、要するに、*procedural unconscionability* は「契約締結過程における非良心性」、*substantive unconscionability* は「契約内容における非良心性」を意味する。

⁷³ *Leff* 論文について、非良心性の解釈と適用の問題について「しばしばすばらしい(brilliant)分析」を行っている」と評価する一方で、「主観的な価値判断、

[U.C.C.2-302 条についてあまりにも] 悲嘆している点、そして [同条について] 破滅的な予言をしている点」(Braucher, 31 U.Pitt.L.Rev. 337,338 (1970)を引用。) において、「独特(idiosyncratic)」であるとも評価している。なお、Perillo は、Leff 論文よりも「有用 (more helpful)な論文」とする文献を、注 540 に挙げている。PERILLO, *supra* note 35 n.540.

⁷⁴ at 370-384.

⁷⁵ 著名な契約法の概説書の著者。

⁷⁶ 1 Corbin on Contracts (1950) s 128, p.188.

⁷⁷ ここで、Henningsen 事件判決は、同趣旨が示されている判決として、Morehead v. People of State of New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587, 627, 56 S.Ct. 918, 930, 80 L.Ed. 1347, 1364 (1936). における Hughes 主席裁判官による反対意見、及び、United States v. Bethlehem Steel Corp., 315 U.S. 289, 326, 62 S.Ct. 581, 599, 86 L.Ed. 855, 876 (1942). における Frankfurter 裁判官による反対意見を引用する。

⁷⁸ Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629, 632 (1943); Ehrenzweig, *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws*, 53 COLUM. L. REV. 1072, 1075, 1089 (1953).

⁷⁹ ここで、Henningsen 事件判決は、Siegelman v. Cunard White Star, 221 F.2d 189, 206 (2 Cir.1955). を引用する。

⁸⁰ Henningsen 事件判決は、この後、「裁判所は、数少ない例外を除いて、買主と売主との交渉の地位における著しい格差から生じる契約によって現れる問題に対して、細心の注意を払ってきたにも関わらず、製造業者の責任を制限する手段として、買主に最小限の保証を課すことを、公序に反するとして非難する一般原則について、明言してこなかった。他方で、裁判所は、厳格な解釈、売主の意図された免責に対する買主の認識、および熟知した上での同意を要求する法理を適用することによって、契約自由という古い原則からの大胆な乖離を回避する努力もしてきた。」と述べ、このことを示す先例を多数挙げて約 10 頁にわたりその内容を紹介している。

⁸¹ Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, 198 A.2d 914, 916 (1964).

⁸² 以下を引用。Campbell Soup Co. v. Wentz, 3 Cir., 172 F.2d 80 (1948); Indianapolis Morris Plan Corporation v. Sparks, 132 Ind.App. 145, 172 N.E.2d 899 (1961); Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, 84-96, 75 A.L.R.2d 1 (1960). Cf. 1 CORBIN, CONTRACTS § 128 (1963).

⁸³ 以下を引用。See Luing v. Peterson, 143 Minn. 6, 172 N.W. 692 (1919); Greer v. Tweed, N.Y.C.P., 13 Abb.Pr., N.S., 427 (1872); Schnell v. Nell, 17 Ind. 29 (1861). さらに、一般的な議論として、Hume v. United States, 132 U.S. 406, 10 S.Ct. 134, 33 L.Ed. 393 (1889). を挙げる。

⁸⁴ ただし、ここで、Williams 事件判決は、District of Columbia v. Harlan & Hollingsworth Co., 30 App.D.C. 270 (1908). (契約が締結された時の状況を考慮した上で、約定損害賠償条項の有効性が支持された事案。30 App.D.C. at 279 参照。) や、約定損害賠償条項に適用される通常のルールによれば、非良心性法理が認められないことを留保している。なお、約定損害賠償条項に適用される通常のルールにつき、下記を引用。5 CORBIN, CONTRACTS §§ 1054-1075 (1964); Note,

Limitations on Freedom to Modify Contract Remedies, 72 YALE L. J. 723, 746-755 (1963). さらに、比較参照すべき事件として、*Jaeger v. O'Donoghue*, 57 App.D.C. 191, 18 F.2d 1013 (1927). を挙げる。

⁸⁵ 以下を引用。28 D.C.CODE § 2-302 (Supp. IV 1965).

⁸⁶ 比較参照すべき文献として、Note, *Unconscionable Sales Contracts and the Uniform Commercial Code § 2-302*, 45 VA. L. REV. 583, 590 (1959)を挙げる。これは、2-302 条のルールが規定された後、本来 UCC の第 2 編の適用を受けない契約に関する事例にも適用されることを予想していた。

⁸⁷ 原文は以下の通り。Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party. なお、この部分には、*Henningsen* 事件と *Campbell Soup* 事件が引用されている。

⁸⁸ ここで、以下の内容が、脚注 7 として付されている。「*Henningsen* 事件判決の 161 A.2d at 86 及びそこに引用されている文献参照。二当事者間の相対的な交渉力を調べることは、非良心性の一般的な問題と完全に切り離されてはいない。なぜなら、一方的な取引は、それ自体が当事者間の交渉力不均衡の証拠となるからである。この事実は、コモン・ロー上の内在的な詐欺 (intrinsic fraud)、すなわち、ある契約条項の著しく不公正な特質から推定される詐欺の法理として、曖昧に認識されている。このことに関して、*Earl of Chesterfield v. Janssen*, 28 Eng. Rep. 82, 100 (1751). におけるハードウィック卿は、次のように述べている。『(詐欺は) その内在的な性質と取引そのものの目的から明らかとなる。すなわち、正気の状態であって、かつ、騙されたのではない人ならば、誰もが締結し得えない』

また、*Hume v. United States*, 132 U.S. 406, at 413, 10 S.Ct. 134, at 137. では、裁判所は、イギリスにおける先例について、『一方当事者が、他方当事者が自分に課せられる債務の算定について無知であることにつけこみ、詐欺があったことが契約の文面から明らかである事案』であるとした。」

⁸⁹ ここで、以下の内容が、脚注 8 として付されている。「第一次契約法リステイメント § 70 (1932) 参照。Note, *Contract Clauses in Fine Print*, 63 HARV. L. REV. 494 (1950). さらに、下記を参照。*Daley v. People's Building, Loan & Savings Ass'n*, 178 Mass. 13, 59 N.E. 452, 453 (1901). ホームズ裁判官は、マサチューセッツ州最高裁の裁判官であった時の同事案において、次のように述べた。『裁判所は、契約当事者の福祉のためではなく、裁判所自身の利益のためという限りにおいては、契約当事者が決めた通りの内容の契約を締結する場合、当該契約に介入したがる傾向がある。[つまり、裁判所は、契約当事者の福祉のためには介入する。]』

⁹⁰ 以下の内容が、注 9 として付されている。「このルールに例外がなかったことはない。同じ商品の不均衡な分量の取引に関する事案において、裁判所は、同取引につき、約因と約束とが等価であるとの前提に立つことはできないことが明らかであるとして、拘束力が認められないと判断した。1 WILLISTON, CONTRACTS, § 115 (3d ed. 1957).」

⁹¹ 以下の内容が、注 10 として付されている。「一般的な議論につき、*Boilerplate Agreements* in LLEWELLYN, *THE COMMON LAW TRADITION*, 362-371 (1960).」

⁹² Comment, *Uniform Commercial Code* § 2-307. なお、注 11 として、CORBIN を引用している。すなわち、「コービンによると、この基準は、当該契約条項が『その時と場所における慣習と商行為によれば、非良心的と言えるほど極端』かどうかをみるものであるという」。さらに、注 12 として、*Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*; *Mandel v. Liebman*, 303 N.Y. 88, 100 N.E.2d 149 (1951). とし、さらに、伝統的な基準について言及している先例として、*Greer v. Tweed*, 13 Abb. Pr., N.S., at 429. を挙げる。

⁹³ 注 1 として、次のように述べる。D. C. CODE § 28-2-301 (Supp. IV, 1965) が 1965 年 1 月 1 日まで施行されなかったのだから、本件契約条項は、いずれにしても究極的には適用される。(原文は *However the provision ultimately may be applied or in what circumstances, D.C.CODE § 28-2-301 (Supp. IV, 1965) did not become effective until January 1, 1965.*)

⁹⁴ *Campbell Soup Co. v. Wentz*, 172 F. 2d 80, 83 (3d Cir. 1948).

⁹⁵ *Id.* at 83.

⁹⁶ *Id.* at 83.

⁹⁷ *Id.* at 83.

⁹⁸ *Id.* at 84.

⁹⁹ 曾野・前掲注 (70) 220～221 頁。

¹⁰⁰ 例えば、CARTER BISHOP & DANIEL BARNHIZER, *CONTRACTS: CASES AND THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* 519 (American Casebook Series, 2nd ed.). 「皮肉なことに、Leff による、重要でこの上なく興味深い論文は、UCC 2-302 条の下での非良心性に対して手厳しい批判 (scathing critique) を加えただけでなく、後世の裁判所に、非良心性の主張を説明し、分析する際に最も用いられる共通の枠組みを提供した。」とある。さらに、Perillo は、同論文に関して、非良心性の解釈と適用の問題について「しばしばすばらしい(brilliant)分析」を行っていると評価する一方で、「主観的な価値判断、[U.C.C.2-302 条についてあまりにも] 悲嘆している点、そして [同条について] 破滅的な予言をしている点」において、「独特 (idiosyncratic)」であるとも評価している。なお、Perillo は、非良心性を理解する上で Leff 論文よりも「有用 (more helpful)」とする文献を、注 540 に挙げている。PERILLO, *supra* note 35 n.540.

¹⁰¹ 1941 年版の条文：When both of the parties have so directed their attention to a particular point that . . . variance from this Act may fairly be regarded as the deliberate desire of both, and as reflecting a considered bargain on that particular point . . . the legislature recognizes that policy in general requires the parties' particular bargain to control.

同条文のコメント：The principle of freedom of bargain is a principle of freedom of intended bargain. It requires what the parties' [sic] have bargained out to stand as the parties have shaped it, subject only to certain overriding rules of public policy. . . Displacement of these balanced backgrounds [provided by the Code] is not to be assumed as intended unless deliberate intent is shown that they shall be displaced

¹⁰² UCC2-302 条 1 9 4 1 年版の謄写版に掲載。Leff は、1 9 4 1 年版の謄写版

も参照し、分析対象としているが、この謄写版は、現在入手困難であるため、Leffによる謄写版の引用や言及をそのまま採用する。

¹⁰³ Leff, at 491. なお、『』は印刷された 1941 年版の草案 51-52 頁に由来するが、原文を入手できず、確認できない。

¹⁰⁴ at 494.

¹⁰⁵ Section 2-302. Unconscionable Contract or Clause.

(1) If the court finds the contract to be unconscionable, it may refuse to enforce the contract or strike any unconscionable clauses and enforce the rest of the contract or substitute for the stricken clause such provisions as would be implied under this Act if the stricken clause had never existed.

(2) A contract not unconscionable in its entirety but containing an unconscionable clause, whether a form clause or not, may be enforced with any such clause stricken.

¹⁰⁶ この草案が、「定形」契約に言及せず、代わりに「非良心的」という言葉に置き換えた、最初の版である。Leff, *supra* note 18 at 495, n.35.

¹⁰⁷ Leff, *supra* note 18 at 497.

¹⁰⁸ 訳者注：コモン・ロー上の抗弁としての duress（強迫）のことか。

¹⁰⁹ Leff は、カッコ書きで、消費者契約こそが、行きすぎた契約が締結される最良の背景となると述べている。

¹¹⁰ *New Prague Flouring Mill Co. v. Spears*, 194 Iowa 417, 438-39, 189 N.W. 815, 824 (1922). なお、本件は事業者間契約の事案である。

¹¹¹ Leff, *supra* note 18 at 504.

¹¹² Leff は、注 6 7において、この "contract of adhesion" という言葉を最初に用いたのが、フランスの Saleilles であると指摘している。Leff, *supra* note 18 at n.67. また、Leff は、フランス語における adhésion と英語の adhesion が同じ意味なのかは確かではないとしつつ、この言葉が、よくある粘着テープ [adhesive tape] という言葉からもわかるように、agglutination（粘着）や stickiness（くっつく）という意味を強く含意していることを見過ごすべきではない、としている。Leff, *supra* note 18 at 505, n.70.

¹¹³ 大量取引においては、例えば買主は定型の purchase order (注文書)で注文をし、売主は定型の acknowledgment (請書; 承諾書)で返事をして取引が成立するケースが多い。しかし、このやり取りにおいて何らかの争いが生じた場合、2つの定型文書に含まれる条項が一致せず、契約の有効な成立と、仮に有効だとしても何が契約で定められたかにつき疑問が生じる。これが battle of the forms とよばれる問題である。契約の成立のためには、申込みの内容と承諾の内容が鏡に映された象のように完全に合致しなくてはならないという、伝統的な mirror image rule (鏡像原則)によれば、厳密な合意がないとして契約は無効とされたが、U.C.C. §2 - 207 は契約の有効な成立を認め、その場合の契約内容につき解決の指針を与えた。田中英夫『英米法辞典』。なお、この考え方は、契約書式を熟知した商人間の取引を想定している。

¹¹⁴ Leff, *supra* note 18 at 506.

¹¹⁵ 例えば、謄写版 1941 年版草案 §1-C(1) (d)は、次のように規定している。すなわち、「...ある契約条項のまとまりやかたまりが、契約の内容について両当事者

による詳細な検討や交渉を経ずに規定された場合、真実の合意 [actual assent] は...存在したとはみなされない。ある契約条項のまとまりやかたまりが、全体としてみた場合に、権利と義務が不合理に不公正で不均衡な方法で当事者に割り振られていた場合 [も同様である。]

¹¹⁶ 1941年版の草案の§1-C(1)(b)は、99行(約3ページ)にもわたる長い条文であり、「通常法律条文とは異なる」。同条項には、約5ページにわたる注釈と「報告書 [Report]」が付記されている。

¹¹⁷ 前掲第24条の条文参照。

¹¹⁸ Leff, *supra* note 18 at 529, n.170.

¹¹⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, UNIFORM COMMERCIAL CODE, MAY MEETING REVISIONS TO PROPOSED FINAL DRAFT No. 2, §2-302 (1951).

¹²⁰ 前掲条文参照。

¹²¹ Leff, *supra* note 18 at 536-537.

¹²² 非良心性に関する代表的・古典的な論考については、たとえば、主要な契約法教科書等によるリストアップから知ることができる。PERILLO, *supra* note 35 at 347 n.540; WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 244 n.2.

¹²³ *Id.* at 760-761.

¹²⁴ Ellinghaus, In Defense of Unconscionability (1969) 78 Yale L.J. 757, 761.

¹²⁵ Melvin Aron Eisenberg, The Bargain Principle and Its Limits, 95 Harv. L. Rev. 741, 750 (1982).

¹²⁶ Leff, *supra* note 18 at 487.

¹²⁷ Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965).

¹²⁸ John N. Adams, Unconscionability and the Standard Form Contract, in WELFARE IN CONTRACT LAW 230, 233-34 (Roger Brownsword et al. eds., 1994). 非良心性法理につき、「人は、実際にその者に押し付けられた契約によって害されてはならない」という概念に基づいた「強迫 (duress) の一種」である指摘する。また、WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 222. は、「(手続的、実体的という) それぞれには、コモン・ロー上の親類 (cousin) がいる。手続的非良心性は、契約締結過程における詐欺または強迫のように見え、実体的非良心性は、公序に反するもしくは違法な契約または契約条項を想起させる。」としている。

¹²⁹ WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 223-224

¹³⁰ U.C.C. § 2-302 オフィシャル・コメント1に関して、Hydraform Prod. Corp. v. Am Steel & Aluminum Corp., 498 A.2d 339 (N.H. 1985) 参照。非良心性は、弱い当事者が純粋な選択を失うほど交渉力に著しく格差があるかどうかという問題に帰着する、と述べている。

¹³¹ PERILLO, *supra* note 35 at 357. なお、第2次契約法リステイトメント208条においては、契約締結過程における非良心性を判断する要素として、以下のものが列挙されている。すなわち、当該契約の弱い当事者が完全に履行する合理的な可能性はないと相手方の強い当事者が考えていたこと、弱い当事者が当該契約から実質的な利益を得ることができないであろうことを強い当事者が知っていたこと、そして、身体的または精神的瑕疵や無知、文盲、または契約の言語を理解できないことを理由に、弱い当事者がその利益を合理的に保護すること

ができないことを強い当事者が知っていたことである (コメント d)。Restatement (Second) of Contracts § 208 (Am. Law Inst. 1981).

¹³² 会沢恒「アメリカ契約法から見た消費者契約法」ジュリスト 1200 号 (2001 年) 135 頁。White & Summers は、実体的非良心性を、「Excessive Price (過剰な価格を設定する契約条項)」と「Remedy Meddling (救済方法を何らかの形で制限する契約条項)」とに分けて論じている。WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 225-234; FARNSWORTH, *supra* note 53 at 591-593, 596-599

¹³³ Melissa T. Lonegrass, Finding Room for Fairness in Formalism—The Sliding Scale Approach to Unconscionability, 44 Loy. Chi. L.J. 1, 11 (2012).

¹³⁴ PERILLO, *supra* note 35 at § 9.40.

¹³⁵ Lonegrass, *supra* note 133 at 10-11.

¹³⁶ *Id.* at 11. この定式は 250 年もの間変化なく採用され続けていると指摘する。

¹³⁷ 「要素分析」に言及するものとして、DiMatteo & Rich, *supra* note 53 at 1075-1080; Carol B. Swanson, Unconscionable Quandary: UCC Article 2 And The Unconscionability Doctrine, 31 N. M. L. Rev. 359, 366 (2001).

¹³⁸ もちろん、判決文中において、手続的非良心性及び実体的非良心性を構成する具体的要素や事実をリストアップする判例・裁判例は、現在も多数存在する。

¹³⁹ Swanson, *supra* note 137 at 366. その他、Mullan 事件や Willie 事件で採用されたような要素分析について、非良心性という概念の有意義で機能的な分析を提供することができず、その有用性に限りがあるとの指摘を行うものとして、MURRAY, *supra* note 63 at 492.

¹⁴⁰ BISHOP & BARNHIZER, *supra* note 100 at 521. 本件は、原告たる肥料工場の経営者が、強盗によって被った損害 (窃取された農業薬品等に相当する金額、合計およそ 1 万ドル) を、保険によって補填しようと、被告保険会社に請求したところ、当該保険契約の中に「広範囲の商店経営者のための契約条項」及び「商店における強盗または窃盗に関する条項」という二つの条項が規定する「強盗」の意味の部分の有効性につき争われた事案である。本件保険契約によると、「強盗」に該当するためには、「人による、敷地内からの被保険財産の凶悪な方法による窃取であり、...凶悪な方法で敷地内に侵入し、その際、実際の力や暴力を使ったこと、これらの力や暴力につき、侵入した敷地内の外観において、道具、爆発物、電力、または化学薬品を使ってできた目に見える痕跡や物理的な損害があること」が要求されていた。ところが、本件における強盗事件では、ドアがこじ開けられたことが認められるものの、「目に見える痕跡や物理的な損害」を残していなかったことから、被告は、上記条項を根拠に、保険金の支払いを拒んだ。第一審裁判所は、被告の主張を受け入れたが、これに対して、アイオワ州最高裁は、原告の非良心性の主張 (I.C.A. § 554.2302) を含む複数の主張を受け入れ、原審を破棄差戻しとした。同裁判所は、原告の非良心性の主張につき、W. Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV.L.REV. 529 (1971). を根拠とした上で、「[非良心性の] 研究者たちは、非良心性の主張につき、合意、不当な不意打ち、[契約条項の] 開示、交渉力不均衡及び実質的な不公平の有無といった要素を検討しなければならない。」と述べている。ただし、これらの要素の具体的なあてはめについては、非

良心性の主張の前に検討した「合理的な期待の原則」、「黙示の保証への違反」において「既に触れた」とするのみで、これらの要素につき一つずつ検討を行うなどせず、これらの要素を満たすという前提で、非良心性の主張を認めている。Bishop & Barnhizer は、本件が Willie 事件ほど具体的な項目を挙げているわけではないとしながらも、本件の判旨が指摘するように、「合意、不当な不意打ち、[契約条項の] 開示、交渉力不均衡及び実質的な不公平等の有無」といった項目の検討が必要ということは、「非良心性の判断にはそれを構成する要素の分析が必要であるとの立場に立っている」ことに他ならないとの理由から、本件を要素分析の判例として挙げるとしている。

¹⁴¹ DiMatteo & Rich, *supra* note 53 at 1076.

¹⁴² 非正式審理判決 (summary judgment) とは、正式事実審理を経ないでなされる判決である。重要な事実について genuine issue (真正な争点) がなく、法律問題だけで判決できる場合に、申立てによりなされる判決をいう。訴答 (pleading)、その他の一件記録、affidavit (宣誓供述書) 等に基づいて判決される。陪審の審理を経ない点に大きな意味がある。事件全体についてだけでなく、一部の争点について判決することもできる。Federal Rules of Civil Procedure (連邦民事訴訟規則) では R.56 に規定がある。田中英夫『英米法辞典』

¹⁴³ 一般論として示した基準と、具体的事実即ちあてはめが、完全に対応または一致していないように見受けられるものや、7 ないし 10 個の項目を採用するとしながら、あてはめの部分でこれら 7 ないし 10 項目に、厳密には従っていないように見受けられるものもある。

¹⁴⁴ Perillo は、個別の事案は、手続的・実体的非良心性という 2 種類の非良心性に「きれいに (neatly) 」分かれるのではなく、「多くの場合、両方の要素が [一つの] 事案に現れている」とし、実際、一部の裁判所はこれらの要素が必ずある程度現れていないとしないとしている、と指摘する。そして、このような立場をとる裁判例として、次の 2 件を挙げている。Gillman v. Chase Manhattan Bank, 73 N.Y.2d 1, 10, 534 N.E.2d 824, 828, 537 N.Y.S.2d 787, 791 (1988) (Williams 判決を引用している。) ; Stroklund v. Nabors Drilling USA, 722 F.Supp. 2d 1095 (D.N.D.2010). PERILLO, *supra* note 35 at 355.

¹⁴⁵ イメージとしては、100% を表す水平方向の線分の中に任意の点を打ち、これを左右にスライドさせることによって、二つの線分に分け、一方の線分が手続的非良心性、もう一方が実体的非良心性を表すと考える。二つの線分を合わせると 100% であり、これが最終的な「非良心性」の判断となる。我が国の裁判実務において、しばしば、総合考慮、あわわせた一本等と呼ばれるような考え方に似たものと思われる。

¹⁴⁶ WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 235.

¹⁴⁷ バランシング・アプローチ、またはスライディング・スケールの手法が普及していることにつき、WHITE & SUMMERS, *supra* note 52 at 234, 235; FARNSWORTH, *supra* note 53 at 585; DiMatteo & Rich, *supra* note 53 at 1074; Spanogle, *supra* note 18; BISHOP & BARNHIZER, *supra* note 100 at 519.; 15 WILLISTON ON CONTRACTS (3d ed. 1972) § 1763A, pp. 226–227; Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc., 6 P.3d 669, 24 Cal.4th 83 (2000). 実体的非良心性が大きい場合に手続的非良

心性は小さくて良いという判断を行った判例として、*Ilkhchooyi v. Best* (1995) 37 Cal.App.4th 395, 410 [45 Cal.Rptr.2d 766]; *Carboni v. Arrospide* (1991) 2 Cal.App.4th 76, 83 [2 Cal.Rptr.2d 845]; *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court* (1989) 211 Cal.App.3d 758, 768 [259 Cal.Rptr. 789].

現在 (2016 年時点)、州の最高裁判所において *sliding scale* を採用しているのは 13 州 (カリフォルニア州、イリノイ州、ミズーリ州、ネヴァダ州、ニュージャージー州、ニューメキシコ州、ノース・カロライナ州、ノース・ダコタ州、バーモント州、ワシントン州、ウェストバージニア州、ウィスコンシン州、フロリダ州) であり、増加傾向にある。この点に関して、*Lonegrass*, *supra* note 133 at 6 n.23. も参照。フロリダ州を除く上記 12 州それぞれの具体的な判例のリストがある (フロリダ州の判例で *sliding scale* が採用されたのは *Lonegrass* 論文発表後であるため)。

なお、*sliding scale* について否定的な見解を述べるものとして、*McCulough* at 798. *sliding scale* は、非良心性法理を「さらに泥沼に [further muddies]」陥らせることになったとし、*sliding scale* を採用することは「非良心性法理が曖昧で予測可能性の欠ける法理であるという批判をさらに強くするだけだ」と述べる。

¹⁴⁸ 引用する判例として、*Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965); *Fleischmann Distilling Corp. v. Distillers Co. Ltd.* (S.D.N.Y.1975) 395 F.Supp. 221, 232 を挙げている。さらに、*Spanogle*, *supra* note 18 at 944–946. を参照することとしている。

¹⁴⁹ 下記の文献を参照するものとしている。*Ellinghaus*, *supra* note 124 at 764–765; *Eddy, On the “Essential” Purposes of Limited Remedies: The Metaphysics of U.C.C. Section 2–719(2)* 65 Cal.L.Rev. 28, 43 (1977); *Spanogle*, *supra* note 18 at 934–935, 943.

¹⁵⁰ *Eddy*, *supra* note 149 at 43. を参照するものとされる。

¹⁵¹ 下記を引用している。*Ellinghaus*, *supra* note 124 at 766–767; *Murray on Contracts*, *supra* note 63 at 748–749.

¹⁵² 例として、下記の判例を参照するものとする。e.g., *Schroeder v. Fageol Motors, Inc.* 86 Wash.2d 256, 544 P.2d 20, 23 (1975); *Weaver v. American Oil Company* 257 Ind. 458, 276 N.E.2d 144, 146 (1971).

¹⁵³ 下記を引用する。*Murray, Unconscionability: Unconscionability* (1969) 31 U.Pitt.L.Rev. 1, 12–23; see also *Eddy*, *supra* note 149 at 45–51; *Geldermann & Co. v. Lane Processing, Inc.*, 527 F.2d 571 (8th Cir. 1975)

¹⁵⁴ 下記を参照するものとしている。*Spanogle*, *supra* note 18 at 968.

¹⁵⁵ なお、本件は事業者対事業者の契約において非良心性を認めた事案としても重要な意味を持つ。

¹⁵⁶ *California Grocers Assn. v. bank of America*, 22 Cal.App.4th 205, 27 Cal.Rptr.2d 396; *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal. App. 4th 1519, 60 Cal. Rptr. 2d 138 (Cal. App. 1997).

¹⁵⁷ *BISHOP & BARNHIZER*, *supra* note 100 at 520.; *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal.App.4th 1519, at 1533 (1997).

¹⁵⁸ 15 *Williston on Contracts* (3d ed. 1972) § 1763A, pp. 226–227; *A & M Produce Co. v. FMC Corp.*, 135 Cal.App.3d 473 (1982). を引用する。

¹⁵⁹ バランシング・アプローチに言及した他の判例としては、*Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court* (1989) 211 Cal.App.3d 758, 768 [259 Cal.Rptr. 789]. がある。ただし、本件は、手続的及び実体的それぞれの非良心性につき、「相対的に、片方の〔非良心性の〕程度がよりひどい場合には、相対的に程度が小さい方〔の非良心性〕は、〔程度がよりひどい方の非良心性によって〕補われる。」と一文で述べるだけであり、さらに、事実上手続的非良心性の検討のみを行った上で、本件ではこれが認められないとして、結論としては非良心性の主張を斥けている。

¹⁶⁰ 105 N. H. 435, 201 A. 2d 886, 2 U.C.C. 235 (1964).

¹⁶¹ 113 N. J. Super. 452, 274 A. 2d 78, 8 U.C.C. 798 (Dist. Ct. 1970).

¹⁶² 676 N. Y. S. 2d 569 (A. D. 1 Dept. 1998).

¹⁶³ Uniform Commercial Code : with Annotations from State and Federal Courts, Prior Art. 2, §§2-201 to 2-314(2004) ; 1A, 358-360 に掲載されている全米の裁判所での「手続的非良心性」に関する記述を見ると、ほとんどに *unequal bargaining power* という単語が見られる。手続的非良心性の典型例として交渉力不均衡を挙げる文献は枚挙にいとまがないが、交渉力不均衡を分析対象とした本格的な研究で、近年の非良心性の研究に大きな影響を与えたと思われる文献として、Daniel D. Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 U. COLO. L. REV. 139. (2005). がある。なお、この論文とその著者の詳細は後述する。

¹⁶⁴ 原文の和訳の該当部分は、以下の通り。「多くの事案において、選択の有意性〔“意味ある選択”であること〕は、交渉力の不均衡によって否定される。(中略) 交渉力をほとんど持たず、そしてそれゆえに真の選択をほとんど持たない当事者が、契約条項に関する知識をほとんどあるいは全く持たずに商取引上不合理な契約を締結した場合、彼の同意 (consent) もしくはその同意の客観的な表明が、すべての条項に対して与えられたとは考えにくい。このような場合、契約条項〔の内容の不当性〕は問題とされないというルールは放棄されるべきである。そして、裁判所は、当該契約条項がその強制力を発動させるべきではないといえるほどに、不当といえるか否かについて検討すべきである。

¹⁶⁵ PERILLO, *supra* note 35 at 357.

¹⁶⁶ Charles L. Knapp, *13. Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First-Century Survey*, LARRY A. DiMATTEO et al., COMMERCIAL CONTRACT LAW, Cambridge University Press 309 (2013).

¹⁶⁷ 「法と経済学」がアメリカ特有の思想・学説であることについて、たとえば、岸田雅雄『法と経済学』47頁(新世社、1996)では、「新古典派経済理論がアメリカにおいて規範となり、もっともアメリカ的な思考方法として発達してきたのと同様に『法と経済学』もアメリカにおいて花が開いた」と表現されている。

¹⁶⁸ RICHARD A. POSNER, *Duress, Bargaining Power, and Unconscionability*, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 126-30 (5th ed. 1998).

¹⁶⁹ Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J.L. & ECON. 293, 301-02 (1975).

¹⁷⁰ *Id.* at 301-05.

¹⁷¹ *Id.* at 305-06.

¹⁷² *Id.* at 305-306.

¹⁷³ add-on clauses; 元利均等払条項。割賦返済型金銭消費貸借契約において、貸付元本に対する利子を元本とともに毎回均等に返済する旨を定める契約条項。例えば、1,000ドルを年利8%で3年間借りた場合、元利合計1,240ドルを毎回均等返済することになる。田中英夫『英米法辞典』。

¹⁷⁴ *Id.* at 306-08, 314-15.

¹⁷⁵ Brian Bix, *Epstein, Craswell, Economics, Unconscionability, and Morality*, 19 QLR 715, 717 (2000).

¹⁷⁶ *Id.* at n. 14.

¹⁷⁷ *Id.* at n. 15.

¹⁷⁸ *Id.* at n. 16.

¹⁷⁹ Epstein, *supra* note 169 at 313.

¹⁸⁰ Epstein, *The Assault that Failed: The Progressive Critique of Laissez Faire*, 97 Mich. L. Rev. 1697, 1702 (1999)

¹⁸¹ Epstein, *supra* note 169 at 293-95.

¹⁸² Bix, *supra* note at 718. また、この点につき答えるものとして、同脚注20 ("bounded rationality" について) 及び同脚注21 (ゲーム理論について) 参照。

¹⁸³ Richard Craswell, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 U. Chi. L. Rev. 1, 66 (1993). なお、本論文の和文による紹介として、下記参照。林田清明「Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines, R.Craswell (60 U.Chi.L.Rev.,1993)」アメリカ法 1995(1) 111 頁以下。

¹⁸⁴ *Id.* at 3.

¹⁸⁵ *Id.* at 5-6.

¹⁸⁶ なお、Craswell のいう「実体的非良心性」の定義については、*Id.* n.35.

¹⁸⁷ *Id.* at 17-20.

¹⁸⁸ この点について、Comment, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151, at 1153-57 (1976); Alan Schwartz and Louis L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 630, at 65; Avery Katz, *Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts*, 21 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 518, at 520-22 (1990).

¹⁸⁹ Eric A. Posner, *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract*, 24 J. LEGAL STUD. 283, 320 (1995).

¹⁹⁰ *Id.* at 300-310.

¹⁹¹ この点について、Posner は下記の文献を挙げている。P. S. ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* 708-13 (1979). ただし、次の文献に注意。LAWRENCE M. FRIEDMAN, *A HISTORY OF AMERICAN LAW* 543 (2d ed. 1985).

¹⁹² このような捉え方について、*Vom Lehn v. Astor Art Galleries, Ltd.*, 380 N.Y.S.2d 532 (1976). を引用する。これは、\$67,000 の価値のあるヒスイ等を\$14,750 で売買された事案で、買主らは裕福で取引に慣れていたというものである。裁判所は、詐欺やその他の契約締結上の瑕疵を認めなかったが、本件契約を非良心的であるとして拘束力を否定した。

¹⁹³ この点について、下記を引用。Epstein, *supra* note 169; Lewis A. Kornhauser, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151, 1180 (1976).

¹⁹⁴ 具体的には、下記の通り。American Home Improvement, Inc. v. MacIver, 201 A.2d 886 (N.H. 1964); Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965); Frostifresh Corporation v. Reynoso, 274 N.Y.S.2d 757 (1966); Toker v. Perl, 247 A.2d 701 (N.J. 1968); Kugler v. Romain, 279 A.2d 640 (N.J. 1971); Murphy v. McNamara, 416 A.2d 170 (Conn. 1979); Morris v. Capitol Furniture & Appliance Co., 280 A.2d 775 (D.C. 1971).

¹⁹⁵ Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003).

¹⁹⁶ 本件では、「契約条項における著しい不均衡により、手続的非良心性の立証がなくても、非良心的であると認めることができる。」とされた。なお、本件は、下記の事件を引用している。Resource Management Co v. Weston Ranch, 706 P2d 1028, 1043 (Utah 1985); Gillman v. Chase Manhattan Bank, NA, 73 NY2d 1, 534 NE2d 824, 829 (1988). これは、ある条項が実体的に「きわめてひどい [outrageous]」場合には、契約手続上 [契約締結上] の瑕疵は必ずしも必要ではないとした事案である。

¹⁹⁷ Oren Bar-Gill, *Seduction by Plastic*, 98 NW. U. L. REV. 1373 (2004)

¹⁹⁸ Oren Bar-Gill, *Making Credit Safer*, 157 U. PA. L. REV. 1 (2008).

¹⁹⁹ Bar-Gill, *supra* note 197 at 1374.

²⁰⁰ この点につき、下記を引用。Korobkin, *supra* note 195 at § § V and VI, 消費者の合理的行為 (bounded rationality) を制限する標準書式契約の規制における非良心性法理の有効性について論じる。

²⁰¹ Bar-Gill は、事前の規制の方がより望ましいという立場をとる。Bar-Gill, *supra* note 197, at 1423-1424. なお、市場の不完全性によって生じた非良心的な契約は、司法による是正よりも、立法による対応の方が適していると指摘する論考として、次の文献を引用する。Lewis A. Kornhauser, *Comment, Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151 (1976) また、立法による対応に関して、仲裁条項の問題は、実際、当時の議会の議題に挙がっていた。Consumer Credit Fair Dispute Resolution Act of 2001, S. 192, 107th Cong., 147 Cong. Rec. S587 (daily ed. Jan. 25, 2001).

²⁰² この点について、Bar-Gill は下記の文献を参照している。E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* § 4.28, at 314 (3d ed. 1999) (非良心性法理が一般的に消費者から主張されること、およびフランチャイズ契約をめぐる紛争において適用が問題となることをについて論じている。)

²⁰³ Bar-Gill, *supra* note 198 at 71. なお、この点につき、n.231. において、下記の判例を参照している。Arriaga v. Cross Country Bank, 163 F. Supp. 2d 1189, 1194-95 (S.D. Cal. 2001) (仲裁条項につき、手続的にも実体的にも非良心的ではないとした事案。); Bank One, N.A. v. Coates, 125 F. Supp. 2d 819, 830-36 (S.D. Mass. 2001) (原告が仲裁費用を負担し、利用可能な救済手段にも制限がある仲裁条項について、非良心的ではないとされた事案。); Marsh v. First USA Bank, N.A., 103 F. Supp. 2d 909, 920 (N.D. Tex. 2000) (交渉を経ていない仲裁条項について非良心的でな

いとされた事案。)。Bar-Gill は、非良心性の主張は、極端な事案においてのみ認められると指摘する。See, e.g., *Ferguson v. Countrywide Credit Indus.*, 298 F.3d 778, 785 (9th Cir. 2002) (起草者の [への] 主張を免除する仲裁条項は、最も非良心的となりやすいと判断した事案。); *Lozada v. Dale Baker Oldsmobile, Inc.*, 91 F. Supp. 2d 1087, 1105 (W.D. Mich. 2000). 「仲裁条項は、実体的に非良心的である。なぜなら、それは差し止め命令による救済のみならずクラス訴訟による救済を放棄させるものだからである。」とした。なお、仲裁条項の非良心性が問題となったケースにつき、下記を引用。Korobkin, *supra* note 195 at 1274-75.

²⁰⁴ Bar-Gill, *supra* note 198 at 75-76.

²⁰⁵ *Id.* at 98.

²⁰⁶ Knapp, *supra* note 166 at 314. なお、Knapp はこの点につき、下記の文献を引用している。Epstein, *supra* note 169, 293 (1975); Robert A. Hillman, *Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 CORNELL L. REV. 1 (1981); Allan Schwartz, *A Reexamination of Non Substantive Unconscionability*, 63 VA. L. REV. 1053 (1977).

²⁰⁷ Knapp, *supra* note 166 at 314. なお、Knapp はこの点につき、下記の文献を参照している。Jeffrey W. Stempel, *Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism*, 19 OHIO STATE J. ON DISPUTE RESOLUTION 757, 822-825 (2004).

²⁰⁸ この点につき、Knapp は、2000 年代に入る直前の約 20 年間に於いて、非良心性法理はアメリカ契約法の中でいわば周辺的な位置付けとされていたと見るのが一般的であるとする。Knapp, *supra* note 166 at 314. また、Farnsworth は、70 年代が「疑いようもなく契約法における消費者の春の時代であった (The 1970s were undeniably the decade of the consumer in contract law.)」とし、その具体的結実として 1975 年のマグナソン・モス法の成立等を挙げる。そして、非良心性の分野においては、一部の裁判所が同法理の適用を消費者契約から事業者間契約へと拡張しようという動きを見せていたことを挙げ (具体的には、*Shell Oil Co. v. Marinello*, 63 N.J. 402, 307 A.2d 598 (1973), cert. denied, 415 U.S. 920 (1974). 事件を挙げている。)、前述のような「契約法における消費者の春の時代」にあわせて非良心性法理の発展にも前向きな傾向が見られたと指摘している。しかし、これに対して、1980 年代は「振り子が逆方向に振れた」とし、「[70 年代から] 引き続く非良心性の適用範囲の拡張...は、期待されたほどは見られなかった。」と総括している。E. Allan Farnsworth, *Developments in Contract Law during the 1980's: The Top Ten*, 41 CASE W. RES. L. REV. 203, 222-225 (1990).

²⁰⁹ 合衆国最高裁の判決は、司法のかつてのこのような傾向につき、仲裁に対する hostility (敵意) と表現している。

²¹⁰ Knapp, *supra* note 166 at 315.

²¹¹ *Id.* また、Jeffrey W. Stempel, *Bootstrapping and Slouching toward Gomorrah: Arbitral Infatuation and the Decline of Consent*, 62 BROOKLYN L. REV. 1335 (1996). も参照。

²¹² Knapp, *supra* note 166 at 315. また、Jeffrey W. Stempel, *Bootstrapping and Slouching toward Gomorrah: Arbitral Infatuation and the Decline of Consent*, 62

BROOKLYN L. REV. 1335 (1996). も参照。David S. Schwartz, *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*, 1997 WISCONSIN L. REV. 33. も参照。

²¹³ Knapp, *supra* note 166 at 315. Knapp は、「裁判所は当初、この問題を認識していないかに見えた」と指摘している。

²¹⁴ FAA, 9 USC § 2. 原文は、次の通りである。 A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

²¹⁵ 論者によって、具体的な数字やパーセンテージは異なるものの、たとえば、Susan Randall, *Judicial Attitudes about Arbitration and the Resurgence of Unconscionability*, 52 BUFF. L. REV. 185, 194 (2004). では、2002 年から 2003 年の間の裁判例のうち、仲裁条項において非良心性と認められた事案の数は、それ以外の条項において非良心性と認められた事案の約 2 倍であったと指摘する。Charles L. Knapp, *Blowing the Whistle on Mandatory Arbitration: Unconscionability as A Signaling Device*, 46 SAN DIEGO L. REV. 609, 619-26 (2009). は、仲裁条項における非良心性の主張が増えたために、1990 年以降、「実質的には」非良心性法理が適用された裁判例は増加したと指摘する。すなわち、契約全体または一部が非良心的であるとの主張が認められ、または少なくともかなり詳細に議論された裁判例は、90 年から 2010 年の間にその数が劇的に増加し、その主な要因は強制的仲裁条項の有効性を争ったものであるという。Aaron-Andrew P. Bruhl, *The Unconscionability Game: Strategic Judging and The Evolution of Federal Arbitration Law*, 83 N.Y.U. L. REV. 1420, 1436-41 (2008). は、仲裁条項における非良心性の主張は、1%から 15~20%にまで上昇したと指摘する。なお、Knapp, *supra* note 166 at 317. も同趣旨。もっとも、非良心性の主張を認める裁判例が増加しているという結論に反する調査結果を提示するものもある。たとえば、DiMatteo & Rich, *supra* note 53 at 1100-01. ただし、この調査結果については、裁判所における非良心性法理の適用事例が減少した時期でもある 1960 年代に提起された訴訟も含まれているためであるとの指摘がなされている。 *Id.* at 290, n 52.

²¹⁶ Knapp, *supra* note 166 at 338 n.48. に挙げられた裁判例等。

²¹⁷ AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S. Ct. 1740 (2011); American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013); DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015). なお、各判例の解説として、次の各拙稿参照。「アメリカ連邦最高裁の判例研究 クラス・アクションを回避する仲裁条項の有効性に関する判決 —AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S. Ct. 1740 (2011)—」比較法学 48 巻 1 号 211-221 頁 (2014 年) ; 「アメリカ連邦最高裁の判例研究 附従契約におけるクラス仲裁免除条項の有効性 —American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013)—」比較法学 48 巻 3 号 244-254 頁 (2015 年) 「フランチャイズ契約におけるクラス・アクション免除の仲裁条項 論文紹介 : Peter B.

Rutledge & Christopher R. Drahozal, "Sticky" Arbitration Clauses? The Use of Arbitration Clauses After *Concepcion* and *Amex*, 67 VAND. L. REV. 955 (2014)」アメリカ法 2015 (1) 97-102 頁 (2015 年) ; 「DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015) - 消費者契約における仲裁条項の有効性判断の際に準拠する『顧客の州の法律』には、契約締結後に合衆国最高裁によって無効とされた州の判例法理が含まれるとの解釈は、連邦仲裁法に反するとした事例」アメリカ法 2016 (2) 305-310 頁 (2016 年)。

²¹⁸ 特に、この傾向はカリフォルニア州で顕著であり、*Sonic-Calabasas A, Inc. v. Moreno*, 311 P.3d 184, 205-11 (Cal. 2013). においては、*Concepcion* 判決や *Amex* 判決を再考した上で、カリフォルニア州の非良心性のルールを変更しないものとした。McCulough at 815. なお、そもそもカリフォルニア控訴裁判所において、仲裁条項における非良心性の主張が認められる事案が多いとの指摘もある。

Stephen A. Broome, *An Unconscionable Application of The Unconscionability Doctrine: How the California Courts Are Circumventing the Federal Arbitration Act*, 3 HASTINGS BUS. L.J. 39, 44-48 (2006).

²¹⁹ Knapp, *supra* note 166 at 324 n.65.

²²⁰ 多くは、契約法は、債務の相互性を要件としていないという指摘であるという。

²²¹ Knapp, *supra* note 166 at 321-322.

²²² Knapp は、「手続的非良心性の認定により、裁判所は、特に、実体的非良心性の検討と判断において、かえって望まない判断を行うことになる」と表現している。つまり、Knapp は、手続的非良心性を容易に認めることが、かえって、実体的非良心性、すなわち契約内容そのもの非良心性は認められないという結論を導き出しやすい原因になっていると考えているようである。

²²³ この点につき、具体的な判例は Knapp, *supra* note 166 at 322 n 61. ただし、必ずしもすべてのケースがこのような判断をされるわけではなく、これとは逆に、手続的非良心性があまりにも著しく、裁判所が実体的非良心性について苦心して分析する必要がないようなケースも存在するという。

²²⁴ この点につき、具体的な判例は Knapp, *supra* note 166 at 322 n.63.

²²⁵ この点につき、具体的な判例は *Id.* at 322 n.64.

²²⁶ なお、スライディング・スケールにつき、Knapp は 2000 年代後半以降の比較的新しい判例を挙げている。*Id.* at 322 n.59, n.60.

²²⁷ Knapp は、1980 年代から 90 年代には、法と経済学の論者により非良心性への注目が減退していき、「契約自由」や「自由市場」への不正な介入であるとしてその適用も控えられようになったと指摘する。*Id.* at 314. このほか、Epstein, *supra* note 169; Robert A. Hillman, *Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 CORNELL L. REV. 1 (1981); Allan Schwartz, *A Reassessment of Non-Substantive Unconscionability*, 63 VIRGINIA L. REV. 1053 (1977).

²²⁸ R.C. (Baldwin's Ohio Revised Code Annotated) § 1302.15 「非良心性的な契約または契約条項」

²²⁹ *Hurst v. Enterprise Title Agency, Inc.*, 157 Ohio App.3d 133, at ¶ 20, 809 N.E.2d

-
- 689 (2002); *Cross v. Carnes* 132 Ohio App.3d 157, 170, 724 N.E.2d 828 (1998).
- ²³⁰ *Muscioni v. Clemons Boat*, 2005 WL 2008021 (Ohio App.).
- ²³¹ AS (West's Alaska Statutes Annotated) § 45.02.719 (b, c).
- ²³² 本件保証条項は、製造会社による修繕または修理費用の賠償を定めていたが、被告は原告からの求めに応じなかった。
- ²³³ *Chatlos Sys., Inc. v. National Cash Register Corp.*, 635 F.2d 1081, 1085 (3d Cir.1980). at 1087.
- ²³⁴ Obligation of good faith in its performance or enforcement; AS 47.01.203; U.C.C. § 1-203.
- ²³⁵ *Piece v. Catalina yachts, Inc.*, 2 P.3d 618 (Alaska 2000).
- ²³⁶ NDCC (West's North Dakota Century Code Annotated) NDCC § 41-02-19. (2-302) Unconscionable contract or clause.
- ²³⁷ *Mullis v. Speight Seed Farms, Inc.*, 234 Ga.App. 27, 505 S.E.2d 818 (1998).
- ²³⁸ *DJ Coleman, Inc., v. Nufarm Americas, Inc.*, 693 F. Supp.2d 1055 (D.N. Dak. 2010).
- ²³⁹ N.J.S.A. (New Jersey Statutes Annotated) 12A:2-302 Unconscionable contract or clause.
- ²⁴⁰ *Gonzalez v. A-1 Self Storage, Inc.*, 795 A.2d 885 (N.J. Super. Ct. 2000).
- ²⁴¹ *Dubey v. Public Storage*, 918 NE 2d 265 (Ill. App. 2009).
- ²⁴² V.T.C.A., Bus. & C. (Vernon's Texas Statutes and Codes Annotated Business and Commerce Code) § 17.45.
- ²⁴³ *Perry Homes v. Alwattari*, 33 SW 3d 376 (Tex. Ct. App. 2000).
- ²⁴⁴ *State ex rel. Vincent v. Schneider*, 194 S.W.3d 853, 858 (Mo. banc 2006).
- ²⁴⁵ *Whitney v. Alltel Communications, Inc.*, 173 S.W.3d 300, 308 (Mo.App.2005). なお、この判決は *Funding Sys. Leasing Corp. v. King Louie Int'l, Inc.*, 597 S.W.2d 624, 634 (Mo.App.1979). を引用している。
- ²⁴⁶ *Repair Masters Construction, Inc., v. Gary*, 277 SW 3d 854 (mo. Ct. App. 2009).
- ²⁴⁷ 弁護士契約において主導権を有するのは依頼人であるという点につき、*C.I.R. v. Banks*, 543 U.S. 426, 436, 125 S.Ct. 826, 160 L.Ed.2d 859 (2005).
- ²⁴⁸ Texas Disciplinary Rules of Professional Conduct 1.02 (1990).
- ²⁴⁹ *Lewis v. S.S. Baune*, 534 F.2d 1115, 1122 (5th Cir.1976); *Singleton v. Foreman*, 435 F.2d 962, 970 (5th Cir.1970); *Sentco, Inc. v. McCulloh*, 84 So.2d 498, 499 (Fla.1956).
- ²⁵⁰ R.C. (Baldwin's Ohio Revised Code Annotated) § 1302.15 Unconscionable contract or clause.
- ²⁵¹ 878 N.E.2d 1122 (Ohio Com. Pl. 2007).
- ²⁵² *Knapp* は、事業者間取引における非良心性法理の適用例として、*DJ Coleman, Inc., v. Nufarm Americas, Inc.*, 693 F. Supp.2d 1055 (D.N. Dak. 2010)を挙げている。
- ²⁵³ 303 SW 3d 177 (Mo. Ct. App. 2010). *Knapp*, *supra* note 166 at 326.
- ²⁵⁴ VA Code Ann. (West's Annotated Code of Virginia) § 20-151. Enforcement; void marriage.
- ²⁵⁵ *Sims v. Sims*, 685 SE 2d 869 (Va. Ct. App. 2009).
- ²⁵⁶ *Collins v. Click Camera & Video, Inc.* (1993), 86 Ohio App.3d 826, 834, 621 N.E.2d 1294.
- ²⁵⁷ *Snell v. Snell*, 2010-Ohio-2245.
- ²⁵⁸ なお、消費者金融・消費者信用に関する非良心性の事案として、*Knapp, supra*

note 166 at 334.においては、Citibank v. DeCristoforo, 28 Mass. L. Rptr. 139 (Mass. Super. Ct., 2013). が紹介されている。本件ではクレジットカードの18%を超える利率、および55%の利率につき、非良心的と判断されたが、その控訴審 Citibank v. DeCristoforo, 83 Mass.App.Ct. 1131 (Mass. App. Ct., 2013) において破棄されたため、本稿では扱わない。

²⁵⁹ なお、不動産取引に関する非良心性の事案として、他に、Cleveland v. O'Brien, 2010 WL 4703781 (D.N.J 2010) がある。同事案では、破産により失った住居をローンで買い戻す契約について、N.J.S.A. 56:8-2 (New Jersey Statutes Annotated Title 56. Trade Names, Trade-Marks and Unfair Trade Practices) 「商品や不動産の売買や広告との関係において違法な行為と認められる詐欺等」に基づき、非良心的と判断された。

また、In re Emery-Watson, 412 BR 670 (D.Del. 2009)は、破産者が、その住居を差し押さえによって失うことを避けるため、隣人に同住居を譲渡したところ、後に、破産者は、住居の譲渡ではなく抵当権の設定 (deed) のつもりであり、詐欺により譲渡してしまったと主張し、隣人に対して訴えを提起した事案である。これに対して、裁判所は、本件譲渡に関する合意につき、非良心的であると判断した。

その他、英語が不自由な消費者を非良心性法理の適用によって保護した事案として、HSBC Bank USA v. Benevides 2011 WL 262431 (Conn. Super. Ct.); Thelemaque v. Fremont Investment & Loan 2011 WL 2734490 (Mass. Super. Ct). がある。

²⁶⁰ Knapp, *supra* note 166 at 330.

²⁶¹ なお、Knapp は、消費者金融と消費者信用の事案として、O'Donovan v. CashCall, Inc., 278 F.R.D. 479 (N.D. Cal.) も紹介しているところ、上記事件は、現在控訴中であるため、本稿では扱わない。Knapp は、「おそらく、過去数年間で非良心性の最も大胆な適用例は、消費者金融と消費者信用の分野であろう。」と述べ、これらのケースは、全体として、消費者契約における司法の「大胆な介入」を示す事例であるとしている。Id. at 332.

²⁶² Swayne v. Beebles Investment, Inc., 891 NE 2d 1216 (Ohio Ct. App. 2008).

²⁶³ なお、Knapp は、本件について「非常に変わった非良心性の適用事例である。」と指摘している。

²⁶⁴ Tjart v. Smith Barney, Inc., 107 Wash.App. 885, 898, 28 P.3d 823 (2001).

²⁶⁵ Johnson v. The Cash Store, 68 P.3d 1099 (Wash Ct. App. 2003).

²⁶⁶ Payday Loan Store of Wis., Inc. v. Mount., 2011 WL 2577365 (Wis. Ct. App).

²⁶⁷ Payday Loan Store of Wisconsin, Inc. v. Mount, 338 Wis.2d 325, 808 N.W.2d 717 (Table), 2012 WI2.

²⁶⁸ Checking Account Overdraft Litigation, 694 F. Supp. 2d 1302 (S.D. Fla.2010). なお、本件は、後に和解が成立している。Checking Account Overdraft Litigation, 830 F.Supp.2d 1330 (S.D. Fla. 2011).

²⁶⁹ Westlaw において、Concepcion 判決に言及したロー・レビューを検索すると、1000以上の文献が該当する(2018年1月現在)。これらをすべて調査・確認することは不可能であるが、論文のタイトルや概要を見る限りでは、Concepcion

事件によって類似の事件の原告、すなわち消費者にとっては厳しい状況となったと憂慮し、あるいは、そのような状況を作り出した同判決を批判するものが多いようである。たとえば、現代の合衆国最高裁の仲裁条項を「保護」する態度は、「行き過ぎである」との主張を行うものとして、Alexander C. Hyder, *Consumer Arbitration Agreements and Collective Action Waivers: Why the Supreme Court's Defense of Arbitration Has Gone Too Far*, 16 DUQ. BUS. L.J. 111 (2013).

²⁷⁰ American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013).

²⁷¹ DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015).

²⁷² Concepcion 判決、Italian Colors 判決、および DIRECTV 判決については、本稿脚注の拙稿脚注 (217) 参照。

²⁷³ なお、Braucher は、EU 不当条項指令について、次のように評価している。まず、EU 不当条項指令の適用範囲として、「EU 指令は、単に不当条項の強制力を否定することによって無効とするのみならず、[契約を締結するより前の] 最初の時点で、[そのような不当な条項が] 使用されないようにすることをも要求している。」とする。また、EU 指令は、「人または団体が『裁判所または[当該問題について] 権限のある行政主体に』不当条項の使用の継続の回避を求める救済手段がなければならない」と規定しており、この点について、Braucher は、「このように、ヨーロッパ法は、強制の手段としての事後的な訴訟に関する問題点に対してひじょうに順応性がある。」とする。これに対して、ALI 原則については、「非良心性を含む様々な基準による非・強制手段を含むコモン・ローの判決に基づいており、さらに、連邦と州の消費者保護担当者によってアメリカの消費者法の中で利用される、ルールの設定、回避、そして所轄機関による強制措置などの手続法上の手段を採用しない。」という。

²⁷⁴ MEL KENNY, JAMES DEVENNEY AND LORNA FOX O'MAHONY, UNCONSCIONABILITY IN EUROPEAN PRIVATE FINANCIAL TRANSACTIONS

²⁷⁵ このほか、大陸法においても、非良心性と似たような問題状況にあることを論じたものとして、Winn & Webber, *The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on U. S. Business to Consumer Internet Merchants*, 62 BUS. L. 209 (2006).

²⁷⁶ 同プログラムは、EU の第 7 調査枠組み (European Union's 7th Research Framework) の Marie Curie Research Grant の後援を受けている。

当日のプログラム等については、下記参照。

<https://www.dur.ac.uk/iccl/events/conceptualising/>

²⁷⁷ MEL KENNY et al., *supra* note at 1.

²⁷⁸ *Id.* at 379.

²⁷⁹ 1171 条のフランス語の原文は下記の通りである。

Art. 1171. Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

附合契約においては、契約当事者の権利と義務との間に重大な不均衡を生み出す条項は、書かれていなかったものとみなす。

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

重大な不均衡の評価は、契約の主要な目的や価格条項の適正さについて行って

はならない。C. CIV. art. 1171 (Fr. rev. 2016).

この条文のフランス法務省発表の公式英語訳は下記の通りである。

Any term of a standard form contract which creates a significant imbalance in the rights and obligations of the parties to the contract is deemed not written.

The assessment of significant imbalance must not concern either the main subject-matter of the contract nor the adequacy of the price in relation to the act of performance.
http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf

なお、改正過程における同条の前身の条文（条文番号は 1169 条であった。）について、「(フランス民法典の) 改正によって導入された、最も議論のあった変更点の一つである」との指摘もなされている。Peter Rosher, *French Contract Law Reform*, 17 BUS. L. INT'L 59, 67 (2016).

²⁸⁰ 仲裁条項、wrap contract、インターネット上の電子取引等、現代的な契約の問題を扱うものが多い

²⁸¹ *Id.* at 132.

²⁸² *Id.* at 144-145.

²⁸³ 仲裁条項の問題と非良心性が頻繁に利用されるようになったことについて、筆者自身は、特に関係がない (unrelated) と考えているようである。 *Id.* at 146.

²⁸⁴ *Id.* at 784.

²⁸⁵ 同リステイトメントでは、消費者契約における附合契約に関する条文の導入が検討されている。

²⁸⁶ 本稿 III-4(2)参照。

²⁸⁷ 詳細は拙稿「アメリカ契約法と非良心性の法理—非良心性と契約法における不服を主張する権利というアプローチ--論文紹介：Nicolas Cornell, *A Complainant-Oriented Approach to Unconscionability and Contract Law*, 164 U. PA. L. REV. 1131 (2016)」アメリカ法 2017 (2) 頁 (2018) 参照。

²⁸⁸ Knapp, *supra* note 166 at 337.

²⁸⁹ なお、樋口範雄教授は、bargaining power について「取引上の力関係」との訳語を当てている。『アメリカ契約法』203 頁 (有斐閣、2008 年)。また、現在、わが国の法令の中で「交渉力」という言葉が明記されているのは、消費者基本法及び消費者契約法のほか、消費者教育の推進に関する法律 (平成 24 年制定)、消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律 (平成 25 年制定) のみである。

²⁹⁰ 「交渉力」、「交渉力不均衡」、「交渉力 (の) 格差」といった言葉の意味が曖昧であることについては、我が国でも多数指摘されている。さらに、諸外国においても、状況は類似しているようである。例えば、ドイツにおいて、「不当威圧、不意打ち状況の利用、あるいは、つけ込み型の経済的威迫等を指す場合」に、「頻繁に用いられるキーワード」として、「交渉力の構造的不均衡」という言葉が存在すること、及び、この「交渉力の構造的不均衡」につき「射程、内実、私法理論上の位置付けについての理解は帰一しておらず、これがかえって [ジャンク不動産投資被害の本質は何かという問題について] 議論を混乱させているようにも思われる」との指摘がある。角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』318 頁 (商事法務、2014 年)。

291 イギリスにおける交渉力不均衡の研究については、我が国でも既に多数の先行研究がなされている。笠井修「イギリス契約法における交渉力の不均衡法理の形成」一橋論叢 89(6), 894-903 頁 (1983 年); 及川光明「英法における不当威圧の法理と暴利行為の公序良俗違反の認定について」亜細亜大学誌諸学紀要 人文・社会・自然 (14)166-177 (1965 年); 同「イギリス契約法における非良心性に関する若干の動向—記録長官 Denning 卿の判決を中心として—」亜細亜法學 14 (1) 111-134 頁 (1979 年); 同「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向—Scarman 卿の判決を中心として—」早稲田法学 (61 (3・4) 2) 171-200 頁(1985 年); 同「強迫の法理の史的考察—英米契約法の強迫理論の前提として—」比較法学 27 (1) 77-121 頁 (1993 年); 同「交渉力の不均衡に関する一考察」比較法学 29 (1) 35-69 頁 (1995 年); 同「不当威圧の法理における「公平無私の助言」について」法學新報 103 (11/12) 1-28 頁 (1997 年); 同「交渉力の不均衡の法理」金沢法学 42 (2) 35-65 頁 (2000 年); 同「消費者契約法における「交渉力の格差」とイギリス契約法における「交渉力の不均衡」」企業法研究 (15), 65-92 頁 (2003 年); 菅富美枝「契約当事者間における交渉力格差と契約の有効性：イギリス法における『非良心的取引』及び『過度な影響力の行使（不当威圧）の推定』法理の現代的機能への着目」経済志林 83 (2) 1-41 (2015 年)。

292 ただし、inequality of bargaining power について論じる場合、アメリカの学説の多くはイギリスのロイド銀行事件を引用・参照している。

293 この論考は、Notes と呼ばれる、ロー・スクールの学生が無署名で執筆する比較的短い記事であり、法律実務家や法学の教授が執筆する Articles とは異なる。Note は、一般的に、優秀な学生が教授の指導を受けつつ執筆するとされる。以下、Articles (論文) と区別するため、「ノート」と表記する。

294 Notes, *The Significance of Comparative Bargaining Power in the Law of Exculpation*, 37 COLUM. L. REV. 248 (1937). なお、著者は、契約上の義務や法的責任に課せられる制限は、合意によって決まり、疑いの余地がないと考えることは間違っていると指摘する。

295 *Id.* at 248. なお、同頁脚注 4 において、Llewellyn, *What Price Contract – An Essay in Perspective*, 40 Yale L. J. 704, 716 (1931) et seq.; cf. *Sante Fe, P. & P. Ry. v. Grant Bros. Construction Co.*, 228 U. S. 177 (1913).

296 *Id.* at 249. なお、著者が脚注 7 に挙げる判例参照。

297 *Id.* at 249; *R. R. v. Lockwood*, 17 Wall. 357, 379, 380 (U. S. 1873).

298 *Id.* at 261.

299 具体的には、不動産賃貸借契約における貸主の過失による法的責任の免除を挙げる。

300 著者によると、「圧倒的な交渉力を有する当事者の力を和らげるための選択肢（例えば、弱い当事者が、高価だが「合理的」な価格で完全な責任を確保することが認められる等）を利用することは、商品運送の事例において有用であるばかりでなく、規制等によりこの選択肢の公正さが確保される場合も有用である」。そして、「[事故が起こるかもしれないという] 不確定な未来 (the

improvidence) から人を保護しようという政策は、一般的な乗客運送契約における乗客に有用であるばかりではなく、もともとの、または人為的に作られた交渉力の平等を享受していたとしても、事故に巻き込まれる可能性についてほとんど考えない人にも有用である」。また、「免責を通して経済的効率を実現する可能性は、通信契約の事例では特に顕著であったが、どの場面であっても、免責に対する司法の態度はより好意的のようである。逆に、裁判所は、第三者が当該義務から利益を得ると分かると、契約当事者による当該義務の免責を認めようとしなない。」という。

³⁰¹ この基準により対象外となる論考として、(1) E.M.D., *Discrimination by Labor Union in the Exercise of Statutory Bargaining Powers*, 58 HARV. L. REV 448 (1945) (2) Notes, *Employee Bargaining Power under the Norris-Laguardia Act: the Independent Contractor Problem*, 67 YALE L. J. 98 (1957) (3) William M. Evan, *Power, Bargaining and Law: A Preliminary Analysis of Labor Arbitration Cases*, 7 SOC. PROBS. 4 (1959).等がある。なお、(1) は、鉄道業界において、クローズド・ユニオン・ショップにより、非組合員が組合に加入しないことによって組合から雇用について差別されることにつき、無効と判断した当時の連邦最高裁の判例について述べたものである。(2) は、労使関係における組合の活動の制限を禁止することを目的としたノリス・ラ・ガーディア法を論じたものである。組合の交渉力の保障は最大限に尊重されるべきであるとの立場から、独立に活動している労働者たちによる同業種組合の交渉力も保護されなければならないとして、労働組合においては反トラスト法が適用除外となる（したがって、結果的に組合が労働市場において独占することになったとしても、反トラスト法違反とはならない）ことを規定しているノリス・ラ・ガーディア法の適用を、同業種組合にも認めるべきであるとする。(3) は、労働紛争解決手段としての仲裁において、組合と使用者の交渉力の強さの関係がいかに関与するかについて分析するものである。

³⁰² この Note は、Williams 事件判決後、前期 Leff 論文（本稿 III-2(5)）発表前のものである。したがって、このノートは、Williams 事件判決（本稿 III-2(3)）の影響はあるが、Leff 論文の影響を受けていないものと考えられる。

³⁰³ *Adams v. Egley*, 338 F. Supp. 614 (S.D. Cal. 1972), rev'd on other grounds sub nom. *Adams v. Southern Cal. First Nat'l Bank*, 42 U.S.L.W. 2231 (9th Cir. Oct. 4, 1973).

³⁰⁴ *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972).

³⁰⁵ Schwartz は、典型例として U.C.C. § 2-302 の非良心性を挙げる。Alan Schwartz, *Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process*, 49 IND. L.J. 367, 368 n.6 (1974).

³⁰⁶ 本文中の説明にかかる原文の抄訳は下記の通り。「契約違反に対する救済を決定する際に、法における道徳的な悪を無視するという傾向は、正しいように思われる。というのも、私法の機能が、損害に対する賠償を提供することであるのなら、当事者の損害は、債務不履行者の道徳的な悪に影響されないはずだからである。たとえ、私法が、その二次的な役割として、望ましくない行為を

抑止するという役割を有しているとしても、「故意」による契約違反と「善意」による契約違反との間の伝統的な区別は、制裁が違法行為に見合っていないため、ほとんど意味がない。例えば、故意の不履行者による不当利得返還請求を否定することは、実際に支払いを行った故意の不履行者にのみ、制裁として働く。このルールに従ってなされた財産没収の大きさと、不履行者の有罪性との結びつきは、まったくの偶然にすぎない。以上の議論は、新しいものではないが、しかし、かつてより現在の方がより広く受け入れられる。

19世紀に、ヘンリー・メーン卿は、契約法の発展と道徳性の進化とを結びつけた。今日、我々は、契約の強制を、道徳的な命題としてではなく、社会的な目的の達成の手段として正当化する。例えば、Childres 教授は、『契約法における‘悪い人’という概念』を軽視する。そして、『契約は、便宜主義と商取引の問題であって、罪の問題ではない』という。実際、一部の論者は、契約違反は、それがより資源の効率的な分配に結びつくような場合には、抑止されてはならないという。このような立場からすれば、不履行に対して、商取引を促進するのに必要ではないような制裁をすることは、不適切であり、『不正義』と見なされる。歴史が示唆するように、もしも、財産没収が将来の有効な信用貸しを確実にするのに必要でないのなら、財産没収を免除してほしいと望む当事者が約束を履行できないという事実は、問題にならない。

最適の信用貸しを保証するために、債務者にはどれくらいの法的圧力が必要なのだろうか。これは簡単な問題ではないが、しかし、我々は、この問題に対して、かつてよりも洗練された答え方を知っている。さらに、現代の法は、債権者に対する救済で、財産没収よりも酷ではなく、しかも効果的な救済を進展させてきた。今日、貸主は、中世の債権者がやったように、利得を隠す必要はない。13世紀に、ブラクトンは、損害の立証の困難性を避けるため、懲罰的保証書 (penal bond) は適切な方法であったと述べていた。[しかし] 裁判所が損害を評価するルールを構築し始めてからは、懲罰的保証書の必要性は減退した。より最近では、コンピューターによる信用情報 (credit information) 革命は、「債権者に、その最も強力な道具のコレクションを与える」だろうし、さらに、「債務者の不履行を、信用社会 (credit world) 全体にすぐに知らせることができる能力を与える」だろう。[Horwitz, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 Harv. L. Rev. 917, 931 (1974); 注200]。このような状況においては、財産没収からの救済という傾向は、しばしば説明される理由 [交渉力不均衡] とは違う理由で、続くであろう。」

³⁰⁷ Farnsworth, *supra* note at 223.

³⁰⁸ Omri Ben-Shahar, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 396, 399, footnote 11 (2009).

³⁰⁹ なお、労使関係に関する論考も存在するが、いずれも労働組合に関するものであり、議論の対象も限られており、inequality of bargaining power 一般を論じるものではない。今回の調査では、次の4つの論考が該当する。(1) Peter Navarro, *Union Bargaining Power in the Coal Industry*, 36 INDUS. & LAB. REL. REV. 214 (1983). 1945年から1981年までの炭坑業における組合 (United

Mine Workers; UMW) の交渉力の変動を概観し、組合の交渉力の増減を左右する要因について論じる。(2) James B. Zimarowski, *The Viability of the Collective Bargaining Process: Corporate Transformations as Unchanneled Bargaining Power*, 3 HOFSTRA LAB. L. J. 137 (1986). 雇用者側が一方的に企業の組織編成を決定した場合における交渉力不均衡という観点からすると、組合運動が下火になってきた当時(80年代初頭)においても、団体交渉は紛争解決手段として有効であることを主張する。(3) Terry L. Leap & David W. Grigsby, *A Conceptualization of Collective Bargaining Power*, 39 INDUS. & LAB. REL. REV. 202 (1986). (4) Barry R. Ostrager & David W. Ichel, *Role of Bargaining Power Evidence in the Construction of the Business Insurance Policy: An Update*, 18 FORUM 577 (1982-1983). 反保険業者ルール ("contra-insurer" rule policy): 被保険者と保険業者との間に紛争が生じた場合、保険業者に不利に扱うルール) は、被保険者が消費者であるような、契約当事者間に交渉力の不均衡がある場合にのみ当てはまるのであり、被保険者が事業者の場合には適用すべきでないとし、このような主張が当時の(80年代初頭の)判例からも導きだせることを論じるものである。

³¹⁰ ケネディは、これを random distributional effect と表現している。Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 617 (1982).

³¹¹ この点について、同論文「A. 強行規定の分配主義的結論における交渉力不均衡」参照。 *Id.* at 615~620.

³¹² 以下、同論文「B. 交渉力不均衡のイデオロギーの重要性」による。

³¹³ Kennedy, *supra* note 310 at 634.

³¹⁴ 非良心性を根拠として仲裁条項の有効性を争う裁判例は、2010年代に合衆国連邦最高裁で最終的な判断がなされるようになった。これらの最高裁の判例については、本稿脚注(217)の拙稿参照。

³¹⁵ Margaret M. Harding, *Cause and Effect of the Eligibility Rule in Securities Arbitration: The Further Aggravation of Unequal Bargaining Power*, 46 DEPAUL L. REV. 109, 111 (1996).

³¹⁶ *Id.* at 113.

³¹⁷ *Id.* at 180.

³¹⁸ この言葉を最初に採用したのは、下記の文献である。Jean R. Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration*, 74 WASH. U. L. Q. 637, 637 n.1 (1996).

³¹⁹ Harding, *supra* note, at 860.

³²⁰ *Id.* at 864.

³²¹ *Id.* at 865.

³²² *Id.* at 866.

³²³ 仲裁による救済と強い当事者(契約条項の起草者)からの保護という二つの問題は区別すべきであるとの主張は、同著者による別の論文の中でも触れられている。Margaret M. Harding, *The Clash Between Federal and State*

Arbitration Law and the Appropriateness of Arbitration as a Dispute Resolution Process, 77 NEB. L. REV. 401, 491 (1998).

³²⁴ Harding, *supra* note, at 867.

³²⁵ Michael Z. Green, *Opposing Excessive Use of Employer Bargaining Power in Mandatory Arbitration Agreements through Collective Employee Actions*, 10 TEX. WESLEYAN L. REV. 77, 78-79 (2003).

³²⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

³²⁷ NEIL W CHAMBERLAIN, *A GENERAL THEORY OF ECONOMIC PROCESS* 81 (1955).

³²⁸ BRUCE E. KAUFMAN & JULIE L. HOTCHKISS, *THE ECONOMICS OF LABOR MARKETS* (7TH ED. 2005).

³²⁹ Kenneth G. Dau-Schmidt, Benjamin C. Ellis, *The Relative Bargaining Power of Employers and Unions in the Global Information Age*, 20 IND. INT'L & COMP. L. REV. 1, 3-5 (2010).

³³⁰ *Id.* at 16-18.

³³¹ *Id.* at 19.

³³² Barnhizer, *supra* note 163. Barnhizer は、同論文の目的につき、「交渉力不均衡法理が、アメリカ契約法の重要な構成要素であることを示す」ことであるとする。ただし、この法理が最も明確に現れるのは、一般的には、非良心性、附合契約、そして公序等の、いくつかの分野に限られ、しかし実際には、交渉力不均衡は、抗弁、損害賠償 (remedy)、約因、契約解釈、そして口頭証拠排除原則など、他の多くの契約法上の法理の分析に影響するという。

³³³ なお、Barnhizer は、交渉力の研究に着手した意図につき、以下のように述べている。「この交渉力不均衡についての研究は、同法理が、司法による裁量の指標として役立つのかという、個人的な疑いを抱かせるものであったためである。例えば、RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 104 (3d ed. 1986). は、交渉力不均衡の概念は有益、あるいは意味があるのかという一般的な疑問を提示している。[私の見たところ、] この法理は、首尾一貫性がなくパターンリスティックであるというだけというよりは、私が『法学上の神話(a “legal myth”)』と性格付けた、法学上の思いつき(a legal conceit)を示している。[すなわち、] 裁判所が、契約当事者の関係に合わせて法理を操作するために意図的に採用する『法的擬制 (“legal fictions”)』に対して、私はまず、法学上の神話を、意識及び潜在意識の両方のレベルで裁判官たちに影響を及ぼすナラティブ

[narrative] であると定義する。本物の神話のように、法学上の神話は、事実や証拠のみならず、裁判所に提示された実際のナラティブよりずっと根本的なレベルに作用する動機や典型例を伝達することによって、裁判所の判断過程に強力に影響を及ぼすことができる。訴訟当事者は、紛争の相手方に反論するために議論を作り出すことができても、当該事案の神話的要素に対する裁判官たちの無意識的な反応に対して、正しく反応することはできない。この概念の完全な分析は、後続の論文に譲ることになろう。本論文においては、裁判所が、相対的な力関係という要素を契約事案における裁量権を導くものとして使い続

けるならば、今後、相対的な交渉力を評価するためのより洗練され微妙なニュアンスを出せる基準を発展させる必要があるということを指摘するにとどめる。」 *Id.* at 143 n.15.

³³⁴ *Id.* at 141.

³³⁵ この点について、John Dalzell, *Duress by Economic Pressure*, 20 N.C. L. REV. 237, 244, 244 n.21 (1941) の中で、これらのような場合における経済的強迫は、当事者の連続する行為によって作り出される優位性を理由に、一方当事者が一時的に、追加的な支払いや新たな契約条項を弱い当事者に強要するのに十分なほど大きな交渉力を有する場合に起こると指摘している。

³³⁶ Barnhizer, *supra* note 167 at 147 n.28; *Wolf v. Ford*, 644 A.2d 522, 526 (Md. 1994). 「一方当事者が明らかに交渉力の観点において不利であり、もう一方の当事者の不当な行為により、契約を締結した場合には、当該合意は公序に違反し無効である。」なお、本件は *Winterstein v. Wilcom*, 293 A.2d 821, 824 (Md. App. 1972). を引用している。さらに、*Heyde Cos. v. Dove Healthcare, LLC*, 654 N.W.2d 830, 833, 837 (Wis. 2002) は、職業斡旋業者と健康保険事業者との間の競争を禁ずる不公平に制限的な契約について、「しばしば不平等な交渉力しか有しない」従業員を保護するという公序に反し、無効であると判断した。

³³⁷ *Id.* at 147 n.29. *First Fin. Ins. Co. v. Purolator Sec., Inc.*, 388 N.E.2d 17, 21-22. 同判決は、交渉力不均衡の存在が「裁判所による契約条項の解釈に影響し得る」とした。また、*Ferguson v. Lakeland Mut. Ins. Co.*, 596 A.2d 883, 885 (Pa. Super. Ct. 1991). は、「保険会社と保険契約者との間の交渉力の明確な不均衡を踏まえると、裁判所は、保険契約の通常の文言から逸脱することも、時として正当化される。」とした。なお、同判決は、*Standard Venetian Blind Co. v. Am. Empire Ins. Co.*, 469 A.2d 563, 567 (Pa. 1983). を引用している。さらに、*Votto v. Am. Car Rental, Inc.*, 35 Conn. L. Rptr. 17, 2003 WL 21716003, at *2 (Conn. Super. Ct. June 16, 2003). は、*Madden v. Kaison Found. Hosps.* 552 P.2d 1178, 1186 (Cal. 1976). を引用した上で、「附合契約は通常の契約とは異なる方法で解釈され、強制されるべきであるという考え方は、優越的な交渉力を享受している一方当事者によって起草され課された契約条項に関する幾つかの判例群から生じたものである。」としている。

³³⁸ *Id.* at 148 n. 30. 例えば、*Smith v. Westland Life Ins. Co.*, 539 P.2d 433, 440-42 (Cal. 1975). は、保険契約における曖昧さを保険会社の不利に解釈し、被保険者の合理的な機体に拘束されると判断した。他に、*Werner Indus. v. First State Ins. Co.*, 548 A.2d 188, 192 (N.J. 1988) がある。さらに、Robert E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, 83 HARV. L. REV. 961, 967 (1970). 参照。

³³⁹ Barnhizer, *supra* note 167 at 148 n.31.

³⁴⁰ *Id.* at 148 n.32. 本章 2-(1)でも紹介した、Note, *The Significance of Comparative Bargaining Power in the Law of Exculpation*, 37 COLUM. L. REV. 248 (1937). を引用。

³⁴¹ *Id.* at 148 n. 33.

³⁴² contract (契約書)、deed (捺印証書)、will (遺言書)等について、書面化された合意内容ないし意思内容と異なることを、他の口頭証拠または文書証拠を用いて証明するのを許さないという準則。

³⁴³ *Id.* at 149 n. 34.

³⁴⁴ *Id.* at 149 n. 36.

³⁴⁵ *Id.*, n. 41, 42. この点につき、Morant を引用する。Blake D. Morant, *The Quest for Bargains in an Age of Contractual Formalism: Strategic Initiatives for Small Businesses*, 7 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 233, 267 (2003).

³⁴⁶ Robert S. Adler & Elliot M. Silverstein, *When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations*, 5 HARV. NEGOT. L. REV. 1, at 48.

³⁴⁷ 本節の内容は、拙稿「アメリカ法における『交渉力不均衡』概念の生成」早稲田大学大学院法研論集 145 号 288-295 頁 (2013 年) を基にしている。

³⁴⁸ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 43 60-64 (1905) (以下、ロックナー判決とする。) に代表される、契約自由のイデオロギーが強かった時代を指す。本件では、ニューヨーク州の労働法が定めた、パン工場の労働時間の上限に関する規定が、合衆国憲法第 5 条修正及び第 1 4 修正のデュー・プロセス条項に反し違憲か否かが争われた。結果、本件条項が、デュー・プロセスの保障する労働契約の契約自由を侵害していることを理由に、違憲とされた。本件評釈として宮川成雄「*Lochner v. New York* 経済的自由とデュー・プロセス条項 (1)」別冊ジュリスト No. 139『英米判例百選』74~75 頁。この判決の後、社会経済立法を違憲とする判決が続き、合衆国連邦「最高裁は自由放任主義(レッセ・フェール) 経済哲学の擁護者となった」と指摘されている。松井茂記『アメリカ憲法入門[第 6 版]』276~284 頁 (有斐閣、2008)。ロックナー判決につき、最近の研究として、次のものが挙げられる。木南敦「ロックナー判決における自律と自立(1), (2・完)」民商法雑誌 146 卷 1 号 1 頁以下 ; 同 146 卷 2 号 121 頁以下 (2012)。

なお、Barnhizer は、ロックナー判決と同時期の判例で、ロックナー判決と同様にレッセ・フェールを色濃く反映したものとして、*Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 175 (1908) も挙げている。さらに、ロックナー時代について「富裕層のみが自由な交渉 [negotiate] の機会を手にし、契約自由は産業社会の力の既得権益を守るためのスローガンとなっていたという現実」について詳細な分析を行う文献として、Kevin M. Teeven, *Decline of Freedom of Contract Since the Emergence of the Modern Business Corporation*, 37 ST. LOUIS U. L.J. 117, 128 (1992).

³⁴⁹ 237 P. 1041, 1044 (Kan. 1925).

³⁵⁰ Barnhizer, *supra* note 167 at 194-195; Daniel Barnhizer, *Chap. 6 Bargaining Power as Contract Theory*, LARRY A. DiMATTEO ET AL., VISIONS OF CONTRACT THEORY 133 (2007).

³⁵¹ Barnhizer は、この意見について、Barnhizer は、「裁判所は、労働から得られる利益を増大させるため雇用主との争議に加わろうとしている労働者の行

為に介入すべきでない」ことを示した事案として紹介している。 *Id.* at 194, n. 226.

³⁵² なお、本件は UCC 制定前であり、後述の非良心性の定式（手続的非良心性と実体的非良心性）も確立していない時期における判決である。

³⁵³ Chap. 6 「契約理論『としての』交渉力」では、Barnhizer は、贈与と約束的禁反言を具体例とし、この二つの区別は、法的に認識される交渉力によって正当化または定義されることを論じる。Barnhizer, *supra* note 350 at 133.

³⁵⁴ 交渉力は「契約そのものの構成要素である」ことを示す判例として、Barnhizer は、ロイド銀行事件を挙げる。 *Id.* at 89.

³⁵⁵ *Id.* at 98.

³⁵⁶ 口頭証拠排除法則と契約解釈において、相対的な交渉力や交渉の地位により、異なる扱いがされる点について、下記参照。Robert Childres & Stephen J. Spitz, *Status in the Law of Contract*, 47 N.Y.U. L. REV. 1, 24-25.

³⁵⁷ Barnhizer, *supra* note 350 at 102-103.

³⁵⁸ Barnhizer は、これを示すものとして、ロックナー時代、司法が、契約当事者自身にその利益を守る能力がない場合に、契約当事者の私的自治を制限していたことを挙げている。ほかに、次の文献を挙げている。Jane P. Mallor, *Unconscionability in Contracts between Merchants*, 40 Sw. L. J. 1065, 1066 (1986); Leff, *supra* note 18 at 556-557; Spanogle, *supra* note 18 at 950.

³⁵⁹ Barnhizer, *supra* note 350 at 115.

³⁶⁰ *Id.* at 118.

³⁶¹ なお、このことについて、Barnhizer は 2 つの場面に分けられるという。第 1 に、裁判所や立法者は、しばしば、一方当事者が交渉力不均衡によって苦しめられていることを明確に認識しながら、当該合意の拘束力を認めるという場合、第 2 に、多くの契約が、国家の介入を受けずに履行されるという場合である。

³⁶² この点について、Barnhizer は、労働契約に関する立法等にその具体例を求めている。 *Id.* at 122 n.2.

³⁶³ Daniel Barnhizer, *Bargaining Power in the Shadow of the Law: Commentary to Professors Wright and Engen, Professor Birke, and Josh Bowers*, 91 MARQ. L. REV. 123 (2007). 批評の対象となるのは、次の 3 つの論文である。Ronald F. Wright & Rodney L. Engen, *Charge Movement and Theories of Prosecutors*, 91 MARQ. L. REV. 9 (2007); Richard Birke, *The Role of Trial in Promoting Cooperative Negotiation in Criminal Practice*, 91 MARQ. L. REV. 39 (2007); Josh Bowers, *Grassroots Plea Bargaining*, 91 MARQ. L. REV. 85 (2007). 3 つの論文は、いずれも司法取引につき、被告の弁護士と検察との間の交渉 (bargaining) である点に着目し、このうち、Wright 及び Engen 共著の論文は、司法取引と標準書式契約との間の類似性を指摘する。Birke 論文は、刑事裁判の弁護士を家族法または会社法関係の裁判専門の弁護士と比較し、刑事裁判の弁護士が相対的に協力的な性質であることを指摘した上で、その要因について検証する。なお、Bowers 論文は、交渉力一般の性質について論じている。

³⁶⁴ なお、Topeka 事件と同時期の判例として、ほかに、他州で負傷した雇用者

の賠償について定める州法の有効性が問題となった *Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Indus. Comm'n of Ariz.*, 257 P. 644 (Ariz.1927) がある。本判決では、雇用者と被用者との間の契約の規制の正当化根拠として「交渉力不均衡」に言及している。

³⁶⁵ Omri Ben-Shahar, *Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 Colum. L. Rev. 396 (2009).

³⁶⁶ Ben-Shahar は、*Carboni v. Arrospide* 事件及びユニドロワ原則の 3.10(1) を挙げ、「非良心性の判断に係る要素として『取引する技術能力の欠如 (lack of bargaining skill)』を列挙している」とする。

³⁶⁷ このほか、Ben-Shahar は、価格に関する条項を補充する場合において、裁判所は、「微妙な [subtle] 方法」ではあるが、すでに交渉力の差に対して敏感に反応するようになっているという。この点について、Ben-Shahar は、例えば価格決定に関する U.C.C. §2-305 を挙げ、同条 1 項、2 項及びオフィシャルコメント 3 における「合理的な (reasonable)」価格を構成する要素を決定する際、裁判所は、一方の当事者に、広い範囲において、当該価格が設定される場面を選択する際により大きな影響力を与えると指摘する。Ben-Shahar によれば、このような手法の採用を通して、裁判所は「交渉力が大きい方の当事者を選ぶことをしばしば認めている」という。 *Id.* at 399.

³⁶⁸ この時の原稿は、すべて同大学のロー・レビューの 2006 年号に掲載されている。登壇者 (すなわち原稿執筆者)、及び、参加者の中には、現在のアメリカの契約法を代表する論者の名前が挙げられている。Introduction を担当した Barnhizer を除く原稿執筆者は、W. David Slawson, Larry A. DiMatteo, Blake D Morant, Rachel Arnov-Richman, Curtis Bridgeman, James F. Hogg の 6 名である。

³⁶⁹ Daniel D. Barnhizer, *Foreword: Power, Inequality and The Bargain: The Role Of Bargaining Power In The Law Of Contract-Symposium Introduction*, 2006 MICH. ST. L. REV. 841 (2006).

³⁷⁰ *Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Indus. Comm'n of Ariz.*, 257 P. 644, 645 (Ariz. 1927)

³⁷¹ *Id.* at 841-842.

³⁷² W. David Slawson, *Contractual Discretionary Power: A Law to Prevent Deceptive Contracting by Standard Form*, 2006 MICH. ST. L. REV. 853(2006).

³⁷³ Slawson は、標準書式契約の拘束力に関する研究で知られる。本シンポジウムの Introduction を担当した Barnhizer は、「Slawson は、35 年もの間、その著作を通して交渉力について研究してきた。」と評価し、以下の著作を挙げている。W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of the Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529 (1971); W. David Slawson, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms*, 46 U. PITT. L. REV. 21 (1984); W. DAVID SLAWSON, *BINDING PROMISES* (1996).

³⁷⁴ *Id.* at 877-880.

³⁷⁵ *Id.* at 880-881; *Hill v. Gateway 2000, Inc.* 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997); *Anderson*

-
- v. Country Life Insurance Co., 886 0.2d 1381 (Ariz. Ct. Aoo. 1994); C & J Fertilizer, Inc. v. Allied Mutual Insurance Co., 227 N.W.2d 169 (Iowa 1975).
- ³⁷⁶ Larry A. DiMatteo, *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 MICH. ST. L. REV. 883 (2006).
- ³⁷⁷ *Id.* at 845.
- ³⁷⁸ DiMatteo, *Id.* at 920.
- ³⁷⁹ *Id.* at 954.
- ³⁸⁰ なお、裁判所が実体的非良心性に着目する傾向があることを示す判例について、*Id.* at 940, n 65.
- ³⁸¹ opportunism に関して、*Id.* at 938, n 59.
- ³⁸² Rachel Arnov-Richman, *Cubewrap Contracts and Worker Mobility: The Dilution of Employee Bargaining Power via Standard Form Noncompetes*, 2006 MICH. ST. L. REV. 963 (2006).
- ³⁸³ なお、これらの雇用契約に特有の契約法上の例外的なルールに関しては、*Id.* at n 4.
- ³⁸⁴ *Id.* n 5. Restatement (2nd) of Contracts § 188(1)(a)-(b).
- ³⁸⁵ *Id.* at n 6.
- ³⁸⁶ *Id.* at 966.
- ³⁸⁷ Curtis Bridgeman, *Misrepresented Intent in the Context of Unequal Bargaining Power*, 2006 MICH. ST. L. REV. 993 (2006).
- ³⁸⁸ *Id.* at n 11, at 995.
- ³⁸⁹ James F. Hogg, *Consumer Beware: The Varied Application of Unconscionability Doctrine to Exculpation and Indemnification Clauses in Michigan, Minnesota, and Washington*, 2006 MICH. ST. L. REV. 1011 (2006).
- ³⁹⁰ Larry A. DiMatteo & Blake D. Morant, *Contract in Context and Contract as Context*, 45 WAKE FOREST L. REV. 549 (2010).
- ³⁹¹ John Phillips, *Protecting Those in a Disadvantageous Negotiating Position: Unconscionable Bargains as a Unifying Doctrine*, 45 WAKE FOREST L. REV. 837 (2010).
- ³⁹² Barnhizer, *Contracts in Context: Identity, Power, and Contractual Justice*, 45 WAKE FOREST L. REV. 607.
- ³⁹³ 消費者庁消費者制度課『逐条解説消費者契約法〔第2版〕』72頁（商事法務、2015）。
- ³⁹⁴ 大村敦志『消費者法』102頁（有斐閣、2011年）
- ³⁹⁵ 大村・前掲注（294）103頁
- ³⁹⁶ 同上・113～115頁
- ³⁹⁷ 同上・116頁。
- ³⁹⁸ 同上・117頁。なお、より詳細には、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995）を参照。
- ³⁹⁹ 同上。
- ⁴⁰⁰ 同上・124～125頁。
- ⁴⁰¹ このような公序良俗論の再構成につき、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）及び大村敦志「公序良俗—最近の議論状況」法教260号（2002年）など。

402 大村教授は、「かつては、このようなものは詐欺・強迫に委ねるべきであり、公序良俗という制度の範囲外のことだと考えられてきたが、最近では必ずしもそうではない。」とする。大村・前掲注(394)130頁。

403 同上・131頁。なお、アメリカの非良心性法理に関して、大村敦志『非良心性』法理と契約正義』星野栄一古稀・日本民法学の形成と課題・上』(有斐閣、1996年)。

404 「消費者契約法の私法体系上の独自性--10年の経験と課題(日本私法学会シンポジウム資料 消費者契約法の10年)」NBL(958)20-29頁(2011年)21頁。

405 初期の学納金返還訴訟である大阪地判平成15年10月16日裁判所HP、パチンコ攻略情報についての名古屋地判平成19年1月29日判例誌未掲載

(LEX/DB25437089)、大阪地判平成14年7月19日金判1162号32頁、大津地判平成15年10月3日(裁判所HP)。

406 角田教授は、消費者庁企画編『逐条解説・消費者契約法〔第2版〕』(商事法務、2010年)72頁以下の説明につき、次のようにまとめる。すなわち、立法担当者は契約締結過程と不当条項の問題とに分け、前者の問題について「事業者の不適切な動機付けや影響力の行使によって」、意思形成が正当になされないまま契約締結に至る」点にあり、それは、情報の格差と「事業者は当該事業に関し、消費者よりも交渉のノウハウがある(交渉力の格差)」事によると説明している。そして、後者の問題については、「同種の取引を大量に処理するために、事業者によってあらかじめ設定された契約条項を消費者が変更してもらうことはほとんど現実的にありえない(交渉力の格差)」ことに原因があるとしている。

407 角田・前掲注(404)22頁

408 最二判平成18年11月27日民集60巻9号3810頁。

409 前掲注(404)の文献における注13に挙げられた文献。公正取引委員会の消費者取引問題研究会の報告書「消費者政策の積極的な推進に向けて」(2002年11月)、白石忠志「消費者契約法と独禁法--不当条項の無効化と優越的地位濫用の禁止」ジュリ1200号(2001年)99頁、103頁、内田耕作「消費者取引と優越的地位の濫用規制(1)~(3・完)」彦根論叢346号1頁、347号21頁、349号1頁(2004年)。

410 ドイツ連邦憲法裁判所が1993年10月19日判決(BVerfGE 89, 214)において確立したとされる。

411 角田・前掲注(404)24頁

412 情報・交渉力の格差テーゼについては、角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』378頁(商事法務、2014年)においても触れられている。なお、本書は、ドイツを比較法的検討の対象として、適合性原則の私法理論的分析を行うものである。同書は、ドイツのジャンク不動産投資被害について、ドイツの学説においては、その本質特徴は「交渉力の構造的不均衡」にあるとされること、「知識面の優位性を中心に説明義務違反に基づく損害賠償という『情報提供モデル』による対応を問題視」していることを紹介し、この点につき「見るべきものがあるように思われる。」としている。さらに、角田教授は、上記の「交渉力の構造的不均衡」という用語につき、「不当威圧、不意打ち状況の利用、ある

いは、つけ込み型の経済的威迫等を指す場合にドイツで頻繁に用いられるキーワード」と説明した上で、「しかし、その射程、内実、私法理論上の位置付けについて理解は帰一しておらず、これがかえって議論を混乱させているようにも思われる。」と指摘している。(同 318 頁) ドイツにおける「交渉力の構造的不均衡」の展開について、同書第 3 部 IV 「情報提供モデルの曲がり角? --交渉力の構造的不均衡へのアプローチ」(318~324 頁) 参照。

⁴¹³ 笠井修「イギリス契約法における交渉力の不均衡法理の形成」一橋論叢 89 (6) 894 頁以下 (1983 年)

⁴¹⁴ [1975] Q.B. 326.

⁴¹⁵ [1974] 1 W.L.R. 1308.

⁴¹⁶ [1975] 1 W.L.R. 61.

⁴¹⁷ [1977] 3 W.L.R. 90; [1978] Q.B. 69.

⁴¹⁸ ロイド銀行事件判決の判旨の和訳につき、笠井(a) 117 頁。なお、同判決の事件の詳細についても、同 116 頁参照。

⁴¹⁹ なお、イギリスにおける交渉力不均衡法理について、その趨勢及び現代への影響につき、菅富美枝「契約当事者間における交渉力格差と契約の有効性：イギリス法における『非良心的取引』及び『過度な影響力の行使（不当威圧）の推定』法理の現代的機能への着目」経済志林 83 (2) 1 頁以下 (2015 年)。

⁴²⁰ 及川 (1965) ・前掲注(291)頁。

⁴²¹ 及川 (1979) ・前掲注(291)頁。

⁴²² 同上・頁。

⁴²³ 298 N. Y. S (2d) 264 (1969)

⁴²⁴ このような、契約の手続公正と内容的公正との区別する考え方は、アメリカの非良心性法理における手続的非良心性・実体的非良心性の区別に通じる見解であろう。

⁴²⁵ なお、不当威圧の適用の際には公平無私の助言の有無が問題となるが、この公平無私の助言の欠缺は、それ自体、交渉上の弱さではなく、交渉上の弱さの主張を論破するため、または実証するために用いられる証拠にすぎない、という。

⁴²⁶ 西内康人『消費者契約の経済分析』1 頁 (有斐閣、2016 年)

⁴²⁷ 財のユーザーの数あるいはネットワークのサイズからもたらされる便益のことをいい、ユーザー数が増えることによって材から得られる便益が直接増加するという効果、及び、ユーザーの増加が補完財の介在によって便益を増加させる効果があるという。西内・上掲 103 頁、及び、同脚注 9 の文献参照。

⁴²⁸ 西内・上掲 105 頁。

⁴²⁹ 西内・上掲 127 頁。

⁴³⁰ 西内・上掲 233 頁注 50。

⁴³¹ 西内・上掲 233 頁。

⁴³² 同上。

⁴³³ 著者は、わが国における契約自由は、①義務論的な内在的価値、②帰結主義

的な価値、③倫理的要素と結びついた価値の三種の規範的価値を内包するという。

⁴³⁴ 西内・上掲 229～230 頁

⁴³⁵ 執行秀幸「いわゆる事業者間契約では契約自由の原則が無制限に妥当するか」『講座現代契約と現代債権の展望 4』日本評論社（1994 年）295 頁。

⁴³⁶ 当事者間の経済的地位が甚だしく隔絶している場合には、解釈としても裁判官の契約内容の改定を認めるべきことを主張。我妻栄『債権各論上巻（民法講義 V₁）（1954 年、岩波書店）28 頁。

⁴³⁷ 「契約の自由についても、特に取引先が中小企業で銀行との経済力との懸絶があるときに契約自由の原則がそのまま認められるべきか問題であり、とくに特約が銀行の一方的作成にかかり、取引先による力の加除修正の可能性が実際にはないような約款（たとえば、銀行取引約定書）によってなされている場合、単に形式的に量当事者の合意がある（ことになっている）からというので、それに 100 パーセントの効力を認むべきかも、極めて疑問である。」としている。鈴木禄弥「銀行における『総裁の担保的機能』についての一疑問」金融法務事情 522 号（1968 年）6 頁。

⁴³⁸ 契約の修正的解釈の問題を交渉力の格差の視点から解決しようと試みている。石田穰「法律行為の解釈方法（3・完）」法協 93 卷 2 号（1976 年）76 頁以下。

⁴³⁹ 執行教授によれば、米倉教授は「事業者間契約をも念頭に置かれていたか問題があるが、交渉力の格差がある場合には、契約が成立していず、無効ないし不成立を主張できるとまでいわれた。」という。シンポジウム「消費者保護と私法」私法 40 号（1976 年）1-7 頁。

⁴⁴⁰ 山本豊「付随的契約条件における自立と正義（1）～（2 完）」法学 44 卷 3 号 380 頁・4 号 506 頁（以上 1980 年）、同「西ドイツにおける約款規制の比較法的特質」比較法研究 46 号（1984 年）193 頁。

⁴⁴¹ なお、執行教授は、諸外国において、事業者間契約では、消費者契約よりも「契約内容の公正さを問題とすることに一般的には消極的である」とし、その理由として、「消費者契約は一般に画一的で比較的、契約内容の公正さを判断しやすいのに対して、事業者間契約とくに約款によらない交渉を経た契約にあっては、取引の要請が多様で公正さの判断は容易とはいえない」ことが理由の一つであると指摘している。執行・前掲注 298 頁。

⁴⁴² Phillips, *Unconscionability and Article 2 Implied Warranty Disclaimers*, 62 CHI. KENT L. REV. 199, 235-6 (1986).

⁴⁴³ Mallor, *Unconscionability in Contracts Between Merchants*, 40 SW. L. J. 1065 (1986). 等が、アメリカの学説上指摘されているとしている。執行・前掲注 281-283 頁。

⁴⁴⁴ 執行教授は、この問題の解決方法として 4 つのアプローチを指摘する。本文中に述べたもののほか、第 1 に、「契約の手續過程の公正さを近代的な契約理論よりも、より厳格にし、たとえば開示義務を一方当事者に貸すことにより当事者の『自由な意思』決定がなされるようにしていくという方法で近代的契約理

論を修正する」という考え方、第2に、「近代的契約理論が、先のような契約像を前提としていたのは、結果的にも、その場合〔「契約手続き上の一定の公正さをクリアすれば、契約内容の公正さを原則として問わない」(297頁)場合〕には契約内容の公正さが確保されるからであると解し、契約内容が公正なものであるか否かが重要で、契約条項が不当なものであれば、手続過程がどうであったかを問題にすることなく、その効力は否定ないし制限される」という考え方、第3に、「約款による契約の場合や交渉力がかなり異なる場合を典型例として、手続的公正基準を従来よりも高くして、その線をクリアしない場合には契約内容の公正さを問題としていくべき」という考え方があるとする。

⁴⁴⁵ 法教441号10頁以下(2017)

⁴⁴⁶ 鹿野菜穂子「民法改正と消費者契約」法研88巻1号(2015年)90頁。

⁴⁴⁷ 後藤卷則「消費者保護と事業者間契約の規律」田山輝明先生古稀記念論文集『民事法学の歴史と未来』(成文堂、2014年)139頁。

⁴⁴⁸ 本稿III-2(2)のHenningsen事件判決参照。

⁴⁴⁹ なお、消費者契約・事業者間契約という契約当事者の相違に着目して、契約法理を分析する視点を持ち、さらに、アメリカの非良心性法理を検討対象としたものとして、尾島茂樹「民法(債権法)改正と消費者法・序論--一般化と事業者間取引への適用の視点から」金沢法学54(1)47頁以下(2011年)が挙げられる。これは、来たる「民法(債権法)改正における民法と消費者法の関係を検討するための基礎的作業として、『基本方針』を軸として参照し、近時の民法(債権法)改正に関連してなされた消費者法の扱いに関する議論を概観」し、「仮にある規定が『一般法化』された場合の問題点、とくに事業者間取引への適用との関連について、非良心性法理、及びアメリカの統一省寺宝点の関係に関しなされた議論を例として参照」することによって、消費者法の一般法化に関する新たな視点を提供することを目的とした論文である。この中で、尾島教授は、アメリカの非良心性法理について、消費者契約に適用が認められやすいという性質を有するものの、本来は消費者契約に限られる規定ではなく、判例上も事業者間取引において非良心性が認められていることを指摘し、非良心性法理は、消費者間、事業者間という「当事者により異なる基準でその適用を判断」されていると論じる。同論文63～64頁。

⁴⁵⁰ 内田貴教授は、「暴利行為とされる取引の類型が多様化し、とりわけ、消費者保護の目的で、不当な内容ないし取引太陽の契約を無効とする事例が増えている」とし、「言葉としては『暴利行為』というより『不公正な取引行為』と呼ぶ方がふさわしい事例もある」とする。その上で、カッコ書きで、「アメリカで『非良心的(unconscionable)』取引と呼ばれるものがこれに相当するだろう」としている。内田貴『民法I総則・物権総論〔第4版〕』286頁(東京大学出版会、2008)。

⁴⁵¹ 森田修「第90条」川島武宜=平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』106頁(有斐閣、2003);大村敦志『公序良俗と契約正義』264頁以下(有斐閣、1995)。

⁴⁵² 大審院昭和9年5月1日判決(民集3・875)

⁴⁵³ 森田・上掲注(451)106頁。

-
- 454 同上・106～107頁。
- 455 同上・107頁。
- 456 同上・107頁。
- 457 大村・前掲注(394) 63頁。
- 458 森田・前掲注(451)・108頁。
- 459 大村・前掲注(394) 117頁。大村説の概要につき、森田・前掲注(451) 108頁。
- 460 非良心性が、契約締結過程の瑕疵と契約内容の瑕疵・悪性を相関させて判断する法理として紹介するものとして、大村・前掲注(394) 131頁。ほかに、非良心性が「契約の成立の段階での不当性を問題とする」法理として言及するものとして、四宮和夫・能見善久『民法総則〔第8版〕』272頁～273頁(弘文堂、2010)がある。
- 461 消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法〔第2版〕』73頁(商事法務、2015)
- 462 落合誠一『消費者契約法』50-51頁(有斐閣、2001年)。「交渉力の格差」は、「事業者が市場支配力を有する場合に意味をも」ち、「消費者取引市場が競争的でない場合の規制根拠」であるとする。
- 463 大澤彩「64 消費者契約である建物賃貸借契約における更新料条項の効力」中田裕康＝窪田充見編『民法判例百選〔第7版〕II』130頁(有斐閣、2015)参照。
- 464 そのほかの課題としては、非良心性と我が国の約款論との関係、非良心性と消費者契約法10条との関係が挙げられる。前者に関して、非良心性法理は、約款のみに適用が限定されないことから、厳密に言えば、約款規制法理ではない。しかしながら、本稿III-2(5)のLeff論文をはじめ、アメリカの多くの判例・学説が、非良心性法理が約款、特に附合契約に適用されやすいことを指摘している。ただし、附合契約や約款を使用していたという事実は、消費者契約であったこと、すなわち、契約当事者間の取引上の力関係(本稿でいうところの広義の交渉力)に不均衡があったことの証左として指摘される傾向がある。また、消費者契約法10条と非良心性法理との関係に関しては、拙稿(2012)・前掲注(10)参照。また、消費者契約法10条後段要件の信義則において「手続的非良心性に相当する問題を考慮していくことが可能であろう」と述べるものとして、会沢恒「アメリカ契約法から見た消費者契約法」ジュリスト1200号(2001年)137頁がある。