

早稲田大学大学院法学研究科

2018年6月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目

「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－」

申請者氏名 柳 景子

主査 早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学）後 藤 卷 則（民法）

副査 早稲田大学教授 三 枝 健 治（民法）

副査 早稲田大学教授 山 口 斉 昭（民法）

副査 早稲田大学教授 官 川 成 雄（英米法）

柳景子氏博士学位申請論文審査報告書

福岡大学法学部専任講師 柳景子氏は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2018年2月5日、その論文「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」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士(法学)(早稲田大学)の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2018年6月18日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

一 本論文の目的と構成

本論文は、アメリカ法における非良心性法理の発展を歴史的に辿り、非良心性法理が交渉力不均衡法理であるという結論を導く論稿であり、あわせて、非良心性法理が我が国の契約規制の考え方に一定の示唆を与えることを論じている。

考察の対象として、順次、「Ⅰ. 序」、「Ⅱ. 非良心性の成り立ち」、「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」、「Ⅳ. 非良心性の判断枠組みから見える非良心性の本質」、「Ⅴ. 現代における非良心性法理の運用の実相」、「Ⅵ. Inequality of Bargaining Power とは何か」、「Ⅶ. 我が国における『交渉力』の格差・不均衡の議論状況」を取り上げ、最後に「Ⅷ. 考察と結論」を述べている。ⅡからⅥまでが、アメリカ法についての比較法的研究であり、ⅦとⅧで、我が国への示唆や今後の課題を扱っている。

二 本論文の内容

「Ⅰ. 序」では、本論文を執筆する動機、および本論文で取り組むべき課題を述べている。

現代においては、契約自由に対する規制の問題が重要性を増しているが、これは各時代の思想動向や政策的判断に依拠しており、この問題を考察する前提として、契約自由の制限が認められる思想的な背景・根拠についての検討が必要である。ところが、我が国では、ドイツ法、フランス法を検討対象とするものが多く、アメリカ法については非良心性法理の存在が知られているものの、十分な検討はなされていない。しかし、アメリカでは、非良心性法理に関する判例や議論が豊富に蓄積されている。そこで、アメリカ法の状況を検討することにより、契約規制の議論に示唆を与えうるのではないかと。

以上が、筆者が本研究に着手した動機であり、非良心性法理の本質を明らかにし、我が国の議論に示唆を与えうることを示すことが、本論文の課題であるとする。

「Ⅱ. 非良心性の成り立ち」は、非良心性法理が、これまでどのように形成されてきたかを検討するものである。本論文によれば、非良心性法理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を経て生成した概念であるとする。そして、同

法理は、当初、詐欺・強迫・不実表示など、コモン・ロー上の伝統的な法理による救済が不可能な場合に適用される法理として知られていたが、その後、1952年に成立した統一商事法典(U.C.C.) § 2-302に明文規定として取り込まれ、一般契約法理としての位置づけへと変化したとされる。

「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」では、U.C.C. § 2-302に取り込まれた「非良心性」に関する解釈論の形成を、多くの判例および学説に基づき、詳細に検討している。本論文によれば、Williams 事件判決と Leff 論文とにより、「非良心性」の一応の定義がなされ、非良心的と判断するためには、「手続的非良心性」と「実体的非良心性」の二種類の非良心性が必要であるとの解釈が確立し、これにより、さらなる議論がなされることとなった。すなわち、当初、これらの各非良心性を構成する要素を抽出する「要素分析」のアプローチがなされたが、どの具体的事実がどの要素に該当するのか、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、あるいは複数の要素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、といった点が不明確であるという問題があり、結局、balancing・アプローチが採られるようになったという。このbalancing・アプローチとは、「手続的非良心性」と「実体的非良心性」の二種類の非良心性を相関的に考慮し、二種類の非良心性が十分に示されていないと、二つを合わせて100%となれば、当該契約が非良心的と判断できるという手法である。

「Ⅳ. 非良心性の判断枠組みから見える非良心性の本質」では、以上を踏まえた上で、balancing・アプローチの本質につき検討を行う。その結果、筆者は、同手法の本質は、非良心性の判断において、必ず手続的非良心性を見出さなければならないという点にあるとし、非良心性法理とは、手続的非良心性に関連するところの、契約締結過程に関する審査を欠かすことができないという特徴を有する、契約内容の規制法理であるとする。筆者は、判例・学説が、手続的非良心性を、その主要な要素が交渉力の不均衡にあると考えてきたことを指摘し、手続的非良心性の本質は交渉力不均衡であるとする。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、交渉力不均衡の法理として機能しているとして、「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」と結論づけている。

「Ⅴ. 現代における非良心性法理の運用の実相」では、U.C.C. 成立直後の古典的議論に続く、非良心性法理の現代的展開を描き出すことを目的として、(1)2000年以降の法と経済学派の議論、(2)2000年までの判例、(3)2000年以降の判例がそれぞれ紹介・分析された後、(4)同法理の今後の展望が考察される。

まず、(1)では、法と経済学派の諸論文が紹介された上で、その批判的な評価に影響されて、1980年～1990年代において、非良心性法理への注目が減退したとの分析が示される。

次いで、(2)では、その後、1990年代以降になり、いわゆる仲裁条項の有効性を争う紛争

が増加したことに伴い、再び裁判所が非良心性法理に依拠する傾向が見られる事態となったことが紹介される。

さらに、(3)では、2000年以降、U.C.C.が直接の適用対象とする①動産の売買契約又は賃貸借契約に関するケースにとどまらず、それを超えて②消費者向け寄託契約に関するケース、③役務提供契約に関するケース、④家族関係に関するケース、⑤不動産取引・消費者金融・消費者信用に関するケース等にまで、非良心性法理の適用が争点となる事案が広がっていく様子が個別の裁判例の紹介を通して描き出される。

最後に、以上を踏まえ、(4)では、今後の非良心性法理に関して、これまで下級審で非良心性法理が少なからず適用されてきた仲裁条項について、合衆国最高裁が連邦仲裁法の下、その有効性を認める判決を下した後、再び議論が沈静化する可能性があるが、しかし、学説にはEU法に着目する等の動きもあり、その法理としての存在意義はこれからも否定されないとの展望が示される。

「VI. Inequality of Bargaining Power とは何か」では、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡があることが、当該契約に司法が介入することの正当化根拠となるという考え方をめぐる議論を検討している。その結果として、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、不公平な内容の契約を締結した場合には、このことが、司法が当該契約を規制する正当化根拠となるという考え方がアメリカ法に存在していることを指摘している。

また、2000年代以降の最近の研究では、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案されていることを指摘している。

そして、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、具体的には、消費者契約法第1条に明記されている「交渉力」の理解や、裁判所が実際の事案において評価し、言及する「交渉力」の理解について有益であるとする。

「VII. 我が国における『交渉力』の格差・不均衡の議論状況」では、我が国の学説にも、非良心性法理ないし交渉力不均衡の考え方との接続を示唆、あるいは想起させるものが少なくないことを論じている。具体的には、我が国の民法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する学説など、いくつかの学説を挙げて検討している。

「VIII. 考察と結論」では、以上の検討から、筆者は、bargaining power には、狭義の交渉力と広義の交渉力とがあり、前者は、当該契約の具体的内容について「交渉」する能力を意味するのに対して、後者は、社会構造的に当該当事者間に元来存する力関係を意味

し、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するという。その上で、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が、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ため、アメリカの一部の学説は、bargaining power の文脈的な評価を提唱しているとする。そして、この文脈的な交渉力は、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おり、その結果、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とする。

以上に基づき、我が国への示唆につき、日本の暴利行為における(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について、(i) の要件に挙げられている要素、すなわち、相手方の「窮迫」、「軽率」、「無経験」、さらに、「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」に格差があること等に対応し、(ii) の要件に挙げられている要素、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である「非合理的」な利益等に対応すると考えられるとする。

さらに、我が国の消費者契約法 1 条が規定する「交渉力」につき、(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、3 つの立場が考えられるとする。その上で、最判平成 23 年 7 月 15 日（民集 65 卷 5 号 2269 頁）を素材として若干の検討を行っているが、確定的な結論は留保し、アメリカ法の非良心性および inequality of bargaining power の分析による知見を参照しながら、我が国の判例の検討を深め、判例法上、「交渉力」がどのように位置づけられているかを明らかにすることが今後の課題であるとする。

三 本論文の評価

本論文は、アメリカ法における非良心性法理について、従来の研究で注目されてきた U. C. C. の起草過程およびその成立直後の状況にとどまらず、1980 年代から 1990 年代、さらに 2000 年代を経て今日に至るまでのアメリカにおける議論の動向を経時的に的確にまとめ、情報をアップデートしたという意味において、それ自体、有益な研究成果である。

非良心性法理については、その起源は中世にまで遡るものであって、長い歴史を有し、アメリカ法に継受されて、1952 年に成立した U. C. C. § 2-302 に明文規定として取り込ま

れ、一応の定義づけがなされた後も、きわめて多くの議論がなされている。そのため、非良心性法理につき、その歴史的発展に応じた内容を正確に辿ることは容易ではない。こうした中であって、筆者は膨大な文献を渉猟してそれらを地道に分析し、長大かつ複雑な議論の過程を客観的に整理している。非良心性法理は、日本においてもその存在は知られているが、それが歴史的にどのように変遷し、発展してきたかを本論文の程度にまで詳細に明らかにした研究はこれまでになく、この点で、本論文は高い評価に値する。

本論文で展開される「非良心性の本質」に関する考察も、そのような緻密で客観的な分析に基づいていることから、内在的視点に基づいた説得力のあるものになっている。筆者は結論として、非良心性法理は交渉力不均衡法理であるとするのであるが、この結論は、非良心性法理が、当初、手続的非良心性と実体的非良心性の二種類の非良心性として位置づけられた後、各非良心性の要素を抽出する要素分析がなされ、さらに二つを合わせて判断するbalancing・アプローチに至るという判例の展開を踏まえた上で、歴史的な文脈および論理により導かれている。このような成果は外在的・表層的な研究からは導くことができない、アメリカ法上の判例の展開の内在的な分析と理解から得られたものであると評価できる。

さらに、本論文のテーマである交渉力の不均衡に関して、アメリカ法についての多くの文献を読み込んだ上で、整理・分析し、多様な交渉力の考えがあることを指摘している点は、本論文の重要な功績である。本論文によれば、交渉力は、専ら実際の契約交渉における駆け引きの技術に長けているか否かに着目する「狭義の交渉力」と、そのような具体的な契約交渉とは別に、契約当事者の社会的な地位や立場に起因する力の差を表す「広義の交渉力」の二つに大別されるが、たとえば、消費者という社会的な立場にある者が常に事業者との間に力の格差があるとは限らないのであって、契約法で重視されるべきは、そのような社会的な地位にとどまらず、個別の事案における具体的な当事者の実際の関係に応じて文脈化された交渉力であるとする。

これら三つの交渉力概念、すなわち、「狭義の交渉力」「広義の交渉力」「文脈化された交渉力」の区別についてはなおいっそうの検討が必要であるものの、本論文が、それらの多様な交渉力の考え方を踏まえた上で、アメリカ法における非良心性ないし交渉力不均衡の考え方が、日本の暴利行為論や消費者契約法の理解に及ぼす示唆を論じている点も、本論文の功績として高く評価することができる。

もっとも、このようなアメリカ法上の判例の展開を踏まえた内在的分析は、論理的な整理という点では難しさを抱え込む面があり、日本への示唆という観点からすると、やや使いにくいものになっている。すなわち、非良心性という実体的概念が交渉力の不均衡であるという結論は、筆者の示すアメリカ法の議論の展開からは説得的であるが、それ自体として概念的な必然性を持つものではない。また、筆者の用いる分析のための用語も、アメリカにおける歴史的な議論の文脈を背負ったものである。そのため、非良心性法理の日本への導入や示唆を検討する際には、日本での経緯や文脈を踏まえた分析が必要となる。筆

者はアメリカ法の議論の経緯をできるだけ客観的に辿ることを心掛けており、この姿勢は高く評価されるべきであるが、このことは他方で、アメリカにおける議論の大まかな道筋が見えにくいという側面を有する。たしかに、筆者が参照した個別の論文の紹介・検討は適切になされているが、それぞれの見解のつながりや相互関係について、一層丁寧な分析がなされていれば、本論文の説得力がさらに増して、論旨の展開に深みをもたらされたのではないと思われる。今後、このような検討の成果を経て、筆者なりの理解による道筋を示し、本論文により明らかにされた多様な意味を有する交渉力概念が、我が国における具体的な法解釈の場面でどのような意味を持ち得るのかについて、もっと明確に示すことが期待される。

しかし、これらのわかりにくさや、物足りなさは、筆者が自らの予断や主観を極力排し、客観的・内面的理解を志向していることから生じているものであって、具体的な実務上の問題解決よりも基礎的な比較法研究を先行させようとする本論文の狙いを考えれば、やむを得ない面もあり、とりわけ若手研究者としてはむしろ評価される要素として位置づけられよう。

今後、日本における解釈論への示唆についてのより具体的な考察を含め、更なる分析や整理が必要であるが、それは本論文で主として行ったアメリカ法の分析そのものとは別に、日本法の分析を十分に行った上で果たされるべきものである。筆者には、本研究の成果を踏まえた上で、こうした次の課題に取り組むことを期待したい。

以上のように、本論文にはなお検討すべき点も見られるが、我が国でこれまで十分に検討されてこなかった困難なテーマに挑み、成果を上げた筆者の力量は、高く評価することができる。

四 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の筆者が博士(法学)(早稲田大学)の学位を受けるに値するものと認める。

2018年 6月18日

審査員

主査 早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学）後 藤 卷 則（民法）

副査 早稲田大学教授

三 枝 健 治（民法）

副査 早稲田大学教授

山 口 斉 昭（民法）

副査 早稲田大学教授

宮 川 成 雄（英米法）

【付記】

本審査員会は、本学位申請論文の審査にあたり、下表のとおり修正点があると認めたが、いずれも誤字・脱字等軽微なものであり、博士学位の授与に関し何ら影響するものではないことから、執筆者に対しその修正を指示し、今後公開される学位論文は、修正後の全文で差支えないものとしたので付記する。

博士学位申請論文修正対照表

| 箇所 | 誤 | 正 |
|---------------------|------------------|---------------|
| 21 頁条文和訳第 3 項の 2 行目 | 第 2 項でにおける | 第 2 項における |
| 47 頁下から 4 行目 | 実態的非良心性 | 実体的非良心性 |
| 50 頁下から 7 行目 | エクイティ条の法理 | エクイティ上の法理 |
| 105 頁下から 7 行目 | 余震契約 | 与信契約 |
| 106 頁下から 9 行目 | 金曜商品 | 金融商品 |
| 108 頁最後の行 | 裁判所みよって | 裁判所によって |
| 111 頁 4. の上から 2 行目 | もしくは低調となりっていても n | もしくは低調となっていた |
| 122 頁上から 9 行目 | 異常が相まって | 以上が相まって |
| 同下から 13 行目 | 明らかに控除に | 明らかに公序に |
| 127 頁下から 7 行目 | 本件は風上の事案 | 本件は通常的事案 |
| 190 頁最下段 | 実践されて手法で | 実践された手法で |
| 199 頁下から 11 行目 | 配慮されのに対して | 配慮されるのに対して |
| 205 頁上から 14 行目 | 想像業社 | 製造業社 |
| 209 頁上から 15 行目 | 契約法は [ここの当事者] | 契約法は [個々の当事者] |
| 213 頁 2 段落目の 2 行目 | 可動化 | かどうか |
| 217 頁下から 2 行目 | 事業者間取引についても | 事業者間取引についても |
| 226 頁最下段 | 額納金返還 | 学納金返還 |
| 233 頁上から 5 行目 | 独占は交渉力消費者から | 独占は、交渉力を消費者から |
| 同頁上から 6 行目 | 独占と約款しようとの | 独占と約款使用との |
| 同頁下から 13 行目 | 製造物途方の複雑性 | 製造物法の複雑性 |
| 234 頁 12 行目 | 不明確生 | 不明確性 |
| 235 頁下から 9 行目 | およぼ | および |
| 238 頁下から 5 行目 | 普通契約客観の普及 | 普通契約約款の普及 |

| | | |
|----------------|-------------------------------------|--------------------------------------|
| 239 頁下から 14 行目 | 相手型 | 相手方 |
| 240 頁上から 8 行目 | 競技の消費者 | 狭義の消費者 |
| 243 頁下から 3 行目 | 事故に有利 | 自己に有利 |
| 248 頁下から 15 行目 | 相手型の弱い地位が | 相手方の弱い地位が |
| 249 頁 8 行目 | 非合理的 (reasonable) | 非合理的 (unreasonable) |
| 251 頁下から 8 行目 | 最判平 23 年 7 月 15 日民集 65 間 5 号 2269 頁 | 最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁 |

以上