

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

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 尾島, 茂樹 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/28973

民法（債権法）改正と消費者法・序論

——一般法化と事業者間取引への適用の視点から——

尾 島 茂 樹

- 1 はじめに
- 2 民法（債権法）改正と消費者法に関する議論の概要
- 3 アメリカにおける非良心性法理と事業者間取引
- 4 若干の指摘
- 5 おわりに

1 はじめに

近時、民法、とくにその債権法部分、およびその関連部分の改正に関する議論が盛んに行われている⁽¹⁾⁽²⁾。その中で中心的な位置にある「民法（債権法）改正検討委員会」（以下、たんに「検討委員会」という）により示された「債権法改正の基本方針」⁽³⁾（以下、たんに「基本方針」という）によれば、民法典の対象に関する考え方は、「前提1」として次のようにまとめられている⁽⁴⁾。

【前提1】（改正民法典における消費者・事業者の位置づけについて）⁽⁵⁾

〈1〉改正民法典は、消費者取引や事業者間取引に関する私法上の特則のうち基本的なものを含むものとする⁽⁶⁾。

〈2〉改正民法典は、普遍的な「人」を想定しつつ、契約の目的との関連で現れる「人」の差異の側面にも留意するものとする。

〈3〉消費者・事業者に関する提案をまとめて独立に配置することはしない。

そして、「基本方針」は、「改正民法典は、消費者取引・事業者間取引に関す

る基本ルールを取り込む⁽⁹⁾とし、その方法として、「一般法化」と「統合」という2つの取り込み方法を提案している。「一般法化」とは、特別法の取引主体に関する要件をはずし、文字通り一般的・普遍的に適用される条項として民法典に規定を置くことをいう。これに対し、「統合」とは、特別法の取引主体に関する要件を維持したまま、一部取引についてのみ適用される条項として民法典に規定を置くことをいう。いずれにしても、これらにより、従来の「民法＝一般法、消費者や事業者が関わる私法＝特別法」という単純な図式は、そのままでは維持されないことになる⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

さらに、以上の観点とは異なるものとして、「基本方針」は、従来はおもに消費者契約に関連して問題とされてきた約款について一般規定を置くことを提案している⁽¹¹⁾。提案されているのは、まず、「定義」と「組入れ要件」であり、「不意打ち条項」に関する規定は設けないことが提案されている⁽¹²⁾。また、契約の無効、及び取消については、約款と消費者契約について、不当条項の効力に関する共通の一般規定を置き、さらにそれらに共通の不当条項リスト、及び消費者契約の不当条項リストを置くこと、条項の一部が無効な場合に、原則として全体が無効となることが提案されている⁽¹³⁾。さらに、契約の解釈については、「条項使用者不利の原則」の採用が提案され、とくに消費者契約については、ある条項につき複数の解釈が可能なときは、事業者に不利な解釈が採用されると提案されている⁽¹⁴⁾。なお、約款、または消費者契約の不当条項の一般規定の提案における関連条文には、消費者契約法10条が掲げられ、この問題がいわゆる消費者法と関連があることが明示されている。

そこで、本稿は、民法（債権法）改正における民法と消費者法⁽¹⁵⁾の関係を検討するための基礎的作業として⁽¹⁶⁾、「基本方針」を軸として参照し⁽¹⁷⁾、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(2)、かりにある規定が「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商法典（Uniform Commercial Code）⁽¹⁸⁾の関係に関しなされた議論を例として参照し(3)、

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する⁽¹⁹⁾。

2 民法（債権法）改正と消費者法に関する議論の概要

民法と消費者法の関係については、ドイツのように多くの消費者法を民法に編入する例⁽²⁰⁾や、フランスのように消費者に関する法典を独立法典として立法する例⁽²¹⁾がある⁽²²⁾。他方、わが国では、「検討委員会」の「基本方針」によれば、先に述べたように、消費者法の一部の法について、一般法化と統合することが提案されている。そもそも「検討委員会」のいう民法改正理由の大きな1つが特別法の氾濫に伴う民法の空洞化に対応し、消費者（国民）にとっての分かりやすさ、アクセスのしやすさ求めることにあるのであるから⁽²³⁾、何らかの形で「取り込む」ことが提案されるのは当然であるが⁽²⁴⁾、このことについては、以下に見るように種々の批判があり、その反論等がある⁽²⁵⁾。

(1)一般法化・統合⁽²⁶⁾した場合の問題点について

(a)民法の基本理念⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾——「人」概念への対応⁽²⁹⁾

民法は、抽象的な「人」についての基本法典であるべきであるという理念が重要であり、「消費者」概念を民法に導入することによってこの理念を崩すべきではないという批判がある⁽³⁰⁾。これに対しては、このような批判が「人」についてのイデオロギーに基づくものであり、「人」の概念は単一の観点ではとらえきれないほど内容が豊かになっているから、「ブルジョワジーの法典」から「生身の人間の法典」へ転換させる必要があると反論される⁽³¹⁾⁽³²⁾⁽³³⁾⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾。

(b)民法の安定性

消費者法のような変遷の激しい分野の法が民法に取り込まれると、民法がしばしば改正されることになり、民法の基本法としての安定性が阻害されるという批判がある⁽³⁶⁾。これに対しては、変更が必要になったとしても、基本法典が100年間も変わらないのは日本だけであり、基本法典も機動的に改正される必

要があると反論される⁽³⁷⁾(c)と相互に関連する)。

(c)改正の機動性

消費者法が民法に取り込まれると、現在、消費者法について行われているような臨機応変な改正が妨げられるという批判がある⁽³⁸⁾。これに対しては、そもそも統合される消費者契約のルールは、頻繁に改正される政策ルールではないと反論される⁽³⁹⁾(b)と相互に関連する)。

(d)消費者法の発展

消費者法が民法に取り込まれると、消費者法の発展が阻害されるという批判がある⁽⁴⁰⁾。これに対しては、「すべての消費者契約に妥当する基本的なルールは、さらに発展することにより一般法化する可能性を秘めている」とされ⁽⁴¹⁾、その例として、たとえば、消費者契約の特則を、消費者概念を使ったままで民法に取り込む断定的判断の提供、および困惑による取消権について、法律行為についての基本原則と同じ次元の原理であると反論される⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾。

(e)消費者法の後退

「検討委員会」の「基本方針」では、消費者法の目的規定の「取り込み」がなく⁽⁴⁴⁾、一般法化により、消費者の権利が希薄化し、厳格、かつ抑制的な解釈が行われるとすると、消費者権としての機能が損なわれるという批判がある⁽⁴⁵⁾。これに対しては、民法に消費者法の観点が組み込まれることにより、(全体として)消費者よりの解釈が行われる傾向は懸念されないか、という指摘もある⁽⁴⁶⁾。

(f)法律の所管⁽⁴⁷⁾

消費者法が民法に統合されると、法律の所管に困るという批判がある。これに対しては、「基本方針」が理念論による立法提案であり、所管の問題という

政治課題はとりあえず脇に置いておきつつ、理念論なき縄張り争いからは、今後50年、100年をにらんだ国際的モデルなど決して生まれないと反論される⁽⁴⁸⁾。また、省庁の利害の影響を受けないことの重要性の指摘もある⁽⁴⁹⁾。

(2)一般法化・統合以外の消費者法の扱いについて⁽⁵⁰⁾

(a)レファレンス方式

一覧性を確保するという目的であれば、民法の条文中に、それに関連する特別法が存在することを示す規定を置くレファレンス方式がよいという批判がある⁽⁵¹⁾。これについては、消費者法について、レファレンス規定だけで済ませてよいのかという疑問が呈せられている⁽⁵²⁾。

(b)別法典の立法

消費者法全体を民法に取り込むことは困難であり、消費者法は民法とは別に、別の法典を立法し統合を図ることが望ましい（消費者法の統合性を確保すべき）という批判がある⁽⁵³⁾。これについては、消費者法の取組みとして、一覧性の確保が指摘される⁽⁵⁴⁾。

これら(1)(2)の議論についての学界の反応は、種々である。まず、「消費者」という概念が法的概念としては不十分であり、特別ルールを民法に取り入れるのは、従来の消費者法ルールの一部が実は消費者取引にのみ妥当するルールではないことが明らかにされ、一般法化されて民法に取り入れられる場合か、状況依存的メルクマールによって情報・経済力格差が客観的に判断できる場合に限定されるべきだという見解がある⁽⁵⁵⁾。

さらには、以上のような議論に対し、実務の観点からは、理論上の観点よりも、どちらが現実的・効率的か、どちらが国民に受け入れられやすいか、プラグマティックに検討すべきという見解⁽⁵⁶⁾や、消費者法にとくに限定せず、民法に影響を与えている部分を取り込んでもおかしくないという見解⁽⁵⁷⁾が示されて

いる。また、個別規定についてメリット、デメリットを検討するものがある⁽⁵⁸⁾。

(3)約款について

わが国における消費者契約法の立法の議論に際し、そのための立法のあり方として大きく2つのアプローチがあるとする有力な考え方があった⁽⁵⁹⁾。1つは、「消費者アプローチ」であり、もう1つは、「約款アプローチ」である。これらは、規制対象の客観的指標による類型的処理のための介入指標として「消費者」に着目するのか、「約款」に着目するのかの相違による。いずれを採用するかにより規制する対象が異なることになり、結果として消費者契約法は「消費者アプローチ」を採用したのであるが、このように「約款」と「消費者」は密接な関係がある。約款規制の問題は、元々は消費者保護の問題と大きく関連しており、後に、消費者問題を超えて、約款規制一般の問題に発展したとの評価が可能であろう。

「基本方針」は、一部の消費者法を一般法化、または統合する以外に、事業者（間取引）にも適用のある規定として（確かに、従来、約款規制は消費者取引に限定される課題ではないけれども、上に見たようにおもに消費者取引を念頭においてきた。この意味では、事業者間取引にも適用され得るという明示の規定を置くことは、一般法化と同様の効果があると考えられる）約款に関する規定を置き、約款と消費者契約に共通の不当条項リストを提案している（消費者契約独自の不当条項リストもある）。約款に関する「基本方針」の考え方に對しては、とくに、約款の組入要件が設けられることによる取引の混乱やこれによる紛争の増加が懸念されている⁽⁶⁰⁾。これに対しては、国際的な潮流に照らしていえば、日本の従来のあり方が謙抑的にすぎる傾向があったのであり、日本の今までのやり方が一番合理的であるかも含め検討する必要があると反論されている⁽⁶¹⁾。

(4)小括

以上のように、民法（債権法）改正における広い意味での「消費者法」のあり方については、議論が錯綜しており⁶²⁾、一部では論点がかみ合わない議論がなされ、結局、どうすべきかについて決定的な要因、理由付けはなさそうである⁶³⁾。結局は、どのような民法を求めるかの価値判断が問われているように思われる。すなわち、第1に、法典の「目的」のあり方として、民法は、「人」一般を対象とする抽象的な一般法なのか、「生身の人」を対象とする具体的な基本法なのか、第2に、法典の「利用」あり方として、どこまで一覽性が必要なのか、どこまで「分かりやすく」あるべきか、第3に、法典の「管理」のあり方として、所轄の問題や改正のあり方が問題としてあげられよう。第4に、以上とは異なる観点の問題であるが、「約款」と「消費者」「事業者」「民法」との関係をどのように考えるか。これらの問題は、価値観が極めて分かれるところでもあり、容易に結論が出そうにもない⁶⁴⁾。

そこで、以下では、民法（債権法）改正における消費者法の扱いについての議論の際の一資料として参考とするため⁶⁵⁾、消費者法の規定が一般法化される場合を想定し、その具体例の1つとして、消費者をおもな適用対象として発展し、また約款規制とも密接に関連する非良心性(unconscionability)法理と、それが取り込まれたアメリカ統一商法典2-302条に関する議論を見ることとする。

3 アメリカにおける非良心性法理と事業者間取引

(1)なぜアメリカ法か⁶⁶⁾

民法（債権法）改正に際する議論における消費者法の取り込み（一般法化、統合）に関する議論において、おもに比較法の対象とされるのは、ドイツ、フランスである⁶⁷⁾。これは、一方で、ドイツが「消費者」概念を維持したまま消費者法を民法に統合し、他方で、フランスが「消費法典」という独立した立法をし、消費者法を民法に統合していないので、議論の際の比較対象としての典型モデルとして適切であるからある。また、いずれの国も大陸法系に属するこ

とも大きな理由である。これに対し、英米法系では、そもそもコモン・ロー (common law) 体系をとっているため、消費者法の主たる対象、すなわち契約法や不法行為法には、もともと成文法がない。このように、そもそも法体系が異なるので、民法 (債権法) 改正の議論の際の比較法対象としては、適当ではないという考え方もあり得よう。さらには、英米法では、もともと民商の区別がなされていないことも指摘できよう。ただ、コモン・ローたる契約法では消費者取引において妥当な結論を導けない場合には、コモン・ローとは異なる特別の措置が模索されることになる。これには、たとえば、古くは、エクイティによる処理があり、さらには一定の目的をもって特別の制定法が立法されることがある⁽⁶⁸⁾。

このように、そもそも英米法では、民法、商法、消費者法が混沌としており、たとえば、その中で、おもに消費者取引を念頭においている法理が他の場面でのどのような意義を有するのかを検討することは、わが国において消費者法を「一般法化」した場合の問題点を検討する際の一資料となるのではないだろうか。そして、アメリカ法では、もともとは消費者が主な適用対象であった (と考えられる) 非良心性法理が統一商法典により一般法理としてモデル法化され⁽⁶⁹⁾、事業者間取引への適用のあり方も、少ないながら議論されている。この議論の検討は、わが国において、消費者契約法が一般法化された際の問題の参考となるだろう。以上のように、従来、検討されてきたのとは異なる別の視点から消費者法規定の一般化を検討しようとするのが、本稿の目的である⁽⁷⁰⁾。

(2) 非良心性法理

非良心性法理⁽⁷¹⁾は、比較的古い法理であるものの、明確な定義はない⁽⁷²⁾。一判決で述べられたもっともよい定義は、「一方当事者に不合理に有利な契約条項により、他方当事者の真の意味での選択 (meaningful choice) が欠けたもの」であるとするものがある⁽⁷³⁾。また、その由来については⁽⁷⁴⁾、イギリスとアメリカでほぼ同じ時期にそれぞれほぼ独立に生まれた⁽⁷⁵⁾とされており、エクイティ

との関連が指摘されるものの⁽⁷⁶⁾、必ずしも定説がないとの指摘もある⁽⁷⁷⁾。ただ、初期のコモン・ローにおいて、非良心性という明確な概念が存在しなかったことについては、異論がない⁽⁷⁸⁾。その後、裁判例において、統一商法典採択前⁽⁷⁹⁾のコロンビア特別区で割賦購入契約に非良心性法理が適用され⁽⁸⁰⁾、さらに非良心性法理を法典化した⁽⁸¹⁾統一商法典 2-302 条の規定が、本来、物品売買の規定であるにもかかわらず⁽⁸²⁾、不動産賃貸借契約に適用された⁽⁸³⁾ことにより、コモン・ローとなったとの扱いを受けるようになったといえよう⁽⁸⁴⁾。後には、第二次契約法リステイトメント⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾208 条にも採用され、コモン・ローとして物品売買以外の契約一般に適用される法理となっている。

非良心性法理は、「実体上の非良心性(substantial unconscionability)」と「手続上の非良心性(procedural unconscionability)」に区別して議論されるのが、近時では一般化している⁽⁸⁷⁾。「実体上の非良心性」は、約定の内容が強圧的であるか否かを問題とし、約定が一方にとって威圧的(oppression)であるとか、不合理に有利である(unreasonably favorable)であるとかが問題となる⁽⁸⁸⁾。これに対し、「手続上の非良心性」は、契約締結（交渉）過程に瑕疵があるか否かを問題とし、一方当事者にとって不公正な不意打ち(unfair surprise)であるとか、真の意味での選択が欠けていることが問題となる⁽⁸⁹⁾。「実体上の非良心性」は、わが国における不当条項規制の問題に、また、「手続上の非良心性」の問題は、わが国における契約締結過程の瑕疵の問題や約款規制（特に契約への組入れ）の問題に相当するといえよう。したがって、非良心性法理は、わが国の消費者契約法の規制理念と極めて類似しており、また、契約への組入と内容規制が問題となる約款規制の問題と密接に関連しているのである。

非良心性法理により、契約あるいは条項が非良心的であるとされると、非良心的とされた部分について強制されない。これが、この法理の主たる法的効果である。

さて、非良心性法理を規定する統一商法典 2-302 条は以下のように規定する⁽⁹⁰⁾。

不当な契約または条項(Unconscionability Contract or Term)

- 1 裁判所が、法律問題として、契約または契約中の条項が、契約締結時にすでに非良心的であったと認める場合、裁判所はその契約を強制することを拒否するか、またはその契約において非良心的な条項を除いた残りの部分を強制するか、または非良心的な結果が生じることを回避するため、非良心的な条項の適用を制限することができる。
- 2 契約またはその条項が非良心的であるという請求や申立てが裁判所になされたときは、当事者は、裁判所が判断するのに役立つような、その取引上の背景、目的、及び効果に関連する証拠を提出する合理的な機会を与えられる。

このように、条文上は、一般条項として規定されており⁹¹⁾、非良心性法理が消費者保護を目的とするとの明文の文言はない。しかし、古くからこの法理の消費者保護機能には注目されており⁹²⁾、逆に、この判断基準を明確化することは、消費者保護の流れに反するとの批判がある⁹³⁾。さらには、裁判所は、事業者⁹⁴⁾間取引に対して非良心性法理を適用することは、一般に消極的であるといつてよいとされる⁹⁵⁾。いいかえれば、非良心性法理の本来的適用対象は、消費者取引であり、それが一般化され、場合によっては商取引にも適用され得るという構造となっているといってもよさそうである⁹⁶⁾。

なお、消費者と事業者という観点からは、非良心性法理の適用範囲について次のような指摘もある。

第1に、約款を前提とする消費者契約では、真の意味での選択はなく、そもそもほとんどこれを考慮する必要がない。疑いなく消費者は約款を読んでおらず、理解していない。目立つように印刷されてはいるが、消費者が理解できないような条項を消費者に提示することは、非難されるべきことである。この事実からも、このような消費者契約に真に意味のある選択の問題は生じない⁹⁷⁾。

第2に、事業者間取引の事例において、裁判所は、非良心性概念に関連し、当事者が約款を読み、理解したと決定的に推定するものと解釈している。これに対する例外は、名目上の事業者に関する事例である。このような事例では、商業取引を前提とする合意であるにもかかわらず、裁判所は、そのような当事者を消費者と同様に扱っている。一般に、そのような事例は、優越的な交渉力を有する大企業から提示された書類に印刷された文言を読まず、理解もしない当事者の事例である。事業者は、約款を読み、理解しているという仮定は、典型的に誤りである⁽⁹⁸⁾。

第3に、しかしながら、事業者間取引においては確立性、確実性、予測可能性が必要なので、非良心性法理が適用されることにより、非良心的とされるかもしれない条項を事業者が使用することを妨げることになる⁽⁹⁹⁾。

以上のように、非良心性法理の適用については、一般論としての適用の有無よりも、個別具体的な事実から生ずる問題が前提とならざるを得ないのである。

(3)事業者間取引と非良心性法理

(a)裁判例

確かにアメリカにおける現代の裁判例では、多くの場合、消費者が非良心性法理の利益を得ているが、上に見たように、この法理は決して消費者のみに適用される法理ではない⁽¹⁰⁰⁾。しかしながら、この法理の適用は、事業者間取引や事業者が主張する場合には、認められにくいとされている⁽¹⁰¹⁾。すなわち、非良心性法理は、優越的な交渉力のゆえのリスク配分に干渉するものではなく⁽¹⁰²⁾、したがって、単なる交渉力の不均衡は、非良心性法理の認定のために不十分であり、取引背景や個別問題を考慮する必要があるとされるのである。

これに関連し、以下では、まず、消費者法理の一般法化の影響という問題意識から、まず、非良心性法理の事業者間取引への適用について比較的初期に展開された議論を見ることとする⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾。この議論は、事業者間取引について、

交渉力の有無と選択の機会の有無という2つの要素の観点から、従来の裁判例に検討を加える。すなわち、非良心性法理を主張する当事者に、(A)交渉力があり⁽¹⁰⁵⁾、選択の機会もある場合、(B)交渉力があるが、選択の機会がほとんどない場合、(C)交渉力がなく、選択の機会がほとんどない場合である。

(A)の場合がもっとも非良心性法理が認められにくい。たとえば、石油供給会社とガソリンスタンドを経営する石油会社との契約において、供給不足のクレームは引渡後2日以内になされなければ放棄されるとの条項の下で契約が行われたが、15か月にわたり供給不足が生じていた事例で、ガソリンスタンド側が払いすぎた金銭の返還請求をする際に、「2日以内通知」規定が非良心的であると主張したが、この契約が「経験もあり洗練された企業間」の契約であるので、認められないとした⁽¹⁰⁶⁾。この際、裁判所は、ガソリンスタンド側がこの条項について、交渉の余地があったことを強調している。そして、裁判所のこのような判断に関し、確かに大企業による非良心性法理の主張は認められないが、それはたんに大企業だからではなく、大企業は契約内容を形成できるからであって、会社の大きさは非良心性法理の認否にほとんど関係ないとされている⁽¹⁰⁷⁾。

次に、(B)の場合には、当事者が交渉力があるため、「非良心的」法理の手続上の問題である「不公正な不意打ち」が認められないことになる。たとえば、フランチャイズ契約において⁽¹⁰⁸⁾、十分に教育を受けた当事者が契約の相手方から必要に応じて弁護士に委ねるように助言を得ていたが、契約内容については選択の余地がなかったという事例において、裁判所は、「不公正な不意打ち」はないとした⁽¹⁰⁹⁾。

しかし、「不公正な不意打ち」がないからといって、それは、その当事者に十分な選択の機会があることを意味しない⁽¹¹⁰⁾。たとえば、紡ぎ糸の売買契約において、仲裁条項、及び裁判制限条項、さらに、明らかな瑕疵については15日以内に、隠れた瑕疵については60日以内に買主がクレームをしなければならぬという条項が強制できないとされた⁽¹¹¹⁾。裁判所は、当該仲裁条項がこ

の業界で標準となっており、交渉の余地がないことを強調している。事実、原告は、他の売主と仲裁条項について交渉をしたが、このような条項を排除できなかった。そして裁判所のこのような判断については、契約当事者が契約時に一定の（問題ある）条項について十分理解していても、一定の事実があると、威圧、あるいは選択の機会の欠如により契約が非良心的となることを示していると評価されている⁽¹¹²⁾。

さらには、両当事者が事業として十分に経験があり、以前から継続的に取引していた事例で、手続的な非良心性に言及せずに、非良心性を認めた事例がある⁽¹¹³⁾。

最後に、(C)の場合には、一方当事者が交渉力で劣っており、さらに、その当事者にはほぼ選択の余地がない事例だということになる。「不公正な不意打ち」による非良心性は、時々、混乱させるような契約文言や契約形式に見られ、さらに手続的不公正が契約締結過程に見られる。たとえば、いったん瑕疵担保付きリース契約を締結したものの、後にその契約書面が不適当だとして別の新しい書面に署名を求められ、当事者がその新しい書面を読まずに署名したところ、新しい書面では無条件免責条項が含まれていたという事例では、手続的にも実体的にも非良心性が認められた⁽¹¹⁴⁾。

また、交渉の余地なく、また内容が威圧的だとされたものとして、個人事業者と独占企業との取引がある。この事例では、損害賠償額は広告料を上限とするという条項の下、電話会社の電話帳（イエロー・ページ）に広告を掲載するよう契約したが、印刷から落とされた当事者が当該上限を上回る損害賠償を請求した。判決は、当該条項は独占企業と一市民に過ぎない個人事業者との関係で押しつけられたものであり、市民には当該条項を受け入れて契約するか、契約しないかの自由しかないので、当該条項は非良心的であり、強制できないと判示した⁽¹¹⁵⁾。

さらにとくに交渉力が劣っている事業者については、その事業者にとって不利な条項について交渉過程で相手方がとくに説明する義務を有するとする事例

があり⁽¹¹⁶⁾、また、このことは、契約の相手方が、当該当事者がとくに交渉力において劣っていることを知らなくても同様であるとする事例がある⁽¹¹⁷⁾。

他方で、交渉能力において本来的には劣っていないけれども、「取引的無能力(transactional incapacitated)⁽¹¹⁸⁾」で商取引をする当事者に対する開示義務を拡大する事例がある。「取引的無能力」とは、ある当事者が十分な教育を受け、洗練され、通常取引において自己表現する経験を有しているものの、問題となる特定の取引においては、そうでないもの、とまとめられる⁽¹¹⁹⁾。たとえば、農業従事者（買主）が企業（売主）との間でキャベツの種やトマトの仕分け機(weight sizing machine)の取引を行う事例で、企業の責任を免除ないし制限する条項を非良心的だとしたものがある⁽¹²⁰⁾。いずれの判決も、当事者の経済的不均衡、買主の経験不足や他の選択の余地の欠如、問題の条項の苛酷性、形式契約への問題の条項の挿入（による分かりにくさ）を強調しており、売主は買主が当該条項を知っていたことを立証する義務があったとした。

さらに、開示義務の範囲を拡大する事例がある⁽¹²¹⁾。この事例では、初心者（買主）の農業従事者がポップコーンの種を買い入れ、とうもろこしを育て、ポップコーンとして種の売主に売却するという取引において、天候不順による損失は買主に帰するという条項が問題となった。その際、売主は、ポップコーンは、成熟するのに99日必要とするとは伝えたが、日干しのためにさらに20日必要であるとは説明しなかった。判決は、契約当事者に対し、契約に含まれている条項のみならず、相手方当事者が知っているであろう事業の本質に関する事実についても開示する義務があったとし、当該条項が非良心的だとした。この意味で、開示義務の範囲が拡大されていると評価できる⁽¹²²⁾。

(b) 事業者間取引における非良心性法理の検討枠組み

以上のような裁判例の検討を経て、以下のような検討枠組みが提示される。

私人間の取引を強制することは、通常は公の利益にかなう。すなわち、契約が強制されれば、人々が効率的に将来計画を立て、他人を信用することを促進

することになるので、経済が円滑に機能し、また、秩序維持が促進され、契約違反に対する自力救済を思いとどまらせる⁽¹²³⁾。これに対し、契約強制を回避するためのすべての「装置」は、伝統的なものであれ、現代的なものであれ、この利益に反する。それにも関わらず、裁判所は、私人間の契約の強制を拒絶することがある。これは、裁判所が、任意の合意の存在に疑問を持ったり、あるいは契約締結過程や契約内容それ自体が他の重要な社会的責務に反していると考えからである⁽¹²⁴⁾。

事業者間取引では、契約強制、契約法の確実性や予測可能性に対する信頼の重要性が高まる⁽¹²⁵⁾。そして、事業者間取引では、契約違反があった場合、典型的な消費者取引よりも多額のお金に関係するので、契約違反が訴訟となる可能性が高い。しかしながら、非良心性法理の基礎をなす公正原理は、すべてではないにせよ、少なくとも一部の事業者間取引に同様に適用される。非良心性原理を適用するには、公正原理の必要性和確実性の必要性の均衡を保つ必要がある⁽¹²⁶⁾。

先に示した裁判例に見たとおり、事業者間取引においても、消費者におけるのと同様に、当事者の知識、経験、交渉力には差がある場合がある。約款取引は、事業者間取引においても、まさに消費者取引と同様の合意と選択の問題を生じさせる。すべての事業者が消費者と比べ約款を素早く読んで理解できるというのは、非現実的である⁽¹²⁷⁾。この意味で、非良心性法理は、一定の取引状況において、一定の事業者に適用可能とされるべきである。この一定の場合とは、契約交渉により当事者が自己の利益を表明できない場合が考えられる⁽¹²⁸⁾。

他方で、事業者間取引では、「不公正な不意打ち」の存在については、容易に認めるべきでない。事業者間契約における確実性の要請により、商業的に洗練された当事者には読む義務が課せられることが正当化されるべきである。当事者がその能力を有するか否かは、教育、弁護士による代理の機会、当該取引についての知識、先行経験、及び商業的経験のような事実によって判断されるべきである⁽¹²⁹⁾。

さらには、交渉不可能な契約に関し威圧が認められる場合、非良心性が認められる可能性がある。確かに、単に契約条項が交渉不可能だというだけでは、非良心性は認められない。「契約するか、やめるか(take-it-or-leave-it)」しか選択肢がない場合でも、契約を締結しない自由はある。ただし、独占や寡占により選択の余地がない場合には、問題となる条項あるいは契約について別の考慮が必要である⁽¹³⁰⁾。

最後に、商業取引における予測可能性の重要性に鑑みると、裁判所は、事業者間取引において非良心的だと判断した理由を明確にするため、できることすべてをしなければならない。そもそも非良心性法理は、極めて予測が困難な法理であり、裁判例を見ても、消費者取引の事例に比べ、事業者間取引の事例では、理由付けが少ない傾向にある。裁判所は、この法理に関する事例を分析し、予測可能性を高めることができる⁽¹³¹⁾。

(c)その後の展開

統一商法典については、その後、改正の議論がなされた。本稿で検討対象としている2-302条についても1987年に改正の検討が開始され、1996年7月には改正案が提示された⁽¹³²⁾。しかし、この改正は実質的なものにならず、2-302条については、文言の修正に留まった。

この改正の議論がなされている際の論稿には、統一商法典の予定するいくつかの条項について、正面から、「事業者対消費者(merchant-to-consumer)」、「事業者対事業者(merchant-to-merchant)」、「事業者対事業者／消費者(merchant-to-merchant/consumer)」の三類型に区別して検討するものが現れた⁽¹³³⁾。形式的には事業者に該当するものの、実質的考慮においては消費者とほぼ同様に扱おうとするものである。これにより、この法理の適用要件における当事者の属性の重要性が再確認されたことになる。

他方で、非良心性法理の定義が曖昧であり、またその適用要件が漠然としていることから、この法理の実際の訴訟での有用性が薄れ、この法理を「遺物

(relic)』かと表現する論稿も現れた⁽¹³⁴⁾。この見解は、2-302条の柔軟性は最大の利点であるとしながら、最大の障害でもあるとする。そこで、訴訟で主張してみなければ結果が分からない非良心性法理より、詐欺・強迫、契約解釈、情報提供義務といった別の法理がこの問題を解決するという⁽¹³⁵⁾。

そして、近時に至り、非良心性法理は、その曖昧性から有用性を失い、消費者でさえも、訴訟において主張することを躊躇するようになったとされており⁽¹³⁶⁾、このことは、非良心性法理が主張される裁判事例が減少していることから導かれるという⁽¹³⁷⁾。そして、不利な立場にある消費者の非良心性法理の主張の認められる割合が低ければ、論理的に、事業者は、その主張の認められるのは、實際上、不可能に近いと認識することになるだろうと指摘されている⁽¹³⁸⁾。

(4)小括

以上に見たとおり、アメリカにおける非良心性法理は、もともとは消費者法の法理といってもよさそうな法理であったが、後に一般化され（モデル法典化され、リステイメント化され）、場合によっては事業者間取引にも適用されるようになった。すなわち、アメリカにおいては、当初、非良心性法理により、おもに消費者が救済されてきたが、裁判例によれば、場合によっては事業者も救済されるという形で適用範囲が拡大されてきた。その際には、当たり前といえば当たり前であるけれども、同じ一つの非良心性法理について、事業者間取引では、消費者とは異なった基準で適用の有無が検討されることになる。すなわち、当事者については、教育、弁護士による代理の機会、当該取引についての知識、先行経験、及び商業的経験のような事実が問題となり、事業者が非良心性法理を主張する場合、手続的非良心性については、「不公正な不意打ち」が認められにくくなり、実体的非良心性については、交渉不可能による「威圧」が認められにくくなるといえる。

逆に、非良心性法理が一般法理である限り、消費者取引においても、単に当

事者が消費者であるという理由のみでこの法理が適用されるのではなく、前提となる具体的事実において非良心性が認められる限りにおいて適用されることになる。この意味では、当事者の状況に関する問題としては、事業者間取引と同様に、教育、弁護士による代理の機会⁽¹³⁹⁾、当該取引についての知識、先行経験（、及び商業的経験）のような事実が判断基準として用いられることになり、消費者取引と事業者間取引における顕著な相違は、「不公正な不意打ち」や「威圧」についての評価にあるといえそうである。

そうだとすれば、結局は、同じ法理について、当事者により異なる基準でその適用を判断していくことになり、法理の一般性ゆえに、その法理の適用の有無それ自体が争点の対象となる。先に見たとおり、近時、アメリカでは、非良心性法理の適用要件が漠然としていることの影響で、この法理の有用性が減少していると指摘されている。

4 若干の指摘

以上に見たアメリカにおける現象は、わが国においていかなる意味を持つであろうか。ここでこれに関連するものとして、1つの例を挙げて検討したい。それは、わが国の消費者契約法の適用要件をめぐる議論である。

消費者契約法は、「消費者契約」（たとえば、消費者契約法3条・4条・8条・9条参照）を規制する法律である。「消費者契約」とは、「消費者」と「事業者」との間で締結される契約をいう（消費者契約法2条3項）。「消費者」とは、「個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）」をいい（消費者契約法2条1項）、「事業者」とは、「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」をいう（消費者契約法2条2項）。

以上によれば、ある契約に消費者契約法の適用があることを訴訟において主張する場合は、その契約が「消費者契約」であることが要件事実となり、具体的には、①契約当事者の一方が「消費者」であること、②その相手方が「事業

者」であること、を主張・立証することになる⁽¹⁴⁰⁾。この限りで、適用要件は明確であるが、事案によっては、当該当事者が「消費者」「事業者」に該当するか否かについて争いが生じ得る⁽¹⁴¹⁾。

他方で、この要件をめぐっては、事業者と消費者との間に存在する情報量格差・交渉力格差を前提とし、実質的に平等の立場に立つことができないまま締結された契約の効力を否定することが消費者契約法の立法理由であるとし、事業者と消費者との間に存する力の格差を象徴するものとして「事業性」が重要であり、かりに消費者の相手方となる者に事業性があっても、消費者の方に、それにもかかわらず情報格差・交渉力格差を生じさせない特段の事情がある場合には、両者の間に力の格差はないのであるから、その効力に何ら問題にあるところはないと考えるべきである、とする主張がある⁽¹⁴²⁾。この見解は、たとえば、「消費者契約法という情報格差・交渉力格差の存在を理由に、事業者との間に締結された契約を取り消して当該契約に基づいて相手方に給付した物件の返還を請求する消費者は、請求原因として、他の要件事実とともに、当該相手方が事業性を有する者であることを根拠付ける事実を主張立証しなければならず、これに対して当該相手方は、にもかかわらず消費者の側には情報格差・交渉力格差があるとはいえない特段の事情があることを抗弁として、主張立証することができることになろう⁽¹⁴³⁾」という。

現在の消費者契約法の解釈としては、具体的事実として該当性が争いになることがあるとしても、当該契約が「消費者」と「事業者」との間で締結された「消費者契約」であると立証されれば、もはや消費者契約法の適用それ自体を争うことができないというのが一般的見解であろう⁽¹⁴⁴⁾。ただ、立法の実質的理由に鑑み、上に述べたような「特段の事情」の抗弁を認める見解は、以下の議論につながる。

「検討委員会」は、消費者契約法の規定のうち、不実告知に関する規定を不実表示として一般化し、民法に規定を置くことを提案している（一般法化）。すなわち、その【1.5.15】〈1〉は、「相手方に対する意思表示について、表意

者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、その意思表示は取り消すことができる」旨を提案している。本稿の課題との関係で問題となるのは、このうち「通常影響を及ぼすべき事項」の具体的適用である。

この問題については、「検討委員会」の中心的メンバーの著作に次のような指摘がある⁽¹⁴⁵⁾。すなわち、上記の不実表示について、「消費者ルール的一般化」、「消費者契約法の拡張」と題して提案内容の説明をした後、「批判」と題して以下のように述べる。

「このような規定を提案すると、企業間のようなプロどうしの取引への過剰な介入ではないかという批判も考えられる。たしかに、プロの企業どうしの取引になると、ある程度のセールストーク、つまり多少の誇張を伴うようなことを言いながら取引をするということも許容される場合がありうる。しかし、そうしたプロどうしの取引では、契約をする際に必要な情報は、相手が述べた情報だけでなく、自分で調査することが求められる。したがって、仮に相手に不実表示（不実告知や不利益事実の不告知）があったとしても、通常はそれと併せて自分で収集した情報を考慮して契約をするかどうかを決めるから、表意者の意思表示をするか否かの判断に『通常影響を及ぼすべき事項』とはいえない。その意味で、意思表示をする当事者が専門性を持つほどにこの規定がストレートに適用される場合は少なくなる。他方、消費者の場合には、相手が提供した情報だけに頼って契約するのが通常であることから、この規定によって保護される。事業者の場合も、専門性を持たない中小事業者については、この規定が果たすべき役割は小さくないと思われる。／こうして、消費者取引、一般の私人間取引、そして事業者間取引すべてをカバーする広い一般原則として不実表示の原則が提案されているわけである。』⁽¹⁴⁶⁾

この記述は、「不実告知」のルールを「不実表示」としてより広く適用される可能性のある法として一般法化するものの、①取引主体の特性により「通常影響を及ぼすべき事項」¹⁴⁹⁾という要件を通じ、ルールが適用されない場合があり、②取引主体の特性としては、典型例として、プロ(の企業)、中小事業者、消費者があげられるが、これらの境界には曖昧性があり、明確に区別できるものではない、と読まざるを得ないように思われる。とくに「不実表示」に関する提案では、一般法化されることにより消費者契約法にある「消費者」という要件が消失しており、「不実表示」を主張する者は、(消費者契約法の適用要件のうち、「勧誘をするに際し」、「重要事項」の要件はずれるとはいえ、)適用要件として、具体的に主体との関係で「通常影響を及ぼすべき事項」の「不実表示」であることを主張・立証する必要がある。この意味で、比較的明確な要件として、「消費者」と「事業者」間で締結される「消費者契約」に適用されると規定する消費者契約法に比べ、曖昧な内容を有する要件が1つ増えたとはいえないだろうか。すなわち、消費者契約法の適用について紹介したわが国の見解のうち、当事者の属性について「特段の事情」の抗弁を認める見解のように、当該当事者が「消費者」だとしても、当該事例において、当該当事者にとって「通常影響を及ぼすべき事項」か否かが問題とならざるを得なくなるのではないだろうか。このことは、先に2(1)(e)で触れた「消費者法の後退」との関係で、別の要因となるように思う。

5 おわりに

アメリカでは、非良心性法理の適用要件の曖昧性から、近時、その有用性が低下したと指摘されている。たしかに、もともと判例法主義の国であるから、成文法主義の国に比べ、適用要件が曖昧な点は否定できないであろう。ただ、統一商法典や契約法リステイトメントに導入されることにより、法理としては、より明確なものにはなったといえるだろう。しかし、もともと消費者取引を念頭においていた法理を事業者間取引にも適用することにより、その適用要

件はより曖昧となり、当事者としては使いづらいつい法理となつたのではないだろうか。この点、文献は、非良心性法理を主張する裁判事例の減少を指摘するのみで、裁判例における具体的判断（非良心性法理の否定事例）を詳細に検討しているわけではない。事実の認定、あるいは立証責任の問題もあるが、この点については、検証の余地がある⁽¹⁴⁸⁾。

他方、わが国では、もともと消費者契約のルールであつた「不実告知」のルールが「不実表示」のルールとして事業者間取引にも適用されるよう一般化することが提案されているが、この法理の適用の際には、主体との関係で「通常影響を及ぼすべき事項」か否かが問題とされることになる。

アメリカの例にあるとおり、法の適用について曖昧な要件が付け加わるといふことは、当事者としては、この点については、訴訟をしてみなければ結果が分からないということになる。一般規定は、その包括性によつてルールとしての予見可能性が低くなる⁽¹⁴⁹⁾。法の一般法化には、同様の危険が内包されているという一例として、本稿で提起した問題を指摘できるのではないかと思う。

-
- (1)その必要性については、たとえば、座談会「債権法改正をめぐつて——企業実務の観点から」ジュリ 1392 号 6 頁以下（平成 22 年）、松本恒雄「民法改正と消費者法」消費者法 2 号 4 頁以下（平成 22 年）（実質的な理由（各論的必要性）と理念的な理由（総論的必要性）に分けて説明する）。なお、大村敦志『法典・教育・民法学』（平成 11 年・有斐閣）3 頁の「民法の危機」に関する議論も参照。早くから、民法が崩壊しつつあるのか、が問われていた。シンポジウム「消費者保護と私法」私法 40 号 61 頁（昭和 53 年）（星野英一発言）。さらには、シンポジウム「民法 100 年と債権法改正の課題と方向」私法 61 号 3 頁以下、とくに 71 頁以下（平成 11 年）も参照。
- (2)かなり古い段階で、「民法の商化」に言及されていた（末弘敏太郎「民法雑記帳(4)」法時 7 卷 6 号 29 頁（昭和 10 年）、同「民法雑記帳(10)」法時 7 卷 12 号 40 頁（昭和 10 年））

が、本稿では、対象外とする。この問題については、藤田友敬「商法総則・商行為法の現状と未来」NBL 935号7頁以下（平成22年）参照。

(3)まとまったものとして、民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL 126号（平成21年）があるが、以下では、より詳細な、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅰ序論・総則』（平成21年・商事法務）（以下、たんに、『基本方針Ⅰ』として引用する）により引用する。

(4)『基本方針Ⅰ』・前掲注(3)15頁。

(5)前提の理由付けとして、『基本方針Ⅰ』・前掲注(3)15頁以下、28頁以下参照。個別の法規については、たとえば、『基本方針Ⅰ』・前掲注(3)128頁、150頁。

(6)本稿で問題とする「消費者」は、民法（債権法）改正で問題となるものである。そこで、「消費者法」という場合には、「消費者私法」を指していることをお断りする。消費者概念については、谷本圭子『『消費者』という概念』廣瀬久和＝河上正二編『消費者法判例百選』（別ジュリ200号）10頁（平成22年）参照。

(7)『基本方針Ⅰ』・前掲注(3)26頁。

(8)この点に関し、民法を「一般法」ではなく「基本法」と捉えるべきだとする見解がある。加藤雅信ほか『『民法改正学際シンポジウム：民法と他法との対話——学際的民法改正のために』を終えて（民法改正を考える⑧）』法時82巻1号73頁（平成22年）の大村敦志発言のまとめを参照。また、従来から、「消費者法」の制度として、たとえばクーリング・オフの制度が既存の契約法原理との間に緊張関係を生じさせる（なぜこのような法理が認められるのかが問われる）という指摘がなされている。大村敦志「消費者・消費者契約の特性——中間報告(2)」NBL 476号42頁以下（平成3年）。民法と消費者法の関係については、瀬川信久「民法と消費者法」廣瀬＝河上編・前掲注(6)43頁参照。

(9)一般に、たとえばクーリング・オフの制度は、私的自治の原則の例外、あるいはそれらには一定の緊張関係があると捉えられるが、自発的でない意思に法的拘束力を認めることはできという私的自治の原則の本来の目的から、クーリング・オフの制度が私的自治の原則をより徹底したものであるとの評価もあった（沢野直紀「消費者保護と市民法」西南学院大学論集20巻3=4合併号107頁以下、133頁（昭和63年）。また、ドイツの民

- 法改正との関係で、同・108頁、割賦販売法の抗弁権の対抗との関係で、同・126頁参照。他方、河上正二『『クーリングオフ』についての一考察——『時間』という名の後見人——』法学60巻6号1178頁以下（平成8年）も参照。
- (10)磯村保「民法と消費者法・商法の統合についての視点」ジュリ1356号184頁（平成20年）参照。
- (11)民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般(1)』（平成21年・商事法務）80頁以下（以下、「基本方針Ⅱ」として引用する）。なお、もともとEU諸国では、消費者契約の規律として不当条項の規律（ここでは、約款規制といかえ得る）が行われている（同114頁）。
- (12)『基本方針Ⅱ』・前掲注(11)94頁以下。ただし、不意打ち条項に関する規定を置くべきとの考え方もあるとの紹介がある。
- (13)『基本方針Ⅱ』・前掲注(11)104頁以下。
- (14)『基本方針Ⅱ』・前掲注(11)157頁以下。
- (15)わが国では「消費者法」という法典はない。以下で見るとおり、このような法典を置くか否かが1つの問題ではあるが、本稿では、従来、いいならわされたように、消費者に関する特別法を念頭に置きながら「消費者法」という。したがって、とくに言及しない限り、特定の法律を指すわけではない。「消費者」の法的概念としての問題点について、河上正二「民法における人と消費者」消費者法1号5頁以下（平成21年）。なお、大村敦志「消費者・消費者契約の特性——中間報告(1)」NBL475号30頁、59頁（平成3年）も参照。なお、「ビジネス法」の分野としての消費者法の位置づけに言及するものとして、北川善太郎「市場経済社会における民法典とビジネス法のシステム設計」民商143巻1号22頁（平成22年）参照。
- (16)したがって、本稿は、個別の提案について検討することはしない。
- (17)文字通り、「基本方針」を軸とした議論のまとめとして、横山美夏「民法（債権法）改正と消費者法」月刊司法書士2009年12月号2頁以下参照。なお、同「民法改正と消費者法」廣瀬＝河上編・前掲注(6)59頁以下も参照。
- (18)後に見るように、第二次契約法リステイメントとの関係も、ほぼ同様といってよい。

(19)不実表示の一般法化に焦点をあてた近時の論稿として、三枝健治「不実表示の一般法化に関する一考察（上）（下）」民研 646 号 2 頁以下、647 号 2 頁以下（平成 23 年）がある。

(20)わが国との相違から、ドイツにおいて、多くの消費者法、消費者契約私法を民法に編入できた理由として、そのほとんどが純粹私法である旨を指摘するものとして、シンポジウム「消費者法のアイデンティティ」消費者法 1 号 35 頁（山本豊発言）（平成 21 年）。なお、編入前のドイツにおける特別私法と民法の関係に関する議論については、関武志「西ドイツにおける消費者保護」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（昭和 63 年・法政大学現代法研究所・日本評論社）618 頁以下、657 頁以下、上野達也「特別私法論の展開と民法の再編——1970 年代・80 年代のドイツにおける消費者法論争を手がかりとして——」論叢 159 巻 3 号 55 頁以下、5 号 30 頁以下（平成 18 年）、編入後の議論の概観については、山本豊「消費者契約私法のアイデンティティー——一般契約法と消費者契約法——」現代消費者法 1 号 60 頁以下（平成 20 年）、中田邦博「ドイツ債務法改正から日本民法改正をどのようにみるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』法律時報増刊（平成 20 年・日本評論社）28 頁以下、ディーター・ライポルト（円谷峻・訳）『ドイツ民法総論』（平成 20 年・成文堂）34 頁参照。また、五十嵐清「諸外国における消費者（保護）法(3)——西ドイツ」加藤一郎＝竹内昭夫編『消費者法講座 1 巻総論』（昭和 59 年・日本評論社）202 頁も参照。

(21)フランスにおける議論の概観については、山本・前掲注(20)61 頁以下。ピエール・カタラ（野澤正充・訳）「民法・商法および消費者法」ジュリ 1356 号 179 頁以下（平成 20 年）参照。なお、イタリアも独立した法典を立法した。谷本圭子「イタリアにおける消費者法の状況・その 1——消費法典の成立・施行——」立命 327=328 号 1880 頁以下（平成 21 年）参照。

(22)ヨーロッパにおいて消費者法整備をすすめる原動力であるヨーロッパ共同体指令との関係については、ヴォルフガング・リュケ（松本博之・訳）「自己決定と消費者保護」松本博之ほか編『現代社会と自己決定権——日独シンポジウム——』（平成 9 年・信山社出版）352 頁。

- (23)内田貴「いまなぜ『債権法改正』か?」NBL 872号 75頁(平成20年)、磯村・前掲注(10)184頁以下、内田貴「民法(債権法)改正に向けた議論の経緯と概要」ひろば62巻10号8頁(平成21年)。なお、いま消費者契約法の取り込み行うよりも、消費者契約法の改正が先だという主張として、山田茂樹「意思表示規定の改正論点について」月刊司法書士2010年6月号21頁。
- (24)ただし、民法典への消費者概念の導入については、検討委員会でも慎重な検討がなされた(中田裕康「民法(債権法)改正と契約自由」法の支配156号30頁(平成22年))。
- (25)本稿の目的から、民法改正に関する議論のうち、消費者にかかわる部分を取り上げる。これは全体のほんの一部である。その他、たとえば、全面改正する必要はなく、不備を正す改正にとどめるべきか、というような課題がある。たとえば、内田貴「債権法改正の前提」自正60巻9号16頁以下(平成21年)参照。なお、民法と消費者法の関係を検討するファクターとして、①原理、②法理、③運用(改正頻度)、④所管をあげるものとして、池田清治「コメント——消費者法の独自性と実効性」新世代法政策研究2号106頁(平成21年)。
- (26)「一般法化」は、すべての「人」に対し適用されるルールとして「消費者法」を導入するのだから、「民法」のルールが変わるととらえられる。これに対し、「統合」は、「消費者」概念を民法に導入し、さらに「消費者」のみに適用されるルールを民法に規定するのだから、特別法のルールを民法に導入することになり、「民法」の法としての位置づけが変わるととらえられる。これらのあり方についての評価も分かれる。たとえば、長谷川敏明「消費者契約についての民法での規定と銀行取引」銀法717号34頁(平成22年)は、民法に消費者契約法を取り込むことは、いまや自然のなりゆきだとしつつ、これは「一般法化」のレベルで行えば足り、「統合」は消費者私法規定の各論的中味の充実をかえって妨げることにつながりかねないことを懸念するとする。中井康之「コメント②」民法(債権法)改正検討委員会編『シンポジウム「債権法改正の基本方針」』別冊NBL127号78頁(平成21年)も同旨。他方で、中田邦博「ヨーロッパ契約法・消費者法から見た債務不履行法」法時81巻9号60頁(平成21年)は、統合型が適切だとする。

- (27)「民法の基本理念」については、「人」概念ともからんで「私法の一般法」であることが問題となる。この問題については、「これまで商法、消費者法などの領域とされた分野まで取り込んでくるのでなければ、真の意味で、『市民社会の市民相互の関係を規律する私法の一般法』（実質的意味での民法）として機能することはできないであろう」（森嶋昭夫「民法改正についてどう考えるか」椿ほか編・前掲注(20)3頁）とされている。また、民法と特別法の関係として、従来は、「基本原理の民法」対「特殊原理の特別法」という構図であったが、「多様性を前提とする民法典」があってもよいのではないかという指摘がある（能見善久「はじめに」『債権法改正の課題と方向』別冊 NBL 51号3頁（平成10年））。
- (28)民法の基本原則について、吉田克己「民法改正と民法の基本原則」法時82巻10号11頁（平成22年）。
- (29)消費者の役割という観点からの近時の論稿として、深津健二「消費者法の展開と権利＝法の実現——消費者及び消費者団体の役割を中心として——」都法51巻2号1頁以下（平成23年）。
- (30)「人」概念にかかる考察が抜本改正論の真の根拠ではないことは明らかとするものとして、鈴木仁志「民法（債権法）改正の問題点」自正60巻2号99頁（平成21年）。この文献は、「商法と消費者法を民法典に取り込もうとする背景には、アメリカスタンダードの影響を強く受けた国際商事ルールにわが国の民法を適合させようという狙いがあるものと推察される」という（同101頁）（この点については、後掲注(66)も参照）。なお、「消費者」という捉え方によると、抽象的な人格者概念の上に立つ近代市民法的発想は、根本的に修正されねばならないとするものとして、甲斐道太郎「人格者概念と消費者」北川善太郎＝及川昭伍編『消費者保護法の基礎 実用編』（昭和52年・青林書院新社）49頁以下参照。また、前提とする人間像が完全にずれているのであれば、別の法典とすべきとするものとして、松本恒雄「消費者法における公私協働とソフトロー」新世代法政策研究2号97頁（平成21年）、さらには、結局は、民法の社会像・人間像が消費者法のそれとどれほど近いかによるのであって、民法と消費者法の関係は、実践的な問題であると同時に理論的な問題であるとするものとして、瀬川信久「消費者法と

民法」日本経済法学会年報 29号（通巻 51号）104頁（平成 20年）参照。他方「人」に着目するか、「行為」に着目するかという観点から、谷本圭子「民法上の『人』と『消費者』」磯村保ほか編『民法学の課題と展望』（平成 12年・成文堂）85頁以下。

- (31)内田・前掲注(25)17頁、同『債権法の新時代「債権法改正の基本方針」の概要』（平成 21年・商事法務）19頁以下。
- (32)そもそも従来の民法には、企業取引の基礎となる契約法（取引民法）と消費者取引の基礎となる契約法（生活民法）が共存しており、2つの契約法には、共通部分もあるが、異質な部分も少なくない指摘するものとして、大村・前掲注(1)105頁。なお、竹内昭夫「消費者保護の基本問題」平野龍一著者代表『消費者』（昭和 57年・東京大学出版会）51頁、松本恒雄「消費者私法ないし消費者契約という観念は可能かつ必要か」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 6巻』（平成 3年・日本評論社）30頁、小林一郎「日本の契約実務と契約法（6・完）」NBL 935号 56頁（平成 22年）も参照。
- (33)消費者像・消費者概念については、竹内昭夫「消費者保護」『現代の経済構造と法』（昭和 50年・筑摩書房）14頁以下、川角由和「消費者保護における『消費者』概念と自己決定——わが国の学説・判例をてがかりに——」松本ほか編・前掲注(22)321頁以下参照。なお、星野英一「私法における人間」『岩波講座基本法学 1——人』（昭和 58年・岩波書店）144頁、154頁参照。山田卓生「消費者保護法の意義」加藤一郎＝竹内昭夫編『消費者法講座 1巻総論』（昭和 59年・日本評論社）17頁、長尾治助「法上の消費者概念」立命 201=202号 913頁以下（昭和 63年）も参照。なお、すべての法律において「消費者」の範囲が同一であることは必ずしも必要なく、それぞれの問題に応じて立法政策上、合目的に消費者の範囲を決めるのが妥当であるとするものとして、及川昭伍「消費者の意義」北川＝及川編・前掲注(30)9頁。
- (34)民法と消費者法の緊張関係については、早くから指摘がある。シンポジウム「消費者保護と私法」私法 40号 8頁（昭和 53年）（北川善太郎発言）。
- (35)民法の基本原理にこれと異質な新たな原理を付加することも、とくに禁止されることではないように思われるとし、原理的關係は一定の示唆を与えるものの、決め手にはならないとするものとして、後藤巻則「民法改正と消費者法」新世代法政策研究 2号 62

頁（平成 21 年）。

- (36)加藤雅信「民法改正の動きに寄せて～民法制定の歴史を振り返りながら～」NIBEN Frontier 2010 年 4 月号 44 頁以下（平成 22 年）。
- (37)内田貴「債権法改正を考える（前編）」NIBEN Frontier 2009 年 12 月号 5 頁。
- (38)加藤・前掲注(36)44 頁以下。
- (39)内田・前掲注(25)18 頁。なお、森田修「民法典と個別政策立法」『岩波講座 現代の法 4』（平成 10 年・岩波書店）113 頁、130 頁参照。
- (40)この問題については、インタビュー「山本敬三教授に聞く債権法の現在」法セ 667 号 22 頁以下（平成 22 年）参照。
- (41)内田・前掲注(37)4 頁。このような考え方に対する肯定的評価として、辰野久夫「内田貴著『債権法の新時代』へのいざない」NBL 917 号 53 頁（平成 21 年）。なお、牧佐智代「市場秩序と消費者保護（7・完）」NBL 929 号 69 頁（平成 22 年）は、「統合」には「一般法化」への道があるとする。
- (42)内田・前掲注(37)5 頁。
- (43)内田・前掲注(25)19 頁以下も参照。
- (44)消費者法の民法への取込みにあたり、消費者契約法の理念規定も民法 2 条の 2 として規定される必要があるとするものとして、松本恒雄「民法改正と消費者法」消費者法 2 号 6 頁（平成 22 年）。高須順一『民法（債権法）改正を問う——改正の必要性とあるべき姿——』（平成 22 年・酒井書店）33 頁も同旨。
- (45)辰巳裕規「民法（債権法）改正と消費者契約法・消費者法について」自正 60 卷 9 号 28 頁（平成 21 年）、山田・前掲注(23)21 頁以下、鎌田薫＝奈須野太＝伊達智子「新春対談 民法（債権法）改正に向けて——産業政策的な観点から」NBL 944 号 7 頁（奈須野太発言）（平成 23 年）。たとえば、一般法化による「逆適用」の問題が指摘されている。また、具体例の指摘として、青野博之「消費者法の民法への統合」岡孝編『契約法における現代化の課題』（平成 14 年・法政大学現代法研究所）131 頁以下参照。
- (46)インタビュー「『債権法改正の基本方針』のポイント——企業法務における関心事を中心に⑩」民法（債権法）改正検討委員会・第 1 準備会「消費者・事業者、履行請求・損

害賠償・解除、事情変更(上)』NBL 916号30頁(佐藤崇発言)(平成21年)。これに対し、消費者・事業者の概念を民法典に導入することの最大の意味は、消費者取引や事業者間取引が私たちの社会の関心事であることの確認にあり、単に消費者保護の強化ではないという指摘がある(同・大村敦志発言)。なお、企業間取引への影響という観点もある。

(47)法典の所轄の問題は、縦割り行政による弊害問題にからめて位置づけられることもある。なお、加藤雅信「民法典はどこにいくのか(その5・完)」法時83巻3号66頁以下(平成23年)における今回の民法(債権法)改正に関する指摘について、本稿では将来の課題とすることをお断りしたい。

(48)内田・前掲注(31)24頁。

(49)加賀山茂「クレジット契約についての規定を民法に組み込むことを考えるか」椿ほか編・前掲注(20)326頁。

(50)この問題は、民法の実用性の問題としかえすることも可能である。山本・前掲注(20)60頁以下(平成20年)は、民法と消費者法の関係のあり方について、①編入方式、②独立法典方式、③個別法方式に分類している。松本恒雄「債権法改正と消費者保護」ひろば62巻10号21頁以下(平成21年)は、①個別方式、②独立法典方式、③編入(統合)方式、④一般化編入方式に分類する。

(51)もう1つの有力な民法改正提案である、民法改正研究会による『民法改正 国民・法曹・学界有志案』法律時報増刊(平成21年)では、消費者法、とくに消費者契約法を民法に導入することはせず、特別法のレファレンス規定を置くことを提案している(同・66頁)。加藤・前掲注(36)44頁以下。

(52)中野邦保=伊藤栄寿「民法改正フォーラム・学界編——星野英一先生を囲んで(民法改正を考える④)」法時81巻6号101頁(平成21年)の星野英一発言のまとめ参照。民法改正研究会「民法改正フォーラム一問一答(民法改正を考える⑦)」法時81巻10号75頁(平成21年)の松尾弘質問も否定的である。

(53)村千鶴子「民法と消費者法の間をどう考えるか」椿ほか編・前掲注(20)22頁。また、滝沢津代「シンポジウム『債権法改正の基本方針』とその後—改正への一つのアプロー

チ」法政法科大学院紀要 6 卷 1 号 96 頁（平成 22 年）は、独仏が異なる対応をしており、フランス法のようにする行き方もあるので、もう少し状況を見極める時間があってもよいとする。また、改正の容易さという観点から独立法典の制定にメリットがあるとするものがある（野澤正充「債権法改正と消費者法の関係——消費者法典の構想との関係」NBL 946 号 40 頁（平成 23 年））。さらに、まとまりという観点からは「授業のやりやすさ」という指摘もある（座談会「債権法改正をめぐって——企業実務の観点から」ジュリ 1392 号 8 頁（渡辺達徳発言）（平成 22 年））。民法改正研究会・前掲注(52)75 頁の平野裕之質問も将来の消費者法典の立法に委ねるべきだとする。

(54)座談会・前掲注(53)9 頁（潮見佳男発言）。重要なことは、一般化できるルールは何かであると指摘する。また、同・10 頁（松岡久和発言）によれば、一般化の弊害として、正当取引活動への萎縮効果、クレマー的主張のおそれ、企業の過剰防衛反応があると指摘されている。

(55)河上・前掲注(15)8 頁以下。

(56)座談会・前掲注(53)79 頁（細川清発言）。

(57)同前（房村精一発言）。

(58)山田・前掲注(23)21 頁。

(59)河上正二「報告 I 総論」私法 62 号 15 頁以下（平成 12 年）。広瀬久和「附合契約と普通契約約款——ヨーロッパ諸国に於ける規制立法の動向」芦部信喜ほか編『岩波講座基本法学 4 契約』（昭和 58 年・岩波書店）313 頁以下も参照。なお、債権法改正における約款の問題点について、金融法委員会「債権法改正に関する論点整理（約款に関する内容規制）」NBL 949 号 16 頁以下（平成 23 年）参照。

(60)鎌田ほか・前掲注(45)9 頁以下（奈須野太発言）。

(61)同前・10 頁（鎌田薫発言）。

(62)その他、加藤雅信ほか『『民法改正国民シンポジウム：「民法改正 国民・法曹・学界有志案」の提示のために』を終えて（上）（民法改正を考える⑩-2）』法時 82 卷 2 号 85 頁以下（平成 22 年）も参照。

(63)山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（2・完）」民商 141 卷 2 号 214 頁（平成 21

年)。

(64)「契約自由」と「合意の尊重」という観点からの検討に際し、「たとえば、契約自由と契約正義を対置させて、どちらを重視すべきかとか、どの程度の比率でバランスをとるべきかなどという形で問題を設定することは、生産的ではなさそうです。むしろ、契約自由や合意の尊重が問題となる具体的な各場面において、その制約が必要なのか、その制約を基礎付ける価値は何なのか、契約自由・合意の尊重とその対抗価値との調整をどのようにして図るのかを検討の方が有用ではないか」という指摘がある(中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策研究8号4頁(平成22年))。

(65)法制審議会民法(債権関係)部会資料20-2「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(15)詳細版」民事法研究会編集部編『民法(債権関係)の改正に関する検討事項』(平成23年・民事法研究会)799頁によれば、この部会においては、「仮に特別を設けた場合に、具体的にどのような規定を設けることが考えられるかを見通しておくことを目的として」検討がすすめられている。

(66)江頭憲治郎ほか「座談会債権法改正と日本民法の将来——4月のパブコメ実施を前にして」法時83巻4号74頁以下(加藤雅信発言、角紀代恵発言)(平成23年)における今回の民法(債権法)改正に関する「アメリカ法の影響」「アメリカ化」の指摘について、本稿では将来の課題とすることをお断りしたい。なお、三枝・前掲注(19)民研647号8頁以下、越知保見「『買主、注意せよ』から『売主、開示せよ』への契約観の転換」NBL949号26頁以下(平成23年)も参照。

(67)たとえば、新しいものとして、野澤・前掲注(53)32頁以下。

(68)たとえば、消費者信用の分野では、イギリスの消費者信用法(Consumer Credit Act)、アメリカの統一消費者信用法(Uniform Consumer Credit Code)(モデル法)の例が挙げられよう。

(69)厳密に言えば、モデル法典である統一商法典を各州が採用するか、州法として同様の内容の立法をしている。

(70)消費者契約法の比較法対象として、英米法に言及するものとして、たとえば、潮見佳男「比較法の視点から見た『消費者契約法』」民商123巻4=5号622頁(平成13年)。

- (71)アメリカにおける議論のまとめとして、樋口範雄『アメリカ契約法（第2版）』（平成20年・弘文堂）197頁以下参照。初期の学説については、谷原修身「Unconscionabilityの法理の分析——学説を中心にして(1)(2)」アカデミア経済経営学編48号143頁以下、50号195頁以下（昭和50年～51年）参照。
- (72)石原全「米国における約款の司法的規整」一橋論叢66巻3号305頁（昭和46年）。定義に関するシンポジウムとして、Murray, *Unconscionability*, 31 U. PITT. L. REV. 1 (1969); Braucher, *The Unconscionable Contract or Term*, 31 U. PITT. L. REV. 337 (1970); Leff, *Unconscionability and the Crowd — Consumers and the Common Law Tradition*, 31 U. PITT. L. REV. 349 (1970); Speidel, *Unconscionability, Assent and Consumer Protection*, 31 U. PITT. L. REV. 359 (1970)の各論稿参照。
- (73)Hillman, *Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 CORNELL L. REV. 1, 2 note 10 (1981). この論文は、ロバート・A・ヒルマン（曾野裕夫・訳）「非良心性をめぐる神話を暴く——UCC 2-302条の新しい枠組み」ロバート・A・ヒルマン＝笠井修編『現代アメリカ契約法』（平成12年・成文堂）235頁以下として、一部が訳出されている。なお、本文に述べた説明は、近時、教科書類でも述べられている。MARTIN A. FREY & PHYLLIS HURLEY FREY, *ESSENTIALS OF CONTRACT LAW* 164 (2001).
- (74)ローマ法に遡りつつ大陸法系の制度と比較して説明するものもある(CHARLES L. KNAPP & NATHAN M. CRYSTAL & HARRY G. PRINCE, *PROBLEMS IN CONTRACT LAW* 584-5 (6th ed. 2007))。
- (75)大村敦志「『非良心性』法理と契約正義」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題』（平成8年・有斐閣）518頁。
- (76)谷原修身「Unconscionabilityの法理」アカデミア経済経営学編46号83頁（昭和50年）。ARTHUR LINTON CORBIN, *CORBIN ON CONTRACTS* (One Volume ed. 1952) § 128. Metzger & Phillips, *Promissory Estoppel and Reliance on Illusory Promises*, 44 SW. L. J 841, 880 (1990)は、「明らかにエクイティに起源がある」とする。なお、新美育文「イギリスにおける公序良俗論」椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究』（平成7年・日本評論社）206頁、

- 平野晋『体系アメリカ契約法 英文契約の理論と法務』（平成21年・中央大学出版部）296頁以下、とくに注(252)も参照。なお、コモン・ロー裁判所と異なり、エクイティ裁判所は威圧的な契約条項を強制することを拒んできた長い歴史があるとされている(JOHN EDWARD MURRAY JR., MURRAY ON CONTRACTS § 96 at 546–547 (4th ed. 2001))。なお、イギリスの判決を引用するアメリカの判決の紹介もある(MURRAY, *supra* note 76, § 96 at 551 note 189)。
- (77) 袁翰靖博「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29集359頁（平成4年）。
- (78) 谷原・前掲注(76)89頁。
- (79) 後注(80)に引用する判決の原審は、コロンビア特別区で統一商法典が採択されていないことを理由として、非良心性法理を適用しなかった。
- (80) Williams v. Walker–Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445 (D.C. Cir. 1965). この判決については、樋口・前掲注(71)197頁以下参照。また、この判決の批判的検討として、MARVIN A. CHIRELSTEIN, CONCEPTS AND CASE ANALYSIS IN THE LAW OF CONTRACTS (6th ed. 2010) 95–100.
- (81) 法典化されても定義は曖昧なままである(MURRAY, *supra* note 76, § 96 at 551–554)。
- (82) この規定の売買以外への適用について、RICHARD W. DUESENBERG & LAWRENCE P. KING, BENDER'S UNIFORM COMMERCIAL CODE SERVICE Vol.3 SALES & BULK TRANSFERS UNDER UNIFORM COMMERCIAL CODE OCTOBER 1986 CUMULATIVE SUPPLEMENT § 1.03[4][b].
- (83) Searbrook v. Commuter Housing Co., 72 Misc. 2d 6, 338 N.Y.S. 2d 67 (1972). この判決については、樋口・前掲注(71)199頁以下参照。
- (84) 最初に統一商法典を採用したのはペンシルベニア州であり、1954年に施行されている(MURRAY, *supra* note 76, § 96 at 553 note 201)。
- (85) 非良心性法理に関する第二次リステイメントの準備草案は、1970年に現れた(MURRAY, *supra* note 76, § 96 at 553 note 201)。
- (86) リステイメントについては、松浦以津子「リステイメントとは何か」星野英一＝森島昭夫編『現代社会と民法学の動向（下）』（平成4年・有斐閣）495頁以下参照。

- (87) *Leff, Unconscionability and the Code* ——— *The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485, 487 (1967). See, E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* (4th ed. 2004) § 4.28 at 301 note 24.
- (88) 平野・前掲注(76)300頁以下参照。
- (89) 同前・301頁参照。
- (90) この条文は、2003年（平成15年）に文言が修正されたが、実質的な変更は行われていない。統一商法典の起草については、吉田直『アメリカ商事契約法』（平成3年・中央経済社）17頁、25頁。また、統一商法典の起草に重要な役割を果たしたルウェリンについては、守屋明「カール・ルウェリンの法理論(1)(2)(3)」論叢105巻3号44頁以下、106巻2号22頁以下、107巻3号52頁以下参照（昭和54年～55年）参照。なお、ルウェリンは、この条文を「おそらく全法典の中で最も価値のある」条文とみなしていた（諸文献で引用されている *Statement of Karl Llewellyn in 1 STATE OF NEW YORK 1954 LAW REVISION COMMISSION REPORT, HEARINGS ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE* 113 に記述があるようであるが、参照できなかった。たとえば、MURRAY, *supra* note 76, § 96 at 552 note 193 に引用がある）。なお、事業者（商人）と統一商法典2条に関するルウェリンの考え方について、Hillinger, *The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve the Good, the Truth, the Beautiful in Commercial Law*, 73 GEO. L. J. 1141 (1985); Wiseman, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 HARV. L. REV. 465 (1987).
- (91) 椎名智彦「非良心性の法理と道具主義」比較法雑誌39巻2号297頁（平成17年）。
- (92) 北川善太郎「消費者契約序説（2・完）」NBL37号37頁（昭和48年）、谷原・前掲注(76)71頁、105頁、吉田・前掲注(90)283頁、椎名・前掲注(91)304頁以下参照。また、大村敦志『消費者法（第3版）』（平成19年・有斐閣）203頁以下では、約款規制の問題としてではあるが、非良心性法理が取り上げられている。JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, *CONTRACTS* (3rd ed. 1999) 332.
- (93) 大村・前掲注(75)527頁。反対に、統一商法典2-302条の制定時から非良心性法理の不明瞭性が商取引の安定性を害することは指摘されていた（谷原・前掲注(71)48号146頁参照）。
- (94) “merchant”は、本来「商人」と訳すべきかもしれないが、日本の問題状況に鑑み、消費

者と対比する意味を込め、本稿では「事業者」と訳すこととする。

- (95) 椎名・前掲注(91)304頁。Continental Airlines, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co., 819 F. 2d 1519 (9th Cir. 1987). WHITE & SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE (6th ed.) § 5-9 (2010); FARNSWORTH, *supra* note 87, § 4.28 at 301. 事業者は、自己防衛が期待されるとされている(JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI & PERILLO ON CONTRACTS, 332 (2009))。なお、統一商法典 2-302 条の公式コメント「この原則は、抑圧と不意打ちを防止するものであって、優越した交渉力のゆえになされたリスクの分配を妨げるものではない」(第2次契約法理ステイトメントも同様)を紹介するものとして、内田貴『契約の再生』(平成2年・弘文堂) 35頁参照。ただし、法典が交渉力の不均衡を是正しており、潜在的に消費者保護の性格は強いとするものとして、吉田・前掲注(90)50頁。
- (96) 裁判所は事業者が非良心性法理から利益を受けることを認めており、この傾向はゆっくりと拡大しているが、これは40年間の(1998年発表の文献であることには注意——引用者)判例の積み重ねの結果であるという指摘がある(Heckman, *Unconscionability and Personal Property Leasing Law in Connecticut*, 18 Q. L. R. 203, 228 (1998))。ただし、その後、衰退しているという指摘があることは、後述の通りである。なお、廉林輝樹「オーストラリアにおける非良心性法理の展開」東京大学大学院法学政治学研究科専修コース研究年報〈1999年版〉69頁以下(平成12年)によれば、オーストラリアでは、非良心性法理が1974年に消費者取引へ導入され、1992年に一般的非良心性法理が導入され、1998年に商取引に非良心性法理が導入されたとのことである。
- (97) Murray, *The Standardized Agreement Phenomena in Restatement(Second) of Contracts*, 67 CORNELL L. REV. 735, 778 (1982).
- (98) *Id.*
- (99) *Id.*
- (100) Mallor, *Unconscionability in Contracts Between Merchants*, 40 Sw. L. J. 1065, 1066 (1986).
- (101) Mallor, *supra* note 100, at 1067. 平野・前掲注(76)299頁は、「一般に非良心性が認定され易い契約類型は、消費者契約や、大企業対中小企業の契約や、使用者対従業員の契約等に於いてであり、裁判所は概して洗練された(sophisticated)大企業側が非良心性を援用

することに對して冷淡である」という。企業間取引についての簡潔な記述として、平野・前掲注(76)299頁以下参照。

(102)統一商法典 2-302 条の公式コメントは、「この原則は、威圧と不公正な不意打ちを防止するものであって、優越的交渉力ゆえのリスク配分を妨げるものではない」(UNIFORM COMMERCIAL CODE (2005 ed.) OFFICIAL TEXT AND COMMENTS, § 2-302 at 112)とし、契約法リステイメント 208 条のコメントは、「取引過程における弱さ」のタイトルの下、「取引は、たんにそれをする当事者が交渉の地位において不平等であるゆえに、ましてその不平等が弱い当事者に対してリスクを配分する結果となるがゆえに、非良心的となるものではない」(Restatement (Second) of Contracts § 208)とする。

(103)Mallor, *supra* note 100, at 1074-1084. 以下の記述は、この論文に多くを負う。この論文は、以前は、ほとんどの学者が非良心性法理の事業者間取引への適用に焦点をあててこなかったとしている(同 1067 頁)。なお、その後、非良心性法理が消費者取引のみならず一部の事業者間取引においても適用されるという文脈で、この論文はしばしば引用される。たとえば、Shell, *Substituting Ethical Standards for Common Law Rules in Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend*, 82 Nw. U. L. REV. 1198, 1209 (1988); Norton, *Bargaining and the Ethic Process*, 64 N. Y. U. L. REV. 493, 554 (1989); Preliminary Report, *Article 2, Sales: History, Drafting and Basic Policies*, 16 DEL. J. CORP. L. 986, 993 (1991); King, *Major Problems with Article 2A: Unfairness, "Cutting Off" Consumer Defenses, Unfiled Interests, and Uneven Adoption*, 43 MERCER L. REV. 869, 871 (1992)(非良心性法理が消費者と小事業者(small businessmen)の主要な武器となったとする); Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interaction and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710 1739 (1997); Swanson, *Unconscionable Quandary: UCC Article 2 and the Unconscionability Doctrine*, 31 N. M. L. REV. 359, 369 (2001); Schwarcz, *Intermediary Risk in Global Economy*, 50 DUKE L. J. 1541, 1579 (2001); Knapp, *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*, 71 FORDHAM L. REV. 761, 771 (2002)(ただし、非良心性分析を採用する裁判事例は、消費者の事例も衰退しており、非消費者事例では、明らかに交渉力に不平等があっても、非良心性法理の適用は拡大しないとしている); Edwards, *Article 2 of the Uniform*

- Commercial Code and Consumer Protection : The Refusal to Experiment*, 78 ST. JOHN'S L. REV. 663, 664-5 (2004) ; Garvin, *Small Business and the False Dichotomies of Contract Law*, 40 WAKE FOREST L. REV. 295, 381 (2005) ; Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 COLO. L. REV. 139, 151 (2005), DiMatteo & Rich, *A Consent Theory of Unconscionability : An Empirical Study of Law in Action*, 33 FLA. ST. U. REV. 1067, 1082-4 (2006) ; Abril, "Acoustic Segregation" and the Hispanic Small Business Owner, 10 HARV. LATINO L. REV. 1, 23 (2007) ; KNAPP & CRYSTAL & PRINCE, *supra* note 74, at 624 ; Warkentine, *Beyond Unconscionability : The Case for Using "Knowing Assent" as the Basis for Analyzing Unbargained ——— for Terms in Standard Form Contracts*, 31 SEATTLE U. L. REV. 469, 472 (2008) ; WHITE & SUMMERS, *supra* note 95, at § 5-9 note 1.
- (104)その後、この問題を主題として論ずる論文として、Warkentine, *Article 2 Revisions : An Opportunity to Protect Consumers and "Merchant"/Consumers through Default Provisions*, 30 J. MARSHALL L. REV. 39 (1996) がある。
- (105)ただし、何をもって「交渉力あり」とするかは、1つの問題である。Smith v. Price's Creameries, Inc., 98 N.M 541, 650 P. 2d 825, 34 UCC Rep. Serv. 1118 (1982).
- (106)Bowlin's Inc. v. Ramsey Oil Co., 99 N. M. 660, 662 P. 2d 661 (1983). 事案は、卸売業者やトラック運転手に対する交差訴訟も含み、複雑であるが省略する。
- (107)Mallor, *supra* note 100, at 1075-77.
- (108)フランチャイズ契約を締結する「個人」は、「事業者」であるという前提で議論がされている。
- (109)Zapatha v. Dairy Mart, Inc., 96 Mass.284, 408 N.E.2d 1370 (1980).
- (110)Mallor, *supra* note 100, at 1077.
- (111)Pittsfield Weaving Co., Inc. v. Grove Textiles, Inc., 121 N. H. 344, 430 A. 2d 638 (1981).
- (112)Mallor, *supra* note 100, at 1079.
- (113)Trinkle v. Schumacher Co., 100 Wis. 2d 13, 301 N.W. 2d 255 (1980).
- (114)Industrialease Automated & Scientific Equipment Co. v. R.M.E. Enterprises, Inc., 58 A.D. 2d 482, 396 N. Y. S. 2d 427 (1977) ; Hanson v. Funk Seeds International, 373 N.W. 2d 30 (S.

- D.1985).
- (115)Rozeboom v. Northwestern Bell Telephone Co., 358 N.W. 2d 241 (S.D. 1984).
- (116)Weaver v. American Oil Company, 257 Ind 458, 276 N. E. 2d 144 (1971).
- (117)Johnson v. Mobil Oil Corp., 415 F. Supp. 264, 20 UCC Rep. Serv. 637 (Mich. 1976).
- (118)Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 714, 763 (1982).
- (119)Mallor, *supra* note 100, at 1083.
- (120)Martin v. Joseph Harris Co., 767 F. 2d 296(6th Cir. 1985); A & M Produce Co. v. FMC Corporation, 135 Cal. App. 3d 473 (1982).
- (121)Langemeier v. National Oats Company, Inc., 775 F. 2d 975 (8th Cir. 1982).
- (122)Mallor, *supra* note 100, at 1084.
- (123)Eisenberg, *supra* note 118, at 741, 744–746.
- (124)Mallor, *supra* note 100, at 1084–1085.
- (125)Murray, *supra* note 97, at 735, 778–779.
- (126)Mallor, *supra* note 100, at 1085.
- (127)Murray, *supra* note 97, at 778.
- (128)Mallor, *supra* note 100, at 1086.
- (129)*Id.*
- (130)*Id.* at 1086–1087.
- (131)*Id.* at 1087–1088.
- (132)Warkentine, *supra* note 104, at 78–85.
- (133)*Id.* at 48.
- (134)Brown, *The Uncertainty of U.C.C. Section 2–302: Why Unconscionability Has Become a Relic*, 105 COM. L. J. 287 (2000).
- (135)*Id.* at 306–307.
- (136)なお、非良心性法理の要件の曖昧さから、消費者もこの法理の主張を躊躇することがあり、論理必然的に事業者はより認められにくいだろうという指摘がある(Morant, *The Quest for Bargains in an Age of Contractual Formalism: Strategic Initiatives for Small*

Businesses, 7 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 233, 265–266 (2003))。

(137) Morant, *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural Unconscionability and the Importance of Context*, 2006 MICH. ST. L. REV. 925, 947. 同頁の注 98 には、近時の非良心性法理に関する弁護士との議論が紹介されている。それによれば、裁判官が非良心性法理を用いて合意または条項を無効にすることをなるべくしたくないので、その結果、多くの弁護士は、顧客を苛酷な合意から解放するためには、非良心性法理の主張を捨て、意思の確実性を攻撃するようにしており、多くの調査が非良心性法理と利用する消費者は拡大していないことを示しているとのことである。ただし、具体的な統計、数字は掲げられておらず、どの程度、非良心性法理を主張する事案が減少しているのかを確認できなかった。裁判例集に掲載される非良心性法理を主張する事案の数の推移は1つの資料とはなろうが、すべての裁判例が裁判例集に掲載されるわけではないことを考えても、確実な資料とはいえない。本稿の論旨からすれば、この点を十分に検証する必要があることは認識している。

(138) Morant, *supra* note 137, at 947.

(139) ただし、アメリカとわが国では、弁護士のあり方、弁護士の利用のあり方に大きな差異があると考えられるので、その点の考慮が必要である。

(140) 要件としての説明として、落合誠一『消費者契約法』(平成13年・有斐閣) 53頁以下。なお、升田純『要件事実の基礎と実践』(平成15年・きんざい) 294頁、岡口基一『要件事実マニュアル(下)(第2版)』(平成19年・ぎょうせい) 447頁以下参照。

(141) たとえば、山本敬三『民法講義I総則(第2版)』(平成17年・有斐閣) 252頁以下、松本恒雄＝加藤雅信＝加藤新太郎「消費者契約法を語る」判タ1206号13頁以下(平成18年)(加藤雅信＝加藤新太郎編著『現代民法学と実務(中)』(平成20年・判例タイムズ社) 271頁以下に「消費者契約法の現在」と改題の上、所収) 参照。

(142) 伊藤滋夫『要件事実の基礎』(平成12年・有斐閣) 41頁以下。民法612条の質借権の譲渡・転貸を理由とする解除についての理論と酷似するとする。

(143) 同前・43頁。

(144) 検討として、執行秀幸「要件事実論と消費者契約法」大塚直＝後藤巻則＝山野日章夫

『要件事実論と民法学との対話』（平成17年・商事法務）346頁以下。

(145)内田貴『債権法の新時代』（平成21年・商事法務）53頁以下。

(146)なお、『基本方針Ⅰ』・前掲注(3)128頁以下の【1.5.15】の解説では、「通常影響を及ぼすべき事項」の内容についての具体的説明はない。

(147)「通常影響を及ぼすべき事項」は、そもそも消費者契約法4条4項に規定される「重要事項」より適用範囲を広くするため用いられた概念である（『基本方針Ⅰ』・前掲注(3)129頁）。しかし、本文の引用のように用いるとすれば、逆に、曖昧な要因によって適用範囲を限定する意味を持ち得ることになる。

(148)注(137)参照。

(149)消費者契約法10条の立法過程で提起された問題の1つとして紹介されている（落合・前掲注(140)145頁）。

【付記】本稿は、平成22年度・平成23年度（独）日本学術振興会科学研究費補助金（基盤研究(C)）の交付を受けた研究の一環をなすものであり、その研究成果の一部を公表するものである。

・ [平成23年5月]

【追記】初校の段階で、大村敦志『消費者法（第4版）』（平成23年・有斐閣）（特に391頁）、加藤雅信『民法（債権法）改正——民法典はどこにいくのか』（平成23年・日本評論社）に接した。また、注(137)の記述に関連して、Frisch, *Commercial Law's Complexity*, 18 GEO. MASON L. REV. 245, 265-270 (2011)において非良心性法理が取り上げられているのに接した。

[平成23年6月]