

UCC 第二編改正作業における 約款の「採用」規制の試み（五・完） ——「内容」規制との関係を念頭に

三 枝 健 治

- I. はじめに
- II. 我が国での議論の状況
 - 1. 序
 - 2. 約款開示規制
 - 3. 不意打ち条項規制（以上、37巻3・4号）
 - 4. 問題状況の確認
- III. UCC 第二編改正作業における約款の「採用」規制の試み
 - 1. UCC 第二編改正作業前の状況
 - 2. 約款開示規制（(1)まで38巻3号、(3)まで38巻4号）
 - 3. 不意打ち条項規制
 - (1) 理念としての不意打ち条項規制
 - (2) 改正作業中での議論
 - a) UCC 第二編改正作業における推移・その1（以上、39巻1号）
 - b) UCC 第二編改正作業における推移・その2
 - c) UCC 第二編改正作業における推移・その3
 - (3) 小括
 - 4. 立法のあり方
- IV. 我が国への示唆
- V. おわりに

Ⅲ．UCC 第二編改正作業における約款の「採用」規制の試み

3．不意打ち条項規制

(2) 改正作業の中での議論

b) UCC 第二編の改正作業における推移・その2～1999年総会草案まで

こうして NCCUSL 執行部により冷却期間が置かれたことで、起草委員会は1998年3月まで開催されなかった。その3月の起草委員会のために用意されたのが次の1997年12月一部修正草案である。すなわち⁽³⁸⁷⁾、

【1997年12月一部修正草案 UCC § 2-206】

選択肢 A

- (a) 消費者契約において、消費者が記録に同意している場合、交渉していない条項で、かつ同種の取引における合理的な消費者が当該記録の中に含まれていると予期しないであろうものは、契約から排除される。但し、その当事者が記録に同意する前に当該条項を認識していたときはこの限りでない。
- (b) (a)項の下で条項を排除するか否か決定する前に、裁判所は、当事者又は裁判所自身の申立てに基づき、当該条項が契約に含まれるべきものか又は契約から排除されるべきものかにつき証拠を提出する機会を合理的かつ即座に両当事者に与えた後でなければ、契約には当該条項が含まれないものと解するべきか否か決定してはならない。裁判所が本条の下に条項を排除できるのは、当該条項が裁判所によって、業界の基準又は商慣行に照らし異様なもの又は抑圧的なもの (bizarre or oppressive) である [過酷なもの又は一方的なものである] と認められた場合、その他基本的な条項を無用ならしめ、あるいはそれらの基本的な条項に実質的に矛盾するものであると認められた場合、契約の支配的な目的を消失させるものであると認め

(387) December 1997, Partial Redraft, UCC § 2-206 ([] は原文による)。

られた場合、又はその他の消費者保護に関する法律に違反し公の秩序に反するものと認められた場合に限られる。

(c)…略

選択肢 B

(a) 消費者契約において、消費者は、検討する機会 [2B-113] を持った後に明示的に同意することにより [2B-112] 記録 [標準書式] の条項を採用したもとのする。但し、条項が非良心的なものである場合又は両当事者の合意中の交渉された条項に矛盾するものである場合には、当該条項は契約の一部とならない [2B-208(a)]。

(b)…略

ここで起草委員会は、草案 UCC § 2-206に更なる改善の余地があることを認め、二つの選択肢を用意した。そのうち、選択肢 A は先に紹介した1997年7月のNCCUSL総会においてHendersonが提案したものであり、他方、選択肢 B は同時並行で作業がされていたUCC第二B編（後のUCITA）の規定を参考とするものである⁽³⁸⁸⁾。

先述の通り、情報取引の規律を予定するUCC第二B編も、改正UCC第二編と同じく、合理的期待理論に依拠した不意打ち条項規制の導入を目指して作業を進めていたが⁽³⁸⁹⁾、やはり産業界側から、基準が不明確で法的安定性に欠くとの強い批判が投げかけられ、結局、1997年9月のUCC第二B編起草委員会において、投票の結果、そのような試みを断念した経緯があった⁽³⁹⁰⁾。かかる経緯を反映した1997年11月草案UCC § 2B-208

(388) Id. § 2-206 note 1 and 2.

(389) UCC第二編改正作業と同時並行で進んでいたUCC第二B編（UCITA）の制定作業における不意打ち条項規制の導入の試み——但し本文で述べる通りその導入は最終的に断念されたので、かかる試みは1997年9月草案までにしか見られない——については、前掲注（363）参照。

(390) See November 1, 1997 Draft, UCC § 2B-208 note 1. See also Henderson, *supra* 354, at 100.

(a)⁽³⁹¹⁾——同規定は、既に紹介した UCITA-O § 209に引き継がれている⁽³⁹²⁾——を参考にしたのが、上記12月一部修正草案 UCC § 2-206の選択肢 B である。すなわち、1997年11月草案 UCC § 2B-208(a)は、明示的に合意した条項に反しない限り、②内容規制としての非良心性法理により、専ら内容の不当な条項を排除すれば足りるとし、①採用規制としての不意打ち条項規制の採用を基本的に拒否しており、従ってこれを参照した選択肢 B も、②としての非良心性法理だけ定め、①としての不意打ち条項規制については、言わば②としての非良心性法理の中に溶解させようとするものであった。

これに対して、選択肢 A は、拘束力を否定すべき不意打ち条項を「異

(391) November 1, 1997 Draft, UCC § 2B-208.

【1997年11月草案 UCC § 2B-208：マスマーケットライセンス】

(a) § 2B-209に別段定められている場合を除き、当事者が § 2B-207(a) との関係でマスマーケットライセンスの条項を採用したと言えるのは、情報の最初の履行もしくはその情報への最初のアクセスの前まで、あるいはそのような履行もしくはアクセスに関連して、同意の意思等により、当該ライセンスに同意する場合に限られる。しかしながら、以下の場合には条項は契約の一部とならない。すなわち、

(i) 当該条項が非良心的である場合、または

(ii) 口頭証拠排除の原則に関する § 2B-301に従い、当該条項がライセンスの当事者間で交渉した条項に抵触する場合

(b)(c)…略

(392) 前掲注 (218) の本文参照。なお、このように、産業界側の声に押されて専ら②内容規制としての非良心性法理による対処で足りるとした UCC2B/UCITA の姿勢に対しては批判が強く、例えば、前掲注 (230) で紹介した1998年の ALI 総会で採択された Braucher と Linzer の動議——すなわち、1998年時点で ALI による承認を先送りし起草委員会に草案の一層の手直しを求める動議——においても、①採用規制としての不意打ち条項規制が草案に盛り込まれていない点が問題の一つとして指摘されている。See motion from Braucher and Linzer, *supra* note 230. 現時点で UCITA は、前掲注 (234) の本文で述べた通り、ごく限られた法域で採用されるにとどまるが、少なくとも批判の一つの源泉がこの点にもあることを確認し得よう。

様なもの又は抑圧的なもの」である場合等に認め⁽³⁹³⁾、内容上何らかの不当性がある——但し非良心的と言えるほどに不当な内容である必要はない——ことも一場面とする点で、①採用規制としての不意打ち条項規制を②内容規制としての非良心性法理に近づける結果となりながら、しかしそれでもなお合理的期待理論をベースに維持するものであった。かくして、②としての非良心性法理に近接しながら、なお独立に①として不意打ち条項規制を用意するのか（＝選択肢 A）、あるいはそれを実質的に②としての非良心性法理に全て還元し解消させてしまうのか（＝選択肢 B）、その点を問う二つの選択肢が1997年11月草案において示され、1998年3月草案でも引き続き併記された⁽³⁹⁴⁾。

この3月草案を検討する1998年3月の起草委員会に先立ち、Speidel は議題を次の通り整理した。すなわち⁽³⁹⁵⁾、

(393) 不意打ち条項規制を定める第二次契約法リステイトメント § 211(3) のコメント f にも同じように「異様なもの又は抑圧的なもの (bizarre or oppressive)」等の表現が見られるが、それは、あくまで条項の不意打ち性につき「知るべき理由」を推論させる一材料としてであって、Henderson はこれを条文化することで、合理的期待理論を踏まえながら、不意打ちを理由に拘束力を否定することが例外であることを強調すべく、その対象を明示的に限定しようとした——もっとも、「抑圧」的な条項も不意打ち条項規制の対象とされるが、しかし逆に「抑圧」的な条項であれば条項の不意打ち性が常に認められるわけではないことに注意が必要である。

なお、ここで不意打ち性の徴表とされた条項の「異様」「抑圧」性は、「業界の基準又は商慣行に照らして」判断されるとしており、文言上、消費者あるいは企業のいずれの（内的な）視点にも寄らない客観的な基準を打ち出すことで、不意打ち性の判断基準を巡る見解の対立を解消しようとしたものと評し得よう。See Henderson, *supra* note 354, at 98.

(394) March 1, 1998 Draft, UCC § 2-206.

(395) March 12-14, 1999, Proposed Agenda [この論点整理も前掲注 (236) で言及したサイトに掲載されている].

争点

1. § 2-206又は同様の規定を改正 UCC 第二編に入れるべきか。起草委員会の答えはイエスである。
2. 答えがノーであるならば、消費者契約において十分な開示を提供すべく何をなすべきであるか。〔非良心性法理を定める〕 § 2-105に加えて、消費者保護に関する連邦法と州法の保護で十分か。
3. 答えがイエスであるならば、採用すべきは選択肢 A か選択肢 B か。その解答は § 2-206の目的如何、すなわち条項の開示か、「一線を越えた (out of bounds)」契約の規制かによると思われる。

ここから、Speidel としては、「一線を越えた (out of bounds)」契約に表れる内容の不当性をモメントに介入する②内容規制としての非良心性法理と異なり、①採用規制としての不意打ち条項規制がむしろ「条項の開示」の不十分性、すなわち手続的な不公正を規制モメントとするところに、その独自の存在意義を認めていることが窺える。ただ、そうすると、選択肢 A の下で、手続上の公正に関心を向ける①としての採用規制があるからこそ、いかなる意味であれ内容が不当とは言えないときにも、開示の不十分性を理由に「異様」な条項の拘束力を否定しうることになろうが、しかし実際にそこで不意打ち条項規制に期待されているのは、それにとどまらず、選択肢 A の提案者である Henderson が述べる通り、内容上の公正に関心を向ける選択肢 B の下でも等しく対象となる「抑圧」的な条項について、②としての非良心性法理ではカバーしきれないような、非良心的と言うほどに不当な内容ではないときまで、やはり開示の不十分性を理由にすることによって、拘束力を否定することであろう⁽³⁹⁶⁾。

(396) 前掲注 (395) の本文で引用した論点整理における Speidel の問題提起に対して Henderson は次のように答えている。長くなるが、示唆に富むのでここで全文を紹介しておこう。「§ 2-206の目的は、不当とも言える、従って、消費者が同意していないときに裁判所が効力を否定するような異例な条項を売主に開示するよう促すことにあるのか。あるいは、合意があろうとも

こうして Speidel によって、機能的に連続する面もある不意打ち条項規制と非良心性法理との本来的な役割の違いが示唆されたことで、選択肢 A の採用が予想されたところであった——なお、Speidel によると、選択肢 B よりも選択肢 A を支持する者のほうが多いようであるとのことであった⁽³⁹⁷⁾。しかし、ふたを開けて見ると、1998年3月の起草委員会後に公表された同年5月草案 UCC § 2-206では、いずれの選択肢を採用するか未決定のまま3月草案の UCC § 2-206が将来の検討のためとしてその全体を括弧で括られて草案本体から外され⁽³⁹⁸⁾——これにより、実質的に同条は削除されたものと評価されている⁽³⁹⁹⁾——、むしろそれに代わって、①採用規制である不意打ち条項規制と考えられてきたものの幾つかが、以下の通り、②内容規制の非良心性法理を定める UCC § 2-105の中に移され、そ

不当とされる条項から保護することにあるのか。おそらく前者の立場からは選択肢 A を支持することになろう。なぜなら選択肢 A は、合理的期待理論の基本的前提を具体化しているからである——すなわち、同意がないから、不当な条項に効力を認められないのである。換言すると、〔ここで問題にされる〕条項は不当であるかもしれないが、しかし同意があっても裁判所によって効力を否定すべきほどに不当なわけではないのである。これに対して、選択肢 B の下では、『一線を越えた』条項の規制は、非良心性法理又は消費者保護に関する制定法に見られるより厳格な基準となりうるものを満たさなければならないであろう——すなわち、〔ここで問題にされる〕条項は、完全な同意があろうとも、常に無視すべきほどに不当なものでなければならない。このような両者の区別は非常に微妙であるが、Keeton 判事が〔合理的期待理論という〕新たに出現しつつある法理は、非良心性法理と密接に関連するが、しかしそれとは別個なもので、保険証券中の不意打ち条項を司法的に規制する際に裁判所によって活用されつつあると主張したときには、この両者の区別を彼は明確に認識し、かつ指摘していた。〕（Henderson, *supra* note 354, at 104.）

(397) See December 1997, Partial Redraft, UCC § 2-206 note 1; March 1, 1998 Draft, UCC § 2-206 note 1.

(398) May 1, 1998 Draft, UCC § 2-105 note 2.

(399) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 133–134 は「[1998年3月の起草委員会]の打ち合わせでの議論の後、1998年5月1日草案は、[草案 UCC

ここに規定されるに至った。すなわち⁽⁴⁰⁰⁾、

【1998年5月草案 UCC § 2-105】

(a) 裁判所は、法律問題として、契約又は契約中のいずれかの条項が契約締結当時において非良心的なものであったと認めた場合には、契約の効力を否認すること、非良心的な条項を除いて残りの部分の契約の効力を認めること、または非良心的な結果を避けるように問題の条項の適用を制限すること、のいずれかを行うことができる。

[(b) 消費者契約〔個人と商人の契約〕において、〔消費者〕〔個人〕が認証し又は行為によって同意した記録に含まれる交渉しえ得ない条項（non-negotiable terms）〔交渉していない条項（non-negotiated terms）〕は以下の場合に非良心的なものとなる。

(1) 消費者〔個人〕がその条項について認識していなかったうえに、

(2) その条項が

(A) 業界の基準又は商慣行と不合理にも異なるものである場合

(B) 合意において交渉された条項の一つ又は複数の条項と実質的に矛盾するものである場合

(C) 契約の基本的な目的に実質的に矛盾するものである場合、以下…略]

(c)…略

この1998年5月草案 UCC § 2-105(b)は、その内容も、またその規定を置くこと自体も、起草委員会の承認を得たものではないとの注記が特に付されている⁽⁴⁰¹⁾。いずれにせよ、先の Speidel の論点整理では①採用規制としての不意打ち条項規制と②内容規制としての非良心性法理の区別が示唆されていたにもかかわらず、なぜ両者の混同とでも言うべき上記草案 UCC

§ 2-206] を完全に消去し、その幾つかの原則を…非良心性法理の中へ盛り込んだ」(傍点三枝)と指摘する。

(400) May 1, 1998 Draft, UCC § 2-105 ([] は原文による)。

(401) Id. § 2-105 note 2.

§ 2-105(b)が出現したのか、その理由は1998年3月起草委員会における議論が公表されていないため、推測するほかない。しかし、時期的に丁度、UCC 第二B編の草案において、不意打ち条項規制を導入することが断念され、それが実質的に非良心性法理に解消された直後であることから、これに倣いUCC 第二編でも不意打ち条項規制の導入を断念するよう迫る産業界側の圧力が一層強まり、少なくとも形のうえで不意打ち条項規制を定める独立の規定を別途用意することが更に困難となった可能性のあることが、その理由と推測しうる⁽⁴⁰²⁾。

もっとも、こうして形のうえでは②内容規制としての非良心性法理だけ定め、いわば①採用規制としての不意打ち条項規制を②内容規制としての非良心性法理の中に混入させることが提案されたものの、しかし、その実質は、前者が後者に解消されたわけではなかった。というのは、内容の不当性を重視する従来の非良心性法理と異なり、そこに盛り込まれた草案UCC § 2-105(b)も、やはり開示の不十分性、すなわち手続的な不公正を重視するものであったからである。例えば、その注釈では、草案UCC § 2-105(b) (1)の要件について、「この最小の開示要件は不意打ち条項から保護すべく意図されたものである」との指摘があり、また同(2)について、「消費者…が交渉されていない条項について認識していなかったときは、その条項は、(a)号に引っかけからなかったであろう(survive)としても、(b) (2)号の要件を満たさない場合には非良心的なものである。すなわち、消費者が当該条項について認識がないことで手続的非良心性が存在する場合には、(b) (2)号に定義された〔程度の内容の〕良心性にショックを与

(402) Henderson, *supra* note 354, at 101は、「これ [=UCC 第二B編への不意打ち条項規制の導入断念] により、UCC 第二B編起草委員会は、合理的期待について自らの見解を改正草案UCC § 2-206に見られる見解に一致させるようにと迫る圧力を何ら受けなくなり、非良心性法理を除くと、書式契約の効力(enforcement)に関する限り、もはや改正第二編にだけ焦点が合わされることになった」と述べている。

える条項はその効力が否定される」との指摘がある⁽⁴⁰³⁾。これらの記述は、非良心的とまでは言えない不当な内容の条項について、むしろ開示の不十分性、すなわち手続的な不公正を理由にその拘束力を否定しようとする①採用規制としての不意打ち条項規制の実質が——②内容規制としての非良心性法理の下でも——なお維持されていることを教えるものであろう。その意味で、内容の不当性に軸足を置く伝統的な非良心性法理（＝草案 UCC § 2-105(a)）にとどまらず、むしろ反対に手続的な不公正に関心を寄せる新たな非良心性法理（＝草案 UCC § 2-105(b)）を作り上げ、「より強力な非良心性法理」の誕生を企図したものと評価できるかもしれない⁽⁴⁰⁴⁾。

しかし、このような1998年5月草案の試みは、やはり産業界側の強い反対の前に、結局、頓挫することとなった⁽⁴⁰⁵⁾。以後、非良心性法理を定め

(403) Ibid（傍点三枝）。

(404) 開示の不十分性に着目して非良心性法理の強化を図る必要性については1998年3月草案で既に示唆されていた。See March 1, 1998 Draft, UCC § 2-105 note 3 [「§ 2-105の基準は開放的で（open ended）、個別具体化する（particularize）ことは困難なものである。より具体的な準則があれば、とりわけ開示を増大させる必要がある場合に、法の陰の下に強者の行動を誘導するに役立つし、また訴訟を起こす必要性和インセンティブを低減するのにも役立つであろう」（傍点三枝）]。See also Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 137-138.

ただ、開示の不十分性だけを以て手続的に非良心的な行為があったと認めるのは、前掲注（334）で述べた通り、伝統的な立場を踏まえると無理があるから、不意打ち条項規制を非良心性法理の枠組みの中で取り扱うのは、そもそも困難な面がある。しかも、UCC § 2A-108(2)と平仄を合わせ、当該契約又は条項が「非良心的な行為」により誘引された場合には専らかかる手続的非良心性を理由にその効力を否定しうる旨の規定が長らく改正 UCC 第二編草案の中に導入されようとしたが、結局、拒否されたことに照らすと（See Decemner 1997, Partial Redraft, UCC § 2-105 note 1. See also Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 136）、一般に「非良心的な行為」とまでは評価し得ないような不十分な開示があっただけで、非良心性法理の下で対処することは、なお更、実際には非現実的な話であったと言える。

(405) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 140.

た草案 UCC § 2-105は元に戻り、後述の通り、1999年5月まで、現行 UCC § 2-302と実質的に同一の内容が定められた状態のままであった⁽⁴⁰⁶⁾。

その後、不意打ち条項規制の導入は、この非良心性法理への移行の試みを手始めに、迷走し出した向きもある。1998年秋の起草委員会では、基準不明確で法的安定性を著しく欠くとの度重なる批判に押され、遂に合理的期待理論を正面から打ち出すことは放棄すると決まった。そこで1998年12月草案では手法を変え、新しく「信義則 (good faith)」概念を用いて不意打ち条項規制を実現することが提案された⁽⁴⁰⁷⁾。すなわち⁽⁴⁰⁸⁾、

【1998年12月草案 UCC § 2-206A】

- (a) 消費者契約において、裁判所は、同種の契約の公正な取引基準 (reasonable commercial standards of fair dealing) に実質的に反して挿入された記録上の標準条項、又は § 2-202 [=契約書外の証拠排除の法理 (parol evidence rule) …三枝注] の適用の下、合意した条項の一つ又は複数の矛盾する記録上の標準条項については、その効力を否定することができる。
- (b) 消費者契約の条項の効力を否定しうるとの主張が裁判所になされた場合、又はそう裁判所には思えた場合には、両当事者は、裁判所がその判断をなすのを助けるべく、当該条項の用いられた取引場面、目的、及び効果に関する証拠、あるいは当該条項が同種の契約の公正な取引基準に実質的に反するものか否かに関する証拠を提出する合理的な機会を与えられなければならない。
- (c) …略

同草案 UCC § 2-206A(a)は、問題の条項の挿入が「信義則」＝公正な取引基準に反しているかに着目しており、やはり内容の不当性ではなく、

(406) E.g., December 1, 1998 Draft, UCC § 2-105; February 1, 1999 Draft, UCC § 2-105; March 1, 1999 Draft, UCC § 2-105.

(407) See Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 134.

(408) December 1, 1998 Draft UCC § 2-206A.

「条項の挿入プロセスについての手続的な関心」⁽⁴⁰⁹⁾、すなわち手続的な不公正を重視するものである。草案 UCC § 2-206A のコメントが、当該条項の挿入が公正な取引基準に反しているか否かは挿入の態様だけでなく、挿入された条項の内容も考慮して決まるとし、「例えば、競争市場における合理的な売主が同種の契約の中に含めるであろうものを超えた条項が含まれている場合にはその条項の効力を否定しうる。第二次契約法リステイトメント § 211(3) 及び同コメント参照」と述べるのも⁽⁴¹⁰⁾、それが、条項の内容の不当性を理由にしてというわけではなく、その内容に応じた開示が十分なされていないという、手続的な不公正を理由にして条項を否定しようとするものであることを物語る——いずれにせよ、このコメントからは合理的期待理論を実質的にはなお維持しようとの意図が窺えよう。

以上の「信義則」概念を用いて不意打ち条項規制を導入しようとの試みは1999年3月草案まで続いたが⁽⁴¹¹⁾、そのような試みにも、やはり産業界側からは絶え間なく批判が続いた。批判の理由は、おきまりの、基準が不明確で著しく法的安定性に欠ける、というものである⁽⁴¹²⁾。要するに、産業界側にとって、非良心的なまでに不当な内容の条項を規制するだけの非良心性法理で十分で、それ以上に新たな規制を導入することは、それがどのようなものであれ、とにかく反対であり、提案されている新たな規制は

(409) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 134.

(410) December 1, 1998 Draft UCC § 2-206 cmt. 1.

(411) February 1, 1999 Draft Draft, UCC § 2-206; March 1, 1999 Draft, UCC § 2-206.

(412) See Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 134 n.57. 例えば、全国製造協会から起草委員会に送られた手紙では、「『実質的に反する』及び『公正な取引基準』という基準は適用不可能なほどに漠然としたもので、定義されることはないし、適切に定義できるものではない…。漠然とした基準と、条項の効力を訴訟で争うコストを前提にすると、消費者は、究極的に自分が好まないと判断した事実上いかなる規定についても異議を述べるインセンティブを得ることになるであろう」と述べられていた (Letter from Quentin Rigel, cited in Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 135 n. 57)。

基準が不明確で法的安定性に欠けるとお題目のように、その理由が常に唱えられるわけである⁽⁴¹³⁾。そして、あの手この手を使って反対論を主張し、ロビー活動を展開させた。事後条項に関連して既に紹介した通り⁽⁴¹⁴⁾、かかる産業界側のロビー活動の最たる例が、Gateway 社により雇われた著名な5名の研究者から、1999年3月10日前後に一斉に、草案に反対する旨の手紙が起草委員会に送られたことに表れている。事実、その一人の Schwartz の手紙でも——「事後条項」否定論に与した草案 UCC § 2-207 に加え——不意打ち条項規制を定める1999年3月草案 UCC § 2-206の削除が強く求められていた⁽⁴¹⁵⁾。

(413) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 135は、「産業界側の繰り返し文句は、現行の非良心性法理の規定以外に、標準約款取引における同意の問題に取り組む制定法上の規定のいかなるアプローチも不必要で、消費者契約の効力について余りに大きな不確実性を作り上げることになる、というものであった」と指摘する。また、レポーターであった Speidel も、「起草委員会の委員及び NCCUSL 執行部が「産業界」と交渉するために彼らの懸念に答えようと草案において多くの修正をなしたにもかかわらず、彼らのほうは(少なくとも私の知る限り)、起草委員会が承認すれば、事が解決するような修正は一度たりとも提案したことはなかった。我々の方法でやるかやらないか、しかも彼らのやり方が何か指示もしていない、という態度であった」と述べる (Speidel, *View*, *supra* note 8, at 618)。

(414) 前掲注 (249) から (252) の本文参照。

(415) 「現行 UCC § 2-302は、裁判所に、消費者契約中の非良心的な条項の効力を否定し、非良心性の争点に関する証拠を受け取る権限を与えている。消費者契約を規制する権限を裁判所に与える新しい UCC が正当化しうるのは、(a)それが非良心性法理がいかに消費者契約法に適用されるかを明確にする場合、又は(b)それが、UCC の下、裁判所の権限を非規範的に適当な方法で拡大する場合であろう。この手紙は、提案されている § 2-206が明確にするものは何もなく、その結果、規範的に不適当な方法で裁判所の権限を拡大しようとするものであることを示そうとするものである」と述べた後に、Schwartz の手紙は、要するに、非良心性法理以外の規制は不要との主張の下、草案 UCC § 2-206がいかに基準不明確で法的安定性を害するものかを中心に、相当な分量を割いて反対論を展開している。See Letter from Schwartz, *supra* note 249, cited in White, *supra* note 173, at 71 n. 101.

こうした産業界側からの強い批判の圧力の下、1998年12月草案 UCC § 2-206A と同一の1999年3月草案 UCC § 2-206を検討した同年3月の起草委員会において、NCCUSL 執行部は、起草委員会に対して、草案 UCC § 2-206を「検討中」として括弧でくくるよう強く要求した⁽⁴¹⁶⁾。起草委員会は引き続き草案 UCC § 2-206を支持したものの、結局、その要求に応じ、括弧でくくって「検討中」という表記を付したうえ、次のような1999年5月草案を示した。すなわち⁽⁴¹⁷⁾、

【1999年5月草案 UCC § 2-206】

- (a) 消費者契約において、裁判所は、同種の契約の公正な取引基準（reasonable commercial standards of fair dealing）に実質的に反して挿入された記録上の標準条項、又は § 2-202の適用の下、合意した非標準条項の一つ又は複数に矛盾する記録上の標準条項については、その効力を否定することができる。
- (b) 消費者契約の条項の効力を否定しようとの主張が裁判所になされた場合、又はそう裁判所には思えた場合には、両当事者は、裁判所がその判断をなすのを助けるべく、当該条項の用いられた取引場面、目的、及び効果に関する証拠、あるいは当該条項が同種の契約の公正な取引基準に実質的に反するものか否かに関する証拠を提出する合理的な機会を与えられなければならない。
- (c) …略

この草案 UCC § 2-206が「検討中」として括弧でくくられたことことで、今度はこれを規制の後退と受け止めた消費者側から猛反発を招き、他方で、産業界側からもその完全な削除を目指しなお批判が収まることはなかった⁽⁴¹⁸⁾。こうして不意打ち条項規制を巡り消費者側と産業界側の対立が更に深刻化したことから、その緩和に向けた努力が重ねられた結果⁽⁴¹⁹⁾、最

(416) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 135.

(417) May 1, 1999 Draft Draft, UCC § 2-206.

(418) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 135.

(419) 後掲注 (422) 及び前掲注 (253) 参照。See also Greenfield & Rusch,

終的には、この5月草案を審議する1999年5月のALI総会の直前に、起草委員会委員長 Bugge、レポーターの Speidel、アシスタントレポーターの Rusch の連名の手紙で、草案から § 2-206 を削除し、代わりに § 2-105(b) 及び(c) を付け加えるとの通知がなされるに至った⁽⁴²⁰⁾。新しく(b)(c)が追加された変更後の1999年5月草案 UCC § 2-105は次の通りである。すなわち⁽⁴²¹⁾、

【変更後の1999年5月草案 UCC § 2-105】

- (a) 裁判所は、法律問題として、契約又は契約中のいずれかの条項が契約締結当時において非良心的なものであったと認めた場合には、契約の効力を否認すること、非良心的な条項を除いて残りの部分の契約の効力を認めること、または非良心的な結果を避けるように問題の条項の適用を制限すること、のいずれかを行うことができる。
- (b) 消費者契約において、標準書式の記録上の交渉していない条項が非良心的なものでその効力が否定されるのは、当該条項が次のようなものである場合である。
 - (1) 契約の基本的な目的を消失させるものである場合
 - (2) § 2-202の適用の下、両当事者が明示的に同意したその他の重要な条項に矛盾するものである場合、又は
 - (3) 状況に照らして明らかに非合理的なリスク又はコストを消費者に課すものである場合
- (c) 裁判所は、法律問題として、消費者契約又は消費者契約中の条項が非良心的な行為によって誘引されたものであると認める場合、又は非良心的な行為により、消費者契約から生じる債権の取立が生じていると認める場合、適当な救済を与えることができる。
- (d)・・・略

supra note 350, at 135.

(420) See letter from Bugge, Speidel, and Rusch, supra note 253.

(421) Ibid.

不意打ち条項規制を定める草案 UCC § 2-206が一旦は——「検討中」として括弧でくくられたうえ——1999年5月に盛り込まれたにもかかわらずそれが削除され、非良心性法理を定める草案 UCC § 2-105の中にその要素が移された経緯は外部から窺い知ることはできないが⁽⁴²²⁾、それは、②内容規制としての非良心性法理だけで十分として、その中に①採用規制としての不意打ち条項規制を溶解させようと狙っていた産業界側の声⁽⁴²³⁾に沿った動きであると言って許されよう。

もっとも、こうして内容の不当性を重視する②としての非良心性法理に①としての不意打ち条項規制が混入されても、草案 UCC § 2-105(c)においては明らかに、更には同(b)(2)においても——コメントによると、(c)に関しては、消費者の合理的期待を害する条項が開示されていないことを以て⁽⁴²⁴⁾、また(b)(2)に関しては、明示の合意に矛盾することを以て⁽⁴²⁵⁾、

(422) 前掲注(253)参照。そこで言及した通り、この方針に影響を与えたと目される消費者産業界対策／特別委員会 (Consumer/Industry Task Force) の報告書は公表されていないようである。

(423) 前掲注(413)の Greenfield & Rusch の指摘参照。

(424) 変更後の1999年5月草案と同一の1999年総会草案 § 2-105(c)に関して、そのコメントでは、「(c)は、実体的に非良心的でなくとも買主の合理的期待を害す条項を売主が隠すのではなく、開示するインセンティブを作り出す」と述べられており、従来の草案 § 2-206で期待された不意打ち条項規制の役割を草案 UCC § 2-105(c)で引き受ける意図がそこに示唆されていた(1999 Annual Meeting Draft, UCC § 2-105 cmt. 3)。なお、草案 UCC § 2-105(c)は、現行 UCC § 2A-108(2)に倣ったものとされる。See letter from Bugge, Speidel, and Rusch, *supra* note 253. See also 1999 Annual Meeting Draft § 2-105 cmt. 3.

(425) See Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 146-147によると、非良心性法理は「抑圧と不意打ち」の防止を趣旨とするところ、草案 UCC § 2-105(b)は、一方で、条項が明示の同意に矛盾する場合には、「抑圧」(＝内容の不当性)がなくとも「不意打ち」(＝開示の不十分性)さえあればその効力が否定されるとしたのに対して((b)(2))、他方で、条項が明示の同意に矛盾しない場合には、「不意打ち」(＝開示の不十分性)とともに、「抑圧」(＝内容の不当性)があって初めてその効力が否定されるとしたもので

それぞれそれ自体、条項の内容の不当性を問うまでもなく、当該条項の効力を否定する理由になるから——不意打ちを防止するに足る開示が十分になされていない点の考慮、すなわち手続的な不正をモメントに介入する①としての不意打ち条項規制の要素がなお残されたものであると評価し得よう。

既に紹介した通り、これと同様の1998年5月草案 UCC § 2-105が提案されて既に産業界の反対により頓挫したことがあったことを考えると、やはり変更後の1999年5月草案 UCC § 2-105(b) (c)も産業界側が受け入れるとは考えにくく、現に批判は続出した⁽⁴²⁶⁾。これを検討した ALI 総会において、草案 § 2-105(b) (c)の削除を求める動議が出されたものの否決され⁽⁴²⁷⁾、最後はこれらを含む草案が最終草案として承認されるに至った。Speidelにすれば、自らの望んだ不意打ち条項規制の当初のあるべき姿に比べると

ある ((b) (1) (3))、と説明されている——なお、草案自体は、UCC § 2-206 (b)で実体的非良心性を、同(c)で手続的非良心性を扱うとの構図の下、(b) (2)についても実体的非良心性の問題と位置づけているようであるが (See e.g., letter from Bugge, Speidel, and Rusch, *supra* note 253. See also 1999 Annual Meeting Draft, UCC § 2-105 cmt. 3)、条項の内容の不当性を問わず、「両当事者が明示的に同意したその他の重要な条項に矛盾する」こと自体により当該条項の効力を否定するものであるから、少なくとも草案 UCC § 2-206(b) (2)については、上述の通り、実体的な不当性より、むしろ不意打ちとなるような開示の不十分性、すなわち手続的な不当性に対処する規定と評価すべきものであろう。

(426) Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 144. 例えば、全米電気機械製造協会による ALI 構成員宛の手紙では次のように述べられた。「提案されている § 2-105(b)は、消費者契約における『標準条項』を三つのシナリオ (= (1) (2) (3)各号) の下に効力を否定するであろう新たな一群の実体法を作り上げようとする試みを見せている。非良心性法理を扱う現行 [UCC] 法典を超えてこのような形で法を拡張することを正当化する根拠は何ら論証されたことがない。」(Letter by Clark R. Silcox (May 14, 1999), cited in Greenfield & Rusch, *supra* note 350, at 144 n. 74.)

(427) 1999 Annual Meeting Draft § 2-105 cmt. 3. See motion by Joel Rothstein Wolfson, available at http://www.ali.org/ali/1999_Wolfson.htm.

相当内容は後退し⁽⁴²⁸⁾、到底満足できるものではなかったであろうが、ともかくにも、開示の不十分性、すなわち手続的な不公正をモメントに介入する①採用規制としての不意打ち条項規制の要素が——それとの違いを彼が強調した②内容規制としての非良心性法理の中にはあるが——残されることが ALI によって認められたことで、「明らかに改正第二編は正しい (right) ものとなった！」⁽⁴²⁹⁾と受け止めたのである。

こうして ALI の承認を得て後は NCCUSL の承認を待つばかりということまでようやくたどりついた。その1999年7月 NCCUSL 総会に提出された同年総会草案は同年5月の先の ALI 総会で承認された通りの内容である。しかし、既に述べたように、その NCCUSL 総会において、最終的な採決に向けて草案の審議を開始した矢先、突如 NCCUSL 執行部が同草案を議題から外し、来年度への持ち越しを告げるに至った——しかも5月の ALI 総会において、事後条項に関連して既に紹介した通り、NCCUSL 執行部も草案の承認を積極的に求め、これ以上時間をかけるべきではないと述べていたにもかかわらず、である⁽⁴³⁰⁾。この意表を突いた議題からの除外は、産業界側の強い反対——その反対のターゲットの中心には、「事後条項」否定論に原則として立つ総会草案 UCC § 2-207に加え、不意打ち条項規制の要素を残したまさに総会草案 UCC § 2-105(b) (c)があった——の圧力の下、制定可能性を考慮した NCCUSL 執行部によって下された政治的判断であったことは、やはり既に指摘した通りである⁽⁴³¹⁾。Speidel はこれに抗議してレポーター職を辞したが、その辞職と同時に、不意打ち条項規制を改正 UCC 第二編に盛り込もうとした彼の長年の努力も、ここで遂に水泡に帰すことになったのである。

(428) 前掲注 (360) で言及した Speidel 自身の1996年11月草案に対する評価参照。

(429) 前掲注 (270) 参照。

(430) 前掲注 (267) 参照。

(431) 前掲注 (268) の本文参照。

c) UCC 第二編の改正作業における推移・その3～1999年11月草案以降
 Speidel の辞職後、新たにレポーターに任命された Gabriel の下、改正 UCC 第二編の改正作業は進められた⁽⁴³²⁾。しかし、その後の草案において、不意打ち条項規制を定めた従来の草案 UCC § 2-206が復活したことは一度もないし、またその要素の一部が残されたと評価しうる1997年総会草案 UCC § 1-105(b)(c)も全て削除されている⁽⁴³³⁾。結局、最終的に成立した改正 UCC 第二編には現行 UCC § 2-302と同じ規定が盛り込まれ、改正作業は終わることとなった⁽⁴³⁴⁾。Speidel は、「消費者契約の標準書式の記録に対処する1996年の改正草案〔UCC〕 § 2-206はつるされたまま、挙げ句に干上がったのである。その後の草案は適用を消費者契約に限定したが、売

(432) 前掲注(210)及び(271)参照。

(433) November 1999, Reporter's Interim Draft, UCC § 2-302; December 1999 Draft, UCC § 2-302; March 2000 Draft, UCC § 2-302; 2000 Annual Meeting Draft, UCC § 2-302; November 2000 Draft, UCC § 2-302; May 2001, ALI Tentative Draft, UCC § 2-302; 2001 Annual Meeting Draft, UCC § 2-302; 2002 Annual Meeting Draft, UCC § 2-302.

(434) Revised UCC § 2-302. 改正 UCC § 2-302は、現行 UCC § 2-302の表現を変更 (clause を term に変更) しただけで、条文のみならず、そのコメントの文言も同一である。2000年11月草案までは、少なくともコメントにおいて、手続的非良心性だけで非良心性を認める現行 UCC § 2A-108(2)や、実体的良心性だけで非良心性を認める Brower 判決に言及があり、現在の非良心性法理に少なからず「肉付け」しようとの姿勢が見られたが (See November 1999, Reporter's Interim Draft, UCC § 2-302 cmt 1; December 1999 Draft, UCC § 2-302 cmt 1; March 2000 Draft, UCC § 2-302 cmt. 1; 2000 Annual Meeting Draft, UCC § 2-302 cmt 1; November 2000 Draft, UCC § 2-302 cmt. 1)、2001年5月 ALI 暫定草案以降は、上述の通り表現上の変更を除き、むしろ現行の規定に忠実であらうとされた。2001年5月 ALI 草案によると、それは、2000年11月草案までの内容で利害関係者のコンセンサスを得ようとしたがそれが得られなかったことで、起草委員としては現行 UCC § 2-302のコメントに変更を加えないことにしたからであると説明されている (See May 2001, ALI Tentative Draft, UCC § 2-302 Prefatory note)。

主により作成され、受け入れるか受け入れないかを迫る形で差し出される標準条項が問題の原因であると制定法上認識されていないことで、誰も不意打ち又は抑圧の基準に合意することはできなかった。その結果、改正草案〔UCC〕 § 2-206は〔1999年総会草案以後は〕削除され、消費者…の保護は〔UCC〕 § 2-302とそのコメントに委ねられた」と振り返っている⁽⁴³⁵⁾。非良心性法理の UCC § 2-302を盛り込んだことで①採用規制よりも②内容規制を重視する現行 UCC 第二編の構図がそのまま改正 UCC 第二編にも引き継がれ、結局、②を重視する流れは改正作業後も続くこととなった。導入しようと長期にわたり努力が払われ、ALI によりその要素を盛り込むことが一度は承認された①としての(b)不意打ち条項規制は——NCCUSL 総会での採決の機会を与えられることなく——こうして改正 UCC 第二編から完全に排除されるに至ったのである。

(3) 小括

以上の通り、(b)不意打ち条項規制は、最終的に改正 UCC 第二編に盛り込まれるに至らなかったものの、その実現に向けた改正作業が1999年7月まで相当長期にわたり続けられていたことが確認できたであろう。その作業の大半は、1996年7月の NCCUSL 総会において草案から不意打ち条項規制の削除を求める動議が否決されて以降⁽⁴³⁶⁾、拘束力を否定すべき条項の不意打ち性を判断する基準の確立に向けられたが、新たな基準が起草委員会から提案される度にその基準では不明確で法的安定性を害するとの強い批判が産業界側から投げかけられ、いつの間にか、どのような場合に不意打ち条項を認めるかという要件論から、そもそも不意打ち条項規制は必要かという要否論に逆戻りしていた感がある。

そもそも①採用規制より②内容規制を重視する流れの中で、なぜ②とし

(435) Speidel, View, *supra* note 8, at 616.

(436) 前掲注 (359) の本文参照。

ての非良心性法理のほかに①として(b)不意打ち条項規制が求められたのか。それは、内容の不当性にかかわらず、不十分な開示で不意打ちとなることを理由に拘束力が否定されるべき条項があると考えられたからである。すなわち、約款を契約に採用する「包括的同意」によって約款に含まれる条項は「まるごと呑み込まれ」全て契約内容となるのが原則であるが、しかし例外的に当事者の合理的期待を超える条項は、その内容が不当であろうとなかろうと、包括的同意の枠外にあるから契約の一部にならないと認められるというわけである。既に不意打ち条項規制を理念的に定める第二次契約法リステイトメント § 211(3)でも、その策定過程において、不意打ち的ではないが抑圧的な内容の条項には専ら②内容規制としての非良心性法理が適用され、他方、抑圧的な内容ではないが不意打ち的な条項には専ら①採用規制としての不意打ち条項規制が適用されるとし、両者の違いが強調されていた⁽⁴³⁷⁾。

ただ、実際にこの不意打ち条項規制に期待されているのは、不意打ちの防止という点だけでなく、非良心性法理で対処することが困難な、非良心的とまでは言えない程度の不当な内容の条項について、逆に、開示の不十分性、すなわち手続的な不公正を理由にその拘束力を否定する点にもあるように思われる——すなわち、内容の不当性にも強弱あり、不当性の強い内容の条項は②としての非良心性法理が、不当性の弱い内容の条項は①としての(b)不意打ち条項規制が、それぞれカバーする役目を担っていることが意識されているわけである。この点は、第二次契約法リステイトメント § 211(3)のコメント f で、当該条項が異様なものである場合に加え、抑圧的なものである場合もその不意打ち性を推論させる一つになるとされていたことに表れているし⁽⁴³⁸⁾、また1997年7月 NCCUSL 総会における

(437) 前掲注 (323) から (327) の本文参照。

(438) 前掲注 (320) の本文参照。

Henderson 提案にもその旨明示された⁽⁴³⁹⁾。換言すれば、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制と、②内容規制としての非良心性法理は、理論的には、前者では開示の不十分性という手続的なモメントから、後者では内容の不当性という実体的なモメントから介入する点で両者区別されるが、しかし実際には、内容の不当性に対する対処としては、前者が後者を補完する働きをすることが期待されていると認められる。

こうして本来区別されるべき不意打ち条項と非良心性法理とが不当な内容の条項を規制するうえで機能的に連続性のあるものであると意識すると、何らかの意味で内容の不当性が認められる条項については、専ら後者でそのような条項に対処することも可能であるように思われよう。というのは、②内容規制としての非良心性法理を「真に非良心的な」ほど不当な内容の条項にとどまらず、単に「少しきつい」程度の不当な条項にまで及ぶように、そのハードルを下げれば足りるからである。現に、UCC 第二編改正作業において、①採用規制としての不意打ち条項規制を②内容規制としての非良心性法理に形の上で解消しようとする動きが見られたのも、その真の意図は別にして、かかる文脈で理解することも不可能ではない。しかし、契約自由の原則の下、署名された約款の効力を内容の不当性を理由に奪うには、現状がまさにそうである通り、やはりそれに相応する内容の不当性が必要で、「少しきつい」条項にまで内容が不当であることを理由にその効力を否定することは——補助的に開示の不十分性、すなわち手続的な不公正をプラスアルファで考慮するにせよ——実際上困難である。むしろ反対に、理由の重点を内容の不当性から手続的な不公正にシフトさせ、不意打ちとなるほどに開示が不十分であることを理由に——補助的に内容の不当性をプラスアルファで考慮したうえで——介入するほうが、より現実的

(439) 「真に『非良心的な』」条項と「少しきつい」条項の区別については、前掲注(331)の本文参照。

である⁽⁴⁴⁰⁾。とりわけ、アメリカでは市場の競争秩序に対する配慮から②内容規制に慎重な姿勢がもともと強い⁽⁴⁴¹⁾、民主的な裏付けを欠く私的立法にすぎない UCC 改正作業にあって⁽⁴⁴²⁾、内容の不当性につきより積極的に踏み込んだ判断枠組を示すことが困難であることを考えると、なお更である。

起草委員会は、以上の考えに従い、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制が、②内容規制としての非良心性法理とは別になお求められるとの立場を前提に、それにより拘束力を否定すべき不意打ち性の基準の提案を各草案において繰り返し示した。しかし、かかる試みは産業界側からことごとく批判を受けた。その理由はいつも、基準が不明確で法的安定性を欠くというものである。かかる産業界の懸念に應えるべく、起草委員会がいかに基準を客観化・厳格化・限定化しても、結局、最後までそのような批判が止まることはなかった。他方で産業界側は、同じく、あるいはそれ以上に基準の不明確な非良心性法理を受け入れており、これを考えると、基準不明確という不意打ち条項規制に対する批判は、現状において限定的に運用されている②内容規制としての非良心性法理以上に新たな規制を導入することを阻止するためだけに唱えられる政治的なスローガンにすぎず、少なくとも理論的に合理性を見出し得るものではないと言えよう。

これほどまでに、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制を産業界側が嫌ったのは、その導入が実現すれば、約款取引において、実質的な開示が必要となり、コストが増加するからであろう。「事後条項」肯定論を支持する産業界が①採用規制としての(a)約款開示規制を不要と説いていた

(440) 前掲注 (332) 及び (352) の本文参照。

(441) Cf. Farnsworth, *supra* note 5, at 611 [消費者保護立法には、条項の開示を義務づける①開示規制型 (disclosure of terms) と特定の条項の効力を否定する②内容規制型 (control of terms) があるが、(公的) 立法の局面でも、市場経済との適合性に照らして、②より①が好まれると指摘]。

(442) 私的立法については、後掲注 (448) の本文及び (480) 参照。

ときと同じく、ここでも効率性がその理由になっているわけである。

更に、①採用規制としての不意打ち条項規制の導入に反対が続いたのは、まがりなりにも約款が開示されていることを考えれば、なぜそれ以上に、コストをかけて実質的な条項の開示を求める不意打ち条項が必要なのか——すなわち、約款が開示されながら、なぜ開示がなお不十分と言えるのか——その理論的根拠が共有されていなかったからでもあるように思われる。UCC 第二編改正作業では、この不意打ち条項規制の論理的根拠について必ずしも議論は深められてはいない。ただ、当初、企業間取引にもこの規制の適用が意図されていたことからすると⁽⁴⁴³⁾、約款の隠蔽効果、すなわち約款取引の特性にその根拠があると考えられたようであるが、しかし改正作業の比較的早い段階でその適用を消費者契約に限定することに決しており⁽⁴⁴⁴⁾、約款取引の特性に加え、当事者間で情報・交渉力の格差が顕著な消費者契約の特性をもその根拠として同時に考えていたと評価し得よう。

いずれにしても、①採用規制より②内容規制を重視する流れの中で、②としての非良心性法理で足りるとする産業界側の圧力の下、しかしそれとは別に、①としての(b)不意打ち条項規制がなお必要であるとの立場がALIによって——但し必ずしもSpeidelの望むような形ではなく、かかる産業界からの批判に譲歩した結果、②としての非良心性法理の中に間借りする形で——確認されたにもかかわらず、最後は、制定可能性を考慮したNCCUSL 執行部の政治的判断によって、その導入が見送られたのである。

4. 立法のあり方

これまでに見た通り、UCC 第二編改正作業では、①採用規制としての(a)約款開示規制も(b)不意打ち条項規制も、1999年5月のALI総会において

(443) 前掲注(354a)の本文参照。

(444) 前掲注(356)及び(357)の本文参照。

改正 UCC 第二編に明文で定めることが一旦は承認されたにもかかわらず、同年7月のNCCUSL総会において——(b)不意打ち条項規制に関してはそれ以前の1997年の7月のNCCUSL総会においても——同執行部がその採決の見送りを宣言し、最終的には、そのいずれもが改正 UCC 第二編には盛り込まれずに終わった。こうして産業界の激しい反対の下、とりわけ消費者保護に資する規定が当初の案から次々に切り詰められていったのは、何も UCC 第二編の改正作業に限られたことではなく、他編のそれにおいても等しく見られた——但し、事業者間の契約のみならず、事業者と消費者間の契約もその主要な規律対象とする第二編の改正作業において、両者の利害の対立がより激しく見られたと指摘されるところである⁽⁴⁴⁵⁾。

このような現状を目の当たりにして、かくも草案の内容が切り詰められたのは、産業界側のロビー活動によって起草委員会がそれに乗っ取られた(capture)からではないかとの指摘がなされ⁽⁴⁴⁶⁾、近時、UCC 改正作業

(445) 前掲注(11) 参照。

(446) See e.g., Kathleen Patchel, Interest Group Politics, Federalism, and the Uniform Laws Process: Some Lessons from the Uniform Commercial Code, 78 Minn. L. Rev. 83, 123–125 (1993); Robert E. Scott, The Politics of Article 9, 80 Va. L. Rev. 1783, 1818–1821 (1994); Clayton P. Gillette, Politics and Revision: A Comment on Scott, 80 Va. L. Rev. 1853, 1867–1869 (1994); William J. Woodward, Jr., The Realist and Secured Credit: Grant Gilmore, Common-Law Courts, and the Article 9 Reform Process, 82 Cornell L. Rev. 1511, 1521–1522 (1997); Woodward, *supra* note 246, at 455–459; Edward J. Janger, Predicting When the Uniform Law Process Will Fail: Article 9, Capture, and the Race to the Bottom, 83 Iowa L. Rev. 569, 578–580 (1998). 1999年8月以降のUCC第二編改正草案の新レポーターであるGabriel自身のこの点の評価につき、Henry Gabriel, The Revision of the Uniform Commercial Code--How Successful Has It Been?, 52 Hasting L.J. 653, 660–665 (2001) [hereinafter “How Successful”]; The Revision of the Uniform Commercial Code--Process and Politics, 19 J. of L. & Com. 125, 130–136 (1999) 参照。

一般について、立法のあり方に関心を寄せつつ議論されるに至っている⁽⁴⁴⁷⁾——そこでは、UCC の起草が、同じく法の統一を実現する連邦議会等による公的な立法ではなく、各州が州法として採択するモデルを私的な団体である ALI と（実際には各州からの財政的支出を受けている）NCCUSL が作り上げる私的な立法であることの意味も検討されている⁽⁴⁴⁸⁾。

勿論、UCC 第二編改正作業のレポーターであった Speidel にとっても、産業界側のロビー活動は苦々しいものであった。しかし、彼自身は、自らの属した UCC 第二編改正草案の起草委員会がそのロビー活動によって乗っ取られたとは考えていない——アシスタントレポーターである Rusch も、「第二編改正作業において利益団体は非常には活発であったが、起草委員会は乗っ取られなかった。乗っ取られなかったことを最もよく表しているのは、草案が1999年の ALI〔総会〕と NCCUSL〔総会〕での最終承認に向けて進められたときに、その様々な規定に抗議する中、〔起草委員会宛の〕手紙が殺到し続けたということにある」と述べて、同様の評価をしている⁽⁴⁴⁹⁾。Speidel の考えでは、UCC 第二編の改正作業において産業界に乗っ取られたのは NCCUSL 執行部であって、彼の批判もより強くはそこに向けられている。すなわち、同執行部が1999年5月の ALI 総会では草案支持を表明しておきながら、起草委員会の与り知らないところで産業界側との話し合いに応じてその政治的圧力に屈し、一方的に1999年総会草案の採決を見送るとしたことに Speidel は怒りを隠し切れないのである。彼曰く、「せめて最低でも、NCCUSL 執行部はその委員に1999年7月草

(447) 前掲注（9）参照。

(448) 後掲注（480）参照。

(449) Rusch, *supra* note 9, at 1689. Rusch は、続けて「産業界が NCCUSL 執行部に乗っ取ったか否かは、1999年 NCCUSL 総会で同執行部が改正作業をさらに一年先延ばしにして起草委員会を再構成するとした決定を考慮してなお検討されるべきものであるが、新たに再構成された起草委員会はおそらく、産業界の不平をより受け入れるものであろう」とやや皮肉を込めて述べている（*Ibid.*）。

案を検討し投票させるべきであった。私の考えでは、起草過程の外の政治的圧力のせいで最終採決の前に草案を外すと恣意的に決定したことは、私的な立法（private legislation）の高潔さに暗いかげりを投げかけ、その後の UCC 第二編改正草案に汚点を残すものであった」⁽⁴⁵⁰⁾。

ところで、Speidel は、「起草委員会及び ALI（そして、おそらくは

(450) Speidel, View, *supra* note 8, at 618 n. 34. Speidel は、NCCUSL 総会において採決すれば1999年総会草案は ALI 総会と同じように承認されると考えているものの、それが結果として否決されてもそれはそれで受け入れたであろう。要するに、結果はどうあれ、採決の機会を奪われたこと自体に彼の怒りは向けられているのである（「[NCCUSL 執行部が1999年総会草案を議題から外したこと] で、その内容について投票する機会が NCCUSL を構成する委員は奪われてしまった。委員の投票が『ノー』であったならば、1999年7月草案を完全に起草し直すことも正当化されたであろう。しかし、委員の投票が『イエス』であったら、NCCUSL 執行部は、より強い立場に立って、想定される反論の強さを測り、正当化されるような変更に向けて交渉することができたであろう。更には承認された最終草案を研究者やその他の者が調査し批判するに、制定過程に関する〔各種草案を掲載している〕ウェブ上の保存庫 [=前掲注 (236) で言及したサイト参照…三枝注] を掘り下げる必要もなくて済んだであろうに。」 Id. at 619)。

更に、NCCUSL 執行部がそのような採決の見送りが、起草委員会での議論という公式の起草過程の外で一方的に決定されたことに Speidel の怒りは向けられている（「UCC 第二編改正に反対する産業界の利益団体は、その目的を達成すべく、ためらうことなく通常の起草過程を超えて突き進んだ。彼らは起草過程の外で NCCUSL 執行部に対して、1999年7月草案が制定困難となるであろうし、それを議題から外すべきであると説得した。起草過程を乗っ取る（capture）ことが不可能であったり本意でなかったりして、ALI ではその承認を阻止できず、それ以外の〔起草過程外での圧力という〕手段に訴えた。その結果、絶え間なく続いていた反対に応えるべく修正済みであった1999年7月草案は、過去の歴史となった。しかも、起草委員会の外で政治的圧力に NCCUSL が応じたことは ALI を居心地の悪い立場に追いやった。ALI としてみれば、そもそも草案を正しいものにしたのであれば、そのような政治的圧力によってやむなく実質的に変更された草案を検討したうえで承認したいと果たして思うであろうか」 Speidel, Introduction, *supra* note 8, at 792-793)。

NCCUSL においても）草案の内容で敗北したにもかかわらず、強力な売主らは改正に反対し、窺い知れるところでは、州法としての制定に向けて提案されたときには改正に反対すると脅しをかけた。この時点になって NCCUSL 執行部は屈服し、彼ら自身と ALI が『正しいものとなった』と結論づけた草案を取り下げた⁽⁴⁵¹⁾と述べている。そうすると、UCC 改正作業の責任主体である二つの組織のうち、ALI は産業界の政治的圧力に屈せず彼の草案を承認したが、他方、NCCUSL 執行部はそれに屈してその採決を見送ったということになる。では、両者で、産業界からの政治的圧力の受け止め方に差異が生じたのは、果たしてなぜであろうか。

その答えとして指摘されているのが ALI と NCCUSL の両団体の性格の違いである。そもそも ALI は、業績を評価されて選出された研究者、裁判官、及び弁護士を終身会員から構成され、いわば「エリート」法律家集団としての色合いが濃いと言われる⁽⁴⁵²⁾。法の不統一を解消すべく、しかしそれを立法によってではなく、判例を正しい方向へ導くことによって実現することを目指して設立された経緯があり⁽⁴⁵³⁾、そのような ALI の性格は、その単独作業によるリステイトメントに如実に表れている。リステイトメントそれ自体は法的に拘束力のあるものではなく、現実の法を取捨選択してリステイトすることを通じて、あるべき法準則を語り、その説得性により裁判官に採用を促すものである⁽⁴⁵⁴⁾。従って、重要なのは、準則の

(451) Speidel, View, *supra* note 8, at 618.

(452) ALI については、松浦・前掲注 (342) 参照。See e.g., Gabriel, How Successful, *supra* note 446, at 656 n. 10 [会員数は約3000人と言われる]。

(453) 設立の経緯についても、松浦・前掲注 (342) 501頁以下に詳しい。

(454) ALI は「…その職業における『最高の知性の持主』を集めて、裁判官がコモンローを維持し明確にする過程を促進し、これに貢献しようとするもので、そのような過程は、無節操で政治化された改革を…産み出す連邦議会や州議会とは異なるものであろう」と指摘されている。Lance Liebman, The ALI and the UCC, 52 *Hastings L.J.* 645, 647 (2001), referring to Edward White, The American Law Institute and the Triumph of Modernist

説得性、すなわちその「正しさ」にあり、それが実際に判例に採用されるものか否かはその作成に際して一義的な関心事にはない——「リステイトメントは、広く従われないときは成功しているとは考えられないが、時間をかけてその支持を得ることができる。すなわち、リステイトメントの準則を採用すべきか否か各州で立場が分かれても、それは失敗の表れとは考えられない」のである⁽⁴⁵⁵⁾。ごく単純化して言えば、かつてほどではないにせよ、それでもなお今も、ALIは、理念的に「正しい」準則を追求して「反民主的、反立法主義的な」⁽⁴⁵⁶⁾活動をするエリート主義的な団体としての性格が強いと位置づけることができるものである。

これに対して、法の統一を目指す点で共通するが、しかしそれを判例を通じてではなく、立法を通じて実現する目的で設立されたのがNCCUSLである⁽⁴⁵⁷⁾。但し、ここに言う「立法」とは連邦法ではなく州法を意味し、各州で採用される州法の統一を図るべく、そのモデルの「統一法(Uniform Act)」を作成することがNCCUSLの任務とされる。かかるNCCUSLは各州によって任命された統一州法委員——その多くは実務家（＝弁護士）である⁽⁴⁵⁸⁾——からなり、州法統一委員はNCCUSLで承認された統一法が自らの代表する州において州法として採用されるよう促す責務を負う⁽⁴⁵⁹⁾。そうすると、こうして統一法を各州で制定することによって法の統一を図

Jurisprudence, 15 Law & Hist. Rev. 1 (1997). なお、「[リステイトメント]は、専らその説得力によってのみ法となる」(Neil B. Cohen, Taking Democracy Seriously, 52 Hastings L.J. 667, 669 (2001))との指摘も参照。
(455) Cohen, *supra* note 454, at 669.

(456) Liebman, *supra* note 454, at 647.

(457) NCCUSLについては、Fred Miller, The View From Experience, 52 Hastings L.J. 621, 621–623 (2001) 等参照。

(458) 統一州法委員については、Miller, *supra* note 457, at 622–623に詳しい——現在、委員の総数は300名強でその6割が弁護士で、統一州法委員に任命されたことにより、法的には任期付きの州公務員と扱われるが、無報酬であるとされる。

(459) See NCCUSL Constitution §6(4).

ろうとする NCCUSL にとって、自らの作成した「統一法」が各州で制定されなければ、その使命は果たせないから、統一法の作成に際しては、準則の理念的な「正しさ」よりも、むしろ広く各州で実際に採用が見込まれるものか否か、すなわち、その「制定可能性 (enactability)」の確保が最大の関心事となる⁽⁴⁶⁰⁾——現に、UCC 第二編改正作業に関しても、「このプロジェクト [= 第二編改正作業] において NCCUSL にとって大きな問題は、草案の実体的な内容と対照されるところの、統一的な方法での制定

(460) 例えば、「…いかに熱心に作業したり考えたりして念入りに草案を起草しても、統一法が立法できないようなものであるならば、意味はない。／そもそも、制定可能性は強みで、統一法が制定可能でない場合には、それは公の政策の問題として欠陥であると答えられるかもしれない。このことが正しいことは自明である。統一法は法の統一という賞賛すべき目標に資するものであるが、しかしそこに埋め込まれているのは、必要とされかつ望まれる統一法を作り上げるという願いであり、統一法が最も強力な措置になるかどうかの一つは、個々の州がその法を立法することになる否かである」と Gabriel, *How Successful*, *supra* note 446, at 664–665 が述べるのも、制定可能性の重要性を強調してのことであろう。

なお、Speidel による批判の最大のターゲットと目される、当時の NCCUSL の執行理事である Miller も (Speidel, *View*, *supra* note 8, at 610 n. 11. 前掲注 (10) も参照)、「制定可能性は重要である。既に誰かが言ったように (= 後掲注 (465) 参照…三枝)、書くことができるものがローレビューか、それとも制定法かである」と指摘し、制定可能性のない UCC などあり得ないと説いている (Symposium: Perspectives on the Uniform Laws Revision Process, Questions and Answers, 52 *Hastings L.J.* 691, 696 (2001))。但し、彼は、統一州法という形をとる UCC には、それが各州においてその状況に応じた修正をなすことも認められる点で、全米で単一の法によって画一的に規律することになる連邦法にはない、独自の意義があると考えてるので、そこに言う制定可能性とは、同一内容の法が全州で立法されるほどの「完全な統一性 (absolute uniformity)」に至る制定可能性ではなく、統一法の核が各州で維持されるような「中核的な統一性 (core uniformity)」に至る制定可能性で足りる旨主張する (Miller, *supra* note 10, at 721–726; Miller, *supra* note 457, at 628)。

可能性の相対的な重要性である」と指摘されている⁽⁴⁶¹⁾。Speidel は、UCC 改正作業の共同責任主体であるこの ALI と NCCUSL の違いをして次のように言う。「ALI と NCCUSL の協力（partnership）には潜在的な緊張関係がある。というのは、両者はやや異なる目標を有しているからである。過度に簡潔化することを恐れつつ言えば、ALI は（[草案の] 内容について）『正しくする』という目標を持ち、NCCUSL は『立法できるほどに正しくする』という目標を持つ。この緊張関係を解消するのは容易なことではない。なぜなら、何が『正しい』か、そしてどのように正しくするかについて同意があるわけではないからである」と⁽⁴⁶²⁾。Speidel にすれば、1999年7月のNCCUSL総会で同執行部が草案を議題から外したことは、理念的に「正しいものとする」ALIが承認した改正草案を、「立法できるほどに正しいものとする」にとどまるNCCUSLが政治的に握りつぶしたことを意味するのであろう。

無論、現実には理念的に「正しい」準則は、制定可能性を全く無視して模索されるわけではない。実際の改正作業において、改正 UCC 第二編の各種草案がそうであったように、様々な妥協が重ねられたうえでそれが追求されることは Speidel 自身も認める⁽⁴⁶³⁾——ALI としても、決して理念的に「最良な（best）」ものを求めているわけではないと言う⁽⁴⁶⁴⁾。すなわち、ある程度の制定可能性は考慮したうえで「正しくする」だけなのである。その意味で、理念的な正しさと制定可能性は、等しく尊重されるべき二つの目標であり⁽⁴⁶⁵⁾、どちらかというとな ALI は前者、NCCUSL は後者に

(461) Rusch, *supra* note 9, at 1715.

(462) Speidel, *View*, *supra* note 8, at 608.

(463) *Id.* at 608–609. 前掲注（270）参照。

(464) Cohen, *supra* note 454, at 674.

(465) *Id.* at 672では、「我々は優れた法と制定可能な法を同時に追求していくべきである。後者のない前者は、独り好き放題に書いたローレビュー論文でしかない。…しかし、前者のない後者は知的な堕落（intellectual prostitution）で、明らかに、良いことではない」とし、理念的な正しさと制定可能性の両

重きを置いて UCC 改正作業を進めるというにすぎない⁽⁴⁶⁶⁾。しかし、NCCUSL 執行部は、州法として制定する州議会の過程で引き続き反対するとの産業界の政治的圧力の下、専ら制定可能性だけを過度に懸念しすぎて、結局、これに飲まれた——Rusch によれば、「NCCUSL の執行部は、改正第二編について受け取った〔反対の趣旨を述べる産業界側からの〕手紙の量に気が動転してしまい、ロビーストによるレトリックの口先の主要な標的になっている。制定可能性を懸念すればするほど、その内容にかかわらず、NCCUSL が独立の機関として機能する可能性はますます小さくなる。独立の機関であれば、その作成した法が良き法政策的価値判断をロビーストの見解から独立して述べたところを表していることを理由に、尊敬されるに値するものである」⁽⁴⁶⁷⁾。やはり、「まさにこの制定可能性という問題こそが、私が考えるに、この改正作業において最大の関心事になっている」というのが一般的な受け止め方であったと言えよう⁽⁴⁶⁸⁾。

ところで、このように NCCUSL 執行部が過度に制定可能性を懸念したのは、他ならぬ改正草案に反対する産業界のロビー活動が原因にある。その激しさは既に本稿で述べた通りで、遂に、特定企業に雇われた研究者が

立が主張される。

(466) Id. at 674は、「…確かに少なくとも ALI は正しい準則を得ようとする。正しいものと最良のものは異なるが、制定可能性を理由に次善のもので止むなしとしなければならないかもしれないことは ALI の中で認識されているが、しかしその主な焦点は正しくすることにある。／他方、NCCUSL は、制定可能性だけを扱うのではなく、制定可能性があくまでその主な焦点であり、NCCUSL も制定可能性という制約の中で出来るかぎり良いものを求めていると言えるかもしれない。…二つの団体のこれら二つの役割と二つの異なる視点は相互補完的なもので、相対立するものではない。我々が誇りに思う法を作り上げようとするのであれば、これら二つの焦点がともに提供されなければならない」と指摘する。

(467) Rusch, *supra* note 9, at 1715.

(468) Gabriel, *How Successful*, *supra* note 446, at 664.

その利益に沿った内容の手紙を起草委員会宛に出すまでに至っていた⁽⁴⁶⁹⁾——近時、アメリカでは、研究者の中立性が大きな問題となっており、ここでその一例を見て取れよう⁽⁴⁷⁰⁾。

そもそも、UCC 改正作業において、起草委員会は公開されており、誰でもそこに参加し、発言することができる⁽⁴⁷¹⁾。このような起草過程の公開によって、第一に、改正に必要な情報や知識の集結を、第二に、民主的な運営を可能ならしめる、と指摘される⁽⁴⁷²⁾。とりわけ、後者は、上述の制定可能性を考えると、利害関係者のコンセンサス作りという意味で、制定可能性を高める効果を持っている。かかる起草過程の公開性を踏まえ、UCC 改正作業を、エリート法律家集団の ALI の作成するリステイトメントの非民主的な性格と比較し、「民主的な」ものと評価することも許されよう⁽⁴⁷³⁾。民主的なものにすればするほど法の内容はより妥協した内容になることは必然であるが、それも立法に向けてある程度必要な事柄であると理解されている⁽⁴⁷⁴⁾。

しかし、こうして公開された民主的な起草過程に実際に参加したのは、専ら弁護士等を雇って送り込んだ産業界であって、資金や知識の乏しい消費者団体からの参加はごく限られたものであった⁽⁴⁷⁵⁾。既述のような起草過程の乗っ取り（capture）が指摘されるのもそれゆえである。より民主

(469) 前掲注（249）から（252）の本文参照。

(470) このような問題は、留学時に履修登録した Hanson 教授の Seminar on Torts Damages において検討した問題である。詳細は別の機会に論じるが、産業界が研究に対して財政的援助をすることを通じて、研究者を「金で買う」現象も見られるに至っていると言われる。

(471) E.g., Miller, *supra* note 10, at 716, 718–719; Miller, *supra* note 457, at 625–626; Rusch, *supra* note 9, at 1691.

(472) Rusch, *supra* note 9, at 1691.

(473) See Cohen, *supra* note 454, at 669.

(474) Rusch, *supra* note 9, at 1714.

(475) Gail Hillebrand, What's Wrong with the Uniform Law Process?, 52 *Hasting L.J.* 631, 633 (2001).

的にして、消費者と事業者双方のコンセンサスを得ようとしたところ、制定可能性を人質とする事業者にあたかも拒否権を与えられたかのような様相となったのである。既に見た通り、UCC 第二編改正作業において(a)約款開示規制も(b)不意打ち条項規制もその犠牲になったものである。「不幸にも、UCC 第二編の立法が統一されないことを NCCUSL 執行部が恐れたことによって、起草過程に参加して強行に反対する者は、参加者全員の利害を調整する妥協点 (middle ground) を求めようとするインセンティブがほとんど与えられず、強力な利益集団が UCC 改正に対して実質的に拒否権を持つに至った」というわけである⁽⁴⁷⁶⁾。

このような産業界側のロビー活動によって引き起こされた問題にどう対処するか、近時、様々に検討されているが⁽⁴⁷⁷⁾、しかし明確な解決策があるわけではない。一方では、UCC の起草過程をより民主的にすべく、起草過程に消費者の参加を促す手立てを講じることが提案され⁽⁴⁷⁸⁾、他方では、民主的にしたことでも力の強い者が勝つことになったことから、よりエリート主義的（＝非民主的）に、起草過程から利害関係者を排除し、起草委員だけで作業を進めることも、考えうる一つの案として示唆されている⁽⁴⁷⁹⁾。

いずれにしても、近時、立法過程における産業界側のロビー活動の激しさは顕著なものとなっており、それが立法のあり方に深刻な影響を与えて

(476) Rusch, *supra* note 9, at 1693.

(477) 前掲注（9）で述べた通り、Rusch, *supra* note 9, at 1687–1689 n. 13 掲載の各文献参照。もっとも、Rusch 自身は、少なくとも UCC 第二編改正作業に関して最大の問題は、UCC 起草過程に制度的な課題があるというよりも、むしろ NCCUSL 執行部の個々人が制定可能性を過度に懸念しすぎたことにあったと理解しているようである。Id. at 1693.

(478) Hillebrand, *supra* note 475, at 640–642.

(479) Miller, *supra* note 457, at 629; Rusch, *supra* note 9, at 1693. 但し、いずれもそのような手法を消極的に評価している。

いることは広く認識されるようになって⁽⁴⁸⁰⁾。

(480) UCC 改正作業を通じて産業界と消費者の利害対立が明らかとなったことで、配分的効果の伴う消費者保護の規定については、民主的な裏付けを欠く私的な立法である UCC で扱うべきではないとの主張が出ている。See e.g., James J. White, Comments at 1997 AALS Annual Meeting: Consumer Protection and the Uniform Commercial Code, 75 Wash. U. L.Q. 219 (1997); Robert E. Scott, The Politics of Article 9, 80 Va. L. Rev. 1783 (1994); Scott, *supra* note 11; Robert E. Scott, The Rise and Fall of Article 2, 62 La. L. Rev. 1009 (2002)。これらの論者は、消費者保護の規定は法技術的な問題というより、政策的な価値判断の問題であるから、私的な立法と対置される公的な立法、すなわち通常の立法過程である連邦議会や州議会において、まさに政治的に決すべき事柄と捉えている——但し、公的な立法にしたところで産業界のロビー活動は変わらないであろう（なお、この点で Scott が公的な立法の他に、判例にも委ねるべきであると指摘していることは注目に値する。Scott, *supra* note 11, at 689)。このような立場は、UCC 第二編改正作業の前に既に、PEB によって設置された検討会の最終報告書（前掲注(209)の本文参照）にも表れていた。すなわち、「[UCC] 第二編は『主として』商事立法であるという考え、消費者保護の法律は地域ごとに不統一に発展しているという事実、そしてより多くのものを含むアプローチをとれば、改正第二編の承認と最終的な制定の可能性を害することになるであろうと信じられること」に照らして、改正 UCC 第二編は基本的には消費者保護に中立的な立場をとって連邦議会や州議会にその問題は委ねるべきであるとされていたのである——Speidel は「何と予言めいたコメントか」と述べている（Speidel, Introduction, *supra* note 8, at 792 n. 25。この最終報告書は検討会のプロジェクトディレクターを務めた Speidel が作成しているが、これが彼自身の考えであったかは不明である）。See PEB Study Group: Uniform Commercial Code, Article 2 Executive Summary, 46 Bus. Lawyer 1869, 1876 (1991)。

しかし、かかる最終報告書の立場には批判があり（E.g., A.B.A. Task Force An Appraisal of the March 1, 1990, Preliminary Report of the Uniform Commercial Code Article 2 Study Group, 16 Del. J. Corp. L. 981, 1001 (1991) [最終報告書と同じく消費者保護の規定の導入に中立的な立場を取るよう提言した予備報告書を批判]）、結局、UCC 第二編改正の起草委員会はそのような批判に与して消費者保護の規定の導入を図ることにしたと指摘されている（Speidel, Introduction, *supra* note 8, at 792）。

なお、ここで「消費者保護」の規定とは、①採用規制との関係では——(a)

IV. 我が国への示唆

以上、本稿は、②内容規制との関係で、①採用規制に求められるべき規制の内容とその存在意義を明らかにすることを目的に、アメリカの UCC 第二編改正作業における議論の検証をしてきた。ここで、そのような検証から我が国への示唆として何が得られるか、以下に引き出すことにしよう。

1. 採用規制の存在意義

a) 固有の存在意義

アメリカでは、①採用規制は、かつて②内容規制の「隠れた手法」として活用されていたが、UCC の誕生とともに非良心性法理が UCC § 2-302 に明文で定められたことで、内容の不当性を理由に正面からそのような条項を排除することが可能となり、以後、②重視の構図が誕生した。しかし、②を重視することによって、規制の重心が①から②へシフトしたように見えて、実際には従前通り、①の重要性が失われることはなかった。言ってみれば、「①から②へ」ではなく、「①とともに②も」というのが伝統的なアメリカ法の姿勢である。UCC 第二編改正作業において、②重視の流れの中、なお①を強化する規定の導入が図られようとしたのも、その表れと評価し得よう。

②内容規制に加えて①採用規制が重視されるのは、何よりもまず理論的に、①が②に解消されるものではないと考えられているからである。②内容規制は、不当な内容の条項を排除し、これにより実体的な公正を確保し

約款開示規制は企業間取引にも適用されるべきものと捉えられているから——消費者契約に適用される (b) 不意打ち条項規制を定める各種草案 UCC § 2-206 を指すことになろうが、そうすると上記論者は、これを契約の一般理論の問題としてではなく、政策的な消費者保護の問題として見るにとどまっているということになろう。

ようとするものであるのに対し、①採用規制は、開示の不十分な条項の拘束力を否定し、これにより手続的な公正を確保しようとするもので、両者それぞれに果たす役割が異なる。いかに内容が公正であろうと、少なくとも同意の前提手続として、予めその対象となる条項が開示されていなければ、同意（＝自律規範）としての基礎は失われる。すなわち、拘束される条項を予め適切に知る機会が手続的に保障されてないところで同意がされても、約款の妥当根拠は欠くのである。②内容規制との関係において認められるべき①採用規制の固有の存在意義は、まさにこの同意の前提としての手続的な公正の確保にあり、かかる①の固有の存在意義は、②重視の下でも失われるものではない——もっとも、①採用規制の意義を強調したところで、これにより②内容規制が軽視されるべきでないことは当然である⁽⁴⁸¹⁾。

(481) 「take it or leave it」ベースの約款取引において、①採用規制で十分な開示を求めても、特定の条項を巡り交渉する具体的な可能性が顧客に担保されるわけではないから、合意による正当性保障がとりわけ付随的条項に欠けることに変わりなく、引き続き②内容規制が強く要請される。その意味で、①採用規制での開示を強化しても、②内容規制が緩和するわけではない。

他方、逆に②内容規制を強化しても、①採用規制での開示が緩められるわけではないことにも注意を払うべきである。確かに、「採用要件と内容コントロールの組み合わせを主張する約款規制論は…、通常より厳格な内容コントロールを認めることとセットにすることにより緩やかな採用を認める」との見立ても示されている（大村敦志「契約内容の司法的規制(1)」NBL473号（1999）44頁注（36a））が、しかし、そこで厳格な②内容規制に対して緩やかな①採用規制と観念されているのは——個々の条項に対する具体的な意思でなく、当該約款を採用するとの約款意思で足りるという意味での——顧客の希薄な意思のことであって、意思の希薄性を補うべく②内容規制が強化されたところで、①採用規制での開示が緩められる必然にあるわけではない。

この点、上述のように、条項の開示をしても具体的な交渉可能性が当事者にもたらされないのであれば、実際にコストをかけて開示することに何の意味があるのかと、①採用規制での開示の意義を強調することに批判も予想される。しかし、少なくとも競合する同業他社が存在し、〈市場〉が観念できる場合は、条項の開示により抽象的なレベルでの交渉可能性が生じることで、

手続的な公正の確保が①採用規制の存在意義であることは、ともに①に位置づけられる(a)約款開示規制でも、また(b)不意打ち条項規制でも変わらない。(a)約款開示規制について言えば、UCC 第二編改正作業において、

顧客がいずれの業者と取引するか選択する余地を限定的にせよ現実に生ぜしめ、開示に実質的な意味を伴うことも十分ありうる——中心条項と付随的条項との区別は必ずしも常に容易ではなく（区別の試みとして、山本豊「不当条項規制と中心条項・付随条項」NBL 別冊54号・消費者契約法—立法への課題（1999）94頁等参照）、また中心条項以外に選択可能性に影響を与えるものもありうるから（例えば、最判平成17年12月16日判時1921号61頁が原状回復特約の成立を否定し、②内容規制より①採用規制として規制したのも、対象の賃貸借契約が消費者契約法10条の制定前に締結された点のほかに、それが理由となっていたと解す余地もあろう）、十分な開示の必要性は中心条項に尽きると解すべきではない。そして何より、約款条項に拘束力を認める根拠を顧客の意思の要素に求める立場に立つ限り、『『知り得ないものに同意を与えようがない』という自然な反論に対処するため』（前掲注（34）参照）の手続保障が不可欠で、かかる形式的な意味での手続保障の重要性は強調して余りある。以上のように、開示による「手続的な公正」の確保には、手続保障という形式的な意味と（往々にして）選択可能性の発生という実質的な意味が認められ、それらは「実体的な公正」の確保を企図する②内容規制と引き換えられるものではない。なお、前掲注（296）で紹介した White の表現では、開示を通じて契約条項を事前に確認できることは、契約に不可欠な、しかし実質的な意味を伴うとは限らない「契約の儀式（contract ritual）」と形容される。

ところで、上述の大村教授は、いわゆる多元的構成説の下、開示を不可欠な要素とする契約と位置づけられる約款もあれば、開示が不要な法規的性格又は慣習法的性格を帯びる約款もあると論じ、②内容規制の持つ絶対的な重要性とは裏腹に、①採用規制での開示の意義を相対化している（大村敦志・消費者法〔第2版〕（2003）206－207頁）。しかし、仮にそう解するにしても、例えば、旅客運送契約のように、顧客が日常頻繁に定型的に従事する約款取引については、開示によって条項の内容を知る機会を顧客自ら放棄していると構成しうる場合もあるから、開示を不要とする範囲を実際に果たしてどこまで認めるべきかは、なお慎重な検討が必要である。

いずれにしても、「手続的な公正」を確保する①採用規制での開示の意義は、「実体的な公正」を確保する②内容規制の強化によって減じるものではなく、両者がトレードオフの関係にないことは上述の通りである。

それは事後条項の問題を通じて明らかになった。ProCD 判決及び Hill 判決を契機に、事前の約款開示がコスト高となることに鑑み、効率性を理由に事前の約款開示は不要で、専ら②内容規制で足りるとする「事後条項」肯定論が新たに浮上したが、いかに②内容規制によって内容の不当な条項が排除されようとも、①採用規制としての(a)約款開示規制を実質的に機能停止させるに等しいかかる見解に対して、手続的な公正の確保をなおも重視する伝統的な立場からは反発が強く、UCC 第二編改正作業では「事後条項」否定論に立つ規定の導入が繰り返し目指された。「事後条項」肯定論者は、約款条項が現実には契約成立時に開示されていない旅客運送契約や保険契約の例を持ち出し、その正当化を図ろうとしたが、それらはあくまで例外にすぎず、少なくともこれに動産売買一般に広く適用される原則としての地位を与えることはできないと考えられたわけである。

もっとも、「事後条項」否定論者のほうも、効率性を全く無視しているわけではなく、従来から判例上、可能な限り事前に条項を開示しなければならないことを原則としながら、それが不可能ないし実際的でない場合には、例外的に、参照による組み込み (incorporation by reference)、すなわち総体としての約款の参照を指示(=約款の存在の開示)さえすれば個々の条項の開示(=約款の内容の開示)をしなくとも、当該約款に含まれる条項の拘束力を肯定するとの手法が認められていることを踏まえ、事後条項についても、その存在を契約成立時に開示することを条件にこれを承認しようとしていた。いずれにしても、このような事後条項の問題を巡る議論からは、アメリカ法において、いかに②内容規制を重視しようと、①採用規制では、原則として可能な限り条項の開示、すなわち約款の内容の開示を求め、それが不可能ないし実際的でない場合に初めて、例外的に約款の存在の開示で足りるとすることで、手続的な公正の確保をなお重視しようとする意識の強いことを確認できよう⁽⁴⁸²⁾。

(482) 例えば、産業界の反対活動によって大きく妥協し始める1999年3月までの各草案 UCC § 2-207を参照。

翻って我が国の状況を見るに、事後条項に関しては、アメリカ法と異なり、「約款が契約締結後に提示された場合であっても、それは契約内容に採用することに比較的寛大である日本法」の下では拘束力が認められる可能性が高いと示唆されており⁽⁴⁸³⁾、②内容規制を重視する流れにある中であって、改めて①採用規制の存在意義を強調しようとする姿勢が顕著にあるわけではない⁽⁴⁸⁴⁾。そもそも、この問題の出発点となるリーディングケースの大審院大正4年判決自体、約款開示規制において求められる開示の程度につき、約款の存在の開示で足り、約款の内容の開示までは不要とし、しかもそれを以て原則としており、かかる判例のスタンスが学説上、一般的に受け入れられている向きがあることを考えると、アメリカ法の伝統的な立場とは、いわば原則と例外が逆になっているのが我が国の状況であると言える⁽⁴⁸⁵⁾。

こうして拘束力を認める前提として求められる約款開示の程度が当初から緩められ、それが原則であると承認されている点で、我が国においては、手続的な公正を確保しようという意識がそもそも弱いと評価しうる。その意味で、事後条項の問題が出現する前に、既に我が国では、効率性が過度に進んで考慮されていたとも言えよう。いかに②内容規制によって不当な内容の条項が排除されようとも、効率性の名の下に、①採用規制としての(a)約款開示規制を弱め、あるいは実質的にこれを等閑視することが、果たして正当化しうるものか、アメリカ法での議論を踏まえると、反省が迫られる。

(483) 曾野・前掲注(10)「自由と公序」アメリカ法1999年188頁注(10)。

(484) 但し、この②を重視する一般的な傾向の中にありながら、①の重要性を説く例外として、前掲注(33)引用の各論文参照。

(485) もっとも、約款の存在の開示で足りるとした大審院大正4年判決は、約款の内容の開示を原則として求めるアメリカ法の立場の下でも、保険契約等の場面の限りで正当化しうる余地はあるが、しかしそれはあくまで例外としてであって、これを広く契約一般に通じる原則とすべきものとは理解されないはずである。

他方、(b)不意打ち条項規制に関しても、手続的な公正の確保という①採用規制に固有な存在意義がやはり認められる。Speidelが改正UCC第二編に盛り込もうとした第二次契約法リステイメント § 211(3)の策定の過程でも、当事者の合理的期待を超える条項は、その内容が不当でなくとも、開示が不十分であることを理由にその拘束力が否定されるとし、②内容規制としての非良心性法理との関係で、独自の適用領域があることを以て、固有の存在意義が主張されていた。すなわち、不意打ち条項については、仮にそれがいかなる意味において公正な内容の条項であっても、開示が不十分で不意打ちとなるのであれば、同意の前提としての手続的な公正が確保されているとは言えないとされるのである。この点は、とりわけ、問題の約款条項が明示的に合意した条項に矛盾するものである場合に、ただそれだけで、他に当該条項の内容の当不当を問うまでもなく、拘束力を否定すべきであるとされていたことに端的に表れている⁽⁴⁸⁶⁾。

ただ、(b)不意打ち条項規制は、同じ①採用規制としての(a)約款開示規制により条項が開示されるので、それにもかかわらず開示が不十分となぜ言えるのか、その理論的根拠を詰める必要はある。この点は、UCC第二編改正作業をはじめ、アメリカでは深く論じられておらず、むしろ我が国のほうが関心を向けており、一方で、約款の隠蔽効果に着目して約款取引の特性から説明する見解もあれば、他方で、消費者と事業者の情報・交渉力の格差に着目して消費者取引の特性から説明する見解もあった。UCC第二編改正作業では、当初は企業間取引を含む約款取引全てに不意打ち条項の適用を意図していたので前者の考えに依拠していたようであるが、後にその適用を約款を用いた消費者契約に限定したので、後者の考えも同時に取り込んだものと言えよう。確かに、少なくともかかる意味での消費者

(486) 例えば、1997年12月一部修正草案 UCC § 2-206以降、そして迷走の挙げ句に非良心性法理の規定に混入した1999年総会草案 UCC § 2-105(b)までの各草案を参照。

契約に適用を限るのであれば、どちらのアプローチであるか議論する実益はそれほど大きくなく、それがアメリカにおいてこの点の議論が深められなかった一因となっていたのかしれない。しかし、理論的根拠が共有されない限り、(b)不意打ち条項規制の確立は危ういものになろう⁽⁴⁸⁷⁾——なお、当事者が当該条項を知らないというに止まらず、どのような事情がプラスアルファであれば条項の不意打ち性を認定しうるか、その客観的指標を設定する困難な作業がこの先に待ち受けるが、少なくとも UCC 第二編改正作業では取引不成立テストより、合理的期待テストが終始一貫、提唱されていたことは確認しておきたい。

いずれにせよ、以上の通り、(a)約款開示規制のみならず、(b)不意打ち条項規制も、それが十分な開示を求めて手続的な公正の確保する点で、②内容規制にはない、①採用規制としての固有の存在意義が認められる。しかし、(b)不意打ち条項規制は、①としての固有の存在意義が認められるにとどまるものでない。それが次の補完的な存在意義とでもいうべきものである。

b) 補完的な存在意義

①採用規制としての(b)不意打ち条項規制と、②内容規制としての非良心性法理は、前者が開示の不十分性という手続的なモメント、後者が内容の不当性という実体的なモメントからそれぞれ契約に介入するもので、両者区別しうる。従って、内容の当不当とは無関係に契約に介入する①としての(b)不意打ち条項規制は、内容が公正な条項についても、それが開示が不十分で不意打ちとなることを理由に拘束力を否定することができることは繰り返し述べる通りである。しかし他方、何らかの意味で不当な内容の条

(487) 例えば、White が、前掲注 (296) の通り、②内容規制に加え、①採用規制としての(a)約款開示規制を不可欠なものと認めながら、他方で前掲注 (369) の通り、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制を不要としたのは、その理論的根拠を共有しえなかったためであろう。

項についても、開示が不十分で不意打ちとなる限り、規制対象とすることは理論的に妨げられない。

そもそも内容の不当性はその程度に応じて強弱ある——すなわち、一方で、内容の不当性が強い条項があり、他方で、内容の不当性がより弱い条項がある。内容の不当性が強い条項については、②内容規制としての非良心性法理が、まさに当該条項の内容の不当性を理由にその効力を否定しうるが、内容の不当性が弱い条項については——開示の不十分性を副次的に加味するにせよ——、当該条項の内容が不当であることを理由にその効力を否定するに困難を伴うこともあろう。そのような場合に、規制の根拠を実体的モメントから手続的モメントに切り換え——内容の不当性を副次的に加味しつつも——、不意打ちとなるほどに開示が不十分であることを理由にその拘束力を否定するほうがむしろ容易である。その意味で、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制は、②内容規制としての非良心性法理によってカバーしきれない程度の不当な内容の条項について、開示の不十分性という手続的な不公正から対処し、その限りで②内容規制としての非良心性法理を実質的にバックアップする役割を担うことが實際上、期待されている。かかる期待は、第二次契約法リステイトメント § 211(3)のコメントが、拘束力を否定すべき不意打ち条項として「異様なもの又は抑圧的なもの」と例示し、条項の「抑圧」性、すなわち条項の内容が何らかの意味で不当であることをも不意打ち要因の一つに挙げていることに示されているし、UCC 第二編改正作業では1997年 NCCUSL 総会の Henderson 提案が同旨を主張していた。やはり、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制に、②内容規制としての非良心性法理を補完する存在意義が現実に認められることは否定できない。

もっとも、このように解すると、②内容規制を拡充し、内容の不当性の強い条項にとどまらず、単に不当性の弱い条項までその射程に入るようにすれば足りるとの批判があり得る。事実、我が国において、②内容規制を重視する流れの中で、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制は、②内

容規制を拡充すれば、実質的にそれに解消しうると考えられたことが一因となり、成立した消費者契約法には、②内容規制の強化と評価しうる同法8・9・10条が盛り込まれながら、①採用規制としての不意打ち条項規制は導入されるに至らなかった。

しかし、不意打ち条項規制に①採用規制としての固有の存在意義がある点はさておき、契約自由の原則の下、署名された約款において、いかに②内容規制を整備・拡充しようと、内容の不当性が著しく弱い条項にまで踏み込んで、それが不当な内容の条項であることを理由に切り崩していくことが果たしてどこまで現実に可能かは、なお議論の余地があろう。とりわけ、我が国において、②内容規制を強化・拡充したと期待される消費者契約法も、条項の内容の不当性を判断する具体的な手がかりとなる、いわゆる不当条項のブラックリストを同法8・9条において限定的にしか列挙しておらず、依然として一般条項である同法10条に委ねられているところが大きい⁽⁴⁸⁸⁾。この事情はアメリカ法でも同様で、非良心性を判断する具体的な手がかりとなる個々の規定もあるが⁽⁴⁸⁹⁾、しかし、やはり一般条項で

(488) 条項の内容の不当性を判断する具体的な手がかりが限定的にせよ定められことは、消費者契約法の最大の成果の一つである。消費者契約法8・9条の列挙するリストには含まれていないが、当初の提案に示された不当条項リストにはあったものは（リストの切り詰めについては、山本敬三・前掲注（18）参照）、②内容規制から「落とされた」のではなく、同法10条へと（隠れたグレイリストとして）「移された」だけで、立法上はともかく、少なくとも司法上はそこに否定的な含意を読みとる必要はない。この点につき、潮見佳男「比較法の視点から見た『消費者契約法』—比較法からの『摂取』と比較法への『発信』—」民商123巻4・5号（2001）679頁以下参照。

(489) UCC § 2-718(1) and § 2-719(3) Cf. UCC § 2-316(2).

【UCC § 2-718】

- (1) いずれの当事者によるものであれ、契約違反が生じた場合の損害賠償額を予め合意によって定めておくことができる。但し、その額は、違反によって生じることが予想され、または現に生じている損害、損害立証の困難、および損害賠償額を予定しておかなければ適切な救済を受けることが容易でないか非実際的であるというような事情に照らして、合理的なものでな

ある UCC § 2-302に多くが委ねられている。こうして UCC § 2-302が非良心性を判断する明確な定義を置いていないが故に、具体的な手がかりを欠いたままにあって、裁判所が積極的に不当な契約に介入するのをためらい、今日、思ったほどそれが活用されていない実状にあることは既に紹介の通りである——「過去30年からは、非良心性法理が切り札（a wild card）ではないことが明らかとなった」と言われる所以である⁽⁴⁹⁰⁾。これを考えると、我が国でも、類似の構造の消費者契約法10条の下、UCC § 2-302と同様の結果しか生じないとの可能性も完全には排除することができない⁽⁴⁹¹⁾。また、学説の説くように、②内容規制が實際上、積極的に運用されるに至っても、内容の不当性を理由に契約に介入する②内容規制ではカバーしきれない程度の不当な内容の条項が何らかしら残るのは必定であっ

ければならない。不合理に多額の損害賠償額を定める条項は、制裁金を定めるものとして無効である。

(2)…略

【UCC § 2-719】

(1)(2)…略

(3) 派生的損害賠償（consequential damages）の制限又は免除は、それが非良心的なものでない限り、定めることができる。消費者用動産に関し、人身損害に対する派生的損害賠償を制限することは非良心的なものと推定されるが、商業上の損失に関する派生的損害賠償の制限は非良心的と推定されることはない。

(490) 前掲注（350）の本文参照。

(491) なお、前掲注（95）の本文で述べた通り、②内容規制を重視し、これとは別に①採用規制としての(b)不意打ち条項規制を用意する必要性に疑問を示す見解は、ドイツにおいて、かつて内容規制の仮託として不意打ち条項規制が利用されていたものの、旧約款規制法上、内容規制が強化されたことにより、今日、その実際上の意味が以前に比べて減少していることを指摘するが（沖野・前掲注（44）「(5)」NBL656号64頁注（176）参照）、ドイツでは、ブラックリストが相当に網羅的に列举され（旧約款規制法10条・現ドイツ民法309条）、しかもグレーリストまで具体的に整備されており（旧約款規制法9条・現ドイツ民法308条）、同じ②内容規制の強化といっても、日本やアメリカとは大きく状況が異なることに留意すべきである。

て⁽⁴⁹²⁾、従って、むしろ開示の不十分性を理由にこれに対処する手立てを

(492) 消費者契約法10条は、民法・商法その他の任意規定を逸脱した条項が無効である旨定めるが、特に新種の契約のように、法典中に適切な規定等が十分用意されていないからこそ約款が用いられることもあり（前掲注（56）参照）、そのような場合に任意規定等の基準となるべきものを観念できない場合もあろうし、またそれを観念できる場合にも任意規定等を逸脱すればそれだけで無効評価を受けるわけではなく、同条にあって「信義則」に照らしてなお評価のうえ無効か否か判断されるにとどまる。

この点、山本豊・前掲注（41）81頁以下は、「任意規定は国家が制定した法規なのだから正義を体言しているはずであるとの前提から出発し、それと異なる内容を定める契約条項は原則として不合理なものと考え」るのが一般的であるが、しかし「現実の任意法規が常に合理的なものかという疑問、また、合理的な内容の任意規定と異なる契約条項を一律に不合理と推定すべきかという疑問が、直ちに提起されうる。もし、任意法規からのすべての乖離ではなく、一定の限度を超えた乖離…を問題にするのなら、その『一定の限度を超えた乖離』…を判別する基準こそが、条項の不当性判断にとって決定的であるということになるはずである」と説く。これを踏まえると、消費者契約法10条の「信義則」はそこで言う規制の基準を示すものと理解しうるが、そうであれば、その具体的内容如何によって②内容規制の射程が小さくも大きくもなろう——立法過程において消費者契約法10条が、いわゆる確認規定であると解されていたふしがあることを考えると（前掲注（18）参照）、どこまで踏み込んだ判断が現実になされるのか、近時、積極的な動きが判例上見られるとはいえ（前掲注（19）の本文参照）、なお更その先行きを断言することはできない。

これに関連して、潮見・前掲注（42）158－159頁は、「〔任意規定の半強行規定化〕で考えられているのは任意規定そのものというより、任意規定に含まれる正義内容、『法律規定の本質的な基本思想』を考慮すること」とし、消費者契約法10条の依拠する基準を明文の任意規定に限ることなく、同条の活用に積極的な姿勢を見せながら、しかし任意規定を逸脱すればそれだけで直ちに常に無効評価を受けるとするのは「論理的に失当である」と注意喚起をしている。また、山本豊教授に至っては、起草過程での議論と条文の表現に照らし、「10条がいわゆる任意規定の秩序づけ機能ないし半強行化という考え方を採用したのかといえ、私は必ずしもそうはいえないと理解している」との立場を示している（山本豊・前掲注（18）「（3）・完」法学教室243号62頁）。やはり、いずれにしても、消費者契約法10条の

確保しておくことは、いずれにしても必要かつ有用である。そのような役割を果たすことが実際に期待されるのが、①採用規制としての(b)不意打ち条項規制で、こうして見ると、それは、②内容規制に吸収されるべきものというより、むしろそれとは別個に、しかしこれと共働しながら、存在する意義が認められると言える。

確かに、こうして開示の不十分性という手続上の問題を理由に条項の内容の不当性という実体上の問題に実質的に対処することは「隠れた内容規制」に等しいとの批判もあり得よう⁽⁴⁹³⁾。しかし、②内容規制で条項の内容の不当性を論証するに実体的に微妙な価値判断を要し、そうするのが著しく困難な場合、開示の不十分性が認められる限り、むしろこれを根拠に①採用規制で対処するのは実際上不可避であるように思われる。これを否定するなら、余程徹底した②内容規制を実現する体勢が裁判官に完全に与えられていることがその前提となろう。

2. 採用規制と内容規制の関係

①採用規制と②内容規制については、一般に、前者は開示の不十分性を

適用に「信義則」による評価を伴う以上、その運用次第で②内容規制が現実には厳格になされるか否か分かれることは否定できない——なお、念のため付言すると、筆者自身は、②内容規制の拡張に賛成であって、消費者契約法10条の積極的活用も支持しているが、それがどこまで可能か、必ずしも客観的に評価できるような状況になく、また、いかに②内容規制を拡充しようと、いずれにしても限界はあると考えているにすぎない。

(493) 河上・前掲注(17)「(3)」NBL471号40頁（より詳しくは、河上・前掲注(12)193頁以下等参照）は、条項の内容の吟味はでるだけオープンの場合で実質的に示しながらなされるべきことを理由に、内容の不当性の考慮が①採用規制から排除されるのが望ましいと主張する。筆者も、規制の枠組みとして①と②を峻別する基本スタンスに異論があるわけではなく、オープンな形で行うことが裁判官に期待される「微妙な利益調整」（河上・前掲注(12)198頁）にも自ずと限界がありうるのではないかと考えるにすぎない。

考慮する専ら(α)手続的な不公正の規制、後者は内容の不当性を考慮する専ら(β)実体的な不公正の規制として、それぞれ異なる規制目的を持つ別個併存する存在と受け止められているように思われる。そうすると、一方で、要件として設定された一定の(α)手続的な不公正が認められれば①採用規制が適用され、他方で、同じように要件として設定された一定の(β)実体的な不公正が認められれば②内容規制が適用され、結果として両者が重疊的に適用されることもあるが、しかしそれは、無関係に独立して存在する両規制の要件をそれぞれ満たした帰結にすぎないことになる。

しかし実際には、既に指摘されているように、②内容規制において、(β)実体的な不公正をベースにしつつ、(α)手続的な不公正も同時に相關的に考慮される⁽⁴⁹⁴⁾。すなわち、ここで②内容規制として(β)実体的な不公正に対処しながら、同時に併せて(α)手続的な不公正をも実質的に規制しているということになる。

他方、既に論じたことを踏まえると、①採用規制としての(b)不意打ち条項においても、今度は逆に、(α)手続的な不公正をベースとしつつ、同時に(β)実体的な不公正も同時に相關的に考慮されることになる。すなわち、ここで①採用規制として(α)手続的な不公正に対処しながら、同時に併せて(β)実体的な不公正をも実質的に規制しているということになろう。

要するに、①採用規制と②内容規制は、専ら(α)手続的な不公正しか認められない場合には①採用規制が、又は専ら(β)実体的な不公正しか認められない場合には②内容規制がそれぞれ固有に適用されるが、しかし(α)手続的な不公正と(β)実体的な不公正がともに認められる場合には、あるときは(α)手続的なモメントを中心に規制する①採用規制が、またあるときは(β)実体的なモメントを中心に規制する②内容規制が、(α)(β)の割合の組み合わせに応じて、その度に切り換えられながら相互に連動して適用されるものである。すなわち、①も②も(α)手続的な不公正と(β)実

(494) 例えば、大村敦志・契約法から消費者法へ（1999）66頁及び82頁参照。

体的な不公正に同時に対応する面もある点で共通しており、ただその際に介入するモメントが①では(α)が強い（＝すなわち(β)が弱い）のに対して、②では(β)が強い（＝すなわち(α)が弱い）というだけである⁽⁴⁹⁵⁾。両者は、単純に無関係に併存する関係（coexistent）にあるというより、相互に共働する関係（correlative）にあると言うべきである。このような認識の下でこそ、②内容規制との関係において、①採用規制が固有の存在意義と補完的な存在意義を持つことを理解しうる。

3. 採用規制の実現方法

ところで、このように②内容規制との関係において、固有の存在意義と補完的な存在意義の認められる①採用規制について、既に見た通り、UCC 第二編改正作業では、これに対応する規定の導入が目指されたものの、結局、実現しなかった。草案に盛り込まれた、①採用規制としての(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制の規定は、改正作業が進むにつれて産業界側の強い反対に遭い、次第にその内容を切り詰められ、辛うじて1999年5月のALI総会において、その改正UCC第二編への導入が——妥協を重ねたうえでの形にせよ——理念的に「正しい」ものとして承認されるに至ったが、しかし、同年7月のNCCUSL総会において同執行部の政治的判断によりその最終的な採決は見送られた。これを機会にレポーターのSpedielが抗議の辞任をし、その後、新しくレポーターに任命されたGabrielの下で改正UCC第二編が成立した。もはや、①採用規制のこれらの規定はそこに見られるものではない。

このような結果に終わった一因に、立法のあり方が挙げられよう。現在、

(495) 従って、(α)手続的な不公正と(β)実体的な不公正は、規制を発動するための定量的な要件というより、規制の発動を正当化づける判断要因（モメント）と捉えるべきものであろう。

少数の賢慮のある法律家だけでルールを作るエリート主義的な手法は反民主的なものとして控えられ、むしろ、広く関係団体の声を反映させる形で立法作業が進められることが多い。UCC 第二編改正作業にしても、制定可能性を確保すべく、そのような民主的プロセスがとられている。しかしそうすることで、改正作業では、各団体が自己の利益に適合的な方向にだけ賛成し、本来意図されていた妥協さえ困難となった。「立法できるほどにしか正しくはしない」と Speidel に評された NCCUSL が、過度に制定可能性を懸念したことで、改正草案の起草過程に参加する利害関係者に改正の拒否権を与えたに等しい結果となり、利害関係者、とりわけ産業界側の同意がなければ立法できないような事態に陥ったのである。UCC 第二編改正作業において、Speidel の抗議の辞職まで招き、消費者保護に資すると当初期待された、①採用規制としての(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制の規定が最終的に盛り込まれることなく終わったのも、そのためでもある。

このことは、我が国の消費者契約法の制定過程にもそのまま当てはまる。同法は経済企画庁の主導の下、国生審において、関係団体が立法作業に関与する形で参加したため、当初導入が企図された消費者保護規定の幾つかは、結局、産業界側の反対によって実現しなかった。①採用規制としての(b)不意打ち条項規制はまさにその例である——もっとも、(a)約款開示規制のほうは、②内容規制の重視の影響で、規定化に向けた実質的な議論さえなかった。例えば、消費者契約法の制定過程に携わった河上教授は次のように述べている。「残念ですが、審議全体の進行の仕方には、いささか不満が残っています。〔国生審消費者政策部会消費者契約法検討〕委員会では、事業者団体、消費者団体それぞれの同意を取り付けていって、みんなが同意したところで1つの方向をまとめていこう、一見すると非常に民主的なやり方をやっていたわけです。ところが、そのときに出てくる意見というのは、消費者団体の方から『どうぞこのような配慮をお願いします』となり、事業者側は『そんなことはできません。事業者が何をし、何

をしてはいけなさを明確に書いてください』というやり方で進んでいったわけです。このような中で全員一致を求めて立法提案の基礎を形成するのは困難というほかはありません」⁽⁴⁹⁶⁾。まさにこの点が実感を持って指摘されているのである。

しかも、アメリカでの UCC 改正作業と異なり、我が国の消費者契約法の制定において、消費者契約法検討委員会の中には、委員として、中立的であることが期待される法律家だけでなく、利害関係者である事業者・消費者の代表まで公式に入っており⁽⁴⁹⁷⁾——近時、立法のあり方が批判されている UCC 第二編改正作業でさえ、改正草案の起草委員会の委員は、中立的であることが求められる ALI と NCCUSL の構成メンバーである法律家だけであって⁽⁴⁹⁸⁾、利害関係者である産業界及び消費者団体の関係者は、公開されている起草委員会に参加し、そこでの議論に部外者として関与するにとどまる——、しかも消費者契約法検討委員会の中で、必ずしも法的知識を持たない非法律家である利害関係者自身の参加によって、具体的な

(496) 前掲注（3）「座談会」11頁 [河上発言]。

(497) この点については、「ここで非法律的な話をいたしますと、所轄官庁の性格もあったのかなという気がいたします。民事手続法で申しますと、法務省の法制審議会の手続法部会というのは、裁判官、弁護士と学者がやり合うところであり専門家の世界に徹しているわけです。それはそれで逆のマイナス面もあります。が、ともあれ、今回、消費者契約法の委員会に参画したときに、大変違う世界があるものだという印象を受けました」との指摘がある（前掲注（3）「座談会」10頁以下 [高橋宏志発言]）。

(498) NCCUSL を構成する州統一委員は、前掲注（440）及びその本文で述べた通り、州によって任命されるもので、法的には州職員としての地位にある。従って、そのような者として中立性が求められるのは当然である。更に、私的団体である ALI も、リステイトメントに代表されるように、自らの策定する準則の「正しさ」、すなわちその説得性によって法を統一しようとする団体であるから、ALI の会員もその規約（ALI Council Rule 9.04, reprinted in 74 ALI Proc. 529, 535 (1997)）により、公平無私の判断をなすことが義務づけられている。See Gabriel, *How Successful*, supra note 446, at 660 n.20.

法準則を策定する局面でも、まさに非法的な形のまま自らの要望を述べる
ことがあったとされる——UCC 第二編改正作業において、公開されてい
る起草委員会の議論の場で、あるいは起草委員会宛の要望の手紙を通じて、
意見を述べるのは事業者側（時に消費者側）によって雇われた法律家であ
る⁽⁴⁹⁹⁾。もっとも、そこでの反対の内容も方法も、アメリカでの UCC 第二
編改正作業と同じではある。すなわち、①採用規制に大きな意義は認めら
れず、②内容規制だ対処すれば足りると主張し——とはいいいながら、②の

(499) 潮見教授によると、「私自身は、基本的に法律としての枠組み、あるいは
ルールとしての枠組みというのは、[16次] 中間報告、あるいはそれを受
けた第16次の最終報告で出来上がっていたのであり、第17時の消費者契約法
検討委員会からの顔ぶれから見ても、むしろそれを現実に取りに適用した場
合にどんな問題がでてくるのかを確認しておくためのプロセスとして、そう
いう場が設けられたのだという理解で最初かかっていました。

だからこそ、各種の業界からのヒアリングを先行させてアンケートも取り、
これこれのルールについてこの業界ではどんな問題があるのか、ここはどう
したらいいのかということについてのヒアリングを行う、という審議の形で
ったと思うのです。

裏返せば、制度としての具体的なルールの詰めだとか、あるいは条文構成
をどのようにしていったらいいのかというのは、消費者契約法検討委員会の
枠とはちょっと違った場で、法制局とか法務省の協力を得て出来上がるよう
なものだと理解していたところが、どうも消費者検討委員会の中でのヒア
リングの中で、第16次の最終報告で確認された基本的部分についても変えるこ
とができるのだ、第16次報告は白紙に近いものなのだという状況で一から
仕切り直しをしたような法律論が出てきたのが混乱のはじまりだったのでは
ないかという感じがします。しかも、思いもかけず、法律を支える基本的問
題を含めた具体的内容策定・制度の具体化が主題となったにもかかわらず、
消費者契約法検討委員会においてはこの点についての専門的議論ができなか
ったことが、悲劇を生んだようにも実感いたします」とされる（前掲注（3）
「座談会」12頁〔潮見発言〕）。同様に、河上教授も、「どういう公正なル
ールがお互いの中にあれば市場の中で適切な取引ができるだろうか、という客
観的なルール作りの意識が必要であったにもかかわらず、不安や希望をお互
いにぶつけ合うにとどまった」ことを指摘している（前掲注（3）「座談会」
11頁〔河上発言〕）。

拡充にも批判的であることもやはり両国で同じであるが——、規制の基準が不明確であることを口実に、現状を変更するルールを一切拒否しようとするのであった。

こうした状況に照らすと、確かにルール作成がより広く関係者の声を反映する機会が保障された民主的なものである必要があることは理解できるとしても、そのような目的であれば、関係団体にはヒアリング調査をするだけで足り、直接の立法作業はある程度中立的な法律家集団に委ねるという方法もありうるのではないか、あるいは、特別な政策立法というより契約の一般理論の構築という面に着目すれば、もう少し法制審議会の活用があってもよいのではないかなど、立法のあり方について改善の余地があるように思われる。事実、同じく消費者契約法の制定に携わった潮見教授は、「成立した消費者契約法の扱う領域に限っては、民法の一部であり、そこで試みられているのは民法の現代化だと思っています。そうであれば、それに対応するような立案プロセスを準備しておいたほうがよかったのではないかとの感想を持っています。たしかに、事業者代表とか消費者代表の方々の意見を聞き、立法に生かす場は絶対に必要である。このことは強調して余りあるのですが、それとは別に質的に違うプロセス、つまり私法の専門家たちがプロとして主導し、法案とすべき内容を短期集中して議論する手続を並行して用意しておいたほうが賢明ではないかと思います」と述べている⁽⁵⁰⁰⁾。

(500) 前掲注(3)「座談会」27頁[潮見発言]。但し、これに対して、落合教授は、「法務省の法制審議会も、ある意味で変わったという面があるように思います。というのは、専門家である法律家だけで議論することに対する社会の評価が相当に変化したと思われます。民主的な正当性の問題と事柄の専門性の問題とは、今や厳しい緊張関係すらあるようにも思われるからです。そういう時代の中で、消費者契約法の将来の改正をいかにによりよくしていかは、必ずしも容易ではない気がいたします」と反論している(前掲注(3)「座談会」27頁以下[落合発言])。

もっとも、消費者契約法は依然として内閣府（省庁再編後に旧経済企画庁を統合）の所管で、将来、仮に同法改正に際して①採用規制としての(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制についての規定を盛り込むことが検討されるに至ったとしても⁽⁵⁰¹⁾、その折りは内閣府主導の下に従前通りに作業が進められるであろうから、現実には、立法のあり方に関して上記提案の工夫がされることは期待できそうもない。そうすると、同法改正を通じてこれらを立法的に導入しようとしても、再び同じ結果となるだけであろう。

しかし、そもそも、これらの①採用規制は、消費者保護という単なる政策上の問題というよりは、既に本稿で示した通り、契約の一般理論として位置づけられるべきものである。すなわち、それは、あくまで民法の理論上正当化しうるものであり⁽⁵⁰²⁾、もしそうだとすると、消費者契約法に立法的に盛り込むまでもなく、司法上の実践、すなわち判例法理として実現することが可能なはずである⁽⁵⁰³⁾。無論、その際は、まさに準則の理念的

(501) 消費者契約法の成立に際して付された付帯決議を受け、同法の見直しに向けた動きが展開し、いわゆる消費者団体訴訟制度の新設が先行して実現したが、その際の消費者契約法の改正の進め方も従前の立法のあり方と変わっていないようである。なお、消費者団体訴訟制度の導入以外にどのような点で消費者契約法を改正する必要があるのか、あるいはないのか、同法の見直しに向けた議論が引き続きなされている（例えば、消費者契約に関する苦情相談の実態調査研究会報告書「消費者契約に関する紛争の実態及び法的な論点について」（平成17年3月）〈<http://www.consumer.go.jp/seisaku/shingikai/20bukai3/file/shiryo2.pdf>〉等参照）[校正時に、この点を更に具体的に検討する消費者契約法評価検討委員会が国生審消費者政策部会下に設立されたことを知り得た（第20次国民生活審議会第5回消費者政策部会平成18年11月22日議事録参照〈<http://www.consumer.go.jp/seisaku/shingikai/20bukai5/file/gijiroku.pdf>〉）]。

(502) 消費者契約法の名の下でなされた議論は民法理論そのものであるとの性格付けについては、前掲注（4）参照。また、前掲注（500）の本文に引用した潮見教授の発言にも実際そのような考えが表れている。

(503) この点につき、吉田邦彦教授・民法解釈と揺れ動く所有権（2000）483頁

な「正しさ」、すなわち論理的な説得性が鍵を握ることになろう。①採用規制としての(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制は、司法上、本稿で述べたような内容で導入される可能性がなおあるものと言える⁽⁵⁰⁴⁾。

V. おわりに

そもそも約款規制について、既に触れた通り、「間接規制から直接規制へ」という流れにあると指摘されている。かつては契約自由の原則の建前が強く、開示の不十分さなど、内容の不当性に直接関わりのないことを理由に規制する間接規制、すなわち①採用規制が中心であったが、現在は、約款の問題性が広く認識され、内容上の不当性を直接理由に契約に介入す

以下は——実際には情報提供義務を念頭に置いた記述ではあるが——「消費者契約法が事業者サイドの要望に妥協し〔てその内容を後退させたこと〕…」に対する批判は学者からの批判も強いが、経済企画庁のイニシアティブによる立法としては予測された帰結であり、従来型の民事立法プロセスの近年の変化は、次の如き理論的問題を提起している。すなわち、アメリカの立法学の知見…が教えるように、従来の『法制審議会一本式』から、多方面の要望を反映すべく多数の手続的関門（veto gates）が有するアメリカの状況に接近するならば、そこから得られる立法的所産は『妥協の産物』とならざるを得ず、『判例や学界での議論の実定化…』とか、近年有力な『行為規範のための立法』…とかも、容易ではないことになろう。それとともに、『司法』の位置づけが変化してきて、『立法』に多くを望めないならば（社会的公正の見地からの契約正義の要請を、今後の立法過程でどのように反映させるかという課題は残っているが）、積極的な司法活動が期待されることになるわけである」と述べる。

(504) 消費者契約法8・9・10条に結実し、立法的に一定の成果を上げながら、当初の提案内容より「後退」した②内容規制についても、司法的な実践を通じてあり得べき準則を実現することが、同様に必要である。前掲注（100）で「[消費者契約法] 10条の運用次第」と述べたのも、そのことを意味している。

ることが可能となり、むしろかかる②内容規制が規制の中心となったというのである。そうすると、②内容規制を重視する我が国の一般的なスタンスも、またそのスタンスが消費者契約法8・9・10条の制定により更に強まる可能性があるのも、契約内容の不当性を直接根拠にして積極的に契約に介入しようとするものであるから、この流れに沿っており理に適っている。しかし、②内容規制を重視することは、すなわち①採用規制を軽視することを直ちには意味しない。本論文においてUCC 第二編改正作業の検証から明らかにされたのは、②内容規制との関係で、①採用規制には、十分な開示を求めて手続的な公正を確保するという固有の存在意義があり、それと同時に、本来、②内容規制が担う実体的な公正の確保という点についても、②内容規制が実際にはカバーしきれない程度の不当性の弱い内容の条項の拘束力を否定することにより、これを補完する存在意義が認められる、ということであった。そうすると、いかに②内容規制が拡充されようとも、このような存在意義の認められる①採用規制が②内容規制に完全に吸収されるわけではないことになる。

無論、ここで②内容規制の重要性を否定しようとしているわけではなく、①採用規制において十分な開示を求めても、なお②内容規制の強化が必要なことは当然である⁽⁵⁰⁵⁾。その意味で、本稿は、「直接規制から間接規制へ」、すなわち②から①への揺り戻しを訴えようとするものではない。ただ、②内容規制を強化したからといって、それにより①採用規制が機能停止に追い込まれたり、あるいは等閑視されるべきでなく、両者等しく重視されるべきであると主張しているにすぎない。①採用規制と②内容規制のいずれか一方のみ過度に偏重することなく、両者の適切な役割分担を図ることこそ、実効的な約款規制には必要なものとする次第である。

(505) See Braucher, *supra* note 168, at 1809-1810, 1812. 前掲注(481)及びその本文も参照。