

UCC 第二編改正作業における 約款の「採用」規制の試み（二） ——「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) 改正作業の外での議論（以上、本号）
 - (2) 改正作業の中での議論
 - (3) 小括
 - 3. 不意打ち条項規制
 - 4. 立法のあり方
- IV. 我が国への示唆
- V. おわりに

II. 我が国での議論状況

4. 問題状況の確認

以上から、我が国では、②内容規制を重視する意識が、(a)約款開示規制でも(b)不意打ち条項規制でも広く見られ、それ故に、これら①採用規制が

消費者契約法において何ら立法化されずに終わったことが明らかとなった。

前者の(a)約款開示規制については、判例上当初から「約款の存在の開示」で以て足りるとされ、その後「約款の内容の開示」まで求めるべきであると主張する見解が学説上見られたものの、②で対処しうるとして開示に重きを置かない姿勢が支配的なまま、消費者契約法の制定過程においてもその規定化の動きさえ実質的には見られなかった。他方、後者の(b)不意打ち条項規制については、判例上この法技術に関心が向けられることは皆無であったが、ベースラインとしての約款開示の不十分さを補うべく、こと不意打ちとなる条項に関してはより実質的な開示を求めるべきであるとの見解が学説上有力となり、消費者契約法の制定過程においても最初はその規定化の動きが現実に見られた。しかし条項の不意打ち性の定義を巡る争いの中で、やがて明確性を絶対視する声に加え、②で対処可能との声に押されて、結局、同法に盛り込むことは見送られた。

こうして②内容規制を重視する意識が広く見られたのは、①採用規制を厳しくすると、開示にコストがかかることが懸念されてのことであろう。しかも、コストをかけて約款を開示したところで、消費者は開示された約款条項に実際に目を通すことは少なく、従って、いずれにしても、やはり最終的には②内容規制が大きな役割を果たすことを期待せざるを得ない⁽¹⁰¹⁾。そうであれば、効率性の観点から、開示にコストをかけることは

(101) 沖野・前掲注(44)「(5)」NBL656号57頁は、「事前の開示が尽くされたといっても、その『重み』については疑問がある。そもそも契約条件の存在の認識(あるいは約款使用についての同意)程度では、『合意』があり、それゆえにその内容が契約内容を構成するだけではなくそのまま当事者の法律関係を規律するものとして妥当するものとはいえない。また、消費者が個別条項の内容を現実認識している場合であっても、専門的な表現ゆえにその内容を十分に理解していないことも多いし、また内容を理解しているといっても、違約金条項や免責条項のように不履行の場合の処理を規定する条項についてはおよそ契約締結時に不履行を念頭において規定の意味を理解するまでは期待できず、ために安易に条項を受け入れてしまうことも多い。ここ

無駄であって、端的に②をより充実させれば足りると考えられることになる。もっとも、このように②を重視する姿勢は、あくまで内容の不当な約款条項を②で完全に排除しうることを前提とするものであり、だからこそ、その主要な道具立てであった公序良俗が大がかりな概念で使いづらいことを受けて消費者契約法8・9・10条を新たに用意しその手当てをしたわけであるが、しかし同法8・9条で列挙されるいわゆる不当条項の（ブラック）リストが限定的なものに終わり、一般条項である同法10条に委ねられる部分がなお大きい状況の下、果たして思惑通りに②での対処が現実機能するかは——近時の判決例に意欲的な取り組みが窺えるものの⁽¹⁰²⁾——必ずしもその先行きは断言できず、不透明な感は否めない。

いずれにせよ、我が国では、このように②重視の意識が強いため、約款開示規制であれ、不意打ち条項規制であれ、基本的には、①採用規制に大きな役割が現時点で与えられておらず、またこれまでにそういうこともなかった。確かに、世界的な潮流として、契約自由から契約正義への流れの中で、約款規制に関しても、「間接規制から直接規制へ」のスローガンに表される如く、①採用規制から②内容規制へと規制の重点がシフトする傾向が見られるから⁽¹⁰³⁾、我が国の②重視の傾向も、そのような潮流に沿う

に開示が尽くされてもなお内容の公正さを担保するための措置が要請される規制根拠が見いだされる」と指摘する。ここでの指摘はあくまで②の重要性を強調するものであるが、しかし、一般にそうすることで、ますます①採用規制の過小評価へとつながるおそれがある。現に、河上・前掲注(17)「(3)」NBL471号39頁及び44頁注(49)が、「『開示』に多くのことを要求すればするほど『これだけ実質的に開示を尽くしたのだから合意しなかったとはいわせない』として、事後的な介入を抑制する効果を持つ」ことになるから、「『開示』の程度にあまり大きな法的意義を認めることについては、私はやや消極的である」と述べている。

(102) 前掲注(19) 参照。

(103) 広瀬久和「附合契約と普通約款—ヨーロッパ諸国に於ける規制立法の動向—」岩波講座・基本法学4・契約(1983)345頁は、「不当条項の開示を中心とする規制……が1960年代以降の立法においては一般的な形ではあまり

ものと評価できるのかもしれない。しかし、我が国の②重視の傾向は、一般に、①から②へと規制の重点がシフトした結果ではなく、そもそも当初から②重視のスタンスであったところに特徴がある。すなわち、少なくとも我が国では、概して、①採用規制は、②内容規制との関係で常に等閑視されてきたとも言えるのである。

Ⅲ. UCC 第二編改正作業における約款の「採用」規制の試み

アメリカ法においても、約款規制は、①採用規制と②内容規制に大別しうる。後述の通り、現行 UCC 第二編は、我が国と同様、②重視の構図をとっていると評価しうるが、しかし、近時、UCC 第二編改正作業において、①の強化が説かれ、②による対処で十分とする産業界側の立場と激しい議論の対立が生じた。そこで、この UCC 第二編改正作業における議論の検証を手がかりに、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考えるヒントを探し求めることにしよう。

以下では、まず初めに、現行 UCC 第二編における②重視の姿勢に至る経緯を概観し(→1)、次いで、このように②が重視される中、なぜ今改めて UCC 第二編改正作業において①の強化が唱えられたのか、約款採用規制と不意打ち条項規制に分けて、その狙いを明らかにする(→2・3)。

重視されなくなり(めばしいものとしては西ドイツの約款規制法2条くらいである)、これらに代わって約款条項の内容に対する直接的な規制が主導的な地位を占めるようになってい」とし、このような動きを「間接的規制から直接的規制へ」と評価したうえ、そのような流れが「右に見た諸外国の立法すべてにあてはまるところである」と述べている。また、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」民法論集第6巻(1986)269頁も、「成立要件」から「効力の内容」へと契約法の重点が移動する傾向に触れている。

そして最後に、①の強化を意図した改正草案が激しい議論の対立の果てに、改正作業の途中で草案の起草者であった Speidel のレポーター職辞任という劇的な事件を伴って挫折したことから、改正作業の過程にどのような問題があったのか、特に立法のあり方という観点から、その事情を探ることにしたい（→4）。

1. UCC 第二編改正作業前の状況

現行 UCC 第二編において②内容規制が重視されているのは、非良心性法理が明文で規定されていることに端的に表れている（UCC § 2-302）。UCC の元々の起草者である Karl Llewellyn は約款について、次のように述べていた。すなわち、

標準書式条項（the boiler-plate clauses）に対する「同意」は考えることはできず、個別具体的な同意ということであれば、そのような同意は全く観念できない。実際に個別的に同意された対象は、ごく僅かの個別交渉された条項（dickered terms）、取引の大まかな種類、そしてその他にただ一つである。その他のただ一つというのが包括的同意（個別的同意ではない）であって、かかる包括的同意が向けられているのは、何であれ、売主が自らの書式に記載しても効力を認められるような不合理又は不穏当ではない（not unreasonable or indecent）条項で、かつ交渉条項の合理的な意味を変更したり骨抜きにしたりしないものである⁽¹⁰⁴⁾。

(104) Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 370 (1960). この Llewellyn の「包括的同意」という考えに対する批判的検討として、例えば Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harv. L. Rev. 1174, 1198-1206 (1983)、W. David Slawson, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law By Standard Forms*, 46 U. Pitt. L. Rev. 21, 32-37 (1984) 等参照。

ここで Llewellyn は、伝統的な契約法理に従うと、約款条項の全てに個別具体的な同意が必要となるが、それでは約款取引において契約の不成立という非現実的な結果となるので、内容が「不合理又は不穏当でない」限り、約款条項には包括的同意はあるとして、その拘束力を広く承認すべきであると主張したものと言える。すなわち、彼の主張の意図を読み取るならば、入口の①採用規制では、約款条項が契約に取り込まれたか否か厳格に判断するのでなく、むしろ包括的同意のテクニックを用いて、条項全てをまるごと呑み込んだものとして緩やかに捉えたうえ、出口の②内容規制で、「不合理又は不穏当」な内容の約款条項を排除することに重点を置くべきであると提唱したものと理解し得よう⁽¹⁰⁵⁾。現行 UCC 第二編の制定に

(105) 前掲注(104)の本文引用部分では、包括的合意の対象は「不合理又は不穏当ではない条項」に限られるとされており、この部分だけそのまま文字通りに受け止めると、本来②内容規制で取り上げられるべき条項の内容の公正さを①採用規制において約款意思の中に同時に組み込んで考慮し当該条項の拘束力を判断しようとするのが Llewellyn の考えであるかのようにも見える。現に Llewellyn の考えをそう受け止めて「合意の範囲 (a circle of assent)」という概念を打ち出し、UCC § 2-302の本質は内容の不当な条項に当事者の合意が及んでいないことを理由にその拘束力を否定するところにあると説く見解もある (John E. Murray, Unconscionability: Unconscionability, 31 U. Pitt. L. Rev. 1 (1969))。しかし Llewellyn 自身は、他方で後掲注(122)(123)の本文で述べる通り、UCC § 2-302の導入にあたり、約款の拘束力の問題から切り離して約款の内容の公正さを捉えるべきであると強く主張しており、そうであれば、Murray の理解と異なり、むしろ Llewellyn の真の意図は、本文での評価の通り、①採用規制と②内容規制を峻別したうえ、①では緩やかに約款を取り込み、これと別に、②において不当な内容の条項の効力をその内容の不当性自体を理由に否定することにあつたと言うべきであろう。なお、UCC § 2-302を「合意の範囲」の問題に還元しようとする上述の Murray の試みは、UCC § 2-302がまさにその任務と期待される不当な内容の条項の排除に十分成果を挙げうるに至るものではないと批判されており (Richard E. Speidel, Unconscionability: Assent and Consumer Protection, 31 U. Pitt. L. Rev. 359 (1970))、このように②を①に融合させて両者を同一平面上に捉える見方は現在では少数派であるように思われる。

際して、彼はこの②重視の姿勢とともに、その具体化の道具として新たに用意したものこそ、非良心性法理であった⁽¹⁰⁶⁾。UCC § 2-302(1)は次のように定めている。すなわち、

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、契約の効力を否定すること、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⁽¹⁰⁷⁾。

(106) 現行 UCC § 2-302は個別交渉がなされた契約にも適用される形で規定されているが、1941年草案を除き、元々1943年草案から1948年草案の段階において、約款 (form) 取引にだけ適用されることを念頭に起草作業が進められた経緯がある——この間の事情について、Arthur A. Leff, *Unconscionability and the Code-- The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 492-497 (1967) 参照 [1948年草案で約款取引に適用が限定されなくなったことで、どの程度の契約交渉があれば同条による規制を免れるのか、すなわち、約款を読む (reading)、理解する (understanding)、個別交渉する (bargaining) のいずれまでなされると手続的非良心性がないと評価されるのか、その程度を規定上いかに表現するかを巡り議論することが不要となり、それを以て、実体的非良心性だけで非良心性法理の適用を認める方向への動きと受け止め得ると指摘]。このような経緯から、Llwellyn にとって、同条が、主に約款規制のうち②内容規制の手当てとして予定されていたことが改めて裏付けられよう。Llwellyn の約款論に関連づけて UCC § 2-302を捉えるものとして、John A. Spanogle, Jr., *Analyzing Unconscionability Problems*, 117 U. Pa. L. Rev. 931, 940-941 (1969) 参照。約款取引というだけで適用されることはないものの (See 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 26, at 585)、現実にも、現行 UCC § 2-302の適用例のほとんどが約款取引である。

なお、非良心性法理については、上記 Leff 論文も紹介する、谷原修身「Unconscionability の法理の分析——歴史的考察」南山大学アカデミア経済経営学編46号 (1975) 69頁以下、同「Unconscionability の法理の分析——学説を中心にして(1)(2)」南山大学アカデミア経済経営学編48号143頁以下、50号195頁以下 (1975) 参照。

(107) 本稿では以下、現行 UCC の条文は、沢田寿夫・国際取引法令集 (1994) 156頁以下に依拠し、またはこれを参考に訳出している。

一般に、非良心性は、契約締結上の不当性に着目した手続的非良心性と、契約内容上の不当性に着目した実体的非良心性とを相関的に顧慮して判断されるが⁽¹⁰⁸⁾、手続的非良心性だけでは非良心性法理の適用はないのに対して、実体的非良心性だけではその適用もありうると指摘されていることから明らかな通り、どちらかと言うと後者に力点があるものである⁽¹⁰⁹⁾。

(108) 「非良心性が一般に認められてきたのは、一方当事者に真の意味での選択可能性が欠如し、かつ契約条項が他方当事者に不合理なまでに有利な場合である」(Williams v. Walker Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445, 449 (D. C. Cir. 1965)) との定式に明らかな通り、前者の「真の意味での選択可能性の欠如」に対応する手続的非良心性と、後者の「他方当事者に不合理なまでに有利な〔内容〕」に対応する実体的非良心性が、非良心性を判断する二つの相関的な要素であると Leff, *supra* note 106によって示されて以来、今日まで、判例実務においてかかる判断枠組みが一般に受け入れられている(もっとも、皮肉なことに Leff, *supra* note 106自体は UCC § 2-302に否定的評価を下すものであったが)。1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 28, at 582-583.

(109) 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 28, at 585, 588 (前掲注(5)の本文も参照)。Robert Dugan, The Application of Substantive Unconscionability to Standardized Contracts -- A Systematic Approach, 18 New Eng. L. Rev. 77, 78 (1982) は、「焦点は、裁判所が契約の内容を監督する独立の基礎として、実体的非良心性が究極的な特性及び性質を持っている点に、置かれるべきである」と指摘する。M. P. Ellinghaus, In Defense of Unconscionability, 78 Yale L.J. 757, 773 (1969) も、「〔UCC §〕 2-302条の主要な焦点は、実際には、『実体的』非良心性という一般項目の下に包含されるべき論点にあることは明らかであるように思われる。〔公式〕コメント 1 はある程度の長さを割いて、裁判所が、契約当事者の一方にかなり偏って有利な契約又は契約条項の効力を直接否定することを勇気づけられるような雰囲気 (climate) を確立している」と述べる。確かに、逆に手続的非良心性に力点を置いて非良心性法理を捉える見解もあるが、しかし、大村敦志「『非良心性』法理と契約正義」星野古稀上・日本民法学の形成と課題 (1996) 530頁でも既に看破されている通り、そのような見解の主張者がレッセフェールを信奉する保守的な(いわゆる右派の)法と経済学派の立場に立つ者であることに留意する必要がある。E.g., Richard A. Epstein, Unconscionability: A Critical Reappraisal, 18 J. Law & Econ. 293 (1975).

従来、契約自由の原則に依拠する古典的契約法の下では、当事者が任意に合意さえすれば、その合意の内容に国家が直接干渉することはできないと考えられていたことに照らすと⁽¹¹⁰⁾、手続的非良心性と結びつくことを原則として条件にしながら、かつ一定の範囲でとはいえ、公序良俗に至らぬ単なる私人間の利益の不均衡、すなわち実体的非良心性それ自体を理由に、契約の効力を否定する途が明文規定で以て切り開かれたのは、画期的なことであった。Llwellyn 自身、UCC § 2-302を以て「UCC 法典全体で恐らく最も貴重な条文である」と自賛するのもそのためであろう⁽¹¹¹⁾。UCC § 2-302の公式コメントではこの点が次のように示されている。すなわち、

本条は、裁判所が、非良心的であると認定した契約又はその条項を、明白に否定的に規制することを可能ならしめるべく作られたものである。過去において、このような規制は、文言に反した解釈をしたり、申込と承諾に関する準則を巧みに操作したり、あるいは、当該条項が公序や契約の主たる目的に反すると決定づけたりすることによって、達成してきた。本条は、裁判所が、契約又は契約中の個々の条項の非良心性を直接審査し、あるいは、その非良心性に関して法的判断を下すことを可能ならしめるべく作られたものである⁽¹¹²⁾。

事実、かつて判例において、契約内容に踏み込んで介入することはできないと考えられた古典的契約法の下、内容の不当性を直接理由にして当該約款の効力を否定することなく、とりわけ申込と承諾の準則等を通じて、

(110) E.g., Dugan, *supra* note 109, at 18. もっとも、内容の不当性に介入することに消極的姿勢を見せたのはコモンロー上の裁判所であって、エクイティ上の裁判所はそのような姿勢を見せておらず、これが非良心性法理の前史になったと指摘されている。1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 27, at 572-577.

(111) 1 State of New York Law Revision Commission, *Hearings on the Uniform Commercial Code* 121 (1954).

(112) UCC § 2-302 cmt 1.

当事者の意思が及んでいないことを理由に、いわば間接的に、問題の約款条項の拘束力を否定する手法が多用された。すなわち、②内容規制が原則として認められない中で、その代わりに①採用規制が用いられたのである。

かかる手法として、例えば、まず第一に、受領した者が契約であるとは通常考えないような書式、例えば切符等については、たとえそこに契約条項が記載されていても、そのような書式自体を契約の申込でないと評価して当該書式（forms）の拘束力を否定する一群の判決例が見られた⁽¹¹³⁾。ある裁判所は、駅の小荷物預かり所で渡された荷物預かり証について、「荷物を紛失したときに、たとえ受寄者の過失による場合でも、恐らく現実の損失のごく一部にしかならない少額のお金だけ受け取ることを受寄者自ら承諾したとする契約としての重々しさを、その小さな紙切れが生じさせていたとは、寄託者にすれば思いもしなかったであろう」と述べ、かかる免責条項が記載された書式の拘束力を否定した⁽¹¹⁴⁾。

もっとも、以上の手法は、契約とは通常考えられない切符や乗車券等に活用はできても、契約の書式と受領者が考えるのがむしろ通常である保険証券や倉庫証券等にまで及ぼすことはできない⁽¹¹⁵⁾。そこで第二に、書式自体は明らかに契約の申込であるが、そこに記載された契約条項（terms）が申込の一部であると受領者が通常考えないような場合に、当該条項は契約に取り込まれていないと評価してその拘束力を否定する手法が判例上編み出された。典型的には、問題の契約条項が書式の裏面に記載されているときである⁽¹¹⁶⁾。ある裁判所は、「裏面の条件に従って」という表面の文言を受けて書式の裏面に記載された認諾委任状条項（a “warrant of attorney” clause）——すなわち、分割債務の不払時に債務名義となる判

(113) 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 26, at 561-562.

(114) Healy v. New York Central & Hudson River R.R. Co., 138 N.Y.S. 287, 290 (App. Div. 1912).

(115) 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 26, at 562.

(116) *Id.*, § 4. 26, at 562-563.

決が下されるのを一方当事者が予め無条件に同意する旨の条項——の拘束力を否定する際に、「悪名高きローマ皇帝の暴君カリグラの行為で最も嫌悪されるべきものの一つが、市民の読むことのできない高さに法律を柱に刻んで記したということであった。幾頁もの契約文書に記載された、問題の認諾委任状条項は、被告の目の届くところにはあるが、被告がその意味を考えるとところをはるかに超えたところに置かれている」と述べて、この手法を比喩的に表現した⁽¹¹⁷⁾。そしてかかる手法は、契約条項が書式の裏面に記載されている場合のほか、更に、それが別文書に記載されている場合にも活用された⁽¹¹⁸⁾。例えば、署名した書式には契約条項が含まれず、その全文を記載した別文書の参照を当該書式が指示して契約内容に取り込もうとしているものの、その参照指示が不十分であるとき⁽¹¹⁹⁾や、契約成

(117) *Cutler Corp. v. Latshaw*, 97 A. 2d 234, 237 (Pa. 1953) (Musmanno, J.).

(118) 1 Farnsworth, *supra* note 5, at 562-564, 567.

(119) E.g., *Federated Mutual Insurance Co., v. Woodstock* '99, 140 F.Supp. 2d 225 (N.D.N.Y. 2001). 但し、逆に十分な参照指示がされていると認められたときは、別文書に記載されている約款条項が契約へ組み込めることは認容されている。E.g., *Lincoln Welding Works v. Ramirez*, (Nev. 1982). 判例上、参照指示の十分性、すなわち参照指示した条項に相手方を拘束しようとする意思が読みとれるほどに当該指示が明確なものであるか否かを決め手にその拘束力の有無を決しているが (See Robert Whitman, *Incorporation by Reference in Commercial Contracts*, 21 Md.L. Rev. 1 (1961). See also e.g., *In re Estate of Kokjohn*, 531 N.W. 99, 101 (Iowa 1995) [[「参照による組み込みに関連する」判決例に共通して流れているのは、参照が明白かつ具体的なものでなければならないという要件である」と指摘])、事案に応じたその判断が果たして一貫していると言えるのかは相当微妙である。Compare *Level Export Corp. v. Wolz, Aiken & Co.*, 111 N.E. 2d 218 (N.Y. 1953) with *Riverdale Fabrics Corp. v. Tillighast-Stiles Co.*, 118 N.E. 2d 104 (N.Y. 1954) [いずれのケースにおいても等しく業界団体作成の規則 (=標準条項) に契約は従うとの記載が約款に見られたが、更に当該約款に「組み込む (incorporated)」との文言が明示的に存在した前者では参照による仲裁条項の組み込みを認め、かかる文言の存在しなかった後者ではそれ

立後に送られてきた書式に契約条項が記載されているとき⁽¹²⁰⁾がそうである——後者の例として、自動販売機が吐き出した書式に記載されている条項は、自動販売機に代金投入後にしか目を通すことができないものであるとして、その拘束力を否定する判決例が見られると指摘されている⁽¹²¹⁾。

これら二つの手法、すなわち、書式自体を申込と評価しない第一の手法も、書式中の特定の条項を申込の一部にならないと評価する第二の手法も、いずれも、②で対処することが困難であったからこそ、多用されたものである。上の例で言えば、免責条項であれ、諾否委任状条項であれ、現在は内容の不当性を理由に、その効力を否定することも法技術的に不可能では

を否定]。なお、実際には、参照により組み込まれる条項の内容が不当である場合に、裁判所が参照指示の不十分さを理由にしてその拘束力を否定する傾向にあるとの評価が見られる (Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 Colum. L. Rev. 1710, 1742 n.123(1997))。

(120) E.g., *Diepeveen v. Larry Voight, Inc.*, 99 A. 2d 329 (N.J. Super. 1953)

[口頭での契約が成立した後に売主が送付した送り状に記載された免責条項は契約内容にならないと判示——同判決は *Restatement (Second) of Contracts* § 211 illus. 3に採用されている]。なお、後掲注 (205) の本文も参照。

(121) 1 Farnsworth, *supra* note 5, at 567. See e.g., *Steven Fidelity & Casualty Co.*, 377 P. 2d 284 (Cal. 1962), cited in 1 Farnsworth, *supra* note 5, at 567 n.32 [自動販売機を通じて購入された旅行保険の約款に挿入されていた給付制限条項につき、その拘束力を否定。その理由として「保険購入者は契約条項を認識する前に保険証券を購入しなければならない」状態にあった点が——実際には非良心性法理の先例である *Hennings v. Bloomfield Motors, Inc.*, 161 A. 2d 69 (N.J. 1960) を意識しながらではあるが——強調された (*Fidelity*, 377 P. 2d at 298)]。同じ1 Farnsworth, *supra* note 5, at 567 n.32では、運転手の代金支払い後に駐車場入口の機械から出てきた駐車券に、場内での事故の責任を負わない旨の契約条項が記載されていたとしても、「当該駐車券が出てきくるのが遅すぎる (*The ticket comes too late*)」ことを理由に当該条項の拘束力を否定するとしたイギリスの *Thornton v. Shoe Lane Parking* 判決 ([1971] 2 Q.B. 163, 169 (C.A. 1970)) が特に注目のうえ紹介されている。なお、後掲注 (206) の本文参照。

なくなったが、かつてはそうすることが期待できなかった。そこで、裁判所は、実際には当該条項の内容の不当性を問題にしながら、あたかも内容の当否は考慮していないかのように価値中立を装い、②ではなく①を通じて、当事者の意思が及んでいないことを表向きの理由にその拘束力を否定し、これに対処しようとしたわけである。①を②に代用するかかる手法をLlwellynは「隠れた手法 (cover tools)」と呼んで批判し⁽¹²²⁾、裁判所が背

(122) Karl Llwellyn, Book Review, 52 Harv. L. Rev. 700, 703 (1939), reviewing O. Prausintz *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law* (1937) は、「総じてその効果は、不必要な混乱と法的不安定を招くもので、しかも救済が不十分で、救済を求める声が続く害悪を伴う。隠れた手法は絶対に信頼できないものである」と断じている。「隠れた手法」の限界として、内容の不当な条項も目立つように記載すればその効力は認めざるを得なくなる点が挙げられている。Llwellyn, *supra*, at 703. See also John E. Murray, Jr., *Murray on Contracts*, § 96, at 550 (4th ed. 2001); 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4.26, at 570. 現に、本文で例に挙げた認諾委任状条項についても、前掲注 (117) で言及した Musmanno 裁判官を含む同一裁判体が、署名したのと同じ表頁に記載すればその効力は認める旨示唆したものと受け止められる判決を下していると Murray, *supra*, § 96, at 550 n.183は指摘する (*L. B. Foster Co. v. Tri-W Costruction Co.*, 186 A. 2d 18 (Pa. 1962) [但し、結論としては認諾委任状条項の拘束力を否定])。

もっとも、②の代わりに「隠れた手法」として①を活用する手法も、いかに目立つ形で問題の条項が記載されても、更により明確に記載すべきであったと、要求する開示の程度を際限なく上げることにより、上記限界に対処可能ではある。この点につき、Llwellyn 自身、「約款条項が完璧に明確でも、裁判所は『仮にかかる信じられないような事柄を規定することを望んでいたならば、疑いなく文言はより明確にできたはずである』と述べる。そして、法律家が約款を作成し直して同じことを二度言うだけでなく、とどめに、それが我々の『真に意図するものである』と述べても、裁判所は、再びそれを見ては次のように言う。『仮にこの種の事柄を合意に盛り込むことを意図していたならば、疑いなく文言は…』と。これが際限なく続くのである」と指摘しており、認識はしている (1 *State of New York Law Revision Commission*, *supra* note 111, at 178)。しかし、彼にすれば、これこそ「不必要な混乱と法的不安定を招く」ものと批判すべきもののなのである。

後で現実になしている内容規制の思考プロセスを「表に出す (out into the air)」ことの必要性を主張し⁽¹²³⁾、UCC § 2-302の導入を説いた。現行 UCC 第二編の制定過程において反対論もあったが⁽¹²⁴⁾、最終的には実体的非良心性を正面から理由に内容の当否に直接介入することを可能ならしめる UCC § 2-302が規定されたことで、以後、もはや②の代わりに①を活用する先述の手法に依拠する必要性は——後に示す通り、なお①自体の有用性はあるというのが本稿の立場ではあるが——後退していくこととなった。現在、①を通じて間接的にではなく、②の中心的な役割を果たす UCC § 2-302を活用して、不当な内容の契約条項を直接排除することが予定されている。こうして現行 UCC 第二編において、UCC § 2-302の誕生とともに、①から②へと規制の重点がシフトし、どちらかという、②が重視されるようになるに至っている。結局、Llwellyn の意図した通り、①採用規制では、包括的同意のテクニックを用いて約款条項全てを「まるごと呑み込んだ」ものとして緩やかに捉え、後は②内容規制で、非良心性法理を通じて内容上不当な条項を排除する構図が、基本的に現行 UCC 第二編ではとられていると評価できよう。

2. 約款開示規制

(123) 1 State of New York Law Revision Commission, *supra* note 111, at 178——その叙述に際して直接念頭におかれている「隠れた手法」は約款の（修正的）解釈であるが、同じ「隠れた手法」として活用されてきた①採用規制も等しく「表に出す」対象になると Llwellyn 自身考えていることに疑いはない。Llwellyn にとって、①採用規制等の「隠れた手法」を通じて裁判所が実際に行っていること、すなわち、ここで表に出すべきことは、「法外に過ぎて理に適わないときに、裁判所が〔その非良心的な条項の〕効力を否定することができる」ということなのである。Ibid.

(124) E.g., Comments, Policing Contracts under the Proposed Commercial Code, 18 U. Chi. L.Rev. 147, 153 (1950).

以上、現行 UCC 第二編で②内容規制を重視する姿勢が見られる中、近時、その改正作業において、改正草案の（前）起草者であった Speidel によって、①採用規制の強化が提唱され、議論の対立が生じた。まず最初に、①採用規制のうち、(a)約款開示規制に関して見ていくことにしよう。

(1) 改正作業の外での議論

約款開示規制の問題は、1997年の Hill v. Gateway 2000, Inc. 判決⁽¹²⁵⁾に端を発するいわゆる「Gateway 問題」を契機に議論がスタートした。むしろ最初の問題提起は、UCC 第二編改正作業の外でなされ、それが改正作業の中に入り込み、この問題が意識されるようになったのである。そこで、UCC 第二編改正作業における議論を検証する前に、先行したその動きを確認しておこう。

a) 「事後条項」肯定論の出現～Hill 判決

約款開示規制の問題を議論する契機となった Gateway 問題とは、パソコンを販売する際に Gateway 社の使用した約款が、パソコン受領後一定期間内に返品しない場合には買主は当該約款に従うものとするとして規定し、更にその約款中に、紛争解決は Gateway 社指定の仲裁機関による仲裁の方法に限るとする仲裁条項⁽¹²⁶⁾を挿入していたところ、この仲裁条項を争

(125) 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997).

(126) 約款に記載された仲裁条項は以下の通りである (Hill v. Gateway 2000, Inc., 1996 WL 650631, at 2 (N.D.Ill. 1996))。すなわち、「本合意書やその解釈を原因に、あるいはそれらに関連して生じる、いかなる争い又は紛争も、仲裁によって排他的かつ終局的に解決するものとする。仲裁は国際商業会議所 (the International Chamber of Commerce、以下 ICC) の調停仲裁規則に従って行われるものとする。仲裁は合衆国イリノイ州シカゴで、単独仲裁人の下に行われるものとする。かかる仲裁手続において下されたいかなる裁定も、当事者それぞれを終局的に拘束するものとし、これに基づく執行判決を管轄権ある裁判所で下すことができる」。なお、約款にかかる仲裁条項が

点とするクラスアクションが続出した問題を指す。買主は、電話でパソコンを注文し、その際 Gateway 社にクレジットカード情報等を教えて代金を支払うが、問題の仲裁条項を含む約款は、その後ようやく、パソコンとともに箱の中に入れて買主に送られてくる——しかも、約款は箱の中に入れてられているので、箱を開ける前に読むことはできないし、また、そもそも箱の外側に約款が中に入っていると記載されているわけでもない。このように、伝統的には契約が成立したと評価される代金支払時に、約款、ここではとりわけ当該約款に含まれる仲裁条項が、買主には開示されていないことから、その後に開示されたにすぎない、かかる「事後条項 (later terms)」に拘束力が認められるのか、これが Gateway 問題で問われることとなった⁽¹²⁷⁾。

最初にこの問題が争われた Hill 事件では、購入したパソコンに瑕疵が存在したり、広告と異なるより低水準の付属品しか付いていなかったことを理由に、原告 Hill は Gateway 社を相手方に損害賠償を求めてクラスアクションを起こし、事後条項である仲裁条項に拘束力はないと主張した。第一審は、仲裁条項に対する原告の同意は認められないとして、その拘束力を否定した⁽¹²⁸⁾。これに対して、控訴審の第7巡回区連邦控訴裁の Easterbrook 裁判官は、判決の冒頭で、「これらの〔事後〕条項は、契約当事者の契約として効力があるのか、あるいは、注文を受けた人が電話で

挿入されることが往々にして見られるが、一般的にその狙いや問題点について、後掲注 (156) (157) の本文参照。

(127) 「事後条項」という表現が個々の条項に着目したものであるのに対して、この種の契約全体を指して「段階化した契約 (layered contracts)」「回転進行する契約 (rolling contracts)」とも言われる (E.g., Murray, *supra* note 122, § 50, at 205)。結局、Gateway 問題は、電話取引やオンライン取引のように「お金は今、契約条項は後 (money now, terms later)」という販売形態が増えたことで、事後条項を巡る問題が契約法に課題として突きつけられていることを物語っている。

(128) Hill, 105 F. 3d at 1148.

条項を読み上げて顧客の同意を得なかったことから〔これらの事後〕条項が契約の内容に組み込まれていないものか」と争点を明確にしたうえで⁽¹²⁹⁾、次のように述べてその拘束力を逆に肯定した。すなわち、

实际的に考えれば、売主が製品とともに、法的に意味を持つ完全な約款を〔事後的に〕同封することを認めるのに賛成することになろう。レジで売り上げを記録する前に法的な文書を顧客に読み上げることを期待することはできない。仮に、Gateway 社の運営するような直販のための電話対応スタッフが、買主のクレジットカードの番号を控える前に、4 頁にわたる約款条項の記載を読み上げなければならないとすれば、だらだらと読み上げるその声によって、これから買主となる人の多くは〔問題の条項について〕認識を得るというより、むしろ〔気づかず〕感覚を麻痺させられてしまうであろう。また時間の無駄であるとして、怒って電話を切ってしまう人もいるであろう。…顧客は集団として見れば、買主が電話で読み上げるといった、費用が掛かるうえに実効的でない段取りを飛ばし、その代わりに、承諾するか返品するかという単純な方式を用いるときのほうが、良い状態 (better off) になる。行為能力のある (competent) 大人は、かかる文書に、それが読まれていようといまいと、拘束されるのである⁽¹³⁰⁾。

Easterbrook 裁判官のかかる判断には、入口の①採用規制では緩やかに捉え、後は出口の②内容規制で絞り込もうとする姿勢が窺える。このような立場は、前年1996年に彼自身が下した ProCD, Inc. v. Zeidenberg 判決⁽¹³¹⁾で既に明らかにされていたもので、事実、同判決は Hill 判決でも引

(129) Ibid.

(130) Id. at 1149.

(131) 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996). ProCD 判決については、芹澤英明「ProCD, Inc. v. Zeidenberg の分析—制定法解釈のコンテクスト論・その二」法学61巻2号(1997)189頁以下で詳しい紹介・検討がなされている。その他に、杉山淑枝「判例紹介」アメリカ法1998年325頁以下、平野晋「判例紹介」国際商事法務26巻7号(1998)756頁、山本隆司「判例紹介」JCA

用されている。

この ProCD 事件では、ProCD 社が自社の販売した住所録データベースからデータを抽出しウェブ上無断で転売した Zeidenberg に対して、ライセンス違反を理由に損害賠償等を求め提訴したところ、当該ライセンスがシュリンクラップ契約——本件では商品の外装パッケージの外側にライセンスが中に入っている旨の記載があったもの——であり、代金支払時に買主に開示されていない、かかるライセンスの条項に拘束力が認められるか争点となった。Easterbrook 裁判官は、結論として、「シュリンクラップライセンスは、契約に一般に適用されるべき根拠に基づいて異議が唱えられない限り（例えば…非良心的なものである場合等）、効力が認められる（enforceable）ものである」と判示し⁽¹³²⁾、その拘束力を肯定した。①採用規制より②内容規制を重視する姿勢をここで見せたのである。判決では、次のように彼の考えが示された。すなわち、

Zeidenberg が現に主張し、また原審が認めた通り、ソフトウェアのパッケージを棚に置くことが「申込」で、顧客は、代金を支払い商品とともに店を立ち去ることで、その申込を「承諾」する。ウィスコンシン州では、他の法域と同様、契約は当事者の合意した条項だけからなる。原審の裁判官は、隠れた条項に同意することはできないと述べた。ここまではそれで良い。しかし、Zeidenberg がソフトウェアを購入することで同意した条項の一つが、当該取引はライセンス〔＝使用許諾〕に従うというものである。従って、Zeidenberg の主張する立場は、箱の外側に印刷された条項が当事者の契約であって、印刷された条項が〔単に〕他の条項の参照を請い、又はそれらを契約に組み込む旨述べてあっても契約内容にならない、というものであるに違いない。しかし、こうしてウィスコンシン州が当事者の選択を果たしてこのように束縛するであろうか。売主

ジャーナル43巻10号（1996）34頁以下等参照。同判決は論争的な内容で、後述の通り、特に統一コンピューター情報取引法（Uniform Computer Information Transactions Act）の起草過程で相当議論を招く原因となった。

(132) ProCD, 86 F. 3d at 1449.

は契約条項の全てを箱の外側に記載することはできるが、そうするには、ただ、顕微鏡で見るとような「小さな」字体を使うしかなく、またその代わり、買主がより有用であると考えられるかもしれない情報（例えば、どのようなソフトウェアか、どのようなコンピュータで作動するか等の情報）は記載できなくなる。ほとんどのソフトウェアに付いている「Read me」ファイルは、システムに必要な条件や考え得る他のソフトウェアとの相性の悪さを記載しているが、印刷すれば10頁相当にもなり、保証やライセンス制限を含むと更にスペースをとるものである。外側に通知だけ記載し、内側に条項を入れ、後は当該条項が受け入れられない場合に返戻金と引き換えにソフトウェアを返品する権利（この権利はライセンスで明示的に与えている）を認めることが、買主と売主双方に有益な取引実行の方法であるかもしれない。…

詳細な条項の開示に先だってお金が交わされる取引は一般的なものである。保険の購入を考えてみてほしい。買主は代理店のところに行き、代理店は本質的な事柄（保険の適用範囲や年数）だけ説明して保険料を本社に送金し、今度は本社が保険証券を送り返してくる。原審裁判官の理解によると、保険証券に記載された条項は、それを受け取る前に代金を支払ったのであるから、法的に無意味なものとなる。しかし、保険証券より先に保険料を支払い、そしてしばしば「しおり (binder)」の交付を受ける（その結果、保険会社の本社は後で保険の適用範囲を撤回する権利を留保するとはいえ、即座に保険が効力を持つ）方法のほうが、実効性を促進しかつ取引コストを低減して、買主の利益になる。あるいは、航空券の購入を考えてみてほしい。旅行者は、まず航空会社か代理店に電話し、値段を照会し、席を予約し、そして最後にチケットを取得するという順でことを進めて行く。航空券には念入りに作成された条項が記載されており、旅行者は予約をキャンセルすることで、これらの条項を拒否することができる。航空券を使用することは、後で振り返って不利益な条項であろうと、それらの条項を承認するということである。Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 449 U.S. 585 (1991) …参照⁽¹³³⁾。

このように、事前の約款開示——その意味するところは、上記引用から

(133) Id. at 1450-1451.

は約款の内容の開示に思われるが、実際には後述の通り⁽¹³⁴⁾、約款の存在の開示さえ念頭に置かれている——を求めると取引コストが増大し非効率的となるのは、保険や航空券その他の例にとどまらず、本件 ProCD 事件のソフトウェア売買でも同様にあてはまるものであると考え、Easterbrook 裁判官は、UCC の条文を具体的に解釈する際にかかる考えを反映させた。

まず UCC § 2-207⁽¹³⁵⁾ の適用について。被告 Zeidenberg は、当該ライセンスが同条に言う「付加条項 (additional terms)」に該当するとして、UCC § 2-207(2) の下、かかる条項は契約内容にならないと主張していた。この点につき、Easterbrook 裁判官は、UCC § 2-207 が複数の書式の交わされた場面を規律するものであるから、ProCD 社の約款だけが用いられた本件では「無関係な (irrelevant)」条文であると判示した⁽¹³⁶⁾。

(134) 後掲注 (145) 及び (146) の本文参照。

(135) 【UCC § 2-207：承諾又は契約の確認に際しての付加条項】

- (1) 明確かつ適時に承諾の表示がなされ、また合理的な期間内に書面による確認がされた場合、たとえそこに申込条項や合意条項と異なる条項やそれに付加する条項が新たに含まれているとしても承諾としての効力を有する。但し、承諾の中で、これらの付加条項や異なる条項に対する同意を明示的な条件としている場合はこの限りではない。
- (2) 付加条項は契約にそれを付け加える申し出と解釈しなければならない。商人間においては、これらの付加条項は以下の場合を除いて契約の一部となる。
 - (a) 初めの申込が、申込条項のまま承諾するよう明示的に要求している場合、
 - (b) 付加条項によって申込に重要な変更が加えられる場合、または
 - (c) 付加条項への異議が既になされているか、もしくは付加条項の通知後、合理的期間内に異議がなされる場合。
- (3) 当事者の書面だけでは契約が成立したといえない場合でも、契約の存在を認めるような行為が両当事者にあれば売買契約は成立する。この場合、当該契約の条項は、当事者が書面で合意した条項と本法の他の規定によって補充される条項により構成される。

(136) ProCD, 86 F. 3d at 1452.

次に UCC § 2-204⁽¹³⁷⁾ の適用について。Easterbrook 裁判官は、本件でむしろ適用されるべきは、承諾を行為によっても認めうるとする UCC § 2-204であり、同条の下、被告 Zeidenberg は、「申込の主人 (the master of the offer)」である原告 ProCD 社が指定した承諾方法、すなわち、製品を開けて条項を読む機会を持った後も引き続き当該ソフトウェアを使用したことで、問題のライセンスを承諾したと評価できると判示した⁽¹³⁸⁾。Easterbrook 裁判官自身述べる通り、これによると、契約の成立は、伝統的に考えられてきた代金支払時ではなく、約款条項を検討する機会を持った後に認められることになる⁽¹³⁹⁾。

(137) 【UCC § 2-204：契約の成立についての一般規定】

- (1) 動産の売買契約は、合意を証明するに足るいかなる方法で行うこともできる。その方法には、かかる契約の存在を承認するような両当事者の行為を含む。

(2)(3)…略

- (138) ProCD, 86 F. 3d at 1452. 申込者が申込の主人として承諾の方法を指定しうることについては、1 Farnsworth, *supra* note 5, § 3. 12, at 265-266, and § 3.13, at 269 参照。See also Restatement (Second) of Contracts § 30.

【第二次契約法リステイメント § 30：誘引された承諾の形式】(本稿では以下、第二次契約法リステイメントの規定は、松本恒雄「第二次契約法リステイメント試訳(一)～(五・完)」民商94巻6号533頁以下、94巻5号675頁以下、94巻6号819頁以下、95巻1号137頁以下、95巻2号307頁以下(1986)を参考にして訳出している。)

- (1) 申込は、言葉による肯定的返答によって、又は特定の行為をなし、もしくははなさないことによって、承諾なされるように誘引もしくは要求することができる。…略
- (2) 文言又は諸般の事情からして別段の指示があると言える場合を除き、諸般の事情において相当とされるものであれば、いかなる方法及び手段による承諾であっても、申込によって誘引された承諾にあたる。

- (139) Ibid. このような解釈の補強材料として、動産を引き取った後に検査する機会がありながら相当期間内に異議を述べない買主に当該動産の受領(acceptance)を認めるとする UCC § 2-606(1)(b)の考え方に併せて触れている。ProCD, 86 F. 3d at 1452-1453.

Hill 判決において Easterbrook 裁判官は、ProCD 判決で示された以上の図式をそのままスライドして用いた。すなわち、先に見た通り、事前の約款開示を求めないほうが効率的であると考え、「後から契約条項が来るにもかかわらず〔先に〕製品の代金を支払う多くの商業的取引」があるとの認識の下⁽¹⁴⁰⁾、明示的に ProCD 判決を引用しながら、同様の UCC の条文解釈を具体的に行ったのである。第一に、UCC § 2-207については1つの書式が問題となっている本件にその適用はないこと⁽¹⁴¹⁾、第二に、UCC § 2-204によると、Hill は所定の30日以内にパソコンを返品しなかったことで、仲裁条項を含む当該約款を承諾したと評価しうること⁽¹⁴²⁾、以上二点の判示は ProCD 判決の論理と全く同じである。契約の成立は、Hill が電話でクレジット情報を伝えて代金を支払った時ではなく、30日を超えてパソコンを使用した後に認められることも同様に言及されている⁽¹⁴³⁾。

Hill 側はかかる ProCD 判決の射程を制限してその適用から逃れようと試みたが、その試みは全て Easterbrook 裁判官によって退けられた。第一に、ProCD 事件ではソフトウェア売買で問題となったのに、本件ではパソコンの売買が問題となったので両者は区別しうるとの Hill の主張に対して、ProCD 判決はソフトウェア法ではなく、契約法として判示した

【UCC § 2-606：動産の受領の要件】

(1) 次の場合には動産の受領となる。

(a) 買主が、動産を検査する機会があった後に、売主に対し、動産が契約に適合している旨又は不適合であるがこれを引き取る旨の表示をしたとき。

(b) 買主が有効な拒絶をしなかったとき (§ 2-602(1))。但し、この場合、当該動産を検査する合理的な機会があるまでは受領とならない。

(c)…略

(2)…略

(140) Hill, 105 F. 3d at 1149.

(141) Id. at 1150.

(142) Ibid.

(143) Ibid.

もので、売買目的物が何であることを問わず当てはまるものであると切り返された⁽¹⁴⁴⁾。第二に、ProCD 事件では約款条項が中に入っている旨知らせる通知がソフトウェアのパッケージの外装に記載されていたのに、本件ではそのような通知が箱の外側に記載されておらず両者は区別しうるとの Hill の指摘に対しては、かかる違いは法的に意味があるものではないとの反論が返された⁽¹⁴⁵⁾。すなわち、Hill はいずれにしても何らかの重要な約款条項が箱の中に入っていることは知っていたので、必要とあらば自身で働きかけて Gateway 社にコピーを送ってもらったり問い合わせたりして事前にその内容を知ることができたし、また本件がまさにそうであったように、製品受領後に約款条項に目を通すことができたのであって、ProCD 事件の Zeidenberg と同様、Hill は30日経過後もパソコンを返品しなかったことで、仲裁条項を含む Gateway 社の約款に同意したものとされる、というのである⁽¹⁴⁶⁾。

結局、Easterbrook 裁判官は、Hill 判決を通じて、ソフトウェア取引のシュリンクラップライセンスに限らず、動産売買を含む、契約法一般の問題として ProCD 判決が広く適用されるべきものであると主張し、事後条

(144) Id. at 1149.

(145) Id. at 1150.

(146) Ibid. その他に、第三に、ProCD 事件では未履行契約が問題となっていたのに対し、本件では既履行契約が問題となっているので両者区別されると Hill は主張したが、いずれも契約の履行でなく成立の問題で、その主張は失当であると退けられている。Id. at 1149-1150.

更に原告 Hill は、第四に、ProCD 判決では買主 Zeidenberg が「商人 (merchant)」であるからこそ UCC § 2-207(2) 本文が適用されたのに対し、本件では買主 Hill 自身は商人ではないのでむしろ同条但書が適用されるとして両者の区別を主張したが、前掲注 (141) の本文の通り、本件 Hill 事件でもやはり ProCD 判決と同様に書式が一つしかないから UCC § 2-207 自体が無関係であると示唆されたうえ、そもそも ProCD 事件での買主 Zeidenberg は UCC § 2-104(1) で定義される「商人」に該当しないとして、その主張は退けられた。Id. at 1150.

項の拘束力を普遍的に承認する先鞭を付けようとしたものと言えよう。

b) 「事後条項」肯定論の展開～Brower 判決

こうして Easterbrook 裁判官は、事前の約款開示を不問に付し、大胆にも、①採用規制を大幅に緩和し、あるいは実質的にその機能を停止させた。それが「効率性」を理由にしたものであったことは上述の通りで、法と経済学派に与する彼らしい見解とも評価しうる。彼のかかる見解は、Llwellyn の意図した②内容規制を重視する姿勢を——事後に約款の内容の開示を求めるにせよ、事前には約款の存在の開示さえ不要とする点で——突き詰めたものであり、そこでは、①では約款条項を、文字通り「まるごと呑み込んだ」ものとしてその拘束力を全て認め、後は②で内容の不当な条項を排除することが予定されている。Easterbrook 裁判官自身、先に紹介した通り、ProCD 判決において、「〔約款条項〕は、契約に一般に適用されるべき根拠に基づいて異議が唱えられない限り（例えば…非良心的なものである場合等）、効力が認められる（enforceable）ものである」⁽¹⁴⁷⁾と判示し、非良心性法理を中心とした②内容規制に専ら大きな役割を与える姿勢を明確にしている。少なくとも構図としては、①より②が——実質的に①を等閑視するほどに極端な形で——重視されているわけである。

②を重視して①を等閑視するかかる Hill 判決の姿勢は、その後も、Levy v. Gateway 判決において、ProCD 判決と併せて引用されながら、同旨を説くニューヨーク州事実審裁判所によって支持された⁽¹⁴⁸⁾。もっとも、Hill 判決も、この Levy 判決も、②重視と言いながら、実際には、問題の仲裁条項を非良心的とは認めず、肝心の②が具体的に発動されることはなかった。すなわち、事後条項である仲裁条項も「まるごと呑み込んだ」ものと

(147) 前掲注 (132) の本文参照。

(148) 1997 WL 823611 (N.Y. Sup. Ct. 1997). 本件も被告は Gateway 社で、やはり「Gateway 問題」の判決例の一つである。

して拘束力が認められ、その効力が手つかずにそのまま認められたただけであった。

そもそも、仲裁条項に対しては、1925年に連邦仲裁法（Federal Arbitration Act、以下 FAA）⁽¹⁴⁹⁾が制定されてから、合衆国最高裁は、裁判を脅かす存在として敵対的な対応を見せたかつての立場から次第に離れ⁽¹⁵⁰⁾、とりわけ1985年の *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 判決で FAA に仲裁を広く推奨する方針を読み込んだことを皮切りに⁽¹⁵¹⁾、以後、それが柔軟で、費用が安くて迅速であるうえ、専門家の声が反映されやすいものであるとして、むしろこれをより積極的に尊重し推し進める立場へと、対応を明らかに変化させるに至っている⁽¹⁵²⁾。現在は、仲裁条項が約款に挿入されているというだけでその効力を否定することに、少なくとも判例上は、消極的と評価されている⁽¹⁵³⁾。Hill 判決

(149) 9 U.S.C. § 1 et seq .

(150) 仕事が減って報酬が減少しかねないとの危惧が、仲裁に対する裁判所（＝裁判官）の敵対的な姿勢の真の理由であったとの指摘もある。See Drahozal, *infra* note 152, at 700 n.35.

(151) 473 U.S. 614 (1985). 1983年の *Mosses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1 (1983) がその先駆けと言われる。1985年以降、合衆国最高裁が、FAA の「劇的な再解釈」により、商事仲裁を超えて広く仲裁尊重の方針を強力に押し進めていることを批判するものとして、Paul H. Haagen, *New Wineskins for New Wine: The Need To Encourage Fairness in Mandatory Arbitration*, 40 *Ariz. L. Rev.* 1039 (1998) 参照。

(152) See Christopher R. Drahozal, “Unfair” Arbitration Clauses, 2001 *U.Ill. L. Rev.* 695, 700-705; Richard M. Alderman, *Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform*, 38 *Houston L. Rev.* 1237, 1243-1246 (2001). 但し、近時、このような一般的な流れに反して、仲裁条項の効力を制限する動きが見られつつある点に注意が必要である。Drahozal, *supra*, at 697-698. この新たな動きに関連して、後掲注（158）も参照。

(153) E.g., *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 33 (1991)
[雇用契約中の仲裁条項に関してではあるが、単に交渉力の差があるだけで

ではそもそも非良心的か否かは争点にさえなっておらず、また同判決を支持する *Levy* 判決では争点になったものの、他の下級審裁判所と同様、合衆国最高裁によるかかる一般的な方向づけに従い、問題の仲裁条項が特に非良心的であるとは言えないと表面的に判断された⁽¹⁵⁴⁾。

しかし、学説上は、とりわけ消費者と事業者間で定められるいわゆる消費者仲裁の合理性に疑問が提起され、その効力を否定すべきであると強く主張されている⁽¹⁵⁵⁾。確かに、仲裁が個々の消費者にとって、実際に柔軟

はその効力は否定されないと判示]。Cf. *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 596-97 (1991) [法廷地選択条項に関して同旨判断。本判決は前掲注(133)の本文で紹介した通り、*ProCD* 判決で *Easterbrook* 裁判官により引用されている]。Charles L. Knapp, *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*, 71 *Fordham L. Rev.* 761, 779 (2002) は、FAA がその2条で仲裁合意も「コモンロー上又はエクイティ上存在する契約を取り消す根拠に基づいて」効力の否定される余地があることを認めることに注目しながら、「同法は、仲裁を定める『契約』が真正な (real) ものである必要性に敬意を示しているように見えるが、特に連邦裁判所は、約款によって契約することに特有な問題には無関心である」と述べている。

(154) *Drahozal*, *supra* note 152, at 696 は、「合衆国最高裁の主導に従い、連邦下級審裁判所(及び多くの州裁判所)は、注目すべき幾つかの例外はあるが、一般に、事前の仲裁合意の効力を認めている」と述べる。

(155) E.g., *Drahozal*, *supra* note 152; *Alderman*, *supra* note 152; Jean R. Sternlight, *Rethinking the Constitutionality of the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration: A Fresh Assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process Concerns*, 72 *Tul. L. Rev.* 1 (1997); David S. Schwartz, *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*, 1997 *Wis. L. Rev.* 33; Richard E. Speidel, *Consumer Arbitration of Statutory Claims: Has Pre-Dispute Mandatory Arbitration Outlived Its Welcome?*, 40 *Ariz. L. Rev.* 1069 (1998); Frederick L. Miller, *Arbitration Clauses in Consumer Contract: Building Barriers to Consumer Protection*, 78 *Mich. B.J.* 302 (1999); Jeremy Senderowicz, *Consumer Arbitration and Freedom of Contract:*

で、費用が安くて迅速であるか否かは別にして、仲裁条項には一般に、懲罰的損害賠償の排除等が同時に定められ、またクラスアクションが否定される傾向にあるから、結果として事業者にとって過大な賠償が課されずに済み、その分製品の価格が下がり、少なくとも消費者全体にとっては利益があると言えるのかもしれない⁽¹⁵⁶⁾。しかし他方で、仲裁を義務づけて予め消費者の裁判を受ける権利を放棄させられる点、また概して、裁判で認められる懲罰的損害賠償やクラスアクションを求める権利が行使できない点、事業者により有利な仲裁機関や仲裁地が一方的に指定されやすい点、仮に中立公平とされる仲裁機関でも、いわゆるリピートプレーヤーである事業者に再び選任されたいとの下心で事業者により有利な裁定を下す危険がある点等で、問題の多いことも事実である⁽¹⁵⁷⁾。このような問題意識が高まりつつあることを背景にしてか⁽¹⁵⁸⁾、Hill 判決の打ち出した①より②を重視する図式を肯定したうえ、より丁寧な考察を通じて、問題の仲裁条項が非良心的なものであると判示し、その効力を実際に否定する判決が現れた。それが *Brower v. Gateway 2000, Inc.* 判決⁽¹⁵⁹⁾である。

A Proposal to Facilitate Consumers' Informed Consent to Arbitration Clauses in Form Contracts, 32 Colum. J.L. & Soc. Probs. 275 (1999). See generally Symposium On Contractual Arbitration, 29 McGeorge L. Rev. 177 (1998).

(156) Stephen J. War, Paying the Price of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements, 2001 J. Disp. Resol. 89.

(157) See e.g., Drahozal, *supra* note 152, at 706-715; Alderman, *supra* note 152, at 1246-1264.

(158) 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 28, at 592-593では、仲裁条項に対する批判を背景に、様々な根拠を用いてその否定を図ろうとする——州裁判所レベルにおける——近時の裁判例の動きが紹介されている。それでも、最後は「しかしながら、雇用契約と消費者契約における仲裁条項を裁判所が一致して非難しているわけではない」との評価で締めくくられている点には留意すべきである。Id. at 593.

(159) 676 N.Y.S. 2d 569 (N.Y.App. Div. 1998).

この Brower 判決において、ニューヨーク州上訴裁判所は、Hill 判決と ProCD 判決に依拠しながら、まず、事後条項も契約内容となることを認めた。被告 Brower は、問題の仲裁条項が代金支払い後に開示されたものであるから UCC § 2-207(2)に言う「付加条項」に該当し、従って、明示的に同意されない限り拘束力は認められないと主張したが、改めて次のように述べられ、かかる主張は退けられた。すなわち、

その契約が成立して承諾の意思が表示されたのは、注文されたときではなく、商品の梱包の中に入れられた標準約款が明示する30日を過ぎて当該商品を手許に置かれたときでしかない。従って、当該契約は UCC [§] 2-207の適用の範囲外にある⁽¹⁶⁰⁾。

同判決がこうして①採用規制を等閑視したのは、『『お金は今、契約条項は後で』という形の取引が一般的となり、そのおかげで消費者はパソコンのような商品を、電話や郵便、そしてパソコンさえ使って、購入することが可能になった』⁽¹⁶¹⁾との認識に基づき、この種の販売形態の現実に適合的な Hill 判決のアプローチに理解を示したからである。しかし、Brower 判決は、Hill 判決と同じく①より②を重視する姿勢をとりながら、一步踏み込んで、積極的に②の非良心性法理を現実に活用した点で、それとは大きく異なる。

非良心性は、既に紹介したように、通常、手続的非良心性と実体的非良心性の二要素を相関的に顧慮して判断される。Brower 判決は、前者の手続的非良心性について、約款に仲裁条項が定められているというだけで認められることはないとしてこれを否定したのに対し⁽¹⁶²⁾、後者の実体的非良心性については、仲裁地がシカゴであるということだけでそれが認めら

(160) Id. at 571.

(161) Id. at 572.

(162) Id. at 572, 573-574.

れることはないが⁽¹⁶³⁾、Gateway 社が仲裁条項で選定する仲裁機関の国際商業会議所（ICC）の規則に従うと、4000ドルもの法外な費用が仲裁にかかることになるから、それを理由に認められるとした⁽¹⁶⁴⁾。そして、本件では手続的非良心性が認められないが、しかし実体的非良心性はそれだけで問題の仲裁条項を非良心的であると認めるに足る程度のものであるとして、その効力を否定する判断を最終的に下した⁽¹⁶⁵⁾——但し、同じ仲裁条項が争点となった別の訴訟で、Gateway 社自身、ICC による仲裁に法外な費用がかかることを認め、アメリカ仲裁協会（the American Arbitration Association、以下 AAA）による仲裁で代替することに同意した結果、本件の原告にもそれが適用されることになり、この AAA による仲裁の費用が非良心的と言えるほどに法外なものか、その点の判断を求めて原審に差し戻された⁽¹⁶⁶⁾。

ここに、Hill 判決が ProCD 判決を踏まえて打ち出した①より②を重視する姿勢は、ようやく、非良心性法理による効力否定の具体例を伴うに至ったのである⁽¹⁶⁷⁾。

(163) Id. at 574.

(164) Id. at 571, 574. ICC の規則では、50000ドル未満の紛争では4000ドルの前払費用がかかり、このうち2000ドルは仲裁で勝っても払い戻されない登録費用とされる（Id. at 571）。仲裁にパソコン代金以上の費用がかかることを考えれば、「法外」との評価も当然であろう。

(165) Id. at 574.

(166) Id. at 574-575.

(167) Hill 判決を下した Easterbrook 裁判官は、（いわゆる右派の）法と経済学派に与する者と知られており、契約自由の原則を尊重する彼の基本姿勢は、「リバタリアン」（Shubba Ghosh, Where's the sense in Hill v. Gateway 2000?: Reflections on the Visible Hand of Norm Creation, 16 Touro L. Rev. 1125, 1143 (2000)）、あるいは「ネオフォーマリズム」（John E. Murray, Jr., Contract Theories and the Rise of Neoformalism, 71 Fordham L. Rev. 869, 903-907 (2002)）とでも評すべきものである。従って、このような基本姿勢の Easterbrook 裁判官は契約の内容の不当性を理由に介入するにそ

c) 「事後条項」否定論の反発～Hill 判決に対する批判

Hill 判決とその前提にある ProCD 判決が、事前の約款開示を何ら求めないで、実質的に①採用規制の機能を停止させたことについて、多くの研究者から強い批判が次々に寄せられた⁽¹⁶⁸⁾。その激しい論調からは、両判

もそも消極的であり、確かに Hill 判決の依拠した ProCD 判決中に「例えば…非良心的なものである場合等」には問題の条項に効力は認められない旨の留保はあるが(前掲注(132)の本文参照)、そこに言う非良心性法理の射程は相当に短いものであると考えられる(前掲注(109)参照)。その意味で、同じ②内容規制を重視する構図ではあるが、②としての非良心性法理を現実積極的に適用した Brower 判決と、そのような意図が当初からないと目される Hill 判決とでは、実際には大きな隔たりがあると言えるように思われる。

- (168) See e.g., Jean Braucher, Delayed Disclosure in Consumer E-Commerce As an Unfair and Deceptive Practice, 46 Wayne L. Rev. 1805 (2000); Mark Andrew Cerny, Note, A Shield Against Arbitration: U.C.C. Section 2-207's Role in the Enforceability of Arbitration Agreements Included with Delivery of Products, 51 Ala. L. Rev. 821 (2000); Mark A. French, Recent Developments: Hill v. Gateway 2000, Inc., 12 Ohio St. J. on Disp. Resol. 811 (1997); Ghosh, *supra* note 167; Kristin Johnson Hazelwood, Note, Let the Buyer Beware: The Seventh Circuit's Approach to Accept-or-Return Offers, 55 Wash. & Lee L. Rev. 1287 (1998); Thomas J. McCarthy et al., Survey: Uniform Commercial Code, 53 Bus. Law. 1461 (1998); Kell Corrigan Mercer, Note, Consumer Shrink-Wrap Licenses and Public Domain Materials; Copyright Preemption and Uniform Commercial Code Validity in ProCD v. Zeidenberg, 30 Creighton L. Rev. 1287 (1997); Jean R. Sternlight, Gateway Widens Doorway to Imposing Unfair Binding Arbitration on Consumers, 71 Fla. B.J. 8 (1997); Batya Goodman, Comment, Honey, I Shrink-Wrapped the Consumer: The Shrink-Wrap Agreement as an Adhesion Contract, 21 Cardozo L. Rev. 319 (1999); Christopher L. Pitet, Note, The Problem with "Money Now, Terms Later": ProCD, Inc. v. Zeidenberg and the Enforceability of "Shrinkwrap" Software Licenses, 31 Loy. L.A. L. Rev. 325 (1997); Deborah W. Post, Dismantling Democracy: Common Sense and the Contract Jurisprudence of Frank

決のアプローチに対して、強烈なアレルギー反応とも言うべき反感が感じ取れる。批判は大別して以下の三つある。

第一に、契約当事者の間で1つの書式だけ交わされているから複数の書式の存在を前提とする UCC § 2-207は「無関係な」条文でその適用はないとされた点が誤りであると批判される⁽¹⁶⁹⁾。論者によると、1つの書式しか交わされていないと UCC § 2-207の適用が意図されていることは、次に示す同条の公式コメント1により明らかであると言う。すなわち、

本条は次の二つ場面を取り扱うことを意図している。一つは、書面による確認の場面で、当事者間で口頭又は非公式のやりとりで合意に達成し、その後、議論していない条項を付け加えながら、合意した条項を具体化した公式の覚書きを当事者の一方又は当事者の双方が送る場合である。もう一つは申込と承諾の場面で、承諾として、あるいは合意を完結させるものとして表現又は意図した電信や手紙が、…更に小さな提案や申し出を付け加える場合である。後者の場面は、購入注文の書式と承諾…の書式が交わされた場合にしばしば見られる例である⁽¹⁷⁰⁾。

確かに、UCC § 2-207は「書式の抵触 (battle of the forms)」について定めた規定と言われるので、少なくとも書式が2つ以上あることを不可欠の前提にしていると思いがちである。しかし、上述の公式コメント1は「当事者の一方」だけ書式を送る場合にも同条の適用があることを示している。

Easterbrook, 16 *Touro L. Rev.* 1205 (2000). Cf. Hillman, *infra* note 173 [両判決に肯定的]。なお、Hill 判決に関する研究者通しの議論のやりとりが記録されている The Gateway Thread -- AALS Contracts Listserv, 16 *Touro L. Rev.* 1147 (2000) でも、Macaulay をはじめ、同判決に批判的な意見が圧倒的である。

(169) Cerny, *supra* note 168, at 831-833; Hazelwood, *supra* note 168, at 1320-1322; McCarthy et al., *supra* note 168, at 1465-1466; Mercer, *supra* note 168, at 1342.

(170) UCC § 2-207 cmt. 1 (傍点三枝)。

そもそも UCC § 2-207は、コモンロー上の鏡像原則 (the mirror image rule) を修正し、申込と承諾が一致しなくとも些細な違いで直ちに契約の成立を否定することがないようにするとともに、そこで成立するとされる契約内容を契約各当事者の予想から大きく外れたものにならないよう限定しようとするものであった⁽¹⁷¹⁾。かかる UCC § 2-207の働きは、口頭又は非公式のやりとりで達した合意が先行して存在する場合には、書式が1つの場合であれ、変わらず求められる。Hill 判決及び ProCD 判決において、UCC § 2-207の適用につき誤った解釈をしたことが Easterbrook 裁判官による「UCC…のいい加減な考察 (sloppy consideration)」⁽¹⁷²⁾に基づくものであることは、もはや今では広く認識されている⁽¹⁷³⁾。

批判の第二は、Hill 判決及び ProCD 判決が、売主である事業者を申込者、買主である消費者を被申込者と捉えた点に向けられる⁽¹⁷⁴⁾。伝統的な

(171) Murray, *supra* note 122, § 50, at 175-176.

(172) French, *supra* note 168, at 819.

(173) Hill 判決及び ProCD 判決に肯定的な Robert A. Hillman, *Rolling Contracts*, 71 *Fordham L. Rev.* 743, 753 (2002) でさえ、「Easterbrook 裁判官は UCC § 2-207の適用について明らかに間違っている。すなわち、条文中の文言には、その適用を複数の書式を伴う取引に限定するものは全くない」ことを認める。See also James J. White, *Default Rules in Sales and the Myth of Contracting Out*, 48 *Loy. L. Rev.* 53, 81 (2002); Murray, *supra* note 167, at 905 n.193.

(174) Sternlight, *supra* note 168, at 10; Ghosh, *supra* note 167, at 1132-1133. とりわけ、UCC § 2-206(1)(b)との関係で、売主を申込者と捉えることは困難である。というのは、同号において、まさに Hill 判決の事案がそうであった通り、買主の(電話での)注文に対して、売主が即座に発送すると約束し、あるいは当該動産を現に発送した場合、売主によるかかる発送の約束又は発送行為は「承諾」とされている——すなわち、売主は被申込者とされる——からである。

【UCC § 2-206：契約の成立における申込と承諾】

- (1) 文言又は状況により明確な別段の表示がない限り、
 - (a) 契約締結の申込が誘引する (inviting) 承諾は、当該状況において合理的ないかなる手段と媒介によってもなしうるものであると解さな

法解釈の下では、一般に、買主は申込者、売主は被申込者と位置づけられてきた⁽¹⁷⁵⁾。これを前提に Hill 判決に引き直したうえ、批判の第一に言うように UCC § 2-207の適用があるとして解釈し直すと、売主 (Gateway) は、買主 (Hill) からの購入の申込に対して、仲裁条項を付け加えて重要な変更を加えたということになる。そして、UCC § 2-207(1)の下、それでも契約の成立は否定されないが、しかし UCC § 2-207(2)の下、商人間の契約でないので、売主の付け加えたかかる仲裁条項は単に新たな申し出と解され、結局、買主がこれに明示的に同意しない限り、契約内容にはならないことになるはずである。Hill 判決及び ProCD 判決において、従来の法解釈に反して、売主が逆に申込者と見立てられているのは、売主である事業者の約款が、買主である消費者によって、そのまま「まるごと呑み込まれる」形を演出する必要があったからであろう⁽¹⁷⁶⁾。

第三に、仮に売主を申込者、買主を被申込者と解するとしても、売主が申込の主人として承諾方法を指定しうることを理由に、一定の期間買主が商品を返品しなかっただけで承諾とされた点が批判される⁽¹⁷⁷⁾。申込者は承諾の方法を指定しうるにせよ限度があり、従来の法解釈の下では、原則

ければならない。

- (b) 即時又は即座の発送 (prompt or current shipment) を求める動産購入の注文その他の申込が誘引する承諾は、発送するとの即時の約束によってなすことが可能なもの、あるいは契約に適合するものであれ適合しないものであれ動産を即時もしくは即座に発送することによってなすことが可能なものであるものと解さなければならない。但し、契約に適合していない動産の発送は、それが専ら買主の便宜のためのであると売主が適時に買主に通知したときは承諾にならない。

(2)…略

(175) See generally 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 3. 10 at 260-262.

(176) See Joseph M. Perillo, 1 Corbin on Contracts, § 3. 37 A, at 196 n.55 (Rev. ed. Supp. 2004).

(177) Sternlight, *supra* note 168, at 16 n.29; Cerny, *supra* note 168, at 837-840, referring to *Coastal Industries v. Automatic Steam Products*, 654 F. 2d 375 (5th Cir.1981).

として沈黙は承諾と解されてこなかった^(177a)。確かに、沈黙が例外的に承諾と認められることもありうるが、それは、例えば、契約の対象である役務の履行(≠物の引渡)の利益を既に受けている場合や、過去に同種の取引が繰り返されていて沈黙を以て承諾と考えるべき理由がある場合等に限られていた⁽¹⁷⁸⁾。Hill 事件について言えば、これらの例外的状況が認めら

(177a) 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 3. 13, at 269 n.2.

(178) See Restatement (Second) of Contracts § 69. 第二次契約法リステイメント § 69によると、沈黙が承諾にならないとの原則に対する例外が認められるのは、被申込者が役務の利益を享受している場合(同(1)(a))、申込者が被申込者の沈黙を同意と理解すべき理由があり、かつ被申込者にそのような意思がある場合(同(1)(b))、および事前の取引経過等によって沈黙を承諾と解するのが合理的な場合(同(1)(c))の三つである——ここで、留意すべきは、本件に最も関連すると考えられる(1)(b)については、申込者が沈黙は承諾になると申込に一方的に記載してもかかる効果は生ぜず、被申込者自身がそう主観的に意図したときに限りそのように扱われるという点である。(See *id.* § 69 cmt. c)。いずれの場合にも被申込者の沈黙を申込者が自身の申込に承諾したと信じる理由(=合理性)の存在が例外的対応の正当化根拠として指摘されている——なお、(1)(a)については役務の提供が返還不能であるという契約内容の特性も併せて考慮されている。See also 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 3. 14, at 278-284.

【第二次契約法リステイメント § 69：沈黙又は支配をなすことによる承諾】

- (1) 被申込者が申込に対して返答しなかった場合において、その者の沈黙又は不作為は、以下の場合にのみ承諾としての効力を持つ。
 - (a) 提供された役務を拒絶する合理的な機会があり、かつその役務が報酬を期待して提供されたものであることを知るべき理由があったにもかかわらず、その利益を被申込者を享受した場合
 - (b) 沈黙もしくは不作為によって同意が表示されうると申込者が被申込者に述べ、又はそう表示されうるところを被申込者が理解すべき理由があり、かつ、沈黙もしくは不作為を続けている中で被申込者が申込を承諾することを意図している場合
 - (c) 従前の交渉もしくはその他によって、承諾する意思がないときは被申込者が申込者にその旨通知するほうが合理的である場合

(2)…略

れない以上、Hill がパソコンを30日経過後も返品しなかったことだけで、問題の仲裁条項を含む Gateway 社の約款を承諾したと解することは、従来の法解釈に従う限り、本来できないはずである。

以上3つの批判は全て、理論的には、アプローチを共有する Hill 判決と ProCD 判決に等しく当てはまるべきものであるが、実際には、Hill 判決に対してより強く批判が向けられているようにも見える。というのは、第一に、ProCD 事件では、被告 Zeidenberg が ProCD 社から購入した住所録データベースからデータを抽出しそれをウェブ上無断で転売しており、少なくとも具体的な結論として事業者勝訴で当然との見方も成り立ちうるのに対し、Hill 事件にはそのような事情がないこと⁽¹⁷⁹⁾、第二に、ProCD 事件では同社の商品の外装パッケージに事後条項であるライセンスの存在を通知する記載があったのに対し、Hill 事件にはそのような通知を含め、商品の梱包された箱の外側に何ら記載がなかったこと⁽¹⁸⁰⁾、これら2点で、より Hill 事件のほうに、買主である消費者の保護を後押しする事情が認められるからであろう。

いずれにしても、とりわけ Hill 判決に対するこれらの強い批判を受けて⁽¹⁸¹⁾、その後、そのアプローチを否定する判決が出現した。それが以下に紹介する、注目の *Klocek v. Gateway, Inc.* 判決⁽¹⁸²⁾である。

(179) See White, *supra* note 173, at 62-63.

(180) See Murray, *supra* note 167, at 906 n.194; Sternlight, *supra* note 168, at 13 n.27.

(181) *Klocek* 判決が Hill 判決に対するこれらの批判に大きな影響を受けたことは、後述する通り、批判3つ全てが判決中で言及されているうえ、*Klocek*, 104 F. Supp. at 1339 n.9において、前掲注(168)で紹介した批判的な立場の多くの論稿を直接引用していることから明らかである。

(182) 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000). なお、本稿では *Klocek* 「判決」と表記しているが、実際には——仲裁条項との関係で問題になる訴えの利益について、また、クラスアクションのクラスとしての承認について判断を示した——「決定 (order)」である点に留意されたい。本決定と、Gateway の追加申立てに関する更に別の決定に基づき、後日、最終的に真の「判決

d) 「事後条項」否定論による伝統的立場への回帰～Klocek 判決

Klocek 事件では、原告 Klocek が、テクニカルサービスについて Gateway 社が不実の約束をしたとして、損害賠償を求めて同社を相手方にクラスアクションを提起したところ、Gateway 社が仲裁条項を理由に訴え却下を申し立て、その効力が争われた——なお、本件で問題となった仲裁条項も既に紹介した Hill 事件等のものと同じであるが、ただ、返品期間はパソコン受領から30日以内でなく、5日以内と記載されていた点で異なっていた⁽¹⁸³⁾。

Gateway 社は Hill 判決に依拠して仲裁条項の効力を認めるよう主張したところ、連邦地裁は、「カンザス州裁判所又はミズーリ州裁判所が Hill 判決及び ProCD 判決の第7巡回区連邦控訴裁の推論に従うであろうと、当裁判所は信じる気にはなれない」と述べ⁽¹⁸⁴⁾、これを拒否した。その理由として、Hill 判決に対する上述の批判が全て3つそのまま示された⁽¹⁸⁵⁾。すなわち、

(judgement)」が下されている（後掲注（191）参照。但し、真の判決のほうは判例集不搭載）。形式的に決定であるものを「判決」と表記するのは不正確との批判もありうることは承知しつつ、しかしむしろ実体としては、それが実質判断に踏み込んでおり（だからこそ判例集にこちらが掲載されたのであろう）、いわば終局判決の前に出された中間判決の機能を果たしているとも言えるから、混乱を避けるために、あえて表記上の都合を優先し、以下では全て「判決」と記している。なお、少なくともアメリカでは、Klocek 「判決」が実際は決定であることを以て、その実体的な判断内容に何らかの意味で消極的評価を下そうとする議論が——反対説からも——見られないことは付言しておきたい。

(183) Id. at 1334-1335.

(184) Id. at 1339.

(185) 以下、本文引用の判旨ア) は Hill 判決に対する先述の批判の第一に、判旨イ) は批判の第二に、判旨ウ) は批判の第三に、それぞれ対応している（なお、引用中のア) イ) ウ) の表記は三枝）。

ア) …〔Hill 判決及び ProCD 判決〕のそれぞれにおいて、第 7 巡回区控訴裁は、両件とも書式が 1 つしかないことから、UCC § 2-207は無関係であると、根拠もなく判示した (ProCD, 86 F.3d at 1452<先例引用なし>、Hill, 105 F.3d at 1150 <ProCD 判決引用> 参照)。この判断は、UCC 又はカンザス州法若しくはミズーリ州法によって支持されない。紛争は UCC § 2-207の下、「書式の抵触」という文脈でしばしば生じる…が、書式が 1 つしか伴われない場合に同条の適用を排除することを定める文言は全くない。…事実、UCC § 2-207の公式コメント 1 は特に「当事者の一方又は双方が書式を送る場合に同条の適用がある」旨規定している⁽¹⁸⁶⁾。…

イ) 加えて、第 7 巡回区連邦控訴裁は、「売主が申込の主人である」と自ら判断したことを説明していない (ProCD, 86 F.3d at 1452 <主張を裏付ける引用なし>、Hill, 105 F.3d at 1149 <ProCD 判決引用> 参照)。典型的な消費者取引において、買主は申込者で、売主が被申込者である (Brown Machine, Division of John Brown, Inc. v. Hercules, Inc., 770 S.W. 2d 416, 419 (Mo. App. 1989))

〔一般原則として、注文は購入の申込と考えられると判示〕、Rich Products Corp. v. Kemutec Inc., 66 F. Supp. 2d 937, 956 (E.D. Wis. 1999) 〔一般に、値段の見積もりは申込の誘引で、購入注文が申込であると判示〕 参照)。確かに、売主が申込者となることは可能である (Brown Machine, 770 S.W. 2d at 419 [値段の見積もりに同意するだけが契約締結へと熟するに必要な全てであると当該見積もりから合理的に明らかである場合には値段の見積もりも申込に達すると判示] 参照) が、Gateway 社は本件においてそのような判断を裏付ける事実に関連する証拠を全く提出していない。従って、当裁判所は、Gateway 社の訴え却下の申立てについて判決を下す前提として、原告が（店頭で、あるいはカタログ注文を通じて）パソコンを購入することを申し込み、Gateway 社が原告のその申込を（店頭で売買の取引を完了させることによって、あるいは原告にパソコンを発送又は発送することを約束することによって）承諾したものとする⁽¹⁸⁷⁾。…

(186) Kloczek, 104 F. Supp. at 1339.

(187) Id. at 1340.

ウ) Gateway 社は、引渡日から5日経過後もコンピューターを返品しなかったことで、原告が仲裁条項を承諾したことは証明されていると主張する。〔同社の〕標準約款条項は、そのような結果を生じさせると称しているが、Gateway 社は、原告がこれらの標準約款条項に明示的に同意したという証拠を提出していない。Gateway 社は、原告が標準約款条項を後で読めるように、コンピューターの入った箱の中に同封したと述べるだけである (Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91, 99 (3d Cir. 1991) [購入前の交渉において、売主が箱上のライセンス (box-top license) に言及したり、ライセンスに対する買主の明示の同意を得ていなかったケース] 参照)。Gateway 社は、5日以内に検討して返品することが当該売買取引の条件であると原告に伝えたという証拠も、両当事者が契約に付け加えられた条項を熟考したという証拠も、提出していない。当裁判所は、5日経過後もコンピューターを返品しなかった行為が〔Gateway 社の〕標準約款条項に原告が明示的に同意したと証明するに十分なものではないと判断する (Brown Machine, 770 S.W. 2d at 421 [単なる沈黙や異議を申し出なっただけでは明示の同意を推認することはできないと判示] 同調)⁽¹⁸⁸⁾。…

Klocek 判決は、そのうえで UCC § 2-207 の法解釈に従い、事後条項である仲裁条項の拘束力を否定した。すなわち、まず最初に、判旨ア) イ) により、売主を被申込者と捉え、Gateway 社の承諾には、仲裁条項を含む自社の約款条項に Klocek が同意することを条件とする旨の明示がないので、UCC § 2-207(1) の下、Gateway 社のかかる承諾を「条件付の承諾」、すなわち反対申込と解することはできず、従って、契約の成立は認められると判示した⁽¹⁸⁹⁾。そして、問題の仲裁条項が、Klocek の申込に付け加え

(188) Id. at 1341.

(189) Id. at 1340-1341. Klocek 判決は、後述の Step-Saver 判決の立場に従い (後掲注 (200) 参照)、「条件付の承諾」と言うには、契約に付加条項が含まれなければ取引を進めることに被申込者が躊躇していると申込者に認識させるに十分明確な方法で示されていたことが必要であるとし、本件では、単に自社の約款条項を製品とともに送っただけでは、Klocek がその条項に同

られた付加条項であって、商人間の売買でない本件においては、UCC § 2-207(2)の下、単に新たな申し出にすぎず、それに対する Klocek の明示の同意がない限り、契約内容にならないとされるところ、判旨ウ)により、かかる事実があるとは言えず、従って、付加条項としての、この仲裁条項に拘束力は認められないと判示したのである⁽¹⁹⁰⁾。

Klocek 判決は、UCC § 2-207を通じてあくまで事前の約款開示を求め、①採用規制になお一定の役割を与えたものである。同判決は、実質的に①の機能を停止させた Hill 判決の姿勢に対する批判を余すところなく盛り込んでおり、いわば批判の総大集と評価できるものである⁽¹⁹¹⁾。

意しなければ取引を進めるのに「躊躇 (unwillingness)」を覚えると Gateway 社が伝えていたとは言えないから、「条件付の承諾」、すなわち反対申込は認められないと判示した。Id. at 1341.

(190) Id. at 1340-1341.

(191) 以上の判旨に直接の影響はないが、後日、本件は事物管轄権の不存在を理由に同一の連邦地裁により訴え却下の判決が最終的に下されるに至っている（この点で前掲注（182）も参照）。See *Klocek v. Gateway, Inc.*, 2000 WL 1372886, at 2 (D.Kan. 2000). 本文で述べた通り、連邦地裁は、仲裁条項は拘束力を持たないと判示した際、同時に、「Gateway 社が契約の成立という争点はカンザス又はミズーリ州法以外の何らかの法によって規律されると主張するのであれば」追加申立てをする時間的猶予を与えていた（*Klocek*, 104 F. Supp. 2d at 1342）。Gateway 社は、これに基づき、後に追加申立てし、28 U.S.C. § 1332(a)の下、連邦地裁に州籍相違管轄権が認められる75000ドル以上という最低係争価格要件を原告 Klocek は満たしていないと主張したところ、連地裁は Gateway 社のこの追加申立てを認める旨決定し、同日、事物管轄権の不存在を理由に訴え却下の判決を下したのである。最低係争価格の要件を原告 Klocek が満たしていないとの Gateway 社の主張が後日になって認められたのは、原告 Klocek がクラスアクションに必要なクラスとしての承認（class certification）は得られると当てにして提訴したものの、連邦地裁は、仲裁条項の拘束力を否定する判断を示すと同時に、他方で、クラスとしての承認を求める Klocek の申立てについては、これを退ける判断を示していたからである（*Klocek*, 104 F. Supp. 2d at 1344）。

なお、本件は、最終的に、前述の通り、事物管轄権の不存在を理由に訴え却下の判決が下されて決着したが、それ以前に連邦地裁の示した、仲裁条項

ところで、Klocek 判決は、こうして Hill 判決を批判するに、何も独自の考えを新たに展開したわけではない。むしろ、先例を丁寧に引いて批判しており、その意味で、Klocek 判決は、先例、すなわち従来からの伝統的立場を主張しただけであったとも言える。この伝統的立場の代表例が、Klocek 判決において実際に度々引用される Step-Saver 判決である⁽¹⁹²⁾。

Step-Saver 事件では、Step-Saver 社は自社商品に組み込むソフトウェアを、それが MS-DOS で支障なく機能するとの説明を受けて The Software Link 社（以下、TSL 社）から購入したところ、自社製品の使用者から障害発生との苦情が続出したことで、保証（warranty）違反を理由に The Software Link 社らを相手方として損害賠償を求めて提訴した⁽¹⁹³⁾。TSL 社は、ソフトウェアのパッケージの外側に、「本パッケージ

は拘束力を持たないとの判断につき、その取消しを求める申立てが Gateway 社から本件決着後になされている。しかし、連邦地裁は、かかる Gateway 社の申立てを退けている。Klocek v. Gateway, Inc., 2001 U.S. Dist. Lexis 20546 (D.Kan. 2001)。

(192) 前掲注(188)の本文で引用されている Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology, 939 F. 2d 91 (3d Cir. 1991) がそれである。Step-Saver 判決については、川和功子「コンピューター契約と統一商事法典第二編(二・完)」民商114巻1号(1996)37頁以下に既に紹介がある。

(193) Step-Saver, 939 F. 2d at 94-95. より正確には本件には次のような経緯がある。すなわち、Step-Saver 社は、自社ソフトの顧客の損失補填を受けべく、TSL 社らに責任がある旨の宣言的判決（declaratory judgement）をまず求めたところ、その申立てが退けられた後（Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology, 1989 U.S. Dist. Lexis. 11320 (E.D. Pa. 1989)）、その控訴審において、宣言的判決に関する事実審の判断は維持される一方、Step-Saver 社によって追加主張された同社自身の直接の損害の賠償請求については訴訟原因ありとして更にその審理をさせるべく事実審に差し戻すことされた（Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology, 912 F. 2d 643 (3d Cir. 1990)）。この差し戻審（Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology, 1990 U.S. Dist. Lexis. 17381 (E.D. Pa. 1990)）とは別個に、改めて Step-Saver 社が自社の直接の損害の賠償を求めて TSL 社らを相手に提訴したのが本件である。

を開封することにより、この約款条項と条件を承諾したことを意味する。もし同意しない場合は、購入日から15日以内に未開封のパッケージを速やかに購入先に返品しなければならない。その場合には代金の返還を購入先から受けることになる」と定め、同時に保証責任の一切を引き受けない旨の免責条項を記載していたことから、以上の箱上のライセンス（box-top license）を理由に請求棄却を求めた⁽¹⁹⁴⁾。原審は Step-Saver 社が箱上のライセンスに拘束されるとして TSL 社勝訴の指示評決を下したが⁽¹⁹⁵⁾、第3巡回区連邦控訴裁は、逆にその拘束力を否定した⁽¹⁹⁶⁾。

その際、第3巡回区連邦控訴裁は、「UCC § 2-207の規律によって箱上の本ライセンスの効力を解決するのが最善であると考え、当裁判所は、箱上のライセンスの条項が、UCC § 2-207の下、当事者の合意に組み込まれたものか否かを検討する」と述べ⁽¹⁹⁷⁾、次のように判示した。すなわち、

UCC は、その § 2-207において、〔コモンロー上生じる、最後に書式を送った者勝ちとの原則（the last shot rule）⁽¹⁹⁸⁾〕を拒否した。むしろ UCC の認識した

(194) Id. at 94, 95-97.

(195) Step-Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology, 752 F. Supp. 181 (E.D. Pa. 1990).

(196) Step-Saver, 939 F.2d at 105. 但し、明示的保証と黙示的保証について更に審理を尽くさせるため、その点を原審に差し戻すとした。Id. at 106.

(197) Id. at 98.

(198) コモンロー上は、申込の内容に変更を加えたうえで承諾したときは、鏡像原則により、その承諾は実際には申込の拒絶と解され、反対申込となる。申込者が、自身の元々の申込が変更されていることを知らずに、そのまま契約を履行すると、この反対申込に記された条項に対して同意を与えたものとみなされ、その結果、被申込者の反対申込の内容で契約が成立することになる。このように最後に書式を送った者の書式が契約内容となることを the last shot rule（最後に書式を送った者勝ちとの原則）と言う。売買契約では、売主が最後に書式を送ることが通常なので、この原則の下では、判決の引用箇所述べている通り、買主は売主の約款条項に拘束されることが多くなる。1 Farnsworth, *supra* note 5, § 3. 21, at 318-320; Murray,

ところは、紛争が実際に生じたときに当事者の一方は自らの書式に記載された条項を望むかもしれないが、多くの当事者は契約を締結するときには紛争が生じるとは予想していない、というものであった。その結果、当事者は自らの書式の条項の効力が認められないであろうと知っていても取引を進めるであろう。最後に約款を送った者勝ちとの原則が拒否された背後には、買主も売主もどちらも合意の条項を明確に定めようと十分していなかった場合に、単に売主の条項が最後に書式を送ったというだけで、動産の買主を売主の約款条項に拘束するのは不公平であるとの洞察がある。従って、UCC § 2-207は、両当事者の契約条項を定めていると謳う書面を受け取った後で契約を進めただけでは、その書面が、当事者のそれ以前の書面又は討議で記された約款条項に新たに付加した条項を含んでいたり、あるいはそれと異なる条項を含んでいる限り、当該書面の条項に対して当事者の同意があると証明するに十分なものではないとの法準則を打ち出している。書面中の付加条項又は異なる条項に対する当事者の明示の同意がなければ、UCCの諸規定の黙示する条項に加え、合意条項として当事者の意図したものが既に両当事者の同意済みの条項であるとの任意規定をUCC § 2-207は定めている。

最後に書式を送った者勝ちとの原則を拒否し、UCC § 2-207を採用するに至った理由が、まさに本件において、あてはまる。TSL社はプログラムの購入に至る当事者の交渉において箱上のライセンスの条項に全く言及しなかったし、またいつの時点であれ、Step-Saver社の同意を得てもいなかった。むしろ、これらの条項は、既にそれ以前に当事者の討議した条項と実質的に異なるものであるが、ソフトウェアのパッケージにこれらの条項を付すことで、〔専ら〕TSL社自体により主張されるものであった。従って、本件における箱上のライセンスは、書式の戦いの〔複数ある書式のうちの〕もう一つの書式であると捉えるのが最善であり、Step-Saver社が箱上のライセンスの条項に拘束されると同意していたか否かは、UCC § 2-207の詳細な法準則の適用によって解決するのが最善なのである⁽¹⁹⁹⁾。

supra note 122, at 175-178.

(199) Step-Saver, 939 F. 2d at 99.

ここから Step-Saver 判決が、UCC § 2-207の適用を通じてあくまで約款の事前開示を求める姿勢を見せていたことが分かるであろう。Klocek 判決はこの Step-Saver 判決に依拠することで、同判決のかかる姿勢を踏襲したわけである。Step-Saver 判決における UCC § 2-207の具体的な適用の方法⁽²⁰⁰⁾も、既に見た Klocek 判決のそれと同じである——より正確に言え

(200) Step-Saver 判決は、TSL 社が製品を発送したことで、Step-Saver 社からの購入の申込を承諾したものと捉えたうえで、UCC § 2-207の適用につき二つの論点があるとした。すなわち、まず第一に、この TSL 社の承諾が、製品とともに送付した箱上のライセンスに対する Step-Saver 社の同意を条件とする旨明示した「条件付の承諾」、すなわち反対申込と言えるかが論点になる。ここで「条件付の承諾」であるとなれば、UCC § 2-207(1)但書の下、Step-Saver 社の明示の同意がない限り、契約の成立は認められない。但し、本来こうして契約不成立となる場合にも、両当事者に契約の存在を前提とするような行為があるときには、UCC § 2-207(3)により、契約は成立したものとされる (See James J. White & Robert S. Summers, Uniform Commercial Code 42-43 (5th ed. 2000)) ——もっとも、この場合、契約内容は、両当事者が書面で一致した条項と UCC 第二編により補充される条項となる (これを、両当事者の書面において矛盾する条項の拘束力がそれぞれ否定されることから、ノックアウト原則〈the knock out rule〉と言う)。

他方、TSL 社の承諾が「条件付の承諾」でないとなれば、UCC § 2-207(1)本文の下、契約の成立は認められる。その場合、UCC § 2-207(2)の下、申込に事後的に加えられた「付加条項」である箱上のライセンスは、原則として単なる新たな申し出であって、契約内容になることはないが、例外的に、商人間の売買である本件では、それが「申込に重要な変更を加える」ものでない限り (UCC § 2-207(2)(b))、契約の内容に取り込まれるとされるから、問題の免責条項がこれに該当するか、第二にそれが論点になる。

第一の論点につき、Step-Saver 判決は、「条件付の承諾」か否かの判断に際して、「付加条項又は異なる条項が契約に含まれなければ取引を進めることに何らかの躊躇があったことを被申込者に証明するよう求める」立場に立つとした (Step-Saver, 939 F. 2d at 102. See Dorton v. Collins & Aikman Corp., 453 F. 2d 1161, 1168 (6th Cir. 1972) [「当裁判所の考えでは、〔UCC § 2-207(1)〕は、付加条項又は異なる条項が契約に含まれなければ取引を進めることに被申込者が躊躇していると明示的に示す承諾にだけ適用されることを意図したものである」と判示]) ——なお、この「躊躇」の

ば、Step-Saver 判決において示された UCC § 2-207 の法解釈を Klocek 判決がそのまま受け入れたのである。

こうして見ると、事後条項の拘束力を肯定する Hill 判決と、これを否定する Klocek 判決の対立は、それぞれが依拠し、議論の出発点となった ProCD 判決と Step-Saver 判決の対立に還元されとも言えよう。Step-Saver 判決では「箱上のライセンス」という表現がとられたが、それは ProCD

明示を求める立場は、前掲注(189)の通り、Step-Saver 判決に依拠した Klocek 判決でも踏襲された。Klocek, 104 F. Supp. 2d at 1341.

特に本件においては、この点、箱上のライセンスに異議があれば15日以内に商品を返送するよう求める条項が定められていたことから、かかる条項を以て、ここに言う被申込者による「躊躇」の明示があり、「条件付の承諾」は認められると TSL 社は主張したものの、Step-Saver 判決はこれを退けた。その理由として、判例上、一般にこの種の文言に、付加条項が契約に含まなければ取引を差し控えるとの意図が真に被申込者にあると認められてはいないこと（例えば、Idaho Power Co. v. Westinghouse Electric Corp., 596 F. 2d 924 (9th Cir. 1979) 参照）、また本件の事案との関係では、箱上のライセンスと同様の条項を書面にして合意しようとされたものの、エンドユーザーでない Step-Saver 社がその署名を拒否した事実があること、更に、TSL 社は自社のソフトウェアを組み込んだ商品を Step-Save 社が販売する予定であることを認識していたので、そうであれば、譲渡禁止条項を含む箱上のライセンスの適用をむしろ条件にしていなかったと解しうること、以上が指摘された。Step-Saver 判決は、これらの点に鑑みると、TSL 社による「躊躇」の明示は認められないとし、本件では TSL 社の承諾が「条件付の承諾」、すなわち反対申込に該当するものではないと判示したのである。Step-Saver, 939 F. 2d at 101-103.

ところで、こうして Step-Saver 社の承諾が「条件付の承諾」でないとすると、先述の通り、契約の成立が認められ、今度は、第二の論点が問題となる。Step-Saver 判決は、この点につき、箱上のライセンスで後から加えられた、一切の保証責任を排除する旨の免責条項は、UCC § 2-207 公式コメント 4 の例示する通り、明示の認識なくして契約内容になれば不意打ちかつ過酷な結果となるものであるから、それ自体、UCC § 2-207(2) に言う「申込に重要な変更を加える」付加条項であり、従って、契約内容の一部にはならず、その拘束力が否定されると判示した。Step-Saver, 939 F. 2d at 105.

判決で言う、いわゆる「シュリンクラップライセンス」のことであり、両判決は、このシュリンクラップライセンスという同一の問題につき、異なる判断を下したものであった。このシュリンクラップライセンスも、商品購入後に初めて買主が目を通す機会を持つことになる点で、ソフトウェア売買という個別場面で見られる事後条項の一例である。

ProCD 判決は、この問題につき、先に下されていた Step-Saver 判決との緊張関係を意識していた。ProCD 判決において、Easterbrook 裁判官は、§ 2-207が複数の書式の存在する場面で適用されるものであると決めつけ、書式が2つ存在する Step-Saver 事件では同条の適用が認められるが⁽²⁰¹⁾、書式が1つしか存在しない ProCD 事件では同条の適用はないと主張し、両者の「区別」による Step-Saver 判決の排除を画策した⁽²⁰²⁾。このような彼の論法、すなわち、書式が1つだけの場合に UCC § 2-207の適用はないとの主張が全くの誤りであることは既に述べた通りである⁽²⁰³⁾——しかも、同裁判官が代わりに打ち出した新たな見方、すなわち、買主が商品を所定の期間を超えても返品しなかったことで、売主の申込を承諾したものと捉える見方が、売主を申込者とする点、および沈黙も承諾になるとする点で、伝統的な法解釈に反するものであったことも既に確認した通りである⁽²⁰⁴⁾。

(201) 同事件では、電話で Step-Saver 社がソフトウェアを購入する注文をし、TSL 社から商品発送の約束を取り付けた後、購入の目的物、価格、配送、および支払条件を詳細に記した注文書を改めて TSL 社に送ったのを受けて、TSL 社はこれと同じ内容の送り状とともに、問題の「箱上のライセンス」を Step-Saver 社に返送した (Step-Saver, 939 F. 2d at 96)。このような経緯に照らして、Step-Saver 判決自体、TSL 社の箱上のライセンスを、買主の注文書に対抗する「書式の戦いの〔複数ある書式のうちの〕もう一つの書式と捉えるのが最善」と指摘していた（前掲注（199）の判決引用部分を参照。Id. at 99）。

(202) ProCD, 86 F. 3d at 1452.

(203) 前掲注（169）以下の本文で紹介した批判の第一を参照。

(204) 前掲注（174）以下の本文で紹介した批判の第二、および前掲注（177）

従来から、①採用規制の一つとして、既に見た通り、契約成立後に送られてきた書式の条項は契約内容にならないとする一群の判決例が見られた⁽²⁰⁵⁾。確かに、これらは、かつて②内容規制に期待できなかったときに、その代わりに多用された「隠れた手法」であった面があることは否めない。自動販売機から代金投入後に吐き出された書式の条項に拘束力がないとされた例⁽²⁰⁶⁾などはそのような性格が強いとも考えられる。仮に①が②に代わる「隠れた手法」としての役目を担うに尽きるというのであれば、現在、UCC § 2-302の制定とともに、内容の当不当を直接理由にしてその効力を否定する途が開けたことで、①より②を重視する構図となるに至り、もはや①自体の存在意義は消失するはずである。しかし、こうして②重視が強まる中、それでも約款の事前開示にこだわり、①になお一定の役割を認める立場が、事後条項に関して、Step-Saver 判決をはじめ、判例上 ProCD 判決の出現まで実際に続けて見られていた⁽²⁰⁷⁾。ProCD 判決は、この伝統的立場の流れを、突如、しかも誤った論法を用いて「切断」しようとした。そして Hill 判決は、ProCD 判決がソフトウェア売買に特有の判示でなく、契約一般に適用されるべきものであると宣言し、伝統的立場の流れの「切

以下の本文で紹介した批判の第三を参照。

(205) 前掲注(120) 参照。

(206) 前掲注(121) 参照。

(207) See *Arizona Retail System, Inc. v. Software Link*, 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993) [Step-Saver 判決と同旨判断を示してシュリンクラップライセンの拘束力を否定]. Cf. *Novell, Inc. v. Network Trade Center, Inc.*, 25 F. Supp. 2d 1218, 1230 (D. Utah 1997); *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*, 847 F. 2d 255, 269-70 (5th Cir. 1988); *Foresight Res. Corp. v. Pfortmiller*, 719 F. Supp. 1006, 1010 (D. Kan. 1989). Comment, Sajida A. Mahdi, *Gateway to Arbitration: Issues of Contract Formation Under the U.C.C. and the Enforceability of Arbitration Clauses Included in Standard Form Contracts Shipped with Goods* 96 Nw. U. L.Rev. 403, 416 (2001) は、ProCD 判決と Hill 判決の出現を以て「流れの変化 (turning tides)」と形容している。

断」を広く積極的に承認しようとしたのである。ProCD 判決と、それに依拠した Hill 判決に対する激しい批判は、かかる「切断」に対する伝統的立場からの反発であったと理解できよう。

Klocek 判決は、Hill 判決及び ProCD 判決に対するこうした批判に後押しされる形で、Step-Saver 判決に代表される伝統的立場への回帰を主張し、改めて約款の事前開示の意味を問いかけた。Hill 判決及び ProCD 判決が伝統的立場を拒否したのは、取引コストの低減という効率性の考慮が理由であったが、効率性の名の下に、②を重視する姿勢を突き詰め、実質的に①の機能を停止させた両判決の極端な姿勢に、Klocek 判決は強い批判を投げ返したのである。このような事後条項を巡る議論の対立⁽²⁰⁸⁾に、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考えるヒントの一つがあるように思われる。

(208) ProCD 判決及び Hill 判決後、両判決の立場を明示的に支持したものとして、M.A. Moterson Co. v. Timberline Software Corp., 998 P. 2d 305 (Wash. 2000) [両判決のアプローチを「説得的」と述べ (Id. at 584)、シュリンクラップライセンス中に定められている責任制限条項の拘束力を肯定——同判決の紹介として会沢恒「シュリンクラップ契約：ProCD 判決の定着!？」ジュリスト1197号 (2001) 99頁以下参照]、Bischoff v. DirecTV, Inc., 180 F. Supp. 2d 1097 (C.D. Cal. 2002) [Hill 判決を「より有益」なものと述べ (Id. at 1105)、ProCD 判決とともに引用して、衛星番組会社から代金支払後に送られてきた書式に記載されていた仲裁条項の拘束力を肯定] 等参照。他方、逆に Klocek 判決の立場を明示的に支持したものとして、Licitra v. Gateway, Inc., 189 Misc. 2d 721, 734 N.Y.S. 2d 389 (Civ. Ct. 2001) [いわゆる Gateway 問題で争点となった仲裁条項につき、Klocek 判決に依拠してその拘束力を否定] 等参照。