

〈翻訳〉

## 消費者契約における不公正条項の規制—アメリカの展望

(James P. Nehf, "Regulation of Unfair Terms in Consumer Contracts—An American Perspective," 14 Consumer Law eJournal, No. 93 (Nov 11, 2020).)

ジェームズ・P・ネフ(インディアナ大学ロバート・H・マッキニー・スクール・オブ・ロー法学教授兼クレオン・H・フォウスト・フェロー(アメリカ合衆国インディアナ州インディアナポリス))

廣瀬孝壽(訳)

典型的な商人と消費者との取引では、標準書式条項があればもちろんそれが規範となる。消費者取引は、すべてではないが、ほとんどの条項が商人によって起草され、交渉の余地のない附合契約によって文書化されている。たとえ交渉可能であったとしても、消費者の大多数は、この可能性に気づいていないか、又は、非常に合理的に、その法的意味を理解していないという理由で、若しくは、自分たちの利益を増す代替案を想像できないという理由で、条項について効果的に交渉できないという結論に達しているのであろう。

これらの標準書式条項は、商人に一方的に有利なので、知識のない消費者に不公正な苦難を課すことがある。アメリカには、不公正契約条項に関して全国的に統一して適用される包括的な法は存在していない。不公正条項の規制に関しては、統一性のない個別な対応となっており、連邦レベルでは特定の分野で限定的な保護が存在するだけであり、そして、規制による規範のほとんどが個々の州によって個別に課されている。これらの規範は、制定法又はコモン・ローの形式で存在している場合があり、そして、広く各州によって異なる場合がある一方で、それぞれに並行していくつかの類似したテーマが存在している。

### A. 制定法による不公正条項の規制

消費者立法は、連邦、州及び（場合によつては）地域・市レベルで存在している。連邦レベルでの消費者保護は、特に消費者信用の分野において、広範囲に存在している。何年もの間、州及び地方自治体は、消費者信用、隔地者間販売、ペイディ・ローン、その他多數の取引を含む様々な消費者契約状況に対処する法律を採用してきた。これらの制定法においては、州においても連邦においても、消費者契約には特定の条項（特に開示要件）が含まれていなければならないと課されていることが多く、そして、消費者契約には特定の不公正条項が含まれてはならないと課されていることが多い。これらの制定法においては、商人の特定の行為（例えば、ピラミッド式連鎖販売、訪問販売、おとり広告商法）が禁止されており、他方では、特定の類型の商業的活動又は事業（例えば、レント・トゥ・オウン契約又はタイムシェアリング事業）の規制の枠組みが規定されている。多くの州法、その他連邦法が管理するいくつかの分野には共通のテーマが存在しているが、ほとんどの場合、各州は、消費者契約における欺瞞的な行為及び不公正な行為から住民を保護す

るために各州独自のアプローチを採用している。同様に、規則Z(貸付真実)や規則E(電子資金移動)のような行政機関の規則において、その適用範囲内の消費者契約に関して、強制的な開示要件及びいくつかの契約条項の制限が課されている。

消費者契約の不公正条項を規制する制定法は、アメリカにおいて1950年代及び1960年代の戦後のコンシューマリズムが高まった時期に普及していく。それ以前は、連邦取引委員会が、消費者の権利を保護する役割を担う主要な政府機関であった。連邦取引委員会は、連邦取引委員会法に基づいて消費者保護規則を公布し、そして、欺瞞的広告、詐欺的な事業機会商法、住宅訪問勧誘販売から生じる虐待、不公正な債務回収行為のような分野での商人の広範な不正行為に対抗するための執行措置を提起していた。州レベルでの保護は比較的に弱かった。商人による非難されるべき行為の多くは、コモン・ロー上の詐欺のレベルには達していなかった。詐欺のレベルに達していたとしても、詐欺の要件、特にサイエンタ要件を証明することが困難であり、かつ、被った損害と比較して訴訟費用が高額であったため、執行措置が断念されることが多かった。統一商事法典のような、事業者の行為を管理する現行の州制定法には、消費者保護規定がほとんど存在していない。それ故に、連邦取引委員会は、消費者の権利を促進するために特別に考案された制定法上の執行制度を作成するように州に奨励し始め、そして、1970年代の終わりまでに、ほとんどの州は、不公正な又は欺瞞的な行為及び慣行を抑制するための包括的な消費者保護法を少なくとも1つ制定し、かつ、様々な業界特有の法律を制定した。

この時期に制定された様々な州法は、その多くが2つの根拠の内の1つに基づいて創設されたものであったため、特定の共通する性質を共有していた。統一州法委員全国会議

は、そして同様に連邦取引委員会も、模範制定法を起草し、そして、州にそれらの形式の内の1つを採用するようにと強く奨励した。統一州法委員全国会議は、2つの模範州法を提案した。統一欺瞞的取引行為法は、11の特定の欺瞞的取引行為を禁止し、そして、「同様に困惑又は誤解を生じさせる可能性のあるその他の行為」を一般的に禁止した。統一消費者売買行為法は、欺瞞的な行為及び慣行を一般的に禁止し、かつ、特定の類型の欺瞞的な行為及び非良心的な行為を列挙した。連邦取引委員会は、不公正取引行為及び消費者保護法の3つの選択肢を提案した。第1の選択肢は、連邦取引委員会法を模倣し、「全ての取引行為又は商業的行為において、不公正な競争方法及び不公正な又は欺瞞的な行為又は慣行」を禁止した。第2の選択肢は、「全ての取引行為又は商業的行為において、虚偽の、誤認へ導く又は欺瞞的な行為又は慣行」を禁止した。第3の選択肢は、統一欺瞞的取引行為法に類似しており、特定の禁止行為のリストを定めていた。

州は、制定法における用語の曖昧さを解決するため、消費者の権利を明確化若しくは補充するため、又は新たな消費者問題に対処するため、統一性のない方法で州の制定法を数多く改正してきたので、今日の州の消費者制定法は、州によって大きく異なっている。制定及び改正の手続きは、そのほとんどが州間で調整されることもなくかつ各州で個別に行われたものではあったが、それにもかかわらず、長い時間が経過するうちに、不公正条項を規制する法の多少の収束が見られた<sup>(1)</sup>。いくつかの州が新たな課題（例えば、1980年代のテレマーケティング詐欺）に対処し始めると、通常、他の州はそれを手本とし、そして、長い時間が経過することによって、現在では、ほとんどの州は、その法に関する適用範囲及び内容の点で多少の相違はあるけれども、同様の基本的な一連の消費者問題に対

処している。

州の消費者保護制定法においては、多くの特定の不公正な行為がリストとして列記されている。例えば、ペンシルベニア州の制定法においては21項目、カリフォルニア州の制定法においては27項目、そして、テキサス州の制定法においては31項目の特定の不公正な行為がリストとして列記されている。これらの制定法の多くは、1960年代に提案された統一法案に従っているため、同様の種類の行為がリストとして列記されている。例えば、ペンシルベニア州、カリフォルニア州、テキサス州の制定法においては、以下のように、いくつかの共通する不公正な行為が存在している。

- ・商品又は役務を他の商品又は役務であるとして偽って表示すること。
- ・商品又は役務の出所、スポンサーシップ、承認又は証明の不実表示をすること。
- ・他者との関連、関係若しくは提携又は他者による証明の不実表示をすること。
- ・商品又は役務に関する産地に関して欺瞞的な表示又は指定を使用すること。
- ・以下の表示をすること。

　o その商品又は役務が有していないスポンサーシップ、承認、特質、材料、用途、便益又は数量を有していると表示すること。

　o その人が有していないスポンサーシップ、承認、資格、関連又は関係を有していると表示すること。

　o その商品が、不相当な悪化をした場合又は改造された、修理された、修繕された、使用された若しくは中古である場合に、元のままの商品である又は新品であると表示すること。

　o その商品又は役務とは異なる他の商品又は役務の内容であるにもかかわらず、その商品又は役務が特定の基準、品質若しくは等級である、又は、その商品が特定の方式若しくは型式であると表示すること。

- ・事実に関して虚偽の又は誤認へ導く表示を

することによって、他人の商品、役務又は事業を中傷すること。

- ・広告をした通りに商品又は役務を販売しないという意図をもってその商品又は役務の広告をすること。
- ・広告が数量の制限を開示していない限り、相当の期待がなされる需要を供給しないという意図をもってその商品又は役務の広告をすること。
- ・値下げの理由、存在又は金額に関する事実について、虚偽の又は誤認へ導く内容を述べること。

消費者の代表の間では、特定の商業分野での統一が強く必要とされていない限り、各州で取り組むという手法を好むという意見が一致した意見となっている。各州で取り組むという手法は、時間の経過とともにある程度は適切に機能するようになってきており、そして、いくつかの利点も有している。第一に、各州で取り組むという手法が実施されたことによって、健全にある程度の実験をすることが可能となっており、そして、全国的に消費者保護への取り組みを発展させることが可能となっている。同様の課題に対処するために各州がそれぞれ異なった法及び模範法律案を採用しているので、このことが、どの法及び模範法律案が最も効果的に機能しているかを評価する機会となっている。時間が経つにつれて、良いアイデアは他の州に定着し、そして、効果の少ない取り組みは強化されるか又は放棄されている。

第二に、特定の消費者問題（例えば、住宅モーゲージ市場における詐欺）は、他の州又は地域に定着する前に、1つの州又は地域で蔓延している可能性がある。問題が最も深刻となっている州は、問題が初期段階にある他の州への手本として役立つ保護立法を制定できる可能性がある。

第三に、州議会は、連邦議会よりも新たな消費者問題に迅速に対応することができてい

る。連邦制定法を提案すること又は既存の連邦制定法の改正を提案することは、政治への高額な投資資金を要する行為であると認識されており、競合する利益団体は、自己の主張を聞かせるために莫大な資金を費やす傾向がある。その結果、立法において、連邦議会で停滞するか、又は、主要な利害関係者にとっての異議はほとんどなくなるが、問題解決にはほとんど役に立たない希薄化された形で制定されることがある。

保証責任の排除に関しては、全ての州において統一商事法典によって管理されている、商品販売契約における大きな統一が存在している。いくつかの州においては、これらの統一準則は修正されているが、しかし、大多数の州においては、統一規定が広く適用されている。売主は、消費者に商品を販売する商人であっても、統一商事法典第2-316条の指示に従っている限り、全ての保証責任を排除することができる<sup>(2)</sup>。売主は、明示の保証責任を負わないという選択をすることができ、そして、商品性の默示の保証責任を（その商品性の用語を使用することによって）、書面で、目立つように顕著に記載することによって排除することができ、又は、「現状のまま」という条件で、「瑕疵はあるものとして引き受ける」という条件で又は別の用語を用いた同様の条件で商品を販売すると述べができる。全ての保証責任の排除は、店舗で商人が販売する普通の新品では通常は行われないが、商人が中古製品、特に中古自動車を販売する場合に行われることが多い。

## B. コモン・ローにおける判決の決定による不公正条項の規制

制定法に加えて、消費者契約における不公正条項の規制は、コモン・ロー、すなわち、公表される意見で訴訟に判決を下す裁判官によって対処されている<sup>(3)</sup>。非良心性及び信義誠実という最も重要なコモン・ローの2つの

法理は、コモン・ロー規制の中心にある。これら2つの法理は、長年にわたって消費者契約の標準書式条項を規制する上で中心的な役割を果たしてきた。

コモン・ローの裁判制度において、裁判所は訴訟で判決を下し、そして、その訴訟手続きにおいて法が創造されるのである。立法府が制定法の制定を通して法を創造し、そして、行政機関が規則制定（及び執行手続き）を通して法を創造する一方で、裁判所は、訴訟で判決を下し、意見を書き、そして、それらを世の中に公表することによって法を創造している<sup>(4)</sup>。裁判所は、通常、先例に拘束され、上級裁判所の判決に従わなければならず、そして、全ての裁判所は、同様の訴訟で判決を下す他の裁判所の理論的根拠を慎重に検討することになっている<sup>(5)</sup>。

裁判において判決が下されるという手続きを通して、裁判所は、法的権利を創造し、定義を示し及び改善し、このことによって、制定法又は行政機関の規則によって創造された法的権利が補完されることになる<sup>(6)</sup>。裁判所は、「不足を補う」役割を果たしている、すなわち、制定法によって直接対処されていない取引又は部分的若しくは曖昧にしか対処されていない取引に関する訴訟に判決を下している<sup>(7)</sup>。また、裁判所は、制定法等の立法措置がない場合でも、同様の権利間の一貫性を維持するのにも役立っている<sup>(8)</sup>。裁判所は、立法府がほとんど又は全く何も行っていない分野で法を創造することがある、すなわち、古典的なコモン・ローの伝統で法を作成している。消費者法の分野では、裁判所は、事業者によって不当な扱いを受けたと感じている個人に救済策を提供し、かつ、権利の定義を示している、すなわち、コモン・ロー準則及び原則の発展を通して、制定法上の指示及び規制上の指示を補完している。裁判所は、市場支配力の不当な行使であると消費者が認識するものから消費者を保護するため、市場の

失敗を取り締まる上で極めて重要な役割を果たしており、そして、裁判所は、消費者が市場で受けたと認識した虐待からの救済を求めることができる手段を提供している。この手続きの批判者は、裁判官が、この手続きにおいて、市場参加者を管理する準則を創造するために選任された立法府からその権限を奪っていると主張することがあるが、しかし、立法府は裁判所の判決内容を覆す法を自由に制定できるため、この奪取は一時的なものにすぎない。立法府がしばしば裁判所の判決の存在を認めているという事実は、少なくとも、消費者取引における市場行動を取り締まる上で裁判所が果たす役割を立法府が黙認しているものとみなすことができる。消費者契約に関するコモン・ローの規制がなくなれば、標準書式条項の制限は、全て公共部門として政府の他の部門が行わなければならなくなるであろう。立法府及び行政機関が審議を行い、その後、消費者契約の規範を制定することには確かに利点はあるが、一方、消費者取引の取り締まりにおける裁判所の役割は、長年続いていること、かつ、司法権の正当かつ重要な行使として一般的に受け入れられている。

コモン・ローでは、消費者契約における不公正条項の規制は多くの方式で行うことができるが、最もよく使用されかつ高度に発展したコモン・ローの法理は、非良心性及び信義誠実の法理である。それぞれが異なった役割を果たしている。非良心性は、一般的に、不公正条項の法的効力を、契約が締結された時点で評価されたものとして、制限するために使用されている。非良心性は、契約締結過程において契約起草者が不当に利益を得ることを防いでいる。信義誠実の法理は、一般的に、契約後の契約履行期間中に契約条項の法的効力を評価するために使用されている。信義誠実の法理は、契約履行期間中に契約起草者が不当に利益を得ること及び裁量権を濫用することを防いでいる。

## 1. 消費者契約法リストメント草案

以上の2つのコモン・ローの法理について解説がなされており、2016年4月、アメリカ法律協会の契約及び消費者法の専門家チームは、消費者契約法リストメント草案を公表した<sup>(9)</sup>。消費者契約のみに重点を置いているこの消費者契約法リストメント草案は、契約法リストメント（第2次）における一般的な原則を補完しようと試みるものであり、消費者契約には特別な対処を正当化する独特的な課題及び状況があることを認識している。リストメントの起草者は、過去数十年の間に生じた消費者法の2つの重要な傾向を認識してこのプロジェクトに取り組んでいた。

第一に、裁判所が契約成立の原則として契約条項の相互の合意が必要であるという要件を定めていることが強調されているという傾向がある。事業者は、消費者に、合意している内容の詳細及び重要性を理解させることなく、標準書式契約条項に「合意」させることは困難なことではないと感じているので、この傾向が一般的に事業者に有利であると、この草案において認識されている。「クリックラップ」契約が急増し、そして、消費者は、合意内容を表示している標準書式条項を理解するための時間がないまま（又は理解できないまま）、何かに合意していることのみを知ることになるので、このような技術が発展することによってこの傾向は促進してきた。このように、契約成立過程は眞の「相互の合意」の過程ではないが、しかし、裁判所は、通常、その標準書式契約条項が、制定法又は規則によって禁止されていない限り、非良心的であるとみなされない限り又は事業者が消費者に対して負っているとみなされている信義誠実かつ公正な取引の義務に違反しない限り、消費者にその標準書式契約条項に従わせる判決を下している。

起草者が認識している第二の傾向は、消費者契約において特に不公正、不意打ち又は抑圧的であるとみなされる特定の条項の使用を政府の規制機関（例えば、連邦取引委員会、州の執行機関又は立法府など）が禁止するという傾向である。この草案において、この傾向と「相互の合意」の傾向との間に相互作用があることが認識されている。事業者は、事業者に非常に有利な条項に消費者を技術的に「合意」させており、そして、規制機関は、何も知らない消費者に対してどの程度まで不利な条項を課すことができるかという制限を設定することによって対処している。それ故に、草案においては、消費者が「標準書式契約条項の相当の通知」及び「それらを再検討するための有意義な機会」を与えられた場合にのみ、その標準書式契約条項が消費者契約の一部になると規定されている<sup>(10)</sup>。また、この草案において、消費者が、標準書式条項を再検討できるようになった後に、契約関係を終了する相当の機会を有する場合にのみ、事業者は、消費者が最初に取引に合意する意思を表示した後に、標準書式契約条項を課すことが認められている。標準書式契約条項の変更もまた、これらの同様の準則（再検討するための相当の機会及び終了する権利）によって対応されている<sup>(11)</sup>。更に、標準書式条項によって事業者にその義務の履行に関して裁量が与えられる場合は、その裁量は誠実に行使されなければならない<sup>(12)</sup>。信義誠実の意味は、統一商事法典における意味と同じ意味である（すなわち、「実際に正直であり、かつ、公正取引としての相当の基準を遵守していること」。）<sup>(13)</sup>。

## 2. 非良心性の法理

コモン・ローにおいて、非良心性の法理は、消費者が、署名することによって、クリックすることによって又はその他の方式でそれらの条項に合意する表示をすることに

よって、技術的に合意してしまった酷な契約条項を取り消すことを認めるいくつかの法理の内の1つである。制定法又は規制上の指示がない場合、非良心性の法理は、契約成立過程において事業者が課す酷な条項に対する数少ない防御手段の1つとして役に立っている。

非良心性の法理は、アメリカにおいてコモン・ローで発展したので、裁判所は、通常、手続的な瑕疵及び実体的な不公正という2つの要素が存在することを要求してきた<sup>(14)</sup>。ウイリアムズ対ウォーカー・トマス・ファニチャー社事件（Williams v. Walker Thomas Furniture Co.）において述べられているように、消費者は、消費者がその条項に合意する意思表示をしたがその手続きにおいて真の意味での選択の自由がないこと（手続的な瑕疵）及びその条項がその条項を課した当事者にとって不相当に有利であること（実体的な不公正）を証明しなければならない<sup>(15)</sup>。消費者契約において、手続的な要素が争点となることはめったにない。典型的な消費者「附合」契約において、標準書式契約条項に関する真の意味での選択の自由が消費者に与えられることはほとんどない。

しかし、実体的な要素はしばしば争点となっている。消費者契約法リストメント草案は、司法上の判断を根拠として、「実体的な」非良心性とされる内容について詳しく説明している。契約条項は、以下の場合に実体的に非良心的となる、すなわち、（1）事業者の不法な行為によって引き起こされた死亡若しくは人身傷害に関して又は事業者の故意若しくは過失のある行為によって引き起こされた損失に関して、消費者の救済を排除又は制限する場合、（2）事業者の救済又は事業者の強制権限を不相当に拡大する場合、又は、（3）法的権利の侵害に関して相当の救済を求める消費者の権限を不相当に制限する場合に実体的に非良心的となる<sup>(16)</sup>。これにより、「不相当な」条項を構成する要件を決

定するための多くの裁量が裁判所に委ねられることになる<sup>(17)</sup>。裁判所は、概して言えば、以下の場合に条項が非良心的であると認定していた、すなわち、その取引における消費者の正当な期待に比べて不相当に不利益となる効果を有する場合、その条項は非良心的であると認定していた。非良心的であると判示された条項の例としては、消費者が機能しない製品を受領したとしても保証責任の排除により払戻しができないとしている条項<sup>(18)</sup>、他州裁判権における仲裁を要求する条項又は請求額を大幅に超える申請手数料を要する仲裁を要求する条項<sup>(19)</sup>並びに、例えば、合意内容にオープン・タームズが含まれている場合及び売主が如何なる条項でも追記する権利を有するとされている場合のような、一方的に行為する自由な権限を商人に与える条項<sup>(20)</sup>が、非良心的であると判示された。ウイリアムズ対ウォーカー・トーマス・ファニチャー社事件<sup>(21)</sup>において、コロンビア特別区巡回区合衆国控訴裁判所によって、消費者信用契約において販売された全商品を担保として比例配分されるとする全販売商品担保を要求する条項は、ウイリアムズ夫人が信用で購入した全ての商品が消費者が期待する相当の期間をはるかに超えて長い期間継続して担保として維持されてしまうという理由で、非良心的であるとみなされ得ると判示された<sup>(22)</sup>。

非良心性の法理の永続的な長所（そして、これは主な欠点と言われることもある）の内の一つは、変化する時代及び商業行為に適応する能力及びその弾力性である。販売された全商品を担保として比例配分されるとする全販売商品担保が強制できないと判示されたとしても、信用売主は、例えば、新規購入ごとに消費者の全ての家庭用品に対する担保権を売主に与えるとする条項のような、同様の目的を達成しようとする他の条項を含むことによって対応することができてしまう。その条項が非良心的であると判示された場合<sup>(23)</sup>、

信用売主は、リスクの高い消費者への信用販売において収益性を確保するために、記載する商品の「現金価格」を上げることができてしまう。過度に高い価格が非良心的であるとして異議が申し立てられた場合、その取引は、信用販売ではなく、レント・トゥ・オウン賃貸借契約として再構成される可能性がある。非良心性の基準は、これを満たすことが容易ではない一方で、全てのコモン・ローの発展と同様にその時々の状況に応じて進展しており、したがって、消費者取引が進化しつつ新しい商取引分野が出現することへの対応として、非良心性の基準は、標準書式契約条項の効果を制限する機会を消費者に与えるための十分な適応力があるといえる。

### 3. 信義誠実の法理

消費者契約における標準書式条項の効果を制限することができるコモン・ローの法理の中で、信義誠実の法理は、おそらく最も議論されており、そして、時間の経過とともに最も発展してきた<sup>(24)</sup>。標準書式条項が、契約成立後すなわち契約の履行期間中に生じる事項に対処する場合、特に事業者にその義務の履行に関して裁量を与える場合、それらの義務及び責任は誠実に行使されなければならない<sup>(25)</sup>。ほとんどの裁判所によれば、現在、コモン・ローにおける信義誠実の意味は、統一商事法典における意味と同じ意味である（すなわち、「実際に正直であり、かつ、公正取引としての相当の基準を遵守していること」）<sup>(26)</sup>。

消費者取引における信義誠実の法理は、長年にわたって修正と再評価とを経験してきた。裁判所（及び立法府）は、この法理の境界を設定する役割を担ってきており、契約成立において不誠実を構成する特定の類型の行為を判別している。アメリカのほとんどの裁判所は、20世紀後半まで、他の明示の又は黙示の契約上の義務と同じ法的意義を有する独

立した義務として、信義誠実を認めていなかった。それ以前は、信義誠実は、しばしば言及はされてはいたが、しかし、それはいくつかの契約上のその他の義務に意味を与えるための解釈の手段として言及されていただけであった。信義誠実が独立した義務として認められるようになったのは比較的最近のことであり、これは長年にわたって裁判所（及び法律雑誌）において多くの活動が行われてきた結果であった。

アメリカの裁判官は、最初はイギリスの裁判官よりも熱心に、「買主に注意をさせよ」の法理を受け入れていた<sup>(27)</sup>、しかし、契約当事者が互いに信義誠実の義務を負うとする見解は、初期の判決においても存在していた。19世紀末、自由主義経済思想の頂点にあった時期に、ビショップは、契約法に関する論文において次のように述べている、すなわち、「法は、各当事者が相手方に対して誠実に行行為をしていると推定している。そして、法は、相手方に対する信義誠実の全ての要件を各当事者に義務付けている。黙示の意思表示は、使用された言葉、契約内容に関して見られた当事者の行為又は取引の性質を根拠として導き出され得る。<sup>(28)</sup>」と述べている。20世紀の初めまでには、裁判官は、誠実な履行という默示の義務に定型的に言及するようになっていた<sup>(29)</sup>。

判例法において信義誠実という默示の義務に関して大きな支持があったにもかかわらず、アメリカ法律協会は、1920年代に契約法リストイメント（第1次）の草案を作成したときは、この法理に明確な承認を与えていなかった。それでもかかわらず、裁判所は信義誠実義務を課し続け、そして、1970年代までに、アメリカ法律協会が修正した契約法リストイメント（第2次）を準備したときには、この法理はアメリカ法にしっかりと定着していた。契約法リストイメント（第2次）第205条は、「全ての契約において、各当事者

は、その履行及び強制において誠実かつ公正な取引の義務が課されている」と宣言している。この契約法リストイメント（第2次）は、アメリカの法学に大きな影響を及ぼすこととなり、そして、多様な商業的状況及び消費者の状況において信義誠実の義務を認める際に、裁判所によって数多く引用されることとなった。この信義誠実の法理の内容に関して、恐らく当時は絶対的な準則が誇張されており、かつ、その公表以降全ての契約において厳格に適用されているわけではなかったが、しかし、この信義誠実の法理の内容は、契約に関するコモン・ローの中心的な法理としての地位を築いた。この信義誠実の法理は、特に消費者取引において、アメリカの契約法の特質の一つとして公正にみなされるのに十分なほど、首尾一貫して適用されている<sup>(30)</sup>。

非良心性の法理のように、信義誠実の概念は、流動的であり、高度に適応性があり、かつ、簡潔な定型文言には容易に単純化されない。この契約法リストイメント（第2次）に対する公式の注釈において、「その意味が事情に応じて多少変化する」ことが認められてはいるが、しかし、指示はなされていない。この注釈において、信義誠実は、当事者の期待と公正性及び道徳的行為の一般原則とに関係していると説明されている。信義誠実は、「合意された共通の目的への忠実性及び相手方の正当な期待との整合性を強調する」、そして、対照的に、不誠実な行為は、「品性、公正性又は合理性に関する共同体の基準に違反する」。しかし、時間の経過とともに裁判の判決を通じて、この信義誠実の法理は意味を持つようになる。判例は更なる判例をもたらし、そして、一致する訴訟が続いて起こることはあまりないが、しかし、時間の経過とともに一連の法が出現する。

多くの論者が、信義誠実の法理を発展させる上で、裁判官を補助するために定義の根拠

を提供しようと試みてきたが、しかし、裁判所で一般的に認められたものはなかった。ロバート・サマーズは、その著作において契約法リストイメント（第2次）の草案に影響を与えており、信義誠実の「除外概念」分析を提唱した。ロバート・サマーズは、信義誠実にはそれ自体の一般的な意味ではなく、確定的な意味を構成しようと試みることは没有必要でありかつ無駄であると主張した<sup>(31)</sup>。信義誠実は、特定の状況において不誠実を構成する行為を除外することによって、最も有効に説明され得る。ロバート・サマーズは、特定の状況において又は特定の取引類型において不誠実な行為であると裁判所が認定する内容をリストとして編集することを求めた。これによれば、このリストにない全ての行為は、誠実な行為となる。この場合、信義誠実は、実際に当事者に課せられた積極的な義務ではなく、それよりもむしろ、不誠実な行為を回避した結果として到達する初期状態の基本的態度に似ている。このように構成することは、次の理由により、魅力的である、すなわち、誠実な行為を一般的に認められた契約当事者の行為とみなした場合、その全ての例を説明しようとする作業又はリストを作成する作業が達成できない作業であることは確実であろうからという理由により、魅力的である。一方、規範から逸脱する少数の例を、認めることのできない行為の例として特定する作業は、作業負担が少ないとある。さらに、実際問題として、裁判所は、誠実な行為を特定することを求められることはほとんどないが、しかし、相手方の不誠実を構成する特定の行為に対処することを求められることは多い。したがって、調査すれば、公表された裁判の中に不誠実な行為が十分に存在していることが分かるであろう。

他の支配的な定義の構成は、契約時の当事者の正当な期待の再構築を試みて、そして、それらの期待と行為との一致を要求する構成

であり、交渉モデルを拡張するものである。議論の初期の段階で、アラン・ファーンズワースは、信義誠実は契約法の基本原則の單なる適用の一つであるという見解を有していた<sup>(32)</sup>。その作業は、当事者の合理的な期待と一致する条項が默示されていることを示すことであり、裁判官は同様の状況において常にその作業を行っている。長い年月をかけて、一定の手段が、これらの期待を見抜く上で、裁判所を補助するための正当な調査として認められるようになり（例えば、慣習、取引慣行、過去の取引など）、そして、これらは、次のような批判を静めるのに役立っている、すなわち、信義誠実の基準は、規範的基礎がなく、かつ、裁判官に過大な裁量を与えており、予測不可能な結果を導いてしまうという批判を静めるのに役立っている。当事者が不誠実な行為で訴えられた場合、常にいくつかの不確実性が存在することにはなるが、しかし、その課題は、取引において形成された当事者の正当な期待についての合理的な默示を要求するその他の争点と異なるものではない（例えば、錯誤、結果的損害賠償、違約金額の予定、契約形成など）<sup>(33)</sup>。

信義誠実の法理の定義の課題に関するこれらの（及びその他の）各議論において、法律注釈書における承認基準及び判例法における支持が見出されてきた。法改正の提唱者は、コモン・ローの伝統において定義が断片的に発展するのを見て満足していた。定義の不確実性及び規範的な調査はそのままではあるが、しかし、現在の法の状態に対する不満は、以前の時代に比べて少ないようである。不確実性が存在する状態で生活し続け、かつ、不幸な結果になることもなく、より良い解決策が提案されることもないまま数十年が経過した結果として、少なくとも消費者取引においては、信義誠実の法理をより容易に承認する傾向がある。保険法に加えて、これらの分野で最も重要な分野の1つは、消費者金

融業界であり、そこでは、金融機関とその顧客との関係が継続することが標準であり、かつ、裁量に委ねられている義務を履行する機会が多い。アメリカの裁判所は、躊躇することなく、消費者契約関係において信義誠実義務が默示されていることを示してきた、そして、場合によっては、この信義誠実義務違反に対して、懲罰的損害賠償を含む重い制裁を課してきた<sup>(34)</sup>。

## 結 論

アメリカには消費者契約における不公正契約条項の使用を禁止する多種多様な制定法及びコモン・ローにおける判決が存在するが、しかし、対処のなされていない商業分野は多く存在する。特に、新種の契約方式や新種の消費者取引類型が出現してしまうと、それらの多種多様かつ発展した方式での不公正条項を監視することが、州及び連邦の規制機関にとって困難なこととなる。更に、裁判所がコモン・ローにおいて不公正条項を監視することも困難なこととなる。事件が発生した場合に判決を求めるのであれば、最初に裁判所に訴訟を提起しなければならない。多くの消費者事件が少額を求める紛争であるため、非常に多くの紛争が訴訟として提起されないこととなってしまっている。更に、消費者契約における強制的仲裁の存在が増えているため、裁判所に訴訟として提起される消費者事件は非常に少なくなっている。裁判所に訴えられた事件でさえ、訴訟が終了するまでに何年もかかることが多く、このように、判決による不公正条項の規制では、多大な労力が必要となるために時間のかかるものとなっている。

現在、連邦レベルでの不公正条項に対処するための政治的推進力はほとんどなく、この状態は当分の間は変わらないと思われる。そのため、不公正条項の規制は、主に州とその選出された立法機関に委ねられており、各州

の政治情勢に応じて多種多様な対処がなされている。このような状況であるため、不公正契約条項の断片的な規制を徐々に増加させるというアメリカの試みは、今後何年間も続くことが予想される。

### 【翻訳者追記】

Nehf 教授(著作権者)より日本語翻訳の承諾をいただきました。心より御礼申し上げます。

### 注

- (1) 制定された法律における制定法上の用語が異なっている結果として、そして、それらの法律に関する裁判所の解釈が発展している結果として、多くの州制定法における消費者保護規範は、依然として50州間で異なっている。更に、統一又はより国家的かつ調和化されたアプローチが要望されることがあるが、しかし、これらの要望が一般的に広い支持を得ることはなかった。実際のところ、過去10年ほどの間に、調和を要望してきたのは、通常、事業者の業界であり、事業者が望むよりも事業者に不利であるとされる州法の下での責任から事業者を保護する連邦法を採用することを求めてきたのである。
- (2) 連邦のマグナソン・モス保証法 (Magnuson-Moss Warranty Act (P.L. 93-637), 15 U.S.C. § 2301 et seq.) に基づき、商人は、消費者に商品を販売するときに、如何なる明示の又は黙示の保証責任も負う必要はない。但し、明示の保証責任を負うことを選択したときは、商品性の黙示の保証責任を完全に排除することはできず、明示の保証責任の存続期間に限定することができるのみとなる。
- (3) 「コモン・ロー」という用語は、複数の意味を有する。初期の段階において、コモン・ローは、「慣習法、すなわち、『長期慣行』及び『慣習』に関する法」という定義がなされていた (John F. Stinneford, The Original Meaning of 'Unusual': The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation, 102 Nw.U.L. Rev. 1739, 1768 (2008) (quoting Edward Coke, The Compleat Copyholder (1630)).)。しかし、本稿で使用されているコモン・ローの定義は、公表された判決を通して、時間の経過とともに

に法が創造され、発展され、そして変更されるための手段として存在する、裁判官によって作成された法とする。Id.

- (4) 制定法を補完するものとしてのコモン・ローの重要な性は、次のように説明されている。

「私達の社会では、行為者が生活し、計画し、そして、紛争解決をできるようにするための法的ルールが非常に強く求められている。立法府では、この要求を十分に満たすことはできない。立法府が法的ルールを作成する労力の量には限界があり、その労力の多くは、次のようなルールの作成に割り当てられなければならない、すなわち、歳出、税金、行政などのような、政府が取り組む事項に関するルール、犯罪の定義のような、裁判所の権限を超えていると見なされるルール及び規制された業界が請求する料金を設定するための原則のような、官僚機構によって管理されるのが最も適切なルールの作成に割り当てられなければならない。さらに、私達の立法府は、通常、民間部門における行為を管理するための法律を制定する機能を包括的に行使することができるような方法で人員が配置されている訳ではない。最後に、多くの分野では、裁判所が作成する柔軟な形式のルールが、立法府が作成する権威的な形式のルールよりも好まれている。したがって、裁判所が、…独立した機能として立法を引き受けることによってではなく、裁判所の唯一の機能が紛争の解決のみであったとすれば必要とされるであろうとされる程度以上に、法的ルールを確立することに重点を置くことによって、（事業者の）行為を管理する法的ルールの供給を強化していくことをすることは、社会的に望ましい。」

Chris A. Carr and Michael R. Jenks, *The Privatization of Business and Commercial Dispute Resolution: A Misguided Policy Decision*, 88 KY. L.J. 183, 193(1999). See generally Jay M. Feinman, *Un-Making Law: The Classical Revival in the Common Law*, 28 Seattle L. Rev. 1(2004) (コモン・ローの発展における変化と傾向を論じている)。

- (5) コモン・ローの際立った特徴には、「判例制度により法が発展していること、事実問題の争点についての判決を下すために陪審を使用していること及び法の優位性という広く全てに適用される法理があること（すなわち、政府機関は、私人と同様に、自己の専断的な意思又は根拠のない思いつ

きで行為をする自由ではなく、裁判所によって発展されて適用される法準則に従わなければならぬのである）」という特徴がある。Harlan F. Stone, *The Common Law in the United States*, 50 Harv. L. Rev. 4, 5(1936).

- (6) Richard Alderman, *The Future of Consumer Law in the United States - Hello Arbitration, Bye - Bye Courts, So - Long Consumer Protection*, University of Houston Law Center, September 19, 2007, available on SSRN.

- (7) See Richard A. Posner, *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*, at 112(2016)（「裁判官は、立法の解釈者としてではなく、立法者のパートナーとして」制定法を「解釈している」と述べている）。

- (8) Alderman, *supra*.

- (9) 消費者契約のリストイメント草案は、アメリカ法律協会によって承認されておらず、この承認手続きには数年かかる場合がある。たとえその法律専門家団体によって承認されたとしても、リストイメントはアメリカでは法的効力を有しない。しかし、契約法リストイメント（第2次）（及び他の多くの分野での法のリストイメント）と同様に、消費者契約に対処するリストイメントがアメリカ法律協会によって承認されれば、アメリカ全体の消費者契約法の発展に影響を与えることとなる可能性がある。裁判所は、訴訟の判決を下すときにリストイメントの規定を使用することがあり、そして、裁判所が使用した時に、リストイメントの規定はアメリカのコモン・ローの一部となるのである。

- (10) *Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts* § 2. 草案の解説の第7において、「通知の適切性の基準として、条項の存在について消費者に相当の警告をするのに十分に目立つように顕著に警告していることを基準とする」と述べられてはいるが、しかし、草案において、「相当の通知」及び「再検討するための有意義な機会」を構成する要素は特定されていない。恐らく、裁判所は、個々の訴訟又はクラス・アクションにおいて判決を下すときに、標準書式契約条項の意味を示すのである。

- (11) 統一商事法典第2編の規定を採用しているので、標準書式条項の変更は、それらが信義誠実の法理を遵守している限り、拘束力のあるものにす

- るための新たな約因は必要としない。Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 3.
- (12) Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 4.
- (13) Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 1(7).
- (14) See generally, Martin Frey, *A Consumer's Guide to Unconscionable Sales Contracts*, 2 Loyola Consumer J. 5-24 (1974).
- (15) 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). 消費者契約法リストイメント草案において述べられているように、ある条項が、「(1) 実体的に非良心的である場合、すなわち、不公正又は不相当に不公平である場合であり、かつ、(2) 手続的に非良心的である場合、すなわち、それが不公正な不意打ちとなる又は消費者から真の意味での選択の自由を奪っている場合。」にのみ、その条項は非良心的であるという理由で取消できる。Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 5(b).
- (16) Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 5(c).
- (17) 消費者契約法リストイメント草案において、消費者の権利の救済を得るために消費者の権限を制限する契約条項は非良心的である可能性があるとして特定して言及されていることに注目すべきである。このことは、強制的な仲裁規定が非良心的であるとして消費者による異議申立てが統いでいるため、重要となるであろう。最高裁判所は、消費者が非良心性を根拠として仲裁規定に異議を申立てることを困難にしてきたが、しかし、いくつかの裁判所は判示をしているので、消費者がこのような異議を申立てることはまだ可能である。See, e.g., *Armendariz v. Foundation Health Psyche Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (2000); *Sanchez v. Valencia Holding Company*, 61 Cal. 4th 899 (2015).
- (18) See *Universal Leasing Servs., Inc. v. Flushing Hae Kwan Restaurant*, 169 A.D.2d 829, 565 N.Y.S.2d 199 (2d Dep't 1991); *Industralease Automated & Scientific Equipment Corp. v. R.M.E. Enterprises, Inc.*, 58 A.D.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (2d Dep't 1977).
- (19) *Brower v. Gateway 2000, Inc.*, 246 A.D.2d 246, 676 N.Y.S.2d 569 (1st Dep't 1998); *Teleserve Sys., Inc. v. MCI Telecomm. Corp.*, 230 A.D.2d 585, 659 N.Y.S.2d 659 (4th Dep't 1997).
- (20) *Sunbeam Farms, Inc. v. Troche*, 110 Misc. 2d 501, 442 N.Y.S.2d 842 (Civ. Ct., Bronx Co. 1981); cf. *Nalezenec v. Blue Cross of W. N.Y.*, 172 A.D.2d 1004, 569 N.Y.S.2d 264 (4th Dep't 1991); *Zuckerberg v. Blue Cross & Blue Shield*, 119 Misc. 2d 834, 888, 464 N.Y.S.2d 678 (Sup. Ct., Nassau Co. 1983), rev'd on other grounds, 108 A.D.2d 56, 487 N.Y.S.2d 595 (2d Dep't 1985), aff'd, 67 N.Y.2d 688, 499 N.Y.S.2d 920 (1986).
- (21) 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).
- (22) その契約の合意内容によれば、ウイリアムズ夫人がその店で購入した全ての商品は、彼女が過去に負った全ての債務及び将来負う全ての債務のための担保とみなされ、そして、比例配分規定により、彼女は購入した全ての商品の代金を完済するまで、担保が除去されて担保の付いていない物（家庭用品）を所有することはないということになる。
- (23) 又は、統一消費者信用法典や連邦取引委員会の信用行為規則におけるような、制定法若しくは規制によって、強制できないとされた場合。
- (24) この議論の内のいくつかは、著者の過去の論文において述べられている。See James P. Nehf, *Bad Faith Breach of Contract in Consumer Transactions*, in *Good Faith Contract: Concept and Context*, ch.6 (R. Brownsword, et al., eds., 1999).
- (25) Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 4.
- (26) Draft Restatement of the Law, Consumer Contracts § 1(7).
- (27) See Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, (Harvard Univ. Press, 1977) at 180.
- (28) Joel P. Bishop, *Bishop on Contracts* (Chicago: T.T. Flood, 1878) sec.106, 37-38.
- (29) 保険者の信義誠実責任に関する初期の判例の一つにおいて、ニューヨークの裁判所は、被保険者に損失の証明を提出するように要求する場合、被保険者との取引において「完全に誠実かつ公正な取引」をもって行為すべきことを保険者に要求した。*Armstrong v. Agricultural Ins. Co.*, 29 N.E. 991, 992 (N.Y. 1892).
- (30) 消費者契約法リストイメント草案は、消費者契約条項の解釈及び強制の中心的な法理の1つとして信義誠実を含めることによって、この取扱い

を継続している。

- (31) Robert S. Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code," 54 Va. L. Rev. 195, 198 (1968).
- (32) A. Farnsworth, "Good Faith in Contract Performance" in Beatson & Friedmann (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford: Clarendon Press, 1995) 153, 161(初期の見解を反復しており、Tymshare, Inc. v. Covell, 727 F.2d 1145 (D.C. Cir. 1984) におけるアントニン・スカラリア判事の意見を支持している。).
- (33) スティーブン・バートン (Stephen Burton) の Harvard Law Review の論文において、ファーンズワースの見解が異なった方向で採用されている。Steve Burton, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith," 94 Harv. L. Rev. 369 (1980).
- (34) See Note, "Implied Covenants of Good Faith and Fair Dealing: Loose Cannons of Liability for Financial Institutions," 40 Vand. L. Rev. 1197 (1987).