

契約当事者間における交渉力格差と契約の有効性：イギリス法における「非良心的取引」及び「過度な影響力の行使（不当威圧）の推定」法理の現代的機能への着目

SUGA, FUMIE / 菅, 富美枝

(出版者 / Publisher)

法政大学経済学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

経済志林 / The Hosei University Economic Review

(巻 / Volume)

83

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

41

(発行年 / Year)

2015-11-30

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00012347>

契約当事者間における交渉力格差と 契約の有効性

—イギリス法における「非良心的取引」及び「過度な影響力の
行使（不当威圧）の推定」法理の現代的機能への着目—

菅 富美枝

1. はじめに——問題の所在

昨今のわが国における民法（債権法）改正をめぐる議論の中で、「相手方の困窮，経験の不足，知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して」著しく過大な利益を得，又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為を無効とすることが提案され，いわゆる「暴利行為」のルールを明文化する動きがみられた（民法（債権関係）の改正に関する中間試案（法制審議会民法部会，平成25年2月26日）2条2項）。その背景にあったのは，近時の裁判例において，必ずしも従来の要件¹⁾に該当しない法律行為であっても，

【注記】本稿は，文部科学省「科学研究費基金（平成25年度から平成27年度）基盤研究（C）課題番号253801113「判断能力不十分者の法主体性回復に向けた成年後見法制と事務管理法制の体系的再解釈」（研究代表者 菅富美枝）に基づく研究成果の一部である。なお，本稿は，2015年度法政大学在外研修員として，英国オックスフォード大学赴任中に執筆したものであるため，邦語文献の参照が十分でない可能性がある旨，予めお断りしておく。

- 1) これまでの裁判例からは，第一要件として，給付の客観的不均衡（事業者の過大な利益に加えて，消費者の著しい損害が必要），第二要件として，リスクの隠べい（事業者による説明義務違反等），さらに，消極要件であるものの第三要件として，消費者の主観的態様に関するもの，といった要件論的構造を取り出すことができるとされる。そして，多くの事案においては第一要件と第二要件が相関的に判断されているのに対して，第三要件は要件として顧慮されるに過ぎない。また，その場合にも，消費者の判断能力それ自体の判定は定型的に処

不当に一方の当事者に不利益を与える場合には「暴利行為」として契約の効力を否定するものが現れているという認識であり、改正によって、下級審裁判例の到達点をふまえて妥当と考えるルールを明らかにしようというものであった²⁾、だが、最終的には、特に理由の示されぬまま、要綱案から削除されるところとなった。

他方、こうした法改正の動きを受けて、むしろ消費者法改正の中で、いわゆる「つけ込み型」の契約の有効性を否定しようという動きが強まりつつある³⁾。ただし、社会的必要性については述べられているものの、その理論的根拠については、必ずしも明確にされてはいないように思われる。

さらに、昨今のわが国において、契約締結の場面において、情報提供義務や助言義務が説かれることが多くなってきた。特に、いわゆる「適合性の原則」が問題にされるようなある程度の専門的知識を要する契約（例 証券取引）において、契約当事者間に立場、交渉力や情報収集・情報理解力について「格差」や「不均衡」「不平等」が見られる場面では、金融機関などに他方当事者に対して助言を行った上での勧誘および契約締結が信義則上求められるという議論も浮上している⁴⁾。この点について、契約締結

理される。さらに、裁判例のほとんどすべてにおいて、公序良俗違反ありとする判断に際して、不当勧誘の要素が指摘されており、この点で、裁判例は必ずしも二元的構成の問題に固執する態度をとっていないとされてきた。谷口知平ほか編『新版 注釈民法（3）』（2003年）、174－175頁〔森田修〕。

- 2) 法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』（商事法務、2013年）；同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）。
- 3) 現行の消費者契約法においては、契約締結過程規制と内容規制とを峻別した二元的構成がとられており、契約締結過程における当事者の意思および行為態様という主観的契機と、契約内容そのものの不当性という客観的契機とを相関的に捉える指向はとられていない。そのため、「特に表意者たる消費者が、事業者からの積極的な働きかけのないまま陥った、契約締結に必要な判断力を欠く状態を、事業者が利用して契約を締結するタイプの過度な勧誘行為（いわゆる「状況の濫用」）には十分な手当てがなされないことになった」とされる（谷口ほか編・前注、187頁〔森田〕）。また、現行法では、消費者契約法4条3項において事業者の不退去と消費者の退去不能を規定するのみであり、今後、「困惑をもたらす行為」（特に、判断型不当勧誘行為）に対する規制の拡大が期待されている。河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（信山社、2013）15－19頁〔鹿野菜穂子〕。

- 4) これに関連して、顧客の具体的な理解に着目する「助言義務」と適合性の原則の関係について

過程において「助言」というものを考えるとき、これまで、契約の一方当事者である相手方に対する直接的な助言義務が問題にされることが多かったように思われる。だが、「中立な第三者による助言」というものを考え、契約法の中に組み入れ、位置づけることは可能であろうか、また有益であろうか。

以下、本稿では、当事者間に知識、経験、立場、交渉力等の点で格差がみられ、契約締結にあたって有利・不利が生じている状況、すなわち、「状況・関係性の濫用」が疑われる不合理な内容の契約の有効性について考察する。その際、判例法上、こうした場面において助言を契約法の中に組み入れながら契約の有効性を論じる法理を複数用意してきたイギリス（具体的には、イングランド及びウェールズを指す）法を参考にして、日本法への示唆を得たいと考える。その際、当事者間に形成された心理的な緊張関係、依存関係にも目を向けるべく、2011年に消費者法を改正してこれらを制定法で規定した、オーストラリア法の昨今の動向にも適宜触れることにする。

2. 当事者間に「格差」（有利・不利）が生じている場合における「状況・関係の濫用」と契約の有効性

（1）イギリスの判例法における「非良心的取引」取消法理の淵源

イギリス法において、日本法の公序良俗違反や（いわゆる）暴利行為論に相当するものとしては、第一に、判例法上の「非良心取引（unconscionable

て言及するものとして、後藤巻則「金融取引と説明義務」判例タイムズ1178号（2005年）42－43頁。また、情報提供義務における情報が生のままの客観的な情報を指すのに対して、助言義務における情報は、相手方が求めている目的から見て、相手方の行動が有利であるかどうかにつき専門家としての評価を行い、相手方を一定の行動に向かわせるような情報を指すとされる（後藤巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002年）103頁以下）。

bargaining) 取消の法理」が挙げられよう。

「非良心的取引」とは、契約当事者間に何らかの意味での不均衡・不平等・格差がある場合に、そうした「境遇や状況から生じた力を非良心的に用いること (unconscientious use of power arising out of circumstances and conditions)」を指す。そして、「非良心的取引の法理」とは、そうした不均衡・不平等・格差が客観的に認定できる場合に、立証責任を契約の有効を主張したい側に課し、一方だけを不合理に利するよう見える契約が、それでもなお「公平、正当かつ合理的 (fair, just, reasonable)」であることを立証できない限り、契約は取り消されるとする法理である⁵⁾。やや法制史的に述べるならば、詐欺や強迫がコモン・ロー上発展してきたのに対して、非良心的取引の法理は、より実質的公平の実現を重んじるエクイティ上発展してきた法理である。

この点に関連して、1770年頃までは、苛酷で非良心的な内容の取引について、エクイティ裁判所のみならずコモン・ロー裁判所においても、契約の取消しに向けて柔軟な裁量が図られていたとされる。ただし、18世紀頃の裁判例においては、むしろ「交換の公正 (the fairness of an exchange)」すなわち、対価の均衡 (のみ) が重視されていた。

そうした裁判所の姿勢に変化が見られたのが、*Griffith v Spratley* (1787) 1 Cox. Ch C 383; 29 ER 1213であり、エイア判事 (Lord Chief Justice Baron Eyre) は、単なる「約因の不適切さ (inadequacy of consideration)」のみでは契約取消しの根拠にはならないとしている (at 1215)⁶⁾。同様に、イギリ

5) *Earl of Aylesford v Morris* (1873) LR 8 Ch App 484, at 491; [1861-73] All ER 300, at 303 においてセルボーン判事 (Lord Selborne) が判示した。また、*Fry v Lane* (1888) 40 Ch D 312 において、ケイ判事 (Kay J) によって、エクイティ裁判所が契約を取り消す三要件として、当該契約が、「貧しく無知な (poor and ignorant) 者によって、」著しく低い価格 (considerable undervalue) で、「独立した助言者を得ることのない (no independent advice) 状態で」行われたことが判示されている (at 322 & 333)。

6) 同様に、*Evans v Llewellyn* (1787) 1 Cox's Chancery Cases 334; 29 E.R. 1191 においてケニヨン判事 (Kenyon MR) は、適切な約因がなければ契約は成立しないというわけではないことを確認した上で、被告側に不当表示、秘匿、情報の不開示などが認定されなかった事案につ

ス法において最初の契約法の注釈書とされる1790年刊行の *Essay on the Law of Contracts and Agreements* の中で、J. Powell (1755?年～1801年) は、取引が単に合理的でないという事実のみでは契約取消しの根拠とはならないことを述べ、正当な値段とは目的物（なす債務を含む）の客観的な価値によって定められるものではなく、当事者の合意のみによるという点が確認されている⁷⁾。

ただし、ここで注目されるのは、こうした基本的姿勢を取りながらも、例外として、「詐欺 (fraud)」や（つけ込みの）故意が存在する場合の取消しの可能性が述べられており、しかも、そこでの「詐欺」の概念が、現在の考え方に比べて相当に広く捉えられていた点である。すなわち、詐欺とは、「道徳性に反するような行為 (an offence against morality)」という意味で用いられていた⁸⁾。さらに、著しい廉価で取引が行われたという事実は、そうした（広義の）「詐欺」の存在を推定させ、事実上反証が困難な強い証拠となるとして、一方にのみ不利な取引については、しばしば「過度な影響力 (undue influence) の行使」の法理を用いて、取消が認められてきた点にも着目すべきであろう。なお、「過度な影響力の行使」の法理では、当事者間における既存の関係（特に、信頼と信認 (trust and confidence) や、支配依存 (ascendency and dependence) の有無）に重点が置かれるが、同法理と「非良心的取引」取消の法理との（重畳）関係については後ほど考察する。

その後19世紀に入ると、市場競争の過熱化や政治における個人主義思想の発展とともに、契約の自由という考え方が浸透し、契約内容の公平性を

いて、原告が十分な考慮時間を与えられず、不意打ちの状況で契約締結に至らせられたことをもって、詐欺に似た行為、すなわち、不利な状況にあるということへの過度なつけ込みを認定し、その意味で、契約当時、原告は自らの利益を防御できるだけの「自由な行為者 (a free agent)」であったといえないことから、裁判所が救済する必要があるとして契約取消しを認めた (at 340)。

7) Powell, P., *Essay upon the Law of Contracts and Agreements* Vol. 2 (1790), at 78, 143-146, 152, 158.

8) Waddams, S., *Principle and Policy in Contract Law* (CUP, 2011), at 101, 107-108.

契約の有効性に直接的に関連付ける判決は極めて少なくなり、1880年頃までには、この観点から裁量を働かせるものはなくなったという⁹⁾。これに対して、1873年に *Morris* 判決において「非良心的取引」取消の法理の要件（既述、注5参照）を提示した Selborne 判事は、最後の強力なエクイティ裁判所長官であったとされる¹⁰⁾。同判決においては、同法理が適用されるための要件の一つとして「(原告の) 境遇や状況へのつけ込み行為」の存在が挙げられているとはいえ、実際の適用にあたっては、被告に「欺き (deceit)」や「圧迫 (circumvention)」といった「非行 (wrongdoing)」があったことが立証されたわけでも、そもそも原告からそうした主張がなされたわけでもなく、さらにはむしろ、判事によって原告の軽率さや短慮が指摘されているにもかかわらず、したがってつけ込み行為が認定されることのないまま、原告に酷な結果を招く契約が取り消されている点が注目される（ただし、訴訟費用は原告被告分ともに原告負担とされている (at 499))¹¹⁾。

このようにみてくるとき、「非良心的取引」取消法理の要件をめぐるのは、社会や時代の変遷、そして公共の観点からの政策的配慮が働いていると考えることもできよう。一方、そうした政策的配慮とは別に、同法理によって契約の有効性が否定されることの理論的根拠を探究することが求められよう。次項では、現代における「非良心的取引」取消法理の要件を分析・抽出すべく、主に4つの観点から考察を進める。

9) 同様に、契約法学者も、不公正を理由に契約の取消しが認められた事案を数少ない例外として扱う (marginalize) ようになっていったという。Waddams, *Principle and Policy in Contract Law* (n 8 above), at 99.

10) 以上の歴史的考察については、Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (OUP 1985) を参照。この他、Waddams, *Principle and Policy in Contract Law* (n 8 above), at chapter 4, 及び、MacMilan, C., “Contract Terms Between Unequal Parties in Victorian England” in L. Gullifer and S. Vogenauer (edd), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law* (Hart Publishing, 2014) 15を参照。

11) ここから、当時の裁判所においては、被告の wrongdoing は必要とされていなかったことは明らかであると捉えるものとして、Waddams, *Principle and Policy in Contract Law* (n 8 above), at 113.

(2) 「非良心的取引」 取消法理の理論的考察〈1〉

「非良心的取引」取消法理の理論的根拠を考察するにあたり、これまでの学説上の議論の展開をみると、大別するならば、①同意に欠陥がある (impaired consent, failures of consent, defect of consent) がゆえに契約の有効性が否定され则认为するもの¹²⁾、②不利な立場に付け込む (advantage taken) という、相手方の行為の非良心性 (wrongdoing) がゆえに契約の有効性を否定すべきと考えるもの¹³⁾、あるいは、③当事者間に交渉力の格差 (inequality) が存在するということを根拠に契約の有効性を否定すべきと考えるもの、さらには、④一方に明らかに不利な (manifestly disadvantageous) 結果が生じているという客観的事情ゆえに契約の有効性が否定され则认为するものが存在 (混在) しているようにみえる¹⁴⁾。

①同意の瑕疵・欠缺を根拠とする見解

「非良心的取引」が取消可能となる根拠を、契約の一方当事者の行った同意に瑕疵があったことに置く見解がある。これに関連して、Pollock (1845年～1937年)¹⁵⁾以降の学説上、交渉力に格差のある当事者間の契約の有効

12) 「契約の自由」を「非良心的な契約からの自由」だと考えるものとして、Ciacchi, A., "Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts", in M. Kenny, J. Devenney and L. O'Mahony (eds) *Unconscionability in European Private Financial Transaction---Protecting the Vulnerable* (CUP 2010) 7。手続上の瑕疵や不均衡、意思決定論に着目するものとして、Voyiakis, E., "Unconscionability and the value of choice" in *Unconscionability in European Private Financial Transaction* (above), at 79。同意論、行為論に着目するものとして、Waddams, S., "Protection of weaker parties in English law" in *Unconscionability in European Private Financial Transaction* (above) 26。

13) 代表的な学説としては、Birks and Chin, "On the nature of Undue Influence" in J Beatson and D Friedmann (eds) *Good Faith and Fault in Contract Law* (OUP 1995) 57, at 63-5 がある。

14) 一方に不利が生じるという状況の発生を「契約リスク」の点から分析するものに、Wightman, J., "From individual conduct to transactional risk" in *Unconscionability in European Private Financial Transaction* (n12 above) 99 がある。この見解については、後に詳しく考察する。

15) 1876年に刊行された *Principles of Contract Law—at Law and in Equity* (Stevens & Sons 1876) の初版は、ドイツの法学者サヴィニーの影響を受けているとされ、意思論が顕著である (at

性について、端的に同意が真に自由な意思に基づくものとはいえないことを理由として契約の有効性を否定する意思基底論 (the will-based theories) が優勢となってきたとされる¹⁶⁾。

そもそも、契約の拘束力を人々の自由かつ任意の意思に根拠づける意思論 (will theory) がイギリス法において登場したのは19世紀中頃であり、1870年頃の文献では非常によく見られたとされる¹⁷⁾。この時期は、独占、カルテル、再販価格規制等によって市場競争の綻びが見え始めた時期でもあるが、そうした契約に対しても、裁判所は自由競争の勝利を確信し、また、当事者こそが自己の利益の優れた判断者であるとして、特に介入することはなかったという¹⁸⁾。そしてこの時期は、既述の通り、判例法において「非良心的取引」の取消し法理の要件が示されたと同時に、実際の適用が抑制されてきた時期と重なっている。

現代まで続く意思基底論の流れにおいて浮上してきたのが、「不平等な交渉＝同意の欠陥」と捉える解釈であると考えられるが、こう解することによって、本来エクイティの有していた法的救済の柔軟性を損なうこととなり、実質的には「過度な影響力の行使」法理との相違を見えにくいものにしたとの指摘もみられる¹⁹⁾。この点については、その功罪も含めて、本稿第4節であらためて論じることとする。

さらに、同意の欠缺を根拠とする見解に対しては、契約の神聖性 (sanctity of contracts) が保たれるという長所があるが、「同意」の概念が、虚構的、技巧的となり、循環論法に陥る (fictitious, artificial, circular) 恐れがあり、さらに、錯誤を適用する場合との区別を理論的に説明すること

154)。だが、第3版以降は、意思の存否を外形的に判断して認定する判例法の影響も受けて、契約の拘束力の根拠を、意思そのものよりはむしろ相手に抱かせた信頼 (reliance) —— 相手が抱く単なる期待 (expectation) とは異なる —— に置くようになっている。ポロックに対して、1867年に *The Elements of the Law of Contracts* を刊行したLeakeの契約法理論の中には、意思論以前の考え方が残っているとされる。以上、Atiyah (n10 above) 参照。

16) McMillan, (n10 above).

17) Atiyah (n10 above), at 407.

18) Id, at 697.

が困難になる批判される。すなわち、一方的に不利な内容の契約が問題となっただけの事案においても、一般的な理解において、主観的にみても客観的に見ても同意は存在していたのであり、それを「同意はなかった」というためには、「真の意味での」同意を問題にせざるを得ず、その場合には、「公平性の観点から見て」真の意味での同意があったかなかったかの問題が再浮上し、循環法に陥る点が指摘されている²⁰⁾。

②行為の悪質性（非行（wrongdoing））を根拠にする見解

この見解は、主として現在の判例及び学説がおおむね一致して取る立場といえよう。すなわち、当事者間に知識、教育、経験、判断力といった点において客観的な差異が存在する場合であっても、そこでの契約の有効性について、「立場の不平等（equal footing）」ではなく、「優越性を用いたつけ込み（the advantage taken）」の有無を重視して論じる立場である。そして、「つけ込み」とは、相手の弱さや必要に迫られた状況を知りながらこっそりと自分に有利に利用することと解されてきた²¹⁾。こうした文脈において、取引の不合理性につながる「対価的不相当性（undervalue）」は、司法の介入を要する「つけこみ」や「過度な影響力の行使」の存在を推認させる補強的要素となりうるとは考えられてきたものの²²⁾、契約の有効性を否定するための独立した要件とは考えられてこなかった²³⁾。

19) MacMillan (n 10 above), at 30-33.

20) Waddams, *Principle and Policy in Contract Law* (n 8 above), at 111.

21) MacMillan (n 10 above), at 18.

22) *Alec Rob* [1983] (後述), at 94.

23) この点は、暴利行為の客観的要件として、過大な利益の獲得（客観的給付の不均衡）が求められ、これが適用上の制約となってきたわが国の学説とは対照的である。依然として「暴利」の存在が必要とされ、契約内容自体（例 客観的給付の不均衡）が問題にされることから、交渉力の不均衡がもたらす結果を捨象して、その原因のみに着目して契約を無効にすることはできない。そこで、（積極的な作為の存在を問わず）交渉力の不均衡が存在しているという事実のみに着目して契約の効力を否定するような立法論を求める見解もある（「二元的構成」型から「併せて一本」的な相関判断型、さらには、「優越的地位」利用型へ）大村敦志『消費者法【第4版】』（東京大学出版会、2011年）、56、106、117頁。

たとえば、1970年代以降に再整理された現代的な要件としては、ブラウン＝ウィルキンソン判事（Lord Brown-Wilkinson）が、「異議を唱えるべき（内容の）契約条項（objectionable terms）」を「道徳的に非難される方法で（in a morally reprehensible manner）」押し付け、その程度が裁判所の「良心を揺さぶる（in a way which affects conscience）」ほどにまで達していることとしていることとしている（*Marden* [1974] Ch 84, [1978] 2 All ER 489, at 110）。

③交渉力の格差の存在を根拠とする見解

一方で、「交渉力の格差（inequality of bargaining power）」をめぐる、かつてデニング判事（Lord Denning）によって、「強者が弱者を壁に押し付けるのを容認することは正しいことではない（it is not right that strong should be allowed to push the weak to the wall）」として、「非良心的取引」取消の法理を、「交渉力の不均衡」を是正する法理として一般原則化する方向性が提示されたことがあった（*Lloyds Bank v Bundy* [1974] 1 QB 326, at 339）²⁴⁾。

しかしながら、こうした解釈は、その後の上級審で明確に否定されている（*National Westminster Bank plc (Appellants) v Morgan (A.P.) (Respondent)* [1985] 1 AC 686, [1985] AC 686, [1985] UKHL 2）²⁵⁾。これにより、「非良心的行為」取消の法理の適用にあたって重要なのは、あくまで（つけこむという）行為であることが再確認されることとなった²⁶⁾。*Alec* 判決においても、ミレット判事（Millett QC）は、*Bundy* 判決におけるデニング判事（Lord Denning）の言葉を引用して一般論としては同意した上で²⁷⁾、たとえ内容

24) 同判決をめぐる議論の詳細については、拙著『イギリスにおける自律支援の法理』（2010年、ミネルヴァ書房）、第2章を参照。

25) 同判決をめぐる議論の詳細について、前注参照。

26) ただし、行為のみでよいのかについては、別の検討が必要であろう。すなわち、つけ込み行為はあったものの、内容的には合理性を失っていないような場合である。なお、同判決は、*Bundy* 判決を覆したのみであって、それ以前の先例は現在も有効である。

27) 「強い者が弱い者を壁に押しやるということは許されるべきではない」（at 183 per Dillon）。

的には「無思慮な (improvident)」取引であったとはしても、交渉力の格差や契約条項の客観的不合理性の存在だけでは契約取消しの理由とはならず、そこに至る過程に「何らかの道徳的に非難されるべき行為 (some morally culpable manner)」があった結果として、取引が「行き過ぎや非道な (overreaching and oppressive)」なものになっているという事情がなければ、「非良心的取引」取消の法理は成立しないと判示している²⁸⁾。また、*Hart* 判決において、ブライトマン判事 (Lord Brightman) も、相手の利益の積極的な搾取行為あるいは受動的な受領によって²⁹⁾ 相手を「犠牲にすること (victimisation)」として、交渉過程でとられた具体的な行為に着目している (*Hart v O'Connor* [1985] 1 AC 1000, at 1024)。

このように、*Bundy* 判決におけるデニング判事の判示を契機として、むしろ1980年代の判例法が前述②の見解に立っていることが明らかになったといえよう。だが、この論争の過程において、後述④の視点がより明確に顕現してきた点も注目される。

④客観的な結果の不合理性を根拠にする見解

たとえば、*Burch* 判決 (*Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch* [1997] C. L. C. 95) において、ミレット判事 (Millett LJ)³⁰⁾ は、「非良心的行為」取消の法理が適用されるためには、当該契約が単に一方にとってのみ明らかに不利 (“manifestly disadvantageous”) なものとなっているということのみならず、当該契約の締結に至るまでの手法が「裁判所の良心を揺さぶ

28) *Alec Lobb (Garages) v Total Oil* [1983] 1 WLR 87, at 94-95 per Millett QC.

29) これに関連して、*Hammond v Osborn* ([2002] EWCA Civ 885) において、過度な影響力の行使が推定され、被告は反証に失敗した。控訴院は、多大な贈与を受けた行為自体は明らかに非良心的行為であるとはいえないが、贈与者に対して、そのような通常では考えられない巨額の贈与を行うことが与える影響や、感謝の意を表するための他の方法について助言をうけるよう強く勧めることなしに (without the insistence that the donor take independent advice) 単に受領した行為は、非良心的行為にあたると認定した。

30) *Alec* 判決 (注28) において、非良心的取引取消の法理が適用されるための三要件を抽出した、ミレット法廷弁護士 (当時は、高等法院代理判事) と同一人物である。

る」ほどのものであることが必要だとしている。ここでは、非良心的取引取消の法理の適用条件として、強い立場にある者の「行動の」不適切性だけではなく、「契約条項の」不適切性が触れている点が特徴的である³¹⁾。ただし、両者の関係は、後者の不合理性を説明できないことをもって前者の存在を推認させるものとして捉えている点で、前者に力点が置かれていることにも注目すべきである。

つまり、実質的な不公正 (substantive unfairness) が生じているという事実をもって、当事者間に存在する関係 (例 認識・経験上の非対称 (a cognitive asymmetry)) から生じうる濫用リスクが具体化したことの間接的な証拠 (indirect confirmation that the relevant risk materialized) とみる立場である³²⁾。

この点に関連して、さらに、2000年以降の最近の判決において、客観的にみて不合理な取引の有効性が問題となっている場合、自らがその不合理な取引条件を引き出したのではない場合であっても、一定の場合に被告の (自己の行為が原告の不利な状況につけ込んでいるという) 認識を擬制、推認する証拠として扱われる事案の登場が目立ってきた。こうした認定は、債務者からの圧力を受けて過大な債務を保証することになった事案において、債権者たる金融機関に対して保証債務の有効性が争われる場面等において多くみられる³³⁾。

31) *Burch*, at 152-153.

32) この点で、非良心的取引取消の法理を、依然として、手続的な観点から捉えていることになるとするものとして、Smith, S., *Contract Theory (Clarendon Law Series)* (2004), at 348-352, 364. これに対して、実質的な不公正そのものを根拠とする立場は、契約自由の原則と抵触することから、単独での正当化は難しいと考えられている。Id, at 352-357. なお、本事案では、「過度な影響力の行使」法理によって契約の取消しが申し立てられたが、契約当事者間の関係性の濫用が問題となっていったことから、むしろ過度な影響力の濫用が行われた「非良心的取引」取消の法理を主張すべきであったとするものとして、Capper, “Protection of the vulnerable in financial transactions” in *Unconscionability in European Private Financial Transaction* (n 12 above), at 182. なお、Capperは、両法理を統合する立場を提唱している (後述)。

33) *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* [2001] UKHL 44が、この領域におけるリーディングケースとなっている (後述)。

すなわち、これらの事案においては、不合理な取引（例 過大な保証債務をなんの見返りもなく負う契約）が裁判上認められる場合に、それをもって本人（例 保証人）の主観が歪められた証拠と捉えるのではなく、また端的に不合理性自体を理由として契約を無効にするという姿勢でもなく、相手方（例 金融機関）自身の状況の濫用についての認識（故意）の認定に関連付けて捉えられている点が特徴的である。つまり、ここでの「つけ込み」は、「擬制認識（constructive notice）」として、わが国の民法96条2項における第三者による詐欺の場合の相手方の認識の有無を問う場面に類似した構造がみられる。

その際、中立な助言の存在の有無が、有利な状況の「不作為的」濫用の有無の評価と絡んで、契約の有効性を問題とする場合に大きな役割を果たしている点も注目される。具体的には、不合理な内容の保証契約の締結に際して、保証人が事務弁護士からの十分な助言を受けていなかったことを保証債権者たる金融機関が認識していたような場合に、そうした状況の「不作為的な」つけ込みがあったと見るのである³⁴⁾。

たとえば *Goff* 判決においては、まず、不合理な取引をめぐる、それまでの判例が取引手法の非良心性を問題してきたのに対して³⁵⁾、契約内容の不合理性の程度が「裁判所の良心を揺さぶる」ほどに達しているかどうかという点において、非良心性が問題にされている (*Barkley Bank v Goff*

34) この点について、*Portman* 判決 (*Portman Building Society v Dusing* [2000] All ER (D) 582) における Ward 判事は、法律家による助言がないことは、それだけで独立した要件になるような本質的なものではないと述べている。ただし、極度に背信的な (nefarious) 取引ではないかとの疑いに確信をもたせる強い要素 (a powerful factor) であるとしている。

35) この点について、Waddamsは、19世紀の判例は、取引内容に関連して非良心性を言う際には unconscionable を、行為態様に関連して非良心性を指す際には unconscious を主に用いる (unconscionable や fraudulent が使われるときもあった) といった区別がなされていたという。また、そこでの非良心性の対象は、契約の執行を求めること (seeking enforcement) についての不適切性が問題にされていたという (*Principle and Policy in Contract Law* (n 8 above), at 112)。それに対して、現代では、*Hart v O'Conner* 判決、*National Westminster Bank v Morgan* 判決に代表的なように、行為態様自体（手法）の非良心性が問われるようになったため、wrongdoing に相当するものが強く求められるようになったとされる。

[2001] EWCA Civ 635, at [24])。そして、契約内容に甚だしい不合理性があることが認定された上で、その背後に過度な影響力の行使があったことを推定し、かつ、その認識について立証責任を転換し、本人が中立かつ適切な助言を受けた上で（あえて不合理性の著しい）保証契約に踏み切ったとの立証に成功しない限り、保証債権者たる金融機関側に擬制認識の成立が肯定されるとしている³⁶⁾。

これは、見方を変えれば、過度な影響力を受けて主体的な判断ができなくなっているという相手方の状況の「不作為的」つけ込みとも捉えうる状態である。この点で、契約当事者間の「格差」が外部からの影響で生じており、特にそれが他の契約当事者（例 保証契約が問題になっている場合の主債務者）からの影響力によって生じているような場合には、「過度な影響力の行使」法理における「擬制認識」と「非良心的取引」法理につながる「つけこみ」との境界は、極めて不明瞭となるように思われる³⁷⁾。

（３）「非良心的取引」取消の法理の理論的考察〈２〉

——「過度な影響力の行使（不当威圧）」取消の法理との峻別と統合

両法理の区別について、オーストラリアにおけるリーディングケースではあるが、*Amadio* 判決³⁸⁾において、メイソン判事（Mason）は、「過度な影響力の行使」法理においては、過度な影響力を受けて意思形成が相手に依存してしまい、自発的に行われなかったという点が問題にされるのに対

36) この点について、ソリシタの説明不足やさらには、高圧的な夫（当該保証契約における主債務者）が同席していたという事実の下で、助言が不適切であった場合の金融機関の擬制悪意の存否について、*Barkley Bank v Goff*, at [27] を参照。

37) この点に関連して、*Hart* 判決では、むしろ、非良心的取引の適用の場面と、実際の詐欺あるいは擬制詐欺の場面とを同一視している。また、現在では立法的解決が図られている海難救助事例について、かつては、*wrongdoing* の立証なく *undue influence* が認定されていた。

38) 本件は、息子の事業の負債について、銀行に押されて債務の保証人となった高齢の夫婦の事案であるが、裁判所によって、契約内容が夫婦に一方的に不利なものになっている（“manifestly disadvantageous”）こと、それを銀行は十分に認識しながら、夫婦が助言を受けたことを確認することなく契約締結を推し進めたことが認定され、非良心的取引行為取消の法理を適用して、契約の取消しが認められた。

して、「非良心的取引」法理においては、たとえ意思形成が自律しており任意に行われたものだったとしても、そこで形成された意思は不利な状況が相手に付け込まれた結果であることが問題とされる点で、相違点があるとする (*Commercial Bank of Australia v Amadio* (1983) 151 CLR 447, at 462)。その上で、「非良心的取引」法理の適用のためには、「判断能力を失わせるような条件や状況 (disabling condition or circumstances)」に付け込んだ「行為 (conduct)」の存在が必要だとしている (at 463)。

この他、*Amadio* 判決においては、「非良心的取引」法理によって契約の有効性を取り消す場合を完全に分類することは不可能であるとした上で、一方当事者に「深刻な不利 (serious disadvantage)」を及ぼす例として、貧困、あらゆるニーズ、病気、年齢、性別、身体障害あるいは精神障害、泥酔、識字能力あるいは教育の欠如、必要な援助や説明の欠如を挙げている点も特徴的である³⁹⁾。さらに、*Amadio* 判決で例示されたような、本人が有する性質に起因した不利——constitutional disadvantage——（例 識字能力、酒気帯び、貧困、ニーズ、病気、加齢、身体や心身の障害、教育の程度、援助や説明の欠如、英語力の問題など）に加えて、心理的な依存 (emotional dependence) など、当事者の置かれた（偶然的な）状況に起因する不利——situational disadvantage——の契約の有効性に及ぼす影響が注目されている⁴⁰⁾。

また、2012年1月1日、連邦レベルの法律である「オーストラリア消費者法 (Australian Consumer Law (ACL))」において、「非良心的な行為をおこなってはならない」とする規定 (21条1項) が定められ、施行された。

39) ただし、いずれの場合にも、そのために契約の本質と内容が理解できなかったなど、「自己の最善の利益を判断する能力」に深刻な支障を来すことが要件とされている (*Amadio*, at 462)。

40) Corones, G., *The Australian Consumer Law* (2nd edn, 2009) at 182. たとえば、住む場所がなくなるかもしれないという不安を醸し出して、自己の生活を心配する原告に自宅の購入資金を提供するように仕向けた行為がこれに当たるとされた事案として、*Louth v Diprose* (1992) 175 CLR 621がある。

「非良心的行為 (unconscionable conduct)」の定義は置かれていないが⁴¹⁾、従来の判例法を否定はしないものの、それまでの射程範囲に限らないことが立法趣旨として明確にされている (同条 4 項 (a))。特に注目すべき点としては、非良心的行為の認定のために、第一に契約条項が問題とされ、第二に契約の履行方法や履行の程度が挙げられており、第三に同法理の適用場面を契約締結に至る交渉過程に限定されないこと (すなわち、更新、再交渉、解除の場面にも適用され得ること) が明記されていることである (同条 4 項 (c))。さらには、特定の行為だけを問題とするのではなく、契約の全過程を通して、個々の事象の積み上げが非良心的取引行為に達することもある (a system of conduct or pattern of behaviour) という見方が示唆されている (同条 4 項 (b) 参照)。なお、同法は、取消の実質的根拠を、真の意味での交渉の不在、あるいは、一方当事者にとって真の選択の不在であると見る立場をとっている⁴¹⁾。

このように、現在のオーストラリア法においては、制定法によって、「非良心的行為」を理由とする取消法理の射程範囲の拡大が実現されている。そして、不利な立場に置かれている者の真の選択や交渉の不在を根拠とする点では、かつての *Amadio* 判決ほど「過度な影響力の行使」法理との相違を明確にする意識は強くないようにもみえる。実際、本法において「不当の影響力の行使」は独立の要件として扱われていない一方、「非良心的行為」の認定に際して、裁判所が考慮に入れうる事情として、22 (1) (d) 及び (2) (d) において、「過度な影響力や心理的圧力 (undue influence or pressure)」、「不公正な駆け引き (unfair tactics)」の存在が規定されている点が注目される。さらに、同法は、「実質的な意味での非良心性 (substantial unconscionability)」（契約条件及び履行手段が対象）と、「手続き的な意味での非良心性 (procedural unconscionability)」（契約締結に至るまでの交渉過程が対象）とを区別した上で、両者を包摂しようとしている点も注目さ

41) Corones, (n 40 above) at 190.

れる⁴²⁾。

その一方で、実質的な非良心性とは「不公正な行為 (unfair conduct)」とは異なるものであり、「著しく道徳的に不名誉な行為 (high level of moral obloquy)」をいう点を強調することで、同法理の適用拡大に歯止めをかけようとする司法の姿勢も興味深い⁴³⁾。こうした司法の態度は、法の確実性と柔軟性という二つの要請の間にある緊張と均衡、また、一方当事者によって安易に法の確実性や契約の自由が損なわれないための配慮であり、このような姿勢がとられても、「良心を揺さぶるような (shock the conscience)」契約条項や、「善悪や合理性判断に反する (irreconcilable with what is right and reasonable)」契約条項に、司法が介入する可能性は高まるものとして評価する見方もある⁴⁴⁾。

しかしながら、2013年、オーストラリア競争及び消費者委員会 (the Australian Competition and Consumer Commission: ACCC) が⁵、高齢女性 5 人 (全員が80歳代か90歳代) の自宅に無料点検を偽って立ち入り、使用期間と称して新商品を置き、最終的には古い機種と取替させるという販売方法をとっていた企業を同法違反で訴えたが、一審では敗訴している⁴⁵⁾。原審裁判所は、こうした販売方法について、道徳的に問題がある “moral obloquy” と評価しうるだけの意図的な要素が見つからないとして、「非良

42) さらに注目すべき点としては、フランチャイズ契約の更新場面における不利な更新料を内容とする条項—いわゆる、不当条項—が同法理によって規制される可能性が見出されている。Id, at 199. 一方、イギリス法においては、これらの問題と不当条項規制の問題とは、異なるものとして扱われている。

43) この点に関連して、知的障害のある消費者が内容をよく理解しないままに契約を行った事案において、裁判上、「非良心的行為」の認定にあたっては、業者側の (障害の存在についての) 認識の有無が強く求められる傾向にあるが、知的障害を有する消費者にとって必要なのは、積極的なつけ込み行為 (“active exploitation”) の認定ではなく、取引上のネグレクト (“transactional neglect”), すなわち、障害を有しているように見える消費者と取引する際に求められるある種の注意義務の設定であるとして、政策的な観点からこの問題を論じる見解として、Griggs, L., “The Consumer with an Intellectual disability” 21 Competition and Consumer Law Journal (2013) 1, at 12.

44) Id, at 194.

45) ACCC v Lux Distributors [2013] FCA 47.

心的行為」には当たらないとした。また、一般論として、クーリングオフ条項が設けられている契約において、購入者が販売者に説得されたというだけでは「非良心的行為」があったとはみなされないとも判示された。だが、その後の控訴審においては、そうした企業の販売方法が「特定の力の欺罔的な行使 (a deceptive use of their particular power)」と認定され、一審で敗訴した3件について差戻しとなった⁴⁶⁾。同判決は、「非良心的行為」の認定に当たって、これまで取られてきた「道徳に反した行為といえるか否か」という基準に代えて、立法趣旨、社会のニーズや価値観を重視した新しい基準を示したものとして、現在、各方面の法律家から評価を受けている⁴⁷⁾。

これに対して、イギリスの判例法においては、「過度な影響力の行使」法理と「非良心的取引」法理とは互いに排他的関係にあるわけではなく、また、常に一方が他方を含むというものでもないと考えられている (*Barclays Bank v O'Brien* [1984] AC 180, at 195-6)⁴⁸⁾。前者は、契約が締結された際の意思の状態に重点が置かれ——原告に視点を置くアプローチ、後者は、契約を締結に導く際に相手がとった行動に重点が置かれている——被告に視点を置くアプローチ——が、両者は実際に重なることもあれば、そうでないこともあろう。

たとえば、既述の *Burch* 判決において、ミレット判事は、「過度な影響力行使」法理も「非良心的取引」法理も、実際の適用の有無を判断する場面においては、締結された契約の状況から不適切性が推認されるという点で、両者は共通点を有しているとする⁴⁹⁾。

46) *ACCC v Lux Distributors Pty Ltd* [2013] FCA Full Court 90.

47) Baxt, B., “Unconscionable conduct after the Lux decision” (2013).

48) なお、同判決については、古い法概念的メカニズムである擬制認識を不適切にあてはめたものという批判がある。Capper, D., “Undue Influence and Unconscionability; Relationalisation” (1998) 114 LQR 479, at 499. また、同判決以降、「過度な影響力の行使」法理が大いに発展してきたと見るものとして、L. McMurtry, “Case Comment Unconscionability and Undue Influence --- Interaction?” *Conveyancer and Property Lawyer* Nov/Dec (2000) 573.

49) *Burch*, at 15c-d, 153.

また、*Portland Building Society v Dusangh*（注34）も、*Burch* 判決から多くを引用し、従来の手法に従って、契約の相手方たる金融機関の「行為」が良心に反するようなものであったか（in a morally reprehensible manner）⁵⁰⁾を問うた上で、「非良心的取引」法理の本案への適用を否定している。他方、同法理の適用が否定されたとしても、非良心性が問題とされるような性質の取引は、他者が行使した「過度な影響力」の存在について、擬制認識が成立するか否かの認定に直接的に関連する余地のあることが述べられている⁵¹⁾。なお、本案においては、父が息子の事業資金を保証するという契約は、必ずしも一方が他方にとって「明らかに不利（manifestly disadvantageous）」なものとはいえず、また、（主債務者たる息子から物上保証人である父に対する）「過度な影響力の行使」が認められず、さらに、父親は中立な助言を事務弁護士から受けていたとして、金融機関についての擬制認識の成立は完全に否定されている。

その後、*Humpherys v Humpherys* [2004] EWHC 2201 (Ch) では、被告に一方的に有利な内容となっている契約の有効性をめぐって、当該契約の当事者間において、一方が他方に信頼と信用を置いてきたという既存の関係性があり（本事案では、母子関係）、弱い立場にある原告（母親）が支配的な立場にある被告（息子の一人）に精神的に依存しているという関係性が継続している場合に、「過度な影響力の行使」が推定され、原告が中立かつ包括的な助言を受けていたことを立証できない限りそうした推定は覆がえないとして、契約の取消しがみとめられた。その際、被告のとった契約締結に向けた行為（behaviour）が道徳に反するような手法であったかについて、たとえ「過度な影響力の行使」があったとの認定があったとしても、それが非良心的と言われる性質のものと認定されるか否かは別の問題であ

50) *Marden*（先述）におけるBrowne-Wilkinson 判事、*Boustany v Pigott* (1993) 69 P&CR 298, at 302, 303における Templeman 判事によって判示されている。

51) なお、こうした立場を批判する見解として、McMurtry, “Unconscionability and Undue Influence: An Interaction?” (n 48 above).

るとされている (at para [106])。なお、本事案においては、「過度な影響力行使」法理の適用が原告の一次的主張であり、「非良心的取引」法理の適用は予備的主張となっていた。

以上でみてきたように、イギリスの判例法上、「過度な影響力の行使」法理と「非良心的取引」法理とは、適用場面を重ねつつ柔軟に援用されていると言えよう⁵²⁾。こうした中、擬制認識の法理は、この両法理を架橋するものとなりつつあるように見える。この点について、多くの批判を受けながらも、いまや保証契約の成否をめぐるリーディングケースとなっている *Etridge* 判決が注目される。

Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2) [2001] UKHL 44 判決において、貴族院（現在の最高裁判所）により、契約内容が、説明を要する（“called for explanation”）ほどに通常のものとは異なり (at para 31)、当事者間に「信頼関係 (trust and confidence)」が存在している場合に、契約の有効性を保持したい側がとるべき手順（ステップ）が挙げられている。これらはいずれも、相手方のための助言を確保することに向けられている⁵³⁾。ここで、助言の存在は、「過度な影響力の行使」を否定するための不可欠の要素であると捉えられている (at 780 B)。そして、同判決において、ニコルス判事 (Lord Nicholls) は、「弱い立場にある者に対する不利の度合いが大きければ大きいほど、(過度な影響力の行使はなかったとの) 反証が成功するために求められる説明に説得力の高さが求められる」と判示している (at 799 A)。この点から、実質的な意味での不公正 (substantive unfairness) が、必要とされる助言の程度と関連付けられて問題とされていることが窺

52) 同様の見方をするものとして、McMurtry (n 48 above)。実際の訴訟としては、「過度な影響力の行使」を根拠として契約の取消しを求める訴訟が提起され、「非良心的取引」については予備的主張にとどまる（裁判所も、過度な影響力法理を優先的に適用する）ということが比較的多いように見受けられる。

53) 具体的には、①当該契約を有効に行うためには事務弁護士が関与する必要があることの説明、②事務弁護士が関与したことの確認、③事務弁護士が必要十分な説明を行ったことの確認、④契約締結に向けた本人の最終意思の確認である。

える。一方で、そうでありながらも、契約の相手方が第三者から過度な影響力を受けている可能性を想定して対処する責任を保証債権者に課すにあたって、そのための一定の手順がとられたか否かが注目される点では、依然として手続き的指向に立つものといえる。

同判決に関する評価は分かれるものの、これ以降、債権者の行為自体は「搾取 (exploitation)」や「非行 (wrongdoing)」と表現するに値する程度に達しない場合であっても、保証契約の有効性が否定されるといった事案が登場してきたという実態がある⁵⁴⁾。そこで、こうした「つけ込み行為」や「過度な影響力」の直接的な行使といった要件の緩和化 (relaxation)⁵⁵⁾の背後にある、法的論理が注目されよう。

特に、契約の取消を免れるために保証債権者に課された調査義務としての、相手方が（誰からも）過度な影響力の行使を受けていないことの確認、より具体的には、相手方が独立した助言を受ける機会を得た上で保証契約締結に同意したことの確認は、契約成立において助言が果す新しい機能に目を向けさせるものであると思われる。この点については、節を改めて論じることとする。

3. 契約締結過程における助言についての法的位置づけ

(1) イギリス判例法における助言の位置づけ——概要

そもそもイギリスの判例法においては古くから、識字能力 (illiteracy)、経済的困窮 (financial distress)、社会における階層 (social class) といった観点から優越した立場にある者は、劣位にある者に対して、第三者からの

54) ミレット判事は、既存の関係から生じている影響力を濫用して非良心的にふるまった場合には常に「過度な影響力の行使」が認められるとして、両者をほぼ同意に使っている。*National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v Hew* [2003] UKPC 51, at [29].

55) Wightman, “From individual conduct to transactional risk; some relational thoughts about” (n 14 above), at 100, 117, 120.

助言を受けることを「促す (suggest)」義務があると考えられてきたという⁵⁶⁾。これは、一方が相手に対して負う「二者関係的な」助言義務とは異なるものとして捉えられるべきであろう。このように「三者関係的な」助言を考えると、これまでわが国において助言をめぐる議論されてきたものとは異なる構図、新たな視点が見えてくるように思われる。

たとえば、一方が他方に優越しているという客観的状況がある場合に、劣位にある側に助言が与えられないということは、交渉中の契約に関する評価（すなわち、各自にとっての損得の計算）をめぐる、劣位にある者の優越的地位にある者への依存を強く推認させるものであると解する見解がある⁵⁷⁾。この見解は、密室的な環境の中で、相手の言うままに契約内容を評価させられ、自律的な思考のないままに契約交渉が進められたことが、助言が与えられなかったという事実から推認されるとする。

なお、ここで想定されている助言とは、基本的には専門家によるものであり⁵⁸⁾、具体的には事務弁護士を指していることが多い。この点について、たしかに、事務弁護士を立ち合わせるのが一般的であればあるほど、事務弁護士が同席していないということは特に注意されるべきこととなり、「裁判所は、実際には何があったのだろうか」と精査するようになる⁵⁹⁾。反対に、事務弁護士が関与したことをもって、本人に対して、「取引の本質と効果についての説明が十分になされた」との推定を受ける⁶⁰⁾。そうであるとはいえ、事務弁護士による助言に限られるものではなく、判例法上も、助言者に何らかの資格を要求するということはされてこなかった⁶¹⁾。

他方、一步進んで相手が助言を受けていることを確認しさえすれば、必

56) *Baker v Monk* (1864) 419 Beav 419.

57) MacMillan (n10 above), at 21

58) *Harrison v Guest* (1855) 6 De G M & G 424.

59) *Cresswell v Potter* [1978] 1 WLR 255, at 258.

60) *Denton v Donner* (1856) 23 Beav 285.

61) *Curson v Belworthy* (1852) 3 HLC 742. 本判決では、教育を受けておらず識字能力に欠けていた原告が、必要に迫られていたとはいえ、妻と3人の弟からの売るべきでないという助言にもかかわらず行った廉価での土地の譲渡について、契約の取消しが否定されている。

ずしも自ら助言を行っていないと、相手方は影響力から解放されているとして、契約の有効性を主張することができる⁶²⁾。ただし、いくら助言が与えられていても、それが中立性を欠くものであれば、影響は除去されておらず、したがって、相手方への依存状況は是正されていない⁶³⁾と考えられている⁶⁴⁾。さらに、本人が助言の受け入れを拒否しているような場合であっても、自己責任の問題としてではなく、むしろそれだけ外部からの影響を深く受けている証拠とみて、契約の有効性をより慎重に考察しようとする姿勢もみられる⁶⁵⁾。

ここで、あらためて、二当事者間において「過度な影響力」の行使が推定される場面と、三当事者間において「過度な影響力」の存在が推定される場面における助言が果す役割の違いに着目したい。二当事者間の場面では、助言の場を相手に確保することにより、自分は相手に過度な影響力を与えてはいないとして、直接的に推定を反駁することができる⁶⁶⁾。他方、三当事者間の場面においては、相手方が第三者から過度な影響を受けていないということを確認するものに留まり、それでよいとされる⁶⁷⁾。

この点について、*Etridge* 判決（既述）は、保証債権者が、保証債務者が過度な影響力を主債務者から受けていることを知らず、知らなかったこと

62) 相手方に積極的な行為を求める点で、原告の視点に立った「予防的 (prophylactic) アプローチ」と呼ぶ見解として、Morgan, J., *Great Debates in Contract Law* (Palgrave Macmillan, 2015), at 197.

63) 十分かつ有意義な助言だけが、他人からの不当な影響から本人を解放しようとするものとして、Bigwood, R., *Exploitative Contracts* (OUP, 2003), at 265-6.

64) これに関連して、*Burch* 判決（既述）においてミレット判事は、原告が事務弁護士の助言を受けた上で契約締結に至ったことを立証できれば、通常は当該事務弁護士の助言が適切であったものと推定される結果、被告は擬制認識の推定から解放され契約の有効性も否定されないが、例外的に、助言が中立・十分ではなかったことを被告が知っているか知ることができたようなにおいてはその限りでないと判示した。

65) 2000年の *Portman* 判決（既述）におけるブラウン判示 (Simon Brown LJ)。

66) 独立した助言を通して、過度な依存が是正された (cured) ならば、推定は覆されるとするものとして、Birks and Chin, “On the Nature of Undue Influence” in Beatson & Friedman (edd), *Good Faith and Fault in Contract Law* (Clarendon, 1997) がある。

67) したがって助言者は、取引の本質的な部分について説明するだけでよいとされている。

について落ち度があったといえないような場合にも、保証契約が取り消されうる可能性を示した。これは、先述したオーストラリアにおける *Amadio* 判決が、保証債務者の有する「不利」（本事案においては、英語を理解する能力に問題があった）を認識しており、そうした障害を有する相手方の利益を害するような内容の契約（の締結）がなぜ非良心的にあたらないのかを立証できない限り取り消されうるとして、契約の取り消しにあたっては、なおも相手が有する不利・障害の存在について認識を要求していた立場とは対照的である。

（２）「非良心的取引」取消の法理の拡大の可能性

① 濫用状況の対象範囲の拡大～「不利 (disadvantage)」から、「障害 (disability)」、「ニーズ (needs)」へ

ここで再び、優位な状況にある者による「つけ込み」の対象に着目する。そもそも、「非良心的取引」取消の法理においては、「貧しく、無知な者（‘poor and ignorant persons’）」が助言を得ることなく自ら契約を締結した場合と表現されていた (*Fry v Lane* (注5))。しかしながら、こうした表現はあくまで1888年当時の人権意識に基づいたものであり、20世紀の感覚にふさわしいものとすべきだとして、メガリー判事 (Megarry J) によって、1978年に “a less highly educated member of a lower income group” (*Cresswell v Potter* (注59), at 257) との表現に改められることになった。だが、表現は変わったとはいえ、射程範囲に大きな変化はみられない。

他方、同判決をきっかけとして、射程範囲が次第に広がっていったとする見方がある⁶⁸⁾。実際、ミレット判事は、1983年の *Alock* 判決において、「一方当事者が深刻な不利な立場にある場合 (one party has been at a serious disadvantage)」としており、属人的な表現から属性的な表現へと変化が見られることが窺える。そして、その不利が生じた原因について、

68) Morgan (n 62 above), at 201.

「貧困, 無知, 助言の欠如であるとその他を理由とするとを問わず (whether through poverty, or ignorance, or lack of advice, or otherwise)」と表現している点で、広がりが認められる。射程範囲の拡大の可能性については、適用の有無が曖昧になるとして批判する立場もあるが⁶⁹⁾、筆者は、むしろこの点を、法的技巧の制約から離れ、広く契約当事者間に格差が生じている場合の救済の可能性を示すものとして評価したい⁷⁰⁾。

こうした観点から、先述した昨今のオーストラリア法において、本人が有している性質（例 識字能力、貧困、病氣、加齢、身体や心身の障害）、教育の程度、援助や説明の欠如、英語力の問題に加えて、心理的な依存関係が含まれるようになったことが注目される。この点については、我が国で立法を考える場合に、有用なように思われる。

②問題とされる濫用行為の拡大

デニング判事による *Bundy* 判決を契機として、「非良心的取引」取消法理の適用のためには、「つけこみ」行為の存在が不可欠であることが再確認されることとなったが、「つけ込み」行為の内容については、拡大がみられる。たとえば、*Hart* 判決において、ブライトマン判事 (Lord Brightman) は、“the passive acceptance of a benefit in unconscionable circumstances”として、非良心的な状況で利益を相手から「受動的に」受け取ることもつけ込みと評価されることが判示されている⁷¹⁾。ただし、この際には、被告の認識の有無が重要となろう。

さらに、「過度な影響力の行使」法理の中でも、実際に過度な影響力が行

69) 前注参照。

70) 同様の立場に立つものとして、Capper, “Undue Influence and Unconscionability; Relationalisation” (1998) 114 *LQR* 479。むしろ、この拡大傾向の中に「過度な影響力の行使」の法理が入りうるとして、非良心的取引取消の法理との教義上の線引きの無用性を訴えている。

71) 同様に、「邪な濫用 (wicked exploitation)」は必要なく、「受動的な受領 (passive acceptance)」でよいとするものとして、Morgan (n 62 above), at 201. Bigwood (n 63 above), at 201。

使された場合——「過度な影響力の実際の行使 (actual influence)」と、過度な影響力の行使があったことを疑わせる——「過度な影響力の行使の推定 (presumed influence)」——とを区別し、後者をむしろ「非良心的取引」法理の中に取り込む考え方が提示されている⁷²⁾。前節で検討してきた最近の判例の動きにも適うものとして、支持したいと考える。ただし、この際にも、被告の側からの反証・反駁をどの程度認めるか、政策的な観点からも別途慎重な考察が必要となろう。

この点についても、先述した昨今のオーストラリア法において、判例法が「心理的依存」を含めているだけでなく、制定法が判例法を拡大し、特定の行為だけを問題とするのではなく、契約の全過程を通して、個々の事象の積み上げが「非良心的行為」に達しうることを認めていること、さらに、「非良心的行為」の認定にあたって、「過度の影響力や心理的プレッシャー」、「不公正な駆け引き」の有無を考慮することが定められている点が参考となるように思われる。

③小括——「不当威圧」から「過大な影響力の行使」、「過大な影響力の存在の推定」へ

これまでみてきたように、契約当事者間に格差が生じている際の契約の有効性に関する問題をめぐっては、イギリス判例法上、主として「非良心的取引」取消の法理が関わってきたが、実際には、「過度の影響力の行使」の法理が常に周縁に位置してきた。この点に関連して、従来、undue influence の訳語については、「不当威圧」とするのが一般的ではあったが、むしろ「経済的強迫 (economic duress)」に近い、实际的・直接的な威圧行為⁷³⁾のみならず、心理的依存関係・共依存関係・愛情により、自己の利益を確保するための防御能力や判断能力が十分に働かないままに不利な契

72) Bigwood, R., *Exploring Contract Law* (Hart Publishing, 2009), 481.

73) この場合には、原告は実際に威圧があったことを立証すればよく、そのために多大な不利益を被ったことを立証する必要はない。

約締結に至ったという類型が存在している。そこで、本稿においては、undue influence を「過度の影響力の行使」と訳出し、実体的・直接的な威圧行為を意味する（狭義の）「不当威圧」と区別することにした。

また、保証契約事案を中心に、契約締結の背景に「過度の影響力の行使」があったのではないかと疑われる状況が客観的に揃っている場合に、契約の有効性を保持したい側に（行使がなかったことについての）立証責任を転換させる「過度の影響力の存在の推定」法理の活用が、昨今注目されている。ここでは、過度の影響を（第三者から）受けているという相手方の状況を知りつつ契約締結を進めるといった「不作為的な」行使が認められることになるが、さらには、（第三者の）影響下に置かれているという相手の状況に対して、助言を確保するなど、影響力の中和・解消のための一定の行為をしなかったことが契約の取消の根拠とされている最近の傾向（既述、*Etridge* 判決など）から、非良心的取引取消の法理と過度な影響力行使の法理の重なり合いと、統合、拡大の方向性が一層色濃く見えてくるように思われる。この点について、再び、昨今のオーストラリアの判例法が本人に帰属する不利・障害の要素に加えて、状況が生み出す心理的依存といった要素も対象にしていること、2011年のオーストラリア消費者法が「非良心的行為」の認定にあたって「過度の影響力や心理的プレッシャー」「不公正な駆け引き」の存在を考慮すると規定していること——「非良心的行為」の中に「過度の影響力の行使」を含める立場——も、同様の視点に立つものとして参考になろう。

それでは、改めてこれらの点に着目するとき、客観的に契約当事者間に不均衡が生じており、実際に締結された契約内容がその不均衡を反映して不公正なものになっているように見えるとき、契約の有効性を否定するためには、新たにどのような理論的根拠と法的対応が必要であろうか。また、逆に、契約が有効性を維持するためには、何が求められるであろうか。

ここで、「非良心的取引」取消法理の理論的根拠について、これまで取り扱っていなかった見解として、新たに同法理を契約における「リスク」配

分の観点から説明しようとするアプローチ (contractual risk model) を紹介する。このアプローチは、これまでの見解は、被告側に視点を置く場合であっても、原告側に視点を置く場合であっても、いずれも個々の行為を問題とするアプローチ (individual conduct model) でありその域を出るものではなかったとして、より価値中立的な立場から契約の有効と無効を画す試みがなされている点が注目される⁷⁴⁾。

(3) 契約リスク (配分) 論——助言を組み入れるための法的理論構成へ

契約リスクの配分という観点から「非良心的取引」取消の法理を捉えなおす見解——「契約リスクモデル (contractual risk model)」は、J・Wightman によって提唱されている。

ここで「リスク」とは、契約によって不利が生じる危険性を指す。この立場は、契約の取り消しを主張する原告側に立った視点 (‘claimant sided’ approach) も、契約の有効性の維持を主張する被告側に立った視点 (‘dependent sided’ approach) も、いずれも非良心性の手続的概念に注目するものとして、これとは異なる第三のアプローチを示すものである。この見解は、同意に根拠を置く古典的な契約理論においても、合意の存在を客観的に判断する客観主義に立つ限り、「真の」同意は不要だということであり、そうであるならば、契約の有効性の問題は立証責任の問題に還元できるとする⁷⁵⁾。

すなわち、「契約リスク配分論」とは、客観的状況からみて、一方当事者に通常よりも高いリスクの発生が想定される場合に、他方当事者に対してリスク軽減のために一定の義務を課し、契約の有効性をその充足の有無にかからしめるという見解である。契約の有効性をめぐって、むしろ無効を推定する、従来とは逆の発想に立ったものといえよう。

74) 以下、取引リスク配分論については、Wightman, “From individual conduct to transactional risk; some relational thoughts about” (n 14 above) を参照。

75) Id, at 108.

そして、通常よりも高く、契約リスクの発生が想定される場合として、(a) 個人的特徴から生じるリスク (personal characteristic risk), (b) 関係性から生じるリスク (relational risk), (c) 取引の性質上生じるリスク (transactional risk) の三場面が挙げられる。これらはいずれも、契約が行われた「文脈 (context)」を重視するものではあるが、個別具体的な着目ではなくむしろ、取引の「種類 (category)」に着目して法的処理を行おうとする点が特徴的である。

(a) については、未成年者をめぐる取り扱いが典型例ではあるが、原告側が契約を理解していなかったことや被告側に行き過ぎた行為があったことを立証することなく契約の取り消しを認めた *Fry v Lane*⁷⁶⁾ (既述) も、この立場から説明できるとする。

(b) については、(a) と重なる場面も多いとされるが、①当事者間に既存の信頼関係があったこと、②一方にとって非常に不利な (“manifest disadvantage”) 契約内容になっていること、あるいは、説明が求められるほど通常でないこと (“call for explanation”) ことの二点について原告側が立証に成功した場合、被告は、当該取引が「過度の影響力の行使」によるものではないことを立証しない限り、契約は取り消されることになる。その根拠を、信頼関係から発生する法規範 (norm) ととらえるならば⁷⁷⁾、被告側には反証に成功することによって契約を有効にする道が残されることになる。一方、これを単に取引の性質から生じるリスクと捉えるならば、

76) すなわち、被告の側で、当該契約が「公正、正当、合理的」であることを立証できない限り、契約は取り消される。ただし、立証責任が被告側に転換されるためには、原告側で取引が廉価であったこと、売主が貧困と無知の状況にあったこと、独立した助言を受けていなかったことの3点について立証することが必要である (前掲、注5参照)。

77) 契約当事者間に存在する関係性に規範を見出すものとして、Chen-Wishart, M., “Undue Influence: Beyond Impaired Consent and Wrongdoing towards a Relational Analysis” in A. Burrows and A. Roger (eds), *Mapping the Law* (OUP 2006); “Undue Influence: Vindicating Relationships of Influence” [2006] CLP 231を参照。他方、個人主義的な同意論に立ちながら、transactional neglectという概念を用いて、同様の結果を導出する論者として、Bigwood, “Contracts by Unfair Advantages: From Exploitation to Transactional Neglect” *Oxford Journal of Legal Studies* 25-1 (2005) 65.

反証が認められる余地は極めて少なくなると考えられる⁷⁸⁾。典型的な例としては、弁護士と依頼人というように、専門家が関わる場合が挙げられる。この他、家族や友情が背景にある場合もそこで行われる契約リスクが高いものとして挙げられる。

(c) については、イギリスの制定法上、営業場所以外での販売行為、遠隔者間での販売行為、タイムシェア販売、家電製品の保証期間の延長契約について、当事者間における同意の真意性も、被告による非行の有無も問題にすることなく、一定の要件が充たされれば取消という法的効果が発生するという仕組みは、まさに、一定のカテゴリーに属する取引行為について法が一律にリスク配分を行っている一例であるとする⁷⁹⁾。

また、先ほど (b) のところで挙げた、事務弁護士とクライアント、家族間、友人間で行われる契約についても、むしろ取引リスク論によってよく説明できるとされている⁸⁰⁾。特に、昨今注目されてきた「三当事者間における過度の影響力行使 (three-party under influence)」事案 (既述) について、取引リスク論からの説明が試みられている。その結果、*Etridge* 判決において、当事者の非行の立証を極めて緩和したことによって「過度の影響力の行使」の「行為性」が薄められることになった点を捉えて、契約交渉過程に入るにあたり、後から「過度の影響力の行使」やその他の「非行」を理由として契約の有効性が失われることを防ぐために、(交渉力の強い側にある者は) どういった手続きをとるべきかを示したものとして評価する⁸¹⁾。そして、この要件の立て方いかんによって、当該契約について (交渉力の弱い側にある者に対して) 再考の機会を与えることにも、当該契約の (自分にとっての) 真価を確認し、真の同意を確認することにもなるという意味で、このアプローチは価値中立的であるとしている⁸²⁾。

78) Wigthman (n14 above), at 112.

79) Id, at 114.

80) Id, at 113.

81) Id, at 119-121.

82) Id, at 127.

以上のように、原告の同意にも被告の行為にも根拠を置かず、契約リスクの発生という観点から分析する見解を紹介してきた。Wightman は、特に助言について個別の言及はしていないため、以下は筆者の解釈ということになるが、契約リスク分配論の観点に立つならば、助言の存在は以下のようなものではなかろうか。

まず、(a) においては、特定のニーズを有する者が契約締結に臨む際に被る可能性のあるリスクをあらかじめ抑えうるものとして捉えられるように思われる。前項で注目したオーストラリアの判例法が、本人が有している性状から生じうる不利 (constitutional disadvantage) として、識字能力、言語力、教育の程度、貧困、ニーズ、病気、加齢、身体や心身の障害などを挙げていたが、援助の有無もここに含めていた点が参考になるように思われる。すなわち、助言の存在が、一方当事者に生じている性状的不利を起因としたリスクの発生を縮減しようと捉えるならば、助言の介在を両当事者に働きかけるような法設計 (例 助言が存在しなかった場合、後に契約が取り消される可能性が残るとともに、適切な助言が存在した場合にはその可能性がなくなる) へと向かうであろう。

(c) においては、第一に、統計・経験則的に見てリスク発生の多い取引形態において、たとえばクーリングオフの行使は、リスクの発生が顕現化した時点で拡大を阻止するものと捉えられるが、ここにおいても助言の存在は、実質的な効果として、そうしたクーリングオフが行使される頻度を減少させることにつながるものが期待されよう。この点について、例えば、イギリスのいくつかの自治体において取られている「隣人見守り」制度が参考になるように思われる⁸³⁾。

83) そもそも、イギリスの消費者法制において、訪問販売にはクーリングオフの権利が定められており、事業者による同権利の不告知は刑事責任を問われる ((2013年「消費者契約に関する規則 (The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013)」10条及び19条)。不招請の訪問による販売行為自体は、直接的な法規制を受けていないものの、消費者の拒絶の意思が明示されている場合に執拗な訪問を続けることは「攻撃的な販売方法」という要件を充足する場合があります、刑事責任を問われうる行為と

第二に、契約当事者間に特定の依存関係、信頼関係、支配関係、共依存関係がみられる場合には、助言によって、そうした人間関係から起因する影響力を解消するという機能が期待されよう。こうした場面における取引は、従来、定型的なものとして（b）の分類において、規範の問題として扱われるのが一般的であったと思われるが、むしろ（c）の分類として扱うことによって、従来は契約リスクがあると認識されていなかったような取引について広く取り込んでいくことが可能のように思われる。

すなわち、社会通念上、影響力の存在が疑われ、しかもその影響力が支配—服従関係に近いようなもの、相手の自己判断を奪い取るようなものについては、従来も「過度な影響力の行使」が強く推定され、契約の有効性をめぐって立証責任が転換されてきた。それに加えて、そこまでの定型的な関係が認められないものについても、たとえ交渉開始時のリスクは低いものであったとしても、その後の契約当事者間の関係変化によって一方から他方への影響力が増幅される可能性のあるものについては、交渉開始時のみならず契約締結までの間、継続して中立な助言が存在することがリスク制御のための効果的な方法ということになろう。さらに、こうした視点は、（a）に属するとして本人（側のみ）の問題として扱われてきた分類をも、両当事者が関わる契約リスクの問題として属人的構成から離れて価値中立的に（すなわち、弱者保護という視点を離れて、あくまで当事者が織りなす文脈の中において）取り扱うことを可能にするように思われる⁸⁴⁾。

そこで、次節では、新たに（c）の分類を上位概念として、（a）や（b）

なる（2008年「不公正な取引からの保護規則（the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations (CPUTR) 2008）」）。そして、消費者による拒絶の意思表示の一つとして、「訪問販売お断り」ステッカーが積極的に捉えられており、これと組み合わせる形で「隣人見守り制度」が用意されている。これにより、不招請訪問販売の中で消費者が若干の関心をもつ内容のものについて耳を貸す際、密室化によって先のリスクが発生することを防ぐために、予め指名しておいて隣人見守り員に同席してもらおうという社会システムが整えられている。拙稿「イギリスにおける消費者被害対策（1）、（2）」『消費者法ニュース』102、103号（2015年）。

84) 同様に、非良心的取引の法理などを、一方当事者の弱者性ではなく、契約のコンテキストの問題として捉えるものに、Capper (n 32 above), at 167.

の分類をその下位概念に位置づけながら、さらに検討を続ける。

4. 当事者間の関係性から生じた「過度な影響力の存在」の解消 ——一般原則化, 制定法化, 範疇化をめぐる議論

(1) いくつかの参考例

前節では、一方当事者が他方に影響力を及ぼしやすい取引状況といったものを予め抽出しておき、不利が偏るリスクを生じさせないために予防的な法設計を行う、という視点について触れた。そして、その一例として、オーストラリアの消費者法の動向を見た。この他、同様の方向性に立った立法例はないだろうか。

たとえば、2005年に出された「不公正な商行為に関するEU指令 (the Unfair Commercial Practices Directive (UCPD))⁸⁵⁾」(特に5条3項)にみられる立場も、これに近いように思われる。すなわち、精神的・身体的障害、高齢、信じやすさ (credulity) のために、意思決定の過程において自己の利益を守る能力が不十分な人々に対して、彼らをあえて標的にするような特定の販売方法をとったり、特定の商品売りつけることを、不公正なリスクを発生させる危険性の高いものとして、予め禁止する内容となっている。こうした姿勢は、事業者側により多くの情報提供を求めたり、特定の販売手段が法の禁じる「攻撃的な方法」と認定される可能性を高めるものではあるが、あくまで手続的な公正を追求するものであり、(契約の自由に制約をかけるような) 実質的な公正の実現にまで踏み込んだものではないと解されている⁸⁶⁾。

85) 2005/29EC (UCPD). これをイギリス法において国内法化したのが、「不公正な取引からの保護規則」である。

86) これに関連して、意思決定の過程において自己の利益を守る能力を「手続き上の能力 (procedural ability)」と表現するものに、Willet, C., “Unfairness under the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008” in *Unconscionability in European Private Financial Transaction* (n 12 above), at 368-9.

また、「共通欧州売買法（草案）（the Draft Common Frame of Reference (2008)）」⁸⁷⁾では、II-7:207条の「不公正なつけ込み (Unfair exploitation)」の項において⁸⁸⁾、一方が他方に依存していたり信頼関係が存在しているなど、自律的に意思形成をすることが困難な状況にある場合に、そうした状況につけこんで⁸⁹⁾、「過度な利益 (excessive benefit)」や「著しく不公正な地位 (grossly unfair advantage)」を得た場合、契約を取り消しうるということが規定されている。そして、自律的に意思形成をすることが困難な状況として、イギリス法における「過大な影響力の行使」の法理を想起させる要件——すなわち、「依存 (dependence)」 「信頼関係 (a relationship of trust)」 「経済的強迫 (economic distress)」 「窮迫の必要性 (urgent needs)」 が挙げられている。さらに、「非良心的取引」の法理を想起させる要件——すなわち、「浅薄 (improvident)」 「無知 (ignorant)」 「無経験 (inexperienced)」 「交渉術の欠如 (lacking in bargaining skill)」 が挙げられている⁹⁰⁾。

一方、同草案においては、イギリスの判例法とは異なり、同意がなかったこと、非良心的行為があったこと、過度な利得があったことについて、それらを示唆する表現はあるものの、個別に立証することの求められた要件とはされていない点で、消費者の立証責任は緩和されているように思われる。また、効果として、取消し (avoidance) に加えて、裁判所によって、「信義誠実 (good faith)」や「公正な取引 (fair dealing)」といった客観的合

87) 本草案に関する日本の文献としては、『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案 (DCFR)』（法律文化社、2013年）がある。

88) この他、PECL, Article 4: 109 [Excessive Benefit or Unfair Advantage] や、Common European Sales Law Article 51 [Unfair exploitation] にも、同様の規定がみられる。

89) 主観的には、相手のそうした状況を「知っていた (knew)」か、客観的にみて「知りえた (could reasonably be expected to have known)」と認められる場合を指す。

90) さらに、「不公正条項」が規制されているが（II-9: 401条から410条 (vol I, 628-67& 511-2, note 4)）、「不公正条項」の定義について、事業者と消費者との間において、「個別に交渉される (individually negotiated)」ことのなかった条項のうち、「透明性 (transparency)」を欠くもの、あるいは、「信義誠実 (good faith)」及び「公正な取引 (fair dealing)」に反して「重大な不利益 (significant disadvantage)」を生じさせるものだとしている。これについても、「信義誠実 (good faith)」要件以外は、イギリスの判例法において考慮されてきた事柄である。

理性の観点からの契約修正 (adapt the contract) が組み合わされている点も特徴的である。

(2) 契約当事者間に形成された「関係上の不平等 (relational inequality)」に注目する理論の再考

前項では、契約当事者間に有利・不利といった格差がみられる場合に、そこで締結された契約の有効性を否定するための法的技術として、「非良心的取引」や「過度な影響力の行使」取消の法理、「過度な影響力の存在」推定の法理を組み入れるために参考となりそうないくつかの立法例を見た。一般論として、特定の法理を立法するにあたっては、「一般原則化」と同時に、法の確実性・行為の予測可能性という点で、ある程度の具体化が求められると考えるが⁹¹⁾、そうした「カテゴライズ (範疇化)」はどの程度までなされるべきであろうか。

ここで、「関係上の不平等」という概念に着目したい。この概念に着目して論じることの長所は、弁護士と依頼人、後見人と被後見人といったような、社会通念上、そしてイギリスにおいては判例上、信頼あるいは支配関係があるものとして取り扱われてきた定型的な関係でなくとも、契約当事者間に現実的に不平等があり、そこから締結された契約内容に理不尽な不平等——「取引の不均衡 (transactional imbalance)」があれば、「関係上の不平等 (relational inequality)」がつけこまれたためであろうとして、「非良心的取引を推定する (presumption of unconscionability)」ことを可能にする点である。一方から他方に、関係性の不平等がそのまま反映されて経済的なアドヴァンテージが移転したようにみえる場合がこれにあたる⁹²⁾。すなわち、この見解において、「多大な不利益 (manifest disadvantage)」や「取引上の不平等 (transactional imbalance)」は、非良心的取引の存在を推

91) 同様の視点に立つものとして、Smith (n 32 above), at 345.

92) Capper (n 32 above), at 180; N Bamforth, “Unconscionability as a Vitiating Factor” (1995) Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 538.

定させる証拠にすぎない⁹³⁾。このように、イギリスの判例法において「過度な影響力の行使」が推定される場合に用いられてきたのと、同じ論理構造がとられているのが特徴である。

ここから見てくるように、この見解は、「関係性の不平等」を反映した「過度な影響力の行使の推定」を、「非良心的取引行為」の一類型と位置づけ、非良心的取引法理と過度な影響力行使の法理の統合（merger）を強く主張する⁹⁴⁾。契約当事者間の関係性に不平等が見られる場合に、原告側と被告側の両者に目を向け、あくまで当事者の関係が織りなすコンテクストに着目するのが同見解の特徴であり、イギリス判例法のリーディングケースである *Fry v Lane*（注5）に立ち戻る立場であるとされている⁹⁵⁾。さらに、同見解は、「実際の（actual）過度の影響力の行使」を「非良心的取引行為」概念の下位概念として含める点でも特徴的である。

他方、同様に契約当事者間の関係性に着目し、従来の定型的な関係以外にも過度な影響力が生じうることを指摘して、その範囲を拡張し、雇用者と被雇用者のような関係、家族関係にも「過度な影響力の存在の推定」法理を適用していくことを主張する論者として、Chen-Wishart がいる⁹⁶⁾。ただし、この見解は、関係性の存在を「社会規範」として捉えている点からも明らかなように、ある程度永続的な、そして解消の困難な関係のみを扱おうとしているように見えることから、たとえば、担当販売員と馴染みの顧客や、一度招き入れられた後にまるで友人のように繰り返しやってくる販売員と居住者といった、一過性のものやその場限りの関係ではないもの

93) そうであるとすれば、たとえ取引上の不平等がなくても、非良心的取引が行われたという手続き上の不公正が問題となりうる。これに関連して、たとえ客観的に見て合理的な内容に見える契約が締結されたとしても、過度な影響力の行使による結果であれば取り消し得るとした *Morgan* 判決が参考になろう。

94) Capper (n 48), at 500. Capper (n 32 above), at 182, 183.

95) Id, at 181.

96) M.Chen-Wishart, “Undue Influence: Beyond Impaired Consent and Wrong doing towards a Relational Analysis” in Burrows, A., and Roger, A., *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP, 2006) 201; “Under Influence: Vindictive Relationships of Influence” (2006) 59 *Current Legal Problems* 231.

の、社会通念上継続することが想定されているとまではいえないものを扱うことは困難であろう。また、そもそも、「過度な影響力行使」の法理は、特定の人間関係の存在を前提とした理論であることから、範疇化をいくら精緻化しても（そしてそのことによって、解釈の明確性や予見可能性は高まるものの）、あるいはそれゆえに、一回限りの当事者（strangers）間における優越的地位の利用を規制するという機能を失わせることになる点が指摘されている⁹⁷⁾。

さらに、あくまで従来通り、原告・被告それぞれの事情に個別に着目する視点に立ち、取消の根拠を同意の瑕疵と非行のそれぞれにおきながらも、「濫用（exploitation）」の概念に代えて、「取引におけるネグレクト（transactional neglect）」という概念の導入を新たに提唱する見解もある⁹⁸⁾。この場合にも、どのような状況においてどのような注意義務が発生するのか、一般原則化と同時に、法の明確性、安定性の観点から、一定程度の範疇化が求められることとなろう。

5. むすびに代えて——日本法への示唆——

以上、本稿では、契約当事者間になんらかの交渉力格差が存在し、そこで行われた契約が不合理な内容となっている際にその効力を争う場面について、契約当事者間に既存の関係がある場合だけでなく、何かをきっかけにして「過度な影響力」が形成されていく途上で生じた「非良心的取引」にも対応できるような法理論を求めて、考察を続けてきた。

繰り返し述べてきたように、イギリスの法律家の間では、19世紀、20世紀を通して、契約当事者間に存在する不平等だけを根拠に契約の有効性を否定するということは、法による過大な私的自治への介入になるとの懸念がもたれてきた。それでもあえて介入する場合とは、その背後に社会的、

97) MacMillan (n 10 above).

98) Bigwood (n 77 above).

文化的、経済的必要性の見地に立った政策的配慮が控えているようなときであり、その場合にも、基本的には立法に委ねてきた⁹⁹⁾。そのため、これまで、一般法理としての「非良心性 (unconscionability)」や「不平等 (inequality)」の法理の発展は、否定はされなかったものの、抑制的に用いられてきたのである。

そうした中、本稿では、21世紀に入ってから展開として、*Etridge* 判決をきっかけとして、判例法上、「過度な影響力の行使」の適用範囲が広がる傾向にあることを見てきた。2014年10月1日から、「誤解を与える行為」や「攻撃的な手法」によって契約締結に至らしめられた消費者に対して、90日間の契約解除権 (the right to unwind) 又は代金減額請求権 (the right to a discount)、さらに損害賠償請求権 (the right to damages) が与えられることになった (2014年「消費者保護に関する改正規則 (the Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014) 5条及び7条)。さらに、2015年10月1日からは、消費者の権利を定める「2015年消費者権利法 (the Consumer Rights Act 2015)」が施行され、今後の社会変化が期待される。

Waddams の言葉を借りるならば、これまでのイギリスの判例の流れを一つの原則や一つの政策で説明し尽くすことはできず、そこには多くの意味が読み取れるとするとしながらも、「それでもなお250年たっても変わらないものとは、苦境にあえいでいたり、不用心な人を破滅させ、貪欲で計画的な人々に非良心的な利益をもたらすような取引を予防することである」という¹⁰⁰⁾。そうした法の趣旨・社会の進むべき方針——public policy¹⁰¹⁾——を見

99) これに関連して、「1900年貸金法 (the Money Lenders Act 1900)」による貸金規制は、エクイティ法理が制定法化された最初の例とされる。また、現代の例としては、行き過ぎた内容の契約に裁判所が介入することを認めた「1974年消費者金融法 (the Consumer Credit Act 1974)」が挙げられるとする。Atiyah (n10 above), at 712.

100) Waddams (n 8 above), at 116.

101) これに関連して、*Allcard v Skinner* (1887) ではすでに、“on the ground of public policy”という言葉が用いられており、契約当事者間に存在する既存の関係が濫用されることを防ぐという政策的配慮が明確に述べられている。*Bundy* 判決 (既述) においても、同様の語がみられる。

定めた上で、そこから新たな法設計を行うべきことが期待されよう¹⁰²⁾。

これらの点に関連して、我が国における消費者契約法改革の方向性や今後の展望をめぐっては、有利な立場にある者から不利な立場にある者への「つけ込みがあった」というだけではなく、締結された契約の内容が「著しく不合理であること」の要件化が求められ、議論されることが多い。だが、本稿でみてきたように、客観的な不合理性、過度な利得、過度な不利益といったものを、契約の有効性を否定するための独立した要件とする立法例は、管見の限りみあたらない。これらの要素はあくまで、裁判上「つけ込み」（非良心的取引や過度な影響力の行使等）が推認される証拠として、消費者に有利に用いられてきたものであり、むしろそれに留まることが、被害者が救済される可能性を広げるという点で有益ではないかと考える。すなわち、客観的に不合理な結果が生じていなければ「つけ込み」行為が問題とされる事態が起こっていない（したがって、推認する必要性が存在しない）ことが通常であろうが、逆に、「つけ込み」行為があったということが他の証拠によって明らかであれば、客観的に不合理な結果が（幸いにして）生じていなくとも——すなわち、適正な価格でそれなりに被害者にとって有用な契約がなされていたとしても——、契約取消を認める（べき）必要性は十分にあると思われる¹⁰³⁾。

また、法に実行性を持たせるべく、「一般原則化」と同時に「カテゴライズ」を検討する際には、対象者に着目した法設計を行うのか、対象取引に着目したものにするのかの政策的判断も重要であると考えられる。議論の焦点は、契約交渉にあたって当事者の背景事情に不均衡がみられる場合に、その原因がどこにあるかを問わず¹⁰⁴⁾、現実には生じている不均衡が濫用されな

102) なお、Waddams はさらに進んで、現代的な新しい司法介入の方法として、契約目的や履行にあたっての状況——すなわち、契約の実質的内容——を客観的に見定めて、必要があれば裁判所の権限で補正することの必要性を説く。Waddams (n 8 above) at 120-1.

103) 同様の見解に立つものとして、Morgan 判決（既述）、及び、Capper (n 48 above) がある。

104) この点に関連して、意思能力の欠如を理由とした契約の有効性の否定については、イギリス法においては、相手方が他方当事者の意思無能力の状況を知らない限り否定されず、さら

いたための法政策をどのように立てるかということになろう。これらの観点から、わが国において、民法上の公序良俗違反における「暴利行為論」の要件を再構成し、あるいは消費者契約法に「つけこみ行為」を規定するとすれば、どのような文言が適切となろうか¹⁰⁵⁾。考察を通して、イギリスの判例法上、従来は別々の要件として扱われてきた「非良心的取引」取消の法理と「過度な影響力行使」による取消の法理との統合という傾向、特に、助言の組み入れについてみてきたが、本稿がわが国の消費者法改革の方向性を探るにあたり、その一助となれば幸いである。

には、制限行為能力制度も廃止されていることが注目される（詳細は、拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』（ミネルヴァ書房、2010年）、第2章を参照）。この背景にあるのは、過度な影響力の行使と同様、相手が意思能力を欠いているという状況へのつけ込み行為の存在を必要としていることだと解するものとして、Cartwright, J., *Contract Law* (Hart Publishing, 2nd edn, 2013), at 190; Morgan (n 62 above), at 197, 203を参照。すなわち、相手方が気づけない程度の意思能力の減退であれば、精神障害があっても契約を有効に締結することが可能な制度となっている。そして、契約能力がないとする判断は、国連障害者権利条約12条と同趣旨に立つ「意思決定能力存在の推定原則」（2005年イギリス意思決定能力法（the Mental Capacity Act 2005）1条）の裏返しとして、容易には立証困難であることから、「過度な影響力の行使」法理や「非良心的取引」取消の法理の発展が進んでおり、さらにその活性化が求められていると捉えることができよう。

- 105) あくまで試論の域を出るものではないが、立証責任の所在を意識した規定のあり方として、たとえば、「相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、あるいは、相手方に対する自己の影響力のために相手方が法律行為をするかどうかを主体的に判断することができない事情があることを利用してなされた法律行為は取り消されう。契約内容が一方のみが著しく過大な利益を得、又は一方のみが著しく過大な不利益を与えるものとなっている場合には、利用があったものと推定される」とした規定を置くことは有益であろうか。この点に関連して、「受動的なつけ込み（passive exploitation）」が問題となっている場合には、非良心的な行為がみつけないことから、「実質的な不均衡（substantive imbalance）」についての主張は手続的不公正を立証するための決定的な証拠となる（furnish vital evidence of procedural unfairness）とする見解として、Bigwood (n 63 above), at 204.

The validity of contracts signed under conditions of inequality in
bargaining power

Fumie SUGA

《Abstract》

During the recent reform of the Civil Code in Japan, there was some discussion about the need for clear provisions regarding the validity of contracts that are signed when one party has more bargaining power than the other. Such contracts quite often seem to be clearly advantageous to the former party. The practices engaged in when concluding such contracts also seem unfair. Although the proposed provision was dropped from the draft in the end, it is still believed that weaker parties, when negotiating a contract, should be protected from exploitation by stronger parties. In this article, the focus will be placed on the logistics of setting aside such contracts. It is concluded that what matters is not whether inequality exists between the parties, but rather whether the inequality can be assumed, on factual grounds, to have been abused. To put it another way, even in a situation where inequality in bargaining power exists, contracts can still survive if proper advice is proved to have been sufficient to eliminate the influence of the stronger party. This will motivate stronger parties to make arrangements for fair advice, and, as a result, weaker parties can be more empowered to enter into just contracts.