

約款概念について (一)

- 一 はじめに
- 二 米法 (以上本号)
- 三 英法
- 四 独法
- 五 日本法
- 六 結語
- 一 はじめに

今日の法取引上、約款が占める地位は非常に大きい。このことは、グローバルに見てもいえる。例えば、米国では、

石原全

判例上、約款は最早、取引上偶発的に生ずる付随物ではなく、大衆社会 (mass society) における商取引上不可欠なものとなつて<sup>(1)</sup>いる旨指摘されているし、ある論者によると、約款は、今日なされる全ての契約の九九パーセントを超えるといえるのであり、約款によらない契約を最後になしたのはいつかを想起するのは困難であるとすら極言されている<sup>(2)</sup>。西独では、ある論者によると、約款が支配している割合でいえば、保険、銀行、クレジット、観光、通信講座、自動車販売、商事売買では一〇〇パーセントであり、土木建築業、仲立業、家具販売、住居使用賃貸借 (Wohnungsmiete) では九〇パーセントで、自動車修理、クリーニング、家屋修繕業では五〇パーセントである、とされる<sup>(3)</sup>。そして、約款については、個別契約とは異なる法原則が適用されることも広く承認されている。殊に、消費者保護の法問題とも関連するが、諸外国で、約款規制法が立法化されていることも、このことの証左といえよう。米国でも、判例上、対等な又はほぼ対等な取引能力を有する当事者による自由な契約という古典的モデルは、経済的及びその他の力の集中が増大することによって生じた現実に対応できなくなっていることは認められており、通常の契約法上の理論で約款を分析するのは明らかに不十分である<sup>(4)</sup>。ところが、そのような法的処理をされる約款概念となると、それほど細かく分析されていない。一般には、約款とは特定の企業において特定の種類の取引に画一的に適用されるためにあらかじめ作成された定型的契約条項をいう<sup>(5)</sup>、とされる。判例上でも、いわゆる約款であるからという措辞さえ見受けられる。上記の概念で足りるといえるかもしれないが、約款法解明の基礎として十分かという疑問なしとはいえない。そこで、本稿では、英米法、西ドイツ法を中心とし若干の外国法における約款概念を検討した後、わが国の諸見解を参照しつつ、約款概念の画定をなそうとするものである。しかし、このような作業をなすこと自体につき疑問視されるかもしれない。今日の法理論上、緩やかな概念をもって具体的妥当性を図ることに主眼が置かれている状況では、約款概念の画定はいまさらの感を生ぜしめるし、約款規制法を制定するか又はそれが存する場合に

はその適用範囲を画する点で意義を有するが、わが国では立法的規制が近時論じられていても未だ制定法化されていない点から、不要とも考えられるからである。しかも、米国の判例上しばしば指摘されているように、約款（正確には付合契約であるが）であるということは、分析の初まりであり終りではなく、当該条項の強行性いかんは別違に判断されるとされること（<sup>(8)</sup>）からいえば、約款概念の画定はそれほど重要事ではないともいえる。われわれも、約款であるとするこのみで能事終われりとするものでないが、個別契約と約款とでは別違の法処理を要すると解するから、両者の限界づけはやはり等閑視できなくと考える。

- (1) Estin Const. Co., Inc. v. Aetna Cas. & Sur. 612 SW 2d 413, 418 Fn. 3 (1981).
- (2) Slawson, W. D., Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, 84 Harv. L. Rev. 529, 529 (1971). Slawson 論文(8)の文章を引用する判例として、See, C & J Fert, Inc. v. Allied Mut. Ins. Co. 227 NW 2d 169, 173 (1975).
- (3) Salpa, A., Rechtpolitische Erwägungen zum Problem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), JR 1972, 364
- (4) : Rehbindler, M., Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft. 2 Aufl., Berlin 1979, S. 11 f.
- (4) Graham v. Scissor-Tail, Inc. 623 P 2d 165, 171 (1981).
- (5) Galligan v. Arovitch 219 A 2d 463, 465 (1966).
- (6) しかし、既に、米谷教授は、約款概念の分析とその類法現象について、詳論されている。米谷・約款法の理論七一頁以下。
- (7) 例えば、田中誠「企業の社会的役割と現代商事法」日本学士院紀要三九巻一頁三七頁、盛岡地判昭四五・二・一三下民集二二巻一・二頁三四頁(二〇)。
- (8) See, Graham v. Scissor-Tail, Inc. 623 P 2d 165, 172 (1981); Wheeler v. St. Joseph Hospital 133 Cal. Rptr. 775, 783 (1977).

## 二 米 法

米国において、経済条件の熟成により契約法が非常に発展したのは一九世紀であり、一八〇〇年から一八七五年に至る時代はなかならずく契約の時代であったとされる。<sup>(1)</sup> 約款がいつ出現したかは詳かにしえないが、判例上、一八四〇年代には公運送人の免責条項の適用を否定した判例を見出すことができる。<sup>(3)</sup> しかも、一八七〇年代には、早くも約款の特殊性を指摘した判例が存する。これも、公運送人の免責条項に関する事案であるが、「運送人とその顧客とは、平等な立場にはない。後者は無数の者のうちの一人にすぎず、細かい駆け引きをするとか、あくまで抵抗して裁判所に是正を求めるといふことをなしえない。自己の取引上、かかる手段をとる余地は与えられていない。むしろ、船荷証券を受領するか、又は、運送人が差し出す何らかの書面に署名することの方を進んで選択する。しかも、実際上、しばしば、その内容を知ることなしにそうするのである。たいがい、この者は以上のことをなすか又は取引を放棄するか、のいずれか以外の選択肢を全く有しない。……顧客が真の選択の自由を有するか、この者が合理的で実行可能な選択肢を有するか、そして、運送人の職業が公的なものでない場合に、顧客が過失危険を引受けることを選択するのであれば、それはこの者の私的な事柄であり公衆に関係する問題ではない。しかし、状況は全く異なっている。……事業は極く僅かな企業に殆んど集中されており、これらの企業は政治統一体におけるその地位に基き、取引をコントロールすることが可能であり、事実これをなしていると共に、彼等にとって適切と思われる条項を旅行及び運送に關して課し、公衆はこれを受入れざるをえない状態に存する。……両当事者の地位及び相対的な立場によりかかる条項は無効とされる。公運送人の契約は、契約相手方に不当な不利益を課しうるような地位を公運送人に与えるもので

あつて、契約は公正さと合理性に基づくものでなければならぬ。<sup>(4)</sup> 旨判示された。ここでは、二〇世紀に入って展開された付合理論の萌芽が既に見られるが、より深化されることなく、その後も長期にわたり、自由に交渉されたことを前提とする一般契約に関する伝統的法理論が約款現象にも適用された。契約自由の理論が強く尊重されたためである。これは、大略次の様な理由による。一つは、個人主義<sup>(5)</sup>に立脚する個々人の意思尊重である。生産エネルギーと生産物の分配が権威よりも交換に依存する社会つまり、自由企業社会においては、自由な取引はこの分配を調節するのに用いられた法的装置であり、契約はこの装置の機能上本質的に不可欠なものである。<sup>(6)</sup> そして、このような社会における契約の本質は伝統的に意思にあるとされた。相対的に平等な経済的関係にあり、かつ、自身の必要と欲望に基づいてダイナミックな市場という場に参集する当事者による自由な意思行使であるとされた。<sup>(7)</sup> 一八世紀における思想の核心部分を形成していた実質的公平 (substantive justice) に対する反動及び批判として、一九世紀において近代契約法が生じ、契約債務の正当な根拠は固有の正義又は交換の公正さから生ずるといふ伝統的な考えが否定され、その代りに、契約債務の源は契約当事者の意思の一致 (convergence) にあることが初めて主張された。<sup>(8)</sup> その背景には、市場経済の出現があつた。アメリカでは、一八一五年頃に、国内商品市場の発展が広範囲にわたつて生じ、市場では商品は代替性を有するものと考えられるようになり、契約機能は権限の移転から期待された収益 (expected return) の確保へとシフトし、未履行契約が重要となつた。<sup>(9)</sup>

そして、価値 (value) が完全に主観的のみなされ、かつ、価値を付与する唯一の基礎が恣意的な個々人の欲求の一致であるとされた社会では、実質的公平という原則は必然的に価値の「恣意的で不確定な」基準を包含するものと解されるようになった。かつては、この原則は、互いに搾取するため法システムを利用するのを阻止するために存在すると解されていたが、物が「固有の価値」を全く有しないとなつてくると、搾取の実質的基準は存在しえないし、当事者は定義上対等である。かくて、近代契約法は、不平等の

完全な測定は幻想であるが故に全ての者は平等であることを確固と宣明して生みだされた<sup>(10)</sup>。そして、価値が主観的であるとする、対立し、かつ、比較不可能な個々人の欲求を最大限にするのが交換の機能であり、契約法の役割は合意の公平 (equity) を確保することではなく、単に契約当事者が相互の利益であると信じた意欲された取引のみを強行することであるとされた<sup>(11)</sup>。かくて、一八四四年に、Story によって一般原則が示され、全ての契約は当事者の合意に基礎づけられるとされ、契約債務の意思理論の勝利が完成した<sup>(12)</sup>。そして、一度、この理論が成立すると、これによって、当事者に法 (law) を改作する (remake) 完全な権限が付与されることとなった<sup>(13)</sup>。もっとも、国内市場は統一性と標準化を要求するから、必然的に契約をなす個々人の権限の犠牲をもたらし、客観理論が現われてくる<sup>(14)</sup>。今一つは、当時における経済上及び政治上のレッセ・フェールの思想である。周知のように、レッセ・フェールのシステムとは、個々人に最大限の私益追求を認めれば、自動的に社会の最善の利益が達成されるとし、予定調和を措定するものであると概略できるが、これが支配的に真理として認められた<sup>(16)</sup>。その根拠として、一八世紀における楽観主義により、宗教上及び形而上学上の根拠に基づき個々人の利己的な利潤追求と共同善との間にはあらかじめ定められた調和が存すると仮定されていたし、ペンタムによる心理主義的主張により、幸福は最大限の快楽から成り立ち、各人は自己が最も好むものを一番良く知っているのだから、二当事者が選好したことを自由に表明している契約は最大多数の最大善を達成する最善の手段である、とされたことが挙げられる<sup>(17)</sup>。より基本的には、人間の本質論に存する。つまり、人間の本質 (human nature) は創造性にある。この創造的な人間のエネルギーを種々の束縛から解放し自由にすることにつき広範囲な機会が存するのが社会的に望ましいのであり、創造的能力を有する当然の結果として人間にとって生存とは自由を所有することであり、このことは、自己のなすこと及び環境によってどのように影響を受けるかにつき實際上広範囲な選択 (options or choices) 範囲を基本的に所有することである。そして、法秩序は個々人の創

造的エネルギーの解放を最大限に保護し増進すべきである。このために、法を用いて個々人が干渉されないというチャンス、つまり、恣意的な公的又は私的な干渉から自由であることを確保すると共に、人間の創造的才能を発揮させるために組織され社会の支援を与えるために手段と手続を提供することがなしうる。さらに、法秩序は、選択の実際の範囲を増大し、情況の影響力を制限することによって、より自由な一般的环境を形成するように社会の資源を動員すべきである。<sup>(18)</sup>そこでは、制約は害であり、最善の政府は最小に統治することであるとされたとされた。かくて、レッセ・フェール・システムは、個々人の自由と尊厳を保護し、社会正義の最大限に可能な手段を保障するとされ、競争の尊重が広く承認された。<sup>(19)</sup>もっとも、訴訟ということ自体は、夏の合意の不存在又は合意は一方当事者の利益に資するものでないことを示唆するものであるし、個々人は必ずしも自己の利益を最善に判断しえないし、かつ、相手方の不知又は緊急の必要性を利用して搾取する能力を有する者も存在する。そこで、この点を補強するものとして、援用されたのが、社会的進化論 (Social Darwinism) である。<sup>(20)</sup>そこでは、最適者のみが生存するに値するのであり、多くの企業が競争で生き残るのに失敗したことは、これらの企業のサービスが全体としての社会に十分に利益をもたらさないとを単に示すにすぎないとされた。<sup>(21)</sup>

さらに、意思理論、レッセ・フェール・システムにも貫流していることだが、自然法思想の影響があげられる。自然法の内容については種々の見解が存したのはいうまでもないが、少くとも、自然法に「より上位の法」という位置づけが指定されていた。<sup>(22)</sup>経済学説上では経済秩序は自然法によって支配されるべきであり、この自然法は普遍的に真で、立法者はこれに干渉すべきでないといわれ、そして、自然法を神の法と結びつけて、これらの法は有益な形態で作用すると仮定された。<sup>(24)</sup>法学上も、約束をなす自由が無制限であることは自然権であるとされた。<sup>(25)</sup>大略、以上の様な理由により、契約自由の原則が強く支持されたのであるが、この点は英国の判例における「*See*」<sup>(26)</sup>卿の次の様な言明が

しばしば引用されたことからも明らかである。<sup>(27)</sup> つまり、「何よりも公序 (Public Policy) が要求するものがある」とすれば、それは、成年で十分な理解力を有する者は契約をなす自由を最大限に有するべきであり、自由かつ自発的に締結されたその契約は神聖なものとみなされ、裁判所によって強行されるべきことである。<sup>(28)</sup>

このような契約自由の原則は、一八、九世紀の資本主義発展期における企業の要請に應えるものであったが、<sup>(29)</sup> ほどなく契約自由尊重の基盤が大きく変動した。人口の増加、製造業の発展、一八六〇年代と一九〇〇年代における都市生活様式の非常な差異、資源の枯渇、辺境の消滅、富の分配の不平等などが生じ、<sup>(30)</sup> 国家の役割は自由放任から福祉国家へと転換すべきことが主張された。<sup>(31)</sup> かくて、経済上の生存者は必ずしも最適者とはいえないと共に、<sup>(32)</sup> 不平等な者を平等に取り扱う点で契約自由は存しないことが認識されてきた。<sup>(33)</sup> 無制約な競争は結果として大企業による経済のコントロールを生ぜしめ、無制約な契約自由は私的当事者による立法を認容するものであり、命令された契約は弱者である一方当事者との関係では意思に基づくものではなかった。<sup>(34)</sup> その結果、競争を維持するため反トラスト法が制定されたし、さらには、労働法、保険法、公益事業等につき契約自由を制限する立法がなされてくるが、<sup>(35)</sup> この種の立法が存しない限り、契約自由は依然として支持された。<sup>(36)</sup> したがって、契約が抑圧的か又は苛酷な条項を含んでいても、詐欺等が存しない限り、契約は違法 (illegal) とはされなかった。抑圧的な取引は注意深く物色することによって回避しうることは当然のこととされ、契約をなす当事者は自身の利益と自身の保護を配慮することが期待されたのであり、<sup>(37)</sup> 「買主をして注意せしめよ」は契約の一般原則であると共に、裁判所の役割は、不用意な取引を取消すことではなく、単に締結された契約を解釈するにすぎず、契約を作るものではないとされた。<sup>(38)</sup> このような古典的理論は約款にも適用された。例えば、人は自己がなした書面の内容を知っており、かつ、その条項の文字通りの意味を少くとも理解しているものと法は推定するとされるが、これが約款にも適用されたのである。<sup>(38)</sup> そこでは、法的確実性と伝統の固執とによ

り、政府の干渉なき個々人の契約自由への支持がなされたためである<sup>(39)</sup>。勿論、契約自由の濫用を阻止する必要性は指摘されており、約款に対しても従来の伝統的理論を駆使して判例上ある程度コントロールがなされていたが、真正面から取り扱うものではなかった<sup>(43)</sup>。このような処理がなされたのは、契約が不公正であるが故に無効とするのは契約自由の原則と抵触するが、隠れた手段 (covert tools) (例えば、契約成立の原則とか「自由な」解釈) を用いるのは当事者によって合意された条項に抵触しないからである<sup>(44)</sup>。しかし、約款の普及と共に、この傾向は徐々に変化し、一九六〇年代以降は規制が大きく発展してきた<sup>(45)</sup>。その先駆をなしたのが、Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc 事件<sup>(46)</sup>である。本判決は、自動車売買における製造業者の免責条項 (担保条項) につき公序違反として無効としたものであるが、約款規制に関する画期的判決と評価される。即ち、「伝統的契約は、市場という場に参集し、かつ、ほぼ経済的に対等な立場で交渉する当事者の自由な取引の成果である。かかる社会では、契約自由が全体としての社会秩序にとって脅威となるであろうという危険は存しない。しかし、今日の商生活では標準化された大量契約が出現している。これは、主として、強力な取引能力と地位を有する企業によって使用されている。…かかる標準契約は、優勢な当事者の一方が個々人に対するよりもむしろ不特定の多数人に対して自己の法 (law) を命ずるものといわれている。それは、意思の合致というよりも一種の法に類似するとされる。…本件の担保条項は大量使用のために立案された標準書式であり、自動車の購入者に押しつけるものである。購入者は付合状態に置かれ、自動車を買うためにはこれを受け入れざるをえない。この点に関しては交渉は何らなされない。…さらに、この担保条項は一企業の標準条項であるばかりでなく、自動車製造業協会の統一担保条項でもある。…自動車産業において購入者が占める取引地位が非常に非対等であることは明らかである。明示の担保につき自動車メーカー間には競争は存しない。買い手はより良き保護を求めて交渉するためにどこに行けばよいのか。買主の救済方法に関するこのような規制と制限は公共の福祉に反す

るものであり、少くとも、厳格なコモンロー上の契約自由の原則の適用によって生ずる不公平を回避するために裁判所が十分に配慮することを要求する。：裁判所は、極く僅かな例外は存するが、売主・買主の取引地位の著しい格差に起因する契約によって生じた問題につき非常に敏感であるとはいえ、製造業者の責任を制限する一手段として骨ばかりの担保を買主に押しつけることは公序に反するとする一般原則を明確に表示していない。裁判所は、努めて契約自由という長年の主義から劇的に離脱するのを回避し、厳格解釈の理論、通知と売主の企図した免責条項につき買主が確認して同意したという理論を採用している。<sup>(48)</sup>：裁判所の職務は、法の字義と同じくその精神を執行することである。本件の様な問題に関しては、その義務の重要な部分は、通常人を、結果的に製造者の一方的な行為であるものによって重要な権利を失うことから保護することである。：公序は簡単に定義できない用語である。その意義は国民の習慣及び必要が変化するにつれて変化するものであり、静的なものではなく、その適用分野は絶えず増大する。ある契約又はその特定条項は、ある時代には有効であっても、他の時代の公序に完全に対立することがありうる。：裁判所は、社会の最善の利益は国民が契約をなす自由を不必要に制約されるべきでないことを要求するという原則を心に留めているが、明らかに何らかの点で一般大衆の権利侵害をもたらしがちな契約条項を公序に反するものとして無効とすることにためらっていない。：確かに、売買法は売主と買主間の合意で担保債務を制限することを正当化している。しかし、全く明らかでないことだが、立法部は、適法な条項（これは特定事案の状況により決定される）とは相対的に対等な取引力を有する当事者により自由になされたことを想定していた。立法者は、自動車製造業者がその非常に不均衡な取引力を用いて、自身を免責させ、結果的に真の選択の自由を有しない通常の買主に、欠陥車という非常に危険な機械の売買に伴う買主又はその他の者への傷害という重大な危険を課すことを正当化していない。：市場性の黙示的担保及びそこから生ずる債務の放棄は公共財にとって非常に有害であり、その結果、その無効を判決せざる

をえない」<sup>(49)</sup>。

かくて、伝統的契約自由を約款現象に無制約に適用することが妥当でない<sup>(50)</sup>とされると共に、約款は一般契約とは異なる法原則で処理されるべきことが肯定された<sup>(51)</sup>。しかし、多くの特別立法では欲するままに私事を取決める自由をか  
 なる程度で当事者に委ねているし、判例上も、契約自由という一般原則は不利な取引 (Bad bargain) をなす自由  
 を含み、人はその選択の結果を遵守しなければならぬのであり、賢明であろうとなかろうと、取引は取引であると  
 いうことは契約法の基本的原理であるとされ<sup>(52)</sup>、契約自由尊重は約款であるからといって簡単に否定されてはいない。  
 したがって、約款と契約自由との関係が問題となるか、商談の欠缺、取引能力の著しい格差のみでは足りず、それに  
 プラスして条項内容が不公正 (unfair) 又は不合理 (unreasonable) であることに基づいて、約款内容の是正が肯定  
 される<sup>(53)</sup>。この点は、ほぼ全州で採用された統一商法典二一三〇二における非良心性条項が約款規制手段として多用さ  
 れると共に、より詳細化されていることにも良く示されている。

このような法状況にある約款現象を示すテクニカル・タームとしては、米法上、今日では、標準書式契約 (stand-  
 ard form contract) / 標準契約 (合意) (standard contract, standardized agreement) もしくは付合契約 (contract  
 of adhesion, adhesion contracts) が使用されている。付合契約を最初に米法上導入したのは Patterson であるが、  
 専ら解釈原則 (不明確原則) 適用を論じたものであり、実質的コントロールの必要性を強調し、その普及に大きな役  
 割を果したのは Ehrenzweig 及び Kessler である<sup>(54)</sup>。判例上では、一九五〇年代半ば<sup>(55)</sup>であり、本格的に論じられてく  
 るのは一九六〇年代である<sup>(56)</sup>。他方、標準契約の用語を最初に使用したのは、Wright であるが、経済団体がその構成  
 員相互間及び一般大衆に対する取引関係を規制するために設定したものを対象としており、狭いといえる<sup>(57)</sup>。次いで、  
 Jeweljn 及び Cohen によって契約法における標準化の傾向が詳論され、標準書式 (standard form) ないし標準契

約 (standardized Contract) という用語の下で、その規制が論じられ、以後、普及していった。<sup>(65)</sup>

さて、米法上、現代型契約としての約款を表示する付合契約ないし標準契約はどのように把握されているかが次に検討されねばならない。まず、最初に付合契約を検討するが、当初は仏法上の付合契約概念の翻訳にとどまっていた。例えば、保険契約につき、保険契約は保険者によって作成され、かつ、単にこれに付合するにすぎない被保険者はその条項につき全く選択できないことが挙げられている。<sup>(66)</sup>しかし、その後、判例が輩出し、より詳細となっている反面、錯綜している状況にあるが、一応、次の様に付合契約概念の要件を挙げることができよう。第一に、大量取引のために一方当事者によって一方的に作成され、事前に印刷された書式 (form) の形態をとって、契約相手方に提供されたものであることを要する。<sup>(66)</sup>西独法と異なり、印刷されたという点はしばしば指摘されており、要件といえよう。<sup>(67)</sup>一方当事者による作成・提供には、第三者によって設定されたものを利用する場合も含まれる。<sup>(68)</sup>さらに、提供の相手方として、しばしば一般公衆があげられているが、これは消費者契約ないし契約相手方における給付の入手困難性を示すものとして使用されており、<sup>(69)</sup>大量取引の中に包摂されているといえよう。ただ、約款の匿名効果を指摘するものとしては興味深い。第二に、当事者間に取引能力の格差が存することを要する。<sup>(70)</sup>もっとも、契約当事者は取引能力の点で異なっているのが通常であると共に、自由企業システムは保持されるべきであるから、単なる力の格差では不十分である。<sup>(71)</sup>多くの判例で、企業側の優越的取引力の結果、相手方が付合状態となっていることが挙げられているように、<sup>(72)</sup>格差は非常に大であることを要する。<sup>(73)</sup>そして、これに該当する場合として、当該企業が地理的市場又は商品市場で独占力を有しているか、当該企業の全ての競争者が本質的に同じ契約条項を用いている場合があげられる。<sup>(73)</sup>それのみならず、病院と患者、雇用契約、公運送人との契約、公益企業との契約のように、一方契約当事者が交渉力を殆んど有しないか又は極く微力であって、企業のいうままに契約を締結する以外に合理的選択肢を有しない場合も肯定されて

いる。<sup>(76)</sup>したがって、当事者の相対的力、相対的な経済的勢力、さらに、目的とする給付の代替品はどうか、つまり、当事者が何を選択できるか、が決め手となる。<sup>(77)</sup>この見地の下では、商人間取引であっても付合契約性は肯定されることになる。<sup>(78)</sup>確かに、契約相手方である商人は、より有利な取引を求めて物色するか又は多数の条項につき交渉することが合理的に期待しうる<sup>(79)</sup>といえるし、判例上も商人間取引という状況では付合契約は存しないとするものが見られる。しかし、前者についてはそういえる蓋然性が消費者よりも事実上高いといえるにとどまるし、後者の判例の点も、より詳細に検討してみると、そこでは対等な取引能力を有するか、ないしは、一方当事者が優越的取引能力を有するが、付合契約といいうる程には取引地位に不均衡が存しないことを認定して、付合契約性を否定している。<sup>(80)</sup>したがって、前述のように解するのが適切と思われる。さらに、契約相手方が構成員である団体と企業間の交渉によって定められた書式に依拠して、当該契約が締結された場合であっても付合契約性は肯定される。この点につき、団体と企業との合意は明らかに対等な取引能力を有する当事者間でなされているから、これに基づく当該契約は付合契約ではないとする判例<sup>(81)</sup>が存する。これは、事実上の代理理論(virtual representation)である。つまり、一方当事者のために何人かによってなされた商談はこの者の商談として取扱われ、通常の商議された契約法ルールの下で拘束されることになる。<sup>(82)</sup>しかし、必ずしも常に所屬団体が構成員の利益のために代理人として商議するとはいえないし、<sup>(83)</sup>特に、行政機関によるものであっても、この機関は絶えず交渉する利害関係者によって左右されがちであるという顕著な傾向が存し、構成員の利益が強く擁護されているとはいえない。<sup>(84)</sup>以上のように、取引能力の格差は要件と解されるが、これを否定する有力な見解も存する。これによると、付合契約といえるためには、当事者が合理的な選択を全く有しないこと、つまり、選択の不存在が真の基準であって、取引能力の格差は要件でない。<sup>(85)</sup>その例として、大企業であっても自社のトラックを駐車するためには、駐車場経営者である小企業の条項に付合せざるをえないとする。<sup>(86)</sup>そして、取引能

力の格差は、取引能力の劣った当事者が合理的選択を奪われていることにつき、ある程度の証拠となるといふ点でのみ、関連してくるにすぎないとされる<sup>(87)</sup>。しかし、相対的に小規模な企業であっても独占者として機能する地理的に関連した市場が存することは自明であるし、「市場」は時には主観的により狭いこともありうる<sup>(88)</sup>。しかも、付合契約であることは即座に強行しえないという結論に結びつくものではないし、取引能力対等であれば一般契約と異なる法処理をなす必要はないといえる。第三に、契約相手方には、企業によって提供された条項をそのまま受入れるか又は契約締結を放棄するか、という二者択一の余地しかないことを要する。いわゆる付合状態 (take-it-or-leave-it basis) を<sup>(89)</sup>さす。この付合状態は商議のための機会がなく、かつ、企業提供の書式に黙従するものでなければ、欲する商品はサービスを得られないことを意味する。かかる選択は真の選択とはいえない<sup>(90)</sup>し、合理的選択の余地があることが合意の存在にとって不可欠であるからである<sup>(91)</sup>。したがって、付合状態とされる決め手は、契約相手方における契約をなさないという自由は重要でなく、むしろ、契約相手方が自由に交渉しえたか、かつ、印刷された条項を変更しうる余地があったか、である。では、具体的にいかなる場合に付合状態とされるかという点、まず、企業側が独占体か又は全ての競争者が同種の条項を使用している場合である<sup>(92)</sup>。より良き条項を比較検討して物色することができるといふ地位にないからである<sup>(94)</sup>。さらに、交渉し変更しうる機会を有しないことは、単に理論的なものではなく、当該条項につき何ら実際的な選択 (realistic choice) を有しないことを意味する<sup>(95)</sup>。したがって、相手方がかなりの取引能力を有していても、企業側が協会設定の書式でしか契約を締結しえないとされ、条項の変更を許されず、そのまま契約を締結することしか<sup>(96)</sup>選択しえない場合は付合性は肯定される。他面、自由に交渉され、実際に変更されたとか、当該企業以外の企業を取引相手方として選択しうる余地があったとか、競争市場で取引をしているとか、相手方自身が当該取引につき長年の<sup>(98)</sup>経験を有し、専門的知識ないし高度な教育を受けていたとか、という場合には、付合性は否定されている。但し、こ<sup>(100)</sup>

れらはいずれも商人間取引である。(10)では、企業側が複数のプランを示し、相手方がそのいずれかを選択したときはどうか。この場合には付合性は否定されうるが、そのためには選択が実際の (realistic) であることを要する。一般には、大部分の相手方は違反されることを予測して契約関係に入るものではないし、選択プランに係する条項が契約の実質的内容に比較して二次的な重要性しか有しないこともありうるのであり、プランの比較により当該プランを選択したとはいえない。(10)さらに、交渉された条項の範囲いかによっては付合性は否定される。つまり、書式上の条項の文言が広範囲にわたって入れ替えられている場合には、無修正の条項は付合状態でなされたものとはいえないという結論を正当化しうる。(10)これに反して、一部条項に関して、交渉がなされても、この条項が企業によって課された他の条項と比較して相対的にマイナーな意義しか有しないときは、残余条項の付合性を奪うものではない。交渉された条項の存在は、企業側が相手方に比較して圧倒的な取引能力を有していないことを示しているにすぎず、相手方がある程度の取引能力を有するからといって、この者は全ての条項を交渉すべきであったことを示すものではない。(10)もっとも、基本的には付合契約であっても、そのうちの一部の条項に関して交渉がなされている場合は、当該条項は付合条項 (an adhesion term) ではないとされ、この条項は伝統的に交渉された契約に関するテストに服することに(10)なる。では、付合状況の判断基準として、契約の対象たる商品又はサービスの性質いかにが考慮されるべきであろうか。この点につき、契約の対象は、生活必需品か一般公衆にとって不可欠なものであることを要する(10)とか、より弱者である相手方の見地から実際問題として不可欠であるか又はほぼそういえるものであることを要する(10)とか、不可欠なものでどこでも容易に入手しえないサービスであることを挙げる判例も存するが、他方では投資契約につき付合性を肯定する判例も存する。(10)確かに、契約の対象の性質いかによっては、付合状態に陥り易く、かつ、その判断を容易にするといえるが、しかし、生活必需品か否か等は相対的なものであるし、付合契約概念自体を狭めてしまいか

ら、必ずしも、前述のような性質のものであることを要しないと解される。判例上も、必要とされたサービスか又は一般公衆にとって非常に重要なサービスであるか否かは付合契約性の判断にとって不可欠なものではないとするのがあり、これが妥当といえる。なお、若干の判例によると、条項内容いかんを問題とするのが散見される。つまり、付合契約性を肯定するに際して、企業側が自己の利益を保護するため作成した<sup>(11)</sup>とか、条項内容が企業側にとって過度に有利である<sup>(12)</sup>ことをあげているし、逆に、企業側の義務又は責任を制限する条項でない<sup>(13)</sup>として付合性を否定しているものもある。しかし、条項の内容いかんを付合契約性判断の基準とするのは妥当ではなく、むしろ、それは条項の有効無効の際に考慮すべきことと思われる。

以上、付合契約概念を検討したが、その立証責任、つまり条項又は契約が付合契約であることの立証責任は、これを主張する側に存するとされている<sup>(14)</sup>。

次に、標準契約概念であるが、付合契約は一種の標準契約であるとされているように、付合契約概念と重複する点が多い。第一に、大量の同種取引につき一般的に使用するために、印刷され事前作成で、企業より提供される書式(form)である<sup>(15)</sup>。いわゆる抽象的一般性を表わす<sup>(16)</sup>。印刷の点は、必ずしも要しないとする見解も存するが、一般には肯定されている<sup>(17)</sup>。第二に、書式上の大部分の条項は商議の対象とならず、極く僅かな条項(例えば、品質、数量、価格など)についてのみ商議の余地があるにすぎない<sup>(18)</sup>、それも、空所を手書きかタイプで書き入れるにすぎない<sup>(19)</sup>。この点に関して、標準契約においては、当事者は場合によっては一定条項を付加し又は書式を変更しうる余地があることが指摘されているが、しかし、契約相手方がその条項に関して交渉する自由を有するならば、標準化の目的は達成しえないから、原則として上記の様解するのが適切と思われる。なお、契約当事者間の取引能力の格差は通常存在するといえるが、要件ではない<sup>(20)</sup>、標準契約は、一方当事者がその利用を一方的に強要しうる地位にあるからではなく、

両当事者の相互に承認された慣行に基づき使用される場合も含むし、両当事者が書式内容を知り、かつ、理解している場合もありうるからである。<sup>(128)</sup> もっとも、共通記事的条項 (a boiler-plate provision)<sup>(129)</sup> であることは当事者の取引能力における非対等性を示唆するものであり、当該条項の意義は大幅に減少されるときか、過大な取引能力又は取引能力における非対等性については慎重にその出現に注意を払うべきであり、共通記事的条項としての外観は一つの警報である、<sup>(130)</sup> とされる。そして、標準契約が一般契約と区別して取扱われるものは、対等性が欠けている標準契約の場合である、<sup>(131)</sup> とされる。

以上、付合契約及び標準契約の両概念につき検討したが、最後に両者の関係いかがが問題になる。一般には、理論上、両者は区別されるべきで、付合契約は標準契約であるが、標準契約は必ずしも付合契約ではない旨指摘されている。<sup>(132)</sup> 両者の差異は、前述のことから明らかであるが一応あげておくと、標準契約は当事者の取引能力の格差を要せず書式自体は全ての当事者の利益を反映しているし、商議の余地がありうることに求められている。<sup>(133)</sup> しかし、このような立場でも、大多数の標準契約は付合状態で使用されると仮定するのが正確であるとされる。<sup>(134)</sup> さらに、区別を否定して、標準契約は交渉されていないのであるから常に付合契約であるとする立場も存する。<sup>(135)</sup> 判例も、付合契約を肯定する際に、特定態様 (付合状態)<sup>(137)</sup> での一種の標準契約である旨指摘するのが多数である。<sup>(138)</sup> このような状況からみて、両者は重なり合うことは否定できないが、付合契約は条項の契約関係への導入方法ないし状況を強調するものであり、<sup>(139)</sup> 標準契約は条項の標準化性をみるものといえよう。ただ、約款現象を一般契約とは異なる法理で処理するという見地からは、標準契約の方がより広い概念であるから、約款現象を標準契約という用語で把握するのが適切と考えられる。<sup>(140)</sup>

(一) See, Farnsworth, F. A., *Contracts*. Boston. Toronto 1982, p. 21; Friedman, L. M., *A History of American Law*, New

York 1973, p. 244 以下 一九世紀を契約法の黄金時代と云ふことより封建制度の衰微と資本主義経済の興隆 (rise) による契約法問題の急激な変化を指すのである。

- (2) Stawson, W. D., The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms, 46 U. Pitts. L. Rev. 21, 31 (1984) 以下 標準契約法への急激な○世紀初頭より一般的に利用をせむことである。
- (3) New Jersey Steam Navigation Co. v. Merchants' Bank of Boston, 47 US 344 (1848).
- (4) New York Central Railroad Co. v. Charles C. Lockwood 84 US 357. 379-80 (1873).
- (5) See, Pound, R., Liberty of Contract, 18 Yale L. J. 454, 457 (1909); Kessler, F., Contracts of Adhesion——Some Thoughts about Freedom of Contract, 43 Col. L. Rev. 629, 640 (1943).
- (6) Deutch, S., Unfair Contracts, 1977, p. 19; Murray, E., On Contracts. 2nd ed., Indianapolis • New York, 1974, pp. 375-36; Kessler, 43 Col. L. Rev. 629, 630 (1945). Blum, B. A. & Wellman, J. B., Participation, Assent and Liberty in Contract Formation, 1982 Ariz. St. L. J. 901, 918-9 以下 一八世紀のケッセルの政治経済学者の理論の影射として「トックスカピ」は一九世紀にきつて「契約法」の「ローン」へと進むべき有用な道具と解されるようになったのである。
- (7) Murray, E., On Contracts. pp. 735-36.
- (8) Horwitz, M. J., The Transformation of American Law, 1780-1860. Cambridge, Massachusetts and London, England, 1977, p. 160; Blum, B. A. & Wellman, J. B., 1982 Ariz. St. L. J. 901, 920 and Fn. 82.
- (9) Horwitz, M. J., op. cit., pp. 161, 177, 181.
- (10) Horwitz, M. J., op. cit., p. 161.
- (11) Horwitz, M. J., op. cit., p. 181.
- (12) Horwitz, M. J., op. cit., p. 185. 以下 Kessler, Gilmore & Kronman, Contracts, 3rd ed., Boston Toronto 1986, p. 114 は「意思理論は、ドメインのサヴァニエール」間接的にはカントに由来し「アンソニー」ポロック「ホーランド」によって英米法の法理學に導入されたとする。

- (31) Horwitz, M. J., op. cit., pp. 201, 203.
- (41) Horwitz, M. J., op. cit., p. 201; Farnworth, F. A., op. cit., p. 21; Blum, B. A. & Wellman, J. B., 1982 *Ariz. St. L. J.* 901, 903. なる Kessler, Gilmore & Kromman, op. cit., pp. 114-5 は、「一九世紀末には、意思理論はアメリカ及びイギリスにおいて、その魅力の大部分を失ったが、これはその源が外口に存したこと、取引の安全がこの理論の「主観的」エレメントによって脅かされたためである、旨指摘する、*ibid.*, p. 115 【こは、同意 (Consent) と選択の自由がアメリカの契約法に反映している基本的な社会的価値である限り、意思理論は依然として魅力と影響力を有し続けるであろう、とする。】
- (51) 社会の利益は、個人人の利益の集積にすぎず、個人人が自身にとって最善なことをなすという性向は、社会にとって最善なものである、と云ふ。Fine, S., *Laissez Faire and the General-Welfare State. A Study of Conflict in American Thought 1865-1901.* Binghamton N. Y. 1956, pp. 53-4.
- (9) Murray, E., op. cit., p. 736.
- (71) Cohen, M. R., *The Basis of Contract*, 46 *Herv. L. Rev.* 553, 563 (1933).
- (31) Hurst, J. W., *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States.* Wisconsin 1956, pp. 5-6.
- (91) Kessler, Gilmore & Kromman, op. cit., p. 6. 註 1-4 Fine, S., op. cit., pp. 47-164. なる ハンヤ・ハギーン理論は、当時の道徳哲学者の脚注の如き Woodard, C., *Reality and Social Reform: The Transition from Laissez-Faire to the Welfare State*, 72 *Yale L. J.* 286 (1962).
- (8) Cohen, M. R., 46 *Herv. L. Rev.* 553, 563 (1933): Murray, E., op. cit., p. 736. なる「社会的進化論の影響」及び「○世紀初頭には社会に生物学理論を適用するに及びべきか」の疑問が提起されたこと、註 1-4 See Hofstadter, R., *Social Darwinism in American Thought.* rev. ed. Boston 1955, pp. 143-56.
- (12) Kessler, Gilmore & Kromman, op. cit., p. 11. なる *id.* p. 12 に於て Pitney 判事による *Coppage v. Kansas* 236 U. S. 1, 17 (1914) 当時の支配的であった社会的進化論の哲学が法的に定式化された、と云ふ。

- (21) Pound, R., 18 Yale L. J. 454, 464-68 (1909). See also, Atiyah, P. S. & Summers, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford 1987, p. 229.
- (22) 自然法思想は一八世紀に隆盛したもので、その前提に於けるアメリカの自然法思想の特長については、詳しくは See, Atiyah, P. S. & Summers, R. S., *op. cit.*, pp. 236-39.
- (23) Fine, S., *op. cit.*, p. 52.
- (24) Deutch, S., *op. cit.*, p. 19; Pound, R., 18 Yale L. J. 454, 456 (1909); Fine, S., *op. cit.*, pp. 4-5. See also, Kessler, Gilmore & Kronman, *op. cit.*, p. 6.
- (25) なお、キリスト教倫理を契約自由の理論形成に大きな影響を有したことは疑うところ。Blum, B. A. & Wellman, J. B., 1982 *Ariz. St. L. J.* 901, 906 Fn. 22; Cohen, 46 *Harv. L. Rev.* 553, 565-67 (1933).
- (26) 例として、See, *Diamond Match Co. v. Raber*, 13 NE 419, 422 (1887).
- (27) *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, (1875) L. R. 19 Eq 462, 465. 一七世紀に於いて、契約自由の原則に於ける競争に際しての運用を規定したものは、Speziale, M. J., *The Turn of the Twentieth-Century as Dawn of Contract "Interpretation": Reflections in Theories of Impossibility*, 17 *Duq. L. Rev.* 555, 556-64 (1978-79).
- (28) Kessler, Gilmore & Kronman, *op. cit.*, pp. 4-5. 契約自由の理論及びその経済的な対応を古典的自由主義経済理論が企業における自由の活動に対する政府及び社会のコントロールを防ぐために使用された重要な知的武器であった。McDowell, B., *Party Autonomy in Contract Remedies*, 57 *Boston U. L. Rev.* 429, 432-3 (1977).
- (29) Fine, S., *op. cit.*, pp. 24-5. See also, Faulkner, H. U., *The Decline of Laisses Faire. 1897-1917*. New York 1961, p. 369. 経済発展段階説を主張したロスマンによれば、アメリカは一八四〇年に離陸の段階、一九〇〇年に成熟の段階、一九一三年に高度大衆消費の段階に達したものとされる。See Woodard, C., 72 *Yale L. J.* 266, 296 Fn. 16 (1962).
- (30) Fine, S., *op. cit.*, pp. 373-400; Faulkner, H. U., *op. cit.*, pp. 372-79. See also, Speziale, M. J., 17 *Duq. L. Rev.*

555, 567-69 (1978-79).

(23) 一九世紀の形式主義的思想は、原子論的な個人主義に立脚するものであり、その思考パターンは静的で、既存の制度を理論武装の道具と知ななつた。See, *Hoistadter*, R., op. cit., p. 168.

(24)(25) *Murray*, E., op. cit., p. 736. See also *Kessler*, F., 43 Col. L. Rev. 629, 640-41 (1943); *Kessler*, Gilmore & *Kronman*, op. cit., pp. 10-11; *Blum*, B. A., & *Wellman*, J. B., 1982 *Ariz. St. L. J.* 901, 921-22.

(26) 具体時点を See, *Fine*, S., op. cit., pp. 352-369.

(29) *Murray*, E., op. cit., p. 736.

(27) *Kessler*, Gilmore & *Kronman*, op. cit., pp. 7-8; *Ullman*, v. May 72 NE 2d 63, 67 (1947). さらば「権限」の概念は付加事情の存しなく限り、一方当事者を不利な取引から救済せしめしめは裁判所の職分にならざるも基本原則は今日でも支持を受けしむ。See ex., *Louisiana Power & Light Co. v. Mecom* 357 So 2d 596, 598 (1978); *Dana Point Condominium v. Keystone Service* 491 NE 2d 63, 66 (1986).

(28) *Farnsworth*, F. A., op. cit., pp. 295-6; *Secoulsky v. Oceanic Steam Nav. Co.* 112 NE 151, 152 (1916); *Fivey v. Pennsylvania R. Co.* 52 A 472, 473 (1902); *Rodesch v. Kirkpatrick Coal Co.* 41 F 2d 578, 519 (1930); *Merrit Music Serv., Inc. v. Sonneborn* 225 A 2d 470, 474 (1967). 従来この業に關する困難は「ラコフ」Sec. *Rakoff*, T. D., *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 *Harv. L. Rev.* 1173, 1185 (1983).

(29) *Rotkin*, A., *Standard Forms: Legal Documents in Search of an Appropriate Body of Law*, 1977 *Ariz. St. L. J.* 599, 602.

(30) See, *Morchhead v. People of State of New York* 298 US 589, 629 (1936); *United States v. Bethlehem Steel Corp.* 315 US 289, 326 (1942).

(41) もっとも、判例より「通常の契約の形成を調整するために案出された法システムの諸原則は機械的に特殊な保険契約に適うしなから」語の指摘は既に存じしつた。See, *Pfister v. Missouri State Life Ins. Co.* 116 Pa 245, 247 (1911) (未見)

- (42) この点については、前掲 Deutch, S., op. cit., pp. 11-5; Farnsworth, F. A., op. cit., pp. 297-8 を参照せよ。
- (43) Llewellyn, K. N., Book Review, 52 Harv. L. Rev. 700, 702-3 (1939). Siegelman v. Cunard White Star 221 F.2d 189, 204 (1955) は、見せかけ上の曖昧な文言とらふことについての解釈、その他の間接的方法又は「裏口 (back-door)」的方法を使用しようとする旨、指摘する。
- (44) Deutch, S., op. cit., p. 19.
- (45) Schmid, W., Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Berlin 1983, S. 151 Fn. 76 は、一九六五年から一九八一年四月までだが、判例上付合契約が問題となった件数を年度毎に表示しようとする。これによると、一九六六―七〇では、二十六件、一九七一―七五では七十七件、一九七六―八〇では一五五件で、増大しようとするのが一目瞭然である。なお、同期間における各州での件数については、Siehe, Id. S. 149 Fn. 70. それに id., SS. 151-165, bes. S. 159-60 では、社会的・経済的条件の点で非常に類似しているが、付合契約に言及した判例数が対照的な北ダコタと南ダコタ、オレゴンとワシントンとを比較検討すると共に、判例の標準契約に対する発展は、裁判官の社会的見解及び姿勢の変化が決め手となつていようと指摘する。
- (46) 161 Ad 2d 696 (1960).
- (47) id., p. 86.
- (48) id., pp. 87-8.
- (49) id., pp. 94-5.
- (50) Weaver v. American Oil Co. 276 NE 2d 144, 147-8 (1922); Allen v. Michigan Bell Telephone Co. 171 NW 2d 689, 691-2 (1969); Rozeboom v. Northwestern Bell Telephone Co. 358 NW 2d 241, 245-6 (1984). Schuchman, P., Consumer Credit by Adhesion Contracts, 35 Temp. L. Q. 125, 127-8 (1962) は、民法及び判例法における行動科学の影響を主たる理由としてあげていふ。
- (51) Chaudler v. Aero Mayflower Transit Co. 374 F.2d 129, 135 Fn. 11 (1967); C & J. Fertilizer, Inc. v. Allied Mut. Inc. Co. 227 NW 2d 169, 173-4 (1975); Estin Constr. Co. v. Aetra Casualty & Sar. Co. 612 SW 2d 413, 422-6 (1981);

Zuckerman v. Transamerica Ins. Co. 650 Pa 2d 441, 448 (1982); Karlberg European Transpa v. JK-Josef Kratz 618 F Supp 344, 348 (1985); Rakoff, T. D., 96 Harv. L. Rev. 1173, 1175-6 (1983); Danner Motor Sales v. Universal Underwriters 682 P 2d 388, 398-9 (1984).

(22) Kessler, Gilmore & Kronman, op. cit., p. 16.

(23) Motta v. Korea Ins. Corp. 840 F 2d 1452, 1460 (1988); John Deere Leasing Co. v. Blubaugh 636 F Supp 1569, 1573 (1986); Christenson v. Barba 714 SW 2d 183, 195 (1986); Steinhard v. Rudolph 422 So 2d 884, 890 (1982); Fotomat Corp. of Fla. v. Chanda 464 So 2d 626, 630 (1985); United Food & Commercial Workers Union v. Lucky Stores, Inc. 806 F 2d 1385, 1386 (1986).

(24) Deutch, S., op. cit., pp. 19-24; Kaufman, C. K., The Resurrection of Contract, 17 Washburn L. J. 38 (1977); Mello v. Texaco, Inc. 532 F. Supp. 1280, 1297-8 (1982). Rakoff, T. D., 96 Harv. L. Rev. 1176, 1235-43 (1982) は「約款条項を強行することは相手方の自由を侵害するものがある」原則として約款は強行しえなから」とする。

(25) カルフォルニア州は同州の統一商法典で二一三〇二を採用していないが、同州民法典一六七〇・五条では非良心性条項を採用し、契約一般に適用されるものとする。又、ルイジアナ州も統一商法典第二章、第六章、第九章を採用していないが、同州民法典の各条項に依拠して非良心性条項と同様の規則が行われている。詳しくは、Sec. Hersbergen, R. L., Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code, 43 La. L. Rev. 1315 (1985). 非良心性条項は Restatement of Contracts (2nd), §208, UCC §2A-108 などの各種の消費者保護法にも規定されている。

(26) なお、統一商法典内でも、契約自由と非良心性条項との関係は問題となる。UCC 一〇二は「…(一定の場合を除き)本法の規定の効果は、合意によって修正される。…」とされ、UCC 上、契約自由の原則は基本的原則の一つとされる。Uniform Commercial Code. 1978 Official Text with Comments, official comment 2 zu 1-102 (1987); Spring Motors Distributors v. Ford Motor Co. 489 A 2d 660, 668 (1985)。しかし、二一三〇二条は修正の対象とならなから、一般に認められるべきで、契約自由の制限として機能する。そこで、この非良心性条項自体の存否につき見解が対立している。一般には肯

定され、ただ、契約自由の原則との関連で、その理由づけが争われている。詳しくは See, Deutch, S., op. cit., pp. 74-5. の点については、二一三〇二条は「相互の自由な合意」を破壊するものではなく、自由な選択というコメントが存しないと思われる場合にのみ裁判所に契約を修正する権能を付与するものであり、かつ、付合状況においては「自由な合意の保護を意図している経済そのものが害されるが故に」、かかる一方的な取引によって現代の自由な企業システムは強化されるといふよりもむしろ弱められてしまふ」として、二一三〇二条と契約自由の原則とは対立するものではない」とする見解が支持されてゐるといふこと。See, Howkland, W. D., Uniform Commercial Code Series, vol. 2, Illinois 1984, § 2-302: 01; Spanogle, J. A. Jr., Analyzing Unconscionability Problems, 117 U. Pa. L. Rev. 931, 935-6 (1969).

- Deutch, S., op. cit., pp. 75-6 は、「この見解は二一三〇二条は文言上、約款に限定してゐないから難点があるとして、約款、殊に、付合契約では、真の合意が不合理な条項につきなされてゐないから、契約自由の原則は取引の公正さを測定する際には何ら障害とはならないのであり、契約が不合理又は不公正である場合には契約自由の原則にも拘らず、契約を無効又は修正しうるが、一般契約においては、非良心性の問題は、契約自由への干渉を避けるためにより慎重な配慮がなされるべきで、不公正という例外的な場合にのみ、非良心性に基づいて無効又は修正をなすべきである」とする。この見解が妥当であると考えられるが、そうなる」と Deutch, S., supra. も指摘するように、約款の概念規定が重要となることはさうまでもない。
- (57) この点を明言する判例として、See *ex. Neal v. State Farm Inc. Co.* 10 Cal. Rptr. 781, 784 (1961).

(58) Patterson, E. W., *The Delivery of a Life-Insurance Policy*, 33 Harv. L. Rev. 198, 222 (1919).

(59) Ehrenzweig, A. A., *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws*, 53 Col. L. Rev. 1072 (1955); Kessler, F., 43 Col. L. Rev. 629 (1943). See also, *Brokers Title Co. v. St. Paul F. & M. Ins. Co.* 610 F. 2d 1174, 1179 Fn., 5 (1979). *Farnsworth*, F. A., op. cit., p. 295 Fn. 4 は「付合契約という用語は『ヨーロッパで教育を受けた後、米国の教授職についた者(例えば Kessler, Ehrenzweig)によって普及された』旨指摘する。

(60) Deutch, S., op. cit., p. 4. *Siegelman v. Cunard White Star Ltd.* 221 F. 2d 189, 204-6 (1955). 本判決に於ける Frank 判事による「付合契約は一九〇一年に初めて現われた」とされる (*id.*, p. 206)。「もっとも、付随的に言及したものとせば、

- 本邦法に反し Bekken v. Equitable Life Assur. Soc. 293 NW 2d 200, 212 (1940) 等を参照。See, Deutch, op. S., cit., p. 27, Fn. 27.
- (27) Deutch, S., op. cit., pp. 2-5; Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. 161 A 2d 69, 87 (1960); Tunkl v. Regents of University of California 383 P 2d 441, 456 (1961).
- (28) Wright, A. T., Opposition of the Law to Business Usages, 26 Cal. L. Rev. 917, 928, 929 (1926). 又、その 1) に 4 句に引く Isaacs, N., The Standardizing of Contracts, 27 Yale L. J. 34, 39 (1917) に標準契約の標準化の必要を認め、  
 回國文に「契約の標準化をやるに有るは「地位に依るべし」の標準を採らざるべし」と述べ、  
 (29) Cohen, M. R., 49 Harv. L. Rev. 553, 587-590 (1933); Llewellyn, K. N. What Price Contract? An Essay in Perspective, 40 Yale L. J. 704, 731 (1941); id., Book Review, 52 Harv. L. Rev. 700 (1939).  
 又、その 標準契約を採るべき標準問題に關するに引く See, Slawson, W. D., 46 U. Pitts. L. Rev. 21, 31-46 (1981).
- (30) Patterson, E. W., 33 Harv. L. Rev. 199, 222 (1919); id., 64 Cal. L. Rev. 833, 856 (1964).
- (31) Estrin Const. Co., Inc. v. Aetna Cas. & Sur. 512 SW 2d 413, 418 Fn. 3, 426 (1981).
- (32) Neal v. State Farm Ins. Co. 10 Cal. Rptr. 781, 784 (1965); Steven v. Fidelity & Casualty Co. of New York 377 P 2d 284, 297 (1963); Albuquerque Tire v. Mountain St. Tel & Tel. 697 P 2d 128, 131 (1985); Gutmann v. La Vida Llana 709 P 2d 675, 678 (1985); Macneil, I. R., Contracts, 2nd ed., Mineola, N. Y. 1978, p. 445; Deutch, S., op. cit., p. 2; Ehrenzweig, A. A., 53 Col. L. Rev. 1072, 1075 (1953); Rakoff, 96 T. D., Harv. L. Rev. 1173, 1177 (1983).
- (33) Rakoff, T. D., 96 Harv. L. Rev. 1173, 1177 (1983); Gray v. Zurich Ins. Co. 54 Cal. Rptr. 104, 107 (1966); Standard Oil of California v. Perkin 347 F 2d 379, 383 Fn. 5 (1965); Golz v. Children's Bureau of New Orleans 326 So 2d 865, 869 (1976); Ponder v. Blue Cross of Southern California 183 Cal. Rptr. 632, 636 (1983); Hope v. Dean Witter Reynolds Organization, Inc. 226 Cal. Rptr. 439, 444 (1986); Potomac Leasing Co. v. Chuck's Pub. Inc. 509 NE 2d 751, 755 (1187).
- (34) Hope v. Super Court of Santa Clara County 175 Cal. Rptr. 851, 855-6 (1981); Graham v. Scissor-Tail, Inc. 623

P 2d 165, 172 (1982); Painters Dist. Council No. 33 v. Moen 181 Cal. Rptr. 17, 21 (1982).

(8) Burgess Const. Co. v. State 614 P 2d 1380, 1384 (1980); James v. Dressel 623 P 2d 370, 374 (1981), Schlobohn v. SPA Petite, Inc. 326 NW 2d 920, 924 (1922). See also, Sybert, R. P., Adhesion Theory in California: A suggested Redefinition and its Application to Banking, 11 Loyola of Los Angeles L. Rev. 297, 322 (1978); Duncan, N. K., Adhesion Contracts: A Twentieth Century Problem for a Nineteenth Century Code 34 La. L. Rev. 1081, 1081 (1974).

なす、契約は統一的に、解釈の同一原則が各々の契約に適用され、かつ、トランスの全メンバーが合意の解釈に同意共通の利害を有するものから、付合契約である用語に替はトランス・トランスの言葉とされ得る。La Sala v. American Saving & Loan Association 97 Cal. Rptr. 849, 857 (1971); Wilson v. San Francisco Fed. S. & L. Ass'n 132 Cal. Rptr. 903, 906 (1976).

(7) 取引能力に関しては、経済的な面を必要とする。Sybert, R. P., 11 Loyola of Los Angeles L. Rev. 297, 319 (1978)。しかし、取引能力の点では、経済的の必要とする面を知らず。Hurd, C. H. & Bush, R. L., Unconscionability: A Matter of Conscience for California Consumers, 25 Hastings L. J. 1, 8-13 (1973)。

(1) Lehnhoff, A., Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law, 36 Tul. L. Rev. 481, 482 (1962); Ehrenzweig, A. A., 53 Col. L. Rev. 1072, 1075 (1953); Duncan, N. K., 34 La. L. Rev. 1081, 1081 (1974); Macneil, I. R., op. cit., p. 445; Schuchman, P., 35 Temp. L. O. 125, 128 (1962)。  
 何れも多数のものを、  
 出産のものを、  
 Ponder v. Blue Cross of Southern California 193 Cal. Rptr. 632, 636, 637 (1983); Gilchrist Machinery Co. v. Komatu American Corp. 601 F. Supp. 1192, 1201 (1984); Guthmann v. La Vida Lena 709 P 2d 675, 678 (1985); Cubic Corp. v. Matry 229 Cal. Rptr. 828, 833 (1986)。

(2) See, Sybert, R. P., 11 Loyola of Los Angeles L. Rev. 297, 318 (1978); Blum, B. A. & Wellman, J. B., 1982 Ariz. St. L. J. 901, 914.

(3) Beyon v. Garden Grave Medical Group 161 Cal. Rptr. 146, 150 (1980); Martin v. Educational Testing Service,

- Inc. 431 A 2d 868, 874-5 (1981); Glielchrist Machinery Co. v. Komatsu American Corp. 601 F. Supp 1192, 1201 (1984); Potomac Leasing Co. v. Chuck's Pub. Inc. 509 NE 2d 751, 755 (1987).
- (<sup>21</sup>) Deutch, S., *op. cit.*, pp. 3-4; Kessler, F., 43 Col. L. Rev. 429, 432 (1943); Cruise v. Castleton, Inc. 449 F Supp 564, 570 (1978); U. S. Trotting Ass'n v. Chicago Downs Assn, Inc. 665 F 2d 781, 786 (1981); Perdue v. Crocker Nat. Bank 190 Cal. Rptr. 205, 208 (1983); Strong v. Oakwood Hospital Corp. 325 NW 2d 435, 438 (1982); Jones v. Dressel 623 P 2d 370, 374, 375 (1981).
- (<sup>22</sup>) Weaver v. American Oil Co. 276 NW 2d 144, 147 (1972); Rozeboom v. Northwestern Bell Tel. Co. 358 NW 2d 241, 242, 245 (1981); Albuquerque Tire. v. Mountain Oil Co. 677 P 2d 128, 131 (1985); Gutmann v. La Vida Llana 709 P 2d 675, 678 (1985); McCall, J. R., Due Process and Consumer Protection: Concepts and Realities in Procedure and Substance—Repossession and Adhesion Contract Issues, 26 Hastings L. J. 383, 413 and Fn. 140 (1974). See also, *Leff, A. A.*, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 505-6 (1967); Schuchman, P., 35 Temp. L. Q. 125, 129 (1962).
- (<sup>23</sup>) Milligan v. Big Vally Corp. 754 P 2d 1065, 1066-7 (1988); Blum, B. A. & Wellman, J. B., 1982 Ariz. St. L. J. 901, 914-5.
- (<sup>24</sup>) Allen v. Michigan Bell Tel. Co. 171 NW 2d 689, 692 (1969); Ryoiti v. Paime, Webber, Jackson & Curtis, Inc. 371 NW 2d 454, 455 (1985). See also, Blum, B. A. & Wellman, J. B., 1982 Ariz. St. L. J. 901, 917.
- (<sup>25</sup>) Graham v. Scissor-Tail, Inc. 623 P 2d 161, 171 and Fn. 13 (1981); Estin Const. Co., Inc. v. Aetna Gas & Shur. 612 SW 2d 413, 418 Fn. 3 (1981); Bos Material Handling v. Crown Contracts Corp. 186 Cal. Rptr. 740, 743 (1982); Keating v. Superior Court of Alameda County 645 P 2d 1192, 1196-7 (1982); Karlberg European Transpa v. JK-Josef-Kratitz 618 F Supp 344, 347-8 (1985); Styling Plastics v. Neptune Orient Lines 666 F Supp 1406, 1413-4 (1987); Deutch, S., *op. cit.*, pp. 3 and 4.
- (<sup>26</sup>) Rakoff, T. P., 96 Harv. L. Rev. 1173, 1253-4 (1983).
- (<sup>27</sup>) K-Lines, Inc. v. Roberts Motor Co. 541 P 2d 1378, 1384 (1975); Walnut Creek Pipe Distrieb v. Gates Rubber Co.



- Golz v. Children's Bureau of New Orleans, Inc. 326 So 2d 865, 869 (1976); Jones v. Dressel 623 P 2d 370, 374 (1981); Zucherberg v. Blue Cross & Blue Shield 464 NYS 2d 678, 681 (1983); Fields v. Blue Shield of California 209 Cal. Rptr. 781, 786 Fn. 5 (1985); Guthmann v. La Vida Llena 709 P 2d 675, 678 (1985).
- (8) Schuchman, P., 35 Temp. L. Q. 125, 129 (1962); Sweet, J., The American Contract System: Today and Zool, 7 Indiana L. Rev. 308, 309 Fn. 3 (1973).
- (9) See, Slawson, W. D., 48 So. Cal. L. Rev. 1, 48 (1974).
- (10) Parr v. Superior Court of CTY. of San Metro 188 Cal. Rptr. 801, 803 (1983).
- (11) Zucherberg v. Blue Cross & Blue Shield 464 NYS 2d 678, 681 (1983); Guthmann v. La Vida Llena 709 P 2d 675, 678 (1985); Finkle and Ross v. A. G. Becker Paribas, Inc. 622 F Supp 1505, 1511 (1985); Preston v. Kruezer 641 F Supp 1163, 1171, 1172 (1986); Slawson, W. D., 48 So. Cal. L. Rev. 1, 48 (1974); Duncan, N. K., 34 La. L. Rev. 1081, 1081 and Fn. 6 (1974); Sybert, R. P., 11 Loyola of Los Angeles L. Rev. 297, 320 (1978); Schuchman, P., 35 Temp. L. Q. 125, 129 (1962).
- (12) Deutch, S., op. cit., p. 3; Kessler, F., 43 Col. L. Rev. 629, 632 (1943).
- (13) Sybert, R. P., 11 Loyola of Los Angeles L. Rev. 297, 318 (1978); Calamari, J. D. & Perillo, J. M. op. cit., p. 6.
- (14) Graham v. Scissor-Tail, Inc. 623 P 2d 165, 171-2 (1982); Therna-Coustics MFG., Inc., v. Borden Inc. 213 Cal. Rptr. 611, 620 (1985).
- (15) Karberg European Transpa. v. J. K.-Josef Kratz 618 F Supp 344, 347 (1985).
- (16) Equitable LBR Co. v. IPA Land Develop Corp. 381 NYS 2d 459, 464 (1974); Calarco v. Southwestern Bell Tel. Co. 725 SW 2d 304, 307 (1986). この「いかなる疑問も」 Deutch, S., op. cit., p. 3 は「選定の欠缺は」一定の取引分野に於て競争者を利用できなかなければならぬ、社会条項が競争者間で異なる場合には「適切に指摘してはならぬ」。
- (17) City of New York v. Local 333, Marine Div. 433 NYS 2d 527, 529 (1986).

- (100) *Clinic Masters v. District Court of CTY. of El. Paso* 556 P 2d 473, 476 (1976); *Petherbridge v. Prudential S. & L. Ass'n*, 145 Cal. Rptr. 87, 89 (1978).
- (101) なち、商人間取引に限定されなくが、契約相手方の積極的行為を要するかも問題となる。つまり、条項の削除につき交渉を試み、これが失敗した場合のみ付合性が肯定され、この試みをならなかつた場合には否定されるのか、である。この点を肯定して、条項を読まず、かつ、この試みを何らなしていらざるときには付合性を否定する判例が存在する。Union Bank v. Ross 126 Cal. Rptr. 646, 650 (1976). See also, *Guthmann v. La Vida Llana* 709 P 2d 675, 678-9 (1985). しかし、通常、企業側は相手方が条項を讀み、署名するのを知り、そのうち、指摘を存するし、交渉自体、企業組織上容易でなすことを考慮する。このよきな積極的行為を要求することは一般化できなうであらう。
- (201) *Madden v. Kaiser Foundation Hospitals* 552 P 2d 1178, 1185-86 (1976). See also, *Slawson*, 48 W. D., So. Cal. L. Rev. 1, 48 (1974).
- (301) See, *Corbin On Contracts* § 559 C (B) at p. 573 (Kaufman, Supp., 1984).
- (401) *Rakoff*, T. D., 96 Harv. L. Rev. 1173, 1255 Fn. 257 (1985). See also, *Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc.* 361 NE 2d 1015, 1019 (1977).
- (501) *Graham v. Scissor-Tail, Inc.* 623 P 2d 165, 171 (1981); *Sybert, R. P.*, 11 *Loyola of Los Angeles L. Rev.* 297, 326 (1978); *Deutch*, S., op. cit., p. 3; *Rakoff*, T. D., 96 Harv. L. Rev. 1173, 1255 (1983). かつ、*Lamolle Grain Co. v. St. Johnsbury, ETC* 369 A 2d 1389, 1391 (1976) によつて、*現金の貸付に際して、貸主が、残余条項の付した譲渡の、結果として、その貸付の条項に合致するものを、譲渡した、と、主張する。*
- (901) *Powell v. Central California Federal Sav. & Loan Ass'n* 130 Cal. Rptr. 635, 641 (1976); *Payroll Exp. Corp. v. Actna Cas. & Sur. Co.* 504 F. Supp. 383, 393 (1980); *Delta Air Lines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp.* 503 F 2d 239, 242-43 (1979).
- (101) *Corbin On Contracts* § 559 D (A) at p. 575 (Kaufman, Supp., 1984).

- (80) Weidman v. Tasmasehli 365 NYS 2d 681, 686-87 (1975); Spring Valley Gardens Associates v. Earle 447 NYS 2d 629, 631 (1983); Schlobohm v. SPA Petite Inc. 326 NW 2d 920, 923 (1982). See also, Sybert, R. P., 11 Loyola of Los Angeles L. Rev. 297, 320, 322 (1978).
- (81) Burgess Const. Co. v. State 614 P 2d 1380, 1383 (1980).
- (82) Jones v. Dressel 623 P 2d 370, 374-75 (1981); Schlobohm v. SPA Petite, Inc. 326 NW 2d 920, 924 (1982). See also, Deutch, S., op. cit., p. 4.
- (83) Finkle and Ross v. A. G. Becker Paribas, Inc. 622 F Supp 1505, 1511 (1985); Preston v. Kruezer 641 F Supp 1163, 1171 (1986).
- (84) Kreating v. Superior Court of Alameda County 645 P 2d 1192, 1197 (1982). See also, Rakoff, T. D., 96 Harv. L. Rev. 1173, 1249 Fn. 243 (1983).
- (85) Greenwood v. Beesen 454 P 2d 633, 636 (1969); Madden v. Kaiser Foundation Hospital 552 P 2d 1178, 1185 (1976); Bank of Indiana, Nat. Ass'n v. Holyfield 476 F Supp 104, 108 (1979); Meiso v. Texaco 532 F Supp 1280, 1298 (1982); John Deere Leasing Co. v. Blunbaugh 636 F Supp. 1569, 1574 (1986); Macneil, I. R., op. cit., p. 445.
- (86) Weidman v. Tomaselli 365 NYS 2d 681, 686 (1975).
- (87) Union Bank v. Ross 126 Cal. Retr. 646, 649 (1976); King v. Larsen Realty, Inc. 175 Cal. Rptr. 226, 231 (1981); Security Pacific Nat. Bank v. Adamo 191 Cal. Rptr. 134, 138 (1983).
- (88) Brown v. Shang 309 NW 2d 575, 582 (1982); Driscoll v. Smith Barney, Harris, Upham & Co. 815 F 2d 655, 659-660 (1987).
- (89) Security Pacific Nat. Bank v. Adamo 191 Cal. Rptr. 134, 138 (1983); Yeng Sue Chow v. Levi Strauss & Co. 122 Cal. Rptr. 816 (1975); Standard Oil Co. of California v. Perkins 347 F 2d 379, 383 Fn. 5 (1965).
- (90) Estin Const. Inc. v. Aetna Cas & Sur. 612 SW 2d 413, 420 (1981). ㄹㄴㄹㄴ' ㄹㄴㄴㄴㄴㄴㄴㄴㄴ (a boiler plate Provi

- sion) ㄱㄹ' 井濶記事協合類 (a boiler plate agreement) ㄱㄹ의 裝束を 用ゝる ㄱㄹ의 度° Taylor v. Titan Midwest Const. Corp. 474 F Supp. 145, 149 (1979); Kline v. Kawai America Corp. 498 F Supp 868, 872 (1980); G. H. Miller & Co. v. Hanes 566 F Supp 305, 308 (1982); Couch v. First Guar. Ltd. 578 F Supp 331, 333 (1984).
- (61) Deutch, S., op. cit., p. 1; Schuchman, P., 35 Temp. L. Q. 125, 127 (1962); Holmes, E. M. & Thürmann, D., A New and Old Theory for Adjudicating Standardized Contracts, 17 Ga. J. Int'l & Comp. L. 323, 325 Fn. 2 (1987); Dugan, R., Standardized Form Contracts—An Introduction, 24 Wayne L. Rev. 1307, 1316 (1978); id., Standardized Forms: Unconscionability and Good Faith, 14 New Eng. L. Rev. 711, 719 (1979); id., Good Faith and The Enforceability of Standardized Terms, 22 William & Mary L. Rev. 1, 3 (1980);
- (62) Dugan, R., 14 New Eng. L. Rev. 711, 719 (1979).
- (63) Holmes, E. M. & Thürmann, D., 17 Ga. J. Int'l & Comp. L. 325, 325 Fn. 2 (1987).
- (64) Farnsworth, F., A., op. cit., p. 293; Schuchman, P., 35 Temp. L. Q. 125, 127 (1962); Unico v. Owen 232 A 2d 405, 410 (1967); Cutter v. Scott & Fetzer Co. 510 F Supp 905, 908 (1981); Colonial Leasing Co. v. Pugh Bros. Garage 735 F 2d 380, 382 (1984) のこゝの '標準契約は' 是れ對等な取引能力を有する企業間での交渉の出発点として利用される場合である。この關係では '事前に印刷された標準契約' の '標準化' となつてゐることを是れ強調せらるゝ。Birnbaum, Stahl & West 26 Ariz. L. Rev. 793, 796 Fn. 26 (1984).
- (65) Deutch, S., op. cit., p. 1; Farnsworth, F. A., op. cit., pp. 293-4; Holmes, E. M. & Thürmann, D., 17 Ga. J. Int'l & Comp. L. 323, 325 and Fn. 2 (1987); Restatement of Contracts (2nd), § 211 Comm. C. (但し 'Comm. a' では '無数の変異 (variations) に注意を払つていながら解放せられ、極く僅かな重要条項 (取引タイプ、スタイル、価格等々) 間の有意な選択の集中' による利益とつたものとしてゐる)° See also, Cutter v. Scott & Fetzer Co. 510 F Supp 905, 908 (1981); Darrner Motor Sales v. Universal Underwriters 682 P 2d 388, 395, 398-9 (1984).
- (66) Unico v. Owen 232 A 2d 405, 410-11 (1967); Cutter v. Scott & Fetzer Co. 510 F Supp 905, 908 (1981).

- (12) *Duncan, N. K.*, 34 La. L. Rev. 1081, 1081 Fn. 3 (1974); *Bolgar, v.*, 20 Am. J. Comp. L. 53, 54 Fn. 4 (1972); *Leff, A. A.*, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 506 (1967).
- (13) *Farnsworth, F. A.*, op. cit., p. 295. See also, *Restatement of Contracts* (2nd), § 211 Comm. 6.
- (14) *Weidman v. Tomascelli* 365 NYS 2d 681, 688 (1975). 但し、*債權者取戻権力を有する当事者間の譲渡契約は作成を要する* 等の主張は認められず。Sec. Perdue v. Cracker Nat. Bank 190 Cal. Rptr. 205, 210 (1983).
- (15) *Sweet, J.*, 7 Indiana L. Rev. 309, 309 Fn. 3 (1973); *Schuchman, P.*, 35 Temp. L. Q. 125, 128 (1962); *Macneil, I. R.*, op. cit., p. 446.
- (16) *G. H. Miller & Co. v. Hanes* 566 F Supp 305, 308 (1983).
- (17) *Taylor v. Titan Midwest Const. Corp.* 474 F Supp 145, 149 (1979). See also, *Kline v. Kawai America Corp.* 498 F. Supp 868, 872-3 (1980).
- (18) *Leasewell, Ltd. v. Jake Shelton Fond. Inc.* 423 F Supp 1011, 1016 and Fn. 9 (1976); *Couch v. First Guar. Ltd.* 578 F Supp 331, 333-4 (1981).
- (19) *Deutch, S.*, op. cit., p. 2; *Macneil, op. I. R.*, cit., p. 446; *Caramari, J. D. & Perillo, J. M.*, op. cit., p. 418 Fn. 55; *Loft, A. A.*, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 506 (1969); *Duncan, N. K.*, 34 La. L. Rev. 1081, 1081 Fn. 3 (1974); *Slawson, W. D.*, 84 Harv. L. Rev. 529, 549-50 (1971). *Sweet, J.*, 7 Indiana L. Rev. 309, 309 Fn. 3 (1973); *MCA, Inc. v. Universal Diversified Enterprises Corp.* 103 Cal. Rptr. 522, 525 (1975).
- (20) *Macneil, I. R.*, op. cit., pp. 446-7.
- (21) *Sweet, J.*, 7 Indiana L. Rev. 309, 309 Fn. 3 (1973).
- (22) *Corbin On Contracts*, § 559 C (A) at p. 572 (*Kaufman, Supp.* 1984); *Deutch, S.*, op. cit., p. 3; *Keating v. Superior Court of Alameda County* 645 P 2d 1192, 1196-7 (1982); *Finkle and Ross v. A. G. Becker Paribas. Inc.* 622 F Supp 1505, 1511 (1985); *Happer Tax Services, Inc. v Quick Tax Ltd.* 686 F Supp 109, 112 (1988).

- (131) Garner v. duPont Walston, Inc. 135 Cal. Rptr. 230, 232-3 (1976); Wilson v. San Francisco Fed. S. & L. Ass'n 132 Cal. Rptr. 903, 905-976 (1976); Esrin Const. Co. Inc. v. Aetna Cas & Sur. 612 SW 2d 413, 418 Fn. 3 (1981).
- (132) 同業出版社の「ジョブ」 See, Kessler, F., 43 Col. L. Rev. 629, 632 (1943); Lehnhoff, A., 36 Tul. L. Rev. 481, 481-2 (1962).
- (133) Holmes, E. M. & Thürmann, D., 17 Ga. J. Int'l & Comp. L. 323, 325 Fn. 2 (1987); Sybert, R. P., 16 Loyola of Los Angeles L. Rev. 603, 623 (1983).
- (139) 消費者に提供された標準契約は公平な契約であるべきである。 See Wheeler v. St. Joseph Hospital 133 Cal. Rptr. 775, 783 (1977); Jackson v. Detroit Memorial Hospital 312 NW 2d 212, 214 (1981).
- (140) Restatement of Contracts (2nd) の標準合意は公平な標準契約の語を一般的に使用している。 See ex., § 211.