

アメリカにおけるバーゲニング・パワー (交渉力) 概念の議論に関する一考察

柳 景 子*

I. 問題意識および分析手法

1. 前提—バーゲニング・パワー（交渉力）不均衡法理としての非良心性法理

アメリカの契約内容規制法理として知られる非良心性法理は、解釈上、当該契約の内容そのものの非良心性（実体的非良心性）のみならず、契約の締結過程の非良心性（手続的非良心性）も必要とされ、これら2種類の非良心性は、原則として必ず両方揃わなければならないとされる¹。そして、非良心性の適用の際は、仮にどちらか一方の非良心性の認定が困難であっても、2種類の非良心性をいわば相関関係として考慮することによって、すなわち、一方が著しい場合には、もう一方は軽微なものでも構わないという解釈手法（balancing・アプローチ、sliding・スケール等と呼ばれる。）を採用することによって、あくまで上記2種類の非良心性が必要であるとの原則を貫徹すべきであると考えられてきた。同時に、balancing・アプロー

*福岡大学法学部講師

チは、どちらかといえば、手続的非良心性の認定が困難な場合に、これを認定しやすくするために利用される傾向があった²。

このようにバランシング・アプローチを用いてまで厳格に要求される手続的非良心性とは何かという点に関しては、一般的に、手続的非良心性の中心部分をなしているのは、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡があったこと、すなわち、inequality of bargaining power である、と説明される³。このことから、非良心性法理は、契約内容規制法理であると同時に、手続的非良心性の審査を通して、契約当事者間に inequality of bargaining power があったかどうかを審査する法理としても機能してきた、と表現することも可能であり、実際、アメリカでは、非良心性法理は端的に inequality of bargaining power の法理である、と説明されることも多い⁴。

2. 問題意識—Inequality of bargaining power とは何か

ではここで、inequality of bargaining power とは、何か。この言葉は、多くの場合、契約当事者間の bargaining power に著しい不均衡 (disparity, inequality) があることが、当該契約に司法が事後的に介入することの正当化根拠となる、という文脈において使われてきた。しかし、依然として、なぜ bargaining power に著しい不均衡があると、そのような扱いが認められるのか、という問いが残されている。

アメリカでは、古くから近年に至るまで、この問いについて様々に論じられてきた。本稿は、これらのアメリカの inequality of bargaining power の議論を、可能な限り網羅的に紹介し、整理するものである。

わが国では、Inequality of bargaining power について、一般的に、「交渉力 (の) 不均衡」等の訳語をあてられ、これは、たとえば消費者契約法 1 条等にみられる「交渉力の格差」とも同義と考えられる⁵。しかしながら、後述のように、アメリカの bargaining power は、多義的な概念であり、少な

くとも、契約当事者が契約条件について協議し、「ネゴシエート」するための能力・技能という意味合いを想起させる「交渉」力という訳語だけでは、捉えきれない概念である。そこで、以下において、bargaining power について、原語表記のほか、従来の「交渉力」という表記、及び「バーゲニング・パワー」という表記も併用する⁶。

3. 分析手法について

以下において、アメリカにおける inequality of bargaining power に関する契約法を中心とする論考の紹介と整理を行う。これらの論考は、分析の視点が多種多様であることから、無理に体系化・分類化することは避け、基本的には、年代順に並べて紹介し、可能な範囲内で、論考を大まかな分類（たとえば、契約法関係、労働法関係など）に分ける。

また、文献収集の具体的な方法としては、(1)Hein Online, Westlaw 等の英米法の代表的なデータベースを利用し、“bargaining power”をキーワードとする論考を検索・選定するとともに、(2)同じキーワードを Current Index to Legal Periodicals (Hein Online 上の電子データ版) にて検索・選定することによって、論考の見落としや偏りを避けた。さらに、(1)及び(2)で選定した論考において引用・参照されている文献で、“bargaining power”についての重要文献と思われるものも加えた。ただし、利用したデータベースの性質上、1930年以降の論考に限定されている。

なお、データベースでの検索において、本文中に“bargaining power”が含まれているものまで含めると、該当する論考数が膨大であること、タイトル中に“bargaining power”の言葉が現れていれば、当該論考が“bargaining power”を中心的に論じていることの証左であると考えられること等から、検索条件として、タイトル中に“bargaining power”の言葉が含まれているものに限定した。

Ⅱ. アメリカにおけるバーゲニング・パワー（交渉力）概念の議論状況

1. 1930年代～U.C.C. 制定前頃

本稿で採用した検索方法によって、アメリカの論考を検索すると、“bargaining power”がタイトルに現れる最初の論考は、1937年の *The Significance of Comparative Bargaining Power in the Law of Exculpation*, 37 COLUM. L. REV. 248 (1937) である。ただし、この論考は、Notes（ノート）と呼ばれる、ロー・スクールの学生が無署名で執筆する比較的短い記事であり、一般的に、優秀な学生が教授の指導を受けつつ執筆するとされるが、法律実務家や法学の教授が執筆する Articles とは異なる。

同ノートは、免責条項の有効性を判断する際、bargaining power を用いることの是非を論じるものである。著者は、「当事者が概して対等な交渉関係 (roughly equal bargaining terms) にない場合には、免責条項 [の有効性] はめったに認められない」と指摘する。そして、実際の裁判では、当事者の相対的な経済的強さが契約の有効・無効を決定づけるという考え方が採用されることが多いとし、このような考え方について検討を加えることが、同ノートの目的であるとする。このように問題意識を整理した上で、著者は、(i) 免責される当事者が優越する地位にいる場合、(ii) 当事者（の交渉力）が等しい場合、及び、(iii) 免責される当事者が特異な利益を得る立場にある場合という3つの場合に分け、それぞれ例を挙げて検討を行っている。その結果、いずれの場合についても、相対的な交渉力とは「最も便利な基準」ではあるものの、予測する上で絶対確実といえる基準を何も提供していないとする。その理由は、相対的な交渉力という基準は、分類や場合分けが必要であること、特定の当事者の相対的な取引上の地位に関わる事実を基礎として経済的に一般化することが困難であることから、個別の事案においてうまく機能しない

からであるとする。

2. U.C.C. 制定・採択時期 (1960年代頃) ~1980年代頃

(1) U.C.C. 制定直後の時期

上記ノート以後、十数年の間は、bargaining power をテーマとする論考は、後述の労働組合の団体交渉 (collective bargaining) に関する論考を除けば、ほとんど見られない。しかし、1960年代に入ると、各州において非良心性の規定を含む U.C.C. の採択が進むにつれ、非良心性の研究の一環として、bargaining power に着目するものが散見されるようになる。たとえば、1966年に発表されたノートでは、U.C.C. § 2-302の公式注釈や非良心性の代表的判例によれば、本条文はすべての「不当な」契約に適用されるのではなく、契約当事者間の交渉力不均衡に起因すると言えるような不当性が見いだされる契約にのみ適用されることが明らかであると指摘する。結論として、著者は、非良心性の判断において、(i)交渉力不均衡が不可欠であること、(ii)ただし、交渉力不均衡だけが決定的な要素ではなく、また、交渉力不均衡が必ずしも不当な契約を無効にする方向に働くだけではない（その逆もありうる）こと、(iii)契約内容が明らかに非良心的（不当）な場合であっても、それだけでは足りず、そのような明らかに非良心的な内容の契約によって、相手方に何らかの結果をもたらしたこと（不公正な不意打ちなど）を証明することが必要であること、(iv)苛酷な内容の契約条項を盛り込みたい当事者は、その条項がどのような結果を生じさせるかについて、相手方に開示しなければならないこと等を指摘している⁷。

(2) 団体交渉 (collective bargaining) からの視点

1950~60年代には、collective bargaining すなわち労働組合による団体交渉をテーマとする論考が散見され、一部においては、一般的な「交渉力」の

意義や定義に着目する研究が現れる。このことは、近年の一部の研究者による、bargaining power はもともと労使問題における概念が契約法分野に拡張したものであるとの指摘とも一致する⁸。

たとえば、イエール大学の経済学者 Neil Chamberlain は、その著書において、団体交渉にいう bargaining power に関して、「Aの交渉力とは、Bの、Aが提示する契約条項に合意“する”場合のコストに対する、Bの、Aが提示する契約条項に合意“しない”場合のコスト」、すなわち、「Aの交渉力」は、「Bの、Aが提示する契約条項に合意“する”場合のコスト」と、「Bの、Aが提示する契約条項に合意“しない”場合のコスト」とを比較した結果として現れる格差のことであると定義した⁹。これに対して、コーネル大学の労使関係専門学校（Industrial and Labor Relations School; ILR School）が発行する Industrial and Labor Relations Review という雑誌において、複数の研究者によって、立論、同意または批判、反論・再反論という形で議論された¹⁰。その中の一つにおいて、交渉力とは、当事者が「譲歩（concession）」するプロセスと関連が深いこと、すなわち、当事者が譲歩をすると、その譲歩に当事者が期待する実用性は最大化され、それゆえに当事者は実用性を最大化できる確率を高める合理的な基準を求めること、そのような基準と強く関連づけられるような交渉力概念が必要であること等が指摘されている¹¹。

このほか、特に80年代において、労使関係におけるバーゲニング・パワーを論じる論考が散見されるが、いずれも労働組合の交渉力そのものに関するものである¹²。

（3）契約法分野における bargaining power の議論

その後、70年代に入ると、契約法分野で、bargaining power を正面から扱う論考が登場する。たとえば、Alan Schwartz, *Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process*, 49 IND. L.J. 367 (1974). では、著者の Schwartz

は、判例を示しつつ、過去20年間（1950～70年頃）において、裁判所は売買契約における売主の様々な行為を無効にするために交渉力不均衡という概念を使ってきたとし、このような判断方法について批判的に分析・検討を行っている。Schwartzによれば、unequal bargaining powerは、ある契約条項が公序に反するが、契約当事者が合意することが禁止されるわけではない場合にのみ関係あるものであるとし、これは、言い換えれば、売買契約における売主が不均衡な交渉力を有するかどうかという問題は、「悪い(bad)」条項が買主の合意によって治癒される場合にのみ関係ある、ということになるという。つまり、売主が契約条項を契約に盛り込み、それについて買主の合意がなければ、裁判所は当該契約条項を無効にするのだという¹³。したがって、Schwartzによれば、不均衡な交渉力という概念が提起する中心的な問題点は、仮に合意があった場合には有効となるはずだった当該契約条項が、実際には売主の力によって生み出されたものだったのではないかという点であるという。

しかしながら、Schwartzは、裁判所は交渉力不均衡を紛争解決の考慮要素とすべきではないとする。Schwartzによれば、裁判所は、交渉力を用いた判断を行うのではなく、当事者間に合意があること、またはないことを推定し、この推定に基づいて判断を行うべきであり、それは、一般的に裁判所は買主の志向や傾向の集合体のみを保護すべきであるからとする。

さらに、Schwartzは、買主の合意の推定は司法の〔契約への〕介入を最小限にするので、好ましいことであるという。というのも、司法上の契約への介入は、しばしば無駄に終わるからであるとする。Schwartzによると、裁判所は、各産業のデータの収集、複雑な経済的な事象の分析等に長けていないため、実際には契約の効果的な規制ができない。したがって、裁判所は、ある契約条項が実際に交渉力の不均衡によって生じたものであると確信が持てたとしても、その不均衡が提示する問題に適切に対応することができない

という。もっとも、Schwartz は、実際には裁判所は今後も引き続き不均衡な交渉力という概念を使い続け、その適用方法について類型化を試みるであろうから、これによって不均衡な交渉力を使った判断が改善されるであろうとも指摘している。

このほか、William M. McGovern, Jr., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power, and the Availability of Credit: An Historical Perspective*, 74 NW. U. L. REV. 141 (1979) では、アメリカ法における契約不履行の効果である forfeiture（財産没収）について、制限的に利用される傾向があることの根拠について論じている。この中で、著者は、中世における土地の契約、担保契約、賃貸借契約、売買契約の4つの契約を素材にして、財産没収の執行が制限されるに至った歴史的経緯を論じた上で、今日、契約が相対的に対等な交渉力を有する当事者の間で締結されるものという前提が「フィクション」になってしまったという事実が、財産没収の執行の制限へと法が変化したことの理由になると考えられていると指摘する。なお、同著者によれば、交渉力が不均衡である当事者間の契約は強制されるべきではないという考え方は、歴史上決して新しいものではないことから、上記のように交渉力不均衡が財産没収の執行の制限の要因となっているという考え方に対しては、否定的な態度を示している。

(4) フランチャイズ契約における交渉力不均衡

フランチャイズ契約は、しばしばフランチャイザーとフランチャイジーとの間に交渉力不均衡が顕著に現れる典型的な契約類型とされている。たとえば、Shell Oil Company v. Frank Marinello, 63 N.J. 402, 307 A.2d 598 (1973). では、ガソリンスタンドのフランチャイズ契約において、石油会社がガソリンスタンド経営者に対し、10日間の猶予期間を与えた後に無制限の解除権を行使し得る条項の有効性について争われた。ニュージャージー州最高裁判所

は、「交渉力の著しい不均衡がある場合、契約自由の原則は成立せず、[当該契約条項は] 一方的なものとなる。このような状況において、裁判所は、明らかに何らかの方法で公序を害することになるような著しく不公正な契約条項について、公序違反であるとして無効を宣言することを躊躇しない」と述べて、交渉力不均衡が公序違反や非良心性該当性の要因となることを示し、結論として、本件で問題となった条項は州の公序に反し、無効であるとした。

上記判例のようなフランチャイズにおける大企業と中小事業主との間の交渉力不均衡を是正するため、1978年、The Petroleum Marketing Practices Act, 15 U.S. Chapter 55 が採択された。そして、1980年には、Linda J. Haberthur, *Petroleum Marketing Practices Act: Equalizing the Bargaining Power in the Franchise Relationship*, 25 S.D. L. REV. 69 (1980). が、同法律の制定された背景、実際の適用・運用例の概観等について論じている。

(5) ダンカン・ケネディによる分析

1980年代における bargaining power に関する主要な業績としては、批判法学の論者として知られるハーバード大学のダンカン・ケネディ (Duncan Kennedy) による論文を挙げることができる。

同論文は96ページにもわたるが、その第5章「交渉力不均衡 (Inequality of Bargaining Power)」において、ケネディは、交渉力の問題を独立に論じている。それによれば、ケネディは、強行法規を正当化する根拠について、交渉力不均衡に求めるのではなく、パターンリズムに求めるべきであると主張する。なお、同論文においてケネディは交渉力不均衡について the doctrine of unequal bargaining power と表現しており、この言葉の明確な定義を行っていないが、同論文の記述全体を見る限り「交渉力の不均衡は、強行法規を正当化する」法理を指しているものと思われる。

ケネディによれば、交渉力不均衡は、アメリカの判例上、契約内容を是正

する根拠として数多く言及されてきたが、必ずしもうまくいっていない。というのも、交渉力不均衡には、常に、強い当事者を犠牲にして弱い当事者を助けるという明確な要請が示唆されており、このような不均衡な交渉力というレトリックは、コモン・ロー上の詐欺、強迫、無能力（incapacity）に当たらない場面において、弱い当事者に有利な司法上の介入を行うという意味において分配主義的である。しかしながら、分配主義的な結論を導き出すための根拠として交渉力不均衡を用いた場合、結果的に分配正義に適うことも、そうならないこともあるため、「交渉力不均衡は法を通して分配〔正義〕的な目的を真剣に果たそうとしている人にとってはほとんど役に立たない」ことが明らかであるという。したがって、この法理は「潜在的には一貫性がなく、どんなにうまく運用しても無作為に適切な結果を達成するだけ」であるとし、交渉力不均衡法理に対して否定的な態度をとっている¹⁴。

3. 1990年代以降

(1) 仲裁条項の問題

90年代に入ると、非良心性を根拠として仲裁条項の有効性を争う訴訟が増加した。これに伴い、学説においても仲裁条項の有効性と非良心性に関する研究が盛んとなり、交渉力の研究においても、仲裁条項をテーマとするものが見られるようになる。たとえば、Margaret M. Harding による論文「証券取引における資格要件における原因と結果：交渉力不均衡のさらなる悪化」では、証券取引の仲裁手続について、投資家には連邦最高裁が自主規制機関（self-regulatory organizations; SRO）における仲裁に関する規則を修正したり、免責を得たりするための交渉力がないことから、仲裁の合意や仲裁を規律する SRO の手続的なルールは、投資家が仲裁の合意がなかった場合に有していたはずの主張や本質的な権利を奪わないように解釈されなければならないことを論じる¹⁵。さらに、同著者による論文「交渉力の優越する当事

者との仲裁手続による仲裁手続の再定義」では、当時顕著になりつつあった連邦最高裁の消費者契約、労働契約等を含むあらゆる契約における仲裁条項の有効性を支持する傾向について、交渉力が不均衡な当事者間における仲裁条項による仲裁手続の強制は、正常 (pure) な仲裁手続ではないとして、批判を行なっている¹⁶。

(2) 特定の分野・テーマに関する交渉力不均衡を扱うもの及び労使関係

90年代の特徴として、わが国では論じられることが少ないような、特殊な分野やテーマにおける交渉力をめぐる法律問題について論じる論考が現れる。特に、スポーツ団体の運営における交渉力格差を論じる論考がいくつか散見される点が興味深い¹⁷。さらに、特殊な職業や専門家に関するテーマが散見される¹⁸。このほか、以前に引き続き、労使関係における交渉力の分析に関する論考も多い¹⁹。

4. 2000年代～現在

2000年代に入ると、契約法における inequality of bargaining power の研究の数が増加し、その分析内容もより詳細なものになっていく。また、契約法における inequality of bargaining power をテーマとしたシンポジウムが開催されるなど、アメリカ契約法分野での inequality of bargaining power への関心が高まったことがうかがえる。

同時期における契約法上の inequality of bargaining power に関する研究成果は、次のように概観できる。

(1) Barnhizer による研究

2000年代以降において、契約法分野で bargaining power に最も頻繁に言及し、これを研究テーマとしているのが、ミシガン州立大学の Daniel Barn-

hizer である。Barnhizer は、2005年に “Inequality of Bargaining Power” と題する論考を発表して以来、bargaining power の研究を継続している。

Barnhizer は、アメリカ法において inequality of bargaining power という概念あるいは法理が存在することを改めて指摘した上で、これがアメリカ法（特に、契約法分野）の中で重要な役割を果たしてきたことを端的に指摘する。と同時に、inequality of bargaining power には、概念（concept）、法理（legal doctrine）等の表現が併用され、（inequality of） bargaining power が、明確に定義しきれない、曖昧で漠然とした性質のものであることも指摘する。その上で、交渉力とは「力」（パワー）の一種であり、この抽象的なパワーというものの性質や特徴を示し、それによってバーゲニング・パワーの本質を明らかにしようと試みている。具体的には、パワーというものがどこにでも存在し、複雑で、変動的であるということを、契約法、さらには法律の分野を超えて様々な実例を挙げながら示し、パワーというものの性質を明らかにしようと試みている。さらに、2000年前後当時の裁判所によるバーゲニング・パワーの評価方法が、ステレオタイプ的で、現実の契約案件における当事者の相対的な力関係を正確に反映しておらず、そのために、本来救済を受ける必要のない者が救済を受け、救済を受けるべき者が救済されていないとの主張を行っている。すなわち、これまでの裁判所による inequality of bargaining power を理由とする判断が、現実の当事者の力の関係を無視し、女性、貧困者、教育を受けていない者等、決められた属性の人々に対するステレオタイプな評価しかしておらず、中小企業や、教育を受け貧困者ではない中流階級の消費者に必要な救済の根拠となっていない、ということを批判している。

また、Barnhizer は、アメリカ法において Inequality of bargaining power という概念が発生した歴史的沿革について論じている点においても、特徴的である。Barnhizer は、その複数の著作において、Inequality of bargaining

power 概念が (明示的または黙示的に) 示唆されるとする判例を具体的に挙げた上で、この概念がいかにしてアメリカの契約法概念として明確に認識されるに至ったかについて論じている。このような具体的な指摘を行なっている研究は、他に見当たらず、Barnhizer の著作自体も、個々の判例の分析は比較的短いため、その指摘や主張自体に検証すべき点も残されている。しかしながら、上記判例群からは、少なくともアメリカ法の中に inequality of bargaining power という概念が現れた背景や、この言葉の持つニュアンスなどを把握することが可能であり、一考に値すると思われる。Barnhizer が挙げる判例によれば、少なくとも、アメリカでは19世紀項末頃から、力 (power) や地位 (position) において大きな格差がある当事者どうしが対立し、紛争となった場合、裁判所において、対等な力・地位にいる当事者どうしの紛争とは異なる配慮が必要であるとの考え方が示されていたこと、このような考え方は、特に、労働者対使用者の関係において顕著であったことが指摘できる。そして、上記の考え方は、1925年の Topeka 事件²⁰の頃から、inequality of bargaining power と呼ばれるようになり、この言葉は、労使関係以外の事案においても現れるようになった。さらに、契約法の事案においては、当事者間の力や地位において大きな格差がある場合には、力や地位において勝る当事者が、このような力や地位を利用し、弱い当事者につけ込むことによって、不当または不平等な内容の契約が締結されやすくなるとの考えが醸成されていったことも示唆されている²¹。

(2) Ben-Shahar による研究

シカゴ大学の法と経済学者として知られる Omri Ben-Shahar は、2009年に、論文 “Bargaining Power Theory of Default Rules” を発表した。この論文は、不完全な契約 (補充的解釈が必要な契約) におけるデフォルト・ルール、すなわち、契約条件が不完全な場合に補うモデルとなる契約のルールに

関して、交渉力の勝る当事者にとって有利な条項を補うことの利点について検証し、契約の補充的解釈の手法として「交渉力を基準とする契約条項の補充 (bargain-mimicking gap filler)」を提唱する。Ben-Shahar によれば、契約当事者のそれぞれが得る余剰利益は、相対的な交渉力の差を生み出すところ、両当事者の交渉力は不均衡であり、そのような状況において補充される契約条項は、平均的な条項とは異なる。そして、一方当事者の交渉力が他方当事者のそれよりも大きい場合、契約条項の補充は、交渉力が大きい当事者に有利に行われる傾向があり、それは、このような当事者の意思こそが、仮にすべての契約条項について明確に交渉されていたら、優先されたはずであるからだという。つまり、Ben-Shahar は、交渉力において優越する当事者に有利に契約条項を補充すべきであるとする。

Ben-Shahar は、契約の解釈の際に、交渉力において優越する当事者に有利に契約条項を補充するという手法をとるにあたり、「当事者間の交渉力は、測定可能かつ検証可能であるとの前提に立っている」とし、交渉力について簡潔に定義している。それによると、交渉力とは、「当然、交渉(negotiation)における現実の要因であり、そして、経済学上の理論によれば、それは相対的な危険選好(risk preference)、アウトサイド・オプション(outside options)、割引係数(discount factor)、交渉プロトコル(negotiation protocol)などに依拠している」とし、その上で、交渉力は「要するに、当事者それぞれに備わる、取引の拒否のしやすさのこと」であるという。

さらに、Ben-Shahar によれば、契約における格差(gap)は、「当事者の合意する能力の欠如」の結果であるか、または、契約条項をそのままにすることで「強い当事者が、その契約においては相手の弱い当事者が[自分が課そうとしている]一方的な契約条項に同意しないか、または当該取引において[強い当事者にとって]何らかの隠された不利な条項と交換するだろう」と考え、問題をそのままにしておこうと「戦略的な計算」を行なった結果で

あるとする。したがって、もし、強い当事者が格差をわざとそのままにした場合、それは、事実上その当事者の交渉力の限界を意味しているという。このことから、Ben-Shahar は、bargain-mimicking の手法は、「必ずしも常に強い当事者に有利に機能するわけではな」とし、契約解釈における bargain-mimicking の手法は、「全体的に交渉力が大きい当事者を特定するだけの方法と比べ、より微妙な調整が効く (nuance)」手法であるという²²。

(3) Korobkin による研究

法と経済学 (特に行動経済学) の立場から契約法の研究も多い Russel Korobkin も、タイトルに bargaining power を含む著作がある。すなわち、Russel Korobkin, *Bargaining Power as Threat of Impasse*, 87 MARQ. L. REV. 867 (2004). では、BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement ; 交渉の結果としての合意に対する最善の代替物) という概念を引用し、bargaining power の定義を試みている²³。それによれば、「交渉力とは、個人にもともと備わっているものではなく、状況に応じて変わるもの」で、「それぞれの状況において、相対的な交渉力は、まさに、明示的にも黙示的にも、交渉人の、ある唯一の脅威を確実に作り出す能力に由来する」といい、より具体的には、「もしあなたが私の要求通りのものを与えてくれないなら、私は取引に応じずに交渉のテーブルから去る」という脅威のことを指すという。このような脅威の源、あるいは、脅威の結果としての交渉力の源は、「相手が合意に至るための魅力的な代替手段を持っていると推測する能力」であり、これが、BATNA と呼ばれるものであるという。なお、同論考は5ページと短く、上記の定義は法学というより、分野を問わずより広い意味での交渉力全般に関するものと思われ、学界における影響力は大きくないと思われるが、わが国ではなじみのない概念を用いた思考を行うものとして、紹介するものである。

(4) シンポジウム

2000年代の *Inequality of bargaining power* をめぐる議論に関しては、契約法の代表的な研究者らにより、*bargaining power* をテーマとしたシンポジウムが2度開催されていることも、特筆すべき点である。

① 2006年ミシガン州立大学におけるシンポジウム

まず、2006年、ミシガン州立大学にてシンポジウム「力、不平等、そして取引：契約法における交渉力の役割」が開催された。パネリストは7名であり、現代のアメリカ契約法の代表的な研究者が多数含まれている²⁴。序文を担当したのは、先述の Barnhizer であり、それによれば、同シンポジウムの開催目的は、「成熟した情報社会となった現代において、契約法分野の中で、法的概念としての交渉力不均衡 (*bargaining power disparities*) の適切な役割とは何かについて探求すること」であると述べている²⁵。

同シンポジウムにおける Slawson による「契約法上の裁量権：標準書式による詐欺的契約から保護する規律について」では、Slawson は、「交渉力 (*bargaining power*)」の代わりに、「契約上の裁量的権限 (*contractual discretionary power*)」という表現を採用し、これが、製造業者と消費者との間の標準書式契約における不当条項規制に有用であるとの主張を展開する²⁶。Slawson は、当事者が契約の履行において故意に一方当事者に何らかの裁量権を付与する場合が存在するとし、契約の履行について契約当事者自身が一方当事者に何らかの裁量権を付与する具体的場面として、契約の目的物の量、価格、履行時期のほか、フランチャイズ契約、不動産仲介契約、委任契約や雇用契約等を挙げ、さらに、標準書式契約について、拘束力を有するのは、「それが製造業者の有効な裁量権の行使の範囲内の場合のみである」とする。そして、Slawson は、起草者不利の原則、合理的な期待を保護する法理、詐欺的な取引、消費者保護法や不当競争規制法に違反するような契約、さらに

は、過去の判例についても、上記と同様に、当事者の裁量権限の適切な行使によって説明がつくという²⁷。

DiMatteo による「取引の不合理性への合理的な対応としての罰則」では、行動経済学 (Behavioral Decision Theory; BDT) の視点から交渉力の問題について論じている。DiMatteo は、「契約法は、違約条項 (penalty clause) に対する私的な交渉 (negotiation) に見られるように、交渉 (bargaining) の不合理性 (irrationality) に合理的に対処しうる道具である」という。その上で、交渉 (negotiate) された違約条項は、取引における不確実性と非効率性に対する合理的な対応策とみなされるため、有効と考えるべきであると主張する。DiMatteo は、具体例として、新築の家屋の売買契約の場面において損害賠償の予定条項について契約当事者が交渉を行った場合を挙げ、この条項に認識上のバイアス (cognitive bias) が与える影響力について検討する。その結果、DiMatteo は、たしかに、相対的に同等な交渉力を有する契約当事者が、経験則やバイアスを不合理に利用していることが示唆されてはいるものの、同等の交渉力を有する当事者間で交渉された違約条項は、交渉における不合理性の合理的な対応策にもなり得ることから、当該条項の拘束力を認めて良いと結論する。そして、損害の予定条項の規制をめぐる現在の法制度は、交渉力の弱い消費者のためには正当化されるとしても、その論拠は、相対的に同等な交渉力を有する当事者間においてはあてはまらないため、裁判所は、当事者が交渉した損害賠償の予定条項については、その拘束力を認めるべきであると主張する²⁸。

Morant による「契約の規制における力の特徴：手続的非良心性と文脈の重要性」では、非良心性を交渉力不均衡の問題を捉える法理として位置づけた上で、裁判所は、非良心性法理の主張について、「当該契約が締結された分脈 (context) を十分に精査しなければならない」とし、このような精査は「論理的には非良心性の手続的要素の考慮においてなされるべき」であり、

「非良心性の手続的要素」、すなわち手続的非良心性そのものが「力の不均衡の精査に適している」とする。具体的には、合衆国政府が契約当事者となる契約事案の分析を通じ、コモン・ロー上の契約法理としての非良心性の一要素である手続的非良心性の分析が、拡張的に利用される傾向があることを論じている²⁹。

Arnow-Richman による「Cubewrap 契約と労働者の流動性：競争禁止の標準書式契約による労働者の交渉力の低下」では、労働契約が契約当事者間の交渉力不均衡を示す典型的な類型であることを前提に、一般的に裁判所は、労働契約における当事者の交渉力不均衡を理由に、契約内容の無効化や改訂を正当化してきたものの、労働契約における cubewrap（雇用契約が最初に口頭で締結された後に雇用者から労働者に提示される標準書式契約の条項）による競争禁止条項の有効性については、交渉力不均衡を十分に評価できていないことを指摘する³⁰。

Bridgeman による「交渉力不均衡の状況下における不実な故意」では、消費者契約のように、当事者間に交渉力の不均衡が認められる契約における履行の留保条項（一定の場合には、事業者等の立場の強い当事者が、契約を履行しないことをあらかじめ認める条項）の有効性について、先行研究の批評を行う。その上で、著者は、仮にそのような条項を入れることが効率的である場合には、有効と認める余地があるとし、その理由として、相手方（交渉力の弱い当事者。消費者等）には契約違反に対する通常の救済手段や、約束的詐欺の法理（promissory fraud doctrine）があることを指摘する。さらに、裁判所はこれらの救済手段を通して、交渉力の関係性を適切に取り締まる能力を有しているという³¹。

このほか、James F. Hogg, *Consumer Beware: The Varied Application of Unconscionability Doctrine to Exculpation and Indemnification Clauses in Michigan, Minnesota, and Washington*, 2006 MICH. ST. L. REV. 1011 (2006).

では、近年のミシガン州、ミネソタ州及びワシントン州における、免責条項や補償条項に関するコモン・ロー上の非良心性法理の発展について検証している。

② 2010年 Wake Forest 大学におけるシンポジウム

2010年、Wake Forest 大学において、*Contracts In Context; Identity, Power, And Contractual Justice* 「文脈における契約；アイデンティティ、パワー、及び契約的正義」と題されるシンポジウムが開催された。同シンポジウムでは、契約法の法理や、契約法に関わる裁判例において何らかの context を反映させることについて、合計14名の研究者が、それぞれ様々な角度から論じている。登壇者は、Robert A. Hillman, Larry A. DiMatteo, Blake D. Morantら、現代のアメリカ契約法の代表的な研究者であり、かつ、上述の2006年のミシガン州立大学でのシンポジウムの登壇者とも重なっている。

2010年のシンポジウムでは、契約法における context の一要素として bargaining power を論じる論考がいくつか発表されている。DiMatteo 及び Morant の共著による序文「文脈の中の契約及び文脈としての契約」によれば、同シンポジウムでは、契約法上の紛争において「文脈」と呼びうる何らかの具体的事実に着目し、紛争解決の際の分析要素として利用するべきであるという主張のもと、各論者が「文脈」に関連する論考を寄稿している。なお、上記序文では、「文脈」の具体例として、人種、ジェンダー、民族、言語、情報、力の不均衡を挙げられており、これらの要素の役割を認識し、これらの要素が契約解釈や契約規制の機能の中に組み込まれるならば、「契約法はより大きな特徴を持ちうる」とされている³²。

2010年のシンポジウムの論考の中で、bargaining power について論じているのは、前出の Barnhizer である。この論考では、交渉力などの、契約における文脈に対するアプローチとして、HCS と LCS(それぞれ、high-context

及び low-context contract dispute resolution strategies を意味する。) という 2 種類を提示する。HCS 及び LCS とは、それぞれ、高度文脈主義的契約紛争解決方式、低度文脈主義的契約紛争解決方式とも呼ぶべきものであり、要するに、消費者契約における消費者が常に交渉力において弱い立場にあると固定的に捉えるような考え方が、「低度」文脈主義的契約紛争解決方式(LCS)であるのに対して、より個別具体的な事実在即した適切な評価を可能とするアプローチが、「高度」文脈主義的契約紛争解決方式(HCS)とされ、同論考は、近年の契約法制は LCS から HCS へと移行していることを指摘する³³。

このほか、Phillips による論考「交渉において不利な立場にいる者の保護：統合的な法理としての非良心的取引」は、コモン・ローとしての非良心性法理が、あらゆる文脈に敏感に対応できるため、不利な立場におかれた当事者を、不平等で不公正な取引から救済するという目的を達成するのに最も適切な法原理上の手段であると指摘する³⁴。

(5) その他契約法における交渉力を扱う論考

Inequality of bargaining power をめぐる2000年代の議論の特徴として、上記(1)～(4)の議論とは異なり、より特定された、特殊なテーマや視点から、契約法における交渉力を論じる論考も散見される。

たとえば、Nancy S. Kim, *Bargaining Power and Background Law*, 12 VAND. J. ENT. & TECH. L. 93 (2009). は、契約当事者の相対的な交渉力を評価する際、裁判所や研究者は、しばしば、社会的・経済的地位や教育レベル等、その当事者に特有の要素を考慮するとの指摘を行った上で、これらの他に “Background law” も考慮に入れるべきであることを論じる。ここで “Background law” とは、当該契約の主要な目的を規律する実質的な法であり、著作権法等がこれに当たるといふ。同論文は、Background law としての著作権法を素材とし、著作権法が適用される事例においては、知識力(knowledge

power)、市場力 (market power) という二つの力の不均衡を生み出し、または悪化させる可能性があるとして、このことを3つの契約当事者類型 (独立した技術者とその使用者、従業員とその使用者、ソフトウェア会社と消費者) に分けて分析を行っている。

Albert Choi, *The Effect of Bargaining Power on Contract Design*, 98 VA. L. REV. 1665 (2012). は、過去40年間、法と経済学において、交渉力は価格条項 (中心条項) に影響し、非価格条項 (付随条項) には影響しないとの考え方が支配的であったが、実務家や一部の研究者の間では、非価格条項に関する議論において、しばしば交渉力が用いられてきた、と指摘する。同論文の目的は、この実務と学説とのギャップを埋める試みをすることであるとし、交渉力不均衡は、価格条項や非価格条項をはじめ、契約においてさまざまな形となって現れること、及び、情報の不均衡がある場合における交渉力不均衡の影響、競争・再交渉・両当事者双方が契約内容について交渉する契約と、交渉力との関係等について分析を行っている。

さらに、Wayne R. Barnes, *Social Media and the Rise in Consumer Bargaining Power*, 14 U. PA. J. BUS. L. 661 (2012). は、一部の消費者が Facebook, Twitter, YouTube 等のソーシャルメディアへの投稿を通じて、巨大企業の使用する約款について不服等を表明できるようになったため、消費者の意見はコストをかけずに瞬時に不特定多数の人間へ普及できるようになったこと、及び、それが事業者に対して相当な影響力を有すること等から、消費者は、新たな交渉力を獲得するに至ったと評価できるのではないかと指摘する³⁵。

Ⅲ. アメリカにおけるバーゲニング・パワー（交渉力）概念の多義性

1. 議論の傾向と小括

上記に示した通り、アメリカにおけるバーゲニング・パワー（の不均衡）については、多種多様な議論が見られ、特に、外国の研究者の立場からは、体系化や整理がひじょうに困難な状況である。とはいえ、これら雑多な議論の中から、いくつかの特徴や傾向を見出すことも不可能ではない。たとえば、バーゲニング・パワーの不均衡の曖昧さを改めて指摘し、強調する点、それゆえ、またはその他独自の理由により、バーゲニング・パワーを法的紛争解決の際に考慮に入れることには否定的あるいは慎重な立場をとるものが多い点等は、多くの論考に共通していると思われる。

もっとも、バーゲニング・パワー概念自体の曖昧さゆえか、これらの議論の多くは、少なくとも外国の研究者の目からは、特殊かつ独特なものであるように見受けられ、学界全体における影響力という観点から考えても、必ずしも十分に成功しているわけではないように思われる。

この点、バーゲニング・パワーを比較的体系的に論じること成功しているのは、2000年代以降の一部の論者とその著作物であろう。中でも、Barnhizerの研究は、分析の手法や主張が明確であり、外国の研究者の目から見ても、比較的理解しやすい。さらに、バーゲニング・パワーに関するシンポジウムが開催され、開催趣旨に相当する導入部分（序章）の執筆を担当する等、その立ち位置を考えると、Barnhizerの研究はアメリカ契約法において一定の影響力を与えたと考えられよう。

2. 「バーゲニング・パワー」の分類

我が国における交渉力に関する議論は、上記に紹介したアメリカのバーゲ

ニング・パワーに関する議論と比較すると、少なくとも全体的な数としては、依然として少ないといえよう³⁶。これは、しばしばアメリカでも指摘されるように、バーゲニング・パワーや交渉力（の不均衡）という概念の曖昧さ、捉えにくさにも起因していると思われる。とはいえ、わが国で条文にも明記されている「交渉力」とは何か、その意義や機能を探求することは避けられない。

そこで、上記のアメリカ法の議論をあらためて振り返ると、今後の我が国の議論にも活用が可能と思われる視点を見出すことができる。すなわち、バーゲニング・パワー、もしくは交渉力とは、多義的な概念であるということ、より踏み込んで言えば、バーゲニング・パワーとは、その直訳的な表現である「交渉力」という言葉から連想される、当事者の契約条件に関する実際のネゴシエーションの技能という意味だけに決してとどまらない、という点である。

思うに、バーゲニング・パワーには、(i)個々の取引の場面における、契約当事者が有する現実の駆け引き（ネゴシエーション）の能力・技能を意味する場合のほか、(ii)より一般的・抽象的な意味での、力関係などの当事者間の関係性を意味する場合がある。(ii)の意味においては、必ずしも、現実の駆け引きやネゴシエーションの能力・技能の有無は問われず、たとえば、消費者と事業者、労働者と雇用者といった属性と、それらの属性が有していると社会的に考えられている力及び（消費者と事業者であれば、事業者の方が強く、労働者と雇用者であれば、雇用者の方が強い、といった）力の格差を想定している。

すでに見たように、アメリカの一部の学説は、バーゲニング・パワーの上記(ii)のような捉え方について、問題点も指摘している³⁷。すなわち、(ii)の意味において、当事者の力関係に社会構造上の不均衡がある場合とは、典型的には、消費者対事業者、労働者対雇用者などの場合を指すが、これらは、消

費者契約であれば消費者が、労働契約であれば労働者がバーゲニング・パワーの弱者であるといった類型化・固定化が進んでいく。しかし、個々の事案を見れば、必ずしも消費者や労働者が弱者と言い切れない場合もあり、類型化・固定化が個々の事案における柔軟かつ妥当な判断を妨げる危険性がある。このような、「ステレオタイプ」化を批判し、一部の学説は、(iii)バーゲニング・パワーの文脈的（contextual）な評価をすべきであると主張する。この主張は、バーゲニング・パワーが、本来、曖昧かつ多義的な概念であり、それゆえに、個々の事案における細かな評価・判断にたえうるものだとの考えに基づいている。

3. 我が国の議論への示唆の可能性

バーゲニング・パワーを我が国の「交渉力」と置き換えた場合、我が国という交渉力の格差とは、上記(i)または(ii)のどちらとして捉えるのが妥当なのか。あるいは、従来我が国の判例や学説は、どちらとして捉えてきたのか。この点についての詳細な検討は、別稿において行うこととしたいが、本稿では、少なくとも、以下の点を示唆しておきたい。

わが国で唯一「交渉力」という言葉を明記しているのは、消費者契約法をはじめとする消費者関連法であるが、同法は、その趣旨について定めた第1条の文言によれば、消費者と事業者との間には、その社会的属性ゆえに、構造的に情報や交渉力における格差が存し、これを前提として制定された法律である、と読むのが自然であろう³⁸。この「構造的」格差とは、契約当事者が消費者、事業者という社会的属性であることそれ自体から、おのずと発生してしまう格差を意味するものと思われる。そして、この表現においては、社会構造上、消費者が弱者、事業者が強者として位置付けられており、この位置付けが逆転することは、原則として想定されていない。このことは、個々の事案において、実際に消費者側に契約内容について交渉する余地があった

かどうかは問わない(たとえ消費者側に十分な交渉の機会が与えられ、あるいは、当該消費者が特別に交渉術に長けていたとしても、これらの事情は原則として捨象される)ことを意味する。そうであるならば、ここでいう「交渉力」とは、(ii)の意味でのバーゲニング・パワーに相当すると考えられる³⁹。

これに対して、判例においては、「交渉力」に言及する際、必ずしも個々の事案における消費者・事業者の事情を完全に捨象しているわけではなく、むしろ、個別具体的事情から、当事者間の情報・交渉力の格差の有無や程度について判断されることもある⁴⁰。したがって、少なくとも我が国の判例においては、(ii)の意味での類型的・固定的な交渉力概念のみならず、上記(iii)の意味での交渉力概念をも用いている可能性がある。

本稿では、可能性の指摘にとどめておくが、今後、より多くの判例の分析や我が国の学説の整理を行ない、我が国の法における「交渉力」の意味や機能を考える上で、上記のような類型化を行うことは有用であると考えられる。

以上

注

- ¹ アメリカの非良心性は、統一商事法典に規定されている。U.C.C. § 2-302 (2017)。
- ² アメリカの非良心性法理の概要及び解釈については、拙稿「アメリカの非良心性法理の判断構造—手続的非良心性の要件を中心に(1)～(2・完)」早稲田法学会誌62巻1号183頁以下(2011)、2号225頁以下(2012)参照。
- ³ この点について、たとえば、Restatement (Second) of Contracts §208 cmt. d (Am. Law Inst. 1981); JOSEPH M. PERILLO, CONTRACTS 357 (7th ed. 2014) 等。
- ⁴ Inequality of bargaining power は、わが国では、通常、交渉力不均衡と訳されてきた。アメリカにおいて交渉力不均衡という概念が発生した歴史的経緯の概要については、拙稿「アメリカ法における『交渉力不均衡』概念の生成」早稲田大学大学院法研論集145号285頁以下(2013)参照。
- ⁵ わが国の法令で、「交渉力」を条文に含むのは、すべて消費者関連立法である。すなわち、消費者基本法(昭和43年成立)、消費者契約法(平成12年成立)、消費者教育の推進に関する

法律（平成24年成立）、及び消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（平成25年成立）であり、それぞれ第1条において、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」という同一の表現がみられる。

⁶ なお、bargaining power について「取引上の力関係」との訳語をあてるものとして、樋口範雄『アメリカ契約法』203頁（有斐閣、2008）。

⁷ Note, *Bargaining Power and Unconscionability: A Suggested Approach to U.C.C. Section 2-302*, 114 U. PA. L. REV. 998 (1966).

⁸ Daniel D. Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 U. COLO. L. REV. 139, 194-195 (2005); Daniel D. Barnhizer, *Chap. 6 Bargaining Power as Contract Theory*, LARRY A. DiMATTEO ET AL., *VISIONS OF CONTRACT THEORY* 133 (2007).

⁹ NEIL CHAMBERLAIN, *COLLECTIVE BARGAINING* 220 - 221 (McGraw-Hill, 1st ed., 1951).

¹⁰ Bevars Dpre Mabry, *The Pure Theory of Bargaining*, 18 INDUS. & LAB. REL. REV. 479 (1965); Communications, *The Theory of Bargaining*, 19 INDUS. & LAB. REL. REV. 414 (1966); Pao Lun Cheng, *Wage Negotiation and Bargaining Power*, 21 INDUS. & LAB. REL. REV. 163 (1968); Communications, *Reply*, 22 INDUS. & LAB. REL. REV. 97 (1969).

¹¹ Cheng, *supra* note 10.

¹² Peter Navarro, *Union Bargaining Power in the Coal Industry*, 36 INDUS. & LAB. REL. REV. 214 (1983). 1945年から1981年までの炭坑組合の交渉力の変動を概観し、組合の交渉力の増減を左右する要因について論じる。James B. Zimarowski, *The Viability of the Collective Bargaining Process: Corporate Transformations as Unchanneled Bargaining Power*, 3 HOFSTRA LAB. L. J. 137 (1986). 雇用者側が一方的に企業の組織編成を決定した場合について、組合運動が下火になってきた当時（80年代初頭）においても、団体交渉は紛争解決手段として有効であることを主張する。Terry L. Leap & David W. Grigsby, *A Conceptualization of Collective Bargaining Power*, 39 INDUS. & LAB. REL. REV. 202 (1986). 従来の労使関係における交渉力をめぐる理論を整理した上で、団体交渉権の捉え方の新しい枠組みを提示する。Barry R. Ostrager & David W. Ichel, *Role of Bargaining Power Evidence in the Construction of the Business Insurance Policy: An Update*, 18 FORUM 577 (1983). 反保険業者ルール（“contra-insurer” rule policy；被保険者と保険業者との間に紛争が生じた場合、保険業者に不利に扱うルール）は、被保険者が消費者であるというような、契約当事者間に交渉力の不均衡がある場合にのみ当てはまるのであり、被保険者が事業者の場合には適用すべきでないとし、このような主張が当時の（80年代初頭の）判例からも導き出せることを論じる。

¹³ Schwartz は、典型例として U.C.C. § 2-302 の非良心性を挙げる。Alan Schwartz, *Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process*, 49 IND. L.J. 367, 368 n. 6 (1974).

- ¹⁴ Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 615-620 (1982).
- ¹⁵ Margaret M. Harding, *Cause and Effect of the Eligibility Rule in Securities Arbitration: The Further Aggravation of Unequal Bargaining Power*, 46 DEPAUL L. REV. 109 (1996).
- ¹⁶ Margaret M. Harding, *The Redefinition of Arbitration by Those with Superior Bargaining Power*, 1999 UTAH L. REV. 857 (1999).
- ¹⁷ 具体的には、次の3件がある。Stephen S. Zashin, *Bodyslam from the Top Rope: Unequal Bargaining Power and Professional Wrestling's Failure to Unionize*, 12 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 1 (1995). アメリカのレスリングにおいて、レスラーと興行主との間の交渉力格差の存在を指摘し、交渉力の劣るレスラーは、組合を結成すべきであると主張する。Marc Edelman, *How to Curb Professional Sports' Bargaining Power vis-a-vis the American City*, 2 VA. SPORTS & ENT. L.J. 280 (2003). アメリカのプロ・スポーツ団体（野球のメジャー・リーグ（MLB）、バスケットボールのNBA、フットボールのNFL、アイスホッケーのNHLの4団体）とその拠点となる都市との間の交渉力格差について論じる。Stacey Meyer, *Unequal Bargaining Power: Making the National Letter of Intent More Equitable*, 15 MARQ. SPORTS L. REV. 227 (2004). 大学のスポーツリーグで活躍が期待される学生のリクルートに関する問題として、リクルートされる学生と、リクルーターたる大学との間の交渉力不均衡を論じる。
- ¹⁸ 具体的には、次の3件がある。Allison E. McClure, *The Professional Presumption: Do Professional Employees Really Have Equal Bargaining Power When They Enter into Employment-Related Adhesion Contracts*, 74 U. CIN. L. REV. 1497 (2006). 医師と、医師が加入する医療過誤保険を扱う保険会社との間の交渉力不均衡について論じる。Ashley Kelly, *Bargaining Power on Broadway: Why Congress Should Pass the Playwrights Licensing Antitrust Initiative Act in the Era of Hollywood on Broadway*, 16 J.L. & POL'Y 877 (2008). 演劇脚本家組合とハリウッドのスタジオとの間の交渉力不均衡について論じ、同組合に団体交渉権を付与する立法の必要性を説く。Jennifer Dempsey, *Forum Selection Clauses in Attorney-Client Agreements: The Exploitation of Bargaining Power*, 114 W. VA. L. REV. 1195 (2012). 弁護士委任契約における裁判管轄に関する条項について、弁護士と依頼人との間の交渉力不均衡を指摘し、同条項の有効性を否定すべきであると論じる。
- ¹⁹ Peter B. Gonick, *Bravo v. Dolsen Cos.: Shoring up Employer Bargaining Power by Sandbagging Nonunion Workers*, 70 WASH. L. REV. 203 (1995); Michael J. Hely, *The Impact of Sturgis on Bargaining Power for Contingent Workers in the U.S. Labor Market*, 11 WASH. U. J.L. & POL'Y 295 (2003); Thomas Riske, *Interest Arbitration Clauses in Sec.8 (F) Pre-Hire Agree-*

- ments: Effective for Achieving Genuine Collective Bargaining or Enabling Parties to Underhandedly Gain Majority Bargaining Power*, 2008 J. DISP. RESOL. 333 (2008); Kenneth G. Dau-Schmidt, Benjamin C. Ellis, *The Relative bargaining Power of Employers and Unions in the Global Information Age*, 20 IND. INTL & COMP. L. REV. 1 (2010).
- ²⁰ *Topeka Laundry Co. v. Court of Indus. Relations*, 237 P. 1041 (Kan. 1925).
- ²¹ *supra* note 8; *infra* note 33.
- ²² Omri Ben-Shahar, *Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 396 (2009).
- ²³ BATNA は、ハーバード・ロー・スクールの教授で The Harvard Negotiation Project (現 Program on Negotiation) のディレクターであった Roger Fisher による著書、ROGER FISHER ET AL., *GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN* 100 (Bruce Patton ed., 2nd ed. 1991). において提示された概念である。
- ²⁴ なお、同シンポジウム序文の末尾の謝辞によれば、聴衆者側の参加者として、本稿Ⅱ. 4.(2) で紹介した Omri Ben-Shahar の名前が挙がっている。
- ²⁵ Daniel D. Barnhizer, *Foreword: Power, Inequality and The Bargain: The Role of Bargaining Power in The Law of Contract-Symposium Introduction*, 2006 MICH. ST. L. REV. 841, 841-842 (2006).
- ²⁶ 契約上の裁量的権限とは、Burton の論文の中で言及された概念である。Steven J. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369, 380 (1980).
- ²⁷ W. David Slawson, *Contractual Discretionary Power: A Law to Prevent Deceptive Contracting by Standard Form*, 2006 MICH. ST. L. REV. 853 (2006).
- ²⁸ Larry A. DiMatteo, *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 MICH. ST. L. REV. 883 (2006).
- ²⁹ Blake D. Morant, *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural Unconscionability and the Importance of Context*, 2006 MICH. ST. L. REV. 925 (2006).
- ³⁰ Rachel Arnow-Richman, *Cubewrap Contracts and Worker Mobility: The Dilution of Employee Bargaining Power via Standard Form Noncompetes*, 2006 MICH. ST. L. REV. 963 (2006).
- ³¹ Curtis Bridgeman, *Misrepresented Intent in the Context of Unequal Bargaining Power*, 2006 MICH. ST. L. REV. 993 (2006).
- ³² Larry A. DiMatteo & Blake D. Morant, *Contract in Context and Contract as Context*, 45 WAKE FOREST L. REV. 549 (2010).
- ³³ Daniel D. Barnhizer, *Context as Power: Defining the Field of Battle for Advantage in Contractual Interactions*, 45 WAKE FOREST L. REV. 607 (2010).

- ³⁴ John Phillips, *Protecting Those in a Disadvantageous Negotiating Position: Unconscionable Bargains as a Unifying Doctrine*, 45 WAKE FOREST L. REV. 837 (2010).
- ³⁵ このほか、Pamela Edwards, *Into the Abyss: How Party Autonomy Supports Overreaching through the Exercise of Unequal Bargaining Power*, 36 J. MARSHALL L. REV. 421 (2003). があ
る。同論文は、準拠する州の契約法を選択する条項の有効性に関係して、改正 U.C.C. § 1-
301をはじめとする規律するさまざまな法制度を比較検討するものである。改正案の U.C.C.
§ 1-301には、(d)という条文が存在し、この条文は、交渉力に不均衡があるとされる消費者
契約の場合、例外的に、準拠する州法を当事者の合意によって自由に決めることができない
としていた。同論文は、同(d)の事業者間取引への適用可能性について論じるものであるが、
(d)は最終的には削除されている。
- ³⁶ 我が国における「交渉力」の先行研究として、たとえば、次のものが挙げられる。大村敦志
『消費者法』（有斐閣、2011）；角田美穂子「消費者契約法の私法体系上の独自性—10年の経験
と課題（日本私法学会シンポジウム資料消費者契約法の10年）」NBL958号20頁以下（2011）；
笠井修「イギリス契約法における交渉力の不均衡法理の形成」一橋論叢89巻6号894頁以下
（1983）；及川光明「交渉力の不均衡に関する一考察」比較法学29巻1号35頁以下（1995）；
同「交渉力の不均衡の法理」金沢法学42巻2号35頁以下（2000）；同「消費者契約法におけ
る『交渉力の格差』とイギリス契約法における『交渉力の不均衡』」企業法研究15号65頁以
下；（2003）西内康人『消費者契約の経済分析』（有斐閣、2016年）；執行秀幸「いわゆる事
業者間契約では契約自由の原則が無制限に妥当するか」『講座現代契約と現代債権の展覧
4』日本評論社（1994年）295頁以下。
- ³⁷ 本稿Ⅱ. 4. (1)参照。
- ³⁸ 消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法〔第2版〕』73頁（商事法務、2015）等も
同様の立場である。
- ³⁹ なお、(ii)の意味でのバーゲニング・パワーにおいては、わが国では「交渉力」の問題とは峻
別される「情報」に関する問題や諸事情が勘案されている可能性がある。この点に関して、
たとえば、西内・前掲注(36)240頁において、交渉力概念の中に「情報（情報の質と量、情
報処理能力）」を入れている点が注目される。また、我が国において(ii)の意味でのバーゲ
ニング・パワーに類似する概念として「交渉力」と表現する場合、「情報・交渉力の格差」の
ように、「情報」と「交渉力」を必ず並べて表現することとも関係があるように思う。本稿
では、詳細な検討ができなかったため、今後の検討課題としたい。
- ⁴⁰ たとえば、消費者契約に該当する建物賃貸借契約において更新料特約の有効性が問題となっ
た最二小判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁等。