

締約強制論の現代的展開 (一)

——契約締結自由の原則の意義と限界を求めて——

谷 江 陽 介

目次

第一章 序論

第一節 問題提起

一 契約自由の原則とその現代的変容

二 契約法における私益と公益——締約強制論分析のために

第二節 本稿の構成

第二章 わが国における締約強制論に関する具体的な議論状況

第一節 私法領域を中心とした締約強制論の史的展開

一 緒論

二 関東大震災の混乱からの国民生活の防衛——ドイツ締約強制論導入の試み

三 国家総動員体制を意識した締約強制論——国家統制の進展と締約強制論の変容

四 罹災都市借地借家臨時処理法の適用と締約強制規定——「生活保護」の観点から(以上、本号)

五 消費者保護の観点からの締約強制論に関する諸研究——契約自由の原則のあり方をめぐって

六 小括

第二節 公法的規制と締約強制をめぐる議論動向

第三節 小括

第三章 ドイツ民法における締約強制論の形成と発展

第四章 ドイツにおける締約強制規定とその理論構造

第五章 結語

第一章 序論

第一節 問題提起

一 契約自由の原則とその現代的変容

近代私法の根幹をなす契約自由の原則によれば、だれとどのような内容の契約をどのような形式で締結しようとする自由であるのが原則である。⁽¹⁾ この原則は、所有権絶対の原則、過失責任の原則とともに、近代私法の三大原則をなしており、具体的には、契約締結の自由、契約内容決定の自由、契約締結相手方選択の自由、契約方式の自由の四

つからなる。この原則は、われわれの私的生活關係について、國家が干渉すべきではなく、個人の意思を尊重して、その自治にまかせることにした私的自治の原則にもとづいたものであり、資本主義經濟の發展に大きな役割を果たしてきた原則といえる。

しかし、現代の取引社會においては、經濟の高度な發展にもなつて、契約自由の原則は修正を余儀なくされ、特別法による規制、契約の解釈という作業を通して、様々な形で制限がなされるに至っている。民法は対等な当事者關係を念頭に置いていたにもかかわらず、当事者間の交渉力や情報の不均衡に由来する問題が生じたからである。⁽²⁾

この当事者間の交渉力、情報の不均衡を原因とする契約自由の原則の制限は種々の分野においてみられるところである。たとえば、特別法による規制として、この原則は、經濟的弱者である労働者を保護するために、労働法によつて社会的な観点から制限がなされている。また、消費者と事業者の情報および交渉力の格差に鑑みて、消費者保護の観点から消費者契約法が制定されるに至っている。次に、契約の解釈によるものとして、約款規制の問題等がある。契約自由の原則からすると、約款という形で任意規定と異なる内容の条項を設けるのは自由であるのが原則である。しかしながら、消費者には、事業者によつて画一的に定められた約款の内容による契約を締結するか否かを定める自由があるにすぎず、自己の利益を契約に反映させたり、任意規定に解決を委ねるといふ形での自由が事実上ないに等しい。このような状況に鑑みて、河上正二教授は、「対応する任意法規範の正義内容からの約款による逸脱には、それを合理化するだけの事由がなければならない」とした解釈論を提唱する。⁽³⁾

以上に述べたような、近時たびたび主張される契約自由の原則の変容は、対等当事者間の關係であることを基礎とした契約自由の原則が、現実には対等とはいえない当事者間の關係になるときに、その弱者側を救済するための変容であつた。しかしながら、契約自由の原則の修正は、それに尽きるものではない。この点を締約強制という観

点から、次に検討してみることしよう。

二 契約法における私益と公益——締約強制論分析のために

(1) 締約強制論の出現

一で述べた契約自由の原則の修正は、弱者側を救済するという観点から議論がなされてきた。これに対して、締約強制論によって、契約自由の原則に対して修正がなされている領域がある。締約強制とは、一言でいえば、契約の締結を拒んでいる者に契約の締結を強制する理論である。この理論には、公益保護を目的とするものと私益保護という目的を有するものがある。たとえば、公益保護の目的に属するものとして、電気、ガス等の事業者には契約締結義務が課されている(電気事業法一八条、ガス事業法一六条等)。これは、事業者の「独占性」、「公共性」ないしは「公益性」という性質から、公益保護の目的を図るために、事業者に締約強制を課し、契約自由の原則を制限するものである。⁽⁵⁾これに対して、私益保護の性格を有するものとして、借地借家法における不動産賃貸借契約において正当な理由なく更新を拒絶することを禁ずる規定(同法六条、二八条)等を挙げることができる。これは、賃借人の居住に関する権利を保護するために、賃貸人の契約自由の原則を制限するものである。⁽⁶⁾

上述した私益、公益の観点からなされている締約強制論は、契約自由の原則の核心部分を否定する性格を有している。今日の法制度のもとでは、一般的に、契約を締結するか否かは、当事者の自由な意思に委ねられ、これこそが契約自由の原則の核心であるといっても過言ではない。また、締約強制が課される場合には、契約締結自由の原則のみならず、契約締結相手方選択の自由や契約内容決定の自由といった原則の制限をもともなうことになる。こ

のように考えると、締約強制論は、契約締結自由の原則のみならず、契約自由の原則の全体像を明らかにするうえでも重要な理論であるといえるであろう。いわば、締約強制論は、契約自由の原則の裏面を形成するものであり、この点に従来までは十分な関心が払われてこなかったこの理論を研究する重要な意義が見いだされるのである。それでは、私益、公益双方の保護法益が交錯している領域において機能している締約強制論について、いかなる観点から検討がなされるべきなのであるか。この点を以下で述べることにする。

(2) 私益と公益の交錯領域における私法的規制と公法的規制

本稿の立場は、とりあえず、私法、公法という枠組みを取り払って、締約強制という観点から、契約自由の原則を制限する基礎にある理論を探索しようとするものである。現代においては、契約自由の原則の制限は、公益保護を図るために、公法的規制においても数多く存在しており、契約自由とその規制が交錯しているという状況がある⁽⁷⁾。そうであれば、契約自由の原則の規範内容を明らかにするためには、私法の分野を検討するのみでは不十分であり、私法、公法双方を視野に入れて検討することが重要であると思われる。近時、公法的規制と私法秩序との関係をどのように規律するかという観点から、活発に議論がなされており、この点も視野に入れる必要があるであろう。以下で、これらの議論状況を素描することにしよう。

民法の領域において、近時、民法と独占禁止法との関係を中心に、法令違反行為の私法上の効力に関する議論が交わされている⁽⁸⁾。民法と独占禁止法をめぐる議論は、広中俊雄教授の問題提起を契機に議論がなされるようになった。広中教授は、『公法』から区別されるものとしての『私法』(民法はその一般法として位置づけられる)との考え方には問題があるとして、独占禁止法が定めている制裁と民法の定めている不法行為にもとづく損害賠償とを

関連させて論じている。⁽⁹⁾この問題提起により、独占禁止法違反行為の私法上の効力、不法行為にもとづく損害賠償請求ないしは差止請求の可否について論じられるに至っている。

次に、大村敦志教授は、「独占禁止法違反……であるということ」を判断の一要素（無効化の方向に機能する一要素）として考慮すべきである」と述べる。⁽¹⁰⁾そのうえで、法令の目的や内容に着目して私法上の公序を判断するべきであるとした経済的公序論を展開しており、「公法の領域に属する法令をより積極的に私法上の公序に組み込むべきではないか」と主張する。⁽¹¹⁾

続いて、山本敬三教授は、私法と公法の関係を再検討するという観点から、法令違反の行為が公序良俗違反になるのかにつき検討を行う。この検討の結果、「公法と私法は、まさに相互に『支援』しあい、『補強』しあう関係にあるとみることができるとして、公法と私法は質的に異なるとする公法・私法二元論の考え方を批判して、公法・私法一元論を展開する。⁽¹²⁾

さらに、吉田克己教授は、「競争秩序と民法」という観点から考察を行い、競争秩序を市民社会の中核的秩序を取り囲む外郭秩序と位置づけて、「公共的性格を帯びるがゆえに、外郭秩序は、民法の古典的パラダイムがそのままの形で通用しない『法のフロンティア』なのである。そのような場の特質に見合った新たな法理を開拓する必要がある」と述べる。⁽¹³⁾そして、私益と公益との関係については、「競争秩序が目指すものを市民総体の利益擁護（市民的公共性）と把握するならば、それと市民個人の私的利益とは、対立するものではなくむしろ連続するものと捉えるべきである。すなわち、ここでは、私法と公共性を体现する行政法規とは、対立するものではなく、相互補完関係にある」という。⁽¹⁴⁾

これらの議論は、私法と公法との関係を連続的にとらえるという方向性を示している。このような近時の見解に

対し批判的な見解に立つ加藤雅信教授は、山本教授の主張する公法・私法一元論を批判する⁽¹⁶⁾。さらに経済法と民法との関係について、経済法は一部に私益保護を目的とするものもあるが、基本的には市場の公正さの確保という公益保護を目的としているとしたうえで、「民法と経済法とは判断が交錯する部分もあるが、それは全面的ではありえず、両方の私益目的性と公益目的性との差異が顕著になる部分においては連続的ではありえない」という。そして近時の議論に対して、「公益侵害」と私益侵害がオーバーラップする分野においては「私人による法の実現」が可能であつても、私益侵害をとまわらない公益侵害の分野でそれを考えることは、公法と私法の分野別協働という伝統的枠組みを超え、私法の公法への奉仕を求めることに帰着する」と批判する。このように述べたうえで、公益論と私益論の分岐点は、私的利益、私的損害が存在するか否かにあるという⁽¹⁷⁾。

以上のように、私益と公益の交錯する法領域においては、私法、公法を連続的にとらえるにせよ、両者を異質性があるものとしてとらえるにせよ、この両目的の関係を検討することによつてはじめて、その領域の法構造を解明する手がかりが得られるのである。本稿も、このような問題意識をふまえたうえで締約強制論を検討することによつて契約自由の原則、そのなかでもとくに契約締結自由の原則が制限されることになる理論構造を検討するものである。

(3) 本稿の目的と締約強制論の法構造

以上に述べた状況のもと、私法、公法の境界領域ともいえる締約強制の理論を私法原理、公法原理の双方の観点からふまえながら分析していくことが本稿の課題であり、本稿は、これを分析することによつて、契約自由の原則、とくに契約締結自由の原則が制限される根拠および限界を明らかにすることを目的とする。

以下では、締約強制論の法構造を敷衍することを通して、本稿の考察対象を明確にすることにした。前述したように、締約強制論は、契約締結自由の原則を大幅に制限するものである。また、契約締結の場面、法律効果によってその制限の強弱は異なる。そこで、締約強制論およびその周辺領域を、契約締結自由の原則に対する制限の強弱に応じて、新規契約の締結強制の場面（第一場面）、更新契約の更新強制の場面（第二場面）、新規契約の拒絶による損害賠償の場面（第三場面）、更新契約の拒絶による損害賠償の場面（第四場面）の四つに分けて以下で叙述することにしよう。このうちの第一場面と第二場面は、締約強制論の核心部分である。これに対して、第三場面と第四場面は、締約強制論の周辺領域に属するものである。

第一に、新規契約の締結を拒絶したことによって損害賠償義務が生じるだけにとどまらず、一定の者に契約申込みに対する承諾義務等の義務が課されるという形で契約締結自由の原則を制限する場面がある。具体的な例を挙げれば、公法上、電気、ガス等の事業者には、正当な理由なく申込みを拒絶してはならないとする承諾義務が課されている⁽⁸⁾。また、私法上の問題として、雇災都市借地借家臨時処理法は、雇災建物が滅失した当時の建物の借主に優先借地権を与えており、建物所有者には正当な理由がないかぎりその申し出を拒絶してはならないとする承諾義務が課せられている（同法一四条）⁽⁹⁾。

第二に、既存の契約の契約更新を拒絶したことによって損害賠償義務が生じるだけにとどまらず、契約の更新が義務づけられるという形で契約締結自由の原則が制限される場面がある。契約自由の原則によれば、契約は期間の定めがある場合には、その期間が満了することによって終了するのが原則であるが、この原則は、特別法や裁判例によって制限されている。具体的な例を挙げれば、特別法による制限として、借地借家法があり、不動産賃貸借契約において正当な理由なく更新を拒絶することを禁ずる規定が置かれている（同法六条、二八条）。また、裁判例に

よる制限として、近時の裁判例には、フランチャイズ契約や特約店契約といった、長期的な取引を前提とした契約の事案で、契約自由の原則に従うことなく、期間満了による契約終了を認めず、契約の更新を拒絶するのに正当な理由を要求するものがみられる。²⁰³ また、労働法においても、契約締結自由の原則が判例法によって制限されており、期間満了による雇止のさいに、解雇に関する法理の適用を認めるのが判例法理である。²⁰⁴ これらの特別法や裁判例は、契約終了事由に正当な理由がない場合には、事実上、更新拒絶者に更新を義務づけている、あるいは強制しているともいえる結論を導き出している点で、更新契約の契約締結自由の原則を制限しているといえよう。

第三に、新規契約の締結を拒絶したことが信義則違反や不法行為と評価されて、損害賠償義務が生じる場面がある。具体的な例を挙げれば、公衆浴場で外国人入浴を一律に拒否した行為が不法行為とされた例、²⁰⁵ 外国人の入店を拒絶した行為が不法行為とされた例がある。

第四に、既存の契約の契約更新を拒絶したことが信義則違反や不法行為と評価されて、損害賠償義務が生じる場面が考えられる。ただし、契約更新の場合には、主に第二場面の更新の強制が問題となるため、更新の強制が認められず、損害賠償義務が認められる例はそれほど多くはない。

このように締約強制論およびその周辺領域に属する領域は広範囲に及ぶものである。しかしながら、契約締結自由の原則が制限される根拠および限界については依然不明確なままであるように思われる。この要因は、これらの領域が各分野にまたがって存在しており、従来まではそれぞれの法分野で個別に検討がなされてきたにすぎず、必ずしも契約締結自由の原則との関連から論じられてこなかったことにある。しかし、この原則を制限するためには、制限の根拠および限界について明確にしておく必要があるのではなからうか。なぜならば、これらの制限の根拠および限界を明確にしないかぎり、契約自由の原則がなし崩し的に制限され、社会の根幹的枠組みが変容してい

くおそれがあるからである。⁽²⁾

以上に述べた問題関心のもと、本稿では、私法的規制と公法的規制とが交錯する領域である第一場面に焦点を絞って考察をすすめることにする。この第一場面は、新規契約の契約締結自由の原則を制限するものであり、第二場面、第四場面の更新契約の場面とは異なり、従前に同様の契約関係が存在していないにもかかわらず、一方の者に契約の締結を強制するという性格を有する。⁽³⁾この点で、契約の継続への期待の保護と関連する第二場面、第四場面とは、その保護すべき利益が異なる。また、第三場面の新規契約の拒絶による損害賠償の場面と比較すると、第一場面は、契約の締結を義務づけるという形式をとっている。それゆえ、新規契約の締結強制の場面は、これら四つの場面のうち、最も契約自由の原則を制限するものであるといえ、この場面を検討することが、締約強制論の本質を明らかにするうえで重要なものであると考える。

第二節 本稿の構成

以下では、具体的に本稿の構成を述べることにする。

第二章では、わが国における締約強制論に関する議論状況を鳥瞰することにして、締約強制論の議論状況とその到達点を明らかにする。まず、いかなる観点から締約強制という理論が検討されるに至ったのか、締約強制論を適用する目的はどこに求められてきたのかという観点から私法領域を中心とした締約強制論の史的展開を辿ることにする。関東大震災を契機としたドイツ締約強制論導入の試みから、消費者保護の理論枠組みを構築するためになされた締約強制論の諸研究に至るまで、その時代背景に注視した具体的な考察を試みる。

さらに、公法的規制と締約強制をめぐる議論動向を整理する。今日においては、規制緩和の流れのなかで、規制の有用性について再検討がなされており、契約自由と契約規制をどのように規律するのが問われている。この問題は、締約強制規定にも及ぶものである。そこで、従来まで締約強制規定についてどのような理解がなされてきたのか、その理解は規制緩和の観点からどのような形で変容しつつあるのかについて検討することにする。

次に、第三章、第四章では、ドイツの締約強制論について具体的な考察を試みることにする。第二章の考察の結果、わが国においてなされてきた締約強制論に関する議論は、実務的な要請に主眼を置いており、その理論面については依然として不明確な部分が少なくないことが明らかとなる。そこで、ドイツの締約強制論を比較対象として、締約強制の理論枠組みを明確にする一助とする。わが国における締約強制論の形成、発展については、ドイツにおける締約強制論が密接に関連しており、これらの議論状況を詳細に分析することによって、締約強制の理論構造を明確にすることができるものと思われるからである。

まず第三章では、ドイツ民法典(以下、「BGB」という)の規範における締約強制論の形成と発展について分析する。ドイツにおいて、この理論が私法的観点からどのような目的のもとでなされてきたのかを中心として、ドイツにおける締約強制論の形成段階から現在に至るまでの議論状況につき分析を試みる。この議論状況を素描すると、ドイツでは一九世紀の末から締約強制論に関する議論がなされており、ドイツで議論がなされるようになった要因は、経済の発展によって独占企業が出現したことにある。その当時には、今日のドイツにみられる締約強制の規定による規制はなされておらず、BGBの規範を用いて独占企業から消費者を保護する枠組みが必要とされたという経緯がある。その消費者保護の一環として、判例法理を中心に締約強制論が導入され、学説によってその理論の具体化が図られるに至ったのである。さらに、近時、契約自由の原則が制限される根拠および限界を研究する一

環として、BGB規範との関係で締約強制論の検討がなされるに至っている。以上の議論動向につき、具体的な分析を試みることにして、締約強制という理論が私法秩序とどのような関係にあるのかを明らかにする一助とする。

続いて第四章では、ドイツにおける締約強制規定を分析することを通して、その理論構造を明らかにし、締約強制という規律のもとなされている公法的規制が契約締結自由の原則にいかなる影響を及ぼしているのかを検討する。ただ、公法的規制は多方面からなされており、これらすべてを対象とすることは困難であるため、さしあたり、規制緩和の影響を受けている領域を考察対象とする。ドイツにおいても規制緩和との関係で、契約自由と契約規制のあり方について議論がなされている。そこで、この検討にあたっては、規制のあり方との関連から、契約締結自由の原則が制限される根拠および限界という観点に注視して考察を行うことにする。具体的に本章では、契約締結義務の意義、成立史、規制目的を中心に考察を行い、契約締結義務という「義務」が課せられている理論構造を明らかにする。そのうえで、公益目的から規律がなされている締約強制規定によって私法の基本原則である契約締結自由の原則がどのような影響を受けているのかについて検討を行う。

最後に、第五章では、第四章までの検討をふまえて、締約強制論の分析から明らかとなった、契約締結自由の原則が制限されることになる理論構造を示すことにする。その後、今後の課題と展望を述べて、本稿を結ぶことにする。

注

- (1) 我妻榮『債権各論 上巻(民法講義Ⅴ)』(岩波書店、一九五四年)一七頁以下、加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則 第二版』(有斐閣、二〇〇五年)一九六頁。

- (2) なお、非対等当事者間における契約については、宮下修「消費者保護と私法理論」(信山社、二〇〇六年)一頁以下に詳しく、商品先物取引とフランチャイズ契約の二つの取引類型を中心に議論を展開している。
- (3) 河上正二「約款規制の法理」(有斐閣、一九八八年)三八八頁(初出は、「約款とその司法的規制(五・完)——ドイツ法を参考として——」法学協会雑誌一〇二巻二二号〔一九八五年〕)。
- (4) なお、締約強制は「契約強制」、「締結強制」等と呼ばれることもある。
- (5) 詳しくは、第二章で検討することにする。
- (6) 鈴木祿弥教授は、借家法の性格について、「契約関係を媒介とする・家主の犠牲による住宅社会立法」と述べたうえで、「住宅のないものに住宅を与えるという本来国家の手でなされるべき任務を、国家がみずからの負担ではおこなわず……家主と賃貸借関係に立っている借家人の居住を保証する」ものであるという(鈴木祿弥「居住権論 新版」〔有斐閣、一九八一年〕五頁)。このように考えるならば、借地借家関係は、純粹な私法の領域に属するものといえることはできないことになる。
- (7) 山本敬三教授は、民法が規律してきた問題領域に公法的規制がなされている状況を「民法の妥当範囲に関する危機」と述べる(山本敬三「基本法としての民法」ジュリスト一一二六号〔一九九八年〕二六一頁)。なお、公法的規制と契約自由との関係について論じるものとして、千葉恵美子「規制改革と契約法——郵便法免責規定違憲判決を契機として——」名古屋大学法政論集二〇一号(二〇〇四年)三八九頁以下、内田貴「民営化 (Privatization) と契約(一)」(六・完)——制度的契約論の試み」ジュリスト一三〇五号一一八頁以下、一三〇六号七〇頁以下、一三〇七号一三三頁以下、一三〇八号九〇頁以下、一三〇九号四六頁以下、一三一一号(以上、二〇〇六年)一四二頁以下等がある。
- (8) この問題を経済法的視点から検討するものとして、代表的なものに、根岸哲「民法と独占禁止法(上)・(下)」法曹時報四六卷一号一頁以下、二号(以上、一九九四年)一頁以下等がある。
- (9) 広中俊雄「民法綱要 第一卷 総論 上」(創文社、一九八九年)二頁以下。

- (10) 大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、一九九九年）一八八頁（初出は、「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討（下）」ジュリスト一〇二五号（一九九三年））。
- (11) 大村・前掲注(10)二〇二頁。
- (12) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、二〇〇〇年）二四六頁以下（初出は、「取引関係における公法的規制と私法の役割——取締法規論の再構成（一）（二）ジュリスト一〇八八号（一九九六年）」）。山本教授は、別の論稿において、「同じく基本権の保護や支援を目的とするとしても、それを実現するために利用しうる手段は、公法と私法とは異なる。しかし、そうした違いをふまえたうえで、公法的規制の趣旨も取り込んで、民法の内容を充実させる方向」性を目指すべきであると結論づける（山本・前掲注(7)二六七頁以下）。
- (13) 山本・前掲注(12)二九三頁。
- (14) 吉田克己「競争秩序と民法」厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相（上）』（信山社、二〇〇五年）四八頁。
- (15) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）一八二頁。
- (16) 山本敬三・加藤新太郎・加藤雅信「鼎談『公序良俗論の再構成』をめぐって」判例タイムズ一一七七号（二〇〇五年）四頁以下。
- (17) 加藤雅信「民法・独占禁止法と『私益論』・『公益論』——『優越的地位の濫用』論を念頭に——」日本経済法学会年報二七号（二〇〇六年）七三頁以下。
- (18) 本文に述べた例も含めて、公法的規制の観点から承諾義務を法定したものととして、電気事業、ガス事業、水道事業、運送事業等の独占的企業（電気事業法一八条、ガス事業法一六条、水道法一五条、道路運送法一三条、六五条、海上運送法一二条等）、医師、歯科医師、公証人、旅館業等の公的、公益的職務（医師法一九条一項、歯科医師法一九条一項、公証人法三条、旅館業法五条等）については、正当な理由なしに業務ないし職務を拒むことができない旨の規定が設けられている。また、申込義務を法定したものととして、放送法三二条は、放送を受信することのできる受信設備を設置した者は、日本放送協会（NHK）とその

放送の受信についての契約をしなければならぬ旨を規定する。そして、重要文化財の有償譲渡の場合には、国に対する売渡申込義務が課されている(文化財保護法四六条)。なお、縮約強制が法定されたのは、一九〇〇年の鉄道営業法六条が最初であったといわれており、同法六条は鉄道事業者に承諾義務を課したものである(高田桂一「公益事業における契約強制」公益事業研究 一一卷一号(一九五九年)七頁参照)。

(19) 本文に述べた例も含めて、私法的制限として、借地借家法には、借地権者等の建物買取請求権(同法一三条、一四條)、借家権者の造作買取請求権(同法三三條)が規定されており、これらの規定も縮約強制の規定である。これらの規定による場合には、一方当事者の請求によって当然に契約が成立する形成権であると解されており(星野英一「借地・借家法」〔有斐閣、一九六九年〕二一四頁)、厳密に言えば、相手方に承諾義務を課したのではない。しかし、相手方に承諾の自由がないという点において、承諾義務があるのと同様であると理解されている(我妻・前掲注(1)二〇頁)。

また、罹災都市借地借家臨時処理法の優先借地権(同法二條)、優先借家権(同法一四條)の規定も縮約強制の規定である。これらの規定は、前述した建物買取請求権、造作買取請求権とは異なり、請求権であると解されている(最判昭和二十四年二月八日民集三卷二号三一頁)。この判決は、戦時罹災土地物件令に関するものであるが、罹災都市借地借家臨時処理法二條の事案に相当するものである)。この法律は、近時の阪神・淡路大震災、新潟中越地震のさいにも適用され、社会的に重要な機能を果たしてきた法律である。また、わが国の縮約強制論の発展とも密接に関連しているため、第二章で考察する。

さらに、私法的制限に属する特殊なものとして、一定の国家機関の裁定によって契約的效果が当然に発生するものがある。具体的に農地法を例に挙げて説明する。農地法には、耕作の事業を行う者が他人の土地または立木を使用収益する権利を取得する必要があるときには、農業委員会の承認を得て、他人に利用権の設定に関する協議を求めることができる旨の規定が設けられている(同法二六條)。この協議が整わなかった場合には、同法二六條の承認を得た者は、利用権の設定に関して農業委員会に裁定を申請することができ(同法二七條)、その裁定の定めるところにより、当事者間に協議が整ったものとみなされる(同

法三〇条。このような形態によって成立する契約については、「国家機関の命令によって契約関係が成立するのであるから、**「命令契約」** (diktierter Vertrag) と呼ばれるけれども、もはや契約の本質を失ったものともいうことができよう」との指摘がなされている(我妻榮「有泉亭」清水誠「田山輝明」我妻・有泉コメントール民法——総則・物権・債権——)〔日本評論社、二〇〇五年〕九三一頁)。なお、この種の規定は、採石法九条、一四条、鉱業法八九条、九五条においてもみられる。

(20) 期間の定めのある契約の更新拒絶について、正当な理由を課した最初の裁判例として、札幌高決昭和六十二年九月三〇日判時一二五八号七六頁。なお、継続的取引について詳細に論じたものとして、中田裕康「継続的売買の解消」(有斐閣、一九九四年)一頁以下、同「継続的取引の研究」(有斐閣、二〇〇〇年)一頁以下等がある。

(21) 最判昭和四十九年七月二二日民集二八卷五号九二七頁。

(22) 札幌地判平成一四年一月一日判時一八〇六号八四頁。

(23) 静岡地浜松支判平成一一年一〇月二二日判時一七一八号九二頁。

(24) この契約自由の原則に対する疑問から、この原則に代わる理論の構築を試みるものがある。法律行為論との関係で、これらの学説を概観するものとして、中野邦保「行為基礎論前史(二)——後期普通法における『意思』概念の変質を中心に——」(名古屋大学法政論集二〇八号(二〇〇五年)二二二頁以下参照)。

(25) なお、第二章で考察する罹災都市借地借家臨時処理法の締約強制規定である優先借家権(同法一四条)は、新規契約締結の場面であるが、従前に存在していた契約関係を継続させるという性格を有する。しかし、同法は、優先借家権にとどまらず、優先借地権、借地権の優先譲受権(同法二条、三条)という従前より強力な権利を借家人に与えるものである。

第二章 わが国における締約強制論に関する具体的な議論状況

第一節 私法領域を中心とした締約強制論の史的展開

一 緒論

本節では、わが国における私法領域を中心とした締約強制論の形成および発展について具体的な分析を試みる。わが国でなされてきた締約強制論に関する議論を幅広い視点から考察することによつてはじめて、この理論の現状を浮き彫りにすることができると思われるからである。また、現代における締約強制論の理論的位置づけを行ううえで、これまでの議論動向を把握することが欠かせないと考える。

このような理由から、本節では、わが国において私法的観点からなされてきた締約強制論の史的展開を辿ることにした⁽¹⁾。

まず、一九二三年の関東大震災を契機として、国民生活の保護を目的としたドイツ締約強制論の導入が試みられるところから締約強制論に関心が払われることになる。その後、第二次世界大戦時における戦時統制立法論と締約強制論の結合現象がみられ、国家統制という特殊な社会背景から締約強制論が語られるに至る。続いて、罹災都市借地借家臨時処理法に規定されている罹災被害者の生活保護を目的とした締約強制規定をめぐる議論がなされている。この法律の起源は、関東大震災、第二次世界大戦中の罹災被害者の生活保護を図ることを目的とした法律に遡ることができ、今日では、阪神・淡路大震災における適用のさいに、締約強制規定の有用性について議論がなされ

ている。最後に、一九七〇年代から八十年代にかけてなされた締約強制論に関する諸研究について整理する。以上の締約強制論の史的展開については、その時代背景に注視した具体的な考察を試みることにする。

要するに、わが国において、私法的観点から締約強制論がクローズアップされたのは、関東大震災の混乱からの国民生活の防衛（第一場面）、国家総動員体制を意識した締約強制論（第二場面）、罹災都市借地借家臨時処理法の適用と締約強制規定（第三場面）、消費者保護を目的とした締約強制論の諸研究（第四場面）の四場面である。締約強制論について詳細な歴史分析を行っている白羽祐三教授は、第一場面と第二場面を中心に考察を行っている。ただ、本稿は、この理論がいかなる目的のもので形成、発展してきたのかという点を中心に分析を行い、この理論の特徴を明らかにする必要があると考えるものである。そこで、すでに紹介がなされている第一場面、第二場面をも分析対象に含めて、上記四場面について包括的な分析を行うことにする。

二 関東大震災の混乱からの国民生活の防衛——ドイツ締約強制論導入の試み

わが国における締約強制論は、一九二四年のドイツ締約強制論の導入が試みられるところから議論がなされるようになる。⁽²⁾ わが国ではじめてドイツ締約強制論の導入を試みたのは中村武判事であった。⁽³⁾ 後に検討するように、ドイツにおいて締約強制という理論が論じられる契機となったのは第一次世界大戦による混乱によるものであったのに対し、わが国において中村判事がドイツ締約強制論を紹介する契機となったのは、関東大震災であった。周知のように、一九二三年九月一日に発生した震災は関東地方に壊滅的な打撃を与え、その震災の混乱にさいして様々な事件が発生するに至った。それとともに、関東大震災によって生活上必要な物資が不足するという事態が生じ、こ

のような事態を奇貨として生活に必要な物資を通常では考えられない高価格で売る企業が続出した。とくに独占性の強い企業が暴利行為を働く場合には、この問題は顕著なものとなる。このような企業の暴利行為を防ぐ一環として、生活必需品に関する暴利取締令や非常徴発令のような緊急勅令が発令され、関東大震災の混乱から国民生活を防衛するために、国家による介入が必要とされたのである。

このような社会状況のもと、独占性の強い企業に対抗し、国民の生活保護を図るための社会制度としてドイツ縮約強制論の導入が試みられるに至った。中村判事は、この関東大震災を契機として緊急勅令が発令された社会状況をみて、「私人の利益と国家社会或はその大衆の利益とが合競合した場合は仮令前者が法律上許された範囲に於て活動するとしてもそれが後者の利益と相容れられない時は国家社会は其生存、結局国家社会を組織する大衆の生存を危くする私法上の自由を制限せねばならぬ事は論のない所である」と述べて、国民の生活保護のために国家が国民生活に介入しなければならないという⁽⁴⁾。さらに続けて、このような状況下においては、「法律上付与せられ、保護された私人の個人的利己的利益が大衆の利益のために制限されねばならぬという事実が今更はつきりと眼の前に示し出された」と述べたうえで、個人的利益と大衆の利益とを参酌して調和させる社会制度の必要性を説き、その社会制度としてドイツ縮約強制論の導入を図ろうとした⁽⁵⁾。具体的には、ドイツのニッパードイ (Nippardoy) の議論を参照して、縮約強制の性質、種類、意思表示、履行の順に紹介している。

以上のように、中村判事は国民の生活保護を図るべく、ドイツ縮約強制論を参照しつつ、わが国の社会状況に適合した理論の構築を試みようとしたのである。なお、このニッパードイの縮約強制論についてはドイツ縮約強制論の形成、発展と関連しているため、第三章で述べることにする。

三 國家總動員体制を意識した締約強制論——國家統制の進展と締約強制論の変容

(1) 中村判事による締約強制論の変容——「命令契約」概念の紹介

その後第二次世界大戦の勃発により、國家統制という社会状況を背景に、契約自由の原則は大幅に制限されることになる。⁽⁶⁾この点につき、柳瀬兼助教は、戦争国においては國家内のすべてが國家目的に向かつて統合されなければならぬとして、契約自由の原則も國家統制という目的から制限されるという。⁽⁷⁾このように個人主義を基調とした契約自由の原則は國家統制という全体主義の観点から制限されるに至り、その制限を正当化する理論のひとつとして締約強制論が台頭することになる。この時代にも、ドイツの締約強制論が参照されているが、前述した関東大震災から國民生活を保護するという目的によるのではなく、國家總動員体制という統制の実情に私法理論を適合させる点に重点が置かれている。とくに、一九三八年の國家總動員法制定前後には、締約強制論は戦時統制立法論と結合して発展することになる。⁽⁸⁾戦時統制立法論とは、全面的な権力統制を目的とする立法によって、戦争中の秩序を維持する理論をいう。⁽⁹⁾

以上に述べた統制目的という観点からの締約強制論を主張したのは中村判事であった。第二論稿は、第一論稿で紹介された締約強制論をさらに詳細に検討するという展開を示すことになる。⁽¹⁰⁾ただ、前述したように、第一論稿では、暴利企業から被害を受けるおそれのある國民を保護するために締約強制論が紹介されたのに対して、第二論稿では、戦時下の状況に適応させるための制度として締約強制論の検討がなされるに至っている点で第一論稿とは性格を異にする。このことは、第二論稿の冒頭における、「近時に於ける政治上の変化は立法及行政上或団体又は國家の爲めに、人の行為を協同せしめ、又これを統制して力強き團結的行動に出づる必要を感ぜしめ、各人の私法上の

自由は著しく抑制減縮されるに至った⁽¹¹⁾との表現からも窺い知ることができよう。さらに、第二論稿は、ドイツにおいて提唱された「命令契約」という概念を紹介しており、この概念は国家統制と親和性を有するものである。この命令契約については、一般的には、国家または国家機関による法律関係の形成行為によつて、私人間に契約によつて形成されたのと同様の法律関係が生ずる契約であると定義されている⁽¹²⁾。

この中村判事による縮約強制論の変容については次のような指摘がなされている。白羽教授は、第二論稿では、第一論稿の序説で指摘されていた関東大震災による国民生活の困窮という観点は消えているという。そのうえで、迫りくる国家統制の全面化を目前にして、この社会状況に適應させるために、縮約強制の極致であり、国家の統制および命令を意味する命令契約という概念を追加したものであるという⁽¹³⁾。

(2) 縮約強制の例外論から全面的承認への流れ——末川博士による縮約強制論

次に、末川博士による縮約強制論の展開を辿ることにしよう。末川博士は当初、縮約強制を例外的現象であると繰り返し述べていたが、国家による統制がなされていくにつれて、戦時統制立法論の観点から縮約強制論を正面から承認するに至る。

末川博士は、一九三五年に発表した「契約締結の強制」と題する論稿においては、縮約強制について、「今日の自由主義的な基調の上に立っている法律秩序についていへば、例外をなすものであつて、すべての人が或種の契約を締結すべきことを強制されるといふが如き意味を有するのではない」とその例外性を確認している⁽¹⁴⁾。

しかし、国家総動員体制により国家による統制がさらに進展した後には、戦時統制法に焦点をあてた詳細な検討がなされている⁽¹⁵⁾。末川博士は、国家総動員法が制定されるにもなつて、契約自由の原則は統制経済下において戦

争目的を達成し国民経済の運行を確保するために制約を受けざるをえないとする。そのうえで、契約自由の原則に對して加えられる制限として、従来のように公序良俗に反する事項を目的とする契約は無効であるといったような消極的な方面からではなく、契約の締結を強制したり契約の内容に干渉するといったような積極的な方面からすることが多いという。末川博士は、このような統制立法の性格に、「統制立法の特色たる指導性の発露を見ることができ」と指摘する。⁽¹⁷⁾

さらに、末川博士は、「戦時立法を貫く特異性」と題する論稿において、国家総動員法の意義について次のように述べる。「国家総動員法において先づ『国防目的達成ノ為国ノ全力ヲ最モ有効ニ發揮セシムル様人的及物的資源ヲ統制運用スル』といふことを人の頭におち込んでおくことは、この法律の使命を果さしめその機能を十全ならしめる上において、精神的な効果からいっても、大きな意義があるといはねばなるまい」⁽¹⁸⁾。このように、国家統制という全体主義のもと、ドイツから導入が図られた締約強制論は戦時統制立法論と結合することになる。

(3) 締約強制論変容の要因——国家統制とそれに合致した私法理論の構築

(1)、(2) でみてきたところから明らかなように、第二次世界大戦のさいには、国家統制と私法理論を統合させるべく、国民生活の保護を目的としたドイツ締約強制論を借用して、わが国の社会状況に応じた形で締約強制論が検討されるに至ったのである。それゆえ、締約強制論を「契約自由の発展形態」と位置づける見解の台頭や、前述した「命令契約」の意義が指摘されることになる。これらの概略を示すことをもって、三を結ぶことにしよう。

北村五良教授は、戦時下の経済が自由経済から計画経済へと移行していると述べて、締約強制を例外的現象として位置づけるのでは不十分であるとする。⁽¹⁹⁾そして、締約強制について、「公益といふ高き文化的理念より、公益を進

むる一手段たる契約の自由に対して、其の所得せしむる為、加ふる援助である」と述べて、戦時統制下の「公益」性に締約強制の意義を見いだす。⁽²⁰⁾さらに、国家による統制がなされている状況のもとで、国家によって独占企業の創設がなされていることを指摘して、締約強制を課した明文の規定は注意的な規定にすぎず、独占企業が提供する給付については、明文がなくても締約強制が課せられると解すべき旨を主張する。⁽²¹⁾このように締約強制論を契約自由の例外的現象とするのではなく、契約自由の発展形態と位置づける立場は、牧野英一博士においてもみられるところである。⁽²²⁾契約自由の原則に委ねておくと、独占事業者が出現した高度資本主義のもとでは国民の生活に大きな脅威を与えることとなることから、そのような問題を除去するために締約強制論が必要不可欠となるという。

さらに、我妻榮博士は、一九三九年の暴利取締令によって契約の締結を強制する規定が設けられたことを指摘して、「この法律は、従来契約自由の原則のもっとも強く支配すべしと考えられた商品売買の領域において、全体的法秩序の維持のために広汎な強制を加えるものであつて、極めて重要な意義を有する」という。⁽²³⁾また、経済統制立法との関連で、前述した命令契約なる概念を取り上げて、命令契約を締約強制の一態様として注目すべき契約であると指摘している。

四 罹災都市借地借家臨時処理法の適用と締約強制規定——「生活保護」の観点から

(1) 罹災都市借地借家臨時処理法の沿革

二、三では、関東大震災、第二次世界大戦といった時代背景からなされた締約強制の議論を概観した。次に四で考察する罹災都市借地借家臨時処理法(以下、「同法」という)をめぐる締約強制の議論も震災、戦時体制と密接に

関係するものである⁽²⁴⁾。まず、同法の沿革を辿ったうえで、同法の内容について検討していくことにしよう。

同法は、一九四六年に施行された法律である。しかし、同法の起源は、一九二四年の借地借家臨時処理法および一九四五年の戦時罹災土地物件令に遡ることができる⁽²⁵⁾。

二でも説明したように、一九二三年に発生した関東大震災は、東京およびその隣接地域に多大の被害をもたらした。これによって、多数の建物が倒壊、焼失し、借地、借家関係が混乱したが、その当時の借地、借家関係を規律していた、民法、旧借地法、旧建物保護法によつては、次の理由から、この混乱を解消することができないという状況であった。民法の原則によれば、賃貸借の目的となつてゐる建物が地震により滅失した場合には、賃貸人の賃借人に対する債務の履行は不能となり、契約関係は消滅すると解され、借家人は借家権を失ふことになる⁽²⁶⁾。また、借地、借家に関する特別法には、この点に関する特別の定めはなされていなかった。しかし、震災の状況下にこの基本原則をあてはめると、生活の本拠を失つた借家人が元の場所に戻ることができるといふ保障はなく、被災地域の混乱を助長する結果となる。さらに、震災後に借家人が建物の建つていた場所にバラックを建てて生活する例が多々みられ、これらの借家人を保護する必要性があつた⁽²⁸⁾。また、借地人保護についても、建物滅失の場合に、建物登記により取得していた借地権の対抗力が失われると、いつた状況から借地人を保護する必要性があつた。それゆえ、生活の本拠を失つた多数の借地、借家人を保護するための法制度が緊急の課題とされたのである。このような時代背景から、罹災地域の借地、借家人を保護して罹災都市の復興を図るべく、一九二四年に借地借家臨時処理法が制定され、同年施行されるに至つた。

その後、第二次世界大戦の勃発により、戦争による罹災に対処するために、一九四五年に戦時緊急措置法にもとづいて、戦時罹災土地物件令が制定された。同令は、戦時緊急措置法という性格上、戦争終結により失効し、第二

次世界大戦後の戦災復興策の一環として、借地、借家の法律関係の調整を図るために、一九四六年に同法が施行されたのである。その後同法の改正が行われ、適用対象を戦争による罹災から「政令で定める火災、震災、風水害その他の災害のため滅失した建物がある場合にこれを準用する」(同法二五条の二)に拡張して、その後の若干の改正を経て現在に至っている。

今日までに同法は、様々な災害の場面で適用されており、近時では、一九九五年一月一七日に発生した阪神・淡路大震災⁽⁸⁰⁾、二〇〇四年一〇月二三日に発生した新潟県中越地震のさいにも適用された⁽⁸¹⁾。

(2) 罹災都市借地借家臨時処理法と縮約強制の規定——優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権

次に、同法の概要についてみていくことにしよう。同法は、借家人、借地人の保護という観点から、①借家人への優先借家権(同法一四条)、優先借地権(同法二条)、そして借地権の優先譲受権(同法三条)の付与、②借地権の対抗力の主張できる範囲の拡張(同法一〇条)を中心とした規定を設けている。本稿では、縮約強制と関連する①の条項を中心に考察する。

まず、優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権について順に説明する。優先借家権とは、罹災建物が滅失した当時の建物の借主が、借家が消滅した後に、借主以外の者によってその敷地に最初に建築された建物について、建物が完成する前に賃借の申し出をすることによって、他の者に優先して、相当な借家条件でその建物を賃借することができるというものである(同法一四条)。次に、優先借地権とは、罹災建物が滅失した当時の建物の借主が、その建物の敷地等に借地権の存在しないときには、相当な借地条件で土地所有者に建物所有の目的で賃借の申し出をすることによって、他の者に優先して、罹災建物の敷地を賃借することができるというものである(同法二

条。最後に、借地権の優先譲受権とは、土地に借地権が設定されていた場合には、罹災建物が滅失した当時の建物の借主が借地権者に対して、借地権の譲渡を申し出ることによって、他の者に優先して、相当な対価で借地権を譲り受けることができるというものである（同法三条）。以上の申し出を拒絶するためには、建物所有者、土地所有者、借地権者は正当な理由を主張しなければならない。

以上に述べた優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権の規定は、締約強制を定めたものであると理解されている。同法については、正当な理由がなければ申し出を拒絶することができないという点で、契約自由の原則が制限されているとされ、「借家人……が申出をしたときに、相手方は一定の条件の下にこれを承諾したものとみなされるのだから、形式的には、契約による成立といえる。然し、一種の締約強制であることは明らかである」とか、「同法は、締約強制の規定（二条、三条、一四条）など興味深く、無権限となってしまう借家人に居住権限の再分配を行っている」との指摘がなされている。また、同法に関する座談会のなかで、同法一条について、「国家権力が契約を強制していく、契約そのものはあくまでも当事者間の合意なんだという考え方だと思ふ」との指摘がなされている。

これらの締約強制規定の是非については、阪神・淡路大震災による同法の適用をめぐる議論が交わされている。そこで次に、同法の存在意義を明らかにするために、優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権の適用をめぐるなされた議論動向を概観することにしよう。

（3）阪神・淡路大震災と罹災都市借地借家臨時処理法の適用をめぐる議論動向

同法の優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権は、民法の原則によれば震災により借家権を失い無権限と

なっていたはずの借家人に特別な権利を与えるという点で、きわめて特殊な制度であるといえよう。この制度の特殊性とも関連して、阪神・淡路大震災のさいには、同法を適用すべきか否かが大きな争点となったのである。同法については、縮約強制という手段を用いて借家人に特殊な権利を付与することの是非にとどまらず、震災からの復興をいかに図るのかというより大きな視点から議論がなされている。そこで以下では、同法適用に否定的、懐疑的な見解と肯定的な見解に分けて検討する。⁽⁴⁰⁾

(a) 適用に否定(懷疑)的な見解

まず、適用に否定(懷疑)的な見解を概観する。否定説の論拠は多岐にわたるが、主に、①借家人に特別な権利を付与することの是非、②同法が現在に適合した法的な枠組みを備えているのか、③同法が震災からの復興を図る手段として意味のある制度といえるのかという三つの点から疑問が呈されている。

①の点につき、同法適用に懐疑的な立場に与する安永正昭教授は、優先借地権について、「今までは借家権でありかつ建物滅失と共に消滅したものが、本法適用により逆に極めて強力な借地権に昇格して復活するというのであるから、一般には全く寝耳に水の話である」と述べて、この制度の特殊性を強調する。⁽⁴¹⁾

次に②の点については、同法は「戸建ての借家を念頭に置いていたものであるから、複数の者が各自借地権を主張すると調整が難しい」として、共同住宅には適合的ではない旨が指摘されている。⁽⁴²⁾

続いて③の点については、借地権が成立するか否かの紛争が多発して事業が遅れることになる点、計画的な「まちづくり」の妨げになる点が指摘されており、同法は震災からの復興を図る手段として機能しないのではないかと疑問が呈されている。

上記の問題点から、同法の廃止を視野に入れて、検討すべきであるとの主張がなされるに至っている。まず、安永教授は、「自由な契約関係形成の世界におかず、敷地の所有者や新建物の所有者の契約締結の自由をきわめて強く制限してまでも、借家人を保護しなくてはならないその必要性が今日もあるのかないのか、あるとしてどの程度までなのかなどが改めて検討されなくてはならない時期にきている」として、同法に懐疑的な立場から、この見直しを提言する⁽⁴⁶⁾。次に、阿部泰隆教授は、借家人保護の方策として、家賃補助、公営住宅等、家主の個人負担ではなく、社会全体の福祉施策を行うべきであるという。そして、「この法律は、戦後の時点ならともかく、社会情勢の変わった今日、解釈上の問題点が多すぎる。それは紛争を多発させ、解決のコストをかけすぎる。そこで、この法律を今から廃止できるかが課題になる」として、同法の廃止を提言する⁽⁴⁶⁾。さらに、坂和章平弁護士は、「罹災法は貸主対借主の個の関係を固定化するもので計画的復興まちづくりや共同化の趣旨に適合しないため、適用を撤回すべきと考える」と述べる⁽⁴⁷⁾。

(b) 適用に肯定的な見解

(a) で述べた適用否定説に対して、適用肯定説の主眼は、(a) で述べた問題点があるとしても、そこから直ちに、生活保護を目的とした同法を適用すべきではないという結論が導かれるわけではない、という点にある。この点につき、以下で具体的にみていくことにする。

まず、生活保護という観点を前面に打ち出している西原道雄教授の見解から叙述する⁽⁴⁸⁾。西原教授は、同法の趣旨として、「被災者の住生活の保障」を強調して、「震災によって失われた建物と最も密接に生活が結び付いている者を最も厚く保護して生活の再建を援助し、ひいてはその地域の復興にも役立てる」ことにあるという。この趣旨か

ら同法の解釈をすると、優先借地権という制度は、「従前より『過大な』権利を与えることが目的ではなく、今まで暮らしていた『その場所で』生活を続けることを保障するための一手段に過ぎない」と述べる。また、家主や地主は、優先借地権等により過大な犠牲を強いられるわけではなく、その所有する物を貸して対価を得ることができると述べ、同法は、借家人が災害による建物滅失により無権利者になり、地震売買がなされることから保護する手段として意義のある制度であるとする。

西原教授が述べるのと同様に、阪神・淡路大震災のさいには、借家人の生活保護を図るといふ観点から同法が適用されたのである。⁽⁵⁹⁾ このことは、法務省が同法適用を決定した当時に同省に在籍していた升田純教授が、同法を適用しなければ、「多数の罹災借家人が実質的に借家権等の権利を得る機会が失われ、その結果が妥当でないだけでなく、社会的な混乱が生じる可能性が高いと推測された」として、阪神・淡路大震災のさいに同法を適用することにした理由を説明していること⁽⁶⁰⁾から明らかであろう。以上のように、災害等の緊急時に借家人に権利を与える必要性は、多くの適用肯定説によっても説かれているところである。亀井尚也弁護士は、「もし罹災都市法が適用されていなかったと仮定すれば、建物の倒壊により住居ないし店舗を失った借家人や借地人は、元の場所に戻つて来れるという保障もなく被災場所を後にせざるを得なかったはずであるが、そのことによる動揺が多大なものであったことは想像に難くない」という。⁽⁶¹⁾ また、藤原精吾弁護士は、同法の制度によつて、借家人が家主と交渉する手がかりを得ることができ、建物の滅失により何の権利もなく立ち退きを迫られるということがなくなつた点を指摘する。⁽⁶²⁾ さらに、甲斐道太郎教授は、「建物が滅失している場合に借家権(家主に対する私権としての)を保障するのに、優先借家権以外に適切な手段が考えられるだろうか」と述べて、借家人の権利を保護するためには同法の適用以外に方策はなかつたという。⁽⁶³⁾

さらに、適用否定説が主張している点については次のような反論が加えられている。適用否定説のいう①の点は、前述した西原教授の箇所ですべてため、②、③についてみていくことにする。

まず、②の点について、適用肯定説は、適用否定説の主張を否定するものではない。適用肯定説も、法の適用される社会背景が異なっているにもかかわらず、手直しがなされていない状況に問題があると考えている点では適用否定説と一致している。具体的には、同法が現在の賃貸集合住宅やビルに対応できていないという問題があり、将来的には同法の見直しが必要であるとするとする。⁶⁴⁾しかし、適用肯定説は、以上のような同法の解釈上の難点があるのを認めつつも、借家人の権利を図るという点に同法の存在意義を認め、「現行法のもとでの法解釈の努力をつくす必要がある」ことを強調して、②の理由から同法を否定することは短絡的にすぎると批判する。⁶⁵⁾

次に、③の論点に移ることにする。③の論点については、震災からの復興のあり方をめぐって激しく議論が交わされてきた。適用否定説の代表的な論者は阿部教授であり、阿部教授と真っ向から対立したのは池田恒男教授であった。前述したように、阿部教授は、同法を適用すると紛争が増え、復興事業が遅れるという点、借家人ごとに家を建てさせる結果、権利が細分化されるといふ点から同法は借家人保護の方策としては適切ではなく、家主の個人負担ではなく、社会全体の福祉施策を行うべきである旨を主張する。これに対して、池田教授は、「国家への措置請求権と旧家主への請求権（優先借家権、優先借地権）とは単純にあれかこれかという選択関係に立たない」と述べて、社会全体の福祉施策がなされる必要があるとしても、そこから直ちに旧家主への請求権が否定されるというような「どちらか一つ」といふ関係には立たない点を強調する。⁶⁷⁾そのうえで、本稿では詳論を避けるが、阿部教授がいう同法適用否定の理由から復興政策のあり方に至るまで、「震災復興問題と土地問題」というより多角的な視点から批判を加えている。⁶⁸⁾また、藤原弁護士は、更地になった場所に借家人が零細な建物を建て、権利を細分化す

る点を疑問視する立場に対して、このような考え方を「ブルドーザーによる街づくりの発想」としたうえで、「必要なのは、『住民が住み続けられる街づくり』である。被災借家人を追い出しての『街づくり』はありえない」と述べる。⁶⁹⁾

(c) 縮約強制規定の存在意義——「生活保護」の観点

(a)、(b)では、同法に関する議論状況を概観することを通じて、縮約強制規定の存在意義について述べてきた。同法の立法趣旨および適用理由を中心とした議論をみるに、同法の縮約強制規定は、借家人の生活の本拠を確保する手段を付与し、災害から復興をなすためのひとつの手段として意義のある制度であり、借家人の「生活保護」という重要な機能を営んでいることは看過できないであろう。阪神・淡路大震災のさいには、被災地に借地借家が多かったという事情があり、この震災に関連する法律問題のうち、借地、借家問題は全相談件数の六割以上を占めていたといわれている。⁶⁹⁾このような状況からすると、同法は地震売買や権利の消滅から借家人を保護し、借家人の生活を保護するための手段として機能していたことは火を見るよりも明らかであり、同法の果たした役割は大きかったものと思われる。この生活保護という点に、前述した安永教授のいう「敷地の所有者や新建物の所有者の契約締結の自由をきわめて強く制限」⁶⁹⁾する制度の意義を見いだすことができるのである。言葉を換えていえば、同法が縮約強制を課す根拠は借家人の生活保護に求められる。

しかし、適用否定説のいうように、同法の縮約強制規定には、共同住宅への不適合性という点があり、それにもなつて権利関係が錯綜して、紛争が増えるという問題があるのは否定できないところである。阪神・淡路大震災の後の一九九五年六月には、民法上の視点から同法のあり方を検討するために、法務省民事局に「震災問題研究

会」が設置されるに至った。⁶²⁾ また、近時、「震災復興と民事法制」というテーマのもと、同法の問題点の検討を含めた、同法に関する包括的な議論がなされている。それゆえ、このような研究会等を通じて十分な議論を尽くしたうえで同法を改正することにより、権利関係が混乱することなく、迅速に借家人の生活保護を図ることができるように、より明確なルールの構築が望まれるところである。⁶⁴⁾

注

- (1) 締約強制論の史的展開については、白羽祐三『現代契約法の理論』（中央大学出版部、一九八二年）九四頁以下（初出は、「契約の統制と契約法学——戦時統制立法期を中心として」法学新報八一巻八〇九号〔一九七四年〕）に詳しく、本節の二、三の叙述はこれに負うところが大きい。
- (2) なお、本文で述べる以外にも、ドイツ締約強制論を紹介したものととして、田岡嘉寿彦「ニッペルタイ『契約強制の概念』」彦根高商論叢六号（一九二九年）二九五頁以下、福光家慶「小売の締約強制に関する独逸の法律論」国民経済雑誌六九巻一号（一九四〇年）一一六頁以下等がある。
- (3) 中村武「契約強制論」法学新報三四巻九号（一九二四年）五五頁以下、同「私法の社会化の表現としての契約強制」法学新報四五巻一号（一九三五年）六〇頁以下。本文では、中村判事の「契約強制論」を第一論稿とし、「私法の社会化の表現としての契約強制」を第二論稿とする。なお、中村武「債権発生原因論」（巖末堂書店、一九二八年）三〇頁以下にも締約強制論に関する叙述がみられる。
- (4) 中村・前掲注(3)「契約強制論」五六頁。
- (5) 中村・前掲注(3)「契約強制論」五五頁以下。

- (6) 戦時下における統制過程については、白羽・前掲注(1)六一頁以下、白羽祐三「プロバティと現代的契約自由」(中央大学出版部、一九九六年)二七七頁以下(初出は、「プロバティと契約自由」(五)「法学新報九九卷一〇二号」(一九九二年))に詳しい。
- (7) 柳瀬兼助「当事者自治制限論」法律時報二二卷一〇号(一九四〇年)四一頁。
- (8) なお、国家総動員法の歴史的 성격については、本間重紀「国家総動員法と国家総動員体制——その歴史的 성격」法律時報五〇卷一三号(一九七八年)六七頁以下参照。
- (9) 白羽・前掲注(1)九六頁参照。
- (10) 中村・前掲注(3)「私法の社会化の表現としての契約強制」六〇頁以下。
- (11) 中村・前掲注(3)「私法の社会化の表現としての契約強制」六〇頁。
- (12) 石田文次郎「契約の基礎理論」(有斐閣、一九四〇年)一六五頁。
- (13) 白羽・前掲注(1)六九頁。
- (14) 末川博「法と契約」(岩波書店、一九七〇年)三四五頁(初出は、「契約締結の強制」公法雑誌一卷九号(一九三五年))。
- (15) 国家総動員法を解説したものととして、末川博「総動員法体制」(有斐閣、一九四〇年)一頁以下、末川・前掲注(4)二三五頁以下、二七四頁以下(初出は、「統制経済と私法制度——国家総動員法の規定を中心として」「経済学雑誌四卷四号」(一九三三年))、「統制経済の法的表現集中化——改正された国家総動員法——」「経済学雑誌九卷三号」(一九四一年)等がある。
- (16) 末川・前掲注(4)二四七頁以下。
- (17) 末川・前掲注(4)三六九頁(初出は、「統制と契約」民商法雑誌九卷一号(一九三九年))。
- (18) 末川・前掲注(4)二一四頁(初出は、「戦時立法を貫く特異性」改造二〇卷一一号(一九三八年))。
- (19) 北村五良「縮約強制の一考察」斎藤博士還暦記念「法と裁判」(有斐閣、一九四二年)二七九頁以下。
- (20) 北村・前掲注(9)二九八頁。

- (21) 北村五良「独占と締約強制——最近の大審院判例に因みて——」国民経済雑誌七〇巻三号（一九四一年）一九頁。
- (22) 牧野英一「民法の基本問題 第五編」（有斐閣、一九四一年）四九六頁以下（初出は、「契約の前後と信義則」自治研究一五巻一一号（一九三六年））。
- (23) 我妻榮「民法研究V 債権総論」（有斐閣、一九六八年）二八頁以下（初出は、「現代債権法の基礎理論」日本国家科学大系七巻（一九四二年））。
- (24) 同法を解説したものととして、立法当時のものに、原増司「青木義人」豊水道裕「罹災都市借地借家臨時処理法解説」（厳松堂書店、一九四八年）一頁以下、奥野健一「罹災都市借地借家臨時処理法の解説」（海口書店、一九四八年）一頁以下等がある。阪神・淡路大震災当時のものとして、高木佳子編著「大震災に伴う借地借家法Q&A二三選」（日本法令、一九九五年）一五頁以下、法務省民事局参事官室編「大規模災害と借地借家Q&A」（商事法務研究会、一九九五年）四三頁以下、西原道雄監震災復興・都市づくり研究会編「罹災法の実務Q&A」（法律文化社、一九九六年）一頁以下、神戸弁護士会震災復興対策本部編「震災復興のまちづくりと法」（三省堂、一九九六年）一三二頁以下等がある。
- (25) 震災の法律問題について、私法的観点から詳しく検討したものととして、半田吉信「震災と借地借家人の保護」民商法雑誌一一二巻四〇五号（一九九五年）一〇九頁以下、潮見佳男「震災と契約法・債権法理論」民商法雑誌一一二巻四〇五号（一九九五年）一四七頁以下等がある。なお、震災と法的な諸問題をめぐる文献については、升田純「大規模災害と被災建物をめぐる諸問題」（法曹会、一九九八年）三三三頁以下参照。
- (26) 同法の沿革については、小柳春一郎「震災と借地借家」（成文堂、二〇〇三年）一四三頁以下に詳細である。なお、借地借家臨時処理法については、長島毅「借地借家臨時処理法講話」（厳松堂書店、一九二四年）一頁以下に詳しい。
- (27) 最判昭和四二年六月二二日民集二二巻六号一四六八頁、星野・第一章注(9)六〇六頁。
- (28) 小柳・前掲注(26)三七頁は、借地借家臨時処理法の核心がバラックを所有して居住していることを尊重する点にあったことを

- 指摘する。また、有泉亭「罹災都市借地借家臨時処理法」法律時報一八卷一一号(一九四六年)一二頁は、「建物が罹災した後、すぐその敷地に正当にバラックを建てた者や、焼跡に建物を復興するについて一番関心を持ち又多くの場合にその能力を持っている罹災当時の借家人に、焼跡地の借地権を与え、これらの者の自主的活動によって罹災都市の復興を促進しようと言うのがこの法律の主たる眼目である」という。
- (29) 本文に述べた沿革から、同法は、一条で罹災建物を「空襲その他今次の戦争に因る災害のため紛失した建物」と定義して、二五条の二で戦災以外の他の災害へ準用するという形態をとっている(岩城謙二「罹災都市借地借家臨時処理法の解説(上)」NBL五六四号(一九九五年)一一頁参照)。
- (30) 阪神・淡路大震災に関する特別立法を概観したものととして、大森政輔「阪神・淡路大震災についての救援・復興に関する特別立法について——その時系列的概観(一)・(二)・完」法律時報六七卷六号九四頁以下、七号(以上、一九九五年)六四頁以下。また、阪神・淡路大震災のさいの特別立法と関東大震災のさいの特別立法とを対比したものととして、大森政輔「大震災時の対応措置とその制度化(上)・(下)」NBL五七六号六頁以下、五七七号二九頁以下、五七八号(以上、一九九五年)三九頁以下。
- (31) なお、同法は、本文に述べた以外にも、伊勢湾台風等、今日までに合計二九回適用されている。
- (32) 同法の内容について詳細に検討するものとして、木内道祥「災害と借地」稲葉威雄ほか編「新借地借家法講座 第二巻 紛争解決手続・借地編二」(日本評論社、一九九九年)三〇九頁以下、同「災害と借家」稲葉威雄ほか編「新借地借家法講座 第三巻 借家編」(日本評論社、一九九九年)三一頁以下。
- (33) なお、最判昭和三五年六月一五日民集一四卷八号一三七六頁は、同法二条および三条の優先借地権、借地権の優先譲受権は、財産権を侵害するもので、憲法二九条違反であるという主張に対して、財産権の侵害にあたらぬと判示する。
- (34) 本文に挙げた以外にも、安永正昭「大地震に伴う借地・借家の法律関係」ジュリスト一〇七〇号(一九九五年)一五六頁参照。

- (35) 岩城謙二「罹災都市借地借家臨時処理法の解説(下)」NBL五六五号(一九九五年)二三三頁。
- (36) 我妻榮『債権各論 中巻一(民法講義V2)』(岩波書店、一九五七年)四三三頁。
- (37) 吉田邦彦「新潟中越大震災の居住福祉法学的(民法学的)諸問題——山古志で災害復興を考える」法律時報七七卷二号(二〇〇一年)八一頁。
- (38) 谷口知平ほか「罹災都市借地借家臨時処理法による借地権設定に関する裁判」民商法雑誌三八卷四号(一九五九年)五〇頁〔森順次発言〕。
- (39) 判例は同法にいう罹災建物の借主には使用借主も含まれるとする(最判昭和三年一月一日民集一一卷一二号一八四二頁)。
- (40) 適用肯定説と適用否定説について簡潔に整理したものととして、小柳・前掲注⁽²⁶⁾三三二頁以下参照。
- (41) 安永・前掲注⁽³⁴⁾一五六頁。
- (42) 日高清司「罹災都市借地借家臨時処理法の適用」法学セミナー四八六号(一九九五年)三四頁、坂和章平「中井康之」森恵一「岡村泰郎」震災復興まちづくりへの模索(都市文化社、一九九五年)五四頁、安永正昭「都市被災下の借地・借家問題」神戸大学(震災研究会)編『大震災 一〇〇日の軌跡』(神戸新聞総合出版センター、一九九五年)二五九頁、阿部泰隆「大震災の法と政策——阪神・淡路大震災に学ぶ政策法学」(日本評論社、一九九五年)三一九頁。
- (43) 安永・前掲注⁽⁴²⁾二五八頁以下、阿部・前掲注⁽⁴²⁾三一九頁。
- (44) 坂和「中井」森「岡村・前掲注⁽⁴²⁾五三頁。
- (45) 安永・前掲注⁽⁴²⁾二五八頁。
- (46) 阿部・前掲注⁽⁴²⁾三二〇頁以下。
- (47) 坂和章平「震災復興と再開発」法律時報六七卷九号(一九九五年)二五頁以下。坂和「中井」森「岡村・前掲注⁽⁴²⁾一九一頁以下。

下も同趣旨を述べる。

- (48) 西原・前掲注(24) v頁以下。
- (49) 本文で述べる以外にも、亀井尚也「居住権保障の法政策と罹災都市法の果たすべき役割」日本土地法学会編『震災と法』(有斐閣、一九九七年)二五頁以下参照。
- (50) 升田・前掲注(25)六八頁以下。
- (51) 亀井尚也「罹災都市借地借家臨時処理法をめぐる諸問題」都市政策一〇四号(一九九五年)三三三頁。大搦幸男弁護士も同趣旨を述べる(大搦幸男「震災復興への神戸弁護士会のとらぐみと罹災都市借地借家臨時処理法上の諸問題」自由と正義四六卷一—号(一九九五年)五四頁)。
- (52) 藤原精吾「震災地における借地借家問題——罹災都市借地借家臨時処理法の適用とその立法的な改善策」法律時報六七卷九号(一九九五年)三三三頁。
- (53) 甲斐道太郎「付録」同編著『大震災と法』(同文館、二〇〇〇年)二五八頁(初出は、「建物の再建——とくに借地・借家をめぐって」法の科学二四号(一九九五年))。
- (54) この点を指摘するものとして、甲斐・前掲注(53)二五七頁以下、大搦・前掲注(51)五二頁等。
- (55) 甲斐・前掲注(53)二五八頁。
- (56) 阿部・前掲注(42)三二九頁以下。
- (57) 池田恒男「震災対策・復興法制の展開軸と震災法学の課題」甲斐道太郎編著『大震災と法』(同文館、二〇〇〇年)二七頁以下(初出は、「震災対策・復興法制の展開軸と震災法学の課題」法律時報七〇卷一号(一九九八年))。
- (58) 池田・前掲注(57)二四頁以下。
- (59) 藤原・前掲注(52)三三三頁。

- (60) 神戸弁護士会震災復興対策本部・前掲注(4)三二二頁参照。
- (61) 安永・前掲注(4)二五八頁。
- (62) 佐藤哲治「震災関連法制の再検討」NBL五八四号（一九九六年）二五頁。
- (63) 鎌田薫ほか「震災復興と民事法制（上）（下）」ジュリスト一三二四号一六頁以下、一三二五号一四頁以下、一三一六号（以下、二〇〇六年）一四八頁以下。
- (64) 同法をどのように改正すべきかについては様々な立場がある。本稿では、この点に関する詳論を避けるが、その一例を挙げれば、優先借家権、優先借地権等の行使期間や借家人に対しての優先借家権、優先借地権等を行使するか否かを催告する権利を賃借人に付与する内容を条文中に盛り込むというように、規定の内容を具体化すべきだとする立場がある（木内・前掲注(32)「災害と借家」三四四頁参照）。