

# 締約強制論の現代的展開 (二)

——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、二二四号)

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

一 緒論

二 伝統的な締約強制による規制とその枠組み——公法原理からの基礎づけ

三 規制枠組みの変容と締約強制論——公法原理からの基礎づけの限界

四 締約強制論と私法原理との関係——私法原理からの分析の意義および必要性

第三節 小括（以上、本号）

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 (承前)

#### 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

##### (1) 緒論

次に、近時、消費者保護の観点からなされてきた締約強制論に関する研究を概観することにする。私法領域においては、第二次世界大戦後、締約強制論という理論そのものに焦点をあてて検討したのは、大村須賀男教授、山下丈教授、白羽祐三教授の三名にとどまっておらず、この理論について学界で大きな関心が抱かれるには至っていない。しかし、木村教授らによつて締約強制論の研究がなされるに至つた背景には、経済社会の高度な発展によつて経済的な強者と弱者が出現したという事情があり、これらの締約強制論の議論は私法理論をいかに構築するのかという重要な視座を提供している。また、締約強制論の検討は、約款論に内在する問題を解決する方策としてなされたという点で一致している。そこでまず、締約強制論という理論が約款論とどの点で結びついているのかを明らかにしよう。

二で述べたように、締約強制論は関東大震災の混乱から国民生活を保護するためにドイツから導入が試みられたことを契機に議論がなされるようになった。それと同様に、約款論も関東大震災を契機にさらなる発展をみせることになったのである。

この当時には、わが国において、約款論と締約強制論とを連関させた形で詳細な議論がなされてきたわけではなく、約款論については、関東大震災によって顕在化した地震免責約款の効力に関する問題をいかに解決するかという点に重点が置かれてきた。しかし、一部の論者のなかに約款論と締約強制論の関連性を意識的に検討しようとする萌芽がみられる。たとえば、一九二四年にフランスの約款論を紹介した杉山直治郎教授の論稿のなかに、締約強制に関する記述がみられる。<sup>(1)</sup> 杉山教授は、附合契約の分類をするさいに、締約強制が課せられている附合契約を狭義の附合契約として位置づけたうえで、「此部類に属する附合契約に在ては、生活必需品の独占的提供に関する為、契約条件の強制のみに止らず、契約締結自体に対して強制の性質が存するものである」という。<sup>(2)</sup> さらに、附合契約の性質に関するフランスの学説を紹介しており、そのひとつとしてモラン (Morin) の独占的締約強制説を取り上げて、附合契約と締約強制の関連性を指摘する。<sup>(3)</sup> 以上の点に、約款論と締約強制論の連関を検討する萌芽がみられるのである。

近時の締約強制論は、前段に述べた約款に関する問題が経済の発展にともなって脚光を浴びたという社会背景のもとで展開されたものである。また、これらの議論は、約款によって生じた当事者間の不平等をいかに解決するかという問題関心を基礎に、消費者保護という視点のもとでなされるに至ったのである。そこで以下では、必要に応じて約款論との関係にも目を配りながら、消費者保護の観点からなされてきた締約強制論に関する諸研究について分説することにする。

(2) 約款論から締約強制論・契約自由に関する研究への発展——大村須賀男教授の研究

(a) 約款論から締約強制論研究への変遷過程

戦後においては、三に述べた戦時下の統制という観点から主張された締約強制論は影を潜め、四に述べた罹災都市借地借家臨時処理法をめぐる議論を除くと、私法の領域においては、戦後数十年は締約強制論についてほとんど関心が払われることがなかった。しかし、資本主義経済の高度な発展にともなつて、多くの消費者問題が生じており、これを解決するために消費者保護を図る理論の構築が必要とされたのである。

前段に述べた状況のもとで、約款論の詳細な研究を基礎に本格的に締約強制論の研究に取り組んだのは大村教授であつた。大村教授は、一九六〇年代初めの約款論の研究にはじまり、一九八〇年代の締約強制論に関する研究へと歩をすすめて、消費者保護を図ろうと試みた。そこで、大村教授の問題関心を中心に考察することにして、約款論から締約強制論を研究するに至つた経緯を探ることにする。

大村教授は、一九六〇年代に約款をめぐる諸問題に取り組んだ。<sup>(4)</sup> その集大成といえるものが一九六五年に発表された「普通取引約款における内容的限界について」と題する論稿である。この論稿において、約款というものは、約款作成者である企業の「経済的優位性の強化」と結びつきやすく、企業が約款を濫用することによつて、顧客である消費者の犠牲のもとに、企業の「一方的、利己的な利益を追求」する危険性があるといふ。<sup>(5)</sup> そのうえで、国家法秩序が以上に述べた危険を見過ごすことは許されず、約款の内容について、その限界を画して、基準を設定する必要があるといふ。この基準を明らかにするために、ドイツの判例および学説を検討した詳細な議論を展開している。この検討の結果、約款内容限界の基準を次のように設定する。すなわち、「普通取引約款が発生論的に私的自治の所産であることは率直にみとめねばならないであらう。……そうであれば、普通取引約款の内容的限界の根拠も、私的自治の限界にもとめねばならない。……私的自治の違法な逸脱の有無を決する基準は、私法体系における任意法規の逸脱の有無によるべき」として、任意法規逸脱の有無を約款内容限界の基準とする。<sup>(6)</sup>

続いて、約款の一部無効の問題が検討される。<sup>(7)</sup>これは、約款の条項が前段に述べた基準を逸脱して無効とされた場合に、残りの条項がどのような影響を受けるのかという問題である。これについてもドイツの議論を参照しており、その見解のひとつとしてニッパードイの見解を取り上げて、次の点を指摘する。ニッパードイは、良俗違反の約款が設けられた場合には、約款作成企業の意思を考慮することなく、BGB八二六条による締約強制の理論を適用し、妥当な内容の約款により契約を維持することによって解決すべきであると主張する。この見解について、大村教授は、「締約強制の理論は、私法体系における個人主義的原理を絶対的なものと考えず、『私法の漸進的な社会化』に貢献したものとしておおいに評価されるべきであろう。また、普通取引約款が、集団的な契約関係を基礎とする点からみても、その理論的な基礎において密接な共通性を有することも承認しなければならない」という。<sup>(8)</sup>

このように大村教授は、集団的な契約関係を基礎とする点で約款論と締約強制論とが密接に関連することを確認していることから、これが次のドイツ締約強制論の判例研究の契機となったものと思われる。

(b) ドイツ締約強制論の紹介とわが国における適用可能性

(a) で説明した経緯から、大村教授は、約款論から締約強制論の研究へと研究を進展させることになる。一九八〇年には、「ドイツの判例理論における締約強制理論の形成・発展について」と題する論稿において締約強制論の検討がなされている。<sup>(9)</sup>大村教授は、前掲の「普通取引約款における内容的限界について」と題する論稿を発表してから一五年が経過した一九八〇年当時には、経済的妨害、差別行為、取引拒絶等の弊害が著しくなり、「契約自由の原則は、経済的強者による経済的弱者に対する支配の具へと変貌し」<sup>(10)</sup>ていることを指摘する。まさに、こうした契約自由の一方的かつ恣意的な行使を制約するための有効な理論として、「締約強制の理論が新境地を求めて活躍す

る最適の場を提供する」という。<sup>(1)</sup>

前段に述べた問題関心から、大村教授は、締約強制論の確立しているドイツにおける締約強制論の発展過程を判例を通じて概観し、わが国におけるこの理論の適用可能性を検討する。<sup>(2)</sup> ドイツにおける判例の動向については、ライヒ裁判所における締約強制論の確立とその展開について一九七〇年代までの判例を取り上げた詳細な紹介がなされている。これについては、本稿では第三章に譲ることにして、この箇所では、大村教授がわが国における締約強制論の適用可能性についてどのように考えているのかをみていくことにする。

大村教授は、ドイツの判例を鳥瞰した結果、再度、経済的強者が契約の自由を武器として経済的弱者から搾取しているという状況から経済的弱者を保護する理論が必要である旨を強調して、「経済的弱者に与えられた防衛の武器は、市場優位性の濫用による契約自由の恣意的行使に対する阻止の具である。この防禦の武器こそ締約強制の理論にほかならないのである」という。<sup>(3)</sup> このように述べたうえで、締約強制を考察するにあたっては、後述するように、締約強制と関連する平等取扱原則の研究が今後重要なものとなるという。

最後に、わが国における締約強制論の適用可能性については次のように述べる。<sup>(4)</sup> わが国においては、間接的締約強制——法規上明文の規定がない場合の締約強制——については意外なほど触れられていないと疑問を呈し、締約強制を不要とすべき論拠はないという。その理由として、国の経済的、社会的風土はわが国と欧米とで変わるところがないこと、わが国の契約法の体系はドイツとほぼ同様であることの二点を挙げる。そして、「締約強制の理論は、常に新たな理論武装を施しながら時代の社会的・経済的情勢に対応しつつ、その普遍的性格への途を歩んでいくことを銘記すべきである」としてその論稿を結んでいる。<sup>(5)</sup> ただ、ドイツの判例の紹介を目的としているため、わが国における締約強制論の分析はなされていない。

(c) 締約強制論から平等取扱原則、契約締結請求権に関する研究への発展

その後一九八三年に、大村教授は、「契約自由の原則のもつ構造的欠陥を正面から検討するために、「契約自由の原則の再構成について」と題する論稿を公にする。<sup>(6)</sup>この論稿の問題関心は、(a)、(b)で説明したものと基本的には同様であるが、資本主義経済の体制に内在する問題を解決する方策を企図して、契約自由の原則の再構成を試みている点で、より広い視点からの検討がなされているといえよう。この論稿においても、契約自由の原則を再構成するにあたって締約強制論の検討がなされているため、その点を中心に以下で叙述することにしよう。

まず大村教授は、契約自由の概念として、「形式的契約自由の概念」<sup>(7)</sup>と「実質的契約自由の概念」<sup>(8)</sup>につき分説したうえで、契約自由の原則の構造的欠陥を除去して契約自由の原則を再構成するためには、実質的契約自由の概念を導入する必要があるという。<sup>(9)</sup>大村教授によると、実質的契約自由の概念を導入することの目的は、経済的優位性の濫用に対して経済的弱者を保護することにある。この目的を達するために、次の二点の考察がなされている。第一に、経済的弱者が、経済的優位性の濫用によって締結させられた契約を否認することができるのかという問題である。第二に、経済的弱者に、公正な条件による契約を締結する権利を承認することができるのかという問題である。この二点を認めることによつてはじめて、実質的契約自由が確保されることになるとして、二点目の考察に力を注ぐ。

具体的に、大村教授は、公正な条件によつて契約を締結する権利を承認するために、有力な手がかりとなる理論として締約強制の理論を取り上げて検討する。<sup>(10)</sup>しかし、締約強制が認められるためには厳格な要件が必要とされ、その成立根拠がきざられていること、さらに締約強制は被強制者に義務を課すだけで経済的弱者に契約を締結する権利を与えたものではないことから、必然的な制約を受けざるをえないとする。そこで提唱されたのが、平等取扱



原則の適用、契約締結請求権の承認である。

平等取扱原則とは、経済的優位者が経済的弱者に対して、取引拒絶や差別行為等を行った場合に、経済的弱者のために他の取引関係者と平等の取り扱いをするという原則である。この原則について、大村教授は、「経済的優位性の濫用に基礎をおく締約強制理論から市場経済秩序維持に基礎をおく平等取扱原則への思想的発展。ここに、新契約秩序の具体的展開のためのもう一方への進路を見出すのである」と述べる。<sup>(21)</sup> また、契約締結請求権については、マンフレド・ヴォルフ (Manfred Wolf) の任意法の条件による契約締結権を紹介して、わが国にも有益なものであると評している。

以上(2)では、大村教授の研究を締約強制論に焦点をあてて具体的にみてきた。大村教授は、約款論の研究に始まり、締約強制論の研究、さらには契約自由の原則を再構成するために、平等取扱原則や契約締結請求権に関する研究へと歩をすすめている。これらの研究は、その当時の社会における契約自由の原則のもつ構造的欠陥から経済的弱者を保護するためになされたものであり、その一環として締約強制論の検討がなされたものといえるであろう。

### (3) 契約正義を図るための締約強制論——山下文教授の研究

次に、山下教授の締約強制論に関する研究について概観する。山下教授は、一九八〇年代に締約強制論の研究として、スウェーデンで出版された著書である『財産法における締約強制』の翻訳<sup>(22)</sup>、『現代契約法大系』第一巻所収の論稿「契約の締結強制」と題する論稿を発表している。このように締約強制論の研究がなされた背景には、経済的弱者を保護する理論として、締約強制論を重要な理論であるととらえていたことを指摘することができよう。<sup>(24)</sup> この

ことは、前掲の「契約の締結強制」と題する論稿の問題関心から明らかである。そこで以下では、この論稿の問題関心および内容の概要をみていくことにしよう。

山下教授は、契約自由の原則が従来誇大視されてきたと評価したうえで、経済的、社会的弱者の保護をどのように図るのかという観点から考察を行う。まず、山下教授は、経済的強者と経済的弱者との間の利益を調整する概念である契約正義が図られなければならないと述べたうえで、締約強制という理論を経済的強者と経済的弱者との間の利益調整に主眼を置いた契約正義を実現する手段と位置づける。<sup>49</sup>

以上に述べたところから、契約正義を実現するためには間接的締約強制の法理の考察が必要であるとして、直接的締約強制——法規上明文で定められている締約強制——の背後に、間接的締約強制が存在することの確認ならびにその法的根拠をいかなる点に求めるべきかを明らかにしなければならないという。

前段に述べた問題関心のもと、山下教授は、締約強制を直接的締約強制と間接的締約強制に分けたうえで、ドイツの理論を参照しつつ検討をすすめる。ドイツの理論状況については第三章で検討することにして、この箇所では、わが国における締約強制論の現状につき、山下教授がどのように考えているのかを指摘するにとどめる。わが国における締約強制論の現状について、山下教授は、大村教授と同様に、法規上明文の規定がない場合にも締約強制が認められるか否かについては、わが国では詳細に論じられておらず、その根拠も明らかにされていないという。そのうえで、この点の理論的解明が必要であると述べ、この理論が消費者保護の観点から今後重要なものとなると指摘してその論稿を結んでいる。

この山下教授の研究と前述した大村教授の研究には、次の点で共通性がみられる。双方ともに、経済的弱者である消費者を保護するために、法規上明文で定められていない場合であっても、締約強制を導く理論を構築すべきで

あると主張している点である。しかしながら、わが国において締約強制が認められるのか、認められるとしてその根拠をいかなる点に求めるのかについては十分な検討がなされていない。また、わが国においては、法規上明文がない場合には学説、判例ともに締約強制を認めるには至っていない。

これに対し、白羽教授は、法規上締約強制が定められている直接的締約強制の場面に就いて考察を行っている。次の(4)では、この点を中心に概観することにしてしよう。

(4) 生活配慮領域における契約構造の研究——白羽祐三教授の研究

(a) 独占企業に課せられた締約強制の実質的な機能

白羽教授は、契約自由の原則の歴史的考察に力を注いでいる。大正デモクラシー期の契約の自由と契約法学に関する研究、戦時統制期の統制下における契約法学、さらに『プロパティと現代的契約自由』に収められている研究等がそれである。

一九六二年には、『契約法大系』第一巻所収の論稿において、契約自由の原則の意義と機能について包括的な考察がなされている。そのなかで、約款に関する問題を取り上げて、独占経済下における約款は独占企業の「独占的・排他的エゴイズム」を消費者に強制する手段に他ならないという。とくに、附合契約の一方当事者が独占企業であり、その企業の供給する財やサービスが生活必需品である場合には、消費者に対する契約内容の事実上の強制となるといふ。このような状況から、独占企業に課せられている契約申込みに対する承諾義務は現実には独占企業に対して契約締結の自由を制限するものとして機能せず、消費者に対する締約強制として機能することになると述べる。以上のように約款の問題点を指摘したうえで、「約款の性格も、単なる現実肯定の法規説・制度論ではなく、市

民法に抽象的に存在する「自由」を現実化さす観点から考えるべきであろう」と述べて、契約自由の原則を問い直す必要性を強調する。<sup>224)</sup>

(b) 生活配慮領域における契約構造

(a) に述べた附合契約の契約構造を具体的に明らかにするために、白羽教授は、一九六七年に発表した「所謂 *Dasensvorsorge* の領域における契約構造」と、一九七七年に発表した「現代契約論序説——締約強制論（『私法の社会化』論）から *Dasensvorsorge* へ」給付行政論へ」と題する論稿において、独占企業対消費者の契約構造についてその料金体系を中心とした詳細な分析を試みている。この *Dasensvorsorge* は、「生活配慮」を意味する概念であり、これらの論稿は、国民の生存および生活と密接にかかわる領域の契約構造の解明を目的に、契約論の側面からアプローチを試みたものといえる。

白羽教授の議論の展開を辿ると以下ようになる。白羽教授は、従来までの給付行政論について、消費者の高負担を正当化するものであったと批判する。そのうえで、独占事業者の給付にはその性質上国家による公的配慮が必要であることを前提としたうえで、独占事業者と消費者との間になされる契約が消費者のための生活配慮となっているのかどうかを解明することを目的とする。この目的を達するために、電気供給契約、運送契約、水道供給契約といった三種の契約の料金体系を中心に分析することを通して、国民に真の意味での生活配慮がなされているのかどうかを検討するものである。<sup>225)</sup>

まず、白羽教授は、*Dasensvorsorge* の契約構造の特徴として次の六つの点を指摘する。すなわち、①大量型契約、②独占的・排他的給付、③生活必需給付、④締約強制、⑤ *Tarifvertrag*、⑥等価交換の原理 (*Idee der Gerechtigkeit*) だ

ある。⑤の Tarifvertrag とは、料金が事業者によってあらかじめ定められてなされる契約を意味する。白羽教授は、Daseinsvorsorge の領域では、市民法上の自由意思は、国家の意思を媒介として実現されているとして、国家による消費者のためになされた生活配慮について具体的な法体系を明らかにする必要がある、この点が最も鮮明に現れるのは、Tarifvertrag の法構造にあるという。この理由から、Tarifvertrag を取り上げてその法構造の具体的な分析を試みる。上記三種の契約の料金体系については、委員会の会議録やその法律制定時の資料に遡った詳細な検討を行っている。

前段に述べた検討の結果、各生活配慮領域の料金体系について次の点を指摘する。<sup>63)</sup> 第一に、上記三種の契約のいずれにおいても差別料金体系が採用されており、大企業に安く、国民に高く設定されているという。より具体的に述べれば、電気供給契約については、家庭用電灯には高価格、巨大産業用には「原価」以下の低価格になっているという事実、運送契約については、旅客運賃は「原価」以上に設定、貨物運賃は「原価」以下の低価格に設定されているという事実、水道供給契約については、市民の水道料金は高く、工業用水道の料金は安く設定されているという事実を指摘する。第二に、上記三種のいずれにおいても差別料金体系が採用されている結果、公共料金の値上げが恒常化、強化されている点を指摘する。以上の分析から、白羽教授は、大企業の利益優先のもとで国民が犠牲になっていることを強調して、消費者に対する真の意味での生活配慮はなされていないとの結論を導き出す。

しかしながら、この論稿の結論部分は未完のままであるため、具体的に生活配慮領域の料金体系についてどのような制度設計を構築すべきであるのかは必ずしも明らかとはなっていない。

なお、この白羽教授の主張については、「このような単純な論理だけでは、立場を異にする者に対する説得力は十分ではない」として、他の手法による論証がなされるべきであるとの書評<sup>64)</sup>があることを付言しておこう。

## 六 小括

本節では私法領域を中心とした締約強制論の史的展開について検討した。この検討の結果、締約強制論は実務上の要請が色濃く反映された理論のひとつであると評することができよう。締約強制論は、関東大震災、第二次世界大戦、近時の経済の高度な発展といった社会状況を背景として、その当時の社会状況に適合した法律理論を構築すべく、ドイツの理論を参照しながら形成、発展をみたものである。この理論について、白羽教授が「大勢順応型外来契約法学」と評しているのもこの意味からであろう。

締約強制論の目的については次の点を指摘することができよう。わが国における締約強制論は、三でみてきたように、第二次世界大戦下の全体主義にもとづく国家統制の場面という特殊な事情から論じられることがあったものの、主として、社会的ないし経済的弱者の「生活保護」、経済的弱者である「消費者保護」を図ることに、この理論を適用することの目的があったといえる。そこで、以下では、わが国における締約強制論の史的展開を生活保護、消費者保護という保護目的にそくして整理したうえで、この理論の特性を示すことにしよう。

まず、「生活保護」を目的とした締約強制論については次のように整理することができる。二でみてきたように、わが国においてこの理論の導入が試みられたのは、関東大震災による混乱から国民生活を防衛することにあつた。また、四でみてきたように、第二次世界大戦後には、罹災都市借地借家臨時処理法が制定され、この法律の締約強制規定も被災者の生活保護を図ることを目的としたものである。これらは、社会的ないし経済的弱者の生活保護を図るためになされたものといえるであろう。

次に、「消費者保護」を目的とした締約強制論については次のように整理することができる。五でみてきたよう

に、一九七〇年代から八十年代にかけて、消費者保護の観点から、締約強制論に関する研究がなされている。経済の高度な発展によって経済的強者と経済的弱者が出現し、契約当事者間の情報および交渉力の格差に起因する問題が叫ばれて久しい。このような状況から、経済的弱者である消費者を保護する理論を構築すべく、約款論に内在する問題を発展させる形で締約強制論の分析が試みられるに至ったのである。これらの議論は、契約自由の原則の構造的欠陥を矯正するための理論枠組みを図ろうとする点に意義を見いだすことができる。

以上のように、締約強制論の適用場面を大きく二つに分けて整理した。これを第一章で述べた私益、公益論の観点をふまえて述べると以下のようになる。生活保護の観点からなされた締約強制論は、個人の私益保護を図ると同時に、公益保護に資するという機能をも営むものである。これに対して、消費者保護の観点からなされた締約強制論は、私益保護を主たる目的となされたものである。しかし、後者については、わが国において学説および判例ともに法規上明文の規定がない場合には、締約強制を認めるには至っていない。

前段に述べたところからすれば、締約強制論のもと新規契約の契約締結の自由が制限されるのは、私益保護目的にとどまらず、生活保護を中心とした公益保護的な要素が関連するときに顕著なものとなるといえるであろう。それゆえ、私法上の原則である契約締結自由の原則が制限される基礎にある法理を探るためには、これを公益的観点から規制する公法的規制との関係についても目を向ける必要があることになる。

そこで、第二節に節を分けて、締約強制の特徴が現れている公法的規制の領域に焦点をあてて、契約自由の原則との関係を中心に若干の考察を行うことにする。

注

- (1) 杉山教授の約款論については、杉山直治郎「附合契約の觀念に就て」(一)〜(五・完)「法学協會雜誌四二卷七号一頁以下、八号二頁以下、九号四三頁以下、一一号三五頁以下、一二号(以上、一九二四年)五四頁以下。
- (2) 杉山・前掲注(1)四二卷一二号九二頁。
- (3) 杉山・前掲注(1)四二卷九号六三頁以下。ただ、杉山教授は、この独占的締約強制説では、附合契約のあらゆる特徴を示すことはできないという。
- (4) 大村須賀男「普通取引約款解釈における不明瞭法則の存在意義」六甲台論集九卷二号(一九六二年)六〇頁以下、同「普通取引約款——その具体的契約関係の成立について」六甲台論集九卷三号(一九六二年)六二頁以下、同「所謂供給規定について——普通取引約款との関係において」六甲台論集九卷四号(一九六二年)一頁以下、同「普通取引約款解釈の上告可能性」中西彦二郎ほか編「創立一五周年記念論文集 上巻」(司法研修所、一九六二年)一九一頁以下、同「普通取引約款の修正可能性」六甲台論集一〇卷一号(一九六三年)五三頁以下、同「普通取引約款における内容的限界について」(一)〜(二・完)「神戸法学雜誌一四卷四号七四〇頁以下、一五卷一号(以上、一九六五年)七九頁以下等。
- (5) 大村・前掲注(4)「普通取引約款における内容的限界について」(一)〜(二)「一四卷四号七四〇頁以下。
- (6) 大村・前掲注(4)「普通取引約款における内容的限界について」(二)「一五卷一号一〇三頁。なお、約款の限界が任意法規によって画されるという立場は、今日においては有力となっている(河上正二「約款規制の法理」〔有斐閣、一九八八年〕三八八頁、加藤雅信「新民法大系Ⅲ 債権総論」〔有斐閣、二〇〇五年〕二八七頁以下)。加藤教授は、約款によってなされる契約の場合には、片方の当事者が約款内容を一方的に定めており、当事者間の合意の規範が微弱であるという契約合意の基礎に問題がある点を指摘したうえで、「社会的に合理性が認知されている任意規定から逸脱するためには、そのための合理性が要求される」という。



- (7) 大村・前掲注(4)「普通取引約款における内容的限界について(二)」一五卷一号一〇九頁以下。
- (8) 大村・前掲注(4)「普通取引約款における内容的限界について(二)」一五卷一号一三三頁。ただ、大村教授は、ニッパードイの理論は普通取引約款の一部無効の問題にとつて、必ずしも適切とはいえないと結論づける(大村・前掲注(4)「普通取引約款における内容的限界について(二)」一五卷一号一三三頁以下)。
- (9) 大村須賀男「ドイツの判例理論における締約強制論の形成・発展について(二)」(四・完)「法学新報」八卷五号四九頁以下、六号二八頁以下、八二卷一号二六頁以下、二号(以上、一九八〇年)五四頁以下。
- (10) 大村・前掲注(9)八二卷五号五〇頁。
- (11) 大村・前掲注(9)八二卷五号五〇頁以下。
- (12) 大村・前掲注(9)八二卷五号五一頁以下。
- (13) 大村・前掲注(9)八二卷二号八一頁。
- (14) 大村・前掲注(9)八二卷二号八二頁以下。
- (15) 大村・前掲注(9)八二卷二号八三頁。
- (16) 大村須賀男「契約自由の原則の再構成について(二)」(四・完)——秩序的市場経済理念の上に立つて——「民商法雑誌」八卷二号一頁以下、三号一頁以下、四号一頁以下、五号(以上、一九八三年)二六頁以下。
- (17) 大村教授は、形式的契約自由の概念について、当事者間の経済的な格差を考慮に入れないで、すべての者に平等に自由を保障するものであると定義する(大村・前掲注(16)八八卷四号三頁)。
- (18) 大村・前掲注(16)八八卷四号二頁以下。
- (19) 大村・前掲注(16)八八卷五号三八頁以下。
- (20) 大村・前掲注(16)八八卷五号四二頁以下。

- (21) 大村・前掲注(16)八八卷五号四五頁。
- (22) 山下文「アンデルス・ヴィクトゥーリン」『財産法における締約強制』（翻訳）『民商法雜誌八二卷二号（一九八〇年）二二一頁以下。
- (23) 山下文「契約の締結強制」遠藤浩ほか監『現代契約法大系 第一巻 現代契約の法理（一）』（有斐閣、一九八三年）二三五頁以下。
- (24) なお、「定款の内容規制について」と題する論稿においても、締約強制論の叙述がみられる。この論稿では、ドイツの理論を参考にして検討がなされており、団体加入強制の項目で締約強制について言及がなされている。社団への受入義務は、契約締結義務であり、締約強制の適用範囲にある旨の指摘がなされている（山下文「定款の内容規制について」『広島法学八巻一号（一九八四年）二八頁以下）。
- (25) なお、旧西ドイツ普通取引約款規制法にも契約正義の思想が関係していたことが示されている（山下・前掲注(23)三三七頁）。
- (26) 白羽祐三『現代契約法の理論』（中央大学出版社、一九八二年）一九頁以下、六一頁以下、同『プロバティと現代的契約自由』（中央大学出版社、一九九六年）一頁以下。
- (27) 白羽祐三「契約の自由——現代社会における契約自由の意義（はたして自由があるか）、その機能」『契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ 契約総論』（有斐閣、一九六二年）一頁以下。
- (28) 白羽・前掲注(27)一五頁。
- (29) 白羽・前掲注(26)『現代契約法の理論』一七七頁以下。
- (30) 白羽・前掲注(26)『現代契約法の理論』二四七頁以下。
- (31) 白羽・前掲注(26)『現代契約法の理論』一七七頁以下。
- (32) 白羽・前掲注(26)『現代契約法の理論』一九五頁以下、二二八頁以下、二二八頁以下。

(33) 五十嵐清「書評」民商法雜誌八八卷一号(一九八三年)一五六頁。

(34) 白羽・前掲注(26)「現代契約法の理論」六九頁。

## 第二節 公法的規制と締約強制をめぐる議論動向

### 一 緒論

本節では、公法的規制と締約強制をめぐる議論動向を概観することにする。より具体的に、公法的規制と締約強制をめぐる議論動向を取り上げて検討する理由を述べると以下の通りである。

第一に、民法学の領域において、締約強制論については、公法的規制の観点から給付行政のうち公企業の行政の領域を中心に検討されるべきであるとす理解が一般的であったように思われる。また、締約強制をともなった契約締結自由の原則の制限は、主に公法的規制においてみられるものである。それゆえ、この原則が制限される根拠および限界を検討するためには、この公法的規制がなされている領域にも目を注ぐ必要があるものと考ええる。

第二に、一九八〇年代以降にみられる規制緩和の進行にともなって、公法的規制の枠組みにつき規制の必要性や適切な範囲を考慮して改めて考察する必要があるのではないかとの問題が提起されており、締約強制論に関して、この点をふまえて考察を加える必要がある。(1) この規制緩和は、「原則自由、例外規制」を指向するものであり、民法的観点からいえば、契約自由を原則とする考え方である。(2) 今日においては、民法の規律してきた領域に数多くの公法的規制がなされるようになり契約自由の原則を制限して規制がなされる一方、規制緩和の流れのなかで契約

自由の原則を制限する規制の必要性が問い直されており、この二つの流れが交錯しているという、いわゆる「渦巻状態」<sup>(3)</sup>が生じている。このような状況と関連した形で、公法的規制と契約自由の原則との関係をどのように規律するのか、という観点からの検討が重要性を増しつつある。この点を以下で概観することにしてしよう。

まず、山本敬三教授は、公法的規制と民法との関係につき、以下のように論じる。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」と述べたうえで、これにどのように対処するのかという観点から考察を行う。<sup>(4)</sup>このような問題関心のもとで考察をすすめた結果、「公法的規制の増加による民法の浸食という問題については、そうした公法的規制の意味をさらに考える必要がある」と述べる。また、公法的規制と民法は憲法の基本権を保護し、支援する措置として共通の基盤をもっていることを指摘して、「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」性を指すべきであると結論づける。<sup>(5)</sup>

また、千葉恵美子教授は、契約自由と契約規制の併存するシステムを再検討するという観点から、公法的色彩の強い郵便法をめぐる規制のあり方を規制改革との関連で論じている。<sup>(6)</sup>後の三でも検討するように、規制緩和がなされている今日においては、公法的規制を正当化してきた独占性、公共性といった従来までの根拠には限界があると見て、規制の正当性を判断する枠組みの具体化を図っている。<sup>(8)</sup>

さらに、内田貴教授は、私法の領域において、国や地方公共団体が提供主体となる契約については独立に論じられることはほとんどなく、これらの契約類型については、「約款論の一環として論じられることは少なくともなかったが、給付される財やサービスの特質に即した議論は乏しかった」と評価する。そこで、「問われるべきは、なぜある

種の契約には契約自由の原則を制約するような法規制が必要とされるのか、また、どのような規制が正当性を有するの<sup>(9)</sup>かであると述べる。このような問題関心のもと、規制緩和との関係に注視しつつ「民営化と契約」について論じている。<sup>(10)</sup>

以上のように、私法原理のあり方を検討するさいには、その私法領域にとどまらず、私法上の原則を修正している公法的規制の領域にも目を向けて検討することが欠かせないであろう。本稿もこのような視点をふまえたうえで、公法的規制と縮約強制をめぐる議論動向を概観して、縮約強制論がどのように位置づけられてきたのかを確認することにする。この検討の結果、縮約強制論については、公法原理のみではなく、私法原理、とりわけ契約締結自由の原則との関係にも着目してその理論構造を解明する必要性が示されることになる。

## 二 伝統的な縮約強制による規制とその枠組み——公法原理からの基礎づけ

### (1) 規制の枠組み

縮約強制は、主に電気、ガス等の公益事業<sup>(11)</sup>に関する分野を規律する法律に規定されており、これらの事業の特殊性が縮約強制の規律が設けられた要因となっている<sup>(12)</sup>。また、これらの事業のなかには、近年にみられる規制緩和の影響を受けているものがあり、契約自由と契約規制とが交錯している状況にある。そこで、公益事業に焦点を絞って、縮約強制論の枠組みを整理することしよう。

まず、どのようなものが公益事業に含まれるのかについて示すことから始めることにする<sup>(13)</sup>。この公益事業としていかなるものが含まれるかにつき、一般的には、「人々の日常生活や様々な産業の活動に不可欠な財・サービ

スを提供する一群の産業」と定義されている<sup>(64)</sup>。法的には、労働関係調整法八条に規定が設けられている。同法八条は、公益事業を「公衆の日常生活に欠くことのできないものをいう」と定義して、具体的には、「一 運輸事業」、  
 「二 郵便信書便又は電気通信の事業」、  
 「三 水道、電気又はガスの供給の事業」、  
 「四 医療又は公衆衛生の事業」を列挙している。この規定は、争議行為が生じたさいに国民の日常生活に欠くことのできない財やサービスの供給に影響を及ぼす事業を公益事業と位置づけたうえで、争議行為の防止や解決を図る規定を設けることによつて、国民に不測の損害を与えることがないように、財やサービスの供給を保障する機能を営むものである<sup>(65)</sup>。

以上に述べた公益事業に対しては、多方面から規制が課されている。これらの公益事業に従来まで共通して課されてきた規制について概観すれば、主として三種の規制がなされている<sup>(67)</sup>。

第一に、締約強制による規制がなされている。規制の形式としては、①供給義務、運送義務等を直接定めて、正当な理由がないかぎり需要者からの申込みを拒絶してはならないとするもの、②差別的取扱いを禁止するという形によるものがある。①の例として、ガス事業法一六条一項は、「一般ガス事業者は、正当な理由がなければ、その供給区域又は供給地点における一般の需要に應ずるガスの供給を拒んではならない」と規定する。このように正当な理由という抽象的な形で規定したものの他、この正当な理由を列挙する規定も存在する。たとえば、道路運送法一三条は、「一般旅客自動車運送事業者……は、次の場合を除いては、運送の引受けを拒絶してはならない」と規定して、当該運送の申込みが運送約款によらないときや、法令の規定、公序良俗に反する場合等の六つの事由を列挙している。また、②の例として、郵便法六条は、「何人も、郵便の利用について差別されることがない」と規定して、差別的取扱いを禁止している。

第二に、参入規制という形での規制がなされている<sup>(68)</sup>。この参入規制は、需給調整規制とも呼ばれるものである。

本来ならば、資本主義経済においては、企業の参入は自由であり、市場における競争メカニズムの原理が働くはずである。しかしながら、公益事業においては、企業の参入が制限されており、主務官庁の許可が必要であるとされている。例を挙げれば、道路運送法四条一項は、「一般旅客自動車運送事業を営もうとする者は、国土交通大臣の許可を受けなければならない」と規定して、許可を受けることによってはじめてサービスの提供が可能となるとする形式を採用している。

第三に、料金規制という形での規制がなされている。これも前段で述べたように、本来ならば、資本主義経済においては、料金内容は契約当事者間で自由に定められるという形で、市場メカニズムの原理が働くはずである。しかしながら、公益事業においては、料金規制がなされており、料金を定めるさいには主務官庁の認可が必要であるとされている。例を挙げれば、鉄道事業法一六条一項は、「鉄道運送事業者は、旅客の運賃及び国土交通省令で定める旅客の料金……の上限を定め、国土交通大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも、同様とする」と規定している。

このように、公益事業に対して様々な規制がなされていることがわかるであろう。それでは、以上に示した規制がなされる根拠はいかなる点に求められてきたのであろうか。この点を次にみていくことにする。

## (2) 伝統的な規制の根拠

ここでは、規制がどのような根拠のもとで正当化されてきたのかを古典的な理解にもとづいて整理することにした。この古典的な根拠の限界については、三で概観することにする。

結論を先取りしていえば、古典的な規制の根拠は、事業の特殊性に求められてきたといえる。従来まで、事業の

特殊性を説明するために、「独占性」、「公共性」ないしは「公益性」といった性質が指摘されてきた。<sup>(9)</sup>そして、締約強制についても、一般的には、これらの特殊性から根拠づけられてきたのである。具体的にこれらの概念を示すことにしよう。

まず、事業の独占性という性質であるが、これには二つの意味がある。第一に、地域社会で独占として組織、運営されているという事業の独占性である。第二に、自然独占性という性質である。この自然独占性とは、電気、ガス、水道等のサービス供給の領域では、技術的に巨大な資本施設を必要とし、生産量が拡大するにつれて費用が遞減する傾向にあるため、このような場合に、市場にまかせれば必然的に独占が成立することになる性質をいう。<sup>(10)</sup>

次に、公共性ないし公益性については、国民が生活を営むうえで一日も欠くことのできない必需のサービスであるという観点から説明がなされてきた。<sup>(11)</sup>このような性質は、公共の福祉、公共の利益とも呼ばれる。<sup>(12)</sup>神田博司教授は、これらの事業からもたらされる給付ないしサービスは社会を構成する各個人の生存に必須なものであり、国民がそれに依存せざるをえないという事情から、これらの事業は社会に対する「経済的権力地位」を保持しているという。<sup>(13)</sup>

これらの公共性ないしは公益性という性質に独占性が加味されることにより、消費者は必需のサービスを買うのにほとんど取引の余地が封ぜられることになる。このような性質から、「契約強制を認めるべきか否かは、その企業の有する公益性と独占性の相関関係によつて定まる」と考えられてきたのである。<sup>(14)</sup>

以上に見てきたように、締約強制は公益事業規制の一場面であることから、締約強制という規制がなされる根拠についても、前述した公益事業が規制される根拠と関連して言及がなされてきたにすぎず、締約強制について個別に検討がなされて結論が導き出されたわけではない。つまり、公益事業に対して財やサービスの供給義務<sup>(15)</sup>という形



で締約強制が課される根拠は、公益事業が規制される根拠とほぼ同じように説明されることになり、事業の独占性、公共性といった性質から、公益事業に携わる事業から財やサービスの提供を拒否される場合には、他のどこからもそれを買うことができないという点が指摘されている。<sup>64)</sup> また、阪神・淡路大震災を例にとつて、供給義務を課す必要性を、「ライフラインの必要性」から、「その生命線 $\parallel$ ネットワークがあちこちで切断され、日常生活に重大な支障が生じ」て、消費者に被害を与えることがないようにすることに求めるものがある。<sup>65)</sup> さらに、締約強制が導かれる理由につき、「公益企業によつてもたらされる給付が生存的必須性を有することから惹起される危険を排除するためのもの」であるとするものがある。

以上の検討の結果、締約強制という形で規制を課す根拠は、公益事業の特殊性に求められ、公法原理から基礎づけられるのが一般的であつたと評することができる。いわば、国民の生活と密接不可分の事業に対して、その独占性および公共性ゆえに、契約拒絶から国民生活に支障を与え、そのライフラインを遮断することがないよう、いわゆる「生存権保障」の観点から締約強制が根拠づけられてきたといえるであらう。<sup>66)</sup>

### 三 規制枠組みの変容と締約強制論——公法原理からの基礎づけの限界

#### (1) 規制の変容——電気事業を例にして

今日、二で述べた古典的な公益事業における規制の枠組みは変容しつつある。この規制枠組みの変容は、少なくとも締約強制論にも影響を及ぼすものである。そこで、(2)で締約強制論を公法原理から基礎づけることの限界を示す前に、規制緩和時代における規制枠組みの変容について、電気事業における小売供給の自由化の場面を例に挙

げて叙述することにしてしよう。

規制緩和による公益事業規制の変容は、電気事業にも及んでおり、小売供給の自由化が段階的にすすめられているのが現状である。<sup>(60)</sup>このような状況のもと、電気事業の小売供給の自由化がなされている領域においては、従来まで一律に課せられてきた締約強制から派生する供給義務を含めて、参入規制、料金規制は原則として撤廃されることになったのである。以下では、規制の撤廃に至るまでの動向を簡単に叙述することにする。

二で述べたように、電気事業は、日常生活に必要な不可欠なものであり、だれでも公平に安定的な供給を受けることができるよう、地域独占の形態で運営されてきた。<sup>(61)</sup>このような性質から、前述した締約強制、参入規制、料金規制といった規制が正当化されてきたのである。

しかし、今日においては、前段に述べたような規制のあり方が大きく見直され、電気事業の自由化の範囲が段階的に広がっている。まず、平成一二年の三月から大規模工場やデパート等の需要者を対象に電気の小売供給の自由化がなされたのを皮切りに、平成一六年四月には中規模工場やスーパー等の需要者にまで自由化の範囲が拡大した。さらに平成一七年四月には小規模工場等すべての高圧電気の需要家が自由化の対象となった。そして、平成一九年には家庭用電気を含めた全面自由化に関する検討が開始される予定となっている。<sup>(62)</sup>

前段に述べた自由化の進展により、地域独占として運営してきた電気事業者以外の事業者が参入する機会が与えられ、原則として、自由化対象の利用者はだれとどのような内容の契約を締結するかを自由に選択できるような仕組みになっている。その結果、自由化の対象範囲にかぎってはあながち二で述べた締約強制、参入規制、料金規制が撤廃されるに至っている。

以上の電気事業の例にみられるように、規制緩和がなされている領域は多方面にわたるものである。このよう

に、公益事業において課されてきた契約自由の原則の大幅な制限は、原則契約自由を目指す規制緩和の影響のもと、大きく変容しつつあるといえよう。

(2) 規制根拠の公法原理からの基礎づけの限界

(a) 独占性の限界

二で述べたように、従来までは、公益事業に対して、その事業の独占性、公共性、公益性といった特殊性ゆえに、締約強制、参入規制、料金規制等の様々な規制が課せられることになると考えるのが一般的であった。これに対し、(1)の電気事業における規制緩和の過程をみてもわかるように、近年にみられる規制緩和政策の影響のもと、公益事業に対しても競争原理が導入されつつあり、上記に述べた事業の特殊性は事業規制の根拠として果たして妥当なのか問われている。

まず、伝統的な締約強制論の根拠のひとつとされてきた独占性についてみていくことにする。締約強制が課せられている事業には独占性ないしは自然独占性という観点から説明できない場合があり、この場合には、独占性を締約強制論の根拠とすることはできないとの指摘がなされている。

理論的には、事業の独占性を規制の根拠とすることに對して、以下のような批判がなされている。事業の独占性については、技術の進歩や新産業の発展によって、従来まで独占ないし自然独占として規制が正当化されてきた市場も、その妥当性が失われる場合があるとして、公益事業規制の根拠を独占性ないし自然独占性に求めるのには限界があると見る見解がある。<sup>63)</sup>この見解は、独占ないし自然独占の性格が強かった事業であっても、時代の変遷とともに市場の独占性が薄れ、独占の弊害が明確にならなくなっている場合が見受けられるため、そのような事業に特

別な規制を加える根拠を独占性ないし自然独占性に求めることはできないという。自然独占性について、経済的観点からその妥当性を検証した南部鶴彦教授は、生産量が拡大するにつれて費用が逓減するということを根拠に「特定の産業が『当然に独占となる』ということはない」という結論を導き出す<sup>(34)</sup>。このような状況から、佐々木弘教授も、「規制事業と非規制事業との双方による代替品サービスが発達するにつれ、『自然独占』概念が、次第にその意義を弱体化していくことになる。……今日では、自然的独占あるいは独占的地位に継続的にとどまるとの仮説を理由に、ある特定事業を規制下におこうとする主張は、……あまり信頼性のないものとなりつつあることが、強調されねばならない」という<sup>(35)</sup>。

前段に述べたことを具体例にそくして説明することにする。たとえば、運送事業に目を向けると、これらの事業には、一部に独占的な色合いの濃い鉄道事業等があるものの、道路運送については、規制緩和により新規参入が促進されている結果、独占性は稀薄となりつつある<sup>(36)</sup>。また、独占事業の性質を有すると考えられてきた郵便事業についても、配便市場の拡大につれて、「運送事業者によるダイレクトメールの宅配が実質的に信書送達の独占を侵しつつある」との指摘がなされている<sup>(37)</sup>。このように、締約強制の規制が課されている事業のなかには、独占性という観点から説明できないものも存在することになる。

このような規制緩和の影響による独占性の変容にもなつて、締約強制との関係で、以下のような指摘がなされるに至っている<sup>(38)</sup>。根岸哲教授は、有効な競争を展開しうる事業については、供給義務を緩和ないし撤廃することの検討が必要となるという<sup>(39)</sup>。また、藤原淳一郎教授も、参入規制の緩和傾向がみえはじめてきた今日において、供給義務も部分的にせよ緩和すべきであると<sup>(40)</sup>する議論が起りつつある旨を指摘する<sup>(41)</sup>。

以上からすると、独占性は締約強制の課せられている事業の性質の一部を示すにすぎないことになる。したがっ

て、独占性のない事業に対して締約強制が課せられる場面も存在することから、この独占性という性質は、締約強制という手段を用いて当事者間の契約自由の原則を制限する根拠としては十分ではないように思われる。

それでは、独占性という観点から説明できない場合には、どのような理由から締約強制による規制が正当化されるのであろうか。独占性と並んで伝統的な締約強制論の根拠とされてきた公共性、公益性という性質は締約強制という特殊な規制を課す根拠となりうるのであろうか。これを次にみていくことにする。

(b) 公共性、公益性の限界

一般的に、公共性、公益性といった概念は、特定の事業が生産するサービスの利用が不特定多数の主体に消費される場合に、生活に必要な不可欠な財やサービスであり、国民が一定の消費の権利を有することが適切である場合に用いられるものである。<sup>(42)</sup> この不特定多数の主体に消費されるものであるという点、生活に必要な不可欠な財やサービスであるという点から、そのような財やサービスを公平に供給する義務が事業者に課されることになる。

しかしながら、公共性、公益性といった概念は必ずしも一義的に明確な形で用いられてきたわけではない。<sup>(43)</sup> また、従来用いられてきた公共性という概念につき、「『民営化・規制緩和』は、こういった『公共性』の全面的な転換という文脈のなかでとらえるべき問題にはかならない」との指摘がなされている。<sup>(44)</sup> さらに、前段に述べた性質は、締約強制が課される事業に固有のものではなく、これをもって締約強制という特殊な規制を認めるに足る根拠といえるのが問われよう。<sup>(45)</sup>

たとえば、銀行法一条には、「銀行の業務の公共性」が規定されているが、銀行の預金契約には締約強制は課せられていない。<sup>(46)</sup> 道路運送事業と銀行業は双方ともに独占性は稀薄であり、公共性を備えているという共通の性質を有

していることに鑑みれば、道路運送事業に課せられた締約強制の根拠を、単に公共性という観点のみをもって説明するには限界があることになる。このような状況から、不特定多数の主体に利用される財やサービスを供給するという性質は、規制を受ける産業にみられるだけではないことから、「不特定多数の人が同じサービスや施設を享受できる特性は、……公共性の概念にとつて十分条件ではなく、またそれによつて公的規制が正当化されるわけではない」といわれる。<sup>(47)</sup>

また、公共性や公益性と同種概念として、「生活必需性」という概念から規制を根拠づけるものもみられる。ただ、この生活必需性という根拠に対しては、その財やサービスが必需のものであるか否かの判定を主観的な価値判断に依存せざるをえないという点が指摘される。<sup>(48)</sup>このように、特定の財やサービスが重要か否かは各人の価値観によつて異なるため、一定の基準を設けるのは困難であるといわれる。さらに、国民の日常生活にとつて必要不可欠な財やサービスであっても、食料品、衣料品、住宅サービスのように公益事業として規制の対象となっていないものも数多く見受けられることから、生活必需性という根拠は不十分であるといわれる。<sup>(49)</sup>

以上のように、公法原理から導かれた独占性、公共性、公益性等を締約強制論の根拠とすることには限界があるといえよう。言葉を換えていえば、私法原理に対する異質性・優越性を理由づける公法原理からのみでは、締約強制論の根拠を説明することができないのである。また、「公法（＝行政法）は、私法と隔絶して無媒介的にそこにあるのではなく、市民法秩序を前提にして、それを補完・修正すべきものとして、求められ創られるべきもの」であるとの指摘がなされている。<sup>(50)</sup>そうであれば、締約強制論の考察は、公法原理のみならず、私法原理の考察をもふまえてなされるべきものであるといえるであろう。

前段に述べた点を、本稿の問題関心にそくして述べると次のようになる。第一章でも述べたように、本稿は、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をふまえながら分析していくことが課題である。これを分析することが、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基礎にある法理を明らかにする前提作業として欠かせないものと考えらるからである。そして、締約強制論を検討するにあたっては、公法原理による説明では十分に規制の根拠を説明することはできないことから、私法原理との関係にも留意して考察をすすめるなければならないであろう。そこで、次の四で本章第一節における私法領域からの締約強制論の検討をもふまえて、締約強制論と私法原理との関係についてみていくことにする。

#### 四 締約強制論と私法原理との関係——私法原理からの分析の意義および必要性

本節では三までで、私法、公法の境界領域である締約強制論について、主に公法原理との関係を中心に論じてきた。それでは、私法原理との関係についてはどのような理解がなされてきたのであろうか。これを示す前提として、二で述べた規制の内容について、契約自由の原則との関連にそくして整理しておくことにしよう。<sup>40</sup>

まず、①締約強制という形で、公益事業に携わる事業者の契約締結の自由が制限されており、それとともに契約締結相手方選択の自由も制限されることになる点を指摘することができる。<sup>41</sup> また、②公益事業には参入規制がなされていることから、事業者と取引をする者の契約締結相手方選択の自由はごくかぎられた範囲でしか機能しないことになる。さらに、③公益事業には料金規制がなされていることから、事業者および事業者と取引をする者の契約内容決定の自由が制限されることになる。

前段に述べた契約自由の原則の制限態様を、事業者に対する契約自由の制限、事業者と取引をする者に対する契

約自由の制限に分けて示せば、以下のようになる。まず、事業者に対しては、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の制限がなされている。次に、事業者と取引をする者に対しては、契約内容決定の自由、契約締結相手方選択の自由の制限がなされている。

以上みてきたように、公益事業においては、事業者およびその事業者と取引をする者の契約自由の原則が大幅に制限されているのが実情である。つまり、この領域においては、契約当事者双方の契約自由の原則は事実上背後に退いているともいえよう。しかし、これらの契約は私法上の契約であることからすると、原則として契約自由の原則が支配する領域である。そうであれば、契約自由の原則が制限される根拠につき、私法上の原理的理由づけが要求されよう。締約強制という規制にそくしていえば、締約強制によって契約締結自由の原則が制限される根拠につき、公法原理からのみではなく、私法上の原理からの検討が欠かせないと考える。

しかしながら、締約強制という規制がなされ、契約締結自由の原則が制限される根拠として、公法上の原理による理由づけがなされているにすぎず、契約法上の視点に立った検討は不十分であるように思われる。つまり、この公益事業における締約強制論の根拠は、契約法上の原理との関係で論じられてきたわけではなく、一律に独占性、公共性といった公益事業の性質から導かれる傾向にあったのである。

ところで、一般的に、本章第一節で述べた私法領域を中心とした締約強制論をも含めて締約強制と私法原理との関係についてどのようにとらえられてきたのであろうか。私法的観点からは、第一節で述べたような締約強制論に関する検討や事実的契約関係理論による社会的給付義務という観点からの検討がなされている。たしかに、これらの検討は、契約締結自由の原則が制限されることになる場面を示し、生活保護、消費者保護を図る理論としては一定の意義が認められる。しかしながら、契約締結自由の原則が制限されることになる場面については、私法原理、



公法原理の双方の観点をふまえた総合的な研究はなされておらず、契約締結自由の原則を制限する基礎にある法理が十分に明らかになっていないとはいえない。また、体系書においても、契約締結の自由が制限される場面につき、電気・ガス・運送等の「独占的事業」性、公証人の「公共的職務」性、医師・薬剤師等の「公益的職務」性が列挙されるのみである。<sup>65)</sup>このような状況に鑑みれば、契約自由の原則、とりわけ契約締結自由の原則といった私法原理と締約強制論との関連性についてさらなる考察が必要であるといえるのではなからうか。

### 第三節 小括

以上、本章では、新規契約の締結強制の場面に焦点を絞って、わが国における締約強制論に関する具体的な議論状況を概観した。いかなる実質的根拠をもって締約強制がなされるのかという分析視角のもとで、締約強制論が適用される場面にそくして考察を行った。ここで、契約締結自由の原則が制限される根拠をいかなる点に求めてきたのかという観点から、再度、わが国においてなされた締約強制論の特徴をまとめたい。第三章以下でドイツの締約強制論を分析するさいの視点を提示することにした。

第一節では、私法領域を中心とした締約強制論の史的展開を辿った。具体的には、わが国において展開された締約強制論の局面を四つに分けたうえで、その社会背景に留意して、締約強制論を適用する目的を明らかにした。ここでは、締約強制論が取り上げられる場面は、「消費者保護」を図るために、契約自由の原則との関係から解釈論として論じられることがあったが、主に震災、戦災といった緊急の社会状況に起因してなされたものである。この検討を通して、私益保護的性格のみならず、「生活保護」を中心とした公益保護的要素をもともなってはじめて、新規

契約の契約締結自由の原則の制限が顕著なものとなることを示した。

第二節では、公益保護的要素と締約強制論との関係を探るために、公法的規制と締約強制をめぐる議論動向を概観した。この領域では公益保護という観点から、締約強制が課される根拠は、事業の独占性や公共性といった性質に着目して、いわば国民の生存権の保障を図ることに求められてきた。これは、公法原理から導き出されたものである。

しかしながら、近年の規制緩和政策ないし規制改革の影響のもと、契約自由と契約規制が交錯している現状において、独占性や公共性といった公法原理から導かれた締約強制論の根拠は、締約強制という特殊な規制を課し、契約自由の原則という近代私法の根幹をなす原則を制限する実質的根拠とはなりえず、この根拠を明らかにするためには、契約自由の原則に着目して、私法原理との関係に注視して考察を深める必要があることを示した。この点について、第一節の五において、契約自由の原則のあり方をめぐって消費者保護の観点から議論が展開された締約強制論においても若干の考察はなされているものの、契約締結自由の原則が制限される基礎にある法理は必ずしも明らかになっていないように思われる。

以上、第二章までの考察を通して、私法、公法の領域におけるわが国の締約強制論の展開を辿ったうえで、締約強制論を公法原理のみならず、私法原理との連関にも着目してその理論構造を具体的に解明する必要性について述べてきた。ここで、締約強制論を私法原理との関係で考察することにかなる意義があるのかを示しておこう。

まず、私法の根幹をなしてきた契約自由の原則の全体像を示すうえで、締約強制論の理論構造の研究が欠かせないと考える。なぜならば、契約は当事者の意思表示が合致することによって成立し、だからも契約の締結を強制されないという契約締結自由の原則からすると、この原則が修正される論拠を具体的に明らかにする必要があるか

らである。それゆえ、近代私法の基本原則として機能してきた契約締結自由の原則を修正する法理を慎重に検討しなければならぬと考える。<sup>67)</sup>

次いで、第二節で概観したように、契約自由と契約規制のあり方が問われている今日において、契約自由が妥当する場面と規制が妥当する場面の判断枠組みを明らかにするためには、契約自由の原則の例外とされてきた締約強制論を研究する必要があるように思われる。契約自由の原則の裏面をなす締約強制論を研究することは、契約締結自由の原則の意義と限界を探る糸口をつかむと同時に、契約内容決定の自由、契約締結相手方選択の自由をも制限するものであることから、契約自由と契約規制をどのように規律するのかを明らかにする前提作業として重要なものといえるからである。

以上の理由から、わが国における締約強制論の比較基盤とされてきたドイツの議論をより綿密に検討して、その理論構造を具体的に解明する必要があるであろう。そこで、第三章、第四章では、私法原理、公法原理の双方を視野に入れて、ドイツにおける締約強制論を分析することにして、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を修正する背後にある法理を具体的に解明する作業を行うことにしたい。

第三章・第四章の課題は、以下のようである。BOBの骨格をなしている契約締結自由の原則が、締約強制論によつてどのような根拠から制限されてきたのかという観点から、その過程を判例、学説、さらには制定法の分析を通じて明らかにすることである。この分析を行うにあたっては、BOBの枠内で私法原理との関係からなされてきた締約強制論(第三章)にとどまらず、私法原理と公法原理が交錯している締約強制規定の理論構造(第四章)を分析の対象とする。

注

- (1) 古城誠「公的規制と法」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法八 政府と企業』（岩波書店、一九九七年）一〇三頁以下、佐々木弘「公益企業研究の新展開」国民経済雑誌二二四巻二号（一九七一年）九三頁以下参照。佐々木教授は、規制の影響下にある公益事業とそれが課されていない事業との間の差異は、従来考えられていたよりも大きくないという点を指摘する。
- (2) 本間重紀「規制緩和の基本的考え方」ジュリスト一〇四四号（一九九四年）二九頁。
- (3) 内田貴「契約の時代」（岩波書店、二〇〇〇年）一二頁。
- (4) 山本敬三「基本法としての民法」ジュリスト一二二六号（一九九八年）二六一頁以下。
- (5) 山本・前掲注(4)二六七頁以下。
- (6) 千葉教授は、契約規制の限界、規制の手法が問題となるとして、「規制緩和」(Deregulation)というよりは、規制のあり方「規制改革」(Regulatory reform)が問われている」という(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二〇〇一年〔二〇〇四年〕三九一頁)。
- (7) 千葉・前掲注(6)三八九頁以下。
- (8) 千葉教授は、「規制目的の正当性並びにその目的達成の手段の合理性及び必要性を総合的に考慮して判断するという手法」の有効性を論じる(千葉・前掲注(6)四一四頁)。
- (9) 内田貴「民営化 (privatization) と契約 (二) ——制度的契約論の試み」ジュリスト一三〇六号（二〇〇六年）七〇頁以下。
- (10) 内田教授の議論の展開については、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、一三〇七号一三二頁以下、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。
- (11) なお、公益事業の歴史的沿革と発展については、一瀬智司ほか『公共企業論 新版』（有斐閣、一九八七年）四頁以下。

- (12) 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)一〇頁参照。
- (13) 公益事業の範囲に関して包括的に検討したものととして、藤田正一「わが国の公益企業の範囲と料金設定」(多賀出版、一九九四年)一一九頁以下。
- (14) 和田尚久「公益事業の定義とその理論的枠組み」石井晴夫編著『現代の公益事業』(ZUIYO出版、一九九六年)三頁。なお、公益事業の概念について詳細に論じたものとして、榎田栄次郎「公益産業論序説」(千倉書房、一九八六年)三頁以下。
- (15) 実際には、公益事業から医療・衛生事業は省かれているようである(松原聡「民営化と規制緩和」(日本評論社、一九九一年)六六頁)。なお、医師や歯科医師に対する締約強制については、その沿革を含めて、三上八郎「診療契約強制(応招義務)の系譜的・機能的再検討」北大法学論集五二巻四号(二〇〇一年)一三三頁以下、樋口範雄「医師の応招(応招)義務・診療義務」法学教室三二二号(二〇〇六年)一一二頁以下。
- (16) 労働関係調整法と公益事業に関する規律の内容については、藤田・前掲注(13)一三六頁以下、菅野和夫「労働法 第七版補正版」(弘文堂、二〇〇六年)六四六頁以下参照。
- (17) 本文に述べる以外にも、公益事業に対して様々な規制が課されているが、これらも含めて、規制内容については、山谷修作「規制の枠組みとその問題点」『現代の規制政策』(税務経理協会、一九九一年)二頁以下。
- (18) なお、参入規制と対をなすものとして、退出規制という形で、日常生活に必要な財やサービスを提供している事業者の事業からの撤退を制限する規制も存在する。
- (19) 事業規制の根拠について、独占性に加えて、公共性ないしは公益性を根拠とする見解として、舟田正之「公共企業法における規制原理——運輸事業法令を中心として——」経済法学会編『政府規制産業と競争政策』経済法学会年報二号(通巻二四号)(一九八一年)五五頁等がある。
- これに対して、事業の独占性のみを公益事業規制の根拠とするものとして、根岸哲「公的独占と独占禁止政策」経済法学会編

「独占禁止法講座Ⅱ 独占」(商事法務研究会、一九七六年)二〇八頁以下等がある。根岸教授は、独占を放置することが、その企業の提供する給付が公衆の日常生活に不可欠であるか否かを問わず、望ましくないという観点に立って、独占の形成を阻止しようとするものであるという独占禁止法の趣旨から、公益事業規制の根拠として独占性のみにかぎるのが明確かつ論理的であるとされる。

(20) 山内弘隆「規制の経済理論」加藤寛ほか編「公共経済学の基礎」(有斐閣、一九九六年)一九七頁。

(21) 公共性を規制緩和との関連から具体的に論じたものとして、小坂直人「公益と公共性」(日本経済評論社、二〇〇五年)一頁以下。

(22) 晴山一穂「行政法の変容と行政の公共性」(法律文化社、二〇〇四年)一九六頁。

(23) 神田博司「公益事業における法律関係の一考察——いわゆる事実的契約関係」上智法学論集一卷一号(一九五八年)三一七頁。

(24) 高田・前掲注(12)一〇頁。

(25) なお、供給義務は、契約応諾義務と継続提供義務を含むものとして理解されている(丸山真弘「電気事業における供給義務とユニバーサル・サービス」公益事業研究五一巻一号(一九九九年)一六頁)。

(26) 北久一「公益企業論 全訂新版」(東洋経済新報社、一九七四年)一一二頁。

(27) 和田・前掲注(14)三頁以下。

(28) 神田・前掲注(23)三一九頁。

(29) この点については、潮見佳男「民法総則講義」(有斐閣、二〇〇五年)二〇九頁参照。

(30) 電気事業における小売供給の自由化の過程については、野村宗訓「電力」井手秀樹編著「規制と競争のネットワーク産業」(勁草書房、二〇〇四年)九頁以下。

(31) 電気事業の独占性および公共性については、池田耕三「電気供給契約の公益・独占的性格」島大法学八号(一九六四年)一頁

- 以下。
- (32) なお、いずれの事業者とも契約を締結することができない需要家に対しては、区域内の既存電力会社が最終保障義務を負うことになる。(野村・前掲注(30)一二頁)。
- (33) 山内・前掲注(20)二〇七頁以下。
- (34) 南部鶴彦「政府規制産業と自然独占の経済学的分析」経済法学会編『政府規制産業と競争政策』経済法学会年報二号(通巻一四号)(一九八一年)九五頁以下。
- (35) 佐々木・前掲注(1)九四頁以下。
- (36) 山内・前掲注(20)二〇七頁以下は、鉄道を例に挙げ、少なくとも旅客については輸送市場全体の二〇%台のシェアをもち、独占色が濃いのが、欧米ではかなり大幅な規制緩和が実現しており、鉄道Ⅱ独占という認識は払拭されていると述べる。
- (37) 藤原淳一郎「運輸事業における規制緩和——トラックを中心として」ジュリスト一〇八二号(一九九六年)五九頁参照。
- (38) 来生新「郵便の国家独占と競争——その歴史的・比較的研究Ⅰ」横浜国際経済法学一卷一号(一九九〇年)一三三頁。
- (39) なお、欧米諸国のなかには、道路運送事業や航空運送事業について、供給義務を緩和ないしは撤廃した国が存在する(経済企画庁総合計画局編『規制緩和の経済理論』(大蔵省印刷局、一九八九年)二〇九頁以下参照)。
- (40) 根岸哲「公益事業における規制と競争——法的視点から——」林敏彦編著『公益事業と規制緩和』(東洋経済新報社、一九九〇年)六頁。
- (41) 藤原淳一郎「現代経済社会における公企業と法」『現代経済法講座——現代経済社会と法』(三省堂、一九九〇年)三二二頁。
- (42) 山内・前掲注(20)二一七頁。
- (43) 晴山・前掲注(22)一九六頁。
- (44) 松原・前掲注(15)一三頁。

- (45) 南部・前掲注(34)九六頁は、「公共の利益」という観点から産業の規制をとりあげるとすると、特定の産業について果たして「規制」が不可欠かという問題に逢着せざるをえない」という。
- (46) 銀行業の公共性と顧客選択の自由について論じたものとして、竹瀆修「銀行・証券会社の顧客選択の自由と契約関係の解消——不法勢力関係者との契約の拒否および解消——」立命館法学二九八号(二〇〇四年)一八九頁以下。
- (47) 山内・前掲注(20)二二七頁。
- (48) 山内・前掲注(20)二一七頁以下。
- (49) 赤沢昭三「経済政策と公企業」(大坪嘉春、一九九二年)九二頁。
- (50) 晴山・前掲注(22)一九七頁。
- (51) 高柳信一「行政法理論の再構成」(岩波書店、一九八五年)四七三頁。
- (52) 千葉・前掲注(6)四〇七頁参照。
- (53) なお、前述したように、白羽教授は、事業者に課せられた締約強制は、実質的には、事業者と取引をする者に対する締約強制として機能することになるという(白羽・第一節五注(7)一四頁)。
- (54) 事実的契約関係理論については、五十川直行「いわゆる『事実的契約関係理論』について」法学協会雑誌一〇〇巻六号(一九八三年)八八頁以下、森孝三「事実的契約関係」遠藤浩ほか監「現代契約法大系 第一巻 現代契約の法理(一)」(有斐閣、一九八三年)二二六頁以下、神田・前掲注(22)二九八頁以下等。
- (55) 我妻榮「債権各論 上巻(民法講義V)」(岩波書店、一九五四年)一九頁参照。
- (56) 我妻・前掲注(55)五四頁。
- (57) 丸山・前掲注(25)一七頁は、「契約の締結を拒否できる自由……は、契約自由の原則の一部であるが、この原則こそが市場経済を支える基礎の一つとなっている……この自由を制限するのであれば、やはり相応の理由が必要とされることになる」という。



(58) 三上・前掲注(15)一三四頁は、医療契約における締約強制論を検討するにあたっては、「私的自治や対価的バランスという契約法上本来の原理的検討も抜きにすることはできない」という。