

締約強制論の現代的展開（三）

— 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 震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、二二一四号）

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つて

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、二一五号）

第三章 ドイツ民法における締約強制論の形成と発展

第一節 はじめに

第二節 締約強制論の構造

- 一 締約強制論の枠組み
- 二 締約強制論の法構造

第三節 ドイツ民法において締約強制論が必要とされた歴史的背景と要因

- 一 第一要因・経済社会の発展と力の不均衡の拡大——判例による締約強制論の構築
- 二 第二要因・基本法の理念に立脚した締約強制論——社会国家理念、平等原則の具現
- 三 第三要因・契約締結自由の制限とその根拠の具体化——締約強制の機能分析
- 四 小括（以上、本号）

第四節 判例および学説による締約強制論の史的展開

第五節 ドイツ民法における契約締結自由の原則に着目した締約強制論

第六節 中間小括

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

第三章 ドイツ民法における締約強制論の形成と発展

第一節 はじめに

ドイツでは、特別法の領域で特別の締約強制 (*besonderer Kontrahierungszwang*) が論じられるのみならず、BGB の規範から一般の締約強制 (*allgemeiner Kontrahierungszwang*) が判例、学説において認められるに至っている。⁽¹⁾ しかしながら、BGBは契約自由の原則を骨格として構築されており、締約強制に関する規定を設けていない。このような状況から、締約強制論の形成とともに、契約自由の原則と締約強制論を相互にいかに位置づけるのかという点を中心にして議論が行われてきた。

前段に述べた締約強制論について、第二節以下で議論の内容を具体的に紹介する前に、まず締約強制論の変遷を以下に示しておこう。この締約強制論は、BGB施行前に学説においてすでにその萌芽がみられ、BGB施行直後

のドイツ大審院（以下、「RG」とい）一九〇一年判決によつて確立した後にBGBとの関係をめぐつて判例および学説において発展をみるといふになつた。その後締約強制論は、ドイツ連邦通常裁判所（以下、「BGH」とい）においても承継されてゐる。この締約強制論は、当初、新規契約締結の場面を中心に適用されてきたところ、一九五八年に差別待遇禁止の規定を設けた競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）が施行されながら、既存の契約関係の解消を制限する理論として重要な役割を果たすといふになる。⁽³⁾ また、この理論の適用範囲は、締約強制を規定した特別法の制定によつて様々な分野に及んでいる。⁽⁴⁾

さらに、締約強制論は社会状況の変化に応じてさらなる発展を遂げるといふになる。近年において——第一章第二節で論じたわが国の状況と同様に——ドイツにおいても規制緩和政策が進行していることから、規制緩和時代における締約強制論の役割が議論の俎上に乗せられている。⁽⁵⁾ これに加えて、二〇〇一年に債務法現代化法（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）が施行された後に、私法秩序における締約強制論のあり方を探るために、BGB規範を視野に入れた研究がなされているという状況にある。⁽⁶⁾

このようにドイツ締約強制論は、一世紀以上にわたる長い年月をかけて、その当時の社会状況に応じて形成、發展してきただのである。「契約自由の歴史はその制限の歴史である（Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die Geschichte ihrer Beschränkungen.）」としばしばいわれるよう⁽⁷⁾に、契約自由を制限する締約強制論はBGB施行から現在に至るまで重要な役割を果たしてきた。また、第三節で具体的に述べるよつて、締約強制論形成の背景には社会の実情をいかにBGB体系に組み入れるのかという要因がある。さらに、ドイツにおいて特別の締約強制が論じられるさいには、常にBGB規範から導かれる一般の締約強制との関係が考慮に入れられてきたことをも加味すれば、締約強制論はBGBの骨格をなす契約自由の原則の理論枠組みに大きなインパクトを与えるものといつても過言ではない

である⁽⁹⁾。

そこで本章では、BGBにおける締約強制論の形成と発展に焦点を絞り、契約締結自由の原則が制限される根拠および限界に関する議論を視野に入れながら、以下の順で叙述を展開する。

まず第二節で本章および次章に共通する締約強制論の枠組みおよび法構造を明らかにしたうえで、第三節では、BGBの枠組みにおいて締約強制論が必要とされた歴史的背景と要因を示すことにする。これらの検討は、ドイツにおいてBGB規範から締約強制論を認める意義および必要性がいかなる点に存しているのか、言葉を換えていえば、BGB規範において契約締結自由の原則がいかなる場合に制限をともなうのかを明らかにする前提作業として重要である。

次に、第四節、第五節では、判例および学説における締約強制論の展開を辿ることにして、締約強制論の理論構造を具体的に明らかにする。そのさいには、最近においてなされている研究を視野に入れて、どのような根拠から契約締結の自由が制限されることになるのかに注目して論じることにする。

最後に第六節では、第五節までの分析を整理する。

第二節 締約強制論の構造

一 締約強制論の枠組み

(1) 締約強制の定義と契約自由の原則との関係

まず、締約強制につき、ドイツにおいてどのような形で定義がなされているのかを示すことからはじめよう。締約強制の最も広く知られた定義は、一九二〇年に『締約強制と命令契約』という著書を発表したニッパー⁽¹⁰⁾ダイによるものである。ニッパー⁽¹⁰⁾ダイによると、締約強制は、法主体の意思と結びつくことなく、法秩序の規範にもとづいて、一定のあるいは公平な観点から定められるところの契約を相手方の利益のために締結すべき義務であると定義される。この定義は、締約強制の手段と目的を明確にしたものであり、締約強制は特定の者の意思にもとづかないため、法的強制という手段を用いてなされることを要し、特定の者に締約強制を課す目的は相手方の利益を図ることにある。この手段、目的関係に機能上の解釈を付け加えたのがキリアンである。⁽¹¹⁾キリアンは、重要な商品または給付に関する契約締結のさいに、相手方に対しても期待しうる代わりの取引相手がないような場合に、そのような市場の欠陥を調整する機能をもつ制度として締約強制論を位置づけるべきであると主張する。

前段に述べた定義——法主体の意思とかかわりのない契約締結義務（ニッパー⁽¹⁰⁾ダイ）、市場の欠陥の調整機能（キリアン）——に共通していえることは、締約強制を私的自治に対する修正作用としてとらえている、ということである。

それでは、締約強制は契約自由の原則のいかなる点を制限する理論として理解されているのであろうか。締約強

制は、契約締結の自由 (Abschlussfreiheit) または契約終了の自由 (Endigungsfreiheit) と契約内容形成の自由 (inhaltliche Gestaltungsfreiheit) を制限するものと考えられており、その契約の内容は、第三者によつて適切な条件に定められる。⁽¹²⁾ 契約内容の決定を当事者の意思に委ねると、契約締結拒絶者が恣意的に契約内容を定めることが可能になりかねず、相手方の利益を図るという締約強制の目的が画餅に帰する」となるからである。

一方で、契約締結の自由の制限は、特定の者との契約締結を義務づけるものであるがゆえに、契約締結相手方選択の自由 (Kontahentenwahlfreiheit) の制限と必然的に結びつくことになる。⁽¹³⁾

以上のように、締約強制論は契約自由の原則の根幹部分を制限する理論として位置づけられている。

（2）締約強制に属さない契約締結自由を制限する諸要素

次に、（1）に述べた締約強制概念の外延を画するために、締約強制に属さない契約締結自由の制限形態との相違を示すことにする。締約強制の手段、目的を軸に次の四点を比較の対象とする。

第一に、締約強制は法主体の意思と結びつくことなく課されるものである。したがつて、予約にもどづいて予約者に契約締結義務が課せられるとしても、予約者が自律的な決定によつて予約をしたものである以上、締約強制とはいえない。

第二に、締約強制の手段は法的強制によるものである。それゆえ、法的強制をともなわざ強制がなされたといえる場合、たとえば恩人からその所有する家屋の売買契約を勧められた結果、この契約の締結を義務的に感じ契約締結をしたとしても、このような習俗上・道徳上の義務にすぎない場合は、締約強制と評価されない。

第三に、締約強制は契約締結の義務をともなう。この点で、法律の規定に違反した場合に法主体に経済的不利益

が生じる旨を規定した条文は、締約強制の条文ではない。たとえば、重度身体（精神）障害者法（Schwerbehindertengesetz）五条一項は、「六か所以上の仕事場を指揮監督する私的および公的な使用者は、少なくとも六%以上の重度身体（精神）障害者を雇わなければならない」と規定する。そして、使用者がこの規定に違反した場合には、同法一一条一項一文「使用者が定められた数の重度身体（精神）障害者を雇わないときは、毎月不足の義務人数に応じて負担調整税を支払わなければならない」の規定が適用される。このように、同法五条一項は一一条一項一文によつて補償義務を定めることによつて、使用者に対して間接的に重度身体（精神）障害者を雇うように強制しているにすぎず、使用者に契約締結義務を課したものではない。

また、この種の規定は、BGB六一一a条一項一文にもみられ、この条文に違反した使用者には、BGB六一一a条二項が適用される。BGB六一一a条二項は、使用者に労働者が被つた損害の賠償を義務づけるものである。したがつて、使用者がBGB六一一a条一項一文に違反して労働者に対して不利益を与えたとしても、労働者に契約締結への請求権までは認められない⁽¹⁶⁾。

第四に、締約強制によつて当事者間に債権債務関係が新たに発生することになる。BGB六一三a条は、営業譲渡の結果、譲受人が譲渡の当時存在する権利義務を承継する旨規定する。この規定によると、譲受人は譲渡の当時存在する義務を免れることができず、法律上この義務を強制されることから、締約強制との類似性がみられる。しかし、締約強制は債権債務関係を新たに発生させるものであるのに対し、BGB六一三a条は債権債務関係の移転を規定するにすぎず、この点で締約強制と異なる。

（3）締約強制の法律構成

ドイツでは一般に、BGB八二六条の良俗違反に該当する契約締結の拒絶がなされた場合に、その法的効果として締約強制が問題となる。⁽¹⁶⁾しかしながら、BGBには締約強制を認める条文は存在していないため、どのような法律構成を用いて締約強制を導くのかが問題となる。

この法律構成には、原状回復（Naturalrestitution）、原状履行（Naturalprästation）、準侵害予防請求権（quasinegatorischer Unterlassungsanspruch）ないし準侵害排除請求権（quasinegatorischer Besetzungsanspruch）の三つ⁽¹⁷⁾がある。判例においては原状回復構成が用いられているものの、学説では、原状回復構成の要件、効果面から批判⁽¹⁸⁾が加えられており、準侵害予防請求権ないし準侵害排除請求権構成を採用する見解が有力となりつつある。以下では、これら三つの法律構成を概観することにしよう。

第一に、締約強制をBGB一四九条の原状回復によつて導き出す構成がある。⁽²⁰⁾BGB一四九条⁽²¹⁾一文は、「損害賠償義務を負う者は、賠償義務を生じさせた事情がなかつたならば存在していいたであろう状態を回復する」ことを要す」と規定する。このBGB一四九条を用いて、契約締結拒絶者の過失を要件としたうえで、契約締結拒絶による損害を回復するための手段として締約強制が導かれる。この場合に、契約は民事訴訟法八九四条一項一文の意思表示の擬制により、判決の確定したときに成立する。この原状回復構成によると、締約強制は、損害の原因となつた契約締結の拒絶がなされなければ存在していたであろう状態を回復するための制度として位置づけられることになる。

第二に、締約強制を原状履行によつて導き出す構成がある。ニッパーダイは、契約締結の不作為が現在に至るまで継続している場合には、さらなる損害の発生を防止するために、契約の締結を拒絶された者に対して契約締結に対する請求権を認める。⁽²³⁾

ニッペーダイは、この原状履行という構成を説明するために次のような具体例を挙げる。独占的地位にある電気事業者が特定の需用者に対して不当な条件を提示して電気供給契約の締結を拒絶した場合には、その拒絶によつてすでに発生した損害、たとえば電気の供給を受けることができなかつたため、ろうそくを用い、これによつて生じた損害の賠償は、BGB八二六条、二四九条にもとづいて補填できる。それに加えて需用者は、将来発生する損害を防止するために、通常の条件での契約締結を請求でき、この訴えが原状履行に対する訴えであるという。⁽²⁴⁾ビドリンスキも、締約強制の法律構成を原状履行に向けた積極的な行為請求権に求める。⁽²⁵⁾

第三に、締約強制を準侵害予防請求権ないし準侵害排除請求権によつて導き出す構成がある。これらの構成は、原状回復および原状履行構成による難点を克服するために主張されたものである。原状回復構成によると、契約締拒絶者に過失がなければ締約強制を課すことができない。この点について、締約強制を課す必要性は、契約締結拒絶者の過失によつて生じた損害を除去することにあるのではなく、契約締結拒絶者の過失を問わず、損害防止を図ることにある、との批判がなされている。⁽²⁶⁾それに加えて、原状回復構成を徹底すると、原状回復の結果は契約なき状態であり、原状回復構成から契約の締結義務は導かれないといわれる。⁽²⁷⁾次に、原状履行構成に対して、後段で述べるように、直截にBGBの規定を用いて締約強制を導き出せばよく、原状履行に対する訴えや積極的な行為請求権という法制度を用いる必要性はないとの批判がある。

以上のように、原状回復および原状履行構成の問題点を指摘したうえで、準侵害予防請求権ないし準侵害排除請求権構成を採用する見解は、BGB一二条二文⁽²⁸⁾、八六二条一項二文⁽²⁹⁾、一〇〇四条一項二文⁽³⁰⁾に準じた妨害排除請求権から締約強制を導き出すべきであると主張する。準侵害予防請求権構成に与するボルクは、契約締結の拒絶という形で契約締結の不作為が継続している場合に、契約締結を拒絶された者は、契約締結の拒絶をしないように請求す

ること」ができる、その結果、契約締結拒絶者に対しても積極的な行為として契約締結を請求することができるという。⁽³¹⁾この構成によると、原状履行構成のいう原状履行に対する訴えや積極的な行為請求権といった法制度を用いる必要はない。これに対して、準侵害排除請求権構成に与するブッシュは、契約締結の拒絶という行為は作為に他ならず、これを不作為と評価することはできないという。⁽³²⁾そのうえで、妨害の原因となつた契約締結の拒絶を将来に向けて除去するという構成を用いるべきであると主張する。

二 締約強制論の法構造

（1）契約締結の場面および効果に応じた分類

本稿の第一章において、締約強制とその周辺領域に属する場面につき、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）の四つの場面に分けて論じた。⁽³³⁾ここでは、わが国の締約強制論の法構造と対比する形で、ドイツにおける締約強制論の法構造を確認しておこう。ドイツにおいても、締約強制とその周辺領域に属する場面につき、第一章で述べたのと同様に、契約締結の場面と効果を軸に整理することができる。

ドイツでは、契約締結の場面として、新規契約と更新契約の二つの態様に分類されている。更新契約の更新強制の場面について説明すると、締約強制はすでに締結された契約に対する継続義務（Fortsetzungspflicht）を包含し、解約告知の制限（Kündigungssperre）という形で契約終了の自由の制限を伴う。⁽³⁴⁾その結果、既存の契約関係の終了後に更新（Neuausschluss）する義務を負う者は、既存の権利関係を終了することはできないという帰結となる。⁽³⁵⁾このよう

に、既存の契約関係の解消を制限する場面も新規契約締結の場面と同様、締約強制論と関係する。

次に、ドイツでは、契約締結の拒絶の効果に関して、契約の締結を強制する場面と損害賠償義務が課せられる場面の両場面について密接に関連した形で議論が展開されている点に特徴がある。第一章では新規契約締結の拒絶による損害賠償の場面（第三場面）として公衆浴場での外国人入浴の一律拒否に関する事例を取り上げた。このような形で人種による差別がなされた場合につき、わが国においては、憲法一四条の平等権規定の私人間への間接適用と民法七〇九条の不法行為にもとづく損害賠償に関する点を念頭に議論が展開されてきた。¹⁵⁾これに対し、ドイツでは人種を理由に入店拒否等の契約締結の拒絶がなされた場合につき、慰謝料という形での損害賠償を認める見解に加えて、¹⁶⁾契約自由の原則のもと保障された法秩序に違反し、甘受しえない場合に締約強制を認めるべきであるとする見解も有力である。¹⁷⁾

このように——人種を理由とした契約締結の拒絶につき——わが国においては不法行為による損害賠償を念頭に議論が展開してきたのに対し、ドイツにおいては不法行為による損害賠償と並んで締約強制を認めるべきか否かという点にも重点を置いて議論がなされている。¹⁸⁾

(2) 締約強制が導かれる規範に応じた分類

(1) に述べた契約締結の場面および効果に応じた分類の他、締約強制が導かれる規範に着目した分類として、前述したように、一般的の締約強制と特別の締約強制といった形で分類することができます。一般的の締約強制はBGB八二六条の不法行為の規定を媒介として、BGB一四九条の原状回復やBGB一〇〇四条等の妨害排除請求権の規定を類推するといひ、よつて導出されるといひから、間接的な締約強制(mittelbarer Kontrahierungszwang)¹⁹⁾、相対的な締約

強制 (relativer Kontrahierungszwang)⁽⁴¹⁾ とも呼ばれる。」これに対して、特別の締約強制は、特別法に定められた明文の規定にもとづいて直接的な形で課されるものであることから、直接的な締約強制 (unmittelbarer Kontrahierungszwang)⁽⁴²⁾、絶対的な締約強制 (absoluter Kontrahierungszwang)⁽⁴³⁾ とも呼ばれる。

わが国において締約強制といえば、もっぱら特別法に規定のある場合を念頭に議論が展開されてきた。これに対して、ドイツでは一般の締約強制と特別の締約強制の一類型に大別しつつも、双方の関係を考慮に入れて議論が展開されている点に特徴がある。たとえば、電力供給のさいの接続および供給義務につき、特別法との関係のみならず、BGB八一六条から導き出される締約強制の範囲および限界に関する議論を参照しつつ検討がなされている。⁽⁴⁴⁾ これ以外にも、ドイツでは特別の締約強制の検討がなされるさいには、BGBの規律との比較がなされている。⁽⁴⁵⁾ この意味において、ドイツ締約強制論はBGBの根底にある私法原理と締約強制を規定した特別法の根底にある公法原理の双方の観点をふまえて展開されてきたものであるといえよう。

第三節 ドイツ民法において締約強制論が必要とされた歴史的背景と要因

ドイツ締約強制論は、BGBにおいてどのような経緯から形成し発展することになったのであろうか、本節では、その歴史的背景と要因を探ることにする。BGBにおいて締約強制論が必要とされた要因は、①経済社会の発展と力の不均衡の拡大、②ドイツ連邦共和国基本法（以下、「基本法」という）の理念の具現、③契約締結自由の原則の規範内容を解明する必要性の三つに大別する」とがべきよう。

一 第一要因・経済社会の発展と力の不均衡の拡大——判例による締約強制論の構築

ドイツ締約強制論は、判例の理論枠組みを基礎に、学説によって具体化が図られた理論である。第四節で具体的に述べるように、一九〇一年に締約強制の必要性が判例によつて承認されて以来、この理論に言及した判例は多数に上る。判例が締約強制論を適用する目的は、経済社会の発展にともなつて生じた弱者側を救済することにある。そのため、判例は契約締結拒絶者に締約強制を課すか否かにあたつて、契約締結拒絶者の経済的、社会的な地位を重視して判断することになる。⁽¹⁷⁾

前段に述べた判例による締約強制論の形成について、クリンゲンフスは次のように述べる。⁽¹⁸⁾一九世紀においては無制限の契約自由が私法の大原則とされていたものの、資本主義経済の発展によつて一九世紀終わりには経済上の権力が特定の者に集中した結果、場面に応じて規制を加える必要性が認識されるに至つた。経済的強者が契約自由を無制限に行使すると経済的弱者に予期せぬ打撃を与えることになるからである。このような背景から、契約を締結しない自由を意味する消極的な契約締結の自由 (negative Abschlussfreiheit) を制限する理論として判例法上締約強制論が編み出されたという。

また、ドイツでは力の不均衡のみから締約強制が導かれるわけではないものの、独占的地位および市場優位性は、締約強制論の法的基礎となってきた。⁽¹⁹⁾このようにドイツ締約強制論は、一方当事者が市場で独占的地位または優越的地位を占めている場合に、力の不均衡によつて生じる不利益から他方当事者を救済する機能をもつてゐるのであり、締約強制論が必要とされた主要な要因はこの点にあるといえよう。

二 第二要因・基本法の理念に立脚した締約強制論——社会国家理念、平等原則の具現

(1) 社会国家理念の具現

第一要因と並んで、BGBにおいて締約強制論が普遍的に発展することになった要因は、ドイツの社会国家理念に求められる。この歴史的展開を素描すると、以下のようである。

一九一九年に制定されたワイマール憲法の理念は、BGBにおける締約強制論が学説において発展する契機となつた。⁽⁵⁰⁾ ワイマール憲法制定までのドイツの状況を説明すると、第一次世界大戦後には、ベルサイユ条約による多額の賠償金の負担によつて国内の経済が圧迫、インフレと経済危機が生じたことから、敗戦後も戦時統制立法の多くが存続することになつた。また、一九一八年のドイツ一月革命によつて帝政が倒れ共和制に移行した結果、戦後の統制立法は、戦前のような帝政型の統制ではなく、国民に対する保護と配慮を基調とした統制に転換することになつた。このような流れのなかで制定された一九一九年のワイマール憲法は一般に、団結権や生存権等の社会國家理念を定めた最初の憲法であるといわれている。この理念は、第二次世界大戦後の基本法にも受け継がれており、同法二〇条一項は、「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」と規定する。⁽⁵¹⁾

前段に述べた状況のもとで、ニッパー代イは一九二〇年に発表した著書において、第一次世界大戦後において反個人主義的な発展がみられることを指摘して、これを私法の社会化と称する。そのうえで、契約自由という概念について、弱者側の契約自由を侵害するものに他ならないという。これを前提に、強者側の契約自由を制限し、弱者側である一般国民を保護する目的で締約強制論について包括的な検討を行い、強者側である契約締結拒絶者の独占的地位に着目した理論を提唱する。この理論は、独占企業の恣意的な契約締結の拒絶から経済混乱の最中にある国

民を保護する目的で、一に述べた判例法理の具体化を図つたものと位置づけることができる。この、第一次世界大戦直後に発表されたニッパーダイの理論は、その後のドイツ締約強制論において支配的な地位を確立するに至つてゐる。

さらに、私法秩序を構築する一環として、私的な利益のみならず、国民経済的な利益を考慮したり、従来までの個人的倫理觀から社会的倫理觀への移行を重視する立場^{〔脚〕}がある。こうした経済的な利益や社会的倫理をも考慮した私法秩序を構築する手段として締約強制論が重要な意義を有するのである。

次に、以上に述べた社会国家理念から締約強制論が導かれる構造を示すことにしよう。社会国家理念は私法との関係でいえば、BGB八二六条の解釈に影響を与え、人間にふさわしい生活および生存のための必要最低限のもの保障を図る基本法の根本原理は、私法上の経済取引を行うさいにも考慮されるに至る。そこから、人間にふさわしい生活や、生存のための必要最低限の生活を達成ないし維持するために必要なものを供給する企業に対しても、—その契約締結の拒絶がBGB八二六条の良俗違反を構成し——一般の締約強制が導かれるという構造となる。

付言するに、上記に述べた社会国家理念に立脚した締約強制論は、意思概念の変容ともかかわるものもあり、個人の意思を超えた他者決定の意思あるいは社会化された意思が語られることになる。このように、RGの判例を契機とした一般の締約強制の学説は、社会国家の理念を体現するひとつの手段として発展をみたといふことができよう。

(2) 平等原則の具現

(1) に述べた社会国家理念と並んで、基本法の平等原則もBGB規範において締約強制論が発展する要因となつ

ている。基本法二条一項は、「すべての人は法律の前に平等である」と規定する。キリアンは、この平等原則を重視しており、生活に必要不可欠の商品や給付に加えて、生活上重要な商品や給付までも締約強制の対象とすべきであると主張する。⁽⁴⁰⁾

また、ビドリンスキは、——基本法の平等原則を直接持ち出しているわけではないものの——公平という観点を重視した締約強制論を展開し、締約義務のある商品や給付を「標準必需品（Normalbedarf）」、「緊急必需品（Notbedarf）」に分ける。⁽⁴¹⁾ビドリンスキは標準的な生活に属する商品や給付を標準必需品として、手術や暖房器具あるいは車の修理等を緊急必需品の例として挙げる。

三 第三要因・契約締結自由の制限とその根拠の具体化——締約強制の機能分析

一および二で述べてきたように、締約強制論は、力の不均衡の拡大から弱者側を救済するための理論として判例法上形成され、第一次世界大戦後の経済危機とワイマール期以後の基本法の理念（社会国家理念、平等原則）に立脚して学説上発展をみたものであった。

しかしながら、従来までの締約強制論について次のような批判がなされている。ブッシュは、一九九九年の『私的自治と締約強制』と題する著書のなかで、従来の判例および学説の締約強制論につき、法制度として締約強制論の機能分析がなされてきたわけではなく、経済的な考察から一般社会の利益を図るという点からなってきたものにすぎないという。⁽⁴²⁾

前段に述べた批判について具体的にいえば、ブッシュは、第一要因をなした判例による締約強制論について次の

点を問題視する。RG判例が展開する契約締結拒絶者の独占的地位に着目した議論は、判例においても「独占」の詳細な内容はほとんど検討されないままであり、未熟な形での適用がなされてきたにすぎない。⁽⁵⁾また、BGH判例についても、締約強制の要件について依然未解決のままであり、締約強制をいかなる場合に課すべきかが十分に明らかとなつてゐるわけではないという。⁽⁶⁾

次に、ブッシュは、第二要因をなした基本法の理念に立脚した締約強制論について、次のように、契約法秩序における私的自治の原則との矛盾を指摘する。締約義務のある商品や給付を必需品であるか否か、重要であるか否かというメルクマールのもとで判断する見解について、いかなるものが必需品あるいは重要なものと評価されるのかが一義的に明らかでない。⁽⁷⁾それに加えて、必需性、重要性といった評価を裁判所や国に委ねるとすれば、私的自治を基調とした契約法秩序と両立しないことになる。また、社会国家理念から締約強制を導き出す見解について、この社会国家理念は立法による特別の締約強制によって達成されるべき問題であるとし、一般の締約強制はBGBの根底をなしている自己決定の保障という観点から私的自治との関係によつて規律されるべきであると主張する。⁽⁸⁾それゆえ、基本法の理念に立脚した締約強制論は、契約法秩序における私的自治の原則と適合せず、このような観点に立脚した締約強制論には限界があると結論づける。

ブッシュは、第一要因および第二要因から主張された締約強制論について以上のように批判したうえで、BGB八二六条を基礎とした締約強制論の要件を定めるためには、法主体の契約締結の自由(Vertragsbegründungsfreiheit)がいかなる場合に制限されるのかを具体的に明らかにする必要があるといふ。この研究は、いかなる場合に契約締結自由の制限が導かれるのかにつき、私的自治の原則との関係からアプローチを行うものである。ブッシュは、資格要件の付与された契約締結の拒絶といえる場合にはじめて締約強制が導かれるとして、この要件の具体化を試みる。

四 小括

本節では、BGBにおいて締約強制論が必要とされたその歴史的背景と要因を探った。これらの検討の結果、B

G B規範において契約締結自由の原則が制限されるさいには、以下の三点が重視されているといえるであろう。
第一に、契約当事者間の力の不均衡である（第一要因）。この点は、わが国においても、契約自由の原則を制限するさいに考慮に入れられてきた要素である。^(脚) ドイツにおいては、一方当事者が独占的地位や優越的地位を占めているというように、力の不均衡が一定の段階に達した場合に、締約強制論が問題となる。

第二に、基本法の社会国家理念および平等原則は、BGB規範における締約強制論に多大な影響を与えている（第二要因）。この観点を重視する論者によると、BGBの骨格をなしている契約締結自由の原則は基本法の理念を実現するために制限されることになる。

第三に、第一要因 第二要因からなされた締約強制論について、その要件面、私的自治の原則との矛盾から批判を加えたうえで、私的自治の原則と整合した形での、契約締結自由の原則の制限根拠の具体化が試みられている（第三要因）。

以上の三点は、それぞれアプローチは異なるものの、契約締結自由の原則を制限するさいの要素を明らかにするうえで重要な視座を提供するものである。それゆえ、これら三つの要因を具体的に分析して、契約締結自由の原則が制限される要素を検討する必要がある。

そこで次節以下では、本節で示した三つの要因につき以下の順で叙述を展開する。第四節で第一要因の画期をなした判例の歴史的変遷と第二要因からなされた締約強制論を中心に学説の展開を辿る。第三要因については本稿で取

り扱う契約締結自由の原則が制限される」とになる基礎法理を明らかにするべく示唆に富む議論を開いてくるため、第五節で詳細に論じるに留めよう。

注

(1) 詳しくは、本章第一節以下参照。なお、一般的の締約強制と特別の締約強制との用語は、Jan Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, 1999, S. 119f.; Ernst A. Kramer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 5. Aufl.(2006), Vor§145, S.1792ff. 等で用いられてくる。本稿では、この用語を用いて叙述を開いてくる。

(2) BGBのなかに明示的に契約自由の原則を規定した条文は存在しないが、債務関係に関するBGB第141条1項と1111条で用いられてくる。BGBは契約自由の原則を前提として構築されてくると考えられてくる (Vgl. Busche, aaO (N.1), S. 2.)。BGB

一項の内容から、BGBは契約自由の原則を前提として構築されてくると考えられてくる (Vgl. Busche, aaO (N.1), S. 2.)。BGB第141条1項は、「債務関係により、債権者は債務者に対する給付を請求する」のが原則。給付が「不作為でもよし」と規定する。また、BGB第1111条1項は、「法律行為による債務関係の設定ないびに債務関係の内容の変更については、法律に別段の定めのないかぎり、当事者間の契約をする」と規定する。なお、本稿では、BGBの個別条文の訳出にあたり、椿寿夫=右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、一九八八年)、椿寿夫=右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年)を参考する。

(3) 本稿では、競争制限禁止法と締約強制との関係については詳論しない。むしろ、これらの関係について一触すると、競争制限禁止法には締約強制を明示的に規定した条文は存在しないものの、BGBは以て述べる理論構成を用いて、契約締結拒絶者に締約強制を課してくる(以下の叙述にいふては、Vgl. Reinhart Bork, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl.(2003), Vorber zu §§145-156, S. 555f.)。

締約強制論の現代的展開（三）（谷江）

競争制限禁止法（一〇条一項は、市場で優越的地位を占める企業によるその取引相手への差別的な取扱いを禁止する。また、同法（一〇条二項は、中小企業がその取引相手に依存しており、他の買手や納入業者に鞍替えをする十分な可能性がない場合には、その取引相手に同条一項の規定を適用する旨規定す）。これらの規定に違反した企業に対して、同法（一一三条の損害賠償と差止に関する規定が適用されることになる。

しかしながら、BGHは、いの優越的地位を濫用してなされた差別待遇が契約の締結以外の方法によるものでは除去されない場合に、BGH（一四九条の原状回復の趣旨にのりとり、契約締結を拒絶された者には契約申込みの承諾を請求する権利がある。BGH v.26.10.1961, BGHZ 36, 91, 100.）の後の判例も、締約強制が生じる旨判示す。BGH v.7.3.1989, BGHZ 107, 273, 279.; BGH v.22.3.1994, ZIP 1994, 806, 808.）。なお、競争制限禁止法と締約強制論については、山下丈「契約の締結強制」遠藤浩＝林良平＝水本浩監「現代契約法大系 第一巻 現代契約の法理（一）」（有斐閣、一九八二年）一四七頁以下、田中裕明「私法機能としての市場支配・競争制限規制」神戸学院法学（三）（一九九九年）四五頁以下等参照。）の法律に関するドイツの判例については、大村須賀男「ドイツの判例理論における締約強制理論の形成・発展」（一）法学新報八一巻六号（一九八〇年）三七頁以下参照。

- (4) 特別の締約強制を類型化したものとして、Wolfgang Kilian, Kontrahierungszwang und Zivilrechtsystem, AcP 180(1980), S. 47, 53f.
(5) 規制緩和との関係を視野に入れて締約強制論を検討するものとして、Busche, a.a.O(N1), S. 603ff.; Georg Hermes, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, ZHR 166(2002), S. 423ff.
(6) Henning Klingenfuss, Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht, 2004, S. 1ff.
Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 322f.

（一）の如きは、第一節（二）参照。

私法、公法ともに様々な観点から、締約強制論によって契約自由の原則の制限がなわれてゐる。これらのドイツ締約強制論を

眞理トナリヨウジツトナリ Jürgen Vahle, Vertragsfreiheit und ihre Grenzen: Voraussetzungen und Auswirkungen des sog. Kontrahierungszwang,

Deutsche Verwaltungspraxis, 2006, S. 455ff.

論

(10) Hans Carl Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 7. リハペータイの著書を紹介したるのとし、田岡嘉寿が「リハペルタイ『契約強制の概念』」(参根島商論叢六号(一九一九年)一九五頁以下がある。なお、我が国においては、締約強制の定義を用いる者が多い。代表的なものとして、田羽祐三『現代契約法の理論』(中央大等出版社、一九八一年)四五頁。

(11) Kilian, a.a.O.(N.4), S. 47, 52.

(12) Staudinger-K. Bork, a.a.O.(N.3), Vorbem zu §§ 145–156, S. 554.

(13) Nippertey, a.a.O.(N.10), S. 31.; Manfred Wolf, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl.(1999), Vor§145, S.383.

(14) Busche, a.a.O.(N.1), S. 69.

(15) Vgl. Busche, a.a.O.(N.1), S. 113ff. わが國における労働法の歴史、中村武「契約強制論」法學新報(四巻九号(一九四一年)六一頁以下、北村五良「締約強制の一考察」齋藤博士還暦記念「法と裁判」(有斐閣、一九四一年)一八九頁以下等。

(16) 田中田大一は「使用者は、合意または措置に付けること、又は、労働関係の創設、昇進、指図または解約告知する」として、性別を理由とした労働者に対する不利益を負担せねばならないことを規定する。

(17) Münchener-K. Kramer, a.a.O.(N.1), Vor§145, S.1797.

(18) 田中田大一は、「雇用の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を与えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う」と規定する。

締約強制論の現代的展開（三）（谷江）

- (19) 本文に述べた三つの構成は、BGBの法的枠組みにおいて締約強制を導くものである。これに対して、締約強制の法律構成を特別法の類推適用に求める構成がある。ハーネンツは、國家 (öffentliche Hand) によって供給任務をまかされた企業には契約締結義務があり、この義務は締約強制に関する特別法の規定を類推するに従事して導かれるところ。たとえば、郵便、鉄道、エネルギー供給企業等に課せられた締約強制に関する規定は、そのような供給任務を課せられた他の企業にも類推されるべきである (Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14.Aufl.(1987), S. 48.)。
- (20) い)の構成を明確に示した初期の判例として、RG Urt.v.13.9.1935, RGZ 148, 326, 334. い)の判決によると、締約強制は、独占事業体の許容や必要な行為を理由として損害賠償に対する義務だけを通して間接的に生じるのみである。
Vgl. Staudinger-K. Bork, a.a.O.(N.3), Vorber zu §§ 145-156, S. 556.
- (21) (22) Vgl. Münchener-K. Kramer, a.a.O.(N.1), Vor§145, S.1794.
- (23) Nippertley, a.a.O.(N.10), S. 98f.
- (24) なぜ、い)のペーティは、民事訴訟法九三五条の仮処分を用いた原状履行の確保について言及する。なお、民事訴訟法九三五条は、「係争物に関する仮処分は、現状の変更」によつて当事者の権利を実現する「ことができなくなることは著しく困難になるおそれがある」として、「假處分」の規定である。なお本稿では、民事訴訟法の個別条文の訳出にあたり、法務省司法法制調査部『ドイツ強制執行法』(法曹会、一九七六年) を参照する。
- (25) Franz Bydlinski, Zu den Grundfragen des Kontrahierungzwanges, AcP 180(1980), S. 1, 13.
- (26) Staudinger-K. Bork a.a.O.(N.3), Vorber zu §§ 145-156, S. 556.
- (27) Klian, a.a.O.(N.4), S. 47, 82.
- (28) 例G法11条は、自己の氏名使用権を現に侵害され、または侵害されるおそれがある者が、その侵害の停止または予防を請求する場合に假處分を命ぜられる。

(29) BGB八六二条は、占有者がその占有を妨害されている場合に、侵害者に対してその妨害の除去および停止を請求する」と
論
「*占有者による規制する。*

(30) BGB一〇〇四条は、所有者がその所有権を侵害されている場合に、侵害者に対してその妨害の除去および停止を請求する
「*所有者による規制する。*

(31) Staudinger-K. Bork, a.a.O.(N.3), Vorbem zu §§ 145-156, S. 556f.
論
「*占有者による規制する。*

(32) Busche, a.a.O.(N.1), S. 230ff.

(33) 本連載第一回・法政論集一一四回「*民法の解釈と適用*」。

(34) Münchener-K. Kramer, a.a.O.(N.1), Vor§145, S.1792.

(35) Staudinger-K. Bork, a.a.O.(N.3), Vorbem zu §§145-156, S. 561.

(36) 憲法一四条の間接適用と民法七〇九条の不法行為について判示したあるのとて、札幌地判平成一四年一一月一一日判時一八〇六号八四頁がある。この判決は、「外国人一律入浴拒否の方法によつてなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であつて、社会的に許容しうる限度を超えてゐるから、違法であつて不法行為があたる」と判示する。

(37) Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), S. 201, 243.

(38) この見解を主張するものとして、代表的なあるのとて、Staudinger-K. Bork, a.a.O.(N.3), Vorbem zu §§145-156, S. 559.

(39) 本文に述べた以外にも、契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) の一類型とされる契約交渉の不当破棄がなされた場合に、損害賠償を認める見解に加えて、契約を不当に破棄した者が意図的に相手方を欺罔した場合や、相手方に様々な準備行為を要求してこた場合のように良俗違反とするべき事情があれば、締約強制を認める見解がある (Wolfgang Küpper, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988, S. 271f.)。

(40) この用語法を用ひるのとて、代表的なあるのとて、Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl.(1997), S. 78.

締約強制論の現代的展開（三）（谷江）

- (41) Rolf Walter Müller, *Der Kontrahierungszwang de lege lata*, 1933, S. 54.
- (42) リヒャルト・フランツェン、*代表的な強制法*、Fkentscher, a.a.O.(N.40), S. 79.
- (43) Müller, a.a.O.(N.41), S. 54.
- (44) Ulrich Scholz, *Kontrahierungszwang in der Versorgungswirtschaft*, 1997, S. 199ff.
- (45) Stephan Brinkmeter, *Kontrahierungszwang in der Wasserwirtschaft*, 2002, S. 249ff.; Stephan Wolff, *Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht*, 2002, S. 242ff.
- (46) ハネルギー供給領域について、私法と公法の双方の観点をふまえて締約強制論を論じたもの。Hernes, a.a.O.(N.5), S. 433ff.
- (47) 私益、公益という観点は、わが国において、マイシ締約強制論の検討がなされるやうに十分に意識されていなかつた点である。本稿は、私益、公益の双方の観点をふまえて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検討を加えるものである。
- (48) 詳細は、第四節参照。
- (49) Klingenfuss, a.a.O.(N.6), S. 1.
- (50) Staudinger-K. Bork, a.a.O.(N.3), Vorbem zu §§145-156, S. 554.
- (51) リヒャルト・フランツェン、*前掲注(4) 1大川頁以下*参照。
- (52) なお、第一次世界大戦および第二次世界大戦の間とその終戦後には、強制管理 (Zwangsbewirtschaftung) の範囲で法律上締約強制の規定が設けられてきた。強制管理の目的は、住居を所有している者に対しして、住居を探しに来た者に住居の引渡しを強制するところだように、生活に必要不可欠な必需品を公平に分配するものにあつた (Vgl. Münchener-K. Kramer, a.a.O.(N.1), Vor§ 145, S.1793.)。
- (53) なお本稿では、基本法の個別条文の認出にあたり、初宿正典=辻村みよ子編『新解説世界憲法集』(三省堂、1100六年) を

ニッペルデイ、a.a.O.(N.10), S. 1. 並びにコトハセ、私法の非私有化による表現を用いて説明する (Kilian, a.a.O.(N.4), S. 47, 77f.)⁶⁰

ニッペルデイ、a.a.O.(N.10), S. 3.

Vgl. Kingenfuss, a.a.O.(N.6), S. 173.

Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl.(1967), S. 622.

Horst Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 30, 67.

Vgl. Kingenfuss, a.a.O.(N.6), S. 161f.

Vgl. Busche, a.a.O.(N.1), S. 10.

Kilian, a.a.O.(N.4), S. 47, 60f.

Bydlinski, a.a.O.(N.25), S. 1, 37f.

Busche, a.a.O.(N.1), S. 198.

Busche, a.a.O.(N.1), S. 203. 参照文献 (Bydlinski, a.a.O.(N.25), S. 1, 31.)⁶¹

Busche, a.a.O.(N.1), S. 177.

Busche, a.a.O.(N.1), S. 200f.

Busche, a.a.O.(N.1), S. 161.

(60) 本擲載第一回・法政論集111回目 118頁以下。