

締約強制論の現代的展開（四）

——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、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、二一八号）

第四節 判例および学説における締約強制論の史的展開

一 判例における締約強制論の形成と発展

二 学説における締約強制論の史的展開

三 小括（以上、本号）

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 私法秩序における契約締結の自由とその限界

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

第四節 判例および学説における締約強制論の史的展開

第三節で概観したように、BGBの規範にもとづく「一般の締約強制」は、RG一九〇一年判決を契機として判例法において発展をみたものであり、具体的紛争の解決のために生み出された理論のひとつとして今日に至るまで重要な役割を担っている。また、学説は締約強制法理の具体化を試みている。本節では、これら判例および学説における締約強制論の史的展開を示し、BGB規範において契約締結の自由が制限されるさいの要素を抽出することしよう。

まず一で、判例における締約強制論について分析する。このドイツ締約強制論における判例の展開については、

わが国においてすでに詳細な紹介がなされている。⁽¹⁾そこで本節では、締約強制論の変遷において画期をなすと考えられる判例を取り上げたうえで、契約締結の自由が制限される要素に着目して分析を行うことにする。⁽²⁾そのさいに、締約強制に関する判例を、企業間の取引拒絶（第一場面）、劇場やカジノへの入場拒絶（第二場面）、団体への受入拒絶（第三場面）、生活配慮に関する給付拒絶（第四場面）の四場面に分けて整理する。それぞれの場面の特徴については、判例の分析をするさいに論じることにした。

次に二で、学説においていかなる形で締約強制法理が具体化されてきたのかを論じる。ドイツ締約強制論における学説の史的展開については、わが国においてこれまでに研究がなされていないため、これらの学説の全体像を示す。

最後に三で、判例および学説における締約強制論の史的展開について整理したうえで、BGBの枠組みのもとで、契約締結の自由が制限されるさいにいかなる要素が重視されてきたのかを明らかにする。

一 判例における締約強制論の形成と発展

（1）企業間の取引拒絶（第一場面）

（a）判例による締約強制論の形成

ドイツの判例において締約強制論を形成したのは、RG一九〇一年四月二日判決（以下、「①判決」という）である。⁽³⁾①判決はドイツ締約強制論の基礎を形成したものであるため、事案と判示内容を具体的に紹介することによ

事案の概要は以下の通りである。一八九九年九月に、汽船海運業者(以下、「Y」という)は、競争帆船海運業者(以下、「A」という)との間で特定の港への貨物運輸の最低貨物料金に関する契約を締結した。その後、Yは貨物運輸を契約に定められていない港にまで拡大したところ、Aの合意を得ることはできなかった。同年一二月に、Yは、Aと取引関係にある運送取扱人(以下、「X」という)に対して従来までの運賃表の適用を拒絶したうえで、貨物料金の値上げを事前通告した。YがXに貨物料金の値上げを事前通告した目的は、Aが貨物運輸の拡大に合意しなかったことから、Xに対してX—A間の取引関係の断絶を強要することにあった。さらに、YはXとその顧客の取引関係を切り離そうと試みた。このような状況のなかで、Xは、BGB八三条と八六条にもとづいて、Yによる運賃表適用拒絶行為の差止を求めた。

この事案について、第一審はXの請求を認容した。これに対して、原審は、Yの行動と同様のことが慣習として行われていることからYに違法性はないとして、Yの控訴を認容した。

このように第一審と原審の判断が異なっていたところ、RGは、慣習と悪習を区別する必要があるとし、Yの行動について、強欲な計略または無理強いによつてX—A間の取引断絶を強要するものであつて、このYの行動を良俗違反にあたると認定する。そのうえで、RGは、Xの差止請求の主張について概ね次のように判示する。一般論として、少なくともすでに侵害されている場合や、将来侵害のおそれがある場合には、訴えによつて侵害行為および潜在的侵害を阻止することができ、差止について特別法によつて規定されていない取引形態であっても、BGB八六条を根拠に差止請求が認められうる可能性に言及する。最終的にRGは、本件事案につき、Xの取引に対する態度を具体的に検討するべきであるとして、この点を原審に差し戻している。

さらに、RGは、傍論のなかで積極的な義務として通常の契約条件にもとづく契約締結の法的強制をYに課すこ

とができるのかにつき具体的な説示を行っている。イギリス法における公共の運送業者やフランス法における運送業者に対する法的強制の存在を指摘したうえで、輸送強制につき特別法上鉄道のみが対象とされていた当時のドイツにおいて、「一般の締約強制」が存在するかどうかについて次のように判示する。法律上あるいは事実上独占的地位を占めており、かつ、公共的な目的を有する企業に対して締約強制を課すことによって、一般社会の利益を体现することができるとする。その理由として、公共の福祉あるいは取引にとって欠くことのできないものを供給する企業には、だれに対しても役務の供給を拒絶してはならないとの経済的な要求が存在し、この要求は法令にまで発展することが挙げられている。その結果、恣意的な動機によって特定人に対して不当な契約条件を設定することは法律上の強制義務を欠くところではBGB八二六条の良俗違反になり、締約強制が問題となる。ただ、本件事案は差止に関するものであり、締約強制について問題となつたわけではない。それゆえ、①判決は、Yが独占的地位にあるのか、公共的な目的を有しているのか否かにつき判断を行っていない。

以上のように、①判決は、——締約強制が直接に問題となつたわけではないもの——どのような場合に契約締結義務が導かれるのかにつきRGとして初めての判断を示しており、判例法上重要な判決として位置づけることができる。このように、締約強制論は、社会において一定の地位を占める企業による恣意的な契約締結の拒絶から相手方を救済するために、BGB八二六条の良俗規定から編み出されたものであるといえよう。

(b) 締約強制論の例外的性格

(a) に述べた①判決によって締約強制論の一般論が提示されたことにより、契約締結申込者は、契約締結に対する訴訟を提起するさいに、契約締結拒絶者の独占性や公共目的性を理由として示すようになる。

その一例として、取引拒絶の事案につき締約強制が直接に問題となったRG一九二六年一月一九日判決（以下、「②判決」という）をみてみよう。⁽⁴⁾この事案の概要は以下の通りである。ブランドー独占管理局がブランドー価格の値上げを予定していたところ、この情報を察知した販売業者が値上がりする前にブランドーを大量に発注した。これに対して、ブランドー独占管理局はその供給を拒絶した。そこで販売業者は、ブランドー独占管理局にはその独占的性格から締約強制が課されるとして、値上がり前の価格でのブランドー供給を請求した。なお、特別法上ブランドー独占管理局に契約締結義務を課した規定は存在していなかった。

この事案に対し、RGは、ワイマール憲法の契約自由に関する規定を指摘して、締約強制が契約自由の原則の例外に属するものであることを強調する。それゆえ、締約強制を課すさいには権限ある機関による明確な命令が必要であるとして、契約締結拒絶者が独占的地位にあることから直ちに締約強制が導かれるとの解釈を排斥する。結論として、RGは、ブランドー独占管理局の契約締結の拒絶について、値上がり後の価格での供給には応じるとしている点等を考慮に入れた結果、良俗違反に該当するものと評価することはできないとして、販売業者の上告を棄却した。

②判決からすると、契約自由の原則との関係から、契約締結拒絶者の独占的性格によって直ちに締約強制という帰結が導かれるわけではないことが明らかである。それでは、締約強制を導くさいにいかなる事情が考慮に入れられるのであろうか。この点を以下で具体的にみていくことにしよう。

(2) 劇場やカジノへの入場拒絶(第二場面)

(a) 市営劇場への入場拒絶

次に、入場拒絶という形で契約締結を拒絶する場面についてみていこう。RG一九三一年一月七日判決(以下、「③判決」という)は、締約強制を課すさいに、①判決が示した契約締結拒絶者の独占的地位、公共的な目的という要素よりも、良俗に反する形で契約締結の拒絶という要素を重視する。⁽⁶⁾この判決の事案の概要は以下の通りである。

劇評家(以下、「X」という)は、週刊誌に市営劇場(以下、「Y」という)の上演に関する批評を掲載していた。

Yは、Xの批評に不満であつたためXの市営劇場への入場禁止を決定し、その旨Xに電話で通知した。それにもかかわらず、Xは入場禁止の通知を受けたその晩と三日後にYを訪れた(これに対して、Yは警察を呼んでXを劇場から追い出した)。そこで、Xは、Yが国から補助金を受け取っている市営劇場であることからYには入場を許可する義務がある、Yの入場拒絶はXの報道の自由に不当に介入するもので良俗違反にあたるとして訴えを提起した。

この事案について、第一審はXの請求を認容した。これに対して、原審は、Yが何人と観劇契約を締結するかは原則としてYが自由に決することができ、市営劇場についても締約強制は否定されるとして、Yの控訴を認容した。

このように第一審と原審の判断が異なっていたところ、RGは、原審の判断を支持した。そのさいに、(i)補助金を受けている市営劇場という性格から締約強制を課すこと、および(ii)独占的地位という性格から締約強制を導くことの妥当性について次のように判示する。

まず、(i)の点につきRGは、「公法上の団体の運営する劇場事業については、これらの事業が公共の資金によつて維持され、公衆全体のために設立された『公共施設』であることから締約強制を認める見解がある。しかし、

そのような事業についても、公法上の団体は、たとえば、鉄道、郵便、電信等とは異なり、所有者や請負業者はその意思に反して契約の締結へと強制する規定を有しない私法秩序に服するのである。先に述べた鉄道、郵便、電信等に関する規定は、自己の役務をすべて公衆に提供し、このために許認可を受けた施設は恣意的に取引の締結を拒絶することは許されず、正当な理由がある場合にのみ許されるという一般原則を表現したものではない。むしろ、これらの規定は契約自由の原則に対する例外規定なのである」と判示して、補助金を受けている公共施設であることをもって立法的に基礎づけられた締約強制と同様の扱いをする根拠とはならないという。

続いて、(ii)の独占的地位を占める企業に締約強制を課すことができるのかという点につき、RGは、「独占的地位の濫用にもとづく義務は、BGB八二六条の法律的基础においてのみ成立しうる。この規定の適用に対する余地があるかどうかは、全く個別事例の状況にもとづいて判断される。独占的地位にある事業者は締約強制に服するという内容の一般命題を立てるべきではない。それは、すでに強調した契約自由に関する法律上の原則と矛盾することになるであろう」という。このように述べて、Yの入場拒絶が良俗に反する形で契約締結の拒絶に該当するかを具体的に判断する。

その結果、本件事案において、Yの入場拒絶は良俗に反しないとされた。RGは、市営劇場が観劇契約の締結を正当な理由なく恣意的に拒絶するような場合、より具体的にいえば、YがXの事実在即した批評を妨げて、事実と異なる批評をさせるためにXとの観劇契約の締結を拒絶した場合には、Xの意見表明の自由を侵害し、良俗に反するという。しかしながら、RGは、本件事案において、Yによる入場拒絶の目的がXによる事実在即さない不正確な批評によって生じる損害を回避することにあつたとして、Yの入場拒絶に良俗違反性はないと結論づける。

(b) カジノへの入場拒絶

入場拒絶に関して、判例は、劇場への入場拒絶の場面に加えて、カジノへの入場拒絶の場面を取り扱っている。

契約締結申込者は、契約締結拒絶者が許可を受けて公共的な任務を遂行しているため、カジノへの入場を許可する義務があると主張してこの種の訴訟を提起する。この契約締結申込者の請求に対して、BGH一九九四年七月七日判決（以下、「④判決」という）は、カジノに締約強制が課されない旨を判示する。この④判決で示されたカジノに締約強制が課されないとの説示は、BGH一九九五年一〇月三十一日判決⁽⁷⁾、近時のBGH二〇〇五年二月一五日判決⁽⁸⁾においても繰り返し述べられているところである。④判決が締約強制を否定した理由は、以下の三点に求められる。

第一に、BGHは、カジノが公共的な任務を遂行しているわけではなく、独占的地位も占めていないと認定したうえで、私法において妥当する契約自由の原則から、だれと契約を締結するのはカジノが自由に決めることができることを強調する。

第二に、BGHは、給付対象の社会生活における重要性につき、「カジノにおけるギャンブルは、契約自由の原則の制限をもたらすほどに、その実現や満足につき保護に値する給付や需要として重要とまではいえない」と判示して、カジノに締約強制を課してまで契約締結申込者に入場を認める利益があるとはいえないとする。

第三に、BGHは、契約締結拒絶者が国から許可を受けて営業をしていることからその契約締結の拒絶が良俗に反し、BGB八二六条、二四九条にもとづいて締約強制が生じるのかという論点について、次の理由から締約強制が生じない旨判示する。国家による許可は、カジノに対して経済活動を開放するように義務づけるものではなく、単に違法なカジノ営業によって生じる危険性に対処するためになされるにすぎないからである。

(3) 団体への受入拒絶(第三場面)

(a) 第三場面の特徵

次に、特定の目的のために設立された団体への受入れに関する事案を紹介する。団体への受入れも契約の締結によつて行われるものであり、その受入強制は契約締結の義務づけによつてなされるため、締約強制が問題となる。

この第三場面では、締約強制を課すさいの前提として、各々の団体に存在する定款に定められた受入要件の内容規制が問題となる。この受入要件の内容規制をしないかぎり、「受入拒絶に対する法的保護は、これに対抗する定款作成によつて容易に潜脱され、不十分のまま」⁽⁹⁾となるからである。そこで、以下ではこの内容規制の問題をふまえて、締約強制論の展開を辿ることにしよう。

(b) 団体の独占性に着目した判例

団体への受入拒絶に関する初期の判例であるBGH一九六八年一月一四日判決は、アマチュアスポーツ団体が受入れを拒絶された州スポーツ連盟への受入れを請求した事案である。⁽¹⁰⁾この判決は、契約締結拒絶者が独占的地位にある場合に締約強制を課すことができるとの一般論を提示するものの、定款に定められた受入要件を無効とすれば社團目的の変更へと導くことになるとして、アマチュアスポーツ団体の請求を認めなかった。

また、BGH一九七四年二月二日判決は、自転車スポーツ団体が受入れを拒絶された各種スポーツ団体を統轄するスポーツ連盟への受入れを請求した事案であり、結論としてスポーツ団体のスポーツ連盟への受入請求を認めなかった。⁽¹¹⁾この判決は、定款に定められた受入要件にかかわらず受入強制が認められる場合として、契約締結拒絶者の独占的地位という性格から、定款に定められた受入要件の援用を法秩序によつて甘受することのできない場合

を挙げ、この場合には受入要件が無効または限定的に適用されるという。そのさいに、BGB八二六条や競争制限禁止法二〇条六項⁽⁹⁾（この判決の当時には二七条）の差別的な受入拒絶に関する規定を用いて、不利益な取扱いを受けた契約締結申込者は契約締結拒絶者に受入れを請求しうることになる。

（c）新たな二要件の出現

（b）で述べたように、かつての判例は、契約締結拒絶者が独占的地位にある場合に定款に定められた受入要件の援用を制限するという論理を展開してきたところ、BGH一九七九年六月二六日判決（以下、「⑤判決」という）は、締約強制論の要件につき契約締結申込者の事情を加味した新たな基準を提示する⁽¹⁰⁾。

この判決の事案の概要は次の通りである。ハンブルク在住の弁護士は、その地域在住の弁護士の職業上、経済上の利益を図る目的で設立された弁護士団体に構成員として入会申請をした。これに対して、弁護士団体はこの申請を拒絶したため、弁護士は正規の構成員として受け入れるように求めた。なお、当時のハンブルクに在住する五〇%以上の弁護士がこの団体に加入していた。

この事案について、裁判所は、「たしかに、BGHの判例によると独占団体は契約締結申込者の受入れについて義務づけられうる。この論理はまた、独占的地位を占めていないが、契約締結申込者が団体の構成員になることについて本質的な利益の追求または確保を求めるかぎり、著しく経済上・社会上優勢を占めている団体にも妥当しうる」と判示する。⑤判決は、独占的地位を占めていない団体に対して、（i）契約締結申込者が本質的な利益の追求または確保を求めていること、（ii）契約締結拒絶者が経済上・社会上優勢を占めている団体であることという二つの要件を充足する場合に、契約締結拒絶者による定款に定められた受入要件の援用を制限しうる旨判示するも

のである。本件事実関係のもとで、裁判所は、弁護士団体が構成員間の交流促進を主な目的として設立されたものにすぎないことから、契約締結申込者が本質的な利益を追求しているとはいえ、弁護士団体が経済上・社会上優勢を占めている団体ともいえないと判示して、弁護士団体に受入義務はないとの結論を導き出している。

前段に述べた論理は、BGH一九八四年二月一〇日判決においても承継されている。⁽⁶⁴⁾この判決は、労働者が工業労働組合への加入を拒絶された事案において、⑤判決の二要件を示したうえで、一方で工業労働組合は卓越した地位を占めており、他方で労働者は経済上の利益や権利保護の実現等の利益を有すると判示する。その後も、この二要件に着目した判断が示されており、BGH一九九八年一月二三日判決は、スポーツ団体への入会拒絶の事案において、「確定したBGHの判例によれば、受入義務は、関係する集団の重要な利益を考慮に入れて、構成員の加入に関して団体の自己決定を法秩序が許容することのできないときのみ存在する」と判示する。⁽⁶⁵⁾そのうえで、⑤判決の提示した二要件を充足するとして、契約締結拒絶者に受入強制を課するという結論を導いている。

また、BGH一九八九年一月九日判決は、病院治療契約についての一般的な契約条件の内容規制が争点となつた事案ではあるものの、傍論において「一般の締約強制」を課すべきの要件について検討を加えている。⁽⁶⁷⁾この検討は、争点となつた契約条件のなかに、「病院は、医師や看護師の指示あるいは館内規則に違反した利用者や、以前に病院治療費を支払わなかったか著しく遅延して支払った利用者に対して選択給付 (Wahlleistung) を拒絶することができる」との条項があつたことに起因してなされたものである。裁判所は、⑤判決の枠組みを確認したうえで、「学説においても独占的地位というメルクマールの放棄が支持されている」という。具体的にいかなる範囲で契約締結の自由を制限し、締約強制を課すべきかについては、二で後述する主要な学説を引用して、「最終的に、締約強制が生活に必要不可欠または生活に重要な給付の場合にのみ問題となるのか、平均的な人の標準生活管理の範囲におけ

る需要充足の場合にも問題となるのかどうか」については、今後の課題とする。

(d) 第三場面のまとめ

以上にみてきたように、団体への受入拒絶の妥当性は、定款に定められた受入要件の援用を法秩序によって甘受することができるか否かという点から判断される。⑤判決の前までは、契約締結拒絶者の独占的性格が重視され、契約締結拒絶者が独占的地位を占める場合にのみ受入要件が無効または限定的に適用され受入強制が課されると考えられてきた。しかし、⑤判決によって新たな二要件が提示された後には、契約締結拒絶者が独占的地位を占めていなくても、契約締結申込者が本質的な利益の追求または確保を求めており、契約締結拒絶者が経済上・社会上優勢を占めている場合に、受入要件が無効または限定的に適用され受入強制が課されることが考えられている。

この⑤判決によって提示された二要件を充たす場合には、契約締結申込者は、社会生活を営むうえで重要な利益を図るために契約締結を求めているにもかかわらず、それを実現するためには契約締結拒絶者との契約締結による以外にほとんど途が残されていないという状況にある。この点で、契約締結申込者は、その求めている給付を他の提供者から調達できる可能性(以下、「回避可能性」という)を有していないに等しい。判例によれば、契約締結申込者にこのような状況が存在するときに、契約締結拒絶者の経済上・社会上の優勢的地位ゆえに、その受入拒絶は法秩序に反し、定款に定められた受入要件を援用することもできないことになる。

（４）生活配慮に関する給付拒絶（第四場面）

（a）第四場面の特徵

最後に、生活配慮に関する事案を取り上げよう。電気、水等の供給は、人が生活を営むうえで欠くことのできないものであり、いわゆる「生活配慮」に属するものである。また、これらの供給は競争によつてなされるというよりも、一定の限られた企業によつてなされるという特徴を有する。この場面は、RG判例によつて取り扱われたものであり、ドイツにおいて今日とは異なり特別法によつて接続義務や供給義務に関する規定が設けられていなかったため、その当時には実務上重要な意義を有していたといえよう。

（b）具体的な判例

電力供給に関するRG一九三一年三月二四日判決の事案の概要は以下の通りである。電力供給業者は、強制管理下にある工場に対して、不払料金債務等を履行しなかったことを理由に送電停止をした。そこで、工場の抵当権者は同工場に存在する債務をすべて引き受けたうえで電力の再供給を受けたもののこの債務を履行しなかったため、電力供給業者が再び送電を停止して工場を競売した。このような事実関係のもとで、抵当権者が電力供給業者に対して既払い料金の返還等を請求した。

この事案について、裁判所は、「判例と学説によれば、被告のような事業者の独占的地位から締約強制が生ずる」と明言したうえで、電力供給業者が電力の供給を抵当権者の債務引受けに関連させた点につき、自らの独占的地位を良俗違反の形で濫用的に行使したと判示する。この「被告のような事業者」という文言は、電力供給業者という生活配慮活動に従事する性格を強調する意味をもっていると考えられる。⁽¹⁰⁾

また、破産管財人に対して未払いの水道料金の支払いを請求した水道局の訴えに関する事案において、R G一九三五年九月一三日判決は、独占的地位を占める者による接続強制違反について判示する⁴⁰⁾。具体的に、様々な債務を負っている破産者に対して優先的に水道料金の支払いをさせる目的で給水制限をすることは許容できないと述べて、水道局の給水制限を良俗に反する行為とする。

このように、生活配慮に関する場面では、他の場面と比べて、契約締結拒絶者が独占的地位をもって生活配慮活動を営んでいるという点で特殊性を有しており、この要素を考慮に入れて契約締結の拒絶の良俗違反性が判断されることになる。

(5) 判例の分析

(a) 契約締結の拒絶と良俗違反

本款では四つの紛争場面に分けて判例による締約強制論の展開を概観した。それぞれの場面の具体的特徴についてはすでに述べた。これら四つの紛争場面に着目して判例動向を整理すると、R Gでは企業間の取引拒絶や生活配慮に関する給付拒絶の場面が主な対象とされてきた。しかし、企業間の取引を規律するものとして、一九五八年に競争制限禁止法が施行され、生活配慮領域についても特別法における供給義務、接続義務等の規定によって対処がなされることになった。その後B G Hでは、団体への受入拒絶に関する事案やカジノへの入場拒絶に関する事案を中心に判例法理が形成されてきた。

それでは、判例によって契約締結の自由が制限されるさいに、いかなる点が考慮に入れられてきたのであろうか。

②判決、③判決、④判決をみると、取引関係を規律するさいには、自己の判断のもとで契約を締結するか否か、

だれと契約を締結するかを自由に決めることができるという、契約締結の自由が重視されている。それゆえ、この契約締結の自由を制限するさいには、立法によって基礎づけられる他は、具体的な事案のもとで契約締結の拒絶が良俗違反（BGB八二六条）と評価されるものでなければならぬ。そのさいに、①判決の後に契約締結申込者がしばしば主張した、契約締結拒絶者の独占性、許認可の付与、補助金の支給という点から直ちにその契約締結の拒絶が良俗違反となるわけではない。したがって、いかなる場合に契約締結の拒絶が良俗違反となるのかが問題となっている。

以下では、（b）と（c）に分けて、良俗違反の判断要素をみていこう。

（b）良俗違反の判断要素——第一場面、第二場面

企業間の取引拒絶（第一場面）および劇場やカジノへの入場拒絶（第二場面）に関して、結論として締約強制を認めた判決は存在しない。それでは、どのような理由から個々の事案において良俗違反性が否定されたのであろうか。

まず、④判決のカジノへの入場拒絶に関する事案においては、カジノ入場の実現について法的保護に値する給付とは評価できず、この場合には、私法の基本原則である契約締結の自由に則って判断がなされることになる。

次に、②判決のブレンダーの供給拒絶に関する事案においては、ブレンダー独占管理局は、値上がりをする前の価格でブレンダーを大量に供給せよとの契約締結申込者の請求を拒んではいるものの、値上がり後の価格でのブレンダー供給を拒絶しているわけではない。このように、ブレンダー独占管理局の供給拒絶は、特定のブレンダー販売業者に対して意図的に供給を打ち切る目的でなされたわけではなく、値上がり前の価格で大量にブレンダーを供

給することを拒絶したにすぎないことからすれば、ブランドー独占管理局の供給拒絶が良俗違反にあたるとまではいえない。

最後に、③判決の劇場への入場拒絶に関する事案において、本判決は市営劇場のした入場拒絶が良俗に反しない旨判示するが、この点については基本法との関係をふまえたうえで判断する必要がある。本判決は、劇評家の意見表明の自由との関係について、市営劇場が事実即した批評を妨げて、事実と異なる批評をさせるために劇評家との観劇契約の締結を拒絶した場合には、劇評家の意見表明の自由を侵害すると判示する。しかしながら、本判決の事実関係のもとで、本判決は、劇評家による事実即さない不正確な批評によって生じる損害を回避する目的で市営劇場が入場拒絶をしたにすぎず、この入場拒絶は良俗違反にあたらないという。この点につき、ドイツでは基本法の意見表明の自由（同法五条一項）、職業選択の自由（同法一二条一項）の観点から多くの論者によって批判がなされている。⁽²⁴⁾たとえば、ブツシェは、「RGは、一方で原告の意見表明の自由を、劇場が『原告の変った批判的な意見の表明によって不利に感じた』⁽²⁵⁾という点のみから制限し、他方で原告の職業選択の自由を正当に評価しなかった」と批判している。また、ボルクは、基本法五条と一二条の趣旨を考慮に入れて、今日において市営劇場による契約締結の拒絶を正当な理由のあるものと評価すべきではないという。⁽²⁶⁾このように、本判決については劇評家の基本権保護という観点から、市営劇場の入場拒絶は良俗に反するとして、市営劇場に締結強制を課すべきであったとの強い批判がなされている。

以上のように、判例は、契約締結の拒絶が良俗違反にあたるか否かにつき、基本権保護という観点に加え、各々の給付実現が法的保護に値するの、契約締結の拒絶に正当な理由があるのか否かといった、双方当事人の事情を考慮に入れて具体的に検討する姿勢を示していると評価することができよう。

（c）良俗違反の判断要素——第三場面、第四場面

団体への受入拒絶（第三場面）および生活配慮に関する給付拒絶（第四場面）の場面では、構成員の資格や生活配慮に関する給付は個々人が社会生活を営むさいの基礎部分となる要素が強いため、判例はこの点を考慮に入れて締約強制の問題を取り扱っている。

これらの場面をみると、判例は、契約締結申込者の本質的な利益の追求と契約締結拒絶者の経済上・社会上の優勢的地位（第三場面）、生活と密接に関連した生活配慮に関する給付と契約締結拒絶者の独占的地位（第四場面）を関連づけて論じている。以上のように、判例によると、契約締結申込者が求めている契約を締結することにつき社会生活上重要な利益を有しており、かつ、契約締結拒絶者の性格から他の者と契約を締結して利益を図るという回避可能性がないに等しい場面で、契約締結拒絶者による契約締結の拒絶が良俗に反することになる。

二 学説における締約強制論の史的展開

一に示した判例の展開をふまえて、学説において締約強制論の根拠をいかなる点に求めるのかにつき、様々な議論が展開されてきた。ドイツの締約強制論には、大別して次の二つの潮流が存在し、ドイツにおいてもこの二つの潮流を軸に締約強制論の整理がなされている。第一に、判例がしばしば論じてきたように、競争における企業の地位に着目して締約強制論を具体化する学説がある。第二に、基本法の理念を実現するために、締約強制論を私法秩序に組み入れる学説がある。第二の学説は、企業の「供給義務（Versorgungspflicht）」という観点を重視する。

以下では、ドイツにおける一般的な区分に即して、①企業の地位に着目した締約強制論、②消費者に対する供給

義務という観点からの締約強制論の二つに大別して叙述を進めることにしよう。⁴⁴⁾

(1) 企業 の地位に着目した締約強制論

(a) 法律上の独占に立脚した締約強制論

学説において、契約締結拒絶者の独占的地位は、締約強制論の法的基礎となってきた。この独占的地位に立脚した締約強制論は、一八九三年にビアマンによってその萌芽をみることになる。⁴⁵⁾ビアマンは、契約の締結が締約者の自由意思によらず、法によって強制される場面について初めて包括的な研究を行い、そのなかで独占的地位に着目した締約強制論について詳細な理論を展開している。

ビアマンは、独占的地位について法律上の独占と事実上の独占の二態様に分けたうえで、次のように論じる。⁴⁶⁾まず、法律上独占的に営業することを許容されている企業に対しては、締約強制の法理が及ぶ。このように解さないと、個々人は需要を充足することができないか、多額の費用を用いることによってはじめて調達することができるといふ帰結となり、この帰結は独占の付与を認めた法律上の目的と適合しないからである。これに対して、事実上の独占的地位を占める企業に対しては、締約強制の法理は及ばない。たとえば、孤立した地域にパン屋が1店しかなく、そのパン屋が特定の者にパンの売却を拒絶する場合であっても、このような事実上の独占的地位を占めているにすぎないパン屋に締約強制が課されることはない。法律上の独占の場合には、前述したように、締約強制は法律の対をなすのに対し、事実上の独占の場合には何らそのような性質がないからである。以上のように述べたうえで、ビアマンは、法律上の独占的地位を占める企業に限って締約強制を課すべきであると結論づける。

しかしながら、このビアマンの見解は、私的自治の原則との関係から次のような疑問が呈されている。ビア

マンの見解は、契約締結拒絶者の法律上の独占的性格のみから締約強制の可否を判断するものである。このような、取引の対象となる商品や契約締結拒絶の状況を考慮に入れずに、契約締結拒絶者の性格のみから締約強制を認める見解については、広範に私的自治を制限するものであるため、経済政策上も法政策上も問題があるとの批判がなされている。ニッパードイも、法律上の独占という性格のみから締約強制を認めるべきではないと批判したうえで、次の（b）に述べる良俗に反する独占的地位の利用に関する見解を主張する。

（b）良俗に反する独占的地位の利用

ニッパードイは、一九二〇年に発表した『締約強制と命令契約』という著書において、判例によって形成、発展された締約強制論を基本的に支持したうえで、「得られた原則の実際の適用は基準の問題のみである」として、良俗違反にもとづく締約強制論の根拠について包括的な考察を行う。結論として、法律上締約強制が規定されている場合のみならず、事実上の独占的地位を占める企業による商品交換の恣意的な遮断のさいにも締約強制を認める見解を提示した。ニッパードイの問題関心を一言でいえば、契約自由の原則は私法秩序を支配する原則であるから、これを制限するためにはその制限を正当化するような特別の事情が必要であるという点であり、この点を明らかにするために良俗規定が重要な意味をもつのである。

ニッパードイは、契約自由の原則と独占的地位の関係について次のように述べる。契約自由の原則からすれば、契約は自己責任のもとでなされるのであって、契約が締結されるまでは相手方からなされる契約締結の拒絶に関するリスクを負うことになる。ところが、一方当事者が独占的地位にあるため、他方当事者にだれと契約を締結するのかにつき選択可能性が存在しない場合には、対等当事者関係を基礎とした契約自由の原則は制限をとまなうこと

になる。このことは、独占的地位にある企業が特定の相手方に対して社会生活を営むうえで重要な商品の契約締結を拒むときに顕著となる。

前段に述べた問題を解決するために、ニッパードイは、BGB八二六条の良俗規定につき、「契約自由ないしその上位に置かれた一般的な取引自由の基本的かつ重要な制限を含んでいる」と評価する⁽³¹⁾。そのうえで、事実上の独占的地位を占める企業が契約締結を拒絶することによって恣意的に相手側の商品交換を妨害する場合には、良俗違反になりうると論ずる⁽³²⁾。具体的にいえば、独占的地位を占めている企業が相手方を取引から排除するとき、あるいは、通常では考えられない条件を提示することによって相手方に対して取引を断念させるときに、このような契約締結の拒絶は良俗違反になる。ニッパードイは、このような形で「契約締結の拒絶を『道徳上の最低条件の不履行』と表現する。この契約締結拒絶者の態度に加えて、良俗違反を判断するにあたって、契約締結申込者の独占的地位を占める企業への依存性も考慮に入れて個別の取引状況を検討する必要があるという⁽³³⁾。

また、ニッパードイは、契約締結拒絶の良俗違反性に加えて、次の二点を締約強制論の要件とする。第一に、締約強制が問題となる給付対象は、特定物または制限種類物に限られる⁽³⁴⁾。特定物は損害賠償によって補填することのできない物または給付であり、制限種類物は代替可能ではあるがその代替性が極めて限られた範囲において存在するにすぎない。それゆえ、特定物や制限種類物を給付対象とする場合には、純粹な種類物を給付対象とする場合とは異なり、その給付を受ける者を保護する必要性は高い。第二に、契約締結拒絶者に給付を調達する期待可能性の存在することが要求される⁽³⁵⁾。たとえば、給付対象在庫がなく今後も調達することが困難である場合には、契約締結拒絶者に締約強制を課すことはできない。ニッパードイは、この帰結をBGB二四二条に規定されている債務者の誠実で取引の慣習に従った義務から導き出す。

こうしたニッバーダイの締約強制論は、ドイツにおける締約強制論の法的基礎として重要な役割を担ってきた。⁽³⁷⁾ ニッバーダイは、第一次世界大戦直後の経済混乱の最中にあった国民を保護する理論の確立に向けて、良俗規定に法のもつ社会的な機能を見だし、締約強制論の具体化を図るに至ったのである。

（c）許認可の付与

（a）および（b）で述べた企業の独占的地位のみならず、企業に対する許認可の付与を契約締結義務と結びつける見解も主張されている。ロイリンクは、フランスにおける許認可の法実践に倣って、企業が許認可を受けているか否かという点を締約強制論の要件として重視する。⁽³⁸⁾ グルーネヴァルトも、たとえばタクシー営業や公証人のように国家によって許認可を受けている場合には、その優遇措置の裏面をなすものとして、だれとでも契約を締結する義務が課されることになるという。⁽³⁹⁾ これらと類似する見解として、ビアマンは、許認可から直ちに締約強制が導かれるわけではないものの、生活配慮の領域では許認可がなされることによって顧客の要求を充足させる義務が生じるという。⁽⁴⁰⁾

以上に述べた、許認可の付与を締約強制論の法的基礎とする見解について、一で述べた③判決によって否定されており、学説においても批判がなされている。たとえば、ブッシュェは、ロイリンクのようにドイツ法における許認可の制度をフランス法のそれと同一視することはできないと指摘する。フランス法のもとでは、許認可制度は国の公共的な任務の委託を目的とするものであり、判例によって許認可を根拠に締約強制を課すことについて承認を受けた。これに対して、ドイツ法の許認可制度は、営業主の適性と信頼性の確保を目的とするにすぎず、許認可によって公共的な任務の委託がなされるわけではない。したがって、許認可を締約強制論の根拠とすることはできないと

ブッシェはいう。⁽⁴²⁾

(2) 消費者に対する供給義務という観点からの締約強制論

ドイツ締約強制論は、議論が展開されていくにつれて、(1)に述べた企業の地位という観点よりも、消費者に対する「供給義務」という観点を前面に押し出して、締約強制論の要件を定立しようと試みるようになった。こうした観点からの締約強制論は、超実定法的な観点に立脚した見解、BGB八二六条にもとづく一般的な供給義務に関する見解、基本法の平等原則から締約強制を導く見解、さらには基本法の社会国家理念をBGB八二六条の解釈に組み込み、民法秩序から締約強制を導く見解、に大別される。これらの諸見解について、以下(a)から(d)において順次論じることとする。

(a) 法共同体のもとでの社会任務としての供給義務——超実定法的な観点に立脚した見解

この供給義務という観点は、契約自由の原則に対する限界ないしその機能不全という問題とも関連するものである。たとえば、ライザーは、「私法における平等原則」に関する講演で、平等原則が超実定法的に妥当すると述べ、社会主義的な特徴を有するシステムへの移行を主張した。⁽⁴³⁾このように、ライザーは、契約法の形式的公平性原則から実質的公平性原則への移行を平等原則から導き出し、これとの関連で供給義務を問題とする。⁽⁴⁴⁾また、ヴォルフは、契約締結に対して劣勢な当事者の権利を拡充するために、あらゆる参加者にとってパレート最適な給付交換を実現すべきである旨強調する。⁽⁴⁵⁾

こうした超実定法的な観点に立脚した締約強制論を最も積極的に展開したのは、ビュルックであった。彼は、一

九四〇年に発表した著書のなかで、社会主義思想を供給義務と関連させて次のように論じる。⁽⁴⁴⁾ たとえば、特定の地域に同種の店舗が二件あり、特定の店舗で商品を購入してきた教師がその店舗の営業主の息子に悪い成績をつけたために契約締結を拒絶され、他方の店舗からは従前から競争相手と契約してきたことを理由に契約締結の拒絶を受けた場合には、ニッパードイの良俗に反する独占的地位の利用に関する見解によれば、双方ともに独占的地位にないため締約強制は導かれない。しかし、ビュルクは、法共同体 (Rechtsgenossen) のもとでの社会任務を考慮に入れるとこのような結論は妥当でないと考える。このように考える背景に、「BGB八二六条から導かれる『締約義務』は個人主義的な法体系を打破することができない。それゆえ、共同体法 (Gemeinschaftsrecht) の要求を十分に充たすことができない」との考えがあり、超実定法的な企業の供給義務を法的基礎として、そこから顧客に対して平等に取扱う義務が企業に課せられる。そのさいに、ビュルクは、契約締結申込者に期待可能な回避可能性がなく、契約締結拒絶者がその給付をすることについて期待可能性のあることを締約強制論の要件として付加する。⁽⁴⁵⁾

この、締約強制を超実定法的な企業の供給義務に基礎を置くビュルクの見解については、法規を締約強制論の基礎としないため裁判官に広範な裁量を与え、契約自由に対する広範な制限をもたらすとの批判がなされている。⁽⁴⁶⁾ なお、法共同体 (Rechtsgenossen) という用語は、ナチス支配時期における人種差別主義のもとで用いられてきたものであることを付言しておく。⁽⁴⁷⁾

(b) BGB八二六条にもとづく一般的な供給義務に関する諸見解

① 消費者保護のための一般的な供給義務

供給義務を基礎とした見解は、当初は超実定法的な観点に立脚して主張されてきたが、その後BGB八二六条の

解釈にとりいられるようになる。ティルマンは、小売業者が取引を開始することによって、陳列された商品売却の義務を負うと主張する。⁽⁵¹⁾ ティルマンの見解の根底には、消費者の保護を図るという目的があり、この見解を根拠づけるために、B G H一九六六年五月一八日判決を挙げる。⁽⁵²⁾ B G H一九六六年判決は、小売業者のした指定商品の製造者に対する販売拒絶行為が競争秩序に違反して違法である旨判示する。この判決のなかで、取引を一般の顧客に対して開放する者は、どの顧客に対しても商品を売却し、あるいはサービスを提供する意思があるとの説示がみられる。ティルマンは、この判例を引き合いにだして、個々人は取引を開始した店舗と取引をすることができ、この点につきB G B八二六条にもとづく一般的な私法上の請求権を有している、と論じる。このように解することによって、消費者の利益を図り、一般社会に対して生じうる損害を回避することができると結論づける。

このように、ティルマンの見解は、消費者保護のために広範囲にわたって締約強制を認めようと試みるものである。しかしながら、このティルマンの見解については契約締結の自由を根本的に制限するものであるとの批判がなされている。⁽⁵³⁾

②標準必需品、緊急必需品の供給義務

ビデュリンスキも、①に述べたティルマンの見解について、通常は顧客に回避可能性が存在し、契約締結を拒絶されたとしても他の店舗で同種の契約を締結することができると批判する。⁽⁵⁴⁾ そのうえで、締約強制を課す場面について、顧客に期待可能な回避可能性が存在しておらず、特定の需要を充足するための利益が存在する場合に限定し、締約義務のある商品や給付を「標準必需品」、「緊急必需品」に分けて論じる。このビデュリンスキの見解の根底には、だれに対しても分け隔て無く需要を充足させるといふ機能正義(Funktionsgerechtigkeit)を図るという考え

が潜んでいる。⁶⁵⁾

まず、平均的な人の標準の生活水準に属する需要を充足させるために特定の企業に供給義務が課されるとして、これを標準必需品という概念を用いて整理する。⁶⁶⁾ 標準必需品とは、今日において実際にだれもが自由に用いることができ、平均的な人によって通例必要とされる標準的な生活に属する商品と給付を指す。標準的な生活に属するか否かを判断するにあたっては、「特別の締約強制」の規定を指標とする。

次いで、緊急必需品とは、目前に差し迫っている損害を防止するために必要であり、すべての標準的な人が必要ときに得ることができる商品や給付を指す。⁶⁷⁾ たとえば、手術、事故を回避するために必要な車の修理のように、非常に様々なものを念頭に置いている。

ビドユリンスキは、以上に述べた標準必需品あるいは緊急必需品に該当する場合に、契約締結申込者に期待可能な回避可能性が欠如しているにもかかわらず、企業が正当な理由なく契約締結を拒絶すれば、契約締結拒絶者に締約強制を課するという結論を導いている。⁶⁸⁾ メディクスもビドユリンスキの見解を支持する。⁶⁹⁾

なお、グルーネヴァルトもビドユリンスキと同種の見解を主張する。⁷⁰⁾ グルーネヴァルトは、主要な学説が展開してきた、市場で力を有する企業に締約強制を課するという見解につき、その他の企業との均衡上問題があると批判する。そのうえで、締約強制を課すさいに決定的なのは、契約締結申込者、とくに消費者が特定の商品や給付を必要としているか否かにあるとし、契約締結申込者の必要性 (Angewiesensein) を軸に要件の定立を試みる。

③ 苦境の存在

②のビドユリンスキによる緊急必需品に関する見解と同種のものとして、ラーレンツの見解がある。ラーレンツ

は、契約締結拒絶者が独占的地位になくても、認識しうる間近に迫っている損害の回避に必要不可欠な商品や給付に関する契約締結を拒絶する場合には、その損害が重要なものであるかぎり、契約締結の拒絶が良俗に反し締約強制が導かれるという。⁽⁶¹⁾

たとえば、救命救急のさいには、それに対応できる医師が一人しか存在しないか多数存在するかにかかわらず、その診療契約の締結を拒絶すれば良俗違反となる。さらに、間近に迫っている損害の防止や阻止に関する商品や給付の契約締結を拒絶する場合にも良俗違反となる。

ただ、実際上は緊急を要するものであるがゆえに、裁判所によって締約強制を課すことにそれほどの意味はないとの疑問を呈する見解もある。⁽⁶²⁾ この見解によれば、契約締結拒絶者は契約締結の拒絶によって生じた損害を賠償するにとどまる。

(c) 基本法の平等原則の具現

次に、供給義務を導くために、基本法の平等原則を私法取引のさいにも適用しようとする見解について紹介することにしてよう。

キリアンは、補助金を受けている企業には、すべての者に均一に分配する義務が課されるという。⁽⁶³⁾ 具体的にいえば、特定の目的を有する公共施設は、その利用関係が私法上整備されている場合には、だれに対しても施設を利用させなければならない。その反面、これらの施設の利用者は、施設を利用することにつき関与請求権 (Teilhabanspruch) を有する。このように解すれば、補助金を受けている企業の契約締結の自由は制限されるが、キリアンは、この制限の根拠を基本法三条の平等取扱原則 (Gleichbehandlungsgrundsatz) に求めている。この原則との関連で、ノ

ルデマンは、私的な利益と一般社会の利益が対立している場合には後者の利益が優先されるとし、私的な契約締結の自由は平等原則（Gleichheitsgrundsatz）から制限されるといふ。⁶⁴⁾

また、グルーネヴァルトは、直接に平等原則を根拠としているわけではないが、補助金を受けている場合にも許可の場合と同様に優遇措置がなされていることから、許可から導かれる締約強制論を類推するべきであると主張する。⁶⁵⁾ このように述べたうえで、補助金を受け取っている市営劇場であっても締約強制が課されないと判示した③判決を批判する。

しかしながら、補助金の支給を締約強制論の法的基礎とする見解については、一で述べた③判決によって否定されているのに加えて、平等原則と私法の根幹をなす契約締結自由の原則が互いにその理念を異にしていることから、平等原則にもとづいて「一般の締約強制」を導くことに慎重な見解がある。⁶⁶⁾

（d）基本法の社会国家理念の具現

①私法取引における社会国家理念の考慮

本章第三節二で概略を示したように、社会国家理念の具現という観点からは、締約強制論が普遍的に発展する契機となった。基本法の理念を重視する見解は、社会国家理念に則って契約自由の制限を正当化する。

クノーベルは、契約自由といっても立法者によって社会的弱者の利益に反する法律が制定されるのを許容してはならず、社会的な弱者のために生活配慮（Daseinsfürsorge）を図るという観点から法秩序を構築すべきであると主張する。⁶⁷⁾ また、社会国家理念から社会的正義（soziale Gerechtigkeit）を実現するために、人間にふさわしい生活および生存の遂行のための請求権が生じる。結論として、クノーベルは、社会国家理念によって契約自由の内容が決定さ

れると結論づける。以下にも述べるように、「一般の締約強制」を論じるさいにこの社会国家理念を重視する見解が有力となっている。

次に、クリンゲンフスは、社会国家理念を具現するために、BGB八二六条が重要な機能を果たすという⁽⁶⁹⁾。人間にふさわしい生活の保障を図る基本法の根本原理は、私法上の経済取引が行われるさいにも考慮されなければならず、BGB八二六条の規定は、国家に対して給付を請求する根拠条文となる。これを前提に、社会国家理念にもとづく締約強制論を打ち立て、ドイツの基準における最低生活の保障に必要な商品や給付を締約強制の対象とする。具体的に、公法上または私法上供給義務が存在する電気や水等と並んで、基礎設備を締約強制の対象とする。いかなる商品や給付が締約強制の対象となるのかを判断するにあたっては、民事訴訟法八一一条の差押禁止物に関する規定が指標となるという。クリンゲンフスは、以上のように解することによって、社会国家の存続を確実なものにできると主張する。

②「一般の締約強制」と「特別の締約強制」の接合

ラーレンツは、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ことによって導かれるという⁽⁷⁰⁾。例を挙げれば、ごみ回収、公共的な図書館、美術館、画廊、展示等に締約強制が課されることになる。ラーレンツによると、これらに關与する企業は、一般社会のために供給任務を負っており、この点から特別法の類推を正当化することができる。

ハックルは、前段に述べたラーレンツの見解に賛意を示し、「生活配慮(Daseinsvorsorge)」の領域で締約強制が問題になるという⁽⁷¹⁾。ハックルによれば、生活に必要不可欠であり、社会生活においてだれもが期待し、生活を営む

うえで断念することのできない給付の提供がなされる場面で締約強制が問題となる。具体的に、電力、ガス、水の供給、動力用燃料の販売、公的に提供された文化財（公的な劇場、図書館、美術館）の利用の場面が念頭に置かれている。そして、生活配慮に関する給付のさいには、それを供給する企業に独占的性格がなくても、恣意的かつ正当な理由なく契約締結を拒絶することは許されず、契約締結の拒絶を禁じなければならぬと結論づける。このようにハックルは公的な商品を念頭に置いているのであるが、いわゆる公的な商品だけではなく、一般社会の利益を図るうえで重要な私的な商品も締約強制の対象に含める見解もある。⁷²⁾

③ 社会国家理念と契約締結の自由の関係

ボルクは、社会国家理念の実現と例外的に契約締結自由の原則を制限できる要素を関連づけて論じ、次の三要件を充たすときに締約強制が生じるという。⁷³⁾ 第一に、契約締結申込者に期待可能な回避可能性が存在しない場合である。回避可能性が存在する場合には、他の提供者から給付を調達することが可能であり、特定の提供者に締約強制を課す余地はない。なぜならば、契約締結申込者を保護する必要性がないにもかかわらず、特定の提供者の有する契約締結の自由を制限する結果となり、このような結果は妥当でないからである。したがって、特定の提供者に締約強制を課す前提として、契約締結申込者に回避可能性の存在しないことが必要となる。第二に、契約締結申込者がその求める給付に依存していることが必要となる。契約締結申込者が給付を調達できなくても不都合がないような状況にある場合には、特定の提供者の契約締結の自由を制限するための前提が欠けている。それゆえ、契約締結申込者が特定の提供者の給付に依存しており、給付を求める正当な利益を有していることが必要となる。第三に、提供者の契約締結の拒絶が正当な理由のある決定にもとづいていないという点である。この正当な理由の有無は、

具体的な事案に応じて判断される。

三 小括

一、二では、判例および学説の展開を具体的に検討した。以下では、これらの展開を再度まとめておこう。

ドイツ締約強制論における判例および学説の特徴を一言でいえば、契約締結自由の原則は私法の根幹をなしているため、この原則の制限は、立法によって基礎づけられていない限り、BGB八二六条の良俗違反にあたる契約締結の拒絶といえる事情が要求される。⁽⁴⁾そこで、いかなる事情が存在すれば契約締結の拒絶が良俗違反となるのか問題となる。

(1) 判例のまとめ

判例は、良俗違反にあたるか否かにつき、契約締結申込者の基本権保護という要素の他に、双方当事人の状況を総合的に検討して判断を行う。企業間の取引拒絶（第一場面）および劇場やカジノへの入場拒絶（第二場面）に関するものについては、契約締結の自由が重視されており、RGおよびBGHにおいて契約締結の拒絶を良俗違反とした判決は存在しない。

これに対して、社会生活と密接に関係する団体への受入れ（第三場面）や生活配慮といった生活と密接に関わる給付（第四場面）に関するものについては、次の二要素とともに充たす場合に契約締結の自由が制限され締約強制が課されうる。第一に、締約強制の対象につき、契約締結申込者にとって本質的な利益の追求や確保に関するも

の、あるいは、生活に必要な給付という要素である。第二に、契約締結拒絶者の経済上・社会上の優勢的地位あるいは独占的地位という性格ゆえに、他の提供者から同種の給付を調達できる回避可能性が契約締結申込者に存在しないに等しいという要素が重視されている。

(2) 学説のまとめ

判例の展開を受けて、学説はいかなる場合に締約強制が課されるのかにつき、様々な議論を展開してきた。本稿ではドイツにおける分類に応じて、企業の状態に着目した締約強制論と供給義務という観点からの締約強制論の二つに大別して学説の展開を辿った。

学説による締約強制論は、当初、企業の状態に着目した理論を展開する。ビーアマンは法律上の独占的地位を占める企業に締約強制の法理が及ぶとしていたところ、ニッパードイは事実上の独占的地位を占める企業に対して、良俗に反する契約締結の拒絶といえる場合に締約強制を課することができると主張する。さらに、許認可の付与を締約強制論の根拠とする見解も主張されている。これらの見解のうち、契約締結拒絶者の立場（法律上の独占、許認可の付与）のみをもって一律に締約強制を課するという見解については、契約締結拒絶者の契約締結の自由を無制約に制限するものであり、良俗違反にあたる契約締結の拒絶といえるさらなる事情が必要であるとの批判がなされている。そこで支配的な地位を確立したのが、前述したニッパードイの見解である。ニッパードイは、契約締結の拒絶がBGB八二六条の良俗違反に該当する場合につき包括的な考察を行い、事実上の独占的地位を占める契約締結拒絶者による商品流通の恣意的な遮断と契約締結申込者の契約締結拒絶者への依存性等を考慮に入れて、各々の取引状況から良俗違反性を判断するものである。

他方で、主に第二次世界大戦後には、供給義務という観点を前面に押し出した見解が提唱されている。これらの見解のなかには、超実定法的な観点やBGB八二六条から一般的な供給義務を導き出す見解が見受けられるものの、多くの見解は基本法の平等原則、社会国家理念の具現という目的から供給義務という観点を前面に押し出すものである。つまり、これらの基本法の目的を重視する見解は、私法取引のさいにも基本法の平等原則、社会国家理念に則った解釈がなされることを前提とし、基本法の原則に反する形でなされた契約締結の拒絶を締結強制論の基礎とする。

しかしながら、一言に供給義務といっても、どのような場合にこのような義務が発生し、契約締結の拒絶が良俗違反となるのかは、論者によって異なっている。締結強制の要件についていえば、契約締結申込者に回避可能性のない場合に限定するの可否かという点で判断が分かれている。また、締結強制の対象について、特定の商品や給付に限定せずに広範なものを対象とする見解から、一般的な生活水準に属する需要を包摂する見解や生活に必要不可欠なものに限定する見解まで、様々な見解が主張されているところである。

(3) 契約締結の自由が制限されるさいの要素

判例および学説の展開は以上のようにまとめられる。これらの具体的内容をみると、BGBの枠組みのもとで、いかなる事情が存在すれば契約締結の自由の制限が正当化されるのかにつき、次の三つの要素が判断の分岐点となっているように思われる。

第一に、契約締結の自由を制限するさいに契約締結拒絶者の地位と契約締結申込者の依存性をどの程度まで考慮に入れて判断するのかがという点である。契約締結拒絶者の独占的地位や経済上・社会上の優位的地位を締結強制論

の基礎とするのか否か、どのような場合に契約締結申込者がその相手方に依存しているといえるのが問題となる。

第二に、締約強制の対象をいかなる範囲に限定すべきなのかという点である。ここでは、生活に関連する様々な給付のうち、どのような給付であれば締約強制論を認めてよいのかが問われている。契約自由の原則をなし崩し的に制限することのないように、この範囲をどのように画するのかについて、一定の基準が必要となる。

第三に、基本法の理念から契約締結の自由を制限して「一般の締約強制」を課してよいのかという点である。たしかに、社会国家理念を具現するためのひとつの手段として特別法上締約強制が設けられているものの、これと同様の目的を達成するためにBGB八二六条の解釈をするさいに社会国家理念を組み入れることができるのが問題となる。

まさに、この三点を中心に判例および学説における締約強制論が展開されてきたのである。このように、ドイツの私法秩序において締約強制を課して契約締結の自由を制限する根拠および限界を画するうえで、以上に述べた三点をいかに解するのが重要となる。そこで本稿ではこれらの点を視野に入れて、契約締結自由の原則が制限される理論構造についてさらに分析を進めることにしよう。

次の第五節では、ブッシュの『私的自治と締約強制』において展開された締約強制論を概観することにする。⁽⁷⁾この見解は、本節で述べた判例および学説の締約強制論について、私法における契約締結自由の原則の規範構造を精密に分析した結果定立されたものではなく、契約締結自由の原則を制限するに足りるだけの十分な根拠を提示していないとの強い批判のもと、契約締結自由の原則を制限する締約強制論が私法体系といかなる関係にあるのかについて包括的な検討を行うものである。

注

- (1) 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・発展について」(二)〜(四・完)「法学新報八一巻五号四九頁以下、六号二八頁以下、八二巻一号二六頁以下、二号(以上、一九八〇年)五四頁以下。本稿で紹介する判例のうち、①〜③判決、⑥判決、第四場面のRG一九三一年判決は大村論稿によって紹介がなされている。
- (2) なお、本稿では、新規契約の締結強制の場面を主たる対象としている判例に限定し、更新契約の更新強制の場面とも関係する競争制限禁止法に関する判例は取り扱わない。
- (3) RG Urt.v.11.4.1901, RGZ 48, 114.
- (4) RG Urt.v.19.11.1926, RGZ 115, 254.
- (5) RG Urt.v.7.11.1931, RGZ 133, 388. 大村論稿は、③判決について、「独占的行動が良俗に違反するかどうかが判決の中心的課題におかれるのである。ここに、ライヒ裁判所の締約強制承認への極めて慎重な態度を窺い知ることができる」と評価する(大村・前掲注(1)八一巻五号六二頁)。
- (6) BGH v.7.7.1994, WM 1994, 1670.
- (7) BGH v.31.10.1995, NJW 1996, 248.
- (8) BGH v.15.12.2005, VersR 2006, 281.
- (9) Bonn Barbara Grunewald, Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, ACP 182 (1982), S. 181, 185. この点については、山下丈「定款の内容規制について」広島法学八巻一号(一九八四年)二九頁以下参照。
- (10) 山下・前掲注(9)二八頁以下。
- (11) BGH v.14.11.1968, NJW 1969, 316. 本判決については、山下・前掲注(9)三三頁参照。
- (12) BGH v.2.12.1974, BGHZ 63, 282. 本判決については、山下・前掲注(9)二九頁参照。本判決との関係で、学説において受人強制と

内容規制の問題が詳細に論じられる（Fritz Nickisch, Der verbandsrechtliche Aufnahmevertrag und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmeverordnungen, JZ 1976, S. 105ff.）。

(13) 競争制限禁止法二〇条六項は、経済的連合体・職業的連合体等による正当な理由のない受入拒絶、競争のさいに特定の企業に対して不当な不利益を与える形で受入拒絶をしてはならない旨規定する。

(14) BGH v.26.6.1979, NJW 1980, 186.

(15) BGH v.10.12.1984, BGHZ 93, 151.

(16) BGH v.23.11.1998, NJW 1999, 1326.

(17) BGH v.9.11.1989, NJW 1990, 761.

(18) RG UrI v.24.3.1931, RGZ 132, 273.

(19) Vgl. Sven Vykkydal, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, 1996, S. 142.

(20) RG UrI v.13.9.1935, RGZ 148, 326.

(21) なお、基本法五条一項、一二条一項の規定は、次の通りである。基本法五条一項は、「各人は、言語、文書、図画によって自己の意見を自由に表明し流布する権利、および一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由ならびに放送およびフィルムによる報道の自由は保障される。検閲は行われぬ」と規定する。また、基本法一二条一項は、「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、または法律の根拠にもとづいて、これを規律することができ」と規定する。

(22) Jan Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 165.

(23) Reinhard Bork, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14.Aufl.(2003), Vorbem zu §§145-156, S. 556.

- (24) たとえば、クリンゲンフスは、締約強制論を、①競争における企業の地位、②消費者に対する供給義務、③契約法に内在する原則の違反の三つに分けて整理する (Vgl. Henning Klungenfuss, *Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht*, 2004, S. 148.)。
- (25) なお、本稿では、「一般の締約強制」の全体像を示すにとり、各論的な問題に関する——契約交渉の不当破棄や外国人の入店拒否等の——学説は取り扱わない。
- (26) Johannes Biermann, *Rechtswang zum Kontrahieren*, Jher. Jahrb. 33(1893), S. 267, 267ff.
- (27) Biermann, aa.O.(N.26), S. 267, 280ff.
- (28) Klungenfuss, aa.O.(N.24), S. 150.
- (29) Hans Carl Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag*, 1920, S. 51f.
- (30) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 53ff.
- (31) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 54.
- (32) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 61.
- (33) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 61.
- (34) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 64f.
- (35) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 111f.
- (36) Nipperdey, aa.O.(N.29), S. 103ff.
- (37) 付言するに、ニッバータイの見解を支持する後の論者は、しばしば、独占的地位のみならず市場における支配的な地位を占める企業を締約強制の対象として位置づけてきた (Vgl. Klungenfuss, aa.O.(N.24), S. 153.)。
- (38) Vgl. Vykýdal, aa.O.(N.19), S. 146.

- (8) Bydinski, aa.O.(N.54), S. 1, 41.
- (9) Dieter Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17.Aufl.(2006), S. 37f.
- (10) Grunewald, aa.O.(N.9), S. 181, 194ff.
- (11) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14.Aufl.(1987), S. 48.
- (12) Klengenfuss, aa.O.(N.24), S.166.
- (13) Wolfgang Kilian, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180(1980), S. 47, 70f.
- (14) Wilhelm Nordemann, Anmerkung, NJW 1962, S. 207.
- (15) Grunewald, aa.O.(N.9), S. 192f.
- (16) 「Busche, a. a.O.(N.22), S. 195.」 。 なお、平等原則と契約自由の関係については、ダグマー・ケスター＝ヴァルチエン、釜谷真史＝角松生史訳「平等取扱と契約自由」法政研究七二巻四号（二〇〇六年）一二九頁以下参照。
- (17) Ulrike Knobel, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000, S. 123f.
- (18) Klengenfuss, aa.O.(N.24), S. 161ff.
- (19) 民事訴訟法八一一条は、差押禁止物として、個人的使用または家事に供する物や、債務者のために必要な四週間分の食料といふものに「一四項目に分けて規定する」。
- (20) Larenz, aa.O.(N.61), S. 48.
- (21) Karl Hackl, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht, 1980, S. 29.
- (22) Vykýdal, aa.O.(N.19), S. 163.
- (23) Staudinger-K. Bork, aa.O.(N.23), Vorbem zu §§ 145-156, S. 553ff.

(74) 判例および学説の大勢は本文に述べた通りであるが、これ以外にも、超実定法的な観点や基本法の平等原則を直接の根拠として締約強制を導く学説があることに留意されたい。

(75) Busche, a.a.O.(N.22), S. 1ff.