

契約締結の自由と採用の自由

——締約強制を中心に

大木 正俊

(早稲田大学准教授)

近年、派遣労働者や有期労働者に関して一定の場合に派遣先もしくは使用者に採用を強制（申込みみなしや承諾みなし）する規定が創設され、これをめぐって激しい議論が展開されている。この種の規制を消極的に評価する立場からは、このような規定は採用の自由への過度な制約であり、違憲の疑いもあると論じられている。本稿では、民法学における契約自由の原則や締約強制に関わる議論を参照することで、採用強制をめぐる議論に新しい視点をもたらすことを目的とする。本稿の検討からは、契約自由の原則は特定の時代の社会の特定の思想に基づいて成立した原則であること、個人主義的な意思主義に代わる契約思想を志向する近時の契約法論は締約強制論にも影響を及ぼしていること、他方で近時の契約法論は厳しい批判にさらされており、現時点では十分な説得力をもつ議論となるには至っていないことが明らかとなった。これらの知見は、採用強制規定に関わる現在の議論に以下のような示唆をもたらす。第一に、採用の自由の過度な制約であると主張する議論は、既存の採用の自由に関わる法理論からの逸脱を根拠とするものの、対象となる規定と既存の法理論との整合性をみただけではその法的正当性を論じきれない性質のものである可能性があること、第二に、既存の理論からの逸脱を正当化しうる新たな社会状況、思想を論ずるにあたっては、制度的契約論を参考に労働契約が提供する財・サービスの性質に着目した議論ができる可能性があることである。仮にそれが可能ならば、それは労働法の新たな理論体系構築の端緒となるだろう。

目次

- I はじめに
- II 採用の自由論の状況
- III 民法における契約自由の原則
- IV 締約強制論の展開
- V 分析と展望

I はじめに

採用の自由は、民法における契約法の基本原則である契約自由の原則から派生したものであり、使用者がもつ基本的な自由とされる。労働関係が契約関係である以上は、使用者にも契約の自由が

あるとされ、採用の自由は使用者の契約自由のひとつと位置づけられている¹⁾。したがって、採用の自由と契約自由の原則は、同質の原則と言える。

もっとも、採用の自由は無制限に認められるものではなく、労使に交渉力格差などがみられる労働関係の特性を反映して、労働法独自の原理に基づいた種々の制限をうけている。いかなる場面で採用の自由が制限されるかは、基本的には労働法の論理によって決定されており、これまで民法の契約自由の原則に関する議論が参照されることは少なかった。

近年、採用の自由に対する立法上の規制は大き

く進展した。具体的には、募集・採用において一定の事由に基づく差別を禁止する法規制や一定の場合において労働契約の締結を使用者に強制する法規制などが相次いで登場した。

このうち、労働者派遣法における派遣先の申込みなし制度や労働契約法における有期5年経過後の無期転換制度という労働契約締結を強制する制度については、これらの規制が採用の自由に対する過度の制約ではないかとの疑問を提示する学説が現れるなど、活発な議論が展開されている。採用の自由を重視する見解は、採用の自由はこれまで高い水準で保障されてきたこと、および一連の法規制は十分な法的正当性をもたないことを論拠にするのに対し、法規制を擁護する見解は、契約締結の自由への制約は他の私法分野においてもみられることなど示してこれに応じている。もっとも、いずれの見解からも、採用の自由の具体的な内容について従来の議論を超えるような分析はされておらず、採用の自由を制約するだけの理由が「ある」「ない」の水掛け論になってしまっているとの感拭えない。採用の自由という法原則をこれまでとは別の視点から再検討する必要性が出てきている。

以上を前提に本稿では、民法学での契約自由の原則に関する議論の展開、および締結強制に関する議論の展開を跡付け、採用の自由の具体的な内容について新たな知見を加えることを目的とする。ここで、民法分野の議論を参照することの意義は以下の2点にまとめられる。第一は、採用の自由が民法の基本原則である契約自由の原則から派生したものであることである。採用の自由は、契約自由の原則の理解なしに論ずることはできない。第二は、2007年の労働契約法の制定や2017年の民法（債権法）改正を契機に、労働契約理論と民法理論の関連が改めて問われていることである。近年では民法理論においても交渉力格差や契約の継続性に着目した議論が展開されており、その議論と労働法の理論の関連はいまだ十分に論じられてはいない。

以下では、まず労働法学における採用の自由をめぐる議論の状況について概観したのち、私法分野における契約自由の原則に関する状況を紹介す

る。その後、私法分野における法的状況が採用の自由論について示唆するものを考察することとする。ただし、紙幅の都合上、差別禁止の問題は検討対象から外し、採用強制・締結強制の問題に絞ったかたちで検討をすすめる²⁾。

II 採用の自由論の状況

1 判例としての三菱樹脂事件

(1) 三菱樹脂事件判決

採用の自由については、1973年の三菱樹脂事件最高裁判決³⁾が現在でもリーディングケースとされている。同事件は、大学在学中に政治活動を行っていたことを採用試験時の身上書に記載せず、また面接においても虚偽の回答によりそれを隠匿して採用された原告が、試用期間終了後に本採用を拒否されたため、その効力を争って労働契約上の地位などを求めた事案である。訴訟において使用者側は、原告の隠匿等は民法96条の詐欺に該当し、管理職要員としての適格性を否定するものであるから本採用を拒否したと主張したのに対して、原告側は、本採用拒否は思想・信条を理由とする差別待遇であり、憲法14条、19条、労基法3条に違反して無効であるなどと主張した。

最高裁は、採用の自由について以下のように述べる。まず、憲法は原則として私人間に適用されるものではないとの理解に基づき、憲法14条は私人間での個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害を直接禁止するものではないこと、労基法3条は雇入れ後における労働条件についての制限であり、雇入れそのものを制約する規定ではないこと、思想、信条を理由とする雇入れの拒否を直ちに民法上の不法行為や公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできないことが指摘される。

そして、「憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のた

めに労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者そのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」として、企業者の契約締結の自由もまた憲法上保障される基本的人権であるとし、企業者による思想信条に基づく採用拒否は「当然に違法とすることはできない」とされる。これに加えて、判決は「企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求め、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない」として、契約締結の自由から思想信条の調査をも認める。

(2) 三菱樹脂事件最判の判例性

学説は、三菱樹脂事件判決を思想・信条に基づく採用拒否を違法とせず採用の自由を広範に認めたとの評価したうえで、その採用の自由重視の姿勢を批判してきた⁴⁾。

他方で、その後の立法などにより、採用の自由が三菱樹脂事件判決当時より狭くなっているという現象も生じている。具体的には、(1)男女雇用機会均等法など採用の自由を制限する立法が相次いだこと、(2)下級審裁判例のなかには、思想信条等が採否判断の直接決定的な理由である場合には憲法諸規定の精神に反するとした判決⁵⁾や採用段階における労働者の同意なきウィルス感染検査を違法として損害賠償を認めた判決⁶⁾などがあらわれたこと、(3)個人情報保護が進展し、指針などにおいて思想および信条等の情報の収集が原則として禁止されたことなどが挙げられる。

もっとも、上記のような状況の変化があったにもかかわらず、裁判所は同判決を確立した「判例」として扱い続けてきた⁷⁾。同判決を引用する諸判決をみると、思想・信条に基づく採用における差別の事例が多く、また、労組法7条1号が禁止す

る組合員であること等を理由とした不利益取扱いの範囲を採用の場面では大幅に限定する最高裁判決で引用されている。同判決は、企業の採用の自由を相当広範に許容したもとして裁判所に認められていることがわかる。

2 近年の立法をめぐる議論

(1) 近年の非正規雇用立法における採用強制への批判

近年の立法では、非正規雇用に対して安定的な法的地位を保障する観点から、一定の場合に使用者に採用を強制（申込みなしや承諾みなし）する制度が創設された。具体的には、派遣先が一定の違反行為等をおこなった場合の派遣先による派遣労働者への申込みなし制度（労働者派遣法40条の6⁸⁾）および有期契約が5年を超えて継続した場合の有期労働者への無期転換権の付与（労働契約法18条）がそれにあたる。

これらの立法に対しては、採用の自由への過度な制約であるとの立場から批判がなされている⁹⁾。細かいニュアンスの差はあるものの、これらの立場は契約締結の自由が最大限尊重されるべき原則であることを前提としている。具体的には、「契約締結の自由、相手方選択の自由は最大限尊重されなければならない」¹⁰⁾、「使用者が場合によっては意に反して労働契約の成立を事実上強制されるのは、日本で強固な理念として広く承認された『採用の自由』に反する……ひいては違憲の疑いさえある」¹¹⁾と述べられている。

また、最高裁判決は企業活動としての合理性を実質的根拠にして採用の自由を認めるものであるから、一般的な契約自由の原則を挙げるだけでは根拠として不十分としながらも、結論として同判決の合理性を認める見解もある¹²⁾。この見解はまた、契約締結の自由への制約を(1)契約締結を義務づけられることと(2)義務違反の場合に契約締結を強制されることの2段階に分けたうえで、これまでの法規制は(2)の段階の契約締結の強制には踏み込まない点等において採用の自由に配慮していたのに対して、近年の非正規雇用立法は(2)の段階にまで踏み込んでいる点を問題視する。

(2) 立法を擁護する立場からの応対

これに対して、これらの立法を擁護する立場からは以下のような反論がなされている。

第一に、三菱樹脂事件最高裁判決自体の判例性に疑問が提示されている。学説のなかには、JR北海道事件最高裁判決を批判する文脈で、三菱樹脂事件最高裁判決の判例性に疑問を投げかける見解が示されており、この見解によれば、(1) 同判決に対しては、多くの学説から、憲法論、労働基準法3条論、公序良俗論などにおいて理論的な批判がなされているが、同判決中ではその批判に対抗しうるだけの理論が展開されていないこと、(2) 労働者の人格的権利の保護や性差別の禁止に関わるその後の最高裁判決や立法により三菱樹脂事件最高裁判決の射程は狭まっていることなどから、同判決を「判例（法的拘束力はないが事実上下級審を拘束するもの）」とみることはできないとする¹³⁾。この立場は、その後の非正規雇用立法を擁護する文脈においても基本的には維持されている¹⁴⁾。

第二に、民法の契約自由の原則に立ち返って採用の自由を検討しても採用強制は正当化できるとの立場が示されている。すなわち、特別法における締約強制に関わる規定を紹介し、契約締結の自由にも制限が多く見受けられることを指摘したうえで、「[契約自由には] 個人の私的自治的な権利の観点だけからみるのではなく、市場経済を適切に機能させる制度としてみるべきであり、そこでは、……経済弱者のための利益調整が制度的に埋め込まれている」との立場から、契約自由の原則の憲法上の意義を検討し、労働者派遣法の労働契約申込みみなし制度は均衡を失するものではないとの結論を導く見解である¹⁵⁾。

以上要するに、批判論は近年の立法が従来判例法理の範囲を超えるものであることを論証しているのに対して、擁護論は、判例性それ自体に疑問を投げかけるか、従来判例法理の範囲を超える立法も認め得ることを論証しようとしているとまとめられよう。

Ⅲ 民法における契約自由の原則

1 近代における契約法の機能と思想¹⁶⁾

契約の概念は近代以前からあるが、契約が社会に占める役割が格段に大きくなり、財産関係のみならず社会関係の多くが契約によって形成されるようになったのは近代以降である。これは、貨幣経済に基づく市場経済が著しく拡大したことによって生じたものとされる。すなわち、近代ではそれ以前の身分的協同体的な自給経済に代わって分業に基づく商品経済が発達したが、これは法的には生産と分配が契約によって行われることを意味したのであり、市場と契約は密接な関係をもつ¹⁷⁾。

市場と契約が密接な関係をもつのであれば、市場機構の変容は契約にも影響を及ぼすことになる。この点について、ある契約法の教科書では、市場の変化と契約の概念・機能の関連について以下の5点が指摘されている¹⁸⁾。

すなわち、(1) 社会主義諸国の解体と市場経済への移行などにより、市場機構の作用する範囲が国家を超えて飛躍的に拡大しているため、取引の地球規模への拡大化(globalization)は「不可避の現象である」とさえ思われる」程度になっていること、(2) 通信機器の驚異的な進歩により取引の国際化・大規模化・迅速化が急速に進展し、その結果国家の壁を越えて共有すべき規範や紛争処理機関の必要性などが認識されるようになったこと、(3) 大規模企業が市場において支配的な地位を占めるようになり、大量の取引を合理的かつ安価に処理するために、あらかじめ工夫され、書面化され、定型化された内容の条項(約款)を用いるようになった結果、自由な合意による取引の行われる場合が縮小し市場の機能が犠牲にされること、(4) 法律的には契約という形をとりつつ、緩やかな組織をなす、純粹の市場機構と純粹の組織との中間にあたるもの(「中間組織」)の重要性が増していること、(5) 市場において生産され、消費される財が著しく多様化した結果、民法の規定に根拠を持たない種類の契約が著しく発達し、それらが取引における法的枠組みの基本となっているこ

とが指摘されている。

以上が契約の機能に関する説明であるが、契約を支える思想も近代とそれ以前では異なり、近代の契約は当事者の自由と意思を重視する点に特徴がある。すなわち、近代以前の封建制社会で顕著にみられた領主と家臣・臣民、親方と徒弟などの身分的な関係では、相互になすべき給付の内容は確定しておらず、身分的な支配・服従関係の中で、包括的で不定量の負担があったのに対し、近代の契約では、「身分から契約へ (from status to contract)」¹⁹⁾ という言葉でも示されるように、契約は当事者の自由な意思によって発生するものとされ、債権者は債務者に対して「特定の行為」を請求できる権利(債権)をもつのみで、全人格的な支配は生じない。以上のように近代の契約は、個人主義・意思主義の思想の反映でもある。

2 契約自由の原則

契約自由の原則は、従来、日本においては法律上の明文の規定をもたなかったものの²⁰⁾、所有権絶対の原則および過失責任の原則と並ぶ民法の基本原則とされ、一般に、(1)契約を締結または締結しない自由、(2)契約の相手方を選択する自由、(3)契約内容決定の自由、(4)契約締結方式の自由から成るといわれる²¹⁾。多くの契約法の概説書では、これら4つの自由の具体的な内容にこれ以上触れないが、平井宜雄はこの4類型を以下のように分析し、(1)(2)が市場経済を採用する国家一般に妥当する普遍性をもつ原理であるのに対して、(3)(4)は特定の法体系の背景にある思想を反映した原理とみている²²⁾。

まず、(1)および(2)の意味での契約の自由は、契約が市場機構の法的枠組みであることのコロラリーであるとされる。市場機構は誰もがより大きな利益を得られる取引の相手方を求めて自由に参入し、かつ利益を得られなくなれば自由に退出できるところに意味があり、そのことは、取引を欲する者が、他者の意思からは独立して取引の相手方および内容を決定できることを要請しているからというのがその理由である。したがって、(1)および(2)の意味での契約の自由は、市場経済を採用する(現在の多くの)国家において、当然に

認められるべき原則であるとされる。

これに対して(3)は、(a)当事者の意思の拘束力、あるいは当事者の意思が権利義務の源泉となるという哲学的・思想的背景²³⁾が存在する大陸法系諸国と(b)契約が両当事者の意思の合致としてではなく、交換を基礎とした当事者の約束として観念される英米法系とで法技術的意味は異なり、(3)は前者の大陸法系における意思理論を媒介として(1)(2)と並んで「私的自治の原則」、「法律行為自由の原則」の内容をなすに至ったものと評価される。また、(4)は一定の方式を備えることを契約の成立要件とした方式主義の伝統の克服の結果生まれたものであり、その意味で(3)の延長に位置づけられるものとされる²⁴⁾。

以上の分析からは、締約強制・採用強制は(1)(2)の例外として位置づけられ、市場機構の基本的な機能にかかわる問題であることが示唆される。

3 近年の契約法論の展開——契約自由の原則の相対化

民法学では一時期以降、アメリカの関係理論に示唆を受けて、これまでの契約法の議論において暗に典型的な契約として想定されてきた、自立した当事者間において1回限りでなされる契約(「一時的契約」とは異なるタイプの契約を「関係の契約」と呼んで区別したうえで、現代社会においては後者の重要性が高まっていることを指摘し、両者には異なる法的規律が要請されることを総合的に理論化する試みがおこなわれている²⁵⁾。

一時的契約と対比される契約類型を提示する議論としては、このほかに「継続的契約」や「組織型契約」という語を用いるものがあり²⁶⁾、また、近年では関係の契約論を論じていた学者が関係の契約から外れる法現象を「制度的契約」と位置づけてその法的規制を論じるが²⁷⁾、これらはすべて一時的契約以外の契約類型の重視や意思主義への懐疑などよく似た問題意識に基づいている。

すなわち、関係の契約等としてイメージされる契約類型は論者によって微妙に異なるが、いずれの議論も関係の契約等を、申込みと承諾という意思の合致により契約が成立するという一時的、個

人主義的な古典的契約モデルが馴染まないもの捉えている点に特徴がある。

その具体的な意味については、関係的契約論に関しての言説であるが、(1)契約実態として継続的契約に注目させたこと、(2)理念・原理的に「利他主義」の世界、すなわち社会連帯や信頼保護の側面をクローズアップさせたこと、(3)関係当事者の権力問題に着目し、弱者保護的な法理を志向したことが指摘されている²⁸⁾。これらは「継続的契約」や「組織型契約」など他の議論にも共通して言えることであろう。

以上のように、近年の契約法学では上記(1)ないし(3)の特徴をもった契約に着目し、伝統的な意思理論からは導出できない法規制を理論的に正当化することが行われている。

もっとも、この種の類型の契約は、労働契約や借家契約など従前から認識され特別法も作られていたし、企業間における継続的取引についても、契約上の権利義務の確定においては信頼関係に十分配慮された法解釈などがなされており、法現象として従前から全くなかったとか認識されてこなかったわけではない²⁹⁾。

したがって、近時の議論の新規性が問われることになるが、それは以下の2点に集約されよう。第一は、契約自由の原則は、特定の時代における思想を反映したものであることを明確にした点である。古典的な契約像が契約法のモデルとなったのは、古典的契約が典型的であったからではなく、それらが確立した19世紀の西洋の社会システム、倫理観や信義の観念と結びついた個人主義的な意思主義の思想があったからである³⁰⁾。

第二は、現代の契約法は従来労働法や借地借家法などの個別領域でみられた近代契約法の「修正」とみるのでは正当化しきれないほどの構造的変化を内包していることを明らかにした点である。

すなわち、現代の契約法においては、(1)契約成立段階だけでなく契約内容への積極的な介入が求められ、契約内容の有効性判断において成立時の事情が考慮されるようになってきていること、(2)規範形態においても一般条項のような実質的な裁量判断を介在させてはじめて適用可能な規範がよ

り多く用いられていること、(3)(2)の変化は訴訟にも影響を及ぼし、(当事者がするべきであった合理的行動を前提にした行為規範をそのまま適用するのではなく)事後的に当該契約をめぐるそれまでの事実経過を全体として評価して判断する思考様式が広がっているため古典的な契約像の修正では不足、それとは異なる新たな契約像とそれを支える思想が必要とされている³¹⁾。

4 民法(債権法)改正と契約自由の原則

民法にはこれまで、契約自由の原則に関する規定は置かれていなかった。これは、民法制定時に基本となる原則についてはできるだけ記載しないし、例外を規定することによって原則を読み取らせるとの方針がとられたことによる³²⁾。

しかし、2017年の民法(債権法)改正では、新たに前述の契約自由の原則の4類型に対応する規定が創設された。具体的には、契約締結の自由に該当するものとして「何人も、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をするかどうかを自由に決定することができる」(521条1項)、「契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる」(同条2項)、「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示(以下『申込み』という。)に対して相手方が承諾したときに成立する」(522条1項)、「契約の成立には、法令に特別の定めがある場合を除き、書面の作成その他の方式を具備することを要しない」(同条2項)という規定が新たに定められた(改正法は2020年4月施行)。

契約自由の原則の明記については、2013年2月の法制審議会民法(債権関係)部会における「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」では、「契約の当事者は、法令の制限内において、自由に契約の内容を決定することができる」(試案26.1)という契約内容決定の自由に関する規定のみ設置が提案されるにとどまっていたが、2014年2月の「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(9)」では、改正案の通りの4類型が定められることが提案された。

4類型すべての明記が提案された理由について、「たたき台」では以下のように説明されてい

る。すなわち、中間試案の段階では契約内容決定の自由のみの明記とされたのは、「内容決定の自由以外については法技術的な意味が乏しいと考えたことや、契約締結の自由、相手方選択の自由については、その自由を強調することに対する懸念も示されたから」であるが、(1)内容決定の自由だけを取り出して規定を設けるのはバランスを失うこと、(2)契約締結の自由については、契約交渉の不当破棄の項目において、交渉破棄し契約を締結しなくても原則として損害賠償義務を負わないという形で明文化されており、明文化しない決定的な理由はないことから、4類型すべてが明記されることとなった。そして、契約締結の自由、相手方選択の自由の強調への懸念については、法律による制限を明記することで対応するとされた。

以上の経緯からすると、民法（債権法）改正における契約自由の原則の条文化は、これらの自由を強調することを狙いとしたものではなく、既存の状況の確認をおこなったものに過ぎないものと評価できる。もっとも、民法（債権法）改正の背景のひとつには、国際取引の領域における取引法統一化の動きがあるとされており、改正の内容が企業取引重視の姿勢から「当事者の合意重視」³³⁾であると分析されている³⁴⁾。改正後の民法が市場主義的な潮流に飲み込まれ、弱者保護がおろそかになることへの懸念も示されていることも考慮すると、今後契約自由を重視した解釈がこれらの規定についてなされる可能性もある³⁵⁾。

IV 締約強制論の展開

1 従来の学説の議論³⁶⁾

契約締結の強制にかかわる規定は、1900年の鉄道法、郵便法、電信法などに古くから存在していたが、この問題が学説の関心を集め始めたのは、1923年9月の関東大震災のときである。関東大震災は、東京市や横浜市を中心に関東地方に大きな打撃をもたらした。地震により被災者の生活上必要な物資が不足することとなったが、これを奇貨として暴利行為をはたらく企業が出てきた

ため、これを防ぐ目的で、一部の生活必需品について暴利取締令や非常徴発令などの緊急勅令が発せられた。

このような状況を背景として、学説では、契約への国家の介入を正当化しつつドイツの契約強制論の導入が試みられた³⁷⁾。すなわち、「私人の利益と国家社会或はその大衆の利益とが相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ところであり、「戦時又は変事或は時に平和の都でも食料品材料品土地住宅労力、就職口等を管理分配し殊に経済の能力少なき大衆の経済生活を保護するがためには国家の干渉の手が私法に及ぶは当然の結路である」とされ、締約強制が正当化されている。もっとも、当時の立法の関心は暴利の取締りなど契約内容への介入にあり、締約強制への関心は薄かった。

その後、戦時体制に入り、戦時下においては国家内のすべてが国家目的に向かって統合されるべきとの思想から、契約自由は大幅に制限されることとなった。すなわち、かつては暴利企業から国民を保護するために締約強制論が論じられたが、「近時に於ける政治上の変化は立法及行政上或団結的行動に出づるの必要を感ぜしめ、各人の私法上の自由は著しく抑制凝縮されるに至った」ことから、戦時状況に適應するための法理として締約強制論が論じられた³⁸⁾。この時期の議論に特徴的なのは、国家統制を全面的に肯定している点であり、それは締約強制に併せてドイツの命令契約概念も紹介されている点に表れている。命令契約とは、国家機関による法律関係の形成によって私人間の契約と同様の法律関係を生じさせるもので、締約強制の極致とされる。この時期には契約自由の原則自体が「公益といふ高き文化的理念より、公益を進むる一手段」と位置づけられ、締約強制は「其の所を得せしむる為、加ふる援助」であるとされた³⁹⁾。

戦後は、この問題についてほとんど関心は持たれず、強い公益性とある程度の独占性がある事業および一定の資格を必要とする公益性の強い業務

に従事する個人について、締約強制が認められると認識される程度であった⁴⁰⁾。

2 締約強制に関わる法令上の規定

締約の強制が定められている法令はかなりあり、これらはいくつかの類型に分類できる⁴¹⁾。

第一は、生活上重要な物資・サービスを独占的に供給する事業について、事業者が承諾義務を定めるものである。具体的には、道路運送法13条、電気事業法18条1項、ガス事業法16条1項、水道法15条1項などがそれにあたる。このうち、電気事業法の承諾義務は、それに違反したとしても契約の成立をみるものではないとする判決⁴²⁾があるのに対して、水道法の承諾義務について私法上の効力を認め給水契約が成立したとする判決⁴³⁾がある。

第二は、医師など業務独占がある場合や生命、健康、財産の保持に関する公共・公益的サービスの提供者に承諾義務を定めるものである。医師法19条1項、歯科医師法19条1項、公証人法3条、旅館業法5条などがそれにあたる。医師法上の応召義務の性質に関する裁判例としては、私法上の義務を否定する判決⁴⁴⁾と義務違反の場合に損害賠償義務を負うとする判決⁴⁵⁾があるが、契約成立を論じるものはないようである。

第三に、協同組合など特定の産業の発展とその従事者の経済的地位の向上などを目的とした事業団体について、加入資格をもつ者からの申込みに対する承諾義務が定められている。水産業協同組合法25条、農業協同組合法20条、消費者協同組合法15条2項、中小企業等協同組合法14条、森林組合法35条などがそれにあたる。このうち、水産業協同組合法25条については、私法上の効力を認め、組合加入が認められた最高裁判決がある⁴⁶⁾。もっとも、この判決の背景には、同協同組合が漁業権を排他的にもっており、漁業をおこなうためには実質上漁業協同組合への加入が不可欠だったという事情がある⁴⁷⁾。

第四に、財・役務の提供者と受領者の間にすでになんらかの法律関係があり、その継続もしくは終了に伴う利害の調整を図るための締約強制がある。具体的には、借地借家法5条の借地契約の更

新請求、同法26条の建物賃貸借契約の更新請求などがある⁴⁸⁾。

そのほかに、公共放送の健全な発達を図る目的で放送受信設備の設置者に受信契約の承諾義務を課す、放送法の規定⁴⁹⁾や、緊急の必要がある場合に生活物資の買い占めや売り惜しみを制限する目的での締約強制を定めた生活関連物資等の買い占め及び売惜しみに対する緊急措置に関する法律上にも規定がある。

3 民法学における締約強制に関わる議論

以上のように締約強制に関わる法令上の規定は多数にのぼる。この状況に対して、民法学においてはいかなる議論がなされてきたのだろうか。以下では、消費者保護の観点から公益事業における締約強制規定の問題を指摘した見解と公益事業における締約強制を理論的に裏付ける見解を紹介することとする⁵⁰⁾。

前者は、公益事業における締約強制は、事業者が独占事業者であり、そこで提供される財・サービスが必需品である場合には、契約内容の事実上の強制を伴うことを問題視する⁵¹⁾。すなわち、独占事業者と消費者との契約においては消費者のための生活配慮が要請され、その観点から見た場合、生活配慮領域の料金体系については、国民に不利な料金体系が採用されていること、公共料金の値上げが恒常化、強化されていることを問題視する。この議論は、締約強制それ自体ではなく、その前提とされているサービスの独占状態が消費者の利益を損なうことを問題視したものといえよう。

後者は、公法学において公益事業における締約強制を正当化する論理として用いられている独占性・公益性とは異なる観点から締約強制の理論的基礎付ける議論である⁵²⁾。この議論は、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理由として、提供される財・サービスに内在する特質に着目する。一定の財・サービスの給付には「外部性」が存在しており、それゆえに、この種の財・サービスの給付が関わる契約では個別の当事者の意思が支配する領域は限られるとする。そして、その種の契約は「制度

的契約」と名付けられる。ここで用いられる「外部性」は、経済学におけるそれとは異なる概念であり、個々の契約が他の同種の契約や社会一般に影響を与えるため、同種の他の契約との公平に対する配慮が要請されることをいうとされている⁵³⁾。

そして、このような制度的契約の特質として、(1)契約締結の際に、個々の当事者が契約条件の交渉し、個別に交渉することは正義公平に反するという個別交渉排除原則、(2)財・サービスは資格をもつ者については、平等に差別なく提供されるべきとする締約強制・平等原則・差別禁止原則、(3)契約の拘束力が正当性を得るためには、契約の内容・運用に対して、財・サービスの潜在的な受給者が直接的・間接的な方法で集権的に決定に参加できる仕組みが確保されている必要があるという参加原則、(4)給付の内容・手続きについて透明性がなければならないという透明性原則の4つが指摘されている。

もっとも、上記の議論が民法学界において批判無く受け入れられているわけではない。まず、前者の議論については「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」⁵⁴⁾等として論証不足が指摘されている。後者については、当事者の意思をあまりに等閑視していることへの批判および外部性概念が曖昧であり、正当化根拠となるだけの十分な内実を備えていないとの批判がなされている⁵⁵⁾。

V 分析と展望

1 本稿の議論の分析

以上契約自由の原則および締約強制論の展開を跡づけてきたが、これまでに明らかになったことのうち本稿の問題関心からは、以下の点が注目される。

第一に、契約自由の原則は特定の時代の社会の特定の思想に基づいて成立した原則であるということである。同原則は個人主義的な意思主義の思想を色濃く反映したものであり、同原則が成立した当時の社会実態をそのまま反映したものではな

い。また、近年の契約法論は、契約をめぐる現代の法現象の観察から、契約法には個人主義的な意思主義の思想に代わる新たな契約思想が必要とされていることを指摘している。今後すぐに契約自由の原則が原則としての地位を失うということは考え難いが、国家による介入をより正当化する契約思想に置き換わる可能性もある。ただし、その新たな契約思想が社会経済全体にとって望ましいものとは限らないことは、戦時の国家総動員体制が締約強制を後押しした経験からも明らかであろう。その意味で制度的契約論が正当化に用いる「外部性」という概念には危うさがある。この議論に対しては、民法学の内部からも厳しい批判がなされているのは、上記の懸念からきているものと考えられる。

第二に、第一の点とも関連して、個人主義的な意思主義に代わる契約思想を志向する近時の契約法論は締約強制論にも影響を及ぼしていることである。制度的契約論は、「外部性」をもつ財・サービスを得る資格をもつ者については、平等に差別なく提供されるべきとの観点から締約強制を正当化している。ここでは、契約締結段階の規制である締約強制と契約内容への規制である平等原則・差別禁止原則が一体として論じられている点が注目される。これは、裏面からみれば、制度的契約論においては、締約強制は、受ける側に平等な取扱いを要求する程度に「外部性」をもつ財・サービスであるがゆえに要請される規制であると位置づけられよう。これを労働契約にも応用すると、派遣労働者の直用化や有期契約の無期化がこの意味での高度な「外部性」をもつサービスに関わる規制と言えるか否かがこの問題の鍵となる。

また、第三に、他方で近時の契約法論は厳しい批判にさらされており、現時点では十分な説得力をもつ議論となるまでにはいたっていないことである。個人主義的意思主義に変わる契約思想は、ともすると戦時統制の思想にもつながってしまいかねない繊細な概念である。それゆえ、十分な説得力をもたない議論を受け入れるのには危険が伴う。もっとも、近時の契約法論の背景には、「新しい社会現象に向き合ったとき、既存の法体系・法制度・法理論との整合性を論じることで法的正

当性を論じるという方法では、論じきれない問題が生じている」⁵⁶⁾ ことがあるのも確かである。したがって、近時の契約法論を過度に軽視することもまた適切ではない。

2 展 望

以上本稿の議論をまとめたが、これらの知見は採用強制規定に関わる現在の議論に以下のような示唆をもたらすであろう。

第一に、採用強制に関する規定に対して採用の自由の過度な制約であることを主張する議論は、既存の採用の自由に関わる法理論からの逸脱を論じるが、これらの規定は、そもそも既存の法理論との整合性をみるだけではその法的正当性を論じきれない性質のものである可能性がある。最高裁判決が示した採用の自由も特定の時期・状況を反映したものに過ぎないため、新しい状況が生じているならば採用の自由のあり様も変わる可能性があるからである。

他方で、これらの規定を擁護する立場も、三菱樹脂事件判決の判例性を批判したり、非正規雇用問題の深刻さを論じるのみではならず、採用の自由を支える社会状況、思想の変化にまで踏み込んでこれを論じる必要があるのではないか。

第二に、第一の論点とも関連して、その新たな社会状況、思想を論ずるにあたっては、制度的契約論を参考に労働契約が提供する財・サービスの性質に着目した議論ができる可能性がある。制度的契約論は、これまで公益事業に関して公法学において論じられてきた公益性や独占性ではなく、その財・サービスがある種の性質（「外部性」）をもつことを規制の根拠としていた。その概念は、公益の暴走を止められない危うさをもつものの、他方で、伝統的個人主義・意思主義を超えた議論をするには、ある契約が当事者以外の客体にも影響を及ぼすことがまず論証されるべきであることを示唆しているのは興味深い。労働契約においても、指揮命令下の労務給付や賃金をもつ社会的な意義の変容などに着目して、労働契約のもつ新たな意味を議論することも可能かもしれない。仮にそれが可能であるとすれば、それは労働法の新たな理論体系を構築の端緒となるだろう。

- 1) 菅野和夫『労働法 第11版補正版』（弘文堂、2017年）213頁。
- 2) 差別禁止法制については、これまで労働者の基本的権利の保護という視点から論じられてきたが、契約が市場において果たす役割（後述）に着目すると、この問題を労働市場における労働市場機能の整備という視点からも論じることができそうである。
- 3) 三菱樹脂事件最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。
- 4) 慶應病院事件東京高判昭和50年12月22日労民集26巻6号1116頁。ただし、当該事案では決定的理由ではないと判断。
- 5) 東京都（警察学校・警察病院HIV検査）事件東京地判平成15年5月28日労判852号11頁、B金融公庫事件東京地判平成15年6月20日労判854号5頁。
- 6) 近年でも、和田肇『人権保障と労働法』（日本評論社、2008年）1頁以下など。
- 7) JR北海道事件最一小判平成15年12月22日判時1847号8頁など。
- 8) 2015年改正後の条文。規制の変遷については菅野・前掲注1）394頁以下。
- 9) 小島典明「採用の自由とその制約」阪大法学59巻3・4号（2009年）125頁、同「採用の自由とその制約・続」阪大法学60巻2号（2010年）237頁、大内伸哉「雇用強制についての法理論的検討——採用の自由の制約をめぐる考察」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望』（有斐閣、2013年）93頁、野田進「有期・派遣労働契約の成立論的考察——労働契約の合意みなしと再生室決定との対比をめぐる」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望』（有斐閣、2013年）219頁、本庄淳志「派遣先企業の責任」土田道夫＝山川隆一編『労働法の争点』（有斐閣、2014年）162頁。なお、拙稿「非正規雇用の雇用保障法理および処遇格差は正法理の正当化根拠をめぐって一考察」日本労働研究雑誌691号（2018年）10頁も参照。
- 10) 小島・前掲注7）。
- 11) 野田・前掲注9）。
- 12) 大内・前掲注7）。
- 13) 萬井隆令「『判例』についての一試論——三菱樹脂事件最高裁判決・採用の自由論は『判例』なのか」龍谷法学40巻1号（2007年）72頁。
- 14) 萬井隆令「『採用の自由』論復活の試み」労働法律旬報1834号（2015年）39頁。
- 15) 鎌田耕一「労働法における契約締結の強制」山田省三・青野覚・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄編『労働法理論変革への模索』（信山社、2015年）521頁。
- 16) 以下については、中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）22頁以下、星野英一「現代における契約」星野英一『民法論集第3巻』（有斐閣、1972年）1頁以下〔初出・加藤一郎編『岩波講座現代法第8巻 現代法と市民』（岩波書店、1966年）205頁、同『契約思想・契約の歴史と比較法』同『民法論集第6巻』（有斐閣、1986年）201頁〔初出・星野英一編『岩波講座基本法第4契約』（岩波書店、1983年）3頁〕。
- 17) 星野・前掲注16）「契約思想」205頁以下。もっとも、契約だけが市場を支える基本的な（民法上の）仕組みというわけではない。市場では財は交換によって入手されるものであるから、財の所有（財の支配が及ぶ範囲）が不明確であれば、誰を相手として取引して良いか分からない。また、支配が及んでいない財については、それは交換によらずに奪えば足りることになってしまう。したがって、市場が機能するためには、合意が守られる社会的な保障（契約）だけではなく、排他的支配の対象および範囲の社会的承認が必要となる。その

- 意味で、所有権（排他的支配権）も市場を支える最も基本的な法的枠組みのひとつである（平井宜雄『債権各論Ⅰ契約法総論』（弘文堂、2008年）28-29頁）。
- 18) 平井・前掲注17) 29頁以下。
- 19) この定式は、欧州における封建的な身分社会から近代的な市民社会への移行を表す表現としてよく用いられるもので、メーンの『古代法』（1861年）に現れる言葉である。もっとも、メーン自身は原始社会からローマ法への発展を指してこの語を用いた。
- 20) 民法典と契約自由の原則については後に詳述。
- 21) 我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店、1954年）17頁以下など。最近の文献としては、中田・前掲注16) 23頁以下。
- 22) 平井・前掲注17) 71頁以下。
- 23) 星野・前掲注16)「現代における契約」および「契約思想」。
- 24) したがって、方式主義の伝統の克服を経験しなかった英米法系においては、なおもその伝統による支配は大であり続けているとされる。
- 25) 詳しくは、内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990年）、同『契約の時代』（岩波書店、2000年）、吉田邦彦『契約法・民法の関係の展開』（有斐閣、2003年）68頁、同『都市居住・災害復興・戦争保障と批判的「法の支配」』（有斐閣、2011年）345頁など。
- 26) 継続的契約に関する研究として、中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2001年）、新藤幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』（商事法務、2006年）。組織型契約の概念については、平井・前掲注17) 64頁以下。
- 27) 内田貴『制度的契約論』（羽鳥書店、2010年）。関係的契約と制度的契約の異同については同書135頁以下を参照。
- 28) 吉田邦彦『契約各論講義録』（信山社、2016年）18頁以下。
- 29) 前掲注25)、注26)および注27)で掲げられた文献では、いずれも労働契約に関わる規制が取り上げられている。
- 30) 内田・前掲注25)『契約の時代』28頁。
- 31) 内田・前掲注25)『契約の時代』134頁。
- 32) 中田・前掲注16) 5頁。民法典論争において旧民法（1890年に制定、公布されたが未施行のまま現行民法に置き換えられた）に対してなされた「頗る煩雑ニシテ法理ノ教科書」のようだという批判（星野通編著（松山大学法学部松大GP推進委員会増補）『民法典論争資料集〔復刻増補版〕』（日本評論社、2013年）185頁）を意識したものとされる。なお、旧民法には、フランス民法典に由来する「適法ニ為シタル合意ハ当事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス」（327条1項）という規定があった。
- 33) 内田貴『債権法の新時代』（商事法務、2009年）44頁。
- 34) 履行不能に関する規定を検討したうえで、改正後の債権法が想定する人間像が民法制定時と同じ「理性的・意思的で強く賢い人間像」であることを指摘し、民法典が対象とする一般的なかつ抽象的な「人」と「消費者」の乖離が大きいことを指摘するものとして、野沢正充「民法（債権法）改正における契約の自由の強化」立教法務研究11巻（2018年）1頁。
- 35) 吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』（有斐閣、2011年）372頁、同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（中編）』（信山社、2017年）。
- 36) 以下の記述については、谷江陽介『締約強制の理論』（成文堂、2016年）12頁以下。
- 37) 中村武「契約強制論」法学新報34巻9号（1924年）55頁など。
- 38) 中村武「私法の社会化の表現としての契約強制」法学新報45巻1号（1935年）60頁。
- 39) 北村五良『締約強制の一考察』『法と裁判』（有斐閣、1942年）298頁。戦前戦後の代表的民法学者である我妻栄も、資本主義の進展により企業部門において事実上の独占が促されており、そこでは締約拒否は社会全体に不利益を及ぼすことを指摘するなどの慎重な限定を付しつつも、「この限りにおいて契約締結の強制はもはや例外的現象にあらずといわなければならない」と述べている（我妻栄『民法研究V』（有斐閣、1968年）28頁以下（初出は1942年））。
- 40) 高田桂一「公益事業における契約強制」公益事業研究11巻1号（1959年）10頁。なお、1980年代以降は放送法におけるNHK受信契約の締約強制が盛んに議論されている。この点は、谷江・前掲注36) 118頁以下およびジュリスト1519号（2018年）の特集などを参照。
- 41) 分類については、鎌田・前掲注15) 527頁以下。
- 42) 東京地判昭和57年10月4日判時1073号98頁。
- 43) 東京地決昭和50年12月8日判時803号18頁。
- 44) 東京地判昭和56年10月27日判タ460号142頁など。
- 45) 千葉地判昭和61年7月25日判時1220号118頁など。
- 46) 最一小判昭和55年12月11日判時989号44頁。
- 47) 塩崎勤「判解」『昭和55年度最高裁判所判例解説〔民事篇〕』（法曹界、1985年）405頁。
- 48) 鎌田・前掲注15) は労働契約法19条の有期雇止め法理および高年法9条1項の継続雇用制度もここに分類する。
- 49) 正当な理由なく承諾をしない者について、受信契約の成立を認めた最大判平成29年12月6日がある。
- 50) 以下の記述については、谷江・前掲注36) 24頁以下を参照。
- 51) 白羽祐三『現代契約法の理論』（中央大学出版部、1982年）195頁以下、218頁以下、288頁以下。
- 52) 内田・前掲注27)。特に62頁以下。
- 53) 内田・前掲注27) 50頁。
- 54) 五十嵐清「書評」民商法雑誌88巻1号（1983年）156頁。
- 55) 当事者の意思を軽視しているとの批判について、川角由和「大阪地裁松下山訴訟に関する一考察」龍谷法学38巻4号（2006年）11頁、吉村良一「公私の交錯・協働と私法の『変容』」立命館法学323号（2009年）286頁。外部性への批判として、宮沢俊昭「制度的契約論の正当化根拠の検討」横浜法学22巻3号（2014年）260頁。また、北大法学論集59巻1号（2008年）の「制度的契約論の構想」特集の各論文も参照。
- 56) 宮澤・前掲注55) 260頁。

おおき・まさとし 早稲田大学法学部准教授。最近の主な著作に『イタリアにおける均等待遇原則の生成と展開——均等待遇原則と私的自治の相克をめぐる』（日本評論社、2016年）。労働法専攻。