

不動産契約における相手方選択の自由 — ドイツと日本の事例 —

周藤利一

Freedom of other party choice in real estate contract
— Case in Germany and Japan —

Toshikazu Suto

Summary

This paper treats a problem about freedom of other party choice in real estate contract. Firstly, the author pointed out the significance of the problem about freedom of other party choice in real estate contract.

In the second chapter of the paper, the author introduced Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, the General Equal Treatment Act in Germany, explained legislative process and the prescriptive contents of this law and considered its regulations about real estate lease agreements.

In the third chapter of the paper, the author treated exclusion clauses to antisocial power of real estate contract in Japan. The author explained the process of antisocial power issues, analyzed points in dispute about exclusion clauses to antisocial power of real estate contract. Finally the author introduced the model clauses for exclusion to antisocial power in real estate contracts and discussed the significance of the model clauses.

1. 問題の所在

契約自由の原則は、当事者が合意すれば契約の内容を自由に定めることができるという契約内容の自由のみならず、契約の相手方として誰を選ぶかという契約相手方選択の自由も含む。そして、この契約相手方選択の自由は、ある人間とは契約を締結しないという、排除の自由も含意する。

この場合、契約締結上の過失法理が適用されることがあり得るが、そうだとでも損害賠償責任が問題になるだけであり、あくまでも契約締結を強制されることはない¹。例えば、

¹ 契約締結上の過失責任は、今日においては、特に消費者取引において、消費者保護のために重要な役割を果たすことが期待されており、例えば本田純一「「契約締結上の過失」理論について」遠藤・林・水本編『現代契約法大系第1巻 現代契約の法理(1)』有斐

契約交渉を重ねて契約締結寸前まで至った段階で、金額等の契約条件を理由とするのではなく、その契約の相手方として当該交渉相手を拒絶する判断をしたことを理由として、契約締結を拒否したような事案では、契約締結上の過失責任が認められて損害賠償義務を負うことがあったとしても、契約をしない自由それ自体は認められるのである。

こうした一般法理に関し、我が国において契約法の基本原則を規律する「民法」には、契約相手方選択に関する条文は存在せず、雇用差別²、障害者差別³など部分的な手当てがされているに過ぎない。

不動産に関する契約については、法令上は特段の規定は置かれていないので、売買であれ、賃貸であれ、契約の相手方の選択に関する規制はなく、したがって、どの人間と契約するかという積極的な選択の局面においてのみならず、どの人間とは契約しないという消極的な選択の局面においても選択の自由が認められている。つまり、両面の自由が認められているわけであるが、後者に関しては特に、住宅賃貸借契約の分野で外国人、高齢者、障害者が入居を拒否されるという事実が相当数観察されており、住宅政策上の今日的課題の一つになっている。

こうした我が国の法制的・実務的現状に対し、EUにあっては、契約法に差別禁止・平等処遇を要求する規定を置くという動きが見られる。EUはこれまで、政治的な動機からではあるが、諸指令を通じて経済法、労働法分野に限らず、一般的な財やサービスに関する契約の局面に関し、契約法における平等処遇を実現しようとしてきた。そして、人種差別に始まり、禁止される差別の根拠は拡大傾向にあるとされる。一般的な財やサービスに関する契約に際しての差別被害に対して、債務不履行責任という契約法独自の救済を与えるという解決は、基本的に損害賠償を通じて行われるが、場合によっては、契約締結の強制までも含意する。こうした解決は、契約の自由を従前よりも制限することとなるため、適用領域、禁止される差別の根拠、救済のあり方といった問題が議論されているという⁴。これは、EUによる立法の試みの背後で、契約法理論に関する検討が十分になされなかったため、契約法と平等処遇要請の問題が未だ十分明らかにされないまま残されていることを示しているのである。

閣(1983年)194頁では、「契約締結への不当な介入を受け、不利な内容の契約を締結した者に対してその損害の賠償請求を認め、あるいは契約上の履行義務から解放する等の消費者保護の手段として役立つべきことが期待される」と述べられている。

² 労働基準法は、国籍・信条・社会的身分による差別的取扱いをしてはならないと規定し(3条。均等待遇原則)、男女賃金差別を禁止する(4条)。雇用対策法10条は、労働者の募集及び採用について、その年齢にかかわらず均等な機会を与えなければならないと規定する。このほか、男女雇用機会均等法が制定されるなど、労働分野においては、差別禁止・平等取扱い法制が整備されている。

³ 平成25年6月、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」(いわゆる「障害者差別解消法」)が制定され、施行は一部の附則を除き平成28年4月1日である。

⁴ 茂木明奈「契約法における平等処遇序論—EUの状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇—」法学政治学論究91号、2011年、115～146頁

そして、EU法をドイツが国内法として制定した *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*（「一般平等処遇法」。以下、「AGG」と略称する。）の規定に関しても、締結強制の位置付けなど、同様の問題が提起されているという⁵。

そこで、本稿では、AGGの内容を中心に、契約における平等処遇に関するドイツ法の概要と特色を概観した上で、不動産賃貸借契約に関する規定をやや詳しく考察する。そして、我が国におけるこうした問題を考えるプロセスの一環として、いわゆる暴排条項の導入をめぐる状況を考察することとする。

2. AGGの立法経緯・概要・特色

(1) 立法経緯

EUは、2000/43/EC、2002/73/EC、2004/113/ECといった一連の指令を発して、公に向けて提供される財及びサービスに関する契約の際の人種、出身民族及び性別に基づく差別の禁止を各国に対し要請した。

これに対する各国の具体的な対応は一樣ではないが、当時点描的な保護の態様をとっていたドイツは、労働関係及びそれを超えた一般的な平等処遇を契約法に絡めて新たに規定する必要を認識していたことから、AGGを制定した。ただし、AGGはEU指令の単純な国内への置換ではなく、後述するように、独自の内容を規定している。

そもそも、ドイツでは既に、「基本法」(*Grundgesetz*)第3条第3項に規定する「性別、血統、人種、言語、出自、信仰、宗教的・政治的見解」に基づく私法を通じての平等の実現が検討されていたという経緯があり、EU指令の国内法化の義務付けは、個別法をまとめる好機になったのである。

(2) 規定内容

AGGは大きく、目的規定等の総則や組織法まで含めた雑則（第1条～第5条、第22条以下）、雇用関係の規定（第6条～第18条）、一般的な契約関係の規定（第19条～第21条）により構成される⁶。

【総則】

AGGは、人種、民族的出自、性別、宗教、世界観、障害、年齢、性的アイデンティティ（以下「第1条列举事由」という。）による不利益処遇の防止と排除を目的としている（第1条）。

同法の適用範囲は、職業関係（第2条第一号～第四号）、社会的保護等（第2条第五号、

⁵ 茂木明奈「ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請」法学政治学論究 93号、2012年、70頁

⁶ 齋藤純子訳「2006年8月14日の平等待遇原則の実現のための欧州指令を実施するための法律」外国の立法 230、2006年、108～123頁

第六号)、教育(第2条第七号)、住居を含む公に開かれた財及びサービスへのアクセス及びその提供(第2条第八号)とされている。ただし、これらの全てが第1条列举事由と関連するわけではなく、第2条各号全てに関連するのは、人種と民族的出自のみである。

第1条に列举された事由を直接の理由とする不利益な別異処遇を直接不利益処遇(第3条第1項)、外見上は中立な規定、基準又は手続が特定の人間に対し不利益な処遇をもたらすものを間接不利益処遇(第3条第2項)と呼ぶが、後者については、目的の適法性、手段の適切性・必要性による正当化が許容されている。また、両者いずれにおいても、労働関係とそれ以外の契約それぞれについて、さらに正当化規定が置かれている。つまり、AGGは、正当化されない不利益な別異処遇を許容しないという法システムを採用している。

そして、別異処遇は、適切な措置により不利益処遇が防止又は補償される場合には許容される(アファーマティブ・アクションの正当化。第5条)。

[契約一般に関する規定]

雇用以外の一般的な契約関係については、民法上の債務関係の締結、履行、終了の際の、第1条列举事由に基づく不利益処遇の禁止が定められている(第19条第1項)。しかしながら、具体的に不利益処遇が禁止されるのは、大量取引等、特定の個人が問題とならないもの、あるいはそれに準ずるもの(同項第一号)か、私法上の保険契約(同項第二号)に限定されている。

ただし、人種及び民族的出自に関しては、社会的保護等、教育、住居を含む公に開かれた財及びサービスといった範囲にまで不利益処遇の禁止が拡大されている(第19条第2項)。

そして、不利益処遇の禁止の適用除外としては三種類が規定されている。即ち、住居賃貸について調和のとれた環境づくりをするための適用除外(第19条第3項)、家族・相続法の適用除外(第19条第4項)、特別な近親・信頼関係が成立している債務関係の適用除外(第19条第5項)である。

次に、別異処遇の正当化に関する規定において、宗教、障害、年齢、性的アイデンティティ、性別のみに関し、客観的事由による別異処遇が許容される(第20条)。この場合、危険の予防、損害の防止に資する場合、プライバシーに資する場合、特別の場合、宗教の自由を尊重して正当化される場合が例示列举されている。

救済に関しては、不当な別異処遇に遭った場合や不利益処遇を受けた者は、不法行為法上の請求をすることができるとともに、侵害の排除を請求する権利が認められる(第21条第1項)。また、不利益処遇をした者の損害賠償義務が規定されており(第21条第2項)、基本的には、この条項に基づく金銭賠償による解決が想定されている。

救済に関し注目すべき点は、立証責任の転換である(第22条)。即ち、不当な別異処遇を受けたと考える者が訴えを提起するためには、第1条列举事由に基づく不利益処遇、つまり、不当と思われる別異処遇があったことを推定させる事実を示すことで足り、不利益処遇をしたとされる者がその正当化事由該当性を立証する立場に置かれることになる。

(3) 不動産契約の取扱い

不動産に関する契約は、一般的な契約関係に含まれるので、非住宅については、上述した契約一般に関する規定がそのまま適用されることとなる。

しかしながら、住宅については、いくつかの規定が別に置かれているので、整理してみると次のとおりである。

- ① 住宅の分譲及び賃貸に関しては、戸数の大小にかかわらず、人種又は民族的出自を理由とする不利益的処遇は、契約の締結、履行及び終了の際に許されない(第 19 条第 2 項)。
- ② しかし、住宅の賃貸借に関しては、社会的に安定した住民構成及び均衡のとれた住宅構成並びに調和のとれた経済的、社会的及び文化的環境の創出及び維持を考慮して異なる待遇を与えることは許される(第 19 条第 3 項)。
- ③ また、当事者若しくはその身内の者の間の特別な近親関係又は信頼関係が成立している場合、特に住宅の賃貸借において、当事者若しくはその身内の者が同一の土地にある住居を使用する場合は、不利益待遇の禁止の適用除外とされる(第 19 条第 5 項第 2 文)。
- ④ 一時的目的以外の住宅の賃貸借であって、50 戸を超えない場合も、不利益待遇の禁止の適用除外とされる(第 19 条第 5 項第 3 文)。

このように、住宅の賃貸借に関しては、別異処遇の正当化事由及び不利益待遇禁止の適用除外事由が比較的広く認められている。特に、「経済的、社会的及び文化的環境」という文言は、文理上は相当広範囲な事情が含まれうる。

AGG の規定を見る限りは、住宅の賃貸借契約において、平等処遇の要請が一般の契約関係ほど強く求められていないような印象を受けるのは何故であろうか。筆者が参照した文献では、その理由は明らかではないが、ドイツの住宅事情の特色に求めることができるかもしれない。

即ち、ドイツは日本を含む他の先進諸国とは異なり、持家率が低い(約 4 割)、つまり、借家大国である。そして、住宅の賃貸借に関する法令が高い規律密度をもって整備され⁷、また、判例の蓄積も進んでいる⁸。さらに、賃料表に基づく賃料のコントロールを通じて市場の安定が確保されている。このように、ドイツでは国民の多数が借家に居住していることから、法律的・経済的に安定的な住宅賃貸借関係を保障する仕組みが既に成立しており、そこに AGG が新たな規制を導入することは、法制及び市場の持続性・安定性の観点から好ましくないと考えられたのではないだろうか。AGG の条文の規定ぶりだけを見て、ドイツでは住宅の賃貸借契約において、平等処遇の要請が一般の契約関係ほど強く求められていないと解するのは誤りであろう。

(4) AGG に対する批判と評価

⁷ その内容には、賃借人保護も含まれる。

⁸ 藤井俊二教授のご教示によれば、判例が生み出した住宅賃貸借法理の代表的なものとして、居住の継続性を保護する「郷里概念」がある。

AGG は、人権、民族的出自及び性別に基づく別異処遇に関する規律を導入したという点では、EU 指令を国内法化したものである。ただし、EU 指令の趣旨を先取りして、宗教、障害、年齢も、禁止される不当な別異処遇の根拠に加えたことから、「基本法」の保障する私的自治に対する過度の侵害であるとの批判が向けられている。

批判論者は、AGG のような平等処遇に関する一般的規律は、私的自治を不当に制限することとなるものであり、こうした一般的規律は必要なく、社会の維持に必要な程度、即ち、AGG 制定前の個別の差別保護で十分であると言う。言い換えれば、私的自治との関係において平等処遇の要請は非常に限定的でなければならず、個人の生活の維持に密接に関連する電気やガスなどの取引において差別からの保護が徹底されれば、法的な保護としてはそれで十分であるというのである。

また、AGG の具体的な問題点としては、次のような諸点が指摘されている。

- ① 一時的目的以外の住宅の賃貸借であって、50 戸を超えない場合は、不利益待遇の禁止の適用除外としていることの理論的根拠が不明であること（第 19 条第 5 項第 3 文）。
- ② 契約締結を不当に拒否する者に対し締結を強制することができるのか不明であること。救済に関し第 21 条第 2 項に基づく金銭賠償による解決が想定されていることは前述したとおりであるが、金銭賠償しか認めないのであれば、従前の不法行為法による対応が可能であり、あえて AGG で規定する必要性は乏しい。
- ③ 逆に、AGG の規定が濫用される場合の対処方法が規定されていないこと。
- ④ 取引の委縮に代表される AGG の経済的効果に関する検討が不足していること。

AGG の制定に伴い、こうした議論が展開されるようになる前は、消費者保護などの理論により締結可能な契約内容が制限されてきたに過ぎず、締結自由、特に契約の相手方を選択する自由は制限されてこなかった。しかし、AGG の枠組みでは、人種・民族的出自に関しては、ほぼ絶対的と言ってよいほどの平等処遇の要請が働く結果、これらを根拠として契約の相手方を選択する自由は極めて限定される。そして、人種・民族的出自以外の根拠に基づき契約の相手方を選択する自由は、大量取引等、特定の個人が問題とならない取引に限られるものの、従前より狭くなるのは明らかである。

こうした制限についての批判論者に対する反論としては、不当な別異処遇をする者の契約自由・私的自治は確かに制限されるが、不当な別異処遇を受ける者の契約自由・私的自治を十全に保障するために、一定の事由に基づく差別を受けない権利が私法上存在すると考えることも可能であると説明される。

そうすると、この考え方を AGG に当てはめれば、同法は人種・民族的出自に基づき不当な別異処遇を受けない権利をかなり広範囲に認める一方で、それら以外の根拠に基づき不当な別異処遇を受けない権利はそれほど強い権利ではないものの、禁止される不利益処遇の根拠ごとに異なるレベルで認めていると解することができる。

以上のように、AGG は EU 指令を踏まえつつも、それより一歩進んだ立法を実現したが、その内容を見ると、不当な別異処遇を受けない権利につき、人種・民族的出自とそれら以外

の根拠とで権利の強度を異にしていること、別異処遇の正当化事由及び不利益待遇禁止の適用除外事由が契約の性質に応じて認められること、特に住宅賃貸者については別異処遇の正当化事由及び不利益待遇禁止の適用除外事由比較的広く認められていることといった点を指摘することができ、かなり複雑な法構造を形成している。こうした複雑性もあって、契約自由・私的自治との関係がきちんと整理されているとは言えず、批判論者・擁護論者の議論は当面続くものと考えられる。

3. 日本の契約法における相手方選択問題

(1) 不動産契約における相手方選択問題の所在

以上で述べたドイツの状況とは異なり、日本では、契約締結における相手方選択問題に関し、これまで掘り下げた議論の蓄積がなされてきたとは言えず、労働分野など一部を除き、判例も乏しいのが現状である⁹。

しかしながら、冒頭で紹介したように、賃貸住宅の入居を希望する外国人、高齢者、障害者等に対し、契約を拒否する事例が相当数存在するのは事実であり、住宅政策上も課題として認識され、「住宅確保要配慮者に対する賃貸住宅の供給の促進に関する法律」¹⁰が平成19年に制定されているように、一定の政策が講じられている。ただし、同法は、賃貸借契約の締結行為や内容そのものを規律するわけではない。

そこで、外国人、高齢者、障害者等が良好な居住環境を確保できるようにするため、私法上の対応も必要ではないか、即ち、契約自由の原則を修正して、相手方選択の自由を制限すべきではないかという論点が出てくる。しかし、筆者はこの論点について深く考察できる段階に現状では至っていない。

従って、以下では、不動産契約における相手方選択のもう一つの大きな問題である暴排条項を取り上げて論ずることとする。

(2) 不動産契約における反社会的勢力排除の意義

反社会的勢力排除に対する社会的要請の高まりを受けて、企業に対し、反社会的勢力との一切の関係遮断を求める「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」が政府の犯罪対策閣僚会議幹事会申合せ事項として平成19年6月に公表された。この指針は、企業における反社会的勢力排除のための取組みとして、不当要求の拒絶のみならず、取引を含めた一切の関係遮断を求めた。反社会的勢力との取引は、それが企業に利益をもたらすか否かを問わず、速やかに解消しなければならなくなったのである。

⁹ 債権法改正時の議論においても、取り上げられたことはあったものの、結局、条文化するほどの具体的な議論は行われなかったようである。

¹⁰ 同法は、低額所得者、被災者、高齢者、障害者、子どもを育成する家庭等を住宅確保要配慮者と定義し、これらの者に対する公的賃貸住宅の入居者の選考に当たっての配慮、民間賃貸住宅の賃貸人に対する支援等、もっぱら努力規定を置いている。

そのための具体的方策として取引契約において「暴力団を中心とする反社会的勢力との法律関係を排除するために規定される条項」いわゆる暴排条項を導入することが有効であるとされている。

不動産契約においてこうした暴排条項を盛り込むことにより反社会的勢力を排除することの意義は、次のようにまとめられる。

第一に、不動産取引を通じて活動資金を得ることを排除することである。これはさらに、暴力的言動等を用いて市場価格より不当に安く不動産を買い取って高く転売したり、市場価格より不当に高く買わせることにより、利益を得る場合と、価格その他の点では正常な不動産取引を装いながらも、それが非合法資金(ブラックマネー)の洗浄のために行われる場合(マネーローンダリング)とに分類されるが、これらのいずれも排除しようとするものである。

第二に、不動産を反社会的勢力の活動拠点として利用することを排除することである。

第三に、不動産を反社会的勢力の居住の用に供することを排除することである。この第三の点については議論があろう。反社会的勢力がもっぱら自己の居住用に不動産を購入したり、賃借する行為を拒否することはできないのではないかという論点である。反社会的勢力と言えども人間であるから、どこかに居住の場を確保しなければならないし、憲法上の居住移転の自由が認められるのも当然である。ただし、それは他人に不利益を与えないことが前提である。また、反社会的勢力に職業選択の自由があると言っても、反社会的勢力たることを自己の正当な職業とすることを他人に主張する権利はない。居住の自由ないし権利を主張しようとするならば、反社会的勢力たることをやめるほかはないのである。

これに対し、ただ平穏に居住しているのであれば問題はないのではないかと反論があり得る。しかしながら、本人は平穏に居住しているつもりであっても、関係者が出入りすれば、その影響は外部に確実に発生する。さらに、関係者の出入りが全くないとしても、居住者が反社会的勢力であることが判明すれば、周辺居住者の不安や地域の治安の悪化といった問題に加え、当該不動産のみならず周辺不動産の価値の下落、賃貸人や仲介した宅地建物取引業者の責任といった法律上の責任問題が発生する。そして、このことは、不動産契約の当事者が反社会的勢力本人ではなく、配偶者等の親族であったとしても同様である。したがって、第三の点も第一、第二と同様に重要な意義を有するのである。

繰り返しになるが、相手方選択の自由には、相手方拒否の自由も当然に内包されており、しかも、正当事由制度の適用はないので、拒否の理由を必要としない。そうである以上、反社会的勢力が居住することによる不利益のおそれが多少とも存することを理由として、反社会的勢力との契約締結を拒否することができるのは、なおさら当然の法理である。

それと同時に、相手方選択の自由は両刃の剣として作用する。即ち、反社会的勢力と契約を締結する自由もまた存在するのである。したがって、暴排条項の使用を普及させることにより、反社会的勢力との取引を遮断する必要があるのである。

(3) 不動産契約における反社会的勢力問題の経緯

「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」（暴対法）は、第9条（暴力的要求行為の禁止）において、指定暴力団等の暴力団員は次の行為をしてはならないと規定する。

- ・ 不動産を占拠したり、不動産に自己の氏名を表示したりすることにより当該不動産に対する支配の誇示を行い、所有者等が拒絶しているにもかかわらず、それをやめることの対償として明渡し料その他金品等の供与を要求すること
- ・ 宅地建物取引業者に対し、その者が拒絶しているにもかかわらず、不動産の売買・交換を要求したり、売買・交換・貸借の代理又は媒介を要求すること
- ・ 宅地建物取引業者以外の者に対し、不動産の売買・交換をみだりに要求したり、人に対して不動産の貸借をみだりに要求すること

また、マネー・ローンダリング（資金洗浄）及びテロ資金供与対策を目的として制定された「犯罪による収益の移転防止に関する法律」では、宅地建物取引業者は、宅地・建物の売買契約の締結又はその代理・媒介を行う際に、取引時確認の実施（第4条）¹¹、確認記録の作成・保存（第6条）、取引記録の作成・保存（第7条）、疑わしい取引の届出（第8条）が義務付けられている。

これら法律が定めるのは、あくまでも行為規制であって、対象行為に係る不動産契約の効力自体について規定するものではない。また、こうした規制に対応して、暴力団を名乗って正面から不当要求に及ぶことが少なくなる一方で、素性を隠して不動産取引に侵入し、巧妙に活動資金を獲得するようになっており、そこで、さらなる対応が必要となっている。

そうした状況下で、前述のとおり犯罪対策閣僚会議幹事会は、平成19年6月に「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」を申合せ事項として公表し、企業における反社会的勢力排除のための取組みとして、不当要求の拒絶のみならず、取引を含めた一切の関係遮断を求めたのである。

この指針で示された方向性を法的ルールとして具体化したのが暴力団排除条例（暴排条例）であり、全国47都道府県で暴排条例が制定・施行されている。そして、市町村でも暴排条例が制定・施行されつつある。

暴排条例の内容のうち重要なものは、暴力団員等に対する利益供与の禁止と契約時における措置である。後者は、契約時の属性確認と契約書への暴力団排除条項（暴排条項）の導入を意味しており、反社会的勢力との取引関係を未然に防止するとともに、結果的に取引関係が生じたとしても、関係遮断を容易にすることを目的としている。暴排条項は、取引当事者間の契約書や約款、申込書等に設けられる条項であり、取引先が暴力団を始めとする反社会的勢力である場合には、契約を解除できる旨を定めた条項をいう。

暴排条例はまた、宅地建物取引業者等が不動産取引を行う際に、契約書等の関係書類に暴排条項を盛り込むことを求めている。

¹¹ 顧客が個人の場合は、本人特定事項（氏名・住居・生年月日）、取引を行う目的、職業が確認事項とされ、顧客が法人の場合は、本人特定事項（名称・本店所在地）、取引を行う目的、事業の内容、実質的支配者の有無等が確認事項とされている。

そして、犯罪対策閣僚会議幹事会は平成 22 年 12 月、「企業活動からの暴力団排除の取組について」において、各府省は、関係業界に対する指針の更なる普及啓発に努め、とりわけ、取引約款に暴力団排除条項を導入すること等の具体的な取組がなされるよう留意すること及び各府省は、業界団体による、業種ごとの標準契約約款に盛り込むべき暴力団排除条項のモデル作成を支援することを申合せ事項として決定した。これに基づき、国土交通省及び警察庁による支援を受けて、後述する不動産流通 4 団体による暴力団等反社会的勢力排除条項が取りまとめられた。

(4) 不動産契約における暴排条項の論点

暴排条例に従い不動産契約において暴排条項を導入する際には、次のような論点が存する。

① 反社会的勢力の範囲

暴排条項の適用対象となるべき反社会的勢力とは、具体的には誰か。暴排条例では、規制対象者として次のように規定するのが通例である。

- a. 指定暴力団の団員
- b. 既に暴力団を離脱しているものの、暴力団員と変わらない者
- c. 暴力団員と認定できないまでも、準構成員等、極めて暴力団員に近い者
- d. いわゆるフロント企業の役員や従業員等¹²
- e. 自己の事業のために暴力団の威力を利用する者

ここで問題となるのは、暴力団員そのものではないがその周辺にいる暴力団関係者の取り扱いである。暴力団関係者のうち「共生者」¹³、「暴力団員と社会的に非難されるべき関係にある者」（密接交際者）については、平成 25 年 12 月 19 日付警察庁刑事局組織犯罪対策本部長通達「暴力団排除等のための部外への情報提供について」では「具体的事案ごとに情報提供の可否を判断すること」とされており¹⁴、具体的にどのように判断すべきか実務的に困難が伴うことがあり得よう。

② 属性確認の方法

契約から排除されるべき反社会的勢力でないことの確認（属性確認）の方法としては、企業が自ら構築したデータベースを用いる方法、業界団体が構築した業界データベースを用いる方法¹⁵、警察や暴力追放運動推進センターからの情報提供を用いる方法がある¹⁶。

¹² フロント企業とは、暴力団の構成員や暴力団周辺者（準構成員）が、資金獲得（シノギ）のために経営する企業・及びその役員や従業員をいう。かつては、企業舎弟と呼ばれた。

¹³ 平成 19 年版警察白書によれば、共生者とは、「表面的には暴力団との関係を隠しながら、その裏で暴力団の資金獲得活動に乗り、又は暴力団の威力、情報力、資金力等を利用することによって自らの利益を図る者」と定義される。

¹⁴ 警察庁ホームページ、警察庁の施策を示す通達（刑事局）。

¹⁵ 日本銀行協会のデータベースが代表例である。

¹⁶ 暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律第 31 条に基づき、公安委員会は都道

そして、これらの方法を補完するものとして、契約相手方から「反社会的勢力でないこと」の表明確約を求める方法がある。具体的には、表明確約条項を暴排条項の中に盛り込む方法や、契約書とは別に「反社会的勢力でないことの誓約書」（表明確約書）を求める方法である。特に、後者は、表明確約違反が明らかになった場合には、「知らない」、「見落とした」といった反社会的勢力からの言い訳を封じるメリットがあるとされる¹⁷。

この表明確約を通じた属性確認方法については、属性を隠して取引への侵入を図ろうとする反社会的勢力が、そもそも表明確約を求められても、自ら属性を明らかにしたり、表明確約を理由もなく拒むといった対応をするとは想定し難く、実効性に乏しいのではないかとの疑問もあったところである。しかし、平成 26 年に出された最高裁の 4 件の判決・決定が表明確約の有用性を明らかにした¹⁸。すなわち、反社会的勢力が自己の属性を隠して行った取引行為をめぐる詐欺罪の成否が問題となった複数の事案において、最高裁は、暴力団員から表明確約を受けていた事案では詐欺罪の成立を認め、そうでなかった事案では成立を否定したのである。

実際に、不動産契約を締結しようとする際に、警察や暴力追放運動推進センターに照会しても、相手方が指定暴力団の現役の組員でない限り、明確な回答を得られない場合がある。したがって、こうした表明確約を用いることは、予防的観点からも有用なのである。

(5) 不動産流通 4 団体によるモデル条項

不動産流通 4 団体(社団法人全国宅地建物取引業協会連合会、社団法人全日本不動産協会、社団法人不動産流通経営協会、社団法人日本住宅建設産業協会)は、不動産取引の契約書(売買・媒介・賃貸住宅)のモデル条項として、暴力団等反社会的勢力排除条項を定め、平成 23 年 6 月以降、各団体において順次導入することとした¹⁹。

府県に一つ都道府県暴力追放運動推進センターを指定し、同法第 32 条に基づき国家公安委員会は全国暴力追放運動推進センターを指定している。

¹⁷ 松坂規生「暴力団排除の展開と課題」金融法務事情 1938 号(2012 年)29 頁。ただし、実務的には、契約書とは別にこうした書面を求めることに対する一般人たる顧客からの抵抗があるので、宅地建物取引業者としてもその使用を躊躇するものと思われる。

¹⁸ 最二判平成 26・3・28 裁判所 HP(平成 25 年(あ)第 3 号詐欺被告事件・平成 25 年(あ)第 911 号詐欺被告事件)、最二決平成 26・3・28 裁判所 HP(平成 25 年(あ)第 725 号詐欺被告事件)は、暴力団員が自己の属性を隠して、ゴルフ場の施設利用を申し込んだ行為に関する事件である。この事件においては、ゴルフ場が、利用細則の規定やクラブハウス出入口の立て看板等で暴力団関係者の施設利用を拒絶する意向を示していたものの、それ以上に、利用者に暴力団関係者でないことを確認する措置を取らず、当の暴力団員も虚偽の申出をしていなかったため、欺罔行為が認められなかった。これに対し、最二決平成 26・4・7 裁判所 HP(平成 24 年(あ)第 1595 号詐欺被告事件)は、自己名義の通帳とキャッシュカードの交付を申し込んだ行為に係る事件であり、この事件では暴力団員から表明確約を受けていたため、欺罔行為が認定された。

¹⁹ 現在は、公益社団法人全国宅地建物取引業協会連合会、公益社団法人全日本不動産協会、一般社団法人不動産流通経営協会、一般社団法人全国住宅産業協会である。

その内容は、次のとおりであり、これに対する筆者の解釈を述べる。

ア. 売買契約における暴排条項

[売買契約書 モデル条項例]

(反社会的勢力の排除)

第〇条 売主及び買主は、それぞれ相手方に対し、次の各号の事項を確約する。

- ① 自らが、暴力団、暴力団関係企業、総会屋若しくはこれらに準ずる者又はその構成員（以下総称して「反社会的勢力」という）ではないこと。
- ② 自らの役員（業務を執行する社員、取締役、執行役又はこれらに準ずる者をいう）が反社会的勢力ではないこと。
- ③ 反社会的勢力に自己の名義を利用させ、この契約を締結するものでないこと。
- ④ 本物件の引き渡し及び売買代金の全額の支払いのいずれもが終了するまでの間に、自ら又は第三者を利用して、この契約に関して次の行為をしないこと。

ア 相手方に対する脅迫的な言動又は暴力を用いる行為

イ 偽計又は威力を用いて相手方の業務を妨害し、又は信用を毀損する行為

2 売主又は買主の一方について、次のいずれかに該当した場合には、その相手方は、何らの催告を要せずして、この契約を解除することができる。

ア 前項①又は②の確約に反する申告をしたことが判明した場合

イ 前項③の確約に反し契約をしたことが判明した場合

ウ 前項④の確約に反した行為をした場合

3 買主は、売主に対し、自ら又は第三者をして本物件を反社会的勢力の事務所その他の活動の拠点に供しないことを確約する。

4 売主は、買主が前項に反した行為をした場合には、何らの催告を要せずして、この契約を解除することができる。

5 第2項又は前項の規定によりこの契約が解除された場合には、解除された者は、その相手方に対し、違約金（損害賠償額の予定）として金〇〇〇〇円（売買代金の20%相当額）を支払うものとする。

6 第2項又は第4項の規定によりこの契約が解除された場合には、解除された者は、解除により生じる損害について、その相手方に対し一切の請求を行わない。

7 買主が第3項の規定に違反し、本物件を反社会的勢力の事務所その他の活動の拠点に供したと認められる場合において、売主が第4項の規定によりこの契約を解除するときは、買主は、売主に対し、第5項の違約金に加え、金〇〇〇〇円（売買代金の80%相当額）の違約金を制裁金として支払うものとする。ただし、宅地建物取引業者が自ら売主となり、かつ宅地建物取引業者でない者が買主となる場合は、この限りでない。

以下で述べる内容は、あくまでも筆者の解釈である。

この売買契約書の条項の第1項中、①と②は当事者が反社会的勢力でないことの表明確約条項である。当事者が自然人の場合は、①のみで良いが、法人の場合は、①と②が相まっ

て有効に機能する。前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち a、b 及び c に対応する。

③は、反社会的勢力に代わって契約当事者になろうとする者を排除するのに有用な表明確約条項である。前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち d に対応する。

④は、前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち e に対応する条項である。同時に、反社会的勢力であると確認できないような場合であっても、反社会的行為を許容しないため設けられた条項であると解することもできるので、属性情報の制約により a～d 該当性を確認できない者に対しても適用可能であろう。

次に、第 2 項は、当事者の一方が第 1 項の各確約条項に違反した場合の無催告解除権を規定した条項である。「民法」541 条は、催告した上での解除を規定しているが、解除特約がある場合においては、判例は、「催告をしなくてもあながち不合理とは認められないような事情が存する場合には、無催告で解除権を行使することが許される」と判示する²⁰。第 2 項の究極の目的は反社会的勢力を売買契約から排除することであり、解除理由は表明確約違反である。そうすると、売買代金不払いを理由とする解除のように、催告することにより代金が支払われ、契約の目的を達成できる可能性がある場合と異なり、第 2 項のように、表明確約違反が明らかになった以上、催告しても違反事実を是正できる可能性がなく、契約目的を達成できる可能性もない場合には、判例にいう「無催告が不合理でない場合」に該当するので、無催告解除を規定することに問題はないと解される。

第 3 項以下は、契約後の買主の行為に関する規定である。契約が終了した後の当事者間には、余後効以外の関係は存しない。しかし、不動産契約における反社会的勢力排除の趣旨は、前述したとおり、①取引からの排除と②利用からの排除である。前者を保障するのが第 1 項及び第 2 項であり、後者を保障するために第 3 項以下が置かれている。

まず、第 3 項は、購入した不動産を反社会的勢力の活動拠点に供しないという用法に関する確約条項であり、第 4 項は、買主がこの確約に違反した場合の売主の無催告解除権を定める条項である。

そして、第 5 項は、第 1 項又は第 3 項の確約条項に違反したことにより第 2 項又は第 4 項により無催告解除された場合、解除された者が売買代金の 20%相当額を違約金(損害賠償額の予定)として支払うことを規定する。これは、一般的な契約違反により解除された場合の違約金条項と同様の内容である。

²⁰ 「家屋の賃貸借契約において、一般に、賃借人が賃料を一箇月分でも滞納したときは催告を要せず契約を解除することができる旨を定めた特約条項は、賃貸借契約が当事者間の信頼関係を基礎とする継続的債権関係であることにかんがみれば、賃料が約定の期日に支払われず、これがため契約を解除するに当たり催告をしなくてもあながち不合理とは認められないような事情が存する場合には、無催告で解除権を行使することが許される旨を定めた約定であると解するのが相当である。したがって、原判示の特約条項は、右説示のごとき趣旨において無催告解除を認めたものと解すべきであり、この限度においてその効力を肯定すべきものである。」(最判昭和 43 年 11 月 21 日民集 22 卷 12 号 2741 頁)

第6項と第7項は、いずれも解除する当事者に金銭的負担が生じないことを保障する規定である。それには二つの意味ないし理由がある。一つは、金銭的負担を避けるために解除しない事態を生ぜしめないためである。二つ目は、反社会的勢力に金銭的利得を与えないためである。仮にこうした事態になれば、暴排条項の趣旨が損なわれるからである。

特に、第7項は、第5項と合わせて売買代金の100%相当額を反社会的勢力に支払わせることにより、反社会的勢力に対して1円も渡さないことを意味する。

これは、自宅を売却して、その資金で新たな住宅を取得し、手元に資金のない売主が解除を実行するために、せつかく手に入れた新居を手放さなければならなくなる事態を防止する効果もあり、売主の居住の安定にも資するものである²¹。

なお、第7項ただし書は、宅地建物取引業者が売主の場合には、80%の違約罰支払義務はないことを規定する。前述したように、一般売主の場合には、売買代金を原資として新たな不動産(特に住宅の場合)を購入するのが通例であるので、解除に伴い20%の違約金を控除した80%相当額を買主に返還するとなると相当の負担となる。そして、その負担を回避するために、買主が反社会的勢力であることが判明して解除できるにもかかわらず、解除しないことになりかねない。これでは、暴排条項導入の趣旨を没却するので、事実上、一切の金銭的負担を負うことなく、確実に解除できるように第7項本文が置かれている。これに対し、宅地建物取引業者の場合には、解除して物件が返還された場合には、当該物件を再度売却して売買代金を得ることができる。従って、80%相当額を買主に返還することが解除の抑止効果をもたらすとは考えにくいので、ただし書が設けられたものと解される。

イ. 媒介契約書における暴排条項

[媒介契約書 モデル条項例]

(反社会的勢力の排除)

第〇条 甲及び乙は、それぞれ相手方に対し、次の各号の事項を確約します。

- ① 自らが、暴力団、暴力団関係企業、総会屋若しくはこれらに準ずる者又はその構成員(以下総称して「反社会的勢力」という)ではないこと。
- ② 自らの役員(業務を執行する社員、取締役、執行役又はこれらに準ずる者をいう)が反社会的勢力ではないこと。
- ③ 反社会的勢力に自己の名義を利用させ、この媒介契約を締結するものでないこと。
- ④ この媒介契約の有効期間内に、自ら又は第三者を利用して、次の行為をしないこと。
 - ア 相手方に対する脅迫的な言動又は暴力を用いる行為
 - イ 偽計又は威力を用いて相手方の業務を妨害し、又は信用を毀損する行為

²¹ 逆に、売主は売買代金相当額を利得することになるが、それに対する課税の問題は別として、これを売主の不当利得であると解すべきではないだろう。反社会的勢力に利得させないことが、より重要な法益だからである。

2 甲又は乙の一方について、この媒介契約の有効期間内に、次のいずれかに該当した場合には、その相手方は、何らの催告を要せずして、この媒介契約を解除することができます。

ア 前項①又は②の確約に反する申告をしたことが判明した場合

イ 前項③の確約に反し契約をしたことが判明した場合

ウ 前項④の確約に反する行為をした場合

3 乙が前項の規定によりこの媒介契約を解除したときは、乙は、甲に対して、約定報酬額に相当する金額（既に約定報酬の一部を受領している場合は、その額を除いた額。なお、この媒介に係る消費税額及び地方消費税額の合計額に相当する額を除きます。）を違約金として請求することができます。

第1項は、売買契約書の第1項と同様であり、①と②は当事者が反社会的勢力でないことの表明確約条項である。前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち a、b 及び c に対応する。

③は、反社会的勢力に代わって契約当事者になろうとする者を排除するのに有用な表明確約条項である。

④は、前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち e に対応する条項である。

第2項は、当事者の一方が第1項の各確約条項に違反した場合の無催告解除権を規定した条項である。

なお、媒介契約の有効期間後に第1項④に該当する反社会的行為を売買契約の当事者が行った場合には、反社会的勢力の排除の趣旨は達成できないが、媒介を行った宅地建物取引業者に売買契約の解除権はないので、売買契約書における第3項に該当する条項は置かれていない。

この媒介契約書の第3項は、第2項により無催告解除された場合の違約金を規定する。一般に媒介報酬額は売買代金ほど高額ではないので、媒介報酬額全額に相当する金額を違約金とすることが不相当とは言えない。賃貸借契約の媒介の場合は、なおさらである。

ウ. 住宅の賃貸借契約書における暴排条項

[賃貸住宅契約書 モデル条項例]

(反社会的勢力の排除)

第X条 貸主(甲)及び借主(乙)は、それぞれ相手方に対し、次の各号の事項を確約する。

① 自らが、暴力団、暴力団関係企業、総会屋若しくはこれらに準ずる者又はその構成員(以下総称して「反社会的勢力」という)ではないこと。

② 自らの役員(業務を執行する社員、取締役、執行役又はこれらに準ずる者をいう)が反社会的勢力ではないこと。

③ 反社会的勢力に自己の名義を利用させ、この契約を締結するものでないこと。

④ 自ら又は第三者を利用して、次の行為をしないこと。

ア 相手方に対する脅迫的な言動又は暴力を用いる行為

イ 偽計又は威力を用いて相手方の業務を妨害し、又は信用を毀損する行為
(禁止又は制限される行為)

第 Y 条 (1、2 略)

3 乙は、本物件の使用に当たり、別表第1に掲げる行為を行ってはならない。

別表第1 (第 Y 条第 3 項関係)

六 本物件を反社会的勢力の事務所その他の活動の拠点に供すること。

七 本物件又は本物件の周辺において、著しく粗野若しくは乱暴な言動を行い、又は威勢を示すことにより、付近の住民又は通行人に不安を覚えさせること。

八 本物件に反社会的勢力を居住させ、又は反復継続して反社会的勢力を出入りさせること。

(契約の解除)

第 Z 条 (1、2 略)

3 甲又は乙の一方について、次のいずれかに該当した場合には、その相手方は、何らの催告も要せずして、本契約を解除することができる。

一 第 X 条の確約に反する事実が判明したとき。

二 契約締結後に自ら又は役員が反社会的勢力に該当したとき。

4 甲は、乙が別表第1第六号から第八号に掲げる行為を行った場合は、何らの催告も要せずして、本契約を解除することができる。

第 X 条は、売買契約書及び媒介契約書の第 1 項と同様であり、①と②は当事者が反社会的勢力でないことの表明確約条項である。前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち a、b 及び c に対応する。

③は、反社会的勢力に代わって契約当事者になろうとする者を排除するのに有用な表明確約条項である。

④は、前記(4)①で紹介した暴排条例で規定する規制対象者のうち e に対応する条項である。

賃貸借契約書の場合、用法違反行為に関する条項が置かれるのが通例であるので、その中に反社会的勢力による利用を追加して、これを禁止行為として明示したのが第 Y 条第 3 項及び別表第 1 である。

第 Z 条第 3 項及び第 4 項は、反社会的勢力に係る契約違反行為に対する無催告解除権を定めた規定である。まず、第 3 項は、賃貸借契約が継続的取引関係であることに由来する条項である。即ち、反社会的勢力をいわば入口でチェックするだけでは不十分であり、継続的なチェック機能がなければ、継続的取引関係における暴排条項としての目的を達成し得ない。そこで、売買契約書や媒介契約書における解除事由と同様の第一号に加えて、第二号と

して契約締結後に反社会的勢力に該当したときもまた解除事由となることを明示している
のである。

第4項については、賃借人が状況を改善して第六号～第八号該当性を除去した場合にまで無催告解除を認めるのは酷ではないかとの議論もあろう。しかしながら、ひとたび第六号～第八号該当行為が行われたならば、当該不動産の価値は低下し、新たな賃借人に対し、このような事実があったことを説明しなかった場合には、賃貸人は信義則違反、媒介した宅地建物取引業者は説明義務違反を問われるおそれがある。従って、違反行為後の状況にかかわらず無催告解除権を認めることは不合理ではないと考えられる。

5. おわりに

本稿は、不動産契約における相手方選択の自由に関する一側面を取り上げて論じたに過ぎない。それでも、ドイツと日本の場合とで問題状況が異なることは理解されよう。

ここで取り上げた暴排条項は、まだモデル条項が示されて、その普及が図られつつある段階であり、理論的にも実務的にも残された課題がある。

また、本稿では取り上げなかった高齢者、障害者、外国人等に対する契約排除問題についても検討を進める必要がある。これらの課題についての研究成果の公表は後日に期したい。

(了)

参考文献 (脚注で示したもの以外)

- [1] 櫻庭涼子「雇用差別禁止法制の現状と課題」日本労働研究雑誌 No.574(2008年)4～17頁
- [2] 山川和義・和田肇「ドイツにおける一般平等の意味」日本労働研究雑誌 No.574(2008年)18～27頁
- [3] 齋藤純子「ドイツにおける EU 平等指令の国内法化と一般平等待遇法の制定」外国の立法 230号(2006年)91～107頁
- [3] 平野謙・藤内健吉「暴力団排除条項(上)」NBLNo.921(2010年)34～41頁
- [4] 藤内健吉「暴力団排除条項(中)」NBLNo.922(2010年)88～94頁
- [5] 久米知之・正木幸博・林堂佳子・谷口和大「暴力団排除条項(下)」NBLNo.923(2010年)51～61頁
- [6] 鶴巻暁「反社会的勢力データベースの現状と課題」NBLNo.933(2010年)23～27頁
- [7] 石塚智教・今村博・小田大輔・清野憲一・鈴木仁史・両部美勝「暴力団排除条項の実効性、情報収集態勢を中心に」金融法務事情 No.1901(2010年)18～56頁
- [8] 古賀健介・玉田欽也・富塚浩之・中嶋勝規・林堂佳子「中小企業等における反社会的勢力データベースの構築と運用」NBLNo.991(2012年)19～26頁
- [9] 植松祐二・薄井琢磨「契約実務の到達点と残された問題点」NBLNo.1037(2014年)18～

25 頁

[10]「特集テロ資金・マネーローンダリングをめぐる法整備」法律のひろば Vol.68/No.4(2015年)4～54 頁

[11]藤井俊二『ドイツ借家法概説』(信山社、2015年)

明海大学不動産学部論集

通巻第 24 号

2016 年

19 頁～36 頁所収