〔判例評釈〕

写真展示スペースの無償供与を主たる内容とする契約の成立後において展示内容に対する抗議を理由とする一方的な中止決定について不法行為責任が認められた事例〔ニコンサロン事件〕

（東京地裁平成27年12月25日判決（平成24年（ワ）36328号）／
2015WLJPCA12256001　一部認容（確定））

光信　一宏　・　檜垣　宏太[1)]

【事　実】

Xはカメラの製造販売等を業とするY1社との間で、平成24年１月24日頃、使用会場を新宿ニコンサロン、開催日を同年６月26日から同年７月９日までとする写真展（以下「東京展」とする。）を開催する契約（以下「東京展開催契約」とする。）を結んだ。また、同年５月15日頃に、XとY1は、使用会場を大阪ニコンサロン、開催日を同年９月13日から同月19日までとするアンコール展（以下「大阪展」とする。）を開催する契約（以下「大阪展開催契約」とする。）を結んだ。東京展開催契約も大阪展開催契約も、共にY1がXに対しY1の管理運営するサロンを無償で供与することを内容としていた（以下、東京展と大阪展とを合わせて「本件写真展」とする）。

Y1は、一般からニコンサロンでの写真展開催の申込みを募り、ニコンサロン選考委員会（映像カンパニーのカンパニープレジデントが委員長を務めるほかは、社外の写真家等５名で構成される。）において選考の上、その開催の諾否を決定している。ニコンサロンでの写真展の開催は、延べ数千回に及び、日本の代表的写真家の登竜門的役割を果たしてきたと評価されている。

Xの展示する写真は、「中国に残された朝鮮人元日本軍「慰安婦」の女性たち」という写真展の名が示すとおり、元慰安婦の女性たちを被写体とする写真であった。

同年５月19日の朝日新聞朝刊（名古屋版）により本件写真展の内容が紹介され、同月21日頃からニコンサロンで本件写真展が開催されることについて、Y1への電話や

1）本稿は投稿規程との関係で共著の体裁をとっているが、檜垣が光信の指摘を踏まえ完成させたものであることをお断りしておく。

電子メールによって批判的な意見が寄せられたり、インターネット上の電子掲示板に「暗殺」等の言葉を含む批判的な書き込みがされたりした。

これを受け、Y1は社内で代表取締役Y2、取締役兼常務執行役員であり映像カンパニーを統括するカンパニープレジデントであるY3らが検討した結果、同年５月22日午後、本件写真展の開催を中止することを決定し（以下「本件中止決定」とする。）、Xに対し、本件写真展の開催を「諸般の事情」により中止することとした旨を伝えるとともに、同日、Y1のホームページに記載されていた東京展の開催予定を削除し、お詫びを掲載した。

Xは、同年６月４日、東京地方裁判所に対し、Xを債権者、Y1を債務者として、新宿ニコンサロンを東京展のために仮に使用させることを求める仮処分命令の申立て（以下「本件仮処分命令申立て」とする。）をし、同裁判所は、同月22日、その申立てを認容する決定（以下「本件仮処分命令」とする。）をした。Y1は、これを不服として保全異議の申立てをしたが、同裁判所は、同月29日、本件仮処分命令を認可する決定をした。Y1は、これを不服として保全抗告をしたが、東京高等裁判所は、同年７月５日、その抗告を棄却する決定をした。

Y1は、上記のとおり本件仮処分命令に対し不服申立てをする一方、本件仮処分命令に従い、Xに新宿ニコンサロンを東京展の会場として使用させた。東京展は、予定どおり同年６月26日から同年７月９日まで新宿ニコンサロンにおいて開催され、約7,000人が来場した。

Xは、東京展が終了した後、Y1に対し、大阪展の予定どおりの開催への協力を求めたが、Y1は、これに応じず、最終的には同年９月５日にXに送付した書面により、これに応じられない旨を伝えた。

Xは、同年10月11日から同月16日まで、大阪市内のギャラリーを自費で借り、大阪展の代替となる写真展を開催した。

【判　旨】

一部認容（110万円）。

• Y1の不法行為責任について

「上記のとおり、Y1は、東京展については、最終的に会場を無償で使用させる債務を履行したものの、東京展の開催が約１か月前に迫った時期になって、Xと何ら協議することなく、一方的に本件中止決定をし、本件仮処分命令が発せられたところ、これに従って東京展の開催には応じたものの、保全異議申立て及び保全抗告をして争った末、Y1の主張が排斥されて本件仮処分命令が確定した後も、本件中止決定は正当

であるとの主張を維持して、大阪展については、結局、会場を使用させる債務を履行しなかったものである。」

「本件契約は、Xにとって、良質な表現活動の場の無償提供を得られるという利益がある一方、Y1にとっても、自社のショールームに併設された展示場で継続的に良質な写真作品の展示を行うことにより、企業価値が高まるとともに、カメラ及び関連機材の販売促進につながるという利益が得られることを期待して締結されたものであり、Xの側でも、写真展の開催に向けて、写真パネルの制作その他の準備を自己の負担において進めていたことに加え、本件契約は、Xが表現物を提供し、Y1が表現活動の場を提供することを主たる債務の内容とするものであって、Y1がその一方的な判断により会場を使用させる義務を履行しないと、Xは表現活動の機会を失わされることになることも考慮すると、上記のとおりのY1の一連の対応は、そのような対応をとったことにつき正当な理由があると認められる場合でない限り、契約の当事者として、契約の目的の実現に向けて互いに協力し、その目的に沿った行動をとるべき信義則上の義務に違反し、不法行為が成立するというべきである。」

「本件記事が新聞で報道された直後に、ニコンサロンでの本件写真展の開催を非難する電話、電子メール、電子掲示板への書き込み等が集中的に出現し、電子掲示板への書き込みの中には「暗殺」等の不穏当な表現も散見された事実が認められるものの、インターネット上で匿名のユーザーによって断片的に書き込まれたこの種の書き込みの存在から、直ちにその言葉どおりの行動が現実に行われる危険性が高まっていたと認めることはできない。Y1において本件中止決定がされる際には、「在日特権を許さない市民の会」の訴外会社〔注：ロート製薬株式会社：注は檜垣〕に対する抗議行動の例が重視されているが、この事例についても、同団体の構成員が訴外会社に対し執拗に回答を要求したことにつき強要罪の疑いで逮捕されたとの報道がされているにとどまり、関係者の生命身体に危害が及ぶような状況があったとはうかがわれない。前記認定のとおりの事実経緯に照らすと、本件写真展を開催すれば、開催に反対する立場の者らによって抗議行動が展開され、会場内外で言い合い等のトラブルが発生することは十分に予測されたものの、本件全証拠によっても、本件写真展を開催すればXその他の関係者の生命身体に危害が加えられる現実の危険が生じていたとは認められない。不買運動のおそれについても、一連の電話、電子メール、電子掲示板への書き込み等において、これに言及するものがあったというにとどまり、実際に不買運動が高まりY1が多大な損失を被る現実の危険が生じていたとは認められない。このような場合、Y1としては、まずは契約の相手方であるXと誠実に協議した上、

互いに協力し、警察当局にも支援を要請するなどそのような努力を尽くしてもなお重大な危険を回避することができない場合にのみ、一方的な履行拒絶もやむを得ないとされるのであって、Y1がXと何ら協議することなく一方的に本件写真展の開催を拒否したことを正当とすることはできない。」

• Y2、Y3の会社法429条1項の責任について

「Y3は、Y1の映像カンパニーの責任者として本件中止決定を主導した者であり、Y2は、Y1の代表取締役としてこれを了承した者であるところ、以上説示したところによれば、その判断は、客観的にみれば、本来重視すべきでない事情を重視し、考慮すべき事情を十分に考慮せずに行われた誤った判断であったと言わざるを得ないが、Y3及びY2がそのような判断をしたことにつき何ら根拠となる事情がなかったというわけではなく、突発的に生じた問題に対し困難な判断を迫られた中で利益衡量を誤ったにとどまるうえ、本件中止決定後の対応については、弁護士に法的観点からの助言を求めた上で方針を決し、本件仮処分命令が発せられた後には、これに不服申立てをしながらも、仮処分で命じられた事項については遵守に努めていることに照らすと、Y3及びY2にその職務を行うについて悪意又は重過失があったということはできない。」

• 謝罪広告について

「上記のとおり、Y1による本件中止決定及びその後の一連の対応は、必ずしもXの社会的評価を低下させるものであったとはいえないし、Xの社会的評価の低下につながるところがあったとしても、上記のとおり、Y1による本件中止決定が正当な理由のないものであったことを認め、被告に対し無形の損害の填補を含む損害賠償を命ずることによって損害の回復が図られるので、これに加えて、謝罪広告の掲載を命ずることが適当であるとはいえない。」

【評　釈】

一　はじめに

本判決[2)]は判例時報や判例タイムズによる掲載がなされておらず、ウェストロー

2）本判決については、X及びその支持者による安世鴻ほか編『誰が〈表現の自由〉を殺すのか：ニコンサロン「慰安婦」の写真展中止事件裁判の記録』（御茶の水書房、2017）、同『《自粛社会》をのりこえる「慰安婦」写真展中止事件と「表現の自由」』（岩波書店、2017）がある。

ジャパンによる掲載がなされているだけであるが、あいちトリエンナーレ2019における展示中止問題で、「表現の不自由展」実行委員会が愛知県への抗議の際に言及し[3]、検証委員会において曽我部真裕委員がその報告で言及する[4]など現在の我が国における芸術表現の展示についての社会的位相を図るうえで重要な意味を持ちうる判決であると考えられる。

また、表現行為のための利用が可能な民間施設について憲法的統制が及ぶのか、又は及ぼすべきかどうかは判例及び学説上今なお未解決の問題であり[5]、かかる問題について考察する手がかりとなるとも考えられる。

二　判断枠組み

本判決は、契約締結後のY1による一方的な使用拒否は「正当な理由があると認められる場合でない限り、契約の当事者として、契約の目的の実現に向けて互いに協力し、その目的に沿った行動をとるべき信義則上の義務に違反し、不法行為が成立する」という規範（以下「規範１」とする。）を前提に、本件では「正当な理由」は認められず、「不法行為」が成立すると判断している。

本判決が規範１を導く理由は「本件契約は、Xにとって、良質な表現活動の場の無償提供を得られるという利益がある一方、Y1にとっても、自社のショールームに併設された展示場で継続的に良質な写真作品の展示を行うことにより、企業評価が高まるとともに、カメラ及び関連機材の販売促進につながるという利益が得られることを期して締結されたものであり、Xの側でも、写真展の開催に向けて、写真パネルの制作その他の準備を自己の負担において進めていた」（以下「理由１」とする。）と、「本件契約は、Xが表現物を提供し、Y1が表現活動の場を提供することを主たる債務の内容とするものであって、Y1がその一方的な判断により会場を使用させる義務を履行しないと、Xは表現活動の機会を失わされることになることも考慮する」（以下「理由２」とする。）である。

「正当な理由」について、Y1がXと「誠実に協議した上、互いに協力し、警察当局にも支援を要請するなどして混乱の防止に必要な措置をとり、契約の目的の実現に向けた努力を尽くすべきであり、そのような努力を尽くしてもなお重大な危険を回避す

3）朝日新聞朝刊2019年８月17日２面。

4）曽我部真裕「憲法その他、法的問題について」３頁（2019年９月17日）https://www.pref.aichi.jp/uploaded/life/259463_883940_misc.pdf〔2019年12月10日最終閲覧〕。

5）松田浩「判批」ジュリ1440号〔平成23年重判〕（2012）25頁。

ることができない場合にのみ、一方的な履行拒絶もやむを得ないとされる」という下位規範（以下「規範２」とする。）を立てているとあてはめ部分（第４．２．⑶．イ）から推認できる。

その上で「重大な危険」についてのさらなる下位規範として①展示に反対する勢力により「X その他の関係者の生命身体に危害」が及ぶ危険性については「現実の危険」が、②展示に反対する勢力による「不買運動」で Y １が損害を被る危険性については「多大な損失」を被る「現実の危険」が必要である、という規範（以下「規範３」とする。）を立てているとこれもあてはめ部分（第４．２．⑶．イ）から推認できる。

そして、本件においては①②いずれも認められないと判断している（第４．２．⑶．イ）。

三　プリンスホテル事件[6)]

１　はじめに

民間施設における表現活動について利用者の敵対勢力による違法な実力行使による混乱のおそれを理由に民間施設設置主体がその利用を拒否した点において、本件と類似している事件としてプリンスホテル事件があるのでまずはこの事件を検討する。

２　事案の概要と判決内容

プリンスホテル事件は、プリンスホテルが日教組と同ホテル宴会場（「飛天」と「プリンスルーム」）について全国教研集会の前夜祭及び全体集会に利用するための利用契約を締結したが、後になって右翼の街宣等による他の利用者・周辺施設への迷惑・混乱のおそれ等を理由に契約を解約したとして日教組の利用を拒否した事件である。日教組側は仮に使用を認める処分を申し立て、東京地裁はこれを認める決定をし、これに対しプリンスホテルは保全異議申立てを行ったが同地裁は認可し、さらにプリンスホテルの東京高裁に対する保全抗告についても棄却決定が出され仮処分命令が確定したが、にもかかわらずプリンスホテルは日教組に使用させなかった。

本案において第一審東京地裁は、日教組、日教組を構成する単位組合及び単位組合の組合員個人ら原告側の主張を（損害額の内訳を除いて）全面的に認めた。プリンスホテル側が主張した利用拒否の正当理由のうち、周辺住民への迷惑を理由とする原始

6）１審：東京地判平成21年７月28日判時2051号３頁。２審：東京高判平成22年11月25日判時2107号116頁。

的無効、動機の錯誤、公共の福祉及び信義則違反[7]の主張を否定した上で、本件宴会会場利用規約７項、９項、11項６号に基づく解除の主張を否定し、同規約11項４号「他のお客様のご迷惑になる言動」についても「法令又は公序良俗に違反する行為に準ずる程度の不利益をほかの利用客に与える行為」であると解するのが相当とし、「本件各宴会場において本件各集会を開催したとしても、そのような程度の不利益が他の利用客に生じると認めるに足りる的確な証拠はない」として要件充足を否定し、結局利用拒否を正当化する理由はないとした。そして、全国教研集会の重要性や仮処分命令違反の違法性が著しいことなどを指摘してプリンスホテルに対し原告ら請求額と同額の総額約２億9,000万円余の支払い、謝罪広告の新聞各紙への掲載を認めた。

控訴審は単位組合や組合員個人らに対する賠償を日教組の損害と同視しうる部分以外認めず、賠償額総額を１億円余に減額したほか謝罪広告も認めなかった。

３　プリンスホテル事件判決の評価

プリンスホテル事件判決について、「私的フォーラムにおいてなされる表現活動・集会に強い法的保護を与えた」[8]（岩本一郎）、「集会の自由の侵害に対して、強い保護を与えた」[9]（上村貞美）、「少なくとも憲法の精神に沿った対処が求められる」[10]（川岸令和）、「実質的には従来の判決理論を踏襲した」[11]（永山茂樹）、「民間施設でも「公の施設」とおよそ同等の基準に拠ることを前提として集会の自由を重く見た」[12]（松田浩）と評価する立場がある。

しかし、プリンスホテル事件判決における利用契約後の利用拒否を違法とする違法性判定基準及び結論について憲法21条１項、地方自治法244条１項、泉佐野市民会館事件最高裁判決（最３判平成７年３月７日民集49巻３号687頁）、上尾市福祉会館事件最高裁判決（最２判平成８年３月15日民集50巻３号549頁）あるいはパブリック・フォーラム論（以下「憲法21条１項等」とする。）といった憲法の何らかの作用が

7）第一審は「その趣旨や法的根拠はあいまいであって判然とせず、その主張自体失当である」（判時2051号27頁）としたが、控訴審はかかる主張を「被控訴人日教組が全国教研集会が実施された場合の混乱と受験への悪影響を予測し得る立場にあったにもかかわらず、右翼団体の違法行為によって生じる混乱に関する具体的説明を契約当初から行わず、信義則上の説明義務を怠ったために、控訴人プリンスホテルと被控訴人日教組との間の信頼関係が破壊されたとの主張」（判時2107号118頁）と解釈した上で要件充足を否定した。

8）岩本一郎「判批」法教350号（2009）31頁。

9）上村貞美「集会の自由に関する３つの判決」名城ロースクール・レヴュー 22号（2011）22頁。

10）川岸令和「安全・安心のパラドクス」世界2008年４月号25頁。

11）永山茂樹「判批」法セ662号（2010）126頁。

12）松田・前掲注５）25頁。

あったとはいえないように思われる[13]。

まず、判決文の文言から検討すると、判決文中に「憲法21条１項」はおろか「憲法」という文言も出てこず、泉佐野、上尾両最高裁判決への言及もない。また、憲法21条１項等の趣旨を考慮しない、契約法領域内部における単なる契約解釈としてみても本件宴会場利用規約11項４号の「他のお客様のご迷惑になる言動」を「法令又は公序良俗に違反する行為に準ずる程度の不利益をほかの利用客に与える行為」とする解釈は、同号が「法令または公序良俗に反する行為および他のお客様のご迷惑になる言動」と規定していることからすれば、十分に可能である。

そして、理論的に見ても憲法21条１項等が作用したとは考えにくい。まず、プリンスホテルが契約締結段階で契約締結を拒否する場合について考えてみる。この場合、利用者に敵対する勢力による違法な実力行使が予測されることを理由として利用を拒否することは結論としては適法であろう[14]。これは、私人間での契約締結の場面であるから、原則として民間施設設置主体の契約締結拒否について、憲法21条１項等を直接適用することはもちろん、その趣旨や精神に照らした一般規定等の解釈によって作用を及ぼすことも認められないと考えられることによる。なぜなら、契約法の領域における憲法の作用の仕方は以下のようなものと考えられるからである。すなわち、「私人間で妥当する」と考えられる「憲法13条」[15]の「個人の尊厳は、私的自治を要請する」[16]。そのため、契約法の領域では契約の自由と他の人権が対等のものとして衡量されるわけではない。「私人間では憲法13条に基づいて私的自治が原則的に妥当しており、しかもそれを修正する立法が存在しない以上……、個人の尊厳からみてそれを上回るだけの例外的事情、すなわち社会的許容限度を超えた侵害が認められるかどうかというのが、三菱樹脂事件判決の判断枠組みであるように思われる。」[17]。

13）吉村良一「判批」私法判例リマークス44号44頁は憲法21条１項等の作用を否定はしないものの、「本件における使用拒否によるホテルの責任は、パブリック・フォーラム論によらなくとも根拠づけることが可能である。」とする。

14）岩本・前掲注８）34頁は「契約申込み段階」を「法的に規制するためには、新たな立法措置が必要であると解される」とする。上村・前掲注９）は、「もしプリンスホテルが当初から日教組の教研集会のための会場として契約することを拒否していたならば、日教組側はそれに対抗する法的手段がなかったであろう。」とする。前田陽一「判批」判時2142号〔判評639号〕160頁は「宴会場等の使用拒否については明文の規定はなく、合理的な規制をする新たな立法措置がなされない限りは、契約自由の原則が基本的に優先することになろう」とする。

15）宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来」長谷部恭男編『人権論の再定位３人権の射程』（法律文化社、2010）40頁。

16）同41頁。

17）同上。

これを前提とすれば、契約締結後についても、裁判所が憲法21条１項等の趣旨に照らした契約解釈をすることは私的自治の原則に反するため許されず、ただ「社会的許容限度を超えた侵害が認められる」場合に例外的に許されるにすぎないであろう。契約を締結したことにより負うのは契約により生じる義務であって、憲法21条１項等により生じる義務ではない。契約締結前に妥当しなかった憲法21条１項等が契約後であれば妥当するという事態は憲法理論からは説明がつかないと思われる[18]。

結局のところ、プリンスホテル事件判決は、契約は守られなければならないという契約法の一般原則から結論が導かれていると考えられる。それでも結果として「集会の自由」が保護されていることに違いはないが、それは契約でプリンスホテルが負担した債務内容が「宴会場を使用させる」ものだったことの帰結というだけであり、憲法21条１項等が作用したからではない。

他方、「不法行為の領域は、加害者の行為によって被害者が損害を被ったという場面であり、この意味では私的自治の名の下に裁判所の介入を過度に限定する必要が」ない[19] ところ、プリンスホテル事件はまさに「不法行為」の事案であるから、この側面から私人間効力を問題とせず憲法21条１項等の作用があったと説明することは一見すると可能であるように思われる。実際、第一審は、利用契約及び仮処分の当事者ではなかった単位組合及び組合員個人らについても「集会に参加することについて固有の利益を有し、かかる利益は法律上保護されるべきである」[20] とし、不法行為の成立を認めているため、憲法21条１項の「集会の自由」の侵害を認めているとも読める。しかし、控訴審は単位組合及び組合員個人らに対する不法行為の成立については「施設使用の拒否は被控訴人単位組合らに対する不法行為を構成するものではない」「施設使用に関する契約関係がなく、仮処分の当事者でもない被控訴人組合員らについてまで不法行為が成立するものではない」[21] として否定している。また、第一審での総額２億9,000万円余（非財産的損害は１億円余）は控訴審では減額されたものの総額１億円余（非財産的損害は8,000万円余）であり、いずれにせよ「異例に大きな額」[22] であって、この点について「集会の権利に強い法的保護を与えたものと評価す

18）吉村・前掲注13）43頁は「利用申請が拒否された」場合と異なり、「いったん利用できると考えた後に利用が拒否された場合、代替措置の難しさ等、集会主催者側に与える影響が大きいと考えられる」とする。この指摘は今後憲法21条１項等の効力が契約後であれば及ぶという議論をするならばその手掛かりになるかもしれないが、ここから直ちに契約締結後は前と異なり憲法21条１項等の保護が及ぶようになる、ということはできないように思われる。

19）宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開　第２版』（日本評論社、2014）97頁。

20）判時2051号26頁。

21）判時2107号119頁。

22）同117頁（匿名コメント）。

ることができる」[23] とする評釈があるところである。もっとも、プリンスホテル事件においてはプリンスホテルによる仮処分命令違反という重要な事実があり、第一審も仮処分命令違反をもって「違法であることは明白」「違法性は著しいというべき」[24] と評価していると十分に読める。控訴審で単位組合及び組合員個人らに対する不法行為の成立が否定されていることに鑑みても、「異例に大きな」賠償額である理由は「同じ裁判所の命令を無視したことが裁判所の逆鱗に触れたと見ることができるのかもしれ」[25] ない。加えてここでも「憲法」への言及はない。以上からすれば、プリンスホテル事件一審、控訴審は「集会の権利に強い法的保護を与えた」とはいえないであろう。

4　ニコンサロン事件の規範１～３の解釈

本判決についてX訴訟代理人の李春熙は次のように言う。「このような判示〔注：「まずは契約の相手方と誠実に協議し…尽くすべきである」の部分：注は檜垣〕は、前記のような、公の施設の利用関係に関する憲法理論の趣旨〔注：野中俊彦ほか『憲法１　第５版』、地方自治法244条、泉佐野、上尾両最高裁判決：注は檜垣〕を、私企業の運営する施設にも及ぼしたものとして評価できる。」「私企業が、自身の運営する施設の管理運営権限を有することは当然であるが、判決は、「表現活動の場を提供する」という契約の目的解釈を通じて、私企業の恣意的な利用拒絶に一定の制約を課し、表現者の表現の自由を保障しようとした。」[26]

しかし、そうとはいえないであろう。規範２及び３の前提になる規範１を導く理由づけとして、本判決が挙げるのは、上述のように理由１と理由２であるが、まず形式的に見て、理由１は理由２より先に出てきている上に、理由２については「も考慮する」という文言であり付加的なものである。そうであれば、理由１が主たる理由で理由２は従たる理由にすぎないと考えられる。さらに理由２には「表現活動の場を提供する」「表現の機会を失わされる」という文言は含まれているが、「憲法21条１項」の引用も「憲法」という語句への言及もない。また、理由１は、X・Y1間の契約が、Y1が無償で自己の管理するサロンをXに使用させることを内容とする無償片務契約であり、そうであれば厳格な契約拘束力は及ばない[27] と考える立場もあるため[28]、「契約債務の履行をしなくても正当である場合」を有償双務契約より緩やかに判断し

23）岩本・前掲注８）32頁、上村・前掲注９）22頁。
24）判時2051号26頁。
25）吉村・前掲注13）45頁。また、藤田和之「「司法無視」に憤った裁判所」民事研修628号（2009）42頁。
26）李春熙「ドキュメント ニコンサロン「慰安婦」写真展中止事件」安ほか編・前掲注２）61頁。

なければならないかどうかの検討をしていると読める。そこで、Y1においても相応のメリットがあることと、Xにおいても自己の支出で展示に向けた作業に取り掛かっていたことから、実質的に有償双務契約性が認められ、従って「契約債務の履行をしなくても正当である場合」を有償双務契約同様の基準で判断する、という説明であり、規範２及び３を導く理由として必要十分である。

よって、本判決において、規範１～３を導くにあたり、憲法21条１項等は作用していないと考えられる。

５　ニコンサロン事件とプリンスホテル事件の対比

ニコンサロン事件についても契約締結後の施設利用拒否の事案であるから、基本的にはプリンスホテル事件の類比で把握することができると考えられる。

もっとも、プリンスホテル事件と異なる点がないわけではないため、結論への影響の有無があるかどうかについて５点検討を加える。

⑴　不法行為の成立理由

第１に、不法行為の成立理由が異なる。プリンスホテル事件における不法行為の成立理由は、上記のように仮処分命令違反があったことであった。しかしニコンサロン事件ではY1は仮処分命令に従って東京展を実施しており、仮処分命令違反はない。にもかかわらず、不法行為の成立が認められている。これは憲法21条１項の「表現の自由」を民法709条の「権利又は法律上保護される利益」と認めた趣旨だろうか。しかし、そうではないと考えられる。「契約の当事者として、契約の目的の実現に向けて互いに協力し、その目的に沿った行動をとるべき信義則上の義務」（規範１）の違反が不法行為の成立理由である。これは契約の付随義務として構成することも可能である。しかし我が国の裁判実務においては、一般に契約上に明示の取り決めがない付随義務については信義則上の義務という形で一般条項を介して不法行為の成立を認めているため、本件でも同様に不法行為という形式になっているにすぎない[29]と考えられる。つまり、憲法21条１項の「表現の自由」を民法709条の「権利又は法律上保

27）「有償契約と無償契約を区別し、無償契約には固有の法理があるという」立場があり、「これによると、無償契約の拘束力は、有償契約の場合よりも弱いと考えられている」。山本敬三『民法講義Ⅳ -1契約』（有斐閣、2005）333頁。

28）もっとも、無償だから契約の拘束力が弱いというのは（諾成）契約概念が俗流化した現代日本における完全なる誤解であり、むしろ本来無償だからこそ強い拘束力が及ぶのである。有償双務契約性を無理に認定する必要はなかったといえる。木庭顕『新版 ローマ法案内』（勁草書房、2017）106-109頁参照。

29）生田敏康「契約利益の不法行為法的保護　契約当事者間の義務違反事例を中心に」福岡大學法學論叢60巻３号（2015）331頁参照。

護される利益」と見ているわけではない。よって、プリンスホテル事件とニコンサロン事件はいずれも不法行為の成立が認められている事案であるものの、憲法21条１項の「自由」が民法709条の「権利又は法律上保護される利益」とされていたわけではなく、この点が結論に影響することはないと考えられる。

⑵ 敵対勢力の出現の予測可能性の程度

第２に、敵対勢力の出現の予測可能性の程度が異なる。プリンスホテル事件では、右翼街宣について契約時から予測された事案であった。プリンスホテル側の解約経緯に鑑みると、現実にはプリンスホテルは右翼街宣や警察警備の規模について想定されるものよりも過小なものと勘違いしていたことがうかがわれるが、日教組側は右翼街宣について秘匿等していたわけではなく、基礎情報は与えており、日教組側の信義則上の説明義務違反はないとして裁判所は解約を認めなかった。他方でニコンサロン事件を見ると、X の写真展に対する抗議は契約時に明確に予測されていたわけではない。それは判決が Y3の会社法429条１項責任を否定する検討の中で、「突発的に生じた問題」（第４．３）と指摘するところからも明らかである。であれば、突発事態につき「協議」が必要だったのである。この「協議」は契約時に予測できなかった突発事態に対処するためのものであるから、新たな契約締結をする場面に準じて考えることができる。だからこそ、「協議」の末に決裂し、Y1が X の写真展への敵対勢力からの抗議を理由に解約をしたならば、解約は適法とされた可能性がある。しかし、「協議」しないで一方的解約を主張するのであれば、それは「協議」を経ても中止以外に選択肢がない場合といえる必要があり、ニコンサロン事件判決の示した規範２及び３はこれにあたる場合を本件契約の特性（サロン無償貸与）に即して具体化したものであろう。そうであれば、結局この点も結論には影響しない。

⑶ 代替施設確保の困難性

第３に代替施設確保の困難性が異なるとみうる。プリンスホテル事件では、全国教研集会全体集会はその規模が大規模なため代替施設がもとより少ない点や、ほぼ必ず右翼が妨害に来て他の利用客や周辺施設に迷惑がかかり施設側に利用拒否をされやすいといった特徴があり、現にプリンスホテルが解約をした段階ではもはや日教組の他会場確保は困難となっていた[30]（解約日：平成19年11月５日、開催予定日：平成20年２月１日、２日）。そのため、その時点ではもはや日教組はプリンスホテルで集会を行う以外の選択をすることは困難だったといえる。他方で、会場だけに目を向ければ、ニコンサロン事件では他会場の確保は不可能ではなかったと考えられる。しかし他方で ㋐「日本の代表的写真家の登竜門的役割を果たしてきたと評価されている」

30）判時2051号23頁。

ニコンサロンでの開催ではないこと、㈠ 施設使用について無償ではないこと、㈢ 開催までの時間のなさ（解約日：平成24年５月22日、開催予定日：平成24年６月26日から７月９日まで）、などを考慮すると、もはや東京展についてはニコンサロン以外で実施することは困難だったといいうる。よって、この点も結論には影響しないと考えることができる。

⑷ 無償性

第４に有償か無償かである。プリンスホテル事件では宴会場の利用につき日教組は「飛天」につき約1,919万円を利用料として支払う予定であった（「プリンスルーム」については見積もりが出る前に紛争化したため利用料の見積もりは不明であるが、無償ではない）。他方でニコンサロン事件ではＸはY1の管理する会場のサロンを無償で利用できた。もっとも、本判決は実質的に双務性があることを理由１で認定しており、この点も結論に影響しないであろう。

⑸ 専門家の介在

第５に利用の前提として専門家による審査があるかどうかである。プリンスホテル事件では単に料金を支払って宴会場を利用するというものであるが、ニコンサロン事件では「Y1は、一般からニコンサロンでの写真展開催の申込みを募り、ニコンサロン選考委員会……において選考の上、その開催の諾否を決定してい」たのであり、「ニコンサロンでの写真展の開催は、延べ数千回に及び、日本の代表的写真家の登竜門的役割を果たしてきたと評価されてい」たという事実がある。もっとも、かかる事実は何らかの法律構成で契約締結強制を義務付ける場面では大いに結論に影響する事実であると考えられる（仮に一般に利用者と民間施設設置主体との間での契約締結強制自体が認められるとしても専門家による選考を突破する必要があるため直ちに契約締結を強制することはできない）が、本件のような契約締結後における利用者に敵対する勢力による違法な実力行使による混乱のおそれを理由とする一方的利用拒否の場合には結論に影響しないであろう。

以上５点について、いずれもプリンスホテル事件とニコンサロン事件において論理構成や結論を左右する違いとはなりえない。

従って、ニコンサロン事件についてもプリンスホテル事件同様、規範１～３の導出において憲法21条１項等の効力を及ぼすべきでない。

四　契約締結拒否に対する憲法的統制の可能性

１　問題の所在

民間施設設置主体による利用拒否の違法性判定基準の契約締結前後での差異を踏ま

えると、民間施設設置主体が契約締結そのものを拒否するという事態が増加することが予想される。

そこで、以下では、利用者に敵対する勢力による違法な実力行使による混乱のおそれを理由として民間施設設置主体が契約締結を拒否する場合に私的自治の原則を後退させ憲法的統制を及ぼすことが可能かどうかを検討する。

まず、プリンスホテルやニコンサロンといった「一般公衆が自由に出入りできる場所」ではない屋内施設[31]については、その利用前に利用契約を締結することがほぼ必須になることに留意する必要がある。この利用に先立つ契約のフェーズに注目すると、いわゆる契約における差別禁止法理による統制がかかると考えられる。次に、契約における差別禁止法理とは別に、民間施設の利用者に敵対する勢力による違法な実力行使がなされるおそれがある場合であっても民間施設設置主体の契約締結拒否を違法とする何らかの理論を構築することが考えられる。

よって、以上２つの理論について以下で考察する。

２　契約における差別禁止法理

まず、契約における差別禁止法理についてみる。

民法学者の大村敦志は外国人差別が問題になった小樽温泉入浴拒否事件[32]をはじめとする複数の下級審裁判例[33]を分析した結果、「不合理な理由による差別的な取扱いは、相手方の人格を傷つける行為とされる」[34]ため「「公衆」に向けて、すなわち「公開」の形で相手方を求める以上は、恣意的な排除・選別を加えることなく、条件を満たす者を等しく受け入れることが期待され」[35]、これに反して恣意的な排除・選別を加えた場合には不法行為（民法709条）が成立するという法理を剔出した[36]。

また憲法学者の棟居快行は国籍条項によるゴルフクラブの入会拒否事件[37]を題材に、憲法14条１項の私人間効力について検討を加えている。棟居は憲法14条１項「後段列挙事由に関する差別の禁止は、18条の奴隷的拘束の禁止の規定と同様に（18条は

31）公的施設についてであるが、「屋内施設」は「その性質上許可制をとらざるを得ない」旨を指摘するのは、角松生史「判批」法教192号（1996）103頁。

32）１審：札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁。２審：札幌高判平成16年９月16日判例集未掲載。

33）宝石店での外国人の入店拒否（①静岡地浜松支判平成11年10月12日判時1718号92頁）、）ゴルフクラブの入会拒絶（②東京地判昭和56年９月９日判時1043号74頁、③東京地判平成７年３月23日判時1531号53頁）、賃貸アパートへの入居拒否（④大阪地判平成５年６月18日判時1468号122頁）。

34）大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』（有斐閣、2011）205頁。

35）同204頁。

36）同195-206頁。

37）前掲注33）③判決。

私人による拘束にも適用される)、相手を問わず妥当する憲法的公序とも言えよう。すると、18条と同様、はじめから私人間でも直接適用されることが憲法上予定されているとさえ言えよう。」[38] とし、「ゴルフクラブの側は「私的自治」のおかげで、Xを入会させることを強制されはしないが（契約拒否の自由は「私的自治」のミニマムの内容として残るといわざるをえないので)、入会拒否が差別的メッセージを含む本件のような場合には、不法行為が成立し、慰謝料を支払わなければならない、ということである。」[39] とする。

そうであれば、民間施設設置主体が「公開」の形で利用者を募集しており、契約締結段階で表現内容たる見解を理由とする排除・選別がなされたといえる場合には、違法な差別となる[40]。この場合、契約締結強制はできないだろうが、少なくとも不法行為は成立すると考えられる[41]。

もっとも、民間施設設置主体が利用者に敵対する勢力による違法な実力行使による混乱を理由として利用を拒む行為を差別ということは困難であろう。

38）棟居快行『憲法フィールドノート 第３版』（日本評論社、2006）18頁。

39）同18-19頁。

40）いわば外国人差別のアピールのために被告店舗に入浴しようとした小樽温泉入浴拒否事件における人種差別が典型的であるが、たとえ他に利用可能な場所が存在したとしても、利用拒否が差別を伴う場合にはそれは全く抗弁にはならない（判時1806号93頁は「原告らは、被告アースキュアの入浴拒否に抗議し、その事実を社会的に認知してもらうという目的をもっていたとしても、拒否されずに入浴することを望んでいたことに変わりはなく、本件入浴拒否によって不合理な差別を受けたことは否定できないから、原告らが上記のような目的をもっていたことによって本件入浴拒否の違法性がなくなるわけではない」とする)。人格を傷つけていることに変わりはないからである。そして、この理論は、人種差別ではないものの、表現行為「の目的や集会を主催する団体の性格そのものを理由」（民集49巻３号699頁〔泉佐野市民会館事件最高裁判決〕）とする差別についても同様にあてはまるだろう。

41）松田浩はプリンスホテル事件控訴審判決の評釈で「公の施設」についてのパブリック・フォーラム論を思考の起点にしたうえで「集会施設の所有者が私人である場合に差異が生じるのは、所有者自らの憲法上の財産・表現利益と抵触しうる点であり、その調整の役割は第一次的に法律が担っている（本件では宿泊拒否を制限する旅館業法５条等から一定の類推が可能であろう。）したがって実定法上、所有・管理者以外の表現アクセスが許容され（その表現に対するアクセスの付与または撤回について当該所有・管理者による観点差別の禁止を最低要件とする）」るとする（松田・前掲注５）25頁)。「付与または撤回」いずれについても「観点差別の禁止」を述べる点は鋭いが、契約が先行する民間施設の場合は、契約における差別禁止法理を適用したので必要十分であろう。

3 憲法21条１項に基づく公序論の可能性－利用者の敵対勢力による違法な実力行使による混乱のおそれを理由とする民間施設設置主体の契約締結拒否を違法とする理論はあるか？

⑴ 問題の所在

民間施設設置主体による契約締結拒否が表現内容たる見解等に基づく差別である場合には契約における差別禁止法理が適用されうる。しかし、利用者に敵対する勢力による違法な実力行使によって混乱が生じるおそれを理由とする契約拒否の場合には、契約における差別禁止法理は適用されない。もっとも、かかる状況は、事実上利用者に敵対する勢力に対し違法な実力行使による表現拒否権を与えているに等しい状況であって、憲法21条１項等の観点からみて好ましい状況ではない。

そこで、かかる状況に対し、憲法の観点からなお対処が可能かどうか検討する。その際には、私的自治の原則を後退させてもなお実現すべき憲法21条１項等の価値が存在していることを主張する必要があろう。

⑵ 憲法21条１項の前提とする民主主義社会像と憲法的公序

ここで、宍戸常寿の展開する憲法21条１項に基づく憲法的公序論が参考になる。

宍戸は、「表現の自由を他の人権と区別して扱う背後には、表現の自由が単なる国家からの自由を超えたものであり、その民主主義的機能を保障することが憲法の課題である、という前提が存在していたはずである。」[42] とし、「憲法21条に即していえば、表現の自由の自由主義的機能――これは人格権を通じて私人間でも十分実現可能である――だけでなく、民主主義的機能をも含んだ形で、「憲法の論理」を構成すべきではなかろうか。」[43] とする。そして、「憲法21条が、国家と市民の関係だけでなく、私人間にも方向付けられることを前提にしている」[44]「憲法観を採用するならば、私人間において、民主主義社会の基本的前提が侵害される場合には、――個人の尊厳の妥当とは独立の――「憲法的公序」が問題になっていると見ることができよう」[45] と述べる。

注目されるのは、宍戸がここで「私人間の名誉毀損について、萎縮効果論をはじめとする表現の自由論が、まさしく憲法解釈の資格で主張されてきた」[46] と「萎縮効果論」に明示的に言及している点である。そこで、以下では、この萎縮効果論に着目し

42）宍戸・前掲注15）43頁。
43）同44頁。
44）同43頁。
45）同44頁。
46）同43頁。

て検討を加える。

⑶　萎縮効果論

表現の自由が憲法21条１項で保障される根拠について、一つの理論的解答を与えたのは毛利透である。暴力ではなく自由な表現活動を前提とする選挙による変革に賭けるのが民主政である。つまり、民主政の根幹に表現活動が存在している。しかし、表現活動は他人を説得して支持者を増やすという回りくどいプロセスを経る必要があるため、表現活動を行うインセンティブは少ない。インセンティブが少ないところに多少でも不利益が及ぶとなるとただでさえ数少ない変人が表現活動をやめてしまう。もっとも、表現活動がなされなくなることで得をするのは変革を望まない、現に権力を握っている者（達）だけであって、社会全体から見れば望ましい事態ではない。そのため、かかる事態を防ぎ、表現活動を活性化させる必要がある。これが表現の自由が憲法21条１項で保障される根拠である[47]。

そして、これは同時に萎縮効果論[48]の根拠でもある。萎縮効果論とは、「国家の表現制裁が本来許される表現活動をも萎縮させる危険を除去するため、本来なら制裁されてもやむをえないような表現まで許容すべきだとの主張である」[49]。かかる萎縮効果は、心理的なものであり、裁判官の主観的な判断に流れやすい性質を持つ。毛利が剔出するウォーレン・コートにおけるフランクファータ、ブレナンの萎縮効果論の系譜は、「マッカーシズムの残滓が明らかであった時代」[50]の「歴史的拘束」[51]を受けた「プラグマティックな比較衡量論」[52]である。そして、「萎縮効果論についての近年の論文は、その特徴を、私人の行為に起因する抑止をも憲法上考慮されるべき自由制約に含めることを可能にするところに見いだしている」[53]。

47）以上につき、毛利透『表現の自由 その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008）３－70頁参照。

48）より綿密な利益衡量を目指すならば、私人間効力論の問題を扱っている論稿ではないが、「メッセージの害悪」を扱う安西文雄「平等保護および政教分離の領域における「メッセージの害悪」」立教法学44号（1996）81頁が参考になるかもしれない。同82頁は、差別がもたらす害悪を「「物的」（material）な側面」と「「表現的」（expressive）な側面」に、エンドースメントテストが問題とする政府行為の持つ効果を「経済的側面」と「精神的側面」といったように分節して検討することを勧めている。

49）毛利・前掲注47）18頁。

50）西原博史「毛利透著 表現の自由 その公共性ともろさについて」ジュリ1377号（2009）113頁。

51）林知更「伝統的な主題の新しい読み直し『表現の自由 その公共性ともろさについて』」法セ657号（2009）130頁。

52）西原・前掲注50）113頁。

53）毛利透「表現の自由と民主政 萎縮効果論に着目して」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か 理論的視座と現況への問い』（法律文化社、2017）42頁。

以上を踏まえると、「敵対的聴衆の法理」[54] について、出自はともかくその機能にかんがみて萎縮効果論の一分肢として把握することが可能となる。本来違法な行為も萎縮効果除去のために保護されるなら、本来適法な行為はもちろん保護されなければならないはずである。毛利は次のように述べる。「最高裁は、市民会館の集会のための使用申請を、「公の秩序をみだすおそれ」を理由にして不許可とした処分をめぐる判決で、主催者が平穏な集会を開こうとしているのに、これに反対する勢力が集会を実力で阻止・妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることは、「憲法21条の趣旨」からして集会を不許可とする理由とはならないと判示した……。これは、本章の趣旨からすれば、公権力は私的暴力による威嚇から表現活動を守る責務を有するということを示したものと理解することが可能であろう。」[55]

もっとも、我が国の裁判所は概して萎縮効果論には冷淡であった。ムスリム監視情報流出事件[56] において、東京高裁は警察官のモスク出入者調査による信教の自由に対する影響は「不快感、嫌悪感を抱くといった事実上の影響が生じ得るにとどまる」とし、およそ「萎縮」効果は無視するか、無視していないとしても、大きな不利益であると認識・評価してはいない[57]。しかし、税関検査事件最高裁判決[58] は当時の関税定率法21条１項３号の「風俗」についての限定解釈が必要な理由について「かかる制約を付さないとすれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである。」と判示しており、萎縮効果除去に配慮している。また表現の自由と請願権の双方から保護を受ける「署名」行為について「請願を実質的に萎縮させるような圧力を加えることも許されない」とし、実際にも署名について町が行った戸別訪問調査が「不当に圧力を加えるもの」として違法とされた裁判例[59] があり、萎縮効果の除去に重きを置いた判断が今後我が国の裁判所でなされる可能性がないわけではないだろう。

54）上村貞美「集会の自由と集会に対する妨害について」小高先生古稀祝賀記念論文集『現代の行政紛争』（成文堂、2004）281頁、同「集会の自由と敵意ある聴衆の法理」名城ロースクールレビュー９号（2008）１頁、小林直樹「敵対的聴衆（Hostile audience）の法理と集会の自由」獨協ロー・ジャーナル２号（2007）80頁参照。

55）同47頁脚注12。

56）１審：東京地判平成26年１月15日判時2215号30頁、２審：東京高判平成27年４月14日判例集未掲載。

57）大日方信春「表現、情報と統治 嫌悪感、萎縮と侵害の間」公法研究80号（2018）173頁参照。なお、仙台高判平成28年２月２日判時2293号18頁〔自衛隊情報保全隊事件〕も参照。

58）最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

59）岐阜地裁判平成22年11月10日判時2100号119頁（控訴審判決は名古屋高判平成24年４月27日判時　2178号23頁である）。

また、プリンスホテル事件第一審判決は謝罪広告を認める理由として以下のように述べる。「被告プリンスホテルがそのホームページ上で強調した上記損害の発生を恐れて、今後、全体集会及び前夜祭の会場として施設を貸与することを拒否する者が現れるおそれがあるといわなければならない。」「そのような事態が発生すると、原告日教組の事業全体にとって、著しい支障となる危険があるというべきである」「原告日教組が会場提供やその周辺住民等に生じる不便をあえて隠す上に、その不便を防ぐための警備措置等を講じないとの事実が流布されたことによって、かかる危険は、さらに高まったものといわざるを得ない。」「したがって、かかる危険を除去するためには、本件使用拒否に正当な理由がなく、本件各集会、ひいては本件教研集会を開催することに何ら責められるべき点がないことを広く社会全体に知らしめる必要があるといわなければならない」[60]。これは、第一審が今後行われる日教組の全国教研集会に対する萎縮効果除去に配慮していることを窺わせる。もっとも、謝罪広告については控訴審判決は否定しているが、しかし、控訴審も萎縮効果除去に対して配慮する必要がないとしているわけではなく、手段が適切でないとしているに過ぎない[61]。

⑷　民間施設の萎縮の実相

プリンスホテル事件、ニコンサロン事件をはじめとする民間施設の萎縮を見るにあたり、ポイントになるのは、四．３．⑶で触れた萎縮と異なり、利用者たる表現者（本件ではX）だけでなく、民間施設設置主体（本件ではY1）も萎縮していることである。

また、仮に裁判所が利用者に敵対する勢力による違法な実力行使のおそれを理由とする民間施設設置主体による契約締結拒否を認めるとするならば、裁判所という国家機関が違法な実力行使や敵対勢力の政治見解にお墨付きを与えた[62]と一般国民に受け取られかねず、表現者や表現者の属するグループに対する他の私人からの嫌がらせ・実力行使、そのような表現者グループへの民間施設設置主体によるさらなる利用拒否の広がりといった萎縮を招くことにつながりうる点にも注意が必要である。

⑸　まとめ

以上のように、表現の自由の保障根拠から導かれる萎縮効果除去の要請、表現者だけではなく表現活動の場を所有・管理する民間施設設置主体への萎縮の広がりという現状に鑑みると、憲法21条１項等の適用により萎縮を除去する必要性は相当程度高

60）判時2051号32-33頁。

61）判時2107号121-122頁。

62）いわゆる「司法的執行の理論」に近い面がある。同理論については芦部信喜編『憲法Ⅱ　人権⑴』（有斐閣、1978）103-104頁〔芦部信喜〕。

まっていると考えられる。しかし他方で、私的自治の原則に由来する民間施設設置主体の契約の自由を保護する必要性は変わらずあるので、結局は萎縮効果除去の要請が極めて高い等例外的な場合（社会的許容限度を超える場合）に限り、契約締結拒否が憲法21条１項等の作用で違法とされ、不法行為が成立し、あるいは契約締結強制が認められる余地があると考えられる。

４ 結 論

民間施設設置主体が契約締結を拒否する場合につき、憲法13条に由来する私的自治の原則（民間施設設置主体の契約の自由）を尊重する必要があるから、原則として憲法の統制は及ぼすべきではない。

例外的に「契約における差別禁止法理」、「憲法21条１項等の定める憲法的公序論」に該当する場合に憲法の統制が及び、契約締結拒否が違法となる。

契約における差別禁止法理が適用される場合、契約締結拒否が不法行為法（民法709条）上違法とされると考えられる。この場合であっても私的自治の原則のミニマムの内容から契約締結の強制自体はできない。もっとも、契約における差別禁止法理は、民間施設設置主体が利用者に敵対する勢力による違法な実力行使のおそれを理由として契約締結を拒否する場合には適用できない。

したがって、この場合に可能性があるのは憲法21条１項等が設定する憲法的公序論である。憲法21条１項等が設定する公序論の中身は民間施設設置主体と利用者との間で、萎縮効果に配慮した上での契約の自由との利益衡量を行うというものである。しかしその場合でも、私的自治の原則はなお存在しているため、結局は萎縮効果除去の要請が極めて高い等例外的な場合（社会的許容限度を超える場合）に限り、契約締結拒否が憲法21条１項等の作用によって違法とされ、不法行為（民法709条）が成立し、あるいは契約締結強制が認められる余地があると考えられる。