



Title	契約自由の制限をめぐる憲法原理に関する一考察：契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障に関するドイツ憲法学説・判例の変遷を中心に
Author(s)	大串, 倫一
Citation	北海道大学. 博士(法学) 甲第14323号
Issue Date	2021-03-25
DOI	10.14943/doctoral.k14323
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/81617
Type	theses (doctoral)
File Information	Ohkushi_Rinichi.pdf



[Instructions for use](#)

契約自由の制限をめぐる憲法原理に関する一考察：

契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障に関するドイツ憲法学説・判例の
変遷を中心に

北海道大学大学院法学研究科
法学政治学専攻
大串 倫一

目次

序章

第1節 問題の所在

第1款 問題状況

第2款 本稿の問題意識

- 1) 約款規制に関する民法学の議論状況
- 2) 国家の基本権保護義務論と社会国家原理

第2節 本稿の分析視角と構成

第1款 本稿の分析視角

第2款 本稿の構成

第1章 ドイツにおける契約自由の基本権論の展開

第1節 契約自由と基本権保護義務論の展開

第1款 契約自由領域への国家の基本権保護義務論の受容と批判

- 1) *Claus-Wilhelm Canaris* による法律行為領域への国家の基本権保護義務論の導入
- 2) *Wolfram Höfling* による契約自由における国家の基本権保護義務論の受容

第2款 国家の基本権保護義務論における契約自由の基礎づけの変容

- 1) *Josef Isensee* による法律行為領域への基本権保護義務論の導入に対する批判
- 2) *Wolfram Cremer* による社会国家原理による国家の基本権保護義務論の補償
- 3) *Matthias Ruffert* による照射効判例による基礎づけ論の再構成

第2節 契約自由と基本権の内容形成論の展開

- 1) *Martin Gellermann* による基本権の内容形成論からの契約自由の再構成
- 2) *Christian Bumke* による基本権の内容形成論と契約自由論

第3節 若干の検討

第2章 ボン基本法制定後の契約自由論および基本権の第三者効論の展開

第1節 基本法制定後の契約自由論

第1款 契約自由の憲法保障の有無に関する議論

- 1) *Hans Huber* による契約自由の法秩序依存性の指摘
- 2) *Franz Laufke* による GG2 条 1 項による契約自由の憲法保障

第2款 憲法上の契約自由の保障根拠をめぐる議論

- 1) *Falk Roscher* による契約自由から自己決定への視点転換
- 2) *Michael Kittner* による社会国家原理への視点転換

第2節 基本権の第三者効論と契約自由

第1款 直接的第三者効における契約自由

第2款 間接的第三者効における契約自由

第3節 若干の検討

第3章 BVerfG判例の労働法領域における契約自由論の展開

第1節 代理商決定・連帯保証決定における社会国家原理の言及の意義

第1款 代理商決定における社会的・経済的不均衡の排除と社会国家原理

第2款 連帯保証決定における契約対等の保障における社会国家原理の参照指示

第2節 労働法領域における国家の基本権保護義務論の位置づけ

第1款 深夜労働禁止決定における保護義務と生命の保護

第2款 BGB611a条決定における保護義務と平等原則

第3款 小規模事業所条項I決定における保護義務と解雇制限

第3節 若干の検討

第4章 BVerfG判例の家族法領域における国家の基本権保護義務論

第1節 婚姻契約決定の判断

第2節 GG6条の解釈論について

第1款 GG6条1項の解釈

第2款 GG6条2項の解釈

第3款 GG2条1項にもとづく一般的人格権の保護

第3節 GG6条4項の規範内容

第1款 GG6条4項に関する学説状況

第2款 GG6条4項に関するBVerfG判例

1) 第一次母性保護決定によるGG6条4項と社会国家原理との関係に関する判断

2) 第二次母性保護決定によるGG6条4項と社会国家原理の具体化

第4節 若干の検討

終章 日本法における契約自由論の展開へ

第1節 契約自由と基本権解釈論

第1款 国家の基本権保護義務論の射程

第2款 国家の基本権保護義務論と実定憲法上の基礎づけ

第3款 契約自由の実現と憲法志向解釈

第2節 契約の内容規制論における意義

第3節 残された課題

第1款 関連する領域における自己決定の前提の保障の可能性

第2款 保護義務と憲法解釈方法

序章

第1節 問題の所在

本稿は、契約当事者の一方が契約内容を事実上一方的に規定することができるほどの優位を利用し契約の対等性を侵害し、他方当事者に不利な内容を要求する場合に（以下、「契約対等の侵害」という）裁判所が介入する憲法上の根拠を、従来は国家の基本権保護義務論において自己決定の保護（憲法 13 条）によって保障すべきであるとされていたところ、ドイツにおける契約自由の憲法保障に関する学説・判例を参照し、自己決定の前提の保護（憲法 13 条）に加えて生命の保護（同じく憲法 13 条）や生存の保障（憲法 25 条）を考慮する必要があるという視角から検討することを課題とする。

第1款 問題状況

私法学者五十嵐清によって 1960 年に契約自由の問題が「わが国ではほとんど論ぜられていない。一般には、契約の自由は私有財産制のコロラリーであるから、憲法 29 条により保障されていると解されているが、それ以上は議論が発展していない」と評価されている¹。それ以降の契約自由の議論は、以下にみるとおり、はじめは私人間効力論において経済的自由たる「契約自由とその制限」の問題として議論され、その後は、自己決定権論や、国家の基本権保護義務論を通じて、憲法 13 条にもとづく自己決定がその保障根拠として挙げられるようになった。そして、最終的には、基本権の内容形成論から、契約自由の性質も議論されている。注目すべきは、契約自由をいかに憲法上保障するかという問題に加えて、契約自由をいかに制限するかという問題が議論されているという点である。

さて、契約自由は、日本国憲法上は明文の規定を持っていなかった。しかし、『註解日本国憲法』において、財産権の不可侵性から、「権利者は一応自由に使用・収益・処分をなしうるわけであり、この点から明文はないが（ワイマール憲法 152 条参照）財産権に関する契約の自由がわが憲法上も承認されているものと解せられうる」²と評価されているように、契約自由が憲法上保障されていることは、日本国憲法施行直後においてすでに承認されていたといえる。

その後、契約自由は、私人間効力論を通じて、憲法学の議論の俎上にあがることとなる。この点、私人間効力論におけるリーディングケースだとされる最高裁判例のうち、三菱樹脂事件判決は、いわゆる間接適用説に立脚していると解釈される判示に続いて、企業の契約締結の自由について以下のように判示する。

¹ 五十嵐清『比較民法学の諸問題』（一粒社、1996 年）56 頁（初出、同「ボン基本法と契約の自由」北大法学論集 10 巻（1960 年）42 頁以下）。

² 法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1948 年）289 頁。なお、引用にあたって、旧字体を新字体に改めた。以下、同様である。

「憲法は、……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用するにあたり、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」³。

この点、同判決は、樋口陽一によって、「憲法上の基本権の私人間効力につき間接効力説の枠組みを示した上で、その当てはめの段階で消極的な判断を下す先例になった、と見るのが穏当であろう。その反面、判決が『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』としてとらえるその『憲法』を、それと『同時に』保障している『思想、信条の自由や法の下での平等』より優先させたもの、と受け取るならば、経済的自由に関する憲法規範の私人間適用に積極的な姿勢を読み取ることも可能ではないだろうか」(傍点原文)ということが指摘されている⁴。これを踏まえると、最高裁は、最終的に学生の思想良心の自由よりも企業の契約締結の自由を優先したと解釈することが可能となる。そうだとすれば、私人間効力論は、憲法の規定が私人間にも妥当するのかという問題である一方で、憲法上保障されている契約自由をいかに制限するかという問題でもあったと位置づけることができよう。以上のように、契約自由は、私人間効力論を通じて、憲法22条や29条によって保障されることが認められてきた⁵。問題は、こうして保障された契約自由をいかに制限するかであり、一面ではこの点をめぐって憲法の私人間効力が議論されてきたともいえる。ただし、私人間効力論は、必ずしもこうした問題に対して有効な解決策を提供できたわけではなかった。

³ 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1544頁以下。なお、同判決の調査官解説によれば、「本判決は、憲法29条のほか、22条等により、契約締結の自由を基礎づけている。各種の経済的自由の保障は、その自由を実現するために他人と契約を締結する自由の保障を含むと解される……が、雇用契約締結の自由は、財産権の使用収益の自由から導かれる面と、右のような各種の経済的自由から導かれる面とがあるとするものであろう」とされる(富澤達「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(昭和48年度)』(法曹会、1977年)322頁注12))。

⁴ 樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす——下級審判決からのアプローチ〔新版〕』(日本評論社、2011年)38頁[樋口陽一]。

⁵ なお、芦部信喜『憲法学I——憲法総論』(有斐閣、1992年)310頁注9)も、三菱樹脂事件判決から、「契約の自由は、憲法が資本主義の経済体制を前提としたうえで経済的自由権を保障している以上、その一つの支柱としてそこに含まれていると解すべきであり、またその自由は、私人相互の法律関係の設定を目的とするものであるから、契約の自由の根拠を憲法22条・29条に求めれば、これらの規定が私人間に直接的効力をもつような形になるのは当然である」と評価している。

こうした契約自由の議論状況の変化がみられるには、1990年代以降、憲法学において自己決定権の議論、およびドイツの国家の基本権保護義務論が唱えられるようになるまで待つ必要があった。一方で、契約自由が憲法13条⁶によって保障される自己決定権に含まれると解釈されるようになった。たとえば、戸波江二は、憲法13条によって保障される幸福追求権には自己決定権が含まれることを前提としたうえで、「自己決定権に含まれるさまざまな自由のうちで、一個の特定の人権と把握すべき自由」が存在し、そのなかには契約自由が含まれると解している⁷。こうした議論によって、経済的自由に含まれると解されてきた契約自由が、憲法13条が保障する自己決定の一内容に含まれると解されるようになった。

他方で、国家の基本権保護義務論は、上記の私人間効力論、とくに間接効力説の再構成を行うものである。松本和彦によれば、基本権保護義務論とは、「国家・被害私人・加害私人の三者からなる三面関係を想定し、そこに国家の基本権保護義務と基本権侵害禁止義務を設定することによって、国家と被害私人及び国家と加害私人の法的関係をそれぞれ憲法の効力下に置く。ここで基本権保護義務とは、加害私人による侵害から被害私人の基本権法益を保護する国家の義務を言い、基本権侵害禁止義務とは、国家が加害私人の基本権を侵害することを禁止する国家の義務を言う」とされる⁸。保護義務論の特徴は、「問題を私人の自由の統制ではなく、国家の権力行使の統制にあると見て、それにふさわしい法的枠組みを与えようとする」にあった⁹。こうして、国家の基本権保護義務論は、私人間効力論を再構成するものであった。しかし同時に、国家の基本権保護義務論は、以下にみるとおり、契約自由の新たな問題領域を切り開くものでもあった。

⁶ 憲法13条に関する議論は、人格的利益説と一般的行為自由説とで対立していた。人格的利益説について、佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』ということの意味」同『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）125頁以下、佐藤幸治「憲法と『人格的自律権』」同『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）77頁以下、一般的自由説について、阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 憲法と憲法学』（日本評論社、1995年）220頁以下、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号（1996年）1頁以下、こうした議論状況については、中村睦男「『新しい人権』と憲法13条の幸福追求権」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『21世紀の立憲主義—現行憲法の歴史と課題—』（勁草書房、2000年）310頁以下、丸山敦裕「憲法13条論における一般的自由説とその周辺」松井茂記ほか編『自由の法理—阪本昌成先生古稀記念論文集』（成文堂、2015年）573頁以下を参照。

⁷ 戸波・前掲注6）「幸福追求権の構造」16頁以下。

⁸ 松本和彦「基本権の私人間効力—基本権保護義務論の視点から」ジュリスト1424号（2011年）57頁。

⁹ 松本・前掲注8）「基本権の私人間効力」56頁、66頁、67頁。

たとえば、国家の基本権保護義務論の代表的論者である小山剛は、一方当事者によって契約の対等性が侵害されている場合に、他方当事者の契約自由をいかに保障するかが問われたドイツ連邦憲法裁判所（BVerfG）の連帯保証決定¹⁰の例に挙げ、契約自由にとって自己決定が重要であることを説明する。小山によれば、まず、同決定は3つの私的自治を示したとされる。すなわち、「第一は、自己決定としての私的自治、第二は、法的システム——すなわち、法制度——としての私的自治であり、第三は、国家の介入の要請としての私的自治である」、と¹¹。次に、こうした契約自由の自己決定的側面から契約の内容規制を導き出す理論構成として国家の基本権保護義務論を提示する。それによれば、連帯保証決定は、「①当時無資力の娘とのあいだに結ばれた連帯保証契約は彼女の私的自治、契約自由を侵害する、②それゆえに民事裁判所は、銀行による侵害から彼女の私的自治、契約自由を保護・救済する義務を負う」¹²としていたと整理することができる。この点、保護義務論は、「自己決定という私的自治の本質には手を加え」るのではなく、「自己決定を前提としつつ、自己決定の『尊重』に加えて自己決定を自己決定ならしめるための『保護』を国家に命じるにすぎない」ともしている¹³。ここで問題とされている契約自由は、自己決定に含まれるとされるという点では上記戸波にいう契約自由と共通するが、国家の介入に対する契約自由を問題とするのではなく、一方当事者による他方当事者の契約自由の侵害に対する保護が問題となっている。こうした問題を取り扱うにあたって、国家の基本権保護義務論に依拠すべきだとされている。こうして、国家の基本権保護義務論によって、一方当事者によって契約の対等性が侵害された場合にいかに他方当事者の契約自由を保護するかという問題が提示され、こうした問題の解決策として、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護によるべきことが示された。

また、国家の基本権保護義務論に依拠する民法学者山本敬三は、より明示的に憲法13条がリベラリズムの理念に依拠していることを強調し、契約自由の憲法保障について語る。それによれば、「私的自治は、……『自分の生活空間を主体的に形成する自由』として理解すべきである」。「憲法13条は、リベラリズムの思想——個人が自己のアイデンティティーを求めつつ、みずから『善い』と信ずる生き方を等しく追及できることが何よりもまず保障されなければならないという考え方——に立脚している。これは、まさに右の意味での私的自治を保障したものとみることができる」。また、「契約自由は、制度的行為としての契約に関する私的自治の制度化として位置づけられる。これは、消極的契約自由・積極的契約自由からなる。前者は、契約に関して法的禁止・命令がないことを意味

¹⁰ BVerfGE 89, 214.

¹¹ 小山剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会、1998年）289頁。また、小山の国家の基本権保護義務論について、同「基本権の私人間効力・再論」法学研究78巻5号（2005年）39頁以下も参照。

¹² 小山・前掲注11）『基本権保護の法理』295頁。

¹³ 小山・前掲注11）『基本権保護の法理』296頁。

し、後者は、国家による契約の法的有効性の承認と裁判所による強制的実現を内容とする」。そして、「契約自由もまた、憲法 13 条により要請される基本権である。消極的契約自由が基本権であることは、契約するかしないかを定める自由に対する侵害が『自分の生活空間を主体的に形成する自由』に対する侵害を意味することから基礎づけられる。これに対して、積極的契約自由が基本権であることは、一方当事者が契約を守らないことが、その相手方の『自分の生活空間を主体的に形成する自由』に対する侵害を意味することから基礎づけられる」とされる¹⁴。山本は、こうした契約自由理解をもとに、民法 90 条の公序良俗規定によって契約自由をいかに制限および保護することができるかを、国家の基本権保護義務論から説明しようとする。それによれば、こうした公序良俗規定による契約自由の制限および保護は、とりわけ裁判所によって実現される。その際には、両契約当事者の自由の衡量が行われるべきだとされる¹⁵。ここで注目すべきは、山本自身が認めるように、公序良俗規定を、契約自由の制限および保護を行う手段として位置づけている点である¹⁶。

以上のように、憲法学における自己決定権の議論、および国家の基本権保護義務論によって、第一に、契約自由は憲法 13 条にもとづく自己決定の保障に含まれるとされ、第二に、契約自由の問題として、国家による介入に対する契約自由の保障の問題に加えて、一方当事者による他方当事者の契約自由の侵害に対する保護、とりわけ契約対等の侵害に対する契約自由の保護の問題が提示された。なお、後者においては、憲法 13 条にもとづく自己決定の保護が問題とされ、その解決にあたっては、公序良俗規定が用いられることになる。

以上の議論傾向から、2000 年代以降は、契約自由の憲法保障にあたっては、憲法 22 条や 29 条の経済的自由権に加えて、憲法 13 条が根拠条文として示される傾向にあるといえる。たとえば、棟居快行によれば、「契約自由という概念は、日本国憲法に明文の保障規定を有しているわけではない。しかしながら、憲法 22 条 1 項が保障する『職業選択の自由』（『営業の自由』を意味すると一般に解されている）、ならびに同 29 条 1 項が保障する『財産権』（通説はこれを『私有財産制度の制度的保障』を含む観念と理解している）を併せ読み、さらに日本国憲法が個人の自己決定と自己責任を内包する個人主義という基本的なスタンスを同 13 条の『幸福追求権』に込めていることをも想起すれば、全体として日本国憲法が個人の自己責任を伴う自由な経済活動を保障していることは明らかであり、その一環として『契約当事者は自由な意思によって契約関係を決定しうるのであり、国家

¹⁴ 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000 年）36 頁。また、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突——（1）（2）」法学論叢 133 巻 4 号（1993 年）1 頁以下、同 5 号 1 頁以下も参照。

¹⁵ 参照、山本・前掲注 14）『公序良俗論の再構成』36 頁以下、193 頁以下。

¹⁶ 参照、山本・前掲注 14）『公序良俗論の再構成』232 頁以下。

がそれに干渉することは原則として許されない』という意義を有する『契約自由の原則』を、日本国憲法の前記諸条文から読み取ることができる」とされる¹⁷。また、石川健治によれば、「契約は、事業者だけが行うわけではなく、財物にかかわる法的拘束のためだけに行われるのでもないから、契約締結の自由は、私的領域の自律的形成の一貫として、端的に『自己決定権』系列に属する自由であるというべきである。日本国憲法のもとでも、直接には憲法 13 条の『幸福追求権』を根拠とすることにより、それは憲法ランクの自由としての地位を獲得する」（原文ママ）とされる¹⁸。こうして、契約自由は、憲法 22 条・29 条といった経済的自由権に加えて、憲法 13 条にもとづく幸福追求権および自己決定権によって憲法上保障されることが学説上認められたのである。

石川は、さらに進んで、契約自由の問題には、「当事者間に、交渉力に不均衡が存在する場合（高利契約や符合契約・普通契約約款）、および、顕著な情報格差・情報の偏在が見出される場合には、契約内容の形成において形式上の〈自由〉を貫徹すると、かえって『契約正義（Vertragsgerechtigkeit）』に反すると考えられる事態が発生する」という問題——これは上記で小山が例として挙げていた、契約対等の侵害に対する契約自由の保障が問題となる連帯保証決定と共通する問題である——があるとする。石川は、この問題を、上記で確認した契約締結の自由という〈自由〉の問題ではなく、「対等当事者の自律的決定を尊重する〈公序〉を共通の前提として、それをどのように具体化するかの手法をめぐる対立」の問題だと理解する。それには 2 つの方向が考えられ、「1 つの方向は、あえて（拘束からの自由としての）契約自由を引っ込めることによって、〈公序〉としての契約正義を実現しようとする選択である」とされ、そこでは「私法社会に軸足を置き、〈秩序〉の自律的回復」が目指されることとなる。「いま 1 つの方向は、契約自由を引っ込めることなく、〈秩序〉を回復する方途であり、それは上記で確認した国家の基本権保護義務論によって「当事者のそれぞれの『自由』『自己決定』の対国家的な垂直的フォーマットを歪めることなく、正義に適った契約内容の形成を、国家の力をかりて実現しようと試み」られることになる¹⁹。この点、石川は、「事業者を少なくとも一方当事者とする財産法上の契約における、『契約の自由』の問題に対して、「特にこれを『公序』として捉える立場を採る場合には、〈秩序〉選択については、憲法は沈黙している」と見るべきであ

¹⁷ 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012 年）363 頁（初出、同「契約自由の原則と新エネルギー法制をめぐる小論」阪大法学 58 巻 3・4 号（2008 年）643 頁以下）。なお、棟居もまた、五十嵐と同様に、契約自由は「これまで憲法学的には意外にも深い検討を欠いてきた」と評価する。そしてその理由を、第一に、「それが私法学のテーマであると考えられてきたこと」、第二に、「私人間の契約関係、あるいは契約外の（契約の前段階も含む）事実行為は、人権の『私人間適用』という別個の難問にかかわってくる」ことに求めている（同上 363 頁、365 頁注 4）。

¹⁸ 石川健治「契約の自由」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008 年）147 頁。

¹⁹ 石川・前掲注 18)「契約の自由」147 頁。

り、特定の経済的〈秩序〉を憲法から引き出すことはできない」と述べており、少なくとも憲法から手がかりを得られないと解しているのであるから、上記の2つの方向のうち、前者の方向によって解決すべきだと考えていると思われる²⁰。これによって、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障の方法には、国家の基本権保護義務論による解決方法に加えて、私法を中心とする秩序による解決方法が存在することが明らかになる。

その後、2010年以降は、契約自由は、ドイツ基本権論からその性質が問われたり、具体的な問題領域のなかで議論されたりするように、多方面から検討されている。一方で、契約自由は、自由権として、そして国家の基本権保護義務論によってこれまで議論されてきたところ、ドイツ基本権論のうち基本権の内容形成論から契約自由の憲法保障が議論されている。ここでは、篠原永明が、ドイツの基本権論の議論を検討したうえで、契約自由を、国家の基本権保護義務論ではなく基本権の内容形成論によって基礎づけようとする点も指摘されるべきである²¹。

それによれば、まず前提として、内容形成の領域は3つに分類される。すなわち、①「法制度がなければ保護の対象が観念できない基本権の内容形成」、②「基本権の相互衝突・基本権と他の憲法上の法益の衝突の解消としての内容形成」、そして③基本権保護義務や狭義の給付義務といった「基本権の保護・支援としての内容形成」である²²。この点、契約自由は、①の領域に属するとされる。こうした自由は、まず「法的効力の付与等、法制度を要請するものであり、その内容は前国家的なものとは考えられない。法制度を創設する法律があって初めて基本権の保護範囲が定まるので、この領域では、法制度の創設に関わる法律は原理的に基本権介入とはなり得ない。かといって、基本権の保護の対象の決定を立法者の恣意に委ねてしまうことは、立法者に対する基本権拘束も定めた基本法1条3項と両立しないので、立法者による基本権保護の対象の創設を、憲法上の拘束に服させなければならない。それゆえ、この法制度を創設する国家の義務をまずは観念する必要がある」とされる。次に、「内容形成の基本権拘束を考える際には、立法者に対して適切な法発展の余地を残すという要請との調整が課題とされる」ところ、「内容形成の指導原理を導出し、その原理が実現されている程度を問うという拘束のあり方を考える方向で議論されている」²³。なお、契約自由については、『自律の原則』と『信頼保護・取引安全の原理』を導出し、その原理が実現されている程度をとという拘束のあり方を考えることになる²⁴とされる。最後に、「指導原理間の調整については、規律対象の特性や状況に関連した指導原理間の優先ルールを練り

²⁰ 石川・前掲注18)「契約の自由」147頁。もっとも、石川は、のちに「憲法的公序」の存在を示唆している点には注意が必要である(参照、終章第1節第3款)。

²¹ 参照、篠原永明「立法者による基本権の保護の対象の決定(1)(2)」自治研究91巻3号(2015年)108頁以下、同4号104頁以下。

²² 篠原・前掲注21)「立法者による基本権の保護の対象の決定(1)」122-123頁。

²³ 篠原・前掲注21)「立法者による基本権の保護の対象の決定(2)」115頁。

²⁴ 篠原・前掲注21)「立法者による基本権の保護の対象の決定(2)」111頁。

上げていく必要があり、「その類型化が今後の課題」²⁵とされる²⁶。こうした基本権の内容形成論から、契約自由は、その性質として、前国家的に内容が定まる一般的な自由権とは異なり、法制度、とりわけ契約制度の存在を前提とした自由である点が指摘されることになる。これにより、従来議論されてきた自由権および国家の基本権保護義務論との関係が問題となる。この点、小山剛によって、同様のドイツの議論に対して、「内容形成という概念は、基本権との関係における法律規範の客観的性格を説明する概念であって、個々の基本権主体の具体的な法的地位に対してその法規範がどのように作用するかを説明する概念ではない」²⁷という点から、自由権および国家の基本権保護義務論における契約自由の議論が意義を失うわけではないと評価されているが、こうした契約自由の性質が従来議論と接合可能かについては注意が必要である。

他方で、契約自由の問題は、さらに新たな問題領域においても議論されるようになっていく。それは、NHK 受信料契約の締結強制の問題である。この点、最高裁判例において、NHK 受信料事件判決は、「受信設備設置者に受信契約の締結を強制する放送法 64 条 1 項は、契約の自由、知る権利及び財産権等を侵害し、憲法 13 条、21 条、29 条に違反する」という被告の論旨に対して、「放送法 64 条 1 項は、同法に定められた原告の目的にかなう適正・公平な受信料徴収のために必要な内容の受信契約の締結を強制する旨を定めたものとして、憲法 13 条、21 条、29 条に違反するものではないというべきである」と判示している²⁸。同判決について、調査官解説は、上記の判断を、「ある契約を強制的に締結させる

²⁵ 篠原・前掲注 21)「立法者による基本権の保護の対象の決定 (2)」115 頁。

²⁶ また、篠原は日本国憲法下における「『基本権保護義務』の成否」を検討している（参照、篠原・後掲注 430）「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」33 頁以下）。それによれば、「我が国でも、基本権上の自由を実現されるべき『価値』として捉え、『立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る』という議論は可能であろう」とする一方で、「実定憲法上の法的義務として保護義務を導出するという場合、日本国憲法の下では、基本法 1 条 1 項のような保護を命じる明文規定を欠くという、条文上の決定的な違いがあり、実定憲法下の保護義務の承認は「基本権規定の原則的な規範内容、すなわち防御権という枠内の下で想定される『価値』実現のプロセスを修正するもの」であるからかかる違いは「日本国憲法の下で保護義務の導出を否定する決定的理由となろう」とする（同上 71-72 頁）。その代替策として、「憲法論としては、法律の解釈・適用の次元においては、基本権上の自由を解釈指針として機能させ、『価値』に親和的に個別法律を解釈していくこと、すなわち、『憲法志向解釈 (verfassungsorientierte Auslegung)』という解釈手法がまずは検討されるべきであろう」とする（篠原・後掲注 430）「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」73 頁）。

²⁷ 小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004 年）159 頁。

²⁸ 最大判平成 29 年 12 月 6 日民集 71 卷 10 号 1833 頁以下。

この効果、契約を強制された者のいかなる憲法上の権利ないし自由が制約されることになるのかということとは別個に、契約の締結を強制すること自体が憲法上の権利ないし自由の制約となるといえるかについては、議論の余地があると思われるが、本判決は、いずれにしても放送法 64 条 1 項は契約の自由侵害として違憲となるものではないとの判断である」と解釈している²⁹。同判決の判断自体は議論の余地があるが、最高裁判例においても、契約自由が憲法 13 条によって保障されていることが前提とされ、そのうえで契約の締結強制が契約自由を侵害する可能性を示唆されていることを確認することができる。

以上のように、契約自由は、憲法学において、はじめは憲法 22 条や 29 条といった経済的自由に含まれるものと理解され、そうして理解された契約自由は、私人間効力論を通じて、いかに制限するかという視点から議論されていた。その後は、自己決定権論や、国家の基本権保護義務論を通じて、契約自由は、憲法 13 条にもとづく自己決定に含まれると解釈されるようになり、最終的に、憲法 22 条・29 条などの経済的自由権に加えて、憲法 13 条にもとづく幸福追求権・自己決定権によって保障されると解釈されることが有力に説かれている。また、国家の基本権保護義務論に与する小山剛によって、一方当事者による契約対等の侵害に対する他方当事者の契約自由の保護という問題領域が提示された。それによれば、こうした問題は、国家・被害私人・加害私人の法的三極関係において国家は加害私人による自由の侵害から被害私人を保護する義務があるということを前提に、契約関係において一方当事者による契約の対等性の侵害に対する他方当事者の契約自由の保障を、自己決定の保護に読み替えることで解決されるべきだとされる。これに対して、石川健治によって、もうひとつの方向性として、私法秩序を基本とし、それに関連する領域で形成された契約正義によって解決を図る途が示されている。こうして、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障の問題に対しては、2つの方向性が提示されている点は重要である。その後の議論では、契約自由は、ドイツ基本権論の基本権の内容形成論から、その性質、すなわち前国家的に構成されるものではなく、法制度、とりわけ契約制度を前提とするものだという理解が示されている。また、最高裁判例においても、NHK 受信料契約の締結強制の問題において、契約自由が憲法 13 条によって保障されていることが確認されている。以上の問題状況から本稿において注目すべきは、一方当事者による契約対等の侵害に対する他方当事者の契約自由の問題の解決策として、一方で、国家の基本権保護義務論による解決を志向する方向性と、他方で、私法とそれに関連して形成される契約正義による解決を図ろうとする方向性という 2つの方向性が存在するという点である。

²⁹ 富上智子「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成 29 年度（下）（10～12 月分）』（法曹会、2020 年）643 頁。なお、同判決を契約自由という観点から論じるものとして、憲法学から、片桐直人「判批」論究ジュリスト 29 号（2019 年）81 頁以下、民法学から、谷江陽介「判批」私法判例リマークス 58 号（2019 年）26 頁以下（および同『締結強制の理論——契約自由とその限界』（成文堂、2016 年）118 頁以下）も参照。

第2款 本稿の問題意識

以上のように、本稿が検討対象とする、契約対等の侵害に対する契約自由の保障の問題の解決策には、2つの方向性が存在する。一方で、国家・被害私人・加害私人の法的三極関係を前提に国家に加害私人による侵害から被害私人の自由を保護する義務を認める国家の基本権保護義務論によって、契約の一方当事者による契約対等の侵害から他方当事者の契約自由、あるいは自己決定の保護の問題として構成したうえで、国家が他方当事者を保護するために公序良俗規定などを用いて契約に介入する解決を図る方向性が示される。他方で、契約対等が侵害されている状態は契約正義に反しているという認識のもとで、私法を基本とし、それに関連する理念から契約正義を実現しようとする方向性も存在しているとされる。

こうした2つの方向性は、必ずしも相反するものではなく、あくまで憲法からアプローチするのか、私法からアプローチするのかといった違いにすぎない。もちろん、そもそも契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障が問題となる舞台自体が、石川健治が示す「高利契約や符合契約・普通契約約款」³⁰や消費者契約・労働契約といった、私法が規律し、私法学が対象としてきた領域であることから、後者のアプローチが基本となるというべきである。もっとも、それに限界があるのであれば、前者のアプローチがそれを補充することも可能であろう。

この点、たとえば約款という領域において、以下にみるとおり、民法学は、これまで約款の内容規制という問題に対してさまざまな議論を行ってきた。しかし、裁判実務は、必ずしも学説が期待する約款の内容規制を行ってきたとはいえない。そうだとすれば、そうした状況に対して、憲法からのアプローチが何らかの推進力を与えることができるかが問題となる。

1) 約款規制に関する民法学の議論状況

わが国の約款論³¹は、普通保険約款の免責条項や地震免責条項に拘束力があるのかといった「現実的な解釈問題」として登場し、戦前から1960年代までは、外国法の参照を通じて、約款の法的性質、とりわけ約款の拘束力に焦点をあてた「古典的約款論」と呼ばれる議論が展開された。その後、1970年代から80年代にかけては「古典的約款論とは一線を画した約款論が相次いで展開されるようになった」。そこでの議論の中心は、「約款の司法的規制のあり方」にあるとされる³²。1990年代以降の議論は、急速に勢いを弱めていると評価されるも

³⁰ 石川・前掲注18)「契約の自由」147頁。

³¹ 約款論および約款規制に関する民法学の展開について、河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）、潮見佳男「普通取引約款」谷口知平ほか編『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』（有斐閣、2006年）173頁以下、山下友信「普通取引約款をめぐる論争」同『商事法の研究』（有斐閣、2015年）217頁以下を参照。また、不当条項規制という視点から、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010年）11頁以下も参照。

³² 参照、山下・前掲注31)「普通取引約款をめぐる論争」217頁以下。

の、その背景には、約款論を越えて消費者保護や不当条項規制にまで議論が拡大したことや議論の焦点が立法論に移ったことなどがあると思われる³³。本稿において注目すべきは、1970年代から80年代にかけて約款の司法的規制をめぐる議論は、今日においても約款、そして契約の内容規制にとって重要な意義を有しているという点である。

約款の司法的規制の代表的論者としてまず挙げられるべきは、河上正二である³⁴。河上は、約款に対するアプローチとして、約款の形式的側面を重視し、独自の理論構成の必要性を認める「約款アプローチ」と、交渉力の不均衡に着目し、契約の拘束力の有無を判断する「交渉力アプローチ」とがあるとしたうえで、前者の「約款アプローチ」に与している³⁵。河上は、議論の錯綜していた約款の概念整理を行い、さらに約款の司法的統制の問題を、約款の採用、解釈、そして内容規制の3つに捉え直す。この点、河上によれば、3点目の裁判官による「直接的内容規制の基本的な考え方は、顧客の奪われた自由への代償たる約款設定者側の利益調整義務から導かれる。約款使用者は信義則上、将来の顧客の利益を適正に顧慮する義務を負い、裁判所の監視に服するというべきである。その際の判断基準は、任意法規範に求められ」とされ、任意法からの逸脱を正当化する「合理的理由」は約款使用者が示すべきだとされる³⁶。その際には、「任意法規範の現実類型への適合度」に加えて、約款アプローチに与する河上においても、顧客の契約の内容形成・選択の自由の喪失の程度といった要素も問われている点は注目に値する³⁷。

また、山本豊³⁸は、「契約当事者の自己責任を問いうる前提に関わる要因（自己決定の問題、契約環境の要因）と契約内容の実質的評価に関わる要因（契約正義の問題）をどのように組み合わせて、不当条項問題の解決を図っていくべきか」³⁹という問題意識のもとで、約款論にアプローチする。それによれば、約款使用は、「むしろ知的ないし経済的交渉力格差

³³ 参照、山下・前掲注31)「普通取引約款をめぐる論争」219頁以下、大澤・前掲注31)『不当条項規制の構造と展開』138頁以下。

³⁴ 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988年)。河上の見解について、河上正二「約款の適正化と消費者保護」岩村正彦ほか編『岩波講座・現代の法13消費生活と法』(岩波書店、1997年)101頁以下、同「総論」別冊NBL54号(1999年)1頁以下も参照。

³⁵ 参照、河上・前掲注34)『約款規制の法理』431頁以下。

³⁶ 河上・前掲注34)『約款規制の法理』435頁。

³⁷ 河上・前掲注34)『約款規制の法理』435頁。参照、大澤・前掲注31)『不当条項規制の構造と展開』93頁、鹿野・後掲注52)「民法改正と約款規制」17頁注28)。

³⁸ 参照、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣、1997年)1頁以下(初出、同「付随的契約条件における自律と正義(1)(2・完)」法学44巻3号(1980年)380頁以下、同4号506頁以下)。山本による約款論について、同「約款規制」ジュリスト1126号(1998年)127頁以下、同「契約の内容規制」別冊NBL51号57頁以下、同「不当条項規制と中心条項・付随条項」別冊NBL54号(1994年)95頁以下も参照。

³⁹ 山本・前掲注38)『不当条項規制と自己責任・契約正義』1頁。

を問題としつつ（交渉力アプローチ）、約款使用ということは、他の多くのファクターとならぶ 1 ファクターにすぎないものとして、浩瀚な約款が使用された場合には相手方当事者に契約条項内容の十分なる把握を期待しえないことになりやすい……かぎり、これを斟酌していけば足りるのではないかとされる⁴⁰。これにより、知的・経済的交渉力格差という自己決定の基盤の問題に着目すべきであるとしつつ、それが必ずしも約款規制の問題にとどまらない不当条項規制の問題として構成している点が山本の見解の特徴である⁴¹。

さらに、原島重義⁴²は、より直截に契約自由が約款の内容規制を要請することを強調する。原島は、前提として、「法律行為ないし契約は当事者の意思にもとづく法律関係の目的的な形成であって、そこには市民の自主性、ないし自由という価値が内在している」ことを強調する形式的契約自由という考えがある一方で、「約款使用取引が伝統的理論の予想しなかったあらたな経済的社会的条件の下で出現する以上、みぎに述べた課題を実現するための法的な手だては、従来と全く異なったものとなるのは当然である。この故に、課題実現のあらたな側面に着目して、あらためてこの課題そのものを、これまでの形式的契約自由と区別し、実質的契約自由（materielle Vertragsfreiheit）の実現とよぶことも出来るかも知れない」という契約自由の理解を示す（傍点原文）⁴³。そのうえで、とりわけ、後者の理解によって、契約自由は「約款に拘束力を与える積極的な根拠となるのではない。逆にそれは、消極的かつ否定的な判断基準として、裁判所が当事者の法律関係に介入する理由になる」とする⁴⁴。

以上のように、民法学において、約款に対する内容規制の必要性が認められており、その根拠として、アプローチの違いはあれど、自己決定の基盤・前提の喪失が挙げられている。こうした約款の司法的規制の議論が登場するまでは、学説では約款の内容規制という発想は「一般的なものではなかった」とされる。山下友信によれば、その背景には、「民商法がよって立つのは、契約自由の原則であり、不当性ということだけに基づく契約に対する司法的介入は許されないという考え方が暗黙の前提として非常に強く支配していたことがある」とされる⁴⁵。この点、約款の内容規制は、「実質的には私人間の契約内容について裁判官が介入することにほかならないが、それがなぜ正当化されるのかという根本問題の解決なしでは問題の究極的解決はできない」ところ、それが上記約款の司法的規制の議論を通じて、意識的に論じられるようになり、消費者契約にまで視点が広がると、不当な約款および契約の内容規制の必要性は共有されるようになっていく⁴⁶。

⁴⁰ 山本・前掲注 38) 『不当条項規制と自己責任・契約正義』 75 頁。

⁴¹ 参照、大澤・前掲注 31) 『不当条項規制の構造と展開』 95 頁。

⁴² 参照、原島重義『市民法の理論』（創文社、2011 年）658 頁以下。

⁴³ 原島・前掲注 42) 『市民法の理論』 701 頁。

⁴⁴ 原島・前掲注 42) 『市民法の理論』 702 頁。

⁴⁵ 参照、山下・前掲注 31) 「普通取引約款をめぐる論争」 222 頁以下。

⁴⁶ 参照、山下・前掲注 31) 「普通取引約款をめぐる論争」 223 頁。

そこで注目すべきは、たしかに自己決定の基盤の保障が問題となっているが、必ずしもそれにとどまらない性質を有する議論が民法学においてなされているという点である。たとえば、吉田克己⁴⁷は、複雑化する現代市民社会において問題となる自己決定権が多様な脈絡をもつことを強調し、そのうえで自己決定権論の内容・課題を、①「社会権的自己決定権」、②「自由権的自己決定権」、③「関係形成的自己決定権」などに分類する⁴⁸。また、吉田は、「国家—社会—個人」の相互関係のあり方について当然に一定の固定的立場をとるものではないとし、現代市民社会を4つの「場」に分けて考察する必要性を説く。すなわち、「経済システムⅠ・市場」、「経済システムⅡ・企業」、「生活世界」、そして「経済システムと生活世界との接触の場」であり、こうした「場」の違いに応じて、国家、社会、個人の要素のいずれを前面に出すかの「戦略」を使い分けるべきだとされる⁴⁹。たとえば①の「社会的自己決定権」について、「消費者取引」や「労働関係」において自己決定権が果たす役割を指摘する。そこでは、「自己決定権は、自己決定に関する理念と現実の緊張関係を踏まえつつ、自己決定の実質化を目指すために提示されている」、すなわち「社会経済的非対称性（とりわけ情報格差）を緩和するための資源として機能する」のであって、「自己決定の支援措置をどのように編成するか、あるいは真の自己決定のための条件整備をどのように行うかが常に問題になる」ところ、「その意味で、ここでは、『社会権的自己決定権』が問題となっているとについてもよい」、「あるいは、ここでは支援措置の構築を自己決定権の理念が主導することに着目して、『支援措置としての自己決定権』を語ることもできよう」としている⁵⁰。

また、潮見佳男も、吉田と同様に、民法において、自己決定の基盤の保障のなかで生存権が機能する場面を指摘している。すなわち、「証券投資取引において、近代民法の採用する自己決定原則が機能不全をおこしている状況がどのような局面において認められるか」という点について、「第一に、自己決定ができるためには、自己決定をおこなうにあたり必要とされる情報を決定主体が保持している必要があるが、投資取引においては、当該投資に関して必要な情報を投資者が保持していない場合が少なくな」く、「当事者間の情報格差が説かれ、インフォームド・デシジョンないし情報基盤の確保の必要性が強調され、情報提供義務が問題とされている場面」、「第二に、投資者が、そもそも当該投資取引について、自己責任を引き受けるにふさわしいだけの能力を有していない場合」、「第三に、……資産規模ないし資力面で当該投資による運用リスクの負担が過剰と評価される場合」、すなわち「老後のための唯一の生活資金を投資に用いた場合」があるとす。とりわけ第三の点では、「生存権の保障が問題となっている」とされる⁵¹。

⁴⁷ 参照、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）74頁以下、吉田克己『市場・人格と民法学』（北海道大学出版会、2012年）207頁以下、229頁以下。

⁴⁸ 吉田・前掲注47)『現代市民社会と民法学』259頁以下。

⁴⁹ 吉田・前掲注47)『現代市民社会と民法学』97頁以下、148頁以下。

⁵⁰ 吉田・前掲注47)『現代社会と民法学』261-262頁。

⁵¹ 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）119-120頁。

以上のように、民法においても自己決定の基盤の保障に目が向けられているところ、その保障根拠にあたって、吉田や潮見のように、社会権あるいは生存権も挙げる見解が主張されている点は注目に値する。そこでは、自己決定の基盤の喪失を論証するにあたって、交渉力の格差に加えて、生存権の危機をも挙げるのが提唱されている。

これに対して、最高裁判所の判例は、約款の内容規制に対して消極的であるとされる。すなわち、最高裁判例においては、「直接的な形で約款条項の不当性を理由にその無効を認めるものは、多くなかったといえ」ず、むしろ「信義則や、当事者の合理的意思解釈などの手法を用いて、約款条項の内容コントロールを実現するものが見られた」、と⁵²。それによれば、約款に関する最高裁判例は、「いずれも免責約款について、当事者の『合理的意思』や『通常の意味』に従った解釈を根拠として、その免責約款の適用対象を限定したものであるが、そこで問題とされている『意思』は、当事者の衡平を考慮した『あるべき意思』であり、判例は、意思解釈の形を採りながら実質的には約款条項の内容規制を行ってきたものといえるであろう」⁵³と整理される。しかし、こうした「隠れた内容コントロール」は、結論自体は支持される一方で、その手法に対しては、上記民法学によって、疑問が呈されてきた。それは、たとえば、解釈の機能の限界や解釈の予見可能性の無さによる法的不安定などの視点から議論されている⁵⁴。そのなかでも、こうした判例の傾向の背景には、「契約自由の概念による呪縛があったのではないか」という鹿野菜穂子による指摘は参考に値する⁵⁵。もちろん、最高裁も、約款の内容規制の必要性は認識していると思われるが、上記指摘を踏まえると、約款使用者の契約自由を制限する正当性の確保の困難さに直面しているといえる。それゆえに、変則的なかたちで実質的に内容コントロールを行うことでどうにかその正当性を確保しようとしていると考えられる。しかし、その手法が学説から批判されていることはすでに指摘したとおりである。

以上のように、上記学説の努力にもかかわらず、最高裁判例は、約款の内容規制には抑制的な立場を示している。その背景には、以前の学説がそうであったように、契約自由の尊重、あるいは「呪縛」が存在するとされる。こうした呪縛からの解放には、もちろん民法学の努力による解決が基本となろう。しかし、すでに確認したとおり、契約自由は、憲法上も保障されると解釈されており、裁判所による約款の内容規制が契約自由への介入になるとすれば、憲法からもアプローチする必要がある、むしろそうすべきなのではないか。この点で、上記で確認された国家の基本権保護義務論による解決を志向する方向性が重要な意味を有することになるのである。

⁵² 参照、鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」法曹時報 67 卷 7 号（2015 年）17 頁以下。

⁵³ 鹿野・前掲注 52)「民法改正と約款規制」20 頁。

⁵⁴ 参照、鹿野・前掲注 52)「民法改正と約款規制」27 頁。

⁵⁵ 鹿野・前掲注 52)「民法改正と約款規制」30 頁。

2) 国家の基本権保護義務論と社会国家原理

これまで概観してきたように、民法学によって（さらにいえば、労働法学⁵⁶および経済法学⁵⁷においても）自己決定の基盤の保障の必要性が説かれている。とりわけ、約款・契約の内容規制にあたっては、当事者の自己決定の基盤の喪失という点を考慮することが強調されている。そこでは、一方で、自己決定の基盤の喪失において知的・経済的格差という交渉力に着目する見解が示されており、他方で、それに加えて生存権の危機という要素を挙げる見解も提唱されている。これに対して、最高裁判例は、約款の内容規制に消極的であり、それが契約自由の「呪縛」によるものだとされていた。本稿においては、最高裁判例をこうした契約自由の「呪縛」から解放するためには、裁判所が契約自由に介入する正当性を確保する必要があるという前提のもとで、上記民法学の議論に加えて、さらに憲法からアプローチする方向性の重要性が示された。問題は、約款・契約の内容規制は、契約自由への介入となるところ、それをいかに憲法上正当化するかである。換言すれば、契約自由の制限を正当化する憲法原理はいかなるものかが問われるべきである。

すでに確認したとおり、自己決定の前提を憲法上保障するための理論として、国家の基本権保護義務論を支持する立場が示されている⁵⁸。すなわち、国家の基本権保護義務論は、「自己決定という私的自治の本質には手を加え」ることなく、「自己決定を前提としつつ、自己決定の『尊重』に加えて自己決定を自己決定ならしめるための『保護』を国家に命じる」ものである⁵⁹。この点、憲法学以外の法領域においては、自己決定そのものの保障に加えて、自己決定の前提の保障も問題となっていたところ、これに応える憲法理論が存在しなかったところに、自己決定の保護義務というかたちでひとつの解答を用意することに国家の基本権保護義務論は成功した点で、支持されたのである。

しかし、ここで第一に指摘されるべきは、まさに吉田や潮見が主張していたように、自己決定の前提の保障にあたって民法領域においては社会権的自己決定権・生存権が問題とされているという点である⁶⁰。この点、国家の基本権保護義務論に与する小山剛は、石川健治

⁵⁶ たとえば、労働法学者西谷敏は、「労働関係など契約対等性が欠如する関係において、国家が基本権を保護するために介入する義務があるという論理として、基本権保護義務論を支持しておく」という立場を表明している（西谷敏『規制が支える自己決定』（法律文化社、2004年）193頁）。

⁵⁷ 参照、舟田正之「経済法序説（1）～（6・完）」立教法学 90号（2014年）1頁以下、91号（2015年）118頁以下、92号 234頁以下、94号（2016年）197頁以下、100号（2019年）185頁以下、101号（2020年）341頁以下。

⁵⁸ この点につき、松本・前掲注 8）「基本権の私人間効力」57頁も参照。

⁵⁹ 小山・前掲注 11）『基本権保護の法理』296頁。

⁶⁰ 法哲学においても、笹倉秀夫が幸福追求権に基礎を置く自己決定権は自由権を越えるものであるとし、それを、①自由権的な性格を有するもの、②経済法や社会法にも関連するもの、③民主主義的な参加に関わるものに分類している（参照、笹倉秀夫『法哲学講義』（東

が指摘するように⁶¹、国家の基本権保護義務論を社会権にも応用しようとする戸波江二の見解⁶²に対して否定的な評価を示す⁶³。それによれば、「国家による自由とされているものには、由来も性質も異なる種々のものが含まれており、また、憲法に明文規定のあるものとなないものが混在している。国家からの自由が憲法および基本権の原則であるとするれば、国家による自由は、個別に基礎づけることが可能であり、必要である。また、前者では第三者の基本権の制限が常に問題となり、後者ではそうではないとするれば、保護義務のドグマーティクと生存権のドグマーティクは、別の構造を持つはずである」⁶⁴とされる。そうだとすれば、上記のような社会権的自己決定権が問題となる場合には国家の基本権保護義務論を用いるべきではないという結論が導き出されそうである。

しかし、第二に、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護による解決を志向する小山剛が例として挙げていた連帯保証決定は、問題となった契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障を、ドイツ基本法（以下、「GG」という）2条1項に加えて、GG20条1項、GG28条1項⁶⁵という社会国家原理から導き出していた点⁶⁶が指摘されるべきである。この点、小山は、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障にあたっては、一方当事者に

京大学出版会、2002年）146頁以下）。②における自己決定の位置づけも同様のことがいえる。

⁶¹ 石川健治「隠蔽と顕示——高まる内圧と消えない疑念」法学教室337号（2008年）40頁。

⁶² 参照、戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力上巻——栗城壽夫先生古稀記念』（信山社、2003年）23頁以下、戸波江二「憲法学における社会権の権利性」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法Ⅱ国際人権規範の形成と展開』（信山社、2006年）377頁以下。また、保護義務と自己決定の緊張関係について、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで——私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻6号（1996年）126頁以下も参照。

⁶³ 参照、小山剛「国家の基本権保護義務」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法Ⅰ国際人権法と憲法——憲法と国際人権の人権保護の法的内実』（信山社、2006年）246頁以下。なお、国家の基本権保護義務論と社会国家原理の関係について、小山・前掲注11）『基本権保護の法理』133頁以下も参照。

⁶⁴ 小山・前掲注63）「国家の基本権保護義務」247頁。

⁶⁵ GG2条1項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」。同20条1項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」。同28条1項「ラントにおける憲法的秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的・民主的及び社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない……」（参照、高田敏ほか編訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』（信山社、2016年）213頁、223頁、226頁以下。以下も同様である）。

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232. 同決定について、本稿第3章も参照。

よる他方当事者の自己決定の侵害に対する保護を命じる国家の基本権保護義務論によるべきだと主張する根拠として、連帯保証決定に続く婚姻契約決定⁶⁷が、明示的に国家の基本権保護義務論に依拠しているとされる判例を参照指示していた点を挙げている⁶⁸。これにより、契約において一方当事者により契約の対等性が侵害されている場合に裁判所が契約自由に介入する根拠は、小山の立場からいえば、他方当事者の自己決定の保護だということになる。

もっとも、別稿で指摘したとおり、連帯保証決定などの契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障が問題となった一連の BVerfG 判例は、国家の基本権保護義務論をそのまま援用することに対して実は抑制的であったことには注意が必要である⁶⁹。また、小山が指摘する婚姻契約決定は別として、それ以前の代理商決定と連帯保証決定が、一方当事者による契約対等の侵害に対する他方当事者の契約自由の憲法保障を導くにあたって、GG2 条 1 項に加えて、社会国家原理を標榜する GG20 条 1 項および GG28 条 1 項を参照指示していた点⁷⁰は軽視できないように思われる。事実、のちにみるとおり、こうした決定による社会国家原理規定の参照指示を通じて、ドイツ憲法学は、一連の BVerfG 判例が国家の基本権保護義務論に依拠しているかに対して疑問を呈しており、さらに、国家の基本権保護義務論の修正を図る議論まで展開されている。こうした点を踏まえると、契約対等の侵害に対する約款・契約の内容規制を正当化する憲法原理は、国家の基本権保護義務論にもとづく一方当事者による侵害に対する他方当事者の自己決定の保護のみだけではない可能性が生じてくる。上記代理商決定・連帯保証決定が参照指示している社会国家原理、わが国でいえば生存権も挙げられるべきなのではないか。本稿の問題意識はこの点にある。すなわち、契約自由への介入となる裁判所による約款・契約の内容規制を正当化する憲法原理には、また別の表現をすれば、一方当事者による契約対等の侵害に対する他方当事者の契約自由の憲法保障にあたっては、憲法 13 条にもとづく自己決定の保護という視点に加えて、憲法 25 条にもとづく生存権の保障という視点が挙げられるべきなのではないかということである。

それに加えて、第三に、わが国においても、契約自由の基本権論として、国家の基本権保護義務論に加えて、基本権の内容形成論が主張されていた点⁷¹が想起されるべきである。こうした基本権の内容形成論によって、契約自由の性質として、前国家的に内容が定まる一般的な自由権とは異なり、法制度、とりわけ契約制度の存在を前提とした自由であると捉えられている。こうした議論が、自由権および国家の基本権保護義務論、とりわけ後者による契約自由の憲法保障にどのような影響を与えるのかが問題となる。この点、小山剛は、契約自

⁶⁷ BVerfGE 103, 89. 同決定について、本稿第 4 章も参照。

⁶⁸ 参照、小山・前掲注 27) 『基本権の内容形成』160 頁以下。

⁶⁹ 参照、大串倫一「契約自由の憲法保障に関する序論的考察：ドイツ連邦憲法裁判所判例を素材に」北大法政ジャーナル 25 号 (2018 年) 50 頁以下。

⁷⁰ BVerfGE 81, 242, 254; 89, 214, 232.

⁷¹ 参照、篠原・前掲注 21) 「立法者による基本権の保護の対象の決定 (1) (2)」自治研究 91 卷 3 号 108 頁以下、同 4 号 104 頁以下。

由のそうした性質から自由権および国家の基本権保護義務論の議論が意義を失うわけではない旨主張しているところ⁷²、そのような理解が可能かということも検討する必要がある。

以上のように、約款の内容規制に関する最高裁判例の消極的な姿勢の背後にある「契約自由の呪縛」からの解放のために、憲法の視点から、契約自由の介入となる裁判所による約款・契約の内容規制を憲法上正当化するか、換言すれば、契約自由の制限を正当化する憲法原理はいかなるものかが本稿の問いであるところ、これに対するひとつの解答が、上記で確認された国家の基本権保護義務論による解決策であった。それによれば、契約自由への介入となる約款・契約の内容規制は、契約において一方当事者による契約の対等性の侵害から他方当事者の自己決定を保護するという問題として構成されることから、契約自由の制限を正当化する憲法原理は、自己決定の保護であるということになる。

しかし、こうした解決策にも問題があることが確認された。それは、第一に、民法学の議論において、約款・契約の内容規制の根拠として生存権が挙げられていた点である。この点は、小山が社会権にまで国家の基本権保護義務論を応用しようとする戸波の見解を批判している点とどのように接合させるかが問題となる。それと関連して、第二に、小山も参照する連帯保証決定が憲法 13 条に対応する GG2 条 1 項に加えて、社会国家原理を標榜する GG20 条 1 項および GG28 条 1 項を参照指示していた点である。こうした BVerfG 判例の立場、そしてこうした判例を通じて形成されたドイツ憲法学による国家の基本権保護義務論の議論の変遷をどのように理解するのかが検討する必要がある。そしてこうした判例の立場を踏まえると、契約自由の制限を正当化する憲法原理として、国家の基本権保護義務論が主張する自己決定の保護という視点に加えて、社会国家原理、わが国においては生存権の保障という視点が挙げられるべきではないか、ということが本稿の問題意識のひとつである。さらに、第三に、そもそも契約自由の基本権論として、国家の基本権保護義務論に加えて基本権の内容形成論が主張されていることから、上記問題意識を明らかにするにあたって、いかなる理論構成が必要かという点にも言及する必要がある。

以上の点を踏まえると、約款・契約の内容規制の根拠にもなる契約自由の制限を正当化する憲法原理には、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護を挙げるだけでは十分ではないのではないかと問題が生じる。本稿は、こうした問題意識のもとで、自己決定の保護（憲法 13 条）に加えて、以下にみるとおり、ドイツ憲法学説・判例が挙げるように、社会国家原理、わが国でいえば生存権（憲法 25 条）、そしてドイツ憲法判例が挙げるように、生命の保護（憲法 13 条）といった憲法原理が、契約自由の制限を正当化する憲法原理として挙げるべきであることを検討する。こうした検討を通じて、上記民法学において問題となっていた最高裁の約款の内容規制の消極的な立場を緩和させること、とりわけその背後にある契約自由の「呪縛」からの解放を試みようとするのが、本稿の目的である。

⁷² 参照、小山・前掲注 27)『基本権の内容形成』159 頁以下。

第2節 本稿の分析視角と構成

第1款 本稿の分析視角

以上に述べたような問題意識にもとづいて、本稿は、契約当事者の一方が契約内容を事実上一方的に規定することができるほどの優位を利用し契約の対等性を侵害する場合に裁判所が介入する憲法上の根拠を、ドイツの契約自由の憲法保障に関する学説・判例を参照し、自己決定の前提の保護（憲法 13 条）に加えて、その他の憲法原理、とりわけ生命の保護（同じく憲法 13 条）や生存の保障（憲法 25 条）も考慮すべきだという視角から検討する。

本稿においてドイツにおける契約自由の議論を参照する理由は、第一に、五十嵐が述べるとおり日本とドイツにおける契約自由の理解は異なるものではないということ⁷³、とくに契約自由と密接にかかわる私人間効力論、そして国家の基本権保護義務論はそもそもドイツの議論によるものであるため、わが国の議論との接合が容易であるということが挙げられる。とはいえ、わが国の憲法学においては、ドイツとは異なり、契約自由それ自体が論点として議論されることは少ない。わが国において契約自由の議論は、あくまでドイツ基本権論、たとえば国家の基本権保護義務論⁷⁴や基本権の内容形成論⁷⁵を議論するにあたって、その適用例のひとつとして挙げられてきたにすぎない。私的自治・契約自由を表題に含める数少ない、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由」も、結局のところ、私的自治・契約自由の議論から「現代ドイツ基本権思惟の特質」を把握することが目的とされている⁷⁶。そのため、契約自由の議論の影響を受け、その議論の射程を限定されるべきだとされるドイツにおける国家の基本権保護義務論の学説状況は、わが国においてはかならずしも意識されていないと思われる。

したがって、第二に、こうした議論状況を修正するためには、本稿では、ドイツの契約自由論それ自体に焦点を当てる。もちろん、本稿が検討対象とする判例、たとえば代理商決定・連帯保証決定・婚姻契約決定は、上記論者によっても検討されている。しかし、それはドイツ基本権論の諸相を明らかにするという視角から検討されているため、契約自由の憲法保障という観点からみると、必ずしも十分ではない。契約自由は、その自由としての特异性から、ひとつの基本権論から語りきれない側面を有しているからである。こうした側面を明らかにするためには、契約自由の憲法保障それ自体を議論する必要がある。そこで本稿では、契約自由の憲法保障、そのなかでも中心的に議論される契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障に関する学説・判例を包括的に検討する。契約自由は、たしかにわが国の憲法学

⁷³ 五十嵐・前掲注 1) 『比較民法学の諸問題』 55 頁以下。

⁷⁴ 参照、小山・前掲注 11) 『基本権保護の法理』 212 頁以下、275 頁以下、山本・前掲注 14) 『公序良俗論の再構成』 36 頁以下。

⁷⁵ 参照、小山・前掲注 27) 『基本権の内容形成』 148 頁以下、篠原・前掲注 21) 「立法者による基本権の保護の対象の決定 (2)」 111 頁。

⁷⁶ 参照、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由——現代ドイツ基本権思惟の特質・試論」高岡法学 18 卷 1=2 号 (2007 年) 1 頁以下。

においてはそれ自体を議論の対象とされることが少ないが、上記で検討したとおり、民法学などの領域においては議論が活発に行われており、さらに、それに関連する憲法学の議論が積極的に参照されている。この点、契約自由の憲法保障を正面から論じることで、上記の議論との接合も容易になろう。また、こうした契約自由の憲法保障の議論から、わが国においても議論されてきた上記ドイツ憲法判例を再検討することが可能となり、わが国における基本権論にも新たな視点を与えることができよう。そして、こうした契約自由の議論を参照するにあたっては、上記で述べたとおり、契約自由それ自体の保障に加えて、その制限を正当化するにはどのような根拠・原理にもとづくべきなのかという視角が不可欠である。のちにみるとおり、ドイツにおいては契約自由の制限にあたって、もちろん国家の基本権保護義務論が用いられる領域もあるが、とくに本稿の検討対象である契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障においては国家の基本権保護義務論をそのまま用いるべきではなく、社会国家原理などの別の原理によって修正する必要があるという主張が有力に説かれている。

本稿では、こうした傾向を重視し、契約自由の制限においては、領域ごとに考慮されるべき自由や利益、そしてこれを保障する構成が異なるという視角のもとで、ドイツの憲法学説・判例を検討する。

第2款 本稿の構成

本稿において、まず第1章ではドイツ憲法学説における基本権論、とりわけ国家の基本権保護義務論において契約自由がどのように扱われているかを確認する。なぜならば、本稿の関心である、契約対等の侵害からの契約自由の保障という点について、議論の基盤となる対立点が明瞭に表れているからである。そこでは、初期においては、たしかに「契約自由とその制限」を検討するにあたって、国家の基本権保護義務論が有用であることが説かれていた。しかし、その後の議論状況を見ると、*Josef Isensee* の批判から、とりわけ契約不平等の侵害が問題となる事例においては、国家の基本権保護義務論ではなく、社会国家原理による基礎づけがなされるべきであるという議論が有力に説かれていることが判明する。また、契約自由の法的性質として、国家の基本権保護義務論が説くように、契約自由に関する法益が前国家的に存在するわけではなく、むしろ国家による制度形成または内容形成を前提とするものだという議論もなされている。

次に、第2章では、そうした国家の基本権保護義務論に至るまでの契約自由の議論、とりわけボン基本法施行後における契約自由の議論状況および基本権の第三者効論における契約自由論を検討する。そこでは、「契約自由とその制限」、とりわけ制限の根拠について、実は、すでに上記の議論に影響を与えたと思われる傾向がみられる。それは、契約自由の根拠条文をめぐっては日本と同様に議論の初期においてはGG2条1項によって契約自由を保障すべきだとされていたが、その制限の必要性が意識されるようになると、契約自由の基礎には社会国家原理にもとづく調整が説かれるようになった。こうした議論は、まさに第1章で検討される、契約自由の基本権論において社会国家原理による基礎づけに強い影響を与え

ていると思われる。第 1 章と第 2 章では、とくに契約自由の憲法学説の議論状況を中心に検討される。

これに対して、第 3 章と第 4 章では、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を素材に検討を行う。なお、筆者は以前、同様に契約自由に関する BVerfG 判例を検討したことがある⁷⁷。たしかに、同論文の問題関心が、上記の判例の傾向として、国家の基本権保護義務論に依拠しているわけではないということを示そうとした点で共通する。しかし、本稿は、BVerfG 判例が、進んで国家の基本権保護義務論ではなく、社会国家原理も含めた契約自由の憲法保障を志向しているということを示そうとする点で異なる。

第 3 章では、契約対等の侵害事例にとどまらず契約自由に関する判例、とくに代理商決定および連帯保証決定後の労働法領域における契約自由に関する判例の傾向を確認する。こうした判例においては、自己決定の前提の保障について語る代理商決定や連帯保証決定を参照指示する点は共通するものの、保護義務を論じるにあたって、一方で、保護義務に依拠するとされる BVerfG 判例も参照指示する判例⁷⁸と、他方で、代理商決定・連帯保証決定と同様に、Lüth 判決のみを参照指示する判例⁷⁹とが存在している。そこでは、とりわけ生命の保護、たとえば労働環境における身体的な危機が問題となる場合には、保護義務を導出するにあたって、代理商決定や連帯保証決定とともに保護義務に依拠しているとされる判例が参照指示される。これに対して、Lüth 判決のみが参照指示される判例においては、生存の保障、たとえば経済的困窮による危機が重視されている。ここで、生命の保護と生存の保障を区別する視点が獲得されうる。

次に、第 4 章においては、連帯保証決定に続いて契約対等の侵害事例について判断を下した婚姻契約決定⁸⁰を中心に検討する。同決定が、第一に、第二次墮胎判決など保護義務を明示した判例⁸¹を引用した点、第二に、保護義務義務が「GG6 条 4 項と結びついた 2 条 1 項から生じる権利」から導かれるとしており、連帯保証決定とは異なり社会国家原理を標榜する GG20 条 1 項などを参照指示していない点から、本決定、そして一連の契約対等の侵害事例にかかわる決定は、国家の基本権保護義務論に依拠したものとされている⁸²。しかし、婚姻契約決定が参照指示する GG6 条 4 項の判例・学説の議論状況を見てみると、実際には同条項が社会国家原理の具体化と理解されていることがわかる。そこで、第 4 章では、GG6 条の議論状況、とくに本稿の問題関心にかかわる 1 項、2 項および 4 項の議論状況を検討し、そのうえで婚姻契約決定の再評価を行う。

そして、終章では、以上の議論を踏まえたうえで、わが国における契約自由論の展開について検討する。そこでは、まず、本稿で得られた視点を、わが国における国家の基本権保護

⁷⁷ 大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」33 頁以下。

⁷⁸ BVerfGE 85, 191; 89, 276.

⁷⁹ BVerfGE 97, 169.

⁸⁰ BVerfGE 103, 89.

⁸¹ BVerfGE 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 88, 203.

⁸² 参照、小山・前掲注 27)『基本権の内容形成』160 頁以下。

義務論のなかに位置づけ、上記で得られた契約対等の侵害に対する生命の保護、および生存の保障がわが国において適用可能であるかを探る。また、そもそも国家の基本権保護義務論がわが国においても妥当するののかという点が疑われている。そのため、国家の基本権保護義務論によらない方途についても検討を行う。そこでは、憲法上の自由を価値と捉え、国家権力はこうした価値の「指針や刺激」を受け取るという議論から、さらに「憲法志向解釈」によるべきだとされる見解を検討する⁸³。そして、最後に、本稿で得られた視点の契約の内容規制論に対する意義について検討する。

⁸³ 参照、篠原・後掲注 430) 「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」73頁。

第1章 ドイツにおける契約自由の基本権論の展開

第1章では、本稿の議論の方向性を定めるために、ドイツの基本権論における契約自由論、とりわけ国家の基本権保護義務論および基本権の内容形成論における学説の議論状況を検討する。ドイツにおける契約自由に関する基本権論の展開は、契約自由を憲法上どのように基礎づけることができるのかという点に焦点が当てられている。

第1節 契約自由と基本権保護義務論の展開

ドイツにおける基本権をめぐる学説は、防御権という基本権機能からさらに、保護義務機能や内容形成機能を認めようとする傾向にあるといえる。契約自由の憲法保障をめぐる議論は、以下で示すように、契約自由に対してはどのような基本権機能を与えるべきかという視点からなされているといえる。

国家の基本権保護義務論では、一方で、問題となる保護法益が議論される。すなわち、契約自由をどのように基礎づけるかを検討するにあたって、まず個人の自己決定の侵害が問題とされた。それに対して、保護義務論は、そもそもそこでの問題は法治国原理にもとづく基本権保護ではなく社会国家原理にもとづく調整であるということ、およびかかる法益の私的侵害が存在しないことをもって批判されている。他方で、契約自由の法秩序依存性をどのように位置づけるかも問題となる。以上の問題を踏まえて保護義務論を再構成することが試みられているのである。

以上の保護義務論における後者の問題をさらに深化させて基本権論を再構成する理論が、内容形成論である。それによれば、基本権保護義務は、確定的地位の保護を目的としているのに対して、契約自由は規範に造形された自由であって、こうした性質にそくした理論構成が求められるとする。

以下においては、こうしたドイツ基本権論において契約自由論について概観し、本稿の議論の方向性を定めることとする。

第1款 契約自由領域への国家の基本権保護義務論の受容と批判

1) *Claus-Wilhelm Canaris* による法律行為領域への国家の基本権保護義務論の導入⁸⁴

本稿では、まず法律行為領域において保護義務論を導入するにあたって先駆的業績を残した民法学者 *Canaris* の見解についてみる。なぜならば、*Canaris* の見解はのちにみる *Höfling* とともに憲法学にも広く受容されるにいたったからである。

(1) 基本権の保護要請機能

Canaris によれば、基本権は「国家に対する介入禁止としての基本権機能に加えて、国家に対する保護要請機能を有する」。基本権の保護要請機能とは、「国家には基本権において明らかになる価値や法益の侵害に対して保護する義務がある」とするものである⁸⁵。

Canaris は、保護義務の根拠を GG1 条 1 項 2 文と 1 条 3 項に見出す。すなわち、前者によれば人間の尊厳を尊重し保護することは「すべての国家権力」の義務であり、後者によれば基本権は「立法、執行権および裁判」を拘束するとされる⁸⁶。こうした基本権が国家権力を名宛人とする趣旨の文言から、私法主体も基本権の名宛人とする「直接的第三者効」論は否定されるとする⁸⁷。また、「間接的第三者効」論が避けられるべきであり、あくまで学説史の議論として位置づけるべきであるとする。なぜならば、「私法の規範への基本権の影響は……直接的である」、換言すれば「私法の規範は、基本権にしたがって審査される限りで、基本権の介入禁止・防御権としての古典的機能において『直接的に』適用される」一方で、「私法主体の行為、とくに法律行為が、基本権に反しないかが審査される限りで、保護要請としての基本権機能と関連し、こうした機能が通常は単純法による変換を必要とするので、基本権の影響はその限りで『間接的』であるにすぎない」からである⁸⁸。

⁸⁴ Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 184 (1984), S. 1 ff.; *ders.*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, S. 9 ff. 邦訳として、クラウス・ヴィルヘルム・カナリス著・山本敬三訳「ドイツ私法に対する基本権の影響」法学論叢 142 巻 4 号 (1998 年) 1 頁以下も参照。また、*Canaris* の見解について、山本・前掲注 14) 「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (1) (2)」法学論叢 133 巻 4 号 1 頁以下、同 5 号 1 頁以下も参照。

⁸⁵ *Canaris*, a.a.O. (Anm. 84), *AcP* 184 (1984), S. 226.

⁸⁶ GG1 条 1 項「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」。同 3 項「以下の基本権は、直接に適用される法として立法、執行権及び裁判を拘束する」(高田ほか訳・前掲注 65) 『ドイツ憲法集〔第 7 版〕』 213 頁。

⁸⁷ Vgl. *Canaris*, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, *Juristische Schulung (JuS)* 1989, S. 161 ff.

⁸⁸ *Canaris*, a.a.O. (Anm. 84), *AcP* 184 (1984), S. 227.

そのうえで、*Canaris*によれば、基本権は第一次的には防御権・過剰禁止機能を示すとされる。私法規範が公法規範と同様に国家による強制をともなって基本権に介入しうるので、「私法立法者は、基本権を制限するかぎりでは、原則として比例原則に拘束される」。このことは私法判例のも妥当するとされる。さらに第一次堕胎判決⁸⁹を挙げて、基本権は保護要請機能も有するとする。それによれば、「立法者が一方の市民を、基本権の保護要請機能にもとづいて他方の市民から保護しなければならないということは、一貫して私法の領域においても妥当しなければならない。基本権の保護要請機能は、それゆえに私法主体への基本権の『間接的な』影響を明らかにし、拡散した『照射効』論により確実な理論的基礎を与える『ミッシングリンク』を見出す」。そうだとすると、「規範の名宛人は、……私法主体ではなく立法者であり、「立法者には、憲法に必要とされる保護規範を創設する義務がある」。そして「裁判官は必要な保護を、法律の解釈、そして必要であれば法の継続的形成という方法で〔立法者と〕共同で実現するよう命ぜられる」のである⁹⁰。

*Canaris*は、こうした保護要請が根本においては「単純法の任務」であるとして立法者および裁判官の裁量を強調する。第一次的に立法者によって実現されるが、場合によっては立法者に代わって裁判官によっても実現されるとする。すなわち、「立法者は、またその代わりに裁判官は、十分な保護規定を創設するとともに私的自治の許可することによって生じる基本権の危険にも対処しなければならない。その際に、かなり広い形成余地や具体化余地が存在する」⁹¹、と。そして、憲法上要請された保護の最小限は、個別事例において問題となる法益や私的自治による自己保護の可能性の種類におうじて具体化されるとする⁹²。

(2) 実際上の問題領域——契約による基本権の制限

また、本稿の対象である「契約によって基本権が制限されるというケース」、すなわち「国家ではなく、基本権の保持者自身が、そうした制限をおこなって」おり、「原則として他者決定ではなく、自己決定が問題となっている」場合についてみると、基本権は「原則として保護命令としての機能において援用することができる」。その理由は、「法秩序が契約上の規律を拘束力をもつものとして承認し、その実現を可能にする——必要な場合には強制執行の方法で、つまり国家による強制手段によってそうするところにある」。これを敷衍すると、「原則として、契約上の規律を実際にその当事者の自己決定のあらわれであるようにし、實際上優位にある相手方による他者決定の手段にならないようにする義務を国家ないし法秩序が負うということ」になる。とはいえ、*Canaris*にとって契約自由が基本権により保障されているということは、「契約締結の際に事実上の決定自由を法的に保

⁸⁹ BVerfGE 39, 1, 42 ff..

⁹⁰ *Canaris*, a.a.O. (Anm. 87), JuS 1989, S. 161-163.

⁹¹ *Canaris*, a.a.O. (Anm. 84), AcP 184 (1984), S. 227.

⁹² *Canaris*, a.a.O. (Anm. 84), AcP 184 (1984), S. 228.

護する必要性に対する意識を先鋭化させることに役立つだけ」である⁹³。Canaris が法律行為領域に保護要請機能を導入しようとするのは、あくまで憲法異議の俎上に載せるためにすぎないという点には注意が必要である。

以上のように、Canaris は、基本権の第三者効論を国家の基本権保護義務論によって再構成しようとする。すなわち、私法領域、とりわけ本稿でいえば法律行為領域においても、国家の基本権保護義務論は一般的に導入可能であるし、それが有益であると主張する。それによれば、Canaris にとっては、契約自由、あるいは私的自治・自己決定は、国家の基本権保護義務論において保護すべき法益として、現れることになるのである。また、Canaris の眼目はあくまで法律行為をめぐる法律問題を憲法問題として議論することにあつたという点には注意が必要である⁹⁴。

2) Wolfram Höfling による契約自由における国家の基本権保護義務論の受容⁹⁵

こうした Canaris の見解を、Höfling は、憲法学の立場から敷衍した。Höfling の見解は、Canaris の見解とともに民法学・憲法学において引用されることが多い⁹⁶。とはいえ、Höfling の前提となる基本権論やのちにみる契約自由の理論構成から特殊性が示唆されることもあることは注意すべきである。すなわち、Höfling は、国家の基本権保護義務論において問題となる契約自由はあくまで形式的意味のものに限定するという点である。

(1) 基本権の規範複合体、制度保障および権限的自由としての契約自由

Höfling は、契約自由の特徴を列挙する。それによれば、まず、契約自由には、個別基本権の補助権であることが立証される限りで、「基本権の権利複合体」の要素が認められる。たとえば、GG14 条 1 項は、存続保護だけではなく財産権の動的な用益可能性を含むので、契約による処分を用いた財の取得、譲渡、用益および負担は、GG14 条 1 項の保障の「現実を保護する補助権限」として理解されるとする⁹⁷。また、こうした個別の自由権に関連しない場合においても、GG2 条 1 項が人格の自由な発展を「可能とする補助権」と

⁹³ カナーリス・前掲注 84) 「ドイツ私法に対する基本権の影響」19 頁以下。

⁹⁴ なお、さらに Canaris のように、ドイツ民法学において国家の基本権保護義務論に支持を表明するものとして、Vgl. Reinhard Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, Juristenzeitung (JZ) 1995, S. 1133 f.

⁹⁵ Wolfram Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 45 f.

⁹⁶ Vgl. etwa Ulrich Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 42 ff., 44 ff.; Horst Dreier (Hg.), Grundgesetzkommentar, Band I, Art 1-19, 1996, Vorb., Rn. 49.

⁹⁷ そのほか、同様のことは GG14 条 1 項による相続権にもとづく相続契約にも妥当する。また、GG6 条 1 項にもとづいて婚姻契約締結の自由が、そして GG9 条 1 項にもとづく団体法上の契約締結の自由が保障されている。さらに職業活動に関する契約形成は、GG12 条 1 項の「典型的な現れ」であると理解される (S. 16)。

して示される契約自由の補助的位置にあることを明らかにされる⁹⁸。次に、契約自由が権限的自由の側面を有するとされる。*Höfling* によれば、契約自由は、法秩序が契約に法的拘束力を与える点を考慮すれば、「基本権を保障すべき国家秩序に先行する」ような「自然的」自由ではなく、「規範に構成された自由」なのである。かような自由を適切に描くことができる概念が、法制度保障であるとされる。すなわち、法制度保障は、その性質上、具体的な制度の特殊性を見ていく必要があり、「法制度保障によって把握された私法上の規範複合体」は、「権限規範」からなるとされる。ここでいう「権限的自由」は、それを可能とする制度を必要とする。かくして、法制度保障は、「権限的自由として（通常は）民法により具体化された行使補助（*Ausübungshilfe*）を必要とする主観的権利の基本権保障である」とされる⁹⁹。また、法制度保障においては内容形成と制限の境界線があいまいになる危険も指摘される。それでもなお *Höfling* は、そこでは周知の *Robert Alexy* によるルールと原理の区別をもって解決することができるという。それによれば、まず、契約自由は最適化が問題となる原理である。消費者保護、競争秩序、労働者保護および賃借人保護の規律は、「反対の原理または制限」として基本権の契約自由によって審査されなければならないとされる¹⁰⁰。

(2) 形式的自由と現実の自由の対置

Höfling は、以上のコンセプトが「契約自由の形式的理解（*formalen Verständnis von Vertragsfreiheit*）」（強調原文）、すなわち「個人の生活を契約—私的自治にもとづいて形成する可能な限り包括的な権限の容認を求める主観的な一応の権利」¹⁰¹を含むとする。

Höfling は、そのうえで、こうした自由理解と現実の契約自由を対置する。形式的契約自由は現実には機能不全に陥るが、契約自由の「実質化」の議論は完全に無視されるべきだとされる。それにもかかわらず、「基本法の形式的自由は現実の自由を意味する」ともしている点には注意が必要である¹⁰²。

(3) 国家の基本権保護義務論による解決

そして、*Höfling* は、国家の基本権保護義務論が問題解決にとって適切であるとする。すなわち、「契約の弁証法には、国家は調整かつ均衡を保たせるかたちで対処しなければならない。すなわち、一方当事者の契約自由を可能な限り尊重しなければならないが、同時に他方当事者の契約自由を十分に保護しなければならない。そのような問題の視点は、し

⁹⁸ *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 6 ff., insbes. 14 ff.

⁹⁹ *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 20 ff. Vgl. auch *Michael Bäuerle*, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, 2001, S. 310. 権限的自由としての契約自由について、山本・前掲注 14)「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (2)」4 頁も参照。

¹⁰⁰ Vgl. *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 40 ff. s. auch *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985.

¹⁰¹ *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 44.

¹⁰² Vgl. *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 45-46.

かし契約自由の形式的理解が基礎におくドグマーティクの立場から可能であるにすぎない」、と¹⁰³。Höfling にとっては、契約自由と国家の基本権保護義務論との結合はあくまで形式的契約自由理解にもとづくものだとされる。

以上のように、Höfling は、契約自由の特質、すなわち、第一に、契約自由は問題領域に応じて参照する条文が異なる「基本権の権利複合体」の要素を有している点、そして第二に、契約自由が、契約という制度を前提という性質から、私法などの規範からなる「規範に構成された自由」であり、権利を行使するための「権限規範」を必要とするために「権限的自由」なのであるという点を指摘する。そのうえで、Höfling は、上記コンセプトが形式的契約自由理解を含むものであるとし、国家の基本権保護義務論を導入するにあたってもこれを堅持しようとする。

こうした Höfling の見解において、第一に、契約自由が契約制度を前提とする、いわば「規範に構成された自由」であることを認めただけで、それを国家の基本権保護義務論と接合させている点は注目に値する。Höfling 自身も、契約自由のこうした性質には、内容形成と制限の区別がつかなくなる危険が伴うことも認めつつも、Alexy によるルールと原理の議論によって、内容形成の局面においても、「反対の原理または制限」の問題として構成することで、契約自由の問題として審査可能である旨主張している。もちろん、こうした Höfling の構成にも、Bäuerle が指摘するように、そもそも「反対の原理と制限との違いは検討されず、なぜ『反対の原理』が最適な形で実現されなければならないかも同様にまったく明らかではない」という疑問は存在する¹⁰⁴。とはいえ、契約自由が、通常的自由権のように前国家的に存在するものではなく、契約制度の存在を前提とする「規範的に構成された自由」であることを認めただけで、これを国家の基本権保護義務論と接合させようとする方向性は、のちの議論においても共有されている。

しかし、第二に指摘されるべきは、Höfling のコンセプトが、実際には「契約自由の形式的理解に適合しない」とされる点である。すなわち、形式的契約自由は、「契約秩序を一方当事者の契約自由と他方当事者の契約自由との純粋な調整・均衡と理解する観念とは一致しない」とされる¹⁰⁵。のちの学説においては、こうした点から、Höfling のように契約自由の保障にあたってそのまま国家の基本権保護義務論を導入することに対して、疑問が呈されることになる。

¹⁰³ Höfling, a.a.O. (Anm. 95), S. 54.

¹⁰⁴ Bäuerle, a.a.O. (Anm. 99), S. 311.

¹⁰⁵ Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 489-490.

第2款 国家の基本権保護義務論における契約自由の基礎づけの変容

以上のように、民法学者 *Canaris* によって基本権の第三者効論の再構成として法律行為領域において国家の基本権保護義務論を導入しようとする見解が主張され、その後、これを受けて、憲法学においても、たとえば、*Höfling* が契約自由論と国家の基本権保護義務論とを結合しようとする。こうした法律行為領域において国家の基本権保護義務論を導入しようとする見解は、民法学・憲法学において受容される傾向にあった。

しかし他方で、国家の基本権保護義務論の第一人者である *Josef Isensee* による批判によって、議論傾向が変容するようになる。まず、*Isensee* によって、法律行為領域に国家の基本権保護義務論を導入することの是非が問われる。次に、こうした *Isensee* の批判を真摯に受け止め、ただちに導入できないと仮定のもとで、国家の基本権保護義務論および契約自由の基礎づけを変容させようとする見解が有力に説かれている。

1) *Josef Isensee* による法律行為領域への基本権保護義務論の導入に対する批判¹⁰⁶

Isensee は、上記の国家の基本権保護義務論を法律行為領域に導入しようとする見解に対しては、国家の基本権保護義務論はあくまで不法行為領域にとどめるべきであるとし、法律行為領域への導入を否定する。その根拠として、第一に、基本権保護と社会国家原理との対比において法律行為的保護義務はむしろ社会国家原理にもとづく調整の問題にすぎないという点、第二に、法律行為領域においては当事者が契約に同意しているのであって私的侵害が存在しないという点を挙げる。こうした *Isensee* の批判は、のちの国家の基本権保護義務論の議論においても問題意識が共有されるに至っている。もちろん、*Isensee* の見解が、そのまま用いられているわけではないが、その後の議論を規定したという意味で重要な意義を有する見解だということができる。

¹⁰⁶ *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Auflage 2000, § 111, Rn. 128 ff.; ders., Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte, in: Ulrich Hübner/Werner F. Ebke (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld, 1999, S. 485 ff. 邦訳として、小山剛・上村都・栗城壽夫訳「保護義務としての基本権」ヨーゼフ・イゼンゼー著・ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）171頁以下、小山剛訳「契約自由と基本権——憲法を基準とした契約の内容規制——」ヨーゼフ・イゼンゼー著・ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）321頁以下、また広い視点でいえば、田中啓之ほか訳『国家・公共の福祉・基本権』（弘文堂、2019年）も参照。なお、*Isensee* の見解についてさらに、永松正則「自己決定と基本権保護義務——私人間効力論との関連で——」名城大学大学院法学研究科研究年報 30 集（2002年）23頁以下、鈴木隆「ドイツにおける私法関係と基本権保護義務——基礎づけの違いの観点から——」法学新報 120 卷 1・2 号（2013年）257頁も参照。

(1) 基本権保護と社会国家原理

Isensee は、代理商決定¹⁰⁷の検討を通じて、法律行為領域において国家の基本権保護義務論を導入することに対して疑問を呈する。それによれば、「一方当事者の契約自由に対するあらゆる制限は、同時に別の当事者の自由を侵害することになる。しかしながら国家の侵害にいかなる侵害も先行してはいない」とされる。この点、代理商決定に登場する「代理商と競業避止を合意した企業は、たとえ極めて『強い優位』があるとしても、代理商の意思に反して行動するのではなく、したがって代理商の権利領域に侵入するのではなく、また法律にも違反していない。したがって、保護義務を発動させる私的な攻撃が欠けることになる。代理商は、企業から保護されるのではなく、むしろ自分自身から保護されるのである。つまり、契約による自己拘束である」とされる。そのうえで、*Isensee* によれば、代理商決定において、ドイツ「連邦憲法裁判所の視界のなかにあるのは、行為者と犠牲者ではなく、むしろ社会的強者と社会的弱者である」。「こうした役割は、法的性質のものではなく、むしろ社会学的性質のものなのである」とされる。

この点を踏まえると、*Isensee* の立場からは、代理商決定においては保護義務ではなく、社会国家原理による調整が問題となっていたと整理されることになる。それによれば、「保護義務は、厳密な法的地位を前提とする。しかし、ここでまさに、法的地位を適切に定義し、配分することが問題となっている。国家は、私人が他者の法益を侵害するために介入するのではなく、むしろ『社会的・経済的不均衡』に鑑みて、私的自治による利益の調整の際に、通常の基本権行使の前提が欠如しており、この前提が国家の法によって補われるべきであるために介入するのである」とされる。換言すれば、BVerfG の代理商決定は、「基本権保護義務を対象とするのではなく、社会国家の保護的予防措置を対象としている」のである¹⁰⁸。

こうした解釈を踏まえたうえで、*Isensee* は、さらに基本権保護と社会国家原理とを対比することでその差異を示す。すなわち、「社会国家の目標は、市民に、市場のリスクからの保護を保障し、不平等な社会的力関係の条件の下で自由を効果的に行使する可能性を与えることになる。社会的保護は、基本権法益の保護とは異なる次元にある。そもそもこの基本権法益の保護は、社会国家のテーマではなく、むしろ法治国家のテーマである。なぜならば、後者では既存の権利の防護が問題となっているのであり、前者では、社会的自己主張の機会の保障が問題となっているのであり、したがって、直接には基本権的自由そのものではなく、むしろ、あらゆる市民が基本権的自由を、またそれを具体化した私的自治を含めて、効果的に行使し得るような現実的条件が問題となっているのである。後者には法学的に捉えることができるような権利侵害の構成要件が存在するが、前者には、政治的にのみ捉えることができるような経済的・社会的的不均衡の実態が存在するだけである。こ

¹⁰⁷ BVerfGE 81, 242.

¹⁰⁸ イゼンゼー・前掲注 106)「保護義務としての基本権」171 頁以下 (*Isensee*, a.a.O. (Anm. 106), Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rn. 131)。

の不均衡を確認するという任務は、立法者に帰属し、裁判官には帰属しない」、と。このように、*Isensee*によれば、保護義務と社会国家原理とではそもそも主題が異なるものとされる。

また、*Isensee*は、保護義務と社会国家原理は、対象や性格も異なることを指摘する。それによれば、「社会国家目標は、公正な法秩序の形成および公正な生活財の配分に向けられている。つまり社会国家目標は、動的な性格を持っているのである。これに対し保護義務は、法的地位をあるがままに守る。つまり保護義務は、静的な性格を持っているのである。国家は、自己の有する作用を投入することによって、立法・行政・裁判のなかで国家の基本権保護義務を履行する。したがって、国家の任務は、通常、実践的に履行しうるのである。しかしながら社会国家目標は、無限の進歩を求める衝動がある。つまり社会国家目標は、実践的には満たされうるものではない。（『労働権』、『住居権』などの）社会権は、国家が持っている配当財産に頼らざるを得ず、またこのことを通じて實際上相対化される。保護義務も社会権も積極的地位をもたらすとはいえ、保護義務は、社会権から厳密に区別されなければならない」とされる¹⁰⁹。

こうして、*Isensee*によれば、こうした保護義務と社会国家原理との違いから、「社会国家目標は、基本権保護義務を私法上の契約の領域に拡張することも正当化しない」とされる。両者の間には、「十分な比較の基盤が欠如している」と評価されるのである¹¹⁰。

(2) 基本権保護と自分自身からの保護

さらに、*Isensee*は、連帯保証決定¹¹¹の検討からも、法律行為領域においては保護義務が生じさせる基盤が存在しないことを指摘する。すなわち、「通常の保護義務が対応する基本権に特徴的な危険状態は、法益に対する侵害である」ところ、「これが欠けている」、と。それによれば、連帯保証決定においては、あくまで「保証人自身から発し、保証人自身に向けられた危険」が問題となったにすぎない。「自己の行為能力にもとづいて認められた契約自由のリスクについて、彼女は対応する力がなかった」とされる。*Isensee*は、「基本権保護義務の意義は、基本権主体に自分自身からの保護を与え、『自ら欲した者には不法は生じない (volenti non fit iniuria)』という法原理を棚上げすることではない」とする。もちろん、*Isensee*にとっても、「国家が本件 [連帯保証決定 (引用者注：大串)] のような種類の契約関係に介入することには十分な理由がある」とされる。しかし、*Isensee*によれば、「基本権はいかなる介入義務も定立しない。自分で承諾した契約上の義務から連邦憲法裁判所が保証人を放免するのは、基本権で保護された銀行の地位に対する侵害であ

¹⁰⁹ イゼンゼー・前掲注 106)「保護義務としての基本権」174 頁以下 (*Isensee*, a.a.O. (Anm. 106), Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rn. 132)。

¹¹⁰ イゼンゼー・前掲注 106)「保護義務としての基本権」174 頁以下 (*Isensee*, a.a.O. (Anm. 106), Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rn. 133)。

¹¹¹ BVerfGE 89, 214.

る。そのような侵害として、連邦憲法裁判所は、基本権に対する正当化をしなければならない。加えて、侵害は、法律上の根拠を必要とする。連邦憲法裁判所が形式の上で援用した民法 138 条、242 条の一般条項は、こうした要請を満たすものではない。なぜなら、一般条項は侵害にとってあまりに不特定であり、裁判所が挙げた契約統制の規準を認識させるものでもないからである」とされる。したがって、BVerfG による連帯保証契約の内容規制は、「保護義務の前提となる基本権上の構成要件と結びついていない」とされ、むしろそこでは「相対的な、契約上の権利の衡量が問題となったにすぎない」とされる。

そのうえで、*Isensee* は、「攻撃からの保全と、契約の内容統制とを、保護義務という同じ言葉で呼ぶことは、それを正当化するような実際の共通性は何もない。あいまいな表現は、誤解を招くだけである。今日において勝利を収めた専門用語は、誰も害されないという命令、つまり不法行為の領域にとどめた方がよい。その場合にのみ、この専門用語は、法概念が必要としている、意味の同一性を保持するのである」と結論づける¹¹²。

以上のように、*Isensee* は、法律行為領域において国家の基本権保護義務論を導入することを否定する。その根拠は、主に 2 点に大別される。第一に、法律行為領域において問題となる法益は国家の基本権保護義務論が保護すべき法益ではないという点が挙げられる。それによれば、国家の基本権保護義務論は、本来、法治国家のテーマであり、既存の権利保護を問題とするところ、代理商決定や連帯保証決定のような事例においては、あくまで社会的強者と弱者が存在するにすぎない。こうした「社会的・経済的不均衡」の調整は、まさに不平等の是正を目標とする社会国家のテーマなのである。それゆえに、こうした事例においては、国家の基本権保護義務論ではなく、社会国家原理によるべきであるとされる。第二に、法律行為領域においては、国家の基本権保護義務論が保護すべき法益侵害が存在しないという点が指摘される。すなわち、連帯保証決定において問題となった危険は、契約を締結するにあたって、それによって生じるリスクを適切に処理できないにもかかわらず引き受けたものであり、それはあくまで自分自身から発したものであるという点を強調する。もちろん、同決定において契約の内容規制を行うべきであるとしても、それは基本権の保護義務から生じるというには不十分であると評価する。

こうして、*Isensee* は国家の基本権保護義務論の射程を厳格に規定することで法律行為領域においてこれを導入するべきではないと主張する。ここで指摘しておくべきは、*Isensee* が依拠する第二の根拠が、ドイツ、そしてわが国においても、法律行為領域において保護義務を否定する根拠となるかが疑われている点である。この点、国家の基本権保護義務論においては、保護と自己決定との間に緊張関係が生じうるという問題意識のもとで、「自分自身か

¹¹² イゼンゼー・前掲注 106)「契約自由と基本権」338 頁 (*Isensee, a.a.O. (Anm. 106), Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte, S. 485 ff.*)。

らの保護（Schutz des Menschen vor sich selbst）」という問題がある¹¹³。Isensee が依拠する第二の根拠もこうした議論のなかに位置づけられる。この点、上記問題のうち、たしかに、国家が個人の意思に反してその者の危険行為を禁止するということが国家の基本権保護義務論によって正当化できるかという問題に対しては、国家の基本権保護義務論の通説は否定的見解を示している¹¹⁴。しかし、同じくいったんは契約に同意している点で、それによって生じるリスクが自らによるものである契約において保護義務を生じさせることが可能かという問題に対しては、学説は必ずしも否定的ではなかった。そこでは、主に、契約関係において事実上の強制が存在しうるものであり、契約における同意が必ずしも個人の意思にもとづくものではない可能性がある点が懸念されている¹¹⁵。学説上は、Isensee のように契約関係において侵害が存在しえないとまでは考えられていない。

また、そもそも、Isensee の立場から、本当に法律行為と保護義務が無関係であるといえるかという点も問題とされている。そこでは、Isensee が、民事裁判と保護義務の関係を論じるなかで、民事裁判による私的権利の保護を自力救済禁止の代償だと捉え、場合によってはそれが保護義務の履行だと理解している点が強調される。それによれば、不法行為だけではなく、法律行為も、民事裁判による私的権利の保護が問題となるのであるから、Isensee によっても、基本権保護義務との関係は法律行為においてもまったく否定されているわけではないと理解することができる。そこでは、私的権利の保護が問題となっているのであって、社会的強者と社会的弱者とが存在しているだけではなく、また保護義務を生じさせる私人の加害行為の有無によって否定されるものではないとされる¹¹⁶。

以上のように、Isensee が示した法律行為領域において国家の基本権保護義務論を否定すべき根拠のうち第二の根拠は、すでに検討され、一定の結論が出ている。問題は、結局のところ、第一の根拠である。その後の議論の焦点は、契約の対等性が問題となる場合において国家の基本権保護義務論を導入することができるのか、そしてそれはどのように可能であるか、であった。そこでは、Isensee による批判に応答するかたちで議論されている。すなわち、Isensee による批判の第一の根拠で示された、基本権保護義務と社会国家原理の関係をどのように理解するのかが問われることになる。なお、BVerfG 判例においても、上記事例においては保護義務のコンセプトに対して抑制的であったという点、そして BVerfG 判例が、契約の内容規制を導く根拠として、GG2 条 1 項に加えて、GG20 条 1 項や GG28 条 1 項といった社会国家原理を標榜する規定を挙げていたという点¹¹⁷が想起されることになる。

¹¹³ 国家の基本権保護義務論における自分自身からの保護に関する議論状況について、小山・前掲注 11)『基本権保護の法理』275 頁以下を参照。

¹¹⁴ 参照、小山・前掲注 11)『基本権保護の法理』281 頁以下。

¹¹⁵ 参照、小山・前掲注 11)『基本権保護の法理』297 頁以下。

¹¹⁶ 参照、鈴木・前掲注 106)「ドイツにおける私法関係と基本権保護義務」276 頁以下。

¹¹⁷ こうした BVerfG 判例の傾向について、大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」48 頁以下、および本稿第 3 章・第 4 章を参照。

2) Wolfram Cremer による社会国家原理による国家の基本権保護義務論の補償¹¹⁸

以上の *Isensee* による批判を受けて、憲法学において法律行為領域への国家の基本権保護義務論の導入が再検討されるに至った。本稿では、まず、こうした *Isensee* の批判を正面から受け止め、契約自由における保護義務と社会国家原理の関係を敷衍した *Cremer* の見解を紹介する。*Cremer* の議論の特徴は、*Isensee* が保護義務を生じさせるには不十分であった点に対して、国家の基本権保護義務論を社会国家原理によっていわば補償しようとした点にある。

(1) 社会国家原理による保護義務の補償

Cremer は、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障の問題やそれに関連する BVerfG 判例を検討したうえで¹¹⁹、*Canaris* や *Höfling* のように契約の内容規制のために保護義務を認めるには、第一に、*Isensee* が示したように第三者の法益への「私的侵害」を欠いていること、そして第二に、*Höfling* を例にその保護法益が契約締結によって侵害される基本権が確認されないことを挙げ、「欠缺」があるとす¹²⁰。こうした「欠缺」の填補を社会国家原理に求める。

この点、*Cremer* は、「社会国家原理を、私契約法秩序を形成する法的義務を基礎づけるために独立して援用す」べきではなく、むしろ「基本権保護義務と結びつける」べきであるとする。そこでは、「量を補償する結合 (quantitativ kompensierende Verbindung)」ではなく、「社会国家原理による保護機能の『質の補給 (qualitative Anreicherung)』という意味における補償」が必要であるとされる。その意味において、*Isensee* の見解は、「保護義務が……個人を他者による『私的侵害』から保護することを国家に義務づける三極関係によって形成される限りで賛同に値する」という。

また、国家の資源の有限性という障害も認めることができるとする。しかし、それに対しては、「国家の任務は、……当事者の意思に反する『私的侵害』において基本権の相対する利益に関する規律に存する (三極関係)」のであって、また「契約の内容規制においては国家による移転給付 (Transferleistungen) が重要なのではなく、むしろそれを「回避」すべきなのである」という反論を挙げる。

結局のところ、社会国家原理というテーマは、「『私的侵害』の内容の等価性 (sachliches Äquivalent)」も要請するという。それによれば、過度に不利に扱われる契約を締結する者も、「他者から認識可能な、逃れることのできない抑圧状態にある」とされる¹²¹。社会国

¹¹⁸ Vgl. *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 489 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 470 f.

¹²⁰ Vgl. *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 486-491.

¹²¹ なお、*Cremer* によれば、「避妊、住所変更または宗派の放棄を他者に義務づけられる者」は、他者の方ですでにその準備ができていたために「認識可能な、実質的または感情

家原理は、「『自由意思にもとづく』契約締結において欠けている『私的侵害』を、内容の適切な等価性 (sachangemessenes Äquivalent) として補償することができる」というのである¹²²。

(2) 問題となる基本権

次に *Cremer* は、BVerfG 判例をもとに問題となる基本権に言及する。例えば、代理商決定や解雇保護決定においては保護義務が GG12 条 1 項から生じている点、および夜間労働禁止判決において GG2 条 2 項 1 文が関連した点を指摘する¹²³。また、*Cremer* は、契約における信教の自由の自己制限からの保護義務は、GG4 条によって基礎づけられるとする。さらに、連帯保証決定において問題となる基本権については、一般的人格権であるとする。*Cremer* によれば、一般的人格権において保障された、人格発展の存在にかかわる基本権の諸条件の保護が問題となるとされる¹²⁴。

以上のように、*Cremer* は、第一に、法益に対する「私的侵害」の欠如、および侵害される基本権の不十分さの 2 点から契約の内容規制を基本権保護義務から導出するには「欠缺」があると主張する。そのうえで、その「欠缺」を社会国家原理によって埋めようとする。そこで強調されるのは、社会国家原理による保護義務の補償が、量ではなく質によるものであるという点である。*Cremer* によれば、過度に不利に扱われる契約当事者も「他者から認識可能な、逃れることのできない抑圧状態にある」といえ、社会国家原理が「内容の等価性」を要請し、それによって「私的侵害」を認めることができるとされる。*Cremer* の見解の特徴は、保護義務の「欠缺」を社会国家原理によって質的に補償しようとする点にあるといえよう。第二に、*Cremer* は、問題となる基本権は、事例に応じた基本権を用いるべきであるという立場であり、基本的に従来契約自由の議論に与するものである¹²⁵。しかし他方で、連帯保証決定のような契約対等侵害事例においては、自己決定の保障を基本とする判例・学説とは異なり、基本権の諸条件の保護に焦点を当てるために一般的人格権を挙げている点は注目に値する。

的な抑圧状態にあ」ところ、その者と上記の契約締結者は異なることはないとされる (*Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 493)。

¹²² Vgl. *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 491-494.

¹²³ 上記判例について、本稿第 3 章を参照。

¹²⁴ Vgl. *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 494 f.

¹²⁵ 契約自由の根拠条文をめぐる議論について、本稿第 2 章第 1 節を参照。

3) *Matthias Ruffert* による照射効判例による基礎づけ論の再構成¹²⁶

これに対して、*Matthias Ruffert* は、*Cremer* と同様に、保護義務と社会国家原理の関係について検討しつつも、契約自由の特質を踏まえたうえで異なる基礎づけを行う。すなわち、契約自由の規範造形性、そして保護義務と社会国家原理の非両立性を指摘し、BVerfG 判例の検討を踏まえ「照射効」から契約自由の基本権保障を再構成する。*Ruffert* は、BVerfG 判例における「照射効」を出発点としたうえで、*Höfling* も指摘していた契約自由の規範造形性も、社会国家原理も、実は国家の基本権保護義務論と接合しようと主張する点に特徴がある。

(1) 契約自由における保護法益

Ruffert によれば、私的自治の基本権保障を検討するにあたって、まず GG2 条 1 項における私的自治は「規範により造形された (normgeprägt) 保護法益」であるとされる。そこでいう保護法益は、「事実により造形された (sachgeprägt) 保護法益とは異なって、法秩序に先行せず、同時に基本権を保護する国家の能動性にその基礎をあらかじめ与えるというよりはむしろ、立法府の能動的な具体化・内容形成を必要とする」ものである。こうした性格づけによれば、「保護義務論の意味における個人の法的地位の保護が問題となるのではなく、『基本権により保障された私的自治の法律による内容形成』が問題となる」とされる。この点、*Ruffert* によれば、連帯保証決定で問題となった「特定の、実質的な構造的不均衡の調整を考慮することで私的自治を実現する諸々の可能性を作り出すという立法・裁判に対する準則」は、「いわば国家の保護義務の前域 (Vorfeld)」にある。「私法は、公正な法と特徴づけられよう、かつ、国家がいわば経済的・社会的強者の捕吏 (Büttel) のように活動するように造形されるべきであり、「基本権に適合する私法は、他者決定を掘り崩すことで、私的自治を確立するべきである」とされる。そのうえで、「裁判所が法律を適用するがごとく、基本権が単純法を規定することは、したがって具体的な基本権機能を通じて行われるのではなく、基本権において具体化された客観的価値の内容を不特定に照射する範囲において行われる」とされる。*Ruffert* は、そこで、これに対応するものとして、代理商決定や連帯保証決定が保護義務判例ではなく、照射効判例の流れをくむものであることを挙げる¹²⁷。そこで出発点とされる *Lüth* 判決は、以下のように判示する。

「たしかに、基本権は第一に公権力の介入からの個人の自由領域を保護することについて規定される。基本権は国家に対する市民の防御権である。このことは、基本権理念の精神的発展からおよび個別の国家の憲法において基本権を採用することとなった歴史の経

¹²⁶ *Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 287 ff.*

¹²⁷ *Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 336 f. Ruffert* は、こうした保護次元にかかわる立法者の内容形成の限界として、法制度保障や規範存続保護が私的自治においても注目に値する旨を指摘する (S. 338)。

過から明らかになる。こうした意味を、基本法の基本権も有する。基本法は、基本権の章を前置きすることによって国家権力に対する人間とその尊厳の優位を強調することを望んだ。それに相当するのは、立法府がこうした権利を保護するための特殊な法的救済を、すなわち憲法異議を公権力の行為に対してのみ認めたとのことである。同じく正当であるのは、しかし基本法が——価値中立的な秩序であろうとしないのだけれども——基本権の章において客観的価値秩序を志向しており、まさにこの点で、基本権の妥当力

(*Geltungskraft*) を原理的に強化することが表現されるということである。こうした価値体系は——その中心は社会的共同体内部で自由に発展する人間の人格およびその尊厳にあるのだけれども——法の全ての領域にとっての憲法上の基本決定として妥当しなければならない。立法、行政および裁判は、この体系から方向づけと刺激 (*Richtlinien und Impulse*) を受け取る」¹²⁸。

Ruffert は、こうした基本権と法、とりわけ私法の関係について判示する *Lüth* 判決が、とりわけ連帯保証決定によって以下のように具体化されていると理解する。すなわち、のちにも概観するように、連帯保証決定は、基本法は、全法領域に対して憲法の基本決定を含んでおり、それはとりわけ民法の一般条項の解釈においても意味を有するものである。したがって、民事裁判所は、民法の一般条項の解釈・適用にあたっては基本権を「指針 (*Richtlinien*)」として考慮する義務がある旨判示している¹²⁹。*Ruffert* は、こうした連帯保証決定の判示から、「裁判所にとっては、基本権の客観的内容は、それがはじめから基本権において具体化された価値によって、とりわけ私法の強行規定を介して制限されるという方法で、私的自治の内容形成に影響を及ぼし、「私的自治を実現する規律および形成手段に関する民法システムは、基本権の客観法原則に拘束される」ことから、裁判所も基本権の客観的基本決定に拘束されていると評価する¹³⁰。こうして、*Ruffert* によれば、私法が基本権、とりわけ基本権の客観的内容に拘束されるという *Lüth* 判決から始まる照射効判例を前提とすれば、裁判所も、こうした基本権に拘束された私法の解釈・適用にあたっては、私法に具体化された価値を考慮するべきだとされる。

また、立法府による内容形成と内容形成された基本権の保護は、「一般的な立法府の形成任務のひとつに数えられる」とする。換言すれば、立法府の内容形成は、そこで「保護義務機能と結びつけられる」のである。その意味で、「立法府による私的自治の内容形成

¹²⁸ BVerfGE 7, 198, 205. *Lüth* 判決について、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効——リユート判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社、2003年) 157頁以下、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005年) 200頁以下、林知更「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く』(有斐閣、2016年) 109頁以下も参照。

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 89, 214, 229 f. また、連帯保証決定について、本稿第3章第1節も参照。

¹³⁰ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 337.

は、国家に由来する基本権の危険から私的自治を保護することといわばともに考えなければならぬのである」¹³¹。こうして、*Ruffert* は、私的自治・契約自由の規範造形性を強調するところ、照射効から出発し、それが立法府の内容形成に影響を与えることに着目することで、保護義務をあくまでこうした立法府の形成任務の一環として理解するようになる。

以上の議論を整理すると、*Ruffert* は、基本法は憲法の基本決定を含み、それが全法領域に妥当するとする照射効判例を出発点とする。そのうえで、基本法の客観的基本決定を受けた立法府による内容形成が問題となる。保護義務が対象とする第三者による危険の保護という立法府の任務は、*Ruffert* によれば、立法府の一般的な形成任務のひとつに数えられるにすぎず、相対化されている。また、裁判所においても、基本法の客観的基本決定が私法、とりわけ民法の一般条項に妥当していることを前提として、その解釈・適用にあたっては、基本権を「指針 (Richtlinien)」として考慮されるべきだとされている。

(2) 社会国家原理と保護義務

次に、社会国家原理と保護義務機能との区別が強調される。そこではまず「経済的・社会的不均衡がそれ自体で保護義務を GG2 条 1 項から生じさせえない」ということが確認される。なぜならば、かような状態があったとしても、『劣位』当事者が、一方的に規定された契約内容におよそ自由意思にもとづいて同意し、そこからさらに経済的利益を引き出すことができる」場合もまた想定されうるからである。また、「GG2 条 1 項は、法律行為にもとづく過大に負担をかける効果から保護しない」とする。その根拠は、「比例性のない負担をかける私法規範に対する防御請求を否定するために主張されうる根拠に等しい」とされる。すなわち、「GG2 条 1 項における私的自治の基本権保障は、債務者拘留所問題の民営化を命じるのではなく、それをもたらす立法権力を私的自治の防御権の準則によって制限する」にすぎないのである。そのうえで、GG2 条 1 項にもとづく私的自治の保護義務が問題となるのは、詐欺、強迫、不意打ちおよび押しつけ (Knebelung) などのような場合だけであるとされる。とはいえ、こうした規律は、昔から民法の規律の対象である。ここで、「憲法の効力の優先に対して私法の認識が先行していることが明らかになる」¹³²。こうして、*Ruffert* は、GG2 条 1 項から生じる私的自治の保護義務が及ぶ範囲を限定する。それは、あくまで「詐欺、強迫、不意打ちおよび押しつけ」などのいわば従来の民法の規律の対象にとどまる。翻って、連帯保証決定のように契約の対等性が問題となる場合には、GG2 条 1 項だけでは保護義務を生じさせることはできないとする。そこで、*Ruffert* は、連帯保証決定が、社会国家原理を参照指示していた点を肯定的に評価するのである。

¹³¹ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 337 f.

¹³² Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 338 f.

こうして、*Ruffert* は、第一に、*Höfling* と同様に、私的自治および契約自由の規範造形性を指摘する。この点、*Ruffert* によれば、こうした規範造形性から、保護義務ではなく、法律による内容形成が問題となる。ここで注目に値するのは、下記で示されるような基本権の内容形成論ではなく、あくまで照射効によるべきであるとする点である。そのうえで、こうした照射効を受けた立法者の形成任務において、保護義務が問題となるとされる。また、裁判所においても、上記照射効は妥当するものとされ、民法の一般条項の解釈・適用にあたっては、「指針 (Richtlinien)」として考慮すべきことが示されている。

第二に、*Ruffert* も、*Cremer* と同様に、保護義務と社会国家原理の關係に言及する。*Ruffert* は、GG2 条 1 項にもとづく私的自治・契約自由にかかわる保護義務の限界を語る。そこでは、連帯保証決定において問題となった「経済的・社会的不均衡」も、「過大に不安をかける効果も、GG2 条 1 項にもとづく保護義務から導出することが困難であるとされる。それは、*Isensee* も主張するように、従来の保護義務の範囲を超えるものだからである。それゆえに、連帯保証決定においては社会国家原理も参照指示する必要があったと *Ruffert* は評価する。*Ruffert* の見解において特徴的であるのは、GG2 条 1 項にもとづく私的自治の保護義務は、「詐欺、強迫、不意打ちおよび押しつけ」のような従来は民法が規律してきた領域にとどまるとしている点である。

以上のように、一方で、*Cremer* は *Isensee* らの議論を受けて、社会国家原理を用いて保護義務の「欠缺」を埋めようとしていた。しかし他方で、*Ruffert* はどちらかといえば保護義務論の地位を相対化させている。例えば、契約自由を「規範に造形された規範」とみなすことで保護義務とは距離のある内容形成の問題に着目する。また、保護義務と社会国家原理の領域を画することで必ずしも構造的不均衡の問題の問題が保護義務の問題ではないことが示された。こうして、契約自由の憲法保障と国家の基本権保護義務論をめぐる議論は、とりわけ契約の対等性が侵害される事例においては、従来の保護義務論によっては不十分であるという認識のもとで、社会国家原理と関連づけることで、これまでとは異なる新たな保護義務の領域を拓こうとする傾向があるといえる¹³³。

¹³³ *Ruffert* と異なるかたちで、*Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99)も、契約自由の規範造形性を認めて *Lübbe-Wolff* の規範存続保護（および規範適用保護）から契約自由の再構成を試みている。

第2節 契約自由と基本権の内容形成論の展開

以上の展開に対して、国家の基本権保護義務論を越えて、基本権と法律の親和的關係を認め、法律などの規範により構成される自由というコンセプトを強調することで、新たな基本権機能を創設しようとする基本権の内容形成論から、契約自由が議論されるようになる。

1) *Martin Gellermann* による基本権の内容形成論からの契約自由の再構成

Ruffert 以上に、契約自由の規範造形性を強調し、自らが与する基本権の内容形成論から契約自由の基本権論を再構成しようとする論者が、*Marthin Gellermann* である¹³⁴。以上の学説があくまで国家の基本権保護義務論のなかで議論していたのに対して、*Gellermann* は、基本権の内容形成論という新たな基本権論によって契約自由の憲法保障を議論しようとした点に特徴がある。

(1) 法により造形された基本権としての契約自由

Gellermann は、まず契約自由が規範により構成された自由であることを示す。すなわち、通説・判例において、「契約自由が『法秩序の産物 (Schöpfung der Rechtsordnung)』であることを証明」されるどころ、その背後には、「さまざまな秩序問題が平行して現れる」という。*Gellermann* は、第一に「社会的関連性」を挙げる。すなわち、「個人は、契約自由を孤立して行使するのではなく、他人の協力を必要とし、「その協力においてはじめて、契約当事者は法律関係を自由な意思にもとづいて形成する自由を得る。両当事者は基本権を行使することができるので、基本権は両当事者の自己決定を保障する。その際に、一方当事者の自由は必然的に他方当事者の自由によって制限される。契約自由がこうした根拠 [※社会的関連] からはじめから制限されたものと考えられなければならないとすれば、いわば『自然的』自由を問題とすることができない」¹³⁵、と。

第二に、「契約自由は、……任意の約束を交わし、取決めを引き受けるという個人の可能性と理解されうる」とする。「そのような合意は、その合意に法的な効力を与えた場合にはじめて『契約』となる。それは、法秩序による承認を前提とする……。私的自治にもとづく形成と法秩序は、私的自治行為の効力の法的根拠として不可分に補完する関係にある。そうであるならば、しかし法秩序から独立して存在する法的自律 (Rechtsautonomie) は存在しえない。個人は、むしろ自己決定を、法秩序が輪郭を定める領域内でしか行使す

¹³⁴ *Martin Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 131 ff. *Gellermann* の見解について、小山・前掲注 27) 『基本権の内容形成』158 頁以下、篠原・前掲注 21)

「立法者による基本権の保護の対象の決定 (1) (2)」91 卷 3 号 108 頁以下、同 4 号 104 頁以下も参照。

¹³⁵ *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 136-137. こうした点について、篠原・前掲注 54) 「立法者による基本権の保護の対象の決定 (2)」104 頁以下も参照。

ることができない。法律行為にもとづく形成可能性と形成可能な法律関係の内容、形成、限界は、その詳細な規定を単純法の規範によってはじめて獲得する」、と。かくして、「契約自由は、完全に法的な、内容と射程において法秩序に依存し、法秩序によってはじめて可能となる性質を有している」とされる¹³⁶。以上の性質をもってしても基本権拘束は否定されないとする。そのうえで、*Gellermann* は、基本権拘束の根拠を保護義務ではなく、法制度保障に求める。

(2) 基本権拘束としての基本権保護義務と制度保障

Gellermann は、まず契約自由と基本権保護義務との不十分な関連性を示す。そこでは、*Isensee* が示したように契約自由においてはあくまで自分自身からの保護が問題となるにすぎないということに加えて、次のことについて論じる。すなわち、契約自由は法制度によって構成された自由であるため、自然的自由の保護ではありえず、法制度によって構成された自由の保護という理解についても、契約自由の保護が契約自由の制限を要請するという「奇妙な視点を開く」。また、保護義務論は、「私的自治・契約自由を所与のものとし、その限界をいわばあとから保護思考を援用しながら定め」る。これでは、『付与と制限 (Gewähren und Einschränken) の関連する過程』を参照指示する、契約における形成力の創出、限定および制限という立法者の一体的任務は、保護要請機能という観念の方法においては適切に把握」されないというのである。「なぜならば、基本権保護義務は、既存の法益の保護に適合するのであって、立法者に委ねられた、基本権の自由を可能とする (Ermöglichung) 状況には適合しないからである」¹³⁷。

次に、契約自由は、仮に法秩序によって創造され、現行法の範囲内で展開されるとしても、立法者の任意の処分を支持しないとす。すなわち、立法者には、「基本法の客観法上の準則に拘束され」、「法的生活における自己決定に適切な行動余地を開く」義務が課され、「法的拘束力があると論じられなければならない、訴訟において貫徹可能な地位を生じさせる法律行為にもとづく形成手段を用いることができるようにする」義務があるという BVerfG の連帯保証決定の判旨を援用する¹³⁸。こうした判旨は、「保護義務というラベル」が張られることがあっても、法制度保障の議論に対応するとする。すなわち、「法制度保障の保障機能が、……法によって形成された制度とまさに関連し、はじめて自由を可能とする規範複合体のために存在し、こうしたトポスが基本権ドグマーティクの関連においては単純法によって形成された自由または法的地位を保護する」というものであることを踏まえると、契約自由も法制度保障に含まれるとする¹³⁹。

¹³⁶ *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 137.

¹³⁷ Vgl. *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 144. こうした *Gellermann* の見解について、小山・前掲注 27) 『基本権の内容形成』158 頁。

¹³⁸ Vgl. *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 149. s. auch BVerfGE 89, 214, 231 f.

¹³⁹ Vgl. *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 149 f.

以上のように、*Gellermann* は、契約自由の基本権論として国家の基本権保護義務論ではなく、基本権の内容形成論から論じるべきだと主張する。第一に、*Gellermann* は、*Ruffert* と同様に、契約自由が規範により構成された自由であることを示す。*Gellermann* は、その根拠として、社会的関連性と契約自由の法秩序依存性を挙げる。そして、第二に、*Gellermann* は、こうした契約自由の特質によっても基本権拘束は否定されないとする。それゆえに、*Gellermann* によれば、契約自由の基本権拘束は、国家の基本権保護義務論ではなく、法制度保障論によって基礎づけられるべきであるとされる。

こうした *Gellermann* の議論は、議論の性質上、立法府に対する基本権拘束に焦点が当てられているために、本稿が対象とする契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障の主戦場である裁判所による契約の内容規制は、正面から論じられることはない。しかし、*Gellermann* が論じる契約自由の性質、すなわち「規範に構成された自由」という理解は、上記で概観してきたように、契約自由そのものの理解を問い直すものである点で、重要である。それは、とりわけ本稿の検討の中心に置かれる連帯保証決定が、まさに *Gellermann* が示すように、契約自由が「規範に構成された自由」という性質を有していることを示唆していた点¹⁴⁰からも認めることができよう。

以上から、*Gellermann* の議論、ひいては基本権の内容形成論は、裁判所による契約の内容規制を直接の検討対象としていなくとも、本稿においては重要な意義を有するといえる。

2) *Christian Bumke* による基本権の内容形成論と契約自由論¹⁴¹

Christian Bumke も、*Gellermann* と同様に、契約自由を、内容形成が必要な基本権に分類する¹⁴²。そのほかの内容形成論者と比較して *Bumke* において注目すべきは、基本権の内容形成を行う国家権力の憲法的拘束のあり方である。ところで、例えば、*Gellermann* が基本権の内容形成論を論じるにあたって制度保障論を再構成しようとしたのに対して、*Bumke* は「指導原理」¹⁴³という概念を用いて理論構成をしている。*Bumke* によれば、「基本権の拘束の核心は、比例原則の構成要素ではなく、個々の基本権に付属する保障個別の準則を形成する」

¹⁴⁰ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

¹⁴¹ *Christian Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 20 ff., 57 ff. *Bumke* の基本権の内容形成論について、クリスティアーン・ブムケ著・守矢健一訳「基本権の構築」日独法学 26 卷 (2009 年) 1 頁以下、篠原・前掲注 21) 「立法者による基本権の保護の対象の決定 (1) (2)」108 頁以下、104 頁以下も参照。

¹⁴² Vgl. *Bumke*, a.a.O. (Anm. 141), S. 20 f., 41.

¹⁴³ これに対応する語は、「Dirigierende Grundsätze」、「Ausgestaltungsdirigierende Vorgaben」、「Ausgestaltungsdirigierende Maßstäbe」、そして「Gewährleistungsspezifische Vorgaben」など多岐にわたるところ、本稿ではこれらを一括したと思われる篠原の語法にならう (篠原・前掲注 21) 「立法者による基本権の保護の対象の決定 (2)」111 頁)。

とされる¹⁴⁴。Bumke は、「契約自由の内容形成を指導する準則」を検討する。それによれば、最終的に次の2つの指導的原則が必要である。すなわち、①自律原則、②信頼保護・取引安全の原則であるとされる¹⁴⁵。

まず、Bumke も、Gellermann と同様に、契約自由が法による内容形成が必要な自由であることを確認する。Bumke によれば、契約自由は、所有権、結社の自由および婚姻の自由と同様に、「法的能力 (Rechtsmacht) を保障する基本権」に分類される。Bumke は、Höfling など引用し、契約自由などの基本権においては、「法的能力または権限は重要な基準である」とする。すなわち、「こうした法的能力がなければ、個人は法的拘束力をもたない行為を行うことができない」、換言すれば、「契約を締結することができない」のである。「それゆえに、保護対象をかような法的能力にもとづかせ、……制度または法制度 (Rechtseinrichtung oder Rechtsinstitut) を具体的に記述する基本権保障はすべて、内容形成に必要な基本権の一部とみなされる」のである¹⁴⁶。

Bumke は、契約自由が法による内容形成が必要な基本権であることを前提として、次に、立法府が契約自由の内容形成を行うにあたっての準則を検討する。Bumke によれば、第一に、「自律原則は、成人には自律的な能力があるがあるという確信にもとづいている。常に自律は、法律行為を行う個人という規範的に濃密なコンセプトを含む」とされる。しかし、「自律は、十分に自己決定することができる状態を前提とする」。例えば、自律は身分にかかわる。立法府が行為能力を獲得する年齢を引き上げまたは引き下げる場合には、それを必要とする特定の者の弁識能力を示されなければならない。それゆえに、「契約自由の内容形成において、国家権力は自律原則に拘束される」のである。また、ドイツにおいては約款などにおいて示される「私的権力 (Private Macht)」は競争が健全であるか市場志向の規制レギュレーションが存在しない場合には問題が多い。そのため「内容形成を行う国家権力には、強行法を制定する義務、または裁判所による内容規制 [の可能性] を開くことで当事者の自律を保護する義務がある」。さらに、「情報不足も自律的な決定を困難にする」ので、同様のことが妥当する。もっとも、「情報の優位は……イノベーションを刺激」するうえ、「情報を獲得するという課題は、まずいったんは当事者の自己責任に属する」。あくまで問題が生じるのは、「例えば当事者の特殊な専門知識が要求される」場合である¹⁴⁷。

第二に、「信頼保護・取引安全原理は、当事者が、契約が履行されることを互いに信頼して契約を締結するという考えにもとづく。かかる原理の上には、信義則や契約締結前の信頼責任だけでなく、約束の名宛人の履行利益を維持するよう試みる給付障害法も置かれている」。かくして、信頼保護・取引安全原理を保障することは、「契約自由を内容形成する国家権力の課題のひとつである」とされる¹⁴⁸。

¹⁴⁴ Bumke, a.a.O. (Anm. 141), S. 52.

¹⁴⁵ Bumke, a.a.O. (Anm. 141), S. 57 ff.

¹⁴⁶ Bumke, a.a.O. (Anm. 141), S. 41.

¹⁴⁷ Bumke, a.a.O. (Anm. 141), S. 59 f.

¹⁴⁸ Bumke, a.a.O. (Anm. 141), S. 66 f.

こうして、*Bumke* は、「指導原理」という概念を用いて、立法府の内容形成に対する基本権拘束を論じる。それによれば、契約自由の内容形成に対する「指導原理」として、①「自律原則」と②「信頼保護・取引安全の原則」が挙げられる。*Gellermann* が制度保障の議論を手がかりに基本権の内容形成を論じていたところ、その眼目は契約自由の性格の把握することであり、契約自由がまさに基本権の内容形成論で語るにふさわしいことを示す必要があった。*Bumke* もそうした議論を行うが、さらに進んで、立法府が内容形成を行うにあたっての指針を示すことで、立法府の内容形成に対する基本権拘束を実効化させようとしている点を *Bumke* の議論の特徴としてあげることができよう。

以上のように、契約自由は、基本権の内容形成論から、規範により構成された自由、または法による内容形成の必要な基本権と位置づけられている。基本権の内容形成論は、原則として、上記のような性格を有する自由・基本権においても、基本権拘束、とりわけ立法府に対する拘束力があることを示すことを議論の中心に置いている。しかし、すでに示したとおり、本稿の対象である裁判所による契約の内容規制は必ずしも議論の中心には置かれていない点には注意が必要である。しかし、とりわけ本稿において指摘されるべきは、*Gellermann* が、国家の基本権保護義務論と契約自由の関連づけに対して疑問を呈している点である。この点で、基本権の内容形成論は、契約自由の規範造形性という性質を示し、契約自由の理解そのものを問い直すものと位置づけることができる。

第3節 若干の検討

以上のように、ドイツにおける契約自由における基本権論の展開は、契約自由を憲法上どのように基礎づけることができるのかという点に焦点が当てられていた。

そこでは、まず民法学者 *Canaris* によって基本権の第三者効の問題は、私法における基本権の影響、すなわち国家の基本権保護義務論に再構成された。こうした *Canaris* の見解は、憲法学において、とりわけ契約自由の議論において *Höfling* によって敷衍された。この点、*Höfling* は、従来の議論において示されてきた契約自由の特徴を踏まえる。たしかに契約自由の「規範複合体」・「権限的自由」などの性質を踏まえると制度に依存する性格を有するが、*Alexy* のルールと原理の議論を手がかりに、契約自由は原理の性格を有するとしたうえで、「反対の原理」、例えば消費者保護、労働者保護、競争保護および賃借人保護などとの衡量が必要であるとする。それゆえに、なおも契約自由を基本権保護義務論によって基礎づけることが有益であるとした。

これに対して、*Isensee* は、第一に、法律行為領域における保護義務とは、既存の法的地位の保護を目的とする基本権保護義務ではなく、社会国家原理にもとづく調整にかなうという点、第二に、法律行為領域において問題となる保護とは、当事者が契約に同意をしているのであるから自分自身からの保護にすぎず、保護義務の要件であるところの「私的侵害」を欠いているという点をもって、法律行為領域において基本権保護義務論を導入することを批判する¹⁴⁹。

こうした議論状況から、保護義務論においては契約自由をどのように基礎づけるかという点に議論が集中するようになった。一方で、*Cremer* は、*Isensee* の批判も踏まえて、「社会国家原理による保護機能の『質を濃縮する (qualitative Anreicherung)』という意味における補償」をもってあくまで保護義務論を堅持する。他方で、*Ruffert* は、第一に、契約自由が「規範造形的 (normgeprägt) 保護法益」であるとしたうえで、こうした保護法益においては BVerfG がいう「照射効」の影響下での立法者の内容形成が問題となるとする。第二に、保護義務と社会国家原理は緊張関係にあり、連帯保証決定が定立した①「構造的不均衡」や②「過大に負担をかける効果」からの保護は GG2 条 1 項のみからは生じず社会国家原理にもとづくとし、GG2 条 1 項のみから生じる保護義務の対象はあくまで「詐欺、強迫、不意打ちおよび押しつけ (Knebelung)」などの従来から民法学の対象となった規律にすぎないとする¹⁵⁰。

また、契約自由の規範造形性を *Ruffert* よりも強調して基本権論を再構成する基本権論が、基本権の内容形成論である。たとえば、*Gellermann* は、契約自由は保護義務ではなく(法)制度保障によって再構成されるべきであるとする。そこでは上記の議論に加えて、まず広い契約自由の存在を観念し、次にこれに後発的に制限を加えるという二段階の構造

¹⁴⁹ 参照、本稿第 1 章第 1 節第 1 款。

¹⁵⁰ 参照、本稿第 1 章第 1 節第 2 款。

と採用する保護義務論においては「契約における形成力の創出、限定、制限という立法者の一体的な任務」が把握できないとされる。また、*Bumke* は、「指導原理」という概念を用いて、基本権にもとづく立法府に対する拘束を詳細に論じることで、基本権の内容形成論をさらに深化させた。そこでは、契約自由の内容形成を指導する原理として、①「自律原則」、②「信頼保護・取引安全の原則」が挙げられている¹⁵¹。

以上を踏まえると、ドイツにおける契約自由の基本権論の学説状況として、第一に、契約自由の性質として、いずれの基本権によるにしても、それが、前国家的なものとしてすでに存在するものではなく、契約制度といった法制度を前提とする「規範により構成された自由」と理解される傾向にある点、第二に、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障においては、国家の基本権保護義務論にのみ依拠することに対して疑問が呈されている点を指摘することができる。

第一に、契約自由は、国家の基本権保護義務論からも、基本権の内容形成論からも、その性質として、前国家的に存在するものではなく、むしろ契約制度といった国家によって形成された法制度を前提とする自由、すなわち「規範により構成された自由」であると理解されている点が注目し得る。その根拠として、契約自由を行使するにあたっては、契約制度が不可欠であることが挙げられる。もちろん、契約制度を利用せずに契約を行うことも可能ではあるが、それはあくまで拘束力を持たない約束にすぎない。したがって、契約に拘束力を持たせるには、結局のところ、契約制度とそれを実現する国家による承認が必要となる。それゆえに、契約自由は、国家によって形成された契約制度を前提とする自由であると理解されるのである。

問題は、こうした自由をどのように憲法上基礎づけるのかである。この点、基本権の内容形成論に与する *Gellermann* は、契約自由のこうした性格と国家の基本権保護義務論の不和を指摘する。それによれば、第一に、国家の基本権保護義務論によるのであれば、契約自由の保護が契約自由の制限を要請するという「奇妙な視点を開く」ことになることとされ、第二に、上記理論が契約自由をいったん認めたくえでそれを制限するものだという理解のもとで、それによっては契約の形成力の創出、限定および制限という立法府の任務が適切に把握できなくなるとされる¹⁵²。それゆえに、契約自由の上記性質と国家の基本権保護義務論との接合も問題となる。しかし、わが国において小山剛がすでに指摘するように、「内容形成という概念は、基本権との関係における法律規範の客観的性格を説明する概念であって、個々の基本権主体の具体的な法的地位に対してその法規範がどのように作用するかを説明する概念ではない」と捉えば、保護義務も、*Gellermann* が指摘するように「マクロの視点から一体として観念されるべきものを分断するのではなく、基本権主体との関係というミクロの視点から、法律規範に光をあてるもの」だと理解することができる¹⁵³。

¹⁵¹ 参照、本稿第1章第2節。

¹⁵² Vgl. *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 144.

¹⁵³ 小山・前掲注27)『基本権の内容形成』159頁。

また、国家の基本権保護義務論の論者は、実際には、*Gellermann* が上記で理解するよりも柔軟に理論構成を行っている。たとえば、*Ruffert* は、国家の基本権保護義務論が保護の対象とする法益には、「規範に造形された法益」も含まれると理解している¹⁵⁴。ただし、その際には、以下にみるとおり、前提となる国家の基本権保護義務論に修正が施されていることには注意が必要である。

そこで第二に指摘されるべきは、法律行為領域において国家の基本権保護義務論を導入すること、とりわけ契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障が問題となる場合に、国家の基本権保護義務論にのみ依拠することに対して、ドイツ憲法学において疑問が呈されている点である。しかし、*Isensee* のように、法律行為領域において国家の基本権保護義務論の導入をすべて否定しようとする見解は少ない。また、社会国家原理を基本とされることも少ない。その原因は多岐にわたるが、*BVerfG* 判例がそのように構成している点¹⁵⁵、およびドイツにおいてはあくまで社会国家原理条項しか存在せず社会権条項が存在しないため、こうした議論に対して抑制的である点¹⁵⁶が挙げられよう。むしろ、*Isensee* の批判を受けて、国家の基本権保護義務論の修正の必要を認め、たとえば連帯保証決定のように契約対等の侵害が問題となる場合においては、社会国家原理による修正を試みようとする傾向が有力であるように思われる。上記で確認されたとおり、そこで展開される方向性は、2つである。

一方で、*Cremer* のように、保護義務を基本線とし、それを社会国家原理によって補償する方向性である。それによれば、契約の内容規制を基本権保護義務から導出するには、法益に対する「私的侵害」の欠如、および侵害される基本権が不明確であるなどの「欠缺」がある。こうした保護義務の「欠缺」を社会国家原理によって埋めるべきであるとされる。そこでは、「量を補償する結合 (*quantitativ kompensierende Verbindung*)」ではなく、「社会国家原理による保護機能の『質の補給 (*qualitative Anreicherung*)』という意味における補償」が必要であるとされる。そのうえで、過度に不利に扱われる契約当事者も「他者から認識可能な、逃れることのできない抑圧状態にある」のであって、社会国家原理が「内容

¹⁵⁴ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 335 f.

¹⁵⁵ 参照、本稿第3章・第4章。

¹⁵⁶ ドイツにおける社会国家原理をめぐる議論状況について、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向 (1) ~ (5・完)」自治研究 54 卷 7 号 (1978 年) 83 頁以下、8 号 91 頁以下、9 号 67 頁以下、10 号 71 頁以下、11 号 111 頁以下、西原博史『自律と保護—憲法上の人権保障が意味するものをめぐって—』(成文堂、2009 年) 29 頁以下 (初出、西原博史「〈社会権〉の保障と個人の自律—〈社会権〉理論の 50 年における〈抽象的権利説〉的思考の功罪」憲法理論研究会編『憲法 50 年の人権と憲法裁判』(敬文堂、1997 年) 99 頁以下、西原博史「〈社会権〉の保障と個人の自律—〈社会権〉理論の 50 年における〈抽象的権利説〉的思考の功罪」早稲田社会科学 53 号 (1996 年) 109 頁以下) を参照。

の等価性」を要請し、それによって「私的侵害」を認めることができる¹⁵⁷。こうした *Cremer* の見解は、*Isensee* による批判に対して直接解答を与えようとする点で注目値する。その際に、保護義務と社会国家原理を接合させる方法として、量ではなく、「質の補給という意味における補償」が必要である点が強調されているように、単に保護義務と社会国家原理を組み合わせるということでは足りないとされている。保護義務と社会国家原理がそれぞれどのような関係にあるのかが重要になってこよう。

他方で、*Ruffert* のように、BVerfG が展開する「照射効」を出発点とし、それを受けた立法府の形成任務において保護義務が問題となるという方向性である。*Ruffert* の議論は、契約自由の規範造形性を強調する *Gellermann* らが主張する基本権の内容形成論と接合可能となる。保護義務が既存の法益の保護を対象としているところ、法制度と関連させることで保護義務にとどまらない一般的な立法府の形成任務を問題とすることが可能となる¹⁵⁸。その際には、社会国家原理も含めることができよう。*Ruffert* の議論の特徴のひとつは、「照射効」を出発点とすることで、保護義務にも、それを越える内容形成にも対応しうる議論となっている点である。また、*Ruffert* が、内容形成の側面を強調する *Gellermann* らとは異なり、あくまで「照射効」に意義を見出している点¹⁵⁹は重要である。なぜならば、契約自由の問題においては立法府のみならず、裁判所も対象とする必要があるからである。基本権の内容形成論の議論は、基本的に立法府の形成任務に焦点を当てるため、裁判所による契約の内容規制の問題は基本的に議論の対象外とされる。しかし、*Ruffert* のように、契約の内容規制を直接取り扱っている BVerfG の「照射効」という概念を出発点とすることで、立法府の形成任務だけではなく、裁判所による司法統制にまで対象を広げることが可能となる。さらに、*Ruffert* の議論のもうひとつの特徴は、BVerfG 判例をかなり意識し、理論構成を行っているという点である。*Ruffert* が「照射効」を出発点とする背景には、代理商決定や連帯保証決定などの契約自由に関する BVerfG 判例が、保護義務判例ではなく、*Lüth* 判決からなる照射効判例との「連続性」のなかにあると理解していること¹⁶⁰が挙げられる。そのため、以下の議論においても、*Lüth* 判決をはじめとする照射効判例の存在には注意する必要がある。

以上のように、契約対等侵害に対する契約自由の憲法保障を志向する方向性には、2つの方向性が存在する。以下においては、こうした2つの方向性を踏まえた検討を行うこととする。

¹⁵⁷ *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 492.

¹⁵⁸ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 337.

¹⁵⁹ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 337.

¹⁶⁰ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 337.

第2章 ボン基本法制定後の契約自由論および基本権の第三者効論の展開

第2章では、まず、基本法の制定前後の契約自由に関する学説を概観する。なぜならば、第1章で獲得した国家の基本権保護義務論と社会国家原理の緊張関係という視点は、それ以前の学説からすでに示唆されていたからである。これにより、国家の基本権保護義務論と社会国家原理の緊張関係に対する理解をさらに深化・発展させることができよう。

第1節 基本法制定後の契約自由論¹⁶¹

基本法制定後の契約自由論は、まずワイマール憲法との差異をどのように理解するかから議論されている。すなわち、ワイマール期において契約自由は、明文の規定があり（ワイマール憲法 152 条）¹⁶²、さらに学説上は制度保障のひとつに分類されている。ワイマール期には、契約自由の憲法保障は空転しているとみなされるか¹⁶³、所有権と相続権、婚姻と家族の保障とならんで民法秩序・社会秩序の5つの支柱に数えられる¹⁶⁴。それに対して、基本法制定後は、明文の規定がなかった。そのため、まず契約自由が基本権により保障されているかが議論された。そこでは、契約自由はあくまで単純法（*einfaches Recht*）の問題にすぎないとする見解と、契約自由は、GG14 条、9 条、6 条¹⁶⁵にかかわらない限りで、GG2 条1 項によって保障されるとする見解とで対立していた。

¹⁶¹ Vgl. dazu *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 4 f.; *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 299 ff.; *Gellermann*, a.a.O. (Anm. 134), S. 131 ff.; *Ute Mager*, *Einrichtungsgarantien*, 2003, S. 224 ff.

¹⁶² ワイマール憲法 152 条「①経済取引においては、法律の定める基準に従って契約の自由が妥当する。②高利は、禁止されている。善良な風俗に反する法律行為は無効である」。(参照、高田ほか訳・前掲注 65)『ドイツ憲法集〔第7版〕』145 頁)。ワイマール期における契約自由の制度的保障論については、山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義——制度的保障論を手がかりとして」*ジュリスト* 1244 号（2003 年）138 頁以下を参照。契約自由の憲法保障を議論するにあたって、周知のとおりワイマール憲法期において議論された制度的保障の問題、とりわけ契約自由の制度的保障の問題は、たしかに重要であるが、管見の限りでは、ドイツではわが国ほどそれ自体の詳細な議論が展開されていない。そのため、契約自由と制度的保障の問題は、今後の課題としたい。

¹⁶³ Vgl. *Heinrich Stoll*, Art. 152. *Vertragsfreiheit*, in: Hans Carl Nipperdey (Hg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung - Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Dritter Band, Art. 143-Art. 165 und *Zur Ideengechichte der Grundrechte*, Berlin 1930, S. 175-182.

¹⁶⁴ Vgl. *Gustav Böhm*, *Erbrecht*, in: Hans Carl Nipperdey (Hg.), *Die Grundrechte*, Band III, 1930, S. 253 ff.

¹⁶⁵ GG6 条1 項「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」。同9 条1 項「すべてのドイツ人は、社団（*Verein*）及び団体（*Gesellschaft*）を結成する権利を有する」。同14 条1 項「所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める」(高田ほか訳・前掲注 65)『ドイツ憲法集〔第7版〕』214 頁以下)。

第1款 契約自由の憲法保障の有無に関する議論

1) *Hans Huber* による契約自由の法秩序依存性の指摘

前者の見解を主張した論者は、*Hans Huber*¹⁶⁶である。*Huber*は、契約自由における立法府の内容形成と基本権による立法府に対する拘束力を調和させることが難しいと考えていると理解される¹⁶⁷。それによれば、「契約自由の原則によって、私的合意に法的拘束力を持たせるという人間の能力が承認される」にすぎないのであって¹⁶⁸、「契約自由が個別の基本権ごとにそれぞれ異なるということは耐え難い」と評価される¹⁶⁹。そもそも「契約自由は、法秩序におうじて保障されるものにほかならない」とされる¹⁷⁰。「契約自由の範囲をはじめに定めるという任務は民法に属するのであって、基本法ではない」。それが「民法に内在する使命だからである」、と¹⁷¹。そして、民法の強行法は契約自由に限界を定めるところ、それはいくつもの秩序保護目的に仕えうる。また、「契約自由の侵害は、あらかじめ原則として……契約自由の輪郭を定めていることを前提とする。契約自由が考慮されるところで私法によって契約自由の範囲を定めることでは、契約自由が侵害されるということにはならない」¹⁷²。こうした契約自由は、自由権と異なる点が多いことから、自由な発展を求める権利を酷使してはならないとされる¹⁷³。以上から、私法秩序は、契約自由の憲法保障からは、私法の内容に対する具体的な帰結を読み取ることはできないとされ¹⁷⁴、「契約自由は、法制度でも制度体でもなく、抽象概念、すなわち最も一般的な原則なのである」とされる¹⁷⁵。それゆえに、憲法は、民法立法府が契約自由の名に値する規律を行うと信頼していなければならないと結論づけられる¹⁷⁶。

以上のように、*Huber*は、契約自由が法秩序に依存している点やそもそも抽象的概念であり最も一般的な原則である点などの契約自由の特質から、契約自由の憲法保障の可能性に否定的な見解を示している。この点、たしかに憲法保障と切り離すために議論されているものの、契約自由の法秩序依存性をすでに議論している点は指摘されるべきであろう。

¹⁶⁶ Vgl. *Hans Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 1 ff. S. auch *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 301 f.

¹⁶⁷ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 301.

¹⁶⁸ *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 11.

¹⁶⁹ *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 10.

¹⁷⁰ Vgl. *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 19. なお、こうした私的自治・契約自由の法秩序依存性は、民法学者である *Werner Flume* によっても主張されている (*Werner Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Ernst von Caemmerer/Ernst Friesenhahn/Rischarde Lange (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Bd. 1, C.F.Müller, 1960, S. 135 f.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin Heidelberg, 1992, S. 1 f.)。

¹⁷¹ *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 20.

¹⁷² *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 20.

¹⁷³ Vgl. *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 21.

¹⁷⁴ Vgl. *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 30.

¹⁷⁵ *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 31.

¹⁷⁶ Vgl. *Huber*, a.a.O. (Anm. 166), S. 31.

2) *Franz Laufke* による GG2 条 1 項による契約自由の憲法保障

これに対して、後者の見解を *Franz Laufke* が主張した¹⁷⁷。*Laufke* は、契約自由が基本法上保障されることが承認されるべきだとされる。*Laufke* は、GG2 条 1 項が、各人が非経済的・経済的領域で自らの能力を発展させるために自ら行動し思考する権利を有することを規定していることを確認する¹⁷⁸。そのうえで、*Laufke* は、契約自由は、こうした GG2 条 1 項によって保障されるべきであると主張する。それによれば、「自由に形成された契約は、個人の意思を貫徹する法的手段、自らの世界を自らの表象によって自己形成する、すなわち人格の発展に必要とされる環境を自己創設するという手段である」。また、「契約は、欲求を満たし、自己の能力と才能を活用するための法的手段、すなわち自らの世界の財を獲得し、それを自ら統治し、生前から死後までに処分するための手段である」。こうした「契約がなければ、……法技術的意味における人 (Person) —権利義務の担い手—は存在しない」のであって、GG2 条 1 項の意味における「人格 (Persönlichkeit) は、個人が自らの意思で締結し、自らの意思にもとづいて形成する契約がなければ存在しない」とされる¹⁷⁹。したがって、契約自由は、GG2 条 1 項によって保障される。

しかし、*Laufke* によれば、こうした GG2 条 1 項による契約自由の保障に限定が必要であるとされる。*Laufke* は、GG2 条 1 項以下の基本権規定は GG2 条 1 項の特別法にあたるために、「個別の領域において契約自由の原則が導き出される限りで、契約自由の効力をめぐむる問いに対する答えは、GG2 条 1 項ではなく、個別の基本権規定から読み取られるべきである」とされる¹⁸⁰。たとえば、財産処分行為においては、財産権を保障する GG14 条が用いられるべきであるとされる。また、文言や保障の態様に応じて、契約自由の保障が、団体にかかわる場合には GG9 条、相続法という制度にかかわる場合に GG14 条 1 項、婚姻および家族という制度にかかわる場合には GG6 条 1 項によって保障される¹⁸¹。さらに、労働法の領域においては、GG12 条 1 項から労働契約における締結の自由や相手方選択の自由を読み取ることが可能であるから、GG2 条 1 項は適用されないとされる¹⁸²。以上から、*Laufke* によれば、契約自由は、GG14 条 (処分行為)、9 条 (団体法上の契約)、6 条 (相続法・家族法の契約) などの個別の自由権の内容にかかわらないかぎり、GG2 条 1 項によ

¹⁷⁷ Vgl. *Franz Laufke*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band 1, S. 145 ff.

Laufke の見解について、vgl. *Bäuelre*, a.a.O. (Anm. 99), S. 303 f.; *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 10, 18f. 邦語文献として、石外克喜「フランツ・ラウフケ『契約自由と独逸連邦共和国憲法』」経済理論 (和歌山大学) 58 号 (1960 年) 99 頁以下、五十嵐・前掲注 1) 『比較民法学の諸問題』59 頁以下、64 頁も参照。

¹⁷⁸ Vgl. *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 160 f.

¹⁷⁹ *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 162.

¹⁸⁰ *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 162.

¹⁸¹ Vgl. *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 162 f.

¹⁸² Vgl. *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 163.

って保障される¹⁸³。こうした *Laufke* の見解は、判例にも受容され、通説的地位を得ているとされる¹⁸⁴。

さらに進んで、*Laufke* は、以上の GG2 条 1 項による契約自由の憲法保障を次のように語る。すなわち、GG2 条 1 項は、客観法として立法府に制限を定め、契約自由を侵害する法律に対しては原則として効力を認めない。また、同規定は、「契約締結および契約形成の自由に対する公権、および絶対的効力を有する私法 (ein absolut wirkendes Privatrecht) を生じさせる」、と¹⁸⁵。後者は、*Laufke* が *Nipperdey* とならんで「基本権に私法的効力を認めようとする学説」に数えられるように¹⁸⁶、基本権の第三者効論における直接的効力を意味する。こうした視点から、*Laufke* は、憲法上保障された契約自由の制限の可能性についても議論する。ただし、契約自由の制約可能性をめぐる議論はそれ以外にもなされており多岐にわたるが¹⁸⁷、本稿では基本権規定による契約自由の制限の議論にのみ焦点を当てる。

¹⁸³ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 303.

¹⁸⁴ この点、五十嵐・前掲注 1) 『比較民法学の諸問題』 64 頁も、*Nipperdey* と *Laufke* の見解を紹介したうえで、「これらの見解は、多くの私法学者の支持をえたほか、連邦裁判所およびニッパダイ自身が長官をしている連邦労働裁判所の判例ともなっている」と評価する。

¹⁸⁵ Vgl. *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 163. なお、“Privatrecht”の訳出について、石外・前掲注 177) 「フランツ・ラウフケ『契約自由と独逸連邦共和国憲法』」 108 頁も、五十嵐・前掲注 1) 『比較民法学の諸問題』 64 頁も、「私権」と訳しているが、そこでは私権にとどまらない客観法も含まれると考えられるため、本稿では「私法」と訳す。

¹⁸⁶ 参照、五十嵐・前掲注 1) 『比較民法学の諸問題』 63 頁以下。

¹⁸⁷ *Laufke* は、本論で述べた基本権規定に加えて、以下の 3 点の規定からも契約自由の制限の可能性を認める。それによれば、契約自由を制限する手がかりになる規定は、第一に「人間の尊厳は不可侵である」と定める GG1 条であり、「内容や目的によって人間の尊厳に対して自分自身または他者の攻撃を可能とし準備することに仕える契約」などは、「契約自由の枠内から外される」ことになる (*Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 167 f.)。第二に、GG1 条 2 項は、人権の不可侵を定めるところ、たしかに契約による自己拘束は基本法の諸々の規定から認められているが、契約による自己拘束が「自由権の内容を奪うことで事実上自由権の放棄に匹敵する」場合には、契約自由の限界を越えるとされる (*Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 168 f.)。第三に、「憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて」という GG2 条 1 項の留保を指示する文言が挙げられる。一方で、前者の「憲法的秩序」のなかには、*Laufke* によれば、双務契約は両当事者を拘束するといった民法の諸原理が含まれるとされ、それが契約自由の制限として機能するとされる (Vgl. *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 176 f.)。他方で、後者の「道德律」は、BGB138 条、826 条および不正競争防止法 1 条における良俗に通じるとされ、それは「内容として BGB138 条を越えることはないが、憲法的序列を享受する制限を定める」とされる (*Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 179)。

*Laufke*によれば、第一に、「契約自由の制限を導く規定は、GG3条である」。GG3条の名宛人が国家であることから、「個人または団体が立法府の諸機能を担っている場合には、GG3条から契約自由の制限」が導かれるべきだとされる。それは、たとえば法学的社会的に労働協約や約款の場合に問題となる。すなわち、「労働協約および約款によって独占的地位の濫用によって締結された契約における恣意的な別異取扱いの不許容性、とりわけGG3条2項および3項において示された諸事情を基礎とした別異取扱いの不許容性」が問題とされる¹⁸⁸。この点、*Laufke*においてもそれをただちに私人間に妥当させることは困難ではあるが、「GG3条を、解釈のために、とりわけ充填の必要のある概念を適用する際に用いることは排除されない」とされ、「GG3条2項および3項は、客観的理由がまったく見出されえない場合に別異取扱いを排除する」ところ、「その場合にはBGB138条または826条を適用する諸前提が存在することが多い」というかたちで契約自由の制限を見出している¹⁸⁹。

第二に、注目すべきは*Laufke*が上記基本権規定に加えて、社会国家原理からも契約自由の制限を導き出そうとしている点である。まず、*Laufke*は、社会国家原理が学説から正当な意義が認められることが少ないことを指摘する一方で、基本法において明文化されている点に着目し、「社会国家においてすべての法およびすべての国家活動は……社会的弱者に対する生存配慮（*Daseinsfürsorge*）に向けられるべきである」ことを確認する。それには、自由権の実質化に加えて、「強者による侵害—強者そのものではなく、社会的集団に属するがゆえに強者である—からの弱者—弱者そのものではなく、社会的集団に属しているがゆえに弱者である—の保護も含まれる」。それは、たしかに社会的強者の自由を制限するものであるが、同時に限定的である弱者の権利との調整であるとされる¹⁹⁰。また、社会国家原理は、社会政策的法律の制定または廃止に関する「立法裁量行使の解釈準則および指針」であり、それには契約自由への介入が含まれる。その意味で、賃金支払いに関する労働法の諸規定、銀行寄託法、または保険契約法、運送法・エネルギー供給法などには契約自由の制限を見出すことができるとされる¹⁹¹。さらに、*Laufke*によれば、「内容や目的に応じて、そして社会的集団間の権力傾斜を濫用することで、社会集団の構成員の一方に対して他方の構成員または社会的集団が重大な侵害を行うことを目的とする契約上の取決めは、契約自由の範囲外にある」。具体例としては、「消費者から搾取することを目的とした製造者間の協定、特定の労働者を役務契約から排除しようとする事業者間の取決め、飢餓賃金、圧迫的労働条件またはとりわけ不利な労働関係の終了を予定する取決め、および

¹⁸⁸ *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 181 f.

¹⁸⁹ *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 183 f. *Laufke*は、GG3条のほか、GG5条から新聞の締結強制を導いたり、GG12条から競業避止の禁止を導いたりする（Vgl. *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 184）。

¹⁹⁰ *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 184 f.

¹⁹¹ *Laufke*, a.a.O. (Anm. 177), S. 185 f.

顧客に対して一方的に権力関係を濫用し、法秩序によって承認された利益を考慮することなく負担を課す供給条件」が挙げられる¹⁹²。Laufkeによれば、社会国家原理から契約自由の制限を見出すことができるとされる¹⁹³。

Laufkeは、契約自由の基本法上保障が認められるべきだとの主張に加えて、基本権規定から契約自由の制限を見出すことができることを主張した。そこで注目すべきは、社会国家原理による契約自由の制限可能性がすでに指摘されていた点である。たしかに、Laufkeの見解において「多くの問題が、簡単に取り扱われ、又他の問題はその課題が暗示されているに過ぎない」とされるように¹⁹⁴、少なくとも社会国家原理に関する議論は、あくまで現状を確認し、それを正当化することに焦点が置かれている。また、基本権に私法的効力を認めようとするLaufkeの議論の特殊性から、後者の主張自体はのちの学説において直接言及されることは少ない。しかし、契約自由の制限が必要性でありそれは憲法上の要請であるというLaufkeの問題意識それ自体は、のちの学説においても共有されている。その意味で、注目すべき見解といえよう。

以上のように、そもそも契約自由が基本法上保障されているかについて議論が対立していた。結論としては、契約自由が基本法上保障されていることは認められた。Laufkeが主張するように、個別の条文がある場合にはそれを優先させ、存在しない場合にはGG2条1項を用いるという見解はのちの学説においても受容されている¹⁹⁵。そして、上記の点に加えてここで指摘されるべきは、Huberによって、あくまで憲法保障から切り離す文脈で議論されていたものの、契約自由の法秩序依存性がすでに示唆されていた点である。また、Laufkeによって、契約自由の制限の必要性が意識されていた点、とりわけ社会国家原理による契約自由の制限可能性が議論されていた点は注目に値しよう。事実、こうした契約自由の憲法保障をめぐる議論は、契約自由の機能不全の問題が台頭するにつれて、その保障範囲の問題や何らかの調整が必要である問題として、修正されるにいたる。

¹⁹² Laufke, a.a.O. (Anm. 177), S. 186.

¹⁹³ Laufkeは、さらに法治国家原理からも契約自由の制限を認めることができると評価する。Laufkeによれば、法治国家原理は、「形式的観点において、法的安定性や法的明確性」などを要求し、「実質的観点においては、正義に必要とされるものになう……法秩序を要求する」。それは、「その他の憲法原理に解釈原理として仕える」。契約自由も、他の自由権と同様に法治国家原理の範囲においてのみ認められる。それゆえに、「内容または目的によって……法的不安定または不明確をもたらす法律行為は、契約自由の限界を越え、無効と解釈される」(Laufke, a.a.O. (Anm. 177), S. 186 f.)

¹⁹⁴ 石外・前掲注177)「フランツ・ラウフケ『契約自由と独逸連邦共和国憲法』」118頁。

¹⁹⁵ Vgl. Bäuerle, a.a.O., (Anm. 99), S. 303 f.

第2款 憲法上の契約自由の保障根拠をめぐる議論

その後は、基本法が契約自由を保障すること自体は学説において承認されている一方で、さらに、どのように契約自由を憲法上保障すべきかが議論されるようになるところ、その背景には契約自由の機能不全という問題意識があるという点に注意が必要である。その後の学説は、契約自由ではなく自己決定の基本権保護にまで限定すべきだとする見解や契約法の実質化は社会国家原理（GG20条1項）の要請であるとする見解などが展開される。

1) *Falk Roscher* による契約自由から自己決定への視点転換

この点、前者の見解に与したのは、*Falk Roscher*¹⁹⁶である。*Roscher* は、約款を用いて締結される契約を例に、契約自由の基本権保障を説明しようとした。そこではまず「GG2条1項に保障された自己決定の原理は契約自由の重要な保障根拠」であることが確認される。そのうえで、*Roscher* は「契約関係において AGB を利用することで、それに服する契約当事者側の契約自由は、AGB 作成者と比べると実現されない（または契約自由が一般に排除される）」ということを問題視する¹⁹⁷。そこで、*Roscher* は、契約自由が制限されるかは当事者の権力関係によって規定されるがゆえに、GG2条1項の保護範囲は、当事者の経済関係を考慮して確定されるべきであると主張する¹⁹⁸。契約自由において、経済秩序・社会秩序での自由の事実的諸前提を確定することが重要である。とはいえ、契約における利益対立は、自己決定を貫徹するという目的において法によってはじめから合理的解決に委ねられているとされる¹⁹⁹。また、*Roscher* によれば、問われるべきは、当事者の一方が約款を用いて一方的に契約内容を形成するような場合に、「私法秩序によってそのように広範な経済的発展の自由が保障されることは、立法府の裁量を考慮するにあたって、憲法上正当化されるか」である。その際には、『第三者効』、すなわち契約関係に契約当事者の基本権を適用することが問題となるのではなく、私法や人間関係の形成が憲法に拘束される特定の現実領域に対する人間の行為自由の憲法上の具体化が問題となる」べきだとされる²⁰⁰。*Roscher* によれば、個別の基本権に関連しない限りで GG2条1項において契約自由を保障するという見解は、否定されるべきだとされる。契約自由は法秩序に応じて規定されるにもかかわらず契約自由を基本権だと仮定すると、私法が憲法の内容を定めるということになりかねないからである²⁰¹。さらに、*Roscher* によれば、GG2条1項が保障する自己決定は、経済領域にかかわらない自己決定にまで限定される。逆に、経済領域における自己決定は、私法において具体化された自己決定である。約款のように当事者の一方によって一方的に内容が定められる

¹⁹⁶ Vgl. *Falk Roscher*, *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, darstellt am Beispiel der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1974, S. 38 f.

¹⁹⁷ *Roscher*, a.a.O. (Anm. 196), S. 38.

¹⁹⁸ Vgl. *Roscher*, a.a.O. (Anm. 196), S. 38.

¹⁹⁹ Vgl. *Roscher*, a.a.O. (Anm. 196), S. 40 f.

²⁰⁰ *Roscher*, a.a.O. (Anm. 196), S. 45 f.

²⁰¹ Vgl. *Roscher*, a.a.O. (Anm. 196), S. 54.

ような場合に問題となる経済領域における自己決定の制限は、それゆえに私法・契約法による調整の問題であるとされる²⁰²。要するに、*Roscher*の見解の肝は、GG2条1項の保障範囲を限定することにある。契約自由ではなく、限定された自己決定の問題とすることで、約款使用者による契約自由の濫用を回避しようとするのである²⁰³。

2) *Michael Kittner*による社会国家原理への視点転換

こうした*Roscher*の見解とならんで、社会的正義を確立するという関心をもって契約法を実質化するという立法者の義務を観念しようとする見解が主張されている。たとえば、*Michael Kittner*の見解は、契約自由はたしかに基本権により保障されるが、契約法の実質化は社会国家原理の要請であると理解される²⁰⁴。それによれば、私法は対等な当事者を前提とするが、経済的・社会的現実では必ずしもそうではないために、私法は、自己決定の代わりに、弱者よりも強者の決定を促進してきた²⁰⁵。それゆえに、「私法制度の変容 (*Umformung*) は、『公正な』契約形成の目標とともに社会国家原理の目標である……。それは、一部ではすでに現行法の一般条項 (BGB138条、242条)、一部では判例法の法形象 (製造物責任)、一部では、編纂された特別法分野 (賃借法、割賦販売法、約款法、競争法) にあらわれる」とされる²⁰⁶。以上のような見解も、*Roscher*同様、必ずしも経済的に対等ではない当事者間の契約において生じうる問題を、GG2条1項によってではなく、社会国家条項 (GG20条1項) にもとづかせるべきだということを強調しているのである²⁰⁷。

以上のように、契約自由が基本法上保障されているということが承認されるようになった後の議論の展開は、契約自由をどのような原理・根拠によって基礎づけられるべきかという点に焦点が当てられているのであるが、そこではとりわけ契約自由の機能不全という問題をどのように解消するかという視点から議論されている。一方で、*Roscher*は、契約自由の憲法保障を自己決定の問題に置き換えることでこうした問題に取り組む。*Roscher*の見解において注目すべきは、GG2条1項が保障する自己決定の範囲を限定している点である。すなわち、自己決定を、経済領域に自己決定にまで限定することで、契約における対立はあくまで契約法など実務による調整に任せようというのである。他方で、*Kittner*は、契約自由の機能不全の調整は社会国家原理の目標であるとする点が特徴である。第1章で確認された、社会国家原理が参照指示される傾向は、基本法制定後の議論においてすでに見出すことができる点は注目に値しよう。

²⁰² Vgl. *Roscher*, a.a.O. (Anm. 196), S. 74 f.

²⁰³ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 307 f.

²⁰⁴ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 308.

²⁰⁵ Vgl. *Michael Kittner*, Art. 20 Abs. 1-3 IV, in: Erhard Denninger/Helmut Simon/Ekkehart Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 1, 1984, Rn. 87.

²⁰⁶ *Kittner*, a.a.O. (Anm. 205), Rn. 87.

²⁰⁷ こうした見解について、vgl. *Höfling*, a.a.O. (Anm. 95), S. 29 ff., *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 308 ff.

第2節 基本権の第三者効論と契約自由

次に、わが国でもよく知られている「基本権の第三者効」について契約自由に対してどのような理解を示しているかという視点で概観する。国家の基本権保護義務論は、「基本権の第三者効」論の「ミッシングリンク」とも評され、かかる理論の再構成という位置づけが与えられることがある²⁰⁸。そのため、同理論の検討は、国家の基本権保護義務論に対する理解を深めようとする見地からは不可避のものといわざるをえない。この点、以下にみるとおり、「基本権の第三者効」論における契約自由の憲法保障においてもすでに、実は社会国家原理との結びつきが示唆されている点が注目に値する。

第1款 直接的第三者効における契約自由

・ *Hans Carl Nipperdey* の見解²⁰⁹

わが国においても多数の紹介がなされているように、*Nipperdey* の見解は直接的第三者効論に分類される。*Nipperdey* は、まず、基本権が原則的規範として全法秩序に妥当するという側面も有することを指摘する。すなわち、「多くの基本権規定が——それはとりわけ GG2 条 1 項にも妥当する——基本権としての特性とならんで、全法秩序に、それとともに私法にも直接妥当する原則規範を有するということが重要である。こうした広義における『基本権』の『絶対的』効力は、基本権規定からは、客観法規範としてわれわれの公共体 (*Gemeinwesen*) における基本権の具体的内容、価値および機能に応じて読み取られるべき追加的な——それゆえに公法上の権利とならんで——法的効果である。それは、法的同輩 (*Rechtsgenossen*) の (純粋に) 客観法上の拘束または個人の私権としても効果を有する」、と²¹⁰。こうした基本

²⁰⁸ *Canaris*, a.a.O. (Anm. 87), JuS 1989, S. 161.

²⁰⁹ *Hans Carl Nipperdey*, *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, in: Karl August Bettermann/Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), *Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Band IV (2. Halbband), 1962, S. 747 ff. *Nipperdey* の見解について、vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 315 f. und S. 306 f. 邦語文献として、阿部照哉「私人間における基本権の効力」公法研究 26 号 (1964 年) 67-68 頁、芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」公法研究 26 号 (1964 年) 26-29 頁、五十嵐・前掲注 1) 『比較民法学の諸問題』 63 頁以下、松原光宏「私人間効力論再考 (1) ——最近までのドイツ法理論を参考に」法学新報 106 卷 3・4 号 (2000 年) 21 頁以下、三並敏克『私人間における人権保障の理論』 (法律文化社、2005 年) 63 頁以下、舟田正之「経済法序説 (4)」立教法学 94 号 (2016 年) 188 頁以下を参照。

²¹⁰ *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 747 f. なお、*Nipperdey* のいう「絶対的効力」について、たとえば三並・前掲注 209) 『私人間における人権保障の理論』 64 頁によれば、「ニッパーダイがここで『絶対的効力』なる語を用いて、『第三者効力』なる語を用いていないのは、察するに、公権の意味における基本権の第三者効力でない旨を強調した結果にほかならない。したがって、『公権』の第三者効」でないことさえはっきり指摘しておけば、む

権規定の効力の拡張は、*Nipperdey*によれば、「社会的権力……に対する保護の必要性」に加えて、「基本権の意味変化」にもとづくとき、それは「基本法それ自体の現代憲法の内容変化のあらわれ」であるとされる。そのうえで、「基本法は、……もはや国家組織の基礎であるだけでなく、前文において適切に表現されているように²¹¹、国家生活に対して、*BVerfG*が正当にもそれが価値中立的秩序ではなく、客観的価値秩序であるべきだと判示する新しい秩序を与えようとする」ものと理解され、「現代憲法、そして実質的憲法概念の意味変化は、とりわけ基本権カタログの原則規範において示される」とされる²¹²。ここで、基本権が原則規範として妥当するということが、権利としてではないことはもちろん、のちに概観する *Dürig* が論じるような、私法の一般条項を通じた間接的効力とも異なるとされている点は注意が必要である²¹³。

次に、*Nipperdey*は、こうした直接的第三者効説に依拠しつつ、契約自由の理解について実質的契約自由理解に立脚しているとされる。*Nipperdey*によれば、「それなしには市場経済が観念できない契約自由は、……一般的行為自由のあらわれとして *GG* 2 条 1 項から生じる」とされ、「原則として締結の自由ならびに解消の自由および当事者による内容形成の自由をとともなう契約は、経済生活の形態の多様性における自由な財の売上や需要の充足のための法的手段である」とされる。契約自由は、さらに「価格の自由」も含むとされる²¹⁴。こうした契約自由は、実質的な意味において解釈されるべきであるとされる。契約自由において、「個人と社会的権力との関係が問題となるところでは」、原則規範は私法関係にも妥当するとされ、「こうした関連において、社会国家原理もその原則的意義を展開する」とされる。また、「一方の私人が他方の私人に対して経済的またはその他の権力的地位を備えている場合」にも、私人間の法関係に対して基本権が適用される。*Nipperdey*によれば、「ここに存するのは、とくに債務を引き受ける際意思決定の自由が、個人に対してその者の自由の耐え難い制限から保護するに足りるという観念にもとづく擬制的な対等状況だけである」とさ

しる紛らわしい用語である『絶対的効力』の代わりに『第三者効力』なる語を用いても別段差し支えなからう」とされる。

²¹¹ 「ドイツ国民は、神と人間とに対する責任を自覚し、その国民及び国家的統一を保全せんとする医師と、合一されたヨーロッパにおける同権を有する一員として世界の平和に奉仕せんとする意思に満たされて、……諸ラントにおいて、過渡期のあいだ国家生活に一つの新しい秩序を与えるために、その憲法制定権力に基づいて、このドイツ連邦共和国基本法を議決した。ドイツ国民は、〔この基本法の制定に〕協力することのできなかつた、かのドイツ人たち〔＝東ドイツのドイツ人〕のためにも行動した。全ドイツ国民は、自由な自己決定によってドイツの統一と自由とを完成することを、引き続き要請されている」(高田ほか訳・前掲注 65)『ドイツ憲法集〔第 7 版〕』212 頁注(1)。なお、同前文は、「1990 年 8 月 31 日調印の『統一条約』第 4 条により変更され」ている(同上)。

²¹² Vgl. *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 747 f.

²¹³ Vgl. *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 751 f.

²¹⁴ Vgl. *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 886 f.

れる。契約自由を形式的に一現実に、すなわち社会的にはない一解釈する方法は、「社会的劣位者が憲法の基本観念に適合しないところの諸々の従属を余儀なくされることが相当多いような社会的現実を見誤る」ので、「事実上は個人の高権に対する服従に相当するような事情のもとでは、憲法の原則規範は直接的に適用されなければならない」とされる²¹⁵。したがって、*Nipperdey* の契約自由理解は実質的契約自由理解によるものだと理解される²¹⁶。*Nipperdey* は、「私的自治や契約自由は、真正の意味における自由規範として効力を発揮する」とする一方で、「こうした自由がその基礎を GG2 条 1 項に有し、それゆえにこうした憲法規定の限界を越えてはならないということが看過されてはならない」というのである。それゆえに、*Nipperdey* によれば、契約自由は、「憲法適合的秩序に、とくに GG2 条 1 項それ自体の憲法適合的基本価値システムおよび自由の秩序内実に拘束される」。契約自由は、それ自体またはより上位の原則（たとえば人間の尊厳など）を放棄または本質的に侵害してはならないとされる²¹⁷。*Nipperdey* は、たとえばカルテル協定や離婚した夫婦による第三者との新たな婚姻を結ばないことを定める契約などを挙げる²¹⁸。また、*Nipperdey* によれば、労働法の領域において、契約自由は、「賃金、給与およびその他の労働条件の合意にかかわる限りで」社会国家原理によって修正される²¹⁹。

以上のように、*Nipperdey* は、基本権の第三者効論において直接効力説に与している点は周知のところ、同理論において契約自由が問題となる場合には、実質的契約自由理解に立脚すべきだとしている。それによれば、社会的権力との関係においても、一方が他方に対して経済的、またはその他の優位にある場合においても、基本権の原則的規範は私法関係においても妥当する。契約自由を形式的に解釈し、社会的劣位者が事実上服従することを認めるのであれば、それは社会的現実を見誤っているとされる。注目に値するのは、ここで社会国家原理も同じく妥当するとしている点である。この点、*Nipperdey* は、労働法の領域において契約自由は社会国家原理によって修正されることがあるとしている²²⁰。基本権の第三者効論の初期段階からすでに、契約自由の領域においては社会国家原理との結びつきが指摘されている点は、第 1 章の検討結果からもわかるとおり、見落としてはならない。こうした点は、同じく基本権の第三者効論を論じ、*Nipperdey* による直接効力説という構成を批判した、*Dürig* においても共有されている。

²¹⁵ *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 752 f.

²¹⁶ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 306 f.

²¹⁷ Vgl. *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 754.

²¹⁸ Vgl. *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 755. また、カルテル協定の禁止について、vgl. auch *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 903 f.

²¹⁹ Vgl. *Nipperdey*, a.a.O. (Anm. 209), S. 902.

²²⁰ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 306 f.

第2款 間接的第三者効における契約自由

・ *Günther Dürig* の見解²²¹

以上に対して、*Dürig* が基本権の第三者効について *Nipperdey* らの直接的第三者効説を否定し、間接的第三者効説に与したことは周知のとおりである。*Dürig* は、その根拠を、主に直接的第三者効説が私法の独自性を否定するために私的自治を崩壊させるという点に見出す²²²。*Dürig* によれば、「個々の私人が現実には契約自由がまったく有していない、国家とならぶ権力集中においては基本権の直接的第三者効を認めることは論じる価値がある」が、あくまで「基本権を実現する間接的方法に固執されるべきだ」とされる²²³。そして、契約法における基本権の間接的効力の中心的領域として、「権力濫用の防御」が挙げられる。それによれば、「価値充填能力かつ必要のある BGB の条項（138 条、242 条、826 条）を通じて、判例は、10 年来、私的経済取引における権力濫用も防止する」とされる。たとえば、約款による権力濫用は BGB138 条または 242 条違反に問われ、826 条を通じた独占事業者による給付からの恣意的除外に対する締結強制が挙げられる。*Dürig* によれば、「こうした顕著に弱い立場にある当事者を濫用（通常は独占濫用）から保護する伝統的手段は、……あまりに限定的であるとみなされてきた」。「権力濫用の防御が、……『憲法適合的秩序』という概念に含まれている社会的決定（*Sozialentscheidung*）によって正当化される……。こうした社会的決定が従属する当事者に有利になるように市場を支配する事業者による非社会的行為を防止することを許容するということは、今日では異論がない。そして、こうした国家の防御権限は、自由主義的法治国家においてさえ疑われることはないであろう」²²⁴。

ところで、*Dürig* は、契約自由について、上記で検討した *Laufke* と同様に、関連する基本権がある場合にはそれに依拠させ（たとえば、財産に関する契約には GG14 条 1 項、労働契約および役務契約には GG12 条、団体法上の協約には GG9 条 1 項および団結権にもとづく労働協約には GG9 条 3 項）、それが存在しない場合に GG2 条 1 項にもとづかせる²²⁵。こう

²²¹ *Günther Dürig*, Art. 2 Abs. 1 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 1964, Rn. 53 ff. *Dürig* の見解について、邦語文献として、松原光宏「私人間効力論再考（2・完）——最近までのドイツ法理論を参考に」法学新報 106 卷 11・12 号（2000 年）65 頁以下、三並・前掲注 209）『私人間における人権保障の理論』17 頁以下、90 頁以下を参照。

²²² Vgl. *Dürig*, Grundrechte und Zivilsprechung, in: Theodor Maunz (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 157 ff. なお、*Dürig* の基本権の第三者効論の根拠は、三並・前掲注 209）『私人間における人権保障の理論』27 頁以下によれば、「①基本権の歴史的展開、②国家の保護義務と司法権（私法裁判）、③基本権の価値内容（法道徳）の全法秩序における統一性、という 3 つの観点のうち、①の観点が第三者効力否定の決め手とはなり得ないとした上で、とりわけ②と③の観点から、基本権の『第三者効力』を根拠づける」とされる。

²²³ *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 57.

²²⁴ *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 58.

²²⁵ Vgl. *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 53.

した契約自由は、*Dürig*においても原則として「GG2条1項後段の意味における『憲法適合的秩序』によって要求される法律によって制限され、制限可能である」とされる²²⁶。まず、「本来は同じ権利を有する私人にとって契約自由だけが、そのような私法主体間の相互の自由の行使を技術的に機能させることを規定する客観的私法の『余地ルール』の『基準に応じて』存在する。憲法学者は、それゆえに一ドイツ民法学に反して一たとえば要式の自由がはじめから基本権としての契約自由とはなんらかかわりがないと仮定する傾向がある」とする。したがって、「伝統的な契約自由の制限は、……公共の福祉要請において無思慮に正当化される」²²⁷。また、契約自由は、「憲法により社会的委託を実現することを要求する公共の福祉の拘束に服する」とされる。*Dürig*によれば、国家（とりわけ立法府）は、社会的措置を行うにあたって、何が公共の福祉であるか、そしてそれが公共の福祉において必要であるかを立証しなければならない²²⁸。そのうえで、「繰り返し強調されるべきは、基本法の社会的決定が、社会的妨害防御、濫用防御、非社会的行為の排除を許容するだけでなく（こうした権限が疑いなくすでに自由主義的権利保護国家に与えられている）、社会を形成するよう操舵する（*Lenkung*）権限も与える」とされる²²⁹。最後に、憲法訴訟においては、契約自由を制限する国家による措置の種類や方法などが問われるとされ、それゆえに結局のところ、判断は「個別事例」にかかっているとされる²³⁰。

こうして、*Dürig*は、基本権の第三者効論において直接効力説は私法の独自性を否定するがゆえに私的自治を崩壊させるという理由から、間接効力説に立脚すべきだと主張する。また、こうした間接効力説を論じるにあたって *Dürig* も契約自由に言及する。すなわち、契約自由に対しては、*Nipperdey*と同様に、実質的契約自由として理解すべきである、と²³¹。

以上のように、*Nipperdey*も、*Dürig*も、BVerfGがのちに展開する「価値秩序」・「価値決定」と共通する、基本権の客観的側面（*Nipperdey*によれば、原則規範であり、*Dürig*によれば、社会的決定である）のなかに社会国家原理が含まれるとし、実際に契約自由を実質的に保障するにあたって社会国家原理による修正を行おうとする。その後の学説も判例も、こうした基本権の第三者効論の影響を受けていることは間違いなく、のちにも見るとおり、保護義務の導出の出発点となる基本権の客観的側面には社会国家原理も含まれていることには注意が必要である。

²²⁶ *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 58. なお、GG2条1項後段は、「何人も、……憲法秩序又は道徳律に違反しない限りで、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と定める（高田ほか訳・前掲注65）『ドイツ憲法集〔第7版〕』213頁）。

²²⁷ *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 59.

²²⁸ Vgl. *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 60 f.

²²⁹ *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 61.

²³⁰ Vgl. *Dürig*, a.a.O. (Anm. 221), Rn. 62 ff.

²³¹ Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 99), S. 305 f.

第3節 若干の検討

第2章では、基本法制定後の契約自由論と基本権の第三者効論における契約自由論の展開を概観した。まず、基本法制定後の契約自由論においては、初期の学説は、ワイマール憲法が明文で契約自由を規定していたのに対して基本法では明文の規定がなかったという背景から、基本法においてそもそも契約自由が保障されているかが議論された。この点、*Huber*は、契約自由は法秩序に応じて保障されるにすぎず、法律により内容形成されていることを前提とするものであるから、保障範囲は相当限定的なものであると主張する。これに対して、*Laufke*は、契約自由は、問題となる領域において関連する条文が存在する場合にはそれを優先させ、存在しない場合にはGG2条1項を受け皿として用いることで、基本法上保障させようとする。こうした*Laufke*の見解はのちの判例・学説において受容されている。他方で、こうした*Laufke*の見解は、契約自由のGG2条1項による保障の範囲を広範に認めようとするものであったがために、契約自由の弊害、すなわち一方当事者が自らの優位を濫用することで他方当事者に従属を強いるという契約自由の機能不全の問題を十分に考慮したものはなかったという側面があった²³²。それゆえに、その後の学説の展開は、*Laufke*のように、基本的にGG2条1項を根拠条文として挙げている一方で、その内容について議論されるようになる。そこでは、契約自由の機能不全という問題を踏まえたうえでどのように契約自由を憲法上保障すべきかが議論される。たとえば、*Roscher*は、契約自由を自己決定に置き換えようとして、そこでいう自己決定を限定することで、契約自由の機能不全の問題に対処しようとする。また、社会的正義を確立するという関心から契約法を実質化するという立法府の義務を観念しようとする見解が*Kittner*や*Struck*によって主張されている。こうした見解も、*Roscher*と同様に、必ずしも経済的に対等ではない当事者間の契約において生じる問題を、GG2条1項ではなく、社会国家原理（GG20条1項）によって把握し解決しようとする主張している²³³。こうして、ドイツにおいて契約自由の憲法保障にあたっては、前提として個別の条項がある場合にはその条文によるとし、ない場合にはGG2条1項を用いるとする。とはいえ、実質的契約自由の憲法保障については、必ずしもGG2条1項に依拠すべきだという見解は多くない。むしろ、GG2条1項の保障する個人の自己決定の範囲を限定することで、実質的契約自由を保障しようとしたり、そのような契約法の実質化はあくまで社会国家原理の要請としようとする傾向がある。こうした学説において共通しているのは、実質的契約自由の憲法上の根拠条文としてGG2条1項にのみもとづかせることを疑問視している点である。

次に、基本権の第三者効論における契約自由論についてみると、そこでは基本権の第三者効論において直接効力説を主張した*Nipperdey*も、それに対して批判的な立場をとり、間接効力説という異なる構成を主張した*Dürig*も、とりわけ個人と社会的権力、またはそれに類

²³² 参照、本稿第2章第1節第1款。

²³³ 参照、本稿第2章第1節第2款。

する権力を有する個人との関係における契約自由の憲法保障という、本稿でいうところの契約対等の侵害が問題となる領域について、社会国家原理との関連を指摘していた。たとえば、*Nipperdey*によれば、基本権が原則規範として全法秩序、とりわけ私法秩序に妥当し、その際には社会国家原理も同様に妥当するとされる。*Nipperdey*は労働法領域を例に挙げ、社会国家原理による修正が必要であると主張している。以上のように、*Nipperdey*も、*Dürig*も、構成は異なるが、のちの学説・判例でいうところの基本権の客観的側面に社会国家原理が含まれるとしたうえで、実質的契約自由の憲法保障にあたって、社会国家原理による修正の必要性を認める点で共通している²³⁴。

以上のように、基本法制定後の契約自由論における議論において、契約対等が侵害されている場合における契約自由の憲法保障が必ずしもGG2条1項にいう自己決定によってのみ保障できるわけではなく、むしろ社会国家原理との関連も示唆されている。第1章で検討したとおり、また、国家の基本権保護義務論は、私人間効力論の再構成と理解されるところ、その私人間効力論における契約自由の憲法保障の議論にあっても、社会国家原理との関連が示唆されている。とりわけ、*Nipperdey*は「基本権の原則規範」、*Dürig*は「基本法の社会的決定」が全法、とりわけ民法秩序に妥当すると主張しているところ、これは、学説・判例がのちに展開する「客観的価値秩序」・「客観的基本決定」という基本権の客観的側面の議論に共通するものといえ、まさにこうした議論のもとで展開されてきたものであることは周知のとおりである。この点、上記論者は、そのなかには社会国家原理も含まれているとしている点は注目に値しよう。そうだとすると、上記議論を参照していたBVerfG判例が、自らが展開する「客観的価値秩序」・「客観的基本決定」の議論のなかに、上記学説のように、社会国家原理も妥当させていたかが問題となろう。そのため、BVerfG判例を検討するにあたっては、社会国家原理をどのように扱っていたかという視点も重要である。第3章以下においては、上記視点も踏まえたうえで、BVerfG判例の展開について概観することにする。

²³⁴ 参照、本稿第2章第2節。

第3章 BVerfG 判例の労働法領域における契約自由論の展開

これまで学説における契約自由の理解を見てきた。第3章からは、BVerfG 判例における契約自由論の展開について概観する。第3章では、代理商決定および連帯保証決定が、契約対等侵害事例において劣位当事者に対する調整義務を導く条文として、GG2 条 1 項に加えて、GG20 条 1 項および 28 条 1 項という社会国家原理を挙げていた点に着目する。すなわち、これまで概観してきたとおり、学説においては契約対等侵害に対する契約自由の憲法保障においては社会国家原理とのなんらかの結びつきがあるとされているところ、BVerfG 判例の構成においても実はそれが組み込まれているのではないかという視点のもとで、代理商決定および連帯保証決定以後の判例、とくに興味深い傾向を見せる労働法領域における BVerfG 判例を俯瞰的に考察する。そこでは、たしかに国家の基本権保護義務論を基本とするものではあるが、看過できないほどの社会国家原理の影響を見て取ることができる。

第1節 代理商決定・連帯保証決定における社会国家原理の言及の意義

第1款 代理商決定における社会的・経済的不均衡の排除と社会国家原理²³⁵

まず、代理商決定の判断についてみる。代理商決定においては、代理契約終了後の競業禁止に関する取決めについて原則として文書の必要性、最長2年の期間、期間中の待機補償の支払いを定めるドイツ商法典（HGB）90a 条 1 項に対して、「代理商に責任のある行為に起因する重大な理由によって営業主が契約を解除する場合に、代理商は保障請求権を有しない」として例外を定める 90a 条 2 項 2 文の規定、およびそれにもとづいて代理商に対する待機補償のない競業禁止を定めた契約の合憲性が問題となった²³⁶。異議申立人は、2 年ほど、原審原告の代理商として、ワインおよびシャンパンの製造・販売を行っていた。契約には、申立人が原告のために業務を行う義務や営業秘密に関する守秘義務などに加えて、契約終了後 2 年間の競業禁止義務、および代理商の過失により契約が解除された場合には補償金を支払わなくてよいことが定められていた。異議申立人は、その後、ある年の年末に解約を行う旨通知を行い、原審原告の競業他社と雇用契約を行おうとしたところ、原審原告による譲歩から解約は撤回された。ところが、異議申立人は、上記競合他社との雇用契約を解約することなく、同社で勤務を開始し、さらに原審原告に対して解約通知を行った。そして、原審原告は、異議申立人の競業行為の差止めを求める訴えを提起した。この点、ラント裁判所

²³⁵ BVerfG 81, 242. 同決定について、大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」48 頁以下を参照。また、そこで列挙した文献のほか、本稿においてはとりわけ以下のものも参照。 Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 150 f., Cremer, a.a.O. (Anm. 105), S. 472 f., ders., Grundrechte und Sozialstaatsprinzip: Vertragsfreiheit und die (partiell) sozialstaatliche Imprägnierung der grundrechtlichen Schutzpflicht, in: Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, 2008, S. 29 f.

²³⁶ Vgl. BVerfGE 81, 242, 243 f.

は訴えを棄却したが、ラント上級裁判所は訴えを全面的に認めたが、ラント最高裁判所は上記裁判所の強制執行を一時停止した。これに対して、BGH は、上記判決を取り消し、仮執行を認める決定を行い、これに対する異議申立人の上告も棄却した。こうした BGH の判決に対して、異議申立人が憲法異議を申し立てた²³⁷。

代理商決定は、第一に、申立人の職業の自由の制限を問題とする。それによれば、競業禁止が強制されることによって申立人の生活基盤は制限される。もっとも、申立人は契約において当該債務に同意している。こうした法律行為による自己拘束は、たしかに職業活動の制限をもたらすが、同時に個人の自由の行使でもある。その意味で、国家は私的自治の範囲内で問題の規律を原則として尊重しなければならないとされる²³⁸。

第二に、同決定は私的自治について語る。すなわち、「私的自治は、現行法の範囲においてのみ存在し、現行法は私的自治の側で基本権により制限される」、と。この点、同決定は、「基本法は、……その基本権の章において全法領域、それゆえに民法にも妥当する客観的基本決定を行う。いかなる民法の規定も、基本権に示された原理に反してはならない。それは、とりわけ強行法を含み、それによって契約自由に制限を定める私法の規定に妥当する」として Lüth 判決²³⁹を参照指示する。そのうえで、同決定によれば、「こうした制限が不可欠であるのは、私的自治が自己決定原理にもとづき、自由な自己決定の諸条件も事実上存在するということを前提とするからである。一方当事者が、契約上の規律を事実上一方的に設定することができるほどに優位にあると、それは他方当事者にとっては他者決定となる」。当事者の力関係が対等ではない場合には、契約法によって内容の公正な利益調整が行われぬ。こうした状況では、国家による規律は基本権保護を保障するために十分に介入しなければならないとされる。ここで同決定は、社会的・経済的不均衡を排除する法律上の規定が基本権の客観的基本決定を実現し、同時に基本法の社会国家原理を実現する（GG20 条 1 項、28 条 1 項）と判示する²⁴⁰。その際に、同決定は、立法者の形成余地に言及するが、必ずしも無制限のものではないと判示する。それによれば、立法者はたしかにこうした調整にあたっては広い判断余地および形成余地を有しているが、立法者は一方当事者を保護するために契約自由を制限することが同時に他方当事者の自由に介入することになるということを考慮しなければならないとされる。そして、立法がない場合にも民法の一般条項、とりわけ BGB138 条、242 条、315 条が適用され、その具体化・適用にあたっては基本権が考慮されなければならないとされる。同決定は、ここで憲法の「保護委託」が裁判官に向けられると判示する²⁴¹。

第三に、同決定は憲法異議の対象である HGB90a 条 2 項 2 文の比例性について判断する。そこではまず立法府の評価が確認される。それによれば、代理商は法的には独立していても

²³⁷ Vgl. BVerfGE 81, 242, 244 f.

²³⁸ Vgl. BVerfGE 81, 242, 253 f.

²³⁹ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 f.

²⁴⁰ BVerfGE 81, 242, 254 f.

²⁴¹ Vgl. BVerfGE 81, 242, 255 f.

多数は営業主に経済的に従属しており、これを保護する必要性がある。他方で、営業主からすれば、契約終了後に代理商によって顧客の知識などを利用されることを防止する必要性がある。こうした利益を調整するために、HGB90a 条は競業に関する契約自由を制限することを規定している。そして、同条 2 項 2 文は補償の例外を定めるものと位置づけられているとされる。同決定は、上記立法府の評価を踏まえ、代理商と営業主を調整するにあたっては両者の基本権的地位にかかわるのであるから比例性を欠いてはならないと判示する。そのうえで、HGB90a 条の規定の比例性を審査する。それによれば、HGB90a 条は競業制限期間の補償請求権を規定しており、これは契約自由を過度に制限することなく対立する利益を調整するのに適している一方で、HGB90a 条 2 項 2 文は比例性がないと評価される。それによれば、代理商が有責の契約解除の場合には、営業主は BGB628 条 2 項によって損害賠償を受けるのであって、競業による不利益については一般条項の適用などによって対応することができる。これに対して、あらゆる事例において最高 2 年間、競業制限に対する補償が与えられないことには理由がない。こうした制裁は営業主の競業に関する不利益を調整するのに必要ではなく、代理商にとってもその深刻な効果ゆえに要求できないとされる。同決定は、そのうえで、「こうした制裁は一般性を有するがゆえに、比例性を欠いて作用する」と評価する²⁴²。

以上から、代理商決定は、競業禁止によって申立人の生活基盤が脅かされていることを確認したうえで、両当事者の私的自治の調整の必要性を検討し、結論として比例原則にもとづいて HGB90a 条 2 項 2 文の違憲確認を行った。そのなかで、私的自治の法秩序依存性を強調する一方で、Lüth 判決を参照指示し基本法の客観的基本決定が民法にも妥当するとして、契約自由を制限する法律もまた基本権により制限されることが確認される。そこでは、法による契約自由の内容形成の視点が示される。こうした制限の根拠は、私的自治が自己決定原理に依拠し、自由な自己決定の諸前提も事実上存在するべきことに求められる。それによれば、「一方当事者が、契約上の規律を事実上一方的に設定することができるほどに優位にあると、それは他方当事者にとっては他者決定となる」。当事者の力関係が対等ではない場合には、契約法によって内容の公正な利益調整が行われぬ。こうした状況では、国家による規律は基本権保護を保障するために十分に介入しなければならないとされる²⁴³。この点で、代理商決定が契約自由の理解として契約自由の法的障害のみならず事実的障害も考慮すべきとする実質的契約自由に立脚していた点、そしてその保障にあたっては、保護義務判例ではなく、Lüth 判決を始めとする照射効判例に依拠していた点は別稿においてすでに指摘した²⁴⁴。代理商決定に関していえば、第一に、従来の保護義務判例を参照指示することなく Lüth 判決のみを参照指示する点²⁴⁵、第二に、「保護」という語を用いていたとしても、「保護

²⁴² BVerfGE 81, 242, 256 f.

²⁴³ Vgl. BVerfGE 81, 242, 254.

²⁴⁴ 参照、大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」48 頁以下。

²⁴⁵ Vgl. BVerfGE 81, 242, 254 und 255 f.

義務」ではなく、裁判官に向けられているとされるところの、契約対等が侵害されている場合に民法を用いることで基本権の客観的基本決定を妥当させるという「憲法の保護委託」が問題とされている点²⁴⁶が挙げられている²⁴⁷。しかし、さらに進んで、同決定がなぜ保護義務判例ではなく照射効判例に依拠していたかという点までは明らかではなかった。この点を明らかにするきっかけは、同決定が、私的自治（あるいは契約自由）を、「私的自治は、現行法の範囲においてのみ存在し、現行法は私的自治の側で基本権により制限される」²⁴⁸ものと理解している点である。こうした性質から、同決定は、私的自治を形成・制限する現行法のうち民法にも基本権の客観的基本決定が妥当する²⁴⁹ということを確認するにあたって、本権と私法の関係について語る *Lüth* 判決を参照指示する必要があった。こうした前提のもとで、同決定は、私的自治＝自由な自己決定の諸前提の保障を求めたのである。ここでさらに指摘されるべき同決定の特徴は、同決定で問題とされた社会的・経済的不均衡を排除する法律上の規定が基本法の客観的基本決定に加えて社会国家原理を実現することを確認している点である²⁵⁰。こうした判断は、第1章で確認された、保護義務と社会国家原理の緊張関係、および第2章で確認した契約自由論および基本権の第三者効論における社会国家原理の関連づけを想起させる。事実、同決定において国家の基本権保護義務論から上記要請が導かれているのか、それとも「保護義務機能とならんで存在する独自の（そして、新たな）客観的基本権内実の下位カテゴリーが基礎づけられることになるのかは開かれたままである」と評価されている²⁵¹。代理商決定に続く連帯保証決定は、こうした判断をさらに敷衍している。

第2款 連帯保証決定における契約対等の保障における社会国家原理の参照指示

次に、連帯保証決定²⁵²について概観する。同決定においては、家族の借金にあたって無資産の娘が金融機関と締結した連帯保証契約について、形式的契約自由の理解に依拠し良俗違反を認めなかった民事裁判所の判断の合憲性が問題となった。本件憲法異議は、2つの憲法異議の併合審である。第一の憲法異議において、申立人は、当時21歳であり、不動産業を営む父が貯蓄銀行に信用供与の増額を受けるにあたって、連帯保証契約を締結した。同契約には、既存および将来の債権を保証すること、保証人が先訴の抗弁など諸々の抗弁を放棄することなどが定められていた。これにより限度額の増枠が認められた。その後、父親は不

²⁴⁶ Vgl. BVerfGE 81, 242, 255 f.

²⁴⁷ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 150. S. auch *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 473 f.

²⁴⁸ BVerfGE 81, 242, 254.

²⁴⁹ Vgl. BVerfGE 81, 242, 254.

²⁵⁰ Vgl. BVerfGE 81, 242, 255.

²⁵¹ *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 475.

²⁵² BVerfGE 89, 214. 同決定について、大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」37頁以下を参照。また、そこで列挙した文献のほか、以下のものも参照。

Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 150 f., S. , *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 475 f., *ders.*, a.a.O. (Anm. 235), S. 29 f.

動産を諦め、船主となり、また異議申立人も職業訓練を受けておらず、失業中であったため、弁済を行うことができなかった。これに対して銀行側は、連帯保証契約にもとづいて請求を行った。異議申立人は、上記連帯保証契約の無効についてラント裁判所、ラント上級裁判所において争い、最終的にBGHは、上記無効を認めなかった。これに対して憲法異議を申し立てた。第二の憲法異議においては、当時収入も資産もなく、2人の子どものいる主婦であった申立人は、夫の保険貸与を担保するために原告銀行に対して連帯保証契約を締結した。夫が利息の支払いが滞ったため、銀行側が保険貸与を解約した。その際に、債務残高をめぐって銀行が申立人に対して訴えを提起した。この点、ラント裁判所およびラント上級裁判所がこれを認めたのに対して、申立人が憲法異議を提起した²⁵³。以上の2つの憲法異議に対して、同決定は、各裁判所の判断について、前者は違憲、後者は合憲であるとの判断を下した。同決定において注目すべきは、同決定においても、代理商決定と同様に、GG2条1項に加えて社会国家原理が参照指示されている点である。

同決定は、第一に、基本法の客観的基本決定について語る。すなわち、「基本法は、その基本権の章において全法の領域に対する憲法上の基本決定を含んでいる。こうした基本決定は、そのつどの法分野が直接的に支配する規定を媒介して展開され、またとくに民法の一般条項を解釈する際に意義を有するものである²⁵⁴。BGB138条および242条が極めて一般的に良俗、取引慣行および信義則を尊重するよう指示することで、かかる条項は、裁判所に価値観念の基準にしたがって具体化することを要求する。それゆえに、民事裁判所は、憲法により一般条項を解釈・適用する際に基本権を『指針 (Richtlinien)』として考慮する義務がある。民事裁判所がこのことを誤認するがゆえに訴訟当事者の不利益になるよう決定するのであれば、民事裁判所はその当事者の基本権を侵害したこととなる」、と²⁵⁵。もっとも、BVerfGはこうした判断に限定を付している。すなわち、「問題の決定が、ある基本権の意義に関する、とくにその保護領域の範囲に関する原則として不当な見解に依拠し、その見解の具体的な法的事例にとっての実質的意義においても特有の意義がある解釈瑕疵を認識させる場合にはじめて、BVerfGが修正しなければならない憲法違反の限度に達する」²⁵⁶、と。

第二に、同決定は、契約自由の保障内容について語る。まず、「個人が自らの意思にもとづいて法律関係を形成することは一般的行為自由の一部である」と従来のBVerfG判例が確認され²⁵⁷、「GG2条1項は、私的自治を『法的生活における個人の自己決定』として保障する」とされる。次に、「私的自治は、必然的に制限され、法による内容形成を必要とする」として私的自治が内容形成を必要とすることが確認される。同決定によれば、「私法秩序は、それゆえに相互に調整された規律および形成手段の細分化された体系からなる。かかる規律および形成手段は、憲法適合的な秩序に適合しなければならない」。しかし、同決定は「私

²⁵³ Vgl. BVerfGE 89, 214, 218 f.

²⁵⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 f.; 42, 143, 148.

²⁵⁵ BVerfGE 89, 214, 229.

²⁵⁶ BVerfGE 89, 214, 230. Vgl. auch BVerfGE 18, 85, 93; 42, 143, 149.

²⁵⁷ Vgl. BVerfGE 7, 274, 328; 72, 155, 170.

的自治が立法府の処分を支持し、したがって私的自治の基本権保障が空転」することもあってはならず、「むしろ、立法府は内容形成が必要な場合に基本権の客観法上の基準に拘束される」と判示する。立法府は、法的生活における個人の自己決定に適切な活動余地を認めなければならない、それゆえに、「私的自治は必然的に国家による貫徹を必要とする」とされる。以上より、同決定は、「私的自治は、いわば司法的実現をともに思考するがゆえに法的拘束力があるものとして扱われ、紛争においても貫徹可能な法的地位を基礎づける法律行為という形成手段を任意に処理させるという立法府の義務を基礎づける」とする²⁵⁸。

同決定は、第三に、立法府には「実務による調和」の問題があると判示する。それによれば、「民法取引に関与するのは地位の等しい基本権主体であり、かかる主体は異なる利益および多様に対立する目標を追求する」とされる。そこでは、「強者の権利だけが妥当してはなら」ず、「衝突する基本権的地位はその相互作用のなかで見いだされ、その地位はあらゆる当事者にとって可能な限り広範に有効になるように制限されなければならない」。また、同決定は、「契約法において、事の性質にかなった利益調整は契約当事者の一致する意思から生じる」とし、「両当事者は、自己拘束し、それと同時に自らの個々の行為自由を行使する」と述べる。そのうえで、同決定は、契約自由に介入すべき問題領域を次のように語る。すなわち、「契約当事者の一方が契約内容を事実上一方的に規定することができるほどに優位にあると、このことは契約当事者の他方にとって他者決定となる」。「もっとも、法秩序は、交渉力の均衡が多かれ少なかれ侵害される全ての状況のために準備しているわけはな」く、法的安定性も考慮されなければならない。しかし同決定によれば、「契約当事者の一方の構造的な劣位を認識させる類型可能な事例にかかわる問題であり、契約の効果が劣位契約当事者に過剰な負担をかけるのであれば、民法秩序はそれに応え、修正を可能としなければならない」、と。同決定は、こうした要請は「私的自治の基本権保障（GG2条1項）および社会国家原理（GG20条1項、28条1項）から推論される」と判示する²⁵⁹。

次に、同決定はこうした要請が契約法において具体化されていることを確認する。すなわち、「民法典の起草者は、たしかにたとえ起草者が異なる保護規範を法的取引において劣位にある者のために制定したとしても、形式的に同等の私法取引に関与する者のモデルを出発点とするが、すでにライヒ裁判所はこうした考察方法を放棄し、『社会的責任の実質的倫理に再変化する』……。今日、契約自由が、当事者の実力関係が近似的に均衡している事例においてのみ適切な利益調整の手段として有益であるということ、および契約の対等性の侵害の調整が民法の主たる任務に属するということ……に関する広範な合意が存在する。こうした任務の意味において、民法典の大部分はあらわれうる……」、と。また、「民法典の一般条項は中心的意義を有する」とされる。同決定は、民法の一般条項について、まず「BGB138条2項の文言はとりわけ明白に表現する」とし、次に「BGB138条1項は、一般的に無効の効果を良俗違反と結びつける」とし、「BGB242条から多様な法律効果が生じる」

²⁵⁸ BVerfGE 89, 214, 231 f.

²⁵⁹ BVerfGE 89, 214, 232.

とする。同決定によれば、「憲法上評価を行うにあたっては、現行法がいずれにせよ契約の対等性が構造的に侵害されていることに適切に対処することを可能とする制度 (Instrumente) をすでに備えているという確認で十分である」とされる。同決定は、さらに、「民事裁判所には一般条項を解釈・適用する際に契約が他者決定の手段として用いられることを考慮する義務が生じる」と判示する。同決定によれば、当事者の合意があれば通常は広範な内容規制は不要であるが、「契約の内容が一方当事者にとって過剰な負担であり、利益調整として明らかに不適切であるのであれば、裁判所は『契約は契約である』という確認のみで満足してはならない」とされる。そのうえで、同決定は、「裁判所は、むしろその規律が構造的に不対等な交渉力の結果であるか否かを明らかにしなければならず、場合によっては現行民法の一般条項の範囲内で修正的に介入しなければならない。裁判所がその際にどのような方法をとらなければならないか、およびどのような結論に至らなければならないかは、第一次的には、憲法が広い余地を残している単純法の問題である。私的自治の基本権保障違反は、しかし契約の対等性が侵害されているという問題がまったく考慮されないか、不適切な手段によって解決しようと試みられる場合に考慮に値する」と判示する²⁶⁰。

そのうえで、第四に、それぞれの憲法異議について判断を行う。第一の憲法異議に対しては、違憲の判断を下す。それによれば、第一の憲法異議申立人が「成年であり、発生するリスクを自ら確認しなければならなかった」という確認では不十分である。事実関係からいえば、異議申立人が「経済的利益を伴わない本件の連帯保証契約で引き受けた責任のリスクは、……過剰に高かった」うえに、「評価が非常に困難であった」。「こうしたリスクの意味や程度は、取引経験を積んだ者でも評価できなかつた」し、「21歳になったばかりで職業教育を受けていない異議申立人には実際に見抜けなかつた」。本件のように「契約当事者の劣位が顕著である場合には、契約がどのような方法で成立したか、とりわけ優位にある契約当事者がどのように行動したかが重要である」ところ、ラント上級裁判所がこれを問題としなかつたとされる²⁶¹。第二の憲法異議申立人に対しては、第一の憲法異議申立人と異なり、「高額で、評価が困難な営業リスクの引受けは問題となら」ず、問題とされる消費者信用の保障額も過剰ではなく、「異議申立人自身が信用供与に直接の利害関係を有していた」とされ、また契約締結にあたっては、「連帯保証をするよう迫られたり、その他の方法で判断の自由が侵害されたのではないかという疑念を抱かせるものではなかつた」とされ、さらに「銀行側のアドバイスに過失はなかつた」とされ、合憲の判断が下された²⁶²。

以上のように、連帯保証決定においては、基本法がとりわけ民法に対する客観的基本決定を含み、それは民法の一般条項の解釈にあたって意義があるとされる。ここで連帯保証決定は、代理商決定と同様に、保護義務判例ではなく、Lüth 判決を参照指示している。また、同決定は、私的自治は、GG2 条 1 項によって「法生活における自己決定」として保障される

²⁶⁰ BVerfGE 89, 214, 232 f.

²⁶¹ Vgl. BVerfGE 89, 214, 234 f.

²⁶² Vgl. BVerfGE 89, 214, 235 f.

としたうえで、同時に私的自治の制限可能性および内容形成の必要性についても指摘する。そして、こうした内容形成にあたって立法府は上記基本法の客観法上の基準に拘束されるとされる。その際に、同決定は、代理商決定が確認した、契約において自己決定が他者決定に転化してしまうという、立法府による両契約当事者の利益の調整が必要な領域を確認する²⁶³。そこでは、代理商決定を越えて、「契約当事者の一方の構造的な劣位を認識させる類型可能な事例にかかわる問題であり、契約の効果が劣位契約当事者に過剰な負担をかけるのであれば、民法秩序はそれに応え、修正を可能としなければならない」²⁶⁴という、契約自由に介入すべき具体的要件が示される。そして、それは、「私的自治の基本権保障（GG2 条 1 項）および社会国家原理（GG20 条 1 項、28 条 1 項）から推論される」²⁶⁵。ここで、連帯保証決定が、契約自由に介入すべき根拠として、GG2 条 1 項に加えて、GG20 条 1 項などが示す社会国家原理を挙げている点は注目に値する。そして、上記の要請は、とりわけ民法の一般条項において「契約対等の構造的侵害に適切に対応することを可能とする手段」として具体化されていることが確認される²⁶⁶。こうした点から、同決定の視点は、立法府から民事裁判所に移行し、民事裁判所は、「契約の内容が一方当事者にとって過大な負担であり、利益調整として明らかに不適切であるのであれば、……その規律が構造的に不対等な交渉力の結果であるか否かを明らかにしなければならず、場合によっては現行民法の一般条項の範囲内で修正的に介入しなければならない」²⁶⁷として、民事裁判所の介入を要請する。そのうえで、同決定は、具体的な当てはめを行う。そこでは、契約当事者の契約過程の事実から交渉力の格差、およびそれによる予測の困難さが論じられているのに加えて、連帯保証責任のリスクや金額の高さなど契約にもとづく結果にまで視野を広げることで、契約当事者の自由の侵害を認めようとしている点²⁶⁸には注意が必要である。こうした当てはめにより、第一の憲法異議について専門裁判所である BGH の判断の違憲性が認められたわけである。以上の点を踏まえると、同決定は、第一に、代理商決定と同様に、保護義務判例ではなく Lüth 判決を参照指示している点²⁶⁹を特徴としている。こうした点から、連帯保証決定は、第 1 章で確認したとおり、国家の基本権保護義務論をそのまま用いているのかが疑われている²⁷⁰。なぜ、連帯保証決定は、保護義務論に依拠することに抑制的であるのか。ここでも代理商決定と同様に、連帯保証決定が、私的自治（あるいは契約自由）の性質として、「私的自治は、必然的に制限され、法による内容形成を必要とする」ものと捉えている点を第二の特徴とし

²⁶³ Vgl. BVerfGE 89, 214, 231 f.

²⁶⁴ BVerfGE 89, 214, 232.

²⁶⁵ BVerfGE 89, 214, 232.

²⁶⁶ Vgl. BVerfGE 89, 214, 233 f.

²⁶⁷ BVerfGE 89, 214, 234.

²⁶⁸ Vgl. BVerfGE 89, 214, 234 f.

²⁶⁹ なお、この点については、代理商決定と同様に、大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」50 頁以下も参照。

²⁷⁰ Vgl. Isensee, a.a.O. (Anm. 106), S. 485 f., Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 150 f., 338 f., Cremer, a.a.O. (Anm. 105), S. 475 f.

て指摘することができる²⁷¹。同決定は、その前提として、基本権の客観的基本決定が契約自由の内容を形成する民法にも妥当することを確認している。これにより、契約自由の保障には、憲法と民法の両面から論じる必要性が生じている。そのために、同決定は、基本権と私法の関係について語る Lüth 判決を参照指示していると考えられる。しかし、それはあくまで Lüth 判決を参照指示する理由のひとつにすぎず、保護義務判例を参照指示する理由としては十分ではない。そこで、さらに、連帯保証決定の第三の特徴として、契約対等の侵害に対する調整という憲法上の要請を、GG2 条 1 項による保障される私的自治に加えて、GG20 条 1 項などにより示される社会国家原理から導いている点を指摘することができる²⁷²。この点は、代理商決定で指摘したとおり、第 1 章においてドイツ基本権論において保護義務と社会国家原理の緊張関係が示唆されていた点が想起されよう。少なくとも、代理商決定および連帯保証決定における保護義務判例に対する消極的な態度の背後には、こうした社会国家原理の存在があったのではないか。もっとも、それは両決定の判示からは必ずしも明らかではない。そのため、本稿では、代理商決定および連帯保証決定からさらに視野を広げる。そこで注目すべきは、上記 2 決定を参照指示する BVerfG 判例のなかで、保護義務判例を参照指示するものと、上記 2 決定と同じく Lüth 判決のみを参照指示するものが存在しているという BVerfG 判例の展開である。以下では、こうした代理商決定および連帯保証決定が保護義務に対して消極的な態度を示す背景を検討するために、代理商決定や連帯保証決定が、それ以降の判例においてどのように扱われているかという視点から、とりわけ注目すべき傾向を示している労働法領域における BVerfG 判例について概観する。

²⁷¹ BVerfGE 89, 214, 231.

²⁷² Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

第2節 労働法領域における国家の基本権保護義務論の位置づけ

以上のように、代理商決定や連帯保証決定は、一方で国家の基本権保護義務論に依拠していると解釈される傾向にある一方で、同決定が必ずしも保護義務論に依拠しているとされる判例ではなく、Lüth 判決を参照指示するにすぎず、さらに保護義務と必ずしも接合しないとされる社会国家原理条項を参照指示しているという点から、上記判例が、学説・判例が採用してきた国家の基本権保護義務論に与しているといえるのかが疑われてきた。本節では、代理商決定や連帯保証決定以後の、とりわけ労働法領域における国家の基本権保護義務論に関連する BVerfG 判例を概観する。そこでは、たしかに、代理商決定や連帯保証決定を参照指示する判例が、同時に国家の基本権保護義務論に依拠しているとされる BVerfG 判例を参照指示するという傾向もあるが、他方で、必ずしもそうでない傾向を示す判例も存在する。

第1款 深夜労働禁止決定における保護義務と生命の保護

深夜労働禁止決定²⁷³において、女性労働者 (Arbeiterinnen) だけが 20 時から 6 時まで深夜労働を行うことを禁止する労働時間法 (Arbeitszeitordnung : 以下、「AZO」という) 19 条²⁷⁴

²⁷³ BVerfGE 85, 191. 同判決について、Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 147 f., Cremer, a.a.O. (Anm. 105), S. 481. 邦語文献として、齋藤純子「ドイツ——女子労働者の夜間労働禁止に対する違憲判決」ジュリスト 997 号 (1992 年) 50 頁以下、同「女子の夜業禁止に対する違憲判決と積極的差別是正措置」日本労働研究雑誌 401 号 (1993 年) 80 頁以下、小俣勝治「現業女子労働者に対する深夜労働禁止の違憲性」労働法律旬報 1313 号 (1993 年) 50 頁以下、倉田原志「女性現場労働者の夜間労働禁止と平等原則—ドイツ連邦裁判所判決を中心に—」大阪教育大学紀要第 II 部門 44 巻 2 号 (1996 年) 63 頁以下、和田肇『ドイツの労働時間と法—労働法の規制と弾力化—』(1998 年) 106 頁以下、西原博史『平等取扱の権利』(成文堂、2003 年) 4 頁以下、201 頁以下、249 頁以下、西谷敏「勤労権と立法者の労働条件基準法定義務」ジュリスト 1244 号 (2003 年) 124 頁、青柳幸一「女性労働者の深夜労働を禁止する規定の合憲性—深夜労働禁止事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II [第 2 版]』(2006 年) 98 頁以下、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由——現代ドイツ基本権思惟の特質・試論」高岡法学 18 巻 1-2 号 (2007 年) 19 頁以下も参照。

²⁷⁴ 労働時間法「19 条 深夜休業および日祝日前の早期終業

- (1) 女子労働者 (Arbeiterinnen) は 20 時から 6 時までの深夜および日祝日の前日の 17 時以降使用してはならない。
- (2) 交替制をとる事業においては、女子労働者は 23 時まで使用することができる。

営業監督局へのあらかじめの届出により、早番は規則的に 5 時以降に始業することができる、ただし、遅番もこれに応じて早期に就業する場合に限る。

およびそれに対する罰則を定める 25 条 1 項 5 号²⁷⁵の GG3 条適合性が問題となった²⁷⁶。本件では GG100 条 1 項 1 文にもとづく具体的規範統制と憲法異議が提起されているところ、BVerfG は前者については具体的に判断せず、後者において詳しく論じている。そのため、本稿でも後者にのみ焦点を当てることとする。本件の憲法異議申立人は、パン菓子工場の女性支配人であったところ、深夜に 4 人の女性労働者にケーキ包装に従事させたとして、区裁判所によって 500DM の過料に関する有責判決が下された。申立人は、上記事実を認めたが、AZO19 条 1 項が GG3 条 1 項および 3 項に違反すると主張した。これに対して、区裁判所も、上級ラント裁判所も理由がないとしてこれを退けた。これに対して、申立人が BVerfG に対して憲法異議を提起したのである²⁷⁷。

本件における BVerfG の判断は、主に①GG3 条 3 項違反、②GG3 条 1 項違反、および③違憲性判断の方法に大別される。本稿で探求されるべき国家の基本権保護義務に関する判断は、③において問題とされている。そこで、とくに③の判断と、それと関連する①の判断に焦点を当てる。

第一に、女性労働者の深夜労働禁止は、GG3 条 3 項に違反するとされる。「GG3 条 3 項によれば、何人もその性別を理由に不利に取り扱われたり、優遇されてはならない。GG3 条 3 項は、立法府に認められた形成自由により厳格な境界線を引くことで、GG3 条 1 項の一般平等原則を強化する」とされる。さらに、「GG3 条 3 項を越える 3 条 2 項の規律内容は、同項が男女同権要請 (Gleichberechtigungsgesetz) を打ち立て、それを社会現実にも及ぼす点に

営業監督局は、遅番が 24 時まで就業することを許可することができる。ただし、早番がこれに応じて遅く始業する場合に限る……」(山口浩一郎ほか編『変容する労働時間制度—主要 5 カ国の比較研究—』(日本労働協会、1988 年) 419 頁 [荒木尚志])。

²⁷⁵ 労働時間法「25 条 刑罰および過料規定

(1) 故意または過失により、以下の各号に違反した者は秩序違反 (Ordnungswidrig) となる……。

5 労働開放時間および休憩時間に関する 12 条 1 項 1、2 文、2 項 1、3 文、18 条 1 項ないし 2 項 1、3 文または 19 条 1 項、2 項 1、2 文、3 項の規定……」(山口ほか編・前掲注 219) 420 頁)。

²⁷⁶ GG「3 条 法律の前の平等、男女同権、差別的取扱いの禁止

(1) すべての人は法律の前に平等である。

(2) 男性と女性は同権である。国は、女性と男性の同権が現実的に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す。

(3) 何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷または家柄、その信仰、宗教上または政治上の見解を理由として、不利益を受け、または優遇されてはならない。何人も、その障害 (Behinderung) を理由として不利益を受けてはならない」(高田ほか訳・前掲注 65)

『ドイツ憲法集〔第 7 版〕』214 頁を参照)。

²⁷⁷ BVerfGE 85, 191, 192 f.

ある。「男女同権」という命題は、利益または不利益を性別メルクマールと関連づける法規範を除去するだけでなく、将来に向かって性別の同権を貫徹しようとする……。それは、生活関係の同化（Angleichung）を目標とする」とされる。それゆえに「女性は、男性と同等の収益チャンス（Erwerbschancen）を有しなければならず、「典型的に女性に降りかかる事実上の不利益は、GG3 条 2 項の男女同権要請ゆえに優遇的諸規律（begünstigende Regelungen）によって調整される」とされる²⁷⁸。

そのうえで「本件においては、……すでに存在する法的不平等取扱いの除去が問題となる」とされ、「AZO19 条 1 項は、女性労働者とその性別『を理由に』不平等に取り扱う」とされる。BVerfG によれば、「しかし、性別と結びつく不平等取扱いがすべて GG3 条 3 項に違反するわけではな」く、「区別の規律（Differenzierende Regelungen）は、むしろそれがその性質に応じて男性においても女性においても起こりうる問題の解決のために必要不可欠である限りで許容される」²⁷⁹。そのうえで、本件においてそのような事実は存在しないとされる。すなわち、①「女性労働者とその体質（Konstitution）ゆえに男性労働者よりも強く深夜労働によって害されるという仮定に関する確立した根拠は、労働医学上の研究において明らかではない」という点、②たしかに女性が家事および育児に加えて深夜労働により負担を負うことは明白であるが（「二重の負担」論）、それが「1 人で子を育てる（alleinerziehend）男性に [も] 当てはまり、緩和されたかたちで家事や育児を分担する男女に当てはまる」という点、③「女性が通勤の夜道でとくに危険にさらされるということ」も、「国家は、女性を公道での暴力的攻撃から保護するという任務を、国家が女性に職業の自由の制限によって夜間外出させないようにすることで怠ってはならない」という点で、正当化できないとされる。また、「AZO19 条 1 項の深夜労働禁止は、GG3 条 2 項の目標を促進しない」とされる。なぜならば、たしかに女性を深夜労働の健康被害から保護するが、それにより、求職時に不利に取り扱われたり労働時間を自由に利用することができなかつたりするなどの「著しい不利益」を受けるからである²⁸⁰。

第二に、AZO19 条 1 項は違憲であるが、その違憲の解消方法はさまざまであるとされる。それによれば、AZO19 条 1 項が基本法に合致しないという確認は違憲を導く。それに関連する AZO25 条も違憲だとされる。そのうえで、BVerfG は違憲判断の方法に言及する。すなわち、「ある規範が憲法と一致しないのであれば、それは原則として無効と解釈されるべきである（BVerfGG78 条 1 項と関連する 82 条 1 項）。しかし立法府の形成可能性を考慮すると、憲法違反を解消する（Beseitigung）複数の可能性が残っている場合には無効の宣言（Nichtigkeitserklärung）を行わないべきである」、と。そして同決定によれば、「AZO19 条 1 項 1 文の憲法違反は、さまざまな方法で解消されうる」。そこで BVerfG は、立法府の義務

²⁷⁸ BVerfGE 85, 161, 206 f.

²⁷⁹ こうした「必要不可欠」性の基準について、西原・前掲注 273) 『平等取扱の権利』4 頁以下、青柳・前掲注 273) 101 頁を参照。

²⁸⁰ BVerfGE 85, 161, 207 f.

について語る。すなわち、「立法府には、深夜労働の健康被害からの労働者の保護を新たに規律する義務がある。そのような規律は、基本権、とくに身体の不可侵性（GG2 条 2 項 1 文）²⁸¹を求める権利の客観的内容を満たすために必要である。国家の保護義務は、こうした基本権を考慮すれば存在する」、と。そこでは国家の基本権保護義務論に依拠する判例とされる C-Waffen 決定²⁸²が参照指示される。そのうえで、「立法府にはこうした保護義務を履行する際に、たしかに広い判断、評価、形成の自由余地（ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsfreiraum）が与えられる。それは、競合する公的利益と私的利益を考慮する余地も認められる。立法府によってなされる措置は、しかし基本権保護を行うにはまったくまったく不適合であってはならない（ungeeignet）（vgl. BVerfGE 77, 170 [214 f.]）。それによって、深夜労働の健康被害からの労働者保護の再規律も審査されなければならない」、と²⁸³。

さらに、BVerfG は、深夜労働禁止決定において自己決定の諸前提をも保障すべきであるとする代理商決定を参照指示する。すなわち、「特別の法律上の保護は、深夜労働が一貫して自由意思でなされる諸々の合意にもとづいて行なわれるので、不必要である。契約法に基礎を置く私的自治の原理は、十分な保護を、自由な自己決定の諸条件が存在するかぎりでのみ保障することができる。当事者の近似する力の均衡がないところでは、契約法という手段によっては事の性質にかなった利益調整は保障されえない。それは、労働契約の締結の際に典型的に問題となる。そのような状態において、基本権の章および社会国家要請における憲法の客観的基本決定は、社会的および経済的不平等を防止する法律上の規定によって実現されるべきである（vgl. BVerfGE 81, 242 [254 f.]）。立法府は、AZO19 条を創設する際にまた明白に深夜労働の健康の危険からの十分な保護が労働契約の私的自治にもとづく形成において保障されないという評価を出発点とする」、と。そのうえで、同決定は、本件について以下のとおり述べる。すなわち、「こうした評価にもとづいて、深夜労働は、労働関係の枠内で深夜労働の立証された人間の健康にとっての有害性を前にしてまた今後も（weiterhin）法律上の規律を必要とする。補助的措置（flankierend）なしに深夜労働を無制限に解禁すること（Freigabe）は、GG2 条 2 項 1 文の客観的内容に違反するであろう。どのような規律が必要であるかを、まずは立法府自身が自らの広い判断、形成自由余地の枠内で決定しなければならない。女性労働者の個々のグループがとくに保護が必要である限りで、基本権の客観的内実から、広範な立法府が事前に配慮する（Vorsorge）義務が生じうる。小さな子どもを有する労働者の家族の特別の保護の必要性は、しかし女性特有の禁止、例えば小さな子ども

²⁸¹ GG2 条 2 項「生命及び身体を害されない権利

(2) 何人も、生命への権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入する（eingreifen）ことが許される」（高田ほか編訳・前掲注 65）『ドイツ憲法集〔第 7 版〕』214 頁）。

²⁸² BVerfGE 77, 170.

²⁸³ BVerfGE 85, 161, 211 f.

の母に対する禁止の原因になってはならない」、と²⁸⁴。

以上のように、BVerfG は、深夜労働禁止決定において、AZO19 条 1 項の GG3 条 3 項違反を論じたところ、かかる違憲の解消方法について語る際に、国家の基本権保護義務論を論じる BVerfG 判例を参照指示する。そのうえで、自己決定の諸条件を保障すべきであるとして、代理商決定を参照指示している。本決定の大きな特徴は、明示的に国家の基本権保護義務論に依拠する BVerfG 判例を参照指示している点である。ここで指摘しておくべきは、同決定においては、身体の不可侵性を求める権利から導かれる保護義務が問題となっているという点である。なるほど、国家の基本権保護義務論の本来の適用領域は、生命・身体の保護なのであるから、本件において上記判例を引用することはむしろ肯定されるべきである。ここから導かれるべきは、生命・身体の危険から自己決定の諸前提が害される場合があるということである²⁸⁵。しかし、これによってただちに自己決定の諸条件の保障にあたっては国家の基本権保護義務論にのみ依拠すべきだということにはならない。なぜならば、同決定は、たしかに保護義務判例に依拠しているが、同時に「基本権の章および社会国家要請における憲法の客観的基本決定は、社会的および経済的不平等を防止する法律上の規定によって実現されるべきである」として²⁸⁶、社会国家原理が妥当する余地を残しているからである。したがって、自己決定の諸前提の保障がすべて保護義務にのみ依拠しているのかは、同決定からだけでは明らかにならない²⁸⁷。

²⁸⁴ BVerfGE 85, 161, 213.

²⁸⁵ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 106), S. 147-148, *Cremer*, a.a.O. (Anm. 105), S. 481.

²⁸⁶ BVerfGE 85, 161, 213.

²⁸⁷ なお、*Ruffert* の整理によれば、本章で検討する労働法領域、下記第 4 章第 2 項第 3 款で検討する家族法領域（父性情報決定：BVerfGE 96, 56）に加えて、一般的人格権領域において保護義務判例を参照指示し、保護義務を導いている BVerfG 判例が存在する（Vgl. *Ruffert*, a.a.O. (Anm. 126), S. 146 f.）。本稿では詳細に検討はしないが、一般的人格権領域の判例としては、わが国でも紹介されている、ヘルンバイン決定（BVerfGE 99, 185 f.）が挙げられている（同決定について、上村都「一般的人格権と意見表明の自由——ヘルンバイン決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 III』（信山社、2008 年）142 頁以下、同「ドイツにおける人格権の基本構造」岩手大学文化論叢 7・8 号（2009 年）93 頁以下を参照）。

第2款 BGB611a 条決定における保護義務と平等原則²⁸⁸

以上のように、深夜労働禁止決定においては、生命および身体の危険からの保護が問題とされ、その際に保護義務判例が参照指示されていた。また、代理商決定を参照指示し、労働契約における自己決定の諸前提の保障を要請するなかで、深夜労働による健康被害からの保護を立法府の義務として認めていた。以下で概観する BGB611a 条決定も、上記判例と同様に、保護義務判例が参照指示されている。同決定の特徴は、上記判例とは異なり、生命・身体の保護ではなく、男女同権が問題となっているという点にある。

同決定では、本件において雇用における性別を理由とする差別を禁止する BGB611a 条²⁸⁹を適用しなかったラント労働裁判所の判決が GG3 条 2 項にもとづく基本権を侵害するかが問題となった。申立人は、教員として職業訓練を終え、さらに機械工として研修を終えた。

²⁸⁸ BVerfGE 89, 276. 同判決について、Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 146 f. 邦語文献として、阿部照哉「ドイツにおける男女同権保障の変遷」同ほか編『現代国家の制度と人権—榎原猛先生古稀記念論集』(法律文化社、1997年)491頁以下、西原博史『平等取扱の権利』(成文堂、2003年)57頁注123)、有澤知子「求職の際の性別を理由とする差別禁止と男女同権—民法 611a 条事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II [第2版]』(2006年)103頁、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由—現代ドイツ基本権思惟の特質・試論」高岡法学 18 卷 1-2 号 (2007年)21頁以下、富永晃一『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理—妊娠差別を題材として』(有斐閣、2013年)150頁以下も参照。

²⁸⁹ BGB 「611a 条 性別に関連する不利益取扱

(1) ①使用者は、とりわけ、労働関係の基礎付けといった合意または措置において、昇進、指揮命令または解約告知において、労働者をその性別を理由に不利に扱ってはならない。②ただし、性別を理由とした異なる取扱は、かかる合意または措置が労働者によって行われる活動の種類を目的とし、かつ、特定の性が当該活動の放棄し得ない要件であるときは、許容される。③争いある場合において、不利益取扱が性別を理由とするものであることが推定されることを労働者が疎明したときは、使用者が、性別ではない、客観的な事由が異なる取扱を正当化すること、または、性別が行われる活動の放棄し得ない要件であることの立証責任を負う。

(2) 使用者が、第 1 項に規制される、労働関係の基礎付けにおける不利益取扱の禁止に違反するときは、これによって不利益を被った応募者は、相当な金銭による補償を請求できる；労働関係の基礎付けに対する請求権は認められない。

(3) ①応募者が、不利益取扱のない選抜がなされた場合であっても採用されなかったであろうときは、使用者は、最大で 3 カ月分の月収に相当する補償を支払わなければならない。②応募者が、労働関係が基礎づけられていたであろう月に、所定労働時間について、金銭または現物で支給されたであろうものが月収とみなされる……」(荒木尚志ほか編『諸外国の労働契約法制』(2006年)190頁以下 [橋本陽子])。

原審の被告である大学教員は、外部資金によって出資された研究計画の枠内で「専門労働者」の職を募集した。申立人は、およそ 40 人以上の応募者とならぶ唯一の女性としてその職に応募した。被告は、申立人を含む応募の形式的要件を満たす全ての応募者に対して、すぐに面接に招待すると通知した。実際には、8 人の応募者が面接のチャンスを得たが、申立人はその際に考慮に入れられなかった。職業経験の長い応募者の 2 人が雇用された。電話による問い合わせでは、被告の研究助手は申立人に対して、仕事が女性には適さないという理由で選出されなかったと説明した。被告自身は、申立人に対して自らの決定の根拠として、助手は応募後に工業専門学校で要求された仕事が女性には身体的に負担が大きいと説明したと書面で通知した。これに対して、申立人は、労働裁判所に採用を求める訴えを提起し、予備的に月給 6 か月分の精神的損害賠償を求める訴えを提起した。ラント裁判所は、性別に関連しない客観的な理由、すなわち採用された 2 人の応募者がより高い格付けが別異取扱いを正当化したということが立証されたとして、訴えを棄却した。これに対して、申立人は憲法異議を提起した²⁹⁰。

本決定の判断は、主に①GG3 条 2 項違反に関する判断、および②BGB611a 条の解釈・適用における GG3 条 2 項の解釈、③BGB611a 条における主張・立証責任に大別される。本稿では BVerfG 判例における労働法における基本権保護義務の位置づけを探るという関心から、それに関連する①および②の判断に焦点を当てる。

第一に、同決定は、深夜労働禁止決定を引用し、そこで詳しく論じられなかった GG3 条 2 項の規範内容について語る。すなわち、「GG3 条 2 項によれば、男女は同権である。それに関連して、一方で GG3 条 3 項も禁止する性別を理由とする差別は排除されるべきである。それを越えて、GG3 条 2 項は同権を要請し、こうした要請を社会的現実にも及ぼす。『男女が同権である』という命題は、利益または不利益を性別メルクマールと結びつける法規範を排除するだけでなく、将来に向けて性別の同権を貫徹させる。かかる命題は、生活関係の調整 (Angleichung) を目標とする」、と。そのうえで、BGB611a 条は GG3 条 2 項の目標達成に仕えるものと解釈される。それによれば、「BGB611a 条は、差別禁止を私的労働関係にまで拡張し、とくに労働関係の成立において女性に雇用の機会均等 (gleiche Chancen im Beruf) を保障しようとする」とされる。そのうえで、BVerfG が専門裁判所の単純法の解釈・適用それ自体を審査する際の基準を定立する。すなわち、「こうした規定の解釈・適用は、専門裁判所の事項であり、BVerfG による審査は原則として行われぬ。BVerfG は、むしろ単純法を解釈・適用する際に基本権の影響が根本的に誤って解釈されているかのみを審査する……。それは、しかし基本権を制限する規範を解釈・適用する場合だけではなく、立法府が基本権保護の内容を形成するために定立した規範の場合も可能である……。基本権保護義務を履行すべき諸規定において、問題となる基本権は、その解釈・適用が基本権によってあらかじめ示された保護目的を根本的に誤っている場合に侵害される」、と。そこで、同決定

²⁹⁰ Vgl. BVerfGE 89, 276, 276 f.

は国家の基本権保護義務論に依拠する Mülheim-Kärlich 決定²⁹¹を参照指示する²⁹²。

第二に、同決定によれば、本件において「ラント労働裁判所は、BGB611a 条を解釈・適用する際に GG3 条 2 項の保護目的を根本的に誤って解釈した」とされる。同決定は、原審判決の解釈では BGB611a 条から「求職における性差別からの実効的な保護」が得られないとし、それでもなお、それとは異なる実効的な解釈は可能であるとする。BVerfG は、まず、ラント労働裁判所が採用手続における申立人に対する差別を十分に審理しなかったことが GG3 条 2 項に違反するとする。なぜならば、「同裁判所は、申立人が最初の通知 (ursprüngliche Ankündigung) に反して面接に招かれなかったという点に BGB611a 条違反がありうるのかという問題を追及しなかった」からである。同決定によれば、「BGB611a 条は、労働関係の成立における措置に対して性別を理由とする不利益取扱いを禁止する」とされ、これに「手続的行為 (Verfahrenshandlungen)」も含むとする労働法の学説を引用する。この点、女性求職者の機会が差別的手続によってすでに侵害されている場合には、性別が最終的に雇用するかどうかを左右したかは重要ではないとされる。こうした BGB611a 条の解釈は、GG3 条 2 項が要請する実効的な差別からの保護を保障する。それにもかかわらず、雇用の決定に先行する手続的行為 (Verfahrensschritte) の評価を考慮しなければ、使用者は、求職者が不利となる客観的理由を示すことで、先行する手続における差別をなかったことにすることができるといふ点を同決定は問題視する。次に、ラント労働裁判所による BGB611a 条の不利益取扱い要件の解釈は、GG3 条 2 項に適合しないとされる。同決定によれば、ラント労働裁判所は、求職者の性別により採用されず、それゆえに求職者が別の性別であれば採用された場合にのみ、性別を理由とする不利益取扱いが存在するという要件を定立する。しかし、それにより使用者が申立人の性別を消極的に評価し、その限りで申立人を選考において不利に取り扱ったという点が軽視される、と同決定は評価する。同決定は、「GG3 条 3 項の意味における性別を理由とする不利益取扱いは、法的不平等取扱いが性別と関連する場合にすでに存在している。それに加えてその他の理由が重要であったかには左右されない」、と GG3 条 3 項の解釈に言及する際に深夜労働禁止決定を引用する。そのうえで、「憲法上の差別禁止を遵守することが (Beachtung) 使用者に対しても雇用を決定する際に拘束力があるとされるべきであれば—そしてそこに BGB611a 条 1 項の意味がある—、ラント労働裁判所は、使用者に対して、雇用を決定する際に一般に求職者の性別を求職者の不利になるよう考慮することを禁じなければならない」とされる²⁹³。

最後に、ラント労働裁判所が性別を理由とする不利益取扱いの推定を覆されたものとみなす前提は、GG3 条 2 項に違反するとされる。BGB611a 条 1 項 3 文によれば、不利益取扱いが性別を理由とすると推定されることを原告が疎明した場合には、使用者はもっぱら性別と関連しない理由が別異取扱いを正当化することの主張・立証責任を負う。同決定は、「ラ

²⁹¹ BVerfGE 53, 30.

²⁹² BVerfGE 89, 276, 285 f.

²⁹³ BVerfGE 89, 276, 286 f.

ント労働裁判所が法律上の不利益取扱い禁止から広範に基本権保護機能 (grundrechtswahrende Funktion) を奪う方法で BGB611a 条を法解釈・適用した」と評価する。ラント裁判所は、使用者が募集にも選考手続期間中にも示されていなかった雇用基準を女性求職者が不利になるよう扱ったことを認めるが、その場合に採用基準を差し替えるにあたって特別な正当化を要請しなければならなかったとする。同決定によれば、差別の理由を疎明する場合に事後的な選考基準の追加を許容する BGB611a 条の解釈は、GG3 条 2 項から導かれる保護目的に反する。BGB611a 条 1 項 3 文の規定は、むしろ疎明された差別を使用者が実際に覆さなければならないと解釈される場合にのみ上記の保護目的を達成することができる。別の性別の求職者を優遇するために不利に提示された理由は、それゆえに使用者がそれを口実にしたわけではないという特別な事情がある場合にのみ、BGB611a 条の意味における「客観的 (sachlich)」であるとみなされるとされる。それゆえに、追加された選考基準は、選出されなかった求職者と同性の者に一般に満たされるか、またはごくわずかな範囲でのみ満たされる場合に考慮される。たとえば、一方の性別の者によって占められてきた職業部門における「長期の職務経験」がこれに当たるとされる²⁹⁴。

以上のように、BGB611a 条決定は、第一に、深夜労働禁止決定を参照指示したうえでさらにそこで詳述されなかった GG3 条 2 項の規範内容について語る。それによれば、GG3 条 2 項は同権を要請し、それを社会的現実にも及ぼす。また、それは生活関係の調整 (Angleichung) を目標とするとされる。そのうえで、BGB611a 条は GG3 条 2 項の目標達成に仕えるとされる。換言すれば、「BGB611a 条は、差別禁止を私的労働関係にまで拡張し、とくに労働関係の成立において女性に雇用の機会均等 (gleiche Chancen im Beruf) を保障しようとする」とされる。そのうえで、同決定は、国家の基本権保護義務論にもとづいて、BVerfG が専門裁判所による単純法の解釈・適用の是非を問う際の基準を定立する。第二に、BGB611a 条決定は、ラント労働裁判所による BGB611a 条の解釈が GG3 条 2 項の保護目的に反していると判断する。それによれば、ラント労働裁判所が採用手続における申立人に対する差別を十分に審理しなかったことが問題視される。第三に、BGB611a 条決定は、国家の基本権保護義務論からラント労働裁判所は主張立証責任の転換を行うべきであったにもかかわらずこれを行わなかったとして、GG3 条 2 項違反を認める。ここで指摘すべき同決定の特徴は、一方で、上記深夜労働禁止決定と同様に、保護義務判例を参照指示しているという点であり、他方で、上記決定とは異なり、「自由権ではなく平等条項から基本権保護義務を導いている」点である²⁹⁵。少なくとも、BVerfG 判例は、こうした領域においては、国家の基本権保護義務論に明示的に依拠しているといえる。

²⁹⁴ BVerfGE 89, 276, 289 f.

²⁹⁵ Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 147.

第3款 小規模事業所条項 I 決定における保護義務と解雇制限²⁹⁶

以上の2決定、すなわち深夜労働禁止決定とBGB611a条決定においては、一方で生命の保護に対して、他方で平等条項、とりわけ男女同権の実現に対して、国家の基本権保護義務論が用いられ、実際に保護義務判例が参照指示されていた。これに対して、以下において概観する小規模事業所条項 I 決定は、たしかに上記の判例と同様に、保護義務に言及するが、他方で、保護義務判例を参照指示することなく、あくまで代理商決定や連帯保証決定を参照指示するにすぎないという特徴を指摘することができる。以下においては、なぜ上記2判例とは異なったかたちで保護義務に言及しているのかという視点も踏まえたうえで、小規模事業所条項 I 決定について概観する。

小規模事業所条項 I 決定においては、労働者が5人以下の小規模事業所（Kleinbetriebe）に対する適用除外を規定する解雇制限法（Kündigungsschutzgesetz）23条1項2文²⁹⁷の合憲性が問題となった。同決定は、結論として同規定の合憲性を認めたが、民法の一般条項の適用によって適切な調整がなされていないなければならないという留保がなされている。さて、同決定において、職業訓練を受けたパン職人である原告は、当時、労働者4人、職業訓練生2人が働く被告会社に勤務していた。被告会社は、原告の長期継続する疾病を理由に期限通りに労働関係を解約した。原告は、労働裁判所に対して労働関係の継続の確認について訴えを提起した。労働裁判所は、訴訟手続を中断し、BVerfGに解雇制限法23条1項2文の合憲性について決定するよう求めた²⁹⁸。

同決定におけるBVerfGの判断は、多岐にわたる。すなわち、①GG12条1項違反、②GG3条1項違反、③社会国家原理違反、そして④手続的基本権違反が検討される。本稿の関心か

²⁹⁶ BVerfGE 97, 169. 同判決について、Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 461 f., ders., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, S. 398 f., Cremer, a.a.O. (Anm. 105), S. 478 f., Cremer, a.a.O. (Anm. 235), S. 37 f. また、邦語文献として、根本到「解雇制限法における小規模事業所適用除外条項の合憲性」労働法律旬報1453号（1999年）56頁以下、西谷敏「勤労権と立法者の労働条件基準法定義務」ジュリスト1244号（2003年）124頁、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由—現代ドイツ基本権思惟の特質・試論」高岡法学18巻1-2号（2007年）24頁以下も参照。

²⁹⁷ 解雇制限法「23条

本法第1節および第2節の規定は、海運、国内海運および航空業に関する24条を除き、私的および公務上の事業所と行政機関に適用される。第1節の規定は、職業訓練中の従業員を除き、常時5人以下の労働者を雇用する事業所および行政機関には適用されない。第2文による雇用労働者数の算定にあたっては、所定労働時間の算定にあたっては、所定労働時間が、1週あたり10時間あるいは1月あたり45時間を超える労働者のみが考慮される」（根本・前掲注296）「解雇制限法における小規模事業所適用除外条項の合憲性」56頁）。

²⁹⁸ Vgl. BVerfGE 97, 169, 169 f.

ら、①および③に焦点を絞って検討する。

第一に、同決定は、職業の自由の規範内容について判示する。すなわち、「GG12 条 1 項は、職場の自由な選択を保障する。個人は、具体的な職業活動可能性を選択された職業において獲得する、または現存する労働関係を継続するもしくは放棄するという決断において、個人を自由に利用できる職場の獲得を妨げる、または特定の職場の受入 (Annahme)、継続または放棄を強制する国家による諸々の措置から保護される。それに対して、職業選択の自由とは、自分が選択する職場を用意すること (Bereitstellung) も、いったん選択された職場の存続保障も結びつけられない。同様に、GG12 条 1 項は、私的な諸処分にもとづく職場の喪失に対する直接的な保護を与えない。その限りで、国家にはしかし基本権から推論される、現行の解雇に関する諸規定を考慮する保護義務が課されている」、と。これに対して、小規模事業所の適用除外を定める規定について語る。それによれば、同規定は、「現存する労働関係およびそれによって基本権に保護された労働者の地位に介入」するのではなく、「私的契約法を形成する規範にかかわる」のであって、「それはもっぱら基本権の客観的内実によって審査されなければならない」とされる。そのうえで、「GG12 条 1 項が上記規範によって侵害されるのは、立法府がそれによってこうした基本権から推論される、使用者による解雇から労働者を保護する義務を十分に履行しない場合にだけである」とされる²⁹⁹。

第二に、「契約自由に限界を定める私法上の諸規律において、通常は基本権により保障される、衝突する利益の調整が問題となる」とされる。それによれば、「GG12 条 1 項によって保護された自らの職場を維持する (Erhaltung) 労働者の利益とは、自らの会社 (Unternehmen) において考えが合う従業員 (Mitarbeiter) とのみ活動し、その数を彼が決めた程度にまで制限する使用者の利益が対立する。労働者は、それによって通常は GG12 条 1 項の意味における職業の自由を行使するが、いずれにせよ GG2 条 1 項によって保護された経済活動の自由を行使する。立法府に対して、それによって実務による調整という問題が提起される。衝突する基本権的地位は、その相互作用において把握されるべきであり、それがあらゆる当事者にとって可能な限り広範に有効となるほどに制限されるべきである」とされ、連帯保証決定が引用される。そのうえで、それを行う立法府の裁量について言及し、代理商決定および連帯保証決定を参照指示する。すなわち、「こうした利益の公正な調整を行う立法府には、広い形成自由余地が認められる。紛争状況にとって標準的な経済的および社会的枠組諸条件 (Rahmenbedingungen) の評価は、国家の政治的責任にある。将来の発展への先見 (Vorausschau) および国家による規律の諸作用も同様である。同様のことは、利益状況の見積もり、すなわち相対立する利害の重みづけ、およびその保護の必要性の決定に妥当する。基本権保護義務違反は、それゆえに基本権的地位が、問題となる基本権の意義と射程の考慮において適切な調整についてもはや語られえない方法で、他方契約当事者の利益を従属させるような状況でのみ確認されうる」、と³⁰⁰。

²⁹⁹ BVerfGE 97, 169, 175 f.

³⁰⁰ BVerfGE 97, 169, 176 f.

第三に、こうした基準によれば、小規模事業所の適用除外条項は GG12 条 1 項に違反しないとされる。同決定は、一方で、「解雇制限を規律する際に、労働者の側で重要な利益が考慮されなければならない。GG12 条 1 項が必要な余地を保障する職業活動を、労働者はもっぱら労働契約の締結および継続によって実現することができる」として代理商決定を引用する。そのうえで、職場の労働者にとっての意義について語る。すなわち、「職場は、労働者およびその家族にとって経済的な生存基盤である。生活様式や居住環境は、職場によって規定される。社会的地位や自尊心も同様である。労働関係の終了によって、こうした経済的および社会的な関係の複合体 (Beziehungsgflecht) が問題となる」とされる³⁰¹。他方で、「小規模事業者の解雇権も高い程度で保護に値する」とされる。それによれば、「労働力の少ない事業所において、事業の成功 (Geschäftserfolg) は、大規模事業所 (Großbetrieben) の場合よりも各個人の労働者に依存する。肝心なことは、労働者の給付能力である。共同作業、対外的効果および事業所内の雰囲気 (die Zusammenarbeit, die Außenwirkung und das Betriebsklima) にとって重要である人的要素 (Persönlichkeitsmerkmale) も同様である」とされる。そのうえで、同決定は、上記のような労働者と使用者の利益対立は調整される必要があると判示する。それによれば、「小規模事業所における労働者には、使用者の深刻かつ基本権により保護された利益 (Belange) を前にして、職場の喪失、あるいは大きな法的リスクが要求される。…解雇制限法の諸規定が及ばないところでは、労働者は民法の一般条項によって使用者の解雇権の良俗または信義則違反の行使から保護される。こうした一般条項の枠内で、基本権の客観的内実も考慮されなければならない」とされ、Lüth 判決が引用される³⁰²。そして、同決定は、「GG12 条 1 項から基準となる諸原則が明らかになる」という。それによれば、「憲法上要請される、私的な諸処分による職場の喪失からの最小限の保護は、それによっていずれの事例においても保障される。どれほど広範にこうした保護が個々に及ぶのかは、労働裁判所によって決定されるべきである」とされる³⁰³。

この点、労働裁判所の評価の出発点は、「解雇制限法 23 条 1 項による法律上の解雇制限の立法府による制限への尊重」であるとされる。同決定は、「一般条項に介された保護は、小規模事業者に対して、実務上は解雇制限法において定められた社会的相当性 (Sozialwidrigkeit) の基準が課されるということを導いてはならない」、ということが BAG

³⁰¹ なお、同決定は、その具体例として「高齢の労働者」を挙げる。それによれば、「類似の地位を生活水準の低下 (Einbußen) および隣人関係 (Nachbarschaftsbeziehungen) の喪失することなく見つけ出す見込みは、労働市場に依存する。構造的失業の期間において (In Zeiten struktureller Arbeitslosigkeit)、上記の見込みはとりわけ高齢の労働者にとって酷である。すぐに新たな職場を見つけることに成功しないのであれば、高齢の労働者は、失業保険の給付によって部分的にのみ、かつまた限定された期間にのみ救済される危機に陥ることが多い」とされる。

³⁰² BVerfGE 7, 198, 204 ff.

³⁰³ BVerfGE 97, 169, 177 f.

判例においても確認されていることを指摘する。そのうえで「それを越えて、一般条項を介した基本権保護が弱くなればなるほど、ますます小規模事業所条項によって保護された使用者の基本権的地位が個別事例において強められる」とする。本件についていえば、まず「とりわけ労働者を、恣意的または不合理な意図にもとづく解雇から保護することが問題となる」とされる。そこで、同決定は、GG3 条 3 項の意味における差別を挙げる学説を参照指示する。次に、解雇するにあたって「複数の労働者のなかから選びだされることになる限りで、職場の憲法上の保護は、社会国家原理と関連してある程度の社会的配慮（soziale Rücksichtnahme）を要請する」として、解雇にかかわる BVerfG 判例を参照指示する³⁰⁴。最後に、「長年の協力（Mitarbeit）によって培われた労働関係の継続への信頼も考慮されなければならない」とする。また、同決定は、「基本権の客観的内実は、訴訟法においても意義を獲得しうる」として、上記 BGB611a 条決定を参照指示する。それによれば、「裁判所による解雇制限の有効性にとっては、主張責任と立証責任（Darlegungs- und Beweislast）の分配は特別な意義を有する……。解雇制限法 1 条 2 項 4 文によれば、使用者は、解雇の理由となった事実を証明しなければならない」とされる。これに対して、解雇制限法が及ばない領域においては、民法の一般条項を適用する際に憲法的地位をどのように考慮するかについて明らかではないことを認めるが、「訴訟法は適当な運用を要請する」という点を指摘している³⁰⁵。

そのうえで、同決定は、「訴訟において解雇制限法によって少なくとも補償金の交渉よりも労働関係の継続を争うことが少ないという事情」も、小規模事業所適用除外条項が合憲であるという判断を変えないとする³⁰⁶。それによれば、「補償金を支払うだけで労働関係を終了させることができるという使用者の期待は、解雇に先立って職場を保護するような結果をもたらす。使用者は、こうした費用を、使用者にはとくに差し迫っているように思われる場合にのみ甘受するであろう。補償金の調整において、法律によって第一次的に追求された存続保護は、両当事者によって裁判の見通しに関する一致した評価に相当する額の金銭的調整（Geldausgleich）に代えられる。したがって、そこにも法律に介される保護は現れる。特別な、かつ立法府によってとくに保護に値するとみなされた労働関係の終了に対する小規模事業者の利益は、同事業者が解雇制限法の諸々の規律に服する場合に、補償金の交渉における同事業者の交渉的地位は弱められるであろう。それに加えて、経済的弱者である小規模事業所のオーナーは、補償金によって補償金を簡単に工面できる大規模事業所よりも痛

³⁰⁴ BVerfGE 84, 133. 同決定について、橋本陽子「ドイツの解雇・有期雇用・派遣労働の法規制—社会国家理念が反映された職業選択の自由に基づく私法的規制」ジュリスト 1221 号（2002 年）69 頁以下を参照。

³⁰⁵ BVerfGE 97, 169, 178 f.

³⁰⁶ なお、こうした補償金をめぐる議論状況について、山本陽大「ドイツにおける解雇の金銭解決制度に関する研究：解雇制限法 9 条・10 条の史的形成と現代的展開」同志社法学 62 卷 4 号（2010 年）1285 頁以下を参照。

い打撃を受けるであろう」とされ、本件においては小規模事業者の保護の必要性が強調されるのである³⁰⁷。

第四に、小規模事業所適用除外条項は、社会国家原理（GG20 条 1 項）とも一致するとされる。それによれば、「社会国家原理は、公正な社会秩序を配慮する国家の義務を根拠づけ、こうした義務を履行する際に、立法府に対してしかし広範な形成余地が与えられる……。どの程度にまで解雇制限法の事業所の適用領域が制限され、それによってそこで働く労働者に一般的な解雇制限が行われうるかという問いについて、こうした原理からは詳細には何も読み取られえない。その限りで、GG12 条 1 項は具体的な基準を定める」とされる³⁰⁸。

以上のように、小規模事業所条項 I 決定は、労働者が 5 人以下の小規模事業所の適用除外を定める解雇制限法 23 条 1 項 2 文の合憲性を論じるにあたって、GG12 条 1 項にもとづく労働者の職場の自由と、小規模事業所の解雇権を衡量する。それによれば、GG12 条 1 項は職場選択の自由を保障する。しかし、それによって導かれる国家の保護義務は、あくまで現行の解雇制限にかかわる規定を考慮するというものにすぎない。そのうえで、問題となる解雇制限法 23 条 1 項 2 文は、介入ではなく契約法を形成する規範であることから、「基本権の客観的内実」によって審査されなければならないとされる。ここで指摘されるべきは、同決定が上記規定を、契約法を形成する規範であると理解している点である。ここでは代理商決定や連帯保証決定が契約自由の内容形成の必要性を強調し、それが基本法の客観的基本決定によって制限されるとしていた点が想起されよう。この点、同決定は、こうした判示内容から代理商決定や連帯保証決定が示してきた内容形成という側面に着目するというモデルを継承するものだと理解されている³⁰⁹。契約自由の内容形成に着目することで、保護義務が必ずしも対象としない側面、すなわち以下にみるとおり、社会国家原理の実現という側面も含むということが可能となる。

また、同決定においては、契約自由の限界を定める私法規範において基本権が保障する、衝突する利益の調整が問題となるとされる。そこでは、労働者の利益と使用者の利益が対立し、両者の基本権的地位の調整を行う立法府の形成裁量があるとされ、代理商決定と連帯保証決定が参照指示される。結局のところ、保護義務違反は、適切な調整が行われない方法で他方当事者の利益を従属させるような状況でのみ確認されうるとされる。この点、同決定は、一方で、労働者の利益の重要性について判示する。そこで同決定は、労働者にとっての職場の意義を判示するにあたって、「職場は、労働者およびその家族にとって経済的な生存基盤である。生活様式や居住環境は、職場によって規定される。社会的地位や自尊心も同様である。労働関係の終了によって、こうした経済的および社会的な関係の複合体（Beziehungsgflecht）が問題となる」³¹⁰としている。他方で、同決定は、小規模事業所の解雇権も保護の必要性が高いと評価する。それによれば、小規模事業所のように労働力が少な

³⁰⁷ BVerfGE 97, 169, 179 f.

³⁰⁸ BVerfGE 97, 169, 185 f.

³⁰⁹ Vgl. Cremer, a.a.O. (Anm. 235), S. 37 f.

³¹⁰ BVerfGE 97, 169, 176.

い事業所では、事業の成功が、その数少ない各労働者に依存しており、労働者の給付能力を安定させることが重要である。それゆえに、事務所内の雰囲気などの労働者の人的要素を安定させるために柔軟な解雇権の行使を、小規模事業所は必要とするとされる。同決定は、こうした労働者と使用者の利益対立が調整される必要があるとし、その調整において、民法の一般条項の枠内で、基本権の客観的内実も考慮されなければならないと判示する。この点、同決定が、上記の深夜労働禁止決定や BGB611a 条決定が保護義務判例を参照指示していたのに対して、それをせずに、Lüth 判決を参照指示している点は注目に値する。なお、そこでの基準は GG12 条 1 項から導き出されるとされる。しかし、実際には、「散発的に」ではあるが、GG12 条 1 項と社会国家原理との関連づけを見出すことができるとされる³¹¹。ここで、事実、小規模事業所条項 I 決定は、労働裁判所においては労働者の利益と使用者の利益が適切に調整されていると評価するところ、そこでは保護義務が対象とする基本権法益を越える利益を含めた諸々の利益が考慮されている。すなわち、労働者と使用者の利益にかかわる諸々の判断、たとえば BAG 判例、学説、および BVerfG 判例などの判断が検討され、それでも使用者の利益が優先すると判断される。この点、本稿の関心である社会国家原理との関連でいえば、一方で、労働者の利益を論じるなかで、解雇に関する BVerfG 判例を参照指示し、解雇における労働者の選出において「職場の憲法上の保護は、社会国家原理との関連してある程度の社会的配慮を要請する」³¹²としている点は注目に値しよう³¹³。また、他方で、解雇に対する補償金において小規模事業所は諸々の解雇制限の規定により「補償金の交渉における同事業者の交渉的地位は弱められるであろう」とし、さらに「経済的弱者である小規模事業所のオーナーは、補償金によって……痛い打撃を受けるであろう」³¹⁴と評価し、小規模事業者の保護の必要性を強調する。このように、小規模事業者の保護の必要性を論じるにあたって、小規模事業者の交渉的地位や経済的弱者性が指摘されている点は、使用者側においても社会国家原理との関連性を示唆するものといえよう。

もちろん、小規模事業所条項 I 決定が、同時に、本件において解雇制限法 23 条 1 項が社会国家原理とも一致するとする一方で、社会国家原理から具体的な基準が読み取れないとしている点には注意が必要である。しかし、上記で検討された社会国家原理の影響を受けた GG12 条 1 項の保障内容以上のものが読み取られないだけにすぎないとみるべきであろう。むしろ、注目すべきは、同決定が、解雇制限法 23 条 1 項が社会国家原理とも一致すると評価している点である。上記で指摘したとおり、同規定は、同決定においては契約法を形成する規定であると理解されているところ、保護義務を越えて社会国家原理をも実現するものであることを示唆しているといえる。

この点を踏まえると、BVerfG は、契約自由の内容形成にあたって基本権の客観的基本決定が妥当するとともに社会国家原理も妥当するという前提のもとで、保護義務が対象とす

³¹¹ Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 463, ders., a.a.O. (Anm. 296), JZ, S. 398.

³¹² BVerfGE 89, 276, 279.

³¹³ Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 461 f.

³¹⁴ BVerfGE 89, 276, 280.

る基本権的利益を越えて社会国家原理も実現する規定が存在しうると考えているのではないか。BVerfG は、そのような場合に、保護義務判例ではなく、Lüth 判決のみを参照指示する。逆に、深夜労働禁止決定などのように生命の保護といった保護義務が対象とする利益が問題となる場合には保護義務判例が参照指示されていると理解することができる。

第3節 若干の検討

以上のように、第1節において、国家の基本権保護義務論に依拠すると理解されることがある代理商決定および連帯保証決定の判断において、第1章でも確認されたように保護義務と緊張関係にあるとされる社会国家原理が参照指示されていたことを指摘した。代理商決定では、契約自由の性質として法による内容形成の必要性を指摘する一方で、その内容形成にあたっては基本法の客観的基本決定が民法にも妥当することが確認された。そこでは、保護義務論に依拠する判例ではなく、Lüth判決だけが参照指示されていた。また、契約自由の理解としては実質的契約自由の理解に立脚することが示される。そこでは同決定に社会的・経済的不均衡を排除する法律上の規定が基本権の客観的基本決定に加えて社会国家原理を実現することが確認されていた。次に、連帯保証決定についてみると、代理商決定と同様に、同決定は、第一に、代理商決定と同様に保護義務判例ではなく Lüth 判決を参照指示しており、第二に、契約対等の侵害に対する調整という憲法上の要請を、GG2 条 1 項による保障される私的自治に加えて、GG20 条 1 項などにより示される社会国家原理から導いていた³¹⁵。こうした点から、代理商決定および連帯保証決定が保護義務に立脚することに消極的な姿勢が読み取れる。そこで、第2節では、代理商決定および連帯保証決定以降の判例を概観することで、BVerfG 判例の態度を明らかにしようとした。

第2節において、代理商決定や連帯保証決定以降の判例において注目すべき傾向がみられることが明らかになった。まず、深夜労働禁止決定においては、女性労働者だけが20時から6時まで深夜労働を行うことを禁止する AZO19 条およびそれに関連する条項の GG3 条適合性が問題となった。そこでは、同条項の GG3 条 3 項違反が認められたが、かかる違憲性が解消可能であるとも判断された。それによれば、「立法府には、深夜労働の健康被害からの労働者の保護を新たに規律する義務がある」とされ、それは「身体の不可侵性を求める権利 (GG2 条 2 項) の客観的内容」から導かれる保護義務であるとされる。そこで、保護義務に依拠しているとされる判例が参照指示される。また、同決定は、労働契約においても自己決定の諸前提の保障を要請し、代理商決定を参照指示するところ、深夜労働による健康被害からの保護を GG2 条 2 項の客観的内容から導いている。同決定は、結局のところ、立法府はこうした義務自体は果たしていると評価し、男性にも同様の保護を行うことを将来の課題とすることで本件に限っては違憲の判断を回避した。同決定において指摘されるべきは、自己決定の諸前提の保障を要請する代理商決定を参照指示する一方で、生命・身体の保護を問題とすることで保護義務判例を参照指示している点である。このことから、深夜労働禁止決定は、保護義務に依拠していると解釈できる判例と評価することができよう³¹⁶。次に、BGB611a 条決定においても、上記判例と同様に、保護義務判例が直接参照指示されている。同決定において、雇用における性別を理由とする差別を禁止する BGB611a 条を適

³¹⁵ 参照、本稿第3章第1節。

³¹⁶ 参照、本稿第3章第2節第1款。

用しなかったラント労働裁判所の判決が GG3 条 2 項にもとづく基本権を侵害するかが問題となった。そこでは、GG3 条 3 項に関する深夜労働禁止決定の判示に加えて、GG3 条 2 項における男女同権の内容が具体化される。そのうえで、ラント労働裁判所の判断に対して BVerfG が憲法判断を行うことができる基準が定立される。そこで、同決定は、保護義務判例を参照指示する。そのうえで、BGB611a 条は GG3 条 2 項の保護目的に適うものだとされるところ、最終的にはラント労働裁判所による BGB611a 条の解釈は、GG3 条 2 項に合わないとは判断される。同決定は、深夜労働禁止決定と同じく保護義務判例を参照指示する一方で、上記判例とは異なり、生命・身体の保護ではなく、平等条項、とりわけ男女同権が問題となっている事例において保護義務を認めている点が特徴である³¹⁷。いずれにせよ、上記判例においては、保護義務判例に依拠して保護義務が認められる傾向がある。

これに対して、小規模事業所条項 I 決定は、上記 2 判例と異なる傾向を示す。同決定は、GG12 条 1 項にもとづいて立法府に対して労働者の職場選択の自由と使用者の解雇権の調整を要請する。そこでは、GG12 条 1 項から導かれる国家の保護義務は、あくまで現行の解雇制限にかかわる規定を考慮するというものにすぎないとしたうえで、問題となる解雇制限法 23 条 1 項 2 文は、介入ではなく契約法を形成する規範であることから、「基本権の客観的内実」によって審査されなければならないとされる。この点、同決定が上記規定を、契約法を形成する規範と理解している点から、契約自由の内容形成について言及する代理商決定や連帯保証決定との連続性を見出すことができる。そして、同決定によれば、契約自由の限界を定める私法規範において基本権が保障するところの衝突する利益の調整が問題となるとされる。同決定は、そのなかで、労働者の利益と使用者の利益を具体的に衡量する。とりわけ注目すべきは、労働者の利益においても使用者の利益においても、必ずしも保護義務の対象である既存の法的地位の保護にあたらぬとされる、当事者の生存基盤という視点が含まれている点である。同決定は、一方で、労働者の利益として、憲法による職場の保護は、「社会国家原理との関連してある程度の社会的配慮を要請する」とされる。他方で、小規模事業者の利益においても、解雇に対する補償金を論じる際に、小規模事業者の交渉的地位の劣位性や経済的弱者性が示されている。以上の点を踏まえると、同決定は、GG12 条 1 項と社会国家原理との関連づけを黙示的に行っているといえる。同決定は、同時に、問題とされる解雇制限法 23 条 1 項が社会国家原理とも一致するとする一方で、社会国家原理から具体的な基準が読み取れないと判示している。しかし、この点は、むしろ解雇制限法 23 条 1 項が社会国家原理に一致するとしている点が重要である。なぜならば、同規定は、保護義務を履行する側面を有する一方で、社会国家原理を実現する側面も有していると理解できるからである。こうした規定は、同決定においては契約法を形成する規定であると理解されているところ、契約の内容形成が問題となる場合には、保護義務を越えて社会国家原理をも実現するものである可能性を示唆している。

³¹⁷ 参照、本稿第 3 章第 2 節第 2 款。

この点を踏まえると、BVerfG は、契約自由の内容形成にあたって基本権の客観的基本決定が妥当するとともに社会国家原理も妥当するという前提のもとで、保護義務が対象とする基本権的利益を越えて社会国家原理も実現する規定が存在しうると考えていると理解することができる。BVerfG は、そのような場合に、保護義務判例ではなく、Lüth 判決のみを参照指示している。他方で、深夜労働禁止決定などのように生命の保護といった保護義務が対象とする利益が問題となる場合には保護義務判例が参照指示されていると整理することができる³¹⁸。

翻って、代理商決定や連帯保証決定についてみると、代理商決定においても、連帯保証決定においても、契約自由の内容形成が問題とされていた。代理商決定は、その際に、社会的・経済的不均衡を排除する法律上の規定が基本権の客観的基本決定を実現し、同時に基本法の社会国家原理を実現する（GG20 条 1 項、28 条 1 項）と判示していた。また、問題となる HGB90a 条 2 項 2 文の比例性判断において立法府の評価を確認するなかで、HGB90a 条からは、現実として営業主に経済的に従属する代理商を保護するという代理商の利益と、契約終了後に代理商に顧客情報などを利用されることを防止するという営業主の利益の調整のために契約自由を制限するという趣旨を読み取る³¹⁹。同規定は、代理商の視点からは、代理商の社会的・経済的不均衡を排除しようとする点で社会国家原理をも実現するものであったとみることができよう。したがって、契約自由の内容形成にあたっては、保護義務を越えて社会国家原理の影響が存在したために、保護義務判例ではなく、Lüth 判決のみが参照指示されていたと理解することができる。

また、連帯保証決定においても、契約自由の内容形成にあたって、基本権の客観的基本決定が民法にも妥当するとされ、さらに民法の一般条項の解釈においても意義を有するとされる。また、同決定は、私的自治を「法生活における自己決定」と読み替え、「契約当事者の一方が契約内容を事実上一方的に規定することができるほどに優位にあると、このことは契約当事者の他方にとって他者決定となる」という場合を問題としている。そのうえで同決定は「契約当事者の一方の構造的な劣位を認識させる類型可能な事例にかかわる問題であり、契約の効果が劣位契約当事者に過剰な負担をかけるのであれば、民法秩序はそれに応え、修正を可能としなければならない」という要請は「私的自治の基本権保障（GG2 条 1 項）および社会国家原理（GG20 条 1 項、28 条 1 項）から推論される」と判示していた³²⁰。同決定は、たしかに自己決定の問題として捉えているが、そこでは交渉力の不均衡という経済的・社会的な不均衡が前提とされている。この点、Ruffert がすでに「経済的・社会的な不均衡がそれ自体で保護義務を GG2 条 1 項から生じさせない」し、「GG2 条 1 項は、法律行為にもとづく過剰に負担をかける効果から保護しない」としている点は注目に値する³²¹。その意味

³¹⁸ 参照、本稿第 3 章第 2 節第 3 款。

³¹⁹ Vgl. BVerfGE 81, 242, 256 f.

³²⁰ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232 f.

³²¹ Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 339. 本稿第 1 章第 1 節第 2 款も参照。

で、上記の要請は、社会国家原理を実現するという側面を有することから、保護義務の内容を越えるものを含んでいた。それゆえに、連帯保証決定は、保護義務判例を参照指示することなく、Lüth 判決のみを参照指示していたと理解することができよう。これにより、連帯保証決定において、一方で契約締結過程の事実を考慮することが可能とする「契約当事者の一方の構造的な劣位を認識させる類型可能な事例にかかわる」か、他方で契約効果による不利益を考慮することが可能となる「契約の効果が劣位契約当事者に過剰な負担をかける」という要件³²²が導かれることになる。

³²² Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

第4章 BVerfG 判例の家族法領域における国家の基本権保護義務論

第4章では、GG6条4項にかかわるBVerfG判例を概観する。BVerfGが契約対等侵害事例において国家の基本権保護義務論に依拠しているとされる判例である、婚姻契約決定は、保護義務を導く条文として、GG2条1項とGG6条4項、およびGG6条2項を挙げている。この点、第3章で検討した連帯保証決定とは異なり、GG20条1項などの社会国家原理条項を参照指示していない。このことから、BVerfGが、契約対等侵害事例においても、国家の基本権保護義務論に依拠することを明示したと理解するべきだとする理解が主張されている。この点、たしかにGG6条は、たとえば1項や2項において国家の基本権保護義務論に依拠していると理解することができるBVerfG判例が存在し、実際に学説においても主張されることが多い。しかし、GG6条4項に関していえば、国家の基本権保護義務論とは相いれないとされる、社会国家原理の具体化条項とされている点は注目に値する。

第1節 婚姻契約決定の判断

さて、婚姻契約決定³²³の判断について概観する。同決定においては、離婚後の扶養請求権および養育費請求権の放棄をすることなどを定める夫婦財産契約に対して良俗違反を認めなかった上級ラント裁判所(OLG)の判断の合憲性が問題となった。当時26歳の憲法異議申立人は、初婚時の5歳の子の世話をし、後の夫であるパートナーと2年間同居していたところ妊娠が判明した。そして、婚姻前に上記の内容を含む夫婦財産契約を締結した。そして、両者は婚姻を結び、数か月後に2人の息子が誕生した。なお、申立人は、産休の終了後、夫よりも相当低い賃金で前職の事務員に復職した。その後、夫婦は離婚した。数年後、元夫婦の息子が父親に対して情報提供と養育費を求めて訴えを提起したところ、ラント裁判所は収入の情報提供を命じた。そして父親は、申立人に対して子からの扶養請求の免除を求めて訴えを提起した。ラント裁判所は、上記訴えを棄却したが、控訴審であるラント上級裁判所は、夫婦間の合意が有効である旨判示した。これに対して、申立人が、憲法異議を申し立てた³²⁴。この点、同決定によれば、OLGの判断は、「GG6条4項と関連があるGG2条1項にもとづく異議申立人の権利を侵害する。さらに、GG6条2項に抵触する」とされる³²⁵。

同決定の判断は、4点に大別される。すなわち、①私法取引と基本権の関係、②婚姻契約自由の限界、③GG6条4項にもとづく母親の保護、④GG6条2項にもとづく子の保護である。

第一に、婚姻契約決定は、私法取引と基本権の関係について言及する。まず、基本権は私

³²³ BVerfGE 103, 89. 同決定について、大串・前掲注69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」49頁以下を参照。また、そこで列挙した文献のほか、以下のものも参照。Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 146 f., Cremer, a.a.O. (Anm. 105), S. 480 f.

³²⁴ Vgl. BVerfGE 103, 89, 94 f.

³²⁵ BVerfGE 103, 89, 99.

法取引においても妥当する、と照射効判例である L \ddot{u} th 判決を参照指示する³²⁶。そのうえで「国家は、その限りにおいて各人の基本権を保護し、他者による侵害からこれを守らなければならない」として国家の基本権の保護義務を確認する。そこでは、国家の基本権保護義務論に依拠すると評価される BVerfG 判例が参照指示される³²⁷。次に、契約自由の内容について語る。それによれば、私的自治は、自己決定の諸前提が事実上も存在していなければならない。当事者の意思の合致は利益調整を推論させるのであって国家はこれを原則として尊重しなければならないとされる。ここで代理商決定が参照指示される³²⁸。そのうえで、「とりわけ一方的な契約上の負担と、契約当事者の相当に不対等な交渉的地位にもとづいて、契約関係において当事者の一方がそのような優位にあることが明白である場合には、他方の当事者にとって自己決定が他者決定となるのを回避させるために両当事者の基本権的地位の確保を目指すことが法の任務である」として、連帯保証決定³²⁹が参照指示され³³⁰、同決定においても実質的契約自由の理解に立脚することが示される³³¹。

第二に、同決定は婚姻契約自由の射程とその限界について語る。以上の点は、婚姻契約にも妥当するとされる。そのうえで、同決定は関連する基本権についてそれぞれ言及する。それによれば、夫婦の権利は、GG6 条 1 項によって保護される。もっとも、これによる保護は、「婚姻の法律による形成を前提とする」。その際に、夫婦・家族の自由は GG3 条 2 項ともかかわる。このことから、「憲法上保護されるのは夫と妻が同権的パートナーシップにある婚姻である」。そして、同決定は、婚姻契約の内容規制を以下のように語る。すなわち、「国家が契約によって夫婦関係および双務的権利義務を形成する配偶者の自由の限界を、契約が同権的生活パートナーシップの表象および結果でなく、不対等な交渉的地位にもとづく一方配偶者の一方的な優位を反映するところに定めなければならない」、と。そして、契約対等が侵害された事案では一般条項によって契約の内容規制を行い、場合によっては修正しなければならないとして、連帯保証決定³³²を参照指示し、婚姻契約の内容規制の必要性について判示する³³³。

第三に、同決定は、妊娠中の母に対する GG2 条 1 項と関連する GG6 条 4 項にもとづく保護義務について語る。同決定によれば、「婚姻の自由は、無制限の婚姻契約を結ぶ自由を正当化するものではなく、とりわけ婚姻契約のもとの一方的な負担の分配を正当化するではない。したがって、婚姻に関する法律の一部は、慣習として強行法である」。この点、「婚姻契約に女性の不利益になるような一方的な負担の分配が認められる内容が含まれており、婚姻前および妊娠に関連して締結された場合に、GG6 条 4 項にもとづく妊婦の保護および

³²⁶ BVerfGE 7, 198, 205f.

³²⁷ Vgl. BVerfGE 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 88, 203.

³²⁸ BVerfGE 81, 242, 254.

³²⁹ BVerfGE 89, 214, 232.

³³⁰ Vgl. BVerfGE 103, 89, 100 f.

³³¹ 参照、大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」49 頁以下。

³³² BVerfGE 89, 214, 234.

³³³ BVerfGE 103, 89, 101.

配慮をもとめる請求権は、婚姻契約の合意内容を特別の裁判官による内容規制に服させることを要求する」とされる。そのうえで、同決定は、未婚の妊婦が劣位の状況にあることを確認する。それによれば、「未婚の妊婦が、将来期待される子の世話と責任を1人で担うか、父親との間に結ばれることになる婚姻契約の代償として、子の父親と結婚し責任を負わせるか、という二者択一に迫られている場合には、劣位の状況が認められる。彼女の交渉上の立場は、彼女の現実の状況、未婚の母親としての法的立場、およびとりわけ彼女自身と期待される子どもの生活を確保する努力によって弱められる」とされる。同決定は、さらに、妊娠が女性に対して多大なる影響を与えること、未婚の妊婦の責任および配慮などの負担の大きさ、そして未婚の母親の経済状況の深刻さなどを、諸々の学術的成果などを用いて確認している。こうした考察から、同決定は、妊婦の社会的・経済的劣位の状況を強調する。もっとも、同決定は、契約不平等を妊娠からのみ認定しようとししない。すなわち、「婚姻契約締結時の妊娠は、契約を裁判官による厳格な規制に服させる原因となる契約不平等の徴候のひとつにすぎない」とし、同決定は、妊娠に加えて資産状況、職業の資格および婚姻後の就労と家事の分配も挙げている。そのうえで、同決定は、「契約内容もこうした未婚の母親の劣位の状況を示す」、すなわち「契約が妊婦に一方的に負担を課し、彼女の利益を適切に考慮しない場合には」、保護が必要であるとして、連帯保証決定³³⁴を参照指示する。以上を踏まえて、同決定は、とりわけ異議申立人には離婚後には収入が少なく、夫婦が共同で扶養する子に加えて自らの子を含めた2人を扶養する必要があったことから、異議申立人の経済状況は長期的に厳しい状況にあり、「自らの努力だけでは収入状況の大幅な改善が期待できなかった」ために、夫に比して負担が大きいことを、OLGは適切に考慮しなかったと評価する³³⁵。

第四に、妊娠中の母の保護義務違反とならんで、婚姻契約決定は、OLGが子の利益を十分に考慮していないことも問題とする。同決定によれば、GG6条2項1文は、子の育成および教育に関する両親の権利義務を定めるところ、それは子の福祉に仕えるものであり、子の利益における基本権であるとされる。また、「親の責任には、自らの財産に応じた方法で、同時に合理的な方法で子に配慮し、世話を行うことが含まれる」。したがって、離婚した場合に関する合意をする場合には、「両親には、通常は別離と結びついた子の精神的負担が可能なかぎり軽減され、子の世話に対する合理的で子の利益にかなう解決策を見つけ出す責任がある」。この点、離婚した場合に親権者の養育費が放棄される場合には、「子の利益にかなった世話や、双方の親の事情におうじた金銭扶養が確保されなくなることは、子に対する責任に応じず、子の福祉を害する」とされる。もちろん、「両親がどのように育成責任を果たし、どのように子の生活状況を形成するかは、GG6条2項1文によって、両親の第一次的な決定権にある」。しかし、「それは、両親が原則として子の利益を最大限確保するという考慮にもとづく」とされ、例外はあるものの、少なくとも「両親の一方が子の利益を確保す

³³⁴ Vgl. BVerfGE 89, 214, 234.

³³⁵ Vgl. BVerfGE 103, 89, 102 f.

るという任務から解放されることを望む場合には、GG6 条 2 項 2 文は、国家が子の福祉を保護するために活動することを要求する」とされる。この点、たしかに「一方の親の養育費免除は、他方の親の子の養育費請求には法的効力を有しない」が、「実際には、世話をする親が十分な経済的手段を有していない場合には、子の経済状況は根本的に変化する」ことが指摘される。この点、OLG は、「離婚後の扶養請求権の免責が、子の請求権の実現に、そして同時に子の利益に影響を与えうる」ことを考慮しなかった。それゆえに、OLG は、GG6 条 2 項の解釈を、子の福祉に不利になるよう誤解していたと評価する³³⁶。

こうして婚姻契約決定は、まず Lüth 判決のほかに保護義務判例を参照指示し、国家が基本権を保護し、他者による侵害からこれを守らなければならないとした。この点、同決定は、代理商決定や連帯保証決定とは異なり、明示的に国家の基本権保護義務論に依拠すると評価される BVerfG 判例を参照指示し、保護義務についても語った点で、国家の基本権保護義務論を採用していると評価される³³⁷。

しかし他方で、同決定は、Lüth 判決をも参照指示しており、代理商決定や連帯保証決定と共通する側面も有している。この点、学説においても、同決定が、明示的に国家の基本権保護義務論に依拠しているように判示した点に対して、連帯保証決定などの判例との整合性を疑問視する見解がある³³⁸。また、同決定はたしかに保護義務判例を参照指示しているが、代理商決定・連帯保証決定から続く自己決定の諸前提の保障の判断のなかで、実は「従来の」、あるいは「古典的な」保護義務判例を参照指示していない点を指摘し、むしろ「両当事者の基本権的地位を維持しようと努力することが法の任務であるとする内容形成モデルを援用している」と評価する見解も存在する³³⁹。

さらに、上記判例との比較において注目すべきは、婚姻契約決定が GG2 条 1 項に加えて、夫婦・家族にかかわる基本法の規定を挙げて母や子の保護を説いていた点である。たとえば、同決定で問題となる保護法益が、「不利に取り扱われた妊娠中の妻の自己決定であったのか、無思慮な心理的圧迫のもとで引き受けられた債務によって危険にさらされた妻（および子の）経済的生活基盤であったかどうか」³⁴⁰は必ずしも明らかではないと評価されている。それでは、婚姻契約決定が、以上のように、GG6 条 4 項から母親の保護、GG6 条 2 項から子の福祉の保護を導き出す判断はいかなる意味を有するのか。

この点、以下にみるとおり、GG6 条 4 項で問題となっている妊娠中の母親の保護は、実は、第 3 章で検討した代理商決定および連帯保証決定と共通する傾向を有しており、GG6 条 2 項において保護が求められる子の福祉の保護は、深夜労働禁止決定などの BVerfG 判例の流れを汲むものであった。

³³⁶ Vgl. BVerfGE 103, 89, 107 f.

³³⁷ 参照、小山・前掲注 27)『基本権の内容形成』160 頁以下。なお、大串・前掲注 69)

「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」50 頁以下も参照。

³³⁸ Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 151.

³³⁹ Vgl. Cremer, a.a.O. (Anm. 105), S. 480-481.

³⁴⁰ Matthias Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2003, S. 182-183.

第2節 GG6条の解釈論について

以上のように、婚姻契約決定は、問題となる契約の良俗違反を認めなかった専門裁判所の判断の違憲性を認めるにあたって、第一に、GG6条4項にもとづく妊娠中の母親に対する保護義務、第二に、GG6条2項にもとづく子の利益の保護義務の違反を認めている。この点、以下において概観するとおり、たしかにGG6条の解釈論において国家の基本権保護義務論が導入されるべきだとされる領域は多岐にわたる。そして、婚姻契約決定が参照指示するGG6条2項においてもそれは有力に主張されているといえる。本節では、基本となるGG6条1項の解釈、次に2項の解釈、最後に2項の解釈と関連するGG2条1項の解釈論という順に概観する。

第1款 GG6条1項の解釈

ドイツにおいて基本権に多面的な機能が与えられているように、GG6条に対しても多元的機能が認められている。わが国においてもすでに紹介されているように、たとえばGG6条1項³⁴¹は、「1957年の夫婦合算課税違憲決定の中で、古典的な基本権理解に基づく『制度保障』『古典的基本権としての自由権』であるとともに、客観的次元として『婚姻および家族に関わる私法および公法の全領域についての拘束的価値決定を伴う原則規範』でもあるとされている。ここでの『拘束的価値決定を伴う原則規範』とは具体的には、『侵害の禁止』、『不利益取り扱いの禁止』、『促進の要請』の3つを指す、これらの3つの機能は、これ以降、今日に至るまで家族に関するさまざまな判決に影響を及ぼしている」とされる³⁴²。とくに、上記の「制度保障」および「古典的基本権としての自由権」はわが国においても周知されているため本稿では詳述しない。

他方で、「拘束的価値決定を伴う原則規範」については、GG6条における基本権保護義務と社会国家原理の関係という本稿の関心から、若干言及する必要がある。こうした「拘束的価値決定を伴う原則規範」は、国家の基本権保護義務とかかわる。それは、前記1957年の夫婦合算課税違憲決定において、「単に原告らの私的経済領域への介入という侵害が生じるにとどまらず、既婚者一般に作用する、非婚者と比較した場合の相対的差別というかたちの不利益が発生していたから」、いわゆる防御権を越えて「合算課税が夫婦のみに適用されることに着目し、非婚者一般と比較した場合に夫婦一般に不利益を及ぼしていると判断した」

³⁴¹ GG6条1項「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」（高田ほか訳・前掲注65）『ドイツ憲法集〔第7版〕』214頁以下）。

³⁴² 倉田賀世『子育て支援の理念と方法—ドイツ法からの視点』（北海道大学出版会、2008年）83頁。また、GG6条1項について、春名麻季「人権論から見た家族・親子制度の基底的原理について（1）～（3・完）——憲法秩序における『人間の尊厳』原理の規範的一場面」四天王寺大学紀要56号（2013年）53頁以下、57号99頁以下、58号（2014年）59頁以下も参照。

とされる³⁴³。こうした作用が基本権の作用としてどのように位置づけられるかは明らかではないとしつつ、最終的に「この観点をはじめて認めた上述の1957年決定で、不利益取り扱いの禁止ならびに促進の命令を積極的な責務すなわち作為義務であると理解し、これと同時に不利益取り扱いの禁止を国以外の勢力による侵害からの防衛である、と述べていることからすれば、6条1項の客観法的次元から生じる効果を、第三者により生じる基本権保護法益の侵害に対して国が積極的措置をとるものであるとされる、国家の保護義務と関連づけることは可能であるとされる」と評価される³⁴⁴。

以上のように、GG6条1項の解釈論は、わが国で周知のとおり、防御権、制度的保障、そして「拘束的価値決定を伴う原則規範」の3つの基本権機能に区別される。そのうち、GG6条1項の「拘束的価値決定を伴う原則規範」は、判例・学説において、保護義務と結びつけられるとされている。そこでは、BVerfG判例にいう、「拘束的価値決定を伴う原則規範」という、GG6条1項の基本権の客観的側面から、婚姻、とりわけ非婚者一般と比較した夫婦一般に対する合算課税による相対的差別という不利益からの国の保護義務が導き出されると評価される。

第2款 GG6条2項の解釈

次に、婚姻契約決定においても参照指示されているGG6条2項について概観する。同条項も、とりわけ学説において国家の基本権保護義務論と結びつけられる傾向にあるとされる。

GG6条2項³⁴⁵は、GG6条2項は親子関係を規律し、子どもの権利、そしてそれにかかわる親の権利を憲法上保障する³⁴⁶。すなわち、GG6条2項においては、子どもと親の関係を国家がどのようにかかわるのが問題となる。こうした規律対象の性質から、GG6条2項

³⁴³ 倉田・前掲注342)『子育て支援の理念と方法』90頁。なお、夫婦合算課税違憲判決(BVerfGE 6, 55)については、小林博志「夫婦合算課税と婚姻、家族の保護」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社、2003年)209頁以下を参照。

³⁴⁴ 倉田・前掲注342)『子育て支援の理念と方法』91頁。

³⁴⁵ GG6条2項「子どもの育成および教育は、親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課された義務である。この義務の実行については、国家共同体がこれを監視する」(高田ほか訳・前掲注65)『ドイツ憲法集〔第7版〕』215頁)。

³⁴⁶ GG6条2項の議論状況について、横田光平『子ども法の基本構造』(信山社、2010年)(初出、同「親の権利・子どもの自由・国家の関与一憲法理論と民法理論の統合的理解一(1)～(10・完)」法学協会雑誌119巻3号(2002年)359頁以下、11号2109頁以下、12号2405頁以下、120巻1号(2003年)138頁以下、2号362頁以下、3号563頁以下、4号800頁以下、5号1210頁以下、6号1210頁以下、11号2435頁以下)、篠原永明「憲法と親権制度：ドイツ法を参考に」比較憲法学研究31号(2019年)1頁以下を参照。

は、基本権の第三者効論と関連づけられてきた³⁴⁷。横田光平は、国家の基本権保護義務論が唱えられるようになると、GG6条2項が規律する「親子関係と憲法との関係についても同様の立場が有力になったものと理解される」と評価する³⁴⁸。そこでは、*Michael Coester* と *Matthias Jestaedt* の見解が示される。すなわち、「ケスターは次のような見解を示している。『裁判所が子どもの増していく成熟に法的位置価値を認めることによって、裁判所は直接的に子どもの基本権を親に対して実現するのではなく、『立法者が基本権の保護要請機能を変換する際に有する形成裁量の行使において親の配慮の法律代替的分離 (Ausdifferenzierungen) を生ぜしめるのである』。……またイエステートは次のような見解を示している。『基本権はもっぱら国家に向けられているので、基本法6条2項1文はあらゆる人に対して作用する絶対的な法的地位を認めるものではない。しかし、その実質的保障内容は、基本権に義務づけられる国家が、あらゆる人、すなわち (学校以外の) 私的共同教育者とも比べての親の優位を法律により効果的に形成し、保護するように解釈される。言い換えるなら、基本法6条2項1文は、確かにそれ自体は私法秩序の意味における絶対的権利ではない。しかし、それは法律に媒介された絶対的な法的地位を親に与えるよう立法者を義務づける』、と³⁴⁹。

以上のように、GG6条2項は、学説において、子どもの自由および利益を保護するものと理解される。GG6条2項は、親と子の関係を規律するという関係上、基本権の第三者効論と関連づけられ、同理論において国家の基本権保護義務論が有力に説かれるとともに、GG6条2項においてもかかる理論に立脚すべきだと有力に主張されるようになっていくと評価される。換言すれば、子の利益はまさに国家の基本権保護義務論にいう基本権法益として認められるようになっていったのである。この点を踏まえると、婚姻契約決定がGG6条2項にもとづいて子の利益の保護義務を生じるとしていた点については、国家の基本権保護義務論に依拠していると評価することが可能であるといえる。

第3款 GG2条1項にもとづく一般的人格権の保護

また、補論として、GG2条1項にもとづく一般的人格権にも言及する必要がある。なぜならば、上記のGG6条2項において保障される、子の利益という憲法上の法益は、GG2条1項にもとづく一般的人格権においても保障されることがあるからである。そこにおいても、GG6条2項と同様に、GG2条1項にもとづく一般的人格権の保障は、とりわけ BVerfG 判例において明示的に保護義務と結びつけられる。それが以下において概観する父性情報決定である。

³⁴⁷ 参照、横田・前掲注346)『子ども法の基本構造』432頁以下。

³⁴⁸ 横田・前掲注346)『子ども法の基本構造』439頁。

³⁴⁹ 横田・前掲注346)『子ども法の基本構造』439頁

・父性情報決定における保護義務と一般的人格権³⁵⁰

同決定において、婚外子が母親に対して実の父が誰であることを明らかにするよう請求する権利を有するかが問われた。婚外子の娘（原審における原告）は、実の父の名前と住所に関する情報を請求した。娘は出生後まもなく児童保育所（Kinderheim）に預けられ、のちに里親によって育てられた。娘は、人格権の理由からも相続法上の理由からも自らの父の身元を明らかにすることを申し立てた。さらに、娘は父が身分証および身分関係証書に記載されているという利益を有しているという。これに対して、上記娘の母親（本件憲法異議申立人）は、とりわけ法定妊娠期間中に複数の男性と性交し、そのうちに結婚し健全な家族生活を過ごしていたと主張した。区裁判所は、原告である娘の請求を認容した。これに対してラント裁判所は、区裁判所の判断を一部変更した。それによれば、原告の情報請求権は、GG6条5項、2条1項および14条1項と関連するBGB1618a条から生じるのであって、原告の父である可能性のある男性を明らかにするよう命じた。これに対して、母親は、GG2条1項にもとづく基本権が侵害されたとして、憲法異議を申し立てた³⁵¹。

同決定の判断は、主に3点に大別される。すなわち、①基本法における一般的人格権に関する一般的判示、②ラント裁判所の判断について、そして③婚外子の情報請求権と保護義務の3点である。

第一に、BVerfGは、基本法における一般的人格権の一般論を語る。すなわち、「GG1条1項と関連する2条1項から導かれる一般的人格権は、親密な個人の生活領域およびその基本的諸条件の保持を保護する……。それは、とりわけ私的および内密領域の尊重をもとめる権利を含む。それに属するのは、家族領域やパートナーとの性関係である……。それを越えて、一般的人格権は、原則としてどの程度において、そして誰に対して個人が個人的な生活関係を明らかにするのかについて自ら決定する個人の権限を保護する」。「一般的人格権は、しかし留保なしに保障されるわけではない。私的生活形成の不可侵領域へ介入されない限りで、個人は重要な一般的利益においてまたは基本権により保護された第三者の利益の考慮において比例原則の厳格な適用によって行われる諸々の制限を受ける……。私的生活形成の不可侵領域への介入は、本件ではすでに情報が請求された関係から原告である娘が第三者として生まれ、娘の人格的領域が著しく侵害される……」、と³⁵²。

第二に、同決定は、ラント裁判所の判断を確認する。まず、GG6条5項、2条1項および14条1項と関連するBGB1618a条から母親に対する情報開示請求権を導くことは、違法な

³⁵⁰ BVerfGE 96, 56. 同決定について、Vgl. Ruffert, a.a.O. (Anm. 126), S. 149. 邦語文献として、大久保倫夫「婚外子の父を知る権利と母の人格権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 III』（信山社、2008年）43頁以下、春名麻季「自己の出生をめぐる憲法上の利益について—ドイツの『出自を知る権利』を中心に—」六甲台論集法学政治学篇 49巻3号（2003年）37頁以下を参照。

³⁵¹ Vgl. BVerfGE 96, 56, 57 f.

³⁵² BVerfGE 96, 56, 61.

法形成の限界を越えることはなかったとする。それは、国家官庁の情報開示請求権を否定したかつての裁判所にもかなうし、BGB1618a 条の成立史も考慮しているとされる³⁵³。

第三に、そのうえで、ラント裁判所の判断は、しかし GG1 条 1 項と関連する 2 条 1 項にもとづく保護義務を履行する場合に与えられる余地を見誤ったとされる。同決定によれば、「GG1 条 1 項と関連する 2 条 1 項によって保護された子の出自を知る権利によっても GG6 条 5 項または GG14 条 1 項によっても、婚外子が母親に対する父親の開示請求権を有するかという問題に対しては、特定の結論があらかじめ定められている。そのような請求権が存在するのかは、むしろ立法府または裁判所によって諸々の基本権から導かれる保護義務を履行する際に決定されなければならない」とされる。この点、BVerfG は一般的人格権について次のように述べる。すなわち、「一般的人格権は、たしかに自らの出自を知る権利も含む。GG1 条 1 項と関連する 2 条 1 項は、しかし自らの出自に関する知識の調達を求める権利を与えるのではなく、国家機関が入手可能な諸々の情報を不当に引き渡さないことから保護しうるにすぎない (vgl. BVerfGE 79, 256 [269])」、と。また、GG6 条 5 項および GG14 条 1 項から、上記請求権またはそれに関する基準が読み取られることはないとされる。そのうえで、「GG1 条 1 項と関連する 2 条 1 項からは、しかし人格の発展にとって根本的な諸条件の保障とも関連する国家機関の保護義務が導かれる」、として上記の子の出自を知る権利に関する BVerfG 判例に加えて、一般に国家の基本権保護義務判例に分類されるエッブラー決定³⁵⁴を引用する。BVerfG によれば、「一方で第一次的に基本権から導かれる国家による介入に対する主観的防御権と、他方で基本権の客観的意義から生じる保護義務は、しかし防御権が目標設定および内容において一定の国家活動を要求する一方で、保護義務が原則として不特定である限りで基本的にそれぞれ区別される。どのように国家機関が保護義務を履行するかは、当該機関によって自己責任において決定されなければならない」とされ、そこでシュライヤー決定が参照指示される³⁵⁵。それは、基本法によって要請される保護が問題となる事例において適用されるだけでなく、「互いに対立する基本権を衡量し、保護義務の履行の特定の形式が有しうる消極的な帰結を考慮することは、そのつど管轄する国家機関の任務でもある」とされる。そのうえで、BVerfG が第二次墮胎決定³⁵⁶において「保護コンセプトの提示および規範的転換が、原則として法益を保護する措置を講じる義務がある場合にも評価、判断および形成余地が与えられる立法府の事項である」とした点を指摘する。

³⁵³ BVerfGE 96, 56, 61 f.

³⁵⁴ BVerfGE 54, 138. 同決定について、押久保倫夫「一般的人格権の性質と保護領域—エッブラー事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第 2 版〕』（信山社、2003 年）54 頁以下を参照。

³⁵⁵ BVerfGE 46, 160. 同決定について、青柳幸一「人間の尊厳と国家の保護義務—シュライヤー決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第 2 版〕』（信山社、2003 年）。

³⁵⁶ BVerfGE 88, 203.

さらに、「同様のことは、民事裁判所が立法府の決定がない場合に法形成または不特定概念の解釈という方法で保護義務を履行する……、またはこうした義務が行政機関によって履行されるべきである場合に妥当する」とされる。これに対して、同決定は、ラント裁判所が同裁判所に与えられる衡量余地を誤解したとする。それによれば、「ラント裁判所は、母親に対する婚外子の情報開示請求権をたしかに基本法から直接的に導いたのではなく、民法の規定から導いた。BGB1618a 条を適用する際に、同裁判所は、しかし母親の利益との衡量が狭い限界において認められるにすぎない婚外子の基本権により保護された利益状況を認めた。とくに、同裁判所によって決定的であるとみなされた『誰がさまざまな利益の衝突に責任を負わなければならないのか』という問題は、対立する利益を十分に考慮する可能性を閉ざす。なぜならば、子が、子の出産によって生じた両親の葛藤に責任を負わなければならないということには決してならないからである」。また、「具体的な利益衡量においても、ラント裁判所は、非常に狭い余地を見出したにすぎない」とされる。すなわち、「同裁判所は、たしかに申立人が、法定妊娠期間内で性交した男たちを明らかにしなくてもよいという補強された利益を有することを承認した」が、「最終的に、こうした観点に決定的な重要性を認めなかった。なぜならば、同裁判所が婚外子の利益を具体的に衡量することなく母親や当該男性らの利益よりも優位することを認めたからである」、と³⁵⁷。

以上のように、父性情報決定において、婚外子が母親に対して実の父が誰であることを明らかにするよう請求する権利を有するかが問題とされたところ、これを認め、ラント裁判所の判断を違憲と判断した。そこでは、まず GG1 条 1 項と関連する GG2 条 1 項にもとづく一般的人格権の内容が語られる。それによれば、かかる一般的人格権は、「親密な個人の生活領域およびその基本的諸条件の保持を保護する」。もちろん、それは一般的利益や他者の基本権的利益を害さない限りで保障されるにすぎないとされる。次に、同決定は、ラント裁判所が基本法の各条項と関連する BGB1618a 条から母親に対する情報開示請求権を導いたこと自体は肯定する一方で、上記一般的人格権にもとづく保護義務について判断を誤ったと評価する。同決定によれば、婚外子が母親に対する父親の開示請求権を有するかは、立法府または裁判所によって、基本権にもとづく保護義務を履行するにあたって決定されなければならない。そのうえで、一般的人格権に含まれる子の自らの出自を知る権利は、あくまで「国家機関が入手可能な諸々の情報を不当に引き渡さないことから保護しうるにすぎない (vgl. BVerfGE 79, 256 [269])」。しかし、それでもかかる一般的人格権から「人格の発展にとって根本的な諸条件の保障とも関連する国家機関の保護義務が導かれる」とされる。ここで国家の基本権保護義務論に依拠すると評価される BVerfG 判例を参照指示する。最終的に、同決定は、BGB1618a 条の解釈・適用にあたって極めて限定的な利益衡量を行ったがために婚外子の利益を適切に考慮しなかったとして、ラント裁判所の判断を違憲と評価した。同決定の特徴は、婚外子が自らの出自を知るという子の利益と母親の利益の衡量にあたって、GG1 条 1 項と関連する GG2 条 1 項にもとづく一般的人格権から保護義務を生じさせているという

³⁵⁷ BVerfGE 96, 56. 63 f.

点にある。すなわち、親子関係における子の利益に対して国家が保護義務を負うという構成を用いているという点で、GG6条2項と共通する。

以上のように、子の利益という法益は、国家の基本権保護義務論にいう基本権法益として、BVerfG判例においても認めているということができる。

第3節 GG6条4項の規範内容

以上のように、GG6条1項ならびに2項およびGG2条1項は、たしかにBVerfG判例において国家の基本権保護義務論と結びつけられる。これに対して、GG6条4項は、異なる傾向を示している。すなわち、GG6条4項は、社会国家原理を具体化する条項だと解釈されている。ところで、GG6条4項の解釈上の論点は多岐にわたる。しかし、本章の目的はGG6条4項の解釈それ自体ではなく、婚姻契約決定におけるGG6条4項の意義を検討することにある。そこで、本節の対象をGG6条4項の性質に限定し、関連する論点にのみ言及する。

第1款 GG6条4項に関する学説状況³⁵⁸

GG6条4項は、「すべての母親は、共同社会の保護と配慮とを求める請求権を有する」と定める³⁵⁹。同規定は、ヴァイマル憲法119条3項³⁶⁰の規定よりも「具体的、人的および個人的な保障内実を備えている」とされる³⁶¹。まず、そこでいう「母親」とは、すべての母親であり、既婚の母親も未婚の母親も含まれる。とりわけ、妊婦が主たる主体であるとされる。保護範囲に含まれるか否かの標識のひとつが出産という生物学上の事象であるとされるので、代理母もこれに当たるとされる。事実、BGB1591条においてそれが示されている。これに対して、上記の標識から養母、里親および継母などの「社会的母親」はこれに含まれない。とはいえ、乳児を養子とし養育する母親は、子をなし生んだ母親に比肩する状況にあるのであるから、GG6条4項の保障から「一律に」除外されてはならないとされる³⁶²。

次に、「請求権」の意味内容が問題となる。GG6条4項にいう「請求権」とは、従来の理解とは異なり、BVerfG判例によれば、「第一次的に客観法の保護要請または保護委託の意味において解釈」される³⁶³。すなわち、GG6条4項は、立法府に対する保護および配慮に関する拘束委託（要綱ではない）を含む、と。こうした委託は、母性保護法によって実現され

³⁵⁸ Vgl. *Gerhard Robbers*, Art. 6 GG, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*, Band I, 4. Aufl., München, 1999, Rn. 278 ff., *Rolf Gröschner*, Art. 6 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band I, 2. Auflage, Tübingen, 2004, Rn. 140 ff., *Arnulf Schmitt-Kammler*, Art. 6 GG, in: Michael Sachs (Hg.) *Grundgesetz, Kommentar*, 3. Aufl., München 2003, Rn. 79 ff.

³⁵⁹ 原文は以下のとおりである。“Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.” この点、高田ほか訳・前掲注 65)『ドイツ憲法集』215頁では、「すべての母親は、共同社会の保護と配慮とを請求することができる」と訳されている。GG6条4項の解釈において、下記のとおり権利としての性格が問われていることから“Anspruch”の意味内容が重要であり、本稿では“Anspruch”を「請求権」と訳すこともある。

³⁶⁰ ヴァイマル憲法119条3項「母性は、国の保護と配慮とを求める権利を有する」（高田ほか訳・前掲注 65)『ドイツ憲法集〔第7版〕』138頁）。

³⁶¹ *G. Robbers*, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 280.

³⁶² Vgl. *R. Gröschner*, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 144.

³⁶³ *R. Gröschner*, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 140.

る。また、GG6 条 4 項は、法律を適用・解釈する際に全ての国家機関に対する拘束的効力を伴うすべての私法・公法に対する原則的決定を含む³⁶⁴。さらに、GG6 条 4 項は、社会国家原理を具体化するとされる。したがって、社会国家原理（GG20 条 1 項）から、GG6 条 4 項を越える保護は導かれることはない³⁶⁵。こうした性質を踏まえて、GG6 条 4 項から以下の請求権が導かれるとされる。それによれば、GG6 条 4 項から導かれる保護請求権からは、たしかに「第三者による侵害にもとづく基本権防御の義務」や「健康被害のような自然との関連から生じる危険」に対する保護義務も導かれる³⁶⁶。しかし、GG6 条 4 項においては、それよりも前面に押し出されるのは以下のものである。すなわち、「配慮」を求める請求権は、給付権として金銭給付と関連するが、助言・看護義務においても具体化されうる。さらに、「保護義務および配慮義務は、妊娠中および出産後に職業に従事する女性を職場の喪失から保護する」とされる³⁶⁷。それは、以下でみるとおり、GG6 条 4 項のリーディングケースとされる判例においても強調されている。

以上のように、GG6 条 4 項の解釈においては、第一に、同条項が定める「母親」の範囲が議論され、第二に、同じく同条項が定める「請求権」の意味内容が問題とされる。ここでは、GG6 条 4 項は、立法府に対する保護および配慮に関する拘束的委託を含み、それが母性保護法によって実現されるとされ、また GG6 条 4 項は、法律を適用・解釈する際に全ての国家機関に対する拘束的効力を伴うすべての私法・公法に対する原則的決定を含むとされる。さらに、GG6 条 4 項は、社会国家原理を具体化するとされる。このように、GG6 条 4 項の解釈論においては、立法府に対する拘束的委託や法律の解釈・適用における原則的決定という、これまで概観してきた GG6 条の各条項と共通する点も有する一方で、4 項は社会国家原理と明確に関連づけられるという点で異なる傾向を示している。こうした性質を有する GG6 条 4 項は、たしかに保護義務も生じさせるが、同時にそれとは異なる特殊な作為義務を生じさせるとされる。それは、社会国家原理を具体化するという側面から導かれている。このように学説において、GG6 条 4 項は社会国家原理の具体化条項であるとされ、そこから保護義務とは異なる義務が導かれているとされる傾向がある。こうした点をより具体的に論じるために、以下においては、こうした特殊な義務について判示する BVerfG による、GG6 条 4 項のリーディングケースとされる判例を概観する。

³⁶⁴ Vgl. BVerfGE 32, 273, 52, 357; 60, 68; 85, 360; 88, 203.

³⁶⁵ Vgl. G. Robbers, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 283, A. Schmitt-Kammler, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 81., R. Gröschner, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 142. s. auch BVerfGE 32, 273.

³⁶⁶ Vgl. G. Robbers, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 295.

³⁶⁷ G. Robbers, a.a.O. (Anm. 358), Rn. 296. なお、下記の判例を参照。

第2款 GG6 条 4 項に関する BVerfG 判例

以上のように、GG6 条 4 項は、学説においては、基本権の客観的側面を有するという GG6 条各条項と共通する側面を有している一方で、社会国家原理の具体化条項であるという側面も強調されている。こうした側面は、実は BVerfG 判例においても確認されており、そうした判例が GG6 条 4 項のリーディングケースともされている。以下においては、そうしたリーディングケースとされる判例のうち、妊娠中の女性労働者に対する解雇制限が問題となった2つの判例、第一次母性保護決定と第二次母性保護決定を概観する。こうした判例においては、GG6 条 4 項が社会国家原理を具体化する条項であることが示され、そのうえで、それを実現する母性保護法を介して、妊娠中の女性労働者に対する解雇制限を行う立法府および裁判所の義務が導かれているという点を確認しておく必要がある。

1) 第一次母性保護決定による GG6 条 4 項と社会国家原理との関係に関する判断³⁶⁸

まず、第一次母性保護決定を概観する。

同決定は、「妊娠中および出産後 4 週間が経過するまでの女性の解約通知 (Kündigung) が、使用者に対して解雇の時点で妊娠もしくは出産が知らされていたか、または解約通知の到着後 2 週間以内に通知されている場合には違法である」、と定める母性保護法³⁶⁹ 条 1 項³⁷⁰の合憲性が問題となった。原審の原告は、理髪師として被告に雇われていた。原告は、かかりつけ医に妊娠していることを知らされた。原告に対して被告は労働協約による期限に

³⁶⁸ BVerfGE 32, 273.

³⁶⁹ 母性保護法の条文について、高橋保・梅迫早智子訳「ドイツ母性保護法：職業に従事する母親の保護に関する法律 (母性保護法)」創価法学 30 卷 2/3 号 (2001 年) 171 頁以下を参照。また、母性保護法について、水島郁子「産休・育休中の労働者に対する所得保障—ドイツ法を手がかりとして—」クォータリー生活福祉研究 13 卷 4 号 (2005 年) 8 頁以下も参照。

³⁷⁰ 母性保護法「9 条 解雇禁止

(1) 妊娠期間及び出産後 4 週間を経過するまでの女性労働者に対しては、使用者が解雇通知をする時期にさいして、妊婦若しくは出産の事実を知っている場合又は解雇通知の到着後 2 週間以内にこのことを通知された場合は、解雇通知をすることは許されない。この女性労働者の責めに負わない理由及びこの通知が遅滞なく埋め合わされた場合、この期限の超過は女性労働者にとって不利なものにはならない。第 1 段の規定は、家内労働と同等とみなされる作業に従事する女性にも、その作業の同等性が 1951 年 3 月 14 日の家内労働法 (連邦官報第 1 部 191 頁) 第 9 章—解雇—を対象としている場合のみに適用される」

(高橋・梅迫訳前掲注 369)「ドイツ母性保護法」178 頁以下)。なお、本件事例においては、労働法事例ではあるが、第 3 章第 2 節で検討した解雇事例とは異なり、解約告知の期限に言及されることが多いため、「Kündigung」を解雇ではなく、通常どおり解約告知と訳する。

よって解約告知を行った。原告は、BAG に対して、本件解約が母性保護法の規定から無効であり、労働関係が継続するという確認の訴えを行った。これに対して、BAG は訴訟を中断し、BVerfG に対して母性保護法 9 条に列挙された通知期限が GG6 条 4 項と合致しないという理由から無効であるかという問いを提示した。なお、BAG は、本件期限が基本法に合致するのであれば本件訴えは棄却されるべきだと判示する。それによれば、被告たる使用者に対しては、原告が妊娠していたということは解約告知の時点でも知らされておらず、解約告知の到着後 2 週間以内にも通知されていなかったとされる。これに対して、本件訴えは、2 週間の期限を定める規定が違憲であり、3 週間の期限を定める解雇制限法 4 条が適用されるべきである場合には認容されるべきであるとされる。また、BAG 自身は、母性保護法 9 条 1 項 1 文の 2 週間の期限が GG6 条 4 項、3 条および社会国家原理と一致しないと判断した³⁷¹。これに対して、BVerfG は以下のとおり判断した。同決定の判断は、主に①GG6 条 4 項適合性、②GG3 条適合性、③社会国家原理適合性に大別される。GG6 条 4 項の性質を検討するという本節の目的から、それに関連する①・③の判断を対象を限定する。

第一に、同決定は母性保護法 9 条 1 項に規定される期限は GG6 条 4 項に反しないと判示する。そこでは、まず GG6 条 4 項に関する一般論が示される。すなわち、GG6 条 4 項によれば、「すべての母親も共同社会の保護と配慮を求める請求権を有する。こうした規範は、プログラム命題を含むだけでなく、立法府に対する拘束的委託を含む。かかる委託の履行は立法府の自由裁量にはない」、と。こうした解釈の根拠は、文言に加えて同規定の成立史にもあるとされる。GG6 条 4 項は、WRV119 条 3 項とは明示的に異なる具体的な型を与えられている。すなわち、保護は、「母性 (Mutterschaft)」ではなく、「すべての母親」に与えられる、と。また、BVerfG によれば、「GG6 条 4 項は、GG6 条 1 項 (vgl. BVerfGE 6, 55) ……と同様に、私法および公法の全領域に対して拘束力のある憲法の価値決定の現れである」とされる。なお、同決定は GG6 条 4 項にいう「母親」の具体的範囲について判断していない。本件では、「GG6 条 4 項が妊娠中の労働関係の存続を保障し、立法府に対して妊娠中の母親を職場の喪失から保護せよと命ずる」ということを確認するにとどまる。そのうえで、次に、母性保護法 9 条 1 項は、上記の義務に違反しないとされる。同決定によれば、「妊娠中の母親の解雇制限は、絶対である。使用者に対する重大な過誤 (Verfehlungen) の場合でさえ、解雇は排除される。……妊娠が使用者に一定期間内に通知されなければならないという規定は、憲法上異議が申し立てられるべきではない。なぜならば、使用者は、妊娠中の母親の職業活動によって義務づけられる高められた義務から、労働関係を継続するのか否かについて即時に明らかにしなければならないからである。2 週間の期間は、そのようにして妊娠中の母親が権利の維持における期待可能な注意をもって解雇制限を受けることができないうことを認める。同決定は、母性保護法 9 条の規定を正当化するために関連する母性保護法の規定に言及する。それによれば、「立法府は、すなわち 3 人以上の女性を就業させている使用者に対して、母性保護法の写しを [閲覧に] 適した場所に備付けまたは掲示す

³⁷¹ Vgl. BVerfGE 32, 273, 274 f.

ることを義務付ける（母性保護法 18 条 1 項³⁷²）。それによって、女性が法の不知から母性保護にもとづく権利を行使しないということに対して事前配慮がなされる」。また、「妊娠中の母親が妊娠を知った場合に直ちに使用者に対して妊娠していることを通知すべき旨定める母性保護法 5 条 1 項³⁷³は、職場の喪失に対する予防措置であることが明らかになる」とされる。そのうえで、同決定は、「妊娠中の母親が同規定に従って行動するのであれば、当該母親はそれによってすでに解雇から保護されている」のであって、「当該母親は、解雇までに母性保護法 5 条 1 項に気づかなかった場合でさえ、なおも妊娠を解約通知の到着後 2 週間以内に使用者に通知することによって解雇の効力を回避することができる」とされる。したがって、「母性保護法 9 条 1 項の 2 週間の期間は、いずれにせよ原審手続における原告のように妊娠中の母親が妊娠を解雇の時点ですでに知っており、母性保護法 9 条 1 項 1 文の責めに帰すべく期間を徒過させた場合には GG6 条 4 項と一致する」というのである³⁷⁴。

第二に、BVerfG は「一般的社会国家原理の違反も問題とならない」とする。それによれば、「GG6 条 4 項は、社会国家原理を GG6 条 4 項固有の領域について具体化する。それゆえに、一般的原理からは、本件ではさらなる憲法上の保護を導きだすことができない」とされる³⁷⁵。

以上のように、第一次母性保護決定において母性保護法 9 条 1 項の憲法適合性が問題となったところ、合憲と判断された。そこでは、とりわけ GG6 条 1 項違反が問題とされた。同決定によれば、GG6 条 4 項は、同条項の文言、および成立史から「立法府に対する拘束的委託」を含み、GG6 条 1 項と同様に、「私法および公法の全領域に対して拘束力のある憲法の価値決定の現れである」とされる。そのうえで、本件において GG6 条 4 項は、「妊娠中の労働関係の存続を保障し、立法府に対して妊娠中の母親を職場の喪失から保護を」要請し、母性保護法 9 条 1 項はこれを満たしているとされる。また、同決定は、GG6 条 4 項と社会国家原理との関係についても言及する。それによれば、GG6 条 4 項は、社会国家原理を具体化するものであり、翻っていえば社会国家原理からは GG6 条 4 項以上の憲法上の保護を

³⁷² 母性保護法 18 条「法律の供覧

(1) 常時 3 人以上の女性を就業させている企業及び公共企業体では、この法律の写しを閲覧に適した場所に備付けまたは掲示しなければならない」（高橋・梅迫訳前掲注 311）「ドイツ母性保護法」183 頁）。

³⁷³ 母性保護法 5 条「通知義務・医師の証明書

(1) 妊婦は、自分の容体の変化を知った場合、直ちに妊娠していること及び出産予定日を使用者に通知しなければならない。使用者から請求がある場合は、医師または助産婦の証明書を提出しなくてはならない。使用者は、妊婦の通知を遅滞なく監督官庁に報告しなくてはならない。使用者は、妊婦の通知を権限なく第三者に公表してはならない」（高橋・梅迫訳前掲注 369）「ドイツ母性保護法」175 頁）。

³⁷⁴ BVerfGE 32, 273, 276 f.

³⁷⁵ BVerfGE 32, 273, 278.

導き出すことができないとされる。そこでいう GG6 条 4 項の要請は、社会国家原理の具体化から導き出されているということが示唆されているといえる。同決定において注目すべきは、こうした GG6 条 4 項が社会国家原理の具体化条項であり、こうした性質を有する GG6 条 4 項から妊娠中の母親に対する解雇制限が導き出されているという点である³⁷⁶。こうした判例は、のちの第二次母性保護決定においても、受け継がれている。そのため、次に第二次母性保護決定を概観する。

2) 第二次母性保護決定による GG6 条 4 項と社会国家原理の具体化³⁷⁷

上記第一次母性保護決定ののちに、1979 年 11 月 13 日に BVerfG 第一部において再び母性保護法 9 条 1 項 1 文の合憲性が問題とされた。後者においては、責めに帰すべき事由があった前者の事例とは異なり、女性労働者側に責めに帰すべき事由なく母性保護法 9 条 1 項の期間を徒過してしまった場合にも、解雇制限を与えないとすべきかが問われた。本決定は、3 つの労働裁判所から BVerfG に判断を求められたものであるが、本節ではそのうち Düsseldorf 労働裁判所の事案を紹介する。すなわち、原告は、1971 年 3 月 31 日から被告たる商人のもとで働いていた。1977 年 2 月 17 日に使用者は 1977 年 3 月 31 日までに労働関係を解約すると告知した。Regel-Tempo-Störungen に悩まされていた原告は、1977 年 3 月 4 日に婦人科医を訪れたが、1977 年 3 月 11 日にはじめて妊娠していることを確認することができた。原告はこのことを使用者に対して 1977 年 3 月 12 日に医師の診断書の提出することで通知し、同時に解雇に異議を唱えた。被告たる使用者は、原告が解約告知の時点で妊娠していたということを否認し、また通知期間を徒過していたことを主張した。BAG は、原告が解雇時点で妊娠していたことを確認し、そのうえで母性保護法 9 条 1 項 1 文を、妊娠中の女性労働者が期限ぎりぎりになってもなおも妊娠していることを知らず、使用者に対して妊娠していることを知り次第これを通知した場合に限り違憲であるとみなした。立法府は妊娠中の女性労働者に対する保護義務をその限りで履行しなかったのだとされる³⁷⁸。

これに対して、同決定は結論として女性労働者側に責めに帰すべき事由なく母性保護法 9 条 1 項の期間を徒過してしまった場合にも、解雇制限を与えないこととなる母性保護法 9 条 1 項 1 文は GG6 条 4 項に反すると判断した。同決定の判断は、①GG6 条 4 項違反、②母性保護法 9 条 1 項 1 文の憲法適合的解釈の可能性、という 2 点に大別される。

第一に、「母性保護法 9 条 1 項は GG6 条 4 項に違反する」とされる。BVerfG は、「GG6 条 4 項は、すべての母親に対して共同社会の保護および配慮を与えるという立法府に対する拘束的委託を含む。……かかる憲法委託は、とくに妊娠中の母親の保護にまで及ぶ」として上

³⁷⁶ なお、ここで、第 3 章第 2 節第 3 款で言及した小規模事業所条項 I 決定も、解雇制限に対する憲法上の保護の要請が問題とされていたところ、社会国家原理の影響を受けていると思われる判示を行っていたことが想起されよう。

³⁷⁷ BVerfGE 52, 357.

³⁷⁸ Vgl. BVerfGE 52, 357, 358 f.

記第一次母性保護決定を参照指示する。そのうえで、BVerfGは「母性保護法9条は、上記憲法委託を妊娠中の母親の解雇の原理的禁止によって考慮する」と指摘する。なお、「その際に、回避されえないのは、妊娠中の母親の特別の保護が、それに対応する使用者の利益の制限を必然的に伴うということである。それゆえに、絶対的な解雇制限が妊娠中の母親の保護の必要性を十分に評価する際にも使用者の利益への過剰な介入をなす場合がありうる」とされる。しかし、同決定は、このことが妊娠中の母親の解雇制限の制限を正当化することにはならない旨判示する。それによれば、「使用者に対する介入は、母性保護法9条1項1文の2週間の期間を責めに帰すべきでなく徒過し、および直ちに通知を行った場合には、厳格に制限される」。この点、たしかに使用者にとっては、母性保護法9条1項1文によって、2週間の期間の経過後も解雇の有効性は不安定のままであり、「それによって法的安定性および法的明確性も侵害される」。しかし、それは一般的解雇制限法においても同様である。たとえば解雇制限法4条および5条³⁷⁹は、責めに帰すべきでない事由にもとづいて期間を徒過した場合にも遅きに失した訴えの許可および解雇制限訴訟の提起の可能性を定めている。これにより、解雇の有効性は、判決が確定するまで不安定のままである。そうだとすれば、「GG6条4項によって要請される妊娠中の母親の解雇制限を奪うことを根拠づけることができない」とされる。次に、同決定は本件のように問題となる事案が少ないということを論拠として挙げる。それによれば、通常は、「使用者に対して妊娠は母性保護法5条によって知らされており、その結果として有効な解雇は……除外される」。そのうえで、「女性労働者が……母性保護法5条の要請に従わなかったために妊娠が使用者に対して知らされていなかったのであれば、解雇の事例において2週間の期間の徒過は通常は責めに帰すべきであり、その結果として……BAGおよびBVerfGの判例にもとづく法状態(Rechtszustand)に対して変更は生じないであろう」とされる。結局のところ、問題となるのは「女性労働者が解約告知の際にすでに妊娠していたが、自らの容体を責めに帰すべきではない事由によってなおも知らせず、2週間の期間内に知らせることができた事例」である。こうした事例においては、憲法により保障された妊娠中の母親の保護よりも法的安定性が優先しうる、と同

³⁷⁹ 解雇制限法4条「労働裁判所への提訴

労働者が、解約告知が社会的に不当であり、または、その他の理由に基づき法的に無効であると主張しようとする場合には、当該労働者は、書面による解約告知の到着から3週間以内に、労働関係が解約告知によって解消していないことの確認訴訟を労働裁判所に提起しなければならない。

解雇制限法5条「遅れた訴えの許可

(1) 労働者が、当該状況において期待可能な一切の注意をつくしたとしても書面による解約告知の到着後3週間以内に訴えを提起することが妨げられたときは、申立てに基づき訴えが事後的に許容され得る。女性が責めに帰すべきでない事由に基づき、第4条1第1文に基づく期間を徒過してから、妊娠を知った場合も同様である」(荒木ほか編・前掲注289)『諸外国の労働契約法制』179-180頁を参照)。

決定は判示する³⁸⁰。

第二に、同決定によれば、母性保護法9条1項1文の「憲法適合的解釈の可能性は提示されない」とされる。すなわち、「母性保護法9条1項1文の文言からは、妊娠が使用者に解約告知の時点で知らされているか、または解約告知の到着後2週間以内に通知される場合に妊娠中の女性に対する解約告知が無効であるということだけが読み取られうるにすぎない」、と。同規定の「一義的な」文言によれば、妊娠の通知ができなかった理由は重要ではなく、「一義的に」2週間の期間内の表示にいつさいの例外を認めない。また、「立法府自身が真正の除斥期間を採用しようとしたということは、同規定の成立史によって強調される」。以上から、最終的に母性保護法9条1項の違憲性が肯定された³⁸¹。

以上のように、第二次母性保護決定は、第一次母性保護決定とは異なり母性保護法9条1項に対して違憲判断を下している。そこでは、第一次母性保護決定と同様に、GG6条4項が立法府に対する拘束的委託を含み、妊娠中の母親の保護にまで及ぶのであって、それを母性保護法9条は実現するとされる。そのうえで、同決定は、同条項が使用者の利益に対する過剰な介入になる可能性があることも考慮するも、一般解雇保護法における法的不安定性と比較したりそもそもそのような事例が少ないといった事情を挙げ、母親に対する解雇制限の制限を正当化しえないと判断する。同決定にとって正当化可能であるのは、妊娠中の女性労働者による通知における過失があった場合に限るとされる。また、母性保護法9条1項1文の憲法適合的解釈の可能性はないとされる。

こうして、BVerfG判例は、第一次母性保護決定・第二次母性保護決定において、とりわけ妊娠中の女性労働者に対する解雇制限が問題となる事例において、GG6条4項は、「すべての母親に対して共同社会の保護および配慮を与えるという立法府に対する拘束的委託」を含み、それは「妊娠中の母親の保護」にまで及ぶとされ、それを母性保護法9条が実現するとされる³⁸²。こうした要請は、社会国家原理の具体化条項であるGG6条4項から導かれている。すなわち、BVerfG判例においても、学説と同様に、GG6条4項は社会国家原理を具体化するものと評価される傾向にあるといえるのである。

³⁸⁰ BVerfGE 52, 357, 365 f.

³⁸¹ BVerfGE 52, 357, 368 f.

³⁸² BVerfGE 52, 357, 365. S. auch BVerfGE 32, 273, 276 f.

第4節 若干の検討

以上のように、第4章においては、婚姻契約決定を出発点とし、そこにおいて参照指示されたGG6条各項を概観した。第1節においては、婚姻契約決定が、代理商決定および連帯保証決定の流れを受け継いでいることを確認したうえで、同時に上記判例とは異なって、保護義務判例を明示的に参照指示している点が指摘された。こうした点から、契約の対等性が侵害されている場合における保護義務は、国家の基本権保護義務論の意味におけるものであると理解されていることも確認した。しかし、これまで本稿が確認してきたとおり、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障において、従来どおりの保護義務を用いようとする場合には、学説から批判があるうえ、連帯保証決定以後の判例においても必ずしも積極的ではなかったことが想起される。この点、同決定が保護義務の導出にあたって、第一に、GG6条4項から母親の保護、GG6条2項から子の利益の保護という視点から議論を展開している点に着目すべきであることを指摘した。そこで、婚姻契約決定において保護義務を導出するための根拠として挙げられたGG6条各項を検討する必要性を明らかにした。

そのため、第2節においては、GG6条1項および2項、そしてGG2条1項と保護義務の関係について概観した。まず、GG6条1項において、防御権、制度的保障、そして「拘束的価値決定を伴う原則規範」の3つの基本権機能に区別されたうえで、後者の「拘束的価値決定を伴う原則規範」は、判例・学説において、保護義務と結びつけられるとされている。ここでは、BVerfG判例にいう「拘束的価値決定を伴う原則規範」という、GG6条1項における婚姻という基本権の客観的側面から保護義務が導き出されている³⁸³。次に、GG6条2項の解釈論においても、とりわけ学説において子の自由および利益を保護するにあたって国家の基本権保護義務論に依拠すべきであるという見解が有力に主張されるようになっていく。すなわち、GG6条2項は親子関係を規律するという性質上、かかる関係を国家がいかに介入すべきかという視点から議論されることから、基本権の第三者効論と関連づけられ、国家の基本権保護義務論が有力に説かれるようになると、GG6条2項においても同様に、これを用いるべきだとされるようになったのである³⁸⁴。そして、こうした子の利益という法益は、GG6条2項だけではなく、判例においてGG2条1項にもとづく一般的人格権によっても憲法上保護されている。それによれば、一般的人格権に含まれる子の自らの出自を知る権利は、「国家機関が入手可能な諸々の情報を不当に引き渡さないことから保護しうるにすぎない」が、それでもかかる一般的人格権から「人格の発展にとって根本的な諸条件の保障とも関連する国家機関の保護義務が導かれる」とされる³⁸⁵。親に対する子の利益は、GG6条2項においてもGG2条1項においても保障され、それは国家の基本権保護義務論に依拠すべきであると評価されている。以上のように、GG6条1項および2項ならびにGG2条1項

³⁸³ 参照、本稿第4章第2節第1款。

³⁸⁴ 参照、本稿第4章第2節第2款。

³⁸⁵ 参照、本稿第4章第2節第3款。

の解釈論と国家の基本権保護義務論は密接に関連づけられているといえよう。

これに対して、第3節においては、GG6条4項が上記のGG6条の各条項とは異なる傾向にあるということを明らかにした。それは、GG6条4項が、学説および判例において、社会国家原理を具体化する条項だと評価されているという点である。学説においては、たしかに、GG6条4項は、立法府に対する母親保護および配慮に関する拘束的委託を含むとされ、また、法律を適用・解釈する際に全ての国家機関に対する拘束的効力を伴うすべての私法・公法に対する原則的決定を含むとされるように、上記GG6条各条項と共通する議論がなされている。しかし、それらとは異なり、GG6条4項が社会国家原理を具体化するものであると評価されている。また、BVerfG判例においても、妊娠中の労働者に対する解雇制限が問題となった事例において、GG6条4項は母親に対して保護および配慮を与えるという立法府に対する拘束的委託を含むのであり、それは母性保護法が実現するとして、妊娠中の母親に保護を与えようとするところ、それは社会国家原理を具体化するGG6条4項から導かれているとされる。以上のように、GG6条4項は、GG6条各条項が保護義務と関連づけられていたのに対して、社会国家原理を具体化する条項として評価されている³⁸⁶。

第3章の検討結果と以上の点を踏まえると、婚姻契約決定は、たしかに保護義務判例の流れを汲むものであるが、それでもなお代理商決定や連帯保証決定のように保護義務にとどまらない保障内容を含むものであると評価することができる。第4章第1節で確認したとおり、婚姻契約決定の判断は、GG6条4項にもとづく保護義務違反とGG6条2項にもとづく保護義務違反に大別される。

この点、GG6条4項は、第3節で確認したとおり、学説および判例において社会国家原理の具体化条項として理解されていた。それによれば、GG6条4項は、立法府に対する母親の保護および配慮に関する拘束的委託を含み、法律を解釈・適用する際に全ての国家機関に対する拘束的効力を伴うすべての私法・公法に対する原則的決定を含むとされ、さらに、それは社会国家原理を具体化するものであるとされる³⁸⁷。

また、たしかに、婚姻契約決定は、保護義務判例を参照指示しているが、同時にLüth判決も参照指示している³⁸⁸。したがって、婚姻契約決定は、Lüth判決を参照指示し基本権の客観的基本決定が民法に妥当することを確認したうえで、GG2条1項に加えて、社会国家原理の具体化条項であるGG6条4項を用いている点で、代理商決定や連帯保証決定と共通する側面を有している。この点、婚姻契約決定は、婚姻契約締結時の妊娠中の母親の劣位の状況を認めようとする。それによれば、「未婚の妊婦が、将来期待される子の世話と責任を1人で担うか、父親との間に結ばれることになる婚姻契約の代償として、子の父親と結婚し責任を負わせるか、という二者択一に迫られている場合には、劣位の状況が認められる。彼女の交渉上の立場は、彼女の現実の状況、未婚の母親としての法的立場、およびとりわけ彼女

³⁸⁶ 参照、本稿第4章第3節。

³⁸⁷ 参照、本稿第4章第3節。

³⁸⁸ Vgl. BVerfGE 103, 89, 100.

自身と期待される子どもの生活を確保する努力によって、弱められる」とされる³⁸⁹。

さらに、同決定は、「婚姻契約締結時の妊娠は、契約を裁判官による厳格な規制に服させる原因となる契約不対等の徴候のひとつにすぎない」とされ、その他にも、資産状況、職業の資格や将来性、就労や家事の分担状況などは、妊婦の状況を左右する要素であるとして、契約過程以外の要素も考慮要素とする³⁹⁰。具体的な判断においても、扶養を放棄後には、収入が少ない点、自ら養育する子に加えて契約上夫婦の子の養育も必要であった点から、申立人の経済状況を悪化させ、自らの努力では大幅な改善は期待できないという点が重視されていた³⁹¹。こうした考慮要素は、自己決定の保護から直ちに導かれるものではないことは第3章においても指摘した³⁹²。これは、連帯保証決定婚姻契約決定は、連帯保証決定と同様に、GG2条1項と関連するGG6条4項から導かれた契約の内容規制を、保護義務の内容を越えて社会国家原理を実現するものであると理解していたといえる。

それでは、婚姻契約決定はなぜ保護義務も参照指示していたのか。それは、GG6条2項における子の福祉の保護に関する判断に求められる。そこで、次に、GG6条2項にもとづく保護義務違反の判断についてみると、第2節第2款で確認したとおり、GG6条2項が保障する子の利益は、保護義務が対象とする法益に含まれると解釈されている。それゆえに、第3章で検討した深夜労働禁止決定などのBVerfG判例のように、こうした判断においては本来の保護義務が直接援用されていると理解することができる³⁹³。以上のように、婚姻契約決定は、一方で、代理商決定や連帯保証決定と連続する側面を有し、他方で、深夜労働禁止決定などの保護義務に依拠する判例の流れを汲む側面も有するものであったと評価することができる。

³⁸⁹ BVerfGE 103, 89, 102.

³⁹⁰ BVerfGE 103, 89, 104.

³⁹¹ Vgl. BVerfGE 103, 89, 106.

³⁹² 参照、本稿第3章第3節。

³⁹³ 参照、本稿第3章第1款および第2款。

終章 日本法における契約自由論の展開へ

以上のように、第1章から第4章まで検討してきた契約自由に関するドイツ憲法学説およびBVerfG判例の傾向をみると、次のようにまとめることができよう。

すなわち、第1章においては、ドイツ基本権論における契約自由論を概観した。そこでは、*Canaris*をはじめとして、基本権の第三者効論の再構成にあたって国家の基本権保護義務論が有用であると主張され、法律行為領域への国家の基本権保護義務論の導入が憲法学・民法学において受容された。これに対して、*Isensee*は、保護義務の性質を勘案すると、法律行為領域に導入すべきでないとして批判した。こうした批判は、のちの学説において肯定的に受け止められた。そのうえで、その後の学説の傾向として、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障において、必ずしも国家の基本権保護義務論を維持することができないと評価されている点を明らかにした。そこでは、一方で、*Cremer*によって、*Isensee*の批判が真摯に受け止められ、保護義務の「欠缺」が社会国家原理によって補償されるべきことが説かれた。他方で、*Ruffert*によっては、BVerfG判例が採用する「照射効」を出発点とし、それを受けた立法府の形成任務において保護義務が問題となるとされる。その際に、保護義務は、立法府の形成任務のひとつに相対化されている。これにより、保護義務を越えた立法府の内容形成任務を対象とすることが可能となった。こうした点は*Gellermann*によってさらに基本権論として新たに基本権の内容形成論として再構成されている。また、BVerfG判例による「照射効」判例を基本線にすることで立法府の形成任務から裁判所による司法統制までも検討対象とすることも可能となっていた。以上のように、第1章においては、契約対等の侵害に対する憲法保障において、*Isensee*の批判を通じて、2つの方向性で国家の基本権保護義務論を補償しようとする傾向があることを明らかにした（第1章）。

第2章においては、まず、基本法制定後の契約自由論を概観した。初期の学説においてはワイマール憲法との相違から契約自由がそもそも基本法上保障されているのかが議論されていた。その後、契約自由が基本法上保障されることが承認され、議論の対象は、契約自由の機能不全の問題を含めて契約自由をどのように保障すべきかに移行した。そこではすでにGG2条1項に加えて社会国家原理条項を加えるべきだとする見解が主張されていた点が確認された。次に、基本権の第三者効論における契約自由論を概観した。そこでは、直接効力説に立つ*Nipperdey*の見解においても間接効力説に立つ*Dürig*の見解においても、契約自由の保障にあたって基本権の客観的側面のなかに社会国家原理を含めている点が確認された（第2章）。

第3章においては、代理商決定・連帯保証決定以後のBVerfG判例、とりわけ労働法領域における契約自由に関する判例を概観した。BVerfG判例の傾向は次のように整理できる。深夜労働禁止決定のように保護義務が従来対象としてきた生命・身体の保護が問題となる事例においては、BVerfG判例は、保護義務を導出するにあたって、保護義務に依拠しているとされる判例を参照指示している。これに対して、小規模事業所条項I決定は、保護義務

について言及するのにもかかわらず、上記判例とは異なり、Lüth 判決のみを参照指示している。まず同決定の特徴として指摘されるべきは、問題となった解雇制限法 23 条 1 項を、契約法を形成する規範であると理解していた点である。第 1 章で確認したとおり、内容形成という概念は保護義務が対象とする内容を越えるものも含むものであった。次に、同決定が、GG12 条 1 項の保護義務にもとづいて労働者の利益と使用者の利益を衡量するにあたって、社会国家原理との関連を示唆していた点が指摘されるべきである。以上から、同決定は、保護義務を基本としつつも、そこで問題とされた労働者の利益および使用者の利益が、保護義務が対象とする利益を越えるものだと理解していたからこそ、保護義務判例ではなく、Lüth 判決のみを参照指示していたことが明らかになった。この点を踏まえると、さらに、代理商決定も連帯保証決定も、問題となっていた法律が保護義務を越えて社会国家原理をも実現するものであったことも明らかになった（第 3 章）。

第 4 章においては、婚姻契約決定を出発点として、同決定の判断の基礎となった GG6 条各項の議論状況を確認した。婚姻契約決定において社会国家原理条項が参照指示されなかった点をもって最終的に BVerfG 判例は契約対等侵害事例においても国家の基本権保護義務論に依拠していると評価されることがあった。たしかに、GG6 条 2 項（および GG2 条 1 項）が保障する子の利益は、保護義務が対象とする法益といえる。それゆえに、婚姻契約決定は、上記深夜労働禁止決定などの流れを汲み、保護義務を明示的に認め、保護義務判例を参照指示していたと理解することができる。しかし、GG6 条 4 項の学説・判例を検討すると、同条項が社会国家原理の具体化と理解されていることも明らかになった。事実、婚姻契約決定の GG6 条 4 項に関する判断についてみると、契約過程における当事者の劣位状況に加えて、当事者の生存基盤、すなわち当事者の資産状況などが考慮されていた。以上を踏まえると、婚姻契約決定も、実は代理商決定・連帯保証決定と連続する側面も有するものと理解することが可能となる（第 4 章）。

以上を踏まえると、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障においては、少なくとも従来の国家の基本権保護義務論を維持することはできないということができよう。しかし、社会国家原理によってのみ構成することも難しいといえる。したがって、Cremer のように、国家の基本権保護義務論を基本としつつ社会国家原理によってこれを補償するという構成を取るか、Ruffert や連帯保証決定などの「照射効」判例と連続性を有する BVerfG 判例のように、「照射効」を出発点として、立法府の形成任務を介し、さらに裁判所による調整義務を認めようとするという構成を取るか、のいずれかになろう。この点、BVerfG 判例においては、自己決定の前提の保障にあたって、生命の保護が問題となる場合には、明示的に保護義務に依拠し、保護義務判例を参照指示する一方で、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障のように、保護義務の内容を越えて社会国家原理をも実現する規定が問題となる場合には、保護義務判例ではなく、Lüth 判決をはじめとする照射効判例を参照指示していた点は注目すべきである。なお、ここで注意すべきは、契約自由は、法による内容形成を必要とする自由であるという点である。契約自由は、保護義務を越えて社会国家原理を実現する

こともあり、また憲法にとどまらない諸々の規範内容をも含む自由であるということである。また、条文上の根拠としては、個別事例によるところがあるが、基本的に、連帯保証決定が示した、GG2条1項とGG20条1項・28条1項の組み合わせが妥当であるように思われる。わが国でいえば、憲法13条と憲法25条の組み合わせである。これにより、契約対等の侵害に対する憲法保障、すなわち自己決定の前提の保障が導かれるべきである。さらに、契約の内容規制にあたって考慮されるべきは、連帯保証決定で判断基準として挙げられていた、「一方当事者の構造的な劣位を認識させる類型化可能な事例」と「契約効果による過剰な負担」という要件が参考に値する。それは、前者の要件において自己決定の前提の侵害を問題にする一方で、それに加えて同契約によって一方当事者の経済的な生存基盤が脅かされているかを問題にするというものであった。

それでは、以上の検討が日本法に対してどのような示唆を与えるのか。以下においては、上記で示したいくつかの視点を踏まえたうえで、ドイツ法の議論がわが国の議論、憲法学および民法学に対して与える示唆について検討を行う。

第1節 契約自由と基本権解釈論

第1款 国家の基本権保護義務論の射程

さて、以上の検討が日本法にどのような示唆を与えるのか。まずは、わが国の国家の基本権保護義務論の議論状況における本稿で明らかにした保護義務の位置づけを確認する。

まず、わが国において国家の基本権保護義務論は、同理論の「射程の広さ」が指摘されている³⁹⁴。同理論において、「基本権保護義務がドイツで最初に実際上の問題とされたのが、墮胎罪規定の立法義務をめぐる問題だった」³⁹⁵。それを越えて、同理論は、「巨大な社会的権力に対しても基本権の効力を及ぼすことで、国民の権利利益の一層の保護を図ろうとする」ものと理解される私人間効力論の再構成としても理解される³⁹⁶。この点、同理論の支持者は「たとえば、被害私人がある表現行為により自己の名誉・プライバシーが侵害されたと主張し、加害私人に対して民法709条に基づく損害賠償請求する場面」を「理論の適用例として引き合いに出す」とされるところ、これを私人間効力の問題と見るのはミスリーディングなのではないかとする批判があり得よう」という評価がなされている³⁹⁷。事実、私人間効力論を国家の基本権保護義務論の再構成として理解する見解に対しては、批判が多いとされる³⁹⁸。

こうした傾向のなかでさらに注目すべきは、戸波江二によって主張された「積極的保障義務論」である³⁹⁹。同理論は、国家の基本権保護義務論を社会権にも拡張しようとするものである。それによれば、第一に、わが国においてはそれに類似する「国家による自由論」が国家と個人の二極関係における保護も問題としており、「国家による人権の積極的保障という視点も広く射程に入れられている」点、第二に、「日本国憲法の人権カタログに社会権が規定されている」以上、それと保護義務と結びつけて観念すべきであるという点から、わが国とドイツにおける状況の違いから、保護義務の論理を拡張することが有用であるとされる⁴⁰⁰。そのうえで、戸波は、「第三者からの人権侵害や差別を受けている人たちばかりでなく、貧困・災害・自己などで人権の欠缺状況に陥っている人たちに対する国家の人権配慮義務も取り込むように、保護義務を構成すべきである」と主張する⁴⁰¹。こうした戸波の理論は、序章でも指摘したとおり、小山剛によって保護義務が本来は自由権に付随する国家の義務

³⁹⁴ 松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」59-60頁。

³⁹⁵ 松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」59頁。

³⁹⁶ 松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」59頁。

³⁹⁷ 松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」59頁。

³⁹⁸ 参照、松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」59頁。

³⁹⁹ 参照、戸波・前掲注62)「人権論の現代的展開と保護義務論」23頁以下、戸波・前掲注62)「憲法学における社会権の権利性」377頁以下。

⁴⁰⁰ 参照、戸波・前掲注62)「人権論の現代的展開と保護義務論」729-730頁。

⁴⁰¹ 戸波・前掲注62)「人権論の現代的展開と保護義務論」729頁。

なのであるから社会権にまで拡張すべきでない」と批判されている⁴⁰²。また、松本和彦は、同理論を「社会権保障やアフアマティブ・アクション、自然災害からの保護など、必ずしも特定の加害私人が観念できない事例であっても、基本権保護義務論の問題にできる。これは要保護者と国家の二面関係でも基本権保護義務論が妥当するという見解である」と評価したうえで、「二面関係における要保護者の救済というふうに構成すると、基本権侵害禁止義務が作用する場面がなくなるので、国家介入の行きすぎへの歯止めもなくなると危惧される」と主張する⁴⁰³。一方で、社会権の学説における同理論の意義は、社会権の保障が金銭給付にとどまらないことを理論的に示そうとした点に見出すことができる。他方で、国家の基本権保護義務論においても注目すべき意義があるように思われる。この点、小山が主張するとおり、無思慮に拡張することは国家の基本権保護義務論という保護義務が自由権に付随する義務であることを歪めてしまう恐れがある。しかし、戸波がその危険にもかかわらず、同理論を提唱した背景には、国家の基本権保護義務論にもバリエーションがあることを示そうとしたという点があるのではないか。事実、契約対等侵害事例において従来の国家の基本権保護義務論を維持することは難しいことは本稿で明らかになった。

本稿の検討も踏まえると、小山などが主張する国家の基本権保護義務論を従来型の保護義務論、本稿で明らかにした、契約対等侵害に対する社会国家原理補充型の保護義務論、そして戸波が主張する、保護義務を社会権に応用しようとする「積極的保障義務論」の3つのバリエーションに区別することができよう。こうしたバリエーションを踏まえると、本稿で示した生命の保護と生存基盤の保障の区別は次のように整理することができる。すなわち、契約や約款などの法律行為領域において生命の保護が問題となる場合には、従来型の保護義務論によって、契約の対等性の侵害によって生存基盤の保障が問題となる場合においては、社会国家原理による補充型の保護義務論によって規律することになる。

まず、本稿で指摘した生命の保護は、従来の保護義務によって説明することができる。なぜならば、すでに確認したとおり、国家の基本権保護義務論は、本来は生命の保護の問題として議論されていたからである⁴⁰⁴。また、こうした生命の保護について、わが国の生命権の議論においても国家の基本権保護義務論を用いて生命の保護が説かれている点が注目する⁴⁰⁵。この点、日本国憲法における生命に関する規定には、「直截に生命の保護を主題とする規定を有しない」一方で、「憲法は、第13条と第31条において『生命』に言及する」

⁴⁰² 参照、本稿序章第1節第2款4)。

⁴⁰³ 松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」61頁。

⁴⁰⁴ 参照、松本・前掲注8)「基本権の私人間効力」59頁。

⁴⁰⁵ 参照、山内敏弘「基本的人権としての生命権の再構成」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『21世紀の立憲主義—現代憲法の歴史と課題—』(勁草書房、2000年)325頁、島崎健太郎「憲法における生命権の再検討—統合的生命権に向けて—」法学新報108巻3号(2001年)31頁以下、齊藤正彰「生命についての権利」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004年)75頁以下。

という特徴がある⁴⁰⁶。通説は、憲法 13 条が定める「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を、統一的に「幸福追求権」と理解する。それによれば、「生命」の内容は「一義的に明確である」一方で、「自由」および「幸福追求」の内容は「包括的・多義的」であり、後者の「両概念は、これを、おのおの、分離することによって、法上、積極的意義が与えられるものとしては把握されない」という点から、「『生命』をも含めて、『生命・自由・幸福追求』権を統一的に把握し、具体的な個別的法益との関連から一定の分類を行なうことが必要である」とされる⁴⁰⁷。こうした理解によれば、「生命についての権利は、個別的基本権規定に具体化されていない限りにおいて、包括的基本権規定である第 13 条によって保障されることになる」と理解される⁴⁰⁸。

これに対して、憲法「13 条の生命権は、独立の基本権であり、かつ 13 条以外の生命・身体に関する規定は、13 条の生命権を中核として統合的に把握されるべきであり（統合的生命権）、またその実益もある」という見解が主張されている⁴⁰⁹。こうした見解は、ドイツの議論を参考にわが国における生命の保護について語る。それによれば、国家の基本権保護義務一般の日本国憲法解釈の導入には学説で懸念が示されているところ、「少なくとも生命権については基本権保護義務を肯定することは問題があるとは思えない」とされる。その理由として「生命という法益は他人の多くの基本権法益に対して相対的に優位すること、本来、社会契約論において国家を定立する目的の一つは社会の自然状態における生命の危機の回避であったこと、またとりわけ、……現代において生殖医療、臓器移植、生命科学の研究、環境汚染、食品衛生、児童虐待など、民間の施設や私人から生命を保護すべき必要性が大きいこと」が挙げられる⁴¹⁰。このように、生命の保護については憲法 13 条によって保障することが可能であることが学説上主張されている。

もちろん、通説の立場を踏まえて、「憲法は生命が問題となる状況を分節して個別的基本権規定を充てたのであり、しかも生命をめぐる新たな問題状況には包括的基本権規定によって対応するしくみであると解するならば、逆にそれらの規定を統合して一般的な『生命についての権利』を再編することは、憲法の構想との親和性において問題を生ずることが懸念される」と主張されている点には注意が必要である⁴¹¹。とはいえ、本稿が対象とする生命の保護という視点は、従来の保護義務において説明可能であることは確認することができる。こうした見解によれば、生命の保護は憲法 13 条によって保障されることになる。

⁴⁰⁶ 齊藤・前掲注 405)「生命についての権利」75 頁。

⁴⁰⁷ 種谷春洋「生命・自由および幸福追求権」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』(有斐閣、1978 年)148 頁。

⁴⁰⁸ 齊藤・前掲注 405)「生命についての権利」84 頁。

⁴⁰⁹ 島崎・前掲注 405)「憲法における生命権の再検討」37 頁。

⁴¹⁰ 島崎・前掲注 405)「憲法における生命権の再検討」56-57 頁。同じく、山内・前掲注 405)「基本的人権としての生命権の再構成」337 頁も参照。

⁴¹¹ 齊藤・前掲注 405)「生命についての権利」89-90 頁。

次に、本稿の検討対象である、契約対等の侵害における生存基盤の保障が問題となる。これを検討するにあたっては、第一に、上記の戸波による「積極的保障義務論」が参考になる。同理論は、繰り返しになるが、社会権の憲法保障が基本的に金銭給付・社会保障給付を対象としているところ⁴¹²、かかる給付が必ずしもそれにとどまらないという点を理論的に示そうとした点にある⁴¹³。それによれば、戸波の議論をわが国に取り入れることの意義のひとつとして、「人権保障の実質化のための理論的支援を送ることができる。個々の人権規定について、その実質化を図るような積極的保障に道を開くことが可能となる」とされる⁴¹⁴。同議論は、契約自由の憲法保障の実質化にも有益な視点をひらくものであろう。すなわち、憲法13条が保障する自己決定の前提の保障に加えて、憲法25条にいう「最低限度の生活」の保障からも、契約・約款の内容規制の必要性を説くという視点である。

また、戸波は、上記「積極的保障義務」を導く理論的根拠を数多く列挙しているところ、とりわけ本稿の対象である生存基盤の保障という視点からは、「人間の尊厳の保障」、「社会権の採用、および、社会国家原理の導入」を挙げている点が重要である⁴¹⁵。まず、「人間の尊厳の保障」についていえば、わが国の国家の保護義務論が主張するように、日本国憲法13条前段の「個人の尊重」の原理がドイツ基本法1条1項の「人間の尊厳」を含むことを前提として、保護義務の根拠として、憲法13条に人権を保護する義務を読み込むことが可能であることを確認したうえで、さらに日本国憲法25条の解釈において、憲法13条との結びつきが認められている点を指摘し、「人間の尊厳の原理は、国による積極的な人権保障を要求していることは、憲法25条にも表れている」と解釈している⁴¹⁶。次に、「社会権の採用、および、社会国家原理の導入」についてみると、「社会権の保障は、国民とくに社会的・経済的弱者の生活の保障のための積極的措置をとることを国に対して要求しており、また、社会権はその権利の性質上国家の積極的行為に依存した後国家的権利であるので、『保護義務』の範疇に含めることが適当である」とされ、憲法25条以下の規定に関する国による具体的な施策は、「国の人権保護・配慮の思想によるものであり、広い意味の保護義務ないし積極

⁴¹² 生存権の学説は、多岐にわたる。概観として、中村睦男ほか『生存権・教育権』（法律文化社、1989年）第1部第2章以下〔中村睦男〕、中村睦男「社会権再考」企業と法創造6巻4号（2010年）64頁以下を参照。

⁴¹³ 同様に、生存権保障が金銭給付にとどまらないと評価する見解として、岩本一郎「生存権と国の社会保障義務」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）218頁以下も参照。

⁴¹⁴ 戸波・前掲注62）「人権論の現代的展開と保護義務論」739頁。

⁴¹⁵ 参照、戸波・前掲注62）「人権論の現代的展開と保護義務論」731頁以下。上記で挙げたもののほか、「私人間効力論の展開」（同上732頁以下）、「『公共の福祉』論」（733頁以下）、「人権保障の多様化、実質化、社会的弱者保護の思想」（734頁以下）が挙げられている。

⁴¹⁶ 戸波・前掲注62）「人権論の現代的展開と保護義務論」731頁。

的保障義務と結びつく」とされる⁴¹⁷。以上の戸波による「積極的保障義務」論の根拠をめぐ
る議論は、わが国においても国家の基本権保護義務論を社会国家原理・生存権によって修正
すべきだとする本稿の議論の手がかりとなる。以下においては、上記の議論を手がかりに検
討を行う。

そこで、第二に、憲法 13 条と 25 条の組み合わせを提唱する見解を検討する⁴¹⁸。尾形健に
よれば、こうした見解は 2 つのアプローチに大別される。一方で、「①『人間の尊厳』に立
脚するアプローチ」(以下、「人間の尊厳アプローチ」という)が挙げられる。すなわち、「ド
イツで論じられる『客体公式 (Objektformel)』(『人間を国家における単なる客体となすこと
は、人間の尊厳に反する』)を憲法 13 条の『個人として〔の〕尊重』の内容に読み込み、こ
れとの関係で憲法 25 条 1 項を捉え直す試み」とされる⁴¹⁹。他方で、「個人の自律的生の尊
重・配慮というアプローチ」(以下、「個人の自律アプローチ」という)が挙げられる。それ
は、「憲法の基本的権利保障に措定される自律的個人像を前提に、生存権保障の意義も、そ
うした観点から論じようとするもの」であるとされる⁴²⁰。

この点、「人間の尊厳アプローチ」に分類される高田篤は、「ドイツにおいて『人間の尊厳』
の帰結として導かれたこの『客体公式』を、日本国憲法 13 条の『個人として』の『尊重』
の内容として読み込み、それとの関係で 25 条 1 項を捉えなおすこと」を主張する⁴²¹。高田
によれば、こうした主張の「憲法解釈論上の意義としては、生存権をめぐって新たな事態が
展開する中で、解釈技術的に対処する方法が導きやすくなること」が挙げられる。すなわち、
「生存権をめぐっては、社会の高齢化、医療技術の進歩等が急速に進む中、必ずしも『貧困』
と論理必然的に直結しない問題が次々と射程に入る可能性が出てくるなど、対応すべき状
況に変化がみられる」ところ、「『客体公式』を『個人として』の『尊重』の内容として読み

⁴¹⁷ 戸波・前掲注 62)「人権論の現代的展開と保護義務論」731 頁以下。

⁴¹⁸ 一方で個人の自律からアプローチするものとして、憲法学の立場からは、尾形健『福祉国家と憲法構造』(有斐閣、2011 年)19 頁以下、社会保障法学からは、菊池馨実『社会保障の法理念』(有斐閣、2000 年)135 頁以下を参照。他方で、人間の尊厳からアプローチするものとして、高田篤「生存権の省察——高田敏教授の『具体的権利説』をめぐって——」村上武則ほか編『法治国家の展開と現代的構成：高田敏先生古稀記念論集』(法律文化社、2007 年)132 頁以下、押久保倫夫「生活保護と『個人の尊重』」憲法理論研究会編『現代社会と自治』(敬文堂、2004 年)65 頁以下、遠藤美奈「憲法 25 条がおかれたことの意味——生存権に関する今日的考察——」季刊社会保障研究 41 巻 4 号(2006 年)334 頁以下を参照。

⁴¹⁹ 尾形健「生存権の現況」論究ジュリスト 13 号(2015 年)89 頁。

⁴²⁰ 尾形・前掲注 419)「生存権の現況」89 頁。

⁴²¹ 高田・前掲注 418)「生存権の省察」157 頁。「客体公式」に関する議論について、玉蟲由樹「人間の尊厳と最低限度の生活の保障」同『人間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013 年)191 頁以下も参照。

込み、人権体系における第一番目の（『公共の福祉』によって相対化されない）禁止命題とすれば、生存権において、〈客体化の禁止—自律の保障—生存権の保障〉、〈客体化の禁止—生存権の保障〉、〈自律の保障—生存権の保障〉というように複数の対処が可能となり、解釈技術的に有利⁴²²であるとされる。曰く、「特に、『貧困』と直接かかわらない『自己決定能力の不十分な人』の生存権保障への対応が容易となろう」と⁴²²。このように、憲法 13 条と憲法 25 条の組み合わせにより、生存権保障をさらに分節化することが可能となる。これにより、不十分な自己決定による生存権の保障への視野がひらかれることになる。

また、同じく「人間の尊厳アプローチ」に分類される遠藤美奈も憲法 13 条と憲法 25 条の組み合わせの意義について語る。すなわち、「生存権において『人間の尊厳』という概念を持ち出すときがあるとすれば、個人が自己に関する事柄についてコントロールできる能力および条件を欠いている場合」であり、「個人が自由で自律的な存在であることを一時的にでも停止し、その生を見知らぬ他者の善意と寛大に依存せざるをえない状態——『だれに膝を屈することなく』……給付を受けられることの重要性がもはや問題にすらならない状態——に立ち至ってはじめて、そこで賭けられているのは『人間の尊厳』であることが明るみに出される」。すなわち、「一方的に関係性を形成されざるをえない非対称の人間関係が存在するとき、ここで生存権保障に賭けられているものは、もはやその人自身が自ら生を構想してゆく可能性——その人自身が主体的にどう生きてゆくか——ではなく、個々人が当然に有している『尊厳』それ自体なのであり、しかもそれが実質化されることだとは言えないだろうか」と⁴²³。こうした視点によれば、まさに契約対等が侵害され、その結果として生存基盤の危機に陥っている場合にも、生存権が問題となりうるのであって、それは同時に人間の尊厳（憲法 13 条）が脅かされているか否かが直截に問われることになるのである。いずれの見解においても、憲法 13 条と憲法 25 条を組み合わせによって、自己決定が不十分である場合にも、憲法上の保障を及ぼすことが可能となることが示唆されている点は注目に値しよう。

そのうえで、第三に、上記憲法 13 条と憲法 25 条の組み合わせによる憲法保障がいかに具体化されているかが問題となる。そこで注意すべきは、生存権の法的性質の理解として、抽象的権利説と具体的権利説とが対立している点である。この点、通説とされる抽象的権利説は、憲法「25 条は国民が『最低限度の生活』のための立法その他の必要な措置を講ずることを要求する権利を保障するもので、国はそれに対応する法的義務を負うとするが、ただし、25 条は抽象的な規定にすぎないから立法によってこれを具体化することを要し、そのような立法がない場合でも、国の義務を強制しえないとする」ものである⁴²⁴。

⁴²² 高田・前掲注 418)「生存権の省察」158-159 頁。

⁴²³ 遠藤・前掲注 418)「憲法 25 条がおかれたことの意味」341-342 頁。

⁴²⁴ 藤井俊夫「憲法 25 条の法意」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008 年）174 頁。

この点、本稿において確認した、BVerfG 判例が、良俗について定める民法の一般条項である BGB138 条を、GG2 条 1 項および GG20 条 1 項・28 条 1 項から導かれる契約対等の侵害に対する調整の要請を具体化するものとして理解していた点が想起されよう⁴²⁵。わが国においても、フランスの公序論を手がかりに、民法 90 条の公序良俗規定の柔軟化を図ろうとする見解が主張されている⁴²⁶。それによれば、民法 90 条の「公序」の内容に、「事業者との取引において消費者の正当な利益を擁護するため、これを制限または禁止することを内容とする」、「消費者取引公序」が認められている。これにより、「公序」違反にあたって「取引の仕組み・内容の不当性のほか、当事者の関係と状況——とくに取引上の地位のいちじるしい優劣・格差や自由な意思形成を阻害する状況の存在」⁴²⁷という、本稿で検討した契約対等の侵害に対する契約の内容規制を導く要件と類似する点が考慮されている。

また、民法 90 条にいう「公序」の内容に「憲法的公序」というものを認めようとする見解がすでに主張されていることは周知のとおりである⁴²⁸。この点、潮見佳男は、証券投資取引の領域において「投資者保護公序」を定立する必要を論じるなかで、「財産権保護型投資者保護公序」と「生存権保障型投資者保護公序」について議論している⁴²⁹。こうした公序良俗論の傾向を踏まえると、憲法 13 条と 25 条の組み合わせにより要請される契約対等の侵害から生じる生存基盤の保障も、民法 90 条の「公序」において具体化されていると解釈することが可能であろう。

以上のように、戸波による「積極的保障義務論」を手がかりに、憲法 13 条と 25 条の組み合わせにより、自己決定の保護の視点に加えて、契約対等の侵害に対する生存基盤の保障を導き出したうえで、それは民法 90 条の公序良俗規定によって具体化されていると解釈することで、契約対等の侵害に対する契約自由、とりわけ生存基盤を保障する国家の義務を導くことが可能となる。

第2款 国家の基本権保護義務論と実定憲法上の基礎づけ

ただし、そもそも国家の基本権保護義務論を実定憲法上基礎づけられるかが疑問視されている。すなわち、「裁判所に立法不作為違憲の統制を可能とし、あるいは、法律がない場合でさえ介入を可能とする、実定憲法上の法的義務として保護義務を導出することの可否」

⁴²⁵ 参照、本稿第 3 章第 1 節第 2 款、および大串・前掲注 69)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」52 頁以下。

⁴²⁶ 大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999 年）177 頁以下（初出、同「取引と公序（上）（下）——法令違反行為効力論の再検討」ジュリスト 1023 号（1993 年）82 頁以下、1025 号 66 頁以下）。

⁴²⁷ 参照、山本・前掲注 14)『公序良俗論の再構成』49 頁。

⁴²⁸ 参照、山本・前掲注 14)『公序良俗論の再構成』53 頁以下。

⁴²⁹ 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004 年）121 頁。

が問題とされる⁴³⁰。この点、篠原永明は、「我が国でも、基本権上の自由を実現されるべき『価値』として捉え、『立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る』という議論は可能であろう」とする一方で、「実定憲法上の法的義務として保護義務を導出するという場合、日本国憲法の下では、基本法1条1項のような保護を命じる明文規定を欠くという、条文上の決定的な違いがあり、実定憲法下の保護義務の承認は「基本権規定の原則的な規範内容、すなわち防御権という枠内の下で想定される『価値』実現のプロセスを修正するもの」であるからかかる違いは「日本国憲法の下で保護義務の導出を否定する決定的理由となろう」とする⁴³¹。篠原が指摘するとおり、わが国においてはドイツとは異なり GG1 条1項のように「保護」を語る条文は存在しない。

この点、国家の基本権保護義務論を支持する論者のなかでは、「公共の福祉」を保護義務の根拠とする見解が主張されている⁴³²。それによれば、「人権の実効的保障」という視点から、裁判による事後的救済だけではなく、立法による事前の救済も重要であるとされ、また、わが国においても「何らかの立法義務を憲法上の要請として導き出すことが多い」ことが指摘される⁴³³。こうした点からわが国においても基本権保護義務論が成立する端緒を見出すことができるとされる。こうした前提のもとで、国家の基本権保護義務論は、公共の福祉の「機能」に着目することで基礎づけることが可能となるとされる。それによれば、「国家は公共の福祉に反してもいらないのに人権を制約してはならないと消極的に理解する、あるいは国家は公共の福祉に反している場合に限り人権を制約できると権限付与的に理解する場合には、国家が人権を制約すべきでないケースを説明することはできても、国家がいかなる場合に人権を制約すべきであるかについての解答を与えられない」。しかし、公共の福祉の「機能」を限定することは、「他者加害禁止の本来の意味」を失ってしまううえ、「人権の実効的保障という観点からしても認められるべきではない」⁴³⁴。それゆえに、「公共の福祉は単に人権制約の正当化根拠として機能するだけにとどまらず、他者加害を防止し、そのために積極的に国家が行動する義務を基礎づけるというべき」だとされる。すなわち、「公共の福祉に含まれる他者加害禁止という要請は、国家に対して立法や法の解釈・適用を通じ

⁴³⁰ 篠原永明「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」甲南法学 56 巻 1・2 号 (2016 年) 54 頁。

⁴³¹ 篠原・前掲注 430)「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」71-72 頁。

⁴³² 参照、玉蟲由樹「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』(敬文堂、2008 年) 162 頁以下、同「人権と国家権力——『公共の福祉』の多元的機能」法律時報 86 巻 5 号 (2014 年) 29 頁以下、同「『環境権』の権利構造」福岡大學法學論叢 58 巻 4 号 (2014 年) 28 頁以下。同様に、公共の福祉論から検討するものとして、工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、2009 年) 116 頁以下も参照。

⁴³³ 参照、玉蟲・前掲注 432)「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」162 頁以下。

⁴³⁴ 玉蟲・前掲注 432)「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」166-167 頁。

てその実現を義務づける機能をも有すると解される。したがって、ある個人の行動によって他者の権利・自由が危険にさらされているような場合には、国家は公共の福祉にもとづいて両者の権利・自由の調整を図り、もって人権の実効的保障を実現する義務を負うと考えられる⁴³⁵。こうして、「公共の福祉」によって国家の基本権保護義務論が日本国憲法上基礎づけられると解釈される。

かかる見解は、「公共の福祉」という日本国憲法の条文を手がかりに保護義務を導出しよと理解することができる点で魅力的な見解である。実際に、「公共の福祉」論においても、近時では、「公共の福祉」を、人権制約の原理としてのみ理解することは少なく、むしろ何らかの意味で公共の利益も公共の福祉の内容として認める見解が一般的であるとされる⁴³⁶。たとえば、阪本昌成によれば、「公共の福祉」は人権制限のルールではなく、人権「制限の制限のルールである」とされる。すなわち、『公共の福祉』とは人権を制約するときに、一般的で普遍的な形式をもつ立法によるべし、という国家作用の中でも立法権を制約するルール⁴³⁷であり、「だれの基本的人権であれ、基本的人権の行使によって生ずるであろう矛盾・衝突を調整するために国家が強制力を用いる場合、その根拠となる法令に普遍的原理が組み入れられている」⁴³⁸とされる。こうした見解は、『人権 VS.公共の福祉』の図式ではなく、『人権制約 VS.公共の福祉』の図式によって事態を把握しようとする考え方であるとされる⁴³⁹。玉蟲の見解は、こうした議論の流れを汲んでいるといえる。

しかし、こうした見解は、それを越えて、公共の福祉の「機能」を再評価している点は注意しなければならない。すなわち、玉蟲自身が認めるように、近時の見解によっては「国家が人権を制約できる（あるいは、できない）ケースを説明することはできても、国家がいかなる場合に人権を制約しなければならないかについての解答は与えられない」のである⁴⁴⁰。それは、上記「公共の福祉」論の議論の焦点は、あくまで国家権力の統制にあったのであり、積極的義務の導出までは意図されていなかったのではないかということである。この点、玉蟲が、公共の福祉の機能を拡大すべきだとする根拠を、実践的なものから求めているように思われる。すなわち、「他者加害的な人権行使について、国家がそれを制約してもしなくても、それは政治的な裁量問題であり、憲法上の問題を生じないとするのは、全体的な人権保障のシステムを損なう」⁴⁴¹という点にその根拠を求めるのである。端的にいえば、そのとき

⁴³⁵ 玉蟲・前掲注 432)「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」167-168 頁。

⁴³⁶ 参照、曾我部真裕「公共の福祉」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』(日本評論社、2012 年) 70 頁。

⁴³⁷ 阪本昌成・市川正人「人権と公共の福祉」浦部法穂ほか編『いま、憲法学を問う』(日本評論社、2001 年) 214 頁 [阪本昌成]。

⁴³⁸ 阪本昌成『憲法理論 II』(成文堂・1993 年) 168 頁注 18)。

⁴³⁹ 松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究 67 号 (2005 年) 140 頁。

⁴⁴⁰ 玉蟲・前掲注 432)「人権と国家権力」35 頁。

⁴⁴¹ 玉蟲・前掲注 432)「人権と国家権力」35 頁。

に問題となる「他者の人権保障」が結局のところ問題となるわけである。すなわち、「ある個人の人権にもとづく行動によって他者の憲法上の法益が危険にさらされているような場合には、国家は公共の福祉にもとづいて両者の利益の調整を図り、もって人権の実効的保障を実現する義務を負う」とする⁴⁴²。この点、玉蟲が、「生命・身体・健康や人格、あるいは財産にかかわる法益からは、主観的な権利と客観法的な原理とが同時に生じ、権利に対応した保護義務（具体的保護義務）が憲法上根拠づけられるということにとどまる。環境汚染がこれらの法益や権利を侵害するような場合にのみ、具体的な保護義務も生じるということになるだろう」⁴⁴³としている点は注意すべきである。そうだとすれば、玉蟲の見解が、日本国憲法上、国家の基本権保護義務論を基礎づけられているかは、そのような憲法上の自由が存在するか否かに依存している。そのため、上記見解によって、「公共の福祉」論から直ちに基本権保護義務などの積極的義務が導き出されているわけではない。それゆえに、篠原が指摘するとおり、結局のところ、「公共の福祉」を保護義務の根拠する見解も、「基本権論からの根拠付けに議論は解消されることにな」ってしまう⁴⁴⁴。以上から、日本国憲法上、国家の基本権保護義務論といった積極的義務を導出することは困難だということになる。それでは、どのように国家の基本権保護義務論、そして本稿の議論を日本国憲法の議論に落とし込むべきか。

第3款 契約自由の実現と憲法志向解釈

この点、篠原が、国家の基本権保護義務論の代替案として、「基本権上の自由を実現されるべき『価値』として捉え、『立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る』という議論」からアプローチすることも可能であると主張している点が参考に値する⁴⁴⁵。それによれば、国家の基本権保護義務論を媒介せず、あくまで基本権的自由を「価値」と捉え、国家権力はかかる価値の「指針や刺激」を受け取るという議論に依拠したうえで、「憲法論としては、法律の解釈・適用の次元においては、基本権上の自由を解釈指針として機能させ、『価値』に親和的に個別法律を解釈していくこと、すなわち、『憲法志向解釈（verfassungsorientierte Auslegung）』という解釈手法がまずは検討されるべきであろう」とされる⁴⁴⁶。

⁴⁴² 玉蟲・前掲注 432) 「人権と国家権力」 36 頁。

⁴⁴³ 玉蟲・前掲注 432) 「『環境権』の権利構造」 29 頁。

⁴⁴⁴ 篠原・前掲注 430) 「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」 47 頁注 44)。

⁴⁴⁵ 篠原・前掲注 430) 「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」 72 頁。また、篠原永明「国家による自由の秩序の実現（1～3・完）自由の実現を巡る政治部門と裁判所、社会実践との協働に関する序論的考察」法学論叢 175 巻 6 号（2014 年）66 頁以下、176 巻 4 号（2015 年）76 頁以下、177 巻 3 号（2015 年）70 頁以下、同「『指導原理』・客観法・憲法上の権利」甲南法学 57 巻 1・2 号（2018 年）111 頁以下も参照。

⁴⁴⁶ 篠原・前掲注 430) 「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」 73 頁。

まず、前段の「基本権上の自由を実現されるべき『価値』として捉え、『立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る』という議論」について、篠原は、以下のように語る。すなわち、「①憲法は立法者に『価値』として把握された基本権上の自由の保護を期待している、そして、②立法者が法律を制定した場合には、その具体的決定に従い、あるいは一般条項や不確定概念が用いられている場合でも、憲法上の『価値』の実現が命じられていると推定して、行政と裁判所は具体的な事件で法律を解釈適用するのである。この意味で、基本権上の自由を『立法指針』、あるいは法律の『解釈指針』として機能させるというかたちで、基本権論を展開することができよう」、と⁴⁴⁷。こうした篠原の議論は、*Ruffert* や *BVerfG* 判例が、契約対等が侵害された場合の契約自由の憲法保障にあたって照射効判例を出発点とし、それを受けた立法府の内容形成任務、そこでは民法の一般条項の制定を経て、専門裁判所に対して契約の内容規制を要請している点と共通するといえる⁴⁴⁸。

また、篠原と同様に、わが国においても、宍戸常寿によって「『価値』としての人権理解」をもとに私人間において個人の尊厳を妥当させるという構成が示されている点が参考になる⁴⁴⁹。それによれば、「個人の尊厳を保障する憲法 13 条は、私人間においても『妥当』(Geltung) する。個人がお互いを尊重する責務を負うことは、一般に承認されるはずである……。しかし、個人がお互いに個人として尊重するということが、私人間で何を禁止し何を要求するのか、その意味は、憲法 13 条の段階ではいまだ抽象的な要請にとどまる。つまり憲法 13 条の規範内容は、私人間で『具体化』を要する。この具体化は、第 1 次的には民法を含む立法によってなされるが、それが不十分である場合には、憲法 13 条に適合的な私法規定(一般規定に限られない)の解釈や、憲法 13 条からの直接の導出によってなされる」とされる⁴⁵⁰。

以上のように、わが国においても、本稿で検討した *Ruffert* や *BVerfG* 判例が採用する「照射効」を出発点とするアプローチと共通する議論がなされている。ただし、本稿で検討してきたとおり、*BVerfG* 判例は、基本権の客観的基本決定に加えて、社会国家原理も妥当する

⁴⁴⁷ 篠原・前掲注 430)「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」71-72 頁。

⁴⁴⁸ 参照、本稿第 1 章第 1 節第 2 款 3) および第 3 章。

⁴⁴⁹ 宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『講座人権論の再定位 3 人権の射程』(法律文化社、2010 年) 39 頁以下。なお、同じく私人間効力論の再構成の可能性を示唆するものとして、林知更「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」駒村圭吾『テキストとしての判決——『近代』と『憲法』を読み解く』(有斐閣、2016 年) 109 頁以下、西村枝美「憲法の私人間効力の射程 (1) ~ (8・未完)」関西大学法学論集 62 巻 2 号 (2012 年) 421 頁、3 号 897 頁、6 号 (2013 年) 2367 頁以下、63 巻 1 号 98 頁以下、2 号 278 頁以下、6 号 (2014 年) 1371 頁以下、63 巻 6 号 (2014 年) 1765 頁以下、65 巻 5 号 (2016 年) 1646 頁以下、6 号 1972 頁以下も参照。

⁴⁵⁰ 宍戸・前掲注 449)「私人間効力論の現在と未来」40 頁。

としている点が想起されなければならない⁴⁵¹。この点、わが国において、「客観法」と「主観的権利」とを区別する視点から、生存権の法的性質を再検討する見解が参考に値する⁴⁵²。それによれば、「判例は、学説による理解によれば、当初は食管法事件判決においてプログラム規定説に立ったが、その後堀木訴訟判決において立法裁量論を採用するに至った」ところ、実は、こうした「立法裁量論は客観法の側面から問題を捉える立場であり、そのような理解が最高裁の諸判決をもっともよく説明できるものである」とされる⁴⁵³。最高裁判例においても、生存権を客観法として捉える可能性が示されている⁴⁵⁴。このように、日本国憲法に

⁴⁵¹ 参照、本稿第3章および第4章。なお、宍戸も、私人間の名誉棄損などのように、「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』が問題となっていると見ることができよう」と主張しているように、個人の尊厳以外の憲法原理が妥当する可能性を認めている（宍戸・前掲注449）「私人間効力論の現在と未来」44頁）。

⁴⁵² 参照、高橋和之「生存権の法的性格論を読み直す——客観法と主観的権利を区別する視点から」明治大学法科大学院論集12号（2013年）1頁以下。

⁴⁵³ 高橋・前掲注452）「生存権の法的性格論を読み直す」6頁。また、生存権に関する最高裁判例を検討する前に、「我妻説を読み直す」試みがなされている。そこでは、我妻説が憲法25条にも「自由権的效果を認めていた、しかも法的効力をもつものとして」と理解可能であることを前提に、「この法的効力が私人に対しても及ぶものと解している点」に着目し、「当時の我妻が、私人間効力論という問題を知った上でこのように述べたのかどうかは、定かではないが、おそらく、主観的権利としての生存権の自由権的側面が私人間に効力を及ぼすと考えていたのではないであろうと、私は推測する。そうではなく、ここで我妻が考えていたのは、客観法としての25条の効力ではなかったかと思うのである。客観法としては、基本権は国家のみならず私人をも義務づける。これが我妻が漠然とではあるが考えていたことだとすると、後のドイツ憲法学における間接適用説と相通ずる考え方をとっていたことになる」（傍点原文）と評価している点は注目に値しよう（10-11頁）。我妻説が、私人間効力ではなく、「客観法としての25条の効力」に着目する点で、本稿の視点と共通するといえる。

⁴⁵⁴ また、高橋によれば、「人権規定を客観法および主観的権利の2つの視点から考察するアプローチ」は、「内容形成型人権について有用である」とされる（高橋・前掲注452）「生存権の法的性格論を読み直す」25頁）。それによれば、「内容形成型人権とは、その保障内容が憲法上完全には確定されておらず多かれ少なかれ保障内容の確定が法律による形成が委ねられている人権である。内容形成が法律に委ねられている限度で客観法的な国家の義務づけにおいて立法裁量の余地を認めることになる。したがって、客観法の側面から、立法裁量の濫用・逸脱の場合に違憲となる」とされる（4頁）。本稿で検討したとおり、契約自由は法による内容形成を必要とする自由であるため、有用であろうということができよう。

においても生存権が客観法として妥当するということが認められることができる。

ところで、こうした最高裁の立法裁量論が客観法の側面から問題を捉えるという理解は、さらに、小売市場事件判決の判示内容にも及ぼすことはできないであろうか。同判決は、憲法が「個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定している」と判示する一方で、「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである」⁴⁵⁵と判示している。それは石川健治によれば、「優勝劣敗の市場原理主義ではなく、この『経済的劣位に立つ者』にも配慮した『社会経済の均衡のとれた調和的發展』が憲法的秩序なので」あり、『憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定して』おり、したがって、『国は、積極的に、国民経済の健全な発展と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために』、さまざまな立法措置をすべきだと」される⁴⁵⁶。こうした「判決から引き出せる論点」のうち、「営業の自由」論争における岡田与好の議論⁴⁵⁷をもとに契約自由の議論を行っている点が参考に値する。

石川による岡田の議論の整理によれば、「憲法 22 条 1 項の職業選択の自由とは、『人』権であるということ」であり、「これはあくまで人一般の自由」であるから「事業者も労働者も職業選択という局面においては、ともに『人』権の担い手として同等に尊重される。岡田によれば、「ここで『人』権の議論は終わり、そこから先は『公序』の議論になる」。「事業者に限定された自由である『営業の自由』も、同様に『勤労者』に限定された、日本国憲法でいえば 27 条 28 条の権利も、もはや、人一般の権利としての『人』権ではない。「どうやってそれを発展させていくのか」ということは、パブリックポリシーの問題ということ

⁴⁵⁵ 最大判昭和 45 年 11 月 22 日刑集 26 卷 9 号 591 頁。

⁴⁵⁶ 須網隆夫ほか「座談会雇用の危機と労働法の課題」法律時報 81 卷 12 号（2009 年）11 頁以下 [石川健治]。また、「ここで『勤労者』は、『経済的劣位に立つ者』の典型として位置づけられてい」るが、「同時に判決では、この『経済的劣位に立つ者』のもう一つの典型として、『中小企業』が出て」くる。「それゆえ、中小企業保護は、『均衡のとれた調和的發展』をめざす経済体制という憲法的公序の一環だということがここで述べられている」。「つまり、判例は、『護送船団制』を憲法的公序だと考えていることになり、この立場は、今日も変更されてい」ない。雇用関係についていえば、「『勤労者』について『均衡のとれた調和的』な雇用市場という憲法的公序が設定されている、というのが、判例の立場だ、ということ」だとされる（同「座談会雇用の危機と労働法の課題」12 頁 [石川健治]）。また、こうした判例の理解について、石川健治「憲法・経済・秩序」企業と法創造 9 卷 3 号（2013 年）48 頁も参照。

⁴⁵⁷ 参照、岡田与好『経済的自由主義——資本主義と自由』（東京大学出版会、1987 年）、同『独占と営業の自由——ひとつの論争的研究』（木鐸社、1975 年）。

になる」⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹。こうした「岡田与好の人権—公序の二分論でいくと、契約の自由について

⁴⁵⁸ 須網ほか・前掲注 456)「座談会雇用の危機と労働法の課題」11頁 [石川健治]。なお、石川健治は、岡田の議論を、「人権条項の精神的な理解を重視する解釈方法論にたった、紛れもなくまっとうな一個の憲法解釈論として受け止められなくてはな」らず、「この、まさに岡田憲法学というべき『営業の自由』論が、自由論にもたらした貢献の1つは、“〈秩序〉のなかの〈自由〉”を、それ自体『自由』として認めたということ」であると評価する。すなわち、岡田の「営業の自由」論にいう自由は、「国家による権力的な〈秩序〉強制を前提にしているという点で、国家のインディフェレンツを要求する『国家による自由』」とも、「『弱者』『労働者』等々と、社会の一部をグルーピングして、これに国家の保護を与えようというのではなく、誰に対しても公正な競争秩序を強要する点で、弱者への生存配慮の定式である『国家による自由』」とも異なる」とし、「〈秩序〉のもとでの／による〈自由〉という、新たな『自由』観」をとっていることが強調される(石川健治「インディフェレンツ——〈私〉の憲法学——」比較法学 42 卷 2 号 (2009 年) 166 頁以下)。また、石川による「営業の自由」論争の理解について、石川健治「営業の自由とその規制」大石眞ほか編『憲法の争点』(有斐閣、2008 年) 148 頁以下も参照。さらに、「営業の自由」論争一般について、中島茂樹「『営業の自由』論争」法律時報 49 卷 7 号 (1977 年) 334 頁以下、稲田陽一「営業の自由論争回顧」高岡法学 1 卷 1 号 (1990 年) 31 頁以下、矢島基美「『営業の自由』についての覚書」上智法学論集 38 卷 3 号 (1995 年) 223 頁以下、阪本尚文「戦後憲法学と経済史学」行政社会論集 28 卷 4 号 (2016 年) 13 頁以下も参照。

⁴⁵⁹ なお、こうした岡田による問題提起は、「法学者の多くによって冷淡に扱われた」と評される一方で(阪本・前掲注 458)「戦後憲法学と経済史学」36 頁)、積極的に評価した数少ない論者として樋口陽一が挙げられる(樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房、1973 年) 133 頁以下、同『憲法という作為——「人」と「市民」の連関と緊張』(岩波書店、2009 年) 209 頁以下のみを参照)。すなわち、石川健治によれば、樋口も「当初は、その例外ではなく、『国家からの自由』としての『営業の自由』の定式と、それを成り立たせる『国家による自由』としての実質的な自由と、国家独占資本主義段階における国家の企業経営とを三元的に捉えて、岡田説における解釈論上の定式と自由に関する問題意識と国家の歴史段階のずれを指摘していた」が、「1980 年代に入り岡田説が、『法人の人権』論批判にむしろ重点をおき、フランス人権宣言に『結社の自由』がノミネートされなかった消息を、ル・シャプリエ法との連関で強調するようになると……、樋口教授も、岡田・自由論の積極的な受容を試みて、18 世紀における反団体的・反法的な(本来の)人権思想を、現代において追体験する必要性を説くようになった」とされる(石川・前掲注 458)「インディフェレンツ」167 頁注 50))。そうして形成された歴史認識から、樋口は、「国家の基本権保護義務という考え方が、近代自由主義の現代の変容ではなく、近代自由主義それ自体が追求した課題だったはずだ、という理解が示唆されることとなる。基本権

も、人権の部分と公序の部分があるという議論になるはずであろう」とされる。そのうえで、「契約する」ということは、「きわめて親密な、人間と人間の結合を含めた、非常に広いスペクトルをもっている」ので、「契約締結の自由……は、あらゆる人間に認められた『人権で』あるとされ、「その前提には、契約当事者がお互いに対等の人格であるということの承認が先行して」おり、そして薬事法事件判決⁴⁶⁰の「職業論の前提にあった人格権論あるいは人間の尊厳論と、当然に結びついてくるはずだろう」とされる。そこで、「多様な契約の自由の諸局面のうち、契約締結の自由については、職業選択の自由と同ランクに位置付けることができるので、契約締結それ自体は、人権として主張されるという読み方が、岡田説から出てくるのではないか」とされ、その先は「『公序』の領域になり、契約『内容』の形成などについては、『公序』が利いてくる」とされる⁴⁶¹。こうした石川の議論にしたがっていえば、本稿の対象である契約の内容規制の問題は、契約内容の形成にかかわるのであるから、「憲法的公序」の問題とみることができる。この点で、上記で指摘された「『経済的劣位に立つ者』にも配慮した『社会経済の均衡のとれた調和的発展』という小売市場事件判決の「憲法的公序」⁴⁶²もまた、契約自由にかかわる客観法として生存権が妥当すると理解するきっかけを与えるのではないか。

さて、上記の基本権規範の「価値」に関する議論にあたっては、さらに、第1款で検討した、憲法13条と25条の組み合わせに関する議論と民法90条の「公序良俗」における生存権の具体化の議論も参考になる。まず、憲法13条と25条の組み合わせの議論において、「人間の尊厳アプローチ」に立脚する論者が「一方的に関係性を形成されざるをえない非対称の人間関係が存在するとき、ここで生存権保障に賭けられているものは、もはやその人自身が自ら生を構想してゆく可能性——その人自身が主体的にどう生きてゆくか——ではな

の内容はもともと、社会そのものに向けられた価値規範だったのであり、個人の主観的権利としての防衛権としてよりも、国家により客観的価値秩序を構築し、それを社会にむけて貫ぬくところにあったはずだ、とされるからである」(原文ママ)と指摘されている点(樋口陽一『憲法近代知の復権へ』(東京大学出版会、2002年)207頁)が想起されるべきである。

⁴⁶⁰ 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。同判決の「職業」観について、須網ほか・前掲注456)「座談会雇用の危機と労働法の課題」9頁以下[石川健治]も参照。

⁴⁶¹ 須網ほか・前掲注456)「座談会雇用の危機と労働法の課題」12頁[石川健治]。なお、契約の自由の議論について、石川健治「契約の自由」大石真ほか編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)146頁以下も参照。なお、本稿では直接の対象としない「契約締結の自由」についても、「雇用関係」においても「人」権と捉えることで、「雇用関係を契約的に構成」することが疑問視され、「『制度』的に構成しようとした議論の意義」を想起している点には注意が必要である(須網ほか・前掲注456)「座談会雇用の危機と労働法の課題」12頁以下[石川健治])。

⁴⁶² 須網ほか・前掲注456)「座談会雇用の危機と労働法の課題」9頁以下[石川健治]。

く、個々人が当然に有している『尊厳』それ自体なのである⁴⁶³とされるように、憲法 25 条の生存権と憲法 13 条の人間の尊厳によって、「非対称の人間関係」、本稿でいえば、不対等な契約関係において生存が脅かされてはならないという憲法上の要請を導くことが可能となる。

次に、民法 90 条の「公序良俗」における生存権の具体化の議論においては、わが国においても、民法 90 条の公序良俗規定の柔軟化を図ろうとする見解において、本稿で検討した契約対等の侵害に対する契約の内容規制を導く要件と類似する点を考慮する「消費者公序」の導入が提唱され、より進んで、「生存権保障型投資者保護公序」の導入が検討されていた⁴⁶⁴。以上のように、民法 90 条の公序良俗規定が、生存権を具体化すると理解するきっかけはすでに存在しているといえる⁴⁶⁵。

ところで、あらゆる問題を公序良俗規定による解決を求めることには問題がある。本来、最初に議論されるべきは立法府による形成任務であろう。その意味で、本稿の検討対象に関わる限りで、民法改正における定型約款に関する規定の導入について言及する必要がある。定型約款に関する規定は、以下の 4 点に大別される⁴⁶⁶。①これまでの約款という概念とは異

⁴⁶³ 遠藤・前掲注 418)「憲法 25 条がおかれたことの意味」342 頁。

⁴⁶⁴ 参照、大村・前掲注 426)『契約法から消費者法へ』177 頁以下、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、2004 年)121 頁。また、「憲法的公序」論について、山本・前掲注 14)『公序良俗論の再構成』54 頁以下も参照。

⁴⁶⁵ ドイツ基本法の社会国家原理規定を国家目標規定と捉え、その「規範的具体化」について検討するものとして、石塚壮太郎「社会国家・社会国家原理・社会法——国家目標規定の規範的具体化の一局面」法学政治学論究：法律・政治・社会 101 号 (2014 年)197 頁以下、同「国家目標規定の憲法理論的意義：『憲法理論との対話／具体化法との接続』比較憲法学研究 29 号 (2017 年)139 頁以下を参照 (また、ドイツにおける国家目標規定に関する議論について、同「国家目標規定と国家学：その基本権制約ドグマティックへの照射」法学政治学論究：法律・政治・社会 97 号 (2013 年)335 頁以下も参照)。なお、「生活保護は、憲法 25 条 1 項を直接実現するための制度である」が、「憲法は瀬克保護だけで憲法上の最低生活を保障せよと命じているわけではない。25 条 1 項に定められる権利の実現手段について条文には明示されておらず、この点は立法に委ねられているのである。……憲法 25 条 1 項の理念を受けている法律は、労働の領域にも存在する」とされ、労働基準法や最低賃金法が「憲法 25 条 1 項に基礎付けられた、所得保障にとどまらない一連の公的な生活保障諸施策を、仮に最低生活保障プログラムと呼ぶ」見解は、憲法 25 条 1 項を具体化する法律の範囲を広げる点で注目し値する (遠藤美奈「雇用・社会保障」佐々木弘通ほか編著『現代社会と憲法学』(弘文堂、2015 年)93 頁以下)。

⁴⁶⁶ 民法 548 条の 2「定型約款の合意

定型取引 (ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ)

なるものとして採用された「定型約款」の定義（548条の2第1項本文）、②かかる定型約

を行うことの合意（次条において『定型取引合意』という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。）の個別の条項についても合意したものとみなす。

一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。

二 定型約款を準備した者（以下『定型約款準備者』という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

2 前項の規定にかかわらず、同行の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念を照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

同548条の3「(定型約款の内容の表示)

定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。

同548条の4「(定型約款の変更)

定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

一 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。

二 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

2 定型約款準備者は、前項の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

3 第一項第二号の規定による定型約款の変更は、前項の効力発生時期が到来するまでに同項の規定による周知をしなければ、その効力を生じない。

4 第五百四十八条の二第二項の規定は、第一項の規定による定型約款の変更については、適用しない。

款の個別条項につき合意したものとみなされるための要件（同1項1号および2号）、および上記みなし合意から除外される要件（同2項）を定める。また、③定型約款の内容の表示義務（548条の3）、および定型約款の変更に関する要件（548条の4）を定める⁴⁶⁷。

本稿において注目すべきは、定型約款の合意にみなされるか否かにかかわる民法548条の2第1項1号・2号および2項である。本規定は、1項において「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」（1号）、および「定型約款準備者……があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」（2号）には定型約款の個別条項に合意したものとみなされる旨を定める。また、2項は、上記の条項のうち、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念を照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす」として、1項のみなし合意から除外される場合について規定する。本規定の特徴として概ね以下の2点を挙げることができよう。

第一に、従来の学説において約款規制にあたっては不意打ち条項規制と不当条項規制の二本立てで議論が展開されており⁴⁶⁸、立法過程においても同様の提案がなされ、中間試案⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ 定型約款に関する規定の概説として、潮見佳男ほか編『Before/After 民法改正』（弘文堂、2017年）346頁以下〔大澤彩〕、352頁以下〔荒木理江〕、大村敦志ほか編『解説民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）373頁以下〔角田美穂子〕373頁以下、中田裕康ほか『講義債権法改正』（商事法務、2017年）40頁以下〔大村敦志〕、潮見佳男ほか編『詳解改正民法』（商事法務、2018年）395頁以下〔大澤彩〕、410頁以下〔桑岡和久〕、鎌田薫ほか編『新基本法コンメンタール債権2』（日本評論社、2020年）64頁以下〔大澤彩〕、松岡和久ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020年）662頁以下〔大澤彩〕を参照。

⁴⁶⁸ 民法学における約款規制に関する議論状況について、潮見ほか編・前掲注467)『詳解改正民法』396頁以下〔大澤彩〕、松岡ほか編・前掲注467)『改正債権法コンメンタール』662頁以下を参照〔大澤彩〕。

⁴⁶⁹ 「第30 約款……」

3 不意打ち条項

約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができないものは、契約の内容とはならない。

4 不当条項規制

契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他の一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とする」（「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平

はそうした内容となっていたにもかかわらず、不当条項規制にあたる条項と不意打ち条項規制にあたる条項とを「一本化」させた結果⁴⁷⁰、本規定は、定型約款における合意とみなされるか否かを問うことで不当条項は契約内容に含まれないというかたちになった点である。これにより、消費者契約法 10 条⁴⁷¹などの不当条項規制はいったん契約内容となることを前提としたうえで無効となることと比較すると、本規定は、不当条項はそもそも契約内容に含まれないということになる点で、法律効果という視点からは大きく異なる。こうした方法は、序章で確認した約款に関する最高裁判例が行ってきた隠れた内容規制を明文化するものとだと理解されている⁴⁷²。

第二に、消費者契約法 10 条と本規定の法律要件は文言では類似しているところ、前者が交渉力の格差から信義則違反が判断されるのに対して⁴⁷³、後者は、「定型約款の特殊性を踏

成 25 年 2 月 26 日決定) 51 頁 (<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf> [2021 年 2 月 26 日最終閲覧]))。

⁴⁷⁰ 参照、法制審議会民法（債権関係）部会第 96 回会議（平成 26 年 8 月 26 日開催）部会資料（以下、「部会資料」という）83-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）補充説明」39 頁 (<http://www.moj.go.jp/content/000126620.pdf> [2021 年 2 月 26 日最終閲覧])。なお、審議状況について、松岡ほか編・前掲注 467)『改正債権法コンメンタール』669 頁以下も参照。

⁴⁷¹ 消費者契約法 10 条「(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)

消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする」。

⁴⁷² 参照、部会資料 86-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 2）補充説明」(<http://www.moj.go.jp/content/001131467.pdf> [2021 年 2 月 26 日最終閲覧]) 3 頁。

⁴⁷³ 消費者契約法 1 条「(目的)

この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に鑑み、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合等について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とするほか、消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることとするにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」。

また判断がされる」点を挙げる事ができる⁴⁷⁴。これにより、本規定と消費者契約法 10 条の「結論に違いが生ずることがあり得ると考えられる」とされ、本規定が除外にあたっての考慮要素として「定型取引の態様」の判断においては、「契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意したものとみなされるという定型約款の特殊性」を考慮することになるし、同じく「定型取引……の実情」や「取引上の社会通念」の判断においても、「当該条項そのもののみならず、取引全体に関わる事情を取引通念に照らして広く考慮することとするものであり、当該条項そのものでは相手方の不利であっても、取引全体を見ればその不利益を補うような定めがあるのであれば全体としては信義則に違反しないと解されることになる」とされ、消費者契約法 10 条とは趣旨が異なるとされる⁴⁷⁵。以上のように、本規定は特殊な規律構造となっている。

この点、本規定が「不意打ち条項規定と不当条項規制との融合型の規定となったことに対しては、学説は一様に批判や違和感を表明している」一方で、「改正によって新設された同項を積極的に特徴付け、その意義を見い出そうとする見解も示されている」と評されるように⁴⁷⁶、学説における本規定の評価は分かれている⁴⁷⁷。

⁴⁷⁴ 部会資料 86-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 2）補充説明」4 頁。また、部会資料 83-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）補充説明」40 頁も参照。

⁴⁷⁵ 部会資料 86-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 2）補充説明」4 頁。

⁴⁷⁶ 野田和裕「定型約款における不当条項規制——『定型約款の態様及びその実情並びに取引上の社会通念』の考慮」広島法学 43 巻 4 号（2020 年）71 頁。

⁴⁷⁷ 詳細な議論状況について、鹿野・前掲注 52）「民法改正と約款規制」1801 頁以下、森田修「約款規制—制度の基本構造を中心に（その 1）～（その 4）」法学教室 432 号（2016 年）92 頁以下、433 号 88 頁、434 号 85 頁以下、435 号 88 頁以下、河上正二「『約款による契約』と『定型約款』」消費者法研究 3 号（2017 年）31 頁以下、山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」消費者法研究 3 号（2017 年）31 頁以下、鹿野菜穂子「『定型約款』規定の諸課題に関する覚書き」消費者法研究 3 号 73 頁以下、沖野眞巳「『定型約款』のいわゆる採用要件について」消費者法研究 3 号 97 頁、丸山絵美子「『定型約款』に関する規定と契約法学の課題」消費者法研究 3 号 155 頁以下、大澤彩「『定型約款』時代の不当条項規制」消費者法研究 3 号 177 頁以下、廣瀬久和「『定型約款』規定についての覚書を再び掲載するに当たって」消費者法研究 3 号 207 頁以下、山本豊「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷悠ほか編『大改正時代の民法学（商事法務、2018 年）377 頁以下、山下友信「定型約款」安永正昭監『債権法改正と民法学 III 契約（2）』（商事法務、2018 年）137 頁以下、河上正二「改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点」松久三四彦ほか編『社会の変容と民法の課題（上）——瀬川信久先生吉田克己先生古稀記念論文集』（成

前者の見解からは、「消費者契約法の8~10条などの民法以外の不当条項規制のルールとの整合性」が問われる⁴⁷⁸。これにより、消費者契約法の不当条項規制によって無効とされる契約条項の差止めとの関係が整合的でなくなることに加えて⁴⁷⁹、消費者契約法による不当条項の適用範囲が狭まる可能性が指摘される⁴⁸⁰。また、不意打ち条項規制と不当条項規制を一本化させた弊害として、「異なる問題の区別が消失する恐れ」があるという点が指摘される⁴⁸¹。すなわち、「不意打ち条項規制は、本来、約款によるという包括的な合意はあるとしても、その約款に含まれているとは合理的に予測することができない条項は、はじめから契約の内容にならないとするものである。これは、合理的に予測することができないかという問題であり、内容の当否は問題としないものである。それに対して、不当条項規制は、まさに内容の不当性を理由として、条項の無効を導くものであり、不意打ち条項とは、本来、性格を異にする」ところ、一本化することにより、「このような性格の違いを適切にとらえることができなくな」り、その結果として本規定においては「不意打ち条項規制も、内容の当・不当の問題としてとらえられるかぎりにおいて取り上げられ、内容の当・不当にかかわらない本来の意味での不意打ち条項規制はカバーされないことになっている」、と⁴⁸²。以上のように、本規定の特殊な構造から、本規定は「一読して大いなる違和感を感じさせられる条文であり、本規定が想定する運用は、本規定の「文言に照らして、素直に了解可能なものではなく、改正民法施行後、この規定は法律家の頭痛の種になりねない可能性をはらむもの」だと消極的に評価される傾向が強いといえることができる⁴⁸³。

これに対して、後者の見解によれば、本規定は、「消契法10条のような任意規定への拘束を免れ、さらに『取引上の社会通念』までを考慮に入れたフリーハンドの条項の不当性評価

文堂、2018年）473頁以下、大澤彩「不当条項規制の現状と課題」消費者法研究6号（2019年）179頁以下を参照。

⁴⁷⁸ 鹿野・前掲注52)「民法改正と約款規制」1828頁、同・前掲注477)「『定型約款』規定の諸課題に関する覚書き」93頁。また、同じく消費者契約法の不当条項規制との関係の不明確さを指摘するものとして、河上・前掲注477)「改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点」486頁以下も参照。

⁴⁷⁹ 参照、鹿野・前掲注52)「改正民法と約款規制」1828頁注42)。

⁴⁸⁰ 参照、山本・前掲注477)「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」62頁以下。ただし、本規定と消費者契約法10条の両立可能性を認めるものとして、河上・前掲注474)「改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点」488頁も参照。

⁴⁸¹ 参照、山本・前掲注477)「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」61頁以下。

⁴⁸² 山本・前掲注477)「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」61-62頁。この点、一本化の問題点について、河上・前掲注477)「『約款による契約』と『定型約款』」27頁以下も参照。

⁴⁸³ 山本・前掲注477)「改正民法の定型約款に関する規律について」403頁。

を許容するものとなって」おり、「必ずしも定型的・客観的な内容に限定されず、個々の約款取引の個別事情を考慮に入れるものであることが分かる」とされ、また、「組入規制と内容規制とを融合させる同項は、ヨリ広い視野の下に置けば、いわゆる『併せて一本』論に立つ契約の有効性要件論が、ついに明文の規定を持つに至ったことを意味し、その意義は小さくない。かくして新规定は約款の内容規制として〈短いが鋭い槍〉を用意したものと言いうるであろう」と評価される⁴⁸⁴。また、上記の見解からさらに進んで、信義則違反の判断にあたって、「約款の開示の有無・方法、条項の明確性といった手続面から条項内容の不当性はもちろん、消費者契約の場合には消費者の情報不足……、事業者間の契約においては健全な商慣習といったような要素、さらには個別の約款取引の個別事情を考慮に入れることも否定されていない」として、本規定の適用範囲を広く評価する見解も主張されている⁴⁸⁵。

ここで注目すべきは、消費者契約法という特別法で不当条項規制の対象とされている「消費者の情報不足」が民法の判断に含まれており、である。このことから、本規定は、消費者契約法という特別法のみならず、民法においても実定法レベルで、契約における不均衡の是正という価値が具体化されていると捉えるきっかけを与える可能性を秘めている点で注目に値する。いずれにせよ、本規定の特殊性ゆえに学説の評価は分かれており、本規定の信義則判断の考慮要素も実は揺れていると評価することができる。このことから、本規定による約款規制の可能性は、今後の学説および実務による蓄積を待つほかない。現状では、本規定を積極的に評価する見解によっても「解釈運用によっては必ずしも相手方にとって不利な条項が排除されるとは限らないという危惧もある」とされ、「それによって定型約款のみなし合意は肯定されたとしても、相手方当事者に生じている一方的な不利益が公序良俗規定や消費者契約法 10 条に照らして不当と評価される場合には当該条項は無効となる」と評価されている⁴⁸⁶。それゆえに、民法 90 条の公序良俗規定による内容規制、およびそれに関連する本稿の検討は意義を失わないといえる。むしろ、すでに指摘したように民法 548 条の 2 第 2 項の判断において当事者の交渉力の格差などが考慮される場合には、同規定に本稿で検討した憲法原理が具体化されていると解釈することも可能となろう。いずれにせよ、民法改正における定型約款に関する規定の導入については、今後の展開に注視する必要がある。

さて、次に、篠原は、以上のように基本権的自由を「価値」としてとらえ、国家権力がこうした価値の「指針や刺激」を受け取るという議論から、さらに「憲法論としては、法律の解釈・適用の次元においては、基本権上の自由を解釈指針として機能させ、『価値』に親和

⁴⁸⁴ 森田・前掲注 477)「約款規制(その4)」96頁。

⁴⁸⁵ 潮見ほか編・前掲注 467)『詳解改正民法』405-406頁 [大澤彩]。なお、こうした見解について、大澤・前掲注 477)『『定型約款』時代の不当条項規制』179頁以下、同・前掲注 477)「不当条項規制の現状と課題」209頁以下も参照。

⁴⁸⁶ 潮見ほか編・前掲注 467)『詳解改正民法』407頁 [大澤彩]。

的に個別法律を解釈していくこと、すなわち、『憲法志向解釈（*verfassungsorientierte Auslegung*）』という解釈手法」を検討している⁴⁸⁷。本稿においてこうした憲法解釈の方法にまで検討を加えていないため具体的な検討は今後の課題としたいが、方針について若干概観する。日独における憲法適合的解釈と憲法志向解釈⁴⁸⁸を議論にするにあたっては山田哲史による整理が参考に値する。

すなわち、「ドイツの憲法適合的解釈は広狭2つの意味で用いられている。すなわち、法律以下の法解釈に憲法が援用される場合一般を指す、広義の憲法適合的解釈と、複数の解釈が可能で、その中に合憲なものと同違憲なものが含まれる場合に、合憲なものを選択するという狭義の憲法適合的解釈である。後者の意味での憲法適合的解釈は、用語法上の混乱を招くことが危惧されるが、可能な意味の範囲に違憲な部分を含んでおり、それを除去する効果を持ちうるという点で、むしろ我が国従来にいうところの合憲限定解釈に近いといえることができよう。さらに、通説的な見解によって、狭義の憲法適合的解釈に対置される憲法志向的解釈（*verfassungsorientierte Auslegung*）の方は、法体系の統一性などを理由に、特段違憲判断を含むことなく、下位法の解釈にあたって憲法上の価値を反映させる手法を指すといえるのであるから、これこそ我が国で最近言われるところの憲法適合的解釈に対応していると言えよう」、と⁴⁸⁹。山田によれば、ドイツの憲法適合的解釈は、2つに大別され、第一に、わが国でいう合憲限定解釈のように違憲の解釈を取り除くかたちで解釈することを要請する狭義の憲法適合的解釈があり、第二に、必ずしも違憲の解釈は存在しないものの憲法上の価値を下位法に反映させようとする、わが国でいうところの憲法適合的解釈に相当する、広義の憲法適合的解釈があるとされる。

こうした整理によれば、国家の基本権保護義務論に依拠できる場合には、狭義の憲法適合的解釈にもよることができ、そうでないのであれば、広義の憲法適合的解釈、すなわち憲法志向的解釈による必要がある。すでに検討したとおり、基本権保護義務を実定憲法上基礎づけることが難しいとすれば、篠原が指摘するとおり、憲法志向的解釈に可能性を見出すことになる。この点、上記で示したとおり、個人の尊厳という価値、および生存権の客観法

⁴⁸⁷ 篠原・前掲注 430) 「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」73頁以下。

⁴⁸⁸ 憲法適合的解釈について、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）289頁以下、同「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典ほか編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）64頁以下、原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（1）・（2・完）」阪大法学64巻5号（2015年）1287頁以下、6号1787頁以下、毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」法律時報87巻12号（2015年）93頁以下、山田哲史「『憲法適合的解釈』をめぐる覚書——比較法研究のための予備的考察——」帝京法学29巻2号（2015年）277頁以下、實原隆志「ドイツ」比較法研究78号（2016年）63頁以下、山田哲史「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」岡山大学法学会雑誌66巻3・4号（2017年）908頁以下を参照。

⁴⁸⁹ 山田・前掲注 488) 「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」905頁以下。

が民法に妥当し、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障が、とりわけ民法 90 条の公序良俗規定においても具体化されているとすれば、公序良俗違反の判断、とりわけ契約および約款の内容規制にあたって、知的・経済的交渉力の格差という自己決定の基盤が侵害されているか、および不利な契約にもとづいて当事者の生存基盤が脅かされているかなどを考慮すべきことが、法体系の統一性から憲法志向解釈から導かれよう。

以上により、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障は、憲法や民法などの複数の法規範を複合させることで実現することが可能となる⁴⁹⁰。

⁴⁹⁰ なお、本稿では、契約自由を、契約制度を前提とする「規範に構成された自由」であると理解していることから、そうした制度と関連する「制度的保障」にも若干言及する必要がある。芦部信喜によれば、「人権宣言は、個人の権利・自由を直接保障する規定だけでなく、権利・自由の保障と密接に結び合っ一定の『制度』を保障すると解される規定を含んでいる。このような個人的権利、とくに自由権と異なる一定の制度に対して、立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護を与え、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される場合、それを一般に制度的保障と言う」（芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）84頁）とされるところ、こうした制度的保障に契約自由が含まれるかについては、すでに指摘したとおり、わが国においても議論がある（山本・前掲注162）「憲法による私法制度の保障とその意義」138頁以下）。しかし、そもそもこうした制度的保障論がいうところの「(法)制度」概念の利用には、「慎重な検討を要する」というべきである（石川・前掲注18）「契約の自由」146頁、また法制度保障の概念について、石川健治『自由と特権の距離——カール・シュミット『制度体保障』論・再考』（日本評論社、2007年）162頁以下も参照）。こうした制度的保障の検討は、すでに述べたとおり、今後の課題としたい。ここでは、本稿の対象とする契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障という問題は、こうした制度的保障とは異なる次元の議論であることが指摘するにとどめる。

第2節 契約の内容規制論における意義

以上のように、契約自由の制限を正当化する憲法原理は、自己決定の保護（憲法 13 条）に加えて、生命の保護（憲法 13 条）や生存の保障（憲法 25 条）が挙げられるべきことを確認した。そうした憲法原理は、とりわけ憲法 13 条の個人の尊厳という価値、生存権の客観法として、民法に妥当し、民法 90 条の公序良俗規定などに具体化されていると解釈される。そのうえで、公序良俗違反の判断にあたっては、知的・経済的交渉力の格差という自己決定の前提が侵害されているか、そして不利な契約にもとづいて当事者の生存基盤が脅かされているかなどを考慮すべきことが、法体系の統一性などから憲法志向解釈によって導かれるということを示した。

以上の点を踏まえて、契約の内容規制への示唆について若干検討する。契約対等の侵害が問題となる領域は多岐にわたる。たとえば、民法における約款の内容規制、消費者契約や労働契約における内容規制などがそれである。各領域で議論がなされているところ、憲法学からアプローチすることで議論の足並みを揃えることが可能になろう。この点、すでに契約対等の侵害事例においては、自己決定の前提の保障が重要であることは各領域で指摘されてきたことである。

しかし、序章で指摘したとおり、とりわけ約款に関する最高裁判例は、約款の内容規制に抑制的な態度を取り続けている。その背景には、顧客に対する約款使用者の契約自由に介入する正当性の確保の困難さという「契約自由の呪縛」があるとされる⁴⁹¹。これに対して一定の指針を与えるものであろう。すなわち、一方当事者の自己決定の侵害を判断するにあたって、交渉力の不均衡状態に加えて、経済的な生存基盤が危機にさらされているという点を考慮するという視点を与えることができよう。序章で確認したとおり、約款の内容規制の根拠として、わが国の民法学では、従来、知的・経済的交渉力格差という自己決定の基盤の問題に着目してきた。しかし、第 3 章および第 4 章で概観したとおり、BVerfG 判例も、自己決定の前提の保障にあたって、契約過程から知的・経済的交渉力の格差の存在を論証しようとしていたが、その論証の困難さもまた認めていた⁴⁹²。それゆえに、同判例は、交渉力の不均衡を越えて、当事者の資産状況などの経済的な生活基盤という視点をも考慮することで、自己決定の前提が脅かされているということを論証しようとしていたのである。序章で確認した契約の内容規制にあたって社会的自己決定権や生存権を挙げていた民法学説もこうした意味において理解することができよう⁴⁹³。こうした BVerfG 判例の視点は、わが国の最高裁判例を「契約自由の呪縛」から解き放つにあたってのきっかけになろう。

⁴⁹¹ 参照、本稿序章第 1 節第 2 款 3)。

⁴⁹² 参照、本稿第 3 章および第 4 章。とりわけ婚姻契約決定において、「婚姻契約締結時の妊娠は、契約を裁判官による厳格な規制に服させる原因となる契約不平等の徴候のひとつにすぎない」（BVerfGE 103, 89, 102）と判示されていた点が想起されよう。

⁴⁹³ 参照、本稿序章第 1 節第 2 款 3)。

また、改正民法においては⁴⁹⁴、契約自由、すなわち締結の自由、内容形成の自由（521条）、および方式の自由（522条2項）が明文化されている⁴⁹⁵⁻⁴⁹⁶。たしかに、これにより「具体的な変化が生ずるわけでは」ないが、「これを出発点に、一方で、契約自由のほかに契約法を支える原理はないのかが問われ、他方で、私たちの社会にとって契約とはいかなる意味を持つのが深められていくことになる」⁴⁹⁷とされるところ、本稿で検討した憲法原理は、契約自由の規範内容に影響を与えることになる。翻って、契約自由の法による内容形成を必要とする性質を踏まえると、上記の明文化を通じた諸々の展開から、契約自由の憲法保障に関する規範内容も形成されていくといえることができるため、今後の展開に注視する必要もある。

⁴⁹⁴ 民法521条「(契約の締結及び内容の自由)

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。

2 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522条「(契約の成立と方式) ……」

2 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」。

⁴⁹⁵ 改正民法における契約自由に関する規定の概観として、中田ほか・前掲注467)『講義債権法改正』51頁 [大村敦志]、潮見ほか編・前掲注467)『詳解改正民法』376頁以下 [曾野裕夫]、鎌田ほか編・前掲注467)『新基本法コンメンタール債権2』14頁以下 [後藤卷則]、松岡ほか編・前掲注467)『改正債権法コンメンタール』592頁以下 [横山美夏]、597頁以下 [滝沢昌彦] を参照。

⁴⁹⁶ なお、契約自由のうち「相手方選択の自由」に関する規定が置かれなかった背景には、『相手方選択の自由』は『契約締結の自由』に包摂されると考えられることに加え、『相手方選択の自由』を明示的に規定することは、国籍・年齢・性別などによる差別的な契約締結（例：賃貸借における高齢者や外国人に対する差別、雇用における男女差別など）が許容されるという誤ったメッセージを社会に与えること……、また、差別的な締結拒絶の場合について……損害賠償責任が認められにくくなることが懸念された」という点が挙げられている（潮見ほか編・前掲注467)『詳解改正民法』377-378頁 [曾野裕夫]）。なお、法制審議会における「相手方選択の自由」の議論状況について、法制審議会民法（債権関係）部会第48回会議（平成24年6月5日開催）議事録28頁以下（<http://www.moj.go.jp/content/000101935.pdf> [2021年2月26日最終閲覧]）、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」322頁以下

（<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf> [2021年2月26日最終閲覧]）も参照。

⁴⁹⁷ 中田ほか・前掲注467)『講義債権法改正』51頁 [大村敦志]。

第3節 残された課題

第1款 関連する領域における自己決定の前提の保障の可能性

本稿において、法律行為領域における生命の保護の可能性を検討した。そこでは、生命の保護は、憲法 13 条によって保障すべきだと論じた。この点、憲法 13 条一般にまで範囲を広げるとすれば、生命の保護にとどまらない、さまざまな問題領域とかかわることになる。

近年では、「ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定」が注目に値しよう⁴⁹⁸。同決定は、EU 一般データ保護規則 (GDPR) 違反からドイツ競争制限禁止法 (GWB) 違反を導き、濫用と判断したとされる。そこでは、「ドイツ憲法における基本権保護義務論の考え方を軸に、競争法とデータ保護規律の架橋が行われた」とされる⁴⁹⁹。また、原審である Pechstein 事件 BGH 判決が、連帯保証決定が示した「他者決定」概念を、GWB 上の濫用判断において用いたところ、同決定は、「私的自治・自己決定という一般的観点から一歩進んで、基本権の範囲として憲法判例で認識・拡張されてきた『情報自己決定権』(Recht auf informationelle Selbstbestimmung) が論点となった」とされる。そして、「EU 加盟国にそのまま適用される GDPR は、情報の非対称性・交渉力の不均衡を規制するもので、基本権の内容形成、その保護・保障を目的とするものであるから、支配的地位にある事業者のデータ処理の適正性の評価 (GWB19 条 1 項の違法性の判断) に、この規則 (法) の評価を用いることは妥当であるとされた」⁵⁰⁰。このように、ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定は、連帯保証決定が問題とした契約対等の侵害に対する保障を、「情報自己決定権」にまで拡張した。これにより、GDPR が上記「情報自己決定権」を具体化するものと解し、連帯保証決定が要請した良俗違反の判断を越えて、ドイツ競争制限禁止法 19 条 1 項の違法性判断にあたっての利益衡量においても、連帯保証決定の論理を妥当させようとしている。わが国の憲法学においても、「情報自己決定権」の保障について議論されているが⁵⁰¹、「優先的地位の乱用規制ほか競争法に

⁴⁹⁸ ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定について、杉本武重「ドイツ連邦カルテル庁による Facebook に対するドイツ競争法上の決定」国際商事法務 47 卷 4 号 (2019 年) 510 頁以下、伊永大輔「プライバシー侵害は競争法違反となるか—EU におけるデータ保護法制 (GDPR) と競争法の交錯」法律時報 91 卷 5 号 (2019 年) 106 頁以下、舟田正之「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件—濫用規制と憲法・民法」法律時報 91 卷 9 号 (2019 年) 156 頁以下、市川芳治「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書：ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定をめぐる論点を手がかりに」慶應法学 43 号 (2019 年) 139 頁以下を参照。

⁴⁹⁹ 市川・前掲注 498) 「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書」149 頁。

⁵⁰⁰ 市川・前掲注 498) 「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書」150 頁。

⁵⁰¹ 参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001 年)、高橋和広「情報自己決定権論に関する一考察：ドイツ連邦憲法裁判所の『国勢調査』判決の再考を中心として」六甲台論集法学政治学篇 59 卷 1 号 (2012 年) 77 頁以下、同「ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権論の展開」六甲台論集法学政治学篇 59 卷 2 号 (2013 年) 57 頁以

つについては、もっぱら民法・消費者法等との関係で議論されているのみで、憲法論としての議論は少数にとどまっているところである」と評価されているように⁵⁰²、いまだ議論すべき課題は多いように思われる。以上のように、本稿においては生命の保護を憲法 13 条によって保障すべきことを主張したが、憲法 13 条はそれにとどまらない保障内容を有する点で、さらなる検討を要するといえよう。とりわけ、「情報自己決定権」が問題となるとされる競争法領域に関する検討は、今後の課題とする。

また、契約自由と平等原則の関係も問題となる⁵⁰³。ドイツにおいては、4 つの平等取扱いに関する EU 指令を受けた一般平等取扱法の制定をめぐる⁵⁰⁴、契約自由と平等原則の緊張関係が議論されてきた⁵⁰⁵。この点、こうした領域について検討を行った日野田浩行の議論

下、同「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集法学政治篇 60 巻 2 号 (2014 年) 105 頁以下。

⁵⁰² 市川・前掲注 498)「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書」150-151 頁。

⁵⁰³ 憲法学からの議論として、日野田浩行「差別禁止と私的自治」法学志林 116 巻 4 号 (2019 年) 17 頁以下、民法学からの議論として、「契約自由の原則と平等取扱い (1) ～ (2・完) ——差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として」民商法雑誌 147 巻 2 号 (2012 年) 1 頁以下、2 号 165 頁以下、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：法律・政治・社会 91 号 (2011 年) 115 頁以下、同「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：法律・政治・社会 93 号 (2012 年) 69 頁以下を参照。なお、アメリカ合衆国憲法の議論として、高橋正明「憲法上の平等原則と私的自治——パブリック・アコモデーションにおける差別を巡る議論を手がかりに」帝京法学 31 巻 1・2 号 (2018 年) 189 頁以下も参照。

⁵⁰⁴ EU 指令および一般平等取扱法の具体的な内容について、斎藤純子「ドイツにおける EU 平等待遇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 頁以下を参照。

⁵⁰⁵ 上記の文献に加えて、とりわけドイツ一般平等取扱法の議論状況について、憲法学の議論として、木村俊夫「ドイツにおける一般平等取扱法についての憲法学的考察」曾我部真裕ほか編『憲法改革の理念と展開 (下巻)』(信山社、2012 年) 461 頁以下、労働法学の議論として、山川和義「ドイツにおける年齢差別禁止の動向——一般平等取扱法の制定を契機に」労働法律旬報 1657 号 (2007 年) 43 頁以下、高橋賢司「ドイツ労働法における一般的平等取扱い法 (1)」立正法学論集 44 巻 1 号 (2010 年) 147 頁以下。また、それに関連する邦訳文献として、ダグマー・ケスター＝ヴァルチェン著・釜谷真史／角松生史訳「平等取扱と契約自由」法政研究 72 巻 4 号 (2006 年) 1123 頁以下、ディーター・ライポルト著・吉永一行訳「ドイツ民法とヨーロッパ民法——現在と未来」民商法雑誌 134 巻 2 号 (2006 年) 135 頁以下、エドゥアルト・ピッカー著・中田邦博訳「債務法改正、差別禁止 (平等化) 法と私的自治——ドイツにおける民法の変遷」龍谷法学 39 巻 3 号 (2006 年)

を踏まえると、憲法学においては、GG3条、「特に3項1文が、私人による平等基本権の侵害に対して、立法府あるいは裁判所になんらかの義務を課しているといえるか否か」が問われ⁵⁰⁶、さらに進んで、本稿で確認した実質的契約自由の立場から「差別禁止法制を、むしろ被差別者の現実の契約の自由を保障するものとして捉える見解」も主張されている⁵⁰⁷。そこで注目すべきは、差別禁止法制においては、連帯保証決定などのBVerfG判例が行ってきた契約内容に関する実質的契約自由の保障が問題となるのではなく、そこで行われている「契約法上の差別からの実効的保護は、新たな次元での問題である」とされ、「私的取引関係における差別禁止法制は、契約の締結に焦点を当て、一方当事者の契約締結への依拠、つまり契約自由のコミュニケーション的側面をテーマにするもの」、換言すれば「差別禁止法制の在り方は、従来の契約の自由の実質化に関する議論を超えて、消極的契約の自由と積極的契約の自由の緊張関係を解消し、それに伴う配分的帰結をテーマとするもの」と理解されている点である⁵⁰⁸。日野田によれば、一般平等取扱法の「基本的性格をめぐっては、契約関係における配分的正義を実現するものとしての位置づけが有力になっており、かかる位置づけについての議論が学説において展開されるようになってきている」とされる⁵⁰⁹。契約自由と差別禁止法制の関係に関する議論においては、本稿で検討した内容を越えた考察が必要であることが明らかとなる。

また、こうした議論状況のなかで、本稿で検討した照射効と平等原則の関係について判示

545頁以下、ティルマン・レプゲン著・屋敷二郎訳「私法の弔鐘が聞こえる——EU差別禁止規則をめぐって」一橋法学8巻3号（2009年）777頁以下、モニカ・シュラハター著・緒方桂子訳「労働法における差別禁止——ドイツ一般平等取扱法」労働法律旬報1725号（2010年）6頁以下も参照。

⁵⁰⁶ 日野田・前掲注503）「差別禁止と私的自治」28頁。

⁵⁰⁷ 日野田・前掲注503）「差別禁止と私的自治」47頁。民法学の議論について、桑岡・前掲注499）「契約自由の原則と平等取扱い（2）」175頁以下も参照。

⁵⁰⁸ 日野田・前掲注503）「差別禁止と私的自治」48-49頁。ここでは、また日野田が参照する、「私法領域における差別禁止法制の核心的ポテンシャルが、たとえば連邦憲法裁判所の連帯保証決定で示されたように、著しい構造的力関係の格差状況において、一方当事者に『自己決定』の前提が欠けているが故に契約の拘束力を否定するところにあるのではなく、まさに逆の結果、つまり契約締結前の段階で、当事者間の意思の合致がみられないにも関わらず、『劣位者』の意思表示の効力を法的に認めるところにあるとし、その憲法的評価を示唆する」というMatthias Jestaedtによる指摘も注目に値しよう（日野田・前掲注503）「差別禁止と私的自治」20頁（Vgl. auch Matthias Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 264, 2005, S. 342））。

⁵⁰⁹ 日野田・前掲注503）「差別禁止と私的自治」49頁。

する BVerfG 判例が登場した。それがスタジアム入場禁止決定である⁵¹⁰。同決定は、まず、Lüth 判決、代理商決定、連帯保証決定および婚姻契約決定などを参照指示し、「基本権は私法上の法的関係にも照射され、専門裁判所によって、とりわけ私法上の一般条項などを通じて、通常法律の解釈に際して効力をもつ。このとき、基本権は憲法上の価値決定として、『指針』のかたちで私法に照射する」と判示する⁵¹¹。これは本稿で確認した照射効判例の判示内容が本件においても妥当することを確認したといえる。そのうえで、スタジアム経営者の管理権（GG14 条 1 項の財産権保障）と恣意的な不平等取扱いからの保護（GG3 条 1 項）が考慮されるべきだとされる。しかし、同決定によれば、GG3 条 1 項は、「私人同士の法関係が原理的に平等にふさわしい形で形成されるべきとされるような客観的憲法原理ではない」。あくまで「私人間における平等権上の要請は、特殊な状況では基本法 3 条 1 項から生じうる」にすぎない。したがってここで考慮されるべきは、「主催者の判断から個人の人柄などをとくに問題としないで大衆に解放されたイベントからの管理権に基づく一方的な排除という措置の性格であり、この排除が対象者にとっては相当程度、社会生活への参加を左右することになるということである。私人がかかるイベントを開催することで、当該私人には憲法から特別な法的責任もまた生じる。当該私人は、管理権から帰結された決定権限を、特定の個人を事実在即した理由もなしにこうしたイベントから排除するために行使してはならない。絶対的な権利としての財産の憲法上の承認やここから帰結される管理権者の一方的な決定権限は、財産の社会的拘束（基本法 14 条 2 項）に鑑みて、平等取扱要請の照射効によって調整されなければならない」ということだとされる⁵¹²。同決定は、本稿で確認した照射効判例に依拠する一方で、さらに進んで、平等原則が限定的に私法に妥当することを認めている。一般平等取扱法の制定をめぐる議論状況も踏まえると、契約自由と平等原則の関係については、本稿の検討を越える内容を含むものであるといえる。

以上から、こうした契約自由と平等原則の関係については、さらに検討が必要といえる⁵¹³。

⁵¹⁰ BVerfGE 148, 267. 同決定について、玉蟲由樹「一般的平等原則の私法への照射効」自治研究 95 巻 4 号（2019 年）154 頁以下を参照。

⁵¹¹ 玉蟲・前掲注 510)「一般的平等原則の私法への照射」155 頁。

⁵¹² 玉蟲・前掲注 510)「一般的平等原則の私法への照射効」156 頁以下。また、同決定は、以上の実体法上の要請に加えて、「スタジアム入場禁止を科すにあたっての事実在即した理由を必要とすることには、手続法上の要請が結びつく」としている点も注目に値する（玉蟲・前掲注 510)「一般的平等原則の私法への照射効」157 頁）。

⁵¹³ 平等原則との関係で、男女別定年制を定める就業規則について、以下のように判示した日産自動車事件判決が想起されよう。「会社の就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法 90 条の規定により無効であると解するのが相当である（憲法 14 条 1 項、民法 1 条ノ 2 参照）」（最小三判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 巻 2 号 300 頁）。同判決は、契約締結時の規制とは関わらないものの、民法

とりわけ平等原則の規範内容はもちろん、本稿で検討した契約の内容規制を越えて契約締結時の規制をめぐる憲法原理について改めて検討すべきであろう。こうした検討も、本稿の残された課題である⁵¹⁴。

第2款 保護義務と憲法解釈方法

さらに、本稿においては、BVerfG 判例の国家の基本権保護義務論の変遷に関する検討が中心的であった。しかし、国家の基本権保護義務論は、もとよりドイツの裁判制度の特殊性と密接に結びついた理論ともいえる点には注意が必要である。すなわち、*Canaris* も指摘するように、国家の基本権保護義務論は、あくまで法律行為の問題を憲法異議の問題にするための道具にすぎないという側面を有している⁵¹⁵。それゆえに、憲法裁判所および憲法異議という制度を有しないわが国においては、異なる視点が必要である。それは、ドイツにおける専門裁判所の「憲法判断」である。

この点、わが国においては、近年、ドイツ連邦行政裁判所（BVerwG）の「憲法判断」については検討されているものの⁵¹⁶、民法の判断を管轄とするドイツ連邦通常裁判所（BGH）の「憲法判断」の方法については管見の限りでは蓄積が少ないといえる。BVerwG の憲法判断を検討した原島啓之は、「ドイツの連邦行政裁判所と日本の最高裁判所が多くの類似点を有する」と評価する。それによれば、「第一に、両裁判所は、憲法問題だけを専門に扱う特別の憲法裁判所ではなく、通常の事件を解決する中で憲法問題を解決し憲法上の権利を実現する裁判所である点で共通する……。第二に、両裁判所は、適用すべき法律に憲法問題が

90 条の判断において平等原則（憲法 14 条 1 項）を考慮に入れている点で注目に値する。また、契約における平等取扱いに関するわが国の裁判例について、茂木明奈「契約法における平等処遇の要請——日本の裁判例の検討から」法学政治学論究：法律・政治・社会 96 号（2013 年）35 頁以下も参照。

⁵¹⁴ なお、こうした問題については、改正民法においては、契約締結における差別の可能性から「相手方選択の自由」に関する規定が置かれなかったことはすでに指摘したところ、「契約締結の相手方選択の自由に関して、その制約原理である差別とは何か、どのような場合が差別に当たるのかを探求する必要がある。それにより、改正民法が相手方選択の自由を明文しなかったことの意味および、相手方選択の自由と平等取扱いの関係が明らかになることが期待される」（松岡ほか編・前掲注 467）『改正債権法コンメンタール』597 頁 [横山美夏]）と評価されるように、改正民法との関係からも検討する必要があることが指摘されている。

⁵¹⁵ 参照、本稿第 1 章第 1 節第 1 款 1)。

⁵¹⁶ 参照、原島・前掲注 488)「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察 (1) (2・完)」1287 頁以下、1787 頁以下。また、連邦労働裁判所について、倉田原志「ドイツにおける連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所による基本権の実現：その協調と不一致」法と政治 71 卷 2 号（2020 年）1087 頁以下も参照。

含まれていたとしても、法令違憲の方向での決断ができるのは、当該事件の解決に必要な場合に限られる点でも共通している。……第三に、ドイツの連邦行政裁判所が基本権（基本法1条3項）と法律（同法20条3項、97条1項）に二重に拘束されているのと同様に、日本の最高裁判所も『憲法及び法律』に拘束されている（日本国憲法79条3項）。このことから、「ドイツ連邦行政裁判所の判例理論における憲法適合的解釈の基本的枠組や、憲法の機能方法は、日本の裁判所制度を前提とした行政事件に対しても応用可能だと」される⁵¹⁷。上記の共通点は、わが国の最高裁判所とBGHにおいても認められるとあってよいであろう。そうだとすれば、BGHの民法領域における「憲法判断」の手法を検討することで得られるものは多いと思われる。

また、上記で若干検討した「憲法適合的解釈」や「憲法志向的解釈」という憲法解釈の手法についても、BVerfGの判例が検討されることが多いため⁵¹⁸、BGHにおける「憲法判断」から新たな視点を獲得することができよう。なお、そこで重要になってくるのは、次の宍戸常寿の指摘である。すなわち、「そもそも人権を『価値』的に理解する以上、立法が憲法上の価値を実現するものとして捉えられたり、司法による法律の憲法適合的解釈や、さらには憲法の継続的形成が行われるといった『法秩序の憲法化』は、当然の現象である……。しかし、このプロセスの重心が司法に移行して、社会秩序の形成の任務を立法から奪うことになっては、民主的憲法構造それ自体の変質にいたるであろう」、と⁵¹⁹。こうした「法秩序の憲法化」現象は、ドイツにおいてさまざまな形で議論されているところ、たとえば、民刑事裁判所等の判決に対する憲法異議申立（判決異議申立）に際して、連邦憲法裁判所が憲法解釈だけではなく、他の裁判所の任務である通常法解釈や事実認定にまで過剰に立ち入っており、『超上告審』化している」という議論がなされている⁵²⁰。とりわけ基本権的価値を実現するという任務が認められるようになり、その任務の実現にあたって、憲法裁判所と専門裁

⁵¹⁷ 原島・前掲注485)「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察」287頁以下。

⁵¹⁸ たとえば、山田・前掲注488)「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」903頁以下。

⁵¹⁹ 宍戸・前掲注449)「私人間効力論の現在と未来」46頁。なお、「法秩序の憲法化」について、宍戸・前掲注488)『憲法裁判権の動態』317頁以下も参照。宍戸は、「法秩序の憲法化」を次のように捉える。すなわち、「基本法の機能秩序は、諸国家機関の各々に『憲法の優位』に違反するだけでなく、かつ基本権等の憲法上の与件への不断の接近を課している。その機能秩序において連邦憲法裁判所は、①立法者を含む全国家機関の基本権拘束の実現だけではなく、他の諸裁判所からの立法者保護の任務、しかも『第四権』ではなく、『裁判所』として他の裁判所と平行的な任務を課され、他方で②憲法上の機能秩序が他の機関に与えた機能（立法者の形成機能と他の裁判権の通常法の解釈・適用機能）を尊重しなければならない、と考えられるようになってきている」、と（327頁）。

⁵²⁰ 宍戸・前掲注488)『憲法裁判権の動態』317頁。

判所とでどのように権限分配がなされているかが問題とされる⁵²¹。こうした議論からも、BGHの「憲法判断」について議論することが可能であろう。

以上のように、本稿には残された課題も存在するが、本稿の問題関心にあった契約自由の制限をめぐる憲法原理を明らかにし、わが国における契約および約款の内容規制の足枷ともなっていた「契約自由の呪縛」からの解放へのきっかけを見出すことができた。よって、本稿は、これをもって擱筆し、こうした残された課題の検討は他日を期すこととする。

⁵²¹ 本稿で検討した連帯保証決定も、こうした背景から、憲法判断について自己限定を付していた点は別稿ですでに指摘した（参照、大串・前掲注 69）「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」52頁以下）。