HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ボン基本法と契約の自由
Author(s)	五十嵐, 清
Citation	北海道大學 法學會論集, 10(1-4), 42-66
Issue Date	1960-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27782
Type	departmental bulletin paper
File Information	10(1_4)_P42-66.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ボン基本法と契約の自由

五十嵐　清

目　次

一　序
二　「契約の自由」の意味
三　基本法は契約の自由を保障しているか
四　基本権の法的性質
五　基本法と契約自由の制限
六　とくに競争制限禁止法の合憲性について
七　むすび

一　序

契約自由の原則は所有権自由の原則とともに市民法の基礎的原理であることはいうまでもない。ところが憲法史上、私有財産制の方はフランス人権宣言以来、市民法的基本権の中心として保障されてきたのに対し、契約の自由については二十世紀初頭のアメリカ合衆国の場合を除き、殆んど問題とされることがなかつた。(1) ワイマール憲法が「経済取引においては法律にしたがつて契約の自由が行なわれる」(一五二条一項)、この点で劃期的な意義

を有することである。しかるに、ボン基本法においては、このような規定は見当らない。そこで西ドイツでは、契約の自由は現在でも基本法により保障されているかどうか、また保障されているとするならば、それはいかなる意味においてであるか、などの問題がはげしく議論されている。この議論の内容を紹介しようとするのが本稿の目的である。

このような問題は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、憲法二九条により保障されると解されているが、[2] それ以上は議論が発展していない。一方、西ドイツにおける議論は、たんなる憲法の条文の解釈の段階をこえて、憲法と私法との関係についての本質的な理解をめぐつて展開されている。すなわち、従来伝統的に存していた憲法＝公法と私法との独立性についての理解がまさに問題になり、憲法が直接に私法的規定を含むことが指摘されつつある。したがつて、この点に関する西ドイツの議論を紹介することにより、憲法と私法との関係一般の把握に対し一つの視点が与えられることになろう。しかも、この問題の解明には憲法学者と私法学者の協力が必要である。憲法学者として終始されておられる松岡修太郎先生の退官を記念する本論文集に、私法学者たる筆者がこのようなテーマを選んだのは、以上の理由にもとづく。

(1) 比較憲法上、契約の自由の憲法による保障が問題になつたのは、二十世紀初頭のアメリカ合衆国の最高裁判所の判例においてである。そこでは連邦憲法修正第十四条の due process clause の拡張解釈によつて、契約の自由を制限する立法が次から次へと違憲の判断をうけた。この問題については、田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立」国家六九巻一・二号以下が詳細である。契約の自由については、七二巻八号六九二頁以下参照。

(2) たとえば、法学協会編「註解日本国憲法」上巻五六六頁。

二　契約の自由の意味

本論に入る前に、まず注意したいのは、「契約の自由」の意味である。もしこれについて西ドイツでわれわれと異なる理解がなされている場合には、比較が無意味となるからである。だが幸いにして、少なくとも概念的には、西ドイツで今日理解されている「契約の自由 Vertragsfreiheit」はわが国で通常理解されているものと異なるものではない。たとえばラレンツ Larenz によれば、「契約の自由」とは「平等な権利を有する当事者によつて自由に締結され、それによつて私法の領域において彼等の相互関係の形成につき合意によつて法創造的に活動する可能性を与える契約を、拘束力のあるものとして法秩序が承認する」ことを意味する。(1) このような契約自由の観念は、ドイツにおいても十八・十九世紀を通じて形成された。BGBはその結実である。(2) ところで、わが国では、契約自由の原則は所有権自由の原則とならんで市民法の基礎原理であると一般に理解されているが、近時ドイツにおいても、契約自由の原則の上に立つBGBの性格を市民法（ブルジョア法）と規定しようとする傾向が見られる。(3) このような意味で、「契約の自由」の理解は彼我共通であるといつてよい。ただし、ドイツにおいては社会的にも契約の自由が実現されたのに、わが国では不十分であつたという差は無視できない。契約の自由の憲法的保障がわが国ではほとんど問題にならない理由の一つはここにある。

他方、古典的意味における「契約の自由」は今日の社会ではほとんど見られない。そこにあるのは、「契約の自由とその制限」という現象である。ドイツにおいても例外ではない。「偉大な法思想の結実ではあつても、その種子ではない」という多くの法典の味つた悲劇をBGBも避けることはできなかつた。(4) 第一次大戦を契機として多くの社会立法

や経済統制立法が制定され、また普通契約約款（Allgemeine Geschäftsbedingungen）が普遍化して、契約の自由は大幅に制限された。まさに、「契約の自由は現実には制限された形でのみ現われることができる」のである。[5] ナチス時代には、この傾向が極端にまで達し、契約の妥当する領域が縮少され、しかも契約は民族協同体秩序の一部でなければならないと説かれた。[6] ナチス崩壊後は、このような行きすぎは是正された。しかし、もはや契約自由の制限を一時的なものと理解することはできない。ここでは、真の「構造の変化 Strukturwandlungen」が生じているのである。[7] といつても、ここでは「契約の自由とその制限」という形で問題になるのであり、契約の自由の制限はけつして契約の自由の否定ではなく、またそうあつてはならないと解されている。このような「契約の自由」の意味の変化は、本稿にとつてはとくに重要である。ワイマール憲法においても、またボン基本法においても、保障されるべき「契約の自由」は、このような意味における「契約の自由」でなければならないからである。以上のような「契約の自由とその制限」についてのドイツ的理解も、われわれの理解と異なるものではないのみならず、広く西ヨーロッパの諸国に共通に見られるものである。[8] したがつて、西ドイツでいま議論されている契約の自由の憲法的保障の問題は、広く一般的な意味をもちうるものであることが推論される。それにもかかわらずとくに西ドイツで問題とされている理由の一つは、憲法の有する特殊な政治的環境に求められはしないだろうか。

(1) **Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd. 2. Aufl. 1957, S. 36.** その他 Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl. 1958, § 27, S. 119; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. 1957, S. 81; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 12.

(2) **Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1-2.**

(3) **Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 1954, S. 78 ff; Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 9.** なおこのヴィーアッカーの小冊子の内容

については、鈴木禄弥「ドイツ近代私法史学の発達」比較法研究一六号三四頁参照。

(4) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 288.

(5) Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für H. Lehmann, I. Bd. 1956, S. 163, Anm. 74.

(6) 我妻「ナチスの契約理論」杉山教授還暦祝賀論文集所収。

(7) Raiser, a. a. O. S. 3. なお、現在における私法の構造の変化を論じたものとしては、Fritz von Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, 1957 が代表的。

(8) 契約の自由の制限については、従来フランスの学者がもつとも論じており、わが国にも広く紹介されている。比較的最近のものとしては、Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 2e éd. 1952, p. 19 et s. が代表的。最近は英米法系の学者によつても好んでとりあげられている。代表的なものとして Friedmann, Law in a Changing Society, 1959, pp. 90-125; Parry, The Sanctity of Contracts in English Law, 1959 が注目される。

三　基本法は契約の自由を保障しているか

本論に入つてまず問題となるのは、ボン基本法は果して契約の自由を保障しているかという点である。前述のように、ワイマール憲法は明文をもつて契約の自由を保障した。しかるに、ボン基本法は「奇妙にも」このような規定を設けなかつた。[1] そこで、基本法の解釈が問題となつた。通説は、ボン基本法は契約の自由を保障していると解している。その条文上の根拠については、わが国と同様に所有権の保障の規定（一四条）に求めるものもないではないが、[2] 通説は、二条一項の「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。」という規定から、契約の自由の保障が導き出されると解している。

では、いかにして、「人格の自由な発展を目的とする権利」の中に契約自由が含まれるのであろうか。それには、つぎのような解釈操作がなされる。ボン基本法は、ナチス時代の経験にかんがみ、人間の尊厳と自由とに最高価値を

与えた。二条一項は一条一項（「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である。」）とともに、それを宣言するものである。したがつて、二条一項は自由権の中心規定であり、三条以下の個別的自由権に対して一般条項としての性質を有する。ところで、「人格の自由な発展を目的とする権利」とは一般的な行動の自由（allgemeine Handlungsfreiheit）、すなわち、各人は原則として自己の自由な意思決定によつて欲することをなす権利をもつことを意味する。このような一般的行動の自由の中には経済的活動の自由も含まれる。個別的自由権の中には経済的自由権に属するものも存するので――たとえば、結社の自由（九条）、職業選択の自由（一二条）、所有権の自由（一四条）――その一般条項たる二条一項は当然に経済的自由をも含むものでなければならないからである。さて、経済的活動の自由は主として契約の自由によつて行なわれる。ところが、個別的自由権の中には、一般的な契約の自由を保障する規定は見当らない。そこで、この場合には、一般条項が直接に適用されなければならない。かくして、基本法二条一項の中には、契約の自由を目的とする権利も含まれることになる。(3)

このような通説の理解に対し、反対説もある。その中で、ペーテルス Peters の説が注目に値する。彼は、「人格の自由な発展」の中に、経済的領域における自由競争の権利を含めるのは妥当でない、と主張する。すなわち二条一項の人格権をそのような世俗的な目的のために消耗させることは、人格権がそのために創られ、かつ、その真の内容を形成する場合、すなわち、各人に――真の人間性の表現に従つて――創造主より与えられた人格の完成を可能ならしめるまさにその場合に、人格権を無価値にする。」(4)と。この見解は、たしかに傾聴に値するが、通説を動かすに至つていない。逆に、通説の側から、経済的な基礎なしに人格の自由な発展はありえないと反論されている。(5)

判例も通説の立場に立つている。すなわち、連邦憲法裁判所は一九五四年七月二〇日の判決において、投資援助法

(Gesetz über die Investitionshilfe der gewerblichen Wirtschaft vom 7. 1. 1952) の合憲性の判断にあたり、基本法二条一項の根本的見解の如何に関せず、この法律は合憲であると判示したが、[6] その後、旅券法 (Gesetz über das Paßwesen vom 4. 3. 1952) の合憲性に関する一九五七年一月一六日の判決において、前の判例の消極的態度を改め、「人格の自由な発展」という言葉は一般的な行動の自由を認めたものと解すべきである、と判示した。その理由としては、二条一項に存する三個の制限規定は、もし人格の発展を精神的なものにかぎるならば、存在理由がなくなつてしまうという点をあげている。[7]

かくして、西ドイツの通説・判例によれば、契約の自由は基本法二条一項により一般的に保障されているのである。

(1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Bd. 2. Aufl. 1953, S. 661.

(2) Weber in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, II, 1954, (以下 Grundrechte として引用) S. 358. これに対しては、所有権の保障の規定から処分行為の自由の保障を導き出すことはできるが、契約自由一般の保障を引き出すのは困難である、と批判されている。Laufke, a. a. O. S. 155-6.

(3) 通説を代表するものは、Laufke, a. a. O. S. 155 ff; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz. 2. Aufl. 1957, Art. 2, Anm. III.

(4) Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, Festschrift für Laun, 1953, S. 673-4.

(5) Laufke, a. a. O. S. 161-2.

(6) BVGE 4, 7. 本判決は契約の自由にも関係するので、内容を紹介する。西ドイツでは、第二次大戦後、通貨改革を契機としてWirtschaftswunder が到来したが、石炭産業と製鉄業には資金の不足が続いた。そこで、これらの重要産業の資金難を解決するために、投資援助法をつくり、合計十億マルクの金額を各企業がその利益の割合に応じて出資することが定められた（この法律については、金沢「西ドイツにおける経済統制法」北法六巻三六頁参照）。本法によつて出資義務を課せられたものが、憲法違反を理由として出訴したのが本件である。抗告人は、この投資援助法は、自由な企業家の創意を制限することによつて、「人格の自由

な発展を目的とする権利」を侵害すると主張した。これに対し、憲法裁判所は、投資援助法は基本法二条一項を侵害しない。そのことは、この規定についての根本的見解の如何に関しない、と判示した。なぜなら、もし、この規定を、人間が精神的な人としての本質的素質を発展させるに必要な限度での人間の行動の自由の保護と解するならば、投資援助法はそもそもこの領域には関係しないことになる。これに対し、この基本権の中に、行動の自由の包括的な保障を見るとしても、そこには一定の制限があり、この点からも、投資援助法の合憲法が認められるからである。

(7) BVGE 6, 32. 本件は契約の自由には関係しないが、わが国における同種の判例（とくに、最高判昭和三三・九・一〇民集一二巻一三号一九六九頁）との比較が興味深いので、かんたんに内容を紹介する。抗告人はかねがね国の内外において反政府的活動をしていたが、旅券の期間延長を申請したところ、旅券官庁が、旅券法七条一項一号（「旅券の所持人である申請人がドイツ連邦共和国またはドイツのラントの内的・外的安全またはその他の重要な利益を危うくするというおそれが事実により認められるときは旅券は拒絶されるべきである。」）により、延長を拒絶した。これに対し、抗告人は憲法違反を理由として憲法裁判所に出訴した。抗告人はまず基本法一一条（国内における移転の自由）違反を主張したが、この規定は外国旅行には適用されないとされた。（なお、学説には、この拡張解釈を認めるものが多い。Dürig, JZ 57, 169)。つぎに抗告人は基本法二条一項違反を主張した。憲法裁判所は、本文でのべたような理由で、外国旅行の自由は、一般的な行動の自由の流出として二条一項により保障されるとしたが、結局は、旅券法の制限は憲法的秩序に反しないと判示した。この判決は、「憲法的秩序」の解釈においても有名であるが、その点は後述する。

四　基本権の法的性質

契約の自由が基本法二条一項によって保障されるということは、法的には如何なる意味をもつことであろうか。基本権の法的性質、これがつぎの問題である。ボン基本法は、ワイマール憲法の基本権の規定がプログラム規定であった弊にかんがみ、これを「直接に妥当する法 unmittelbar geltendes Recht として、立法・執行権および裁判を拘束する」ものとした（一条三項）。したがつて、契約の自由を目的とする権利もこのような意味での基本権の一つであ

り、個人は、契約の自由の侵害された場合には、二条一項にもとづいて独立の請求権をもつと考えられる。これが通説の見解である。

しかるに、この点に関しても有力な反対説がある。基本法の制定にあたり大きな影響を与えたマンゴルト v. Mangoldt によって唱えられ、クライン Klein によって承継された見解である。彼等によれば、基本法二条一項は、「独立の基本権ではなく、客観的な（憲）法の現実に妥当する規範である。」さらに、「この規定は、市民的自由の一般的概念を社会および他の個人の利益を侵害する点に限界と制限とをおいて公式化すること、また、それで輪郭を与えられ、ドイツ連邦共和国における最高価値、すなわち人間の尊厳（一条一項）に向けられた一般的人間像または人格の指導像に対する価値の告白、とを含む。……もしそれが訴訟において判決を直接に要求することになれば、そのパトスは失われ、その証言力は空虚なものとなろう。……それは、自由権の原則規定として、そしてそのようなものとして最も重要な解釈規定として、国と個人との全関係、およびそれをこえて全法律秩序にとって大きな意味をもつものと解される。」と。(1)

このようなマンゴルトとクラインの見解は、ペーテルスのものと同一基調の上に立つものであることは明らかであり、また実際上の結果も両者の間にほとんど差がない。すなわち、せつかく契約の自由が二条一項により保障されたとしても、それが真の基本権でないならば、その保障はほとんど法的な意味をもたないからである。したがつて、通説が二条一項にも基本権たる性質を認めたことは、それだけ強く契約の自由を保障しようとする意思の現われとみることができる。(2)

以上の点で通説に従うとすると、つぎには、契約の自由を目的とする基本権は国家に対して向けられた請求権＝公

権であるか、あるいは、さらに私人間でも効力がある私権としての面をももつか、というより困難な問題に遭遇する。学説はこの点に関し、公法学者と私法学者の両陣営に分れて対立している。いうまでもなく、公法学者は公権を認めるのみであるが、私法学者はさらに私権としての効力を認めようとしている。

このうち、基本権に私法的効力を認めようとする学説は、比較的最近になつて主張された。その代表者はニッパーダイ Nipperdey である。彼によれば、基本権の中には、たんに自由権として国家権力に対して保障されるものだけではなく、社会生活に対する秩序の原則を定めたものも多い。そのような基本権は、一定の範囲において市民相互間の法律交渉に対して直接の意味をもつ。この場合には、憲法は個人に対し強制力をもつて他の個人との交渉における一定の法的地位を保障している。たとえば、二条一項より生ずる競争の自由 (Wettbewerbsfreiheit) について、これは妥当する、と。(3)

この見解をもつと詳細に展開するのは、ラウフケ Laufke である。それによれば、伝統的な基本権の概念は今日では修正されなければならない。憲法はたんに国家生活の秩序であり、したがつて基本権は制度的保障にすぎないという議論は、もはや過去のものである。今日では、憲法の中には、国家の憲法だけでなく、国家内の生活、さらにはその生活の一断面、たとえば経済・社会生活・家族生活・文化生活の憲法も存する。この場合には、自由な人格の領域は国によつて尊重されるのみならず、他の個人の攻撃からも保護されなければならない。このために、基本法から直接に私権の生ずることが必要である。かくして、ラウフケによれば、二条一項による契約の自由の保障はつぎのような法的意味を有する。第一に、二条一項は、客観的憲法規範として、契約の自由を制限する法律の効力を原則として否定するという点で、立法者に制約を課する。しかしそれだけではない。それは契約締結および契約内容決定の自由

を目的とする公権を生ぜさせる。さらに、それは同内容の私権をも生ぜしめるのである。[4]

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[5]およびニッパー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つている。[6]

このような私法学者の新理論に対し、多くの公法学者はむしろ沈黙を守っていたが、やがてデューリッヒ Dürig は、公法学者を代表して、ニッパーダイの理論に対し綿密な批判をなし、伝統的な理論の擁護をはかつた。彼によれば、憲法と私法とは法的評価を異にするから、同一事実に両者を適用するならば、憲法上は合法であるものが民法上は違法となつたり、逆に憲法上は違法であるものが民法上は合法とされたりして、合法性と違法性との矛盾対立を生ぜしめる。それよりも、私法の独立性、すなわち私人間の法律交渉における私的自治の原則の存在を承認することの方が、基本法一条一項、二条一項の要請に合致する。また、従来の私法は、それ自体で基本法の保障する最高価値の保障について欠くるところがなかつた。私法において、とくに一般条項の助けを借りて、法の保護が十分に行なわれてきたことを、われわれ公法学者はむしろ羨望をもつて眺めないわけにはいかない。もつとも、私法の独立性を認めることは、平等な市民の存在を前提とするわけで、今日ではいささか牧歌的であるという非難を免れない。しかし実質的平等の失われたために生じた問題の解決のためには、何等かの意味での国家的干渉により、公法の領域を拡大させることの方が望ましい。逆に、「基本権についての新理論は、個人の価値をあらゆる法律関係において絶対的に実現しようとする善意で行動しながら、同時に私法の国家化（社会化）という明らかな傾向への無意識の先導者となる」おそれがある、と。[7]

さてわれわれはこの論争から何を学ぶべきであるか。契約の自由を保障する基本法二条一項が直接に私法上の規定

でもあるということは、前述のように、契約の自由が私人によつて侵害された場合に、基本権にもとづき直接に私人に対する請求権が生ずることを意味する。このことは、私法による権利の保護が不十分であるときには、重要な意義をもつといわなければならない。しかし、契約の自由に関しては、ヂューリッヒのいうごとく、すでに民法の規定が完備しており、いまさら憲法の援助を仰ぐ必要はないように思われる。とくに、公序良俗違反に関する一般条項（一三八・八二六条）の役割が高く評価されるべきである。この数十年来、ドイツでは普通契約約款による契約の自由の制限の有効性がとくに問題になつたが、裁判所は公序良俗違反を武器として解決してきた。[8] したがつて、基本法は、この点については、間接に解釈規定として意味をもつだけであろう。要するに、契約の自由に関しては、基本法の私法的意味如何ということはあまり実益のない議論である、といわなければならない。

しかし、一般論としての問題の重要性は否定できない。民法に関しても、一般的人格権のように民法自体から直接に導き出すことの困難な権利を、基本法一条一項、二条一項を根拠として直接に承認することはきわめて大きな意義を有すると思われる。[9] また社会法に関係する分野では、本来実定法が不十分であるために、基本法の社会権の規定が直接に活躍する余地が大きい。ニッパーダイの理論が直接には労働法に関するものであることは、これを物語つている。ひるがえつて、わが国では、この問題は、私人による基本権の侵害の問題として最近議論されつつあるが、目下のところ、アメリカ憲法の判例の影響の下に、否定的見解が有力である。しかし、憲法の基本的人権の規定の実効性をより高めるために、西ドイツの新理論にも学ぶべきところが多いのではなかろうか。[10]

(1) v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2. Anm. III 5 b.

(2) 基本権の実定法化がそのパストを失わせるというペテルスやマンゴルト・クラインの見解に対しては、以下のようなラウフケの

批判が成り立つであろう。「しかし法規の尊厳と意義は、言葉の口調のよさや、また注目には値するが法的には意味のない要請や原理の樹立によってではなく、一方ではその永続性と他方ではなかんずく多くの紛争の場合に判決を可能にすることによって、証明されるものである。」Laufke, a. a. O. S. 154.

(3) Grundrechte, II, S. 18-20; Enn-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I. Bd. 14. Aufl. 1952, S. 293.

(4) Laufke, a. a. O. S. 145-153, 163. なお、この論文にはデューリッヒに対する批判が多く含まれている。

(5) たとえば、RGHZ 6, 360. これは基本法六条の家族条項について、私人間の効力を認めた判例である。山畠・五十嵐「家族条項」ジュリスト一五三号七頁参照。

(6) B Arb G vom 3. 12. 1954. BAG 1, 185. 事案は、選挙にさいして共産党の宣伝をしたために解雇された労働者より解雇の無効を主張したもの。原告は、この解雇は基本法五条の表現の自由および三条三項の政治的見解による差別待遇の禁止の条項に違反することを、無効の根拠の一つとした。これに対し、裁判所は、「自由な意見の表明の基本権および各人をその政治的見解の故に不利益に取扱うことの禁止は、社会生活に対する秩序規定であり、それは市民相互間の法的交渉に対しても直接の意味をもつ。」と判示して、基本権の私法的効力を承認したが、しかし、これらの基本権は制限が可能であるので（とくに五条二項の「一般的法律の規定」による制限）、本件解雇は結局合憲であるとした。わが国でこれに関連する判例としては、同じく共産主義活動を理由とする解雇の無効を争った最高判昭和二六・四・四民集五巻五号二一四頁、および昭和二七・二・二二民集六巻二号二五八頁がある。両判例とも必ずしも意識的ではないが、憲法の基本的人権の規定が私人間にも適用があることを前提とした上で、自己の自由意思に基づく私法関係上の義務による制限を認めている。両判例に対する批判については後註(10)参照。

(7) Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157 ff. bes. S. 176-7, 183-4.

(8) Raiser, a. a. O. S. 7.

(9) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 1953, S. 104, 157, 159; Boehmer, a. a. O. S. 207; Enn-Lehmann, a. a. O. § 233, S. 936. ただし、最近エッサーによって有力な反論が提起されている。Esser, a. a. O. § 6, § 202, S. 846-7.

(10) わが国では、前註(6)末尾記載の二つの最高裁判例の批判の形で議論が展開されている。とくに最近、久保田助教授（ジュリスト二〇〇号一一六頁）は、この「判決の前提になっているのは、憲法第二一条の保障をもって、原則としては私人による自由の侵害に対する保障をも含むものであるという見解である」とし、これは「日本国憲法で保障する基本的人権の本質を誤解したもの」と断ずる。ただし、その理由の一つとして、これは「英国のマグナ・カルタ以来の歴史に照して明白である」とされるのに対しては、

Laufke, a. a. O. S. 147 ff の批判があたるであろう。なお、久保田助教授と同旨の見解として、河原「言論及び出版の自由」一四・一五頁、俵・民商一三巻二号二七七頁等。わが国の解釈論としては、さしあたりケース・バイ・ケースに憲法の適用の有無を論ずべきであろう。この点で、ゲルホーン「基本的人権」第九章が貴重な示唆を与えるが、同時にドイツの学説判例も参照に値すると思われる。

五　基本法と契約自由の制限

基本法二条一項により保障され、以上のような法的性質を有する契約の自由を目的とする基本権は、無制限なものであるか、あるいはその一定の制限が基本法上可能であるか。これがつぎの問題である。すでに二節でのべたように、今日の西ドイツにおいては無制限な契約の自由は存在しない。したがつて、基本法も無制限な契約の自由を保障するものでないことはいうまでもない。ところで、基本法における契約の自由の制限について、現在、二様の理解の仕方が存在している。その一つは、基本法二条一項の「人格の自由な発展」より導き出される契約の自由は本来無制限なものではなく、いわば内在的な制限が存すると解する立場であり、いま一つは、契約の自由を一応無制限なものと解した上で、他の規定による制限が可能であるとする立場である。

まず、第一の立場を代表するものはライザー Raiser である。彼によれば、契約の自由についての観念は、十八・十九世紀と二十世紀とでは同一ではない。ボン基本法は当然に今日の立場に立つ。すなわち、それは一方では人格の自由な発展に最高価値を認めるとともに、他方では新しい観点に立つて、社会国家主義を宣言している（二〇条一項、二八条一項）。したがつて、ここで理解される「人格」は孤立した人間のそれを予定するものではなく、個人と社会との間の緊張関係に立つている人格である。このような「人格」の自由な発展の一環として保障される契約の自由は

たんに形式的な自由ではなく、社会的経済的なものでなければならない。この立場に立つならば、二条一項中の制限規定は当然のことを示したにすぎないことになる。(1)

同様な見解は、前掲一九五四年七月二〇日の連邦憲法裁判所の判決理由中にすでに見られる。それによれば、基本法二条一項より一般的行動の自由が認められるとしても、それは無制限なものではない。「基本法の人間像は、孤立した絶対的な個人のそれではない。基本法は、むしろ、個人・団体間の緊張関係を、個人の固有の価値を損うことなく、人が団体に関係し、団体に拘束されるものであると解すべきである、と決定した。……個人の行動の自由については、立役者が、与えられた事態において一般に正当視されるかぎり、社会的共同生活の保護と促進のために、設ける制限に服さなければならない。もちろん、そのさい、人の独立性は保障されなければならないが。(2)」

このような二条一項に対する理解は、結局、契約の自由の制限を基本法上承認する点で、次の見解と異なる結果を生ぜしめるわけではない。しかし、無制限な契約の自由を基本法はもともと保障しているのではないことを強調する点に、特色をもつといえる。だが、このような立場を意識的にとる見解は大勢を占めるに至っていない。一般には、基本法の保障する契約の自由を、意識的・無意識的に無制限なものとする立場を前提とし、基本法上その制限が可能であるかどうかを論じている。そこで、つぎにこの立場をとりあげよう。

この立場での主たる問題点は、基本法二条一項の制限規定の解釈にある。すなわち、ワイマール憲法の契約の自由は法律による制限が可能であることが明記されていたが、ボン基本法二条一項には、そのような法律の留保を認める規定は一応存在しない。しかし、そこには「他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり」という制限規定が存在する。契約の自由についても、この規定による制限を免れない。したがつて、他人の権利を侵

害する場合、および憲法的秩序または道徳律に反する場合には、契約の自由の主張は認められず、また、このような理由による契約の自由の制限は合憲であると考えられる。ところで、契約の自由といえども他人の権利を侵害しえないことは、市民法上も認めるところであり、無制限な契約の自由の妥当性が信ぜられていた時代にも、このような制限は当然のことと解されていた。ほぼ同様なことは、道徳律 (Sittengesetz) 違反についてもいわれるであろう。BGBも、このような場合には、契約の効力を否定するほか、損害賠償の請求を認めている（一三四・一三八・八二三・八二六条）。したがって、この点に関する基本法の規定は当然のことをのべたにすぎず、ほとんど問題はない。[3] 問題は、主として「憲法的秩序 die verfassungsmäßige Ordnung」とは何ぞやということをめぐって生じている。本来、ボン基本法は個々の基本権の制限について具体的な規定を設け、解釈の余地を防いでいる。しかし、二条一項では、この努力を怠った。このため、憲法的秩序という不確定概念が、わが憲法における公共の福祉と同じような役割を演ずることになるのである。

さて、現在、西ドイツでは「憲法的秩序」の意味について多くの理解が対立している。大別すれば、三つのグループに分けることができよう。第一のグループはマンゴルトに代表されるもので、「憲法的秩序」の中に、「憲法の規定に従って制定された法律」全体を含めるものである。しかし、この見解は結局、法律による留保を認めたことになると批判され、今日では学説上はほとんど姿を没した。しかるに、連邦憲法裁判所は旅券法に関する前掲一九五七年一月一六日の判例において、「基本法二条一項の意味における憲法的秩序とは合憲的法秩序、すなわち形式的・実質的に憲法に適合している規範の総体である。」と判示し、この立場をとることを明らかにした。[4]

第二のグループによれば、「憲法的秩序」としては、ただ「基本的な憲法の原則と憲法制定者の根本的決定 die

elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers」だけが理解されるべきであるとし、具体的には、デモクラシーの原理、連邦国家主義、法治国家主義、法のイデーそれ自体、平等の原則、人間の人格性の直接の表現である基本権などが、このような原則に属するとされている。（契約の自由の制限に関しては、さらに社会国家主義をあげなければならないであろう。）これが現在の通説の理解である。(5)

ところで、第二グループのように解するならば、「人格の自由な発展を目的とする権利」は、抽象的な基準で、しかもきわめて例外的に制限されることになる。これは、二条一項より真の基本権を導出しようとするものにとつては法的安定性に反し、実用的ではないと感ぜられる。そこで、通説の意味をもつと拡張しようとする第三のグループが登場する。ここで指導的な役割を演ずるのは、マウンツ Maunz である。彼は、「憲法的秩序」を「わが憲法の最も普遍性を有する構造原理」と解するのみならず、さらに、「基本法自身の憲法規範より生じたると、基本法以外の成文または不文の法規範より生じたるとを問わず本質的な法規範という意味での国家の根本秩序」と解すべきであるとする。(6) この傾向に属するものの中には、さらに不文の憲法原理をもこれに加えるものがある。たとえばフーバー Huber がそれで、公共の福祉の特別の要求のあるときには自由を制限する法律が許される、という命題は不文の憲法原理に属する。したがつて、「公共の福祉の特別の要求を実現したり、一般的社会原理を保障したり、所有権の団体拘束的機能を確保するために」契約の自由を制限する法律も、「憲法的秩序」の中に含まれることになる。(7) このように「憲法的秩序」の意味が拡張されると、第一グループとの間に実際上の差異はほとんどなくなるであろう。(8)

さて、「憲法的秩序」についてのどの解釈論が基本法上すぐれているかについての解答を与えるのは、まだ時期尚早である。ただ、契約の自由のように、ある限度の制限が必然的である基本権については、第二グループの見解は不適

当であろう。ここに第三グループの理論が登場する必然性がある。他方、基本法二条一項は精神的な意味での自由な人格をも保障している。これに対しては、第一グループはもとより、第三グループの理論も、基本法の認める最高価値を無意味ならしめるほどの濫用の可能性を含んでいることを指摘せざるをえない。[9] このように考えてくると、契約の自由を二条一項より導き出し、それに基本権としての効力を与えようとするところに、そもそも無理があつたと思われるのである。しかも、憲法的秩序をどのように理解しようとも、市民法上の個々の契約の制限が憲法的秩序に反することはほとんど考えられない。問題は、契約の自由の制限が制度化された分野、すなわち社会法や経済法の領域において生ずる。そこで、最後にこの問題を取扱うことにしよう。

(1) Raiser, a. a. O. S. 5-6.

(2) BVGE 4, 13-14. なお v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2 Anm. IV (S. 175-6) はこの見解を高く評価するのに対し、Laufke, a. a. O. S. 174, Anm. 113 は、この見解は結局法律の留保を認めたことと同一視されると批判する。たしかにその危険性はある。

(3) Laufke, a. a. O. S. 163 ff は、民法上の契約の自由の制限がどこまで合憲であるかを、基本法二条一項の制限規定の一つづつについて、詳細に論じている。しかし、それはいささか概念法学にすぎ、実益がないように思われる。

(4) BVGE 6, 32, 38-41. 四九頁註(7)参照。このように解釈をすると、法律の留保を認めたことになり、基本権が空虚になるという学説の批判に対しては、ボン基本法では、ワイマール憲法とはちがい、立法権に多くの制約が課せられており、違憲の法律を裁判所が無効とすることができるから、心配はないとしている。この見解は、実質も考慮している点で、実際上は第三グループの見解とほとんど異ならないであろうが、やはり法律による自由権の制限を容易に認めやすい。本判例が旅券法七条一項一号を合憲と判断したのは当然の帰結である。本判例の結論はともかくとして、憲法的秩序の解釈に関しては、早速学説の批判を受けた。代表的なものは、Dürig, JZ 57, 169.

(5) v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2 Anm. IV 2a, Anm. IV. 7a der Einleitung.

(6) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 7.Aufl. 1958, S. 95. 同旨, Laufke, a. a. O. S. 175-7; Larenz, a. a. O. S. 48-9. とくに、

ラウフケは私法上の原理もこの中に入るとする。その例として、双務契約は相互的な拘束を生ずしめること、人は過失による権利侵害に対し責を負うこと、人は他人の違法な行為による損害を利得の基礎とすべきではないこと、自己の過失に対する無限の財産上の責任の原則、をあげ、これらは比較法より得られたものであるとする。

(7) Huber, a. a. O. S. 663.

(8) このような傾向に対する批判としては、Herbert Krüger, Neues zur Persönlichkeitsentfaltung uud deren Schranken, NJW 55, 203-4.

(9) わが学者による、西ドイツのこのような危険性への警告として、清水「西ドイツの弁護士」法律時報三二巻五号五五四頁、平野「西独における法体制のナチ化と民主的権利」法律時報三二巻六号六六八頁がある。

六　とくに競争制限禁止法の合憲性について

社会法や経済法の領域においては、立法によって契約の自由を制限することが多い。したがつて、その合憲性が一応問題となるが、大抵の場合には基本法二条一項中の制限規定、なかんずく憲法的秩序の規定が働いて、合憲性が導き出されている。[1] しかもこの場合に、「憲法的秩序」をどう理解するかによつて、結論は左右されていないようである。その中にあつて、現在、学説上に合憲論と違憲論とが対立しているのは、独占禁止法の分野に限られているといつてよい。そこで、ここではこの問題だけをとりあげることにする。

西ドイツでは、わが国と同様に、敗戦後、占領国によって経済力集中排除政策が押しすすめられたが、その後、自主的に独占禁止法を制定することになり、それは六年の日数を費して、一九五七年七月に競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957) としてやつと陽の目を見た。この法律の中心は、カルテル契約を原則として無効とする点にある。すなわち、第一条で、「企業または企業の連合体が共通の目的のために締結す

る契約および企業連合体の決議は、それが競争の制限によつて商品または営業的役務の取引にとつて生産または市場関係に影響を与える傾向を有する（geeignet）かぎり、無効である。」と規定する。ただし、二条以下に広汎な例外が認められていることを忘れてはならない。[2] この法律に対しては、草案が発表されたときよりきわめて強い反対論があつたが、その理由の一つは、一般的なカルテルの禁止は基本法二条一項の契約の自由の保障に違反する、という点にあつた。もちろん、独占禁止の問題は多方面からの考察が必要である。問題の考察を憲法上に限つたとしても、他の多くの基本権とも関連を有するので、契約自由の制限の面から眺めるだけでは一面的である。しかし本稿では、これまで論じてきたことのいわば応用問題として、主としてこの面からふれることにしたい。

この問題に関しては、学説は合憲論と違憲論に両分され、さらに合憲論の中には、積極的合憲論と消極的合憲論とが対立している。以下、個々の学説の内容を紹介しよう。まず、積極的合憲論はニッパーダイによつて主張されている。それによれば、基本法は競争制限禁止法を合憲とするのみならず、それを積極的に要請しているというのである。すなわち、基本法は一定の経済体制（Wirtschaftsverfassung）を直接に規定している。それは、社会的市場経済（soziale Marktwirtschaft）の経済体制である。基本法はこれに関する統一的規定を有しないけれども、それは多くの規定より帰納される。ところで、ニッパーダイの市場経済論は競争の自由を中核としている。この自由は二条一項より引き出される。かくて、二条一項は社会的市場経済のマグナ・カルタである。このような市場経済は当然にカルテルを禁止することによつてのみ維持される。二条一項の競争の自由は法律によつて空虚なものにすることはできない。したがつて、競争制限禁止法はたんに基本法の要請するところであるのみならず、これを廃止ないし骨抜きにするならば、それこそ違憲ということになろう。[3]

このニッパーダイの見解はいささか強引であるので、彼の権威をもつてしても、学説上に追随者を見ない。反対説によれば、基本法は特定の経済体制を規定しているのではない。むしろ、その問題については基本法は中立を保つているというべきである。ただ、一方では無制限に自由な経済立法に対し、他方では純粋な社会主義的な経済政策に対して、限界を示す規定を有するのみである。したがつて、社会的市場経済の経済体制は当然にこの枠内にあるから合憲であるが、それ以外にも合憲の経済体制が存すると考えるべきである。(4) しかも、ニッパーダイは基本法二条一項の解釈においても我田引水のきらいがある。この規定より主として競争の自由を引き出し、契約の自由を軽視する点にそれが明らかである。

消極的合憲論の立場は、このニッパーダイ理論の批判よりおのずから明らかであろう。さらに附言すれば、彼等もカルテル禁止を一応、契約の自由の制限として捉える。しかし、基本法二条一項の「人格の自由な発展」には、企業間の契約の自由のみならず、競争の自由をも必要とする。さらに消費者側の選択の自由も加わろう。競争制限禁止法は、企業間の契約の自由を制限することによつて、実質的な競争の自由を確保し、もつて消費者の選択の可能性を増大せしめんとする趣旨であることはいうまでもない。この分野では、契約の自由という一つの基本権が他の基本権と矛盾対立の状態にある。そこで、基本権の間の価値の序列が問題になるが、いずれかを優先させる根拠を見出すことは困難である。それを決定するのは立法政策の問題である。このように考えれば、競争制限禁止法の合憲性は、憲法的秩序の枠内での契約の自由の制限であるか否かを判断するまでもなく、導き出されるであろう。以上のような消極的合憲論が現在のところ最も有力であるように思われる。(5)

これに対し、公法学者の間では違憲論が有力であつた。その代表者はフーバーである。彼によれば、法（案）の規

定するような一般的なカルテル禁止の原則は、基本法二条一項の保障する契約の自由に違反する。もちろん、そこには制限規定があり、契約の自由の制限は可能である。しかし、カルテル契約それ自体を禁止することはできない。それに一定の要件の加つたときに、はじめて制限が可能である。具体的には、カルテル契約自体が憲法的秩序に違反するといいうるためには、基本法が無条件・無制限の自由市場経済の原則を認めていることを前提としなければならぬが、これは成立しない。個々の場合に憲法的秩序の侵害がありうるだけである。また、従来の判例は、カルテル契約それ自体を良俗に反するとはせず、一定の要件の加つたときにのみ良俗違反とした。この判例は今後も変更の要を見ない。さらに、カルテル契約は他人の経済的活動の自由を不当に制限するときは許されないと解すべきであるが、ここでも問題は個々の場合にある。かくして、一般的なカルテル禁止は基本法二条一項に違反する。許されるのは、カルテル契約を原則として承認し、ただ一定の場合に個々のカルテル契約の無効を宣言しうる権能を与えることである。(6) 以上がフーバーの見解であるが、他の違憲論者もほぼ同様な態度をとつている。それらは主として競争制限禁止法の草案に対して向けられた批判であるが、現行法も根本的態度を変更していないので、同様の批判が加えられるであろう。(7)

フーバーの違憲論に対しては、基本法二条一項の保障する契約の自由の理解が古典的であり、また同条項からは、契約の自由のみならず、競争の自由も引き出されることを無視している、という批判を加えることができよう。しかし、これらの点に関する基本法の規定はきわめてばくぜんとしており、きめ手はない。各人は自己の経済政策論を背景において憲法論争をしている、といつてよかろう。このような情況においては、独占禁止是非の問題を、基本法の枠内での経済政策の決定の問題であるとする消極的合憲論の立場が、私には一番妥当であるように思われる。とすれ

ば、この問題に関しては、契約の自由の保障とその制限についてこれまで展開されてきた理論は、あまり意味があることではないといわなければならない。とくに、「憲法的秩序」についていかに理解するかということと、競争制限禁止法の合憲性とが直接に結びつくわけでないことも明らかであろう。(8)

(1) もつとも、経済統制法 (Wirtschaftslenkungsrecht) の合憲性については、特別に言及することが必要であろう。しかし、この点については、金沢教授の前掲論文の完成を期待したい。なお、Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953; S. 61 ff.; Huber, a. a. O. II. 1954, S. 215-6 参照。

(2) この法律の意義・内容につき、中内「西ドイツの競争制限禁止法」法律時報三一巻二号一六四頁参照。

(3) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954. 本書は参照しえなかつたが、私は滞独中に直接に教授の同題名の講演を聞く機会があつた。本文の記述は、その筆記ノート、その他の間接資料による。なお、基本法の理解についてニッパーダイに従うわけではないが、競争制限禁止法の趣旨を、形式的な契約自由を制限して、実質的な契約自由を確保するものであるとするライザーの見解も、これに近い。Raiser, a. a. O. S. 6.

(4) v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2. Anm. III 8; Ballerstedt in Grundrechte III/1, 1958, S. 49 ff.

(5) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 71 ff.; Müller-Henneberg und Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 1958, S. 68 ff. なお、フイケンチャーは、「憲法的秩序」の理解につき、マンゴルトの見解に好意的である。

(6) Huber, a. a. O. I. S. 387-9.

(7) たとえば、Maunz, a. a. O. S. 125. ただし、そこでは違憲であるとはいわれていない。

(8) 第一グループの理論が合憲性をみちびくことはいうまでもないが、第二・第三グループの実際上の相違ははつきりしない。とくに違憲論の代表者たるフーバーが「憲法的秩序」を比較的広く解釈している点に注意すべきである。

七　むすび

以上で、ボン基本法における契約の自由の保障の関する種々の問題点を一応指摘しおえた。西ドイツで、この問題が大いに注目され、議論されていることは明らかにされたと思う。そこで、最後に、この問題の意義をのべてむすびとしたい。

まず、このような問題が何故西ドイツで熱心に議論されているのであろうか。その理由の一つは、ワイマール憲法では契約の自由の保障の規定があつたのに、ボン基本法ではそれが見られないため、憲法解釈上の問題が生じたという点にあろう。しかし、それだけならば、ここで紹介するに値しない。われわれはもつと実質的な理由を求めなければならない。近時、憲法の保障する基本権が重要性を増すとともに、その性格も変化し、私法との間に密接な関係が生じてきた。他方、近代私法の基礎的原理であつた契約の自由が今日その妥当性を疑われつつある。ここに、今日の憲法は、契約の自由を基本権として保障すると同時に、妥当な限界を探し求めなければならないという困難な事態に遭遇せざるをえない。西ドイツでの問題は、このような西ヨーロッパ共通の問題を背後にもつているといわなければならない。したがつて、これは一般性のある問題である。

しかし、西ドイツにおける議論は、競争制限禁止法の場合を除くと、一般に観念的であるように思われる。具体的な場合に、契約の自由の制限が違憲となると判断されることはほとんどなく、ただ解釈方法の相違に議論が集中している。もつとも、今日では、二十世紀初頭のアメリカ合衆国におけるごとく、古典的契約の自由を制限する立法を片つぱしから違憲と判断するような環境はどこでも見られない。議論が観念的になるのもやむをえないであろう。

しかも、西ドイツの学者の間で、ただ一つ意見の一致している点がある。それは、もしソヴエトや東ドイツのような社会主義的な計画経済が実行されたならば、その場合にはまさに基本法二条一項の契約の自由の保障に違反するという点である。このときは、契約の自由はその本質的内容において侵害されたと解される。そのかぎり、契約の自由は制度として保障されている。したがつて、契約の自由に関しては、基本法より直接の請求権が生ずるという面よりも、むしろ制度的保障としての面に実際上の重要性があるのではなかろうか。それは、ソヴエト的体制に対して自己を防禦しようとする、現在の西ドイツがおかれている特殊な環境から説明されるであろう。