



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	大串， 倫一
Citation	北大法政ジャーナル， 25， 33-60
Issue Date	2018-12-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72108
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_No25-2.pdf



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

おお くし りん いち
大 串 倫 一

目 次

序章	35
第1節 問題の所在	35
第2節 本稿の課題	37
第1章 連帯保証決定	37
第1節 事案	37
第2節 判断	38
第3節 評価	40
第2章 契約自由理解	41
第1節 BGH判例の展開	42
第2節 BGHとBVerfGの対立	46
第3章 契約自由の実現	48
第1節 BVerfGの展開	48
第2節 照射効判例と保護義務論	51
第3節 照射効判例と権限分配	52
終章	53
第1節 日本法への示唆	54
第2節 残された課題	55

序章

第1節 問題の所在

契約自由とは、個人が自由に契約を締結することができる自由である。契約自由は、私法を支配する原理と考えられており、憲法学において従来それほど議論が交わされる争点ではなかった。例えば、戦前・戦後まもなくの記述としては、美濃部達吉が一般的自由権を論じるにあたって契約自由を列挙していたこと¹、『註解日本国憲法』において「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との記述を挙げることができるにすぎない。その後の展開として、契約自由は憲法の規定が私人間にも妥当するののかという私人間効力論において議論されることがある。通説を代表する論者である芦部信喜は、「『社会的権力』による人権侵害からも、国民の人権を保護する必要はあるのではないか」³という問題があることを指摘したうえで、人権規定の私人間効力について次のような見解に立つ。すなわち、「規定の趣旨・目的ないし法文から直接的な私法的効力をもつ人権規定を除き、その他の人権（自由権ないし平等権）については、法律の概括的条項、とくに、公序良俗に反する法律行為は無効であると定める民法90条のような私法の一般条項を、憲法の趣旨をとり込んで解釈・適用することによって、間接的に私人間の行為を規律しようとする」⁴間接適用説である。こうした議論では、契約自由はもっぱら「契約自由の制限」というテーマで議論されている。しかし他方で、私人間効力論に関するリーディング・ケースとされる三菱樹脂事件判決（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）は契約自由について次のように述べている。

「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庸するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであって、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである」⁵。

三菱樹脂事件判決は——さまざまな理解があるところではあるが——、一方で「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となった」とみるべきであるが、他方で「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」（傍点原文）もできる⁶。また、企業の契約締結の自由と労働者の思想信条の自由とを等価的に較量しているわけではなく、私的自治・契約自由を原則として優先させているとみることもできる⁷。

その後は私人間効力論の議論は一時的に停滞するが、こうした議論は再び「百家争鳴」といわれるほどのテーマとされるようになる⁸。こうした議論のなかで契約自由にとって重要なのは、国家の基本権保護義務論である。かかる議論の代表的な論者は小山剛である⁹。かかる見解によれば、「国家の基本権保護義務とは、国の憲法上の作為義務であり、その目的は、生命・健康その他の基本権法益を、第三者による侵害から防御することである。したがって、基本権保護義務は、国・要保護者・侵害者という三者から構成される、法的三極関係を構造上の特徴とする。国は、基本権の『敵』から、基本権の『敵』＋『擁護者』へと役割を転換する」¹⁰。そしてこうした基本権保護義務論を私人間効力論の問題、すなわち私法関係に対する基本権の作用の解明にとって有効な理論であると位置づける。そのうえで、契約自由においてもこうした理論が妥当することを判例・学説を素材にしながら示す。すなわち、「私人相互間の

私法関係に対する基本権を根拠とした介入は、自己決定を前提としつつ、自己決定の『尊重』に加えて自己決定の『保護』をはかるものであり、また、その限りで基本権保護義務によって正当化される」¹¹、と。最終的に契約の内容規制は、両当事者の契約自由の衡量によって行われなければならないというのである。

これに対して、国家の基本権保護義務論を私人間効力論において導入することが自己決定を阻害するとの批判がある。例えば戸波江二は、自己決定と基本権保護義務の調和可能性について次のように述べる。第一に、保護義務が「個人の自己決定をあくまでも実現するために行使されるものであり、自律的で自由な自己決定の可能性を確保する前提を創設する」場合、第二に、「自由の法律への依存関係に着目して、自由ないし自己決定と国家の保護との関連性」があり、「現実の社会では、個人が自由に行動するための前提としてさまざまな法秩序・法制度が必要となっており、法律が「自由を制限するばかりではなく、自由の前提を形成している」ととらえる」ことができる場合、第三に、「人権の前提する人間像」、すなわち「理性的に行動する強い人間ではなく、むしろさまざまな経済的社会的諸構想の下で困難な生活を送っている人間が多数を占め、なかには主観的・客観的に自由な自己決定が阻害されている」という人間像を措定する場合にのみ両者は調和するという¹²。しかし最終的には、「真の自己決定はやはり本質的に個人の内面・意思的・個人的なものであり、国の関与とは異質のものといわざるをえない。究極的なところでは、自己決定が保護義務論と対立することは否定できない」とする¹³。こうした批判を踏まえて、永松正則は国家の基本権保護義務論を、自己決定を尊重するための理論として展開する可能性を認めつつも、「契約関係において保護義務論を適用し、契約の内容規制を行うことは『私人による侵害』という観念が存在しないために妥当でない」とする¹⁴。以上のようにもとより契約自由の領域における国家の基本権保護義務論の導入は必ずしも自明であるわけでは

ない。それでは、契約自由と国家の基本権保護義務論の関係をどのように考えるべきか。

この点を考えるにあたって、ドイツにおける契約自由の議論が参考になる。ドイツにおいてもやはり従来から私的自治・契約自由は民法学において議論がなされてきた。ドイツ民法学は、私的自治・契約自由——換言すれば法的生活において自由な自己決定——が直面する自由の障害に焦点を当てることで契約自由の理解を整理する。一方で、もっぱら自由の法的障害に焦点を当てるのは形式的契約自由である。ここで重要なのは、当事者が法にもとづいて自らの法律関係を規律することを選択することである。形式的契約自由が保障されるのは、個人がその者に適用される契約自由にもとづく規律を承認・貫徹する法秩序のメカニズムを利用する場合である。他方で、実質的契約自由は自由の事実的障害を念頭におく。換言すれば、契約自由を行使する事実上の諸要素および諸条件をも問題とする。こうした自由は、契約対等の侵害の問題と密接に関連する。ところで、民法学者Claus-Wilhelm Canarisは、私人間効力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¹⁵。かかる見解によれば、基本権は、当事者的にみると他方当事者に対して作用するのではなく、国家に対して作用する。その際に国家は基本権の価値および法益をその他の私人による侵害から保護されなければならないとする。これを受けて憲法学でも国家の基本権保護義務論が契約自由の領域において議論されるようになった。例えば、Konrad Hesseは弱者保護という視点から国家の基本権保護義務論を支持した¹⁶。すなわち、今日では私人の危機の多くが私人の行為に由来し、経済権力・社会権力がしばしば契約という手段によって力を行使するという認識のうえで、私的自治・契約自由は当事者の対等な——法的・事実的——地位を前提とするところ、これを欠く場合に私的自治・契約自由に代わって国家の規制が要請されるとする¹⁷。そして、民法学・憲法学における議論の熱をさらに高めたのが、ドイツ憲法判例の連帯保証決定¹⁸であった。

連帯保証決定を紹介するにあたってはドイツ裁判制度を概観する必要がある。ドイツの裁判所は、基本法92条によれば連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht; BVerfG）、連邦裁判所、ラント裁判所があり、とりわけ連邦裁判所は、さらに連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof; BGH）、連邦労働裁判所（Bundesarbeitsgericht; BAG）、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所、連邦社会裁判所などに分けられる。このうち、本稿ではBVerfGとBGHについてみる。まず、BVerfGは「憲法上の諸問題に関して判断を下す裁判所であり、本稿に関するかぎりでは以下の専属管轄を有する。すなわち、基本法93条1項4a号によれば、各人が公権力によって自己の基本権を侵害されたときは、BVerfGに憲法異議の申立てをすることができる。また、BVerfGは、その他の裁判所の判決・決定に対して憲法異議の申立てがなされこれを理由ありと認めるときは、当該判決・決定を破棄し、管轄裁判所へ差戻しを行う（基本法95条2項）。次に、BGHは「民刑事事件に管轄を有する」連邦の裁判所である。民事事件については、第一審が地方裁判所（Landgericht; LG）、第二審が上級地方裁判所（Oberlandesgericht; OLG）、そして第三審（法律審）がBGHとなっている¹⁹。連帯保証決定は、BGHの判決に対して憲法異議が申し立てられたところ、後述の「娘事件」判決の破棄・差戻しを命じたものである。

BVerfGは連帯保証決定において、形式的契約自由を過度に強調するBGHの判例に対して、実質的契約自由をも憲法上保障する必要性を説いたのであった²⁰。BVerfGはそこで、国家の基本権保護義務論に類似する構成を用いた。すなわち、BVerfGは独自の理論を用いて民法学における契約自由の議論と憲法学における国家の基本権保護義務論とを「共生」²¹させたのである。こうしたドイツにおける契約自由の議論の展開は、契約自由の保障内容およびその構成について日本の法に示唆を与える。

第2節 本稿の課題

こうしたドイツにおける議論の展開を受けて、日本国憲法が契約自由をどの程度まで保障しているかについて検討することを、本稿の課題とする。換言すれば、契約自由の憲法保障は、形式的契約自由にとどまるのか、実質的契約自由にまで及ぶのかである。そこで本稿は、はじめにドイツ民法学・憲法学の議論を受容するにいたった連帯保証決定を扱う。その理由は2つに大別される。第一に、同決定がMatthias Ruffertによってドイツ民法・憲法学説の議論の「受容過程の極限」と表現されるからである²²。BVerfGは、民法学説と憲法学説を独自に「共生」させながら実質的契約自由の憲法保障を認める。こうした理論構成について検討することにより契約自由の憲法保障の理解を促進させることができよう²³。第二に、同決定が憲法学の契約自由の議論に大きな影響を与えたからである。ドイツにおいて契約自由は新たな基本権理論——基本権の内容形成論——から再検討がなされている²⁴。連帯保証決定はこうした再検討のきっかけとしても位置づけることができる。それゆえに、本稿はこうしたドイツの新たな議論への理解を促進させる基盤を与えるであろう。

第1章 連帯保証決定²⁵

第1節 事案

連帯保証決定の事案は次のようなものであった。不動産業者である異議申立人X₁の父が貯蓄銀行Cから信用供与を受けるにあたって、X₁（当時21歳）は連帯保証契約に署名した。その連帯保証契約内容は、①「当該連帯保証契約は、あらゆる現在および将来の、条件つきまたは期限つきの主債務者に対する貯蓄銀行の債権を担保するため主債務者の商取引にもとづいて引き受けられる」、③「連帯保証契約は、連帯保証人により先訴の抗弁を放棄して引き受けられる。取消可能性ならびに相殺可能性の抗弁および主債務の事項の抗弁を放棄する。保証人は換価の種類もしくは時点またはその他の担保の利用から権利を導き出す

ことができる。貯蓄銀行は、その他の担保を保証人に請求しないうちに弁済する義務を負わない」というものであった（なお、本決定原文も1項と3項のみを挙げている）。

その後、信用額が引き上げられた。X₁は父の信用口座によって資産を用いることはできなかった。なお、X₁は職業訓練を受けておらず、失業中であって、当時は魚加工工場で毎月1,150ドイツマルク（DM）の稼ぎを得ていた。その後、返済が行われず、銀行は信用供与分約2,400,000DMについてX₁に対して本件連帯保証契約にもとづく請求を行った。当該事件についてBGHが保証契約の有効性を認めたのに対して、X₁は憲法異議を申し立てた。

異議申立人X₂は、夫が銀行から受けた30,000DMのいわゆる「保険貸与」を担保するために連帯保証契約を締結した。X₂は保証の意思表示の時点で無収入・無資産であり、2人の子どものいる主婦であった。夫の利子の支払いが遅延したため、銀行が貸付けを解約し、債務残高について銀行はX₂に対する訴えを提起した。LGおよびOLGが当該保証契約の有効性を認めたのに対して、X₂は憲法異議を提起した。

これに対してBVerfGは、前者についてはBGHの判決が憲法の解釈を誤るものであり、基本権侵害ゆえに破棄・差戻しを命じ、後者については原審の判断を維持した。

第2節 判断

(1) 基本法の客観的基本決定

同決定は、第一に基本法の客観的基本決定について述べる。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、またとくに民事法の一般条項を解釈する際に意義を有するものである²⁶。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になる」、と。

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」²⁷、と。

(2) 契約自由理解

第二に、同決定は自らの契約自由理解を示す。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判例を確認しつつ²⁸、「基本法2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」と述べる。次に、「私的自治は、必然的に制限され、法的な内容形成を必要とする」と私的自治の性質について述べる。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「私的自治が立法者の処分を支持し、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、立法者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」という。立法者は、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」。以上より、同決定は「私的自治は、いわば司法的実現をと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者の義務を基礎づける」というのである。

同決定はさらに立法者には「実際の調和」の問題があるという。すなわち、「民事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」のである。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」。

さらに、同決定は「契約法において、事実に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「契約当事者の一方が、その者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」とする。「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ものであるのであれば、民事法秩序はそれに応え、修正を可能としなければならない」。同決定は、こうした要請は「私的自治の基本権保障（基本法2条1項）および社会国家原理（基本法20条1項、28条1項）から推論される」という。

次に、同決定はこうした要請を契約法にそくして述べる。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、および妨害された契約の対等性の調整が民事法の主たる任務に属するという……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……」。

さらに、「民法典の一般条項は中心的意義を有する」とする。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」とする。この点、「民事法学説は、結果的に信義則原理が契約にもとづく形成力の内在的な限界を示し、裁判官が契約の内容規制を行う権限を基礎づけることに同意する」ことを確認する。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妨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」という。

同決定は、次に「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」とする。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、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」。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平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事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妨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」というのである。

(3) 当てはめ

そのうえで第三に、第一の憲法異議については、次のように述べた。すなわち、 X_1 が成年であり、危険を自ら確認しなければならないという確認では不十分である。事実関係からいえば、危険の意味と程度の予測は取引経験を積んだ者にとっても困難であり、21歳になったばかりで職業教育を受けていない X_1 には無理なものである。このような場合には、どのようにして契約が成立し、優位当事者がどのように行為したかが重要であるところ、原審判決はこれを問題としなかった、と。 X_2 については、 X_1 と異なり、高度で予見し難い危険が問題となっておらず、保証額も異常ではない。保証にあたっては直接の利害関係者でもあった。契約締結にあたっては、 X_2 の判断自由が害されたと疑われる要因もなく、金融機関の助言にあたっての過失もないとした。

第3節 評価

以上のように、BVerfGは連帯保証決定において、まず従来のBVerfG判例を引用しつつ基本法は基本権の章において客観的基本決定を含むとする。そのうえで次に、契約自由を「法的生活における個人の自己決定」に読み替える。そこで契約自由は「必然的に制限され、法的な内容形成を必要とする」とされる。もっともBVerfGは、それによって契約自由の基本権保障が「空転」することはあってはならず、立法者は基本権の客観法上の基準に拘束されるとする。これにより立法者の義務が導出される。その際には、「現実の調和」の義務も要請される。以上の点を確認したうえで、BVerfG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」のであるから、法秩序はこうした他者決定の問題に答え、修正しなければならないという。事実、ドイツ民事法秩序は一般条項によっ

てこれに答えていた。それゆえに、次に問題となるのは民事裁判所の義務である。BVerfGは、そこで「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」という要件が充足されるのであれば、一般条項により修正しなければならないとする。ただし、こうした問題は、第一次的には単純法の問題であり、契約自由の基本権侵害が認められるのは、「契約の対等性が妨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」に限るとされる。

以上の連帯保証決定の判断については、一方で、日本においては同決定の基本権論や契約の内容規制要件論が注目されている。第一に、憲法学では同決定が依拠する基本権論が問題とされる。例えば小山剛は、まず同決定によって「私的自治に三重の意味が与えられている。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」²⁹ことを確認する。そのうえで、契約自由の自己決定権的側面から内容規制を基本権保護義務論によって導き出しているとする。それによれば、連帯保証決定においては「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」³⁰のである。また、小貫幸浩は後述の代理商決定と連帯保証決定とを比較して次のように述べる。すなわち、契約自由の「立法者による法形成が、『事実上』も存在すべき自己決定ということによって限定されている」点は同じであるが、連帯保証決定では、「『劣位者』にとつての私的自治が憲法上、実質的なものとして解されるだけではなく、さらに立法者に対する防御権的作用——法形成の際の裁量を規制する——が『社会国家』原理と並んでであり、独立に、より明確に」代理商決定よりも「打ち出されている」、と³¹。第二に、民法学の評価はもっぱら要件論に焦点が当てられている。たと

えば児玉寛は、連帯保証決定の論理は三段階の考察から構成されるという。すなわち、「第一段階の問題は、本件において『交渉力の構造的不平等性』の審査に進む必要があったかどうか」であり、「第二段階の問題は、本件において『交渉力の構造的不平等性』が存在したのかどうか」であり、「第三段階の問題は、本件において裁判所が契約内容に介入してこれを修正したのかどうか」³²である。また、原田昌和は同決定を「両当事者の知識や経験や経済力等が不平等なだけで介入せよといているのではなく、契約締結の際の事実上の決定自由を法的に保護する必要性を強く指摘するという意味を持つものである」³³と位置づける。さらに斎藤由起は、「保証契約の内容が保証人にとって異常に大きな負担となり、かつ、利益調整として不当であること (㉔)、債権者と保証人との間に交渉力の『構造的不均衡』があること (㉕)、その場合に債権者からの意思決定侵害があること (㉖)を組み合わせた、保証契約の内容に対する民事裁判所の介入基準を示した。これにより、憲法裁判所は、契約内容の不当性だけでなく、保証人の私的自治に対する侵害の結果として内容の不当な契約が締結されたことを根拠として、契約内容への介入を認めたことが明らかになる」とする³⁴。そのうえで、同決定で決め手となったのは、㉕であり、「保証人が取引無経験であるために保証リスクを適切に評価できないことを債権者が認識しているだけでは不十分、債権者のより積極的な意思決定侵害行為を要求する点」を指摘する。㉕については、「保証人と銀行との間の『構造的な不均衡』は裁判所による契約内容への介入の決め手となっていない以上、この概念は契約締結の際の事実上の決定自由を法的に保護する必要性に対する意識を先鋭化させる以上の意味をもたない」とのCanarisの指摘を支持している。以上のように、憲法学においては基本権論の分析が、民法学においては要件論の分析がなされている。

他方で、ドイツでもたしかに立法者の義務や裁判所の義務を問題としている点で、同決定が基本権の保護機能を認めているとの理解もある³⁵。し

かし、連帯保証決定においては、原審であるBGHの判決が申立人の契約自由を侵害していると判断されたにすぎない³⁶。すなわち、原審判決は誤った契約自由理解に依拠して考慮すべき事実を考慮しなかった、というのである。ここでは、私人による基本権侵害が問題とされるのではなく、原審判決の基本権に関する誤解が問題とされたわけである。この点、連帯保証決定は原審判決が示す契約自由理解とは異なる契約自由理解を示し、BGH判例の転換を図ったとされる³⁷。それゆえに、連帯保証決定の判断を理解するにあたっては、まず同決定が依拠する契約自由理解を明らかにする必要がある。そこで、第2章ではBVerfGが連帯保証決定を下す背景となったBGH判例の展開を検討する。

第2章 契約自由理解³⁸

BVerfGは、連帯保証決定において債務者の銀行信用に対する無資産の近親者の（連帯保証、債務参加または共同消費貸借による）共同責任の問題に取り組んだ³⁹。しかし、そもそもなぜBVerfGは、このような問題に取り組んだのか。こうした問いに答えるためには、当時のBGHの判例の展開にまでさかのぼる必要がある。一方で、連帯保証法に管轄をもつBGH民事9部は成年であれば自由に契約を締結することができるのであるから過大な債務があるという事実のみからは良俗違反は認められないとする。なぜならば、成年は連帯保証が危険であり、「契約は契約である」と知っているからである。他方で、消費貸借法の管轄をもつBGH民事11部は従来の個別事例における契約自由の濫用にもとづく合意を良俗違反であり、同時にBGB138条1項にしたがって無効であるとみなした。民事9部にも11部にも、こうした結論の背景にはそれぞれの契約自由理解が存在していたとされる⁴⁰。結論からいえば、民事9部は法的障害から自由であれば十分であるという形式的契約自由理解を支持していたのに対して、民事11部はそれだけでは十分ではなく事実的障害も排除する必要が

あるという実質的契約自由理解を支持していた。しかし、こうした対立が表面化していたわけではなく、最終的に民事11部は自らの判断を民事9部の判断と調和させようとしたために実質的契約自由理解を貫徹することができなかった⁴¹。BVerfGは、こうした対立を解消するために連帯保証決定において自らの契約自由理解を示す必要があったのである。

第1節 BGH判例の展開

(1) 「兄弟事件」⁴²

連帯保証決定以前のBGH判例の出発点となるのは「兄弟事件」である⁴³。同事件は、21歳の兄Y₁と20歳の弟Y₂が、X銀行に対して、建築家であり主債務者である父の信用のための付随的給付を含む350,000DM以上の連帯保証を引き受けた事件である。兄弟の父は、学生寮の建築に融資することを望んでいた。学生寮については公的資金が予定されていた。父は建築会社（有限会社）の破産申立てをしたが破産財団がないので却下された。Xは信用供与にあたって連帯保証と土地債務を求め、Y₁とY₂、そして父の妻と本件契約を締結した。その3年後にXは父の信用を解除し、さらにY₁、Y₂に約240,000DMの支払いを連帯保証にもとづいて請求した。これに対してBGHは当該連帯保証の良俗違反を認めた原審とは異なる決定をした。

「兄弟事件」判決の判断は次のとおりである。第一に、Y₁、Y₂が成年であったことを確認したうえで「およそ成年は、取引において一般に特別な経験がなくとも連帯保証の引受けがリスクのある行為であると認識できる」とする。そのうえで第二に、原審が連帯保証において用いられる消費者保護的良俗違反を認めることができなかったという。なぜならば、そこでは給付と反対給付との等価性が問題となるが、連帯保証契約がもとよりそのような等価性が存在しない契約であり、債権者はそれを出発点とするからである。第三に、「私的自治の一部としての契約形成の自由は、すべての完全な行為能力者にとってその者がとりわけ有利な条件でのみ提供する給付を義務づける法的実

力をも含む。給付が一般に可能である限り、債務者に資産がないことはその者が締結した契約の有効性とは関係しない（BGB306条）」とされる。同判決は、XがY₁、Y₂の未経験を利用したということも明白ではなく、家族への扶助意識から連帯保証をしたとしても良俗違反を認めることができず、さらにはXがY₁、Y₂へ何らかの圧力を加えたことも主張されていないとする。第四に、債権者は、保証リスクを高めるようなことをしないのであれば、説明義務を負うことはないとする。なぜならば、連帯保証は片務的法律行為のひとつだからである。以上の理由から、同判決は本件連帯保証契約の良俗違反を否定したのである。

同判決の特徴は、Y₁、Y₂が成年であることをもって良俗違反を否定している点である。同判決は、成年が一般に連帯保証のリスクを見積もることができるという。そのうえで、「私的自治の一部としての契約形成の自由は、すべての完全な行為能力者にとってその者がとりわけ有利な条件でのみ提供する給付を義務づける法的実力をも含む」という契約自由理解を示す。同判決が依拠する契約自由理解は、成年であれば自由に契約を締結することができるというように、当事者の契約自由に法的障害がないことを要請する一方で、Y₁、Y₂に取引経験がなく、無資力・無収入で家族の圧力があったという事実的障害を考慮しなかった点で、過度に形式的側面を強調した契約自由理解であるということが出来る。民事9部は、こうした契約自由理解を起点としながら、連帯保証契約の合意の正当性を導き出すと同時に、良俗違反を否定したのである⁴⁴。Honsellは連帯保証の領域では「19世紀末の私的自治の冷たい風が支配的である。すなわち連帯保証によって、だれもが成年であるということを前提とするだけで破産することになる」⁴⁵と同判決を批判した。

(2) 「娘事件」⁴⁶

民事9部は、1989年3月16日の「娘事件」判決——連帯保証決定の原審——においても連帯保証契約の良俗違反を否定した⁴⁷。

民事9部は、第一に連帯保証が片務的法律行為でありそれゆえに債権者が説明義務も保証人の知識について情報を得る義務も有しない、第二に成年は一般に商取引における特殊な経験がなくとも連帯保証がリスクのある取引であることを認識している、という上記「兄弟事件」で述べられたことに加えて、第三に保証人が連帯保証にもとづいて請求されるという保証人の期待が連帯保証契約の行為基礎ではないということを確認する。そのうえで第四に、銀行側の説明も問題がなかったとする。すなわち、1982年11月における主たる債務者の資力は十分であり、それゆえに連帯保証リスクが少なく、従業員による情報は適切であったとするのである。以上により、民事9部は当該連帯保証契約の良俗違反を否定したのである。

「娘事件」判決と「兄弟事件」判決の相違は、連帯保証の片務性が銀行代理人の過小評価された説明によって高められている点にあるとされる。すなわち、民事9部は父の支払い能力が連帯保証を引き受けた際には十分であり、それゆえに説明が正当であったという。そして、BGHは娘に対して父の将来の支払いの展開について自分で調査することを求めた⁴⁸。なお、本判決に対してXは憲法異議を申し立てた。これに応えたのが連帯保証決定である。

(3) 「ギリシア女性事件」⁴⁹

これに対して、民事11部は1991年1月22日の「ギリシア女性事件」判決において上記民事9部の判例とは異なる判断を下した⁵⁰。

同事件において、当時26歳の無資産・無収入であり7歳と10歳の子をもつギリシア人の主婦Yが、夫の経営資金信用の65,000DMの共同債務を負った。そこではまず、夫婦で50,000DMの経営資金信用の申込みに署名した。その後、X銀行は夫婦の申込み・署名をうけ15,000DMを伴う経営資金信用の増額を認めた。その後さらに、当該信用は口座の超過引出しのためにXによって解除された。その後、Xは連帯債務者であるYに対して利子付きの約12,600DMの支払いを請求した。民事11部は、原

審とは異なって妻に対する銀行の支払いの訴えを棄却した。

民事11部は、まず1984年6月に合意されたYの共同責任が営業法56条1項6号違反ゆえにBGB134条により無効であるということ、約款規制法3条の要件に該当し、もとより同9条1項に該当し無効であるということを確認する。そのうえで次に、BGB138条1項該当性を論じる。民事11部は後述のBVerfGの代理商決定⁵¹を引用する。それによれば、私的自治は自由の社会秩序の構成要素であり、私的自治の範囲で問題となる規律を国家は原則として尊重しなければならない。しかしとりわけ一方当事者が契約上の規律を事実上一方的に規律することができるほどに優位にある場合には私的自治の制限が必要である。そのような契約対等が害されている場合には裁判官はBGB138条などの一般条項を適用する義務がある。もっとも、契約自由の制限は同時に他方当事者の自由への介入となるのであるから、衝突する法的地位は均衡的に考慮されなければならない。そのうえで、民事11部は共同債務に関する合意を良俗違反の金銭的過大要求のためにBGB138条により無効とみなした。民事11部は以下の3つの事実の総合考慮によってこうした結論に至った。第一に、妻は信用供与にもとづいて直接的な人的利益を得ていないということである。第二に、銀行にとっては、その共同債務に対する保護に値する利益が認められない。なぜならば、Yは見込みのない資産状況ゆえに予測可能な将来においても債務の弁済にはなにも貢献しえないからである。第三に、当該サインは夫の影響力にもとづいているということである。夫は妻であるYに対してサインをすることによって「自らの愛」を証明することができるという説明し、Yはそれによって連署することになったのである。民事11部によれば、妻が具体的な正当な理由なく過度に負担を課す信用共同債務を要求され、それによって将来において自力では解放されないということは許容できないのである。

こうした判決によって、民事11部は実質的契約自由に近い理解を示したとされる。すなわち、銀

行の強い交渉力の優位によって、契約の対等性はBGB138条1項が適用されるほどに害されていると判断した。また民事3部によって判決が下された「歯科手伝い事件」⁵²とは異なって、民事11部は法的拘束力のある婚姻を考慮しつつ、ギリシア人女性の間接的な融資に対する利益の増加をもはや法律上重要であるとはみなさず、上記の事実すべてを良俗違反にとって重要であると認めた。しかし、民事11部は上記民事9部の判例それ自体から転換することを控えた。すなわち、本判決を判例変更として取り扱わず、なぜ民事9部の詳細な基準が本件では適切ではないかを説明しなかったのである⁵³。

(4) 「大学生事件」⁵⁴

民事9部は、以上の民事11部の判決に対して従来の判例を1991年5月16日の判決——いわゆる「大学生事件」——によって「継続」させた⁵⁵。

同事件では、21歳の無資産の大学生Yが、X銀行に対して自らの両親が属する有限会社の利子つきの100,000DM取引信用のために連帯保証を引き受けた。当該有限会社は、その時点ですでに高い貸付債務を有していた。のちに、当該有限会社は支払い能力がなくなり、Xは保証人の債務にもとづいて100,000DMの支払いを請求した。全審級で訴えは認容された。

民事9部は「兄弟事件」判決、「婚約者事件」判決⁵⁶および「娘事件」判決を引用して、第一に、成年が原則として特別の経験がなくとも連帯保証と結びつけられたリスクを認識し、その行為の射程を適切に評価することができるということ、第二に、個人には私的自治の一部としての契約形成の自由にもとづいてリスクの多い取引も締結し、とりわけ有利な条件でのみ、場合によっては継続的な差押えから自由な収入の利用の下でもたらされる給付を義務づけることができるということ、の2点を繰り返した。第三に、Yの行為能力が疑われる事実が存在しないこと、Yの意思表示を取り消す余地が存在しないことを確認する。第四に、本件連帯保証契約の良俗違反を認める事実も明白

でないという。そのうえで、本件連帯保証の目的および動機は主たる債務者の信用を可能とするためのものであるために問題はないこと、連帯保証の債権者はリスクに関する特別な説明義務を負わないこと、Yが連帯保証契約による資産を処分することができないという事実が良俗違反を基礎づけないこと、およびYが家族への扶助意識から両親の連帯保証を行わせた事実が良俗違反を導かないことを確認した。そのうえで第五に、民事9部は自らの見解に対する批判を退ける。まずBGB310条の類推適用を支持する見解に対して、特定の金額のみを支払う者が少なくともドイツ民事訴訟法（ZPO）850条以下の差押え保護規定によって保護されたままであり、取得の動機を失うという理由からBGB310条の事例とは異なるというのである。次にBGB138条に関する批判に対しても、暴利行為については連帯保証が片務的法律行為であるから給付と反対給付との等価性も問題とはならないとし、良俗違反についても次のように問題としないとする。すなわち、原則として保証人に対する債権者の注意義務は存在しないこと、若い成人の広範かつ危険な債務を引き受ける能力が疑わしいということによっても良俗違反が基礎づけられないこと、およびBGB138条1項の適用範囲を拡大することは自由と平等に対する基本要請と相いれないことを示す。それに加えて、民事11部の「ギリシア人女性事件」判決は事例判決であるから連帯保証における良俗違反の基準の変更のきつかけとはならないとする。Köndgenは、BGHの両部局内部でのこうした態度の違いを「潜水艦戦」と形容した⁵⁷。

(5) 「薬剤師助手事件」⁵⁸

民事9部の一連の判例は、1992年1月16日の判決、いわゆる「薬剤師助手事件」判決によって「終結」する⁵⁹。

同事件では、27歳の無資産の妻Yは、X銀行に対して夫が経営する合資会社に対する銀行の取引債務を保証した。Yら夫婦は、その2年後に離婚した。さらにその1年後Xは貸付を解除し、合資会社

に対する債権の連帯保証にもとづいてYに請求した。なお、Yは職業訓練を受けた薬剤師助手であった。OLGは当該連帯保証契約の良俗違反を認めた⁶⁰。

これに対して、民事9部は良俗違反について次のように論証を行った。そこでは第一に、当該法律行為の目的および動機は良俗に抵触しないとされる。第二に、説明義務については成年が特別な経験がなくとも連帯保証と結びつけられるリスクを認識し、自らの取引の射程を判断することができるということが原則として出発点とすると本件においては説明義務が存在しないとした。第三に、契約締結時にYが無資産であったこと、Yが夫に対する扶助意識によって連帯保証をしたという事実、Xが合資会社に対する信用供与をYの連帯保証に従属させたということ、Yの夫が連帯保証を引き受けたことに対するYの考慮、および離婚後にもYの連帯保証債務が継続していたことはいずれも良俗違反を基礎づけないとされる。第四に、民事9部の判例に対する批判および民事11部の判例については、「大学生事件」判決を引用してこれを退けた。それによれば、法律および法に対する裁判官の憲法上の拘束（基本法20条3項）は、こうした事例において自己責任により引き受けた責任から解放することを禁止するのであって、残余債権の免除による債務免除措置の採用は立法者の事項であるとする。こうして、民事9部は当該連帯保証の良俗違反を否定した。

(6) 「屋根職人妻事件」⁶¹

連帯保証決定以前のBGH判例は、1992年11月の民事11部による「屋根職人妻事件」判決によって一応の「終結」をみた⁶²。

同事件は次のような事案であった。すなわち、Yの夫はX貯蓄銀行において当座預金口座を運用しており、夫には自動車を担保に20,000DMの当座貸越が認められていたところ、50,000DMの増額がなされた。Yはその際に債務を引き受けた。なお、Yは当時28歳で、2歳と4歳の子を世話しており、無資産・無収入であった。その後、破産手続が開始

された。Xは、上記譲渡担保を利用後、残った債務残高である約40,000DMをYに対して請求した。全審級において当該請求は認容された。

民事11部は、妻の上告を棄却した。民事11部は第一に、「成年は私的自治の一部としての契約自由にもとづいて、リスクのある取引も締結しその給付自体を過大要求するか、その給付によってとりわけ有利な条件で、必要があればさらに継続的な差押えから自由な収入を利用しながら提供される給付を義務づけることができるという原則」を出発点とする。そこで第二に、代理商決定にも言及し、私的自治の制限の可能性を示すが、民事11部はその射程をあくまで良俗違反の消費クレジットに関する判例に限定する。さらに民事9部も、「無資産・無収入の近親者の共同債務事例においてBGB138条1項にしたがって契約自由の一般条項の例外を規定する必要性を承認している」という。そのうえで、相違は原則と例外の線引きにあるというのである。すなわち、「ギリシア女性事件」はかかる事例におけるBGB138条1項の適用領域を確定していないのであって、良俗違反の有無は「あらゆる客観的・主観的事実の総合衡量を要求する」、と。それによれば、配偶者は履行に寄与することができないというだけではなく収入・資産の変動が予見されないということを立証しなければならないこと、配偶者の債務の範囲と給付能力の過大なアンバランスの存在のほか特殊な事実が必要であること、およびこうした事実が逆にBGB138条1項の適用の妨げになることなどが考慮される。第三に、こうした基準を本件についてみると、まず「Yのこれまでの労働収入は……信用債務の履行に寄与するのに十分ではない」が、それが変動するかはいまだ開かれており、次にYは訪問・債務参加を求められたことを主張しておらず、「不適切に署名を強制された」事実も読み取ることができず、「夫がYに署名のためにYの取引経験のなさまたはY自身の利益、金銭的従属性、および……心理的抑圧状態を利用したこと」は主張されていないのであるから、良俗違反は認められないというのである。

民事11部が以上のように民事9部と歩調を合わせようとしたが、両部局の相違は事実上存在する。例えば、民事11部がBGB138条1項の適用を金銭関係の改善に関する不十分な積極的将来予測に依存させる一方で、民事9部は逆に保証人の将来は完全に関われているという論証によって、消極的将来予測の欠如を求める。また民事11部は、民事9部とは異なって、無資産者の純粋な利益が債務引受け後の銀行の請求を正当化するのではなく、もっぱらのちの金銭的弱者への財産移転を予防するという銀行の利益を正当化するだけでもないとする。このように、共同責任に関するBGH判例を実質的契約自由理解にもとづいて統一化するための突破口は、「屋根職人妻事件」判決によっても開かれなかった。むしろ、民事11部は連帯保証部局との相違をあくまで事案の違いに求めたにすぎなかったのである。その意味で、民事11部は「限界の線引きの相違」を宣言したにすぎず、契約自由理解の変更を示したわけではない。民事11部は、民事9部の立場との対決を再び避けたのであって、最終的には民事11部の判決はどれも「民事9部と異なっている」⁶³。いなかったのである。

第2節 BGHとBVerfGの対立

以上のように、無資産・無収入の近親者の共同責任事例において良俗違反を認めるか否かで民事9部と11部とで判断が分かれていた。すなわち、無資産の家族の共同責任をめぐる議論は2つの「戦線」をなしていた。民事9部は、成年であるがゆえに判断能力がある保証人という理想像を出発点とする。ここでは、契約自由は自己責任を絶対的原理とする無制限の自由である。民事11部は、それに対して締結規制を要請する。すなわち、具体的な経済的利益のない無資産者を保護するために銀行による一方的な利益貫徹に限界を定めるのである。自己責任原理はここでは相対化され、無制限の自由は否定される。以上の民事9部と11部の異なる契約自由理解は、戦線の解消を妨げる。こうした前理解が事案の判断を下すにあたって意識に入り込むからである⁶⁴。こうして、全体的にみれば

BVerfGの権威による「解放」が必要であったのである⁶⁵。

以上のBGH判例の展開を踏まえると、BVerfGは連帯保証決定において自らの契約自由理解を示すことでこうしたBGH判例の転換を試みたといえることができる⁶⁶。すなわち、「基本法2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」するところ、「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、このことは他方当事者にとっては他者決定となる」のでこれを回避することが要請される。こうして、BVerfGは実質的契約自由を支持する。そのうえでBVerfGは、実質的契約自由と法的安定性の要請を考慮すると、「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、契約の効果が劣位当事者に異常な負担をかける」という要件のもとで、契約の内容規制が要請されるとする。この点、第一の憲法異議——「娘事件」——においては、上記の要件該当性が認められるにもかかわらず、BGH判例は過度に形式的な契約自由理解にもとづいて契約の内容規制を行わなかった⁶⁷。BVerfGは、以上の判断からこうしたBGH判例の解釈は基本権の誤解にもとづくものであり、申立人の基本権を侵害するものと評価した。ここで注意すべきは、連帯保証決定がこうした実質的契約自由の基本権保障の根拠を基本法の客観的基本決定に求めている点である。この点は、第3章で詳述する。

さて、BVerfGによる連帯保証決定を経て、BGH民事9部は「娘事件」を1994年2月24日の判決によって「終結」させた⁶⁸。

「娘事件」再審は、第一に、法律行為はその内容、動機および目的の総体から読み取ることができる全体的特徴において良俗と抵触する場合にのみBGB138条1項により無効であり、その際にもっぱら契約締結時の事実のみ焦点が当てられるということを確認する。第二に、自己責任においてリスクのある取引をも締結し、とりわけ有利な条件のもとで、場合によっては差押えから自由な

収入を継続的に利用しながら、もたらされうる給付の義務があることが何人にも自由でなければならないという従来のBGH判例が支持する原則を述べる。しかし第三に、保証人が現在および将来に期待されうる収入および資産関係をはるかに超える範囲で義務を負うのであれば、そのような契約は、契約当事者の耐え難いアンバランスを導く特段の事情によって、保証人に対して追加的に著しい負担が課される場合にはBGB138条1項による無効を導きうるとする。そこでいう特段の事情とは、債権者が保証人に取引経験がないことまたは心理的抑圧状態を利用したということ、そしてその他の方法で保証人の決定自由を許容できないほどに干渉したということが挙げられている。第四に、Xの決断に悪影響を与えたという事実は、Yに責任を負わせるという。なぜならば、Yは保証人への影響を少なくとも重過失にもとづいて考慮しなかったからである。そこでは、まず基本権により保護された私的自治はリスクがあり同時に一方的に負担を課す取引の締結を、両当事者が契約の拘束力のためのまたはそれに反する自由において自己決定することができる場合に限り、正当化することができるにすぎないことを確認する。そのうえで保証人の自由な決定が不当な方法で妨げられるという危険は、なおも教育中または職業活動を始めたばかりである、換言すれば取引経験がない、若い成年が、両親が有利になるように成年自身が固有の法的または経済的利益を有していない取引にもとづく債務の責任を引き受けるよう両親に頼まれる場合に存在するという。次に、BGB1618a条が両親と子が互いに生涯にわたって補佐および配慮義務があるとすることを挙げ、子の金銭的給付能力をはるかに超える連帯保証を行ってほしいという両親の欲求は上記の規範とは相いれないとする。さらに、銀行は、原則として顧客に担保として、いまま取引経験がなく信用供与に固有の利益を有さず、リスク発生時に先の見通しとして長い間、担保された債務を弁済することができない子に連帯保証をさせるという不当な要求により迫ってはならないとする。この点で、保

証人の決定自由、およびそれから推論される銀行の義務の危険に相応の意義を認めなかった民事9部の判例を維持することができないとする。以上のことを踏まえて、第五に、金融機関が従業員をつうじて連帯保証の射程を過小評価する、とりわけ署名を単なる形式とする場合には、保証人の決断に悪影響を与えたとし、本件においてはYがXの連帯保証の責任をなおざりした、まさに過小評価したがゆえにYがXの意思決定に干渉したということをも認めた。それゆえに、本件連帯保証契約はBGB138条1項により良俗違反であり無効であるとする。

「娘事件」再審判決において注目すべきは、これまで考慮されてこなかった事実——Xの自己決定に悪影響を与えうる事実——を考慮すると述べた点である⁶⁹。同判決は、その理由において民事9部は従来の「兄弟事件」などにおいて基礎とされた見解を出発点としたが、こうした原則が妥当するのは当事者が十分に自己決定にもとづいて契約を締結することができる場合に限るという限定を付した。こうして、民事9部は従来の見解を全体的修正に近い形で修正することによって、民事11部との差異をなくし自らの契約自由理解を変化させたのである⁷⁰。こうした契約自由理解にもとづいて良俗違反の基準を改めて定立した。同判決によれば、第一に保証人に対して契約パートナーの耐え難いアンバランスを導く特段の事情によって追加的に著しい負担が課されるということ（客観的良俗違反）、第二に債権者に帰責可能な方法であるということ（主観的良俗違反）が認められる場合にはBGB138条1項によって無効である。なお、同判決はその例として、債権者が保証人の取引の未熟さもしくは心理的抑圧状態を利用すること、またはその他の方法で保証人の決定自由を許容できないほどに干渉することを挙げる⁷¹。「娘事件」再審判決以降のBGH判例は、こうした良俗違反の基準の精微化に従事することとなった⁷²。

第3章 契約自由の実現

以上のように、連帯保証決定においてはBGH民事9部と11部の対立に決着をつける必要があったために自らの契約自由理解を示し、BGH判例の転換を図った。連帯保証決定は、こうした判例を転換させる根拠を基本法の客観的基本決定に求めた。こうした判示を把握するにあたっては、実質的契約自由にかかわるBVerfG判例が保護義務論に関する判例に分類されるというよりはむしろ照射効判例（Lüth判決⁷³）と連続しているとの理解が注目に値する⁷⁴。本稿では、まず代理商決定、そして夫婦財産契約決定の判断を確認する。なぜならば、連帯保証決定と同様に、2つの判決は当事者の契約対等が害されている事例において契約自由の保障根拠をLüth判決を引用して基本法の客観的基本決定に求めているからである。それをもとに次に、連帯保証決定がいう基本法の客観的基本決定をどのように理解すべきかを検討する。

第1節 BVerfGの展開

(1) 代理商決定⁷⁵

まず、代理商決定の判断についてみる。同決定にとってまず重要なのは、憲法審査の対象は何かである⁷⁶。形式的にいえば、憲法異議はBGHの判決に対するものであり、内容的には、ドイツ商法典（HGB）の規定だけが問題となるのか、問題となった契約条項も含めて問題となるのかが重要であった。結論からいえば、同決定はHGB90a条2項2文における例外条項の違憲確認をするにとどめた。

第一に、同決定は申立人の職業の自由の制限を問題とする。すなわち、競業避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いうのである。ここで注目すべき

は、同決定が従来の基本法12条に関する職業の自由に関する判例に組み込まれないという点、および平等原則違反を明示的に示さなかったという点である⁷⁷。とりわけ後者についていえば連邦労働裁判所は、HGB75条3項に関する判例において基本法3条1項による平等原則違反に依拠していた⁷⁸。それによれば、使用者の契約違反によって特別解約を強制される労働者は1ヶ月以内で競業条項から解放される可能性を有する。もっともかかる労働者は、その場合には反対給付として合意された待機補償を放棄しなければならない。これに対して、使用者は財産的利益を獲得していた。こうした規律は、恣意的であると連邦労働裁判所は述べたのである。同決定は、こうした論証とは異なって職業の自由の制限に焦点を当てたのである。こうした態度にもとづいて次のように私的自治について判示される。

第二に、同決定は私的自治について判示した。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。そのうえでLüth判決を引用しながら⁷⁹、基本法は基本権の章において全法領域、それゆえに民事法にも妥当する客観的基本決定を行うのであって、いかなる民事法規定も基本権に示された原理に反してはならないとする。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なない。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。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という（基本法20条1項、28条1項）。ここで注目すべき点は、BVerfGは同決定において

契約自由理解として実質的契約自由を憲法上保障することを明示的に述べた点と、その保障にあたっては基本法の客観的基本決定が適用されるとした点である。

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ことを強調する。すなわち、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いうのである。そして、立法がない場合にも民事法の一般条項、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する。同決定は、ここで憲法の「保護委託」が裁判官に向けられることを強調する。

第三に、同決定は憲法異議の対象であるHGB90a条2項2文の比例性審査を行う。その前提としてまず立法者の評価を確認する。それによれば、代理商は法的には独立していても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た。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たとされる。同決定は、こうした立法者の評価を指示したうえで、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いう。そのうえでHGB90a条の規定の比例性を審査する。一方で、HGB90a条は競業制限期間の保証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とする。他方で、HGB90a条2項2文は比例性がないという。すなわち、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というのである。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。同決定によれば、「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」のである。こうした代理商決定の比例性審査には、営業主の利益を適切に考慮していないとの指摘がある⁸⁰。それによれば、申立人は必要もないのに故意に著しい契約違反を犯している。すなわち、一度目の契約解約が待遇改善を含めて取り下げられたにもかかわらず申立人は翌年から競争相手の下での活動を始めたのである。代理商決定は、こうした事実を考慮しなかった。もとよりこうした契約違反がなければ競業禁止の有責判決を受けることもなかった。他方で営業主を代理商契約違反とそれによって生じる競業による不利益から保護できなければならないことをBVerfGも認めていた。競業避止それ自体は営業主の正当な利益なのであるから、代理商決定の判断が適切な利益調整であったか必ずしも明らかではない、と。こうして代理商決定は、実質的契約自由理解に立ち、その根拠を基本法の客観的基本決定に求めたうえで、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のである。

(2) 夫婦財産契約決定⁸¹

次に、夫婦財産契約決定の判断についてみる。同決定の判断は4点の判断からなる⁸²。

第一に、夫婦財産契約決定は私法取引と基本権の関係について言及したうえで契約自由について述べる。まずLüth判決を引用して⁸³、基本権は私法取引においても妥当する、と。そのうえで保護義務判例を引用して⁸⁴、「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」という。次に、代理商決定を引用して⁸⁵、実質的契約自由の基本権保障を支持する。なおも、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いうことも確認する。そのうえで連帯保証決定を引用して⁸⁶、自己決定が他者決定となるのを回避させることが法の任務であるとする。

第二に、同決定は婚姻契約自由の射程とその限界に言及する。第一の点は婚姻契約にも妥当するとされる。まず夫婦の権利は、基本法6条1項によって保護される⁸⁷。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」⁸⁸。その際に、夫婦・家族の自由は基本法3条2項ともかわる。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」⁸⁹。そのうえで同決定は、婚姻契約の内容規制に関する要件を示す。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。そして連帯保証決定を引用して⁹⁰、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する。

第三に、同決定は基本法6条4項にもとづく妊娠中の母に対する国家の保護義務について述べる。同決定によれば、基本法は妊婦をその社会環境からまたは子の父による圧力・圧迫から保護することを要請する⁹¹。同決定は、未婚の妊娠中の妻が将来もっぱら期待される子に対して責任をもち看護するか、婚姻締結によって子の父にその責任を負わせるかという二者択一を迫られている場合には劣位の状況が通常は認められうるとする。すなわち、妻の交渉状況は妻の現実状況、妻が未婚の母としての法的地位、およびとくに自らの生活および期待される子の生活を維持する努力が求められるという状況によって弱められるとされる。もっとも、同決定によって契約不対等を妊娠から推論することが相対化される。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対等の徴候のひとつにすぎない」、と。同決定は、妊娠に加えて資産状況、職業の資格および当事者によって意図された婚姻における就労と家事の分配も挙げている。同決定は、以上のことをOLGは考慮しなかったとする。

第四に、妊娠中の母の保護義務違反のほかに、BVerfG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、基本法6条2項は子の養育および教育に関する両親の権利義務を基礎づける⁹²。他方で、国家にも両親の行為によって子の福祉が危険にさらされる場合に子の養育および教育を保障するために監視する義務があるという（基本法6条2項2文）。そのうえで、「両親の一方が子の利益を保持するという任務から解放されることを望む場合には、基本法6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」とする。このことを踏まえると、「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OLGは、基本法6条2項の保護領域およびその意義を子の福祉に不利になるよう誤解していたと評価する。

こうして夫婦財産契約決定は、まずLüth判決のほかに保護義務判例を引用して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。そして、基本法2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。同決定は、これまでとは異なり保護義務判例を引用して国家の基本権保護義務論を採用していると思われる点で⁹³注意を要する。さらに、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」⁹⁴は必ずしも明らかではない。

第2節 照射効判例と保護義務論

以上のように、たしかに夫婦財産契約決定は保

護義務論と関連づけられる。しかし、それに先行する代理商決定・連帯保証決定はほとんど保護義務論との関連づけは見受けられない。むしろ、新たな判例の傾向が展開されているとされる⁹⁵。すなわち、後者の決定において保護義務論に関する判例は引用されておらず、保護義務について明示的に議論されることはない。「保護」という用語が両決定においてわずかに用いられるにすぎない、と。例えば、代理商決定は「契約対等が害される」場合に基本権の客観的基本決定に対して民事法を用いて対処するという裁判官に対する「憲法の保護委託」に言及する⁹⁶。また、連帯保証決定は民事法取引に関与する者が基本法2条1項の保護を享受することを要請する⁹⁷。こうした「保護」との関連は、しかし「個々の点に関する、あいまいな」⁹⁸示唆にとどまる。さらに両判決で裁判官を務めた論者による次の指摘は参考に値する。すなわち、基本権保護義務は契約対等を修正する文脈で「さらに無視されうる」。なぜならば、「すでに基本権により保障された私的自治の内容形成」が問題となるからである、と⁹⁹。むしろ、両判決は次のLüth判決に始まる私法への基本権の照射効に関する判例に立ち戻ることとなる。

「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、立法者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いうことである。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ら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つ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」¹⁰⁰。

こうした判示が連帯保証決定において次のように示されることとなる。まず同決定は、契約自由が「必然的に制限され、法的内容形成を必要とする」¹⁰¹ものであることを確認する。そのうえで、「私法秩序は、それゆえに憲法適合的な秩序に順応していなければならないところの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」¹⁰²とする。しかしこれは契約自由の基本権保障が「空転」することを意味するのではなく「立法者は内容形成を必要とする際に基本権の客観法上の基準に拘束される」¹⁰³というのである。BVerfGは、以上のように基本法の客観的基本決定が契約自由の内容形成に影響を与えるということを示す¹⁰⁴。これにより、連帯保証決定の基本権論は開かれているとみることができる。こうして、私法への基本権作用に関する議論の展開は連帯保証決定において最高潮に達したのである¹⁰⁵。

しかし、こうしたBVerfGの見解には短所も同時に存在する¹⁰⁶。その例として、「防御権との関係が明確でないこと」、および「審査体系が不鮮明であること」¹⁰⁷が挙げられる。それゆえに、検討は慎重を要する。立法者による内容形成と内容形成された基本権の保護は、立法者の形成任務に吸収される。そこでは、たしかに国家の基本権保護義務論と結びつくことがある。すなわち、内容形成を行う立法者は基本権の保護領域の範囲内で基本権の保護法益を形成するにあたって完全に自由ではないうえ、立法者の内容形成は第三者による危険とも関連するので保護義務機能と結びつけられる¹⁰⁸。しかし、契約自由の私人による侵害からの

保護の問題は、契約自由の内容形成の問題ではなく、基本権の地位にまで高められた具体的な利益や利害を保護するという問題である点¹⁰⁹は注意しなければならない。その意味で、連帯保証決定が依拠する基本権論は、国家の基本権保護義務論とは距離があるのではないか。いずれにせよ契約自由に関する基本法の客観的基本決定は、私法に輪郭のはっきりとしない影響を及ぼすのでも、私法の内容に直接的に影響を及ぼすのでもなく、具体的な内容形成任務および保護任務を媒介するのである¹¹⁰。以上より、連帯保証決定では契約自由にかかわる立法者の内容形成、およびそれに対する専門裁判所の判断が問題とされていたといえる。

第3節 照射効判例と権限分配

さらに、こうした任務を実現すべき国家機関の権限分配に関する問題も提起されることとなる¹¹¹。すなわち、連帯保証決定において私法秩序を規定する私的自治という特定の原理は、契約対等が構造的に害されている場合に適切な紛争解決を保障することができない。それゆえに私法秩序が機能不全に陥っている場合には国家機関は何をすべきであるかという問題が提起されるのである。

BVerfGは、連帯保証決定において第一次的に立法者に対して「私法秩序を形成する義務とともに実際の調整」¹¹²を行うことを要請する。そのうえで「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、契約の効果が劣位当事者に対して過剰な負担を課すものであれば、民事法秩序はそれに応え、修正を可能としなければならない」¹¹³とする。この点、連帯保証決定・夫婦財産契約決定によれば、立法者に対する基本法2条1項の保護委託は、BGB138条などの一般条項によって履行されている。他方で、代理商決定は立法者がHGB90a条によって契約自由を実現しようとしていたとみなす。もっとも、同決定では問題となったHGB90a条2項2文によってその趣旨が没却されることとなった。それゆえに、代理商決定はこうした規定の違憲確認を行った。憲法の保護委託は立法者が履行している場合には

裁判官に移行する。履行していてもそれが不十分な場合には裁判官による規範統制によって憲法上の保護委託は履行される。第2章ですでに述べたように、BVerfGは連帯保証決定においてBGH判例の契約自由理解を転換させた。その根拠を、Lüth判決が認める基本法の客観的基本決定に求めた。すなわち、「基本法は、その基本権の章において法の領域すべて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」¹¹⁴。民法の一般条項は、「裁判所に対して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解するがゆえに訴訟当事者の不利益になるように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」¹¹⁵、と。BVerfGは、基本法の客観的基本決定を持ち出すことにより本来は民事事件である本件にまで審査権限を及ぼすことを正当化しようと試みたのである。そして連帯保証決定は、憲法上の契約自由をBGB138条と242条などの一般条項について判断したLüth判決以降の照射効判例によって実効化させようとした¹¹⁶。同決定によれば、現行契約法は一般条項というかたちで「契約対等の構造的侵害に適切に対処することを可能とする制度 (Instrumente) をすでに有している」¹¹⁷。そのうえで、同決定は「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」¹¹⁸が民事裁判所にあるとする。こうした点を踏まえると、BVerfGが立法者・専門裁判所に対して契約自由を実質化させることを義務づけている点¹¹⁹で、踏み込んだ判断をしたともいえる。

他方で、BVerfGは連帯保証決定において自己制限に努めているともされる¹²⁰。たしかに、連帯保証決定は民事裁判所の義務を認め、同裁判所が「これ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」とする¹²¹。しかし、BVerfGはそれを、「問題の決定が、ある基本権に関する、とくにその保護領域に関する原則として不当な見解に依拠し、具体的な法的事例にとってその見解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」¹²²に限定する。こうした抑制的な態度に立ちながら、原審が「両当事者が契約の締結および内容について事実上自由に決定することができるか、それはどの程度か」という問題を提起しなかった¹²³ことを、BVerfGは問題とした。これにより、原審の契約自由に関する基本権の誤解があるとして原審の判決に介入したのである。以上の判断はさらに具体的に論じられる。すなわち、BVerfGは連帯保証決定の第一の憲法異議においては、契約自由の基本権保障に関する誤解が存在するとみなす¹²⁴。一方でBVerfGは、「裁判所は、契約の内容が一方当事者にとって過剰な負担を課し、利益調整として明らかに不適切であれば、『契約は契約である』という確認で満足してはなら」ず、「契約の規律が構造的に不平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」¹²⁵とする。他方でBVerfGは、「裁判所がどのような方法をとらなければならないのか、およびどのような結論に至らなければならないのか」ということについては第一次的には「憲法が広い余地を残している単純法の問題である」¹²⁶とする。すなわち、BVerfGはあくまで民事裁判所の契約の内容規制要件を提示しているにすぎず、民法の一般条項の要件を問題としているわけではないのである¹²⁷。こうした要件論を踏まえ、BVerfGは、契約自由の基本権保障違反は次のいずれかの場合に生じるとする。すなわち、「契約対等の侵害という問題がまったく考慮されない場合、またはその解決方法が有益でない手段によって試みられる場合」である¹²⁸。事実、第一の憲法異議ではこうした考慮はなされていない。それゆえに、BVerfGはBGHの判決の基本権侵害を認めたにすぎ

ない。こうして、BVerfGは実質的契約自由を実現させる方法を立法者・専門裁判所に委ねたという点では抑制的であると評価することができる。

以上のように、連帯保証決定は直截的に原審判決の基本権に関する誤解を認めていた。そこでは、私人による侵害からの保護が問題となるのではない。むしろ、契約自由に関する立法者の内容形成がまず問題とされたところ、一般条項による立法者の内容形成を認めた。そのうえで、裁判所の判断が問題とされる。連帯保証決定は、立法者や専門裁判所に契約自由の実質化を要請する一方で、その方法については両者に委ねていた。こうした判断を行うために、連帯保証決定は基本法の客観的基本決定に言及したのである。

終章

以上より、BVerfGは民事法学において議論されていた実質的契約自由を憲法上保障すべきことを認めている。第一に、私的自治、あるいは契約自由は自己決定原理にもとづき、一方当事者の優位により他方当事者の自己決定が他者決定となることを回避しなければならない。すなわち、原則としては形式的契約自由の立場にたつがそれによって事後的決定自由を含む実質的契約自由理解が排除されるのではなく、むしろ憲法上保障されているというのである。これにより、①「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」、および②「契約の効果が劣位当事者に対して過剰な負担を課すもの」である場合には契約の内容規制が要請される（第2章）。第二に、こうした実質的契約自由を実現するため、BVerfGは独自の見解を示す。その構成自体は、国家の基本権保護義務論類似の構成を採用していたが、Lüth判決以降の照射効判例にしたがうものでもあった。その意味で、学説にいう基本権保護義務論とは一線を画するもので新たな展開を示したものと位置づけることができる。こうした態度は、契約自由が「必然的に制限され、法的な内容形成を必要とする」という特殊性を有し

ているという認識から示されたということができよう。また、実質的契約自由の実現にあたってはBVerfGの権限を越えているとの批判がないように、立法者および専門裁判所の形成余地を強調する必要もあった。しかし他方で、実質的契約自由を実現するために必要な内容規制だけは専門裁判所に行わせようと試みたのである（第3章）。実質的契約自由を憲法上保障する意義は、契約を事実上も自由に締結させるべきであるという要請を、講学上の概念にとどまらず実定法上の要請として位置づけることができる点にあるといえる。

第1節 日本法への示唆

以上の結論は、日本法へどのような示唆を与えるか。まず契約自由において国家の基本権保護義務論を導入しようとするにあたっては、契約自由理解の転換が必要である。たしかに日本においても実質的契約自由が議論されることがある。例えば民法学においては、約款の内容規制の文脈で契約自由が説かれてきた。すなわち、「約款は約款準備者によって一方的に決められたものであり、たとえ約款の開示があったとしても迅速な取引の要請からその十分な吟味を期待することが困難であり、また多くの場合では相手方にはそれを包括的に受け入れる否かの選択肢しか事実上与えられていないという実態からすると、約款の組入要件を満たしたとしても、なお相手方の方で『自分で決めた』という実体を備えていないのであるから（自己決定の基盤が喪失しているから）、組入要件とならんで、裁判所による原則的な内容規制が私的自治から要請される」、と¹²⁹。原島重義は、次のような契約自由理解を示す。一方で、「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。この価値を捨てないで、何とかとりとめようとするのが約款論の課題である」とする形式的契約自由の考えがある。他方で、「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」とされる（傍点原文）¹³⁰。こうした契約自由理解如何によって約款の内容規制の態様は異なってくる。前者によれば、契約自由は自己責任にもとづくべきであるから原則として契約の拘束力は認められるべきであり、約款の内容規制は限定的になされることとなる。後者によれば、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」のである¹³¹。

しかし、最高裁判所判例においては、こうした学説とは異なって直接的に約款条項の内容の不当性を理由にその無効を認めるものは多くなく、むしろ信義則や当事者の合理的意思解釈などの手法によって約款条項の内容規制を実現するものがあつたとされる。すなわち、「免責約款について、当事者の『合理的意思』や『通常的意思』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、当事者の衡量を考慮した『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」、と¹³²。ここで注目し値するのは、こうした判例の抑制的態度の背後には「契約自由の呪縛」があつたという指摘があることである¹³³。こうした文脈も踏まえると、序章で見た三菱樹脂事件判決もいまだ実質的契約自由を支持するか否かは開かれているとみるべきである。以上のように、日本においても契約自由の憲法保障が個人の自己決定と読み替えられることがあるが、それを憲法上どのように保障するかはいまだ明らかではない。そうだとすれば、日本においてはまず実質的契約自由を導入することができるかどうかを議論する必要があつた¹³⁴。本稿の課題に

対しては、実質的契約自由は保障されうるが、いまだ議論の余地が残されているという結論が導かれる。それゆえに、今後は契約自由の憲法保障を論じるにあたってこうした実質的契約自由理解が議論されなければならない。

次に、BVerfGは実質的契約自由を基本法の客観的基本決定として妥当させているが、日本法において裁判所はどのように考えるべきか。日本法においてこのことを考えるのに参考に値するのは、日本においても価値原理規定としての憲法13条が私人間にも「妥当」と考える見解である¹³⁵。それによれば、個人の尊厳は私的自治を要請する。上記のとおり三菱樹脂事件は、憲法22条等にもとづく契約自由と、憲法19条の思想・良心の自由が衡量されたと理解するべきではない。むしろ、私人間では憲法13条にもとづいて私的自治が原則として妥当しており、しかもそれを修正する立法が存在しない以上、個人の尊厳からみてそれを上回るだけの例外的事情、すなわち社会的許容限度を超えた侵害が認められるかどうか、が三菱樹脂事件判決の判断枠組みであった。しかし、本稿の結論を踏まえるのであれば次のように考えることができるのではない。すなわち、BVerfGが示した契約自由の理解が憲法上妥当するとすれば、過度に契約自由の形式的視点を強調することは私的自治をそもそも誤解していることとなる。仮に憲法第3章の人権規定が統治機構の権限配分をも規定しているという側面が認められるのであれば¹³⁶、国家権力、とりわけ裁判所はこうした誤解を是正しなければならない。例えば裁判において契約自由に関する誤解が生じているのであれば、裁判所は実質的契約自由にかなった解釈を行わなければならない。本稿においてとりわけ重要なのは、この点である。最高裁判所の判例は、本稿でいうところの形式的契約自由理解に縛られているのが現状である。こうした状況を打破することができるのは、実質的契約自由もまた憲法上保障されていることを前提とすることであろう。BVerfGは、過度に形式的契約自由を強調したBGH判例を実質的契約自由理解によって転換させたの

である。日本とドイツの判例の大きな違いは、こうした転換が行われていたかどうかであったといえる。裁判所は、原則としては形式的契約自由を尊重する必要があるが、これを過度に強調することなく実質的契約自由もまた実現するよう事案の解決を図らなければならないのである。具体的には、司法による一般条項の憲法適合的解釈が要請される¹³⁷。その際には、連帯保証決定の内容規制義務の要件が参考に値する。すなわち、a) 構造的な契約不均衡という類型可能な状況と、b) 契約当事者に対して過剰な負担を課す効果が存在する場合には、問題となる契約——あるいは約款——の内容規制をしなければならないということである。さらに立法状況が実質的契約自由にかなっていないのであれば、裁判所は違憲審査という規範統制を行わなければならない。

第2節 残された課題

本稿において、BVerfGが契約自由について「法的な内容形成 (Ausgestaltung) を必要と」するとした点、および同裁判所が必ずしも基本権保護義務論を支持しているわけではなく、Lüth判決から続く基本法の客観的基本決定に関する判例にしたがっていた点を明らかにした。言い換えれば、契約自由の内容形成的性質に配慮しながら慎重に判断を下したのである。こうした判例はドグマティックからみれば十分に整理されていないという評価がなされている。ドイツ憲法学においてはこうした判例を受けて新たな基本権論を再構成しようとする試みがある¹³⁸。それが基本権の内容形成論である。契約自由の憲法保障を研究するにあたってはこうした理論の検討が今後の課題となる。

¹ 参照、美濃部達吉『憲法撮要〔第4版〕』（有斐閣、1926年）181頁以下、同『逐条憲法精義』（有斐閣、1927年）325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。

³ 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』（岩波

書店、2015年）111頁以下。

⁴ 芦部・前掲注3）112頁。なお、三菱樹脂事件判決を論じるなかで、「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」と述べる（参照、同『憲法学I——憲法総論』（有斐閣、1992年）310頁注（9））。

⁵ 民集27巻11号1544-45頁。

⁶ 樋口陽一「個人の尊厳と社会的権力」同ほか『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。

⁷ 参照、憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法〔増補版〕』（信山社、2014年）23頁〔宍戸常寿〕。

⁸ 参照、君塚正臣「私人間における権利の保障」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）67頁。西村裕一「社会的権力への懐疑」木村草太・同『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）180頁以下も参照。

⁹ 参照、小山剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会、1998年）212頁以下。そのほか、同『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）148頁以下も参照。なお、日本民法学においても国家の基本権保護義務論と契約自由とを結びつけようとする試みは存在する。代表的なものとして、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）9頁以下を参照。最高裁判所判例では契約自由が広く妥当し公序良俗違反の判断が認められにくくなり、下級審裁判例では必ずしも契約自由が広く妥当するのではなく憲法上の自由などによって制限されるようになったという認識のもとで、これをどのように受け止めるかという課題に取り組む。そのなかで契約自由について次のように述べる。すなわち、契約自由の出発点は「自分のことは自分で決める」ことにあり、契約自由と

は「自分の生活空間を主体的に形成する自由」である。それゆえに、契約自由の根拠は私法を越えて憲法に求められる、と。かかる見解によれば、その根拠は憲法13条である。もっとも、契約自由は端的に保障されるわけではなく、契約制度が必要である。この点で、契約自由は契約制度を用いる自由として位置づけられる。こうした契約自由は消極的側面、すなわち契約するかどうかを決める自由だけではなく、積極的側面、すなわち相手方に対して契約の実現を強制する権利を認めるということも必要となる。そうでなければ、消極的側面も空転することになるからである。契約自由は以上の意味で憲法上保障されるというのである。こうした議論を支えるのは、第三者による侵害から個人の基本権を保護するために国家が積極的な措置をとらなければならないという義務を認める理論（国家の基本権保護義務論）であった。そのうえで公序良俗論においてはこうした理論によって両者の自由を衡量したうえで判断が下されなければならないとされる。

¹⁰ 小山・前掲注9）『基本権保護の法理』318頁。

¹¹ 小山・前掲注9）『基本権保護の法理』320頁。

¹² 戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざま——私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻6号（1996年）129頁。

¹³ 戸波・前掲注12）「国の基本権保護義務と自己決定のはざま」129-130頁。

¹⁴ 参照、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）37頁。

¹⁵ Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für Civilistische Praxis 184 (1984), S. 225ff.; ders., Grundrechte und Privatrecht, 1999, S.37ff.

¹⁶ Vgl. *Konrad Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 37. この点についてさらに、Vgl. *Matthias Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, Juristenzeitung 2009, S. 389f.

- ¹⁷ Vgl. *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2000, S.326ff.
- ¹⁸ BVerfGE 89, 214.
- ¹⁹ 参照、山田晟ほか編『ドイツ法講義』（青林書院新社、1974年）54頁以下。
- ²⁰ Vgl. *Beate Grün*, *Die Generalklauseln als Schutzzinstrumente des Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen*, *Wertpapier mitteilungen* 1994, S. 722.
- ²¹ *Ruffert*, a.a.O. Fn. 17), S.333.
- ²² *Ruffert*, a.a.O. Fn. 17), S.333.
- ²³ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. Fn. 17), S. 333f.
- ²⁴ 基本権の内容形成論について、小山・前掲注9)『基本権の内容形成』、篠原永明「立法者による基本権の保護の対象の決定（一）（二）」自治研究91巻3号（2015年）108頁、4号104頁。
- ²⁵ BVerfG 89, 212. 同決定を整理するにあたって以下のものを参照した。*Grün*, a.a.O. Fn.20), 719ff.; *Josef Drexler*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 266ff.; *Wolfgang Hergenröder*, *Vertragsimparität und richterliche Inhaltskontrolle*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994, S.486f, S.487ff.; *Herwert Wiedemann*, *Anmerkung*, *JZ* 1994, S.411ff.; *Ulrich Preis/Christian Rolfs*, *Gestörte Vertragsparität und richterliche Inhaltskontrolle*, *Der Betrieb* 1994, S.261ff. 邦語文献として、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開——現代ドイツ私的自治論の諸相・第一」大阪市立大学法学雑誌41巻4号（1995年）677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25巻（2007年）13頁以下、小山・前掲注9)『基本権保護の法理』275頁以下、國分典子「民事裁判所による保証契約の内容規制と基本法規定の私人間効力——連帯保証決定——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツ最新憲法判例』（信山社、1999年）306頁以下も参照。

- ²⁶ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205f.; 42, 143, 148.
- ²⁷ Vgl. BVerfGE 18, 85, 93; 42, 143, 149.
- ²⁸ Vgl. BVerfGE 7, 274, 328; 72, 155, 170.
- ²⁹ 小山・前掲注9)『基本権保護の法理』289頁。
- ³⁰ 小山・前掲注9)『基本権保護の法理』295頁。
- ³¹ 小貫・前掲注25) 15頁。このほか、同決定が「多かれ少なかれ予想される『交渉不均衡』全てに対して国家介入が要請されるのではないことの論拠として『法的安定性』の理念が」連帯保証決定において「明示的に挙げられていること」（同15頁）、そして「現行私法は形式的対等性を骨格とするものではあれ、『実質的』要素で補完されてこそ基本権の要求を満たす」（同16頁）とすることを挙げている。
- ³² 児玉・前掲注25) 238-239頁以下。
- ³³ 原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性（一）——ドイツ良俗則の最近の展開——」法学論叢147巻1号（2000年）40頁。
- ³⁴ 参照、斎藤由起「近親者保障の実質的機能と保証人の保護（二）——ドイツ法の分析を中心に——」北大法学論集55巻2号（2004年）658頁。
- ³⁵ Vgl. *Preis/Rolfs*, a.a.O. Fn. 25), S. 262.
- ³⁶ Vgl. *Drexler*, a.a.O. Fn. 25), S. 272.
- ³⁷ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 722.
- ³⁸ 第2章の分析は、以下の文献を参考にした。Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S.714ff.; *Hergenröder*, a.a.O. Fn. 25), S.486f.; *Drexler*, a.a.O. Fn. 25), S.264ff. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 677頁以下、佐藤啓子「近親者のための保証契約と良俗性——特に親子関係のあり方をめぐって——」東京商船大学研究報告（人文科学）48号（1998年）62頁以下、原田・前掲注32) 28頁以下、斎藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護（一）——ドイツ法の分析を中心に——」北大法学論集55巻1号（2004年）130頁以下も参照。
- ³⁹ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 713.
- ⁴⁰ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), 713ff.
- ⁴¹ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 718f.
- ⁴² BGHZ 106, 269. 「兄弟事件」については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 714f.; *Drexler*, a.a.O. Fn. 25),

S. 264.; *Hergenröder*, a.a.O. Fn. 25), S. 486f. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 677頁以下、佐藤・前掲注38) 63頁以下、原田・前掲注33) 27頁以下、斎藤・前掲注38) 130頁以下も参照。

⁴³ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 714.

⁴⁴ 以上の記述は、*Drexler*, a.a.O. Fn. 25), S. 264f.による。

⁴⁵ *Heinrich Honsell*, Anmerkung, JZ 1989, 495.

⁴⁶ BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1989, 1605. 「娘事件」については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 715f. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 222頁以下も参照。

⁴⁷ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 715f.

⁴⁸ 以上の記述は、*Grün*, a.a.O. Fn. 20), S.715f.による。

⁴⁹ BGH, NJW 1991, 923. 「ギリシア女性事件」については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 716. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 224頁以下、原田・前掲注33) 35頁、佐藤・前掲注38) 65頁以下も参照。

⁵⁰ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 716.

⁵¹ BVerfGE 81, 242.

⁵² BGH WM 1990, 59.

⁵³ 以上の記述は、*Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 716f.による。

⁵⁴ BGH NJW 1991, 2015. 「大学生事件」については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 716f. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 227頁以下、原田・前掲注33) 37頁、斎藤・前掲注38) 131頁も参照。

⁵⁵ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 716.

⁵⁶ BGHZ 107, 92.

⁵⁷ *Johannes Köndgen*, Anmerkung, NJW 1991, S. 2018.

⁵⁸ BGH NJW 1992, 896. 「薬剤師助手事件」については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 717. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 228頁以下、原田・前掲注33) 37頁、斎藤・前掲注38) 132頁以下も参照。

⁵⁹ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 717.

⁶⁰ OLG Stuttgart WM 1991, 1255.

⁶¹ BGHZ 120, 272. 「屋根職人妻事件」については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 717f. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 689頁以下、原田・前

掲注33) 36頁、佐藤・前掲注38) 66頁以下、斎藤・前掲注37) 133頁も参照。

⁶² Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), 717f.

⁶³ 以上の記述は、*Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 718f.による。

⁶⁴ 以上の記述は、*Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 718f.による。

⁶⁵ Vgl. *Rolf Knütel*, Befreite Ehefrauen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenpraxis 1991, 493.

⁶⁶ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 272.; *Drexler*, a.a.O. Fn. 25), S. 266ff.

⁶⁷ Vgl. *Drexler*, a.a.O. Fn. 25), S. 272.

⁶⁸ BGH, NJW 1994, 1341. 「娘事件」再審については、Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 723f.; *Hergenröder*, a.a.O. Fn. 25), S. 489f. 邦語文献として、児玉・前掲注25) 242頁以下、佐藤・前掲注38) 74頁以下、原田・前掲注33) 42頁以下、斎藤・前掲注38) 62頁以下も参照。

⁶⁹ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 723f.

⁷⁰ Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 723f.

⁷¹ 参照、児玉・前掲注25) 243頁。同論文は、こうした基準をさらに具体的に検討する。本稿は、契約の内容規制要件の到達点について検討することを目的としない。それゆえにここでは上記の指摘にとどめる。

⁷² Vgl. *Grün*, a.a.O. Fn. 20), S. 722. のちの判例の展開については、児玉・前掲注25) 233頁以下、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性（二・完）——ドイツ良俗則の最近の展開——」法学論叢148巻1号（2000年）85頁以下、同「極端に巨額な保証債務の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開・その二（一）（二・完）」法学論叢148号2号（2000年）18頁、149巻5号（2001年）46頁、佐藤・前掲注38)74頁以下、同「妻の保証意思と周辺事情：近親者のための保証契約と良俗性その2」東京商船大学研究報告（人文科学）49号（1998年）71頁、斎藤・前掲注38) 658頁以下、同「近親者保証の実質的機能と保証人の保護——ドイツ法の分析を中心に——（三・完）」北大法学論集55巻3号（2004年）1121頁以下を参照。

⁷³ BVerfGE 7, 198.

⁷⁴ Vgl. *Ruffert*, a.a.O. Fn. 17), S.146ff. und 334.

- ⁷⁵ BVerfG 81, 242. Vgl. *Wiedemann*, Anmerkung, JZ 1990, S.695ff.; *Christian Hillgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), S.69ff. 邦語文献として、小山・前掲注9)『基本権保護の法理』212頁以下、小貫・前掲注24)9頁以下、押久保倫夫「職業の自由と私法関係——代理商決定——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツ最新憲法判例』(信山社、1999年)242頁以下も参照。
- ⁷⁶ Vgl. *Wiedemann*, aa.O. Fn. 75), S. 695f.
- ⁷⁷ Vgl. *Wiedemann*, aa.O. Fn. 75), S. 695f.
- ⁷⁸ Vgl. BAG AP Nr. 5 und 6 zu § 75HGB.
- ⁷⁹ BVerfGE 7, 198, 205f.
- ⁸⁰ Vgl. *Hillgruber*, aa.O. Fn. 75), S.81ff.
- ⁸¹ BVerfGE 103, 89. Vgl. *Christopher Luhn*, Privatautonomie und Inhaltskontrolle von Eheverträgen, 2008, S.101ff.; *Barbara Dauer-Lieb*, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, AcP 210 (2001), S.301f.; *Anne Röthel*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen, NJW 2001, S.1334f.; *Dieter Schwab*, Anmerkung, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, S.349. 邦語文献として、小山・前掲注9)『基本権の内容形成』160頁以下、三宅利昌「離婚給付をめぐる契約の自由とその制限について——ドイツにおける夫婦財産契約をめぐる契約内容の規制の判断基準を中心として——」創価法学36巻1号(2005年)54頁以下、松久和彦「ドイツにおける夫婦財産契約の自由とその制限」立命館法学320号(2008年)989頁以下、古野豊秋「夫婦財産契約における契約の自由とその限界——扶養請求権放棄契約事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツ憲法判例III』(信山社、2008年)237頁以下も参照。
- ⁸² Vgl. *Luhn*, aa.O. Fn. 81), S. 105ff.
- ⁸³ BVerfGE 7, 198, 205f.
- ⁸⁴ Vgl. BVerfGE 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 88, 203.
- ⁸⁵ BVerfGE 81, 242, 254.
- ⁸⁶ BVerfGE 89, 214, 232.
- ⁸⁷ Vgl. BVerfGE 80, 81, 92.

- ⁸⁸ Vgl. BVerfGE 31, 58, 69.
- ⁸⁹ Vgl. BVerfGE 37, 217, 249ff.
- ⁹⁰ Vgl. BVerfGE 89, 214, 234.
- ⁹¹ Vgl. BVerfGE 88, 203, 296f.
- ⁹² Vgl. BVerfGE 24, 119, 143f.
- ⁹³ 参照、小山・前掲注9)『基本権の内容形成』160頁以下。
- ⁹⁴ *Matthias Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2003, S. 182-183.
- ⁹⁵ Vgl. *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S.149ff.
- ⁹⁶ BVerfGE 81, 242, 256.
- ⁹⁷ BVerfGE 89, 214, 232.
- ⁹⁸ *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 150.
- ⁹⁹ *Thomas Dieterich*, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, S. 130.
- ¹⁰⁰ BVerfGE 7, 198, 205. これについて、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005年)200頁以下を参照。
- ¹⁰¹ BVerfGE 89, 214, 231.
- ¹⁰² BVerfGE 89, 214, 231.
- ¹⁰³ BVerfGE 89, 214, 231.
- ¹⁰⁴ Vgl. *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 337f.
- ¹⁰⁵ Vgl. *Gunnar Folke/Cristian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S.19.
- ¹⁰⁶ Vgl. *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 337f.
- ¹⁰⁷ *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 337.
- ¹⁰⁸ Vgl. *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 337.
- ¹⁰⁹ Vgl. *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 337. 私見によれば、夫婦財産契約決定が保護義務判例を引用していた説明として、母や子の具体的な利益の問題も考慮するにあたって保護義務を問題とする必要があったというのが考えられる。夫婦財産契約決定の位置づけについては今後の課題とする。
- ¹¹⁰ Vgl. *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 338.
- ¹¹¹ Vgl. *Drexler*, aa.O. Fn. 25), S. 270ff.; *Ruffert*, aa.O. Fn. 17), S. 342ff.; *Folke/Bumke*, aa.O. Fn. 105), S.22ff.; *Georg Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit

und Fachgerichtsbarkeit, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 61 (2002). S.119ff. 邦語文献として、宍戸・前掲注100) 199頁以下、林知更「論拠としての『近代』」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。

¹¹² BVerfGE 89, 214, 232.

¹¹³ BVerfGE 89, 214, 232.

¹¹⁴ BVerfGE 89, 214, 229.

¹¹⁵ BVerfGE 89, 214, 229f.

¹¹⁶ Vgl. Ruffert, a.a.O. Fn. 17), S. 346.

¹¹⁷ BVerfGE 89, 214, 234.

¹¹⁸ BVerfGE 89, 214, 234.

¹¹⁹ Vgl. Drexler, a.a.O. Fn. 25), S. 272-273.

¹²⁰ Vgl. Drexler, a.a.O. Fn. 25), S. 271ff.

¹²¹ BVerfGE 89, 214, 229f.

¹²² BVerfGE 89, 214, 230.

¹²³ BVerfGE 89, 214, 231.

¹²⁴ Vgl. Drexler, a.a.O. Fn. 25), S.272-273.

¹²⁵ BVerfGE 89, 214, 234.

¹²⁶ BVerfGE 89, 214, 234.

¹²⁷ Vgl. Drexler, a.a.O. Fn. 25), S. 272-273.

¹²⁸ BVerfGE 89, 214, 234.

¹²⁹ 鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」法曹時報67巻7号(2015年)1809頁。これについては、原島重義『市民法の理論』(創文社、2011年)563頁以下、山本豊「付随的契約条件における自律と正義(1)(2)」法学44巻3号(1980年)380頁以下、4号506頁以下、河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988年)393頁以下も参照。

¹³⁰ 原島・前掲注129)701頁。

¹³¹ 原島・前掲注129)702頁。そのほか実質的契約自由について言及するものとして、大村須賀男「契約自由の原則の再構成について(一)～(四)——秩序的市場経済理念の上に立って——」民商法雑誌88巻2号(1983年)158頁、同3号299頁、同4号1頁、同5号26頁なども参照

¹³² 鹿野・前掲注129)1820頁。ここでは、大判昭和10年12月2日(全集2輯24号1268頁、最判昭和

62年2月20日民集41巻1号159頁、最判平成5年3月30日民集47巻4号3262頁、最判平成15年2月28日民集209号143頁が挙げられている。

¹³³ 鹿野・前掲注129)1830頁。

¹³⁴ もちろん、こうした見地はその他の領域においてすでに蓄積がある。例えば、医療における患者の自己決定などが挙げられよう。参照、山崎友也「現代における『自己決定権』の存在意義」公法研究78号(2016年)107頁以下。彼が「自己決定」の「環境」という問題を「自己決定」の本質的な構成要素として位置づけていることは注目に値する。その素材として、エホバの証人輸血拒否事件判決(最三小判平成12年2月29日民集54巻2号582頁)も参照。

¹³⁵ 参照、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)38頁以下。

¹³⁶ 石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性——主観憲法と客観憲法の間——」西原博史『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007年)10頁以下。もっとも、「消極的権限規範」にすぎない点が指摘されていることは注意しなければならない。

¹³⁷ 重要なものとして、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、同「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)131頁を参照。なお、私人間効力論の文脈ですでにこのような解釈論を示していた点で注目すべきは、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008年)である。

¹³⁸ Vgl. Martin Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 131ff.; Cornils, a.a.O. Fn. 94), S. 165ff.; Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 57ff.

(おおくし りんいち 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了)