



HOKKAIDO UNIVERSITY

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〔論文内容及び審査の要旨〕
Author(s)	大串, 倫一
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第14323号
Issue Date	2021-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/81616
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Type	doctoral thesis
File Information	Ohkushi_Rinichi_abstract.pdf, 論文内容の要旨



学 位 論 文 題 名

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

学 位 論 文 内 容 の 要 旨

本論文は、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、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に加えて、生命の保護や生存の保障という視点が必要であるという視点から検討することを課題とする。

契約自由の憲法保障に関する議論では、憲法上いかに契約自由を保障すべきかという問題に加えて、私人間効力論との関連のなかで、契約自由の制限をいかに正当化するかという問題が議論されてきた。そのなかで、国家の基本権保護義務論は、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に対して、これまで議論されてきた私法を基本とする方向性に対して、自己決定の保護（憲法 13 条）という視点から契約自由の制限を正当化すべきだとする方向性を提示する。ここで注目すべきは、民法学において自己決定の前提・基盤の保障に加えて、生存権（憲法 25 条）による保障が主張されている点である。その背景には、約款に関する最高裁判例が、約款の内容規制には抑制的であるとされ、その原因が「契約自由の呪縛」にあると評価されているという状況があった。そのため、こうした「契約自由の呪縛」から解放するために、契約自由の制限をめぐる憲法原理を探究する必要があることを確認した。ただし、国家の基本権保護義務論を社会権へ応用することが、否定されてきた点には注意が必要である。ここで指摘されるべきは、かかる理論の母国であるドイツの判例・学説において、とく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社会国家原理による影響が示唆されているという点である。以上から、本論文では、ドイツにおける判例・学説において国家の基本権保護義務論と社会国家原理の関係がどのように理解されているのかという視点から、契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障、とりわけ契約自由の制限の憲法原理および根拠について検討することを示した。

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が確認される。そこでは、初期においては、たしかに契約自

由の制限を検討するにあたって、民法学者 *Claus-Wilhelm Canaris* を筆頭に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。これに対して、国法学者 *Josef Isensee* による法律行為領域においてはその性質上国家の基本権保護義務論は導入すべきではないという批判がなされた。こうした批判は、のちの学説によって基本的に肯定的に受け止められた。とりわけ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、国家の基本権保護義務論にのみ依拠すべきではなく、社会国家原理による修正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明らかになる。また、契約自由の法的性質として、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がなされている点も注意が必要である。

第 2 章では、上記の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制定後における契約自由論と基本権の第三者効論における契約自由論が検討される。第 1 節では、ボン基本法制定後における契約自由の議論状況を確認する。契約自由の根拠条文をめぐって、議論の初期においては基本法 2 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、その具体的な内容が検討されるようになると、契約自由の制限の必要から、保障範囲を限定しようとしたり、社会国家原理にもとづく調整の必要性が説かれるようになった。第 2 節では、基本権の第三者効論における契約自由論を確認する。国家の基本権保護義務論は基本権の第三者効論の再構成だと位置づけられるほどに両者は密接な関係にあるところ、共通項のひとつである基本権の客観的側面に社会国家原理を含めようとする傾向が基本権の第三者効論にすでに存在したという点は注目されるべきである。以上のように、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（BVerfG）の判例を素材に検討を行う。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連する判例、とくに労働法領域における契約自由に関連する判例の傾向が確認される。そこでは、いずれも代理商決定・連帯保証決定を参照指示し、保護義務に言及する判例であるが、一方では、保護義務に依拠しているとされる BVerfG 判例を参照指示する判例と、代理商決定・連帯保証決定のように、Lüth 判決のみを参照指示する判例という 2 つの流れがある。前者において、生命の保護、たとえば労働環境における身体的な危険からの保護が問題とされ、後者においては、労働者の職場の存続保護が問題とされ、とりわけ後者では、社会国家原理との関連づけが確認された。このことから、BVerfG 判例は、保護義務の内容を越える保障内容が問題となる場合には、保護義務判例ではなく、Lüth 判決のみを参照指示していたということが明らかになった。

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に対する憲法保障について判断を下した婚姻契約決定の判断が出発点とされる。同決定は、基本法 2 条 1 項と関連する基本法 6 条 4 項と 6 条 2 項にもとづく保護義務を問題としていた。この点、同決定が、第一に、第二次堕胎判

決など保護義務を明示した判例を引用した点、第二に、連帯保証決定とは異なり社会国家原理を標榜する基本法 20 条 1 項などを参照指示していない点から、婚姻契約決定は、国家の基本権保護義務論に依拠したものだとして解釈されていた。しかし、基本法 6 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明らかになる。これを踏まえて婚姻契約決定をみると、同決定の判断は、たしかに基本法 6 条 2 条に関する判断は国家の基本権保護義務論に依拠しているが、基本法 6 条 4 項に関する判断においては、社会国家原理に影響を受けており、さらに同決定の異議申立人である母親の経済的生存の危機を考慮に入れているという解釈が可能となることが明らかになった。

終章では、以上を踏まえたうえで、契約において生命の保護が問題となる場合には、わが国でも議論されてきた従来の国家の基本権保護義務論に依拠することができるが、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保護義務を社会国家原理によって修正する必要性があることを明らかにした（憲法 13 条と 25 条の組み合わせ）。また、わが国における国家の基本権保護義務論の実定憲法上の基礎づけが困難であることから、その代替案として主張されている、基本権を価値として捉え、そこから国家権力が「指針と刺激」を受け取るという議論を前提に、憲法志向解釈を行うべきだとする見解を検討した。そこで、個人の尊厳に加えて、生存権の客観法（社会国家原理）も妥当させることで、契約対等の侵害に対する契約自由を憲法上保障する方途を探った。