



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（１）：ドイツ憲法学の議論を手がかりとして
Author(s)	大串, 倫一
Citation	北大法学論集, 74(3), 85-114
Issue Date	2023-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/90671
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_3_03_0hkushi.pdf



契約自由をめぐる憲法原理・ 理論に関する一考察（１）

—— ドイツ憲法学の議論を手がかりとして ——

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

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

（以上、本号）

第１章 ボン基本法制定後の契約自由論の展開

第２章 契約自由の憲法保障とドイツ基本権論

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４章 BVerfG 判例における母性保護と国家の基本権保護義務論

終章 日本法における契約自由論の展開へ

序章

第１節 問題の所在

第１款 問題状況

契約自由の原則とは、一方で、「国家による制約を受けることなく、

自由に契約をすることができるという」「消極面」（それは、「①契約するかしないか（締結の自由）、②誰と契約するか（相手方選択の自由）、③どのような内容の契約をするか（内容決定の自由）、④どのような仕方ですか（方式の自由）」の4つに分類される）、他方で、「国は当事者の契約内容をできるだけその通りに、裁判所を通じて実現する」という「積極面」を有するものである¹。

この原則は、従来、私法学において、その基本原則として探究されてきたといえる。それは、私法学者・五十嵐清が、1960年の時点で、憲法上の契約自由の問題は、「わが国ではほとんど論ぜられて」おらず、「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」と評価しているとおりである²。

そもそも、契約自由の原則は、「一方で、近代の自由主義政治思想、個人主義哲学によって裏付けられ、他方で、経済活動を市場に委ねることによって経済の発展が確保される（『見えざる手』が働く）という経済理論と合致して、近代資本主義経済を支えるもの」であり、「法的人格の自由平等、所有権の絶対、過失責任の原則とともに、近代市民法の基本原則の一つと称されるに至った」ものである³。中田裕康によれば、この「原則」には、諸々の「内在する問題」が存在するものの、「なお、一般に、これは『原則』として広く認められている」とされる⁴。それは、「意思自治の原則」や「私的自治の原則」といった、より根本的な原則と結びつくことによる。一方で、「意思自治の原則」とは、「人はなぜみずからした契約に拘束されるのかという、契約の拘束力の根拠づけに関する原則であり、その人の意思を根拠として答えるものである」⁵。それは、私法の根本にかかわる問題であり、これまで私法学においてさまざまな

¹ 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2001年）423頁。

² 五十嵐清『比較民法学の諸問題』（一粒社、1996年）56頁。

³ 中田・前掲注1）『継続的取引の研究』423頁。なお、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）259頁以下、同『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）11頁以下も参照。

⁴ 中田・前掲注1）『継続的取引の研究』424頁以下。

⁵ 参照、中田・前掲注1）『継続的取引の研究』425頁。

議論が展開されてきたところである⁶。

他方で、「私的自治の原則」は、契約自由の原則等などの「上位概念」として位置づけられ、契約自由の原則は、その「主要な一部」とされる。また、私的自治の原則は、「より哲学的なもので、人がその意思によって法関係をみずから形成するという、人間の自己決定の一部として理解」され、契約自由の原則は、「個人の意思の尊重・自己決定権という、より普遍的な理念と結びつく」とされる。こうした結びつきにより、「契約自由の原則を否定することは、人間の本質的自由という根源的な価値を否定することにな」りうることが示唆される⁷。

とりわけ、後者の「私的自治の原則」との関係で、民法学において注目すべき展開が示されている論点が、約款論、および契約の内容規制論である。以下にみるとおり、民法学は、これまで約款論および契約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。裁判実務が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という実情から、学説において民法の枠組みを超えて憲法をも視野に入れた議論が有力になされている点は、注目に値する。そこで、以下では、民法学の議論において、約款、ひいては契約の内容規制の議論において、憲法論がいかに用いられているかについて確認する。

1) 約款規制に関する民法学の議論状況

わが国の約款論⁸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

⁶ 「意思自治の原則」について、星野英一『民法論集 6 卷』（有斐閣、1986年）219頁以下、同『民法論集 7 卷』（有斐閣、1989年）117頁以下を参照。なお、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995年）も参照。

⁷ 参照、中田・前掲注1）『継続的取引の研究』425頁以下。

⁸ 約款論および約款規制に関する民法学の展開について、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。

款の拘束力に焦点にあてた「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⁹。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のの、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挙げられている¹⁰。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¹¹。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¹²。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¹³。

⁹ 参照、山下・前掲注8）「普通取引約款をめぐる論争」217頁以下。

¹⁰ 参照、山下・前掲注8）「普通取引約款をめぐる論争」219頁以下、大澤・前掲注8）「不当条項規制の構造と展開」138頁以下。

¹¹ 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。

¹² 参照、河上・前掲注11）『約款規制の法理』431頁以下。

¹³ 河上・前掲注11）『約款規制の法理』435頁。

その際に、「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が注目に値する¹⁴。

また、山本豊¹⁵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」¹⁶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……かぎりで、これを斟酌していけば足りるのではないかとされる¹⁷。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、それを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（豊）の見解の特徴である¹⁸。

さらに、原島重義¹⁹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

¹⁴ 河上・前掲注11)『約款規制の法理』435頁。参照、大澤・前掲注8)『不当条項規制の構造と展開』93頁。

¹⁵ 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。山本（豊）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。

¹⁶ 山本（豊）・前掲注15)『不当条項規制と自己責任・契約正義』1頁。

¹⁷ 山本（豊）・前掲注15)『不当条項規制と自己責任・契約正義』75頁。

¹⁸ 参照、大澤・前掲注8)『不当条項規制の構造と展開』95頁。

¹⁹ 参照、原島重義『市民法の理論』（創文社、2011年）658頁以下。

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)²⁰。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²¹。

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、アプローチの違いはあれど、その根拠として、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²²。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、それが上記のような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を広げると、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²³。

しかしながら、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、

²⁰ 原島・前掲注19)『市民法の理論』701頁。

²¹ 原島・前掲注19)『市民法の理論』702頁。

²² 参照、山下・前掲注8)「普通取引約款をめぐる論争」222頁以下。

²³ 参照、山下・前掲注8)「普通取引約款をめぐる論争」223頁。

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²⁴。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」²⁵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、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²⁶。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²⁷。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、上記のような指摘を踏まえると、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、上記のような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、「契約自由の概念による呪縛」(鹿野)の存在が指摘されていた。あるいは、以前の学説がそうであったように、契約自由の原則から裁判所による契約への介入は控えられるべきであるという「暗黙の前提」(山下)がなおも最高裁には存在しているのではないか。そういった「呪縛」や「暗黙の前提」からの解放のために、これまで民法学は、さまざまな努力を行っ

²⁴ 参照、鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」法曹時報67巻7号(2015年)17頁以下。

²⁵ 鹿野・前掲注24)「民法改正と約款規制」20頁。

²⁶ 参照、鹿野・前掲注24)「民法改正と約款規制」27頁。

²⁷ 鹿野・前掲注24)「民法改正と約款規制」30頁。

てきたのである。そのなかで、注目すべきは、以下にみるように、それまでの民法学が手がかりとしてきた自己決定の基盤・前提の喪失を、憲法と関連づけて議論する傾向がみられる点である。

2) 民法学における憲法論の参照

たとえば、山本敬三²⁸は、国家の基本権保護義務論を用いながら、より直截に、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²⁹。

山本（敬）は、こうした契約自由の理解をもとに、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・保護することができるかを、国

²⁸ 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）。山本（敬）の見解について、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。

²⁹ 山本（敬）・前掲28）『公序良俗論の再構成』36頁。

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・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³⁰。ここで注目すべきは、山本（敬）自身が認めるように、公序良俗規定を、契約自由の制限・保護を行う手段として位置づけている点である³¹。

また、視野を広げると、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。たとえば、吉田克己³²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略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「関係形成的な自己決定権」などに分類する³³。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³⁴。

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が指摘される。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」

³⁰ 参照、山本（敬）・前掲注28）『公序良俗論の再構成』36頁以下、193頁以下。

³¹ 参照、山本（敬）・前掲注28）『公序良俗論の再構成』232頁以下。

³² 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。

³³ 吉田・前掲注32）『現代市民社会と民法学』259頁以下。

³⁴ 吉田・前掲32）『現代市民社会と民法学』97頁以下、148頁以下。

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いってもよい」、「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」とされている³⁵。

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・ディ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」があるとする。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³⁶。

以上のように、民法学においては、約款または契約の内容規制を正当化するための手がかりとして、自己決定の基盤・前提の喪失に目が向けられているところ、その保障根拠にあたって、一方で、山本（敬）のように、憲法13条を手がかりとする見解が、他方で、吉田や潮見のように、社会権や生存権も挙げる見解が主張されている。そこでは、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ために、憲法の条項、あるいは原理が用いられているのである。

こうして、民法学では、契約自由の制限を正当化する手がかりとして、憲法を用いるという試みが有力に説かれている。換言すれば、契約自由の「呪縛」から解放されるためには、憲法の議論を用いる必要性が意識

³⁵ 吉田・前掲注32)『現代社会と民法学』261-262頁。

³⁶ 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）119-120頁。

されてきたのであり、その意味で、民法学から憲法学に対して問いかけがなされたといえよう。そうした民法学の議論状況がある一方で、それでは、憲法学は、契約自由というものについてどのような議論を行ってきたのであろうか。

3) 契約自由に関する憲法学の議論状況

五十嵐清によれば、憲法学において、契約自由は、「わが国ではほとんど論ぜられて」おらず、「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」³⁷とされていたことはすでに述べたとおりである。とはいえ、以下にみるように、それ以降の憲法学において、契約自由は、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。さらに、最近では、たとえば、基本権の内容形成論から、契約自由が議論されるなど、多面的に検討されるようになってきている。以下では、契約自由に関する憲法学の議論状況について概観する。

(1) 契約自由の保障条文

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ようにみえる³⁸。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」³⁹と評価されている

³⁷ 五十嵐・前掲注2)『比較民法学の諸問題』56頁。

³⁸ ちなみに、大日本帝国憲法下においても、契約自由に関する明文の規定はなかったものの、一般的自由権を論じるにあたって契約自由が列挙されていた点是指摘されるべきであろう（参照、美濃部達吉『憲法撮要〔第4版〕』（有斐閣、1926年）181頁以下等）。

³⁹ 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。

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載ることとなる。この点、私人間効力論におけるリーディングケースとされる三菱樹脂事件判決は、いわゆる間接適用説⁴⁰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。

「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」⁴¹。

⁴⁰ 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）66頁以下。これに対して、無効力説に依拠していると解している、興味深い見解として、高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない——人権の第三者効論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号（2003年）137頁以下、同「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）148頁以下、同「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報84巻5号（2012年）86頁以下、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〔第2版〕』（有斐閣、2019年）65頁以下などが挙げられる。この点につき、君塚正臣「三菱樹脂事件——復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法——憲法の過去から未来へ』（有斐閣、2019年）79頁以下も参照。なお、私人間効力論の議論状況は、棟居快行による問題提起（棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）1頁以下）以降、「百家争鳴の様相」（君塚・同上）を呈しており、「収束点は見通せていない」（川岸令和「私法関係と基本的人権——三菱樹脂事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2019年）と評価されているように、この点に関する研究は枚挙に暇がないが、そうした議論状況に一定の見通しを与えるものとして、齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社、2022年）85頁以下が挙げられる。

⁴¹ 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

この点、同判決は、樋口陽一によれば、「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権の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)と評価されている⁴²。これを踏まえると、最高裁は、最終的に学生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、判例においても、憲法22条、29条によって契約の自由が保障されると解されていたということができよう。

以上のように、契約自由は、憲法上保障されることが前提とされており、そのうえで、学説・判例において、憲法22条や29条によって保障されることが認められていたということができる⁴³。しかし、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った。私人間効力論の焦点は、契約自由と、それに対する自由の調整をいかに適切に行わせるべきかという点にあったといえる。もっとも、私人間効力論、とりわけ通説とされる間接適用説は、必ずしもこうした問題に対して有効な解

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))。

⁴² 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]。

⁴³ 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。

決策を提供できたわけではなかったのである⁴⁴。

こうした契約自由の議論状況に変化がみられたのは、1990年代に、憲法学において自己決定権が議論され、またドイツで唱えられていた国家の基本権保護義務論が紹介されるようになってからのことである。これにより、一方で、契約自由が憲法13条⁴⁵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⁴⁶。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。

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、経済的自由を保障する憲法22条や29条に加えて、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

⁴⁴ 参照、君塚・前掲注40）「私人間における権利の保障」大石真ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）66頁以下。

⁴⁵ 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。

⁴⁶ 戸波・前掲注45）「幸福追求権の構造」16頁以下。

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⁴⁷⁾。

また、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⁴⁸⁾。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ことの効果、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⁴⁹⁾。同判決の判断自体にも議論の余地があるが、最高裁判例にお

⁴⁷⁾ 棟居快行『憲法学の可能性』(信山社、2012年)363頁。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))。

⁴⁸⁾ 最大判平成29年12月6日民集71巻10号1833頁以下。

⁴⁹⁾ 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

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によって契約自由が侵害される可能性を示唆されていることを確認することができよう⁵⁰。

（２）国家の基本権保護義務論の登場

また、国家の基本権保護義務論によって、上記の私人間効力論、とくに間接効力説の再構成が行われた。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⁵¹。保護義務論の特徴は、「問題を私人の自由の統制で

～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に着目して論じるものとして、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。

⁵⁰ こうした締結強制の問題は、さらにドイツ法を手がかりとして、平等原則との関係についても議論されている。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、関連するものとして、高橋正明『平等原則解釈論の再構成と展開——社会構造的差別の是正に向けて』（法律文化社、2023年）1頁以下、とりわけ69頁以下も参照。

⁵¹ 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。

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事」にあった⁵²。国家の基本権保護義務論は、このようにして、私人間効力論を再構成したが、それと同時に、以下にみるとおり、契約自由の新たな問題領域を切り開いていたのであった。

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⁵³を例に挙げ、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⁵⁴。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」⁵⁵と判示していたと整理される。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」とも述べている⁵⁶。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ている点では、すでにみた戸波の議論と共通するが、小山の議論においては、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

⁵² 松本・前掲注51)「基本権の私人間効力」56頁、66頁、67頁。

⁵³ BVerfGE 89, 214.

⁵⁴ 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」ドイツ憲法判例研究会編『講座憲法の規範力 憲法の規範力と市民法』(信山社、2020年)67頁以下も参照。

⁵⁵ 小山・前掲注54)『基本権保護の法理』295頁。

⁵⁶ 小山・前掲注54)『基本権保護の法理』296頁。

事者の契約自由の侵害に対する保護が問題となっており、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、一方当事者による侵害に対して、他方当事者の契約自由をいかに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。

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の問題が提示されたのである。

（３）多様な展開

その後、さらに契約自由の議論は、多様な展開を見せるようになっていく。たとえば、石川健治は、「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」としたうえで、以下のように、契約自由の問題を整理している⁵⁷。

すなわち、石川は、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——これは上記のなかで小山が例として挙げていた、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た連帯保

⁵⁷ 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。
なお、同「営業の自由」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）148頁以下も参照。

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、さきほど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〉を恢復する方途であり、それはすでに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。このようにして、契約自由の問題が、2つの方向から整理されている点は注目に値しよう⁵⁸。

そして、2010年以降になると、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のに対して、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るようになっていく。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している点が指摘されるべきであろう⁵⁹。

⁵⁸ 石川・前掲注57)「契約の自由」147頁。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（同上）。また、石川による契約自由の理解について、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巻12号（2009年）4頁以下、とりわけ12頁以下も参照。さらに、その後において言及があるものとして、民法学者・大村敦志との議論も含めて、林知更ほか「座談会 憲法学と『社会』」論究ジュリスト38号（2022年）4頁以下、とりわけ8頁以下を参照。

⁵⁹ 参照、篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021年）96頁以下（初出、

それによれば、ドイツの議論を参考にすると、まず前提として、「基本権の内容形成が問題となる類型」は、３つに分けられるとされる。すなわち、①「規範による構成」、②「規範による輪郭付与」、そして③「規範による具体化」である。この点、契約自由は、「その保護法益が“法秩序の産物”である、いわゆる法によって造形された、あるいは法によって生み出された、基本法上の保障」にかかわる①「規範による構成」の領域に属するとされる⁶⁰。こうした自由は、まず「その概念上、他者に対する拘束力等の法的力の付与が内在しているため、これらの基本権規定においては、『自然的自由』が問題になり得ず、『前国家的で“自然的な”保護の対象が観念できない。そしてこのような法的力の内容や射程の決定に際しては、関連する諸利益の調整を要するので、その内容や射程を憲法上一義的に確定することもできない。それ故、これらの基本権規定においては、法的力の内容や射程を具体的に定める法制度の整備が先ずは求められる。しかし、必要な法制度の整備を立法者のフリーハンド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。従って、ここでは、必要な法制度を整備するという立法者の作為義務を観念し、『介入に対する防御』の場合とは異なる統制が必要となる』⁶¹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」⁶²。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いう拘束のあり方を考えることになる』⁶³とされる。

同「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）。なお、書籍化にあたり、若干の修正が行われているため、必要に応じて初出論文を引用する。

⁶⁰ 参照、篠原・前掲注59)『秩序形成の基本権論』98頁以下。

⁶¹ 篠原・前掲注59)『秩序形成の基本権論』106頁。

⁶² 篠原・前掲注59)「立法者による基本権の保護の対象の決定（２）」115頁。

⁶³ 篠原・前掲注59)「立法者による基本権の保護の対象の決定（２）」111頁。

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上げていく必要がある」と、「その類型化が今後の課題」⁶⁴とされる。

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、これまで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」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⁶⁵と評価されているが、篠原が展開するような基本権の内容形成論が、国家の基本権保護義務論をはじめとする従来の議論と接合可能かについては注意が必要である⁶⁶。

⁶⁴ 篠原・前掲注59)「立法者による基本権の保護の対象の決定(2)」115頁。

⁶⁵ 参照、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。

⁶⁶ なお、篠原は、日本国憲法下において、国家の基本権保護義務論を導入できるかを検討している(参照、篠原・前掲注59)『秩序形成の基本権論』127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』ないし秩序形成の指導原理として位置づけ、『立法・行政・裁判は、そこから指針と推進力を受け取る』という議論を組み立てることは可能であろう」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、自由の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一つの論拠となろう」とする(同上154-155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、憲法上の自由を解釈指針として機能させ、その趣旨に親和的に個別法律を解釈するという解釈手法が、先ずは検討されるべきであろう」とする(同上156頁)。以上の主張を踏まえると、篠原自身は、基本権の内容形成論を出発点とし、国

第２款 本稿の問題意識

これまで概観してきたように、民法学においては⁶⁷、自己決定の基盤の保障の必要性が説かれていた。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た。そこでは、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いた。しかし、最高裁判例は約款の内容規制に消極的であり、その背後には、契約自由の「呪縛」（鹿野）があるとされていた。それは、すなわち約款、ひいては契約の内容規制とは、契約自由への介入なのであるから、その正当化が必要であるということである。民法学は、これまで手がかりとしてきた自己決定の確保という議論に、憲法の議論や条項をも用いることで、そうした「呪縛」からの解放を試みていたのではなかろうか。

こうした民法学の議論状況に対して、憲法学は、どのように考えてきたのか。問題は、約款・契約の内容規制は、契約自由への介入となるどころ、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・理論はいかなるものかが問われるべきであろう。

これに対して、すでに確認したとおり、自己決定の基盤・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た⁶⁸。すなわち、国家の基本権保護義務論とは、「自己決定

家の基本権保護義務論には依拠しない構成を模索しているといえよう。それゆえに、従来の議論との接合可能性について、検討する必要があると考えられる。

⁶⁷ このほか、労働法学においても自己決定の保障の必要性が説かれている点は注目に値しよう。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）。また、経済法学の観点から、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頁以下も参照。

⁶⁸ この点につき、松本・前掲注51）「基本権の私人間効力」57頁も参照。

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」ものであった⁶⁹。この点、民法学をはじめとして、自己決定そのものの保障に加えて、自己決定の基盤・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成功した点で、国家の基本権保護義務論は支持されたのである。

1) 国家の基本権保護義務論と生存権

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・生存権も問題とされていたという点である⁷⁰。この点、国家の基本権保護義務論に与する小山剛は、石川健治が指摘するように⁷¹、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⁷²に対して否定的な評価を示す⁷³。それによれば、「国家による

⁶⁹ 小山・前掲注54)『基本権保護の法理』296頁。

⁷⁰ なお、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についても同様のことがいえよう。

⁷¹ 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。

⁷² 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。

⁷³ 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

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⁷⁴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。

2) 国家の基本権保護義務論と社会国家原理の緊張関係

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、問題となった契約の対等性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⁷⁵という社会国家原理から導き出していたのである⁷⁶。この点、小山は、こうした契約自由の憲法保障の問題についても、一方当事者に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⁷⁷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

について、小山・前掲注54)『基本権保護の法理』133頁以下も参照。

⁷⁴ 小山・前掲注73)「国家の基本権保護義務」247頁。

⁷⁵ 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發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)。

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

⁷⁷ BVerfGE 103, 89.

示していた点を挙げている⁷⁸。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⁷⁹。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、GG 2 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⁸⁰は軽視できないと思われる。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といえるかについ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、契約の対等性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だけでは十分ではない可能性が生じてくるのであって、上記の代理商決定・連帯保証決定が参照指示している社会国家原理にも注意が向け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、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護という視点に加えて、社会国家原理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。そうだとすると、そうした社会国家原理と緊張関係にある国家の基本権保護義務論は、修正を余儀なくされるのであろうか。

⁷⁸ 参照、小山・前掲注65)『基本権の内容形成』160頁以下。

⁷⁹ 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。

⁸⁰ BVerfGE 81, 242, 254; 89, 214, 232.

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による「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いかに正当化するか、換言すれば、契約自由の制限を正当化する憲法原理・理論はいかなるものか、それが本稿の問いである。

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、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という問題について、国家の基本権保護義務論を視野に入れつつも、その母国であるドイツ憲法学における議論を手がかりとしながら、検討を行っていく。これにより、契約自由の制限を正当化する憲法原理・理論とはいかなるものかを明らかにする。

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、五十嵐清が述べるとおり、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⁸¹、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⁸²や基本権の内容形成論⁸³を議論するにあたって、その適用例のひと

⁸¹ 五十嵐・前掲注２）『比較民法学の諸問題』55頁以下。

⁸² 参照、小山・前掲注54）『基本権保護の法理』212頁以下、275頁以下、山本（敬）・前掲注28）『公序良俗論の再構成』36頁以下。

⁸³ 参照、小山・前掲注65）『基本権の内容形成』148頁以下、篠原・前掲注59）『秩序形成の基本権論』96頁以下。

つとして挙げられてきたにすぎない。わが国の憲法学において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⁸⁴。そのため、契約自由の議論を踏まえた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把握するために、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ドイツ憲法判例、たとえば代理商決定・連帯保証決定・婚姻契約決定は、上記の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殊性から、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の対等性が侵害された場合の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、すでに確認してきたとおり、民法学などで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、契約自由から考察を行うことで、上記の民法学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のようなドイツ憲法判例を、契約自由の視点から再検討を行うことによって、わが国における基本権論にも新たな視点を与えることも期待できよう。なぜならば、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の対等性が侵害された場合の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

⁸⁴ 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巻1＝2号（2007年）1頁以下。

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からである。

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、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のではないかという視角のもとで、ドイツにおける契約自由に関する憲法学説・判例を検討することとする。

第2款 本稿の構成

本稿において、まず第1章では、ドイツでの契約自由の議論の出発点を確認するために、ボン基本法施行後における契約自由の議論状況を検討する。ボン基本法制定後では、はじめは、ボン基本法が、ワイマール憲法とは異なり、契約自由の明文の規定を有していないことから、そもそもボン基本法下においても、契約自由が憲法上保障されているのかが議論され、その後、それが承認されたとして、いかなる根拠によって保障されるべきかに議論の焦点が移っていった。そこで注目すべきは、契約自由の根拠条文をめぐるのは日本と同様に議論の初期においてはGG 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も説かれていたという点である。こうした点は、次の第2章で確認する国家の基本権保護義務論と社会国家原理との緊張関係をめぐる議論へつながっていくことになる。

次に、第2章では、その後の議論であるドイツ基本権論、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、契約の対等性が侵害された場合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。すなわち、この問題に対しては、ドイツ私法学者・Claus-Wilhelm Canarisによって、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が、それに対するドイツ国法学者・Josef Isenseeの批判から、とりわけ契約の対等性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のみならず、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明

らかになるからである。以上のように、とりわけ第1章と第2章では、とくに契約自由に関するドイツ憲法学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⁸⁵。たしかに、同論文の問題関心が、上記の判例が国家の基本権保護義務論に依拠しているわけではないことを示そうとしたという限りにおいて、同論文と本論文との問題関心は共通する。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、前稿とは異なるものである。

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以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⁸⁶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⁸⁷が存在しており、BVerfG 判例において、実は、事案に応じて、国家の基本権保護義務論を使い分けしている可能性があるからである。この点を踏まえて、連帯保証決定をはじめとする BVerfG 判例について再検討を行う。

次に、第4章においては、連帯保証決定に続いて契約の対等性が侵害された事例について判断を下した婚姻契約決定⁸⁸を中心に検討する。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⁸⁹を引用した点、第二に、保護義務が「GG 6 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

⁸⁵ 大串・前掲注79)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」33頁以下。

⁸⁶ BVerfGE 85, 191; 89, 276.

⁸⁷ BVerfGE 97, 169.

⁸⁸ BVerfGE 103, 89.

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

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⁹⁰。しかし、婚姻契約決定が参照指示する GG 6 条 4 項の学説や判例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、GG 6 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、わが国での議論について検討を行い、わが国で展開されるべき契約自由の憲法保障について考察を行うこととする。

[付記]

筆者は、2021年3月25日に北海道大学より博士（法学）の学位を授与された。本稿は、この博士論文に加筆、修正を加えたものである。

⁹⁰ 参照、小山・前掲注65)『基本権の内容形成』160頁以下。