HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（２）：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, 75(3-4), 261-285
Issue Date	2024-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93698
Type	departmental bulletin paper
File Information	07_Ohkushi_lawreview_75_3-4.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（2）

――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　（以上、74巻3号）
第1章　ボン基本法制定後の契約自由論の展開
　第1節　基本法制定後の契約自由論
　　第1款　契約自由の憲法保障の有無に関する議論
　　第2款　憲法上の契約自由の保障根拠をめぐる議論
　第2節　基本権の第三者効力論と契約自由論
　　第1款　直接的第三者効力論における契約自由
　　第2款　間接的第三者効力論における契約自由
　第3節　小括　（以上、本号）
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

第1章　ボン基本法制定後の契約自由論の展開

第1章では、基本法の制定後の契約自由に関する学説を概観する。これにより、本稿の主たる検討対象となる国家の基本権保護義務論が登場し、その後に展開されるに至った契約自由の基本権論、その出発点となる議論状況を確認する。ここで注目すべき点として、一方で、契約自由

の基本権論のなかでも議論の対象となっていた契約自由の特徴のひとつである法秩序への依存性がこの時点ですでに指摘されていたこと、また、契約自由と、国家の基本権保護義務論と緊張関係があるとされる社会国家原理とが関連づけて議論されていたことが挙げられる。

第１節　基本法制定後の契約自由論

基本法制定後の契約自由論は、ワイマール憲法との差異をどのように理解するかが焦点となっていた。すなわち、ワイマール憲法下では、契約自由には、明文の規定があり（ワイマール憲法152条）[1]、それを通じて、学説上は、契約自由は所有権・相続権・婚姻制度・家族制度とならんで、制度保障のひとつとして議論されていた[2]。これに対して、基本法制定後は、明文の規定がなかった。そのため、初期においては、そもそも契約自由が基本法において保障されているかが議論された。そこでは、契約自由はあくまで単純法（einfaches Recht）の問題にすぎないとする見解と、契約自由は、基本法（以下、「GG」という）14条、９条、６条にかかわらない限りで、GG２条１項[3]によって保障されるとする見解とで対

[1] ワイマール憲法152条１項「経済取引においては、法律の定める基準に従って契約の自由が妥当する」。同２項「高利は、禁止されている。善良な風俗に反する法律行為は無効である」（参照、高田敏ほか編訳『ドイツ憲法集〔第８版〕』（信山社、2020年）145頁）。

[2] Vgl. *Gustav Böhmer*, Erbrecht, in: Hans Carl Nipperdey (Hg.), Die Grundrechte, Band III, 1930, S. 253 ff. S. auch *Ute Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 224 ff.

ワイマール憲法下における契約自由の制度的保障論について、山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義――制度的保障論を手がかりとして」ジュリスト1244号（2003年）138頁以下を参照。契約自由の憲法保障を議論するにあたって、制度的保障の問題をはじめとするワイマール憲法下の議論は、たしかに重要であるが、本稿の問題意識を超える内容をも含んでいるため、今後の課題とし、本稿では必要な範囲で言及するにとどめる。

[3] GG２条１項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」。同６条１項「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」。同９条１項「す

立していた[4]。

第１款　契約自由の憲法保障の有無に関する議論

１）*Hans Huber* による契約自由の法秩序依存性の指摘

前者の見解を主張した論者は、公法学者・*Hans Huber*[5]である。*Huber* は、契約自由における立法府の内容形成と基本権による立法府に対する拘束力を調和させることが難しいと考えていたと理解されている[6]。それによれば、「契約自由の原則によって、私的合意に法的拘束力を持たせるという人間の能力が承認される」にすぎないのであって[7]、「契約自由が個別の基本権ごとにそれぞれ異なるということは耐え難い」と評価される[8]。そもそも「契約自由は、法秩序におうじて保障されるものにほかならない」とされる[9]。「契約自由の範囲をはじめに定めるという任務は

べてのドイツ人は、社団（Verein）及び団体（Gesellschaft）を結成する権利を有する」。同14条１項「所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める」（高田ほか編訳・前掲注１）『ドイツ憲法集』213頁以下）。

[4] 基本法制定後の議論状況について、vgl. auch *Wolfram Höfling,* Vertragsfreiheit, 1991, S. 4 f.; *Michael Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, S. 299 ff.

[5] Vgl. *Hans Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 1 ff. *Huber* の見解に関する独語文献として、vgl. auch *Bäuerle*, (Anm. 4) , S. 301 f.

[6] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 4), S. 301.

[7] *Huber*, a.a.O. (Anm. 5), S. 11.

[8] *Huber*, a.a.O. (Anm. 5), S 10.

[9] Vgl. *Huber*, a.a.O. (Anm. 5), S. 19. なお、私的自治・契約自由の法秩序依存性は、ドイツ私法学者・*Werner Flume* によっても主張されていたことは周知のとおりである（*Werner Flume*, Rechtgeschäft und Privatautonomie, in: Ernst von Caemmerer/Ernst Friesenhahn/Rischard Lange (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860–1960, Bd. 1, C.F.Müller, 1960, S. 135 f.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin Heidelberg, 1992, S. 1 f.)。

民法に属するのであって、基本法ではない」。それが「民法に内在する使命だからである」、と[10]。

また、民法の強行法は契約自由に限界を定めるところ、それはいくつもの秩序保護目的に仕えうるとされる。さらに、「契約自由の侵害は、あらかじめ原則として……契約自由の輪郭を定めていることを前提とする。契約自由が考慮されるところで私法によって契約自由の範囲が定められても、契約自由が侵害されるということにはならない」[11]。このように、契約自由は、自由権と異なる点が多いことから、人格の自由な発展を求める権利を酷使してはならないとされる[12]。

以上から、私法秩序は、契約自由の憲法保障からは、私法の内容に対する具体的な帰結を読み取ることはできないとされ[13]、「契約自由は、法制度でも制度体でもなく、抽象概念、すなわち最も一般的な原則なのである」とされる[14]。それゆえに、憲法は、立法者が契約自由の名に値する規律を行うと信頼していなければならないと結論づけられる[15]。

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

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

これに対して、後者の見解を私法学者・*Franz Laufke*が主張した[16]。

---

[10] *Huber*, a.a.O.（Anm. 5）, S. 20.

[11] *Huber*, a.a.O.（Anm. 5）, S. 20.

[12] Vgl. *Huber*, a.a.O.（Anm. 5）, S. 21.

[13] Vgl. *Huber*, a.a.O.（Anm. 5）, S. 30.

[14] *Huber*, a.a.O.（Anm. 5）, S. 31.

[15] Vgl. *Huber*, a.a.O.（Anm. 5）, S. 31.

[16] Vgl. *Franz Laufke*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band 1, S. 145 ff. *Laufke* の見解に関する独語文

*Laufke*によれば、契約自由は基本法上保障されると理解すべきだとされる。*Laufke*は、GG２条１項が、各人が非経済的・経済的領域で自らの能力を発展させるために自ら行動し思考する権利を有することを規定していることを確認する[17]。そのうえで、*Laufke*は、契約自由は、こうしたGG２条１項によって保障されるべきであると主張する。それによれば、「自由に形成された契約は、個人の意思を貫徹する法的手段、自らの世界を自らの表象によって自己形成する、すなわち人格の発展に必要とされる環境を自己創設するという手段である」。また、「契約は、欲求を満たし、自己の能力と才能を活用するための法的手段、すなわち自らの世界の財を獲得し、それを自ら統治し、生前から死後までに処分するための手段である」。こうした「契約がなければ、……法技術的意味における人（Person）――権利義務の担い手――は存在しない」のであって、GG２条１項の意味における「人格（Persönlichkeit）は、個人が自

献として、vgl. *Bäuelre*, a.a.O.（Anm. 4), S. 303 f.; *Höfling*, a.a.O.（Anm. 4), S. 10, 18f . 邦語文献として、石外克喜「フランツ・ラウフケ『契約自由と独逸連邦共和国憲法』」経済理論（和歌山大学）58号（1960年）99頁以下、五十嵐清『比較民法学の諸問題』（一粒社、1996年）59頁以下、64頁も参照。

[17] Vgl. *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16), S. 160 f. なお、GG２条１項が保障する人格の自由な発展の権利のうち、とりわけ一般的行為自由に関する邦語文献として、田口精一「ボン基本法における人格の自由な発展の権利について」法学研究36巻11号（1963年）１頁以下、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」法学50巻７号（1987年）1203頁以下、阿部照哉「個人の尊厳と幸福追求権」法務省人権擁護局内人権実務研究会編『人権保障の生成と展開――世界人権宣言40周年記念論文集』（民事法情報センター、1990年）157頁以下、根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在――最近のドイツ連邦憲法裁判所判例から」時岡弘先生古稀記念論文集刊行会編『人権と憲法裁判――時岡弘先生古稀記念』（成文堂、1992年）75頁以下、戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一ほか編『現代立憲主義の展開（上）――芦部信喜先生古稀祝賀』（有斐閣、1993年）327頁以下、小山剛「一般的効自由説をめぐる諸問題」比較憲法学会編『法と正義』（政光プリプラン、1993年）673頁以下、工藤達朗「幸福追求権の保護領域」法学新報103巻２・３号（1997年）191頁以下、丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程――一般的行為自由の保障とその外縁」阪大法学48巻６号（1999年）163頁以下を参照。

らの意思で締結し、自らの意思にもとづいて形成する契約がなければ存在しない」とされる[18]。したがって、契約自由は、GG２条１項によって保障される。

しかし、*Laufke*によれば、こうしたGG２条１項による契約自由の保障に限定が必要であるとされる。*Laufke*は、GG２条１項以下の基本権規定はGG２条１項の特別法にあたるために、「個別の領域において契約自由の原則が導き出される限りで、契約自由の効力をめぐる問いに対する答えは、GG２条１項ではなく、個別の基本権規定から読み取られるべきである」とされる[19]。

たとえば、財産処分行為においては、財産権を保障するGG14条が用いられるべきであるとされる。また、文言や保障の態様に応じて、契約自由の保障が、会社にかかわる場合にはGG９条、相続法という制度にかかわる場合にGG14条１項、婚姻制度や家族制度にかかわる場合にはGG６条１項によって保障される[20]。さらに、労働法の領域においては、GG12条１項から労働契約における締結の自由や相手方選択の自由を読み取ることが可能であるから、GG２条１項は適用されないとされる[21]。

以上から、*Laufke*によれば、契約自由は、GG14条、９条、６条などの個別の自由権の内容にかかわらないかぎりで、GG２条１項によって保障されるという形で、整理されることになる[22]。こうした*Laufke*の見解は、判例にも受容され、通説的地位を得ているとされる[23]。

---

[18] *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 162.

[19] *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 162.

[20] Vgl. *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 162 f.

[21] Vgl. *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 163.

[22] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O.（Anm. 4）, S. 303.

[23] この点、五十嵐・前掲注16)『比較民法学の諸問題』64頁も、後述する*Nippedey*と*Laufke*の見解を紹介したうえで、「これらの見解は、多くの私法学者の支持をえたほか、連邦裁判所およびニッパ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っている」と評価する。そのほか、戸波・前掲注17)「自己決定権の意義と射程」333頁以下、石塚壮太郎「人格の自由な発展の権利」鈴木秀美ほか編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）64頁以下も参照。

さらに進んで、*Laufke*は、以上のGG２条１項による契約自由の憲法保障を次のように語る。すなわち、GG２条１項は、客観法として立法府に制限を定め、契約自由を侵害する法律に対しては原則として効力を認めない。また、同規定は、「契約締結および契約形成の自由に対する公権、および絶対的効力を有する私法（ein absolut wirkendes Privatrecht）を生じさせる」、と[24]。後者は、*Laufke*が*Nipperdey*とならんで「基本権に私法的効力を認めようとする学説」に数えられるように[25]、基本権の第三者効力論における直接的効力を意味する。こうした視点から、*Laufke*は、憲法上保障された契約自由の制限の可能性についても議論する。ただし、契約自由の制約可能性をめぐる議論はそれ以外にもなされており多岐にわたるが[26]、本稿では基本権規定による契約自

[24] Vgl. *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 163. なお、“Privatrecht”の訳出について、石外・前掲注16）「フランツ・ラウフケ『契約自由と独逸連邦共和国憲法』」108頁も、五十嵐・前掲注16）『比較民法学の諸問題』64頁も、「私権」と訳しているが、そこでは私権にとどまらない客観法も含まれると考えられるため、本稿では「私法」と訳すこととする。

[25] 参照、五十嵐・前掲注16）『比較民法学の諸問題』63頁以下。

[26] *Laufke* は、本論で述べた基本権規定に加えて、以下の３点の規定からも契約自由の制限の可能性を認める。それによれば、契約自由を制限する手がかりになる規定は、第一に「人間の尊厳は不可侵である」と定めるGG１条であり、「内容や目的によって人間の尊厳に対して自分自身または他者の攻撃を可能とし準備することに仕える契約」などは、「契約自由の枠内から外される」ことになる（*Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 167 f.）。第二に、GG１条２項は、人権の不可侵を定めるところ、たしかに契約による自己拘束は基本法の諸々の規定から認められているが、契約による自己拘束が「自由権の内容を奪うことで事実上自由権の放棄に匹敵する」場合には、契約自由の限界を越えるとされる（*Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 168 f.）。第三に、「憲法的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて」というGG２条１項の留保を指示する文言が挙げられる。一方で、前者の「憲法的秩序」のなかには、*Laufke* によれば、双務契約は両当事者を拘束するといった民法の諸原理が含まれるとされ、それが契約自由の制限として機能するとされる（Vgl. *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 16 f.）。他方で、後者の「道徳律」は、BGB138条、826条および不正競争防止法１条における良俗に通じるとされ、それは「内容としてBGB138条を越えることはないが、憲法的序列を享受する制限を定める」とされる（*Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 179）。

由の制限の議論にのみ焦点を当てる。

*Laufke*によれば、第一に、「契約自由の制限を導く規定は、GG３条である」。GG３条の名宛人が国家であることから、「個人または団体が立法府の諸機能を担っている場合には、GG３条から契約自由の制限」が導かれるべきだとされる。それは、たとえば労働協約や約款の場合に問題となる。すなわち、「労働協約および約款において独占的地位の濫用によって締結された契約における恣意的な別異取扱いは許されない、とりわけGG３条２項および３項において示された諸事情を基礎とした別異取扱いは許されないということ」である[27]。この点、*Laufke*においてもそれをただちに私人間に妥当させることは困難ではあるが、「GG３条を、解釈のために、とりわけ充填の必要のある概念を適用する際に用いることは排除されない」とされ、「GG３条２項および３項は、客観的理由がまったく見出されえない場合に別異取扱いを排除する」ところ、「その場合にはBGB138条または826条を適用する諸前提が存在することが多い」というかたちで契約自由の制限が見出されている[28]。

第二に、注目すべきは*Laufke*が上記基本権規定に加えて、社会国家原理（GG20条１項など[29]）からも契約自由の制限を導き出そうとしている点である。まず、*Laufke*は、社会国家原理が学説から正当な意義が認められることが少ないことを指摘する一方で、基本法において明文化されている点に着目し、「社会国家においてすべての法およびすべての国家活動は……社会的弱者に対する生存配慮（Daseinsfürsorge）に向けられるべきである」ことを確認する。それには、自由権の実質化に加えて、「強者による侵害――強者そのものではなく、社会的集団に属するがゆえに強者である――からの弱者――弱者そのものではなく、社会的集団

---

[27] *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 181 f.

[28] *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 183 f. *Laufke* は、GG３条のほか、GG５条から新聞の締結強制を導いたり、GG12条から競業避止の禁止を導いたりする（Vgl. *Laufke*, a.a.O.（Anm. 16）, S. 184）。

[29] GG20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、高田ほか編訳・前掲注１）『ドイツ憲法集』223頁、226頁以下）。

に属しているがゆえに弱者である――の保護も含まれる」とされる。それは、たしかに社会的強者の自由を制限するものであるが、同時に限定的である弱者の権利との調整であるとされる[30]。また、社会国家原理は、社会政策的法律の制定または廃止に関する「立法裁量行使の解釈準則および指針」であり、それには契約自由への介入が含まれる。その意味で、賃金支払いに関する労働法の諸規定、銀行寄託法、または保険契約法、運送法・エネルギー供給法などには契約自由の制限を見出すことができるとされる[31]。さらに、*Laufke*によれば、「内容や目的に応じて、そして社会的集団間の権力傾斜を濫用することで、社会集団の構成員の一方に対して他方の構成員または社会的集団が重大な侵害を行うことを目的とする契約上の取決めは、契約自由の範囲外にある」。具体例としては、「消費者から搾取することを目的とした製造者間の協定、特定の労働者を役務契約から排除しようとする事業者間の取決め、飢餓賃金、圧迫的労働条件またはとりわけ不利な労働関係の終了を予定する取決め、および顧客に対して一方的に権力関係を濫用し、法秩序によって承認された利益を考慮することなく負担を課す供給条件」が挙げられる[32]。*Laufke*によれば、社会国家原理から契約自由の制限を見出すことができるとされる[33]。

*Laufke*は、契約自由の基本法による保障が認められるべきだとの主張に加えて、基本権規定から契約自由の制限を見出すことができることを主張した。そこで注目すべきは、社会国家原理による契約自由の制限可

---

[30] *Laufke*, a.a.O. (Anm. 16), S. 184 f.

[31] *Laufke*, a.a.O. (Anm. 16), S. 185 f.

[32] *Laufke*, a.a.O. (Anm. 16), S. 186.

[33] *Laufke* は、さらに法治国原理からも契約自由の制限を認めることができると評価する。*Laufke* によれば、法治国原理は、「形式的観点において、法的安定性や法的明確性」などを要求し、「実質的観点においては、正義に必要とされるものにかなう……法秩序を要求する」。それは、「その他の憲法原理に解釈原理として仕える」。契約自由も、他の自由権と同様に法治国家原理の範囲においてのみ認められる。それゆえに、「内容または目的によって……法的不安定または不明確をもたらす法律行為は、契約自由の限界を越え、無効と解釈される」(*Laufke*, a.a.O. (Anm. 16), S. 186 f.)

能性がすでに指摘されていた点である。たしかに、*Laufke*の見解において「多くの問題が、簡単に取り扱われ、又他の問題はその課題が暗示されているに過ぎない」とされるように[34]、少なくとも社会国家原理に関する議論は、あくまで現状を確認し、それを正当化することに焦点が置かれている。また、基本権に私法的効力を認めようとする*Laufke*の議論の特殊性から、後者の主張自体はのちの学説において直接言及されることは少ない。しかし、契約自由の制限が憲法上の要請であり、そのひとつに社会国家原理が含まれるという*Laufke*の問題意識それ自体は、のちの学説においても、部分的に共有されている。その意味で、注目すべき主張といえよう。

以上のように、基本法制定後の議論では、そもそも契約自由が基本法上保障されているかという点に焦点が当てられ、それをめぐって対立する見解が主張されていた。結論としては、契約自由が基本法上保障されていることは認められたといってよいであろう。*Laufke*が主張する、個別の条文がある場合にはそれを優先させ、存在しない場合にはGG２条１項を用いるという見解は、のちの学説においても受容され、基本とされている[35]。

また、上記の議論のうち、*Laufke*によって、契約自由の制限の必要性が意識されていた点、とりわけ社会国家原理による契約自由の制限可能性が議論されていた点は注目に値しよう。事実、こうした契約自由の憲法保障をめぐる議論は、約款をめぐる問題、ひいては契約自由の機能不全の問題が台頭するにつれて、その保障範囲の問題や何らかの調整が必要である問題として、修正されるにいたっている。

第２款　憲法上の契約自由の保障根拠をめぐる議論

以上のように、基本法制定後において、そもそも契約自由が基本法上保障されているかが議論されていたところ、保障されるべきだという見

[34] 石外・前掲注16)「フランツ・ラウフケ『契約自由と独逸連邦共和国憲法』」118頁。

[35] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O., (Anm. 4), S. 303 f.

解が基本となっていた。その後の議論は、契約自由が基本法上保障されていることを前提として、どのように契約自由を憲法上保障すべきかが議論されるようになった。その背景には、約款をはじめとする契約自由の機能不全という問題意識があるという点に注意が必要である。

その後の学説においては、契約自由ではなく自己決定の基本権保護にまで限定すべきだとする見解や、契約法の実質化は社会国家原理（GG20条１項など）の要請であるとする見解などが展開される。

１）*Falk Roscher* による契約自由から自己決定への視点転換

この点、前者の見解に与したのは、*Falk Roscher*である。*Roscher*は、普通取引約款（allgemeine Geschäftsbedingungen・AGB、以下、「AGB」という）を用いて締結される契約を例に、契約自由の基本権保障を説明しようとした[36]。

そこでは、「GG２条１項に保障された自己決定の原理は、契約自由の重要な保障根拠」であることが確認される。*Roscher*は、「契約関係においてAGBを利用することで、それに服する契約当事者側の契約自由は、AGB作成者と比べると実現されない（または契約自由が一般に排除される）」ということを問題視する[37]。そこで、*Roscher*は、契約自由が制限されるかは当事者の権力関係によって規定されるがゆえに、GG２条１項の保護範囲は、当事者の経済関係を考慮して確定されるべきであると主張する[38]。それによれば、契約自由において、経済秩序・社会秩序における自由の事実的諸前提を確定することが重要である。とはいえ、契約における利益対立は、自己決定を貫徹するという目的において法によってはじめから合理的解決に委ねられているとされる[39]。

*Roscher*によれば、問われるべきは、当事者の一方がAGBを用いて一方的に契約内容を形成するような場合に、「私法秩序によってそのよう

---

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

[37] *Roscher*, a.a.O.（Anm. 36）, S. 38.

[38] Vgl. *Roscher*, a.a.O.（Anm. 36）, S. 38.

[39] Vgl. *Roscher*, a.a.O.（Anm. 36）, S. 40 f.

に広範な経済的発展の自由が保障されることは、立法府の裁量を考慮するにあたって、憲法上正当化されるか」である。その際には、「『第三者効力』、すなわち契約関係に契約当事者の基本権を適用することが問題となるのではなく、私法や人間関係の形成が憲法に拘束される特定の現実領域に対する人間の行為自由の憲法上の具体化が問題となる」べきだとされる[40]。そのため、*Roscher*によれば、個別の基本権に関連しない限りでGG２条１項において契約自由を保障するという見解は、否定されるべきだとされる。契約自由は、法秩序に応じて規定されるにもかかわらず契約自由を基本権だと仮定すると、私法が憲法の内容を定めるということになりかねないからである[41]。

したがって、*Roscher*によれば、GG２条１項が保障する自己決定は、経済領域にかかわらない自己決定にまで限定される。逆に、経済領域における自己決定は、私法において具体化された自己決定として構成されることになる。AGBのように当事者の一方によって一方的に内容が定められるような場合に問題となる経済領域における自己決定の保障ないしは制限は、それゆえに私法・契約法において行われる調整の問題であるとされる[42]。

要するに、*Roscher*の見解の肝は、GG２条１項の保障範囲を限定することにある。契約自由ではなく、限定された自己決定の問題とすることで、AGB使用者が契約自由の名の下に権力を濫用しようとすることを回避しようとするのである[43]。

２）*Michael Kittner* による社会国家原理への視点転換

こうした*Roscher*の見解とならんで、社会的正義を確立するという関心をもって契約法を実質化するという立法者の義務を観念しようとする見解が主張されている。たとえば、*Michael Kittner*は、契約自由はたしかに基本権により保障されるが、契約法の実質化は社会国家原理の要請

---

[40] *Roscher*, a.a.O.（Anm. 36）, S. 45 f.

[41] Vgl. *Roscher*, a.a.O.（Anm. 36）, S. 54.

[42] Vgl. *Roscher*, a.a.O.（Anm. 36）, S. 74 f.

[43] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O.（Anm. 4）, S. 307 f.

であると主張していた[44]。それによれば、私法は対等な当事者を前提とするが、経済的・社会的現実では必ずしもそうではないために、私法は、自己決定の代わりに、弱者よりも強者の決定を促進してきた[45]。それゆえに、「私法制度の再形成（Umformung）は、『公正な』契約形成の目標とともに社会国家原理の目標である……。それは、一部では、現行法の一般条項（BGB138条、242条）、一部では、判例法の法形象（製造物責任）、一部では、編纂された特別法分野（賃借法、割賦販売法、約款法、競争法）にあらわれる」とされる[46]。

こうした見解も、*Roscher*同様、必ずしも対等ではない当事者間の契約において生じうる問題を、社会国家原理による調整を求めることで、回避しようとするものと位置づけることができよう。*Roscher*が、契約自由を、限定された自己決定と理解することで実現しようとしたのとは異なり、*Kittner*は、社会国家条項（GG20条１項）にもとづかせるべきだということを強調することで実現しようとしていたのである[47]。

以上のように、契約自由が基本法上保障されていることが認められた以降の議論においては、現実には契約当事者が対等でない場合に生じてしまう契約自由の機能不全の問題をいかに解決すべきかを模索するなかで、契約自由をどのような原理・根拠によって基礎づけられるべきかという点に焦点が当てられていた。

一方で、*Roscher*は、契約自由の問題を、私法上の自己決定の問題に置き換えて議論を展開する。*Roscher*の見解において注目すべきは、GG２条１項が保障する自己決定の範囲を限定している点である。すなわち、憲法上の自己決定を、経済領域にかかわらない自己決定にまで限定し、経済領域にかかわる自己決定を、私法の調整に委ねることで、契約自由

---

[44] Vgl. *Michael Kittner*, Art. 20 Abs. 1–3 IV, in: Erhard Denninger/Helmut Simon/Ekkehart Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1984, Rn. 87. Vgl. auch *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 4), S. 308.

[45] Vgl. *Kittner*, a.a.O. (Anm. 44), Rn. 87.

[46] *Kittner*, a.a.O. (Anm. 44), Rn. 87.

[47] *Kittner* のほか、社会国家原理に着目する見解について、vgl. *Höfling*, a.a.O. (Anm. 4), S. 29 ff., *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 4), S. 308 ff.

の機能不全の問題を解決しようとするのである。こうした保障は、わが国において、石川健治が再構成していた契約自由をめぐる対立の問題のうち、「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」の方向で、進められた議論のひとつとして整理することができよう[48]。

他方で、*Kittner*は、契約自由が基本法上保障されることを前提としたうえで、社会国家原理によって調整することを求めていた点が特徴である。このように、契約自由の憲法保障にあたって、社会国家原理と関連づけて議論する傾向が基本法制定後の議論においてすでに見出すことができる点は、わが国ではあまり強調されない傾向といえるため、注目に値しよう。

第2節　基本権の第三者効力論と契約自由

次に、わが国でもよく知られている「基本権の第三者効力」を議論するなかで契約自由に対してどのような理解を示していたかという視点で概観する。

国家の基本権保護義務論は、基本権の第三者効力論の「ミッシングリンク」とも評され、その理論の再構成という位置づけが与えられることがある[49]。そのため、同理論の検討は、国家の基本権保護義務論に対する理解を深めようとする見地からは不可避のものといわざるをえない。この点、以下にみるとおり、基本権の第三者効力論における契約自由の

---

[48] 参照、石川健治「契約自由」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）147頁。なお、大串倫一「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」北大法学論集74巻3号（2023年）102頁以下も参照。

[49] Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, Juristische Schulung（JuS）1989, S. 161. また、邦語文献として、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）212頁以下、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）56頁以下も参照。

憲法保障においてもすでに、実は、社会国家原理との結びつきが示唆されている点が注目に値する。

第１款　直接的第三者効力論における契約自由

わが国においても多数の紹介がなされているように、*Hans Carl Nipperdey*の見解は、直接的第三者効力説に分類される[50]。

*Nipperdey*は、周知のとおり、基本権が原則的規範として全法秩序に妥当するという側面も有することを指摘する。すなわち、「多くの基本権規定が――それはとりわけGG２条１項にも妥当する――基本権としての特性とならんで、全法秩序に、それとともに私法にも直接妥当する原則規範を有するということが重要である。こうした広義における『基本権』の『絶対的』効力は、基本権規定からは、客観法規範としてわれ

[50] *Hans Carl Hipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Karl August Bettermann/Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Grunndrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band IV (2. Halbband), 1962, S. 747 ff. *Nipperdey* の見解について、vgl. *Bäuerle*, a.a.O. (Anm. 4), S.315 f. und S. 306 f.

また、邦語文献として、石村善治「H.C. ニッパーダイ『人間の尊厳』」福岡大学法学論叢５巻２号（1960年）147頁以下、芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」公法研究26号（1964年）26頁以下、田口精一「私人相互の関係における人権保障」公法研究26号（1964年）59頁以下、阿部照哉「私人間における基本権の効力」公法研究26号（1964年）67頁以下、稲田陽一「自由権の国民相互間における効力について」公法研究26号（1964年）77頁以下、西谷敏『ドイツ労働法思想史論』（日本評論社、1987年）473頁以下、五十嵐・前掲注16)『比較民法学の諸問題』63頁以下、松原光宏「私人間効力論再考（１）――最近までのドイツ法理論を参考に」法学新報106巻３・４号（2000年）21頁以下、三並敏克『私人間における人権保障の理論』（法律文化社、2005年）63頁以下、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）43頁以下、高橋賢司「ニッパーダイの労働法思想と理論」季刊労働法240号（2013年）174頁以下、舟田正之「経済法序説（４）」立教法学94号（2016年）188頁以下、倉田原志「人間の尊厳と連邦労働裁判所――ドイツ基本法１条１項の単独での適用を中心に――」立命館法学411・412号（2023年）98頁以下等を参照。

われの公共体（Gemeinwesen）における基本権の具体的内容、価値および機能に応じて読み取られるべき追加的な――それゆえに公法上の権利とならんで――法的効果である。それは、法的同輩（Rechtsgenossen）の（純粋に）客観法上の拘束または個人の私権としても効果を有する」、と[51]。

こうした基本権規定の効力の拡張は、*Nipperdey*によれば、「社会的権力……に対する保護の必要性」に加えて、「基本権の意味変化」にもとづくとされ、それは「基本法それ自体の現代憲法の内容変化のあらわれ」であるとされる。そのうえで、「基本法は、……もはや国家組織の基礎であるだけではなく、前文において適切に表現されているように[52]、国家生活に対して、BVerfGが正当にもそれが価値中立的秩序ではなく、客観的価値秩序であるべきだと判示する新しい秩序を与えようとする」ものと理解され、「現代憲法、そして実質的憲法概念の意味変化は、とりわけ基本権カタログの原則規範において示される」とされる[53]。ここ

---

[51] *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 747 f. なお、*Nipperdey* のいう「絶対的効力」について、たとえば三並・前掲注50）『私人間における人権保障の理論』64頁によれば、「ニッパーダイがここで『絶対的効力』なる語を用いて、『第三者効力』なる語を用いていないのは、察するに、公権の意味における基本権の第三者効力でない旨を強調した結果にほかならない。したがって、『公権』の第三者効」でないことさえはっきり指摘しておけば、むしろ紛らわしい用語である『絶対的効力』の代わりに『第三者効力』なる語を用いても別段差し支えなかろう」とされる。

[52]「ドイツ国民は、神と人間とに対する責任を自覚し、その国民及び国家的統一を保全せんとする医師と、合一されたヨーロッパにおける同権を有する一員として世界の平和に奉仕せんとする意思に満たされて、……諸ラントにおいて、過渡期のあいだ国家生活に一つの新しい秩序を与えるために、その憲法制定権力に基づいて、このドイツ連邦共和国基本法を議決した。ドイツ国民は、〔この基本法の制定に〕協力することのできなかった、かのドイツ人たち〔＝東ドイツのドイツ人〕のためにも行動した。全ドイツ国民は、自由な自己決定によってドイツの統一と自由とを完成することを、引き続き要請されている」（高田ほか訳・前掲注１）『ドイツ憲法集』212-213頁注（１））。なお、同前文は、「1990年８月31日調印の『統一条約』第４条により変更され」ている（同上）。

[53] Vgl. *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 747 f.

で、基本権が原則規範として妥当するということは、権利としてではないことはもちろん、のちに概観する*Dürig*が論じるような、私法の一般条項を通じた間接的効力とも異なるとされている点は注意が必要である[54]。

*Nipperdey*は、こうした直接的第三者効力説に依拠しつつ、契約自由について以下のような理解を示している。まず、*Nipperdey*によれば、「それなしには市場経済が観念できない契約自由は、……一般的行為自由のあらわれとしてGG２条１項から生じる」とされ、「原則として締結の自由ならびに解消の自由および当事者による内容形成の自由をともなう契約は、経済生活の形態の多様性における自由な財の売上や需要の充足のための法的手段である」とされ、契約自由は、さらに「価格の自由」も含むとされる[55]。

また、こうした契約自由は、実質的な意味において解釈されるべきであるとされる[56]。契約自由において、「個人と社会的権力との関係が問題となるところでは」、原則規範は私法関係にも妥当するとされ、「こうした関連において、社会国家原理もその原則的意義を展開する」とされる。また、社会的権力との関係の場合と同様に「一方の私人が他方の私人に対して経済的またはその他の権力的地位を備えている場合」にも、私人間の法関係に対して基本権が適用される。*Nipperdey*によれば、「ここに存するのは、とくに債務を引き受ける際の意思決定の自由を、個人に対してその者の自由の耐え難い制限から保護すれば足りるという観念にもとづく擬制的な対等状況だけである」とされる。契約自由を、形式的に――現実的に、すなわち社会的にではない――解釈する方法は、「社会的劣位者が憲法の基本観念に適合しないところの諸々の従属を余儀なくされることが相当多いような社会的現実を見誤る」ので、「事実上は個人の高権に対する服従に相当するような状況のもとでは、憲法の原則規

[54] Vgl. *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 751 f.

[55] Vgl. *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 886 f.

[56] 契約自由の理解、とりわけ実質的契約自由理解について、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）33頁以下を参照。

範は直接的に適用されなければならない」とされる[57]。この点で、*Nipperdey*の契約自由理解は実質的契約自由理解によるものだと理解される[58]。

*Nippedey*は、このようにして、「私的自治や契約自由は、真正の意味における自由規範として効力を発揮しうる」とする一方で、「こうした自由がその基礎をGG２条１項に有し、それゆえにこうした憲法規定の限界を越えてはならないということが看過されてはならない」というのである。それゆえに、*Nipperdey*によれば、契約自由は、「憲法適合的秩序に、とくにGG２条１項それ自体の憲法適合的基本価値システムおよび自由の秩序内実に拘束される」。契約自由は、それ自体またはより上位の原則（たとえば「人間の尊厳」など）を放棄または本質的に侵害してはならないとされる[59]。*Nipperdey*は、たとえば、カルテル協定や離婚した夫婦による第三者との新たな婚姻を結ばないことを定める契約などを挙げる[60]。また、*Nipperdey*によれば、労働法の領域において、契約自由は、「賃金、給与およびその他の労働条件の合意にかかわる限りで」社会国家原理によって修正されているとされる[61]。

以上のように、*Nipperdey*は、「基本権の第三者効力」論において直接的第三者効力説に与している点は周知のところ、同理論において契約自由が問題となる場合には、実質的契約自由理解に立脚すべきだとしている。それによれば、社会的権力との関係においても、一方が他方に対して経済的、またはその他の優位にある場合においても、基本権の原則的規範は私法関係においても妥当する。契約自由を形式的に解釈し、社会的劣位者が事実上服従することを認めるのであれば、それは社会的現実を見誤っているとされる。

ここで注目すべきは、*Nipperdey*が、「基本権の第三者効力」論および

---

[57] *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 752 f.

[58] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O.（Anm. 4）, S. 306 f.

[59] Vgl. *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 754.

[60] Vgl. *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 755. また、カルテル協定の禁止について、vgl. auch *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 903 f.

[61] Vgl. *Nipperdey*, a.a.O.（Anm. 50）, S. 902.

実質的契約自由理解を展開するにあたって、社会国家原理も同じく妥当するとしている点である。*Nipperdey*は、すでに指摘したように、労働法の領域での契約自由は、社会国家原理によって修正されることがあるとしているのである[62]。

「基本権の第三者効力」論の初期段階ですでに、契約自由の領域においては社会国家原理との結びつきが指摘されていた点は、見落としてはならない。こうした点は、同じく「基本権の第三者効力」論を論じ、*Nipperdey*による直接的第三者効力説という構成を批判した、*Dürig*においても共有されていたことが、以下のとおり、明らかになる。

第 2 款　間接的第三者効力論における契約自由

以上に対して、*Günther Dürig*が、基本権の第三者効力について*Nipperdey*らの直接的第三者効力説を否定し、間接的第三者効力説に与したことは周知のとおりである[63]。*Dürig*は、その根拠を、主に直接的第三者効力説が私法の独自性を否定するがゆえに私的自治を崩壊させるという点に見出ている[64]。

---

[62] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O.（Anm. 4）, S. 306 f.

[63] *Günther Dürig*, Art. 2 Abs. 1 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, Band I, 1964, Rn. 53 ff. *Dürig* の見解について、邦語文献として、芦部･前掲注50）「人権保障規定の私人間における効力」29頁以下、田口・前掲注50）「私人相互の関係における人権の保障」59頁以下、阿部・前掲注50）「私人間における基本権の効力」69頁以下、稲田・前掲注50）「自由権の国民相互間の関係について」77頁以下、松原光宏「私人間効力論再考（２・完）――最近までのドイツ法理論を参考に」法学新報106巻11・12号（2000年）65頁以下、石川・前掲注50）「隠蔽と顕示」43頁以下、三並・前掲注50）『私人間における人権保障の理論』17頁以下、90頁以下、青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009年）297頁以下、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理――人間の尊厳条項の規範的意義と動態』（尚学社、2013年）197頁以下を参照。

[64] Vgl. *Dürig*, Grundrechte und Zivilsprechung, in: Theodor Maunz（Hrsg.）, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 157 ff. なお、*Dürig* の基本権の第三者効力論の根拠は、三並・前掲注50）『私人間における人権保障の理論』27頁

ところで、*Dürig*は、契約自由について、上記で検討した*Laufke*と同様に、関連する基本権がある場合にはそれに依拠させ、それが存在しない場合にGG2条1項にもとづかせるが、同時にそれが制限されうることも認めており、そのひとつの方法として、間接的第三者効力説が展開されている[65]。

*Dürig*によれば、そのなかでも「個々の私人が現実には契約自由がまったく有していない、国家とならぶ権力集中があるところでは基本権の直接的第三者効力を認めることには論じる価値がある」が、あくまで「基本権を実現する間接的方法にこだわるべきだ」とされる[66]。

その契約法における基本権の間接的効力の中心的領域として、「権力濫用に対する防御」が挙げられる。それによれば、「価値充填能力かつ必要のあるBGBの条項（138条、242条、826条）を通じて、判例は、数十年来、私的経済取引における権力濫用も防止してきた」とされる。たとえば、AGBによる権力濫用ではBGB138条または242条違反が問われることが挙げられる。*Dürig*によれば、「こうした顕著に弱い立場にある当事者を濫用（通常は独占濫用）から保護する伝統的手段は、……あまりに限定的であるとみなされてきた」とされる。しかしながら、*Dürig*は、以下のようにして、それにとどめるべきではないことを指摘する。

すなわち、「権力濫用に対する防御が、……『憲法適合的秩序』という概念に含まれている社会的決定（Sozialentscheidung）[67]によって正当

以下によれば、「①基本権の歴史的展開、②国家の保護義務と司法権（私法裁判）、③基本権の価値内容（法道徳）の全法秩序における統一性、という3つの観点のうち、①の観点が第三者効力否定の決め手とはなり得ないとした上で、とりわけ②と③の観点から、基本権の『第三者効力』を根拠づける」とされる。

[65] Vgl. *Dürig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 53ff.

[66] *Dürig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 57.

[67] なお、本稿では、「Sozialentscheidung」について、三並・前掲注50）『私人間における人権保障の理論』45頁による「社会国家の決断」という訳とは異なり、「社会的決定」という訳を採用しているが、その趣旨自体は異なるものではない。それが社会法の文脈で論じられていること、Dürig の主張全体を踏まえると、社会国家原理を念頭に用いられているというべきである。そのため、本稿でも、

化される……。こうした社会的決定が、従属する当事者に有利になるように市場を支配する事業者による非社会的行為を防止することを許容するということは、今日では異論がない。そして、こうした国家の防御権限は、自由主義的法治国家においてさえ疑われることはないであろう」、と[68]。

このようにして、契約自由は、*Dürig*においても原則として「GG2条1項後段の意味における『憲法適合的秩序』によって要求される法律によって制限され、制限可能である」とされる[69]。

また、契約自由は、「憲法により社会的委託を実現することを要求する公共の福祉の拘束に服する」とされる。*Dürig*によれば、国家（とりわけ立法者）は、社会的措置を行うにあたって、何が公共の福祉であるか、そしてそれが公共の福祉において必要であるかを立証しなければならないとされ[70]、そのうえで「基本法の社会的決定が、社会的妨害防御、濫用防御、非社会的行為の排除を許容するだけではなく（こうした権限が疑いなくすでに自由主義的権利保護国家に与えられている）、社会を形成するよう操舵する（Lenkung）権限も与える」ことさえ認められている[71]。

なお、憲法訴訟においては、契約自由を制限する国家による措置の種類や方法などが問われるとされ、それゆえに結局のところ、判断は「個別事例」にかかっているとされる[72]。

このようにして、*Dürig*は、周知のとおり、「基本権の第三者効力」論において、*Nipperdey*らの直接的第三者効力説は私法の独自性を否定するがゆえに、私的自治を崩壊させるという理由から、間接的第三者効力説に立脚すべきだと主張していた。この点は、わが国においても、たびたび指摘される点である。

「社会的決定（Sozialentscheidung）」は、社会国家原理を踏まえた概念であることを前提に議論を進めていく。

[68] *Dürig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 58.

[69] *Dürig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 58.

[70] Vgl. *Dürig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 60 f.

[71] *Durig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 61.

[72] Vgl. *Dürig*, a.a.O.（Anm. 63）, Rn. 62 ff.

しかし、本稿の関心についていえば、重要な点は、むしろ、こうした間接的第三者効力説を論じるにあたって、*Dürig*も、契約自由の保障とその制限に言及している点である。すなわち、契約自由に対しては、*Nipperdey*と同様に、実質的契約自由として理解すべきである、としているのである[73]。

以上のように、*Nipperdey*も、*Dürig*も、BVerfGがのちに展開する「価値秩序」・「価値決定」と共通する、基本権の客観的側面のなかに、社会国家原理（あるいは、それに類するもの）が含まれるとし、実際に契約自由を実質的に保障しようとしていた点は注目に値しよう。

のちにもみるとおり、その後の学説も判例も、こうした基本権の第三者効力論の影響を受けていることは間違いないが、そこで用いられているとされる国家の基本権保護義務[74]の導出の出発点となる基本権の客観的側面には、実は社会国家原理も含まれていたことには注意が必要である。

第3節　小括

第1章では、基本法制定後の契約自由論と、基本権の第三者効力論における契約自由論の展開を概観した。まず、基本法制定後の契約自由論において、ワイマール憲法が明文で契約自由を規定していたのに対して、基本法では明文の規定がなかったという背景から、初期の議論では、基本法においてそもそも契約自由が保障されているかが議論されていた。

この点、*Huber*は、契約自由は法秩序に応じて保障されるにすぎず、法律により内容形成されていることを前提とするものであるから、保障範囲は相当限定的なものであると主張していた。*Huber*の見解は、契約自由の保障が法秩序に依存している点をすでに早い段階で指摘していたのであるが、契約自由のそのような性質により、憲法問題としての射程

---

[73] Vgl. *Bäuerle*, a.a.O.（Anm. 4）, S. 305 f.

[74] わが国におけるドイツの国家の基本権保護義務論およびその判例の理解について、大串・前掲注48）「契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（1）」100頁以下を参照。

を限定させた点で、判例・学説に直接受容されるには至らなかったといえる。とはいえ、*Huber*が見出していた契約自由と法秩序の関係性をめぐる問題は、のちに改めて議論の対象とされていた点で注目に値する見解といえよう。

これに対して、*Laufke*は、契約自由の保障にあたっては、問題となる領域において関連する条文が存在する場合にはそれを優先させ、存在しない場合にはGG２条１項を用いることで、基本法上保障させようとする。このような*Laufke*の見解は、のちの判例・学説において参照され、受容されるにいたったとされる。しかし、それは、*Laufke*の見解自体の特殊性を踏まえた形では必ずしもなく、*Laufke*は、契約自由の保障と同時に、その制限も視野に入れていた、具体的には、いわゆる基本権の第三者効力論にいう直接効力説にもとづいて議論を展開していた点は、のちの議論では後退してしまっている点には、注意が必要であろう。しかし、そのような議論のなかで、*Laufke*が、社会国家原理に言及していた点は、本稿の関心からいえば見逃すことはできないであろう[75]。

それゆえに、その後の学説の展開は、*Laufke*のように、基本的にGG２条１項を、契約自由の根拠条文として挙げている一方で、その具体的な内容について議論されるようになる。そこでは、契約自由の機能不全という問題を踏まえたうえでどのように契約自由を憲法上保障すべきかが議論されていた。

たとえば、*Roscher*は、契約自由を自己決定に置き換えたうえで、そこでいう自己決定を限定することで、契約自由の機能不全の問題に対処しようとしていた。また、社会的正義を確立するという関心から契約法を実質化するという立法府の義務を観念しようとする見解が*Kittner*によって主張されていた。こうした見解も、*Roscher*と同様に、必ずしも経済的に対等ではない当事者間の契約において生じる問題を、GG２条１項ではなく、社会国家原理（GG20条１項など）によって把握し解決しようと主張していた。

以上のように、ドイツでは契約自由の憲法保障にあたっては、前提として個別の条項がある場合にはその条文によるとし、ない場合にはGG

[75] 参照、本稿第１章第１節第１款。

2条1項を用いるとしていたが、必ずしもGG2条1項にのみ依拠すべきだという見解は多くない。むしろ、GG2条1項の保障する個人の自己決定の範囲を限定することで、実質的契約自由を保障しようとしたり、そのような契約法の実質化はあくまで社会国家原理の要請としようとしたりする傾向が指摘できる。こうした学説において共通しているのは、契約自由の憲法上の根拠条文として、GG2条1項にのみもとづかせることを疑問視している点である[76]。

次に、基本権の第三者効力論における契約自由論についてみると、そこでは基本権の第三者効力論において直接効力説を主張した*Nipperdey*も、それに対して批判的な立場をとり、間接効力説という異なる構成を主張した*Dürig*も、とりわけ個人と社会的権力、またはそれに類する権力を有する個人との関係において契約自由を保障するにあたっては、社会国家原理との関連を指摘していた点は注目に値しよう。たとえば、*Nipperdey*によれば、基本権が原則規範として全法秩序、とりわけ私法秩序に妥当し、その際には社会国家原理も同様に妥当するとされる。*Nipperdey*は労働法領域を例に挙げ、社会国家原理による修正が必要であると主張していたのである。

以上のように、*Nipperdey*も、*Dürig*も、構成は異なるが、のちの学説・判例でいうところの基本権の客観的側面に社会国家原理が含まれるとしたうえで、実質的契約自由の憲法保障にあたって、社会国家原理による修正の必要性を認める点で共通している[77]。

この点、わが国においても、その紹介や検討にあたって、両者が、社会国家原理に言及している点について指摘されることはあるが、それがもつ意味については注意が必要である[78]。なぜならば、国家の基本権保護義務論は、わが国でも、私人間効力論、とりわけ間接的効力説の再構

---

[76] 参照、本稿第1章第1節第2款。

[77] 参照、本稿第1章第2節。

[78] *Nipperdey* につき、芦部・前掲注50)「人権保障規定の私人間における効力」28頁以下、三並・前掲注50)『私人間における人権保障の理論』67頁以下を、*Dürig* につき、三並・前掲注50)『私人間における人権保障の理論』45頁、玉蟲・前掲注63)『人間の尊厳保障の法理』197頁以下を参照。

成と位置づけられていたと同時に、社会国家原理との対立または緊張関係が指摘されていたからである[79]。

契約自由の憲法保障にあたって、国家の基本権保護義務論を採用し、十分に活用するためには、契約自由それ自体の特質をも踏まえながら、検討していく必要があろう。

そこで、第２章では、第１章の議論以降に展開されていくことになるドイツ基本権論、とりわけ国家の基本権保護義務論について概観していく。その際には、それらの議論のなかで、契約自由がどのように扱われているのか、契約自由の保障と社会国家原理との緊張関係をどのように考えているのか、その特質を踏まえつつ、検討を行っていくこととする。

[79] 参照、大串・前掲注48)「契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（１）」100頁、107頁以下。