

ゲルハルト・ヴァーグナー
「憲法およびヨーロッパ法の影響下での債務法の実質化
——私的自治には何が残っているのか?——」(2・完)

河野 憲一郎 訳

- I. 法原理としての私的自治
- II. 契約自由の経済学的基礎づけ
- III. 私的自治の現代的な挑戦
- IV. 私法の実質化
 1. 形式的私法と実質的私法
 2. 弱者の保護と消費者保護
 3. 法律行為による決断の自由の保障
 4. 内容規制
 5. 契約正義の保障 (以上63巻1号)
 6. 反差別法による締結の自由の制限
 - a) 差別の禁止の私法上の効力
 - b) 4つの新たな反差別指令
 - c) 第一次法による差別からの保護
 - d) 憲法による平等待遇要請
 - e) 反差別の経済分析
- V. 私法の憲法化
 1. 出発点
 2. ヨーロッパ法
 - a) 共同体法とヨーロッパ人権条約
 - b) 基本的自由の第三者効
 3. 私法の基本権による拘束
 - a) リュート判決の2つの綱: 照射効と基本権の至上性
 - b) 侵害の禁止と保護命令としての基本権
 - c) 実質化された憲法上の私的自治
 - d) 私的自治と保護義務論
 - e) 基本権侵害としての契約責任?
 - f) 一般的法原理としての基本権
 4. 要約: 私法の自律性の喪失
- VI. 民主的な立憲国家における私法
- VII. 私的自治には何が残されているのか? (以上本号)

6. 反差別法による締結の自由の制限

a) 差別の禁止の私法上の効力

2003-2007年に達成されたEUの4つの平等待遇指令の国内法化は、ドイツでは異例の激しい法政策的論議をもたらしたが、すなわち、まさに私的自治が侵害されることへの懸念のゆえにであった¹⁴⁹⁾。この懸念は、あたかも新たな反差別指令のモデルとして妥当し得る1976年2月9日のEC指令76/207/EWGでの経験が示しているように、正当である¹⁵⁰⁾。

RL76/207/EWG 2条1項との結びつきにおける同3条2項b)号によれば、加盟諸国は、平等待遇の原則と両立しない法規定、行政規則、しかしまた労働協約、就業規則および個別的労働契約が除去されるように必要な措置を執らなくてはならない。平等待遇要請は、差別の禁止の積極的な定式化である。その効力はそれぞれ同一であり、したがってそれは契約当事者の締結の自由を部分的に除去することにある¹⁵¹⁾。個々の使用者が、公募された職場の配置についての判断に際して、応募者の性別を顧慮するならば、この者は違法に行動している。差別の禁止と平等待遇要請がその適用領域において締結の自由を排除して

149) 一方で, *Säcker*, ZRP 2002, 286; *ders.*, ZG 2005, 154; *Picker*, JZ 2002, 540; *ders.*, JZ 2003, 540; *ders.*, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und künftigem Recht*, 2005, S. 26 ff.; *Isensee* (Fn. 9), S. 239 ff.; *Lobinger*, in: *Isensee* (Fn. 9), S. 99, 110 ff.; *von Koppenfels*, WM 2002, 1489; *Adomeit*, NJW 2003, 1162; 他方で, *Neuner*, JZ 2003, 57; *Baer*, ZRP, 290; *Kocher*, RdA 2002, 167.

150) ABl. EG Nr. L 39 vom 14.02.1976, S. 40 ff. [翻訳として, 柴山恵美子=中曽根佐織『EU男女均等法・判例集』(日本評論社, 2004年) 87頁以下がある。] これはRL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. 269 v. 5.10.2002, S. 15 ff. [翻訳として, 柴山=中曽根・前掲書92頁以下がある。] によって変更され, 新たな規律がなされた。

151) 適切なのは, *U. Huber*, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten*, 2001, S. 5, 14; *Isensee* (Fn. 9), S. 239, 241: 「平等規律が及ぶ限りにおいて, 契約自由は存在しない」。

いるという状況は、労働者の説明義務と使用者の欺罔についての判例をも説明している¹⁵²⁾。既に妊娠していたことを理由とした応募者の不採用でさえ、RL76/207/EWG 2条1項、同3条の平等待遇要請とは両立しないという前提の下で¹⁵³⁾、EuGHは、応募者による妊娠の黙秘を理由とした使用者による労働契約の取消しを不適法であると宣言した¹⁵⁴⁾。このヴィーブケ・ブッシュ (*Wiebke Busch*) の事件における判決の中で、EuGHは使用者に妊娠の通知をするという応募者の義務を否定したが、それは、使用者はこのファクターを、その判断に際していずれにせよ顧慮してはならないという論拠によってであった¹⁵⁵⁾。連邦労働裁判所 (BAG) は、この裁判にもとづいて、事実、使用者が既に妊娠をしているのかを問うことは不適法であって、応募者または労働者によって虚偽の回答がなされても許されるという不可避的な結論に至った¹⁵⁶⁾。この裁判は、差別の禁止のゆえに締結の自由が存在しないところでは、締結の自由はBGB123条によっても保護されえない、という原則に集約される¹⁵⁷⁾。

しかし、詐欺からの保護の排除は、差別の禁止の唯一の契約法上の帰結ではない。RL76/207/EWG旧3条2項、同旧6条についてのEuGHの判例によれば、加盟諸国は男女の平等待遇を雇用関係の入り口で「紙の上で」保障する措置を

152) これにつき詳細は、*Wagner*, *Lügen im Vertragsrecht*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 65 ff.

153) EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 (*Dekker* ./ *VJV-Centrum*), Slg. 1990-I, 3941, 3973 Nr. 12 = NJW 1991, 628 f.; さらに, EuGH, Urt. v. 5.5.1994, Rs. C-421/91 (*Habermann-Beltermann* ./ *Arbeiterwohlfahrt*), Slg. 1994-I, 1657, 1675 Nr. 15 = NZA 1994, 609; Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-32/93 (*Webb* ./ *EMO Air Cargo*), Slg. 1994-I, 3567, 3585 Nr. 19 = NZA 1994, 783; Urt. v. 3.2.2000, Rs. C-207/98 (*Mahlburg* ./ *Land Mecklenburg-Vorpommern*), Slg. 2000-I, 549, 572 f. = NZA 2000, 255; Urt. v. 4.10.2001, Rs. C-109/00 (*Tele Danmark* ./ *HK Danmark*), Slg. 2001-I, 6993, 7024 f. = DB 2001, 2451参照。

154) EuGH, Urt. 27.2.2003, Rs. C-320/01 (*Busch* ./ *Klinikum Neustadt*), Slg. 2003-I, 2041, 2059, 2077 Nr. 47 = BB 2003, 686, 689.

155) EuGH, Urt. 27.2.2003, Rs. C-320/01 (*Busch* ./ *Klinikum Neustadt*), Slg. 2003-I, 2041, 2059, 2075 Nr. 47 = BB 2003, 686, 689.

156) BAG NJW 1993, 1154, 1155 = JZ 1993, 1154 (*Adomeit*の批判的評釈付き); BGH NZA 2003, 848; また, *Canaris* (Fn. 21), S. 8, 99 ff.による批判も参照。

157) *U. Huber* (Fn. 151), S. 14.

義務づけられるばかりではなく、RLはさらに、「実際上の有効な権利保護」を保障するように形作られた、違反に関するサンクションを要求している¹⁵⁸⁾。もし平等待遇要請に対する違反を理由として損害賠償請求権が認められるのであれば、このことは名目的損害賠償を超えて、「使用者に対する現実的な威嚇効果を持」たなくてはならない¹⁵⁹⁾。RLの新規定においては、今度は6条2項において、加盟諸国は、生じた損害が威嚇のかつ適切なやり方で填補されるように配慮すべきであると述べている。この判例の詳細は、未確定のままで良い¹⁶⁰⁾。というのは、私的自治という観点の下では、1つのことが全く明白になるからである。すなわち、EuGHは、単なるアペールと目標設定では満足せず、加盟諸国の立法者と裁判所に、潜在的な契約当事者に——これは元の平等待遇指令のコンテキストにおいては徹底して潜在的な使用者であるが——男女の平等待遇を強制するように義務づけた。要するに、RL 76/207/EWGは平等待遇要請の範囲内において、使用者の締結の自由を効果的に除去しているということが、依然として書き留められなくてはならない。

b) 4つの新たな反差別指令

2003-2007年に国内法化された4つのヨーロッパ反差別指令によって、平等待遇要請の適用領域は、性別という差異のメルクマールと労働の分野を超えて、作用する範囲を拡大させられている。一般民事法にとって重要なのは反人種差

158) EuGH, v. 10.4.1984, Rs. 14/83 (*Sabine von Colson und Elisabeth Kamann* ././ *Land Nordrhein-Westfalen*), Slg. 1984, 1891, 1908 Rdnr. 23.

159) EuGH, v. 10.4.1984, Rs. 14/83 (*Sabine von Colson und Elisabeth Kamann* ././ *Land Nordrhein-Westfalen*), Slg. 1984, 1891, 1908 Rdnr. 23; EuGH, v. 10.4.1984, Rs. 79/83 (*Droit Harz* ././ *Deutsche Tradax GmbH*), Slg. 1984, 1921, 1941 Rdnr. 23; さらに具体化するの、EuGH, v. 8.11.1990, Rs. C-117/88 (*Dekker* ././ *VJV-Centrum*), Slg. 1990 I-3941, 3975 Rdnr. 23; EuGH, v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 (*Marschall* ././ *Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*), Slg. 1993, I-4367, 4407 Rdnr. 24; EuGH, v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 (*Draehmpaehl* ././ *Urania Immobilienservice OHG*), Slg. 1997, I-2212, 2225 Rdnr. 40.

160) *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085参照。

別指令2000/43/EGであり¹⁶¹⁾、それは労働法および社会法 (RL 3条1項 a) 号乃至 g) 号) に限定されてはならず、「居住空間……を含んだ、公衆の利用に供された財および役務提供へのアクセスおよび供給を」規律している (RL 3条1項 h) 号)。RL 2004/113/EG 3条1項は、この規律モデルを性別を理由とした差別の領域に拡大している¹⁶²⁾。それによると性別の平等待遇の要請は、「誰彼の区別なく公衆の利用に……供され、かつ私生活と家庭生活の領域の外で、これに関連して行われた取引に供された財および役務提供を供給する全ての者について」妥当する。

ドイツの立法者は、一般平等待遇法 (以下「AGG」とする。) によって、一般民事法を含んだRL2004/43/EGと2004/113/EGのプログラムを超えた^(訳注8)。これら2つの法的行為が、人種、民族的出自および性別にもとづく差別のみを禁止しているのに対して、AGG19条1項は、さらになお、宗教、障害、年齢および性同一性を理由とした差別をも非難している¹⁶³⁾。そこに存在するドイツの立法者によるヨーロッパ法上の特典の「過剰な」国内法化は、反差別をめぐる長くかつ激しい論争の中核をなしており、その論争が最終的にAGGにつながったのである¹⁶⁴⁾。

AGGの詳細はここでは詳細に検討することはできない。既に、AGG19条以

161) Richtlinie 2004/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180 v. 19. 7.2000, S. 22 ff.

162) Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 373 v. 21.12.2004, S. 37 ff.

(訳注8) AGGについては、齋藤純子「ドイツにおけるEU平等待遇指令の国内法化と一般平等待遇法の制定」外国の立法230号 (2006年) 91頁以下参照。同108~117頁に条文の邦訳も掲げられている。

163) 批判については、MünchKommBGB-*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, Vor § 19 AGG Rdnr. 5 ff.

164) *Picker*, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 207, 255, 264 f.; また, *Lobinger*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99, 136 ff.も参照。

下の一般民事法規定の文献が、いかなる範囲で私的自治が「厳しく」扱われているのかについての印象を示している。このことはとりわけAGG20条における不利益待遇の正当化事由のカタログについて妥当し、それはいずれにせよ宗教、障害、年齢、性同一性および性別という差別化基準の場合にのみ利用でき、これに反して人種および民族的出自という基準の場合には利用することはできない¹⁶⁵⁾。正当化事由として、危険予防、損害防止またはこれに比肩する性質のその他の目的（1号）、内心の領域または個人の安全の保護（2号）、平等待遇の貫徹への利害関係の同時的な欠如の場合の特別の恩典の保障（3号）、および——宗教を理由とした不利益扱いの場合に限られるが——正当な、それぞれの自己理解と合致する宗教団体による信教の自由の行使（4号）が挙げられている。これに加えて、AGG20条2項には保険契約における性別に関連した差別化に関する特別の正当化事由が付加されており、それはリスクに見合った料金率のための努力を認めているが、しかし妊娠していることと母親であることをリスクの査定のための基準とすることは禁じられている。特に居住空間賃貸借については、とりわけAGG19条3項が顧慮されなくてはならないが、それは社会的に安定した住民構成、均衡のとれた住宅構成および調和のとれた社会的、文化的関係の創出と維持に奉仕する限りで、差別待遇を許容している。最後に、AGG19条4項は、家族法と相続法を民事の差別の禁止の適用領域から除外しており、したがってAGG19条5項は、「当事者若しくはその身内の者の間の特別な近親関係又は信頼関係が成立している」債務関係にとっての、分野を超えて広がる例外を含んでいる。居住空間賃貸借の場合には、賃貸人が自ら不動産に住んでいる場合にこのことは可能であり、賃貸人が50以下の住居を賃貸している場合に、それは当てはまるべきであるとされる。

私的自治という観点の下では、広範囲に及ぶ例外領域と正当化事由のカタログを歓迎することができたかもしれない。しかしながら、これは誤った推論で

165) 正当化事由としての性格については、MünchKommBGB-*Thüsing* (Fn. 163), § 20 AGG Rdnr. 3.

あるかもしれない。本当はAGG19条、同20条の規律は、どれだけ強く私人の決断が法倫理的な審査に服させられるのかを、印象深く示している¹⁶⁶⁾。実際、反差別法は、契約当事者の動機を個別事例において探究し、次に結論を二段階の審査、すなわちまず動機が非難に値する差別のリストに該当し、他方で差別がこの規準を手がかりにやはり正当化されるかどうか服させる以外の選択肢をおそらく全く持たない。その際に、AGG19条に含まれた差別の禁止の妥当領域の制限とAGG20条に列挙された正当化事由の間には、カテゴリー的な区別はなく、単に段階的な区別しか存在しない。その時々々の債務関係によって確立された人的なコンタクトが強ければ強いほどますます、平等待遇の要請は弱くなる。さらに、宗教、障害、年齢、性別または性同一性を理由とした差別が実際の理由によって正当化されるということは、立法者の評価によっても排除されることはない。差別された当事者にとって、争われているケースにおいて、裁判所が正当化事由の質と重要性について判断しなければならないという点に問題は存する。

c) 第一次法による差別からの保護

差別からの保護に奉仕する第二次的な法的行為が発効するよりも前に、既にEuGHは、国籍を理由としたあらゆる差別を禁止している今日のEU運営条約（以下「AEUV」とする。）18条（EG12条＝EGV7条）を、私法上の法律関係へと拡張していた。AEUV18条、同45条、同56条（EG12条、同39条、同49条＝EGV7条、同48条、同59条）の差別の禁止は、国家の官庁の行為についてだけでなく、個々の労働契約およびその他の集団的合意についても妥当するという¹⁶⁷⁾。そのための理由づけは、1974年のヴァルラベおよびコッホの基本的な裁判以来、変わっていない。すなわち、EC条約によって求められている自由

166) MünchKommBGB-*Thüsing* (Fn. 163), Vor Art. 19 AGG Rdnr. 6.

167) EuGH, Urt. v. 12.12.1974-Rs 36/74 (*Walrave und Koch* ./ Association Union Cycliste Internationale), Slg. 1974, 1405 Rdnr. 12 ff.; 全体につき詳細は, *Körper, Grundfreiheiten und Privatrecht*, 2004, S. 663 ff.

な人の交流と役務の交流にとっての障壁の除去は、「国家による障壁の除去が、私的な合意または組織がその法的な自律にもとづいてこの種の障壁を立てることによって、その効力の中で再び廃棄されるのであれば」、危険にさらされるかもしれない¹⁶⁸⁾。私的な法律行為を括弧に入れることによって国家の措置のみに制限する場合には、「問題となっている禁止が、統一的に適用されない」という危険性が生じるかもしれないのだという¹⁶⁹⁾。

AEUV157条（EG141条1項＝EGV119条）の報酬の平等の原則の枠内において展開した性別に関連する差別の禁止についてのEuGHの裁判は、この基本線にしたがっている。スチュワーデスとベルギーの航空会社サベナ（Sabena）の間の労働契約へ差別の禁止を適用することによって、「契約当事者がその私的自治または業界自治の行使において行った」合意が変更されたとの抗弁を、EuGHは、EGV119条の強行法的性格を指摘することによって退けた¹⁷⁰⁾。差別の禁止は、公的機関にとって拘束力があるばかりではなく、「私人間のあらゆる契約」にも拡張されるという¹⁷¹⁾。この判例は、続く裁判において、スポーツ団体の規約およびその他の集団的規律に拡張されている¹⁷²⁾。それが自由化する前の航空市場またはトップクラスのスポーツ選手についての市場のような独

168) EuGH, Urt. v. 12.12.1974 – Rs 36/74 (*Walrave und Koch ./ Association Union Cycliste Internationale*), Slg. 1974, 1405 Rdnr. 16/19.

169) EuGH, Urt. v. 12.12.1974 – Rs 36/74 (*Walrave und Koch ./ Association Union Cycliste Internationale*), Slg. 1974, 1405 Rdnr. 16/19; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ./ Bosman*), Slg. 1995, I-4921 Rdnr. 84. [ボスマン判決の紹介として、中村民雄＝須網隆夫『EU法基本判例集』（日本評論社、第2版、2010年）226頁以下（中村執筆）がある。]

170) EuGH, Urt. v. 08.04.1976 – Rs 43/75 (*Defrenne ./ Sabena*), Slg. 1976, 455 Rdnr. 38/39. [本判決の紹介として、中村民雄＝須網隆夫『EU法基本判例集』（日本評論社、第2版、2010年）43頁以下、柴山＝中曽根・前掲注150）232頁以下（特に、234頁以下）がある。]

171) EuGH, Urt. v. 08.04.1976 – Rs 43/75 (*Defrenne ./ Sabena*), Slg. 1976, 455 Rdnr. 38/39.

172) EuGH, Urt. v. 14.07.1976 – Rs 13/76 (*Donà ./ Mantero*), Slg. 1976, 1333 Rdnr. 17/18; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ./ Bosman*), Slg. 1995, I-4921 Rdnr. 82 ff.; EuGH, Urt. v. 11.04.2000, Rs. C-51/96 und C-191/97 (*Deliège*), Slg. 2000, 2549 Rdnr. 47.

占的に構造化された市場に限定されるという観念は¹⁷³⁾、2000年に誤りであると判明したが、それはEuGHが、アンゴネーゼ (*Angonese*) の裁判でAEUV45条 (=EGV39条)の移動の自由を援用して、南チロル銀行の雇入れ実務を規制し、結論において破棄したときのことであった¹⁷⁴⁾。差別の禁止は、労働協約ならびに「私人間のあらゆる契約」についても妥当する、という¹⁷⁵⁾。これについて決定的なのは、再び移動の自由についての国家による障壁の撤廃が、私法上の手段で修正されてはならないという考慮であった¹⁷⁶⁾。移動の自由と役務提供の自由が国家の措置に限定されたままであるとするならば、私法上の行為形式を選択することによって、容易く回避されてしまう、という¹⁷⁷⁾。

EuGH判例のモザイクにおける目下最後の一石は、マンゴールド (*Mangold*) の事件における判断であり、その中でEuGHは、年齢による差別の禁止を、そのために妥当する国内法化期間が全く経過していなかったにもかかわらず、その次に労働契約当事者間の水平関係におけるRLの直接的効力を理由づけるために、まずRL2000/78/EGから加盟諸国の共通の憲法伝統という共通の高みへと引き上げた¹⁷⁸⁾。

173) こう述べるのは、*W. H. Roth*, FS Everling, 1995, S. 1231, 1247; *Jarass*, FS Everling, 1995, S. 593, 594; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 275 ff., 284; また、*Herdegen*, Europarecht, 10. Aufl. 2008, § 15 Rdnr. 11も参照。

174) EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese ./Cassa die Risparmio die Bolzano SpA*), Slg. 2000, 4139 Rdnr. 31 ff.; これにつき批判的なのは、*Streinz/Leible* EuZW 2000, 459, 460 ff.

175) EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese ./Cassa die Risparmio die Bolzano SpA*), Slg. 2000, 4139 Rdnr. 34.

176) EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese ./Cassa die Risparmio die Bolzano SpA*), Slg. 2000, 4139 Rdnr. 32.

177) EuGH, Urt. v. 11.04.2000, Rs. C-51/96 und C-191/97 (*Deliège*), Slg. 2000, 2549 Rdnr. 47.

178) EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 (*Mangold ./Helm*), NJW 2005, 3695 Rdnr. 74, 78 f.; 正当にもこれに対して批判的なのは、*Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6, 8 ff.

d) 憲法による平等待遇要請

GG 3条2項の中に述べられた、男女は平等の権利を有するという要請は、同じく国家の領域に依然として限定されるのではなく、BVerfGによって明示的に「社会的現実」に関連させられている。それは「生活関係の調整」を目的としている、という¹⁷⁹⁾。この基礎に立ってBVerfGは、私法と労働法という法律上の形態だけではなく、さらに通常の法の解釈と適用をも同権という基準で規制している。このことはとりわけBGBIH616a条ないし今日のAGGのモデルにしたがった諸規定に妥当するのだが、これらはGG 3条2項の平等待遇要請を具体化している¹⁸⁰⁾。BVerfGは、いずれにせよ全ての個別の専門裁判所（Fachgericht）の裁判を、GG 3条2項との適合性で統制するつもりではなく、「基本権の影響が根本的に誤解される」、仔細に言えば、法律の解釈と適用が「基本権によって指示された保護目的には基本的に達しない」諸事例に限定するつもりである¹⁸¹⁾。このことは、BVerfGの見解によれば、いずれにせよ、労働裁判所がある応募手続の枠内における差別を、応募者の拒絶のための具体的理由も与えられておらず、その結果、拒絶がもつばら性別を理由として帰結された場合にはじめてサンクションを課そうとしている場合に、既に当てはまる。採用決定がただちに応募者の不利益になるかもしれないということのための具体的理由の後付けの許容もまた、BVerfGからすれば、既にGG 3条2項違反を示している。なぜならば、使用者にはそうでなければ免除を非常に軽くし、差別された応募者には権利実現を過度に困難にするであろうからである、という¹⁸²⁾。

179) BVerfGE 89, 276, 285 (BVerfGE 85, 191, 207を指示).

180) BVerfGE 89, 276, 285.

181) BVerfGE 89, 276, 285 f.

182) BVerfGE 89, 276, 288 f.

e) 反差別の経済分析

aa) 差別の禁止の効力

前述の概観は、憲法およびヨーロッパ法上の平等待遇の要請と差別の禁止が、私法およびそれとともに当事者間の水平関係へ転換するという傾向を示している。これによって記述された私法の憲法化の過程については、さらに関連して立ち入るであろう¹⁸³⁾。この箇所では、まず、差別の禁止が私的自治の保障および内容の自由の制限という公準へ整序されてはならないということが、書き留められなくてはならない。契約の相手方の選択においては、当事者は原則として自由である¹⁸⁴⁾。競争法のみがここでは境界線を引いているが、しかしそれはまさにそれぞれの人物の特性ではなく、それぞれの市場の構造に結び付けられ、またはそれぞれの製品の意味が問題とされているにすぎない(GWB19条以下)。禁止されているのは、他の事業者の妨害または差別による市場支配的な地位の濫用であり(GWB20条)、全ての事業者の平等待遇は、一般的な経済法上の要請ではない。

bb) 差別の二類型

経済理論においては、差別がいかなる動機によるのか、およびいかなる手段で生じるのかに応じて、差別の2つの異なる形態が区別される¹⁸⁵⁾。2つのもっとも重要なヴァリエーションは、選好による差別(taste-based oder animus discrimination)と統計的差別(statistical discrimination)である。選好による差別という概念は、特定の人口集団に対する消極的な態度をとることを呼んでおり、その構成員と差別をした当事者が無関係、特に契約を締結しようとしな

183) 後記V。

184) また、*Schmidt-Rimpler*, FS Raiser, 1974 S. 3, 19 f.も参照。

185) 差別の経済理論について包括的には、*J. J. Donohue*, Antidiscrimination Law, in: Polinsky/Schavell (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, Bd. II, 2007, S. 1387, 1394 ff. また、*A.-S. Vandenberghe*, Non-Discrimination in the Common Principles of European Private Law, in: Larouche/Chirico (Hrsg.), Economic Analysis of the DCFR, 2010, (im Druck).

かったものである¹⁸⁶⁾。これに反して、統計的差別はいかなるルサンチマンにも関係していない。差別をした当事者は、一定の特性を持った人物に対して消極的態度を取るがゆえにではなく、その人物に契約の締結と契約の内容にとって全くもって重要なメルクマールを認めるがゆえに、区別をしているのである¹⁸⁷⁾。このことは恣意的にではなく、現実の観察または統計的なデータを手がかりになされているのである¹⁸⁸⁾。統計的差別の場合には、確実な実証的知見にもとづいてある集団の中に蓄積されて現れる消極的な特性が、この集団の全ての構成員に帰せられることになる。

cc) 統計的差別

統計的差別の特徴は、それがそれぞれの集団の関連において客観的に理由づけられうることである。「客観的に理由づけられる」ということによって、市場の関係主体の区別が、契約の締結ないし契約締結の条件にとって重要な、それぞれの契約当事者の特性における現実の相違を反映しているということが述べられている。とりわけ一定の肉体的メルクマール、殊に性別に結び付けられた保険実務の「差別」では、そうである。個別的な保険契約者のリスクの傾向における現実的な相違が、疾病保険において明らかに当てはまるというように、この区別に対応している限りにおいて、異なった掛金の査定は客観的に理由づけられている。欧州委員会が男女を問わない保険料を要求することで当初は努

186) これにつき基本的なのは、G. Becker, *The Economics of Discrimination*, 1957/1973.

187) 基本的なのは、E. S. Phelps, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, 62 *American Economic Review* 659 (1972); K. J. Arrow, *The Theory of Discrimination*, in: Ashenfelter/Hallock (Hrsg.), *Labor Economics*, Bd. 4, 1973, S. 3 ff.

188) E. S. Phelps, 62 *American Economic Review* 659 (1972); 「この理論の典型は、どこか知らない町にいる旅行者が、ホテルでの食事と町の中のどこかでの食事を選択するとき直面するものである。もし彼が事前の調査なしにホテルの外で食事することを決めるならば、ホテルに対して差別待遇をしていると言われる。ホテルの食事がむしろ好ましかった事例は存在するであろうにもかかわらず、レストランの評価を得る費用が十分に高く、ホテルのレストランが少なくともほとんどいつも劣っていると信じられているのであれば、そのルールは合理的な行動——それは期待された効用を最大化する——を意味している。」

めたように¹⁸⁹⁾それを禁止したいと思う者は、表向き恩恵を受ける集団——例えば女性——が契約の相手方としては魅力がなく、それゆえ回避されるということを受容しなくてはならない。こうした背景の下に、保険契約について妥当しているRL2000/43/EGと2004/113/EGが不平等待遇の正当化を、その後許容したということが歓迎されなくてはならない(AGG20条2項1文参照)。しかし、RL2004/113/EG 5条3項、AGG20条2項2文において「妊娠又は母親であることに関連した費用は、決して異なった掛金又はサービスという結果になってはならない」と述べられているのは、それだけにいっそう残念である¹⁹⁰⁾。

統計的差別に関するもう一つの例は、労働生活における女性のハンディ・キャップである。もし妊娠とその後の出産という私的なコストを社会保険法と母性保護法によって部分的に使用者に割り当てるならば、このことは女性による労働提供の平均値の減少という結果になる。そのような枠組条件の下では、能力の等しい男性の同僚に対する女性応募者の「差別」は、個々の使用者にとって合理的であり、この評価は、市場によっても是正されることはない。なぜなら、それは現実の相違によって擁護されているからである。母性保護の事例では、法というものが現実の事実にかかわらずかの力しか持ちえないかということが、同時に明らかになる。すなわち、その基礎を労働関係に見出さない妊娠と出産というコスト¹⁹¹⁾を使用者に負担させることは、労働生活における女性

189) Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, vom 05.11.2003, KOM (2003) 657; 一部がVersR 2004, 41に翻刻されている; 議論からは, *Hensche*, AuR 2002, 171; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529, 535. これに対して正当にも批判的なのは, *E. Lorenz*, VW 2004, 1644; *Präve*, VersR 2004, 39 ff.; *M. Wandt*, VersR 2004, 1341; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529, 533 ff.; *Looschelders*, in: *Leible/Schlachter*, *Discriminierungsschutz durch Privatrecht*, 2006, S. 141, 146 ff.; *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1, 4.

190) また, *MünchKommBGB-Thüsing* (Fn. 163), § 20 AGG Rdnr. 85も正当にも批判的。

191) 適切なものは, *Posner* (Fn. 19), S. 357: 「労働効率に値段をつける観点からは, 妊

の地位を決して改善することはなく、女性が可能な限り雇い入れられないという意味での「差別」に対するインセンティブを作り出す。このことに対して用いられた差別の禁止は、女性応募者の回避を自ら表明してしまったごとくに不手際な使用者のみに関係しているのである¹⁹²⁾。

統計的差別の実施に反対する中心的な論拠は、差別された集団の全ての構成員がそれぞれの重要なメルクマールを有しているわけではないので、統計的差別は無条件に「不当」であるとの指摘の中にある。したがって、年齢が18歳から35歳の男性の集団内には、特に危険な運転をせず、それゆえ平均以上に高い事故費用を惹起しない、若干の集団は存在する。全ての女性が妊娠するわけではないということも、争われえない。それにもかかわらず、ドイツではそうではなくても、外国では比較的若い男性は自動車損害賠償保険において割高の費用を求められ、かくして無謀なドライバーと同じように査定されている。民間の疾病保険において、全ての女性が割高の掛け金を支払わなければならなかったが、そのうちの多くが決して妊娠することはなかったにもかかわらずである。この事実は、そのように異論の余地がなかったが、それは統計的差別が禁止されるべきだといったようなことを、決して証明してはいない。保険経済学において、それぞれの損害の傾向を手がかりにした様々なリスク・グループの差異化をすることは、掛け金の正当性にとっても、全ての保険者の利益におけるリスクの規制にとっても、必然的な要請である。しかし、問題の核心は、保険者が個々の保険契約者の個人的なリスクのパターンを把握してはならず、正当な費用を説明しえないという点にある。誰も、あるドライバーが、ある保険期間内に惹き起こすであろう事故の期待値を知らない。したがって保険契約者にはダミー変数（プロキシ）に方向づけられる以外の余地はない。保険市場における競争は、リスクに見合った掛け金の計算の形態における利益と情報コス

娠しているために欠勤している労働者に支払われることが、赤ん坊の部屋をペイントしているために欠勤している労働者に支払われるよりも正しいというわけではない。」

192) *Canaris* (Fn. 21), 1997, S. 78 ff.

トの間の差額が最大であるダミー変数を貫徹するということを顧慮している。このことが保証される限りにおいて、統計的差別を法的に禁止し、または規制する理由は存在しない。

dd) 選好による差別

選好による差別は、人を一定の特性——肌の色、出自、性別——によって権利と価値において対等な個人として受け入れないことから、非倫理的な行態という古典的なモデルに対応している。しかし、それは倫理的に非難に値するばかりではなく、経済的にも非合理的である。特定の人口集団との取引の回避は、当該人口集団ばかりではなく、差別を行った当事者自身にも損害を与える。人種差別的もしくは性差別的な傾向またはその他のルサンチマンを發揮することは、差別が現実の差異によってカバーされない場合には、割高となる¹⁹³⁾。極め付きの例。すなわち、女性との契約の成立を拒否する事業者は、全ての潜在的な契約当事者の50パーセント以上とのコンタクトの成立を拒んでいる。それゆえ、そのような事業者の売上げと利益は、同じようなやり方で差別を行わず、かくしてはるかに大きな市場を開拓したライバルの指数には、はるかに劣るであろう。時の経過とともに差別をしなかったライバルが成長し、差別をした事業者は収縮する。そのような展開の帰結として、差別をした事業者はもはや存在しないであろう。それは市場の力によって排除される¹⁹⁴⁾。

いずれにせよ、恣意的な差別的な行態に対する是正としての市場が果たす有益な作用は、いつでも貫徹する力があるというわけではないということが認められなくてはならない。1964年の公民権法施行前のアメリカ合衆国南部諸州における状況についての実証研究が示したように、激しい差別的な行態は、それによって生じるあらゆる経済的不利益にもかかわらず、例えば使用者またはレストラン経営者のごとき各契約当事者だけでなく、具体的、社会的な環境、例え

193) 包括的には、*J. J. Donohue* (Fn. 185), S. 1387, 1399 ff.; *Posner* (Fn. 19), S. 715.

194) *Posner* (Fn. 19), S. 716; 本質的に慎重なのは、*J. J. Donohue* (Fn. 185), S. 1399 f., 1408 f.

ばその他の企業の同僚ならびにその顧客もが差別的な態度をとった場合には、数十年にわたって存続し得る¹⁹⁵⁾。こうした状況の下では、支配的な人口集団の暗黙の「カルテル」を撤廃し、制度的に不利な立場におかれた者に、明確な期間の中で変化へのチャンスを与えるために、私法を動員することは不適法ではない。

今日のヨーロッパにおける状況は、1950年代におけるかつてのアメリカ連合国におけるそれとは比較できない。特定の集団の広域的な排除は、現代のヨーロッパ社会を見渡したところ話題にはなりえない。それによって人種、出自、性別および障害にもとづく差別の諸事例が現れることは争われるべきではないともいえる。決定的な問題は、不都合が非常に大きいので市場の自己治癒作用が当てにされてはならず、国家の介入が要請されるかどうかである。この問いは、私見によれば、明確に否定されなくてはならない。反差別指令は、ア・プリオリに不当なのではなく、それは自由権への目的—手段の不相当な侵害なのである。なぜなら、これが契約自由の濫用されている諸事例を機会にして、契約自由の行使をまとめて正当性要求にさらしているからである。

V. 私法の憲法化

1. 出発点

前に議論した無資力の家族構成員の保証と夫婦財産契約の内容規制についてのBVerfGの裁判は、現代の私法がもはや閉ざされた体系を意味してはいないということを、印象深く証明している。GGの基本権は、私法の解釈と法創造に影響を、すなわち理論的にのみならず実務的にも、与えている。BVerfGは、民事裁判をその憲法適合性について審査し、最上級のドイツの民事裁判所——BGH——を、場合によっては是正する権威と資格を有している。以下では、

195) いわゆる「顧客と同僚の差別 (customer and fellow-worker discrimination)」につき詳細は、*J. J. Donohue* (Fn. 185), S. 1404 ff.

これまで例示的にしか取り扱われてこなかった事柄が詳細に検討されるが、それはすなわち、GGと前述した実質化の一押しをなお強化したBVerfGの判例が、私的自治の理解における変化を惹起し、少なくとも促進したということである。その際に、BVerfGは、多くの判決にしたがって個々の裁判の中で目的を超えて展開し、私的自治——正しく理解されなくてはならないようなそれ——は、まさに蔑ろにされてきた。

さらに私法は、EuGHがその遵守を監視しているところのヨーロッパ法の規準を顧慮しなければならなかった。そこから私的自治にとって生じる帰結の一部は、とりわけそれがヨーロッパの第二次法に遡る限りにおいては、例えば消費者売買指令および反差別指令のごとく、既に前述されている。その際に、ヨーロッパの第一次法から第二の憲法の実質化の一押しが出発しているということは、広く等閑視されている。EC条約の基本的自由は、基本権の経歴を繰り返し、市民の下での水平関係に「照射するため」の最善の道程にある。

ここで定められた枠組みの中では、私法の基本権への拘束と基本的自由の私法上の効力という2大トピックを、包括的に検討することは不可能である。以下の検討は、先に挙げた展開が、私的自治の理解にとって有する帰結に集中する。

2. ヨーロッパ法

a) 共同体法とヨーロッパ人権条約

ただちに示されなくてはならないように、基本権の水平的効力を承認するということは、ドイツの憲法解釈学の発明ではなく、それは今日のヨーロッパ共通のアイデアを意味している。各国家の憲法による私的自治ないし私法の重層は、展開の鎖にすぎない。それはいわばヨーロッパの局面で繰り返されており、すなわちちょうど2回、一度がEC条約の基本的自由の水平的効力のゆえにであり、——もう一度は——ヨーロッパ人権条約（以下「EMRK」とする。）の基本権の水平的効力を顧慮してである¹⁹⁶⁾。それにもかかわらず、人権の次元

196) EMRKの人権の水平的効力めぐる議論については、Alkema, FS Wiarda, 1988,

はここでのコンテキストにおいては除外されるが、その理由は、条約上の機関の判例においては、私的領域の保護（EMRK 8条）は、EMRK10条の情報の自由に対する緊張関係において支配的だからである¹⁹⁷⁾。この所見は、驚くにはあたらない。というのも、EMRKは契約自由を、それ自体としても、移動の自由に限定されたEMRK 2条の枠内においても¹⁹⁸⁾、さらにはEMRKの追加議定書1条による所有権の保障の枠内においても¹⁹⁹⁾保護してはならないからである。したがって、以下の叙述の中心点は、共同体法の基本的自由である。

b) 基本的自由の第三者効

前述したヨーロッパ法上の差別の禁止の私法上の効力についての判例は、AEUV18条（=EG12条）に限定されることはなく、それ自体、労働者の移転の自由（AEUV45条=EG39条）と役務提供の自由（AEUV56条=EG49条）に対する関連を樹立している²⁰⁰⁾。この意味において、差別からの保護は同時に、役務提供取引の自由を——すなわち私的な関係主体に対する関係でも——提供している。

aa) 判例の立場

差別の禁止と役務提供の自由の結びつきは、どのようにEC条約の他の基本的自由と調整をするかという問題を投げかける。問題は、とりわけ商品取引の

S. 33 ff.; *Ellger*, *RabelsZ* 63 (1999), 625; *Sudre*, *FS Ryssdal*, 2000, S. 1359 ff.; *Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Aufl. 2008, § 19 Rdnr. 7 ff.; *Wiesbrock*, *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*, 1999, S. 84 ff.

197) これにつき詳細は、*Giegerich*, *RabelsZ* 63 (1999), 471; *Wagner*, *RabelsZ* 62 (1998), S. 243, 267 f.; *Grabenwarter*, *FS Ress*, 2005, S. 979 ff.

198) *Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention* (Fn. 196), § 21 Rdnr. 2 参照。

199) *Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention* (Fn. 196), § 25 Rdnr. 3: 「既得権」。

200) 前記IV. 6. c) 参照。

自由(AEUV34条以下=EG28条以下)に関して、しかしまたAEUV49条(=EG43条)による営業の自由のコンテクストにおいても出てくる。これについてのEuGHの判例は、きわめてわずかであり、様々な解釈の可能性が残されている。その衝撃の方向性は、もちろん明確である。すなわち、基本的自由の効力は、加盟国と市民の垂直関係に限定されず、市民間の水平関係にも拡張される²⁰¹⁾。

第一に、加盟国は私人の侵害による基本的自由の侵害を阻止することを義務づけられているということが、強く妥当する。外国の競合する生産物の製造者に対してのフランスの農民と漁民の干渉が典型例であり、ここでフランス共和国は、AEUV 4条2項との結びつきにおけるAEUV34条以下(=EG10条[旧EGV 5条]との結びつきにおけるEG28条以下)から引き出された自らの市民のための商品取引の自由からの保護義務を関連させている²⁰²⁾。基本的に、ここでは各国の基本権保護義務をドイツ憲法のコンテクストにおいて基礎に置くという[法律]構成が問題になっている²⁰³⁾。EuGHにとって決定的であったのは、共同体域内の商取引は、「ある行為によって同じく、加盟国が何もしないか、あるいは自由な商品取引にとっての障壁、とりわけ他の加盟国の生産物に対して向けられた私人の行為によってその領域において作り出された障壁を除去するための十分な措置を執ることを怠るということによっても侵害され」うとの考慮であった²⁰⁴⁾。

基本的自由の直接的第三者効、したがって私人自体も基本的自由によって設

201) *Köndgen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2006, S. 65, 70 f., 74 ff.

202) EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs C-265/96 (*Kommission ./. Französische Republik*), Slg. 1997, I-6990, Rdnr. 30 ff.; EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs C-112/00 (*Schmidberger ./. Republik Österreich*), Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 57 ff.

203) これについては, *Canaris*, in: Bauer/Czybulka/Kohl/Vosskuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, S. 29, 49; 一般には, *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 1992/2000 § 111, Rdnr. 134.

204) EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs C-265/96 (*Kommission ./. Französische Republik*), Slg. 1997, I-6990, Rdnr. 31; 同様なのは, EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs C-112/00 (*Schmidberger ./. Republik Österreich*), Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 57.

定された差別の禁止と制限の禁止の名宛人であるのかどうかという問題に対してのEuGHの立場は、ほとんど明らかではない。したがってEuGHは無体財産権についての裁判の中で、たしかに国家の法秩序によって承認された無体財産権の構成部分ではないが、その行使が「条約の禁止規範によって制約され〔う〕る」と述べた²⁰⁵⁾。さらにEuGHは、私法上の医師会を営業の自由と役務提供の自由の保障に拘束することに疑念を表明しなかった²⁰⁶⁾。「ノルトゼー (Nordsee)」事件において、EuGHは、共同体法が「全ての加盟国の主権領域の上で完全な範囲で考慮され」なければならないとさえ傍論で言ってしまう、「それゆえ契約の当事者にとってはそこから脱け出す自由はない」と付け加えた²⁰⁷⁾。同様の定式は、*ダンスク・スーパーマーケット (Dansk Supermarked)* 事件における多くの議論のなされた判決にも見出せる²⁰⁸⁾。かくしてEuGHは、かろうじてではあるが、EC法への私法上の権利主体の直接的な拘束に近づいており、その結果、まさにそのようにEuGHはドイツの学説の一部によって理解されてもいる²⁰⁹⁾。

これに対しては、引用されたEuGHの裁判の度を越えた解釈が戒められなくてはならない²¹⁰⁾。ノルトゼー〔事件〕では、船主間の話合い、すなわちECによって支払われた補助金を、配分ルールに反して分配する話合いが無効であるかどうかが問題となったのである。このことを肯定するためにはEC法——このケースではEC規則が問題であった——の私人への直接的効力が主張される必要は

205) EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs 58/80 (*Dansk Supermarket SA ./. A/S Imerco*), Slg. 1981, 181, Rdnr. 11.

206) EuGH, Urt. v. 06.10.1981, Rs 246/80 (*Broekmeulen ./. Huisarts Registratie Commissie*), Slg. 1981, 2311 Rdnr. 18 ff.

207) EuGH, Urt. v. 23.03.1982, Rs 102/81 („Nordsee“ *Deutsche Hochseefischerei GmbH ./. Reederei Mond*), Slg. 1982, 1095 Rdnr. 14.

208) EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs 58/80 (*Dansk Supermarket SA ./. A/S Imerco*), Slg. 1981, 181, Rdnr. 17.

209) 肯定的なのは, *Steindorff*, FS Lerche, 1993, S. 575, 577; 否定的なのは, *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 464 ff.

210) *W. H. Roth*, FS Everling, 1995, S. 1231, 1235 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 698 ff.

ない。というのは、事件は問題なくBGB134条、同138条の枠内において処理されるからである。ダンスク・スーパーマーケットにおいては、EuGHは、厳密に見れば、ライセンス契約の当事者は共同体法上の消尽原則(Erschöpfungsgrundsatz)を捻り出す権限はないということを明らかにしたにすぎない。EuGHは、他の裁判において、私人に関しても自由を拘束することをあからさまに退けたということがさらに付け加わる。もっとも明確なのは、その限りでフランドル旅行代理店 (*Vlaamse Reisbureaus*) 事件における裁判であり、その中でEuGHは、簡潔に次のように述べている。すなわち、「EWG30条および同34条 (EG28条、同29条、AEUV34条、同35条)は、国家の措置のみに関連しており、事業者の行為態様を挙げてはいないので、主たる手続において出てきたような国家の規定が、これらの条項と両立するかどうかのみが審査されなくてはならない」²¹¹⁾。

他方で、EuGHは、比較的最近の、AEUV49条 (EG43条)による営業の自由についてのヴァイキング・ライン (*Viking Line*) 事件における裁判の中で、基本的自由へ私法上の権利主体を拘束する方向へのさらなる歩みを進めたが、それは明示的に労働者の移動の自由と差別の禁止についての判例と関連づけることによってであり²¹²⁾、それは第三者効を無条件に肯定しているものである²¹³⁾。主たる手続は、フィンランドの船主と、ストライキによって船舶の船籍変更を阻止しようとしたその労働組合の間の紛争に関係していた。裁判所は、まず第一にヴァルラベ、ボスマン (*Bosmann*) およびアンゴネーゼ事件における諸判決等を援用して、国家に起因する障壁の撤廃は、公法に服さない合意と組織がその法的自律の枠内において設定した障壁によって無力化されてはならないと明言した後に²¹⁴⁾、EC法は加盟国のみに向けられているのではな

211) EuGH, Urt. v. 01.10.1987, Rs 311/85 (*VZW Vereinigung van Vlaamse Reisbureaus* / *VZW Sociale Dienst*), Slg. 1987, 3801, Rdnr. 30.

212) 前記IV. 6. c)。

213) 前記IV. 6. c)。

214) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs C-438/05 (*International Transport Worker's Federation* / *Viking Line*), Slg. 2007, I-10779, Rdnr. 57. [本判決については、中村民雄 = 佐々木弾「単一市場の経済論理とEU労使関係法のあり方：ヴァイキング事

く、場合によっては私人も権利を付与されているとの指摘をし、その後簡潔に次のように述べている。すなわち、「そのような考慮は、基本的自由を保障しているEG43条（AEUV49条）についても妥当しなくてはならない」²¹⁵⁾。さらに続けて言う。「そこからEG43条（AEUV49条）は、場合によっては主たる手続のそれと同様に、直接に私企業によって、労働組合または労働組合連合に対して主張されうる」と²¹⁶⁾。

bb) 集团的措置と個人による私的自治の行使

EuGHが今日基本的自由と私的自治の間の緊張関係のどの位置に立っているのかを述べるのは、不可能である。ヴァイキング・ラインの法的事件における論告担当官マドウロ（*Maduro*）の最終弁論は、裁判所の中に身を置く人間が、自らの、年月をかけて成立した判例のアンビヴァレンツを徹底して意識しているのだということを推測させる²¹⁷⁾。このアンビヴァレンツを解決するために、論告担当官は、基本的自由に対する集团的な侵害と個別的な侵害を区別することを提案する。私的自治にもとづいて外国商品を排除する個々の関係主体は、EU内部の商品取引への影響をもたず、安心して市場の自浄作用・自己治癒作用と競争に放任されうる²¹⁸⁾。他方で、私的な関係主体の行態が、商品と役務提供の自由な取引を制限するのに十分な強さの「一般的効力」を作り出す場合には、この逆である²¹⁹⁾。この要件は、ある加盟国の私法が、個々の私法上の権利

件を素材にした法学・経済学対話（〈特集〉法と経済学）」社会科学研究所（東京大学社会科学研究所）62巻2号（2011年）33頁以下に紹介されている。]

215) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs C-438/05 (*International Transport Worker's Federation ./. Viking Line*), Slg. 2007, I-10779, Schlussanträge, Rdnr. 59.

216) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs C-438/05 (*International Transport Worker's Federation ./. Viking Line*), Slg. 2007, I-10779, Schlussanträge, Rdnr. 61.

217) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs C-438/05 (*International Transport Worker's Federation ./. Viking Line*), Slg. 2007, I-10779, Schlussanträge, Rdnr. 29 ff.

218) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs C-438/05 (*International Transport Worker's Federation ./. Viking Line*), Slg. 2007, I-10779, Schlussanträge, Rdnr. 42: これらのケースでは、「市場が事柄を規律するであろう」。

219) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs C-438/05 (*International Transport Worker's*

主体が内国市場に障壁を立てる手段を付与されるように形作られている場合に、充足される。その限りにおいて、無体財産法がひな型をなしており、それは時的に限定された独占権を認め、競争の自由を厳しく制約している。第二の事例群は、私法上の権利主体が、準公権的な機能を主張することによって特徴をつけられるが、それは、例えば家庭医の開業許可が服するような私的団体のごときである。最後に考慮されるべきは、私人が、集団的な行為によって外国の競争相手に対して自己の利益を貫徹し、そのほかにもその不利益になる基本的自由の行使を妨げるために力を合わせる諸場合である。

EuGHは、営業の自由の水平的効力を、いずれにせよ労働組合に対する企業の関係において、したがって自己の利益の貫徹のための集団的行為という古典的領域において肯定する限りで、ヴァイキング・ラインの法的事件における論告担当官の熟慮を自らのものとした。これに対して、個々の事業者と個々の消費者による私的自治の個人的な行使は、EC条約の基本的自由を顧慮する必要はないとの趣旨の言明は、判決中に見出すことはできない。反対に、EuGHは、明示的にアンゴネーゼの判決を援用しているが、それはたしかに同じく労働法上の訴訟物を有してはいるものの、集団的措置または法的行為に関するものではなく、個々の銀行の雇入れ実務に関係している。この判決では、私的自治の集団的行使へのAEUV45条(EG39条)の水平的効力の制限が語られているのではなく、それは明示的に「私人間の契約」に対して拡張されている²²⁰⁾。このことは、基本的自由の水平的効力を無制約に肯定するEuGHの傾向に、プラスの材料を提供している。

cc) 私法と公法の効力の等置

それに対して、集団的行為と個人による私的自治の行使の間の区別は、論告担当官マドウロによって展開されたように、私法上の規律と公法上の規律の効

Federation ./. Viking Line), Slg. 2007, I-10779, Schlussanträge, Rdnr. 48.

220) EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs C-281/91 (*Angonese ./. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*), Slg. 2000, 4139, Rdnr. 34.

力の等置の中心点に関係している。超国家的な観点からは、とりわけ行政法上の手段と私法上の手段がしばしば効力を等置させられているということが、明白に示される。ある1つの加盟国が私法に委ねたものを、他の加盟国は公法という手段で規律している。原則的に等しい競争条件をもった域内市場を作り出すとする共同体にとっては、私法上の行為形式か、公法上の行為形式かの選択は問題たりえない。ヨーロッパ法の観点からすれば、外国籍の教師にとっての職業に対するアクセスが、学校制度が国家機関によって運営されているか、それとも私的な機関によって運営されているかによって左右されてはならない。もしそうでないとすれば、Aという加盟国出身の教師は、公的な学校制度を運営している加盟国Bにおいて、AEUV45条2項（=EG39条2項）を援用することができるが、これに対して、もし加盟国Aが学校制度を民間ベースに委ねているとすれば、加盟国B出身の教師は、加盟国Aにおける国籍にもとづく差別を甘受しなくてはならないことになってしまうであろう。

しかしながら、私的自治による規約を含んだ私法上の規律と公法上の規律の効力の等置は、可罰行為またはそれぞれ行態が域内市場における要素配分（Faktorallokation）を歪ませるのに有効な場合にのみ語られる。その限りで、EC条約の競争法の評価に結び付けられうるが、それには疑問の余地なく直接的な第三者効が与えられる。AEUV101条以下（=EG81条以下）は、契約当事者の内容の自由を制限しているが、それというのも、加盟国間の商取引に影響を与えると考えられ、かつ、共同体市場内の競争を妨害し、制限し、もしくは歪曲する目的を有し、またはかかる結果をもたらす合意を禁止することによってである（AEUV101条=EG81条）。同様のことは、一以上の事業者が支配的地位を濫用し、それによって潜在的に加盟国間の商取引が悪影響を受けるおそれがある契約についても妥当する（AEUV102条=EG82条）。両方の事例において、競争の制限を目的とした契約という1つの要素だけでは十分ではなく、さらに競争の妨害、制限、もしくは歪曲が実際に生じるか、少なくともそのおそれがあることが必要である。この種の効力は、個々の私法上の権利主体の商取引には帰属しない。

3. 私法の基本権による拘束

a) リュート判決の2つの綱：照射効と基本権の至上性

ドイツでは、民法の憲法化の過程は、1956年のリュート判決（*Lüth-Urteil*）によって始まった²²¹⁾。リュート判決は、厳密に言えば相互に互換性があるわけではないにもかかわらず、今日まで引き摺られている、市民相互の関係における基本権の水平的効力を理由づけるための基本的アプローチを既に含んでいる。それは一方で、法秩序の全領域に照射する価値秩序としての基本権カタログという観念であり、他方で、通常の法に対する憲法の至上性の強調とまた私法に対する基本権の優先である。

基本権の私法への照射効は、リュート判決においては、GGの基本権に関する節が、そこから立法権と司法権が「ガイドラインと推進力」を受け取る、すなわち私法事件においてはBGB826条の態様によるいわゆる「一般条項」によって仲介される「客観的価値秩序」を成しているという論拠によって理由づけられている²²²⁾。それによれば、基本権は、解釈の余地を充填するに際しての論拠であり、すなわち、とりわけ解釈の余地の大きいところ、つまり一般条項ではそうである。民事の裁判官は、「憲法上の要請にしたがって、適用すべき民事実体法規定が記述されたやり方で憲法上影響を及ぼすかどうかを審査しなくてはならず、このことが当てはまるとすれば、当該規定の解釈と適用に際して、そこから生じる私法の修正を考慮しなくてはならない」という²²³⁾。それゆえ、基本権が水平関係において「妥当する」のではなく、単にそこへ照射するにすぎない。したがって、たしかに民事裁判所はBVerfGによる統制には服するが、このことは照射テーゼにより制限される。すなわち、BVerfGは、「単に特定の民法への基本権の『照射効』を判断し、憲法命題の価値内容をここでも通用さ

221) BVerfGE, 7, 198, 205 ff. = NJW 1958, 257 [本決定の紹介として、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、第2版、2004年）157頁以下（木村敏夫執筆）がある。]; また、BVerfGE, 95, 365, 395も参照。

222) BVerfGE, 7, 198, 205 f. = NJW 1958, 257, 258.

223) BVerfGE, 7, 198, 206 f. = NJW 1958, 257

せなくてはならない」というにすぎない、という²²⁴⁾。

それと並んで、リユート裁判においては、基本法について語った、反論を許さぬ命題が存在する。すなわち、「民法規定はそれに矛盾をしてはならず、それぞれがその精神において解釈されなくてはならない」²²⁵⁾。ここでBVerfGは、基本権のカタログの中で保護された価値でもGG 1条3項でもなく、単純に規範のヒエラルキー内部での憲法の地位、通常の法に対するその優越性を援用しており、したがって全くもってGG全体が——そして単に基本権だけでなく——述べられてはいない。こうした私法の基本権による拘束の態様は、解釈に疑義があって、他のどこかよりもよりしばしば一般条項に依拠するかもしれない事案において、一方または他方の結論を理由づけることを助けることに限られているわけではない。むしろ私法の全ての規定は、そもそもそれがGGと調和するように解釈されなくてはならない。その際に、いずれにせよいかなる要件の下で私法上の規定が基本権と「矛盾」しうるかは、まず第一に依然として未解決のままである。

かくてリユート判決の照射テーゼと至上性という論拠の間の中心的区別は、私法の領域における基本権の妥当と関係している。すなわち、もし基本権が私法に関しても妥当するのであれば、照射効は必要ではない。最高位の国内法源としてのGGの性格は、いずれにせよ、なおいかなる範囲で基本権が私法上の関係の形成にとっての規準を内包しているかについては、何一つ述べてはいない。GG 1条3項への依拠もまた、この問題を解決することはない。というのは、——カール・デーリング (*Karl Doehring*) の言説のパラフレーズにおいて、次のように述べているからである。すなわち、「立法者と裁判所は、それが妥当する限りにおいて、基本権を顧慮しなくてはならなかった。立法者が立法し、または裁判所が判断をするから基本権が妥当するわけではないのである²²⁶⁾。GG 1条3項は、裁判所は基本権が裁判に出ている法律関係を支配して

224) BVerfGE, 7, 198, 207 = NJW 1958, 257, 258; BVerfG NJW 2007, 286, 287.

225) BVerfGE, 7, 198, 205 = NJW 1958, 257.

226) *K. Doehring*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S.

いる場合にはこれに拘束されるが、基本権があらゆる私法上の関係において適用をされるわけではないということのみを述べているにすぎない。その限りにおいて、依然としてギュンター・デューリッヒ (Günter Dürig) の見解が妥当する。すなわち、「もし民事裁判もまた (国家の活動であるがゆえに) それ自体としてGG 1条3項にしたがって基本権に拘束されるという事実から、何らかの方法で民事裁判権に判断を委ねられた民事実体法を逆推するのであれば、明らかに誤りである」²²⁷⁾。民事裁判所にとって当てはまることは、私法の立法者についても当てはまらなくてはならない。というのは、後者はとりわけ、個々の事案を裁判しなくてはならないその審級よりも、紛争をより高度の一般的な段階で規律しているからである。

この点でデューリッヒは、その限りにおいて不当にも今日の形態における間接的第三者効説の共同主張者として通っているのだが、1つの明確な見解を主張している。[すなわち、次のように言う。] GGは市民の法律関係の形成にとっての規準を含んではいない²²⁸⁾。GGの下でも、「他者から契約による基本的自由の放棄を受け、自由の制限が顕在化するにもかかわらず他者に契約の履行を要求する民事法上の適法な自由」が存在する、と²²⁹⁾。デューリッヒは「価値秩序」という観念を必要としたが、それは基本権が本来まさに「妥当」していないところで——市民間の関係において——それを妥当させようとしているからである²³⁰⁾。

209.

227) Dürig, FS Nawiasky, 1956, S. 157.

228) Dürig (Fn. 227), S. 176 ff.

229) Dürig (Fn. 227), S. 157, 160. 関連して掲げられた設例の下に、次のことが明らかになる。すなわち、「5条, 11条等にもかかわらず、契約が、例えば意見表明の自由, 居住移転の自由の制限を——場合によっては思想信条の自由の制限さえ——はじめから内容とし、あるいはその履行に際してもたらずにもかかわらず、当事者は契約に拘束されることになる」。

230) Dürig (Fn. 227), S. 157, 176.

b) 侵害の禁止と保護命令としての基本権

基本権の水平関係における妥当という問題は、カナリス (*Canaris*) によって取り上げられ、解答された。カナリスは、「価値秩序」という観念を「照射効」とともに首尾一貫して退けるが、それは国家と市民の垂直関係をも支配する基本権の両方の妥当領域へ私法規範と民事判決を整序するためである²³¹⁾。それによれば、基本権は国家による基本権侵害に対する防禦権も私人による基本権上の財貨の侵害からの保護義務も保障している²³²⁾。カナリスによれば、たしかに私法上の権利主体自身ではないが、しかし立法と司法の機能における、したがって、立法者と裁判審級としての国家が、基本権に拘束される。基本権の水平的効力の代わりに、市民－立法者および立法者－市民ないし原告－裁判所および裁判所－被告の関係における二重の垂直的な効果が出てくる。いわば「対角線を介した」水平的効力が問題なのである²³³⁾。

国家が、法律または裁判所の判決によって、基本権により保護された一方当事者の法的財貨を侵害するのか、それとも国家が、他方の当事者に憲法によって帰せられた保護を与えないのかによって、基本権はその防禦機能または保護機能を発揮する。ある官庁によって記事の公表が退けられたプレス事業者は、

231) *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 224; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 ff.; 同様なのは, *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 52 ff. 防禦権としての基本権の機能と国家の保護義務としての機能については, *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts (Fn.203), § 111.

232) 保護義務論について基本的なのは, BVerGE 39, 1 42 [本決定の紹介として, ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』(信山社, 第2版, 2006年) 265頁以下(嶋崎健太郎執筆)がある。]; 46, 160, 164 [本決定の紹介として, ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社, 第2版, 2004年) 31頁以下(青柳幸一執筆)がある。]; 49, 89, 124 ff. [本決定の紹介として, ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社, 第2版, 2004年) 369頁以下(高田敏執筆)がある。]; 53, 30, 57 ff. [本決定の紹介として, ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社, 第2版, 2004年) 73頁以下(笹田栄司執筆)がある。]; 88, 203, 251; *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts (Fn. 203), § 111 Rdnr. 77 ff.

233) *Canaris*, in: *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (Fn. 203), S. 29, 39; *Pietzcker*, FS Dürig, 1990, S. 345.

これに対してGG 5条1項を援用して、その法規適合性と比例性の侵害が審査されなければならないという効果によって対抗することができる。同様に、カナリスによれば、プレス記事の公表を原告の人格権の保護を考慮して禁止した民事裁判所の判決は、基本権の防禦機能を動員した、GG 5条1項にもとづく被告の基本権への侵害と性格付けられる²³⁴⁾。実施者が問題の内容のプレス製品の配信を妨害するならば、プレス事業者は監督官庁に対してGG 5条1項を援用し、場合によっては実施者に対する干渉を要求することができる。同様に、大出版社の不買運動に向けられた新聞取次店の民事訴訟を棄却する裁判所の裁判は、基本権保護義務を作用させる²³⁵⁾。このことは、GG 5条1項の中に制定された原告の基本権の地位を私法上の請求権を保障することによって保護することを、裁判所が憲法上支持できない態様で懈怠したかどうかの審査を要求する。

c) 実質化された憲法上の私的自治

基本権の水平的効力一般のための解釈論上の足場としての侵害禁止と保護義務にもとづくタンデムが適当であることをめぐる議論にもかかわらず²³⁶⁾、私的自治の憲法上の保障は、特別の問題を提起する。なぜならば、それには憲法の「保護委託」がある程度内在するからである。すなわち、憲法上の意味の私的自治は、はじめから要求の高い意味での「保護された」自己決定を意味している。

ヴァイマル憲法152条とは異なり、GGの基本権の部分は契約自由には言及しておらず、その結果、私的自治には特別な自由権の位置づけが不明確なままに

234) *Canaris*, AcP 184 (1984), 202, 212 f.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 231), S. 12 f., 31.

235) BVerfGE 25, 256, 268 –ブリンクフューア (Blinkfüer) [本決定の紹介として、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、第2版、2004年) 166頁以下(玉蟲由樹執筆)がある。]; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 229 f.

236) 否定的なのは、とりわけ *Diederichsen*, Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, S. 39, 63 ff.; *ders.*, AcP 198 (1998), 171, 248 ff.; 「基本法上の保護義務からの保護」。

されている²³⁷⁾。いずれにせよGGの基本権の節は、GG 2条1項の一般的行為自由の保障によって明らかにされた自由権のカatalogを含んでいる。BVerfGは、私的自治を憲法上はGG 2条1項による一般的行為自由の枠内において保護された財貨として承認している²³⁸⁾。契約自由の行使が、労働関係の形成または企業経営に関係することから職業活動の領域へ該当する限りにおいて、GG12条1項という特別の基本権が作用する²³⁹⁾。ヴァイマル憲法との形式的な差異——ここでは特別の基本権であり、ここでは「単なる」一般的行為自由ないし職業の自由の構成部分である——から、格下げが引き出されてはならない。というのは、そのことによって私的自治の意義を何一つ変更しているわけではないからである。代理商裁判の中では適切に、私的自治は「自由な社会秩序の構成要素」であると述べられている²⁴⁰⁾。

BVerfGは、私的自治を「個人によるその意思にもとづいた法律関係の形成」として²⁴¹⁾、ないし「他者との関係における自由かつ自己責任にもとづく行為」を求める権利として²⁴²⁾、内容的に定義している。契約はここでは自己決定の典型的な手段である。すなわち、「契約当事者たちは、その個人的な利益を、相互に、適切な調整へと導くように自己決定を行う。それゆえに彼らの合致した意思は、通例、契約によって設定された適切な利害調整にもとづいていると推測され、国家は、原則としてそれを尊重しなくてはならない」²⁴³⁾。したがって、締約強制による契約締結の自由の制限は、契約自由への侵害として性質決定さ

237) これにつき、*Isensee*, in: ders. (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung* (Fn. 9), S. 239, 245 ff.

238) BVerfGE 8, 274, 328; 72, 155, 170; 12, 341, 347; 65, 196, 210; 74, 129, 151 f.; 89, 214, 231; 103, 89, 100; また、*Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 288 f. も参照。

239) BVerfGE 68, 193, 223 f.; 77, 84, 118; 95, 173, 188; BVerfG GRUR 2001, 266; NJW 2007, 286.

240) BVerfGE 81, 242, 254. [本決定の紹介として、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』(信山社, 第2版, 2006年) 265頁以下(押久保倫夫執筆)がある。]

241) BVerfGE 89, 214, 231.

242) BVerfG NJW 2007, 286, 287.

243) BVerfG NJW 2007, 286, 287; 同様なのは、BVerfGE 81, 242, 254; 103, 89, 100.

れなくてはならないが²⁴⁴⁾、このことは例えば普通取引約款の規制による、内容自由の制限と同様である²⁴⁵⁾。

それゆえ、たしかにBVerfGは私的自治を個人がその意思によって法律関係を形成するための手段として観念してはいるが、フルーメとは異なって、私法上の利害調整の手段ともとらえている。その限りにおいて、私的自治は基本権によって保護された自由の活動と、したがって、いわば「価値それ自体」であるばかりでなく²⁴⁶⁾、目的のための手段でもある。私的自治は、少なくとも契約の内容的均衡性という意味での契約正義を保障するための手段でもある²⁴⁷⁾。

契約という現象形態に合致する合意の全てが、内容上も関係人の利害を適切に顧慮しているわけではないのは、明々白々である。契約による利益調整の適切性は、むしろ外形的な合意の要素を超えた条件に依存している。BVerfGの文言においては、「個人の自己決定の条件が実際にも存在しなければならないということ」が重要である²⁴⁸⁾。[次のように言う。] その場合にのみ契約締結に際しての基本権による自由がいわば均衡しており、契約当事者の対立した利害は適切な調整へと導かれる、ということから出発することができる²⁴⁹⁾。国家は、これに応える私法秩序を形成することによって、均衡が破壊され、かつ一方当事者がきわめて優勢になり、その結果、この者が契約内容を一方的に決定することができるということを阻止しなくてはならない²⁵⁰⁾。たしかに保証裁判ではあらゆる交渉の均衡の障害に、全ての個別事案で応えることは民事法秩序にとって不可能であると認められてはいるが、「契約当事者の一方の構造的劣位

244) 例: BVerfGE 103, 197, 222; BVerfG GRUR 2001, 266 f.; 全体につき, *Ruffert* (Fn. 238), S. 307 ff.

245) BVerfGE 70, 115, 123.

246) これに強く賛成するのは, *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 207, 211 ff., 213; 出発点において同様なのは, *Lobinger* (Fn. 9), S. 99, 104 ff.

247) *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser, 1974, S. 3, 5 ff. 9 ff. 参照; ナチス時代における概念の成立コンテクストについてもそこにある。

248) BVerfGE 81, 242, 254 f.; 98, 365, 395; 103, 89, 100; BVerfG NJW 2007, 286, 287.

249) BVerfGE 81, 242, 255; 103, 89, 100.

250) BVerfGE 81, 242, 255; 98, 365, 395; 103, 89, 100 f.

が認められる典型事例」が存在し、劣位にある側が重大な不利益を負わされている場合には、このことは必須である²⁵¹⁾。そうした状況においては、民事裁判所は憲法上、場合によっては修正的に介入するために、BGB138条、同242条にもとづいて契約の内容規制へ立ち入ることが義務づけられている²⁵²⁾、と。BVerfGは、いずれにせよ労働法の領域において、この要件が充足されているとみたが²⁵³⁾、さらに事業者と代理商の間の関係において²⁵⁴⁾、また無資力の家族構成員の保証の場合にもそのように見た²⁵⁵⁾。

いずれにせよBVerfG、ないしその第1法廷自身は、保証裁判の中で主張された原則に依拠することはなかった。ホーエンツォレルン家の相続紛争は、大貴族の小さな家族集団のみに関係した、特別事例の典型例である²⁵⁶⁾。しかし、とりわけ蔑ろにされた子孫の自己決定の特殊な危殆化を考慮すると、典型的な事例はそもそも問題にはなりえなかった——誰が既に公正証書の中でその相続権を放棄し、この放棄を15年以内にさらに2度繰り返すか？それにもかかわらず、第1法廷第3小委員会は、子孫に強制によってなされたということを考慮して、放棄の〔意思〕表示がないものとした²⁵⁷⁾。

要するに、BVerfGの判例における私的自治というのは、^{サーヌス} 双面神のごとき考え方であるように思われる。すなわち、それは、あるときは契約による拘束の国家的な承認に向けられており、またあるときはその否定に向けられている²⁵⁸⁾。これら両方の相反する作用の方向性の限界づけは、私的自治それ自体の憲法上の考え方の中に含まれている。基本権上の私的自治によって、純粋な自

251) BVerfGE 89, 214, 232; *Dieterich*, RdA 1995, 129, 131.

252) BVerfGE 89, 214, 233 f.

253) BVerfGE 84, 212, 229; 85, 191, 213 [本決定の紹介として、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』(信山社、第2版、2006年)98頁以下(青柳幸一執筆)がある。]; 98, 365, 395 f.; BVerfG NJW 2007, 286, 287.

254) BVerfGE 81, 242, 255 f.

255) BVerfGE 89, 214, 234 f.

256) BVerfG NJW 2004, 2008, 2010; この事例につき詳細は、後記V. 3. e)。

257) 前注256) 参照。

258) *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 204 ff.

已決定行為が存在するか否かに応じて、契約は守られなければならない (*pacta sunt servanda*) という原則も、その反対も理由づけられる。

d) 私的自治と保護義務論

一方で形式的な契約自由の保障としての、他方で実質的な契約正義の保障のための手段としての二面的な構造のゆえに、憲法上の契約自由の考え方は、国家による侵害に対する防禦権と私人による侵害からの保護義務という二元的な図式へと摩擦なしには挿入されえない。

カナリスが保証事件を考慮して展開した考え方によれば、契約上の請求権の実現を合意の無効を顧慮して棄却した判決というのは、債権者の契約自由への侵害を意味しており、それはもちろん相手方当事者の私的自治の保護という利益において正当化されうる²⁵⁹⁾。實際上、「より弱い」契約当事者——ここでは保証人——のための干渉を命じる「憲法上の保護委託」について語ることは問題なく可能である。しかし、この意味づけは、基本権保護義務にとっての解釈論的な出発点——すなわち基本権により保護された法的財貨への私法上の権利主体の侵害——が、公証人の諸事例においてはまさに欠けているということを隠ぺいしている²⁶⁰⁾。婚姻パートナーに与信した銀行による保証関係の設定を、保証人の自由権に対する「侵害」と性質決定するのはこじつけである²⁶¹⁾。無補償の競争禁止合意は、この種の契約形成が法律上明示的に定められている場合にはなおのこと、代理商の基本権への本人の侵害には当たらない²⁶²⁾。最後に、

259) *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 49; 同様なのは, *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 52 ff.; *Ruffert* (Fn. 238), S. 335 ff.

260) *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Fn. 203), § 111 Rdnr. 131; *ders.*, DNotZ 2004, 754, 765; *ders.*, FS Großfeld, 1999, S. 485, 500 ff.; 異説は, *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 75 f., 85; *Ruffert* (Fn. 238), S.247 ff.

261) *Isensee*, FS Großfeld, 1999, S. 485, 501 f.

262) 異説は, *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 75. 彼は, 本人の「侵害」を, この者が契約の履行の上に存在し, 向けられた権利保護を甘受するという点に見ようとする。もしこのことが正しいとするならば, 理由具備性のない民事の訴えの中に, 民事裁判所が被告の基本権の保護を義務づけられた, 原告に帰属すべき基本権の

子供の父親が、夫婦財産契約の締結にあたり婚姻締結の準備ができていると述べる場合には、これも妊婦の基本権への私人の侵害を意味してはいない。

基本権の防禦機能に代えて保護機能に照準が合わせられる場合には、困難がより少なくなるというわけではない。「GG 2条1項の保護義務機能との組み合わせにおいて、……個々の基本権の主体の私的自治による行為を、彼の手の内にある法生活における自己決定による実施の余地をある程度保障するように取扱えとの私法の立法者への委託は、なお私的自治の名に値する」と判明するとの定式化がなされる場合には²⁶³⁾、契約法上の問題状況を把握するために保護義務の解釈論が適性を欠いているということは、不完全に隠ぺいされているにすぎない。「広範囲に法生活における他者決定」が自己決定に代わって出てくる場合には、憲法に違反した状態が生じるであろう²⁶⁴⁾。ここでは何が保護義務機能と本来的に組み合わせられるべきなのかが未解決であるばかりでなく、保護義務にとっての出発点——私人による基本権の保護法益への侵害——も挙げられてはいない。最後に、自己決定が「広範囲で」保障されないということが、個別事案における基本権侵害の確認にとって、どの程度問題となるかは分からない。

中間的結論として、保護義務論は、私的自治の実質化に、それに適した解釈論上の形態を付与するには適当でないということが、依然として書き留められなくてはならない。

e) 基本権侵害としての契約責任？

もし私人間の契約締結ないし裁判所によるその実現を、既に保護義務と侵害の防禦という図式へ押し込めようとするのであれば、侵害としての性質決定がより容易に考えられる。とりわけ、なぜ基本権の防禦機能は、たしかに場合によ

侵害が存するのではないか。請求を誤って認容したことに対しては、常に憲法異議が認められなくてはならないのではないか。

263) *Ruffert* (Fn. 238), S. 338.

264) *Ruffert* (Fn. 238), S. 338.

ては法定債務関係にもとづく義務の実現に対立することとされるが²⁶⁵⁾、契約上理由づけられた請求権の実現には対立しないのかは²⁶⁶⁾、明白ではない。両方の事例において、BGB823条1項であれ、同280条1項であれ、裁判所によって具体化され、個別事案の裁判の基礎とされる私法上の規範にもとづいて損害賠償義務が発生する²⁶⁷⁾。

損害賠償義務が契約上の債務関係、または法定の債務関係のいずれに依拠しているかによって、その基本権上の処遇が非対称であるということは、契約上の義務が「自由意思により」引受けられるであろうという理由によっても、正当化されることはない。もちろん自由意思により引受けられた義務づけが、同意は害さず (*volenti non fit iniuria*) の原則が妥当するからであれ²⁶⁸⁾、私的自治の活動が、第一次的には自由の利用であるという事情を顧慮してであれ、基本権の侵害には当たらないということは正しい。さらに、こうした法的評価は、国家の裁判所が自由意思により引受けられた義務づけを承認し、国家による給付命令の基礎とする場合にも、何一つ変わるところはない。ただ、契約による義務づけが現実に「自由意思により」引受けられ、それゆえに義務づけという基本権の侵害なしに、国家の側から強制という威嚇の下で実現されてよいかどうか——これが関連する諸事例ではまさに問題なのである。もしこのことが否定されなくてはならないのであれば、したがって強く要求された意味にお

265) こう述べるのは、*Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 212, *ders.*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 259), S. 51 f.

266) こう述べるのは、*Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 208 ff., 218 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 259), S. 37.

267) ついでに言うと、BGB1004条にもとづく賃貸人の請求権で生じたパラボラアンテナの取り外しについての賃借人の敗訴は、賃借人の基本権の侵害を意味するのではなく、再び情報の自由 (GG 5条1項) の保護機能のみを活動させるべきであるという (こう述べるのは、*Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 259), S. 56であり、aaO, S. 51とは対照的である)。もしBGB823条1項にもとづく損害賠償請求についての敗訴が侵害を意味するのだとするならば、不作為による権利保護の保障の場合には、どのようにして異なりうるのか?

268) *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 259), S. 49; *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 760.

ける「自由意思による」義務づけが存在していない場合には、基本権侵害は否定されてはならない——少なくとも、私法上の請求権を実現する裁判所の判決が、一般的に基本権侵害と性質決定される場合には否定されてはならない²⁶⁹⁾。極め付きの例を挙げよう。すなわち、保証人が主債務者から弾を装填したピストルを突き付けられて保証の意思表示をすることを強いられたが、債権者はそのことについて知っていたとする。裁判所は、それにもかかわらず保証債務の支払いを命じ、「契約は守られなければならない (pacta sunt servanda)」の原則を援用する。——この事案においては、實際上、BGB823条1項にもとづく損害賠償を命ずる給付判決の場合とは異なっているのだろうか？

ホーエンツォレルン家の相続紛争におけるBVerfGの第1法廷第3小委員会の決定は、ホーエンツォレルン家の相続紛争において——少なくとも言葉の上では——なお一歩先を行っているが、その理由は、そこでは私的自治による法律行為自体が、不利益を受ける当事者の基本権への侵害として性質決定されているからである。この裁判は、遺言者^(訳注9)の最年長の孫で、遺言者とかつてのドイツ皇帝ヴィルヘルム2世の相続契約によって、同身分婚をしていないとの理由で相続順位から排除される者^(訳注10)の憲法異議にもとづいて下された。憲法異議申立人 (Beschwerdeführer) は、これと対応した相続契約における条項を、彼が間において合計15年繰り返し陳述してきた、少なくとも3回公証人によって公証された相続放棄の表示という方式において、それ自体承認してきた。BGHは、同身分でない女性との婚姻に関する相続放棄が陳述されるところの条項を有効と考えたのだが²⁷⁰⁾、BVerfGは、この裁判を相続不適格条項は

269) また、Cornils (Fn. 258), S. 178も参照。

(訳注9) ヴィルヘルム2世の長男ヴィルヘルム皇太子 (Wilhelm von Preußen, 1882.5.6-1951.7.20) を指す。

(訳注10) フリードリヒ・ヴィルヘルム・フォン・プロイセン (Friedrich Wilhelm Prinz von Preußen, 1939.2.9-) であり、現在のプロイセン王家家長ゲオルグ・フリードリヒ・フォン・プロイセン (Georg Friedrich Prinz von Preußen, 1976.6.10-) の伯父にあたる人物である。

270) BGHZ 140, 118, 127 ff.

GG 6条1項を侵害しており、同条によって命じられた遺言の自由と婚姻締結の自由が、BGHに「憲法上甘受しがたい態様で」誤解されているとの理由づけによって取消した²⁷¹⁾。その際に、小委員会は次のように定式化した。すなわち、「GG 6条1項による婚姻は、原則的に解消できない生活共同体として保護されているので〔論証〕、同身分条項には間接的に作用し、かつ継続的な侵害が存在する²⁷²⁾。BVerfGは、憲法異議申立人が同身分条項を、自ら3回公証人による形で、それ自体拘束力のあるものとして承認したという事情を、例えば当該条項の有効性にとって有利にはなく、その反対に、基本権違反に関するさらなる徴表として評価した。すなわち、「この表示をするということによって、憲法異議申立人の上にはおそらく意図していた婚姻を控えるという重大な圧力が行使されたかもしれない」²⁷³⁾。憲法異議申立人の婚姻締結の自由への侵害は、ホーエンツォレルン家の家法が君主制の廃止によって国法上の機能を有しなくなったため、正当化することはできない、という²⁷⁴⁾。

中間的結論として、次のことが依然として書き留められなくてはならない。すなわち、ある責任を命じ、またはその他の不利益な法律効果を理由づける私法上の規範、ならびにこれに対応した民事裁判所の判決が、基本権の防禦機能に照準を合わせられるのであれば、真の自己決定という高度の要件が存在しない場合には、法律行為による義務の貫徹もまた私的自治への侵害を意味しているということは、さらなる推論への小さな一歩にすぎない。しかし、私法上の義務の貫徹が、基本権の防禦機能を解除するというまさにこの前提が、批判的な検討を必要としている。

もし不利益な私法規範や民事裁判所の判決が、それぞれの関係した私法上の権利主体の基本権への「侵害」だと性質決定されるのであれば、基本権の両方の潜在的な妥当次元——一方で垂直的な国家－市民の関係における、他方で水

271) BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

272) BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

273) BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

274) BVerfG NJW 2004, 2008, 2011.

平的な市民－市民の関係における——の間の区別は、事実上取り去られる。市民－市民の関係における義務づけは、それが裁判所の助力によって実現されるや否や、基本権の防禦機能を活性化するのであれば、基本権の直接的第三者効との区別はもはや存在しない。たしかにその際に、私人が自ら基本権の名宛人になるわけではなく、その結果、厳密に言えば「直接的」第三者効は存在しないということに残る²⁷⁵⁾。しかし、この差異は、たしかに私法上の権利主体がではないが、私法の立法者と民事裁判所が、私法によって理由づけられた債権者の債権の履行を命ずる民事裁判所の判決が債務者の基本権への侵害と性質決定され、その基本権上の地位から正当化されなくてはならないという意味において基本権に拘束されるのであれば、依然として何も生み出さない。もし、あるプレス事業者が著名人の私生活からの一定の写真の公表をしないことを義務づける民事裁判所の判決が、プレスに対する憲法に違反した侵害であると性質決定されるのであれば、このことはGG 2条1項において保障された一般的人格権の直接的第三者効に匹敵する。プレス事業者にとって、被写体の人格権を考慮することが私法上の権利主体として義務づけられているのか、それとも単に法治国家における関係人が彼に発生した私法上の請求権を実現するために助力を求めなくてはならないところの民事裁判所が、対応した義務を負っているのかどうかで異なるところはない。

同じことは、契約法の領域においても見られる。もしBVerfGが、代理商裁判において、契約による競争条項を貫徹することが被告の職業の自由を侵害するとの理由で、民事裁判所の判決が憲法違反であると宣言するのであれば²⁷⁶⁾、本人は事実上、代理商の職業の自由を考慮し、ないしはそれへの「侵害」をしないということを義務づけられている。ホーエンツォレルン事件における決定は、結局のところ、はたせるかな全くあからさまに死者によって私的自治によっ

275) Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 37; また, Canaris, AcP 184 (1984), 201, 203 ff., 212 f.; ders., Grundrechte (Fn. 259), S. 34 f.も参照。

276) BVerfGE 81, 242, 252 f.

てなされた処分の内容を、契約当事者の自由権に照らして評価した。この前提の下では、基本権が妥当しない唯一の領域が、法的に自由な領域である。南アフリカの裁判官であるクリーグラー (Kriegler) は、この見解を——肯定的な意図において——有名なデュプレシス裁判 (*Du Plessis-Entscheidung*) において以下のように述べた。

「法に訴えない場合、あるいは訴えるまでは、私人は、基本権と自由に関する限りは、その私的な出来事をまさに彼らの好むように振舞う自由を有している。……家主は、人種、ジェンダー、その他を理由にある人にアパートを貸すことを拒むことができる。偏屈者の白人は、ある人の〔肌の〕色を理由に財産を売ることを拒んで良い。社交クラブは、それを望むのであれば、ユダヤ人、カトリック教徒またはアフリカーナーを排斥して良い。使用者は、従業員の雇用において人種上の理由で差別をするのは自由である。ホテル経営者は、同性愛者に部屋を貸すことを拒んで良い。教会は一定の〔肌の〕色や階級の会葬者に門戸を閉ざして良い。しかし、何人もその偏見を強制しまたは保護するために法を発動してはならない」²⁷⁷⁾。

この意味における基本権の完全な水平的効力では、私的自治は、事実上法の外の領域に限定されてしまう。それは自らの法律関係の自己責任による形成を認めているのではなく、第三者がそれに気を悪くせず、裁判所の助力を求めない限りで、事実上の生き方の自由を認めているにすぎない。本来の、自己立法という意味における私的自治にはもはやその余地は残されていない。また、他者を顧慮することなく自らの志向を享受する点にのみ存在する自由は、現代の憲法が保護しようとしている自由ではない。基本権は自然状態における自由ではなく、法的に理解された社会における市民の自由を保障しているのである。

f) 一般的法原理としての基本権

前述の考察が正しいとすれば、侵害という^{ドグマティック}解釈論も、保護義務論も、憲法

277) *Du Plessis v. De Klerk* 1996 (3) SA 850, 914 f., para 135 (Kriegler, J., 反対意見).

的に特徴づけられた民事法の立法者と民事裁判所にとっての私的自治の実質化された内容を説明するには適切ではない。このことが、BVerfGがカナリスによって提示された理論を明確に確認することをこれまで避け、その代わりに照射というテーゼに固執していることについての理由なのかもしれない²⁷⁸⁾。代理商裁判において、たしかに「憲法の保護委託」が語られてはいるが、これは民事法の一般条項に対する照射効を伴った価値秩序としての基本権の機能によって仲介されるべきである、という²⁷⁹⁾。保証裁判において、裁判所は一般条項への基本権の単なる照射効で間に合わせ、したがって基本権の防禦機能も保護機能も必要とはしなかった。理由づけのためには、BVerfGにとっては、民事裁判所は「一般条項の解釈と適用に際しては、基本権を『ガイドライン』として考慮すること」を義務づけられるという確認で十分であった²⁸⁰⁾。夫婦財産契約の内容規制についての裁判においては、保護義務は、まず第一に基本権の価値秩序の枠内において展開され、それからGG 6条4項で支持された²⁸¹⁾。

契約法の領域においては、基本権はデューリッヒの意味における一般的法原理と何一つ異なるところはなく、それは私法の解釈と創造を共同決定する——が、先決するものではない²⁸²⁾。たしかに、正当にも照射効は「緊張度と範囲にしたがってそれ自体では不確定」であるが²⁸³⁾、結局のところ、この理論は民法上の評価の優位と、限界事例の解決に際しての手段を承認している。憲法が一般的な法原理へと撤退するということは、いずれにせよ私法の長い伝統またはその解釈学的構造の複雑性を理由に、命じられるものではない²⁸⁴⁾。むしろ決

278) 照射の解釈論と保護義務の解釈論の併存を考慮して、批判的なのは、*Cornils* (Fn. 258), S. 182: 「BVerfGが、この基本法解釈論上の基本問題において明晰性をもはや調達しなかったということは、残念なことである。」

279) BVerfGE 81, 242, 256.

280) BVerfGE 89, 214, 229 f.

281) BVerfGE 103, 89, 100, 102.

282) 前注228) 以下参照。

283) *Böckenförde* (Fn. 275), S. 32 ff.

284) こう述べるのは、とりわけ *Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), *Rangordnung der Gesetze* (Fn. 236), S. 82 ff.; *ders.*, AcP 198 (1998), 171, 216, 242 ff.

定的なことは、憲法が私法上の審査プログラムにほとんど何も付加しえないということである。すなわち、そのように理由づけられた義務の貫徹が、基本権によっても正当化されるところの、有効な自己決定行為が存在するかどうかを調査することが、常に問題となる²⁸⁵⁾。伝統的な契約法は、行為能力、意思の欠缺、詐欺および強迫についての諸規定が示しているように、真の自己決定を保障するであろう担保で満たされている。この伝統的な公準は、20世紀にはさらに著しく拡大されており、とりわけそれは普通取引約款の規制と、不意打ち状況における消費者の保護のための撤回権をめぐってである。もし、その理由づけに際して真の自己決定という前提が存在しなかった全ての契約による義務づけが、民事裁判所によって貫徹されるや否や基本権侵害に転化するのであれば、法律行為論は、憲法によるコルセットを受け取ることになる。この基礎にもとづいて、BVerfGの判例によって、「通常の」法の見誤りと「特別の憲法」の侵害の間では依然として区別がなされるべきであり²⁸⁶⁾、——私法は憲法と一部同一的になる²⁸⁷⁾——というように認識されてはならない。

BVerfGは、保証裁判の中で「典型的な事例形成」に集中することで、この帰結を証明することを試みた²⁸⁸⁾。BVerfGが、その乏しい資源を広範な影響を伴った重要な諸事例に限定しようとしているということは、実用主義的な視点から理解できるかもしれない——この関連性の基礎のための憲法解釈上の理由づけは明白ではない。真の自己決定が保障されなかったにもかかわらず、自由意思により引受けられた義務づけを実現するあらゆる裁判所の判決が、違法な基本権の侵害を意味しているということが正しいのだとすれば、BVerfGは、その介入を、本来、不利益が重大であり、多くの人が同様に関わり合うか否かに依存させてはならなかった。

285) *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 259), S. 49.

286) BVerfGE 18, 85, 92 f.以来の確立した判例；さらにBVerfGE 34, 269, 280; 62, 338, 343も参照；最近では例えば、BVerfGE 102, 347, 362; 111, 366, 373; これに対して批判的なのは、*Böckenförde* (Fn. 275), S. 33.

287) 同様なのは、*E. Schmidt*, KritV 78 (1995), 424, 427 ff.

288) BVerfGE 89, 214, 232; これについては既に、前記IV. 3. e)。

契約法の領域において、BVerfGは、事実上民事裁判権の羈束裁量的な(ermessensgeleitet)統制を行なっているが、それは管轄権を有する法廷に真の自己決定の要件が充足されていないと思われるときにいつでも介入を許容するものである。それによって略述される裁量は、完全な情報に基づいた合理的決断という高度の意味における自己決定が、意思表示のための有効要件ではなく、現実においては一度も完全には達成されることのない理想であればあるほど大きい²⁸⁹⁾。例えば、ホーエンツォレルン事件においては、BVerfGは、公証人による公証手続という真摯さの保障を示し、何度も更新された放棄の表示を有効と取扱うことがちょうど同じに全く可能であったかもしれないにもかかわらず、明らかにその相続財産を放棄した子孫の心の状況について思索した。

4. 要約：私法の自律性の喪失

私法の憲法化というあらゆる解釈論上の諸問題にもかかわらず、所見は明白である。すなわち、私法が自律性をこれまで以上に有していたとすれば、その憲法とヨーロッパの第一次法に対する自律的な地位を失ってしまった。この自律性の喪失の評価は、私法の自律性を正当化しえたところの基礎が明確であることを前提としている。かくして中核においては、それぞれ独自の法原理と憲法上の特権に服する公的領域と私的領域の区別の正当化が問題である。

この中心的な憲法政策的な問題は、アメリカ合衆国においては、人種による隔離政策を法的手段によって積極的に克服するという試みの結果の中でオープンに議論された。議論は、「ステイト・アクション」^(訳注11)という概念と、いわゆる公—私の区別の正当性をめぐって転回した²⁹⁰⁾。そこでは私法上の規律、殊

289) 前注40) 参照。

(訳注11) 元來は、「州行為」を意味したが、最近では広く governmental action と同義に用いられる、という。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、1994年)315頁。また、田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)の〈state action〉の項も参照。

290) 今日の状況については、*Michaels/Jansen*, 54 Am. J. Comp. L. 843, 856 ff. (2006) による概観を参照。

に法律行為的な性質の規律が、その効力において公法上の制限と同視される場合にも、基本権が剥奪されるのかどうか問題とされている。

伝統的な、自然法によって特色付けられた学派は、それが国家の作用、とりわけしかし憲法からも遮蔽されるとの理由で、その内部において私的自治が多かれ少なかれ妨げられることなしに支配しうるところの、私的領域を防衛している²⁹¹⁾。これに対して、公法と私法間の区別、少なくとも基本権保護の強度とステイト・アクションにとっての基準に関係するものに疑念をはさむのは、とりわけリアリズム法学者たちであった²⁹²⁾。リアリズム法学の代表的人物であるオリバー・ウェンデル・ホームズ (*Oliver Wendell Holmes*) にとって、契約の自由は「何人かの著名な著述家たちのための認証」以外の何物でもなかった²⁹³⁾。

20世紀の後半には、公法と私法間の区別、ないしこの区別に重要な法律効果を結びつけることは、ライヴアル関係にあるリアリズム法学の両方の子供たちによって、砲火を浴びせられた²⁹⁴⁾。批判法学運動は、法を「支配階級」の統治手段であり、私法の自律性を家族と経済における抑圧の永続化を擁護するための主張とみた²⁹⁵⁾。法の経済分析という政策的に反対の方向の主張者は、たしかに契約自由と私的自治に対しての肯定的な関係をとるのが常ではあるが、批

291) *Brest*, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1296, 1300 (1982) 参照；この関連に対して批判的なのは、*Goodman*, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1331, 1332 ff. (1982)。

292) 歴史的背景について詳細は、*M. J. Horwitz*, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 *U. Penn. L. Rev.* 1423 (1982)。

293) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905)。〔本判決の紹介として、樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）44事件（川岸令和執筆）がある。〕

294) *M. J. Horwitz*, 130 *U. Penn. L. Rev.* 1423, 1426 (1982): 「1940年あたり、それは法を公的領域と私的領域へと区分するということが恣意的であることを理解するという法的洗練性の兆候であった。」

295) はっきりとしているのは、*Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 1987, S. 102 ff.; また脱構築的な意図では、*D. Kennedy*, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1349 (1982); 歴史的には、*Horwitz*, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1429, 1423 (1982)。

判法学の主張者とは、法解釈学的かつ制度的な傑出と特権に対する深い疑念を分っている²⁹⁶⁾。経済にとっては、ある一定の法的規律が公法上の性質なのか、それとも私法上の性質なのかどうかということは、いずれにせよ重要ではない。社会全体の厚生にとってのその実効性のみが問題なのである。「選択的な法的ルールに関しては、彼ら（法と経済学の学者）は、公と私の区別は重要ではないと考えている」²⁹⁷⁾。ポズナー（*Posner*）の法の経済分析における1つの章が、「規制とコモン・ローの間の選択」というタイトルを掲げているのは、理由のないことではない²⁹⁸⁾。内容的には、「行政法的な規制手法」と「コモン・ロー的規制手法」の調整が問題である²⁹⁹⁾。

学説とは反対に、アメリカの裁判所は、少なくとも出発点においては、いわゆるステイト・アクションの理論に固執しており、それによれば、基本権は国（州）の措置のみからの保護を命じている³⁰⁰⁾。この意味での国家の措置には、いずれにせよ私法的な内容の法律と民事事件における裁判所の判決をも含んでおり、BVerfGの判例が、このことをGG 3条1項について答えているのに対応している³⁰¹⁾。ついでに言うと、アメリカ合衆国におけるステイト・アクションの理論の状況については、権威のある口から、次のように述べられている。すなわち、「カオス……は、それ自体として秩序の一つの形態かもしれない」³⁰²⁾。いずれにせよ、重要な観点は、私法上の規律と公法上の規律の効力の等置であり、それはシェリー対クレーマー（*Shelley v. Kraemer*）の事件におけるがご

296) 適切な診断をするのは、*Mnookin*, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1429, 1434 f. (1982).

297) *Mnookin*, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1429, 1435 (1982).

298) *Posner* (Fn. 19), Chapter 13.

299) *Posner* (Fn. 19), S. 389.

300) 現在の解釈論の状況を叙述するのは、*L. Tribe*, *American Constitutional Law*, 2. Aufl. 1988, S. 1688 ff.; ドイツ語で叙述をするのは、*Thüsing*, *ZVglRWiss* 99 (2000), 69.

301) *Tribe* (Fn. 300), S. 1688 f.

302) *Tribe* (Fn. 300), S. 1691; また、*C. L. Black*, Foreword: State Action, Equal Protection, and California's Proposition 14, 81 *Harv. L. Rev.* 69, 95 (1967) も参照: 「概念の災害地」としてのステイト・アクションの理論; *Gardbaum*, The „Horizontal Effect“ of Constitutional Rights, 102 *Mich. L. Rev.* 387, 412 ff. (2003): 「迷宮」。

とくであるが、そこでは隣接する土地所有者のグループが、アフリカ系アメリカ人には売却をしないということを相互に約束したのであった。合衆国最高裁判所は、この約束を州の裁判所によって実現することは、第14修正の一般的平等条項（平等保護条項）に対する違反であると性質決定した。裁判所は理由づけの中で、個々の州裁判所の処分が高権的な行為（ステイト・アクション）を意味している、と述べている³⁰³⁾。同様の事実関係に対する別の裁判の中では、自らの土地をアフリカ系アメリカ人には売却しないという私的自治によって生じた義務づけが、その効力においてゾーニングに等置されている³⁰⁴⁾。

アメリカ憲法の今日的な状況は、ほとんどの論者が公—私の区別を旧式のものと考えているということによって特徴づけられるが³⁰⁵⁾、そこでは基本権の第三者効についてのBVerfGの判例がますます知られており、次のようなテーゼのための証左とされている。すなわち、「どのような種類および法源の法であれ——公法であれ、私法であれ、制定法であれ、裁判官法であれ、個人と国家の間で援用されるものであれ、個人間で援用されるものであれ——直接、完全かつ平等に憲法に服する」³⁰⁶⁾。

VI. 民主的な立憲国家における私法

学問の大部分によって、前述した実質化と憲法化の過程を伴って現れたとこ

303) *Shelley v. Kraemer*, 334 U. S. 1 (1948). [本判決の紹介として、樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）25事件（宮下紘執筆）がある。]

304) *Bell v. Maryland* 378 U. S. 226, 239 (1964): 契約による合意は、「財産の譲渡禁止を時として永久に構成し、それは、もし有効であれば、実際には州と自治体の地方ゾーニング法制の対応物であったし、そのような効果を有していた」(Black, J., 反対意見)。

305) *Michaels/Jansen*, 54 Am. J. Comp. L. 843, 856 f. (2006) の考察を参照: 「アメリカ合衆国では、ほとんどの人はもはや私法の自律性を擁護しないであろう。公/私の区別が幻想であるというのはいふれた事柄である」。

306) *Gardbaum*, 102 Mich. L. Rev. 387, 414 f. (2003). BVerfGの判例については、aaO S. 401 ff.

ろの私法の「政治化」が嘆かれており、篡奪であるとして拒絶されている³⁰⁷⁾。この批判は、とりわけ規制の目的のために不法行為法と損害賠償法を道具化することに對して向けられているが、BGB661a条のモデルによる債務者の意思に反した契約上ないし準契約上の義務の設定にも向けられている³⁰⁸⁾。契約法の領域においては、とりわけEUの反差別指令の国内法化が激しい議論を呼び起こしたが、その中では私的自治の終焉が描かれていた。ヨーロッパ法の介入同様の憲法の介入に對して、それはフルーメに遡る、私的自治の原則は法秩序に「先行する、その中に実現される価値」³⁰⁹⁾であるという論拠で、防御がなされている。この立場からピッカー (Picker) は、実質化され、かつ憲法化された私法を批判している。すなわち、自由をもち最終目的とは認めない者は、それを他の目的に對して衡量をし、この後位に回されうるような相当な大きさへ格下げする、という³¹⁰⁾。

この診断は疑いの余地なく適切であるにもかかわらず、それが民主的な立憲国家において異なりうるかどうかが問題となる。自ら律せられるところの社会は、その他のあらゆる価値が二番手を演じるというその価値基準の最上位の意味の中に自由を置くことを義務づけられてはいない。GGは、そのはじめの3箇条で、人間の尊厳 (GG 1条)、自由 (GG 2条)、平等 (GG 3条) を取扱っているが、自由と平等を一つの階層秩序へ組込み、または自由を最上位の憲法的価値として定義することはしていない。さらに、私法が、その他の法秩序におけると同様、民主的な立法者の関与に任されているということは、問題にするまでもない。当然のことながら、立法過程の結論は、学問の批判に服し、したがって、これが私的自治による行為のための自由な空間を催促し、または防

307) *Picker*, JZ 2002, 540, 543; *ders.*, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und künftigem Recht*, 2005, S. 19 f.: 「私の公化」。

308) *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 358 ff., 370 f.

309) *Flume*, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, FS DJT, Bd. 1, 1960, S. 135, 136.

310) *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 207, 211 ff., 213; 出発点において同様なのは、*Lobinger* (Fn. 9), S. 99, 104 ff.

御することを引受けている。しかし、その際に批判がその事柄に則した論拠 (Sachargumente) の説得力を頼りにし、〔批判は〕立法者が私法において彼に禁じられた領域を揺り動かすようなことをしてはならない。

それゆえ私法と私的自治の原則は、憲法とヨーロッパ法の影響から除外され、立法者の関与から閉ざされているがごとき制度ではない³¹¹⁾。むしろ反対のことが当然である。すなわち、私法の基礎にある自由という価値は、民主主義の法政策的な議論においてと同様に、基本権の体系の中でも自己を主張しなくてはならない。議会が、例えば男女の平等待遇のような一定の政策目標を達成するために私法上の手段に依拠する場合に、はじめから正統性がなく、非難に値するといつて貶められることはありえない。多数派によって選択された目標が誤りであり、その達成のために設定された手段が不適切であるかもしれないが、政策目標を私法上の手段によって達成するという試みが既にそれ自体として正統でないわけではない。そうでなければ、私法は価値ある目標のためには、またそのための適切な手段が利用できたであろう場合にも、制定されてはならなかったであろう。

かくて、私法が政策と憲法裁判所による影響を奪い去るということが問題になっているのではなく、いかなる規律目標が、私法という手段によって促進されるに値するものであり、いかなる目的にとって、私法が適切な手段を意味しているのかが、事柄に則した論拠によって示されなくてはならない。さらに所掌の判断主体には、いかなる自由の喪失と費用負担とが、私法的社会への一定の侵害には結び付けられているのかが明らかにされなくてはならない。

Ⅶ. 私的自治には何が残されているのか？

実質化と憲法化の過程の批判が内容的に向けられた攻撃方向が関わっているものは、これらを正当にも、良くて高コストを惹き起こし、最悪の場合には

311) 同様なのは、*Dagan*, 56 Am. J. Comp. L. 809, 811 ff. (2008).

ブリュッセルとベルリンの立法者たちならびにルクセンブルクとカールスルーエの裁判所によって追求された規律目標を害しさえする、誤った評価と誇張に注意を向ける。部分的には、この種の誤った展開はたしかに不可避的であるが、すなわち単純に、現代民主主義における政治過程は、依然として最善の帰結をもたらさないし、他の人もそうであるのと同じく、裁判官は誤りを犯すものだからである。

いずれにせよ、法政策は実効性のある前提から出発するということを考慮しなくてはならない。残念ながら、それは最善の状態ではない。ある財のために支払われる費用は、その生産と販売の値段の総計に反映されることから、消費者、賃借人またはその他の保護に値する当事者に帰属するあらゆる特典が、これらの者によって、ユーロとセントで支払われなくてはならないということは当然であるにもかかわらず、契約法の法制定に際しては、あまりにも頻繁に、素朴な再分配モデルが基礎に置かれている³¹²⁾。したがって政策が、実際には中古自動車に関するプロの市場を破壊し、それによってまさに自動車をもっとも安価に調達できる消費者を害しうるにもかかわらず、中古車の買主に1年の絶対に取り消すことのできない保証期間を創出することによって、何か良いことをしていると信じるということが生じる³¹³⁾。

さらに、EU委員会もBVerfGも、その生産力の欠如がずいぶん前から明らかになっていたにもかかわらず、事業者に対する消費者、夫に対する妻等々の構造的劣位という月並みな決まり文句に固執していることについて批判されなくてはならない。もし契約の両方の当事者が、少なくともだいたい等しい「強さ」

312) 一般的なのは、*D. Kennedy*, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*, 41 *Maryland L. Rev.* 563, 625 (1982); *R. Craswell*, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 *Stan. L. Rev.* 361, 365 ff. (1991); *L. Kaplow/S. Schavell*, *Fairness versus Welfare*, 2002, S. 201 ff.; ドイツの労働市場につき詳細は、*D. von Stebut*, *Der soziale Schutz als Regelungsziel des Vertragsrechts*, 1982, S. 306 ff.; 貸家市場につき差異をつけるのは、*H. Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2. Aufl. 1998, S. 295 ff.; *K. Oestmann*, *KritV* 2003, 96, 114 f.

313) 前記IV. 5. b) cc) 参照。

である場合にはじめて私的自治は機能しうるであろうということが、実際にそのとおりであるとすれば、自由な社会というものは、市場経済と同様、考えられないということになりはしないか。事実、真の自己決定は、役割の同一性も（事業者／消費者）等しい経済的資源も（貧乏／富裕）前提とはしておらず、とりわけ開かれた市場、潜在的な契約の相手方が多数いること、ならびに十分な情報基礎と具体的な決断状況における合理的意思形成のための機会を前提としているのである。この条件の裏側を、現代私法の規律プログラムが記述している。すなわち、競争制限の防止、情報の非対称性の克服および真の自己決定が危険にさらされるところの交渉条件におけるほったくりからの保護である。この意味での私的自治の「実質的な」理解は、憲法の基本権保障と緊張関係に立つことはなく、これとともに自由で平等な市民の自己決定という規範的前提を分かっている。自由と平等の相互作用がヨーロッパ域内市場において行われる限りにおいて、それはEC条約の基本的自由の保護を享受する。

いずれにせよ、ここで得られた私的自治の考えが、合理的な自己決定に向けられている——したがって自由意思という意味での自己決定に向けられているわけではない——ということは依然として正しい。「理由に代わって意思が存在する（*pro ratione stat voluntas*）」という原則の上に構築された私的自治の理解は、厳密に言えば、自己決定の事実上の要件を切り詰めることを必要とはしていない³¹⁴⁾。自己支配の主体の意思が支配するところでは、いかなる競争関係が具体的市場を支配しているのかも、意思形成の情報基礎も、具体的な交渉手段の特性も問題にはならない。当然のことながら、フルーメの私法理解はこの観点のために開かれてはいるが、しかしそれはそこに論じられてはいない。

これに対して、完全無欠な個人ではなく、十分にインフォームドされてはならず、不確実性の下で決断をし、有限な資源を利用し、かつ多様な影響に服する現実の人間が、今日支配的な私的自治の観念のモデルであると思われる。真の自己決定という意味での私的自治が、現実においてはしばしば達成不能な理

314) そのような理解の方向への支持をするのは、*Picker*, JZ 2002, 540, 543.

想にとどまっているという事情は、それを夢の国（ユートピア）へと追放し、現実において生じる合意を、勝手に無視するというを正当化するわけではない³¹⁵⁾。いずれにせよ真の自己決定の危機から目を閉ざしてしまうことは、同様に説得的ではない。合理的な自己決定が可能ではないところでは、理性的な利益調整に最大限に合致する規律が、事実上締結された合意の評価にとってのガイドラインである。理想的なケースにおいては、契約は、付加された両当事者の効用が最大化されるという意味において、対立した利益の「理性的」調整を惹起する。余剰は、欠乏の世界においては保有されてはならない。これと結び付けられているのが、現実の取引の評価のための調整的な背景基準としての合理的決断、ないし合理的決断内容を承認することである。すなわち、意思の自由で代わる合理的自己決定、すなわち、「意思に代わって理性が存在する（*Pro voluntate stat ratio* !）」である³¹⁶⁾。

このモットーは、フルーメの原則とは正反対であり、それによると、当事者は「自らの他律的に決定された、自らにとって最善の、パターンリスティックな後見または同じく他律的に決定された一般的厚生の強化に対して、経済的計算に服させられること」から保護されなくてはならない³¹⁷⁾。この要求は、自由かつ平等な、よくインフォームドされ、合理的判断能力のある当事者の下での契約締結については、疑いの余地なく適切であるが、情報が非対称的な当事者の中で、一方が合理的自己決定をするのが困難であった状況において締結された法律行為についてはそうではない。これらのケースでは、法律行為による決断の自由の特別の保証が必要であるが、場合によっては、この合意内容が、契約の一般的効用を最大化することから理性的な当事者であれば合意したであろうという基準での当該合意の内容規制もまた必要である。この手段によって、私法は、現代社会における双方向的な法律行為としての契約の経済的機能と現実の機能条件に、個人の自己決定の要求よりも近づいてくる。

315) 前注40) 参照。

316) 説得的なのは、*Schmidt-Rimpler*, FS Raiser, 1974, S. 3, 20.

317) *U. Huber*, AcP 209 (2009), 143, 163.

全く新しいことが全てというわけではない。むしろオットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke) は、既に1889年に、私法一般と特に契約法の任務について、次のように述べている。すなわち——

「現代法がここで契約自由の原則を貫徹するのであれば、やはりここでもまた恣意的ではなくて、理性的な自由、すなわち、その道徳的な目的決定にもとづいてその基準を担う自由、同時に義務であるところの自由のみが意味されうる。強者の手中にある恐るべき武器、弱者の手中にある鈍い工具は、他方による一方の抑圧、精神的かつ経済的な優勢の容赦ない搾取の手段になる。自由な法律行為の活動にもとづく容赦のない形式主義によって意欲され、または意欲されたと想定されなくてはならない効果が由来するところの法律は、平和な秩序の外観の下で法的な形で万人の万人に対する闘争 (bellum omnium contra omnes) をもたらず。今日では、これまで以上に私法も、強者に対して弱者を、個人の利己心に対して全体の福祉を保護する任務を有している」³¹⁸⁾。

ギールケは、時々取り澄ました19世紀の言葉使いにおいて意見を述べ、強者と弱者を対照することで議論をしているが、それは脆いものだと判明した³¹⁹⁾。それにもかかわらず、彼の願いは本質においてブリュッセルとベルリンにおける法政策で³²⁰⁾、しかしまたカールスルーエとルクセンブルクの裁判官により広範に実現された。これら全てのことは、何が「理性的な自由」を今日意味しているのかを共に決定している。

【訳者追記】

1. BVerfGE 103, 89の紹介として、前号370頁注112)に掲げた文献のほか、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年)237頁以下(古野豊秋執筆)を追加する。

318) O. von Gierke (Fn. 10), S. 22 f.

319) 前記IV. 2 参照。

320) 例えば、Wolfgang Schäuble, Ohne Maß ist die Freiheit der Ruin, FAZ Nr. 198 vom 27.08.2009, S. 29. 参照。

2. 前号340頁10行目, 11行目, 13行目, 342頁1行目(1つ目), 2行目, 4行目および371頁5行目の「基本[×]法」を「基本[○]権」と訂正する。

〔完〕

【付記】本稿は,平成23-25年度科学研究費補助金若手研究(B)(研究代表者・河野憲一郎)「実効的債権回収システムの再構築」(課題番号:23730080)による研究成果の一部である。