

講演

私法の弔鐘が聞こえる

—— EU 差別禁止規則をめぐる ——

テイルマン・レプゲン^{*} 著
 屋敷 敷 二 郎^{**} 訳

- I 差別禁止計画
- II 欧州共同体法に至る私法思想の歴史的形成
- III 私的自治の制約としての差別禁止？
- IV 結論

プロイセン一般ラント法（ALR）の起草者スヴァーレツは、1788年に、不明確な規定によって裁判官を立法者にしてしまう危険性を警告しました。市民的自由にとって、それ以上の危険はないというのです。EU規則制定者の思考の筋道は、さらに彼の想像を超えたものです。現代の立法者は、自由にとって二重に危険になりました。これから論ずるように、一方では数多くの不明確な法概念を使用することで、他方では自由に反する内容の定立によって、EUの差別禁止計画は正当化根拠なしに契約自由を脅かし、いまや私法の弔鐘が聞こえるように思えるほどです。特別の危険は自由侵害の任意性に由来します。というのも、差別禁止のメルクマールは類似の論拠でいつでも拡張されうるからです。

民法の二つの中心的制度について、レクイエムが歌われています。一つ目の法制度は婚姻です。法生活において婚姻はますます輪郭を失いつつありますが、これは本日のテーマではありません。もう一つの法制度は契約自由です。私法は、欧州経済共同体（EEC）初代委員長であるヴァルター・ハルシュタインの言葉によれば「法制度としての人格の表現」です。現在の発展について表明された警告の声はいくらでもあります。アドマイトは「社会主義的規制」、ブラウンは「政

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第3号2009年11月 ISSN 1347 - 0388

※ ハンブルク大学法学部教授

※※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

治的に命令された道徳」について語りました。クレッパーは「ドイツ法制史に類例のない私的自治への攻撃」だと主張しました。ラドゥールは、差別禁止法の第一草案を健全な人間理性とは相容れない、立法者によるヴァンダリズムだと表現しました。プファイファーはそこに「ジャコバン主義的態度の表現」と「私法における介入主義的社会道徳」を見出しました。ピッカーは「まさにロベスピエールの性格の異端審問委員会」を予期しました。ゼッカーもまたフランス革命を想起し、「新たなピューリタンの道徳政治の開始」を認め、「新ジャコバン主義的監視人が私的債務契約を点検する」のを見出し、「ロベスピエールはこの法律を友としたことだろう」と述べました。シュメルツは「イデオロギー的強制コルセット」と、ポリツァイ条令にみられる初期近代の社会的紀律化への逆行に気づきました。このシュメルツの評価は、初期近代の国家に対して不当なものですが、ここでは立ち入らないでおきましょう。

もちろんより穏健で肯定的な発言も多くあるのですが、これらの言葉は、それと対立する広範な反対陣営が存することを示しています。しかしながら、私法理論の次元の分析が必要です。我々が考察する対象は、EU諸規則の差別禁止計画—この災いの発端です。その際、問題としたいのは、差別禁止と私法との不整合性です。差別禁止計画に有効な批判を行うためには、まずそれが契約自由への介入であることを確認し、次にこの介入が不当であることを証明しなければなりません。関心の中心にはEU規則があります。

ここではまず最初に、差別禁止計画の内容を描写して、どこに私的自治への介入があるのかを指摘します (I.)。次いで、ヨーロッパ私法史における私法思想とりわけ契約自由の形成を取り上げます (II.)。最後に、差別禁止が私的自治に対する正当な制約なのか否かを検討しましょう (III.)。

I. 差別禁止計画

1. 重要な諸規則

何年も前から欧州共同体法には民法のさまざまな分野における平等原則の実現を目指した諸規則がありました。近年、五年の間に出された四つの差別禁止規則は、具体的な政治的行動を必要なものとなりました。

この四つの規則は、1997年のアムステルダム条約で導入された欧州連合条約13条1項に基づく差別禁止計画に従っています。それによれば、

「本条約の他の規定に関わりなく、委員会は、性別、人種、民族的出自、宗教または世界観、障害、年齢あるいは性的指向を理由とする差別を撲滅するため、条約によって共同体に移譲された管轄権の枠内で委員会の提案に基づき欧州議会の聴聞の後に全会一致で適合的な対策を講ずることができる。」
(下線は引用者による。)

ついでに言えば、欧州連合条約13条1項は「適合的な」対策しか認めていません。後で検討するように、差別禁止計画の資格は否定されねばならないのです。

これらの規則は、私法に関連する差別の撲滅を追求しています。規律計画を概観してみましょう。就業、教育および社会制度部門ならびにあらゆる種類の公に提供される給付へのアクセス部門に関しては、人種、民族的出自または性別を理由とする不利益取扱いの禁止です。労働分野に関しては、禁止はさらに宗教ないし世界観、障害、年齢および性的指向にまで広がります。

反人種主義に関する規則（規則2000/43）は、就業、教育および社会制度部門ならびにあらゆる種類の公に提供される給付へのアクセス部門に関しては、人種や民族的出自による不利益取扱いの禁止を目的とします。枠組み規則（規則2000/78）は、労働法への同時並行的規制として欧州連合条約13条の他のメルクマール、すなわち宗教ないし世界観、障害、年齢および性的指向に禁止を広げます。変更に関する規則（規則2002/73）は枠組み規則をとりわけ性別のメルクマールについて補完します。最後に、第四の平等化に関する規則（規則2004/113）は、大量業務（Massengeschäft）とりわけ保険に関して公に提供される給付における性別を理由とする差別を禁止します。

2. 「差別」の概念と規制範囲

まず差別の概念を解明する必要があると思われます。

EU規則が問題とする「直接的差別」は、禁止された差別メルクマール（人種、民族的出自、宗教など）のいずれかを満たす理由によって、ある人が類似の状況下で他の人よりも不利な取扱いを受ける、受けた、あるいは受けるであろう場合

です。したがって、有利な取扱いを受けるのは比較のための仮定的人格で足りません。

これに対して「間接的差別」が存するのは、外見的に中立的な規定ないし行動様式が所定の差別メルクマールをもった人を他の人に対して特別な仕方で不利に取扱いする場合です。

これらの定義だけですぐに、意図することを文字に記すために一連の不明確な法概念をすぐ必要とした起草者の困難が分かります。不利益取扱いはいつ発生するのでしょうか？雇用者が不採用とした外国からの応募者に旅費を支払い、近隣からの応募者に支払わなかった場合、それは差別でしょうか？規定や行動様式が「外見的に」中立的なのはいつでしょうか？不利益取扱いはどうすれば「特別に」なるのでしょうか？もちろん、概念的明確さの欠如は、構成要件に反対する論拠にはなりません、それでも構成要件を支えるものではありませんし、すでにスヴァーレッツが明確に定式化した不明確な法概念に対する疑念を抱かせます。

さらに、いわゆる「ハラスメント」つまり差別メルクマールのいずれかと関係して、尊厳を傷つけ(るとされ)たりそのような「環境」を作ったりすることも、差別的とみなされます。このようなハラスメントは差別とされます。このことはすでに、EU規則が問題を正しく捉えていないことを示しています。これは本来「差別」それ自体の問題ではなく、それぞれの人間の人格的尊厳の問題なのです。

先に挙げた規則は、就業および職業の分野に一人種、民族的出自および性別のメルクマールで一適用されます。商品(財)、サービスおよび住居に関する私人の業務にも適用されます。したがって、平等原則は私法一般に広く及ぶことになります。

3. 差別概念への批判

差別禁止計画の先天的欠陥は、間違った法的出発点選ばれたことです。このことをEU規則は、「年齢、性別その他を理由とする」差別ないし不利益取扱いが認められる例外的構成要件を定めることで、意図せず認めています。20歳の若者が「彼の年齢ゆえに」公に提供される老人ホームの住居施設の賃貸を要求しえないことは、全く明らかです。区別すること—ディスクリーミナール

(discriminare) とはそういう意味です—は人間生活における自明の必需品です。選び、決断し、区別することができなければ、全ての人間に課された人格発展の機会が失われてしまうでしょう。ディスクリーメン (discrimen) は、不正な動機が区別を導く場合にしか、否定的な悪い意味を含みません。老人ホームの例が示すように、不正さはEU規則に規定されたメルクマールに付着していません。むしろ差別や不利益取扱いは、禁止されたメルクマールとの結合が他人の人格に対する軽蔑の表現であるような、言葉の悪い意味においてしか存在しないのです。

その際、ここでは形而上学的な人格概念を前提としています。それは同時に全ての人間を人格として捉え、この「性質」をそれゆえ特定の実際能力—例えば自我意識—に依存させないような概念です。

本来、差別に対する保護は、全ての人間の人格的尊厳の保護すなわち私法秩序の中心的価値を意味します。尊厳には区別が存しません。全ての人間は、自己の尊厳が他の全ての人によって尊重される権利を有します。というのも、この尊厳の根源は自分の業績ではなく造物主の意思だからです。詩篇の言葉によれば、全ての個人を創造し名を呼んだ造物主は「神に僅かに劣るものとして人を造」(詩篇8.6. [新共同訳]) ったのです。

人格的尊厳は正当化根拠なしに侵害されてはなりません。しかし、立法者が正しかったか否か、熟慮が必要です。ある決定の差別メルクマールとの結合によって人格的尊厳は「常に」侵害されるのでしょうか。さもないと、メルクマールが存在する場合に制裁規定を設けることは首尾一貫しません。しかし、まさにこの前提条件は決して満たされないのです。ある家族の父親が新聞広告で未成年の娘のためにピアノ教師を募集したとしましょう。ある応募者が確かにピアノは上手に演奏するとしても常習の小児性愛者であるならば、父親はそれを理由として当然に採用を拒否できます。父親は、それによって同時に当該人物の人格的尊厳を侵害することなく、この性的指向を採用拒否の根拠にすることができます。というのも、父親の行為の本質に照らして、そこには他者に対する軽蔑ではなく、自分の子供の保護のための決定が表現されているからです。

このことは、差別禁止の議論がほとんど完全に主題を外していることを示しま

す。人格的尊厳の保護に適合した措置について論ずる代わりに、今日はこれ明日はあれと不確かな差別メルクマールについて論じられています。差別それ自体を禁止するという自由に反する決定は、必然的に大量の例外的構成要件を必要としますが、その内容と限界についての議論には終わりがありません。とりわけEU規則の検討理由(Erwägungsgrund)と例外的構成要件には、概念的な先天的欠陥の悪しき帰結を見ることができます。例外的構成要件はいわば差別禁止のほころびです—それも絶え間ない拡張という自然の帰結を伴った。人格的侵害の概念の代わりに差別の概念を用いるという誤った出発点は、余りにも広すぎる禁止的構成要件の不合理な構成をもたらしました。この構成要件は、疑わしい場合には本来的な自由権者の負担で、これから苦勞して限定されることとなります。

4. 関係する基本権および制裁システム

EU規則は、その差別禁止によって、まず私的自治の最も重要な構成要素の一つである契約自由に関係します。契約自由は、そもそも契約を締結するか、誰と、何について、どのような形式で契約するか、自由に選択することを意味します。ここでは、契約相手の自由な選択が問題となります。

a) 契約自由の法的基礎?

契約の自由は欧州共同体法でも一般的法原則として認められていますが、基本権憲章(ChGR)には採用されていません。ChGR6条は自由の権利を定式化し、ChGR16条は企業の自由を認めています。この両者は契約の自由ぬきで考えられません。特にChGR16条については、欧州基本権諮問会議(Europäischer Grundrechtskonvent)幹部会(Präsidium)の説明によれば、この関連で契約自由も念頭に置かれていたそうです。欧州裁判所(EuGH)が少なくとも間接的に認めている一般的な行動の自由から契約自由を導くことも考えられるでしょう。ChGR17条ないし欧州人権条約(EMRK)第一追加議定書1条に基づく所有権保護に契約自由が定められていると考える人もいます。

いずれにせよ第四平等化規則そのものが検討理由14で、契約自由が侵害されてはならないと述べています。すなわち、

「取引の契約相手の自由な選択を含む契約自由の原則は万人に妥当する。…

本規則は、契約相手の選択がその性別に依存してなされたのではない限りで、ある人による契約相手の自由な選択に触れるものではない。」

これによって、EU立法者もまた、契約自由を欧州共同体法において妥当する法原理として承認しました。私法一般を廃止しようと欲しない限り、代わりの方法はないのです。というのも、歴史的経験が教えるように、契約自由は私法の核心的要素だからです。ここで重要なのは、検討理由のレトリックに反して、この我々の法体系の一般的諸原則に属する自由を、EU規則が尊重していないことです。

b) 制裁としての損害賠償

EU規則は差別に対する制裁を確定していません。とくに、契約強制は命じられていません。むしろEU規則は、有効で比例的で威嚇的な制裁、例えば被害者に対する損害賠償の給付を求めることに限定しています。

c) 制裁としての証明責任転換

さらにEU規則には、被害者のために部分的な証明責任転換を行った強制的命令が含まれます。被害者は、裁判所に対して差別を単に「疎明」する程度まで、それゆえ差別の存在を裁判所が蓋然的に信じるだけの事実を提示し—裁判所が確信するまで—証明せねばなりません。すると今度は、差別したとされる被告が、不利益取扱い禁止に違反していないという主要証拠の立証をします。それゆえ被告は、合理的な疑いの余地がもはや存しなくなるまで、裁判所を確信させねばなりません。差別の疑いに際しての証明軽減の具体的経験は、特に労働法で蓄積されています。労働法では証明の軽減が25年来、BGB611a条1項3号に規定されているからです。連邦憲法裁判所は雇用者の免責証明のハードルを高めに設定しました。とりわけ実質的選択理由の追送(Nachschieben)は概ね不可能とされました。けれども、基本法(GG)3条2項の平等条項が雇用者の私的自治と衝突するか否か、裁判所は検討していません。BGB611a条1項3号におけるように、証明責任の規則は、不利益取扱いの理由に関するもので、不利益取扱いそれ自体に関するものではないのです。

結局のところ被告は、禁止された理由のいずれかに基づいて被害者を不利に取扱った訳ではないことを、裁判所が完全に確信するまで証明せねばなりません。

d) 私的自治への介入

EU規則と一般的平等待遇法は私的自治に二重に介入しています。その際、私は、私的自治を「個人による自己の意思にしたがった法律関係の自己形成の原理」という古典の意味に理解しています。この原理に従えば、契約相手の選択もまた行為者の意思に委ねられるのであって、第三者や国家の意思に委ねられるのではありません。

(1) 選択の自由

まず、差別メルクマールに照らして選択決定が正当化されないならば、選択の自由が制限されます。この私的自治への介入が正当化されるとすれば、それは差別が常に非難に値する場合だけでしょう。しかし、すでに示したように、決してそうではありません。差別はそれ自体として見れば法的にも倫理的にも全く中立的なのです。差別が非難に値するのは、それが他の人ないし人々を貶める場合に限られます。実際にそうであるか否か、単純に一般的な判断基準を用いて答えることはできません。それは個別事例の評価次第なのですが、その判断基準は法律において必然的に不明確にしか表現されえないのです。

さらに、選択の自由の隠れた危機があります。というのも、差別メルクマールは容易に増やせるからです。明日、ある特定の政党や労働組合やスポーツクラブへの所属が、もはやそれに基づく区別をしてはならない差別メルクマールとして理解される心配はない、と誰が守ってくれるでしょう。ここには空想に理性的な限界がないのです。

(2) 証明責任

私的自治への第二の介入は、証明責任の転換です。その目的は、差別の被害者をできるだけ効果的に保護することです。その保護は私的自治の否定によって手に入れられました。

原則的に、権利を基礎づける事実は、それに対応する法的効果を得ようとする者によって証明されねばなりません。これに対して、相手方は、権利を妨げ、防ぎ、否定する事実に対する証明責任を負います。この古いローマ法に由来する証明責任規則は今日でも有効です。これは民事訴訟を支配する弁論主義が意味するものを実体法的に表現したものです。それは私的自治原理の反映です。すなわち、個人の自由は責任の原理に対応します。自ら形成する者が、彼の形成の結果を引

き受けねばなりません。これは自明のことに思われます。訴えを提起して非難する者は、行為の結果を負わねばなりません。すなわち、被告が反論するならば、主張を基礎づける事実を証明せねばならないのです。

EU規則が定める証拠規則は、実務的にはほとんど完全な証明責任の転換に至りますが、自己の行為に対する人間の責任を否定し、ひいては自由をも否定するものです。

差別事件であれば、差別されたと感じる原告が「不利益取扱い」を証明せねばなりません。通常これは何の問題もありません。というのも、例えば何らかの拒否がなされたとか、あるいは飲食店から追い出されるなどした場合、たいていは証拠書類や証人が存するからです。差別された人はさらに、禁止されたメルクマールのいずれかを「理由として」不利に取扱われたことを、裁判所に疎明せねばなりません。しかし、十分な蓋然性を裁判所に示すには「漠然とした」主張だけで間に合うのです。これに対して被告は、原告が主張したのとは異なる理由すなわち実質的理由で取引を行わなかったことを、裁判所に完全に確信させねばなりません（反対証明）。この点において、取引を行わないことが認められても、自己の動機を釈明する責任を負わせられるがゆえに、被告の自由は制限されません。

5. 小括

私的自治へのEU規則の干渉は、二通りの仕方で行われています。

(1) まず私的自治に関して、差別禁止計画の考え方では、幾つかの差別理由は容認しえない差別として排除されねばなりません。これは、立法者の構想では、契約相手の選択を指導すべきものです。後見が自由意思に取って代わるのです。この干渉を、私的自治に対する多くの制約の一つと片付けることはできません。というのも、差別メルクマールは任意に、日替わりの政治的流行しだいで現れるからです。それゆえメルクマールのカタログは、いつでも大幅に拡大されうるのです。これは干渉を予測不可能で危険なものにします。さらに加えて、本来の法的出発点は、他者の尊厳を貶めることによる一般的人格権の侵害でなければならない、ということが看過されています。

(2) 証明責任分配の変更は、価値の等級において当事者の自由と責任を下位に、良い行為ないし道徳的に正しい行為に関する立法者の見解に対して下位に移すものです。それによって個人は必然的に後見の下に置かれます。これでロベスピエールを連想しないのは困難です。もはや疑わしい場合に自由のために決定してはならず、むしろ自由に反して判決されねばならないのは確実です。1946年にヴァルター・ハルシュタインは「公的行政への道徳の採用は道徳の放棄」を意味することに注意を促しました。実際、差別禁止計画による自由の喪失は、私人の公法化として説明されるのです。

II. 欧州共同体法に至る私法思想の歴史的形成

1. 私法理念の核としての私的自治

ドイツの私法秩序は本質的に19世紀末の法典編纂であるBGBによって特徴づけられます。フランツ・ヴィーアッカーの言葉を借りれば、BGBは「パンデクテン法学および国民民主主義的な、その限りで1848年以来自由主義に率いられてきた運動の、遅れて生まれた子供」と描写されます。ヴィーアッカーの解釈は、1896年にアウグスト・ペーベルがBGBに対して表明した立場まで直線的に遡れますが、歴史的には誤りです。パンデクテン法学を誤って解釈し、19世紀の自由主義を誤って解釈し、さらにBGBの内容も誤って解釈しています。実際には、19世紀の私法学やとりわけBGBは数多くの社会的支柱を含んでいます。これらの支柱は20世紀ドイツの社会秩序全体を生き延び、現在もなお倒壊注意の標識を必要としません。

19世紀に無制約な私的自治の擁護がなされたと考えるのは、特に誤りです。19世紀の自由追求は私法においても明白ですが、それはアンシャン・レジームの後見を排除するためでした。

連邦最高裁は私的自治を「自由主義的社会秩序の構造要素」と述べました。実際、私的自治はあらゆる西洋的私法秩序の核心部分に属しています。この主張を裏付けるために、ここで私法史から若干の例を挙げることにしましょう。

2. ローマ法における契約自由

キケロは自由を国家における最高の法と述べました。私法では、ローマの自由原理が、フリッツ・シュルツの判定によれば「際立って個人主義的な造形」に至りました。シュルツは、私法的共同関係に対するローマ私法のある種の嫌悪に気づきました。その根拠として、彼はとりわけ厳格な夫婦別産制と貧弱な私的結社法の形成を挙げています。ローマ人はその概念を形成することなく契約の自由を実践しました。古代ローマは統一的な契約法学を知らず、多数の異なる契約形式を用いていました。

学説彙纂 (D.2.14.7.7. Ulpianus) には次のような記述があります。

「法務官は『余は無方式の合意を、それが悪意によらず、法律、民会決議、元老院議決、判決ないし勅法に違反せず、これらの規範のいずれをも迂回しないならば、承認する』と述べた」

方式が確定されて内容が多かれ少なかれ自由に決められることもあれば、内容が確定されて方式が自由に選択できることもありました。ローマにおいて完全に自由だったのは、契約相手の選択です。もちろん、全ての人にとって全ての契約方式が利用可能だったわけではありません。というのも、そもそも古法は市民権を持たない外国人を多くの取引から排除したからです—権力に服する家子や一般的に女性に関する身分的条件に基づく制約は言うまでもありません。しかし、この身分的に制約された取引社会に入れば、そこでは契約の自由が支配していました。とはいえ、ローマでは、自由とは何でもしたいことをしてよいという意味ではありませんでした。人は常に「敬虔」「信義」「人間性」に制約され、「善良の風俗」を尊重せねばなりません。とりわけ重要だったのは、権利濫用の制約です。

この自由と道徳的制約の相互作用は、ローマ法を出発点として中世に発達した私法思想にとって自明のことです。いかなるヨーロッパの私法秩序であれ無制限の自由を約束したものはありません。結局それは、自由が概念的に無制約ではないことと関係しています。常に問題となるのは、道徳的に拘束された自由なのです。自由は常に人間に、その発展可能性に、その人格的尊厳に仕えるものです。自由がこれらを侵害するならば、それは自由であることをやめるのです。しかし

逆に、人間の尊厳からは自由を求める権利が生じます。

3. 中世カノン法（教会法）

ローマ法と並んで、我々の私法秩序は本質的に中世カノン法に依拠しています。ここでも契約自由は自明の前提であって、規則として制定されていませんでした。それでも教令集（X 1.35.1）には、次のような記述があります。

「それゆえ契約も単なる約束も、教会の教えに反しない限り、効力を持つ、と彼は述べた。皆は言った。平和が守られ、契約が保たれますように、と。」

ここでは、約束の拘束力が一定の方式などの遵守とは全く無関係に命じられています。契約の形成可能性を方式強制から解放する規則は「裸の合意から訴権と義務が生じる（*Ex nudo pacto oritur actio et obligatio*）」と述べられました。確かに、これは何よりも契約法学に関する重要な発言です。しかし、この発言は、同時に契約思想すなわち契約による法的関係の形成を考慮する場合にのみ、理解できます。それゆえカノン法は、形成の自由を受け入れました。中世には誰も、契約相手の選択を規制するという考えに至りませんでした。しかし、この断章で契約自由に対して設けられた制限もまた注目に値します。契約は法に反してはならない、すなわちこの場合では、教会の教えに違反してはならないのです。

4. ドイツの法伝統

実に当然のこととして、契約自由は中世ドイツの法伝統にも属します。文献にはむしろ個人にほとんどあるいは全く発展可能性を与えない身分的社会秩序のイメージが書き記されているので、これには驚かれるかも知れません。中世においても、自由になされる私法的取引が至るところで至極当然に行われました。それは例えばハンザ同盟地域のような後期中世の都市法および団体商取引にとりわけ明確に観察されます。当時、ハンザ同盟地域はほとんどローマ法学の影響を受けていませんでした。商人たちにとって、外から影響されない自由な仕方と相手と団体契約を結ぶのは、当然のことでした。しかし、商人たちの特別な世界の外でも、契約自由は中世都市でよく知られていました。

a) ハンブルク都市法

この点について、例として1270年のハンブルク都市法の賃貸借法を見てみましょう。住居賃貸借契約は解約できませんでした。それにも関わらず、この都市法は、当事者が契約を合意によって解消することを認めていました。これだけでも契約思想なしではほとんど説明がつかいません。しかし他の事柄についても、都市法は双務契約について多くのことを含んでいます。1301年の都市法の断片は、この観察を裏付けるものです。それは住居の留置ないし賃貸人の非入居の場合における賃料請求権を扱っています。都市法はここで特に興味深い規則を立てたわけではありませんが、最後の文で、これに関する別の合意がなされてもよいことを強調しました。この条文から浮かび上がる契約に対する高い価値評価は、自由な人格を中心とする自由主義的人間像を背景にしなければ説明できません。このことを1270年のハンブルク都市法6条14項は次のように表現しています。

「ある者が自分の意思で強制されず他の者に約束したことは、売買であれ、賃貸借であれ、何であれ、正当に履行されるべきである。」

ハンブルクでは、この規則はいかなる身分の相違や従属関係とも無関係に適用されました。市民権を持たない者でも、本条の賃借人となれたのです。

b) ザクセンシュピーゲル

中世ドイツのおそらく最も重要な法源であるザクセンシュピーゲルもまた、契約自由を所与の前提としました。それによれば、

「何物かを保証したり何物かを誓約した者は、それを履行すべきであり、彼が約束したことを、彼は常に守らねばならない。」(ザクセンシュピーゲル・ラント法1.7.)

契約による個人の法律関係の形成がザクセンシュピーゲルの著者にとって自明のことでなかったとすれば、この規則は説明できないでしょう。

5. 自然法的法典編纂

a) プロイセン一般ラント法

アンシャン・レジームから19世紀の私法社会への移行期に位置する1794年のプロイセン一般ラント法は、契約自由の詳細な規制を設けることなく、適法な意思表示の対象となりうる全ての事柄について人は契約を締結できる、と述べまし

た（ALR第1部5章39条）。

b) コード・シヴィル

1804年の「フランス人の民法典」は19世紀の全く新しい諸条件に向けられていました。確かにコード・シヴィル1108条は「合法的原因」(une cause licite)を契約の拘束力の前提としています。しかし、それが契約において意味したのは、契約が法律の枠内で締結されねばならないということにすぎません。それを満たした契約は、コード・シヴィル1134条が強調するように、契約相手に対して「法律として」妥当する (tient lieu de loi à ceux qui les ont faites) のです。

c) オーストリア一般民法典と1811年のバイエルン草案

1811年のオーストリア一般民法典（ABGB）もまた、契約自由そのものを規定せず、契約締結のメルクマールを挙げるにとどめました（ABGB859条、869条）。バイエルンへのコード・シヴィルの適用を目指したフォイエルバッハのバイエルン草案は、同じく1811年に一般的な契約自由の規定を設けました。

「全ての契約は、それが禁止的法律に反せず法律上の条件を満たす限りで、特別的法律上の名称の有無に関わらず、権利と義務を生ぜしめる。…」(第4篇1章5条)

オーストリア民法典に決定的な影響を与えたフランツ・フォン・ツァイラーは数年後に次のように記しました。

「人格と所有権の自由を主眼とする法律では契約に関して至るところで、契約は、市民的秩序一般および国家の特別の諸関係に矛盾しない限りで、契約を締結する両当事者の意思に従って保持されるべきである、という原則が浮かび上がらねばならない。これが行われるために、立法者は…賢明な政治の厳格な要請に従ってのみ自由を制約しなければならない。」

それゆえツァイラーは契約の自由と所有権の自由を私法を中心に据えました。この両者は、人間の人格に奉仕すべきものと定められました。他に主な正当化根拠はありません。

6. BGBの人間像—自由と責任の原理

いま述べた諸々の法典編纂と同様に「ドイツ帝国の民法典」にも契約自由の定

義は見当たりません。立法者は、指導原則は立法になじまない、と考えたのです。それでもなお契約自由は自明の原理でした。第一草案の立法趣意書には、このように書かれています。

「債務関係の法を支配する契約自由の原理によって、当事者は、一般的ないし特別の強行規定に反しない限り、自己の権利関係および取引関係を自己の裁量により拘束力をもって自己決定することができる。」

たとえ歴史的経験において自由の限界に時代拘束性があると考えとしても、時代精神は法的基準として確実に適しません。むしろ道徳の規範的概念が必要なのです。このように主張しうるのは、時代精神がかなりまでも人間的・道徳的荒廃へと導きうるものだという20世紀の経験が教えるからだけでなく、少なくともドイツでは、連邦共和国憲法への私法の拘束が基本法の価値的合意を私法においても拘束的規範としたからです。この価値的合意は、その理念からして、非常に狭い範囲でしか変遷に服さないものです。人格的人間像が民法に対して有効性を要求することに疑問の余地はありません。

契約自由を正当化するのは人間の人格性の承認です。私法の最も深い意味は人間の人格性のうちに存します。その背後へさかのぼろうとする者は、それを白日のもとで行わねばなりません。そのようにする者は、むしろ私法も正義も見出さないでしょう。このことは、平等原則を私法において直接的に妥当させようとする20世紀のさまざまな試みの経験に関しても当てはまります。法の前の平等、私法的に表現すれば一般的権利能力、これ以上のものを平等原則から導き出そうとすれば、自由の原理と衝突することになります。私法における参加的正義は、権利の平等（Gleichberechtigung）であって、平等化（Gleichstellung）ではありません。後者は公法的手段によってのみ可能なのです。

7. 欧州共同体法

欧州共同体法は契約自由に対して矛盾した関係にあります。とりわけ経済的目的に資するという基本構想からは、契約自由はヨーロッパ法の本質的要素です。契約自由が支配しない域内市場はほとんど機能しえないでしょう。実際、消費者保護法もまたこの域内市場に概ね合わせられており、契約自由に奉仕していま

す。もちろんそれが無条件に当てはまるのは意思形成の段階の改善に関してだけで、これは数多くの情報規定や要式規定によって保障されています。契約の遂行および制裁システムへの介入は、しばしば私法思想と対立します。これによって時に後見的態度が助長されます。確かに差別禁止規則は言葉では契約自由を法原則として承認していますが、それでもなお、欧州共同体法が契約自由に対峙する差別禁止計画を推進していることは否めないのです。

8. ヨーロッパ契約法原則と私法の目的

この概観を終えるにあたって、ヨーロッパ契約法原則を手短に検討すべきでしょう。というのも、それは考えられなくもない一つのヨーロッパ的法発展を少なくとも予感させるからです。この原則が欧州共同体法の領域で見られる矛盾を反映していることは、あまり不思議ではありません。各国の私法秩序との比較で目を引くのは、契約自由を原則として皮相的に確定していることです。

「(1) 当事者は、信義誠実および誠実な取引の命令ならびに本原則の定める強行規定の留保のもとで、契約を締結しその内容を決定する自由を有する。

(2) 当事者は、本原則に特段の定めのない限り、本原則の規定の適用を排除し、それを逸脱し、その効果を変更することができる。」(PECL 1:102)

確かに、強行法規の留保は立法的に理に適っています。明らかに説明が困難なのは、契約相手の選択もまた各国法の強行規定によって制約されうることです。ヨーロッパ契約法原則では規範的確定にも関わらず契約自由が私法の目的に拘束されていないので、強行法規による制約はかなり任意的に思われます。より正しくは、私法の目的に矛盾しない比例的な制約だけが許されると考えるべきでしょう。私法の目的とは、人格の自由な発展を可能にすることです。それによって私法は人格に奉仕します。人格の固有の価値ないし自己目的は、キリスト教的・西洋的伝統における正義の理想像の構成要素です。私的自治を尊重すべき最も深い理由は、人間の人格に与えられる尊厳です。一定程度の自立を得ようと努力することは、人間の本性に属します。このことは同時に、何人も他人から奪ってはならない課題です—20世紀の破綻した全体主義がはっきりと教えるように、たとえ国家であっても。私法の正当化、私法の本質は、ここにあるのです。

Ⅲ. 私的自治の制約としての差別禁止？

ここで一息ついて、これまでの考察の歩みをまとめてみましょう。まず第一に、EU規則および一般的平等待遇法に基づく差別禁止計画を内容描写した結果、この差別禁止計画は私的自治に介入するものであることが確認されました。それから第二に、歴史的回顧によって、契約自由の形での私的自治が古くから私法の原理として妥当してきたことが、はっきり示されました。私的自治は人間の人格的發展にとって主要な役割を果たしています。第三に、これから検討すべきことは、差別禁止計画による私的自治への介入が、以前からの多くの制約と同じく我々が甘受すべき、私的自治に対する「追加的な」制約にすぎないのか、ということなのです。

私法史は、私的自治が「法秩序の枠内で」のみ保障されることを裏付けています。契約当事者の合意は、法秩序の側の承認によって初めて拘束力を持つのです。

1. 私的自治を制約する四つの戦略

ここで私的自治の制約および制約の制約を測深することにしましょう。私法では自由の制限について本質的に四つのコンセプトを区別することができます。

(1) 第一に、自由は今日「平等」の原理によって制限されます。全ての法的主体、全ての人格は、同じ法的自由を認められます。BGBは徹底してこの考え方に基づいて構築されています。例えば無産階級に対する市民階級の利害の一方的な優遇は、昔も今もありえません。

(2) 第二に、すでに述べた道徳違反のような「客観的制限」が一ちなみに全ての西洋社会において一存します。特にBGB138条および826条がこれに該当します。

(3) 第三に、特定の人や人的集団のための一連の「保護規範」が挙げられます。例えば、一般的取引約款法の規定や一より顕著な例を選ぶならば—BGB343条の裁判官の緩和権です。さらに例えば土地売買契約を公証人の登記に服せしめる(BGB311b条1項)ような民法上の要式規定も考えられます。同様に、卑属の遺留分に関するBGB2303条以下もここに含まれます。これは遺言の自由を制限するからです。

(4) これまで分析が比較的少なかったのは、制限を「自由の原理」から導く可能性、それゆえ衝突に際して自由の原理に出来るだけ対応した解決を行う可能性です。例えば国家的干渉に対する自発的行動の優先が考えられます。分かりやすい例として、住宅補助(Wohngeld)があります。住宅補助は、自己の資力では住居の費用を支払えない賃借人に対して支給されます—国家による住居割当の代わりに。このような解決は、とりわけ社会保障制度や労働市場の分野でますます意識されるようになりましたが、本来的には私法思想に根ざしています。19世紀に自由は平等と一緒に私法の指導原理になりました。「より多くの自由はより多くの平等をもたらすものとされた」(リュッケルト)—対立としてではなく、制約は原理それ自体から導かれるとされたのです。制約は解放を助けるもので、後見ではありませんでした。差別禁止計画は全く異なる行動をします。それは、差別された人を真の参加という意味で編入するための奨励を全く生み出さずに、せいぜい調節と後見を促進するにすぎません。差別された人の編入に適した奨励は、住宅供給の分野で例えば住宅補助支給による支援の可能性にみられるように、もちろん公法的規制分野に属するものです。

2. 民法典における自由の制限

民法典は、自由を制限する際にこれら全ての方法を用いています。BGB138条の善良の風俗のような客観的制限もあれば、例えば錯誤による取消のような自由を維持した解決もあります。錯誤による取消では、意思の瑕疵に無効が結び付けられず、当該の契約当事者に取消に関する自由な選択が認められます。

私法的自由の制限はBGBの内部だけで行われるものではありません。とりわけ強制執行法の繊細な手段は債務者と公共の利益において私的自治の規定を緩和するものです。すでにフリードリヒ大王はこのように強調していました。

「契約の効力を保持しつつ、支払不能の債務者を抑圧しない公正な中間の道は、司法における賢者の石であるように思われる。」

3. 差別禁止—客観的制約?

ともかくも、差別禁止を私法体系における別の客観的制約にすぎないと考える

ことは可能です。もちろんそれは、この制約それ自体が制約の制約によって挫折しない限りでのみ許されます。それゆえ各人が同じ自由を有するだけで、この自由が一樣にいかなる任意の社会的目的によっても制約されるのであれば、十分ではありません。各人はむしろ出来るだけ多くの自由を得なければなりません。というのも、そのようにしてのみ、人格の発展という私法の人格的目的に適うことができるからです。あらゆる法秩序の自明の目標は、正義です。

ここでは、私法において許容される自由の制約の包括的一般理論を展開することはできません。むしろ必要にして十分なのは、EU規則および一般的平等待遇法の差別禁止計画が許容されない自由の制約だと示すことです。比例原則に違反するならば、制約は許容されません。

4. 制約の制約としての比例原則

自由権や私的自治に対する介入に関してヨーロッパ中で受け入れられている制約の制約は、比例原則です。比例原則は、追求される「目的」と規定された「手段」が「許され」ており、その手段の使用がその目的の達成に「適合的」で「必要」で、狭義の比例的それゆえ「相当」で「期待可能」なことを要求します。これは欧州共同体法の次元でも妥当します。

a) 差別禁止計画の目標

差別禁止計画によって追求される目標は、差別を阻止すること、より深く考察するならば、ある種の「国民教育 (Volkserziehung)」⁽¹⁾です。取引において何人も差別メルクマールをもとに態度を決めてはなりません。一般的平等待遇法の立法趣意書においては、次のように非常に率直に述べられています。

「EU諸規則は構成国の社会的現実を変更すべきものである。すなわち、差別を禁止するだけでなく、有効に除去すべきものである。またそれゆえにEU諸規則は実体法のおよび訴訟法的な規準とならんで、社会的対話、諸団体による支援および支援施設の指定のための規定も含んでいる。」

立法趣意書の少し後には、現行法は確かに現在でもすでに一私法を含めて一差別に対する保護を提供しているが、余り使われていない、と書かれています。

立法者による国民教育には、啓蒙主義以来の長い伝統があります。これに原理

的に異論を唱えることはできません。けれども、それは「適合的」な手段で実施されねばならないのですが、ここではそうではありません。この国民教育の反自由主義的方向性は疑わしいものに思われます。それはEU規則が、立法者は諸団体その他の諸組織に差別禁止規定の遵守を団体訴訟という方法で主張する可能性を容認せねばならない、と規定していることにも表現されています。団体訴権はまさに、過去において我々の社会が克服しようと努力してきた監視の心性を呼び起こすでしょう。最後に、国民教育の側面は、EU規則が英米式「委員会」をモデルに設置を求めている差別禁止部署にも表れています。

さらにEU規則制定者は「より公正な財の分配 (gerechtere Güterverteilung)」(2) を差別された人の利益で問題にします。したがってEU諸規則の一つは、差別の撲滅においては全ての人間に参加を可能にする民主主義的で寛容な社会が重要だと述べています。

最後に一とりわけハラスメントの構成要件が示すように—EU規則制定者は被害者の「人格的尊厳の保護」(3) を問題にします。

b) 目標設定に関する比例性の検証

規定された措置を検証するならば、国民教育と財の分配という二つの目標に関しては措置の適合性が、人格的尊厳の保護に関しては必要性が否定されます。したがって、差別禁止計画は比例性原則に違反します。

(1) 国民教育—「適合的でない」手段による差別禁止

差別しない行動様式に関する国民教育は挫折せざるをえません。というのも、規定された証明責任の転換は、契約を締結する者に対して、自己の動機を出来るだけ暗におくことを余儀なくするからです。それゆえ区別は、それが軽蔑と結びついている限り、隠れて行われるでしょう。したがって選択された措置の適合性は否定されます。なぜなら、予期される将来状態は目標のそれに対応しないからです。それゆえ措置の必要性(複数の適合的な措置のうち最も穏健なものを選択すること)に関しては、もはや考察するまでもありません。

なお、私法的差別禁止の必要性がそもそも実際に存するかは、全く別の話です。欧州委員会は保護の必要性を説明していないのです。

(2) より公正な財の分配—「適合的でない」手段による差別禁止

第二に挙げられた目標は、より公正な財の分配の樹立です。何よりも経済的自由が福祉の増加を促進するというのは、人類の経験に即しています。それはまた欧州域内市場創出の最も深い意味でもあります。個々の市場供給者への強制では目標を達成できません。というのも、経済的に合理的な反応は、面倒な市場からの離脱だからです。立法的措置の適合性はそれゆえ否定されます。というのも、予期される将来状態は、改善された財の分配という目標と相関しないからです。例えば、困難な解約保護と戦わねばならないばかりか、差別禁止擁護者の「拷問道具」にまで脅されるならば、ますます賃貸住宅に資本が投下されなくなるでしょう。供給は減少するでしょう。分配に向けられた財はさらに不足するでしょう。市場がさらに小さくなれば、市場参加の機会は減少します。

(3) 人格的尊厳の保護—差別禁止計画の(不)必要性、あるいは差別への従来
の対応

最後に人格的尊厳の保護です。「差別」概念は非常に異なった行動様式を包括します。選択と区別は一すでに述べたように一人間生活に常に欠かせません。例えば、婚姻相手の選択に際して例外的にしか性別を理由とする差別禁止を除外できないとすれば、グロテスクではないでしょうか。しかしこれは、差別禁止計画の首尾一貫した帰結です。差別禁止計画は、差別を公の提供の場合に限定することによってのみ、この適用を回避します。差別メルクマールは確かに満たされているのですが、制裁が課されないということです。

参加からの排除は、選択の方式が当該人物に対する軽蔑を意味するならば、「好ましくない (negative)」差別です。そうであるか否かは、全く個別事例のその都度の事情によりけりで、立法的にはこれまで一般条項的に規制されてきました。地上の多くの国々の歴史は好ましくない差別の極端な例を提供しています。私の国では、1933年以後にユダヤ人が公に開かれている商店や劇場などから拒否されたことが想起されます。これに対して、私法はとりわけ良俗違反の法制度によって保護します。良俗違反の行為は、不利な契約条項の無効、不作為請求および損害賠償請求の理由となりえます。これによって、私法における人格権保護の意味における差別保護の唯一正当な関心事がすでに顧慮されるのです。一般的平等待遇法の諸規則は、場合によっては人格的尊厳の保護に適合的かも知れませ

んが、そこには「必要性」が「欠けています」。それゆえ比例的ではありません。

現行法はすでにEU規則が求める損害賠償の制裁を含みます。BGB823条1項および場合によりBGB823条1項を基に、一般的人格権の侵害を理由として、損害賠償が請求されうるのです。

EU規則を実施するには、BGB823条1項の絶対的権利のカatalogに人格権を明示的に列挙することで十分でしょう。もちろんEU規則が求める証明責任の転換は、現行法がこれまでBGB611a条でしか規定していないので、問題になるかも知れません。この証明責任の転換がどのような客観的理由から基本原則に反して正当化されるのか、立法趣意書でも明らかではありません。

すでに伝統的な民法によって、人格的侵害の際に財産的損害が賠償可能だけでなく、BGB253条に規定を欠くにも関わらず、名誉回復 (Genugtuung) としての金銭的損害賠償もまた課されてきました。「ヘレンライター」判決以後、司法は一貫してこのように判決しています。連邦最高裁はこれを基本法1条および2条の価値判断によって基礎づけました。「カロリーネ判決」で連邦最高裁は名誉回復機能と並んで予防思想を確立し、それによって損害賠償として相対的に高い金額を基礎づけました。

従来私法は、不法行為法上の保護のほかに、どのように差別に対応しているのでしょうか？

一つの事例を使って説明しましょう。ある食料品スーパーが入口に大きな看板を掲げたとします。「当店は外国人には販売しません」と。ここで完璧なドイツ語を話し、外見的に外国人とは分からないような、店の人たちの見知らぬ女性が店に入ってきて、棚からパン、バター、卵およびチーズを取り、これらを持ってレジに行ったとします。契約が成立するのは、この瞬間です。入口の看板は十分に明確でなかったかも知れません。店内の商品は、その外見的な全体像からして公に不特定の人物に (ad incertas personas) 向けられています。外国人の排除そのものは良俗違反で、BGB242条によれば顧慮されない、企業家の自己矛盾した行動です。自己矛盾はまさに許されない差別の本質的メルクマールです。そこから差別の被害者に対する軽蔑が知覚可能なものとなります。自己矛盾性の結果、ここで述べた事例では、差別の被害者の意思にしたがって契約締結に至りま

す。根本的に差別禁止計画はとりわけ「公の領域」での提供を扱おうとするので、それが意図する大抵の事例は、意思表示に関する解釈規則のこのような形式の考慮によって介入されるでしょう。しかし、解釈の法的出発点はEU規則や一般の平等待遇法の差別禁止計画におけるとは異なる、ということは依然として強調すべきです。一方は差別それ自体を制裁し、他方は意思表示の相手方の人格に対する軽蔑を制裁するのです。

しかしながら、企業家が自分の顧客を任意の基準で選択することは、これまで許されてきました。国家の場合とは違って、自己の法律行為において客観的理由なしに区別を行うことが私人には許されています。ただ彼はそのために、顧客として受け入れたくない相手の人格権を侵害しないような手段を選ばねばなりません。それゆえ彼は自分の市場を最初から「会員制店舗 (closed shop)」として開設せねばならなかったでしょう。彼は、外形的行為が彼の現実の意思に一致するよう気かけねばならず、公の提供をしてはなりません。経営的に合理的であるか否かは、法的範疇の外部の問題です。

利益に導かれた区別、評価および選択という意味での「好ましい」差別は、しばしば必要です。人間は自由においてのみ人格を發展させうるからです。しかし自由は、自己の法的関係を自分で形成し、私的自治に基づいて行為しうることを前提とします。これが構成的に意味するものは、選択の自由です。選択は常に、ある人を有利に扱い、別の人を不利に扱うことです。さもないと、まさに何の選択も行われません。ピッカーはこの構成要件を的確に要約しました。「私法は…『差別』なしに考えられない」と。

したがって、人格的尊厳の保護に関して、私法における追加的措置の必要性は認められません。

5. 小括

差別禁止計画は、国民教育および財の分配という目標に関して、適合性の次元で挫折します。人格的尊厳の保護に関しては、既存の現行法がこの保護をすでに保障しているので、行為の必要がありません。それゆえ必要性がないのです。それゆえ相当性と期待可能性、すなわち狭義の比例性に関する考量は、もはやする

までもありません。

IV. 結論

20世紀ドイツの最も重要な私法学者の一人であるハンス＝カール・ニッパードアイは、かつて次のように述べました。

「全体の部分に対する関係は…何世紀も前から、人間の思想とくに法律家の思考の中心になる大きな問題である。…正義と法的安定性、個別的権利と全体の利益、自由と強制は、昔から熱心に考え抜かれてきた基本問題である。これらの原理の利益と不利益の認識とその均衡は、我々の生涯の課題である。」

現在、この法律家の生涯の課題に向き合うならば、我々は人間の自由と責任の尊重を立法者に要求せねばなりません。

啓蒙主義が喚起した理性信仰が遅くともヒロシマとナガサキで燃え尽き、この世界の真の創造者（Sinnggeber）への信仰の回帰が必要であるにも関わらず、現代の立法者は—モンテスキューの言葉を借りれば—「理性を付与された個別存在が…自分で作ったのではない」規則が存在することを認めないように思われます。そろそろ、立法者が任意に変更してはならない規則が存することを、もう一度深く考えるべき時でしょう。私法では、この意識が失われてしまったように思われます。しかし、千年以上前からの経験に目を閉ざしてはならないのです。これを紀元後3世紀にローマの法学者ユリウス・パウルスが次の簡潔な言葉にまとめています。

「規則から法が生じるのではなく、法から規則として妥当するものが生じる。」

近代ヨーロッパ法学の始まりにおいて、この認識はなお明らかでした。アックルシウスの註釈には、このように書かれています。

「法は、母から生まれるように、正義から生まれる。それゆえ正義は法に先行する。」

参加への現実的平等それゆえ平等化は、私法に適合した原理ではありません。その貫徹は非現実的で、その意義は疑わしいものです。マタイによる福音書には

「ぶどう園の労働者」のたとえが語られていますが、それはここで論じている問題の核心を突いています。最初に雇われた人たちは不平を言いました。最後に来た人たちが、最初に来た人たちと同じように、1デナリオンを賃金として受け取ったからです。ぶどう園の主人はこう反論します。「友よ、あなたに不当なことはしていない。あなたはわたしと1デナリオンの約束をしたではないか。自分の分を受け取って帰りなさい。わたしはこの最後の者にも、あなたと同じように支払ってやりたいのだ。自分のものを自分のしたいようにしては、いけないか。それともわたしの気前のよさをねたむのか。」(マタイによる福音書20.13-15. [新共同訳、下線は引用者による])

欧州連合の立法者が構想しているような差別禁止は「私法において」居場所がありません。それは、人格的尊厳を基礎とした法律関係の自己形成に相応しい個人の自由意志を尊重しないがゆえに、極めて不正です。これは何らかの任意の法秩序の問題ではなく、人間それ自身の問題なのです。

フリードリヒ・シラーは、その詩において自由に非常に大きな場所を与えました。そのシラーの引用をもって、私の講演のまとめといたしましょう。

「人間は自由なものとしてつくられています。自由です。

たとい彼が生まれながらに鎖を引きずっていても
群集の盲目的な叫びや

凶暴な愚者たちの力にまどわされてはならない。

奴隷が一たん自分の鎖を断ち切ったならば

それは自由な人間です。その人をおそれおののくことはありません。」

(「信念の言葉」手塚富雄訳、『世界文学大系18シラー』筑摩書房、1959年所収)