

## 平等取扱と契約自由

ケスター=ヴァルチェン, ダグマー  
ミュンヘン大学法学部

釜谷, 真史  
西南学院大学法学部

角松, 生史  
神戸大学大学院法学研究科

<https://doi.org/10.15017/7607>

---

出版情報 : 法政研究. 72 (4), pp.229-245, 2006-03-23. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 平等取扱と契約自由

ダグマー・ケスター・ヴァルチエン

釜谷真史／角松生史（訳）

本講演では、ドイツにおいてかねてより、また近時とくに議論されている、平等取扱義務が契約自由の原則と両立するかという問題について論じること<sup>①</sup>にしたいと思います。これらの原則の基礎には、平等と同権、あるいは私的自治と契約自由といった理念がありますが、それらの受容のされ方がドイツ法、日本法においては異なり、別の位置づけ、別の意義を有しているかもしれません。そしてそれにより、それぞれの法の内部においてさまざまな衝突が生じているかもしれません。それだけに、講演後のディスカッションにおいて、日本とドイツにおける観点の相違が明らかになるものと楽しみにしています。以下ではまず、簡単に契約自由とその限界についてのドイツ的な見方を説明し（Ⅰ）、ヨーロッパ法における平等原則の意義も概観します（Ⅱ）。その上で、近時とくに激しく議論されている点である、加盟国私法に対してヨーロッパ法が課した指示<sup>②</sup>と、ドイツにおけるその国内法化への努力<sup>③</sup>について、検討します（Ⅲ）。最後に、契約自由と平等取扱義務との間にどのようなバランスが考えられるかについて、考察することとします（Ⅳ）。

## I 契約自由の原則とその限界

イギリス法<sup>(4)</sup>のような他の法秩序において契約自由の原則が一八七〇年頃にはすでに意味を失っていたのとは異なり、一九〇〇年のドイツ民法典は、自由主義的思想とレッセ・フェールのな出発点に強く特徴づけられていました。契約自由が規定的原理だったのです。たしかに、一九〇〇年においてすでに契約自由の制限が存在し、契約自由のほかに契約理論における他の価値も認められてはいた<sup>(5)</sup>ものの、私的自治と契約自由が重要な意味を持つことは、ドイツ契約法の本質的な特徴として争う余地のないものでした。以下の考察において、契約が相互に合致する意思表示に基づくものであるという観点—その帰結としての交渉過程の保護の問題や第三者の組入れの問題—はさほど重要ではありません。ここで契約の自由はむしろ、契約というものが、当事者によって自由で基本的に外部者の支配に服することなく選択され、内容の形成がなされた結果であるという観点の下に考察されることとなります。また契約自由は、契約締結の自由と契約内容の自由とに区別されます。契約締結自由の原則は、個人々人に対して、契約を締結するか否かについて決定する権利を与えるのみならず、契約の相手方を選び出す自由をも与えるものです（契約者選択の自由<sup>(6)</sup>）。契約自由はさらに、契約の締結の判断、契約相手方の選択、さらに契約内容の形成に関して、なんらその理由を掲げなくてよいという権利をも含むものです。私的自治とは、自らの意思による、恣意的な、場合によってはばかげたものをも含む、個人の決定への自由を意味します<sup>(7)</sup>。このような私的自治は、一般的な行動の自由と人格の自由な発展として、（ドイツ法では）憲法上の保護を受けます（基本法二条一項）。ヨーロッパ法もまた、行動の自由と人格の自由な発展を保護しますが、それは私的な、あるいは家庭の領域においてです<sup>(8)</sup>。個人の自由保護が契約自由の分野にまでどの程度拡張されうるものか、最終的な答えはいまだ与えられていません<sup>(9)</sup>。

契約自由という権利が憲法上保障されていることにかんがみると、立法者や裁判所が契約自由を制限しようとする

場合には、正当な根拠に依拠することが求められます<sup>10)</sup>。一九〇〇年ドイツ民法典が契約自由に関して予定していた制限とは、主として、行為能力に関するものでした。ここでは、個々の契約類型に関するわずかな数の強行規定と、さらにわずかな数の形式強制が規定されているに過ぎませんでした。これらの制限は、行為能力の制限を除いては、個人の保護に向けたパターンリスティックな性格はほとんど有していません。これらの制限はむしろ、契約理論の他の観点からの要求、たとえば、信頼保護や契約遵守、取引安全および交渉過程の保護といった要請に應えるものでした<sup>11)</sup>。他の社会的利益は、主として、法令・公序良俗違反の契約を無効とするとの規定（ドイツ民法典一三四条・一三八条）を媒介としてのみ、契約法に影響を与えるに過ぎません。もつとも、裁判所は非常に早い時点から、一定の状況においては契約締結強制というものがあることを認めていました。この契約締結義務はかつて、そして今日も、契約自由特別に重く制限を課したものとして捉えられており、そのため特別な状況に限定されています。契約締結義務の理論的な正当性とその限界については、今日なお、学説において取り組まれているところです<sup>12)</sup>。

私的自治と契約自由の限界は既に二〇世紀前半において議論されていたにもかかわらず<sup>13)</sup>、二〇世紀後半になってはじめて、経済自由主義からよりいっそう距離をおくこととなり、契約法におけるさらなる「社会的な潤滑油」がもたらされることとなりました<sup>14)</sup>。その背景としては、いくつかの分野において市場の失敗が明確に浮かび上がり、契約当事者間の力関係が同等でない場合には契約自由が浸食され、契約自由そのものが崩壊してしまう危険性が明らかになった、ということが考えられます。これは主として、契約自由の限界を示すことによって契約自由自体を保護しようとする発想であり、またこの発想は契約自由、とくに契約内容自由の制限を許容できるようにするものでもありました。これらの制限を正当化する一つ一つの理論<sup>15)</sup>についてはここでは立ち入りません。おおまかにいえば、詳細については争いがあったとしても一応の意見の合致がみられる点を、次のようにまとめることができます。すなわち、契約内容自由の制限が適切とされ、あるいは必要であるとされる場合とは、契約についての交渉の際に一方当事者が自己の利益を主張する公正な機

会を与えられなかった場合、契約締結の際のいわゆる「正当化の保障」が欠けている場合<sup>(16)</sup>、交渉力に典型的な不均衡が存する当事者間で、強制的な、一方的に不公平な方法で一方に有利な契約内容となってしまう危険性が存在する場合です。これらの考え方は、消費者保護、保証契約からの保護<sup>(17)</sup>、さらに近時は夫婦財産契約の内容統制<sup>(18)</sup>を容易にしました。

しかし一般的にみて、私的自治が公的な利益を通じてますます制限されていく傾向が見受けられます。これは間違はなく、人権をより強く強調すること、本来はその大部分において私法の責務とされたような社会的・商業的生活に対しても、国が介入を増大させたことと、確かに関連しています<sup>(19)</sup>。弱者保護、社会的に重要な生活財や価値の維持を考慮すること、正義に関する新たな概念について熟慮する必要が生じたのです<sup>(20)</sup>。

## II 人権としての差別禁止

### 一 基礎

平等取扱と差別禁止の権利<sup>(21)</sup>は、ヨーロッパにおいて一般的承認を得ていると自己主張することができるとしよう。ドイツ憲法は差別禁止規定を含んでいます。ドイツ基本法は全ての人間の平等原則（基本法三条二項）と並んで、男女の平等取り扱いを強調し（同三条二項）、性別、血統、人種、言語、故郷・出身、宗教的あるいは政治的見解に基づく差別禁止を具体化（同三条三項）しています。世界的に見ると、一九四五年の国連憲章、一九四八年の世界人権宣言において<sup>(22)</sup>、さらに市民的及び政治的権利に関する国際規約<sup>(23)</sup>において、さらには、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（人種差別撤廃条約）<sup>(24)</sup>において、差別禁止が規定されています。ヨーロッパレベルでは、欧州人権条一四条において差別禁止が規定されています。欧州基本権憲章は二〇条において平等取扱を規定し、二一条で一連の基準（性、人種、

皮膚の色、民族的・社会的出自、遺伝的特徴、言語、宗教あるいは世界観、政治的意見その他の意見、民族的少数派への帰属、財産、出自、障害、年齢、性的指向）に基づく差別を禁じています。アムステルダム条約により新たに加えられた欧州共同体条約一三条は、共同体がさまざまな種類の差別に対して立法的手段をとることを可能にしています。同条が、本講演で問題とする二つの指令の基礎になっているのです。欧州共同体条約は他にもさまざまな分野に関する平等取扱についての規定をおいています。<sup>(25)</sup> さらに、欧州裁判所は、平等取扱の原則が共同体法の本質的な原則であるとして、この原則をさまざまな事件において強調するにいたっています。<sup>(26)</sup>

## 二 効果

ヨーロッパ（法）における種々の平等取り扱い要請が、加盟国に対してこれらの原則を考慮することを義務付けているということは当然のことです。争われているのは、ヨーロッパ規則がどの程度私人を直接に拘束しうるかという問題です。<sup>(27)</sup> しかし、ここでのテーマに関しては、ここで問題とする二つの新たな指令が、少なくともそこで述べられている差別基準については、加盟国に対して、私人間における平等取扱義務を国内法において貫徹すべきことを義務付けていますから、その限りではこの点は問題となりません。<sup>(28)</sup>

また国内（法）の平等取扱原則も、第一次的には立法者を拘束するものであり、これは国家に対する防衛権としての性格を有します。それにもかかわらず、平等取扱原則は私法に対しても影響を及ぼします。たしかに、基本権の第三者効と基本権保護要請機能は、個別的には争いのあるところですが、しかし、基本権が私法に対して影響を及ぼす可能性自体は原則的に認められています。個別的な差別の問題は、一般条項や場合によっては、特に不法行為法における人格権保護を通じて、私法的取引にも効力を及ぼしえます。

しかし、平等取扱原則の本質的な意味を認める一方で、例えば差別されない権利が意見表明の自由やプレス（新聞）の自由と抵触しうるといふように、この権利が他の自由権と対立しうるといふ点も考慮しなければなりません。たとえば、宗教的、政治的見解あるいは世界観が問題となる場合には、差別禁止原則にもかかわらず、個々人はその政治的見解を述べ、宗教的教義に疑問を示し、あるいは男女いづれかの性の優等性を強調するといふことが自由になされなければなりません。もちろん意見表明の自由にも、とくに人種や民族的出自の問題に関わる場合には、限界があります。また、民衆扇動（煽動）とみなされるような言論は、これが特別の保障を受ける人間の尊厳を侵害することから、意見表明の自由の保護の対象になりません。また、このような言論は犯罪構成要件をみたすものです。もつとも、このような特別の保障は決して全ての種類の差別において要求されているというわけではなく、とくに性別による差別にはこのような保護は与えられていません。<sup>(29)</sup>

また、平等取扱原則は宗教の自由とも抵触することがあります。というのも、宗教上の見解やしきたりは、一定の課題と状況において、人間の不平等な取扱を正当化し、あるいはそれを要請することがありうるものであるからです。

最後に、平等取扱を求める権利は、差別する側の者の人格権の一側面としての行動の自由とも抵触しうるものです。<sup>(30)</sup> 上述したように、一般的な行動の自由の発現には、契約の自由、すなわち契約締結を「するか否か」「するとして誰と」「どのように」なすか、という問題を自由（任意）に決めることができる権利も含まれます。その限りにおいて、平等取扱原則と契約自由との間に衝突が生ずることは避けられません。

このような衝突する二つの基本権的地位を、双方の立場に可能な限り留意した上で相互に限界づけることがどのように可能かという問題があるわけですが、それに立ち入る前に、まずは簡単に、ヨーロッパの立法者が加盟国に対してどのような要求をなしているのかを述べることにします。

## IV 差別禁止指令

二〇〇四年二月二日に「物品・サービスの提供に際しての男女の平等取扱の原則の実現に向けた指令」〔以下、「男女平等取扱指令」〕が発効しました。この指令は公的に提供される物品・サービスに関して性別による差別を禁止するものです。なお、同指令は「雇用・職業の分野」を対象としていませんが、それはこの分野についてはすでに他の指令が男女平等取扱を定めているからです。男女平等取扱指令は、すでに人種差別禁止指令（二〇〇〇年六月二九日 2000/43/EG）<sup>(31)</sup> によって始まった、労働市場のみならず全ての私人間の法律関係において差別を禁止するための立法作業を続行するものといえます。両指令において特筆すべきこととして、公的分野や労働市場における平等取り扱いのみならず、物品やサービスが公衆に対して提供（*öffentlich angeboten*）される場合には私人間においても平等取り扱いが要求される、ということがあげられます。その際、人種差別禁止指令は明文において住宅市場に言及していますが、男女平等取扱指令は、立法過程において住居の提供も含む意図が明確になっているものの、この分野を明文で列挙してはいません。<sup>(32)</sup> すなわち、男女平等取扱指令の立法の最終段階において、「……相手方個人を問題とせずに公衆に提供されるような物品およびサービスを提供する全ての者、また公的分野及び私的分野双方を含む……」という表現が挿入されました。このような規定により、住宅市場を含めるかどうかについて、細分化された取扱いがありうることになってしまいます。というのも、この分野の一連の契約は、まさに「個人を問題とせずに」なされるものではないからです。その限りにおいて、間違いなく数多くの解釈の問題が生じるであろうし、人種差別禁止指令との間には適用範囲に若干の差異が生じるでしょう。

この相違を別にすれば、両指令とも、原則として、物品やサービスが公衆に提供される全ての取引をカバーしています。百貨店、個人商店、銀行、ホテル、旅館、保険（保険業界は男女同一料金体系の要請に対して反抗していますが）



が該当します。両指令は、人が業としてではなく締結する契約であつても、その取引締結の可能性が公に示されている限りにおいて——たとえば新聞広告、インターネットへの掲示、その他の申込みの誘引 (invitatio ad offerendum) ——適用可能です。除外されるのは、純粹に私的な、家族的背景のもとでなされた取引のみですが、その線引きには確實に困難が生じます。経済社会評議会は例として、家族所有の住居を家族構成員に賃貸することや、私宅の一室を賃貸することを挙げていますが、その反面、その他の全ての住居関連の契約は、——購入であれ、賃貸であれ、ホテルとしての利用であれ——指令の適用範囲内であるとしています<sup>(33)</sup>。なお、男女平等取扱指令はその他、制定に際して激しい批判が前面に出された教育、メディア、広告の分野を除外しています<sup>(34)</sup>。

両指令による差別概念の定義によれば、直接的・間接的な不平等取扱およびハラスメント (Belästigung) ——男女平等取扱指令の分野ではセクシャル・ハラスメントも——も含むものとされています<sup>(35)</sup>。人種差別禁止指令は、(差別による)不利益を防止あるいは是正するための特別な措置を除いて、不平等取扱について、禁止の例外も正当化も一切(職業活動の範囲を除いて)認めません。これに対して、男女平等取扱指令は、積極的差別是正措置に加え、「物品・サービスを排他的にあるいは重点的に一方の性別の者に対して提供することが、適正な目的により正当化され、この手段が目的の到達に対して相当かつ必要である」場合には、異なる取り扱いの可能性を認めています<sup>(37)</sup>。ここで想定されているのは、プライベートなクラブやプール・サウナの男女別の利用時間といったものです<sup>(38)</sup>。この規定も多くの解釈上の困難を引き起こす可能性があります。特に、非業務的契約の範囲においては、どのような場合に正当化されるかが問題となります。私人間の契約締結において、いかなる適正な目的を追求することが許されるのでしょうか、ここで相当性と必要性の基準が妥当するでしょうか？

加盟国は、これらの指令に違反した場合の制裁を国内法に規定することが義務付けられています。これらの規定は効果的で、比例性を備え、抑止力のあるものでなければなりません。さらに、加盟国は、これらの制裁が実際に適用され

るための全ての措置をとらなければなりません。<sup>(39)</sup> 原告が差別の存在を推測させる事実を疏明した場合には、被告は、自己の決定は原告を差別するものではなかったことの証明責任を負うこととなります。

いくつかの外国法（たとえば英国法やオランダ法）がすでに早くから指令に対応した規定を国内法で規定しており、<sup>(40)</sup> また、ドイツにおいても人種差別・性差別の問題を公序違反や人格権侵害といった伝統的な道具で統制することが認められていたにもかかわらず、<sup>(41)</sup> これらの指令をドイツ国内法化しようとする努力は激しい議論を沸き起こすこととなりました。<sup>(42)</sup> まず、国内法化についてのドイツ第一草案が禁止対象とされる差別基準についても制裁についても、指令の指示の範囲を超えた非常に広範な適用領域を定めたことを指摘しなければなりません。二〇〇四年一二月の新たな国内法化案においても、性差別・人種差別に限定せず、年齢、宗教、障害、性的指向のような他の基準にも言及しています。その理由は、ドイツ政府が、差別禁止の問題を、ブリュッセルにおける将来的発展も見越して、<sup>(43)</sup> 今すでに将来のために立法者として規律しようとしている点にあります。それゆえ、以下の考察では、平等取扱原則と契約自由の調和について、人種や性別による差別に限定せず、一般的に、契約法における平等取扱義務の問題として扱うこととします。

## V 平等取扱原則と契約自由

契約相手方を選択する自由を制限し、また、当該契約に対立する利害を有する関係者が契約に異議を唱えた場合に、なぜその関係者ではなく他の当事者を選択したのかという判断を正当化する義務を負わせるという規律は、契約自由の根本的基盤を揺るがすものです。<sup>(44)</sup> 男女平等取扱指令は三条二項において、「この指令は、選択が当事者の性別に依存してなされたのではない限りにおいて、契約当事者の自由な選択を妨げるものではない」と強調していますが、それには説得力はありません。自由とは、人が任意に取引を行い、その判断を個人的選好に依拠してなすことができるというこ

とを意味します。この点に関するいかなる制限も自由の制限ということになるでしょう。さらに、このような規律は、意見表明の自由にも影響を及ぼします。ある者が性的役割分担について発言した場合、たとえば、差別かどうか争われる事例が生じた場合において、当該発言が差別の証拠として取り上げられることになりうるからです。とりわけ、これは間接的差別の分野においては影響の大きいものとなりえます<sup>(45)</sup>。指令の国内法化にあたって、契約自由の根本的な制限であることが問題にされることはこの点で正当です。ロベスピエール流の美德の支配の悪夢を持ち出すのはおそらく誇張でしょうが<sup>(46)</sup>、平等取扱を義務付けることは、私的自治の論理的否定です。したがって、どのような状況であれば私的自治が適正に制限されるのか、またそうでないのはどのような事例か、という問題を、平等取扱義務から説明することはできません<sup>(47)</sup>。また同様に、信頼、契約の拘束、ましてや正当性の保証といった、契約理論の他の観点を援用することもできません。

他方、社会の構成員を平等に取り扱い、特定のグループを排除せずに扱うことは、近代法秩序の正当で不可欠な目標ですし、社会の平和 (soziale Frieden) のための必須要件でもあります<sup>(48)</sup>。この目標は、個々人の地位にも影響を及ぼします。差別が良俗に違反し人格権を侵害するものとみなされうる限りにおいて、ドイツ法はすでに、民法一三八条の一般条項や、同法八二三条の梓的権利としての一般的人格権を通じて、制裁を下してきました<sup>(49)</sup>。本稿で問題となるヨーロッパ指令を国内法化すると、この従来の運用を超えることとなります。これまで契約法は、矯正的正義の原則に従い、「同意あれば侵害なし (volenti non fit injuria)」「意思は理に代わる (stat pro ratio voluntas)」<sup>(50)</sup>原理によって支配されていたのですが、そこに配分的正義の原則が持ち込まれることになるのです。確かに、契約法上の体系が損なわれている場合であれば、その修正は不可欠であるし、また正当化されるでしょう。そうしなければ、すでに契約内容の自由に関して述べたように、私的自治はそれ自体自己崩壊を起こしてしまうからです。この原則はすでに契約締結強制という例外的事例においても考慮されてきました。潜在的契約当事者の利害の相互依存関係がない場合には、経済システム

は機能しません。この点にかんがみて、たとえば競争法は市場寡占企業に対して平等取扱の義務を定めています。かかる企業は契約締結義務を負いますし、また差別・ボイコットの禁止にも服することになります（競争法（GWB）二〇条・二一条、EC条約八一条以下）<sup>(51)</sup>。

同じ考え方は、他の分野における平等取扱にも適用できます。すなわち、競争法が市場寡占企業による不平等取扱の禁止という方法を通じて市場の機能と自由競争を確保しようとするのと同様に<sup>(52)</sup>、特定の人的集団が排除されることを妨げ、それと共に社会の機能と社会の平和を確保するという目標によって、平等取扱の原則を正当化することができる<sup>(53)</sup>と考えられるのです。社会の平和を維持することと特定の人的集団が排除されることを妨げることは、社会にとって非常に重要な意味を持ちます。これらの原則がないがしろにされるとき、私的自治もまた、崩壊の危機に陥るのです。

しかし、競争法において平等取り扱い要請が全ての企業についてではなく市場寡占企業についてのみ適用されるのと同様、社会（の機能維持の）必要と社会の平和も、広範・悉皆的（flächendeckend）な平等取り扱い要請を必要とするものではありません。

特定の店における買い物、ホテルへの宿泊、レストランでの食事といった典型的な大量取引において、人が特定の指標により市場取引に参加することを拒絶される場合、社会の平和は危機にさらされます。しかし、私人Aがそのペット、自動車、あるいはその家を、別の私人Bに売ろうとするとき、AがCではなくBを選んだのが、いかなる理由に基づいていたとしても——性別や人種、宗教その他の指標に基いていたとしても——、社会の平和を乱すものではありません。社会の平和は、Aが公に——たとえば新聞やインターネットを通じて——広告を出した場合でも、乱されるものではありません。むしろ、この種の契約締結において、契約相手の選択に関して厳格なコントロールがなされるとすれば、それこそ社会的平和が乱されるといえるでしょう。権利濫用、不当な責任追及、あるいは弁護士費用を荒稼ぎしようとする弁護士について考えてみれば、このことはより明らかです。

以上述べてきたことに鑑みると、次のような帰結が導かれます。平等取扱原則は、社会の平和を維持し確実にするために排除を阻止しようという関心によって正当化しうるものであり、そのため、営業あるいは職業として提供された大量取引の場合においては、全くもって有意義なものです。場合によっては、この原則は労働法の分野、あるいはさらに住宅市場のいくつかの分野においても考慮されなければならないでしょう。これらは本質的・死活的な生活領域に関わるものだからです。<sup>54</sup>しかし、それ以外の分野では、契約法における平等取扱原則は、正当化されない異物として現れてきます。ヨーロッパ法及びドイツ民法一三条の定義による営業的・職業的提供者と消費者とを異なつて取り扱うことは、営業的・職業的に物品・サービスを公衆に提供する者は、自らの物品やサービスを広告に出す消費者よりも、市場と社会の利害をより広範囲に活用するものであるということから、正当化されます。その限りにおいて、企業活動を行う者は、社会的価値のために尽くすことがより強く要求されているのです。

この論稿の結論として、従来のヨーロッパ司法裁判所の平等取扱に関する規定の解釈とは異なり、指令の適用範囲と平等取扱の要請は制限的に、逆に例外的事情はより広く解釈すべきであると提言したいと思えます。男女平等取扱指令の「個人を問題とせず」という文言は、確実に、消費者によって意図される取引締結を可能な限りすべて（適用範囲から）除外するためのより容易な契機を与えています。「私的、家族的生活、およびこの文脈で行われる取引」の分野に関する例外規定も、同様に広く解釈されるべきです。したがって、国内立法者に対しては、ここで問題となっている指令、あるいはさらなる指令の国内法への編入する際には、契約自由をできる限り保護し、差別に対しては、これが社会に対して害となる場合に（のみ）除去するように勧めたいと思えます。さらにまた立法者は、場合によってはここで扱った二つの指令を統合しうるようなさらなる指令において、私人の取引を厳格に規制する動きを阻止すべく、努力すべきです。私法を公法的規制で縛り付けてしまえば、不可欠な社会的自由領域をも奪ってしまうことになるのです。このような規制を実現するために手続を課すことによって「手続的正義」が導かれると考えるとしたら、それも誤りです。

- (1) Säcker, ZRP 2002, 286, 289; Adomeit, NJW 2002, 1622; Picker, JZ 2002, 880; 2003, 570; Baer, ZRP 2002, 290; Neuner, JZ 2003, 57; Wendeling/Schröder, NZA 2004, 1320; Wiedemann/Thising, DB 2002, 463; Thising, ZFA 2001, 397
- (2) Richtlinie 2004/113/EG v. 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 L 373/37 v. 21.12.2004 及び Richtlinie 2000/43/EG v. 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft, ABl EG L 180/22 v. 19.7.2000
- (3) 社民党および九〇年連合緑の党の法案が提出されたこと。BT-Drucks. 15/4538 v. 16.12.2004; 連邦司法省の最初の草案 (Diskussionsentwurf) 及び DB 2002, 470.
- (4) Atwah, Introduction to Contract Law, 1995, S. 15. 今日知られる社会的な契約についての契約の自由は、民法学者の交渉の平等性が想定される限りにおいてのみ認められると述べたこと。Beaton, Anson's Law of Contract, 27. Aufl., 1989, S. 4.
- (5) Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 9.
- (6) Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 69 及び同書脚注の文献参照
- (7) Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 32.
- (8) 欧州基本権憲章七条および欧州人権条約八条。
- (9) Schöbener/Storck, ZEus 2004, 45, 58.
- (10) 個別問題については参照' Busch, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 22 ff., 46 ff.; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 223; Canaris, JZ 1987, 993, 994; 既に既述のように Höfling, Vertragsfreiheit, S. 20.
- (11) Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 7; Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), 1, 3.
- (12) Bydlinski, AcP 180 (1980), 1; Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 239 ff.
- (13) 参照' Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1947), 157; Ludwig Kaiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, unveränderte Neuauflage 1961.
- (14) 当時のいく人かの論者は、(この潤滑油は) 必要な数滴を超えて、ポットをひっくり返したように注がれること、私法はおぼれてしまう」と論じていた。
- (15) 個別問題については、例えば Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 74 ff; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1991, S. 29 ff.

- (16) *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1947), 157; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 215 f.; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 14.
- (17) BVerfGE 89, 214, 231; かねて対する強い批判として' *Zöllner*, AcP 196 (1996) 28; a.A. *Canaris*, AcP 200 (2000) 275, 296.
- (18) BVerfG, FamRZ 2001, 343, 985.
- (19) *Georgiades*, FS Geimer, S. 213.
- (20) 例えば実質的正義に関して *Canaris*, AcP 200 (2000), 275, 277, 300 (過剰禁止と過小禁止のバランスを志向し' 形式的(=法的) 契約の自由と実質的(=事実的) 契約の自由の区別を強調); *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 305; 同旨 *Fastrich*, RDA 2000, 65, 67. 「社会正義」という標語は私法においても役割を増大させている。
- (21) 平等の権利・平等の地位・平等取り扱い・差別禁止のさまざまな形態や概念上の相違にはこのことは立ち入らない。
- (22) 国連憲章一条' 世界人権宣言二条一号' 七号
- (23) 特に同規約の二条一項' 三条' 二〇条二項' 二六条
- (24) BGBl 1969 II, S. 962
- (25) 欧州共同体条約一二条(国籍) 一八条(移転の自由) 四三条(営業地選択の自由) 四九条(職業遂行の自由) および二条' 三条二項' 一四一条(男女平等取り扱い) また' 欧州連合内において' 国籍に基く差別禁止が妥当する。
- (26) 参照' *Caballero/Fondo de Garant la Salareal (Fogasa)* [2003] IRL 115—C442/00; *Razzou and Beydoun/Commission* [1984] Slg. 1509—C75/82 und C117/82; T/S und Cornwall County Council [1996] Slg. I 02143—C13/1995; *Gottardo* [2002] Slg. I 00413—C55/00; Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged Europe, COM. (2004) 379—final, 28.05.04 S. 10.
- (27) 下記あたり参照' *Roman Angolese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.* [2000] Slg. I 4139—C281/98 (カザンゴスと M. *Schweitzer*, FS Musielak, 2004, 523 ff.) (市場の自由の原則); *Gabriele Defrenne/Societe Anonyme Belge et Navigation Sabena* [1976] Slg. 455—C43/75 (一四一条男女平等賃金); 欧州裁判所の判例によれば' 共同体条約一二条は私的主体も集团的行動の一部としては拘束する。同条が(このような集团的行動の外にある) 個人も直接に拘束しうるものであるかは' 非常に争われている。かかる拘束力を支持する議論として参照' *Forsthoff*, EWS 2000, 389, 393. 反対論として参照' *Streiniz/Leible*, EuZW 2000, 459; *Remmert*, JURA 2003, 13; *Canaris*, Symposium Rainer Schmidt, 2001, S. 31, 42 ff. 反対論が強調するのは' 共同体条約において異なった取り扱いを正当化しうるものとしてあげられる理由—公の秩序' 安全' 健康—が純粹に私的なアクターには適用されえないということである (*Canaris*, Symposium Rainer Schmidt, 2001, S. 30, 42; *Schweitzer*, FS Musielak, 2004, S. 523, 532; *Michaelis*,

- NJW 2001, 1841, 1842)。指令 2004/113/EC、四条五項における男女の異なった取り扱いの正当化についても、同じ問題が生じる。(四条五項「物品及びサービス給付をもつばらあるいは主に特定の性別に属する者に対してのみ提供することが、正当な目標によって正当化され、目標達成のための手段が相当かつ必要である…」)
- (28) *Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463, 464; 指令に関する詳細については後述 IV。
- (29) メディアと広告の内容に対しては指令が適用されない(2004/113/EC 三条三項)ことは、プレスと意見表明の自由という正当な背景を有している。このことに決定的影響を与えたのはおそらくプレスと広告ロービーの圧力だったにしても。同会議の批判的考察について、欧州経済社会評議会見解 ABI EG 241 vom 29.09.2004, S. 41—52004 IE0853
- (30) 不平等取り扱いの全てが直ちに人格権侵害になるわけではない。Camaris, Symposium Rainer Schmidt, 2001, S. 31, 67
- (31) ABI L180 vom 19.07.2000, S. 22.
- (32) 三条一項の文言は当初人種差別禁止指令の対応する条文(三条一項(h))のコピーだったが、まず「全て(alle)の物品とサービス給付」に、ついで「あらゆる(gesamt)物品とサービス給付」と変更された。
- (33) 経済社会評議会見解 ABI 241 vom 28.09.2004 S. 41—52004 IE0853.
- (34) 経済社会評議会見解 ABI 241 vom 28.09.2004 S. 41—52004 IE0853.
- (35) 指令 2000/43 EC 第二条(1)(2)(3)項、EC 指令 2004/113 第四条二項(a)、(b)、(c)
- (36) 指令 2000/43 EC 第五条。
- (37) 指令 2004/113 EC 第四条五項; 積極的措置については指令 2004/113 EC 第六条参照。
- (38) 参照、経済社会評議会見解 ABI. 241 vom 28.09.2004, S. 41—52004 IE0853.
- (39) 指令 2004/113 EC 第一四条、指令 2000/43 EC 第一五条。
- (40) イギリス法 Sex Discrimination Act, Race Discrimination Act, Disability Discrimination Act; ホンテン法 Algemeen Wet Gelijke Behandeling 1994。ただしこの立法が十分な有効性もつたか否かは別問題である。参照 Schiek, Differentzierte Gerechtigkeit, 1999, S. 99, 109.
- (41) *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395.
- (42) *Säcker*, ZRP 2002, 286, 289; *Adomeit*, NJW 2002, 1622; *Picker*, JZ 2002, 880; 2003, 570; *Baer*, ZRP 2002, 290; *Neuner*, JZ 2003, 57; *Wendeling/Schröder*, NZA 2004, 1320; *Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463; *Thüsing*, ZFA 2001, 397.
- (43) 他の基準にもとづく差別(家族状況、政治信条)の禁止もブリュッセルにおいて検討されている。*Wiedemann/Thüsing*, DB 2002, 463, 464 (*Hepple/Coussey/Choudhury*, Equality: A Framework, report of the independent review of the enforcement of



UK anti-discrimination legislation, 2000, Rec. no. 14 (付用)。また参照' Green Paper: Equality and non-discrimination in the enlarged European Union, COM. (2004) 379 final, of 28.05.2004, S. 15 (著書者・ロバート族)。

- (44) *Säcker*, ZRP 2002, 286, 288.
- (45) *Baer*, ZRP 2002, 290, 293. その側面や見落としについて
- (46) *Säcker*, ZRP 2002, 286; *Picker*, JZ 2003, 540, 541.
- (47) *Bytlinski*, AcP 180 (1980), 33. 批判的分析として参照' *Schick*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 303; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 239 (憲法的差別の回避としてのみ契約締結強制を考慮); *Schöbener/Storck*, ZEuS 2004, 45, 60, 64 (2004/113 EC の関連では強調)
- (48) *Schick*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 23.
- (49) *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395; *Canaris*, Symposium Rainer Schmidt, S. 25
- (50) *Atyah*, Introduction to Contract Law, S. 15; *Canaris*, Symposium, Rainer Schmidt, S. 30, 47; *ders.*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 46; *Schick* (Differenzierte Gerechtigkeit, S. 311—315) その形式的正義から実質的正義への方向転換から、契約法にも配分的定義の諸要素が含まれると帰結し、潜在的契約当事者の平等扱いが正当化されること。平等取り扱いの義務は、前契約的義務の帰結であるとされる (S. 357)。
- (51) 詳細については参照' *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 402 ff.; また *Schick*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 303.
- (52) *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 402.
- (53) *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, S. 183. 参照
- (54) *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, S. 182; *Fastrich*, Richterliche Inhaltstkontrolle im Privatrecht, S. 110 ff., 159 ff

〈付記〉 ダグマー・ケスター—ヴァルチェン Dagmar Coester-Waltjen 教授は、フライブルグ大学、ミュンヘン大学、

キール大学において法学を学ばれ、キール大学にて法学博士号を取得、アメリカ合衆国シシガン大学にて LL.M. を取得された後、アウグスブルグ大学とミュンヘン大学にて助手を勤められた。その間ミュンヘン大学にて

「国際証拠法」に関する論考をもって教授資格を取得され、コンスタンツ大学、ハンブルグ大学の教授として招聘されて、一九八七年からはミュンヘンで教鞭を取っておられる。また客員教授として、フリブール（スイス）、南京（中国）、ニューヨーク（アメリカ）、オックスフォード（イギリス）、テキサス（アメリカ）の各大学の招聘をお受けになるなど、民法、国際私法、比較法の国際的に活躍される研究者である。シンポジウム講演者のお一人であるケスター教授とはご夫婦。

氏は平成一七年二月末から約一週間の日程で来福され、本シンポジウムにおける他、九州国際私法研究会にて、国際民事手続に関する二つの新EU規則について講演を行われ、わが国の国際私法研究者とも有益な意見交換の場を持たれた。

〔訳者 記〕