



憲法と私法－基本権の第三者効の例に則して

カール・ハインツ・ラデーア

(Citation)

CDAMS(「市場化社会の法動態学」研究センター) ディスカッションペイパー, 08/ 4J

(Issue Date)

2008-08

(Resource Type)

technical report

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/80100077>



CDAMS ディスカッションペーパー
08/4J
2008年5月

憲法と私法 - 基本権の第三者効の例に則して

カール・ハインツ・ラデーア

CDAMS
「市場化社会の法動態学」研究センター

神戸大学大学院法学研究科

憲法と私法 基本権の第三者効の例に則して カール・ハインツ・ラデーア(ハンブルグ大学)

(訳) 角松生史(かどまつ・なるふみ)

本稿は、カール・ハインツ・ラデーア教授による CDAMS「公共空間研究会」連続セミナー (http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/koukyo_seminar.htm) における講演 "Constitutional Liberties and Private Law" (2007年3月24日(神戸大学), 26日(東京大学))の翻訳である。(ラデーア教授の略歴等については、第1回セミナー講演翻訳である CDAMS ディスカッションペーパー 08/1J (<http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/dp08-1j.pdf>) を参照されたい。)

第2回セミナーにおいては、齋藤彰本学教授(CDAMS センター員)が、(1)法律エリートたちの国家・法規定万能主義的誤謬(2)自由法モデルと間接適用について(3)関係的契約と取引費用経済学(4)契約の経済的効率性と契約離脱の自由という4点にわたってコメントした。ラデーア教授の応答を含め、参加者により種々議論がなされた。東京大学比較行政法研究会との共催により行われた第3回セミナーでは、山本隆司教授(東京大学)の司会の下、若手中心の参加者により、非常に活発な議論が展開された。関係各位の協力を改めて感謝申し上げる次第である。

1 自由社会の社会的認識枠組- 自由主義的法モデルとその制度(Institution)志向

a) 間接性(Mittelbarkeit)理論としての自由主義法理論

自由主義は制度志向であるが、それにはそれなりの理由がある。国家 目的から抽象化されて構築された制度とは対照的なものである。 によって公共の利益が定式化される可能性を感じないのである。とはいえ自由主義は、例えば所有権の自由な処分の否定的帰結を無視しているわけではなく、それに対して無関心であるわけでもない。むしろ次のような想定から出発しているといえる。市場の自由は、長期的、従って間接的には、例えば、労働機会の喪失が他の労働機会を求めそれが得られることで埋め合わせられるように取りはからっているのである。たとえそれがいかなる意味でも確実なものではないとしても、確かにまさに上の想定は反直感的とも思えるだろう。しかし逆に、上の例を続けるとすれば、労働機会を直接的に「保護」とすれば、それと結びついた経済的リスクが企業の制限的採用政策 量的にも質的にも(質が確実に判断できない労働者の雇用を可能な限り控えるなど)に至ることが予期されるかもしれない。自由主義的市場・所有理論は「間接性」の理論なのである。所有権の自由の長所と短所が「一般的に補償される」ことをそれは想定する。ルール(Regel)とルールの秩序のみが相互に比較されなければならないことをそれは要請している。所有者であれ、介入主義的国家であれ、それらが下す個別の決定についての評価を下すのに必要な知識がそこにはかけているのである。その帰結として、このような知識の限界を無視する社会国家は、持続可能な制度を作り上げることができないとして批判される(シュレーダー赤緑内閣の混乱した政治スタイルは、それを描き出していると言えよう)。

(b)自由主義的法と、社会的自己組織との協力

「発見手続としての競争」(ハイエク)による自由社会の自己方向付けは、当然ながら誤りから自由に推移するわけではない。その過程は自己ブロック化することがあるし、国家的制度化によって改善されなければならない。しかし、否定的な副次効果が生じた場合、その責任を直接所有権者にとらせることは、同等の権利の衝突の事例を除けば、自由主義的法秩序と調和するものではない。まさにかかる帰結への責任を取り除くことに、近代的所有権は基づいているのである。不確実性の条件の下での生産的な決定の可能性というテーゼが、自由主義的法モデルの前提になっている。だからこそそれは、個人の判断の自由の優先の推定 国家法によってその限界がコントロールされてはいるが を要請するのである。

その良き意図の実現に必要な知識が国家によって接近可能なものであるという推定には、しかし、全く根拠がない。国家によって確定される公共善の理想的規範が、全く完全ではないが組織的には形成される自由主義的秩序の決定の配置(Arrangement)に対抗すべきものとして持ち出される。しかしその際、(自由主義秩序に)競合できるような知識モデル・決定モデルの存在は、主張されることすらないのである。このような理想的観察者の立場をとる思考様式は、経済学では、「涅槃原理」と呼ばれている(Demsetz)。

立法者が所有権を「形成する」権限は、自由主義的観点からも原理的に批判されるわけではない。その反対である。財産的諸原理の限界付けにおいても、私法・私権の形成一般にとっても立法者は重要な機能を果たしている。それによって「個人の計画の成功がそれに依存しているところの」「予期の相互調整」(ハイエク)が容易になるのである。しかし、憲法も含めた国家法は、常に一種の法の「上部構造」に過ぎない。それはその本来のインフラ)を、個人と社会組織との協力・調整関係の形成という進化プロセスに負っているのであって、「裁判官や立法者の構想」に負っているのではない。国家によるあらゆる法形成は、「個人が既に一定の共通の規則に従っていること」をそもそも前提にしているのである。

衡量をなすのは裁判官であるべきか(Alexy)それとも立法者であるべきか(Hermes など)についての論争も、したがって無意味である。自由主義的法秩序における法は何よりも、「自生的行為秩序」の形成を支えることに役立つのである。この自生的行為秩序は、生産的な、知識生成的な、社会の中の関係ネットワークを可能にするものである。このような機能は、社会の自生性というよりはむしろ次のような事実を尊重することに多くを負っている。不確実性を拘束するために必要であり、また必然的に分散された(verteilt)知識を産出するのは关系的・実験的な秩序のみである。このような知識は、社会的な協力・調整関係の実践の中に書き込まれつづけているものであって、専門知としての静的な観察者の立場からそれを集中し一般化することは不可能なのである。H.Bouillon が正当にも強調するように、ハイエクは単に所有権者の自由を問題にしたのではなく、自らの知識を利用できる可能性としての自由の保障を問題にしているのである。生産的な集団秩序は上のことから、すなわち、多数の個人への知識の分散 - それが自由を産み出すのであるが - から生じるものであって、集団的な公共善的アクターが自らが利用可能な集中された知識を通

じて直接指令(Verfügung)することによって生じるのではない。この反対を想定するのであれば、少なくともより詳細な根拠が必要であろう。だからといって、「私法の自己法則性への尊重なるもの」(Hermes)から何も変更してはならないというわけでは決してない！生産的かつ活発な法秩序は、国家、特に裁判官の積極的役割を必要とする。しかし国家の機能は、自己組織の諸強制と可能性から生じる社会制御の限界に適合的なように、調整されていなければならない。国家と法の側でも、この実験秩序に新たな可能性を持ち込むことで刺激を与え、自己ブロック化を妨げなければならない。しかしそれは、非＝階層的な立場から、上位の(衡量)知を僭称することなくなされなければならない。また、社会的ネットワークの秩序構造の中のモデル形成を観察し、非完結的であり広範に不透明なものであるというモデル形成の性質を尊重しなければならない。

C) 自由主義的法モデルと社会的行動知の産出

自由主義社会は、第一次的には次のことを信頼するものである。社会を通じて分配される実践と結びついた知識が、個人によって、また国家によっても、決定のために利用されうるということを。そこには同時に、新たな知識を産み出すものとしての行動する権利の優先権が書き込まれているのである。この優先権によって、所有権を様々な原理の衡量の帰結として非種差的に構成することは排除される。所有権の「社会的連関」は、決して無視すべきものではないが、国家が逐一衡量すべき直接の対象にはなり得ない。そのために必要なのは、相対的に安定した帰属と限界付けがなされた広義の財産的諸権利が、変化に開かれつつも、全ての利害に対して同様に浸透性を有するものではないことである。

民法は、処分・利用・責任などについての多様に差異化された機能分割(例えば商法上の会社のように)を法律による(あるいは判例によって具体化された)決定の形式で発展させている。それは個別的に、例えば損害賠償法の領域においては、財産的諸権利と賠償責任による保護とをより精密かつ厳格に区別する。例えば被害から免れているという利益(Verschonungsinteresse 保全的利益)は事後的な損害賠償請求権によっては相対的に強く保護されるが、差止請求権によっては(例えば危険な工業生産に対しての場合のように)極めて限定的にしか保護されないといったように。このような制度は、個別事例に則しつつではあるが、「私法社会」における自己組織性の維持に対応した形式において発展してきたのである。この制度は、非種差的な無形式性において、「強者」と「弱者」の「非対称的な」法関係を調整しているといったものではない。

基本権から導かれた新たな保護権の導入が、民法の固有の合理性の発展に新たな秩序付け機能を付け加えることはできない。逆にそれは、私法の秩序形成効、特に安定した予期を形成する可能性をむしろブロックすることになるかもしれない。それは、(財産的権利と賠償責任との)この関係を変更することが許されないということの意味するものではない。複雑性の条件が常に増大し、損害賠償責任の付与によるリスク克服によっては(因果性の分散、時間的遅延、因果関係の学問理論上の不確実性などにより)もはや適切なリスク分配が保証されないとすれば、このようなルールを私法的あるいは公法的に再度種差化することも可能、いや必要である。しかし、その際の規制戦略において引き合いに出されるべきなのは、実験的な、新たなものの産出に狙いを定

めた法秩序でなければならない。

d) 「保護義務」のドグマーティクと、国家による評価へのその依存性

秩序形成的な差異と共に作動することが、実験的法秩序にとっては不可欠である。非種差的な「被害から免れているという利益」を、憲法という迂回路を通して市民の「保護権」として、原理的に同格のもの扱い、競合する諸権利(例えば財産権)との間に非種差的な衡量を行うことは、上の差異とともに作動することに基づいた制度形成をかいぐってそれを揺るがすことであり、許されてはならない。それにより基本権は完全に相対化され、国家による状況対応的な変改にさらされることになる。それは「恣意の危険にさらされ」、偶然に依存したところの、国家の主観的評価へと導くものである。このような一般化された恣意の実践の概略は、今日既に租税法において見出すことができる。そこではあらゆる体系形成が断念され、国家による財源調達の個別的・状況的の必要に応じたものになってしまっているのである。

通説は自由主義的防御権を、輪郭付けを欠き、個人の恣意への自由によってのみ方向付けられるものとみなし、私人および「私法社会」の自己組織機能を把握していないが、このことと対応しているのが、全く非種差的なままでありながら最初から積極的に構成された国家の「保護義務」である。個人の恣意の自由がまさに国家による恣意的犠牲を要求しているかのようである！このような視点が可能になってしまうのは、国家の保護機能が第一次的に個人に関連づけられ、古典的自由権を基本権保護義務という新たな次元に体系的に適合させることが試みられていないからである。自由主義システムにおける例えば経済の自己組織は、個人に一定の適合強制を課するものである。例えば個人は、その自己認識と自己発展を「他者という鏡」(A.スミス)によってコントロールして、自己組織的な行為モデル・予期モデルに自らを適應させる。これは、G.トイプナーが基本権的自由の「自己構成(Eigenverfassung)」として具象的に名付けたところのもの的一部分である。国家による多くの経済的・社会的な「助成プログラム」は、社会から発せられるシグナルを認識することから免れた上で「不利益待遇を被ったもの」として国家的な保護を要求できる／すべきであるという印象をその副作用として産み出すことになる。それがいかなる帰結を招くかを判断することはほとんど不可能であり、その問題性を見出すことができるだけである。

ホフマン・リームは「基本権は自由の理念を自由の現実の可能性(=機会)に(それぞれ関連する現実領域において)転換するものである」という構想を主張するが、私見によれば、「基本権の適用の過去の経験」や基本権の前提となる／あるいはそれと並ぶところの他の「国家理論・社会理論上の構想」との関連性によって差異化しようというのは具体性が低い。基本権的保護義務の利用が、実験的秩序に組み込まれた「社会資本」を縮小することなしに、機会均等を改善することが可能であるか、より厳密に問われるべきであろう。自由の行使によってのみ、自由は認識され、維持されるものであるからである。

2 基本権の第三者効とドグマーティク

a) 基本権の「第三者効」構成の国家焦点化 (Staatsfixierung)

基本権の「第三者効」をめぐる議論の問題は、憲法理論が依然国家中心的でありつづけていることである。そのため論争は、国家が「第三者効」あるいは「保護義務」を媒介として私的権利に多かれ少なかれ介入すべきかどうかに限定されてしまっている。民法の一般条項を介して基本権が影響するという古い定式の合理性が、このように国家に焦点をあわせることで、ブロックされてしまうのである。しかし、事柄の性質からすると、民法においては常にそうであるように、私的自治をその固有の合理性へと引き止めること (Rückbindung) が問題になっている。この固有の合理性は、アクターの自己調整において安定的予期を形成する可能性とその可能性を支える慣習 (Konvention)、行動モデル、経験の基礎の上に根拠づけられるものである。国家法に先行する「自然法」ではなく、社会の中での法の発展によって構成された法の固有の合理性への方向付けが問題になっているのである。国家法は従って、法主体の社会的「前理解」と主体越境的な (transsubjektiv) 自己組織を必然的に参照させる。

まさに「包括概念」 (Blankettbegriff、*訳注: ピエロート/シュリンクは一般条項を例に挙げる*) において基本権が「現実の均衡を形成して機会の平等を擁護する」 (Pieroth/Schlink Rn.183) という想定は、自由主義的法理解とは適合しない。例えばリュート判決 (BVerfGE7,198) で開かれたところの憲法と私法の制度的にコントロールされた協力を、それは堀崩すものである。なぜならそれは、個別の基本権の主体が他の基本権の主体に対して、完全に白紙の状態に義務を負う (= どのような義務を負うこともあり得る) ことを意味するからである。「直接的第三者効」というレッテルによって正当にも退けられた私人相互の基本権的義務づけが、間接的基本権効力論から、異なった旗印を掲げてはいるが同じ効果を持つものとして、導かれているのである！「現実的均衡という**状態**！」を判例が志向することは、自由競争のダイナミズムを窒息させかねないことに加え、自由主義的基本権の意味をその反対へと逆転させてしまう。法は「正義にかなった**状態**」を保障することはできない。法は必然的に制度によって方向付けられていなければならない。そうでない限り法は、その固有の秩序機能を堀崩す傾向を有することになる。

b) 「法に刻印された」私法的関係に対しての国家の処分の自由？「基本権の間接的第三者効」とは何か？

国家が法を「定立」することの意義を過大評価することは実証主義的誤謬である。仮に私的自治は国家によって法的に設立されたものだとしても、だからといってその場合には「法的刻印」がより少ない自由行使の限界を設定するときよりもより大きい形成の自由が生じるというわけではない。もし私的な規範・基準が「政治的 Verfassung」ではなくその固有の Verfassung によって評価されなければならない (トイブナー) ということを確認するのであれば、上のような考慮は、伝統的な基本権の間接効モデルと結びつくものであろう。つまり、問われなければならないのは以下のようなことである。私的自治を媒介とした私的な自己組織・自己調整が、場合によってそれ自身を危険にさ

らしていることから、自己ブロック化を破り新たな可能性を導入するための基本権に依拠した裁判官の介入によって制限されなければならないか、されるとすればどの程度かという問題である。異質の国家的合理性をそれに対置するという問題ではない。前者に属するものとして、私法における間接的基本権効による差異化がある。公共的コミュニケーションが問題になる場合、私的な自己組織から政治的公共性への貢献を引きださねばならない。ここでは経済と政治の関係における異質のシステム合理性の間の調整が問題になる。古典的私法はこれには十分焦点を合わせていないかもしれない。そこでは基本権が、「衝突規範」として考慮されるべきである。まさにそれに特に適しているのが、私法の一般条項であり、それは制度の保護のための私的自治の自己観察・自己限定に資するものである。

c) 経済的基本権の第三者効という特殊事例 特に基本法 12 条に即して

たとえば基本法 12 条の場合はこれと異なる(私見と異なるものとして、BVerfGE 81,242)。経済的自由権の相互調整は、私法固有の合理性の中心的領域に属する。それゆえに、ここでは、私的自治に対して基本権の第三者効が動員されるのは、法律上の債権関係の調整のためであっても、極めて限られた程度にとどまる。法律上の権利の分離・調整を司法化する(例:相隣関係における財産的諸権利の衝突、製造物責任と買主の権利等)に際しては、基本権の第三者効が原則的に役割を有するかもしれない。しかし、私人間の相互的な予期の形成・安定化の必要性こそが優先的に考慮されなければならない。BGB138(訳注:良俗違反の法律行為)の制度保護はそれと結びつくものである。法律行為による拘束の可能性を限定するのは、社会の中で産出された反省的な基準でなければならない。立法者もしかし、禁止によって限界を設定することができる(例:BGB134 - 訳注:法律違反の行為は無効)。しかし国家は、立法者であろうと裁判官であろうと、外から状況的に「衡量」によってルールを変更することは許されない。民法、特に契約法の基本権拘束は、まさに大幅にそれをめざすものである。私的権利を相互に詳細に調整することは、民事裁判官により、私的アクターの関係ネットワークの中で産出された秩序モデルを観察に基づいてなされるし、なされなければならない。裁判官はかかる状況にあって、新たな事実(例:関係者間のリスク分配を変化させるような新たなテクノロジーの発展)に基づき、場合によっては、権利間の関係を実験的介入によってまで安定化ないし変容させるべきかを問わなければならない。生産的な、究極的には「私法社会」(F.ベーム)における諸個人の自己適応・自己調整に基づくところの秩序モデルが可能になることが、そのような介入の目的である。その限りで、近年しばしば強調される基本権関係の多極性は、事柄の本質を避けて通っている。基本権または自由主義的秩序における民法上の地位が、まずもって個人的な行動「空間」(Handlungsräume)を割り当てるものだという誤解が常になされてきた。産業社会・ポスト産業社会において個人に決定権を割り当てることは、まさに協力を可能にすべきものであるが、伝統を超え、国家的目的設定を超えて発展する形式によるものである(企業所有や、土地所有権とはかなり離れたその他の複雑な所有形態を考えてみればよいだろう。例:コミュニケーションなしの著作権とはいったい何か(意味がある

か?) 私人間の協力的関係ネットワークの裁判官による観察・適応のために、経済的基本権による方向付けは、ごくわずかしが寄与するところがない。国家中心的であり、また社会の自己組織に適合するように調整されていない国家の「保護義務」の論理を問うてはならないのである。それは私人間の秩序が第一次的に国家により外から維持されるという一面的な考察方法になるだろう。私人の「間の」生産的関係ネットワークの自己組織・自己調整・自己観察を保障するという法の優先的な任務がとらえ損なわれることになる。

保護義務論にいつそう強く依存する第三者効の構成は、自由主義以前の「ポリツァイ学」の構想に部分的に陥っていると言える。そこでは、国家と社会の諸力の全面的な一致が問題にされてきたが、それは国家を通じてしか実現されないものとされる。かつての後見的福祉国家(Wohlfahrtsstaat)における「ポリツァイ」も、「学問」の基盤の上にたって、社会的資源・団体(「階級」「身分」)を「関係」づけることが可能だと主張していた。このような「ポリツァイ学」の可能性は、自由主義によって原理的に疑問視されたのである。(その批判に際して)カントは市民の自らの判断への権利に依拠したのに対し、アダム・スミスは国家にはそれに必要な知識が欠けていることを強調した。自由主義的法モデルは、カント的バージョンとスミスのバージョンを引き合わせるものであるが、個人の実体的存在としての(substanzhaft)自由や行動空間を帰属させることよりもむしろ、個人の自己調整によって生成される社会的なルール(Regel)ないし規則性(Regelmäßigkeit)から思考を出発させる。自由は、法則的に産出される因果性に沿った自由として解釈され、個人はそのモデルとその限界を習得しなければならないのである。

d) 民法の多極的秩序

支配的な基本権理解は、民法がもともと全面的に基本権適合的な秩序機能を有していることを等閑視する傾向がある。民法「こそが」、基本権の行使を支えるところの多極的な法インフラなのである！多極性を民法に外からかぶせようとしてはならない。だからといって、(民法)秩序を神聖化して基本権による刺激の手が届かないところにおこうというのではない。基本権の多極性の尊重は、外から民法に持ち込まれるべきものではないと言いたいのだ。その反対である！その強調することは、憂慮すべき国家中心化と、国家が有する調整ポテンシャルの過大評価とを幾重にも明らかにすることになる。民法の接続強制・接続可能性を超えて、宙にういた「衡量」が至るところで唱えられることにそれは反映されている。基本権が民法の自己省察に貢献することができるのは、コミュニケーションの自由の第三者効の場合におけるように、非経済的な公的利益や財の保護が問題になっているときのみである。連邦憲法裁判所の連帯保証判決(BVerfGE89,214)も、銀行の担保のために家族の連帯性に過剰な要求を課したことを問題視する観点からであれば、正当化できたかもしれない。

e) 基本権的保護義務の種差化の必要性について

基本権の機能の貯蔵庫に「保護義務の次元」を導入することは、全くもって正しい一歩ではある。

しかしそれは、その国家中心の見方において、社会的正当化基盤から切り離されてしまった。社会的な知識基盤の変容と複雑な行動の連鎖・ネットワークが拡大し、その長期的影響が見通しがたく、それを法的にコントロールする上で伝統的な「損害の閾値」が、信頼できる方向付けをもちや提供し得ないと言うことが、本来それを正当化するものであった。**ここでは**、法律による枠付けにより明確に輪郭づけられた権利に代えて、むしろ多極的な法関係の明確な法的構造化を考えることは当を得たものであろう。しかしそれは、ここでもイノベーションのための刺激の設定こそが目標であるということを変えるものではない。しかしここでは国家は、社会的実践による制御知の自発的産出の可能性にためらわずに賭けることは自由主義社会の原初的な知識類型としての経験においては可能であるようにできないのである。そのため国家は、リスクに関する知識の産出のための刺激を設定し、どちらかといえば不透明な生産過程を自己観察および他者観察するための新たな手続的な形式を発展させ、決定を過程的につまり、修正に開かれたものとして形成しなければならない。しかし、国家が、複雑性の制約の下にありながら、不確実性の制約の下における決定を公共善の高みから「制御」できる立場にあると想定すべき手がかりはない。様々な社会的機能システムへの生産的な「刺激」が期待できるだけである。いいかえれば、保護義務の次元は、社会、そして社会的に産出された新たなオプション空間を中心に据えた見方において、社会的な自己変形に引き続くところの国家機能の特定の変容に、理論的(dogmatisch)により厳密に関連づけなければならないのである。

この背景の下に、協働国家・保証国家のパラダイムはより明確な輪郭を獲得する。この概念はより厳密に特定され、不確実性の増大の条件の下に選択された複雑な公使の協働形式に限定されなければならない。協働あるいは「構造創出義務」(ブルギ)の従来からあるバリエーションのあらゆる可能性を含む概念ではなく。後者は、ドグマティックの解体という代償の下にのみ可能である。(かくして)学説上、保証国家概念と結びつけられた国家活動の恒常的増加が見出されるのである。ここで何よりも考慮しなければならないのは、まさに自由主義国家がいかなる意味でもパターンリスティックではなかったということである。行政行為による介入は、しばしばパターンリスティックなものと結びつけられるが、これは表層的である。決定に関する(ほとんど)全ての知識が(経験として)、「相手側(社会)」と関わっていることということほど広範な共同作業(Zusammenarbeit)がありうるだろうか? 「保証国家」はむしろ、私的・公的なプロセス化された異なった態様の知識生成を目指す、新たな、より形式的ではない決定・調整のありかたと関連させることができよう。

f) 基本権の放棄としての契約による拘束 民事裁判による基本権侵害?

私法関係における契約による自己拘束を「基本権の放棄」と解釈し、国家的監督を必要とするとして解しあるいはこの「放棄」から一般的な「顧慮」(Rücksichtnahme)義務までも導こうとすることは、自由主義的観点からは、誤りである。また、契約上の義務を課すことは、基本権に対する「侵害」とみなされるべきではない。国家はここではむしろ、「私法社会」の「自己構成」(Eigenverfassung)に接続し、それを形式的な法制度によって支えているのである。これに対して基本権理論に関する通説は、その国家中心性を多かれ少なかれ無反省に前提する傾向がある。その帰結は、全て

の基本権を最終的には国家によって設計(einrichten)されたものとみなすことになるだろう。一般的「衡量留保」は、さまざまな基本権の機能の相違を平板化し、ついには自由主義社会を構成する国家と社会の差異をかいくぐることになる。全ての私法上の許容(Dürfen)や義務(Müssen)を国家法へと還元するのは非歴史的である。それにより、権利を有する個人は、ますます国家の自由な処分対象になってしまうだろう。

通説の国家中心主義は、例えば、ボイコットの呼びかけの差止を基本権への「侵害」とする広く広まった理論的構成にも明らかである。事柄に即して言えば、ここでは常に、私人としての債権者の私人としての債務者に対する実体法的請求権に関する決定が問題になっているのである。私法の間接的基本権拘束までも個人の憲法的拘束へと導いてしまうのである！これに対して、私法上の強制規範の創出は、関係する権利が適切に限界づけられていない場合、もちろん立法者の憲法上の拘束の問題となる。自由主義的基本権理解において常に問題になるのは、「共存可能な権利(compossible rights)」(H.Steiner)としての基本権を維持することである。「法の枠組条件に自由が左右される」(Isensee)ことは自明のことではあるが、だからといって国家が法による自由保障の範囲を相対的に自由に形成することができることにはならない。

問題を理論的に適切に位置づける試みと、形式的な国家(それぞれの裁判所の形をとる)に対する裁判保障請求権とを混同してはならない。後者は、法治国的な決定手続に対する純粹に形式的な請求権に過ぎない。たとえばピエロート/シュリンクは、裁判官が手続的基本権に拘束されているとする連邦憲法裁判所を引用しているが、それから民事裁判官の基本権拘束が導かれるわけではないのである。有名なリュート判決の対象となった事柄は、ボイコットを呼びかけるエーリッヒ・リュートに対して映画製作会社が民法上の請求権の有無であって、それ以上でも以下でもない。民法上の請求権の要件の構成に当たり、憲法上の視点が考慮されなければならなかったからと言って、上のような性質が変わるものではないのである。私法における基本権拘束の問題では、私人の基本権拘束それ自身が問題になる。民事裁判官の基本権拘束は、それから派生するものなのである。裁判所の国家的/制度的地位から、判決の基本権拘束についての補充論拠が生じることはない。衡量の開かれたドグマーティクは、そもそも法形成者としての裁判官という視点から法を見ている。私人の視点、ポスト産業社会において不確実性を拘束することができるように、私人の予期が法によって安定化されうる(されなければならない)という視点からは見えないのである。

基本権の第三者効の具体化に当たっては、さまざまな紛争領域における差異化がなされなければならない。これがなされないというのも、いかなる差異もさまざまな「原理」の一般的段階付けへと解消してしまう衡量理論の帰結である。

特に契約法では、私的自治の原則が妥当する。「社会的不平等」は、私法社会の自己組織の計算困難な帰結のため、第一次的には立法者によって補償されるべき - そもそもそのような補償が正当性を有する限りにおいてだが - ものである。裁判官は、高権的国家的契約形成の執行者となってはならない。もっともこれは、立法者自身がそれに従っている時代精神でもあるようだ。E..Picker は、立法者による債権法改正(履行不能・履行無能力)に際して、裁判官に上のような役

割を強要しているのだ。もう一つの立法例として、計画中の反差別法案(註: Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz として 2006 年制定)があげられる。同法は、保護を要するとみなされる少数派に属する者に対する契約不締結が差別に起因するという**推定**を貸貸人が反証できない場合には、裁判判決による締約強制すらを可能にしている。その上裁判官は、私的自治に介入するために、非自生的(autonom)に「保護義務」を発動することもできる。これは、私法の一般条項に媒介されて、制度保護のために基本権を投入する可能性も排除しないことになる。

連帯保証判決の事例は、一般的な「弱者保護」ではなく、その構成員の担保のために(そして銀行によるその搾取のために)**家族**を不相応な負担から保護するという観点の下であれば、議論に値するものであったろう。代理商決定における「実際の不平等」に対する補償 - この場合、法律それ自体に反するものである - は、まして問題にならない。持続的ルールを設定するために私的自治を利用する場合(基準)、契約が当事者の私的生活にまで立ち入って作用する(Überwirken)ことをコントロールする(思想信条、宗教)場合には、限定された、事例類型ごとに差異化された基本権拘束こそが、同じく当を得たものかもしれない。ここでは個別の詳細について立ち入ることはしない。基本権ドグマティックの差異化の必要性と可能性を、第三者効との関連で示すことのみが本講演における問題だったのである。