連邦憲法裁判所における 一般的平等原則審査の変遷

辛嶋了憲*

はじめに

I 旧定式の時代:恣意禁止原則の展開

Ⅱ 連邦憲法裁判所裁判官の二つの少数意見

Ⅲ 新定式の時代:「新定式」の発展

IV 2011 年新定式:現在の平等審査

V 第二法廷の平等審査の変遷

おわりに

はじめに

1 問題状況

平等というテーマには様々な切り口が存在する¹⁾。憲法学に限定しても平等に関する論点は多く存在する。本稿は特にドイツの連邦憲法裁判所の基本法 3 条 1 項²⁾の一般的平等原則審査枠組み(以下、平等審査)の変遷を検討するものである。一般的平等原則に問題設定を限定しているため、選挙に関する平等をはじめとする特別な平等は取り扱わない。

従来、日本の憲法学において、平等原則を比較法の観点から語る場合、多くは アメリカの判例や学説が参照されてきた³⁾。他方、ドイツの判例やドイツの学説

[『]一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第18巻第3号2019年11月 ISSN 1347-0388 ※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員DC1

¹⁾ 渡辺康行「平等原則のドグマーティク — 判例法理の分析と再構築の可能性 — 」立教 法学(2011年)1 買以下参照。

^{2) 「}すべての人は法律の前に平等である」(初宿正典訳『ドイツ連邦共和国基本法 全訳と 第62回改正までの全経過』(信山社、2018年)2頁以下)。

を参照する研究が存在しないわけではないが、比較的少ない。ドイツの一般的平等原則の体系的な先行研究として井上典之による一連の論文が挙げられる⁴⁾。しかし、この井上論文の刊行から既に 20 年近くの時を経た。この 20 年の間、ドイツの連邦憲法裁判所の平等原則の審査基準も更に変化している。しかしながら、なお日本において、現在のドイツの平等審査を体系的に研究した文献はほとんど存在しない⁵⁾。

他方、現在の日本の判例法理に目を向けてみる。現在の日本の平等審査は「二段構えの審査」と呼ばれる。この平等審査の内容は「①立法目的に正当性・合理性があるか、及び、②区別を定める規定内容を実現するための手段として立法目的との間に合理的関連があるかどうか」(6)というものである。しかし、この「二段構えの審査」に対して、日本の学説上、次のように疑問や批判が投じられている。

例えば、渡辺は「二段構え」の審査という「判例法理の理解には疑問がある」とし、「従来の判例にとって基本だったのは区別に『合理的な根拠』があるか否かの審査であり、それが事案の性質に応じて形を変えて審査されてきたとしか言い難いように思われる」でと指摘する。また、木村は「判例理論の第一の問題は、概念が十分に整理されていない点」であり、合理的な根拠について「曖昧な点を

³⁾ 例えば、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990年)、安西文雄「法の下の平等について(一)~(四・完)」国家学会雜誌 105巻5・6号(1992年)1頁以下、107巻1・2号(1994年)173頁以下、110巻7・8号(1997年)1頁以下、112巻3・4号(1999年)69頁以下、木村草太『平等なき平等条項論 — equal protection条項と憲法14条1項』(東京大学出版会、2008年)、高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について(一)~(三・完)— 社会構造的差別の是正に向けて」法学論叢178巻1号(2015年)85頁以下、178巻2号(2015年)105頁以下、178巻5号(2016年)95頁以下等。

⁴⁾ 井上典之「平等保障の裁判的実現 (一)~(四・完)」神戸法学雑誌 45 巻 3 号 (1995 年) 533 頁以下、46 巻 1 号 (1996 年) 127 頁以下、46 巻 4 号 (1997 年) 693 頁以下、48 巻 2 号 (1998 年) 301 頁以下。その他に、ドイツの平等原則を取り扱う重要な文献として西原博史『平等取扱の権利』(成文堂、2003 年)。また、この井上論文と西原論文に基づきドイツの平等審査の観点を取り入れつつ、日本の平等に関する判例・学説を整理した研究として、渡辺・前掲注 1)。

⁵⁾ 近年のドイツの平等原則を理解するのにあたり重要な Gabriele Britz の 2014 年論文を 紹介する文献として、宮地基「ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」明治学 院大学法学研究 101 号中巻 (2016 年) 161 頁以下。

⁶⁾ 千葉勝美『違憲審査 その焦点の定め方』(有斐閣、2017年) 88 頁以下。

残しており、その処理も一貫性に欠ける」⁸⁾と述べ、日本の平等審査の三つの問題点を指摘する⁹⁾。白水は「最高裁による平等権審査にはいくつか改善すべき点が見られ、一刻も早い、基準なき判断枠組みからの脱却が求められよう」¹⁰⁾と述べる。

このような学者による指摘の他にも、最高裁判所裁判官経験者も日本の平等審査に対して問題点を述べる。例えば、2008年から2012年まで最高裁判所裁判官であった宮川は平等審査について「漂うことのなきよう、価値理念と理論を『合理性判断』に充塡する必要を感ずる」¹¹⁾と批判する。また、2008年から2016年まで最高裁判所裁判官であった千葉は「合理的関連性のテストのみで判断できない事案も増えてくることが予想されるが、更にどのような審査基準により立法裁量の逸脱濫用を司法部がチェックすべきかは、残された課題であるといえよう」¹²⁾と述べる。

2 本稿の目的

このように、平等審査に対しては、様々な観点からの批判や疑問が投じられている。本稿では、日本の最高裁判所の平等審査に対して明確な批判を投じることはしないが、平等審査が「どの道を進むのかについて方向性は定まっていな

⁷⁾ 渡辺康行「最高裁判官と司法部の立ち位置 — 千葉勝美裁判官の違憲審査観」工藤達 朗・西原博史・鈴木秀美・小山剛・毛利透・三宅雄彦・斎藤一久編『憲法学の創造的展開 下巻 戸波江二先生古稀記念』(信山社、2017年) 580 頁

⁸⁾ 木村・前掲注3)44頁

⁹⁾ 木村・前掲注3)52頁

¹⁰⁾ 白水隆「平等違反基準の変更なき変更」大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』 (成文堂、2018 年) 46 頁

¹¹⁾ 宮川光治「法曹実務にとっての近代立憲主義【第八回】 —— 平等原則 個人の尊重から のアプローチ —— 」判例時報 2297 号 (2016 年) 3 頁

¹²⁾ 千葉・前掲注 6) 109 頁。また、千葉勝美は平成 20 年 6 月 4 日の最高裁国籍法 3 条 1 項 決定について「『区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に 検討することが必要である』旨の説示をしているが、これは……学説でいう厳格な基準等 の三段階基準を前提としたものと解することはできないと考える」と述べる。(千葉・前 掲注 6) 101 頁) それ故、従来の三段階基準とは別の審査手法の存在を、学説の立場から 提示するべきなのではないか。これもまた本稿がドイツの連邦憲法裁判所の判例法理を探 究する動機の一つである。

い」¹³⁾状況において、千葉勝美の言う「残された課題」に対する「解答」をドイツの判例法理を手掛かりに、示すことを試みたい。

さて、ドイツの連邦憲法裁判所の判例や関連するドイツの学説を概観したことにより、ドイツの連邦憲法裁判所の平等審査は日本の最高裁判所の平等審査と類似しているのではないか、と思うに至った。具体的には①不平等取り扱いの確認と、その正当化という二段階審査という審査手法¹⁴、②平等審査において所謂比例原則的な審査を行うという点¹⁵、③事案領域毎に審査密度が異なるというという点¹⁶)で類似している。この点から、本稿では、ドイツの連邦憲法裁判所の平等審査に着目し、その特徴を明らかにし、日本への導入可能性とその有益性を示す。

3 本稿の構成

連邦憲法裁判所の平等審査の変遷は以下の4つの時代に区分することができる。 ① 「旧定式」(恣意禁止原則) の時代、② 「1980年新定式」の時代、③ 「1993年

¹³⁾ 渡辺·前掲注7) 586 頁

¹⁴⁾ 日本の二段階審査については渡辺・前掲注 1) 44 頁以下、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』(日本評論社、2016 年) 137 頁 (渡辺康行)、渡辺康行「憲法判例のなかの家族」駒村圭吾編『テクストとしての判決――「近代」と「憲法」を読み解く』(有斐閣、2016 年) 90 頁、高橋和之『体系 憲法訴訟』(岩波書店、2017 年) 299 頁以下等参照。ドイツの学説も、連邦憲法裁判所の平等審査を二段階で整理する。例えば、Manfred Gubelt は「①その都度の相違の確認;ここでは区別の基準と区別の目的が重要である②確認された相違の性質と程度が法的な不平等取り扱いを正当化するかの審査(評価)(区別の基準と達成された区別目的の相当な関係)」と審査の枠組みを説明する(Manfred Gubelt, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., 1992, Art. 3, Rn. 14.)。その他、ボード・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社、2001 年) 150 頁参照。vgl. Marion Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, S. 947f.; Volker Epping, Grundrechte, 7. Aufl., 2017, Rn. 775f.

¹⁵⁾ 日本の最高裁判所の平等原則における比例原則審査については、例えば、渡辺・前掲注 1) 60 頁、渡辺ほか・前掲注 14) 147 頁、石川健治「特別企画・国籍法違憲大法廷判決を 巡って(2)」法学教室 344 号(2009 年) 41 頁、佐々木弘通「平等原則」安西文雄はか 『憲法学の現代的論点 [第2版]』(有斐閣、2009 年) 348 頁以下、宍戸常寿『憲法 解釈 論の応用と展開 [第2版]」(日本評論社、2014 年) 112 頁以下参照。

¹⁶⁾ 日本の最高裁判所については、横大道聡「別異取扱いの『合理性』審査と『事柄の性質』」横大道聡編『憲法判例の射程』(弘文堂、2017年)62頁以下参照。

新定式」の時代、そして④「2011年新定式」の時代である。現在は④の時代である。それぞれの内容は後述するが、「旧定式」とは恣意禁止原則のみによる平等審査であり、「新定式」とは恣意禁止原則と比例原則による審査の両方を有する平等審査である。

①から③の時代は既に井上論文が詳細に紹介している。しかし、④に関しては邦語文献であまり言及されず、未だ①~③を踏まえた上での体系的研究は存在しない。現在の「新定式」が従来の判例法理の蓄積の上にあること、そして、現在の「新定式」を従来の「新定式」と比較することでその特徴を明らかにしようとすることが本稿の最大の目的の一つであることから、①~③の整理・検討は、本稿の検討の前提として必要不可欠なものである。また、現在から見て従来の「新定式」を再度整理し直すことには意味があろう。

以上より、本稿は時代区分に応じて、平等審査の変遷を検討する。Iでは 1951年から 1980年まで用いられていた恣意禁止原則、IIでは「旧定式」と「1980年新定式」の契機となる連邦憲法裁判所の裁判官の少数意見、IIIでは、1980年以降にあらわれた②と③の二つの「新定式」を検討する。そしてIVでは、④の「2011年新定式」を検討する。なお、②・③の「新定式」は主に第一法廷で用いられていたものである。他方で、現在の第二法廷がどのように平等審査を行っているのか、そして、どのような変遷をしているのかについても先行研究ではあまり明らかにされていない¹⁷⁾。それ故、本稿では 1980年から現在に至る第二法廷の平等審査の変遷も明らかにする(V)。第一法廷の平等審査と第二法廷の平等審査を両方検討し、その相違あるいは相関関係を検討することで、初めて、連邦憲法裁判所の平等審査の全体像を描くことができる。

I 旧定式の時代:恣意禁止原則の展開

連邦憲法裁判所の最初の平等審査の手法は恣意禁止原則 (Willkürverbot) と呼ばれる。恣意禁止原則は、連邦憲法裁判所第二法廷裁判官 Gerhard Leibholz

¹⁷⁾ なお、第二法廷の動向について、言及しているものとして、井上・前掲注 4) 163 頁参照。

により導入され、1951年10月23日の連邦憲法裁判所第二法廷決定に登場した。 連邦憲法裁判所は、この恣意禁止原則による審査を、1980年に「新定式」が登場するまで、30年近く用い続けることになる。なお、恣意禁止原則は現在においても平等審査の一部分として用いられ続けている。

本章では、Gerhard Leibholzの平等論を確認し、その上で、連邦憲法裁判所 における恣意禁止原則の展開とその特徴を簡単に確認する。

1 恣意禁止原則前史 — Gerhard Leibholz の平等論 —

上述の通り、第二法廷の裁判官 Gerhard Leibholz が恣意禁止原則を連邦憲法裁判所に導入した。この意味で Gerhard Leibholz は恣意禁止原則を語る際に欠くことができないキーパーソンである。日本においても既に彼の人物研究、法律論、平等論は紹介されている¹⁸⁾。 Gerhard Leibholz はベルリン大学にて、1924年に博士論文『法律の前の平等:法律上の比較・法哲学に基づく研究』、1928年に教授資格論文『民主制における代表』を執筆し、1951年から1971年まで連邦憲法裁判所裁判官であった¹⁹⁾。

さて、連邦憲法裁判所の恣意禁止原則の起源となったこの博士論文における平等論を簡単に確認しよう。それによると「法律の前の平等という命題には恣意的な規範定立の禁止が含まれて」²⁰⁾いる。そして、ここでいうところの「恣意」とは、「その時々に《合理的なもの》、つまり、秩序正しく遵守されるべき法律や規則等々と矛盾する」ことであり、「正義とは正反対の相関概念 [21]である。その

¹⁸⁾ 例えば、熊田道彦の一連の研究が挙げられる。熊田道彦「〈研究ノート〉G・ライプホルツの憲法思想:平等と正義の間の関連(一)・(二)」法政理論30巻3号(1998年)59 頁以下、31巻2号(1998年)232頁以下、同「〈研究ノート〉G・ライプホルツの1945年における政治的平等論とその周辺(上)・(中)・(下)」法政理論25巻3号(1993年)107 頁以下、26巻3号(1994年)75頁以下、28巻3号(1996年)102頁以下等。また、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005年)191頁以下、初宿正典『カール・シュミットと五人のユダヤ人法学者』(成文堂、2016年)289頁以下参照。

¹⁹⁾ 熊田道彦「ゲールハルト・ライプホルツの最後の『一般的平等原則論』」法政理論 24 巻 3 号 (1992 年) 92 頁より。

²⁰⁾ ゲーアハルト・ライプホルツ(初宿正典・柴田尭史訳)『ライプホルツの平等論』(成文 堂、2019 年)63 頁。同書は Gerhard Leibholz の『法律の前の平等:法律上の比較・法哲 学に基づく研究』の第2版の翻訳書である。

上で、Gerhard Leibholz はスイスの判例やアメリカの判例等の紹介²²⁾、ライヒ憲法第 109 条第 1 項の検討を踏まえた上で次のようにまとめる。「ここまでの検討の経過からして確かなことは、法律の前の平等という条項が、立法を含めたすべての国家作用を恣意的な権限行使の禁止によって拘束しているのだということである」²³⁾。そして、「ドイツ人が法律の前の平等であること」とは「権利主体を名宛人として出された法が、立法者および執行(司法と行政)によって、その時々の《権利=法意識》に従えば恣意的ではないように運用されること」であると言う²⁴⁾。

この Gerhard Leibholz の恣意禁止原則論が連邦憲法裁判所に導入されたことはドイツの学説上、自明な事柄になっているようである²⁵⁾。では、Gerhard Leibholz が定立し、導入した恣意禁止原則は、連邦憲法裁判所においてどのように展開したのだろうか。

2 恣意禁止原則の展開

1951年10月23日に連邦憲法裁判所第二法廷決定は次のように述べる。「平等原則は本質的に平等なことが不平等に取り扱われることのみを禁止する。他方、

²¹⁾ ゲーアハルト・ライプホルツ・前掲注 20) 63 頁

²²⁾ Gerhard Leibholz によると、スイスでは「内容上《正しくないこと》が明らかになっても」「それだけはまだその国家行為を憲法違反とは宣言されず、国家の統治権の発動が、《一般的な法観念》とまったく両立しない形でなされる場合、あるいは、連邦裁判所が直截に述べている周知の言い回しを用いて言えば、その行為が《恣意的》である場合に、はじめて憲法違反と宣言されるのである。」(ゲーアハルト・ライプホルツ・前掲注 20) 70 頁)また、アメリカについては、いくつかのアメリカの判例を紹介した上で、次のようにまとめる。「こう見てくると、合衆国の判例によれば、選択された区別のメルクマールが『まったく恣意的であるか、度が過ぎているか、あるいは気まぐれ』である場合か、『選択する権限の明白な濫用』に関わる場合」などに限って、「平等条項の侵害だと言うことができる。」(同・71 頁以下)

²³⁾ ゲーアハルト・ライプホルツ・前掲注 20) 78 頁

²⁴⁾ ゲーアハルト・ライプホルツ・前掲注 20) 79 頁

²⁵⁾ vgl. Michael Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes—Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 124; Klaus Stern, Das Gebot zur Ungleichbehandlung, in: Hartmut Maurer (Hg.), Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, 1990, S. 208. また手塚和男「平等原則序論——西ドイツ連邦憲法裁判所の判例の展開」菅野喜八郎・藤田宙靖編『憲法と行政法:小嶋和司博士東北大学退職記念』(良書普及会、1987年) 400頁、井上・前掲注 4) 144頁など。

平等原則は現存する不平等に対応して、本質的に不平等なことが不平等に取り扱われることは禁止していない。合理的な(vernünftig)、事柄の性質から生じた、あるいは、何かしら事柄に即して納得のできる根拠が、法律上の区別あるいは平等取り扱いに対して、存在しないとき — 要するに、規定が恣意的と見なされなければならないとき — に、平等原則に違反している |260。

この定式は表現を変えながら幾度も展開された。まさに、「『新定式』を挿入するまでの確立した判例」²⁷⁾だった。

例えば、1953年12月17日の連邦憲法裁判所第一法廷決定は、「(平等原則の要請は)『平等なことは平等に、不平等なことはその特性に対応して異なって』取り扱わなければならないという、正義思考(Gerechtigkeitsgedanke)への絶え間ない志向の場合における立法者に対する一般的な指示を意味する。しかし、この定式に基づいても、なお立法者には裁量の活動のための広範な余地(einweiter Spielraum)が残されている。」²⁸⁾と述べる。また、1955年3月16日の連邦憲法裁判所第二法廷決定は「立法者は、立法者が本質的に平等なことを恣意的に不平等に取り扱うことも、本質的に不平等なことを恣意的に平等に取り扱うことも禁止されているという意味において、一般的平等原則に拘束されている(BVerfGE 1, 52; 1, 247)。しかし、具体的な事案において立法者が幾つかの公正な解決の下での自由な裁量の範囲において『もっとも目的に適合した』、『もっとも合理的な』、あるいは『もっとも公正な』なこと(die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste)を選ばなかったときは、立法者の恣意を語ってはならない。ある法律上の規定について客観的に公正な根拠(ein sachgerechter

²⁶⁾ BVerfGE 1, 14 (52). また、本決定の解説として、布田勉「西南ドイツ諸州の再編成に関する 2 法の合憲性 — 南西邦判決 — 」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 [第 2 版]』(信山社、2003 年) 457 頁以下。その他、手塚・前掲注 25) 399 頁以下、井上・前掲注 4) 143 頁、西原・前掲注 4) 187 頁、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について:司法審査の民主主義的正当性という問題を中心に」一橋法学 13 巻 3 号 (2014 年) 1096 頁以下など。本文の訳出にあたり、上記文献を参照しているが、表現等、異なる。

²⁷⁾ 西原・前掲注4) 187 頁

Grund) が存在しないときにのみ、立法者の恣意を語り得る (BVerfGE 3, 182)。 この時、客観的な意味における恣意 — すなわち、秩序付けられた立法の対象に 関して、規律の事実上・明白な不適当性 — で十分である (BVerfGE 2, 281)」²⁹⁾ と述べる。

3 若干の分析

一連の恣意禁止原則の判例の展開30)を簡単にまとめる。

恣意禁止原則は、1951年決定以後、文言を変化させつつ、展開する。この文言の相違に着目して、恣意禁止原則を理論的に分析するドイツの研究³¹⁾も存在するが、審査の内容に大きな相違は存在しない³²⁾。なお、1963年10月8日の連

²⁹⁾ BVerfGE 4, 144 (155).

³⁰⁾ 恣意禁止原則の一連の展開について、手塚・前掲注 25) 参照。特に同・404 頁以下、412 頁以下では、本稿で取り上げなかった恣意判例を詳細に分析している。vgl. Karl-Friederich Bremeier, Die personelle Reichweite der Betriebsverfassung im Lichte des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG), 2001, S. 41f. なお、この Karl-Friederich Bremeier の論文は、経営企業法の人事上の活動範囲に関する論文であるが、50 頁以上にわたって憲法上の一般的平等原則の論点が網羅されており、一般的平等原則の通説的見解を確認するのに有益な論文である。

³¹⁾ 例えば、Robert Alexy と Gabriel D. L. Machado の研究が挙げられる。Robert Alexy は、 本文で紹介した 1953 年決定、1951 年決定、1955 年決定から、それぞれ(a)「平等なもの を不平等に」、(b)「本質的に平等なものを不平等に」、(c)「本質的に平等なものを恣意 的に不平等に」「取り扱うことが、立法者に禁止されている」とまとめた上で、恣意禁止 原則を分析する (Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 365, なお、ナンバリ ング表記は Robert Alexy のものとは異なる)。Gabriel D. L. Machado は、おそらくこの Robert Alexy の整理を踏まえて、(a)「平等なことを平等に、不平等なものを不平等に取 り扱うことの要請 |、(b)「本質的に平等なことを平等に、本質的に不平等なことを不平 等に取り扱うことの要請 |、(c')「本質的に平等なことをを恣意的に不平等に、本質的に 不平等なことを恣意的に平等に、取り扱うことの禁止」という三つの定式に再整理する。 Gabriel D. L. Machado は「平等・不平等の二項式(Binom)」である定式 a´も「本質的平 等、本質的不平等、取るに足らない(不)平等(eine unerhebliche Gleichheit bzw. Ungleichheit) | という三項式 (Trinom) である定式 b´も有益ではないと述べる。他方、 定式では「恣意概念を用いることにより、有益なものになる」と言う。恣意概念は、「本 質的平等、本質的不平等、取るに足らない(不)平等を含」み、定式 b'における「『本質 的に』という言葉は不要になる」。また、「恣意概念は、恣意禁止原則が重要になる基準を 意味」し、この点において定式では「連邦憲法裁判所の恣意判例の理論的定式として考 察される」と評価する(Gabriel D. L. Machado, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz, 2015, S. 90f.)。もっとも、そもそ も、連邦憲法裁判所がどの程度、文言の相違に重きをおいていたのか疑わしい。

邦憲法裁判所第二法廷決定は次のように述べる。「立法者は、確かに、一定の事情の規律の場合に、立法の自由の広範な領域を有している。特に、立法者は、複数、相互に競合している法政策的な観点の下で、選択することができる。しかし、存在する規律について、常に、少なくとも、事実に即して是認できる観点を持ち出さなければならない。事実に即して是認できること、あるいは、事実に基づかず(sachfremd)、それ故恣意であることは、抽象的・一般的に確定されるのではなく、常に規定された具体的な事情の特性との関係においてのみ確定されるのである」³³⁾。この1963年決定で第二法廷は相変わらず立法者の広範な裁量を認めつつ、恣意を基準にしている。しかし、恣意の有無を「規定された具体的な事情の特性との関係において」判断することを明示しており、平等審査を事案に即して行うという連邦憲法裁判所の態度が明らかにされた³⁴⁾。この意味で、1963年決定は、規律が恣意であるか否かを判断すると述べるに留める従来の恣意禁止原則における諸判例とは異なる。そして、Vで述べるように、この1963年決定は1990年代の第二法廷の判決でも参照される。1963年決定で明らかにされた平等審査における連邦憲法裁判所の態度は、第二法廷の平等審査の特徴となる。

また、この恣意禁止原則は、第一法廷・第二法廷共に用いられていた。他方で、 後述する「新定式」の時代になると、第一法廷は「新定式」を用い、第二法廷は 恣意禁止原則に固執するという第一法廷と第二法廷の乖離の時期が存在する(V 参照)。

そして、恣意禁止原則の最大の特徴は、一般的平等原則全般において立法者に 広範な裁量を認めるということである³⁵⁾。1953 年第一法廷決定は「立法者の裁 量の活動に対する広範な余地が残されている」³⁶⁾と述べ、先の1963 年第二法廷 決定も「一定の事情の規律の場合に、立法の自由の広範な領域を有している」³⁷⁾

³²⁾ vgl. Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 41. このことは、井上が 1955 年 7 月 21 日第一法廷決定 (BVerfGE 4, 219.) までの恣意判例を概観した上で「『平等なものを平等に、不平等なものをその特性に応じて別異に取り扱う』ということ以上には特別何も語っていない」とまとめていることに一致する (井上・前掲注 4) 146 頁以下)。

³³⁾ BVerfGE 17, 122 (130).

³⁴⁾ Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 42.

³⁵⁾ 井上・前掲注4) 146 頁

³⁶⁾ BVerfGE 3, 58 (135).

と述べている。恣意禁止原則では一貫して平等原則における立法者の広範な裁量が存在することが示されている。それ故、「連邦憲法裁判所は立法上の自由の非常に表層的な境界の遵守を再審査する」³⁸⁾ことしかできなかった。更に、このことは、鏡像的に、平等原則における裁判所の自己抑制・司法消極主義³⁹⁾を投影している⁴⁰⁾。次章で確認する連邦憲法裁判所裁判官もこの平等原則における司法消極主義の問題について言及している。

なお、「新定式」の登場により、本章で紹介した恣意禁止原則のみを審査枠組みとする、約30年間用いられ続けた「旧定式」⁴¹⁾は姿を消すことになるが、「新定式」の審査の一内容として、あるいは、比例原則による審査の一内容として、今日においてもなお、恣意禁止原則は機能している。このことは、従来は一般的平等原則が問題となる場合全般に立法者に広範な裁量が認められていたが、現在においては、そのような場合は限定的なものになったことを指していると言えよう。また、恣意禁止原則により、連邦憲法裁判所は「具体的な事情と本質的と思われる事情の観点から要請を厳格にし、あるいは、緩めることができる」という柔軟な審査が可能になる⁴²⁾。これは司法消極主義を投影する恣意禁止原則とは全く異なる機能である。

³⁷⁾ BVerfGE 17, 122 (130).

³⁸⁾ Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 42; vgl. Hans D. Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG. NJW 1997, S. 2548.

³⁹⁾ なお、「ライプホルツは 1962 年にも当時の連邦憲法裁判所の積極主義的傾向に警鐘を鳴らし、裁判官個人の自己抑制こそ『機能良好な司法審査システムの血液』と説いている」 (宍戸・前掲注 18) 191 頁)。

⁴⁰⁾ Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 43.

⁴¹⁾ ドイツの学説では、Ⅲで紹介する「新定式」(Neue Formel) という表現と対比して、1980年以前の恣意禁止原則による審査を「旧定式」(Alte Formel) と表現することがある (vgl. Michael Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 3. Aufl., 2017, Art. 3. Rn. 21.)。

⁴²⁾ Jost Pietzcker, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd.V. Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, 2013, Rn. 42.

Ⅱ 連邦憲法裁判所裁判官の二つの少数意見

前章では、恣意禁止原則及びその展開について確認した。恣意禁止原則は、早い時期から、多くのドイツの学説上の批判に直面する事になる。この点について既に井上論文で紹介されている⁴³⁾ので、本稿では立ち入らないが、「ますます増える批判により影響されたのか、1980年以降、特に連邦憲法裁判所第一法廷の判例の重要な変化が生じた」⁴⁴⁾という分析も存在する。恣意禁止原則に対する多くのドイツの学説上の批判が存在していたという事情は非常に重要なものであろう。

確かに、学説上の批判が連邦憲法裁判所に対して、「旧定式」からの脱却を促し、「新定式」の定立に寄与したのかもしれないが、本稿では、連邦憲法裁判所の裁判官による恣意禁止原則への批判、あるいは平等審査への考え方が少数意見(Sondervoten)という形で顕れていたことに着目する⁴⁵⁾。彼女・彼らの少数意見は、連邦憲法裁判所内部における恣意禁止原則からの脱却の試み、あるいは「新定式」の確立の軌跡である。本章ではWiltraut Rupp-von Brünneck(1)、Willi Geiger(2)という2人の裁判官の少数意見を確認し、若干の分析を行う。この一連の作業により、付随的に、当時の連邦憲法裁判所の裁判官が有していた平等審査に対する問題意識が明らかになる。

1 Wiltraut Rupp-von Brünneck の少数意見

最初に検討するのは Wiltraut Rupp-von Brünneck の少数意見である。1973 年 12 月 12 日の第一法廷決定において、Wiltraut Rupp-von Brünneck は少数意見を述べる。

⁴³⁾ 井上·前掲注4) 147 頁以下。

⁴⁴⁾ Manfred Gubelt, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 14.

⁴⁵⁾ Klaus Stern は「恣意の判例は学説において、そして、他方、いくつかの少数意見において、明らかに批判されていた」と言う (Klaus Stern, a.a.O. (Anm. 25), S. 211.)。学説上の批判と同程度に少数意見による批判は重要であるという本稿の認識はドイツにおいても特異なものではない。vgl. Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 44f.

- (1) 1973 年 12 月 12 日第一法廷の少数意見 少数意見の内、重要な簡所のみを引用する⁴⁶⁾。
- ①「ここでは、一般的平等原則の解釈・適用の際に、連邦憲法裁判所の判例の周知の抑制的態度(Zurückhaltung)があらゆる点で正当化されるべきであるか、あるいは、連邦憲法裁判所は自ら課している司法消極主義(judicial restraint)を時々行いすぎており、凝固した定式(erstarrte Formeln)の適用の危険性の下にいるのか、という根本的な議論は必要ない。いずれにせよ、社会保障の問題が対象となる規定の場合に、憲法上の審査は、一般的に制限的で、恣意禁止原則に限定された基本法3条1項の理解では十分ではない。むしろ、社会国家原理(Sozialstaatsprinzip)(基本法20条1項、28条1項第1文)⁴⁷⁾の影響が顧慮されるべきである。…… |48)
- ②「社会国家原理は根本的な憲法上の諸原理の一つであるのにもかかわらず、連邦憲法裁判所の判例は、この原理を憲法上の審査に用いることを明らかに憚る。このことは――あり得る別の諸根拠の他に――本質的に、原因と作用が逆転し得る、原理の不確定性に拠るものである。まさにこの不十分な顧慮は、社会国家原理を憲法上より正確に理解し、明確な輪郭を描くことを、妨げる。……」49)
- ③「……社会国家原理の意義に対応する顧慮は、この原理が基本法3条1項による審査の際に直接に効力を発揮することを、要請する。連邦憲法裁判所の判例

⁴⁶⁾ 以下、同様。また、ナンバリングは筆者が便宜上付したものであり、公式の欄外番号等ではない。以下、本稿において紹介する諸判例のナンバリングも同様である。

なお、ここでは、1969 年 7 月 28 日の第三年金保険・修正法の Art. 2 § 2 Nr. 6 における 職員保険・新規則法(Angestelltenversicherungs- Neuregelungsgesetz)の Art. 2 § 27 Abs. 1 第 1 文が問題となった。そこでは、女性の被保険者が保険料を後払いすることが できる条件の一つに、「年金保険が義務付けられている職業あるいは活動を行っている」 ことが挙げられていた(BVerfGE 36, 237(238f))。また、本件以外の Wiltraut Rupp-von Brünneck の少数意見や文献に着目する邦語文献として、宍戸・前掲注 18)236 頁以下、野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣、1995 年)279 頁以下など。

⁴⁷⁾ 基本法20条1項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である。」基本法28条1項第1文「ラントにおける憲法適合的秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的・民主的及び社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない。」(初宿・前掲注2)13頁、17頁)

⁴⁸⁾ BVerfGE 36, 237 (248).

⁴⁹⁾ BVerfGE 36, 237 (248f.).

に基づくと、説得力をもって平等取り扱いが要請されるほどに、二つの生活領域(Lebensbereich)が等しいものであるか否か、そして、それはどの事実に即した観点の下のものであるか、他方で、相違が不平等取り扱いを正当化するほどに、どの事情の要素(Sachverhaltselement)が重要であるかを判断するのは、確かに第一義的には、立法者の責務である。しかし、このとき、立法者は一般的な理解における公正な(sachgerecht)、非恣意的な選択に関する義務を有しているのみならず、立法者は、憲法の特別な諸々の価値判断(die spezifischen Wertentscheidungen)にも拘束されている。何が平等で、何が不平等か、何が公正で、何が不公正(sachwidrig)なのか、これは社会国家原理により審査しなければならない。つまり、『社会的平等』が問題なのである。……」50)

(2) 若干の分析

上記の Wiltraut Rupp-von Brünneck の少数意見から主に二つのことが読み取れよう。

①から、平等審査における連邦憲法裁判所の抑制的な態度・司法消極主義の問題は、連邦憲法裁判所裁判官も認識していた問題であったことが垣間見える。また、ここで言う「凝固した諸定式」とは、「旧定式」(恣意禁止原則)のことを指していると思われる。この皮肉めいたレトリックから、Wiltraut Rupp-von Brünneck は、恣意禁止原則を「憲法上の統制に対する禁欲(Kontrollabstinenz)になり、適用される統制の基準と統制密度の際に専門分野に応じた必要不可欠な区分を行うのに対して、定式としては『あまりにも融通の効かない』」51)ものと考えていたとも言える。

また、②・③では、本件の平等審査の際に、社会国家原理を顧慮するべきであると主張している。基本法3条1項の領域において立法者に広範な裁量があることを認めつつ、社会国家原理と結びついた基本法3条1項が問題となる場面においては、より厳格な審査がなされるべきだと述べている52)。

⁵⁰⁾ BVerfGE 36, 237 (249f.).

Kerstin Odendahl, Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürverbot und "neue Formel" als Prüfungsmaßstäbe, JA 2000, S. 173.

なお、Wiltraut Rupp-von Brünneckが「恣意禁止原則に制限された平等原則を根底にし、司法消極主義であるような」、平等審査の「アプローチへの同意を拒んでいた」⁵³⁾、と分析する学説が散見される。確かに、連邦憲法裁判所裁判官が平等原則における司法消極主義の問題に言及した点、社会国家原理が関する場合により厳格な審査を要求しているという意味では意義があるが、平等原則一般に恣意禁止原則の審査を拒絶しているかはここでは明らかにされていない。

Wiltraut Rupp-von Brünneckの少数意見は平等審査においてもっぱら恣意禁止原則が用いられる状況において、社会国家原理が関連する場合という留保はあるものの、事案によっては平等審査の審査密度が高くなる可能性を示したことは大きな意味があった54)。彼女のこの少数意見は、「新定式」を定立した1980年決定に参加した連邦憲法裁判所第一法廷裁判官 Dietrich Katzenstein に受け継がれる。このことを示すのが1982年11月16日の第一法廷の判決55)における Dietrich Katzensteinの少数意見である。そこで彼は次のように述べた。「基本的には、私は、決定の憲法上の起点に賛成する」56)。「被雇用者(Arbeitnehmer)の社会的保護が問題になっているから、平等原則は制限的に恣意禁止原則に限定された理解のみによって適用されるわけではないということは、正当なものである(vgl. BVerfGE 1, 14 (52) und st. Rspr.; auch abw. Wiltraut Rupp-von Brünneckの意見、BVerfGE 36, 237 (248))」57)。この少数意見から Dietrich Katzensteinが「新定式」の適用に賛成していることがわかるが58)、更に、恣意禁止原則を用いないことをWiltraut Rupp-von Brünneckの少数意見を参照して示していることに着目したい59)。社会的保護が関連する場合には恣意禁止原則が適さないことに着目したい59)。社会的保護が関連する場合には恣意禁止原則が適さない

⁵²⁾ Rainald Maaß, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?, NVwZ 1988, S. 16; vgl. Angelika Nußberger, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz; Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 3 S. 176, Anm. 18.

⁵³⁾ Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 16; vgl. Friedrich Schoch, Der Gleichheitssatz, DVBI 1988, S. 875; Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 44.

⁵⁴⁾ vgl. Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 17.

⁵⁵⁾ 事案と多数意見については後述 ■ 2 参照

⁵⁶⁾ BVerfGE 62, 256 (289).

⁵⁷⁾ BVerfGE 62, 256 (289f.)

⁵⁸⁾ vgl. Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 16.

⁵⁹⁾ Klaus Stern, a.a.O. (Anm. 25), S. 211f.

(410) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

と述べるこの少数意見は、社会国家原理が関連する場合には厳格な平等審査が適用されるべきであるという Wiltraut Rupp-von Brünneck の少数意見の見解に一致している。「新定式」の適用に賛成する裁判官が Wiltraut Rupp-von Brünneck を参照し、同趣旨のことを述べていたことから、彼女の少数意見が「旧定式」からの脱却に寄与した、と評価できよう。

2 Willi Geiger の少数意見

次に Willi Geiger⁶⁰⁾の少数意見について検討する。この少数意見は審査枠組みに対してではないが、恣意禁止原則の捉え方それ自体を批判する⁶¹⁾数少ない少数意見であり、紹介する意義があろう。

(1) 1976年3月24日第二法廷での少数意見

1976年3月24日の第二法廷決定において、Willi Geiger は少数意見にて次のように述べる。

①「ドイツ連邦共和国の法治国家的憲法は恣意禁止原則からのみ構成されているわけではない」⁶²⁾。「法治国家上耐えられないことすべてが、憲法上、基本法3条違反を理由に、異議を申し立てられるわけではない ⁶³⁾。

⁶⁰⁾ 近年の詳細な Willi Geiger に関する人物研究として櫻井智章「デーラーとガイガーと連邦憲法裁判所 — 『基本法に与えたバイエルン憲法の影響』補遺」甲南法学 59 巻 3・4 号 (2019 年) 47 頁以下。なお、以下で紹介するのは、「手続き法の裁判所の解釈と適用が、恣意的に用いられた場合、基本法 3 条 1 項に違反し得る」ことが示された決定である (BVerfGE 42, 64 (64); vgl. BVerfGE 42, 64 (73f.))。第二法廷は恣意禁止原則を示す (BVerfGE 42, 64 (72ff.))。また、その際に次のように述べる。「裁判所の決定による基本法 3 条 1 項の恣意禁止原則違反という憲法裁判所上の統制は、あらゆる場合において、専門裁判所による単一の実体的・形式的な法の解釈・適用に介入するわけではない。加えて、基本法の特徴を形成する思考のもっともな評価の場合に、単一な法の誤りのある適用が、もはや、納得のいくものではなく、そして、そのために、それが事柄に即さない検討に基づいているという帰結を想起されるという事情がなければならない……。本件はそのような事案である。」(BVerfGE 42, 64 (74))また、Willi Geiger の少数意見については、手塚・前掲注 25) 421 頁以下で、本稿では省略した部分も含めて、訳出されている。本稿での訳出に際して、当該文献を参照したが、表現等異なる。

vgl. Friedrich Schoch, a.a.O. (Anm. 53), S. 875; Angelika Nußberger, a.a.O. (Anm. 52),
S. 176, Anm. 18.

⁶²⁾ BVerfGE 42, 64 (79f.).

- ②「基本法3条より展開される恣意禁止原則の原理は、憲法上、平等原則からの導出によりその境界が定まっているということを顧慮することなしに、その原理を解釈の対象にするほど、すなわち、『恣意』という概念を解釈するほどに、独立させてはならない。より正確に言えば、恣意禁止原則の原理は基準としては、別異に取り扱う(あるいは、平等に取り扱う)ということが、『恣意的』にもっともな根拠が欠如しているという結論に達し得るために、法律上の措置が二つの事情を相互に比較することができる場合に存在している事案に制限されている。」64)
- ③「本来、一度も取り扱われてはならず、それ故にいずれにせよ結果が耐えられないような考察のみを行う場合、一般的な語法上において同様に『恣意』を語ることができる。法的な意味において、憲法違反は基本法3条からではなく、それ以外の憲法規定から、又は、憲法の体系において場合によっては結局明確な特別な規定がないために、とりわけ基本法3条において重要であるが非常に限定的に具体化・明確化される法治国家原理(Rechtsstaatsprinzip)(基本法20条)から、生じる。」65)

(2) 若干の分析

Willi Geiger の少数意見は平等審査における審査密度の問題ではなく、恣意禁止原則の濫用という問題に向けられる(①)。具体的には、基本法3条1項に由来する恣意禁止原則には、二つの事情の比較が前提条件として存在している場合に限定されると Willi Geiger は理解している。このような場合以外に、基本法3条1項の恣意禁止原則を適用すること批判しているのであろう⁶⁶⁾(②)。そして、比較の事案以外で恣意禁止原則を用いる場合の根拠として基本法20条に由来す

⁶³⁾ BVerfGE 42, 64 (80).

⁶⁴⁾ BVerfGE 42, 64 (81).

⁶⁵⁾ BVerfGE 42. 64 (81f.).

⁶⁶⁾ vgl. Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 25), S. 125. なお、同所の Michael Sachs の説明によれば、スイスでは伝統的に、「恣意禁止原則を一般的平等原則から切り離すこと (Ablösung) は必然的なものとして認識されていた」。なお、既に述べた通り、Gerhard Leibholz はスイスとアメリカの判例法理に依拠して恣意禁止原則を導入した(I)。

(412) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

る社会国家原理を挙げている(③)。

この Willi Geiger の恣意禁止原則論は Gerhard Leibholz の傘寿記念シンポジウムでの彼の発言においても現れる。以下、簡単に確認しよう。

Willi Geiger は、①「平等原則は、思考上、比較の組み合わせを形成できること、そして、この比較の組み合わせに関して、具体的な事実に照らして、比較の組み合わせが平等あるいは不平等であるということができる事情を合理的に定めることを前提にしているのである」と述べた上で、②「比較の組み合わせを形成することができ、それらが平等かあるいは本質的に相違しているか問題にすることができる場合は、我々は基本法3条1項の恣意禁止原則を援用することができる。他方、このことを問題にできないとき、直接、正義観念から導き出された恣意禁止原則で満足しなければならない」「67」と発言した「68」。Willi Geiger は1981年においても、1976年決定の少数意見で述べた恣意禁止原則理解を維持している。この恣意禁止原則の濫用への批判は、いわゆる首尾一貫性の要請において、その根拠として基本法3条1項を挙げることが果たして適切かという問題にも関連すると思われる。彼の見解は「立法者の自己拘束の根拠を、基本法3条1項の一般的平等原則」とするPaul Kirchhofの見解(69)と対立することになろう。この点においても、この少数意見は重要である。

Ⅲ 新定式の時代:「新定式」の発展

本章では「新定式」という平等審査を確認する。

前章で紹介したように恣意禁止原則は学説・裁判官による批判に直面した。この状況の中、第一法廷は「いつ不平等取り扱いが受け入れられ、いつ受け入れら

⁶⁷⁾ Willi Geiger, in: Christoph Link, (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat Symposion zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, 1982, S. 100ff. なお、手塚・前掲注 25) 426 頁以下では、本稿では省略した Willi Geiger、Gerhard Leibholz の発言も訳出されている。また、本稿の訳出に際して、当該文献を参照したが、表現等異なる。

⁶⁸⁾ なおこの見解を Gerhard Leibholz は否定する (Gerhard Leibholz, in: a.a.O. (Anm. 67), S. 105f. 手塚・前掲注 25) 428 頁)。

⁶⁹⁾ 高橋・前掲注 26) 1128 頁

れないか、という問題に対する明確な基準を得るための際立った努力」⁷⁰⁾をし、 第一法廷は「新定式」という審査手法を得た。「新定式」とは比例原則の審査を 内容として含む平等審査である。これにより第一法廷は、恣意禁止原則のみの審 査からなる「旧定式」から脱却した⁷¹⁾。

この「新定式」は、1980年10月7日の第一法廷で登場する(1)。その「新定式」は判例法理の蓄積を経て(2)、1993年1月26日の第一法廷にて、更に新しい「新定式」に変化する(3)。本稿では、それぞれ「1980年新定式」と「1993年新定式」と呼ぶことにする 72)。

1 1980 年新定式: 「旧」からの脱却

1980年10月7日の連邦憲法裁判所第一法廷決定において初めて「新定式」が 登場した。この1980年決定は既に日本でも度々紹介されている⁷³⁾が、重要な決 定であるので、確認しよう。

(1) 「1980 年新定式」

本件では民事訴訟法(Zivilprozeßordnung)528条3項 74 が問題となった。より具体的には「528条3項を同条1項および2項との規制と比較」において「3項は遅滞した申立てに関連する同じ事情を恣意的に不平等に取り扱っているのではないか」 75 ということが問題になった。

第一法廷は「民事訴訟法 528 条 3 項は、専門裁判所により議論された解釈において、基本法 3 条 1 項に合致している [76]と述べる。その際に、以下のような

⁷⁰⁾ Hans D. Jarass, a.a.O. (Anm. 38), S. 2545; vgl. Stefan M. Straßmair, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, 2002, S. 194.

⁷¹⁾ vgl. Kerstin Odendahl, a.a.O. (Anm. 51), S. 171. 井上·前掲注 4) 149 頁参照。

⁷²⁾ ドイツの学説において、1980 年決定の平等審査を「新定式(Neue Formel)」と呼び、1993 年決定の平等審査を「最新定式(Neueste Formel)」と呼び区別する文献もある(Stefan M. Straßmair, a.a.O. (Anm. 70), S. 193f.; Cornelia Paehlke-Gärtner, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens(Hrsg.), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, 2002, Art. 3, Rn. 61ff.)。

⁷³⁾ 本決定に言及している邦語文献として、例えば、井上・前掲注 4) 153 頁以下、高橋・前掲注 26) 1097 頁以下、西原・前掲注 4) 254 頁。訳出に際して上記文献を参照したが、表現等、異なる。

(414) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

「1980年新定式」を定立した。

- ①「この憲法規範は、法律の前に全ての人間を平等に取り扱うことを要請する。それ故、ある規範名宛人の集団と他の集団の間に不平等な取り扱いを正当化し得る性質(Art)と程度(Gewicht)77)の相違が存在しないにもかかわらず、ある規範名宛人の集団を他の集団と比べて、別異に取り扱うとき、この基本権に特に違反している(vgl. BVerfGE 22, 387 (415); 52, 277 (280))。」78)
- ②その上で、第一法廷は問題となっている不平等取り扱いを確認し、次のように述べる。「問題となっている規定の正確な顧慮によって、民事訴訟法 528 条 3 項と同条 1・2 項によっては、異なる規範名宛人は不平等に取り扱われていない、ということが明らかになる。寧ろ、同じ人間の行為が、異なる規定の関係において、別異に取り扱われる。つまり、時機に遅れた当事者(die säumige Partei)により遅れて主張された攻撃・防御方法は、それらを申し立てる時機に応じて、控訴審(Berufungsinstanz)において異なる運命(Schicksal)を被る。まさに、同じ人間の異なる行為が問題となっているために、その者に対して、時機に遅れた申立人の抑制(Zurückhaltung)による排除の作用(Ausschließungswirkung)が生じるという特に批判される可能性が存在する。[79]

⁷⁴⁾ なお、民事訴訟法 528 条については、井上が次の通りに訳出している。1項「第一審手続において定められた期日に反し申し立てられなかった新たな攻撃・防御手段は、裁判所の自由な心証によりその許可が事件の解決を遅延させないであろうような場合、あるいは、当事者がその遅滞を十分に釈明した場合にだけ許すことができる。その解明理由は、裁判所の要求により疏明されなければならない」、2項「第一審手続において 282 条 1項に反し申立てが時宜を得ずになされたような、あるいは 282 条 2項に反し伝達が時宜を得ずになされたような新たな攻撃・防御手段は、その許可が裁判所の自由な心証により事件の解決を遅延させないであろうような場合、あるいは、当時者が第一審手続での申立てを重大な過失によって怠っていたわけではないような場合に許すことができる」、3項「第一審手続において正当に却下された攻撃・防御の手段は排除され続ける」。(井上・前掲注 4) 160 頁より引用。なお、原文では、漢数字であった箇所は算用数字に改めている。)

⁷⁵⁾ 井上・前掲注4) 153 頁以下。また、高橋・前掲注26) 1098 頁参照。

⁷⁶⁾ BVerfGE 55, 72 (88).

⁷⁷⁾ Art und Gewichtの訳は、「質的および量的」(井上・前掲注 4) 153 頁)、「性質や重要性」(高橋・前掲注 26) 1098 頁)、「性質(Art)と程度(Gewicht)」(嶋崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項——性同一性障害者決定——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第 2 版)』(信山社、2006 年) 68 頁) がある。本稿では嶋崎の訳に沿う。

⁷⁸⁾ BVerfGE 55, 72 (88).

これに続けて、連邦憲法裁判所は次のように論じる。

- ③「いくつかの人間集団の正当化されない別異取り扱いの禁止の他に、平等原則は立法者に、広範囲の自由・生活事情(Lebenssachverhalte)、そして規定の関係に応じた人間の行為を別異に取り扱うことを、認める。この規定に適応することと、自分の行為により不都合な影響を被ることは、原則として、当事者の事柄である。」80)
- ④「連邦憲法裁判所の判例に拠ると、もちろん、平等原則は規範名宛人の正当 化されない不平等取り扱いの禁止にとどまるわけではない。寧ろ、平等原則にお いて、確かな非常に外縁的な境界を判例のみならず立法に設ける、根本的な法原 理としての恣意禁止原則が明らかになる。裁判所により、基本法の特徴を形成す る思考の合理的な評価の場合に、誤った法適用がもはやもっともなものではない とき、そして、法適用が事実に基づかない衡量に拠るという結論が思い浮かぶと き、この境界を超えるのである |。「立法者がいくつかの解決策の下で、もっとも 目的に適い、もっとも合理的で、もっとも公正な解決策を選択しなかった場合、 立法者はまだ恣意的に取り扱っていない。法律上の規定に対してある客観的に公 正な根拠が存在しないとき、立法者は恣意的に取り扱っているのである。このと き、客観的な意味における恣意、すなわち、解決されるべきである立法の対象に 関する規定の事実上・明白な不相当性で十分である(BVerfGE 4, 144(155): 36. 174(187))。これらの基準は特に事実に関する規定の場合に、法律上の区別の評 価に対して有効である。ここで、初めて、立法者の裁量は、規律されている事情 の不平等な取り扱いがもはや正義思考に向けられた顧慮の方法と合致していない、 つまり、法律上の区別に対して十分な根拠が欠如している、という結論になる (BVerfGE 9.334 (337))。不公正が明白であるとき、確立した判例に基づき、法 律上の規定のこのような恣意が非難される。^[81]

⁷⁹⁾ BVerfGE 55, 72 (89).

⁸⁰⁾ BVerfGE 55, 72 (89).

⁸¹⁾ BVerfGE 55, 72 (89f.).

(416) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

(2) 分析

第一法廷は「1980年新定式」を定立した。つまり、「不平等な取り扱いを正当化し得る性質と程度の相違」を要請するのである(①)。これは、不平等取り扱いが恣意的であるかを判断する従来の恣意禁止原則とは異なり、「重要性における程度の判定を必要とすることによって比例性原理をその中に取り込」み⁸²⁾、平等原則において比例原則による審査を行うことが示された⁸³⁾。

第一法廷がこのような比例原則を内容として組み込む平等審査を定立した原因として考えられる当時の2つの状況を述べておきたい。第一に、本決定以前に比例原則審査を内容とする平等審査を提唱する学説が登場し始めていた840。第二に、本決定には、平等審査を比例原則の審査と同一視するDietrich Katzenstein850が参加していたことである。第一法廷が誰の学説に影響を受けていたのか、そして、どの裁判官が「1980年新定式」の定立に寄与したのか断言することはできないが、少なくとも「新定式」を定立する環境が既に整っていたのである860。

本件については、平等審査の基準定立に引き続いて、その具体的な審査内容を確認しよう。第一法廷は、不平等取り扱いの確認の段階において、そもそも、不平等取り扱いが存在していないことを指摘する(②)。その上で、人間集団の不平等取り扱いの他に、広範囲の自由・生活事情、そして規定の関係に応じた人間の行為の不平等取り扱いが存在するとして、不平等取り扱いの類型化を行った(③)87)。その結果、1980年決定では、第一法廷は、恣意禁止原則による審査を行った(④)。

以上から「1980年新定式」における第一法廷の思考枠組みは次のようにまとめられよう。

第一法廷は、不平等取り扱いを(X)「人間集団の不平等取り扱い」と(Y)

⁸²⁾ 井上·前掲注 4) 695 頁。vgl. Manfred Gubelt, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 14.

⁸³⁾ vgl. Gabriel D. L. Machado, a.a.O. (Anm. 31), S. 13; Marion Albers, a.a.O. (Anm. 14), S. 946. また、ここから、1980 年決定は、学説上「コペルニクス的展開(kopernikanische Wende)」(Rüdiger Zuck, Rundschau-Kurze Beiträge Blick in Zeit, MDR 1986, S. 724.) と表現されることもある。また、「新定式」によって「旧定式」との論証責任の反転を見出す見解もある(Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 41), Rn. 20.)。

「生活事情に関する不平等取り扱い」(Y')「人間の行為に関する不平等取り扱い」に「区分している」(X') で、それぞれの場合に応じて、審査の内容を使い分けている。(X) 人間に関する不平等取り扱いの場合には、比例原則の審査を内容とする「新定式」による審査を行う。他方で、(Y) それ以外の不平等取り扱いの場合には、「新定式」ではなく、恣意禁止原則による審査を行う(X') をかり扱いの場合には、「新定式」ではなく、恣意禁止原則による審査を行う(X') の

そのため、本決定で、恣意禁止原則の審査を行ったことは、「1980年新定式」が「恣意性理論と混ざりあった状態で使用されているにすぎな」⁹⁰⁾かったことを意味するわけではない。本件で問題となっている不平等取り扱いが「そもそも異なる規範名宛人にではなく、異なる生活事情にいる同一の規範名宛人を別異に取り扱う」ものであり、更に「平等な生活事情の場合……立法者の形成余地は相当

⁸⁴⁾ 例えば、Ferdinand Wollenschläger は「新定式」に「類似した定式が既に Karl Heinrich Friauf に存在する」と指摘する(Ferdinand Wollenschläger, in: Hermann Mangoldt/ Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz: Kommentar, Bd. I, 7. Aufl., 2018, Rn. 93. Anm. 125)。Karl Heinrich Friauf は 1979 年論文で「優遇の程度(Ausmaß)が『両集団 間の示された区分と関係がない事情に依存するとき、平等原則に』違反する」と述べる (Karl Heinrich Friauf, Die verfassungsrechtliche Problematik einer Diskriminierung der im Wege des Leasing angeschafften Wirtschaftsgüter gegenüber anderen Investitionsformen im Wirtschafts- und Abgabenrecht, 1979, S. 17.)。確かに、不平等取り扱いの「程度 (Ausmaß)」に着目していることは、第一法廷が「程度 (Gewicht)」という文言を付与 し、比例原則の審査を可能にしたという点で類似している。とすれば、Karl Heinrich Friauf が第一法廷の判例法理に影響を与えたと言えるかもしれない。加えて、本稿が注 目したいのは Michael Kloepfer の審査モデルである。彼は『憲法上の問題としての平等』 において平等審査モデルを提唱する。当該論文は1980年1月22日に行われた「問題とし ての平等」という講演をもとにしたものである。Michael Kloepferの審査モデルは①基本 権上の構成要件(Grundrechtstatbestand)、②介入、③正当化という三段階審査で構成さ れる。そして、③では、恣意禁止原則のみならず過剰禁止原則による審査を提唱している (Michael Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 56ff.)。ドイツの学説上の審 査モデルにおいて、この審査モデルは先駆的なものであったと評価されている(vgl. Michael Kallina, Willkürverbot und Neue Formel. Der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 I GG, 2001, S. 172; Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., 2007, S. 417; Lerke Osterloh, Der Gleichheitssatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski/Klaus Meßerschmidt/Gerhard Michael/Matthias Rossi/Theodor Schilling/Peter Wysk (Hrsg.), Beharren, Bewegen, Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, 2013, S. 141.)。このように、Michael Kloepfer は 1980 年決定より も早く、恣意禁止原則と過剰禁止原則(比例原則)が併存する有力な審査モデルを提唱し ていた。ここから、Michael Kloepfer の審査モデルが第一法廷の判例法理に影響を与えた とも言えるのではないだろうか。

(418) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

に広く、その結果、徹底して恣意禁止原則を志向」⁹¹⁾することが妥当な事案だったのである。

- 85) 彼は1986年11月18日の連邦憲法裁判所第一法廷決定において、次のような少数意見 を述べる。「異議は基本法3条1項によってではなく、基本法14条によって、行われるべ きだったのだ。そこに意味がある。多数意見の決定は将来の立法者の形成余地を侵害して いる。基本法14条に基づく異議は、立法者が広い暫定的な諸解決策 (schonende Übergangslösung)を行わなければならないという結果のみを生じさせたであろう」(BVerfGE 74,9 (28f.))。「裁判所はより最近の確立した判例に基づき」、新定式を「根底にする。 従来の『恣意定式』(BVerfGE 1. 14(52)) との関係において、このことは、比例原則の 遵守にまで及ぶ憲法上の統制の拡張を意味する (vgl. BVerfGE 70, 230 (240f.); 71, 146 (156))。そこでの高められた統制密度に、連邦憲法裁判所により常に強調されている立法 者の形成余地の制限は一致する(vgl. BVerfGE 17, 319 (330) m. w. N.; 50, 177 (191))」。 「多数意見は形成余地を必要以上に制限する」(BVerfGE 74, 9 (29f).)。ここでは、Dietrich Katzenstein は「新定式」を用いることを「確立した判例と見なしている」(Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 16.)。その上で多数意見が「新定式」を用いることを批判して いる。というのも彼は「新定式」を「明示的に、比例原則の審査との同一視することに賛 成して」(Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 25), S. 129; vgl. Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 16; Jost Pietzcker, a.a.O. (Anm. 42), Rn. 44.) おり、それ故、「新定式」による審査では、 立法者の裁量を過剰に制限することになってしまうと考え、「新定式」を用いる多数意見 に対して批判的な態度を示し (vgl. Jost Pietzcker, a.a.O. (Anm. 42), Rn. 44.)、基本法 3 条1項ではなく、基本法14条による審査を行うべきだと述べたのである。
- 86) またこの他にアメリカの判例法理の影響を指摘する学説上の分析も存在する (Jost Pietzcker, a.a.O. (Anm. 42), Rn. 43)。
- Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 25), S. 126; Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, S. 39.
- 88) Gabriele Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG-Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, S. 347. なお、同所において Gabriele Britz は「一般的な事案集団の形成を意図したのか、あるいは、単に、特殊な、具体的事案に対する基準を形成したのかは、わからない」と指摘する。この指摘のように、1980年決定段階で、どの程度、第一法廷が一般的な不平等取り扱いを志向していたかは不明であるが、現在から振り返ると、結果的に不平等取り扱いの類型を創出したのである。
- 89) Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 25), S. 126.
- 90) 井上・前掲注4) 153 頁
- 91) Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, a.a.O. (Anm. 87), S. 39f. また Gabriele Britz も、「異なる規範名宛人を不平等に取り扱っているのではなく」、「異なる規律関係における同じ人間の行為の別異取り扱いにすぎないかもしれない」と指摘する (Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 347. Anm. 15.)。vgl. Lerke Osterloh, a.a.O. (Anm. 84), S. 140.

2 1993年新定式前史:「新 | と「最新 | の架け橋

本章の冒頭で示した通り、1993 年 1 月 26 日の連邦憲法裁判所第一法廷において、「1993 年新定式」が登場した。しかし、これは突如として現れた訳ではない。「1993 年新定式」への移行が「連邦憲法裁判所判決集の 60、62、74、79、82 巻における決定において既に示されていた」920。これらの判例は「不平等取り扱いが他の基本権に抵触する」場合(①~③)と、「別の基本法上保障されている地位に抵触している」場合(④、⑤)に分けることができる930。以下、これらの判例を簡単に確認しよう。

(1) 他の基本権に抵触する場合

- ① 1982年11月16日の第一法廷決定では、民法典 (BGB) 622条2項第2 文⁹⁴⁾の後半部分が基本法3条1項と合致するかが問題になった。第一法廷は 「1980年新定式」を定立する。その際に「基本法12条1項により保護されてい る職業活動の自由への影響を有している規律が問題となっている場合、立法上の 形成余地に厳格な境界が引かれる [95]と述べる。
- ②1988年12月6日の第一法廷決定では、ノルトライン・ヴェストファーレン における司法試験と法律家の準備実習勤務に関する第8次修正法(das Achte

⁹²⁾ Cornelia Paehlke-Gärtner, a.a.O. (Anm. 72), Rn. 65.

⁹³⁾ Cornelia Paehlke-Gärtner, a.a.O. (Anm. 72), Rn. 65. なお、Cornelia Paehlke-Gärtner は ①の判例を後者の場合にも分類している。

⁹⁴⁾ 民法典 622 条 2 項第 2 文は「営業又は企業における労働関係が 5 年間継続したとき、解約告知期間は月末を期限として 1ヶ月、10 年継続したとき、解約告知期間は月末を期限として 2ヶ月、20 年継続したとき、カレンダーの四半期末を期限として 3ヶ月である。従業期間の算定の際には、35 歳に達する前の期間は、顧慮しない」という内容である(BVerfGE 62, 256 (257f.))。訳出に当たっては、山口和人「ドイツ民法 2 (債務関係法)」国立国会図書館(2015年6月)111 頁以下(http://dl.ndl.go,jp/infondljp/pid/9422638 [最終閲覧日:2019年7月8日])を参考にした。山口論文において訳出されている2015年段階の622条 2 項と本文で問題になった1982年段階の622条 2 項は年齢、解約告知期間、その条件等において異なる。そして本件では、労務者(Arbeiter)の従業期間の算出の場合には35歳に達する前の期間は顧慮されず、他方、被用者(Angestellte)の場合には25歳に達した後の期間が算入されるという不平等が存在していた(BVerfGE 62, 256 (274)。)。

⁹⁵⁾ BVerfGE 62, 256 (274).

Gesetze zur Änderung des nordrhein-westfälischen Gesetzes über die juristischen Staatsprüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst) 3 条第 2 文 96 が問題となった 97 。第一法廷は、審査の際に、まず、基本法 12 条 1 項、基本法 3 条 1 項に基づく機会の平等(Chancengleichheit)について言及し、その上で次のように述べる。「基本法 12 条 1 項により保護された職業活動の自由に対する審査の諸結果の影響は、基本法 3 条 1 項の審査基準、そして同時に、機会の平等の原理にとっても重要である。職業に関する審査の場合、基本法 3 条 1 項が立法者に委ねている形成余地は、基本法 12 条 1 項の基準によってのみ審査するような規定の場合よりも、広いものではない。 $^{[98)}$

③1990年5月30日の第一法廷決定では、民法典622条2項が問題になり99)、連邦憲法裁判所は基本法3条1項に合致しないと判断した¹⁰⁰⁾。第一法廷は「1980年新定式」を定立し、その際に「このとき、裁判所は、特に、不平等取り扱いが基本法上保護されている自由への影響を有しているか、判断する(vgl. BVerfGE 62, 256 (274))」¹⁰¹⁾と述べる。

決定①と決定②において、第一法廷は、「1980年新定式」を定立する際に基本 法12条1項が関連する場合には平等審査の審査密度が高くなることを示す。こ の決定①・②は、いずれも基本法12条1項が関連する事案であり、審査密度に

⁹⁶⁾ 同 3 項第 1 文は「1983 年 1 月 1 日の後、新しい規律が試験に適用される」という内容であり、第 2 文は「再試験が問題となるとき、1983 年 1 月 1 日の前の第一試験に始まっているとき、挙げた規定は適用されない」という内容であった(BVerfGE 79, 212 (213f))。

⁹⁷⁾ BVerfGE 79, 212 (212).

⁹⁸⁾ BVerfGE 79, 212 (218).

⁹⁹⁾ 本決定については井上も言及している。井上によると、「解雇告知期間の基本的な長さが、被傭者の場合には6週間から最大3ヶ月(BGB622条1項)まであるのに対して、労働者の場合には2週間しかない(BGB622条2項第1文)」という不平等取り扱いが存在していた(井上・前掲注4)703頁)。またその他に荒木尚志・山川隆一・小堀幸一・皆川宏之・橋本陽子・奥田香子・有田謙司・池添弘邦「『諸外国の労働契約法制に関する調査研究』報告書」No.39独立行政法人労働政策研究・研修機構(2005年)69頁(皆川宏之)(https://www.jil.go.jp/institute/reports/2005/documents/039.pdf[最終閲覧日:2019年7月8日])参照。

¹⁰⁰⁾ BVerfGE 82, 126 (145).

¹⁰¹⁾ BVerfGE 82, 126 (146).

関して、基本法 12条 1 項を示すに留まっていた。他方、決定③では、第一法廷は、他の「基本法上保護されている自由」への影響の存否が平等審査の審査密度に関連すると述べ、決定①・②を一般化している。ここから、決定③は他の基本権に関連する場合には平等審査が厳格になるという到達点と言える。

(2) 基本法上の地位に抵触する場合

続けて、基本法上の地位に抵触する場合について簡単に確認しよう。

④1982年3月16日の第一法廷決定では「特別な場合における名前の変更と性 別の帰属の確定に関する法律 | 8条1項1号が問題となった。性別を変更する 「手術後に、出生登録上の性別を変更し、あわせて名を変更する手続きである」 という所謂「大解決」における年齢制限が問題となった事案である102)。第一法 廷は、「1980年新定式」を定立する。その際、次のことを付け加える。「どの事 情の要素(Sachverhaltselemente)が、相違が不平等取り扱いを正当化するほど に、重要であるかは、通常、立法者が決定する。立法者の余地(Spielraum)は、 不平等な取り扱いがもはや正義思考を志向した顧慮の方法と合致しないというこ とになる。|103)「平等の要請の適用の場合には、その都度の生活領域・事項領域 (Lebens- und Sachbereich) が顧慮されることになる。それ故、連邦憲法裁判所 は、基本法12条1項により保護されている職業活動の自由への影響を有してい る規律が問題となっているような、立法上の形成余地に、厳格な境界が引かれる と、述べた (vgl. BVerfGE 37, 342 (353f.))。性同一性障がいの者の身分法上の 変更の条件に関する規定の場合に、立法者の形成余地は、人間の尊厳(基本法1 条1項)と結びついている人格の自由な発展(基本法2条1項)の上にある基本 権によって、定められる。」104)

⑤1986 年 11 月 18 日の第一法廷決定¹⁰⁵⁾では、雇用促進法 118a 条 1 項¹⁰⁶⁾が問題となった¹⁰⁷⁾。第一法廷は、「1980 年新定式」を定立する際に、次のように付

¹⁰²⁾ 嶋崎・前掲注 77) 67 頁。また、本決定については井上も分析している(井上・前掲注 4) 696 頁以下)。

¹⁰³⁾ BVerfGE 60, 123 (134).

¹⁰⁴⁾ BVerfGE 60, 123 (134).

け加える。「基本法 3 条 1 項に基づいて評価される規律が、同時に他の基本法上保障された地位に抵触するとき、立法者の形成余地に厳格な境界が引かれる (vgl. BVerfGE 37, 342 (353f.); 60, 123 (134); 62, 256 (274))。 108

決定④では、平等審査において、問題となっている不平等取り扱いにおいては、基本法1条と結びついた基本法2条1項を顧慮することを述べる。更に、決定⑤では、第一法廷は、不平等取り扱いが「他の基本法上保障された地位に抵触するとき」立法者の裁量はより狭まると、より一般的な定式を用いている。また決定⑤では、決定①が参照されている。この点から、第一法廷は、他の基本権に関する事案と、基本法上保護された地位に関する事案を区別していなかったのかもしれない。あるいは、決定⑤こそ、「1993年新定式」定立以前におけるそれぞれの事案類型を統合した平等審査の到達点と評価することもできる。

3 「1993 年新定式 | の定立 ── 「新」から「最新」へ ──

「1993年新定式」は1993年1月26日の連邦憲法裁判所第一法廷決定で登場する。この1993年1月26日の連邦憲法裁判所第一法廷決定もまた既に邦語文献において幾度も紹介されている¹⁰⁹⁾。そして、その思考枠組みについても井上が既に詳細に分析している。もっとも平等審査を語る上で欠くことのできない決定で

¹⁰⁵⁾ なお、齋藤孝「福祉政策と失業保険の引き下げ:ドイツ連邦憲法裁判所の判例から」 聖徳学園岐阜教育大学紀要31巻(1996年)169頁(http://id.nii.ac.jp/1550/00001632/ [最終閲覧日:2019年6月13日])において、本決定は言及されている。

¹⁰⁶⁾ その内容は「失業手当請求権は、失業者が学校、単科大学またはその他の教育の場 (Ausbildungsstätte) の生徒もしくは学生である間、停止される。ただし当該教育が生徒または学生の学習能力 (Arbeitskraft) を全面的に要求するかぎりにおいて、である」。そして、「これまでは、期待権発生期間を充足すれば、失業者である学生は失業手当てを受けることができた」のに対して、本件では「学生になると失業手当を失業者が受けることのできなくなる」ことが問題になったのである (以上につき、齋藤・前掲注 105) 169 頁)。

¹⁰⁷⁾ BVerfGE 74. 9 (24).

¹⁰⁸⁾ BVerfGE 74. 9 (24).

¹⁰⁹⁾ 井上・前掲注 4) 699 頁以下、特に 705 頁以下、西原・前掲注 4) 254 頁以下、高橋・前掲注 26) 1099 頁以下、嶋崎・前掲注 77) 67 頁以下、同「性同一性障害の名の変更の年齢差別——性転換法違憲決定」谷口洋幸・斉藤笑美子・大島梨沙編著『性的マイノリティ判例解説』(信山社、2011 年) 42 頁以下。訳出に際して、上記文献を参照したが、表現等、異なる。

あるため、紹介する。

(1) 「1993 年新定式 |

本件で問題になったのは、1980 年 9 月 10 日からの「特別な場合における名前の変更と性別の帰属の確定に関する法律」の 1 条 1 項 3 号である。同法 1 条 1 項 は、出生の登録(Geburtseintrag)において記されている性別とは異なる性別にあると認識しており、そして、その者の認識に一致して、少なくとも 3 年前から生活している者の名前の変更の際の要件を定めている 110)。そのうち、「 3 . 少なくとも 25 歳であるとき」 111)という年齢制限が問題となった。

第一法廷は同法1条1項3号について、「基本法3条1項と合致せず無効 (nichtig) である」¹¹²⁾と述べ、次のような「新定式」を定立する。

- ①「一般的平等原則から規律対象・区別のメルクマールに基づき、緩やかな恣意禁止原則から比例原則の要件への厳格な拘束まで至る、様々な境界が生じる。要請の段階付けは、基本法3条1項の文言・意義、ならびに、他の憲法規範との関連から、生じる。」¹¹³⁾
- ②「法の前に全ての人間は平等であるという原理は、第一に、正当化されない人間の別異取り扱いを防ぐことであるから、人間集団の不平等取り扱いの場合、立法者は、通常、厳格な拘束の下にある(vgl. BVerfGE 55, 72 (88))。この拘束は、人間に関するメルクマールが基本法3条3項において挙げられているメルクマールに接近すればするほど、そして、それ故、その事を引き合いに出す不平等取り扱いが少数者の差別になる危険性が大きければ大きいほど、厳格になる。しかしながら、このより厳格な拘束は人間に関する区別に限定されない。むしろ、このより厳格な拘束は、事項の不平等取り扱いが間接的に人間集団の不平等取り扱いを生じさせるときにも、有効である。単に行為に関連する区分の場合、拘束の基準は、該当者がその者の行為により、どの程度、区別の基準となるメルクマ

¹¹⁰⁾ BVerfGE 88, 87 (88).

¹¹¹⁾ BVerfGE 88, 87 (88).

¹¹²⁾ BVerfGE 88, 87 (96).

¹¹³⁾ BVerfGE 88, 87 (96).

- ールの実現に影響を与えられるかに依存する(vgl. BVerfGE 55, 72 (89))。その上、人間または事柄の不平等取り扱いが基本権上保護されている自由権に不都合作用し得る程度が強ければ強いほど、立法者の形成余地にはより厳格な境界が引かれる(vgl. BVerfGE 60, 123 (134); 82, 126 (146))。 J^{114})
- ③「憲法裁判所の審査の場合、段階づけられた統制密度(eine abgestufte Kontrolldichte)は立法上の形成余地の様々な範囲に対応する。恣意禁止原則のみが基準として問題となる場合、区別の不公正(Unsachlichkeit)が明白であるときにのみ、基本法3条1項違反が確認される(vgl. BVerfGE 55, 72(89))。これに対して、連邦憲法裁判所は、人間集団を別異に取り扱う、又は基本権の遵守に不利に影響を与えるような規定の場合、個別的に、定められている区別に対して、不平等な法効果を正当化し得る性質と程度の根拠が存在しているか否かを審査する(vgl. BVerfGE 82, 126(146))。」」115)
- ④「この段階の根底にある諸衡量(Erwägungen)は、初期の状況(Ausgangslage)と立法者による規定のありうる影響の判断の場合に評価の特権(Einschätzungsprärogative)がどの程度立法者に与えられているかという問題にとって、重要である。そのような予測(Prognose)の審査についても、同様に、緩やかな明白な統制(die bloße Evidenzkontrolle)から厳格な内容統制(eine strenge inhaltliche Kontrolle)まで至る様々な基準が有効である。このとき、特に、その都度の事項の特性と危険にさらされている法益の重要性を顧慮する。さらに、予測余地(Prognosespielraum)は決定の時点において、十分に確実な判決が生じるという立法者の可能性にも依存している。」116)

その上で、本件では、「厳格な審査 (eine strenge Prüfung)」 $^{117)}$ を行う。というのも、「人間に関連するメルクマールを引き合いに出し、著しく一般的人格権に影響している」 $^{118)}$ 不平等取り扱いだからである。更に連邦憲法裁判所は基本法 1条1項と結びついた基本法 2条1項について言及する。すなわち、「基本法 2

¹¹⁴⁾ BVerfGE 88, 87 (96).

¹¹⁵⁾ BVerfGE 88, 87 (96f.).

¹¹⁶⁾ BVerfGE 88, 87 (97).

¹¹⁷⁾ BVerfGE 88, 87 (97).

¹¹⁸⁾ BVerfGE 88, 87 (97).

条1項は基本法1条1項と結びついて、厳格な人格的生活領域、特に内的・性的領域(der Intim- und Sexualbereich)を保護している 119 。そして、「どの機会に、どの程度で、個人的な生活事情を明らかにするかを原則として自分で定めるという個人の権利を保障している 120 。

(2) 分析

第一法廷は「1980年新定式」から更に発展した「1993年新定式」を定立した¹²¹⁾。なお、「1980年新定式」定立について、考えられる要因として学説、アメリカの判例法理、裁判官の平等審査観を列挙したが、「1993年新定式」の定立の要因については判例法理の蓄積という側面が強いと思われる。判例法理の蓄積の結果、「従来の判例を統合し」¹²²⁾、「集大成」¹²³⁾した「1993年新定式」が登場したのである。

①では、平等審査が緩やかな恣意禁止原則から比例原則による厳格な拘束まで至ることを述べる。これは、従来の「1980年新定式」とは明らかに文言が異なる。「1980年新定式」も内容としては恣意禁止原則と比例原則による審査の二つを有するものであったが、審査枠組みにおいては比例原則を内容とする「新定式」を述べるのみであった。他方で、「1993年新定式」は、審査枠組みにおいて、恣意禁止原則と比例原則を内容とする「新定式」の「併存を明示している」124)。

このように「1993年新定式」は「2つの異なる審査モデルが存在」し、「段階

¹¹⁹⁾ BVerfGE 88, 87 (97).

¹²⁰⁾ BVerfGE 88, 87 (97).

¹²¹⁾ 他方、「生活事情の不平等取り扱いではなく、規範名宛人の不平等取り扱いが問題になったため」、連邦憲法裁判所は、「同じ審査基準によって異なる結論に達した」(Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, a.a.O. (Anm. 87), S. 40.) と分析する学説も存在する。この見解に依拠すると「1980 年新定式」と「1993 年新定式」は進化したものというよりも、そもそも事案が異なるため、用いられた審査が異なるにすぎないという整理になる。しかしながら、両定式は事案の相違という理由だけでは整理できないほど異なったものである。

¹²²⁾ Stefan Manfred Straßmair, a.a.O. (Anm. 70), S. 195.

¹²³⁾ 嶋崎・前掲注77)70頁

¹²⁴⁾ この点から Karl-Friederich Bremeier は同所において「1993 年新定式」を恣意禁止原則と「新定式」の併存として「併存定式 (Symbiose-Formel)」と称している (Karl-Friederich Bremeier, a.a.O. (Anm. 30), S. 46.).

的(graduierbar)」¹²⁵⁾に使い分けることを示す。そして、どのような事案において恣意禁止原則による審査を行い、どのような事案において比例原則による審査を行うのか、という指標を示したのが②である。

②において、第一法廷は、(a) 基本法3条3項126)の接近の程度、(b) 本人の 影響可能性¹²⁷⁾の程度、(c) 他の基本権との関係という審査密度を定めるメルク マールを示す。これらのメルクマールは前節で紹介した 1980 年決定から 1993 年 決定までの間の第一法廷の判例の蓄積によるものではないかと思う。この間、第 一法廷は、他の基本権に関係する事案と、基本法上保護された地位に関係する事 案をそれぞれ経験した。(c) は1993年決定が参照している先例から基本法上保 護された地位に関係する場合の審査に由来していることは明らかである。そして、 他の基本権に関係する場合の審査にも由来しているとも言えるだろう。(a) の由 来については、1993年決定が先例を参照していないために、断言することはで きないが、基本法上保護された地位に関係する場合の審査に由来するものと位置 付けてもよいであろう¹²⁸⁾。(b) は 1993 年決定が 1980 年決定を参照しているこ とから明らかに十分な本人の影響可能性により恣意禁止原則による審査を行った 1980年決定に由来する。もっとも、「1980年新定式」では「行為に関する区別が 一般的に(当時の見解によると比例原則の要請ではなく)恣意禁止原則のみに課 せられる根拠として述べられた | 129)が、「1993 年新定式 | では審査密度の要素の 一つになっている。

そして、「1993年新定式」において、問題となっている不平等取り扱いが

¹²⁵⁾ Martin Borowski, a.a.O. (Anm. 84), S. 415.

¹²⁶⁾ 基本法3条3項は「何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家柄、その信仰、宗教又は政治上の見解を理由として、不利益を受け、又は優遇されてはならない。何人も、その障害(Behinderung)を理由として不利益を受けてはならない」という内容である(初宿・前掲注2)3頁)。

¹²⁷⁾ 宮地・前掲注5) 170 頁の表現に基づく。

¹²⁸⁾ あるいは、第一法廷の基本法 3 条 1 項の平等審査が「基本法 3 条 3 項の絶対的な差別 禁止に接近している」と分析するものもある(Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, a.a.O. (Anm. 87), S. 43.)。この点については、どのタイミングで、何を契機に、基本法 3 条 1 項の審査が 3 条 3 項の審査に接近したのかを明らかにした上で、別の機会に詳述した い。

¹²⁹⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348.

(X) 人間に関する不平等取り扱いである時には (a) を、(Y) それ以外の事項・行為に関する不平等取り扱いである時には (b) を顧慮する。そして、 $(X)\cdot(Y)$ いずれの場合も (c) を顧慮する $^{130)}$ 。

また、②では、厳格な拘束を人間に関する不平等取り扱いのみならず、間接的に人間に関する不平等取り扱いの場合にも適用する、と述べる。これにより、「1980年新定式」、事項・行為に関する不平等取り扱いと分類された場合、原則として恣意禁止原則による審査を行うのみであったが、「1993年新定式」では、場合によっては、審査密度の高い比例原則による審査を行うことができるようになった131)。

③では、それぞれの平等審査の具体的内容が明示されている。恣意禁止原則の審査の場合には、「区別の不公正が明白である」か否かを審査する。他方で、人間に関する不平等取り扱いの場合には「不平等な法効果を正当化し得る性質と程度」を審査する、つまり、比例原則による審査を行う。

(3) 小括: [1993年新定式 | の思考様式

「1993年新定式」の思考様式について論じる前に、「1993年新定式」に向けられた学説上の批判について紹介しよう。

「1993 年新定式」には、「1980 年新定式」とは異なる特徴がいくつも存在しているが、最大の特徴の一つが、間接的に人間に関する不平等取り扱いという不平等取り扱いの類型が示されたことである。この点について、2011 年から第一法廷裁判官になる Gabriele Britz¹³²⁾は「多くの事項・行為に関する区別は間接的に人間集団の不平等取り扱いであ」るから、「人間に関する不平等取り扱いとそれ以外の不平等取り扱いという区分は」意味を失い、「事項・行為に関する区別の特権は、実際上、意味をほとんど無く」すことになると述べ、「今日まで有効な修正がなされた」¹³³⁾と評価する。確かに、事項・行為に関する不平等取り扱いの

¹³⁰⁾ 宮地·前掲注5) 167 頁

¹³¹⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348.

¹³²⁾ 詳しいプロフィールは後述(Ⅳ)。

¹³³⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348.

場合でも、比例原則による審査を可能にした点は評価できる。

他方で、この新たな不平等取り扱い類型の創出は、当時のドイツの学説上の批判¹³⁴⁾の的の一つにもなった。例えば、ドイツの平等原則の大家の一人のMichael Sachs¹³⁵⁾は次のように指摘する。「人間に関するメルクマールの境界は、『新定式』の適用可能性にとって特に、そして、実際に重要である。」「個々の事案において重要なアプローチであるのにもかかわらず、ここでは、判例において問題となる事案の境界の原則的な基準が欠けている。この基準が直面している困難とは、最終的に、いずれの事実に関連する規定も」「人間に合わせることにより人間に関連して表現させられるという構造的な性質である」¹³⁶⁾。つまり、間接的に人間に関する不平等取り扱いという類型を創出したことによって、不平等取り扱い類型の境界が不明瞭になってしまったのである。

この問題を解消する際に参考になるのが、Marion Albers¹³⁷⁾の見解である。 Marion Albers によれば、1980 年決定のような本人の影響可能性が十分にあり、「規律が異なる関連性における同一の人間に該当し得る場合、事情が別異に取り扱われている」。他方で、「該当者が、別異に取り扱われるメルクマールの実現に影響し得ないとき、人間集団の不平等取り扱い」と分類することになる¹³⁸⁾。この見解によると、本人の影響可能性の有無が不平等取り扱いの類型の基準となる¹³⁹⁾。つまり、不平等取り扱いが事項に関する不平等取り扱いとして分類され

¹³⁴⁾ この他に、平等原則に比例原則を適用することも主な批判の対象の一つであった (vgl. Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 25), S. 128f; Marion Albers, a.a.O. (Anm. 14), S. 946f. また、嶋崎・前掲注 77) 71 頁)。

¹³⁵⁾ ケルン大学教授。教授資格取得論文は「基本法3条2・3項に基づく別異取り扱いの境界」である(石川敏行編著『ドイツ語圏公法学者プロフィール:国法学者協会の1003人』(中央大学出版、2012年)437頁)。

¹³⁶⁾ Michael Sachs, a.a.O. (Anm. 25), S. 128; vgl. Martin Borowski, a.a.O. (Anm. 84), S. 415f.; Konrad Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 128f.

¹³⁷⁾ ハンブルク大学教授(石川・前掲注135)5頁)。Marion Albers は平等原則の大家というわけではないが、当該論文は複数の平等原則に関する文献において参照されており、通説的見解と言えよう。

¹³⁸⁾ Marion Albers, a.a.O. (Anm. 14), S. 946.

た場合でも本人の影響可能性が低ければ間接的に人間に関する不平等取り扱いとして分類することになる¹⁴⁰⁾。

この Marion Albers の見解に則り、「1993 年新定式」の思考様式を整理しよう。

- (i) 第一に、問題となっている不平等取り扱いが(X)人間に関する不平等取り扱いか、(Y) 事項・行為に関する不平等取り扱いであるかを確定する。
- (ii)(X)と確定した場合には、原則として、比例原則による審査を行う。この時、審査密度に関して(a)基本法3条3項のメルクマールへの接近の程度、(c)他の基本権との関係を顧慮する。
- (ii') 他方で、(Y) に分類された場合には、まず、(b) 本人の影響可能性を顧慮する。
- (ii'-1) 本人の影響可能性が一定以上存在する場合には、問題となっている不平等取り扱いを(Y)事項・行為に関する不平等取り扱いとして確定し、(c)他の基本権との関係を顧慮し、審査密度を定める。
- (ii'-2) 一方で本人の影響可能性が一定以下の場合には、問題となっている不平等取り扱いを (X') 間接的に人間に関する不平等取り扱いとして確定し、(a) 基本法 3 条 3 項のメルクマールへの接近の程度、(c) 他の基本権との関係を顧慮し審査密度を定める。この場合には (X) と同様に、原則として比例原則による審査がなされることになろう。

確かに、本人の影響可能性を基準にすることにより、間接的に人間に関する不 平等取り扱いと、事項・行為に関する不平等取り扱いの境界を明らかにすること ができる。しかし、結局のところ、不平等取り扱いの類型化に意味があるのか、

¹³⁹⁾ また、井上も②において「まず、最初に……区別が人的集団に関するものか否かが判定されなければならず、それと共に、区別のメルクマールと自己の行為の影響可能性の程度が判定されなければならない」(井上・前掲注4)710頁)と述べ、「本人の影響可能性」を審査密度における段階で顧慮する要素としてではなく、その前段階で顧慮する。

¹⁴⁰⁾ 本稿では Marion Albers の整理に依拠するが、「1993 年新定式」の文言を見るに、「本人の影響可能性」は審査密度の段階で顧慮する要素の一つであって、不平等取り扱いの類型において顧慮する要素ではないとも考えられる。事項・行為に関する不平等取り扱いでも審査密度の高い比例原則による審査を可能にしたという点で、「間接的に人間に関する不平等取り扱い」という類型の創出には意義があったが、いずれにせよ、不平等取り扱いの類型のそれぞれの境界は曖昧になってしまっている。

疑問である。(X') の不平等取り扱いの場合、(b) 本人の影響可能性も、それ以外の要素も顧慮することになる。つまり、あらゆる不平等取り扱いに対して、(a)~(c) のメルクマールに基づき、審査密度を確定すればよいだけではないだろうか。不平等取り扱いの類型を前提にすることによって、却って、不平等取り扱い類型の境界の不明確さという難点が生じる。

なお、近年の研究を見るに、「1993年新定式」における①の文言は、恣意禁止 原則と「新定式」の併存以上の意味を有していたと言えるかもしれない。例えば、 宮地基は、①について、「平等権侵害の審査基準を無段階の連続的なスペクトラ ムと観念して、恣意禁止の基準と比例原則とを統一的に理解することが可能にな る [141] と分析する。また、Gabriele Britz も「以降、第一法廷は、明白に二元的 な審査定立から距離を置き、そして恣意禁止原則を比例原則に向けられた審査定 立の一つの顕れとして理解している | 142)と述べる。これらの見解によれば、第一 法廷は「1993年新定式」の段階からすでに平等審査を、恣意禁止原則と「新定 式」の単なる併存としてではなく、統一的な比例原則の審査として解していたこ とになる。しかし、連邦憲法裁判所がこのような統一的な平等審査を明示するの は、この18年後の2011年である。「1993年新定式」の段階においては恣意禁止 原則と比例原則(を内容とする「新定式」)という種類の異なる審査が併存して いただけではないだろうか。基本法3条1項に由来する恣意禁止原則の審査内容 が、比例原則における明白性の統制の審査内容と同内容であるから、結果的に、 恣意禁止原則と比例原則という本来性質の異なる審査の併存が、統一的な平等審 査、すなわちスライディング・スケールに見えるだけのように思われる¹⁴³⁾。

¹⁴¹⁾ 宮地・前掲注5) 164 頁

¹⁴²⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 347. 宮地・前掲注 5) 164 頁。強調は辛嶋による ものである。また、本稿における強調は特段の断りがない場合を除いて、原則として、辛 嶋によるものである。

¹⁴³⁾ 例えば、平等審査を修正された比例性の審査とみなす Marion Albers は、「『客観的に明白な根拠』で十分である恣意禁止原則」を「もっとも緩やかな要請」として、「非常に大規模な重要性の根拠」を「もっとも高い要請」として位置付ける(Marion Albers, a.a.O. (Anm. 14), S. 947.)。しかし、本稿は、少なくとも 1993 年段階では、両審査は異なる性質のものであり、「1993 年新定式」は両者を並列して述べていたにすぎないという立場をとる。

IV 2011 年新定式:現在の平等審査

本章は現在の連邦憲法裁判所が用いる平等審査を確認する。本稿ではこの平等審査を「2011年新定式」と呼ぶ。「2011年新定式」を理解する上で、手がかりになるのが、連邦憲法裁判所第一法廷裁判官 Gabriele Britz¹⁴⁴⁾の 2014年論文である。Gabriele Britz によれば、平等審査は、1993年決定における重要な修正の後、「ついに新定式は、第一法廷の判決において、2010年以降、更に変化した」¹⁴⁵⁾。しかし、ドイツの基本書・コンメンタール・学術論文は 2011年決定を新たな「新定式」として紹介するものが多く¹⁴⁶⁾、内容に関しても、後述するように、2011年の「新定式」こそが、従来の「新定式」とは一線を画する平等審査であると思われる。そこで「2011年新定式」を紹介する前に、その背景として 2010年 10月 12日の連邦憲法裁判所第一法廷決定を確認する。その上で、「2011年新定式」を定立した 2011年 6月 21日の連邦憲法裁判所第一法廷決定を確認する。

^{144) 1987} 年から 1992 年までの間、フランクフルト・アム・マインにて、法学を学び、1994 年までフランクフルト・アム・マイン大学の公法・環境法・行政法の学術協力者を務めた。1993 年に「地方自治の形成可能性の特別な顧慮の下での地方のエネルギー供給に対する欧州共同法の重要性」というテーマの博士論文を書く。2000 年には「文化的権利と憲法」というテーマで教授資格取得論文を執筆した。そして、2001 年からギーセン大学の公法・EU 法専門の教授となり、2009 年から 2010 年までは同大学法学部の学部長を務めた。2011 年 2 月から連邦憲法裁判所第一法廷の裁判官に着任する。(以上の略歴はhttps://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Erster-Senat/BVRin-Prof-Dr-Britz/bvrin-prof-dr-britz_node.html [最終閲覧日:2019 年 6 月 13 日] によるものである。)また、Gabriele Britz は連邦憲法裁判所の裁判官になる前に平等に関する論文を書いている。2004 年のドイツ国法学者大会において「差別保護と個人の自立」(Gabriele Britz, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64(2005)、S. 355ff.)、2008 年に『個々の正義対普遍化』(Gabriele Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008.)を執筆している。また連邦憲法裁判所裁判官となった後も、2014 年に「連邦憲法裁判所の判決における一般的平等原則」という題の論文を執筆した。

¹⁴⁵⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 346.

¹⁴⁶⁾ 後に参照するものの他、Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., 2018, S. 493. など。

1 2011 年新定式前史

(1) 2010年10月12日第一法廷決定

社会法典第10篇116条6項第1文が問題となった。そこでは「損害を生じさせた事件当時に被害者又はその遺族と同居して生活していた家族構成員により故意ではない加害があった場合には、第1項による移転は免除される……」¹⁴⁷と定められていた。同居していた場合と、別居していた場合に、社会保険者または社会扶助の主体への損害賠償請求の移転の免除に関する不平等取り扱いが存在していた¹⁴⁸。

第一法廷は、この不平等取り扱いは十分な根拠によって正当化される¹⁴⁹⁾と言う。その際、次のような平等審査の枠組みを定立した¹⁵⁰⁾。

- ①「基本法 3 条 1 項は立法者に、本質的に平等なことは平等に、本質的に不平等なことは不平等に取り扱うことを要請する (vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 98, 365 (385); stRspr)。別の人間集団に与えられないままである優遇をある人間集団に認めるような、平等に違反している優遇の除外は禁止されている (vgl. BVerfGE 110, 412 (431); 116, 164 (180))。151)
- ②「一般的平等原則から、規律対象・区別メルクマールに基づき、立法者に対して、緩やかな恣意禁止原則から、比例原則の要請への厳格な拘束に至るまでの様々な境界が生じる(vgl. BVerfGE 117, 1 (30); stRspr)。区別が人格的メルクマール(Persönlichkeitsmerkmale)を引き合いに出すとき、立法者の厳格な拘束が受け入れられる。他方、行為に向けられた相違の時、拘束の程度はとりわけ、該当者がその者の行為により、その基準によって区別される、基準の実現に影響

¹⁴⁷⁾ 濱口弘太郎「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究(3)」北大法学論集66巻6号(2016年)2121頁以下より引用。また同条1項は「他の法律の規定に基づく損害賠償請求権は、同種の損害の除去に役立ち、かつ加害者により給付されるべき損害賠償と同一の時機に関わる社会保険を保険者又は社会扶助の主体が損害事件に基づいて給付しなければならない範囲で、それらの者に移転する。……」と定められている(同・2121頁)。

¹⁴⁸⁾ BVerfGE 127, 263 (280).

¹⁴⁹⁾ BVerfGE 127, 263 (280).

¹⁵⁰⁾ なお、基本法 3 条 1 項の審査に入る前に、基本法 6 条 1 項、6 条 5 項に関する審査が それぞれなされている。

¹⁵¹⁾ BVerfGE 127, 263 (280).

をどの程度影響を与えることができるか、ということに依存している。」152)

なお本決定では「ここでは、緩やかな恣意の統制を越えた基準が」 153 用いられる。さらに、本件の不平等取り扱いが「同様に、基本法 6 条 1 項による保護を享受する家族の関係」 154 するものであり、「基本法 6 条 2 項により保護された親の権利の行使に関係する」 155 ことが言及される。このことを踏まえた上で、第一法廷は、「不平等な取り扱いを正当することができる性質と程度によって支えられなければならない」 156 と述べ、比例原則による審査を行うことになる。

(2) 分析

第一法廷は、まず、一般的平等原則の命題を述べた上で(①)、「1993 年新定式」と同様に「緩やかな恣意禁止原則から、比例原則の要請への厳格な拘束に至るまでの様々な境界が生じる」と言う。ここまでは、従来の「新定式」と差異はない。

注目すべきは②の第2文である。ここで第一法廷は、従来の「新定式」にはなかった「人格的メルクマール」という文言を用いる。そして(X1)人格的メルクマールに関する不平等取り扱いと、(Y) 行為に関する不平等取り扱いという分類をする。そして、(X1) の場合には立法者に厳格な拘束が生じ、(Y) の場合には本人の影響可能性が顧慮されると言う。この「人格的メルクマール」という文言をどのように考えるべきであろうか。ここで手がかりになるのが、やはり、Gabriele Britz の 2014 年論文である。Gabriele Britz は「人格的関連性を伴う不利益取り扱いは特に正当化の必要があると見なされる」と述べ、「人間に関する不平等取り扱いの厳格な統制の基準の場合に、人間が強く個人の人格(Personalitat)に該当する不平等取り扱いを、個人にわずかに抵触する不平等取り扱いと区分することが、当初より重要であろう」と言う157)。ここから、第一法廷は

¹⁵²⁾ BVerfGE 127, 263 (280).

¹⁵³⁾ BVerfGE 127, 263 (281).

¹⁵⁴⁾ BVerfGE 127, 263 (281).

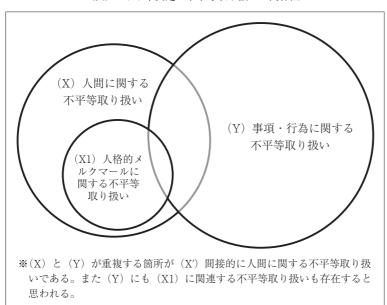
¹⁵⁵⁾ BVerfGE 127, 263 (281).

¹⁵⁶⁾ BVerfGE 127, 263 (281).

¹⁵⁷⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348.

- (434) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月
- (X) 人間に関する不平等取り扱いを更に、(X1) 人格に関する不平等取り扱いと、(X2) 人格に関連しない不平等取り扱いに分類していると言える。そして、(X1) の人格に関する不平等取り扱いの場合、審査密度は原則として非常に高いものになる。

以上を踏まえると、2010年決定における第一法廷の想定する不平等取り扱いの関係図は次の通りになろう。



(図) 2010年決定の不平等取り扱いの関係図

以上より、2010年の「新定式」の思考様式は次のようになろう。

- (i) まず、問題になっている不平等取り扱いを(Y)事項・行為に関する不平等取り扱い、(X2) 人格的メルクマールに関連しないが(直接・間接的に)人間に関する不平等取り扱い、(X1) の人格的メルクマールに関連する不平等取り扱いに分類する。
 - (ii)(Y)の場合、「1993年新定式」と同様に処理する。
 - (ii') (X2) の場合、2010年決定の「新定式」は明示していないが、「1993年

新定式」と同様に、(a) 基本法3条3項への接近の程度と(b) 他の基本権との関係を顧慮し、審査密度を確定する。

(ii") 他方で、(X1) である場合、(a) と(b) を顧慮せずとも、原則として審査密度が高い審査を行うことになる。

なお、Gabriele Britz は「2010年10月12日の決定以降、第一法廷は、基準定立の際に、例外なく、人間集団に関する不平等取り扱いとそれ以外の不平等取り扱いの区分を行わない」 $^{158)}$ と分析する。しかし、少なくとも、2010年段階では、上述ように、(X) 人間に関する不平等取り扱いと (Y) それ以外の不平等取り扱いという従来の区分を前提にし、人間に関する不平等取り扱いについて、(X1) 人格的メルクマールに関連する場合と (X2) 関連しない場合に、更に細分化しているだけではないだろうか。つまり、2010年決定の段階では、いまだに不平等取り扱いの区分を行っていたと思われる。

また、そもそも「人格的メルクマール」に関連するか否かをどのように決めるのかという疑問が生じる。仮に Gabriele Britz の上記見解に依拠すると、「人格的メルクマール」とは不平等取り扱いの類型ではなく、審査密度において顧慮する要素の一つということになろう。このような見解が正しいとしても、「人格的メルクマール」は(b)、(c)と異なるものなのか、という疑問が生じる¹⁵⁹⁾。

以上を踏まえた上で、2011年決定を確認しよう。

2 「2011年新定式」: 新たな「新定式」

連邦憲法裁判所第一法廷は 2011 年 6 月 21 日決定¹⁶⁰⁾にて、さらに新たな「新 定式」を定立する。

¹⁵⁸⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348; Ferdinand Wollenschläger, a.a.O. (Anm. 84), Rn 141

¹⁵⁹⁾ 後述するが、Gabriele Britz は、人格的メルクマールが(c)の要素に含まれると述べ、 そして第一法廷も 2011 年決定以降、人格的メルクマールという表現を用いなくなる (Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348f.)。

¹⁶⁰⁾ 言うまでもなく、本決定では、Gabriele Britz が裁判官として参加している。また、本決定の評釈として、Michael Sachs, Grundrecht: Allgemeiner Gleichheitssatz, JuS 2012, S. 90ff.

(1) 事案の概要

ここで問題になったのは、連邦奨学金法第 12 次改正法における連邦奨学金法 (Bundesausbildungsförderungsgesetz) 18b 条 3 項第 1 文である161)。同条 3 項は 次のような内容であった。「(3) 職業訓練生(Auszubildende)が職業訓練(Ausbildung)を、修了試験(Abschlußprüfung)に合格し、支給最長期間(Förderungshöchstdauer)の終了より 4 ヶ 月前に終えるとき、又は、職業訓練規定 (Ausbildungsvorschriften)に基づいて計画的にそのようなことが定められていないとき、申請により 5000 ドイツマルクの貸付金が免除される。第 1 文において挙げられた期間が 2 ヶ 月のみであるとき、2000 ドイツマルクが免除される。 ……」162 この第 1 文の免除は「大規模な部分免除(ein großer Teilerlass)」と呼ばれ、第 2 文の免除は「小規模な部分免除(ein kleiner Teilerlass)」と呼ばれる163)。

他方で支給最長期間に関する規則 9 条 2 項(FörderungshöchstdauerV)は、 東ドイツ諸州における「単科大学(Hochschule)での職業教育に関する支給最 長期間は、大学のカリキュラムにおいて、その時々の専攻(Fachrichtung)を担 当する専門省(Fachministerium)により定められた規定在学期間(Regelstudienzeit)に基づいて、定められる」¹⁶⁴⁾という内容だった。

そして、東ドイツ諸州の医学部の大学生に対する支給最長期間は 12 セメスターと 3 ヶ月 $^{165)}$ となり、他方で、最短在学期間は 12 セメスター $^{166)}$ であった $^{167)}$ 。 そのため東ドイツにおける医学部の大学生は支給最長期間 4 ヶ月前に職業訓練を終えることを条件にする「大規模な部分免除」を得ることが、客観的に初めから

¹⁶¹⁾ 連邦奨学金法の概要、ドイツにおける職業訓練制度については、渡辺富久子「ドイツの連邦奨学金制度 — 職業資格の取得の助成 — 」外国の立法 271 号(2017 年)141 頁以下を参照。

¹⁶²⁾ BVerfGE 129, 49 (52).

¹⁶³⁾ BVerfGE 129, 49 (52).

¹⁶⁴⁾ BVerfGE 129, 49 (55).

¹⁶⁵⁾ 支給最長期間に関する規則 9 条 2 項と結びついた医師開業免許規定(ĀApprO)1 条 2 項第 2 文による。

¹⁶⁶⁾ 連邦医師規定 (BÃO) 3条1項第1文4号と医師開業免許規定1条2項第1文1号による。

¹⁶⁷⁾ BVerfGE 129, 49 (59).

不可能であった168)。

なお、第一法廷は、異議申立人に対して、西ドイツ諸州の人間医学に対する不平等取り扱いと、過程の修了が支給最長期間終了前に4ヶ月残され得るように最短在学期間・支給最長期間が定められている他の過程の大学生に対する不平等取り扱いの存在を確認している¹⁶⁹⁾。

(2) 「2011 年新定式 |

- ①「基本法 3 条 1 項の一般的平等原則は、規範付与者に、本質的に平等なことは平等に、本質的に不平等なことは不平等に取り扱うことを、要請する(vgl. BVerfGE 98, 365 (385); st. Rspr)。一般的平等原則は、不平等な負担にも、不平等な優遇にも、適用される(vgl. BVerfGE 79, 1 (17); 126, 400 (416) m. w. N.)。ある人間集団に優遇を与え、他の人間集団には与えられないような、平等に違反する排除は禁じられている(vgl. BVerfGE 110, 412 (431); 112, 164 (174); 126, 400 (416) m. w. N.)。」
- ②「一般的平等原則から、規律対象と区別のメルクマールに応じて、立法者に対して、恣意禁止原則に限定された緩められた拘束から、比例原則の厳格な要請にまで至り得る、様々な境界が生じる(vgl. BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m. w. N.)。区別は常に区別の目的(Differenzierungsziel)と不平等取り扱いの程度に相当するような客観的根拠(Sachgrund)による正当化が必要である。基本法3条1項は、不平等取り扱いが客観的に正当化された区別の基準を引き合いに出すことを要請するだけではない。区別の程度に関して、十分な程度により客観的に是認できる区別の観点であることが明らかになる、現存する相違と区別された規定の内的関係をも要請する(vgl. BVerfGE 124, 199 (220))。ある規範名宛人または規範該当者の集団と他の集団との間に、別異取り扱いを正当化し得る性質と程度が存在しないにもかかわらず、ある集団が他の集

¹⁶⁸⁾ BVerfGE 129, 49 (59).

¹⁶⁹⁾ BVerfGE 129, 49 (70). なお異議申立人は 1991/1992 年の冬セメスターから、イェーナのフリードリヒ・シラー大学にて、医学課程に在籍していた。

¹⁷⁰⁾ BVerfGE 129, 49 (68).

団と比べて別異に取り扱われているとき、平等原則に違反している。[171]

- ③「このとき、比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査基準 (ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab) が適用される。その内容と境界は、抽象的ではなく、その都度該当している事項領域・規律領域に応じて、定められる (vgl. BVerfGE 75, 108 (157): 93, 319 (348f.): 107, 27 (46): 126, 400 (416) m, w. N.)。」¹⁷²⁾
- ④「区別が人格的メルクマールを引き合いに出すとき、特に立法者の厳格な拘束が適用される。この時、メルクマールが各人にとって自由に処理できる(verfügbar)程度がわずかであればあるほど(vgl. BVerfGE 88, 87 (96))、あるいは、基本法 3 条 3 項のメルクマールに接近すればするほど(vgl. BVerfGE 124, 199 (220))、憲法上の要請はより厳格になる。立法者の厳格な拘束はその都度該当している自由権から生じる(vgl. BVerfGE 88, 87 (96))。その他の点では、拘束の程度は、とりわけ、該当者がその者の行為(Verhalten)により、基準 これに基づき区別される の実現に影響を与えることができるか、ということに依存する(vgl. BVerfGE 88, 87 (96); 127, 263 (280))。 J^{173})

(3) 分析

「2011年新定式」の①と②の第一文は従来の「新定式」と変わらない。

②の第2文では「区別は常に区別の目的と不平等取り扱いの程度に相当するような客観的根拠による正当化が必要である」という従来の「新定式」には見られなかった文言が加わる。これは比例原則の審査で言うところの狭義の比例原則の審査を連想させる¹⁷⁴⁾。その上で、「2011年新定式」は従来の「新定式」と同様、二つの集団間に不平等取り扱いを正当化し得る性質と程度を審査することを述べる。

平等審査における比例原則の審査は、②の文言を見るに、狭義の比例性→適合

¹⁷¹⁾ BVerfGE 129, 49 (68f.).

¹⁷²⁾ BVerfGE 129, 49 (69). ③・④と段落を変えているが、原文では同じ段落にある。

¹⁷³⁾ BVerfGE 129, 49 (69). また、本決定では「緩やかな審査基準の適用の場合ですら基本法3条1項と一致しない」(BVerfGE 129, 49 (70).) と述べ、明白性の統制に近い審査が行われた。

性→必要性の順で審査を行うように思われる。これは、本決定に参加している Gabriele Britzが2014年論文にて、平等審査における比例原則の審査について、 「審査基準の定立において、そして、――厳格な基準という観点から――区別の 根拠が十分な目的に資するかという前提となる問題において、衡量が含まれてい るから、狭義の比例原則の審査は、実際にしばしば、不必要なものである | 175)と 説明し、「比較的厳格な審査の場合には、区別根拠の合理性(Plausibilität)・適 合性 (Eignung)・必要性 (Erforderlichkeit) がより正確に審査される 176 と述 べていることに一致する。他方で、基本権における比例原則審査も「①適合性 (Geeignetheit)、②必要性 (Erforderlichkeit)、③狭義の比例原則 (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) という、三部分原則から構成される 1777)。 そし て、基本権の比例原則審査の場合、これらの「諸原則を審査する前提として(あ るいは①の適合性の審査の枠内において) 立法目的それ自体が正当(合憲、合 法)であること……が要求される | 178)。上述の通り、平等原則の比例原則審査の 場合、同様に、目的の正当性の審査を前提とするが、ここに狭義の比例原則審査 が内在しており、第一法廷が考える平等原則の比例原則審査は、基本権における 比例原則審査とは異なることになるかもしれない179)。

¹⁷⁴⁾ この文言により平等審査が自由権の審査に接近することを指摘する見解もある。例えば、Lerke Osterloh は目的 (Ziel) と根拠 (Grund) を同義語として解し、目的と客観的根拠 (Sachgrund) を区別するとき、平等審査は、「介入の強さとその介入を正当化する根拠の程度と緊急性 (Dringlichkeit) の総合考慮 (Gesamtabwägung)」と言う自由権における審査と同じになると指摘する。その上で、「根拠のみならず、特に客観的根拠 (Sachgrund) を語る場合」、「『事柄の性質 (Natur der Sache)』の表明としてではなく、『古い』恣意の判例と、『新しい』比例性の審査の専門用語上の架け橋として理解しなければならない」と言う (Lerke Osterloh, a.a.O. (Anm. 84), S. 152)。また、Volker Eppingは②・③から平等審査の自由権審査への接近を見る (Volker Epping, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 799)。

¹⁷⁵⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 350. 宮地·前掲注 5) 172 頁

¹⁷⁶⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 350f. 宮地·前掲注 5) 172 頁

¹⁷⁷⁾ 小山剛『基本権の内容形成 立法による憲法価値の実現』(尚学社、2004年) 83 頁以下

¹⁷⁸⁾ 柴田憲司「憲法上の比例原則について (一)」法學新報 116 巻 9・10 号 (2010 年) 194 頁

¹⁷⁹⁾ この結論を下すには、比例原則の厳格な要請の審査内容を詳細な確認・分析する必要があるが、平等原則における各原則の審査の順序が基本権の場合と異なる理由と合わせて、残された課題とさせていただきたい。

(440) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

なお、「1980年新定式」では「規範名宛人の集団」のみであったが「2011年新定式」ではこれに「規範該当者」が付け加わる¹⁸⁰⁾。なお、元第二法廷裁判官 Lerke Osterloh¹⁸¹⁾が指摘しているように、2002年3月6日の第二法廷決定¹⁸²⁾、2009年9月22日の第二法廷決定¹⁸³⁾で既にこの「規範該当者」は存在している¹⁸⁴⁾。この「規範該当者」と言う補足語を加えたのが第二法廷だとすると、「第一法廷の新定式」は、長らく恣意禁止原則に固執して、第一法廷とは異なる変遷をしていた「第二法廷の新定式」から影響を受けたことになる。

③の第1文では「比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査基準」を用いると述べる。既に②の第1文で平等審査が緩やかな恣意禁止原則から比例原則の厳格な拘束まで至ることを示したにもかかわらず、ここで更に、平等審査が「比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査基準」であることを繰り返し強調している。この「無段階」な審査基準こそが、「2011年新定式」のキーワード¹⁸⁵⁾であり、これによって「2011年新定式」が「1993年新定式」よりも新しい「新定式」と位置付けられることになる。従来、第一法廷は性質の異なる恣意禁止原則と「新定式」を併存する「1993年新定式」によって、審査密度に応じて、この二つの審査を使い分けていたが、「2011年新定式」の③の第1文が加わったことにより、第一法廷が恣意禁止原則と比例原則を内容とする「新定式」を、一つの統一的な比例原則の審査、すなわち、スライディング・スケール¹⁸⁶⁾(eine gleitende Skale)として整理していることが明らかになったのである¹⁸⁷⁾。

¹⁸⁰⁾ Lerke Osterloh, a.a.O. (Anm. 84), S. 141.

^{181) 1998} 年から 2010 年まで連邦憲法裁判所第二法廷の裁判官であった。税法学が専門である (石川・前掲注 135) 380 頁以下)。

¹⁸²⁾ BVerfGE 105, 73 (110).

¹⁸³⁾ BVerfGE 124, 251 (265).

¹⁸⁴⁾ Lerke Osterloh, a.a.O. (Anm. 84), S.141. Anm. 12. なお、なお、どちらも、Lerke Osterloh が第二法廷に所属していた時の決定である。

¹⁸⁵⁾ 例えば、Heike Krieger は 2011 年決定などを参照し、「無段階な審査」と表現する (Heike Krieger in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 3, Rn. 32.)。Lerke Osterloh は「2011 年新定式」は「従来の判例からの周知の事柄を含んでいるが、特に『無段階 (stufenlos)』という特徴 (Attribut) によって、平等権的審査の明確なドグマーティクの 輪郭を強調し、明確にする」と述べる (Lerke Osterloh, a.a.O. (Anm. 84), S. 141.)。

そして、④では、審査密度に関して顧慮する要素が明示されている。2011 年 段階における「2011 年新定式」は、(X2) 人格的メルクマールに関する不平等 取り扱いの場合、(a) 区別のメルクマールが不平等取り扱いを受けている者にとって自由に処理できる程度が僅かである場合、(b) 基本法3条3項に列挙されているメルクマールに接近する程度が大きいときに、立法者には厳格な拘束が生じる。(Y) その他の不平等取り扱いの場合では(a) を顧慮する。その上で(c) 他の自由権との関連性を顧慮する。一連の要素において1993年決定を先例として参照していることから、「2011 年新定式」が「1993 年新定式」の延長線上にあると思われる。他方で、「2011 年新定式」の不平等取り扱いの類型は「1993 年新

¹⁸⁶⁾ 平等審査における「スライデイング・スケール」は既にアメリカと日本において議論されていた(阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量:『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学 9 巻 3 号(2010 年)714 頁以下)。阪口は同論文において「スライデイング・スケール・アプローチとは、違憲審査基準とは異なって、審査基準を二つないし三つに階層化するのではなく、『基準のスペクトル(spectrum ob standards)』を構想して、個々の事例に即して審査の厳格度に無数のヴァリエーションを持たせて利益衡量を行おうとするものである」と説明し、比例原則とスライデイング・スケール・アプローチとの類似性を指摘する(同・715 頁)。

¹⁸⁷⁾ vgl. Ferdinand Wollenschläger, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 99.

¹⁸⁸⁾ BVerfGE 126, 400 (416).

¹⁸⁹⁾ Lerke Osterloh, Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz-Entwicklungslinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2002, S. 311. なお、引用されているのは 1994 年 3 月 9 日第二法廷決定(BVerfGE 90, 145(195f.))である。

定式」における人間に関する不平等取り扱い、それ以外の不平等取り扱いという類型ではなく、(X2) 人格的メルクマールに関する不平等取り扱いと(Y)それ以外の不平等取り扱いという類型である。ここに「2010年の新定式」の残滓が見出される。この点において、実は、2011年決定の「新定式」はまだ不十分な「2011年新定式」であったのではないか。第一法廷裁判官 Gabriele Britzによれば、「人格的関連性という新しい基準が必ずしも必要というわけではな」く、「人格的関連性の基準は」2011年決定以降「二度と用いられていない」「90)。というのも「自由権への影響という審査を厳格化する観点の下で、当然に、人格の自由な発展に関する権利への不平等取り扱いの影響も顧慮される」「91)からである。つまり、人格的メルクマールは(c)に包含されるものである。Gabriele Britzが示すように、2011年新定式以降の連邦憲法裁判所は(a)本人の影響可能性(b)基本法3条3項への接近の程度(c)その都度関係している自由権を顧慮しており、「人格的メルクマール」という文言は消える「92」。その結果、連邦憲法裁判所の「2011年新定式」は(X2)人格的メルクマールに関する不平等取り扱い、(Y)それ以外の不平等取り扱いという分類を行わなくなる。

この「2011 年新定式」の審査の思考様式をまとめると次のようになる。 連邦憲法裁判所は、統一した比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査を行

¹⁹⁰⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 349.

¹⁹¹⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 348f.

¹⁹²⁾ 例えば、2019年3月26日の連邦憲法裁判所の第一法廷決定は次のように示す。「基本法3条1項は立法者にあらゆる区分を禁止しているわけではない。しかし、区分は常に、不平等取り扱いの目的と程度に相当した客観的根拠(Sachgrund)による正当化が必要である。このとき、無段階に比例原則に向けられた憲法上の審査基準が有効である。その内容と境界は抽象的にではなく、その都度該当している様々な事項領域・規律領域に基づいて、定められる。不平等取り扱いを支える客観的根拠への憲法の要請に関して、規律対象と区分のメルクマールに応じて、緩められた恣意禁止原則に限定された拘束から厳格な比例原則の必要性まで至り得る様々な境界が生じる。立法者の厳格な拘束はその都度該当している自由権から生じる。さらに、法律上の区分が引き合いに出すメルクマールが、個人が自由にできる程度が僅かであればあるほど、あるいは、基本法3条3項への接近の程度が強ければ強いほど、憲法上の要請が強くなる(BVerfGE 138, 136(180f.)=NJW 2015、303 Rn. 121f.; stRspr)」(BVerfG, Beschluss vom 26. 3. 2019-1 BvR 637/17, NJW 2019 S. 1796.)。ここでは、不平等取り扱いの類型化はなされておらず、また、人格的メルクマールという文言は登場しない。本判決については、Gabriele Britz 裁判官から、「より新しい新定式」として、ご教示いただいた。その他に、BVerfGE 139, 1 (12f.) など参照。

う。従来、第一法廷は、不平等取り扱いの類型化を行っていたが、2011年決定より後の「2011年新定式」では、不平等取り扱いの類型を放棄し、不平等取り扱いの類型に拘泥することなく、あらゆる不平等取り扱いについて、(a) 本人の影響可能性(b) 基本法3条3項への接近193)(c) 他の自由権との関連性を顧慮して、審査密度を確定する194)。このように第一法廷は、「1993年新定式」における不平等取り扱いの類型の境界の不確定さという問題を、そもそも不平等取り扱いの類型を行わないということによって、克服する。

以上のように、「2011年新定式」の特徴は、不平等取り扱いの類型化を放棄したこと、無段階で統一的な比例原則の審査、すなわちスライディング・スケールとして平等審査を解していることが挙げられる。

何故、このような変化が生じたのだろうか。考えられる要因を三つ列挙しよう。 第一に、第二法廷の影響が挙げられる。2011 年決定の「2011 年新定式」において、前述の通り第二法廷の「規範該当者」という文言が付け加えられ、更に、「その都度該当している事項領域・規律領域に応じて、定められる」と第二法廷の特徴であった平等審査の態度を明示していることから、第一法廷が第二法廷の影響を受けていることは明らかである。Vで論じるように、第二法廷は、「2011年新定式」以前から、不平等取り扱いの類型化を行っていなかった。第一法廷は、第二法廷と同様に、不平等取り扱いの類型に囚われることなく、柔軟な事案処理を志向するようになっているのかもしれない。

¹⁹³⁾ 例えば、Hans D. Jarass によれば、「性的指向・統制」や「年齢」等、「ヨーロッパ連合基本権憲章(GRCh)21条1項においてあげられているメルクマールも」、「基本法3条3項あるいは基本法6条5項においてあげられていない限りで」、顧慮する要素となる(Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.Kommentar, 15. Aufl., 2018, Art. 3, Rn. 25.)。また、「国籍」については、例えば、Gabriele Britz は基本法3条3項への接近の例としてあげている(Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88)、S. 349. 宮地・前掲注5)168 頁以下)が、基本権への影響として分類する文献も存在する(Volker Epping, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 811.)。

¹⁹⁴⁾ また、例えば、Volker Epping によれば、「首尾一貫性の要請や体系的正義を立法者が無視する程度が強ければ強いほど、給付行政(Leistungsverwaltung)特に税法において不平等取り扱いは強くなる」として、審査密度が高くなる要素として挙げている(Volker Epping, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 811.)。この他にも、審査密度の確定に際しては、様々な要素が存在する。

第二に、Gabriele Britz が 2011 年 2 月から第一法廷裁判官に参加したことも要因の一つとして考えられるかもしれない。2014 年段階の Gabriele Britz の平等審査理解は既に紹介した通りである。彼女は、2008 年論文において、2002 年12 月 4 日の第二法廷決定¹⁹⁵⁾を参照して、恣意禁止原則について、「連邦憲法裁判所はその審査を緩やかな明白性の統制に限定する」¹⁹⁶⁾と述べ、恣意禁止原則を審査密度の低い審査である明白性の統制として理解していることが伺われる。更に、彼女は審査密度が高くなる場合として、「1993 年新定式」を四段階に整理しているが、その際に「これらは統計的な差別(statistische Diskriminierung)の状況においてケース・バイ・ケースに顧慮しなければならないはずである」¹⁹⁷⁾と述べる。Gabriele Britz は第一法廷裁判官になる前から柔軟な平等審査を志向していたのかもしれない。この Gabriele Britz が第一法廷裁判官になった4ヶ月後に第一法廷は「2011 年新定式」を定立したことは偶然ではないかもしれない。

第三に、2000 年代になると、既に平等審査をスライディング・スケールとして整理する有力な学説が登場していた $^{198)}$ 。例えば、Marion Albers は 2008 年論文において「統一した審査基準が事案の状況に応じた段階的な統制密度(Kontrollintensität)によって生じる」と指摘し、恣意禁止原則から比例原則の審査を「スライディング・スケール」と表現する $^{199)}$ 。2011 年決定以前に「 2011 年新定式」の兆候が存在していたと言えよう。

そして、この変化によって、どのようなことが言えようか。この点については、 次の節で、今までの「新定式」を振り返りつつ、述べよう。

4 小括:第一法廷の「新定式」の軌跡

ここまで3つの第一法廷の「新定式」を確認した。最初の「1980年新定式」は、(X)人間に関する不平等取り扱いと(Y)それ以外の不平等取り扱いという2つの区分を設けて、前者には比例原則の審査を、後者には恣意禁止原則の審

¹⁹⁵⁾ BVerfGE 107, 27. なお、ここでも第二法廷は「規範名宛人あるいは規範該当者の集団」という文言を用いている (BVerfGE 107, 27 (46.).)。

¹⁹⁶⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 144), S. 149.

¹⁹⁷⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 144), S. 150.

¹⁹⁸⁾ vgl. Ferdinand Wollenschläger, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 99. Anm. 146.

査を行うものであった。「1993年新定式」では、間接的に人間に関する不平等取り扱いという、新たな不平等取り扱いの類型が加わった。これにより、(Y)事項・行為に関する不平等取り扱いでも、(X')間接的に人間に関する不平等取り扱いとして分類され、審査密度の高い審査を行うことが可能となった。「2011年新定式」はそもそもこのような不平等取り扱いの類型を取り除いた。人間に関する不平等取り扱いか否かに拘泥することなく、あくまでも(a)基本法3条3項への接近の程度、(b)本人の影響可能性、(c)他の自由権という要素を顧慮して、審査密度を決定する。ここから、「2011年新定式」においては、従来の不平等取り扱いの類型を取り除き、その都度の審査密度により、統制密度の厳格性を定めることは、柔軟に事案に応じた審査をすることが可能になると言えよう200)。

「1993 年新定式」の段階から、「連邦憲法裁判所は、一般的な解答を追求せず、 事案集団に従事している」²⁰¹⁾と平等審査におけるカズイステッシュさを指摘する 文献が存在する。そして、この「一般的な解答」を追求しない平等審査はドイツ の学説における批判の対象の一つであった。例えば、Konrad Hesse²⁰²⁾は 1984

¹⁹⁹⁾ Marion Albers, a.a.O. (Anm. 14), S. 947f. 更に、Ferdinand Wollenschläger は「2011 年新定式」定立以前の連邦憲法裁判所が「新定式と恣意定式の対置」を放棄していたことを指摘している(Ferdinand Wollenschläger, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 99. Anm. 146.)。更に、Jost Pietzcker は 2013 年の論文において、「スライディング・スケール (Gleitende Übergänge)」という節で、「判例は、厳格化についての基準を独立させ、その結果、旧定式と新定式はいわば一体に対置したものではなく、むしろ、最小限の要請としての恣意禁止原則から、新定式を基礎とする非常に厳格な審査に至る無段階な厳格化 (eine stufenlose Verschärfung) に対する基準が任意に存在する」と述べる。そして「人間集団に関する別異取り扱いと事情に関する別異取り扱いの簡単な二分化は……スライディング・スケールによって取って代わられる」と指摘するが、ここで参照している判例は 2011 年決定ではなく、1999 年 12 月 7 日の連邦憲法裁判所第二法廷決定 (BVerfGE 101, 297.) である (Jost Pietzcker, a.a.O. (Anm. 42), Rn. 45.)。

^{200) 2011} 年決定は本人の影響可能性の程度がほとんど存在せず、本来ならば、厳格な比例 原則の審査が妥当な事案であった。にもかかわらず、第一法廷は「緩やかな審査でも平等 原則違反である」として、明白性の統制に近い審査を行った。この点も、第一法廷が、柔 軟な審査を志向している証左と言えよう。また、恣意禁止原則の現在の役割の一つとして、柔軟な審査を可能にすることが挙げられることは、既に I で述べた通りである(vgl. Jost Pietzcker, a.a.O. (Anm. 42), Rn. 42.)。

²⁰¹⁾ Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, a.a.O. (Anm. 87), S. 39.

^{202) 「1975} 年から 1987 年まで連邦憲法裁判所の裁判官であった」(石川・前掲注 135) 192 頁以下)。

年論文において平等審査について「何故憲法が連邦憲法裁判所に更に進んだ審査権限・形成権限を通常のものとして与え、そして、恣意禁止原則が常に広範な立法上の形成余地の表層的境界を示すような審査の基準はどれかという、明確・画一的な構想を欠く [203] と指摘する。

そして、ある種、総合考慮型審査とも言える「2011 年新定式」では、「1993 年新定式」以上に、「一般的な解答」を導くことは難しいものになったとも評価されよう。平等原則の大家の一人であり、独自の理念的な平等審査モデルを提唱する Stefan Huster は、2017 年論文において、「2011 年新定式」について「審査密度を強める、あるいは、弱める、あらゆる観点の、時と場合に応じた総合考慮(diese fallweise Kombination) は、全くもって理解できるし、もしかすると避けられないものであろうが、しかし、結果の予見可能性に貢献し難い」²⁰⁴⁾と批判する。

このような批判があるものの、様々な領域において問題となる平等審査においては「一般的な解答」は却って事案の適切な解決に適さない。そもそも、従来の「新定式」における、人間に関する不平等取り扱いかそれ以外の不平等取り扱いという類型には大きな意味はない。審査密度の確定と審査の厳格性に関しては、確立した(a)基本法3条3項への接近の程度、(b)本人の影響可能性の程度、(c)他の基本権との関係を、その都度顧慮すれば足りることである。そして、連邦憲法裁判所は個々のメルクマールにおいてJe-desto公式を用いる²⁰⁵⁾。つまり、「結果の予見可能性」が存在しないわけではない。この点について、第一法廷裁

²⁰³⁾ Konrad Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung. AöR 109 (1984). S. 191.

²⁰⁴⁾ Stefan Huster, Was bedeutet "Verhältnismäßigkeit einer Ungleichbehandlung"?, in: Simon Kempny/Philipp Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 93. Stefan Huster はボーフム大学教授である(石川・前掲注 135)217 頁)。なお、Stefan Huster は従来より判例法理とは異なり、不平等取り扱いの内的目的・外的目的二分論を前提にし、①保護領域②介入③正当化という三段階審査を用いて、①では恣意禁止原則による審査を、③では比例原則による審査を行う審査モデルを提唱する。この審査モデルはドイツ学説で最も有力な審査モデルの一つである(西原・前掲注 4)260 頁以下、311 頁以下、vgl. Stefan Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, S. 543ff.; Stefan Huster, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, S. 165ff., 225ff.)。205) vgl. Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 351.

判官 Gabriele Britz が「比例原則を平等審査に取り込むことは、厳格な審査の根拠づけのみならず、同時に、もっともな方向性を示」し、「不平等取り扱いが、少数者にもたらされる差別の危険性が少ないほど、自由権に関係しないほど、不平等取り扱いと結びついている状況に該当者が影響を及ぼせるほど、緩やかな正当化の審査になる」²⁰⁶⁾と述べている通りである。別異取り扱いの際に、既に確立している個々のメルクマールの「程度」を顧慮することにより、平等原則違反になるか否かを予見することができ、回避することは十分可能である。

「1993年新定式」の段階においても、例えば、Juliane Kokott²⁰⁷⁾は「新定式」を「2つあるいは3つの審査基準という数の限られた(numerus clausus)要請ではなく、区分された段階的な要請」として、これは「立法者の形成余地を損なうことなく、連邦憲法裁判所上の保護を強めることができる」²⁰⁸⁾と評価していた。そして、「2011年新定式」では、「1993年新定式」と同様に Je-desto 公式による段階的な審査を行い、更に審査密度を定める前提となる曖昧な不平等取り扱いの境界設定を行わないことによって、より「立法者の形成余地を保護」²⁰⁹⁾しつつ、事案に応じて柔軟かつ正確な審査が可能になったと言える。

また、「1993年新定式」では、恣意禁止原則と比例原則を種類の異なる審査として、使い分けていたが、「2011年新定式」において「無段階」という文言を付け加えることで、恣意禁止原則を比例原則の一内容として解する態度を明示した。

このように現在の連邦憲法裁判所は、審査密度を決める(a)~(c)という確立したメルクマールを維持しつつ、平等審査を比例原則という一貫した平等審査と解する。多様な審査密度を包含する平等審査によって、その時々に最適な事案処理を行うことができるようになったのである。

²⁰⁶⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 351.

^{207) 1999} 年からザンクト・ガレン大学の教授であり、「2003 年からヨーロッパ裁判所の法 務官」である(石川・前掲注 135) 272 頁以下)。

²⁰⁸⁾ Juliane Kokott, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Bd. II. 2001. S. 162.

²⁰⁹⁾ Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 351.

V 第二法廷の平等審査の変遷

Ⅲ・Ⅳでは1980年以降の「新定式」を紹介した。ドイツの学説上、これらの「新定式」はしばしば「第一法廷の新定式」と呼ばれる。これは、連邦憲法裁判所第一法廷が「新定式」を定立した後、第二法廷は変わらず恣意禁止原則に固執し、「新定式」を用いなかったことに由来する表現であろう。では、他方で、連邦憲法裁判所第二法廷はどのような平等審査を行ってきたのか、そして、現在どのような平等審査を行っているのだろうか。

1980年から現在までの第二法廷の諸決定、および関連する諸学説を概観することにより、次のような結論に至った。第二法廷の平等審査は次のような変遷をしている。①恣意禁止原則に固執しつつ、例外的に「新定式」を用いた時代、②「第二法廷の新定式」を用いた時代、③「2011年新定式」を用いている時代、である²¹⁰⁾。以下、それぞれの時代に沿って、第二法廷の平等審査を概観し、それぞれの平等審査の特徴を明らかにする。

1 乖離あるいは接近? ── 1980 年代の第二法廷 ──

まず、第一法廷が「1980年新定式」を定立した以降の1980年代の第二法廷の 第二法廷の平等審査について検討し、何故、第二法廷が恣意禁止原則に固執して いたのか、その原因を探究する。

(1) 1980 年代の第二法廷

1983年12月7日の第二法廷決定²¹¹⁾を見てみよう。ここで、第二法廷は「ある規範名宛人の集団と他の集団の間に不平等な取り扱いを正当化し得る性質と程度の相違が存在しないにもかかわらず、ある規範名宛人の集団を他の集団と比べ

²¹⁰⁾ vgl. Ferdinand Wollenschläger, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 95f., 100f. なお、具体的な年代を断言することはできないが、本稿では、第二法廷の諸決定および関連する学説などから、それぞれ、①1980~1995 年、②1996~2010 年、③2011 年~現在を想定している。

²¹¹⁾ 区裁判所により、交通事故を起こした異議申立人に対して過失傷害に基づく略式命令が既判力において生じた後に、区裁判所が同一の行為による過失致死罪を異議申立人に宣告することは基本法3条1項違反になるかが問題となった(BVerfGE 65, 377.)。

て、別異に取り扱うとき、基本法 3 条 1 項に違反している(BVerfGE 55,72 (88);60,329 (346);62,256 (274);63,255 (261f.))。このことは、立法者がいくつかの人間集団を別異に取り扱う場合のみならず、裁判所が法律上の規定の解釈において、立法者に禁じる区分に到達する場合にも、有効である(BVerfGE 58,369 (374);59,52 (59))。」 $^{212)}$ と述べた。この表現はまさに第一法廷の「1980年新定式」である $^{213)}$ 。更に、この第二法廷決定は1980年決定を先例として明示的に参照している。このように、第二法廷は、「第一法廷の新定式」を継受したかのように思われた。

ところが、その後、4年も経たずして、第二法廷は、1987年4月8日の第二法廷決定にて次のように述べる。「立法者が法的意味(Rechtssinn)において平等とみなす法律効果と関連付ける事情を選ぶということは、原則的に立法者の事項である。勿論、立法者は、客観的公正に、選択しなければならない(BVerfGE 53,313(329))。このとき平等原則の適用において客観的に是認できる、または、客観的ではなく、それ故に、恣意であることは、抽象的・一般的に確かめられるのではない。常に、規律されている具体的な事情の特性に関連して、確かめられるのではない。常に、規律されている具体的な事情の特性に関連して、確かめられる(BVerfGE 17,122(130); st. Rspr.)。平等の拘束の規範的な内容は、その都度規制されている事項の領域の特性に関して、明確になる。平等原則は、法律による別異取り扱いが――事項領域に応じて――合理的、あるいは、何かしらもっともな根拠に由来することを、要請する(vgl. BVerfGE 42,374(388))」²¹⁴⁾。1987年の第二法廷決定は「1980年新定式」を用いていない。それどころか、第二法廷が恣意禁止原則のみによる審査²¹⁵⁾を行っており、第二法廷の平等審査は「旧定式」に逆行してしまっている。このように第二法廷が恣意禁止原則に固執

²¹²⁾ BVerfGE 65, 377 (384).

²¹³⁾ vgl. Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 15.

²¹⁴⁾ BVerfGE 75, 108 (157). なお、ここでは、1981 年 7 月 27 日の芸術家の社会保険法 (Künstlersozialversicherungsgesetz) 24 条において挙げられた売買者 (Vermarkter) に属する異議申立人に科せられた負担が問題となった (BVerfGE 75, 108 (157).)。

^{215) 1987} 年第二法廷決定は、I で紹介した 1963 年第二法廷決定を参照しており、第二法 廷は 1963 年決定で示した態度を一貫して維持していると言える。1987 年第二法廷決定以 降、「正当化される根拠は事項領域を思考しなければならないことを強く強調している」 (Michael Kallina, a.a.O. (Anm. 84), S. 151.) のである。

(450) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月 した原因は何だろうか。

(2) 考察: Gerhard Leibholz の残滓?

ここで参考になるのが、1988年の国法学者大会における「第二法廷が ―― RECE をお恋意禁止原則を行う」²¹⁶⁾という Georg Müller²¹⁷⁾の指摘である。ここから、第二法廷が「旧定式」に固執していた原因の一つとして Gerhard Leibholz の影響が思い浮かぶ。

そこで、再度、恣意禁止原則を導入した張本人である Gerhard Leibholz の傘寿記念シンポジウムを見てみよう。なお、このシンポジウムは 1981 年 11 月 21 日に行われた。言うまでもなく、第一法廷が「1980 年新定式」を定立した後に行われたものである。

ここで注目したいのは 1979 年から 1989 年まで連邦憲法裁判所第一法廷裁判 官²¹⁸⁾であった Hermann Heußner と Gerhard Leibholz の発言である。

Hermann Heußner は、Gerhard Leibholz に対して、「第二法廷はあなたの学説に強く基づいて、平等原則に違反していているかという問題について、恣意禁止原則を強調している」²¹⁹⁾と発言している。この発言から、第一法廷裁判官も両法廷間の乖離を認識しており、そして、その原因を第二法廷の Gerhard Leibholzの学説への固執と考えていたことが伺える。

また、その前に、Gerhard Leibholz 自身は次のような発言をしている。「どのように平等原則の内容をもっとも適切に述べることができるか、と問われたとき、私は今日においてもやはり恣意禁止原則を手掛かりにすることによって平等原則

²¹⁶⁾ Georg Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), S. 44.

^{217) 2006}年までチューリヒ大学教授であった(石川・前掲注135)358頁)。

²¹⁸⁾ 川又伸彦「連邦憲法裁判所裁判官一覧表および変遷表」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018 年) 422 頁

²¹⁹⁾ Hermann Heußner, in: a.a.O. (Anm. 67), S. 107. この Hermann Heußner の発言は既に手塚和男「西ドイツ連邦憲法裁判所第一部と第二部の管轄について」法学 50 巻 7 号 (1987 年) 200 頁、手塚・前掲注 25) 428 頁において紹介されている。訳出に際して、手塚訳を参考にしたが、表現等は異なる。なお、この発言に続けて、Hermann Heußner は「他方で、第一法廷は……比較のペアを形成できるかと言うことを根底にしている」とも述べる。また記載上の彼の発言がシンポジウムにおける最後の発言であり、Hermann Heußner に対する Gerhard Leibholz や他の裁判官による応答の記載はない。

はもっとも適切に生じる、と思うのである。憲法裁判所の判例がこの概念を志向していたことは、偶然ではない」²²⁰⁾。ここから、Gerhard Leibholz は、第一法廷が「1980年新定式」を定立し、平等原則における比例原則による審査を可能にした後も、平等原則を恣意禁止原則として理解し、恣意禁止原則による審査を支持していたと思われる。

そして、思うに、Gerhard Leibholz が1971年に第二法廷から去った後も、そして、1982年に逝去した後も、第二法廷は、彼の平等原則論に依拠し、恣意禁止原則に固執していたのだろう。また、第二法廷が初めて「新定式」を用いたのが1982年の翌年であることも興味深いことである。恣意禁止原則の生みの親である Gerhard Leibholz の影響が徐々に弱まり、第二法廷はその影響下から抜け出そうと葛藤していたのかもしれない。そのため、1980年以降、第二法廷の平等審査枠組みは「1980年新定式」を用いる判決と、恣意禁止原則を用いる判決が入り混じった非常に不安定な状態であったのだろう²²¹。

2 「第二法廷の新定式」

第1節では1980年代の第二法廷の動向を確認した。本節では「2011年新定式」が定立される以前の「第二法廷の新定式」を確認する。

- (1) 1990 年代の第二法廷
- (i) 1996年1月31日の第二法廷

1996年1月31日の第二法廷決定は次のような平等審査の基準を定立する222)。

²²⁰⁾ Gerhard Leibholz, in: a.a.O. (Anm. 67), S. 88. 更に、同所で、「連邦憲法裁判所の南西州決定以降、合理的な、事柄の性質から生じた、あるいは、何かしら事柄に即して納得のできる根拠が、法律上の区別あるいは平等取り扱いに対して、存在しないとき常に恣意を語っていたことが習慣付いたのは、偶然ではないのだろう」とも発言している。

²²¹⁾ なお、1983 年第二法廷決定以外でも、1980 年代において、第二法廷は「新定式」を用いる判例は存在するものの(vgl. Konrad Hesse, a.a.O. (Anm. 136), S. 125.)、ドイツの学説では、1983 年の第二法廷の決定は例外的な判例と位置付けられ、「第二法廷の判決はむしろ未だに恣意禁止原則としての平等原則の伝統的な決定に囚われているように思われ」る(Rainald Maaß, a.a.O. (Anm. 52), S. 15.) という両法廷の乖離説が主流であった(vgl. Friedrich Schoch, a.a.O. (Anm. 53), S. 876; Michael Kallina, a.a.O. (Anm. 84), S. 151.))。

(452) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

- ①「基本法3条1項に基づき、立法者は、平等なことを平等に、不平等なことを、その特性に基づいて別異に取り扱うことが義務付けられている。立法者にはもちろん――特に俸給・扶養権(Besoldungs- und Versorgungsrecht)の規律の場合には――広範な形成余地が依然として残されている(vgl. BVerfGE 71, 39 (52f.); 76, 256 (330); stRspr)。」²²³⁾
- ②「規律された事情の不平等な取り扱いが、事項それ自体の性質に存在している合法性(Gesetzlichkeit)と、正義思考に向けられた顧慮の方法に合致していないとき、すなわち、法律上の区分が 事項領域に関連して 合理的な、または、もっともな根拠に帰することがないときに、立法者は、立法者に付与されている広範な形成領域の境界を 基本法 3 条 1 項違反の帰結を伴い 勿論、越えたことになる(vgl. BVerfGE 71, 39 (58); 75, 108 (157); 76, 256 (329); st Rspr)。」224
- ③「このような事案は、不平等な取り扱いを正当化し得る性質と程度の区分が、ある規範名宛人の集団と他の規範名宛人の集団の間に、存在しないにもかかわらず、ある規範名宛人の集団を他の規範名宛人の集団と比べて、別異に取り扱うときにも、存在する(vgl. BVerfGE 71, 39 (58f.) m. w. N.; 82, 126 (146); 88, 87 (97); 90, 46 (56))。 $]^{225)}$

(ii) 若干の分析

まず、第二法廷は第一法廷と同様に平等原則の命題を述べる。ところが、続けて、第二法廷は、平等原則一般において立法者に広範な裁量を認め、更に、特定の法領域における立法者の広範な裁量を強調している(①)。第一法廷も、特定の法領域において立法者に広範な裁量を認めているだろうが、少なくとも「1993年新定式」の審査枠組みでは、平等原則一般における立法者の裁量については論

²²²⁾ ここでは、1990年8月30日の連邦俸給法 (Bundesbesoldungsgesetz) 55条5項第6 文における外国にいる場合の特別手当 (Auslandszuschlag) に関して、兵士 (Soldat) と 公務員の間の不平等取り扱いが存在していた (vgl. BVerfGE 93, 386 (397.))。

²²³⁾ BVerfGE 93, 386 (396f.).

²²⁴⁾ BVerfGE 93, 386 (397).

²²⁵⁾ BVerfGE 93, 386 (397).

じていない。②で、第二法廷は恣意禁止原則による審査を述べる。その際、「事項領域に関連して」審査する、と言う。この事項領域に関連して審査することが第二法廷の特徴の一つであることは既に述べた(Ⅳ参照)。

①と②だけを見ると 1990 年代の第二法廷は、1980 年代と変わらず、恣意禁止原則に固執しているように見える。しかし、奇妙なことに、③では、1993 年第一法廷決定を参照し、「新定式」を述べる²²⁶⁾。しかし、第二法廷が第一法廷の平等審査に合流しているわけではない。両法廷の「新定式」の相違を確認しよう。

第一に、1996年第二法廷決定の「新定式」には、第一法廷の「新定式」の特徴であった、人間に関する不平等取り扱い、それ以外の不平等取り扱いという不平等取り扱いの類型が存在していない。これは偶然なものではなく、2005年の第二法廷決定においても、同様に、不平等取り扱いの類型は存在していない。その考えられる理由は後述する。

第二に、第二法廷は1993年決定を参照しているにもかかわらず、第一法廷が、「1993年新定式」で確立した、審査密度の際に顧慮する3つのメルクマールも示されていない。

第一法廷が、3つのメルクマールによって、恣意禁止原則による審査と比例原則による審査を段階的に使い分けることは既に述べた。第二法廷の「新定式」は、恣意禁止原則と比例原則を、文字通り、併存しているだけである。これでは、審査枠組みの段階において、どのように、これらの審査を使い分けるのか明らかではない。

(2) 2000 年代の第二法廷

「2011年新定式」以前の2000年代の「第二法廷の新定式」はどのようなものであろうか。2005年の第二法廷決定を確認しよう。

(i) 2005年7月18日の第二法廷

2005年7月18日の第二法廷決定227)は次のような平等審査を定立する。

²²⁶⁾ Michael Kallina は 1996 年の第二法廷決定について「第二法廷の『方向転換』(Kehrtwende) が行われた」と評価する (Michael Kallina, a.a.O. (Anm. 84), S. 153.)。

(454) 一橋法学 第18巻 第3号 2019年11月

- ①「基本法 3 条 1 項の一般的平等原則は、立法者に、本質的に平等なことは平等に、本質的に不平等なことは不平等に取り扱うことを要請する (vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 98, 365 (385); stRspr)。」 228
- ②「一般的平等原則から、規律の対象と区別のメルクマールに応じて、緩やかな恣意禁止原則から、比例原則の要件への厳格な拘束までに至る、立法者への様々な境界が生じる(vgl. BVerfGE 88, 5 (12); 88, 87 (96); 101, 54 (101); 107, 27 (45))。|229)
- ③「『法律上の区別あるいは平等取り扱いについて、事柄の性質から生じた合理的な、あるいは、何かしらもっともな根拠が存在しないときに』、基本法3条1項にいずれにせよ違反している(vgl. BVerfGE1, 14 (52); stRspr; vgl. etwa 89, 132 (141))。さらに、一般的平等原則は、ある名宛人の集団、あるいは、規範該当者の集団と他の集団の両集団の間に、別異取り扱いを正当化し得る性質・程度の区別が存在しないにもかかわらず、その集団が他の集団と比較して異なって取り扱われている時にも、違反している(stRspr; vgl. BVerfGE 55, 72 (88); 93, 386 (397); 110, 412 (432))。」「どの条件の下で、個々に、恣意禁止原則、あるいは、比例した平等原則の要請が立法者により侵害されているという正確な尺度・基準は、抽象的・一般的にではなく、その都度該当している様々な事項領域・規律領域に関して、定立される(stRspr; vgl. BVerfGE 75, 108 (157); 93, 319 (348f.); 110, 412 (432) m. w. N.)。」²³⁰⁾

その上で、第二法廷は「社会保険法、特に疾病保険法の領域について、連邦憲 法裁判所が、確立した判例において、一方で、機能性の高い重要性と、公共の福

²²⁷⁾ 本件を紹介する邦語文献として門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化 (2)」名古屋大學法政論集 247 巻 (2012 年) 88 頁が挙げられる。ここでは主に1988 年 12 月 20 日 (2001 年 7 月 27 日修正)の社会法典第 5 篇 266 条、267 条が主に問題となった。一般的平等原則に関しては、「法律上の疾病保険における保険加入した納税義務者」と「法律上の疾病保険の会員との関係」(BVerfGE 113, 167 (213).)、「法律上の疾病保険の会員相互の関係」(BVerfGE 113, 167 (227).)が争点となった(vgl. BVerfGE 113, 167 (194f.)。)。

²²⁸⁾ BVerfGE 113, 167 (214).

²²⁹⁾ BVerfGE 113, 167 (214).

²³⁰⁾ BVerfGE 113, 167 (214f.).

祉についての疾病保険の経済的安定性を強調し、他方で、これに関して非常に広範な立法者の社会政策的な形成余地を強調してきた」と続ける²³¹⁾。

(ii) 分析

1996年の第二法廷決定とは異なり、2005年の第二法廷決定は、「1993年新定式」と同一の定式を用いている(①・②)。第二法廷が「1993年新定式」の影響を受けていることは明らかである。

しかし、1996年の第二法廷決定と同様に、③では恣意禁止原則と比例原則の審査内容を併存している²³²⁾が、その使い分けに関して、第一法廷の不平等取り扱いの類型、あるいは、審査密度のメルクマールを述べていない。2000年代の「第二法廷は『人間集団の不平等取り扱い』と言う決まり文句(Topos)に明らかにわずかな重要性しか認めていない」²³³⁾のである。そして、第二法廷は、既に②において「規律の対象と区別のメルクマールに応じて」審査密度を定めると述べたのにもかかわらず、「その都度該当している様々な事項領域・規律領域」によって定められると繰り返し、強調している²³⁴⁾。ここから、第二法廷は、不平等取り扱いの種類・性質ではなく、問題となっている法領域を顧慮することによって、審査密度を確定していると思われる。不平等取り扱いの類型を行わないことと相まって、「第二法廷は明確に柔軟なアプローチ」²³⁵⁾を志向していた。

なお、第二法廷が、恣意禁止原則と「新定式」の二つの定式を結びつけ、「最終的に『新定式』を適用している」ことを根拠にして、第一法廷と第二法廷の「対立路線にいると言う仮定は否定され」ると論ずる学説も存在する²³⁶⁾。確かに、

²³¹⁾ BVerfGE 113, 167 (215).

²³²⁾ なお、第二法廷ここで「恣意禁止原則」と「比例した平等原則の要請」を並列して述べていることは、「2011年新定式」以前の「新定式」がスライディング・スケールではなく、性質の異なる審査の併存にすぎないという本稿の見解の根拠の一つである。

²³³⁾ Rudolf Wendt, Die Weiterentwicklung der "Neuen Formel" bei der Gleichheitsprüfung in der Rechtsprechung, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 1567.

²³⁴⁾ Jost Pietzcker はこの点について「第二法廷は定式に対する幾ばくか大きな懐疑 (Skepsis) を描いている」(Jost Pietzcker, a.a.O. (Anm. 42), Rn. 46.) と分析する。

²³⁵⁾ Rudolf Wendt, a.a.O. (Anm. 233), S. 1567.

両法廷は「対立路線」に立っているわけではないだろう。しかし、1996年の第二法廷決定と 2005年の第二法廷決定を見るに、両法廷は同一路線にいるわけでもない。それぞれ両法廷とも別々の「新定式」を用いていた。

3 現在の「第二法廷の新定式|

最後に、2011年新定式定立後の第二法廷の決定を確認しよう。

- (1) 2015年12月15日の第二法廷決定 2015年12月15日の第二法廷決定²³⁷⁾は次のように述べる。
- ①「一般的平等原則は立法者に本質的に平等なことは平等に、本質的に不平等なことは不平等に取り扱うことを要請している。平等原則は不平等な負担も、不平等な優遇も禁止している。そのことから、ある人間集団に優遇を与え、別の人間集団には優遇を与えないような、平等に反する優遇の排除は禁止されている。区別をしてはならないわけではないが、常に、区別目的と不平等取り扱いの程度に相当する客観的根拠による正当化が必要である。確かに、立法者は同一の法的効果を引き合いに出し、そして法的に平等と評価する事情を選び出すことは、立法者の基本的な事柄である。しかし、立法者は、客観的に公正にこの選択をしなければならない。このとき、比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査基準が有効である。その内容・境界は抽象的ではなく、その都度関連している様々な事項領域・規律領域に基づき定められる。規律対象・区別のメルクマールに応じて、一般的平等原則から、不平等取り扱いを支える客観的根拠についての様々の要請が生じる。それは、恣意禁止原則に限定された拘束から厳格な比例原則の要件にまで至る。」²³⁸⁾

²³⁶⁾ Kerstin Odendahl, a.a.O. (Anm. 51), S. 175.

²³⁷⁾ ここでは 2003 年 12 月 15 日の所得税法第 12 次修正法下の所得税法 (EStG) 50d 条 8 項第 1 文が問題となった。一般的平等原則に関しては、同法 50d 条 8 項第 1 文において、二重課税協定 (Doppelbesteuerungsabkommen) において定められている免除の観点から、無制限の納税義務者 (unbeschränkt Steuerpflichtige) に対する別異取り扱いが存在していた (BVerfGE 141, 1 (41f. Rn. 99))。

²³⁸⁾ BVerfGE 141, 1 (38. Rn. 93). なお、参照されている判例の数が多いため、参照判例は 紙面の都合上、省略する。

②「2つの事情の(不)平等取り扱いが、事項の性質に存在する適法性と正義思考に向けられた顧慮と合致しないとき、つまり、その都度問題となっている事項領域・その特性と関係する、合理的で、もっともな法律上の規律に関する根拠が欠如しているとき、恣意禁止原則に違反している。立法者の厳格な拘束は、基本法3条以外の該当する自由権、そして、人間集団の不平等取り扱いから、生じる。加えて、基本法3条1項の要請は、法律上の区別と関連しているメルクマールが個人にとって自由に変えることができる程度が少ないほど、あるいは、基本法3条3項のメルクマールとの接近の程度が大きいほど、厳格になる。」²³⁹⁾

(2) 若干の分析

この決定から、第二法廷が「2011年新定式」への支持を示している²⁴⁰ように見える。第二法廷は、「客観的根拠」、「比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査基準」という「2011年新定式」に特有な平等審査の文言を用いている(①)。その上で、従来の「第二法廷の新定式」には登場しなかった(a)基本法3条3項のメルクマール、(b)本人の影響可能性、(c)他の自由権との関係が言及されている(②)。これらの点から、第二法廷が第一法廷に接近していることが伺える。

しかし、他方で、第二法廷は「立法者は同一の法的効果を引き合いに出し、 ……立法者の基本的な事柄である」(①)と述べている。この文言は、第二法廷 が、平等原則においていまだに立法者の広範な裁量を前提にしていることの顕れ かもしれない。

このような若干の相違は存在するが、現在の第二法廷は、少なくとも 2005 年まで平等審査枠組みでは明示しなかった審査密度を確定するメルクマールを明らかにするようになっている。第二法廷と第一法廷の平等審査枠組み間の乖離はほぼなくなったと言って良いだろう。

²³⁹⁾ BVerfGE 141, 1 (39. Rn. 94).

²⁴⁰⁾ Ferdinand Wollenschläger, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 100f.

(3) 小括:第二法廷の変遷

第二法廷の大まかな変遷は既に本章の冒頭で述べた通りである。

第一法廷が1980年に「1980年新定式」を定立した3年後、第二法廷も「新定式」を用いる。しかし、その後、第二法廷は恣意禁止原則に大きく依拠するようになり、平等審査における第一法廷と第二法廷の乖離が始まる。

1990年代、2000年代、第一法廷が1993年に「1993年新定式」を定立した後、第二法廷も「新定式」を用いるようになる。しかし、1990年代、2000年代の「第二法廷の新定式」は、「第一法廷の新定式」とは異なるものであった。「第二法廷の新定式」は平等原則における立法者の広範な裁量を前提にするものであり、不平等取り扱いの類型化を行わず、また審査密度の際に顧慮する要素を示さず、問題となっている法領域を顧慮することを強調するものであった。

ここで、第一法廷の「2011年新定式」が不平等取り扱いの類型化を放棄し、 第二法廷に特徴的な表現である「内容と境界は、抽象的ではなく、その都度該当 している事項領域・規律領域に応じて、定められる」²⁴¹⁾と述べていたことを思い 出す。第一法廷は、柔軟な平等審査を志向する「第二法廷の新定式」からの影響 を受けていたのかもしれない。

第一法廷の「2011年新定式」を紹介する際に、本稿では、柔軟な平等審査を肯定的に評価したが、「第二法廷の新定式」を肯定的に評価することはできない。審査密度を確定する要素が明示されていない平等審査は — Stefan Husterが第一法廷の「2011年新定式」に対して評価した際に用いた文言を用いると — まさに「結果の予見可能性に貢献し難い [242]ものだからである。

そして、現在では、第二法廷は「2011年新定式」と同様の平等審査を行うようになっている。第二法廷は第一法廷の平等審査に合流している²⁴³⁾。現在の第二法廷は、「2011年新定式」を用いることによって、確立したメルクマールに基づいて、立法者の予測可能性に資する、柔軟な事案処理を行うことが可能になったと言えよう。

²⁴¹⁾ BVerfGE 129, 49 (69).

²⁴²⁾ Stefan Huster, a.a.O. (Anm. 204), S. 93. この点において、現在の日本の判例法理とこの時期の第二法廷の「新定式」は類似している。

おわりに

本稿は連邦憲法裁判所の第一法廷と第二法廷の平等審査の変遷を描いた。その 際に、本稿が特に着目したのは、①人的要因、②両法廷相互間の影響である。も ちろん、これら以外にも、平等領域以外の連邦憲法裁判所の全体の潮流など、 様々な要因が存在するだろう。また、①について、ある特定の裁判官が、その 時々の平等審査を直接、定立したわけではないだろう。しかし、従来とは異なる 平等審査観を有する裁判官の参加は、裁判官同士の議論を活発化させ、平等審査 の改善・進化に寄与したと思われる。

両法廷の変遷を再度振り返ろう。第一法廷は恣意禁止原則→「1980年新定式」 →「1993年新定式」→2011年決定での「2011年新定式」→2011年決定以後の 「2011年新定式」という変遷を経た。恣意禁止原則から「1980年新定式」への転 換を除いて、「1980年新定式」以降の平等審査は、判例法理の蓄積、あるいは、 従来の平等審査を活かしつつ、修正していた。このことが顕著なのが「1993年 新定式 | である。「1993 年新定式 | は、「1980 年新定式 | を定立しつつも実際の 審査として恣意禁止原則を用いた1980年決定を、本人の影響可能性が十分に存 在する不平等取り扱いの場合には審査密度が低くなる不平等取り扱いの一類型と して活用し、1993年以前の不平等取り扱いの諸判例を審査密度の要素として一 般化した (Ⅲ3)。2011年決定における「2011年新定式」もまた、前年の2010 年の第一法廷決定の平等審査の延長線上に存在し、「人格的メルクマール」とい う指標を用いていた。更に、2011年決定は、複数の点で、第一法廷とは異なる 「第二法廷の新定式」の影響を受けていた (N 2)。これは、従来の「第一法廷の

²⁴³⁾ 何故、1990年代から第二法廷と第一法廷は接近し始めたのだろうか。理由の一つとし て、仮説的に考えられるのが、Lerke Osterlohの影響である。1996 年決定には参加して いないが、1998年10月からLerke Osterlohが第二法廷裁判官となる(川又・前掲注 218) 427 頁)。彼女の平等に関する論文の幾つかは既に本稿で引用した。本文で引用した 他にも平等に関する論文を書いており、コンメンタールにおいて平等原則の箇所を担当し ていたこともある。なお、Lerke Osterloh は 2010 年 11 月に退官するが、本稿で参照・ 引用した 2013 年論文は、第一法廷の「2011 年新定式」に対して好意的なもののように思 われる。そのような平等原則論に詳しい者が第二法廷に参加したことが、第二法廷の第一 法廷への接近に寄与したのではないだろうか。

新定式」には見られなかった傾向であろう。そして、2011年決定以後の「2011年新定式」は、「第二法廷の新定式」と同様に、不平等取り扱いの類型化を放棄することとなった。

また、第二法廷は恣意禁止原則→混迷期→「第二法廷の新定式」→「2011 年 新定式 | という変遷を経ていた。ここで、特に注目に値するのが、1996年1月 31日の第二法廷決定までは、恣意禁止原則に違反するか否かを、「その都度該当 している様々な事項領域・規律領域に基づいて | 判断するとしていた (BVerfGE 93. 386 (397).)。ところが、2005 年 7 月 18 日の第二法廷決定では、恣意禁 止原則のみならず、比例原則についても、「その都度該当している様々な事項領 域・規律領域に基づいて」判断すると述べていた(BVerfGE 113, 167 (215).) (V)。第二法廷は、従来の事項関連性という平等審査の思考様式を維持しつつ、 それを拡張している。更に、「2011年新定式」以降の第一法廷は、「比例原則に 向けられた無段階な憲法上の審査基準 | について、「その都度該当している様々 な事項領域・規律領域に基づいて」判断すると述べていた(**№2**)。このように、 恣意禁止原則の判断にのみ用いられていた事項関連性が、徐々にスライドし、平 等審査の審査密度一般に用いられるように変化した。そして、近年、第二法廷が、 第一法廷で定立された「2011年新定式」を用いているのも、それが ―― 従来の 第一法廷の「新定式」と異なり ―― 第二法廷に馴染み深いものだからかもしれな 11

両法廷が現在用いる「2011年新定式」は、従来の第一法廷の「新定式」とは異なり、不平等取り扱いの類型化を行わず、あらゆる不平等取り扱いについて、(a)基本法3条3項への接近の程度、(b)本人の影響可能性の程度、(c)他の基本権との関係を顧慮することによって、審査密度が確定する。不平等取り扱いの類型を放棄したことにより、現在の連邦憲法裁判所は、不平等取り扱いの類型に応じて顧慮する要素が変化する従来の「新定式」以上に、柔軟な審査をすることが可能になったと言える。

さて、日本の最高裁判所も同様に — 平等原則に限らず — 事案に応じた柔軟な処理を志向しているように思われる²⁴⁴⁾。このことは、近年、最高裁判所裁判官経験者による回顧録や論文等で示されている。例えば、2002 年から 2009 年ま

で最高裁判所裁判官であった泉徳治は「基準を定立して自らこれに縛られると、判断が硬直化するから、合理性の枠の中で事案ごとに柔軟に対処する方がよいと言う考え方もあろう」²⁴⁵⁾と述べる。また、千葉勝美²⁴⁶⁾は「事案を超えた一般法理として述べることに慎重であるのは、将来同種の紛争が起こっても、これまで想定していなかった関連する事実関係や背景事情が存在し、従前の一般法理では処理し切れない事態が生じ、判例法理を内容的に一部修正することを余儀なくされ、あるいは法理自体を否定し新しい判断枠組みを呈示せざるを得ないような状態の変化等も予想されるからである」²⁴⁷⁾と述べる。

ここから、本稿の冒頭で示した①平等原則における二段階審査、②平等原則において比例原則の審査を行うこと、③問題領域毎に審査密度が変化することという日独の裁判所の平等審査の共通項に、少なくとも、平等原則において、④柔軟な事案処理を志向するという裁判所の意識という新たな共通項を加えることができよう。他の基本権において、アド・ホックな事案処理が適切かはさておき、様々な法領域・権利領域において広く問題となり、そしてその領域との関係毎に立法者に認められた裁量の程度が異なるような、平等原則の問題においては一ドイツの学説上ではカズイスティックと評価されてしまい、日本の学説上ではアド・ホックと評価されてしまうが——柔軟な審査は適切なものである。

なお、従来の「1993年新定式」は様々な不平等取り扱いの類型を前提にして、 審査密度を決定していた。この点において、従来の「1993年新定式」と、日本

²⁴⁴⁾ 平等原則に関しては、例えば、宮川は「黎明期における事案処理を経て、最高裁は理論的明晰さや方法の客観性には距離を置き、『実践方法論』と言う名の下に、いわば『内容的な神聖さをいっさいもたない技術的装置』」「を選択したのである」(宮川・前掲注11)3頁)と批判する。

²⁴⁵⁾ 泉徳治『私の最高裁判所論 — 憲法の求める司法の役割』(日本評論社、2013年) 162 頁以下、また同・iii頁も参照

²⁴⁶⁾ 平成27年3月27日の最高裁判所第二小法廷決定について、「平等原則違反を審査するに当たり、具体的な判断枠組みないし審査基準を提示しなかった。これは、一般的な基準定立を嫌い、事案に即した裁判所による柔軟な対処を好む千葉勝美裁判官……の影響を強く受けたもののように思われる」という分析も存在する(山本龍彦「暴力団員を市営住宅から排除することを規定する条例の合憲性」法学教室別冊付録425号【判例セレクト2015 I】(2016年)8頁)。

²⁴⁷⁾ 千葉・前掲注6)62頁

の最高裁判所の平等審査には、距離があるように思われる。仮に、従来の「新定式」を日本に導入する場合、かつての第一法廷が直面した、どのように、そして、何故、ある不平等取り扱いを間接的に人間に関する不平等取り扱い(あるいは、人間に関する不平等取り扱い、事項・行為に関する不平等取り扱い、人格に関する不平等取り扱い)に分類するのか、という問題を克服する必要があった。しかし、現在の「2011 年新定式」は、審査枠組みの段階では、あらゆる不平等取り扱いに対して(a) \sim (c)の要素を審査密度のメルクマールとして顧慮すれば足りる。より日本への導入可能性が増したと言えよう。

このように日本の判例法理とドイツの判例法理には多くの共通項が存在する。しかし、ドイツの判例法理の方が優れていると言わざるを得ない。確かに、ドイツの「2011年新定式」には、緩やかな統制から厳格な統制まで様々な審査の厳格性の振れ幅が存在する。しかし、これは比例原則による審査という一つの審査枠組みの中で、審査密度が変化するだけである。そして、決して、無秩序に審査密度が定まるわけではない。(a)~(c)という審査密度の高低の要素が確立しており、立法者の予測可能性を保護している。この「2011年新定式」を手がかりにすることによって、日本の平等審査は「比例原則に向けられた無段階な憲法上の審査基準」という統一した審査が、そして、立法者の予測可能性に資しつつ、柔軟な事案処理が可能になる。更に、ドイツの平等審査は様々な審査密度を包含するものであるからドイツの平等審査を日本に導入しても、日本の従来の判例法理を変更する必要はないと思われる。

日本の最高裁判所の平等審査は、事案毎の審査密度の相違を認識し、柔軟な事案処理を行うものの、審査内容を一貫させず、(確立しているはずの)審査密度の際に顧慮する要素を明示しなかった「2011年新定式」を導入する前の第二法廷の新定式(V)を連想させるものである。第二法廷は第一法廷の「2011年新定式」を導入した。日本の最高裁判所も、第二法廷と同様に、平等と不平等の境界を明確にするために、柔軟な平等審査を維持しつつ、立法者の予測可能性を確保できる、新たな平等審査を展開すべき時期に来ているのではないか。そして、「(ア)『重要な法的地位』に関して、(イ)『自らの意思や努力』では変えられない事柄で区別されたことに着目して、その裁量審査を深める方向を示し」、「平等

原則適合性審査に、本来は権利制限に関する正当化審査で作用するはずの比例原則の志向を導入し、審査密度を濃くした」²⁴⁸⁾平成20年6月4日の最高裁判所大法廷判決、そして、この「国籍法違憲判決の審査枠組みと類似した」²⁴⁹⁾平成27年12月16日最高裁判所大法廷判決²⁵⁰⁾をはじめとして、既に指針となる平等判例は存在しており、平等判例の蓄積は十分にあるように思われる。そのため、上記のような新たな平等審査を展開する機は熟しているように思われる。

なお、本稿には、随所で述べたように、平等原則における比例原則審査と基本権における比例原則審査の相違の理論的分析という大きな課題が残されている。その他に、基本法 3 条 3 項と日本国憲法 14 条 1 項後段列挙事由の相違の有無をはじめとして (a) \sim (c) の個々の要素についてドイツの判例法理について詳細に分析する必要がある。これらの残された分析を踏まえた上で、本稿の検討と合わせて、日本の判例法理との比較・再構築を試みることが、最大の課題である251)。

※ 本研究は JSPS 科研費 19J21191 の助成を受けたものである。

²⁴⁸⁾ 渡辺ほか・前掲注 14) 147 頁。なお、ドイツにおいて、国籍は「基本法 3 条 3 項への 潜在的な接近を伴う区別のメルクマール」(Gabriele Britz, a.a.O. (Anm. 88), S. 349.) あるいは、基本権への影響に関するもの(Volker Epping, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 811.) である。つまり、(a) あるいは(c) の要素に該当するものである。また、「自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」(民集 62 巻 6 号 1372 頁)は、(b) 本人の影響可能性と位置付けることもできるかもしれない。また、平成 27 年 3 月 27 日の最高裁判所第二小法廷判決で「暴力団員は、自らの意思により暴力団を脱退し、そうすることで暴力団員でなくなることが可能」(民集 69 巻 2 号 423 頁)と述べ、審査密度を下げているが、これも(b) 本人の影響可能性が顧慮されたとも言えよう。本文でも後述する通り、この結論を下すには、日本とドイツの該当する判例の分析が必要であり、今後の課題である。

²⁴⁹⁾ 渡辺ほか・前掲注14) 152 頁

²⁵⁰⁾ 民集 69 巻 8 号 2427 頁

²⁵¹⁾ 近年、ドイツの判例法理、特に三段階審査を用いて、日本の判例法理を分析する基本 書や学術書が登場している(渡辺ほか・前掲注 14) や、渡辺康行『「内心の自由」の法 理』(岩波書店、2019 年))。筆者も、一般的平等原則の領域においても、同様のことがで きるのではないか、という問題意識を有しており、本稿は、その前提として、ドイツにお ける平等原則の審査枠組みを分析したものである。