

ドイツ一般的平等原則における 審査モデルの一検討

— フスター・モデルを中心に —

辛 嶋 了 憲*

はじめに

I 介入モデルの誕生：Michael Kloepfer

II 内的・外的目的二分論に基づく介入モデル：フスター・モデル

おわりに

はじめに

1 問題意識

本稿は、ドイツの学説上の一般的平等原則に関する審査モデル（以下、審査モデル）を検討するものである。本稿の問題関心は次のものである。

筆者は以前にドイツ連邦憲法裁判所の平等審査の審査枠組みを検討した。その際に、連邦憲法裁判所の平等審査を紹介・検討しつつ、日本の判例法理への導入可能性・有益性を示した¹⁾。しかし、連邦憲法裁判所の判例法理の導入よりも、学説の審査モデルの導入の方が日本にとって有益である可能性もある。日本において体系的にドイツ平等論を展開している先行研究は、連邦憲法裁判所の判例法理というよりも、ドイツ学説上の理論などを日本に導入しようとしていた²⁾。例えば、西原博史は、Stefan Huster の審査モデルを提唱していた³⁾。また、ドイ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第19巻第2号 2020年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC1

1) 拙稿「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一橋法学第18巻3号（2019年）1193頁以下。

2) 日本におけるドイツ平等論の研究状況については、渡辺康行「平等原則のドグマティーク——判例法理の分析と再構築の可能性」立教法学82号（2011年）54頁以下参照。

ツの一般的平等原則に関する判例法理を詳細に検討する井上典之は、判例法理を考察した上で、判例法理とは異なる、防御権的な平等権を提唱している。ここで、井上は、ドイツの平等原則の大家の一人、Michael Sachsの1984年論文における平等論を参照している⁴⁾。

Stefan HusterもMichael Sachsも、近年におけるドイツの平等原則学説における有力な学者である。特に、Stefan Husterの提唱する審査モデル（以下、フスター・モデル）は、提唱されてから20年以上経つが、現在でも——批判的検討も含めて——多くの文献で論じられている⁵⁾。最も注目に値する審査モデルである。

連邦憲法裁判所の判例法理は発展し続けているが、連邦憲法裁判所の平等審査はフスター・モデルの影響を受けているのだろうか。影響を受けていない場合、どのような理由によるものだろうか。また、フスター・モデルと現在の判例法理の相違はどのようなものか。これらの点を明らかにしたい。本稿の第一の目的は、フスター・モデルと連邦憲法裁判所の距離の程度を明らかにすることである⁶⁾。

また、西原はフスター・モデルに基づく平等審査モデルを日本に導入する必要

-
- 3) 西原博史『平等取扱の権利』（成文堂、2003年）260頁以下、311頁以下。西原博史「遺族年金差別訴訟に見る平等権領域における立法裁量の位置づけ」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 上巻 戸波江二先生古稀記念』（信山社、2017年）531頁参照。また、廣澤民生も、Stefan Husterの平等論を前提にしているように思われる（廣澤民生「平等問題と比例原則」DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開：山下威士先生還暦記念』（尚学社、2004年）339頁以下、344頁参照）。
 - 4) 井上典之「平等保障の裁判的実現（3）——平等審査の方法とその権利保護——」神戸法学雑誌46巻4号（1997年）722頁以下、井上典之「13法の下の平等」小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法 [第2版]』（弘文堂、2013年）145頁以下参照。
 - 5) 例えば、2018年のコンメンタールにおいて、Ferdinand Wollenschlägerはフスター・モデルについて批判的分析を行っている（Ferdinand Wollenschläger, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz: Kommentar, Bd. I, 7. Aufl., 2018, Art. 3 Abs. 1, Rn. 119.）。また、2019年の基本書において、Volker Eppingはフスター・モデルを整理して判例法理に組み込もうとする試みをしている（Volker Epping, Grundrechte, 8. Aufl., 2019, Rn. 802ff., 806.）。具体的な内容については後述する。
 - 6) この意味で、本稿は、拙稿・前掲注1）1193頁以下の延長線上にあるものであり、拙稿で論じた判例法理の展開の裏側である学説の展開を論じるものでもある。

性を述べ、日本の平等判例をこの平等審査モデルで整理することを試みていた⁷⁾。本稿は、現在の連邦憲法裁判所の判例法理を概観し、判例法理の日本への導入可能性と有益性を検討した筆者が、フスター・モデルを判例法理との相違という観点から再検討し、同モデルに日本の判例法理への導入可能性・有益性があるのか検討するものでもある。

2 平等審査モデルの概説と本稿の構成

そもそもドイツの平等論には、様々な審査モデルが存在する。ドイツの学説上、一般的に、フスター・モデルは介入モデル (Eingriffsmodell) に分類される⁸⁾。介入モデルにも様々なバリエーションが存在しているが⁹⁾、介入モデルの一般的な説明を紹介しよう。介入モデルとは、「態様の防御権 (modales Abwehrrecht)¹⁰⁾としてのみではない、一般的平等原則理解」であり、「一般的な防御権的基本権ドグマティックの基本構造の援用を可能にする」モデルである¹¹⁾。一般的に、介入モデルの目的は「平等違反について構造化された・多段階の審査による基本法3条1項の展開の合理化」¹²⁾とか、介入モデルの適用が「その都度の衝突の可能性 (Konfliktpotential) のより明瞭な評価に資し、理解できる処理

7) 西原・前掲注3) 530頁以下。

8) Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., 2018, S. 484. Anm. 55. 同所によれば Michael Kloepfer も介入モデルに分類される。また、Martin Borowski は学説の審査モデルを①「介入・制約枠組み (Eingriffs-Schranken-Schema) も、比例原則も適用できない」モデル、②「介入・制約枠組みも比例原則も用いる」モデル (介入モデル)、③「比例原則が適用されるが、介入・制約枠組みは適用されない」モデル、④「平等原則のドグマティック上の構造を述べずに、比例原則の適用を要請する」モデルと整理する (S. 484f.)。なお、判例法理である「新定式」は④に該当する (S. 485. Anm. 57.)。

9) Michael Sachs, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV/2, 2011, S. 1486.

10) 「態様 (Modal) とは、平等原則が、国家の行為のある一定の方法 (Art und Weise) ……のみを防ぐ」ことである。「立法者は、正しいと判断することを不平等な取り扱いによって実現しない限り、この正しいと判断することを自由に行える」。また、ここでの「防御権 (Abwehrrecht) とは伝統的に、一般的平等原則に基づき、国家に対して基本権上保護された領域における作用 (Einwirkung) の不実行への個々人の要請が存在している」ことである (Michael Kallina, Willkürverbot und Neue Formel. Der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 I GG, 2001, S. 156.)。また、廣澤・前掲注3) 338頁参照、vgl. Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 9), S. 1484.

11) Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 9), S. 1485f.

を可能にする」¹³⁾ことと説明される。

Michael Kloepfer が介入モデルを初めて提唱したと思われる。そして、Michael Kloepfer の審査モデル（以下、クレプファー・モデル）が、フスター・モデルをはじめとする介入モデルが誕生する契機になったと思われる。フスター・モデルを検討する前提として、その前身であるクレプファー・モデルを検討しなければならない。そのため、本稿では、まずクレプファー・モデルを検討し（Ⅰ）、フスター・モデルを検討する（Ⅱ）。随所で説明するが、予め、目安として、判例法理と介入モデルの発展を、時系列で整理しよう。連邦憲法裁判所は、1951～1980年まで恣意禁止原則を審査基準として用いていた。1980年1月にMichael Kloepfer は介入モデルを提唱する。同年10月に連邦憲法裁判所第一法廷は「1980年新定式」を定立する。1993年1月に第一法廷は、判例法理の蓄積を経て、「1993年新定式」を定立する。同年11月、Stefan Huster は、フスター・モデルを提唱する。2011年に、第一法廷は、「2011年新定式」を定立した。

I 介入モデルの誕生：Michael Kloepfer

本章では、Michael Kloepfer¹⁴⁾の審査モデルを確認し（1）、検討する（2）。クレプファー・モデルは平等原則に関するドイツ学説において頻繁に言及・紹介されている。クレプファー・モデルが提唱された当時、平等原則の平等審査はもっぱら恣意禁止原則に拠るものであった。このような時代状況の中、Michael Kloepfer は、1980年に平等原則に、過剰禁止原則を組み込む審査モデルを示した。この意味で、Michael Kloepfer は、介入モデルの祖と言っても過言ではない。

1 Michael Kloepfer の審査モデル

Michael Kloepfer は、判例・通説とは異なり、**防・御・権**における三段階審査¹⁵⁾に依拠して、①保護領域→②介入→③正当化の順で審査を行う審査モデルを提唱す

12) Sigrid Boysen, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz: Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Art. 3, Rn. 56.

13) Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 9), S. 1487.

る。以下、それぞれ、確認しよう。

① 保護領域について、Michael Kloepfer は次のように述べる。「基本法 3 条 1 項について……平等な事情の平等取り扱い（不平等な事情の不平等取り扱い）を、平等原則の基本権上の構成要件（Grundrechtstatbestand）（該当する基本権領域）として理解することを考え得るとしたら、自由権領域における自由領域（Freiheitsbereich）の非侵害性（Unangetastetheit）が比較できる」¹⁶⁾。そして、その平等権の「前提条件は……二つの規制されている事情間の法的に、重要な・本質的な平等（不平等）である」¹⁷⁾と述べ、基本法 3 条 1 項に保護領域を認める。

14) 彼の略歴は次のものである。Michael Kloepfer は「ベルリンにて生まれ、第一戦後の時代に（in der ersten Nachkriegszeit）そこで育った」。「ベルリン自由大学（Freie Universität Berlin）にて法学課程を修了した」。彼は、「Karl August Bettermann と Fritz Werner の助手」であった。その後、Peter Lerche の助手として、ミュンヘンに行く。1969 年に『発生保護と存立保護としての基本権（Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz）』で博士号を、1973 年に『諸法律の事前効果（Vorwirkung von Gesetzen）』で大学教授資格を得る。「1974 年にベルリン自由大学から招聘を受け」る。「彼が学生騒動の時代であった当時受け持っていた諸講義は、『青色の時間（たそがれ時：die blaue Stunde）』として知られていた。すなわち、彼は、当時青色の制服を着ていた警察官たちから、学生たちを守らなければならなかった。これは、Michael Kloepfer にとって、印象的な経験であり、彼は「学問は決して権力に屈してはならないという信念を強めた」。その後、1976 年から 16 年間、トリーア大学（Universität Trier）にて過ごす。そこで、「環境法・技術法研究所（Institut für Umwelt- und Technikrecht）の設立に従事する」。1992 年に、フンボルト大学ベルリン（Humboldt-Universität zu Berlin）に移る。業績などを見るに、公法でも特に環境法を主に専門にしている。以上の略歴については、Michael Kloepfer の古希記念論文の前書きより（Vorwort, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski/Klaus Meßerschmidt/Gerhard Michael/Matthias Rossi/Theodor Schilling/Peter Wysk (Hrsg.), Beharren. Bewegten: Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, 2013, S. 5ff.)。

15) Volker Epping は、基本法 8 条の章において、三段階審査を次のように説明する。「問題になる基本権は通常、三段階枠組み（ein dreistufiges Schema）によって審査される」。その内容は、「1 段階：保護領域 行為（das Verhalten）は基本権の保護領域に関連するものか？……」、「2 段階：介入 基本権の保護領域は侵害されているか、すなわち、保護されている行為は個々人にとって困難なものか、もしくは、完全に・部分的に不可能にされているか。」、「3 段階：正当化 基本権の制約による介入は裏付けられているか」（Volker Epping, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 27. vgl. Rn. 22.)。また、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）60 頁（松本）、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001 年）18 頁参照。

16) Michael Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 56.

17) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 56. 保護領域に関する説明は、この二文のみである。

② 次に、介入について、Michael Kloepfer は、体系違反 (Systemwidrigkeit) を含む「法的に、平等な事情の不平等取り扱い (不平等な事情の平等取り扱い) が基本権領域への介入として理解され得るかもしれない」¹⁸⁾と述べる。ここでは、「立法者の意図でも法律の文言でもなく、実際の影響が重要である」¹⁹⁾と言う。

基本法3条1項における法律の留保について、Michael Kloepfer は、「(不平等な事情の場合の) 平等な介入・給付は、法律の根拠を必要とする平等への介入」²⁰⁾と述べており、基本法3条1項における法律の留保を認めているように思われる²¹⁾。

③ 正当化の段階において、Michael Kloepfer に特徴的なのは、過剰禁止原則の導入を提唱しつつも、「……平等原則それ自体が恣意的に制限されることを禁止し、そして、特にあらゆる法律上の規律が、法律上の法効果のその都度の前提の規定により……、必然的に不平等取り扱いを定めているから、平等原則から恣意禁止原則を完全に取り去ること (Ablösung) は誤りであるかもしれない」として、恣意禁止原則による審査を残しているという点である²²⁾。

彼は「恣意」を「絶対的な恣意 (eine absolute Willkür)」²³⁾と「相対的な恣意 (eine relative Willkür)」に区分する。そして、基本法3条1項には両性質の恣意の禁止が含まれていると言う²⁴⁾。「相対的な恣意は二つの事情の比較に取り組み、その事情に生じた (不) 平等取り扱いが公正か否かを問う」²⁵⁾ことになる。

18) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 56f.

19) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 57.

20) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 57.

21) vgl. Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 58. なお、同所において、「単に、平等な事情を平等に、そして不平等な事情を不平等に取り扱うような給付保証の場合に——基本法3条1項からは——法律の留保は根本的に存在しない」とも言う (S. 57f.)。

22) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 59f.

23) この場合、「ある取扱いはそれ自体見なされるように、不公正であり、恣意的である」。そして、このような「絶対的な恣意の禁止は、法治国家原理 (Rechtsstaatsprinzip) から、そして、基本権の制限の場合にはその都度制限されている基本権から生じる」(Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 60.)。

24) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 60.

25) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 60.

更に、Michael Kloepfer は「……恣意禁止原則は、恣意禁止原則と内的な関係を有するが、それとは一線を画す過剰禁止原則 (Übermaßverbot) に至る」²⁶⁾と理解している。すなわち、彼は、平等原則における比例原則審査 (過剰禁止原則審査)²⁷⁾はあくまでも恣意禁止原則の延長線上にあると解しているのである。

かくして、Michael Kloepfer は、基本法 3 条 1 項の正当化の審査においては、恣意禁止原則と過剰禁止原則審査を並存する。恣意禁止原則の場合、「区別の基準 (Differenzierungskriterium) と区別の目的 (Differenzierungsziel) 間の公正な相当性 (Angemessenheit)」²⁸⁾が要請される。他方で、過剰禁止原則の場合には「介入と目的の関係」、つまり、平等原則においては、「不平等取り扱いと区別目的、すなわち立法目的の関係」²⁹⁾が問題になり、「平等な事情の不平等な取り扱いは……憲法上正当な目的に資し、適当で (geeignet)、必要で (erforderlich)、狭義に比例 (verhältnismäßig i. e. S.) していなければならない」³⁰⁾。なお、ここでは、「恣意禁止原則の場合とは異なり」、「何かしら公正な適法性に由来する目的の正当性は必要ではな」く、「目的が憲法の諸決定に違反しないとい

26) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 62.

27) 一般的に、過剰禁止原則と広義の比例原則はその内容に相違はないように思われる。例えば、Volker Epping は、基本法 8 条の章において、次のように比例原則を説明する。「介入が比例原則 (及び、過剰禁止原則) (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (auch: Übermaßverbot)) に一致するときのみ — すなわち、正当な目的に関連して、適当で (geeignet)、必要で (erforderlich)、相当 (angemessen) であるとき —、介入は正当化される」(Volker Epping, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 48.)。本文で後述するように、Michael Kloepfer は、平等原則における過剰禁止原則において、適当性、必要性、狭義の比例性を要請する (vgl. Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 62, S. 64.)。また、Michael Kloepfer は 1980 年の著書では「過剰禁止原則」という文言を用いる。彼は、2010 年の著書でも平等原則の正当化審査について「過剰禁止原則」という文言を用いるが (Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. II: Grundrechte, 2010, §59. Gleichheit (Art. 3 GG), Rn. 14, 17.)、他方で、判例・通説の平等審査を紹介する箇所では「比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip)」という文言を用いる (Rn. 85.)。なお、比例原則及び過剰禁止原則について、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998 年) 91 頁参照。比例原則の内容について、同『基本権の内容形成 — 立法による憲法価値の実現』(尚学社、2008 年) 83 頁以下、渡辺ほか・前掲注 15) 76 頁以下 (松本)、柴田憲司「憲法上の比例原則について (1) — ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」法学新報 116 (9・10) (2010 年) 191 頁以下などを参照。

28) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 61.

29) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 62, S. 64.

うことで十分である」と言う³¹⁾。

2 若干の検討

クレプファー・モデルの特徴を明らかにするために、クレプファー・モデルと連邦憲法裁判所の判例法理の相違を確認する。

連邦憲法裁判所とクレプファー・モデルは審査の構造から既に異なる。連邦憲法裁判所の判例法理は①不平等取り扱い→②その正当化という二段階審査を行う³²⁾。この二段階審査には、防御権における三段階審査における一段階の審査の審査と介入の審査が一体となっている³³⁾。これに対して、Michael Kloepferは「本質的に平等なことは平等に取り扱う」という平等における命題を保護領域として構成し、基本権の三段階審査に倣って、「自由権の伝統的なドグマティックに一致する」³⁴⁾審査モデルを提唱していた³⁵⁾。なお、Michael Kloepferは、2010年の著書でドイツの通説は「自由権の構造が……一般的平等原則には適用され得ないことを根底にする」ことを述べている³⁶⁾。このように、彼は、基本法3条1項に保護領域を認める学説が通説ではないことを認識している。「基本

30) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 62, S. 64. 具体的には、「不平等扱いは、目的の達成のために、明白に不相当であってはならない」(適当性) (S. 62.)。「緩められた不平等取り扱い(平等取り扱い)によってではなく、不平等取り扱いそれ自体によって、憲法上正当な目的が達成されなければならない」(必要性) (S. 63.)。「……不平等扱いは狭義の比例性の原理に基づき、達成された結果との各々の均衡の外にあるような損失であってはならない。」「例えば、経済的集中の克服のために、一定の最低限度と最高限度を伴う、企業に対する中産階級を援助する奨励金が、多くの、援助されていない小規模な企業、あるいは、『少数の大企業』が市場から消えると言うことになる場合、これは、非比例的であり、それゆえ許容されない不平等取り扱いである」(狭義の比例性) (S. 63.)。

31) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 62.

32) 例えば、ドイツの基本書では、「審査の一段階目において法的に重要な不平等取り扱いの存在が問われ、二段階目ではそのありうる正当化が問われる」、と二段階審査を説明する (Volker Epping, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 775f.)。この点については、拙稿・前掲1) 1196頁脚注14、及びそこで参照した諸文献参照。vgl. Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 27), Rn. 17.

33) 渡辺ほか・前掲注15) 137頁(渡辺)。

34) Gabriel D. L. Machado, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz, 2015, S. 104.

35) vgl. Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 56.

36) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 27), Rn. 9.

法3条1項に「……保護領域を認めるかは問題である」としつつ、「平等権として基本法3条1項は相対的な保護のみを定めているから、自由権のような絶対的な保護を決めることはない」。他方で、彼は次のように述べる。「基本法3条1項の具体的な保護はそれ自体から憲法上定められているわけではなく、……国家の行為によって定められて」おり、「憲法に基づき、本質的に平等な事案の平等取り扱いを要請するということに憲法上の保障を見出せる限りにのみ、このことは保護領域の規定とみなされる」³⁷⁾。Michael Kloepferは、1980年の自身の見解は変更せずに、絶対的な保護領域ではないものの、基本法3条1項に保護領域を認めている。

また、当時の連邦憲法裁判所はもっぱら恣意禁止原則に基づく平等審査を行っていた³⁸⁾。連邦憲法裁判所第一法廷が、平等審査に比例原則審査を組み込んだのは、1980年10月7日の第一法廷決定³⁹⁾以降であった。1980年決定に先立って、Michael Kloepferは、恣意禁止原則と過剰禁止原則を並存する平等審査を提唱していたのである⁴⁰⁾。もともと、Michael Kloepferは平等領域に比例原則を用いたとされる連邦憲法裁判所の判例を参照していた⁴¹⁾。彼は、判例法理において、基本法3条1項における比例原則審査の可能性があると考えて、クレプファー・モデルで定式化したとも言えよう。なお、Michael Kloepferは、2010年の著書で、「1980年新定式」⁴²⁾により、「少なくとも、不平等取り扱いが狭義の比例原則の要請の下にあるということ、裁判所が根底にする限りにおいて」、連

37) 以上、Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 27), Rn. 10.

38) 1951年10月23日の連邦憲法裁判所第二法廷は次のように述べた。「……規定が恣意的(willkürlich)と呼ばれなければならないとき、平等原則に違反している」(BVerfGE 1, 14 (52).)。この恣意禁止原則は表現を変えながら、1980年決定まで用いられ続けた(同決定及び恣意禁止原則については拙稿・前掲注1) 1199頁以下で訳出しているが、本稿では訳を改めている。また、そこで参照した文献を参照)。

39) 1980年10月7日の連邦憲法裁判所第一法廷は次のように述べた。「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できるような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て、別異に取り扱うとき、この基本権に特に違反している」(BVerfGE 55, 72 (88)。訳語は、拙稿・前掲注1) 1212頁によるものである)。

40) vgl. Gabriel D. L. Machado, a. a. O. (Anm. 34), S. 104. Michael Kloepferの著書は、1980年1月22日のトリニア大学の講演を基にしている(Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 7.)。このことは既に、拙稿・前掲注1) 1215頁脚注84で紹介した。

邦憲法裁判所の平等審査が自由権の比例原則に接近していることを指摘している⁴³⁾。

クレプファー・モデルは三段階審査に依拠するという点では、今日でも依然として、判例法理と乖離している。他方で、正当化段階については、連邦憲法裁判所とクレプファー・モデルは類似したものになった——あるいは、判例法理がクレプファー・モデルに接近した——と言えよう。

以上を踏まえた上で、クレプファー・モデルに対する他の学説の評価を確認しよう。クレプファー・モデルは、保護領域については批判的な分析がなされており、先駆性から好意的に評価がなされている。以下、それぞれ確認しよう。

(1) 2011年におけるクレプファー・モデルの凱旋？

先駆性については、いくつかの文献が言及しているが⁴⁴⁾、本稿では、1998年から2010年まで連邦憲法裁判所第二法廷裁判官であった⁴⁵⁾Lerke Osterloh⁴⁶⁾の、

41) Michael Kloepfer が「明白な比例原則上の衡量」と評価するのが (Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 63, Anm. 133.)、1965年2月16日の連邦憲法裁判所第一法廷判決である。ここでは、1957年4月3日版の職業紹介と失業保険に関する法律 (AVAVG) 65条2項が問題になった (BVerfGE 18, 366 (366f.))。第一法廷は次のように述べる。同法は、「あらゆる疾病保険義務のある被雇用者を失業保険の保護の下に組み込ませる原理を立てる。疾病保険義務のある被雇用者の集団をこの保護から除外する場合はこの原理に違反する。相違について明白な根拠の重要性 (Gewicht) が該当する例外規定の強度 (Intensität) に一致しているときのみ、法律自らが保障した事項の合法性への相違は、基本法3条1項の平等原則の前に、存続することができる」(BVerfGE 18, 366 (372f.))。確かに、この基準は、不平等取り扱いの程度 (Intensität) に言及している点で、程度 (Gewicht) に着目する「1980年新定式」に類似している。

42) なお、Michael Kloepfer がここで参照しているのは、前掲注39で言及した1980年決定 (BVerfGE 55, 72.)ではなく、1990年5月30日の連邦憲法裁判所第一法廷決定である。1990年決定の「新定式」は「不平等な取り扱いを正当化することができる性質と程度の相違が規範名宛人の集団間に存在しているときのみ、いくつかの規範名宛人の集団の不平等な取り扱いが基本法3条1項の一般的平等原則に一致している。不平等取り扱いと正当化する根拠は、相当に比例 (in einem angemessenen Verhältnis) していなければならない……。このとき、不平等取り扱いが基本権上保護されている自由権に対する影響を有しているか否かを、特に程度において、判断をする」というものであった (BVerfGE 82, 126 (146.))。強調は本稿筆者によるものである。以下、原則として、本稿での強調は、本稿筆者によるものである。

43) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 27), Rn. 8.

44) vgl. Michael Kallina, a. a. O. (Anm. 10), S. 172.

Michael Kloepfer の古希記念論文集に掲載されている論文を紹介しよう。

Lerke Osterloh は、2011 年決定における「2011 年新定式」⁴⁷⁾を分析する文脈で次のように述べる。曰く、「新定式」は「基本法 3 条 1 項の審査における比例原則の『組み込み』という包括的で、より全般的な構想に、明白に順応されている。この構想は、全てではないが、重要な点で、Michael Kloepfer の提案に一致する。このことは、『憲法問題としての平等 (Gleichheit als Verfassungsfrage)』の著者への記念論文集において、注目に値する凱進行進 (Siegeszug) を褒め称えるきっかけを与えてくれる」⁴⁸⁾。この「凱進行進」とは次の事情を示しての言葉である。「連邦憲法裁判所がある類似したアプローチを提供していた」が、これは「明確な名称も輪郭も、そして、矛盾のない具体化も事案における適用も欠いていた」。この連邦憲法裁判所の事情に対して、Michael Kloepfer は 1980 年に

45) 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』（中央大学出版部、2012 年）380 頁以下参照。

46) Lerke Osterloh の略歴について紹介しよう。「Lerke Osterloh はキール、ミュンヘン、ハンブルクで法学を学んだ」。「1972 年から 1978 年の間、ハンブルク大学 (Universität Hamburg) の財政法・租税法学部の学術補助者 (Wissenschaftliche Mitarbeiterin)・助手として勤務していた」。1978 年に、「所有権上の犠牲者補償法の原理 (Prinzip der Eigentumsopferentschädigung) に関する論文で博士号を得た」。ベルリン自由大学 (Freie Universität Berlin) にて、「1989 年に、『租税法の適用における法拘束と類型化の裁量 (Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze)』に関して、大学教授資格を得た」。「1990 年から 1993 年の間、トリア大学 (Universität Trier) にて公法学・租税法の教授」であり、「その後フランクフルト大学 (Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main)」の教授であった。1998 年 10 月 15 日から、2010 年 11 月 16 日まで連邦憲法裁判所第二法廷の裁判官であった。「担当分野は特に財政憲法・財政法・所得税法」であった。以上の略歴については、2019 年 9 月 27 日の連邦憲法裁判所の Lerke Osterloh の 75 歳誕生日の記事 (75. Geburtstag der ehemaligen Richterin des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Lerke Osterloh, Pressemitteilung Nr. 60/2019 vom 27. September 2019) より引用した (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/bvg19-060.html>) [最終閲覧日：2020 年 2 月 27 日]。

47) BVerfGE 129, 49. 同決定において第一法廷は「2011 年新定式」を創出した。本文でも述べるように、「2011 年新定式」に特徴的なのは、平等審査について「比例原則に向けられた無段階な審査基準」(BVerfGE 129, 49 (69). 拙稿・前掲注 1) 1238 頁) を適用すると述べたことである (玉蟲由樹「平等取扱原則と比例性」日本法学 85 巻 2 号 (2019 年) 610 頁以下参照)。

48) Lerke Osterloh, Der Gleichheitssatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: a. a. O. (Anm. 14), S. 141.

既に、「広範囲に及ぶ、接続法にて、平等原則の審査に関する提案の関連する文言を記していた」ということである⁴⁹⁾。

「2011年新定式」の平等審査の特徴は、事案類型を無くし、スライディング・スケールとしての比例原則審査を行う点にあった。他方で、クレプファー・モデルは、恣意禁止原則と過剰禁止原則を並存する審査モデルであったように思われる。クレプファー・モデルは、「2011年新定式」ではなく、恣意禁止原則と比例原則を並存させて事案類型毎に使い分けていた「1980年新定式」や「1993年新定式」に内容的に近いように思われる⁵⁰⁾。確かに、Lerke Osterlohが「2011年新定式」と比較する「1980年新定式」では、基準定立段階では、「比例原則」という文言は用いられていなかった⁵¹⁾。しかし、「1993年新定式」では、基準定立段階において、「比例原則」が登場していた⁵²⁾。とすると、Michael Kloepferの凱旋は、「1993年新定式」の時代に行われていた。寧ろ、恣意禁止原則を比例原則審査における審査密度の緩やかな形態として理解する「2011年新定式」は、クレプファー・モデルとは異なるもののように見える。「2011年新定式」はクレプファー・モデルの凱旋から離れたものであろう。

現代への「凱進行進」を示すLerke Osterlohの記述は、論文の媒体の種類が

49) Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 141f.

50) 「1980年新定式」について、拙稿は、Michael Sachsなどの見解に依拠して、「1980年新定式」の思考枠組みを「(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、「(Y) それ以外の不平等取り扱いの場合には、……恣意禁止原則による審査を行う」と整理した(拙稿・前掲注1) 1214頁以下 vgl. Michael Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes— Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 126.)。また、「1993年新定式」について、拙稿は、「1993年新定式」の思考枠組みを、Marion Albersの見解に依拠して、以下のように整理した。①「(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」。② (X) の場合には「原則として、比例原則による審査を行う」。(Y) の場合には「本人の影響可能性を顧慮」し、「(Y) 事項・行為に関する不平等」か、「(X') 間接的に人間に関する不平等取り扱い」かを判断し、(Y) と確定した場合には、原則として、恣意禁止原則による審査を行い、(X') の場合には「原則として比例原則による審査」を行う(同・1227頁、vgl. Marion Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, S. 946.)。

51) Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 139ff. 前掲注39) 参照。

52) 「1993年新定式」では「……緩やかな恣意禁止原則から比例原則の要件 (Verhältnismäßigkeitserfordernisse) への厳格な拘束まで至る、様々な境界が生じる」(BVerfGE 88, 87 (96). 訳語は拙稿・前掲注1) 1221頁によるもの) という表現があった。

Michael Kloepfer の古希記念論文という性格によるものと推察される。

(2) クレプファー・モデルの問題点

Michael Kloepfer は「本質的な平等（不平等）」⁵³⁾を保護領域として設定する。しかし、何を以って、「本質的な（不）平等」とするのかは明らかではない。この点について、Martin Borowski は次のように指摘する。「初めから本質的に平等なことを一応 (prima facie)、平等に取り扱うべきことは、最初は、直感的な説得力を有する」。しかし、「すぐに、二つの事情が本質的に平等であるか否かをどのように確定するのか、という問いが生じる」。そして、クレプファー・モデルには何かしらの「定義は存在しない」のである⁵⁴⁾。この問題に対して、Martin Borowski は二つの解決策を提示する。

第一の解決策は、Robert Alexy の平等論に依拠して、「本質的な平等を『価値に関する平等 (wertmäßige Gleichheit)』によって定義する」⁵⁵⁾というものである。しかし、この考え方は、クレプファー・モデルと相容れない。Robert Alexy⁵⁶⁾の見解に依拠すると、「本質的平等の下⁵⁷⁾では、合理的に、価値に関する平等のみが理解され得る」⁵⁸⁾。しかし、この「価値に関する平等」の場合、「常に、平等取り扱いを要請する」ため、「その結果、制約と制約の制約は余計なものになる」⁵⁹⁾。本質的（不）平等を価値に関する平等と定義する場合、そもそも三段階審査は成立しない。「本質的な平等」の内容を補填すると、不平等取り扱いを受けている事情が「本質的な平等」（価値に関する平等）の事情か否かを審査すれば、平等審査は足りることになってしまう。これは、三段階審査の構築を試みるというクレプファー・モデルの趣旨と乖離するもので、適切ではない。また、Michael Kloepfer は「平等は生活領域 (Lebensbereich) ではなく、生活領域の法的な形成に対する基準であり、「基本法 3 条 1 項の平等原則は、適法性、合憲性、あるいは、正義を保護するが、直接実際の保護対象は保護しない」⁶⁰⁾と述べている。また先に述べたように Michael Kloepfer は基本法 3 条 1 項

53) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 56.

54) 以上、Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 495.

55) Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 495.

における絶対的な保護を認めているわけではなく、相対的な保護を認めているのみである。Michael Kloepfer は、一応の保護領域を定立するが、そこに何かしらの価値的補充を試みているわけではない。Martin Borowski の一つ目の解決策は、Michael Kloepfer の構想とは離れている。

Martin Borowski の二つ目の解決策とは、「平等取り扱いに対する一応の権利すら存在していない」場合と、「平等取り扱いに対する、制限することができる

56) Robert Alexy もクレプファー・モデルに対して Martin Borowski と同趣旨の批判を投じている。Robert Alexy 自身の平等権論を簡単に紹介しよう。彼は「主観的権利としての平等権の構造」を考察している。そこで、Robert Alexy は「一般的平等原則から生じる権利の三つの種類」として、(A)「抽象的・決定的平等権」、(B)「具体的・決定的平等権」、(C)「抽象的・一応の平等権」を挙げている (Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (suhrkamp taschenbuch wissenschaft), 8. Aufl., 2018, S. 390.)。本稿では、(A)のみを紹介する。Robert Alexy は、おそらく、平等原則における論証責任ルール (vgl. S. 370ff.) に基づき、2つの定式を構成する。(1)「不平等取り扱いの許容性 (Erlaubtheit) についての十分な根拠が存在しないとき、平等取り扱いが要請されている」、(2)「不平等取り扱いの要請についての十分な根拠が存在するとき、不平等取り扱いが要請されている」というものである (S. 390.)。彼は、(1) の命題を「ある国家の措置 x が不平等取り扱いであり、この不平等取り扱いの許容性についての十分な根拠が存在しないとき、 x の実行は禁止される」と言い換える。さらに「何かしらが区分に対する十分な根拠の性質を有するか否かを示すために、様々な論証が挙げられ得る」と述べ、「……比例原則原理を含む原理モデルの領域における論証が構造化される」と言う。すなわち、「区分が目的の達成のための手段であるということが、区分についての根拠として挙げられる」。そして、「このことを不十分な根拠として評価するために、とりわけ、①区分が目的の達成のために適当 (geeignet) ではない、②区分が目的の達成のために必要 (erforderlich) ではない、③区分が目的の達成のために、たしかに、適当・必要であり、目的の達成が法的な平等の原理と衝突する原理 P_1 の実現に資するが、目的と区分に関して、法的な平等の原理が属する諸原理 $P_2 \dots P_n$ が原理 P_1 に優先すること (狭義の比例原則) が、示され得る」と述べる。このように Robert Alexy は、論証責任を根拠にして、平等原則における比例原則審査を適用する。「この構造に基づき、制約条項の範囲における平等取り扱い規範の適用の問題を解決すべきである」と主張する。そして、クレプファー・モデルを、これとは「全く異なる構造」と言い、Martin Borowski と同趣旨の批判を行う (以上、S. 390f. Anm. 91.)。

57) 例えば、「『平等なことを不平等に取り扱うこと』は立法者には禁じられている」、あるいは、「『本質的に平等なものを不平等に取り扱うこと』は立法者には禁じられている」という規範における、「平等なこと」、あるいは、「本質的に平等なこと」は「価値に関する平等」である (Robert Alexy, a. a. O. (Anm. 56), S. 365.)。

58) Robert Alexy, a. a. O. (Anm. 56), S. 391. Anm. 91.

59) Robert Alexy, a. a. O. (Anm. 56), S. 391. Anm. 91. vgl. Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 495.

60) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 40.

一応の権利が存在している」場合を分類する、「基準を導入することである」⁶¹⁾。しかし、Martin Borowski が自ら述べているようにクレプファー・モデルには、「このような基準は、存在していない」⁶²⁾。

クレプファー・モデルの保護領域には、Michael Kloepfer 自身の記述が少ないことに起因して、如何に保護領域を確定するのか不明瞭なままであった。Martin Borowski の二つ目の解決策における平等権の有無を明らかにする基準を取り入れ、この問題を解決したのが、次の章で説明する Stefan Huster の審査モデルである。

また、Michael Kloepfer は、正当化の段階において、恣意禁止原則と過剰禁止原則の両方の審査を並列して記述するが、両審査の関係が不明瞭である。両審査をどのように使い分けるのか、あるいは、両審査を重畳的に審査するのか、クレプファー・モデルでは明らかになっていない⁶³⁾。この点では、事案集団によって恣意禁止原則と比例原則を使い分ける「1980年新定式」の方が明瞭であったと思われる。

このような問題があるものの、クレプファー・モデルは、介入モデルの素地を作り、また、平等審査において比例原則審査を導入した点で、意義を有していたと言えよう。

II 内的・外的目的二分論に基づく介入モデル：フスター・モデル

本章では、ルール大学ボーフムの公法学・社会法・健康法・法哲学の教授である Stefan Huster⁶⁴⁾ の審査モデル（フスター・モデル）を検討する。主に、彼のハイデルベルク大学での博士論文（Dissertation）『権利と目的：一般の平等原則のドグマティックについて』⁶⁵⁾（以下、『権利と目的』）に焦点を当てる。同著

61) Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 495.

62) Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 495.

63) Michael Kloepfer は次のように述べる。「平等介入の過剰統制において、介入目的の憲法上の正当性の審査は、区別目的の憲法上の正当性の問題と同一であるから、基本法3条1項の審査では、過剰禁止原則における目的の統制は通常なされない」と言い、両審査の「重複は部分的に避けられない」、と (Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 63f.)。

書は当時から書評などで評価が高い博士論文であった⁶⁴⁾。現在でもドイツの学説上フスター・モデルを継受する審査モデルが登場しており、あるいは、批判的分析がなされている。本稿の冒頭でも述べたように、フスター・モデル、及び、内的目的・外的二分論は、既に西原博史により日本に紹介されている⁶⁷⁾。しかし、西原も連邦憲法裁判所の判例法理に言及しているが、判例法理とフスター・モデルの距離、あるいはStefan Huster自身の問題意識、根底にある平等観については詳しくは言及していない。また、Stefan Husterは、2017年に『『不平等取り扱いの比例原則』とは何か?』という題の論文(以下、2017年論文)を刊行しており、現在の「2011年新定式」に対する彼の見解・評価が明らかになっている。

判例法理とStefan Husterの平等論の距離を考察するに当たって、内的目的・外的目的二分論とフスター・モデルを紹介しなければならない。本章は次のような構成を取る。第一に、フスター・モデルの前提となるStefan Huster自身の問

64) ボーフム大学のホームページに記載されている略歴によるとStefan Husterの略歴は以下の通りである。1964年に「ヴェストファーレン州のギュタースロー(Gütersloh)に生まれる」。「1984/1985年冬ゼメスターからビーレフェルト大学(Universität Bielefeld)にて哲学課程」を、「1985/1986年冬ゼメスターから法学と哲学の二つの課程」に在籍する。「1987/1988年冬ゼメスター以降フランクフルト・アム・マイン大学(Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main)にて両課程を継続」する。「1990年11月1日からハイデルベルク大学(Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg)の法学の学術補助者」を務める。1993年10月1日から「ハイデルベルクの州裁判所の試補見習(Referendariat)」を務め、「同年12月8日に『権利と目的』にて博士号(Promotion)を得る」。学術補助者などを経た後、「2001年に大学教授資格を得る」。教授資格取得論文(Habilitation)は『国家の道徳的中立性：憲法のリベラルな解釈』(Die ethische Neutralität des Staates: eine liberale Interpretation der Verfassung)であった。この教授資格取得論文は、日本においても、宗教的中立性の論点において度々参照されている(渡辺康行『『内心の自由』の法理』(岩波書店、2019年)22頁以下、棟久敬「ドイツにおける公教育の中立性：国家の教育委託と公教育の中立性」一橋法学第10巻1号(2011年)394頁以下、及び後掲注83)山本和弘論文など)。その後ハーゲンの通信制大学教授を経て、「2004年11月24日からボーフム大学(Ruhr-Universität Bochum)の教授」になる(<https://www.ruhr-uni-bochum.de/oe2/Lebenslaufhuster.html>) [最終閲覧日：2020年2月7日]。

65) Stefan Huster, Rechte und Ziele: zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, S. 6. また、彼の指導教官はGörg Haverkateである。

66) vgl. Wolfram Höfling, Buchbesprechung, NJW 1995, S. 2539; Michael Sachs, Schrifttum, DVBl. 1995, S. 480f.

67) 前掲注3)、後掲注103)における西原の一連の論文参照。

題意識 (1)、内的目的・外的目的二分論、フスター・モデル (2) を確認する。更に、フスター・モデルに対する他の学説の反応を紹介する (3)。その上で、連邦憲法裁判所との相違を検討する (4)。

1 前提—Stefan Huster の問題意識

Stefan Huster の審査モデルは、どのような平等観に由来するのか(1)。また、Stefan Huster は一連の「新定式」の発展に対して、どのような評価をしているのか(2)。この章では、Stefan Huster が有しているそもそもの問題意識などを確認したい。

(1) アメリカ法哲学の影響

Stefan Huster の諸文献を見るに、彼はアメリカの法哲学者の影響をかなり受けているように思われる⁶⁸⁾。以下、Stefan Huster が、アメリカ法哲学者の影響を受けていることを明らかにすることを目的として、そのいくつかの例を示す。本稿は、Stefan Huster による理解が法哲学での通説と乖離しているか否かなど、法哲学の議論に踏む込むことはできないため、表層的なスケッチに留める。

そもそも、Stefan Huster が根底にする平等観は「規範的平等概念」である⁶⁹⁾。規範的平等概念に基づくと、「機械的意味において (im schematischen Sinne) 全ての者を平等に取り扱うことではなく、Ronald Dworkin が言うように『平等

68) 特に、このことが、顕著に現れているのは、Stefan Huster の 1994 年の雑誌論文の「権利と目的」という節である (Stefan Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht, JZ 1994, S. 546.)。「権利と目的」では、H. L. A. Hart の『法の概念 (Der Begriff des Rechts)』(邦訳: H. L. A. ハート/長谷部恭男 (訳)『法の概念 [第3版]』(ちくま学芸文庫、2014年))、Ronald Dworkin の『権利を真摯に受け止める (Bürgerrechte ernstgenommen)』(題の訳は、井上彰「ドゥオーキンは平等主義者か?」宇佐美誠・濱真一郎編『ドゥオーキン: 法哲学と政治哲学』(勁草書房、2011年) 192頁に合わせた。) (邦訳: ロナルド・ドゥウォーキン/木下毅・小林公・野坂泰司 (訳)『権利論 [増補版]』(木鐸社、2003年)、ロナルド・ドゥウォーキン/小林公 (訳)『権利論II』(木鐸社、2001年))、John Rawls の『正義論 (Eine Theorie der Gerechtigkeit)』(邦訳: ジョン・ロールズ/川本隆史・福岡聡・神島裕子 (訳)『正義論 [改訂版]』(紀伊國屋書店、2010年)) のそれぞれの独訳版が紹介されている。

69) Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 66), S. 480.

なものとして (als Gleiche (as equals))』取り扱われること、すなわち、平等の配慮と尊重を伴う方法 (auf dieselbe Weise mit Achtung und Rücksicht (with equal concern and respect)) で取り扱われること、が要請される⁷⁰⁾。Stefan Huster の規範的平等概念は、明らかに Ronald Dworkin の影響を受けている⁷¹⁾。Ronald Dworkin に関する研究によれば、Ronald Dworkin は「リベラルな平等論者」であり、「資源平等論を擁護する」。「ドゥオーキンにとってリベラルな平等の根本理念、すなわち、『平等な配慮と尊重……』を受ける権利として謳われる抽象的権利論⁷²⁾が、きわめて重要な平等原理である⁷²⁾。この Ronald Dworkin の平等論に影響を受けた、Stefan Huster の「平等な配慮と尊重」に基づく平等観は、「平等原則、あるいは、平等権の (実体的な) 保護対象の本質を成す⁷³⁾。

また、フスター・モデルには、「対抗力 (Schwellengewicht)⁷⁴⁾ という重要な概念が登場する⁷⁵⁾。“Schwellengewicht” は、Ronald Dworkin の言う “threshold weight” の独訳である⁷⁶⁾。Ronald Dworkin によれば、「権利が絶対的ではないこ

70) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 41f. ここで、彼は、『権利を真摯に受け止める』、及び、ロナルド・ドゥオーキン／森村進 (訳) 「第9章リベラル派はなぜ平等を気にかけるべきなのか」ロナルド・ドゥオーキン／森村進・鳥澤円 (訳) 『原理の問題』(岩波書店、2012年) 277頁以下などを参照している。

71) Ronald Dworkin は「政府はその支配に服する人々を配慮 (concern) をもって……扱わなければならない、また尊重 (respect) をもって……扱わなければならない。更に……彼らを平等な配慮と尊重をもって扱わなければならない」と述べる (ロナルド・ドゥオーキン／小林公 (訳)・前掲注68) 65頁)。

72) 井上・前掲注68) 190頁以下。

73) Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 66), S. 480f. なお、井上によれば、Ronald Dworkin の平等論においては、「『平等な配慮』は人間の根源的な平等性にかかわるもので、『苦痛やフラストレーションを感じる人間存在』として等しく保障されるべき権利を謳うものであり、『『平等な尊重』は、『どのような生を送るべきかをめぐって理知的な構想を描いたり、それにしたがって行為したりすることが可能な人間存在』として等しく保障されるべき権利を謳うものである」。そして、「とくに『平等な配慮』は、資源平等論にとって欠かせない根本理念である」(以上、井上・前掲注68) 191頁)。他方で、Stefan Huster が「配慮 (Achtung) と「尊重 (Rücksicht)」を分けて理解しているかは定かではない。この点については、Michael Sachs も、書評において「筆者のせいではなく、テーマに由来するのであるが」、「全ての者の平等な配慮 (Berechtigung) は曖昧なままである」と指摘する (Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 66), S. 481)。

74) “Schwellengewicht” の訳語は、“threshold weight” の邦訳「対抗力」に合わせる (ロナルド・ドゥオーキン／木下毅・小林公・野坂泰司 (訳)・前掲注68) 113頁)。

75) vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 225, 240.

とを認めた上で」、異なる原理間・「原理と緊急の政策」間の「競合に耐えうる力として権利の重さを定義することができる」。そして、「集団的目標一般に対する一定限度の対抗力をそれがもたないかぎり、いかなる政治的目的をも権利と叫ばないこと」になる⁷⁷⁾。他方で、Stefan Husterによれば、「自由権は他の法益のための制限に対して、確かな『対抗力 (Schwelligewicht)』を備え」、「根本的な主観的権利はこの性質により、まさに定義され、そして、同定される」⁷⁸⁾。このようにStefan Husterは、Ronald Dworkinと同様に主観的権利の構成要素として対抗力を挙げる。更に、Stefan Husterは、「対抗力」を権利の構成要素としてのみならず、比例原則を『対抗力』の憲法上の言い換えとして理解している⁷⁹⁾。また、比例原則における狭義の比例性の審査を、アメリカ政治哲学者のJohn Rawlsの「格差原理 (Differenzprinzip)」を持ち出して説明している⁸⁰⁾。

また、そもそも博士論文のタイトル『Rechte und Ziele』は、Ronald Dworkinの『権利を真摯に受け止める』の第3章第3節「RIGHTS AND GOALS」(邦訳:「権利と目標」)⁸¹⁾に由来するものではないかと思われる。ある書評では、この『権利と目的 (Rechte und Ziele)』というタイトルを「何かしらの聖書外典的タイトル (apokrypher Titel)」と称して、このタイトルによって、権利と目

76) Joachim Englisch, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 18; Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 499. Anm. 132; vgl. Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, 1977, S. 92.

77) 以上、ロナルド・ドゥウォーキン／木下毅・小林公・野坂泰司 (訳)・前掲注 68) 113 頁。

78) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 542f.

79) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 543. 付随的にStefan Husterの比例原則理解が明らかになる。柴田憲司によれば、比例原則の法的根拠の「大半は、……①『法の一般原則』説 (あるいは『超実定法的、前実定法的、非実定法的な) 正義の思想・原理』説)、②『法治国家原理 (ドイツ憲法 20 条 3 項)』説、③『基本権の本質』説に大別される」(柴田・前掲注 27) 196 頁以下)。Stefan Husterの比例原則理解は、この内、③説に分類されるだろう。③説の詳細な内容については同「憲法上の比例原則について (2) — ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」法学新報 116 (11・12) (2010 年) 209 頁以下参照。なお、柴田によれば、判例・通説は「比例原則の法的根拠として」、①～③を「総合的に把握」しているようである (同・206 頁)。

80) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549.

81) Ronald Dworkin, a. a. O. (Anm. 76), S. 90. ロナルド・ドゥウォーキン／木下毅・小林公・野坂泰司 (訳)・前掲注 68) 110 頁。

的という「Dworkinの区分を取り上げる」と指摘する⁸²⁾。

このように、Stefan Husterの平等観の根底には、アメリカ法哲学、特にRonald Dworkin、の影響がある⁸³⁾。

(2) Stefan Husterによる判例法理分析

では、Stefan Huster自身は、連邦憲法裁判所の平等審査について、どのように評価しているのだろうか。

既に述べたように、連邦憲法裁判所の平等審査は、恣意禁止原則→「1980年新定式」→「1993年新定式」→「2011年新定式」と発展している。恣意禁止原則と「1980年新定式」に対するStefan Husterの評価は『権利と目的』で明らかになり、「1993年新定式」と「2011年新定式」に対する評価は2017年論文で明らかになっている。これらの評価は、後述する内的目的・外的目的二分論に関連するものであるが、それぞれ予め紹介しよう。

Stefan Husterは、「連邦憲法裁判所の判例に、不平等取り扱いの内的目的と外的目的の区分をするアプローチを見出せるかを確認」⁸⁴⁾する趣旨で、恣意禁止原則と「1980年新定式」を分析する。

既に言及したが、恣意禁止原則の内容は「……法律上の区別あるいは平等取り扱いについて、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 (ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender ^{••••}sonstwie sachlich einleuchtender Grund) が、存在しないとき、要するに、規定が恣意的と呼ばなければならないときに、平等原則に違反している」⁸⁵⁾というものであった。恣意禁止原則の文言に着目すると、連邦憲法裁判所が「『事項の性質に由来する』根拠」と、「何かしら事柄に即して納得できる根

82) Wolfram Höfling, a. a. O. (Anm. 66), S. 2539.

83) Stefan Husterがアメリカ法哲学・政治哲学の影響を受けているのは、平等領域に限ったものではない。山本和弘は、Stefan Husterの宗教的中立性論について、次のように指摘する。「フスターの中立性モデルは、リベラルな政治哲学、とりわけ初期J. ロールズ (John Rawls) の政治哲学に影響を受けており、これに立脚して中立性の再構成を試みる」(山本和弘「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造——憲法上の規範的根拠と解釈学上の効力——」早稲田法学会誌第68巻2号(2018年)428頁)。

84) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 193.

拠」という二つの「根拠の異なる性質が存在している」ことになる⁸⁶⁾。しかし、実際には、連邦憲法裁判所はこの相違を意識することはなく⁸⁷⁾、連邦憲法裁判所は内的目的・外的目的二分論を用いていなかった。

次の「1980年新定式」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て、別異に取り扱うとき、この基本権に特に違反している」⁸⁸⁾というものであった。「1980年新定式」は「程度」という文言を挿入することにより、平等原則において比例原則審査を可能にしたというのが通説的見解であるように思われる⁸⁹⁾。しかし、Stefan Husterは、「1980年新定式」について、どの事案に対して比例原則審査を行うのが不明瞭であり、「この表現では、比例原則審査というよりもむしろ一致審査が行われ得るため、『新定式』はむしろ状況を混乱させる」と述べる。「新定式」は理論的分析には寄与せず、「ブレークスルーでも、『コペルニクスの転回』でもない」と痛烈に批判する⁹⁰⁾。確かに、「1980年新定式」では、基準定立部分では、どのような場合に恣意禁止原則審査を行い、比例原則審査を行うのか明らかではなかったが、このStefan Husterの「1980年新定式」への評価は、通説のそれとは真逆である⁹¹⁾。

「1993年新定式」は「一般の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。……」⁹²⁾と述べる。その上で、人間集団に関する不平等取り扱いの場合、間接的に人間に関する不平等取り扱い、事項に関する不平等取り扱いと不平等取り扱いの類型化をした上で、基本法3条3項のメルクマールへの接近の程度、本人の影響可能性の程度、他の基本権への影響という審査密度を決める

85) BVerfGE 1, 14 (52). 強調は筆者によるもの。訳出に際して、拙稿・前掲注1) 1199頁以下を参照したが、訳語を改めている。

86) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 193.

87) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 193.

88) BVerfGE 55, 72 (88). 訳は拙稿・前掲注1) 1212頁によるものである。

89) vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 193.

90) 以上、Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 193f.

91) 通説および私見については、拙稿・前掲注1) 1214頁以下参照。

92) BVerfGE 88, 87 (96). 訳は拙稿・前掲注1) 1221頁によるものである。

要素を明らかにしたものであった⁹³⁾。「1980年新定式」とは異なり、この「1993年新定式」は、基準定立部分から審査基準の使い分けを明らかにしたため、先のStefan Husterの指摘する「1980年新定式」の問題は解決したように思われる。Stefan Husterは平等原則の比例原則理解の分析の文脈で、おそらく「1993年新定式」について、次のように分析を行う⁹⁴⁾。Stefan Husterによれば、「1993年新定式」における「比例原則の要件」は、単に「一定の事情において、法的な区別が実際に重要な相違に一致しているかを、審査することを意味するだけであった」。そして、「判例において、区別が適当であるか、必要であるか、狭義に比例しているか否かは決して審査されず、更に、「実際の相違によって不平等取り扱いを考慮すること、あるいは、実際の一致（Konkordanz）の関係に至るか」も審査されなかった⁹⁵⁾。このように批判的な分析をする一方で、「審査密度の事案集団特有の独立についての平等統制の内容の発展には、細部はともかく、原則として、異論がない⁹⁶⁾」と言う。先の「1980年新定式」および「2011年新定式」と比べて好意的に評価しているように思われる。

フスター・モデルは内的目的・外的目的に基づき、前者には恣意禁止原則審査を用いて、後者には比例原則審査を用いている。このことを鑑みれば、同様に、問題となっている不平等取り扱いの事案集団に着目して審査を使い分けることが明白である「1993年新定式」の思考様式に対して、Stefan Husterが好意的に評

93) 拙稿・前掲注1) 1223頁以下参照。

94) 「1993年新定式」を参照しているわけではないので、同新定式に対する分析であるかは定かではない。しかし、以下の事情より、この批判は、「1993年新定式」に向けられたものだと推察される。第一に、以下で述べられる「比例原則の要件（Verhältnismäßigkeitserfordernisse）」は、「1993年新定式」以降、「新定式」に付け加えられた文言である。第二に、「2011年新定式」に関する記述は現在時制を用いて記述するが、以下引用する箇所では過去時制を用いている。

95) 以上、Stefan Huster, Was bedeutet „Verhältnismäßigkeit einer Ungleichbehandlung“?, in: Simon Kempny/Philipp Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 96. 本文で示したように、Stefan Husterは、「1993年新定式」では平等原則における比例原則審査がなされていなかった旨を指摘する。しかし、例えば「1993年新定式」を定立した1993年決定は、比例原則審査の内、「適合性の審査」を行なっている（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）73頁）。

96) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 95), S. 97.

価することは不思議なことではない。

では、現在の平等審査である「2011年新定式」については、Stefan Huster はどのように評価しているのか。「2011年新定式」は、「1993年新定式」とは異なり、問題となっている不平等取り扱いが人間に関するものか、事項に関するものか否かには、言及しない。基本法3条3項への接近性・本人の影響可能性・基本権との関係などの要素を、総合考慮して審査密度を確定するものである⁹⁷⁾。Stefan Huster は「2011年新定式」を「時と場合に応じた、統制密度の厳格化・緩和化に作用する、あらゆる観点の総合考慮は、理解できるし、もしかしたら、決して回避することはできない。しかし、これは、結果の予測可能性にまず役に立たない」⁹⁸⁾、と批判する。

連邦憲法裁判所は、「1993年新定式」において、不平等取り扱いを人間に関するものか否かに分類して用いる審査を変えていた。フスター・モデルもまた、不平等取り扱いを内的目的・外的目的かに分類した上で、審査を変えるものである。判例法理と「1993年新定式」は、不平等取り扱いの類型を前提とし、類型に応じて審査を恣意禁止原則と比例原則審査を使い分けるという点では、類似していた。しかし、第一法廷は、「2011年新定式」によって、不平等取り扱いの類型に拘らずに、あらゆる不平等取り扱いに対して比例原則審査を可能にした。そのためフスター・モデルと判例法理の距離は再度離れることとなった。

2 Stefan Huster の審査モデル

(1) 内的目的・外的目的二分論

フスター・モデルの前提にあるのが、不平等取り扱いの目的の類型化である。Stefan Huster は、内的目的 (interner Zweck) と外的目的 (externer Zweck) に不平等取り扱いを類型化する。この内的目的・外的目的二分は『権利と目的』で登場し、既に確認したように2017年論文でも用いている。Stefan Huster を象

97) 「2011年新定式」の内容については、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)164頁以下、玉蟲・前掲注47) 610頁以下、拙稿・前掲注1) 1233頁以下。

98) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 95), S. 93. 拙稿・前掲注1) 1244頁でも該当箇所を訳出しているが、本稿では訳語を改めている。

徴する思考枠組みである。

Stefan Huster は『権利と目的』にてそれぞれ三つの例を示す。本稿では、その内、二つの例を紹介しよう⁹⁹⁾。

(a) 内的目的の例

例 a-1 「法益を故意に侵害した X は、過失で同等の法益を侵害した Y に比べて重い刑罰を受け得る。この相違は、刑罰はその都度の罪に一致 (entsprechen) していなければならない、X は — 他の事情が同じであるならば (ceteris paribus) — 故意の犯罪により、過失による Y に比べて、重い刑罰を負わされた、ということによって、正当化される」¹⁰⁰⁾。

例 a-2 「月に 5000 ドイツマルクの稼ぎがある X は、月に 2000 マルクの稼ぎがある Y に比べて高い税を支払わなければならない。この相違は、課税が応能負担原則 (Leistungsfähigkeit) に依存しており、そして、X は — 他の事情が同じであるならば — Y に比べてより高い給付能力を持っているから、正当化される」¹⁰¹⁾。

この内的目的の例に対応する外的目的の例を Stefan Huster は提示する。

(b) 外的目的の例

例 b-1 「X・Y は異なる法益を侵害したが、この時、同等の刑罰を負わされた。というのも、X による犯罪は『流行』することが差し迫っており、そして、警察は犯罪の克服のためにまだ十分な状況にいないから、公共をこの犯罪から守るために、X は Y よりも厳しく罰せられる」¹⁰²⁾。

例 b-2 「X と Y は同程度に給付能力を有する。それにもかかわらず、Y は相当にわずかな税のみを支払うことになる。というのも、Y は、一戸建て (Eigen-

99) なお、翌年の 1994 年の雑誌論文では、『権利と目的』で用いられた三種類の事例の内、例 (a-1)、(b-1) の記述は省略されている (vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 543f.)。

100) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 165.

101) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 165.

102) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 165f.

heim) の建築のための費用を控除し得るからである。立法者は、建築ブームによる好景気 (Baukonjunktur) を活発にするために、この手段を作り出した」¹⁰³⁾。

(a)(b)両事案にはどのような違いがあるのか。Stefan Huster はこの両目的の相違について次のように説明する。

内的目的(a)の場合、「X と Y の相違は『その者の個人の特性 (ihre individuelle Eigenart)』に起因する」。そして、「不平等取り扱いは、その都度、人間の特性を表し、あるいは、強くその特性に帰することができる観点によって根拠づけられる」¹⁰⁴⁾。先の例に基づいて言うならば、例 a-1 は「実現した罪 (die verwirklichte Schuld)」、例 a-2 は「応能負担原則」という別異取り扱いを受けている「その者自身に存在する相違メルクマール」による不平等取り扱いである¹⁰⁵⁾。すなわち、「比較集団間に、まさに不平等取り扱いを正当化する性質の区分が存在する」¹⁰⁶⁾。このような別異取り扱いの場合、「このメルクマールと区分する規律の間に、その都度『内的関連性 (ein "inner Zusammenhang")』が存在する」。すなわち、「罪の程度は刑法」(a-1)、「応能負担原則は税法」(a-2)における「特有の観点である」¹⁰⁷⁾。罪の程度は、実現した罪に合わせる基準 (a-1) であり¹⁰⁸⁾、「応能負担原則は、税負担が合わせなければならない基準である」(a-2)¹⁰⁹⁾。この「正義の衡量、あるいは、『事柄の性質 (Natur der Sache)』」に基づく別異取り扱いには「法益間の衝突」は生じず、「比例原則審査は不可能である」¹¹⁰⁾。というのも、「不平等取り扱いが、X と Y の異なる応能負担原則に一

103) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 166. また、西原は、例 b-1、b-2 の例として、「AB 間の課税額に違いがある場合」、「負担能力が大きいことを理由とするなら『内的』に正当化され」、「収入が同じで、ただ A が公益法人への寄付を控除したから差が生じているなら、免税措置を通じて公益法人を支援する政策追求に基づいて、違いは『外的』に正当化される」と説明する (西原博史「平等と比例原則：平等権を「規制」する理由について」法律時報 73 卷 8 号 (2001 年) 99 頁、vgl. Hiroshi Nishihara, Two Models of Equality—Frameworks to Define the Appropriate Extent of Affirmative Action for Women—, Waseda Bulletin of Comparative Law 19 (2001), S. 9f.)。

104) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 166; Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 543.

105) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 166.

106) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 543.

107) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 167.

108) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 170.

109) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 543. vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 170.

致しており、それゆえ公正であるという目的を有する『手段』である場合、この『手段』が適当か、必要か、狭義の比例性にあるか」という審査には意味がないからである¹¹¹⁾。このような内的目的に関する事案の場合、別異取り扱いが、個々の内部の基準（「内的正義」¹¹²⁾）に一致しているかが問題になるにすぎない¹¹³⁾。

外的目的(b)の場合、このような一致審査は行い得ない。Stefan Husterは「語法のレベル」で、内的目的と外的目的が異なることを指摘する¹¹⁴⁾。「法効果の分類をもつばら一般予防の衡量に向けられた刑法が平等原則に一致するとは誰も思わないだろう」し (b-1)、「その都度の税負担の程度がもつばら経済政策上の目的に向けられた租税法が基本法3条1項に一致するとも同様に誰も考えないだろう」(b-2)¹¹⁵⁾、ということである。更に、内的目的の事案(a)が、比例原則審査の前提となる目的・手段関係が現れないのに対して、外的目的の事案の場合には、目的・手段関係を描写することが可能である、と言う¹¹⁶⁾。例 b-2 において、「X

110) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 543. vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 170f. なお、「目的・手段関係が欠如している場合に比例原則審査が不可能であることを示すために、Stefan Huster は三つの例を用いる」。その内、一つの例は、「罪に相当する罰の要請 (das Gebot der schuldangemessenen Bestrafung)」である (以上、Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 506.)。Stefan Huster によると、罪刑の相当性について、「罰は、異なる出来事のための手段であり得るが、『罪を作り出すための』手段ではないから」、罰と罪を目的手段関係で捉えることは「明らかに無意味である」。更に、彼は次のように指摘する。ここにおいて、「適当性の審査において、手段と目的の関係は因果関係にない」。必要性の審査において、「『手段』と『目的』は区別することができないから」、また、「罪の相当性は、まさに、罰の正しい程度を定義する」にすぎないから、「『より緩やかな手段』としての、重くない罰が存在するか、という問いは空虚である」。ここでの「適当性審査と必要性審査は、……国家の行為が前提とされている基準に一致するかという問いに収縮する」(以上、Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 133ff.)。

111) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 170.

112) Wolfram Höfling, a. a. O. (Anm. 66), S. 2539. また、西原は2017年の論文では正義基準を「『等しいものを等しく扱う』という理念を実現する際に規律対象の『等しさ』に対応した区別であることをもって異なった取扱いが正当化される場面で適用される、上位の規範として設定される『等しさ』の基準」として理解しているように思われる (西原・前掲注3) 531頁)。

113) vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 170f. また、以上について西原・前掲注3) 260頁以下、311頁参照。

114) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 167.

115) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 167.

に対する不平等取り扱いを表す Y の税上の優遇とは、建築ブームを活発にするという目的を有する手段である」¹¹⁷⁾。「立法者が追求する経済政策的・行政経済的形成目的は、平等取り扱いとの真の法益の衝突にある」¹¹⁸⁾。この場合、「建築ブームを活発にするための不平等取り扱いが適当 (geeignet) であるか」、「不平等取り扱いがこの目的の追求のために必要 (erforderlich) であるか」を問題にすることができ、「不平等取り扱いという手段と建築経済 (Bauwirtschaft) の要請の目的間の衡量を行うことができる」(狭義の比例性)¹¹⁹⁾。同様に、例 b-1 でも、Y と比べての X の不平等扱いは、特定の犯罪の一般予防を目的とする手段であり、目的・手段関係が存在しており、比例原則審査を行うことができる。外的目的に関する不平等取り扱いの場合は、「比例原則審査をすることができ、しなければならない」¹²⁰⁾。

以上のように Stefan Huster は、不平等取り扱いを内的目的と外的目的に分類する。内的目的の場合には一致審査を、外的目的の場合には比例原則審査を行うことになる。彼は、「平等原則は二つの構造的に異なる事案集団を包含して」おり、「比例原則と——強化された——恣意禁止原則は、その都度、この事案集団の一つに適合する」と考える¹²¹⁾。その上で、Stefan Huster は、この内的目的・外的目的二分論を三段階審査に組み込む。保護領域の段階では一致審査を、正当化の段階では比例原則審査を行う。次の款では、このフスター・モデルを紹介する。

(2) Stefan Huster の審査モデル：フスター・モデル

Stefan Huster は、クレプファー・モデル (I) と同様、防御権の三段階審査 (①保護領域→②介入→③正当化) に依拠して、審査モデルを構築する。以下、

116) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 544.

117) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 171.

118) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 544.

119) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 172.

120) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 544. vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 174f. 西原・前掲注 3) 261 頁参照。

121) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 172f.

それぞれ確認する。

① Stefan Huster は、基本法3条1項に保護領域について、1993年の『権利と目的』では次のように述べる。「対抗力を示す見解は、主観的権利の保護領域・構成要件を形成する」。「このような見解として、狭義の正義のその都度の基準、そして、個人の尊厳 (die individuelle Würdigkeit) に基づいて取り扱われる権利をもつばら、平等原則の領域において、顧慮する」。続けて、Michael Kloepfer を参照して、「この定式を狭義に、というのも内容的に評価された意味において理解する場合、本質的に平等なものは平等に、本質的に不平等なものは不平等に取り扱うというところに、平等原則の保護領域が存在すると言える」と言う¹²²⁾。婉曲的な表現であるが、前述したように (1)、Stefan Huster 自身が平等原則に「対抗力を示す」立場であり、この見解は彼自身の見解であろう。

翌年の1994年論文では、Stefan Huster はより直接的に保護領域について説明している。Stefan Huster は Ronald Dworkin の見解を引用しつつ、次のように説明する。「比較される人間のその都度の正義の基準 (Gerechtigkeitsmaßstab) ・平等権に一致した (entsprechen) 取り扱いが、平等原則の保護領域を構成する。この正義の基準と権利は、すべての者を『平等なものとして』、すなわち、その者の利益の平等な顧慮 (Berücksichtigung) によって取り扱われる、根本的な平等の要請の具体化として、理解される」¹²³⁾。

この保護領域の段階では、問題となっている「(不) 平等取り扱いが正義の基準、あるいは、対応している権利に一致しているか否かということのみ」が問題となる¹²⁴⁾。ここでは、「個人の権利 (individuelle Rechte) に関連する不平等取り扱いによる正当化のみが許容される」。すなわち、それ以外の「集合的な目的 (kollektive Ziele) に関する不平等取り扱い」はここではそもそも争点にならない¹²⁵⁾。このことが意味するのは、保護領域の段階では、目的・手段関係を問う比例原則審査を用いることはできず、「一致審査 (Entsprechungsprüfung)」¹²⁶⁾

122) 以上、Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 225f. vgl. Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 66), S. 481.

123) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 547.

124) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 226.

125) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 225.

のみが可能である、ということである。

不平等取り扱いがその都度の正義の基準と一致しているか否かは、恣意禁止原則によって審査する¹²⁷⁾。というのも、「平等原則の具体化の権限は立法者に帰する」からである¹²⁸⁾。

② 「保護領域において確認された特別な正義規範に違反する場合、平等原則への介入が存在する」ことになる¹²⁹⁾。一致審査によって正当化されない不平等扱いは、その都度の正義基準である内的目的に基づくものではなく、外的目的に基づくものであることが確定する。言い換えれば、保護領域の一致審査をパスしなかった不平等扱いは、「個人の権利」ではなく、「集合的な目的」（「社会の全体の利益 (der gesellschaftliches Gesamtnutzen)、公共の福祉 (die allgemeine Wohlfahrt)」)¹³⁰⁾に関連するものである。もっとも、「このような区別はそれ自体許容されないわけではなく、「平等原則は一応の権利 (prima facie-Recht) になる」¹³¹⁾。

③ 正当化の段階に移る。形式的正当化要件である法律の留保について、Stefan Huster は、本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie)¹³²⁾を顧慮する¹³³⁾。

その上で、実質的正当化の段階においては、比例原則審査を行う¹³⁴⁾。「(規範的な意味における) 不平等扱いは形成目的の追求に対する手段であり、目的

126) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 226. なお、西原は“Entsprechungsprüfungen”を「対応審査」と訳している (西原・前掲注3) 530 頁以下、同・前掲注3) 261 頁参照) が、本稿では、「一致審査」と訳す。

127) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 226; Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 547. 西原・前掲注3) 262 頁参照。

128) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 547. vgl. Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 226.

129) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 548. 西原・前掲注3) 261 頁参照。この平等権の介入の他にも、「立法者が、外的目的の追求を意図せず、狭義の正義を捉えそこなうこともあり得る」。これは、「立法者が許容することができない正義の規範を有している場合、すなわち、立法者が規律領域の内的な正義基準との一致への要請を有する区別の基準を、この要請を履行し得ることなく、適用した場合」である。もっとも、「立法者はあらゆる合理性を越え、それ故恣意であるような正義基準を主張することは滅多にないため」、このような場合は、「非常に稀な極端な事案である」(Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 233.)。

130) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 233. vgl. Wolfram Höfling, a. a. O. (Anm. 66), S. 2539.

131) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 548.

の追求と公正な区別の間に緊張関係が存在している」。そのため、「真の目的・手段関係と法益間の衝突が存在して」おり、「比例原則審査が可能である」¹³⁵⁾。なお、ここで言うところの、比例原則審査は、「新定式」ではない。というのも、Stefan Husterによれば、「連邦憲法裁判所の『新定式』は……構造的に恣意理論に一致している」からである¹³⁶⁾。そのため、本来の意味での「比例原則が必要になる」¹³⁷⁾。「不平等取り扱い、分配作用 (Verteilungswirkung) の観点から、正当化され」、通常の比例原則審査と同様に、「——一応不公正な——分配作用が、目指されている目的の達成のために、適当であり、必要であり、分配作用によって不利益を受けている該当者に要求し得る」場合、問題となっている不平等扱いは正当化される¹³⁸⁾。

132) 松本・前掲注15) 34頁以下。「本質性理論とは、国家におけるすべての本質的決定は議会で留保され、議会は本質的事項に関する限り、行政に委ねることなく自ら決定するよう義務づけられるという考え方」であり、ドイツの「実務上、確固たる判例法理として定着した」(同・42頁以下)。

133) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 548; Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 238. vgl. Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 66), S. 481.

134) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 239ff.

135) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549.

136) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549. Anm. 105.

137) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549.

138) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549. 1994年の雑誌論文では、Stefan Husterは狭義の比例原則審査に、格差原理 (Differenzprinzip) を援用する。格差原理とは、「社会的・経済的不平等は、次の二つの条件を充たさなければならない。第一に、社会的・経済的不平等が、機会の公正な平等という条件のもとで全員に開かれた職務と地位に伴うものであるということ。第二に、社会的・経済的不平等が、社会のなかで最も不利な状況にある構成員にとって最大の利益になるということ」という John Rawls の正義二原理のうちの、第二原理である (ジョン・ロールズ (著) / エリン・ケリー (編) / 田中成明・亀本洋・平井亮輔 (訳) 『公正としての正義 再説』(岩波書店、2004年) 75頁)。Stefan Husterによれば、格差原理によって、「形式的な分配関係 (Verteilungsrelation) ではなく、不平等取り扱いがもたらす実際の利益・不利益が問題であることが明らかになる」。そして「そのことによって、区別によってさしあたりより不利益な者も、区別から利益を享受しており、その結果、不利益取り扱いが同時にバランスのとれたものであるとき、形成に由来する区別は何れにせよ許容される。」この John Rawls の理論によって、「衡量 (Abwägung) は完全には回避できない」ということになる (Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549.)。

3 フスター・モデルと学説

ドイツにおいて当時フスター・モデルの他にどのような審査モデルが存在していたのか。主要なものを確認する(1)。また、ドイツの他の学説は、フスター・モデルに対してどのように評価しているのかを確認する(2)。以上の確認によって、他の審査モデルとフスター・モデルを比較し、学説上のフスター・モデルの立ち位置を確認する。

(1) 1990年代の審査モデル

『権利と目的』が発表された1990年代は学説上の審査モデルが活発的に提唱された時期である。当時の学説上の審査モデルをいくつか確認する。

(a) 他の審査モデル

介入モデルとは異なるが、平等原則の大家の一人として挙げられるのが Michael Sachs¹³⁹⁾である。Michael Sachs は、当初、態様の防御権としての基本法3条1項理解を根拠にしていた¹⁴⁰⁾。しかし、その後、見解を変える¹⁴¹⁾。このことが明らかになるのは、1988年の国法学者大会での彼の発言である。曰く、

139) ケルン大学教授であった。教授資格取得論文は『差別禁止の境界——基本法3条2・3項に基づく別異取り扱い禁止の検討 (Grenzen des Diskriminierungsverbots: eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz)』である(以上、石川・前掲注45)437頁参照)。Michael Sachs の略歴について、ケルン大学のホームページにて記載されている彼のプロフィールに基づき、簡単に紹介しよう。Michael Sachs は、「1951年6月12日にデュースブルク (Duisburg)」にて生まれる。「1969/1970年冬ゼメスターから……ケルン大学において法学」課程に在籍する。同大学において1976年7月14日に博士号を取得する。Klaus Sternの下で学術協力者等を経て、1985年7月4日に大学教授資格を得る。その後、彼は、キール大学、ザールラント大学、アウクスブルク大学を経て、「1987年7月2日に、アウクスブルク大学の公法学の大学教授」になる。ポツダム大学、デュッセルドルフ大学での講師を経たのち、2001年10月1日以降、ケルン大学に移る。「2020年2月の期限に伴い、退職した」。(https://sachs.uni-koeln.de/personen/prof-dr-michael-sachs) [最終閲覧日：2020年7月3日]

140) 例えば、1984年の論文では、「とりわけ連邦憲法裁判所の裁判を特徴づける平等権の多くの問題は、態様の防御権として平等権の権利性質を意識するとき、そして、平等権という手段によって追求された、その他の諸目的の代わりに、不平等なことについての防御を態様の防御権として、平等権の内容として真剣に受け取るとき、満足できて解決される」と言う (Michael Sachs, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, DÖV 1984, S. 419.)。

「……態様の防御権としての理解が本当に十分であるかは今日私には疑わしい」。「私が思うに、あらゆる内容的な開放性の場合に、それにもかかわらず、実体的権利として平等権を理解するとき、初めて、平等権は憲法の領域において、それに認められる重要性を得る¹⁴²⁾。以降、Michael Sachs は、態様の防御権に対して否定的見解を述べる¹⁴³⁾。更に、1996年の論文では、「防御権的な保護対象としての平等はむしろ（実体上、具体的ではない）人格的権利（*Persönlichkeitsrecht*）である」と言う。この人格的権利は、「基本法10条により保護された秘密、あるいは、—例えば名誉（*Ehre*）のような—一般的人格権の法的には広く形成されてない（例えば、氏名権（*Namensrecht*）のような）諸要素に類似したもの」である¹⁴⁴⁾。この一般的人格権、あるいは精神的人格権（*immaterielles Persönlichkeitsrecht*）¹⁴⁵⁾としての平等権は、2016年の論文でも変化はない¹⁴⁶⁾。Michael Sachs の精神的人格権に類似した見解として、1997年のPeter Martini¹⁴⁷⁾の見解が挙げられる。Peter Martini は、「あらゆる人間の、絶対的な人的で、事柄に即した法的平等（*die absolute persönliche und sachliche Rechtsgleichheit*）」¹⁴⁸⁾として基本法3条1項に保護領域を認める。

また、1995年においてフスター・モデルと同様に介入モデルに分類される¹⁴⁹⁾ Hans D. Jarass¹⁵⁰⁾は、「一般的平等原則が、一般的な行為の自由（*die allgemeine Handlungsfreiheit*）と同様に、基本的に包括的な保護領域を有する」と提唱していた¹⁵¹⁾。

1990年代は活発に上記のように人格権としての平等権、あるいは、一般的行為の自由のような包括的な基本権としての平等権などが活発に提唱されていた時代であった。ここで紹介した平等権理解とフスター・モデルの保護領域は内容が異なる。款を変えて比較しよう。

141) Michael Sachs の平等論の変遷については、Michael Kallina, a. a. O. (Anm. 10), S. 156f. 参照。

142) Michael Sachs, in: VVDStRL 47 (1989), S. 82.

143) Michael Sachs, *Der Gleichheitssatz als eigenständiges subjektives Grundrecht*, in: Rudolf Wendt/Wolfram Höfling/Ulrich Karpen/Martin Oldiges (Hrsg.), *Staat Wirtschaft Steuern: Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*, 1996, S. 319.

144) Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 143), S. 319.

145) Michael Sachs/Christian Jasper, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, JuS 2016, S. 770.

(b) フスター・モデルと他審査モデル

三段階審査という構造において、フスター・モデルとクレプファー・モデルと相違はない¹⁵²⁾(I 1、II 2)。しかし、クレプファー・モデルでは、何を以って、不平等取り扱いを受けている事柄が「本質的に平等なこと」であるか否かは不明瞭であった(I 2)。しかし、Stefan Husterは、保護領域に一致審査を組み込む

146) 2016年の論文においてMichael Sachsは次のように言う。「他の諸基本権規定とは異なり、基本法3条1項は、確かに保護対象としての個人の利益(生命、身体的な不可侵性、財産権など)を挙げていないが、不平等に取り扱われないという利益を平等原則の保護対象として理解することができる」。そして、「……基本法3条1項に由来する基本権を、平等取り扱いの利益に関する精神的人格権と呼ぶことができる」(Michael Sachs/Christian Jasper, a. a. O. (Anm. 145), S. 769f.)。しかし、Michael Sachsは、基本法3条1項に保護領域を創出することが、多数説には受け入れられていないことを認識している(S. 770.)。そのため、基本法3条1項に固有の保護対象を認めるのにもかわらず、Michael Sachsの審査モデルには保護領域が欠如している。Michael Sachsの審査構造は、三段階審査の構造ではない(vgl. S. 775.)。曰く、「基本法は、保護対象を挙げないが、禁止(Verbot)を内容とする諸基本権規定を定めているから、平等権の保護対象の仮定は、平等権を包括的に防御権のモデルに基づいて適用するために、やむを得ず必要というわけではない」。そのため、「保護対象を受け入れるか否かに依存せず、基本権への介入として、あるいは基本権への介入のように、禁止違反(Verbotsverstoß)を取り扱うことができ」、その「違反は憲法上の正当化が必要である」。その結果、基本法3条1項の場合、「……構成要件レベル(Tatbestandebene)では、保護対象の関係の確定は不要であり」、「いずれにせよ基本権介入として、あるいは、そのようなもののように基本法3条1項への原則禁止された違反を審査することのみが十分であり必要である」とする(S. 770.)。結果、審査モデルは、①不平等取り扱いの確認と、②その正当化、という二段階審査になる(S. 775.)。保護領域を認めつつも、結局は判例法理とほぼ同じ二段階審査による構成をとるといふ点に、判例法理と理論の間におけるMichael Sachsの妥協が現れている。Michael Sachsの基本書における基本法3条1項の審査枠組みにも保護領域の記載はない(Michael Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 298f. [15. Die Gleichheitssätze des Art. 3 GG, Rn. 51.])。

147) 同著書はパッサウ大学(Universität Passau)の「1995/96年の冬ゼミスターの博士論文(Dissertation)」であり、指導教官はOtfried Seewaldであった(Peter Martini, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, 1997, S. VII)。

148) Peter Martini, a. a. O. (Anm. 147), S. 242. vgl. Michael Kallina, a. a. O. (Anm. 10), S. 157.

149) Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 484. Anm. 55.

150) 執筆当時、ミュンスター大学教授であった。

151) Hans D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120. 1995, S. 362.

152) vgl. Stefan Möckel, Der Gleichheitsgrundsatz — Vorschlag für eine dogmatische Weiterentwicklung, DVBl. 2003, S. 491.

ことにより、不平等取り扱いを受けている事柄の性質が内的目的か、外的目的かを明らかにする。後者の場合、平等原則は「一応の平等権」となり、不平等扱いは正当化が必要な介入となる。

(a)で確認した Michael Sachs の「精神的人格権」、あるいは Peter Martini の「絶対的な人格的平等」は、基本法2条1項を狭義に理解する見解に近い。基本法3条1項の保護内容に価値の補填をしている。他方で、フスター・モデルの保護領域は、「一般的行為の自由」と「一般的人格権」の両方を含んでいる基本法2条1項¹⁵³⁾のような、広範な保護領域を前提にする包括的基本権として理解する Hans D. Jarass の平等権理解に近い。Stefan Huster の定立する保護領域は、「あらゆる事項領域において、その都度有効な基準によって、具体化され、はじめて構成される」¹⁵⁴⁾ものであり、常に基本法3条1項に価値を認めているわけではないように思われる。

なお、連邦憲法裁判所も2010年、2011年の「新定式」では、人格的メルクマール (Persönlichkeitsmerkmale) を審査密度の要素として挙げていた¹⁵⁵⁾。この点で、Peter Martini や Michael Sachs などの狭義の基本法3条1項理解は、判例法理に影響を与えていた可能性がある。しかし、人格権としての基本法3条1項理解は「人間の人格 (基本法1条1項) に由来する」¹⁵⁶⁾ものであり、人格権が関連する平等問題の場合には、基本法3条1項は基本法1条1項を援用すれば足りるように思われる。そして判例法理においても、人格的メルクマールは、審査密度を定めるメルクマールである他の基本権との関係性に吸収されてしまい、この文言は「新定式」から姿を消すことになった¹⁵⁷⁾。

153) 松本・前掲注15) 75頁以下、また基本法2条1項については、同・21頁以下参照。
また、基本法3条1項と基本法2条1項の基本権構造の比較については、Heiko Alexander Haller, Die Verrechnung von Vor- und Nachteilen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG: Eine Untersuchung zur Kompensation von Grundrechtseingriffen, 2007, S. 268f. 参照。

154) Werner Heun, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz: Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Art. 3, Rn. 28.

155) BVerfGE 127, 263 (280); BVerfGE 129, 49 (69). それぞれ拙稿・前掲注1) 1230頁、1236頁参照。

156) Heiko Alexander Haller, a. a. O. (Anm. 153), S. 268.

(2) フスター・モデルへの他学説の反応

近年、比較的若手のドイツ公法研究者はフスター・モデルを部分的に取り入れ、新たに自身の審査モデルを提唱している。例えば、Thomas Blome¹⁵⁸⁾は、Stefan Huster とは根底にある平等観は異なるものの¹⁵⁹⁾、基本法3条1項の保護領域審査に一致審査を取り入れる¹⁶⁰⁾。Stefan Möckel¹⁶¹⁾は、Stefan Huster の規範的平等を、この「定義が曖昧である」として「人格的正義 (Individualgerechtigkeit)」と言い換え¹⁶²⁾、「Michael Kloepfer と Stefan Huster による構造の提案に一致するかもしれない」三段階審査に基づく審査モデルを提唱する¹⁶³⁾。また、後述するが、フスター・モデルを「新定式」に整理する試み、修正したフスター・モデルを提唱する試みなどもある¹⁶⁴⁾。

フスター・モデルを継受する学説上のモデルがある一方で、フスター・モデルに対する批判も多く存在する。フスター・モデルに対する批判的分析には多様なものがある¹⁶⁵⁾。その中で注目に値し、多くの批判的分析が共通して指摘しているのが、内的目的・外的目的二分論に対するものである¹⁶⁶⁾。内的目的・外的目的二分論に関する批判を概観し、検討しよう。

157) Gabriele Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG – Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, S. 348f. 拙稿・前掲注1) 1240 頁参照。

158) 当論文執筆当時、Thomas Blome は「ケルン大学の Michael Sachs の国法学・行政法学の学術協力者である」(Thomas Blome, Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) – ein ordentliches Grundrecht!, JA 2011, S. 486.)。

159) Thomas Blome は、論文の題にもあるように基本法3条1項を「正式な基本権の一つ」として見なしており (Thomas Blome, a. a. O. (Anm. 158), S. 492.)、「一般的平等原則は、人的な妥当性要求 (der personale Geltungsanspruch) や、人の名誉の保護というような人格権の一部の諸内容に近い」と言う (S. 490.)。これは、先ほど確認した、彼の指導教官である Michael Sachs (S. 486. Anm. 1.) の平等権理解に類似している。

160) Thomas Blome, a. a. O. (Anm. 158), S. 489. なお、彼がここで二つの事案例を用いているが、その内一つは、Stefan Huster の例 (a-1) に依拠している。

161) 当論文の執筆当時、Stefan Möckel は、環境法を専門にするライプツィヒ大学 (Universität Leipzig) の博士 (Doktorand) であり、「ドイツ連邦環境基金 (Deutsche Bundestiftung Umwelt) の奨学生」であった。指導教官は、Christoph Enders である (Stefan Möckel, a. a. O. (Anm. 152), S. 488.)。

162) Stefan Möckel, a. a. O. (Anm. 152), S. 492, S. 496. vgl. Simon Kempny/Philipp Reimer, Die Gleichheitssätze: Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 131. Anm. 560.

(a) フスター・モデルへの批判概観

この種の批判は、不平等取り扱いを内的目的・外的目的に二者択一的に分類することが不可能である、と要約することができる。この問題は、1995年の書評で既に仄めかされていた¹⁶⁷⁾。1999年にBrun-Otto BrydeとRalf Kleindiekは明示的に次のように批判した。「『正義——広い裁量』と『手段 (Instrument)

163) Stefan Möckel, a. a. O. (Anm. 152), S. 495. しかし、いくつかの点で、クレプファー・モデル、フスター・モデルと、Stefan Möckelの審査モデルは異なる。例えば、「正義の基準のその時々への依存により、人格的正義と公共・第三者の利益の峻別は困難であるように思われる」と指摘する。「Michael KloepferとStefan Husterとは異なり」、Stefan Möckelの審査モデルの「提案は、公共・第三者という……利益のために相違され得る、規範的平等の基準のみが必要であるということを根底にしない」。Stefan Möckelの目的衡量論は次のものである。「規律目的Bの正義基準Bと相違を要請する規律目的Aは、それ自身、特有の正義基準A——基本法3条1項がその遵守を要求する——の起点である。」「この遵守は他方で目的Bと矛盾する。そして、正義基準の一つを実現せず、両目的が両方の基準を非常に広範に実現する均衡を要請する結果を伴う。」「例外的に、規律目的Aが特有の正義基準を要請しない場合、目的Aと、目的Bの正義基準B間の衡量」を行う(以上、S. 495)。ここでは、不平等取り扱いが内的目的(人格的正義)によるものか、外的目的によるものかは関係していない。

164) 公法研究者の他にも、Karl-Friederich Bremeierも、Stefan Husterの影響を受けている。彼は、①「区別基準の定立」→②「立法者の区別目的(規制目的)の定立」→③「区別の相当性の審査」という審査枠組みを提唱する。③の審査は次のような内容である。「a) 検討することになる区別がどの事案集団に分類されるのかを確かめる。b) 平等原則の保護領域を最初に自ら定義した立法者の正義決定が問題になる場合、恣意定式に基づいて区別を検討する。……c) 立法者が区別によって正義を規定せず、そのほかの目的を追求する場合、過剰禁止原則に基づいて区別を審査する。平等原則の内部の特別な評価の問題に基づき、必要性の審査はなされない。」③の審査内容は、「フスター・モデルに基づいて」いる(Karl-Friederich Bremeier, Die personelle Reichweite der Betriebsverfassung im Lichte des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG), 2001, S. 77.)。

165) vgl. Stefan Möckel, a. a. O. (Anm. 152), S. 491f.; Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 510ff. その他に、チューリヒ大学教授Tilmann Altwickerは、国際法の観点からフスター・モデルの分析を行う。好意的に評価しつつも、国際法上では、それが機能不全になる可能性を指摘する。すなわち、①「明白なもの限りの対象であるが、今まで、国連人権委員会(Menschenrechtsausschuss)の事案は内的目的を対象とすることはしない。つまり、比較された事情の相違に関係し、……一定の基準を必要とする内的目的の事案はなかった」、②「介入モデルは、特別な平等権上の保護領域を根底にして、平等推定モデル(das Modell der Gleichheitspräsumption)よりも、非常に要求多きものである。実体的な平等取り扱いの事項領域に特有な具体化を含む保護領域は、国際法秩序の前では達成することのない、基準定立のために規律密度による法秩序を前提にする」、と言う(Tilmann Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 90)。

166) Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 497.

—狭い裁量』の分類は……説得力がない。」「立法者が内的目的と外的目的を一つの規律において追求することによって、度々両目的の混合 (Gemengelage) が生じるため、権利と目的の区分はいずれにせよ疑わしい」¹⁶⁸⁾。近年なお、同じ趣旨の批判がなされ続けている¹⁶⁹⁾。理論上では、Stefan Huster の内的目的・外的目的の区分が可能であるが、実際の不平等取り扱いには両性質の目的が混在しており、区分することはできない、と指摘される¹⁷⁰⁾。

これらの批判は、具体的な事例¹⁷¹⁾、連邦憲法裁判所の判例¹⁷²⁾、条文を引き合ひに出して批判的分析を行う。例えば、Ferdinand Wollenschläger は、委託発

167) Wolfram Höfling, a. a. O. (Anm. 66), S. 2539. 曰く、Stefan Huster の「構想は、内的な権利に向けられた (rechteorientiert) 不平等取り扱いと、外的な目的に向けられた (zielorientiert) 不平等取り扱いの信頼できる境界の設定の可能性に依存している。その限りでは、平等原則の保護領域の該当する正義の観点の具体化の場合に、レールは前もって定められている。少なくとも黙示的な外的でもある目的の基準を考慮することなく、事情に内在的な正義規範を解釈上展開できるか、という決定的な問題が残されている」。なお、この問題は、Stefan Huster も想定し、自覚している (Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 510.)。曰く、比例原則と一致審査という「二つの審査の基準を混同するという間違いを避けたとしても、これらの段階の関係は、このモデルの弱点を残している」。「第一の思いつく異議は、権利と目的……の明確な分離が可能ということを否定し得るだろう。この区分は区別が精密では全くなく、個別の場合においては、内容的に議論の余地があり得る。……それどころか、昨日の目的適合性が今日の正義とさえ言」う。また、「この区分を一般的に表現することも難しいかもしれない」(Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 65), S. 242f.)。

168) Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, S. 39.

169) 後述する文献の他、vgl. Simon Kempny/Philipp Reimer, a. a. O. (Anm. 162), S. 132f.; Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 510.

170) vgl. Heiko Alexander Haller, a. a. O. (Anm. 153), S. 267; Karl-Friederich Bremer, a. a. O. (Anm. 164), S. 60ff.; Simon Kempny/Philipp Reimer, Konvergenzen und Kontroversen in der gleichheitsrechtlichen Diskussion, in: Simon Kempny/Philipp Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 170. Simon Kempny と Philipp Reimer が編者である論文集には Stefan Huster の 2017 年論文が掲載されている。なお、Simon Kempny と Philipp Reimer は、2012 年の著書では、別の観点からフスター・モデル及びその支持者を批判している。「介入モデルの支持者の場合、不平等取り扱いが規律関係の内部において公正であるように思われるときに、事柄に基づき内的目的を論じる」が、「適用されるべき正当化の要請——公正さ (Sachgerechtigkeit) あるいは比例性——が公正さに依存するのは、循環論法ではなからうか」と指摘する (Simon Kempny/Philipp Reimer, a. a. O. (Anm. 162), S. 133)。ちなみに、彼らの指導教官の一人は、Stefan Huster の書評を書いた Wolfram Höfling である (Simon Kempny/Philipp Reimer, a. a. O. (Anm. 162), S. VII.)。

注法 (Vergaberecht) について、「適当な入札者 (Bieter) と極めて経済的な提供品への割増 (Zuschlag) に関する顧慮においてのみ、内的区別目的が現れる」。しかし、「例えば環境保護の利益に関する、いわゆる副次的観点の追求は、外的目的に基づく区別を示すかもしれない」と述べ¹⁷³⁾、両目的の混在を示す。

Stefan Huster の 2017 年論文を見るに、Stefan Huster 自身もこのような批判の存在を認識している。その上で、Stefan Huster は、連邦憲法裁判所の外的目的に関する判例の分析の中で、判例が「内的区別目的・外的区別目的が全く存在していない、あるいは、少なくとも正確には区別できない、という幾度も述べられた批判は、多くの場合において正しくない、ということを示す」と再反論する¹⁷⁴⁾。

本稿でも目を変えて、Stefan Huster がここで外的目的の不平等取り扱いとして紹介する判例の一つを確認しよう。

(b) 2012年1月17日連邦憲法裁判所第二法廷判決

本稿では、連邦憲法裁判所が問題となった別異取り扱いの目的をどのように認定したかに着目する。この別異取り扱いが、外的目的によるものか、内的目的によるものかを確認する。

171) これは、Stefan Huster が『権利と目的』で用いた例 (II 2) がそもそも不適當である、という指摘である。例えば、Brun-Otto Bryde と Ralf Kleindiek は、例 a1、b1 について、「あらゆる刑法上の規律から、一方で規律は加害者の個人的責任を顧慮するが、他方で一般予防に作用するべきであるということ推察することができる」と言う (Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, a. a. O. (Anm. 168), S. 39)。Uwe Kischel は、「建築主に対する税負担は外的な目的であるのみならず、正義の要請として理解される。応能負担原則に基づく課税は、内的目的であるのみならず、貧しい者と金持ちの区分を国家によっては強めないためのものである」と述べ、明示していないが、おそらく例 a2、b2 について、批判する (Uwe Kischel, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), S. 191. Anm. 80)。

172) Karl-Friederich Bremeier, a. a. O. (Anm. 164), S. 61f.

173) Ferdinand Wollenschläger, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 119.

174) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 95), S. 105. もっとも、Stefan Huster は内的目的に関する連邦憲法裁判所の審査手法については痛烈に批判している (S. 100ff.)。Stefan Huster 自身は、内的目的の事案においては Stefan Huster の平等論と判例は乖離していると認識しているように思われる。そのため、本文で引用した文言は、あくまでも外的目的の事案におけるフスター・モデルと判例法理の接近・一致を見出している、という趣旨であろう。

(i) 事案の概要

本件は、2004年11月9日の郵便人的法の第一修正法1条5号aにおける、旧ドイツ連邦郵便の被雇用者の人的権利に関する法（Postpersonalrechtsgesetz）（以下、旧郵便被雇用者法とする）10条1項である¹⁷⁵⁾。同法の内容は、「連邦特別支払い法（Bundessonferenzahlungsgesetz）に基づく特別支払いの請求は、株式会社に勤務する公務員に対しては、考慮から外される」¹⁷⁶⁾というものだった。事案の性質上、基本法3条1項の他に、基本法33条5項、87f条1・2項¹⁷⁷⁾、143b条3項1文が問題になったが、本稿ではこれらの論点には立ち入らない。

連邦憲法裁判所の判決文に従い、同法の背景を確認する。第二次「郵便改革の過程で、ドイツ連邦郵便（Deutsche Bundespost）から、1994年に株式会社に变化した部分特別財産（Teilsondervermögen）であるドイツ郵便事業・郵便銀行・電信電話株式会社が形成された」¹⁷⁸⁾。基本法143b条3項は「ドイツ連邦郵便に勤務する連邦公務員は、その法的地位を維持しつつ、かつ、雇用当局の責任の下に、私的企業に勤務する。その企業は雇用当局の権限を行使する。詳細は、連邦法律でこれを規定する」¹⁷⁹⁾という内容であった。同3文に基づき、「連邦立法者は、旧郵便被雇用者法を公布した」。その内容は、「主に、ドイツ連邦郵便と

175) BVerfGE 130, 52 (52). 本法及びドイツにおける郵便事業を詳細に解説する文献として、米丸恒治「ドイツ第二次郵便改革の行政法的考察：郵便三企業の株式会社化・官吏の移籍・私人による官吏の雇用」鹿児島大学法学論集30巻2号（1995年）95頁以下（特に114頁以下参照）がある。また、基本法87f条とドイツ郵便事業の関係について、三宅雄彦「保障国家と公法理論：ドイツ規制緩和における国家任務の位置」社会科学論集126号（2009年）34頁以下参照。

176) BVerfGE 130, 52 (55).

177) それぞれ、33条5項「公務に関する法は、職業官吏制度の伝統的諸原則を考慮して規律し、かつ継続的に発展させなければならない」（初宿正典『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）22頁）、87f条1項「連邦は、連邦参議会の同意を必要とする連邦法律の基準に従って、郵便制度及び遠距離通信の分野において、地域間格差が生じないように……適切から十分なサービスを保障する」、2項「第1項の意味におけるサービスは、私経済的活動として、特別財産たるドイツ連邦郵便に由来する企業を通じて、及びその他の私的提供者を通じてなされる。郵便制度及び遠距離通信の分野における高権的任務は、連邦固有行政においてこれを遂行する」（同・56頁）という内容である。

178) BVerfG, Beschl. v. 17.1. 2012—2 BvL 4/09 (Ergangen auf Vorlagebeschl. Des BVerwG), NVwZ, 2012, S. 627.

179) 初宿・前掲注177) 111頁。

いうかつての部分特別財産の公務員の、その後続企業への移行を規定していた」。「当時の旧郵便被雇用者法10条は、株式会社にて勤務する公務員の俸給に関して、連邦特別支払い法の規定とは相違する様々な特別支払いを内容にしていた」。2004年修正法まで「郵便後続企業にて勤務する連邦公務員は一般的な、あらゆる連邦公務員に対して有効な規律に基づき、能力に依存しない特別支払い（Leistungsunabhängige Sonderzahlungen）を要請することができた¹⁸⁰⁾。

しかし、2004年の「旧郵便被雇用者法10条の改正に伴い、2004年以降年収入の5%の年次特別支払いをあらゆる他の連邦公務員に保障する連邦特別支払法に基づく特別支払いの要請は、同10条1項に基づき、2004年1月1日に郵便後続企業の公務員に対して、考慮から外された」。「ドイツ電信電話株式会社（以下、テレコム）に勤務する公務員について、確かに、テレコム・特別支払い命令（Telekom-Sonderzahlungsverordnung）により、特別支払いの要請が作られた」。しかし、これは「テレコムに勤務する公務員の大多数においては、連邦特別支払い法に基づいて主張できるはずだった金額には劣後した」。このように、ドイツ電信電話株式会社に勤務する公務員と、それ以外の連邦公務員の間に別異取り扱いが存在していた¹⁸¹⁾。

180) 以上、BVerfGE 130, 52 (54)。

181) 以上、BVerfG, Beschl. v. 17.1. 2012—2 BvL 4/09 (Ergangen auf Vorlagebeschl. Des BVerwG), NVwZ, 2012, S. 627. なお、更に、旧郵便被雇用者法10条の改正以前に、「テレコムに勤務する公務員の通常平均労働時間が38時間から34時間に短縮された」という特殊な背景も存在する (BVerfGE 130, 52 (58); BVerfG, Beschl. v. 17.1. 2012—2 BvL 4/09 (Ergangen auf Vorlagebeschl. Des BVerwG), NVwZ, 2012, S. 627.)。「旧郵便被雇用者法第一次修正の草案に関する公聴会でのテレコムのコンツェルン経営協議委員会の見解に基づく」と、この規定の背景は、テレコムとサービス産業労働組合連合 ver. di. 間の労働協定であった。当該協定の主な目的は、「2008年末までの協約被雇用者 (die tarifbeschäftigten Arbeitnehmer) について、企業に基づく終了解雇通告 (betriebsbedingte Beendigungskündigungen) の排除を追求していた。」そして、「労働関係の調和のために、……労働時間の短縮はテレコムで勤務する公務員に対しても適用される」こととなった (以上、BVerfGE 130, 52 (58f.)). また、協約被雇用者の訳出に関して、また同法の背景などは山口和人「ドイツ公務員制度の諸問題」レファレンス764号 (2014年) 6頁を参考にした)。

(ii) 判旨

第二法廷は、旧郵便被雇用者法 10 条 1 項は基本法に一致していると結論づける¹⁸²⁾。

第二法廷は、基本法 3 条 1 項・33 条 5 項に関する基準定立部分で、3 条 1 項について「新定式」を定立する¹⁸³⁾。また、33 条 5 項については「官職に関する平等な給料の原理」が、本件で問題となっている「特別支払いにも適用される」ことを述べる。その上で、「不平等取り扱いが基本法 3 条 1 項に由来する一般の平等原則の基準によって客観的に正当化されるとき、その不平等扱いは許容される」と言う。更に、立法者は俸給法に関して、広範な裁量を有しており、同時に、連邦憲法裁判所による審査密度は非常に緩やかになる旨が語られる¹⁸⁴⁾。

第二法廷は旧郵便被雇用者法 10 条 1 項の目的について以下のように判断する。同法 10 条 1 項は「連邦特別支払い法に基づく特別支払いの廃止によって、まず第一に郵便後続企業の競争力の強化という目的を追求した」。第二法廷は、「この目的は、不平等取り扱いを正当化するために、原則的に、十分に、重要なもので

182) BVerfGE 130, 52 (65).

183) その内容は次のものである。「……法律上の不平等取り扱いに対する正当化根拠について何を要請するかは、人間あるいは事項の不平等扱いが、基本権上保護された自由権にどの程度作用し得るかに本質的に依存する……。一般の平等原則からは、規律対象・区別メルクマールに基づいて、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に至る、立法者に対する様々な境界が生じる。」「ある規範名宛人の集団と別の規範名宛人の集団間に不平等な取り扱いを正当化することができるであろう性質と程度の相違が存在しないにもかかわらず、規範によって、ある規範名宛人の集団が他の集団と比較して別異に取り扱われているとき、その不平等扱いは、基本法 3 条 1 項の一般の平等原則に違反している……。基本法 3 条 1 項は、不平等取り扱いの観点から、客観的に正当化される区分メルクマールと関連していることを、要請する。人間集団の不平等取り扱いの根拠について、規範付与者が、その性質に基づいた適当な区分メルクマール (ein geeignetes Unterscheidungsmerkmal) を顧慮しただけでは十分ではない。むしろ、区別の程度についても、見出された相違と区別された規律の間の、十分な程度により客観的に是認できる区別観点として引き合いにだされる、内的関連性が存在していなければならない……」(BVerfGE 130, 52 (66))。なお、本決定の「新定式」には、「2011 年新定式」に特徴的な「無段階」という文言や Je-desto 公式が用いられていない。第二法廷は、第一法廷とは異なる「新定式」の発展を経ており、第二法廷が第一法廷の「2011 年新定式」に明らかに合流したのは 2015 年だからである (拙稿・前掲注 1) 1254 頁、Ferdinand Wollenschläger, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 100f.)。

184) 以上について、BVerfGE 130, 52 (67f.)。

ある」と判断する¹⁸⁵⁾。また、第二法廷は、「遠距離情報通信分野において機能する競争の確立について郵便後続企業において継続して勤務する公務員の人的動員のある程度の柔軟性が必要であるという連邦立法者の評価は、少なくとも、もっともなものであるように思われる。また、俸給法の領域において立法者の広範な形成余地の観点から憲法上異議を唱えることはできない。このことは、能力に依存した諸報酬要素 (Vergütungselemente) の強化と結びついた特別支払いの削減は……公務員関係にある従業員が勤務していない競争他社 (Mitbewerber) に対する郵便後続企業の人的経済上の不利の緩和に役に立ち得るとい立法者の仮定にも特に適用される」、と言う¹⁸⁶⁾。

なお、第二法廷は、随所で立法者の裁量が広いことを強調し、審査密度が非常に低い比例原則審査を行なっている¹⁸⁷⁾。「比較可能で公正な競争条件の成立について、特別支払いの緩和が適合しており、必要であるという、立法者の評価は、憲法上異議を唱えられない」として、適合性・必要性の審査をパスし¹⁸⁸⁾、「本法10条1項に基づく削減により引き起こされた他の連邦公務員に対するテレコム・公務員の不平等取り扱いは、また、比例していないわけではなかった」として、相当性の審査もパスした¹⁸⁹⁾。

(iii) 検討

では、本件の別異取り扱いは、内的目的によるものか、それとも、外的目的によるものか。既に述べたように、Stefan Huster は本件不平等取り扱いの性質を外的目的と認定していた。しかし、Ferdinand Wollenschläger は、「異なる勤務場所 (Beschäftigungsort) に目を向けた内的区別目的と想定される」¹⁹⁰⁾、と言う。Ferdinand Wollenschläger と Stefan Huster の見解の相違が生じていることそれ自体が、内的目的・外的目的二分論の難しさを物語っているが、どちらの理解が

185) BVerfGE 130, 52 (71).

186) BVerfGE 130, 52 (72f.).

187) BVerfGE 130, 52 (68, 72ff.).

188) BVerfGE 130, 52 (72).

189) BVerfGE 130, 52 (73).

190) Ferdinand Wollenschläger, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 119.

本判決を見るに、少なくとも、外的目的に含まれている別異取り扱いの場合には、フスター・モデルは該当しているように思われる¹⁹⁵⁾。

4 若干の検討：フスター・モデルと連邦憲法裁判所

最後に、フスター・モデルと連邦憲法裁判所の判例法理の距離について検討しつつ、本稿における Stefan Huster の平等論への評価を述べる。

ここでは、連邦憲法裁判所裁判官経験者の見解を参照しつつ、判例法理とフスター・モデルの相違を確認する。

(1) 連邦憲法裁判所第二法廷裁判官の見解

連邦憲法裁判所裁判官も Stefan Huster の平等論を認識している¹⁹⁶⁾。しかし、フスター・モデルが提唱され27年経つが、未だに判例法理には採用されていない¹⁹⁷⁾。むしろ、第二法廷裁判官であった Lerke Osterloh、Paul Kirchhof は内的目的・外的目的二分論に対して、批判的見解を述べている¹⁹⁸⁾。両者のフスター・モデルへの批判は、既に紹介した学説による批判と同様に、内的目的・外的目的二分論に向けられている。例えば、Paul Kirchhof¹⁹⁹⁾は「外的目的と内的目的の概念上の区分は、比較する一定の評価を明らかにするというより混同することになるだろう」²⁰⁰⁾と指摘する。

第二法廷裁判官だった Lerke Osterloh は、民法 1612b 条 5 項が問題となった 2003 年 4 月 9 日連邦憲法裁判所第一法廷決定を引き合いに出して、フスター・モデルを批判する²⁰¹⁾。まず、同決定を簡単に確認しよう。本決定では、「民法

195) Martin Borowski もフスター・モデルについて、「外的目的の領域においては平等原則の介入モデルに原則的には賛成すべきである」と言う (Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 513)。

196) 例えば、連邦憲法裁判所第一法廷裁判官 Gabriele Britz も裁判官就任前の著書において、Stefan Huster の論文を参照している (Gabriele Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, 2008, S. 158. Anm. 40.)。なお、Gabriele Britz が参照している箇所は、Stefan Huster がフスター・モデルについて論じている章ではない。

197) vgl. Volker Epping, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 804. Volker Epping は「連邦憲法裁判所の判例において、…… [内的目的・外的目的の：筆者注] 区分は今まで重要ではない」と指摘する。

1612b 条 5 項²⁰²⁾に基づく、子どもの養育費 (Kindesunterhalt) への児童手当

198) また、フスター・モデルへの批判・問題点の際に前述した Brun-Otto Bryde もその後「第一法廷裁判官として、2001 年 1 月 23 日から 2011 年 2 月 2 日まで連邦憲法裁判所に所属していた」。その他の略歴は下記の通りである。「故郷であるハンブルクにおいて法学課程」終了後、そして、「第二法学国家試験後、1971 年にハンブルク大学 (Universität Hamburg) にて 1971 年に博士号を得た」。「特に、エチオピアのアディスアベバおよび、アメリカのニューヘブーンにおけるイェール・ロースクール (Yale Law School) でのいくつかの教職」を経る。その後、「1980 年に、ハンブルク大学にて、『憲法の発展 — ドイツ連邦共和国の憲法における安定とダイナミズム』をテーマにした論文にて、大学教授資格を得る」。「ミュンヘン連邦国軍大学 (Universität der Bundeswehr in München)」での教職を経て、「1987 年に、ユストゥス・リービヒ大学ギーゼン (Justus-Liebig-Universität Gießen) にて公法学・政治学の大学教授」になる。その他に、ウィスコンシン大学 (University of Wisconsin) の客員教授、法社会学協会 (1992~1998 年) の会長等を勤める。(2018 年 1 月 11 日の連邦憲法裁判所ホームページに掲載されている Brun-Otto Bryde の 75 歳誕生日の記事 (75. Geburtstag des ehemaligen Richters des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Brun-Otto Bryde, Pressemitteilung Nr. 2/2018 vom 11. Januar 2018) より引用した (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/bvg18-002.html>) [最終閲覧日: 2020 年 5 月 31 日]、また、石川・前掲注 45) 57 頁以下参照)。

199) Paul Kirchhof は、1968 年に、ミュンヘン大学 (Universität München) にて、『基本法 33 条 4 項の高権の権限の概念 (Der Begriff der hoheitlichen Befugnisse in Artikel 33 Abs. 4 des Grundgesetzes)』で博士号を得る。1970 年から 1975 年まで、ハイデルベルク大学 (Universität Heidelberg) にて学術補助者を務め、1974 年に『間接的な効力による行政 (Verwalten durch mittelbares Einwirken)』によって大学教授資格を取得する。ミュンスター大学 (Universität Münster) で公法学の教授、および、同大学の租税法研究所の所長を務める。1981 年から、ハイデルベルク大学の公法学教授になり、財政法・租税法研究所の所長になる。1987 年 11 月 16 日から 1999 年 12 月 16 日まで連邦憲法裁判所第二法廷裁判官であった。以上の略歴については、2018 年 2 月 20 日の連邦憲法裁判所ホームページに掲載されている Paul Kirchhof の 75 歳誕生日の記事 (75. Geburtstag des ehemaligen Richters des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Dres. h. c. Paul Kirchhof, Pressemitteilung Nr. 8/2018 vom 20. Februar 2018) より引用した (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/bvg18-008.html>) [最終閲覧日: 2020 年 3 月 6 日]。

200) Paul Kirchhof, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staats Rechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, Rn. 26 Anm. 133.

201) Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 147f.

202) 当時、同法の内容は、「扶養義務者が、通常扶養額規則 (Regelbetrag-Verordnung) に基づく通常扶養額の 135% の養育費を支払うことができない限り、児童手当の加算はなされない」という内容だった (BVerfGE 108, 52 (58))。通常扶養額規則の訳語については三宅利昌「[研究ノート] ドイツにおける扶養法の改正について」創価法学 36 卷 2 号 (2006 年) 171 頁以下、特に 182、189 頁に依拠した。なお、現在は修正されており、本件で問題となった 5 項は削除されている。

(Kindergeld) の非可算」が問題となった²⁰³⁾。

第一法廷は、「根拠の基準に基づく」と民法1612b条5項は基本法に一致している」と結論づける²⁰⁴⁾。第一法廷は、本件で問題になった以下の事柄には「基本法3条1項違反を根拠づけることができるという、平等な事情の不等取り扱いが存在しない」と言う。つまり、「民法1612b条が、子どもの養育費への児童手当の加算を扶養義務を有する親の一方の給付能力(Leistungsfähigkeit)に依存させ、そして、扶養義務者が通常扶養額規則に基づき通常扶養額の135%の養育費を支払うことができない限り、同5項に基づき加算を除外する——他方で、このことができる扶養義務者は1項に基づき、子どもに分配される児童手当を、半分が計算に入れられる——」ことは、平等違反にはならない²⁰⁵⁾。

第一法廷は、「立法者は民法1612b条5項によって、さしあたり、あらゆる金銭的扶養義務者を平等に取り扱っている²⁰⁶⁾と述べる。そして、「区別するための給付能力(応能負担原則: Leistungsfähigkeit)に基づき、平等なことの不等扱いは存在していない。このことによって、給付能力における相違は、別異取り扱いに対する根拠と基準になる。これは、不平等なことはその特性に一致して別異に取り扱うという基本法3条1項に由来する要請に従う²⁰⁷⁾。そして、「扶養義務の程度においてのみならず、子どもの養育費について児童手当を適用する義務の場合にも、給付能力は、区別に対する平等原則に一致した基準である」として、給付能力・応能負担原則に関する審査を行う²⁰⁸⁾。しかし、更に、第一法廷は次のように述べる。「民法1612b条1項と5項に基づき、子どもの養育費を高めることについて扶養義務者の児童手当の異なる援用において、不平等取り扱いを見出すとしても……基本法3条1項違反は存在していないだろう。不

203) BVerfGE 108, 52 (53).

204) BVerfGE 108, 52 (67).

205) 以上、BVerfGE 108, 52 (67).

206) BVerfGE 108, 52 (68). 金銭的扶養の訳語については泉眞樹子「ドイツにおける非同居親の扶養義務と養育費立替法——ひとり親家庭への養育手当支給制度——」外国の立法284号(2020年)84頁(<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11499060> [最終閲覧日: 2020年6月24日])による。また、同書・85頁では現在の1612b条についても紹介されている。

207) BVerfGE 108, 52 (69).

208) BVerfGE 108, 52 (69).

平等取り扱い、規範によって立法者が意図する、養育の権利のある子どもの最低生活費の確保によって、「正当化されよう」と言う²⁰⁹⁾。このある種なお書きに Lerke Osterloh は注目する。

Lerke Osterloh は、「この例は、公正な不平等取り扱いと単なる正当化される平等取り扱いの間、すなわち、一致審査と比例原則審査、内的目的と外的目的を区分する論証が必然的にいくつかの困難に陥るということを示す」と指摘する²¹⁰⁾。先の、第一法廷は、応能負担原則の審査（公正な不平等取り扱いか否かの審査）を行い、不平等取り扱いが存在していないと認定する。しかし、更に、わざわざ仮定法（接続法 2 式）を用いて、仮に不平等取り扱い存在するとしても正当化されないことを言及しているのである（正当化され得る不平等取り扱いか否かの審査²¹¹⁾）。Lerke Osterloh は、「法規範による公正な平等の実現は、目的上公正な (zielgerecht) ・衡量された構成要件の規定・法効果の規定なしでは確実には行えない。一般に認められている正義基準に『一致』すべき規範に対しても同様である」と言う²¹²⁾。そして、Lerke Osterloh は、同判例が「内的目的と外的目的の徹底的に展開された区分は、異なる・様々に厳格な憲法上の審査基準の規定に対する実践的なドグマティック上の発展の基盤として評価されることはないという主張の根拠として見なされてしかるべきだ²¹³⁾と述べる。Lerke Osterloh の見解によれば、連邦憲法裁判所は内的目的・外的二分論を区別せず、そこに重きを置いていないように思われる。

この款で確認した二人の裁判官経験者は共に第二法廷に所属していた。ここで 1990 年以降、第二法廷が、当時の第一法廷の「1993 年新定式」の思考枠組みとは異なり、人間に関する不平等取り扱い・事項に関する不平等取り扱いという類型化を継受しなかったことを思い出さなければならない²¹⁴⁾。まさに当時の第二法廷に所属していた両裁判官が、事案を類型化して事案処理をするという点で「1993 年新定式」と類似している Stefan Huster の内的目的・外的目的二分論に

209) BVerfGE 108, 52 (72).

210) Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 148.

211) vgl. Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 148.

212) Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 148.

213) Lerke Osterloh, a. a. O. (Anm. 48), S. 148.

対して批判的であることは不思議なことではないように思われる。

一方で、Stefan Huster も連邦憲法裁判所が内的目的の不平等取り扱いの場合に、一致審査を行っていないことを認識している。彼は、内的目的の場合には、適切な比例原則審査も行われていないと批判する。彼は、内的目的の判例に対する批判において²¹⁵⁾、「比例原則審査を全く行わず、比例原則ドグマーティックの個々の大道具 (Versatzstück) — この援用は、更に、せいぜい余計なものであることが明らかになるのだが — を用いる諸判例は、比例原則審査としての平等審査に対する使用例とならざるを得ない」と諦観する²¹⁶⁾。外的目的に関しては、Stefan Huster の平等論と判例法理は一致し得る (II 3)。しかし、内的目的に関する不平等取り扱いの場合には、Lerke Osterloh が指摘するように、正義基準に一致する不平等取り扱いの場合でも目的に関する衡量を行う判例法理と、Stefan Huster の平等論は未だ乖離したままである。

(2) 若干の検討

学説上の批判が集中している内的目的・外的目的二分論について本稿の見解を述べる。既に述べたように、内的目的と外的目的が混在している場合でも、外的目的が含まれていれば、比例原則審査を行うことが可能であるように思われる。しかし、内的目的・外的目的二分論は、「1993年新定式」が直面したのと同様の問題を有しているようにも思われる。

「1993年新定式」の特徴は既に本稿でも言及したが、重要なことなので再度紹介する。「1993年新定式」は不平等取り扱いの類型を前提にして恣意禁止原則と比例原則を使い分けるものであった。「1993年新定式」の特徴は、直接に人間に関する不平等取り扱い・事項に関する不平等取り扱い他に、間接的に人間に関する不平等取り扱いという事案類型を創出したことであった。この「1993年新定式」の事案類型について、例えば、Michael Sachs は、「いずれの事項に関連す

214) 拙稿・前掲注1) 1249頁以下、及び、そこで参照した文献を参照。特に、vgl. Rudolf Wendt, Die Weiterentwicklung der „Neuen Formel“ bei der Gleichheitsprüfung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 1567.

215) ここでは、いくつかの判例が批判の対象になっている。その中でも、特に Stefan Huster が批判しているのは、2004年7月6日の連邦憲法裁判所第一法廷判決である。以下、Stefan Huster の批判に関係する箇所のみを紹介する。1993年の連邦育児手当法 (BVerfGG) 1条1a項1文が問題となった事案である。ここでは、「単に、特別滞在権 (Aufenthaltsbefugnis) を有している外国人に対する育児手当の不許可 (Nichtgewährung)」が争点となった (BVerfGE 111, 176 (177.)) (同法については、齋藤純子「ドイツの児童手当と新しい家族政策」レファレンス 716号 (2010年) 47頁以下参照。本稿における訳語も特に同・59頁脚注 64 に合わせた)。第一法廷は、基本法 6条1項に言及しつつ、「新定式」を定立する (BVerfGE 111, 176 (184.))。その上で、「……1993年連邦育児法 1条1a項1文の規定に基づいて、滞在権限を有する外国人は、個々の場合にドイツでの滞在がどれほど定着しているかに関係なく、育児手当を享受しなかった。」「特別滞在権を有する外国人は、ドイツ人および滞在権 (Aufenthaltsberechtigung) あるいは滞在許可 (Aufenthaltslaubnis) を有する外国人に劣後していた」と不平等取り扱いの確認を行う (BVerfGE 111, 176 (184f.))。しかし、「この別異取り扱いは正当化されない。」「立法者が、1993年の連邦育児手当法 1a条1項1文における申請者の滞在権限 (Aufenthaltsstiel) の性質との結びつきによって、長期間ドイツに滞在することが予期される外国人にのみ育児手当を認める限り、この目的 (Ziel) は正当 (legitim) であるが、選ばれた区別の基準は、このような人的集団を適切に包含するには適当ではない。また、「就業行為 (Erwerbstätigkeit) の放棄、あるいは、就業行為の制限によって、親に、子どもの自分での世話を可能にするという育児手当の重要な位置にある目的 (Zweck) は、連邦育児手当法 1条1a項1文において生じる、申請者の滞在権との結びつきを、正当化しなかった」(以上、BVerfGE 111, 176 (185.))。以上を踏まえて、Stefan Huster の指摘を確認しよう。この判決で、第一法廷は、「Grund」(根拠) (「新定式」において用いられている (BVerfGE 111, 176 (184.))、「Ziel」(目的)、「Zweck」(目的) という文言を用いる。この点について、Stefan Huster は次のように指摘する。「第一に具体的な規制意図 (Regelungsabsicht) に関しては不平等取り扱いの『目的 (Zweck)』あるいは『目的 (Ziel)』が述べられるのに対して、基本法 3条1項の大前提において、典型的には、不平等取り扱いに関する『根拠 (Grund)』が要求される」。しかし、「比例原則審査については、このことは、典型的ではない。つまり、「Gründe」と「Ziele/Zwecke」が意味を持って相互に関係しているかが、明らかではない」(以上、Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 95), S. 100.)。また、「区別の基準が、『このような人的集団を適切に包含するには適当ではない』という論述は、明白に、原因となる影響関係の否定とは全く異なる意味を有する。ここでは、立法者は——立法者が把握しようとし、そして、その境界の設定のための十分な根拠が存在する——集団を、区別によっては、把握していないことが、問題になるのみである」。そのため、先の判決における論述については、「規範目的を実現するために区別は適切ではないという関連を表現することは、それを越える情報価値を有さず、裁判所が比例原則審査を行うという不適切な自己評価に固執していない場合、何も選取られていない」(S. 101)。関連して、同論述は、「衡量、あるいは、比例原則審査の余地は最早なく、「区分が、実際に把握された規範名宛人の類似・相違に一致しないことを確かめる他ない」。また、『長期間ドイツに滞在する外国人が児童手当を要請する』』という「内的な分配基準がすでに確定しており、憲法上受容されている」が、「この基準の規範が適切に転換するか否かの根拠付にも争点についても、比例原則は何も寄与しない」と指摘する (S. 102.)。

216) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 95), S. 102.

る規定も……人間に調整することにより、人間に関連して表現させられる」という問題を指摘していた²¹⁷⁾。内的目的・外的目的二分論も、同様に、いずれの内的目的に関連する規定も解釈によっては外的目的に関する不平等取り扱いとして処理され得る。類型を無くし審査密度の問題として処理することによって、類型の境界の問題を解決した第一法廷が、類似した問題を生じ得る内的目的・外的目的二分論を、採用するとは思えない。

また、応能負担原則や罪刑均衡といった明らかな正義基準が存在しない事案の場合に、如何に正義基準を定立するのかについては、フスター・モデルでは明らかになっていないように思われる。Stefan Huster が応能負担原則などに関する事案以外でもフスター・モデルを適用可能であると考えていることは、上述した2012年のテレコム公務員の特別支払いに関する第二法廷判決や、2004年の外国人の育児手当に関する第一法廷判決から伺える。しかし、如何に、正義基準を設定するのかは明らかになっていない。

その他にも、内的目的・外的目的二分論には別の問題があると思う。不平等取り扱いがもっぱら内的目的に起因する場合でも、本人の影響可能性が著しく低い事案、あるいは、不平等取り扱いの程度が問題となる事案には、恣意禁止原則を内容とする一致審査ではなく、比例原則審査が必要になるのではないだろうか。この点については西原も「……対応審査の厳格な形は可能であるばかりでなく、必要であること」もあり、「特に人的メルクマールを手がかりとしているような場合、その基礎にある実質的な平等取扱いの基準をもっと詳しく分析し、正義に適しているといえるかどうかを立ち入って審査することはどうしても必要なはずである」²¹⁸⁾ともっともな指摘をしている。しかし、保護領域の一致審査において審査密度の高い審査を行う場合、そもそも三段階審査で構成する必要があるのか疑わしい。審査密度の高い一致審査が可能であるにしても、本人の影響可能性を保護領域の段階で顧慮することになる。これは、保護領域の審査という名目の下で、不平等取り扱いの存在の確認（介入）と正当化の段階の審査を一体に行っている

217) Michael Sachs, a. a. O. (Anm. 50), S. 128. 拙稿・前掲注1) 1226頁にて訳出しているが表現を改めた。

218) 西原・前掲注3) 262頁。

に過ぎないように思われるのである。

更に、フスター・モデルの全体構造にも疑問が残る。Brun-Otto Bryde と Ralf Kleindiek は次のように述べる。「……自由権とは異なる平等権からは立法者に定められた保護領域……は導出されえない。立法者が規律を設け、このことから不平等取り扱いが生じるときに初めて、平等権はその基本権的な効力を示す」²¹⁹⁾。今一度フスター・モデルの三段階審査を振り返ると、①保護領域で正義基準と一致しているか否かを確認し、②その正義基準に反する場合、一応の平等権への介入が存在するとして、③比例原則による正当化審査を行うというものであった。そもそも、①と②の段階は、内容的に表裏一体のものである。保護領域の段階で正義の基準に一致するかを審査し、一致していない場合、介入の段階で初めて一応の権利となる。結局、①と②は、連邦憲法裁判所の二段階審査で言うところの、不平等取り扱いの確認の審査と同一なものではないかと思うのである²²⁰⁾。なお、近年、ドイツの学説では、フスター・モデルを修正する見解が登場している²²¹⁾。例えば、Werner Heun は、「正義基準と外的目的の間の、判断される観念的な相違は、不平等取り扱いの正当化の領域で顧慮するべきである」と言う²²²⁾。修正されたフスター・モデルは、内的目的・外的目的という「二つの目的が、異なる段階に分散されるのではなく、統一した衡量を行う正当化審査が行われる」²²³⁾として、内的目的審査も正当化段階における審査で行う。修正されたフスター・モデルは Stefan Huster が保護領域で行うとした審査を正当化の審査に移動し、判例法理との接近を試みる。フスター・モデルの保護領域における一致審査が機能

219) Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek, a. a. O. (Anm. 168), S. 39.

220) 同趣旨の指摘として、Heiko Alexander Haller, a. a. O. (Anm. 153), S. 269.

221) vgl. Heiko Alexander Haller, a. a. O. (Anm. 153), S. 267.

222) Werner Heun, a. a. O. (Anm. 154), Rn. 29.

223) Heiko Alexander Haller, a. a. O. (Anm. 153), S. 267. また、Volker Epping は、連邦憲法裁判所が「同義的に用いる」、「相違 (Unterschiede)」と「根拠 (Gründe)」という文言の相違に着目して、内的目的・外的目的二分論を「新定式」に組み込む試みをする。すなわち、「事案集団間に存在する相違の顧慮 (内的目的)」の不平等取り扱い場合、「性質 (Art) と程度 (Gewicht) の相違」が問題となる。他方で、「それ以外の、公共の福祉の根拠 (Gründe) (外的目的)」が問題となる場合がある。「新定式」は、この両目的の平等審査を包含し得るとして、Volker Epping は「性質 (Art) と程度 (Gewicht) の根拠 (Gründe)」という定式に集約する (Volker Epping, a. a. O. (Anm. 5), Rn. 804, 806.)。

不全に陥らないようにようにするためには、このような修正が必要であろう²²⁴⁾。しかし、このような介入モデルにおける三段階審査に拘らない試みは、「基本権の構成要件と基本権の制約の分離による、基本権の利益と衝突する法益の関係を明らかにする機能を有する」²²⁵⁾として、介入モデルを採用する Stefan Huster の構想とは離れている。

おわりに

本稿は、介入モデルの展開を概観した。ドイツ学説における平等審査の介入モデルは1980年のクレプファー・モデルから始まった。Michael Kloepfer は平等原則において三段階審査に基づく審査モデルを提唱した (Ⅰ)。Stefan Huster は、このクレプファー・モデルを継受した。Stefan Huster は、内的目的・外的目的二分論を前提にするフスター・モデルを提唱した (Ⅱ 1~2)。フスター・モデルは他の研究者に影響を与える一方で、他の学説から批判がなされている (Ⅱ 3)。介入モデル、あるいは、基本法3条1項に固有の保護領域を認める見解などが、近年活発に議論されている。しかし、フスター・モデルは未だに判例法理には導入されていない。連邦憲法裁判所裁判官経験者からも批判が投げられている (Ⅱ 4)。

1 平等審査モデルと連邦憲法裁判所の共生？

一般的に、ドイツの連邦憲法裁判所の判例法理と学説の「共生」が指摘されているが²²⁶⁾、連邦憲法裁判所とフスター・モデルは乖離したままであり、共生は見出せない。そもそも、平等原則において、実務と学説の共生はあるのだろうか。

224) 西原も2017年の論文では、「対応審査」と「比例性審査」を、三段階審査の下、一体となっている審査としてではなく、事案毎に使い分けるものとして、フスター・モデルを修正しているように見える (西原・前掲注3) 530頁以下)。

225) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549.

226) マティアス・イエシュテット (高田篤 (監訳) / 高田倫子 (訳)) 「連邦憲法裁判所という現象」イエシュテット・レプシウス・メラース・シェーンベルガー (著) / 鈴木秀美・高田篤・棟居快行・松本和彦 (監訳) 『越境する司法：ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』 (風行社、2014年) 100頁以下参照。

平等審査に過剰禁止原則審査を取り入れたクレプファー・モデルと、比例原則審査を取り入れた連邦憲法裁判所第一法廷との間にも相関関係（共生）が見出せる（Ⅰ）。あるいは、Michael Sachs の人格権としての基本法 3 条 1 項理解と、2010 年、2011 年における「人格的メルクマール」に関する事案類型を創出した第一法廷との間にも——保護領域としての理解と事案類型としての理解という点で相違があるが——相関関係（共生）があると言える。しかし、連邦憲法裁判所が創出した「人格的メルクマール」類型はその後消失し、他の基本権との関係というメルクマールに吸収されることになる（Ⅱ 4）。また、連邦憲法裁判所第一法廷は、諸判例を整理して、事案類型、あるいは、メルクマールとして、判例法理を発展させてきた²²⁷⁾。近年、連邦憲法裁判所では、一般的平等原則に関して、判例法理と学説との共生というよりも、従来乖離していた第一法廷と第二法廷間の合流・共生が行われているように思われるのである²²⁸⁾。

話をフスター・モデルに戻す。いくつかの学説は、フスター・モデルを修正して、正当化の段階に、一致審査と比例原則審査の両方を並存させることで、判例法理とフスター・モデルの距離を縮めようとする。しかし、連邦憲法裁判所にとって、フスター・モデル、あるいは修正したフスター・モデルを導入することは、事案の類型化を放棄したスライディング・スケールである「2011 年新定式」から、事案の類型化に依拠し、恣意禁止原則と比例原則審査を並存し使い分けていた「1993 年新定式」への逆行に他ならない。そのため、連邦憲法裁判所がフスター・モデルを採用するとは思えない。

2 フスター・モデルと日本の平等判例

では、フスター・モデルの日本の判例法理への導入可能性はあるのか。西原は次のように述べる。「法律によって導入された区別が特定目的のための手段としての価値に基づいて正当化される場面で適用される、手段としての『必要性』に

227) 「1980 年新定式」から「1993 年新定式」への発展が特に顕著である（拙稿・前掲注 1）1224 頁）。

228) 「2011 年新定式」における第一法廷の第二法廷への接近、近年の第二法廷の第一法廷への接近については既に拙稿で論じた（拙稿・前掲注 1）1257 頁以下）。

重点を置く“比例性審査”と、そうではなくて『等しいものを等しく扱う』という理念を実現する際に規律対象の『等しさ』に対応した区別であることをもって異なった取扱いが正当化される場面で適用される、上位の規範として設定される『等しさ』の基準への対応関係を審査する“対応審査”の2つの審査類型が使い分けられるべき²²⁹⁾である、と。西原の提唱する審査モデルは、三段階審査に依拠しておらず、正当化の段階で比例原則審査と一致審査を使い分けるものであり、修正されたフスター・モデルに類似したものである。西原は、比例原則審査が妥当する例として平成27年国籍法3条1項違憲判決を検討する²³⁰⁾。本稿でも、(i) 外的目的に分類され得る平等判例、(ii) 内的目的に分類され得る平等判例に分類して、フスター・モデルの日本の判例法理への導入可能性を検討する。

(i) 外的目的に関する平等判例

外的目的に基づく別異取り扱いが問題となった平等判例として、平成27年3月27日西宮住宅条例合憲判決が挙げられる。最高裁判所第二小法廷は、日本国憲法14条1項について、地方公共団体の公営住宅制度に言及する²³¹⁾。本件で問題となった西宮市住宅条例の前提となる「公営住宅制度は、住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で住宅を賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とするものである（公営住宅法1条）」²³²⁾。また、最高裁は「当該市営住宅の他の入居者等の生活の平穩」にも言及する²³³⁾。

229) 西原・前掲注3) 531頁。

230) 西原・前掲注3) 530頁以下。

231) 最高裁判所第二小法廷判決平成27年3月27日・民集69巻2号423頁。

232) 廣瀬孝「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成27年度(上)』(法曹会、2018年)160頁、168頁参照。

233) 民集69巻2号423頁。遠藤美奈「【憲法】から見る」米田雅宏・遠藤美奈「暴力団排除条項の合憲性(最判平成27・3・27)——西宮市営住宅条例事件」法学教室472号(2020年)26頁参照。遠藤は「平成19年6月1日国土交通省住宅局長による『公営住宅における暴力団排除について』(国住備第14号)と題する通達」(20頁)に依拠して、「市営住宅からの暴力団員排除は、暴力団員の居住から生じる問題に対する入居者及び周辺住民の安全確保と、暴力団員入居により公営住宅制度への信頼が揺らぐこと及び不当な利得が暴力団の維持存続に利用されることを阻止する必要性に由来する」と述べる(同・26頁)。この目的もまた、外的目的である。

公営住宅制度を根底にする別異取り扱い、あるいは、他者の生活の平穩を追求する別異扱いは、「国民生活の安定と社会福祉の増進」という外的目的に起因するものである。外的目的に基づく不平等取り扱いの場合、比例原則審査を行うことになる。そして、本件では、地方公共団体の裁量が大きいこと、本人の影響可能性の程度が大きいために²³⁴⁾、審査密度は低いものになる²³⁵⁾。

(ii) 内的目的に関する平等判例

国籍法3条1項違憲判決を見てみよう。本件でも問題になった不平等扱いは、集合的目的ではなく、個人の特性に起因する不平等取り扱いである。

まず、本件の不平等取り扱いの正義基準を確定しなければならない。最高裁は、国籍法3条1項が「設けられた主な理由」として次のように説明する。「日本国民である父が出生後に認知した子については、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付きが生ずることから、日本国籍の取得を認めることが相当であるという点にあるものと解される」²³⁶⁾。また、「国籍法3条1項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律

234) 民集69巻2号423頁。また、本件は、日本国憲法22条1項の居住の自由にも関連する事案でもあった。日本国憲法22条1項を顧慮すると、平等審査の審査密度は上がることもなろう。しかし、最高裁は平等原則と居住の自由を結びつけることはしなかった。千葉勝美によれば、「居住の自由は、経済的自由の性格を持つとともに、人身の自由の側面を持ち、意思・思想の伝達や集会への参加等の自由とも繋がる可能性があり、精神的自由や幸福追求権とも関連」し、多面的な性質を有する(千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線：その先に見ていた世界』(有斐閣、2019年)25頁)。そのため、憲法22条1項の議論を憲法14条1項に結びつかなかったのかもしれない。しかし、最高裁は、①憲法14条1項の論点を論じた後に②憲法22条1項の論点を論じているが、②→①という順序で論じることによって、憲法14条1項において居住の自由の要素を顧慮することもできただろう。日本の判例法理が、平等審査において自由権との関係を顧慮しているかを明らかにした上でこの点については再度論じたい。なお、日独における平等審査と自由権審査の審査の順序を詳細に論じた文献として岡田俊幸「自由権審査と平等審査の関係」日本大学法科大学院法務研究15号(2018年)11頁以下が挙げられる。同論文は、平成27年の同判例の審査の順序の問題についても論じている(同・33頁脚注95)。また、遠藤・前掲注233)26頁参照。

235) 緩やかな審査がなされた点について、斎藤一久「暴力団排除規定を定める市営住宅条例の合憲性」法学セミナー727号(2015年)116頁参照。

236) 最高裁判所大法廷判決平成20年6月4日・民集62巻6号1372頁以下。

上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて」いる²³⁷⁾。すなわち、同法3条1項による不平等取り扱いには、①「血統主義」と②「我が国との密接な結び付き」という二つの正義基準が存在する²³⁸⁾。

本件不平等扱いは、この正義基準に違反することになる。「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることには相応の理由があったものとみられ……同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、……立法目的との間に一定の合理的関連性があった」²³⁹⁾。しかし、最高裁は事情の変化、諸外国の立法状況に言及し、次のように言う。「日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとするのは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということとはできない」²⁴⁰⁾。これは、一致審査と行うことができる。すなわち、今日では、不平等扱いは、上記②の正義基準に一致していない²⁴¹⁾。そのため、本件不平等扱いは、平等権への介入となり、正当化の審査に移行する。

本件不平等扱いは、日本国籍という「我が国の構成員としての資格であり、「我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」に関するものあり、「子にとっては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」に関するものであ

237) 民集62巻6号1373頁。

238) 高橋和之・岩沢雄司・早川眞一郎「〔鼎談〕国籍法違憲判決をめぐって」ジュリスト1366号(2008年)57頁[早川発言]参照。

239) 民集62巻6号1373頁。

240) 民集62巻6号1373頁以下。

241) 西原もまた「……『家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付き』という上位の区別基準との対応関係を問う、対応審査の機能する余地は残る」と述べ、「最高裁は……現在の状況の下では『密接な結び付き』の有無を見分ける信頼できる基準ではないから、有用性がなくなったと判断した」と解する(西原・前掲注3)532頁)。

る²⁴²⁾。そのため、審査密度の高い比例原則審査を用いることとなった²⁴³⁾。

一見すると、内的目的に関する日本の平等判例も、フスター・モデルによって整理することができるように思われる。

しかし、内的目的に基づく不平等取り扱いが問題になり、正義基準と一致するが、比例原則審査を行ったと思われる平等判例も存在する。尊属殺違憲判決である。フスター・モデルによれば、罪刑均衡による不平等扱いは内的目的に基づく不平等取り扱いである(Ⅱ 2)。最高裁は、旧刑法 200 条の目的について次のように言う。「尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される」。「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない²⁴⁴⁾。その上で、「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえず、「被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであり、「このことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはでき」ないと言う²⁴⁵⁾。フスター・モデルに依拠すると、本件不平等扱いは、正義基準に一

242) 民集 62 卷 6 号 1372 頁。

243) 以上の、審査密度のメルクマール、及び、審査密度の高い比例原則審査が用いられた点については、渡辺ほか・前掲注 15) 147 頁(渡辺)の見解に依拠したものである。また、蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室 397 号(2013 年) 107 頁以下参照。なお、平等原則と比例原則に関する有益な分析として、松本和彦の論文が挙げられる。そこで、松本は、①「比例原則のうちの適合性原則だけを取り込む」平等原則審査(松本和彦「比例原則の意義と問題点——ドイツ流の比例原則を手がかりにして」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』(弘文堂、2019 年) 120 頁以下)、②「必要性原則・相当性原則を取り込んだ平等原則」に分けて(同・122 頁以下)、日本の最高裁の平等判例を分析する。松本によれば、国籍法 3 条 1 項違憲判決は①に含められる(同・121 頁以下)。

244) 最高裁判所大法廷判決昭和 48 年 4 月 4 日・刑集 27 卷 3 号 268 頁。

245) 刑集 27 卷 3 号 269 頁。

致することになり、審査は終了する。旧刑法200条による不平等取り扱い、本質的に平等なことへの不平等取り扱いではないこととなる。しかし、周知の通り、この後、最高裁は、「刑罰加重の程度」²⁴⁶⁾に着目して、目的に対する「『立法目的達成の手段』の合理性（規制方法と立法目的との関連性）」²⁴⁷⁾を審査することになる。すなわち、「必要性原則・相当性原則を取り込んだ平等原則」審査、「実質的には比例原則そのもの」の審査がなされた²⁴⁸⁾。内的目的である事案であるものの、目的・手段に基づく比例原則審査に移行した尊属殺違憲判決は、フスター・モデルでは整理できない。ドイツにおいてMartin Borowskiが指摘していたように、日本の平等判例でも、内的目的・外的目的の両方に対して「比例原則の構造における衡量が可能であり、場合によっては、必要」なのである²⁴⁹⁾。

3 結論と残された課題

本稿の帰結は次のものである。ドイツにおいて、フスター・モデルと連邦憲法裁判所の距離は乖離している。また、日本において、少なくとも平等原則一般に関してはフスター・モデルを日本の判例法理に導入することは困難であるように思われる。事案類型を前提にする「1993年新定式」と日本の判例法理が相違していること、「1993年新定式」よりも「2011年新定式」の方が日本への導入可能性があることは既に拙稿で論じた²⁵⁰⁾。「1993年新定式」と思考枠組みが類似しているフスター・モデルと、「2011年新定式」の導入可能性の比較についても同様である。

もっとも、特定の場合には、フスター・モデルは妥当する可能性は残されている。先に示したように、国籍法3条1項違憲判決の思考様式とフスター・モデルは親和性が高い。このことを手掛かりにすると、フスター・モデルと長谷部恭男

246) 刑集27巻3号269頁以下。

247) 田尾勇「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和48年度』（法曹会、1975年）143頁。

248) 松本・前掲注243)122頁。また、石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって(2)」法学教室344号(2009年)41頁参照。

249) Martin Borowski, a. a. O. (Anm. 8), S. 513.

250) 拙稿・前掲注1)1260頁。

のベースライン論は近いもののように思われる。ベースライン論とは、①「違憲審査の前提となる特定のベースライン（標準的な制度形態）が当該制度について存在するか否かをまず問ひ」、②「それが存在する場合には、現在の法制度とそのベースラインとの距離を測るとともに、その乖離に合理性・必要性がどの程度あるかを審査する」ものである²⁵¹⁾。フスター・モデルでの保護領域審査も①「正義基準との一致を問うものであり、一致していない場合（すなわち、乖離する場合は、介入となり、②「比例原則審査を行うものであった。ベースラインの定義と正義基準の定義は異なるが、明確な正義基準が存在する場合にはフスター・モデルは機能し得る可能性がある。

同様に、国籍法3条1項を手掛かりにすると、フスター・モデルと、「時の経過」論が関連する平等審査は親和性が高いと思われる。「時の経過」論とは、「立法者による当初の制度形成の必要性や合理性を認めた上で、そのような合理性が『時の経過』によって失われていないかどうかを審査するという手法」である²⁵²⁾。「時の経過」論が用いられた例として、頻繁に挙げられるのが国籍法3条1項違憲判決である²⁵³⁾。本稿は、内的目的の例として同判決をフスター・モデルで整理したが、そこでの一致審査の内容は、「時の経過」論として憲法学上説明されるものである²⁵⁴⁾。国籍法3条1項違憲判決と同様に、最高裁が「時の経過」論を用いた平等判例として、平成25年婚外子法定相続分違憲決定²⁵⁵⁾が挙げられる

251) 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）63頁以下〔初出：長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト1366号（2008年）78頁以下〕。

252) 渡辺ほか・前掲注15) 84頁（渡辺）。なお、「時の経過」論は、日本のドイツ憲法研究では、事後的正義義務の文脈で語られることが多い（入井凡乃「立法者の予測と事後的正義義務：ドイツ連邦憲法裁判所判例を中心に」法學政治學論究：法律・政治・社会96号（2013年）343頁以下、特に、346頁以下、同「事後的正義義務と新規義務」法學政治學論究：法律・政治・社会101号（2014年）103頁以下）。本稿での仮説については、ドイツにおける事後的正義義務について分析をした上で、再度、検討することとしたい。

253) 渡辺ほか・前掲注15) 84頁以下、147頁（渡辺）、巽智彦「立法事実論の再構成——事実認定論からみた違憲審査」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）27頁以下、櫻井智章「時の変化——社会状況の変化は違憲の理由になるか？」大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエンigma』（成文堂、2018年）142頁以下。

254) 渡辺ほか・前掲注15) 84頁以下、147頁（渡辺）。

255) 最高裁大法廷決定平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁。

が²⁵⁶⁾、本決定は多くの学説が指摘するように、様々な問題を有している²⁵⁷⁾。近年の「時の経過」論を分析する論稿は立法事実の評価を問題にしているが²⁵⁸⁾、平成25年決定を見るに、最高裁は、「時の経過」論が関係する平等問題について、審査枠組みすら未だに確立していないのではないかと²⁵⁹⁾。本稿筆者は、仮説の段階であるが、国民の意識などの「時の経過」論が関連する平等問題における、平等審査枠組みの確立にフスター・モデルが寄与するのではないかと思う。すなわち、①「時の経過」論を用いて、正義基準との一致を確認する。②一致が見出せない場合には、問題となっている不平等取り扱いが平等権への介入となり、正当化が必要である。③正当化の段階では、比例原則による審査を行うことになる²⁶⁰⁾。

また、特定の法領域に限って、フスター・モデルは妥当する可能性もまた、残されている。当初、Stefan Husterは、特に、類型化(Typisierung)、政治的平等(die politische Gleichheit)、租税法に着目していた²⁶¹⁾。Stefan Huster自身はフスター・モデルの適用を特定の法領域に限定していないが、法領域を限定すれば、日本に導入できる可能性が残されている。この点は、残された課題として、上記の法領域に関する連邦憲法裁判所の平等判例を分析した上で、別の機会に結論付けることとしたい。更に、本稿の検討を通して、本稿の主題とは別のテーマを論じる手がかりを得た。「新定式」(あるいは、平等原則における比例原則審査)の根源の問題である。Michael Kloepferは、恣意禁止原則が平等原則における比例原則(過剰禁止原則)に至ると解していた²⁶²⁾。Stefan Husterもまた、1994年論文では、『新定式』は……構造的に恣意理論に一致して」おり、本来

256) 前掲注253)にて挙げた文献を参照。「小選挙区制下における区割りの不平等」問題もまた「時の経過」論の典型的な例である(渡辺ほか・前掲注15)149頁(渡辺)が、本稿では、分析対象を一般的平等原則に限定し、選挙の平等については分析しない。

257) 特に、山崎友也「統治構造において司法権が果たすべき役割 第2部【第5回】憲法判例における論証作法と学説の「使命」——非嫡出子相続分違憲決定・その後」判例時報2426号(2020年)123頁以下参照、蟻川・前掲注243)111頁以下参照。

258) 櫻井・前掲注253)145頁以下、巽・前掲注253)27頁以下。

259) 渡辺は、同判決について「平等審査の枠組みが明確ではない」(渡辺ほか・前掲注15)151頁(渡辺)と指摘する。同趣旨の指摘として白水隆「平等違反基準の変更なき変更——目的手段審査か総合衡量か?」大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエンigma』(成文堂、2018年)38頁以下。

の比例原則とは異なる旨を述べていた²⁶³⁾。平等原則における比例原則審査とされている「新定式」は恣意禁止原則に由来するものである可能性がある²⁶⁴⁾。この点についても、残された大きな課題として別の機会に論じることとしたい。

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

260) この整理は Stefan Huster の問題意識とは異なるものであろう。この整理は次のように言い換えられる。従来、ある別異取り扱いは正義基準と一致していたため、平等原則違反とはならなかった。しかし、「時の経過」により、この別異取り扱いは正義基準と一致し得ない不平等取り扱いになり得る。そのため、まず、正義基準との一致の確認が必要であり(①)、一致しない場合には(②)、正当化が必要になる(③)。この点、平成 25 年決定は、①と③を混同してしまっているか、あるいは①の審査にとどまっているように思われる。また、一般の平等原則の領域において、同様に、「時の経過」論の例として挙げられるのが、再婚禁止期間違憲判決(最高裁大法廷判決平成 27 年 12 月 16 日・民集 69 卷 8 号 2427 頁)である(前掲注 253)にて挙げた文献を参照)。同判決では、立法目的を「女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにある」と言う。そして、最高裁は、「このような立法目的には合理性」を認めている(民集 69 卷 8 号 2434 頁)。最高裁の判断に依拠すると、本件で問題となる不平等取り扱いの性質は、「父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ」という外的目的に基づくものになる。そのため、比例原則審査が可能になる。そして、白水が指摘するように「婚姻の自由へ直接的に制約を課す事案であったことや 24 条 2 項が定める個人の尊厳と両性の本質的平等といった重要概念により、立法裁量を枠づけた」(白水・前掲注 259) 40 頁、民集 69 卷 8 号 2431 頁以下参照)。本判決では、国籍法違憲判決や、平成 25 年婚外子法定相続分違憲決定と同様に、随所、「国民の意識」の変化について言及している(民集 69 卷 8 号 2432 頁、2437 頁)。しかし、先の 2 つの決定とは異なり、国民の意識とは他に、医療や科学技術の発展(民集 69 卷 8 号 2436 頁)もまた本決定において重要な要素であったことに留意しなければならない。

261) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 545.

262) Michael Kloepfer, a. a. O. (Anm. 16), S. 62.

263) Stefan Huster, a. a. O. (Anm. 68), S. 549. Anm. 105.

264) 西原の紹介する Ute Sachsofsky の「新定式」に対する見解も、Michael Kloepfer と Stefan Huster の見解と類似している(西原・前掲注 3) 263 頁脚注 37 参照)。また、玉蟲もこの論点に言及しており、「一部の論者は、恣意定式のなかには比例性審査がすでに内包されていたことを指摘している」として Uwe Kischel の見解を紹介する。なお、玉蟲自身は、「恣意定式のなかには比例原則審査が内包されているというよりも、恣意定式自体が比例原則審査の一つのヴァリエーションであったと考える方が適切かもしれない」と述べる(玉蟲・前掲注 47) 600 頁以下)。