

ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向

宮 地 基

はじめに

平等違反に関する違憲審査基準は、審査基準論の難問の一つである。自由権侵害の違憲審査基準については、近年ドイツ連邦憲法裁判所の三段階審査の手法が広く紹介され、ドイツの基準論の有効性が認められつつあるが、平等違反については、ドイツ連邦憲法裁判所の判例自体が必ずしも一貫していなかったこともあって、ドイツの基準論にそれほど強い関心が寄せられてこなかった⁽¹⁾。しかし最近になって、とりわけ第一法廷の主導によって平等違反に関する連邦憲法裁判所の判例動向にかなりの変化が見られ、違憲審査基準が精緻化されてきた。第一法廷の裁判官である Britz は、2013 年に発表した論稿⁽²⁾においてこれまでの判例を整理し、「今日ではきわめて明快な審査プログラムを認めることができる」と述べている。本稿では、この Britz の論稿に依拠しながら平等違反の審査基準に関する最近のドイツ連邦憲法裁判所の判例理論を検証し、日本の平等審査への応用可能性を探ってみたい。

1. 連邦憲法裁判所における従来の平等審査基準——「新定式」

連邦憲法裁判所における平等審査は、1980 年代以来「新定式」とよばれる審査基準に基づいて行われてきた。この基準によれば、憲法の平等原則に対する違反が疑われる不平等取扱は、その区別の標準が人の属性の相違にあるのか、

それとも事実および行為の相違にあるのかによって、厳格度の異なる基準によって審査される。人の属性の相違を理由として不平等取扱を行う場合には、比例原則に基づく厳格な審査が行われ、事実および行為に関する不平等取扱は、恣意の禁止という緩やかな基準で判断されてきた。

これに関する典型例としてたとえば、民事訴訟の迅速化措置に関する1980年10月7日の第一法廷決定³⁾では、時宜に遅れた攻撃防御方法を排除し、上級審でもこれを考慮しないことを定めた民事訴訟法の改正について、異なる訴訟当事者間における不平等取扱ではなく、同じ当事者の異なる行動が不平等に取り扱われているにすぎないとした。そして、「異なる人物集団間の正当化されない異なった取扱い以外の部分では、平等原則は立法者に対し、一人の人物の生活事情または行動を、規制との関連ごとにその都度異なって取り扱う自由を大幅に認めている」として、緩やかな基準を採用する。ここで採用される基準が「恣意の禁止」である。「平等原則の中には根本的な法原理である恣意の禁止が表現されており、この原理は司法のみならず、立法者に対しても一定の限界を設定する。……立法者が、複数の解決策の中で、最も目的にかなった、最も合理的な、あるいは最も正しい解決策を選ばなかったとしても、それによって直ちに恣意的に行動したとはいえない。そうではなく、法律の規定について事柄に即した理由が見いだせない場合にはじめて、恣意的に行動したといえる。そのような場合には、客観的な意味での恣意性、すなわち、規制しようとする立法対象に関連した現実的かつ明白な不適切性が存在する。これらの基準は、事実関係を規制する場合の法律上の区分について判断するためにも、またそのためにこそ適用され、この場合には、規制される事実関係の不平等な取扱が、正義の思考に則った考え方にもはや合致しえない場合、すなわち法律上の区分に納得のいく理由がない場合にはじめて、立法者に認められる裁量の余地を超えたことになる。しかし、一貫した判例によれば、法律の規制に対してそのような恣意性があると非難できるのは、その不合理性が明白である場合に限られ

る。』⁽⁴⁾

これに対して、人物集団間の不平等取扱については、比例性の考え方に準拠した厳格な審査が要求される。その典型例としては、民法の解雇予告期間に関する1990年5月30日の第一法廷決定⁽⁵⁾を挙げることができる。この決定では、肉体労働に従事する労務者（Arbeiter）と事務的・頭脳労働に従事する被用者（Angestellte）とを区別し、労務者については短い予告期間で解雇することを認めていた当時の民法の規定が問題となった。この決定の中で連邦憲法裁判所は、「規範名宛人の複数の集団間で異なった取扱をすることが基本法3条1項の一般平等原則に適合しうるのは、両者の間に不平等取扱を正当化しうるに足るような種類および重要性を持った相違が存在する場合に限られる。不平等取扱とこれを正当化する理由との間には、相互の適切な比例関係がなければならない」⁽⁶⁾と判示し、比例性の考え方に基づく厳格な審査基準が適用されることを明らかにした。

この比例性の審査⁽⁷⁾に当たっては、第一に、不平等取扱がこれを正当化する目的との関係で「適合的」であること、すなわち、不平等取扱によってその目的が達成されるという関係にあること、第二に不平等取扱が目的達成のために「必要」であること、すなわち他の方法によってはその目的が同じように効果的に達成できないこと、そして第三に「狭義の比例性」、すなわち達成しようとする目的の重要性に比して不相当に大きな不利益が当事者に課せられないことが求められる。この決定で連邦憲法裁判所は、第一の適合性審査の段階ですでに「労務者の被用者との間の不平等な解雇予告期間を正当化するために持ち出される両者の間の若干の相違は、これらの相違と解雇予告期間との間に正当化できる関連性がないため、そもそも適合的とはいえない」⁽⁸⁾として、当時の民法の規定が基本法3条1項に違反するとの結論を導いている。

2. 新傾向への契機

このような、図式的に二分化した合憲性判定基準が修正される契機となったのは、性転換法に関する1993年1月26日の第一法廷決定である⁽⁹⁾。この決定では、性同一性障害者が名を変更することを認めた法律が25歳以上という年齢制限を定めていたことが、基本法3条1項の一般的平等条項に反するかどうかが問われた。この決定理由の中で第一法廷は、従来の二分化図式にいくつかの重要な変更を加えた。

(1) 二分化図式から連続的無段階基準へ

第一に、平等権侵害の場合の審査基準が、厳格な比例性の原則と緩やかな恣意禁止とに単純に二分化されるわけではなく、その両者の間に様々な段階があり得ることを認めた点である。この決定では「一般的平等原則からは、それぞれの規制対象および区分メルクマールに応じて、単なる恣意の禁止から比例原則の諸要請への厳格な拘束に至るまで立法者にとっての様々な限界が導かれる」⁽¹⁰⁾という定式化が行われた。この考え方は、従来の二分化図式を大きく転換する契機となった。本来比例性審査それ自体が、審査の厳格度（審査密度とも言われる）という点で厳格度の高い審査から比較的緩やかな審査まで幅広い審査を可能とする基準である。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、その最も緩やかな端に恣意禁止の基準が置かれ、最も厳格な端に比例原則への厳格な拘束が置かれることによって、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。Britzによれば、「その後第一法廷は、二元的な基準形成から明示的に距離を置き、恣意禁止も、比例性の原則に一体的に準拠した基準形成の現れと理解している。新定式は、基本法3条1項から導かれる比例性の基準が恣意禁止とはカテゴリーカルに異なったもの

だということを示唆しようとしていた。しかし恣意禁止を比例性原則によって輪郭を定められた基準枠組の中で特に寛大な正当化要請だと理解することによって、恣意禁止は、比例性の観点に照らして行われる基準形成の中に容易にこれを統合することができる。⁽¹¹⁾このような理解によれば、恣意禁止の基準は、比例性審査の最も緩やかな適用形式に過ぎない。Britz は、「これによって二元的な基準形成システムとは決別した」と断言している。

(2) 事実関係に関する不平等取扱への厳格審査の拡張

第二にこの決定は、人物集団間の不平等取扱と、事実関係および行動に関連する不平等取扱という区分それ自体を相対化した。すなわち、厳格な審査基準が適用されるのは、人物に関する区分に限られない。場合によっては、事実関係および行動に関連する不平等取扱についても、厳格な審査基準が適用されることがあり得る。「しかしながら狭い方の拘束は、人物に関連した区分の場合に限定されない。事実関係の不平等取扱が間接的に人物集団間の不平等取扱をもたらし場合にも、そのような拘束が適用される。」⁽¹²⁾

このように、厳格な審査基準を人物集団間の間接的な不平等取扱にも拡張する傾向は、その後の判例でも踏襲され、第二法廷の判例にも取り入れられている。たとえば登録生活パートナーを有する公務員に、配偶者を有する公務員と同等の家族手当を認めていなかった当時の連邦法の合憲性が争われた2012年6月19日の第二法廷決定⁽¹³⁾では、「一般的平等原則からは、それぞれの規制対象および区分メルクマールに応じて、単なる恣意の禁止から比例原則の諸要請への厳格な拘束に至るまで様々な限界が導かれる」⁽¹⁴⁾という第一法廷の定式をそのまま採用し、「人物集団間の不平等取扱の事例では、原則として立法者は比例性原則の諸要請に厳格に拘束される。このことは、事実関係の不平等取扱が間接的に人物集団間の不平等取扱をもたらし（にすぎない）場合にも妥当する」⁽¹⁵⁾と判示した。そして婚姻している公務員と、生活パートナー登録をして

いる公務員との不平等取扱につき、「家族手当の支給あるいは不支給は、明示的にそれぞれの公務員の性的指向に基づいて決まるわけではなく、家族内の地位に基づいて決まるものである。しかし間接的には、性的指向が基準となっている。なぜなら家族手当の支給基準となっている家族内の地位それ自体は、当該公務員の性的指向に係わらず得られるものであるとはいえ、婚姻を選ぶか登録生活パートナーを選ぶかという個人の決定は、本人の性的指向とほとんど不可分に結びついているからである。」⁽¹⁶⁾として、厳格な審査基準を適用することを明らかにし、この結果、公務員の俸給に関する当時の連邦法の規定が違憲と判断された。

このような傾向について Britz は、厳格な審査基準の適用領域を広げるものだと評価している。なぜなら、たいていの事実関係または行動に関連する区分は、少なくとも間接的には、人物集団間の不平等をもたらすからである。この結果、人物に関する不平等取扱とその他の不平等取扱の区別は、ほとんど意味を失ったというのである⁽¹⁷⁾。

(3) 審査基準の厳格度を定める指標

さらにこの決定では、従来の二分化図式に代わって審査基準の厳格度を決定する要素にも言及されている。第一は、基本法3条3項に列挙された差別禁止事由との近似性である。「立法者に対する拘束は、人物に関するメルクマールが基本法3条3項に列挙されたものに近ければ近いほど、したがってこれを理由とする不平等取扱が少数派の差別につながる危険が大きければ大きいほど、それだけ一層厳しいものになる。」⁽¹⁸⁾

第二は、区別のメルクマールに本人が影響を及ぼせる程度である。「行動に関する区別の場合には、立法者に対する拘束の程度は、区別の基準となっているメルクマールの実現に、本人がその行動によってどの程度影響を及ぼすことができるかによって左右される。」

第三に、自由権との関連性である。「さらに、人物または事実関係の不平等取扱が基本権によって保護された自由の行使に対して不利益に働く可能性が強ければ強いほど、それだけ一層、立法者の形成の余地が狭くなる。」

この決定での定式化は、人物集団間の不平等取扱と事実関係の不平等取扱の二分化という従来の定式を一部残している。すなわち、第一の指標である基本法3条3項の列举事由との近接性は、人物集団間の不平等取扱の場合に問題となり、第二の本人による影響の程度は、事実関係の不平等取扱の場合を想定している。そして第三の自由権との関連性という指標は、両方の不平等取扱に共通して適用されることが予定されている。しかしながら、その後の判例においては、この二つの不平等取扱の二分化図式がほぼ全面的に放棄された結果、この三つの指標は、従来の二分化図式に代わって、平等違反の事例における違憲審査基準の厳格度を定める新たな指標として機能するに至っている。以下では、Britzの指摘を手がかりに、この三つの指標が最近の判例においてどのように適用されているかを検証する。

3. 新傾向の内容

(1) 基本法3条3項の列举事由との近似性

基本法3条3項は、「何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷および家柄、その信仰、宗教上または政治上の見解を理由として、不利益を受け、または優遇されてはならない。何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない」と定めている。連邦憲法裁判所の一貫した判例によれば、ここに挙げられている差別禁止事由は単なる例示ではなく、少数派の差別につながるため原則として不平等取扱が許されない事由を列举したものであって、これらの事由に基づく不平等取扱を憲法上正当化するためには、その不平等取扱がどう

しても必要であり、かつ厳格な比例性を満たすことが求められる⁽¹⁹⁾。これまでの判例において連邦憲法裁判所は、区別の理由となっているメルクマールが、基本法3条3項に列挙された事由に近似したものであるほど、それだけ一層、不平等取扱を正当化するための要求が厳格なものになると判断してきた。

① 性的自己同一性

その一例として、性的自己同一性を理由とした不平等取扱が挙げられる⁽²⁰⁾。公務労働者の遺族年金をめぐる2009年7月7日の第一法廷決定では、婚姻関係にあった遺族と、生活パートナーシップ登録をしていた遺族との間の遺族年金の不平等について、「人物集団間の不平等取扱をする場合に求められる要請は、区別の指標となっている人格的メルクマールが3条3項のメルクマールに匹敵するものであって、少数派の差別につながる危険が大きければ大きいほど、それだけ一層厳格なものになる。性的指向の場合がこれに当たる⁽²¹⁾」と判示して、この不平等に対して厳格な審査基準を適用することを明らかにし、本件における婚姻と登録生活パートナーとの不平等取扱は、憲法上正当化できないとの結論を導いている⁽²²⁾。

② 国籍

もう一つ、最近の判決が基本法3条3項のメルクマールとの近似性を理由として厳格な審査基準を適用した例として、国籍による不平等取扱をあげることができる。州法による育児手当の支給をめぐる2012年2月7日の第一法廷決定⁽²³⁾では、「立法者が国籍を基準として区別を行うことは、必ずしも全面的に禁じられているものではない⁽²⁴⁾」としながらも、「外国の国籍者に対する不平等取扱は、特定の状況においては、そのような取扱が本人に対してもたらす不利益な効果という点で、基本法3条3項1運に列挙されたメルクマールに基づく区別に近くなり、その結果不平等取扱の正当化に対して憲法上厳格な要請が課せられることがあり得る⁽²⁵⁾」として、基本法3条3項に列挙された事由との近似性を理由に厳格な審査基準の適用を要求し、育児手当の支給をEU加盟国お

よび経済協定締結国の国籍者に限定していた州法を違憲と判断している。もっともこの決定では、問題となった州法は、緩やかな審査基準を適用したとしても正当化できないと判示されており、実際にどの程度審査基準が厳格になるのかは必ずしも明らかにされていない⁽²⁶⁾。

(2) 自由権との関連性

もう一つ、法律によって具体的に定められた不平等取扱が、本人の自由権の行使に影響を及ぼす場合にも、厳格な審査基準が要求される。すなわち、法律によって自由権が制限されている場合に、自由権の制限それ自体としては憲法上正当な理由に基づくものであって違憲とはいえなくとも、一部の人々だけにその制限が課せられており、他の人々には課せられていない場合には、平等原則違反が問題となる。この場合には、自由権と無関係な不平等取扱の場合よりも、厳格な審査基準が要求されるというのである。

その具体例として、登録生活パートナーによる承継養子に関する2013年2月19日の第一法廷判決⁽²⁷⁾を挙げることができる。ドイツでは、養子は原則として未成年の子の利益のために、裁判所の許可に基づいて行われ、実方との血縁関係は消滅する。したがって、子にとって実親と養親が併存すること、あるいは複数の養親が存在することは、原則として起こらない。例外となるのは、一方配偶者が婚姻前から有していた実子または養子を他方配偶者が婚姻後に養子とする場合である。この場合には、養子縁組後も他方配偶者との実親子関係または養親子関係は影響を受けない。ところが同性カップルに対して婚姻に代わる制度として導入された登録生活パートナーに関する法律では、一方パートナーの実子を他方パートナーが養子とすることは認められたものの、一方パートナーが登録前から有していた養子を他方パートナーが登録後に養子とすること(承継養子)は認められなかった。

この点について連邦憲法裁判所は、すでに実親または養親がいる以上、承継

養子の禁止それ自体は、親による養育の確保を求める子供の権利を侵害するものではないとしながらも、「承継養子の禁止が人格の発展にとって重要な子供の基本権に関わるものであるという理由だけでもすでに、憲法上の要請は単なる恣意の禁止を超えたものになる。たとえ立法者が関係する子供の基本権を侵害していないとしても、それでも婚姻の一方当事者の養子、および登録生活パートナーの一方当事者の実子には承継養子に伴う生活形成および発展の可能性が開かれているのに対し、登録生活パートナーの一方当事者の養子にとっては、この可能性が禁じられていることに変わりはない。」⁽²⁸⁾として、厳格な審査基準を適用することを明らかにした。その結果、登録生活パートナーの一方当事者の養子と、婚姻の一方当事者の養子との不平等取扱には、憲法上正当な理由がないと判断されたのである。

(3) 本人による影響可能性

さらに近年の連邦憲法裁判所判例では、区別の根拠となっているメルクマールに対して、当事者が自らの行動によって影響を及ぼすことができるか否か、あるいは本人の自由になるか否かという考慮が、審査基準の厳格度を左右してきた。

たとえば、大学在学中に受けた奨学金の返還免除の条件が、西側諸州と旧東ドイツから加入した東側諸州とで異なっていた事件について、2011年6月21日の第一法廷決定は、「立法者に対する拘束の程度は、区別の理由となっている基準を実現するために、本人が自らの行動によってどの程度影響を及ぼすことができるかという点に、とりわけ左右される」と判示している⁽²⁹⁾。

これに対して、区分のメルクマールが本人にとって「自由になる」か否かという基準を採用した例として、先に挙げた外国人に対する育児手当の不支給をめぐる2012年2月7日の第一法廷決定⁽³⁰⁾がある。この決定では、基本法3条3項に列挙されたメルクマールとの近似性と並んで、「法律による区分の理由

となっているメルクマールが、個人の自由になる程度が小さいほど、憲法上の要請は厳しいものになる」ことが指摘され、「国籍は原則として両親の国籍または出生地といった本人が左右できない事情によって決まるものであり、国籍を変更するためにも、これまた必ずしも本人の自由にならない要件を満たす必要がある」⁽³¹⁾として、厳格な基準の適用を示唆した。

Britzによれば、本人が区分のメルクマールに「影響を及ぼすことができる」か否かという定式と、区分のメルクマールが本人の「自由になる」か否かという定式の間には大きな差は見いだせないという⁽³²⁾。さらに、外国人に対する育児手当不支給の事件に典型的に現れているように、この指標は、「基本法3条3項の列挙事由との近似性」という指標と大幅に重なり合う。基本法3条3項に列挙されている事由の中には、「性別、生まれ、人種、言語、故郷および家柄」といった、生まれによって決定され、本人が影響を及ぼすことのできない事由が数多く含まれているからである。

4. 新傾向に基づく平等違反審査の構造

最近の連邦憲法裁判所判例によれば、平等違反の事例においても、比例原則に基づく審査が行われ、その際、審査の厳格さは比例性審査における審査密度によって定まる。

Britzの指摘によれば、不平等取扱の根拠となっている相違が不平等取扱を正当化するに足る重要性を有するか否かの具体的審査は、比例性審査の段階を踏んで行われる。「第一に区別が正当な目的を追求しているか否か、すなわち正当な区分根拠が存在するか否か、第二に、目的達成のために、すなわち区分根拠を実現するために、区別が適合的であるか否か、そして第三に、目的達成のために、すなわち区分根拠を実現するために、区別が必要であるか否か」⁽³³⁾という審査である。自由権侵害の場合に行われる比例性審査では、この後にい

いわゆる狭義の比例性の審査、すなわちたとえ重要な目的達成のために適合的かつ必要な制限であったとしても、当事者に加えられる不利益の程度が、自由権を制限する目的の重要性と比較して不相当に大きなものではないかという審査が行われ、多くの事例で裁判の結論を左右する決定的な段階となっている。しかし Britz によれば、平等違反の審査の場合には、狭義の比例性の審査は実際には不必要なのが普通であるという。「なぜなら先に行われる審査基準の決定、および区分根拠が——厳格さの程度に鑑みて——十分な目的に役立つものであるか否かという先行する問題の中にすでに衡量が含まれており、それによって規制を支持する利益とこれに反する利益との対比という、狭義の比例性審査に特徴的な要素が先取りされているからである」⁽³⁴⁾

Britz の整理によれば、平等違反の合憲性審査が行われる事例では、審査の厳格度は、結局のところ比例性審査の枠内における審査密度によって定まることになる。そしてこの審査密度は、主として区分根拠の合理性を審査する段階で現れる。「厳格度の低い審査の場合には、区分が明らかに不合理でなければ足りるのに対し、より厳格な審査の場合には、区分根拠の合理性、適合性および必要性が通常はより精密に調べられる」。さらに、立法者に形成の余地および評価の余地がどの程度認められるかという点でも、審査の厳格度が異なる。

「厳格度が増すにしたがって、まず立法者に認められる実体的な形成の余地および評価の余地が小さくなる。この点は、とりわけ区分根拠の正当性が問われる場面で重要な役割を果たす。さらに、出発点となる状況および行おうとする規制がもたらす影響についての事実に関する判断に際して立法者に認められる評価優先権も小さくなる」。そしてこの審査密度が、上に述べた三つの指標によって決まってくる。すなわち区別のメルクマールが基本法 3 条 1 項の差別禁止事由に近似している場合、自由権の行使に影響を及ぼす場合、そして区別のメルクマールに本人が影響を及ぼすことが困難な場合には、厳格な審査が行われ、区分根拠の合理性、適合性および必要性が精密に調べられ、立法者の幅広

い形成の余地および評価の余地は認められなくなる。

Britz は、平等審査に関する最近の連邦憲法裁判所判例のもう一つの特徴として、「je-desto 思考」、すなわち「……すればするほど、それだけ一層……」という定式を挙げる。「一般平等原則からは、規制対象および区分メルクマールごとに、立法者に対する異なった限界が導かれ、その限界は、恣意禁止に限定された緩やかな拘束から、厳格な比例性の要求にまで至ることがあり得る。不平等取扱が少数派の差別につながる危険が大きければ大きいほど、自由権がかかわる度合いが大きければ大きいほど、そして不平等取扱の理由となっている事情に当事者が影響を及ぼせる可能性が小さければ小さいほど、それだけ一層、不平等取扱を支える根拠は重要なものでなければならない」⁽³⁵⁾ (強調は引用者による)。この思考方式は、本来比例性原則それ自体の特徴であり、平等違反の違憲審査に比例性原則が取り入れられていることの当然の現れと言ってもよい。さらに Britz は、この思考方式の結果、連邦憲法裁判所の平等審査の新傾向は、必ずしも立法者にとって厳しいものになるとは限らないという。新傾向は、逆に立法者によって今までより寛大な審査を導くこともあり得る。すなわち、「不平等取扱が少数派の差別につながる危険が少なければ少ないほど、自由権に関わる度合いが小さければ小さいほど、そして当事者が不平等取扱の理由となっている事情に影響を及ぼせる度合いが大きければ大きいほど、それだけ一層正当化の審査は緩やかなものになる」からである。

おわりに

以上のように、平等審査に関する最近の連邦憲法裁判所判例は、自由権に関して展開されてきたいわゆる三段階審査に匹敵する緻密さをそなえてきている。この審査基準は、日本国憲法 14 条に基づく違憲審査にあたっても十分な有効性を持っていると考えられる。

まず、日本国憲法14条も基本法3条3項に匹敵する差別禁止事由を定めている。14条1項後段の「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」という列挙事由について、日本の最高裁判例は一貫して「例示的なもの」と解しているが、基本法3条3項の列挙事由「性別、生まれ、人種、言語、故郷および家柄、その信仰、宗教上または政治上の見解」と比較しても、歴史的に少数派の差別を導いてきた典型的な事由を列挙したものであって⁽³⁶⁾、これらに基づく差別は原則として禁じられ、例外的に許されるためには厳格な審査基準を満たさなければならないと解すべきである⁽³⁷⁾。

それ以外の差別事由に関しては、ドイツ連邦憲法裁判所の判例理論に準拠して、列挙事由との近似性、自由権との関連性、そして本人による影響可能性の程度を基準として、違憲審査基準の厳格化または緩和が可能である。ドイツの比例性審査の基準に依拠するならば、審査基準の厳格度はきわめて緩やかな審査から厳格な審査まで連続的なものであって、厳格審査基準、中間審査基準、明白性審査といった段階を設ける必要はない。区別を定めるに当たって認められる立法府の裁量の広狭も、この三つの指標を用いて定めることができる⁽³⁸⁾。比例性審査の有効性は、近年の自由権に関する三段階審査の紹介によって、日本でも広く認識されつつある。最近のドイツ連邦憲法裁判所の判例動向は、平等審査においても比例性審査が有効であることを示す有力な兆候であるといえる。

注

- (1) ドイツにおける平等違反の違憲審査基準を扱った日本の文献として、井上典之「平等保障の裁判的実現(三)——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)693頁以下。また、基本法3条2項、3項の個別的差別禁止事由に関する判例を検討したものとして、西原博史『平等取扱の権利』(2003成文堂)184頁以下。
- (2) Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346.
- (3) BVerfGE 55, 72.

ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向

- (4) BVerfGE 55, 72 (89f.).
- (5) BVerfGE 82, 126.
- (6) BVerfGE 82, 126 (146).
- (7) 自由権の制限の場合の比例性審査について、さしあたり小山剛『憲法上の権利』の作法(新版)』(2011 尚学社) 68 頁以下。
- (8) BVerfGE 82, 126 (148).
- (9) BVerfGE 88, 87. 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)』(2006 信山社) 67 頁。
- (10) BVerfGE 88, 87 (96).
- (11) Britz, a.a.O., S. 347.
- (12) BVerfGE 88, 87 (96).
- (13) BVerfGE 131, 239.
- (14) BVerfGE 131, 239 (255).
- (15) BVerfGE 131, 239 (256).
- (16) BVerfGE 131, 239 (258).
- (17) Britz, a.a.O., S. 348.
- (18) BVerfGE 88, 87 (96). 以下この節の引用はすべて同じ頁から。
- (19) Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Aufl., 2016, Art. 3 Rn.135;
- (20) BVerfGE 124, 199. この決定の紹介として、渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップをめぐる連邦憲法裁判所判決：家族手当と遺族年金について」産大法学 43 卷 3・4 号 409 頁。
- (21) BVerfGE 124, 199 (220).
- (22) BVerfGE 124, 199 (224).
- (23) BVerfGE 130, 240. 難波岳穂「育児手当における外国人除外条項の合憲性—バイエルン州育児手当事件」自治研究 91 卷 2 号 143 頁参照。
- (24) BVerfGE 130, 240 (253).
- (25) BVerfGE 130, 240 (255).
- (26) BVerfGE 130, 240 (256).
- (27) BVerfGE 133, 59.
- (28) BVerfGE 133, 59 (87).
- (29) BVerfGE 129, 49 (69). ただし、この事件でも連邦憲法裁判所は、問題となった不平等取扱は「たとえ緩やかな審査基準を適用したとしても」基本法 3 条 1 項に違反するとの結論を導いているため、審査基準の厳格度は結論に影響を及ぼして

ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向

- いない。BVerfGE 129, 49 (70).
- (30) BVerfGE 130, 240.
 - (31) BVerfGE 130, 240 (255).
 - (32) Britz, a.a.O., S. 350.
 - (33) a.a.O.
 - (34) a.a.O.
 - (35) Britz, a.a.O., S. 351.
 - (36) このような観点からは、「社会的身分」は限定的に解されるべきであって、「社会的身分……によって差別されない」という文脈から見ても、ここで言う「身分」は「身分差別」というときの「身分」、すなわち生まれによって将来の社会的地位が決められてしまう封建的な身分制度を指していると理解すべきである。
 - (37) 日本でも従来から、この列挙事由に基づく差別には厳格な審査を求める説は有力である。伊藤正己『憲法（第3版）』1995 弘文堂 249 頁以下、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』2011 岩波書店 133 頁ほか。
 - (38) 立法府の裁量の広狭を定める基準については、拙稿「立法裁量統制の意義と限界」公法研究 77 号 184 頁（2015）も参照。