

平等取扱原則と比例性

玉 蟲 由 樹

I はじめに

「平等（取扱）原則」と「比例原則」とは、ともに人権保障のために憲法が要求する原則であるが、それぞれが独自の意味をもつ。

平等原則は、一般に、本質的に等しいものについては等しく扱うことを要請する原則とされ⁽¹⁾、これに対する公権力による侵害は日本国憲法でいえば14条1項違反となる。これに対して、比例原則は、とりわけ個人の自由に対する公権力の介入が「比例的」であることを要求し、これに対する違反は各種の自由権侵害として、やはり違憲評価を受ける⁽²⁾。いずれも公権力による憲法上の権利に対する介入の限界を画する原則という点においては共通するものの、それぞれ違憲判断のポイントは異なっている。このため、公権力が本質的に等しいものを恣意的に不平等に取り扱う場合、それだけで公権力の措置は平等原則違反となるのであって、措置が比例的であるか否かの判断は必要がない。逆に、公権力の措置が比例的なものではないと判断される場合であっても、だからといってかかる措置が平等原則にも触れるとは限らない。

このように平等原則と比例原則とは、公権力の行使に対して、ともに人権尊重の理念に根拠づけられつつも、異なった、そして独立した観点から介入の限界を画する原則であるといえる。このことは、とりわけ立法者との関係でいえば、憲法上の権利への介入に際して立法者

がもつ判断権に、それぞれ独自の観点から限界を画するものであるということになる。憲法上の権利の制約が「例外的措置」であるとするのであれば、例外が許容されるためには憲法上の正当化が要求されることになるが、制約が平等原則に反する場合にも、比例原則に反する場合にも、立法者の判断の正当化は不可能となる。

平等原則と比例原則は、本来、用いられる場面も異なる。平等原則が適用されるのは、特定の人的グループや事実関係が他の人的グループや事実関係と異なって取り扱われている不平等取扱い事案についてであり、他方、比例原則が適用されるのは、公権力が個人の自由領域に介入している自由制約事案についてである⁽³⁾。不平等取扱いは必ずしも個人の自由に関与するものではないことも多く、この点でも両者は独立した配慮であるといえよう。

しかし、現実の平等原則審査のなかでは、平等原則と比例原則とが結びついたかたちで審査が行われることがある。よく知られた例を挙げれば、刑法(旧)200条が憲法14条1項違反かが問題となった尊属殺重罰規定違憲判決において最高裁は、憲法14条1項の「平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」だと解した上で、刑法200条が「普通殺のほかに尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえない」としつつも、刑罰加重の程度についても審査を行う必要があることに言及し、「加重の程度が極端であつて、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない、かかる規定は憲法14条1項に違反して無効であるとしなければならない」との判断基準を示した⁽⁴⁾。

この審査枠組みにおいては、まず、不平等取扱いについて「合理的な根拠」が求められ、その存否によって区別をすること自体についての正当化が判断されることになる。しかし、不平等取扱いに合理的根

拠があるだけで14条1項違反の疑いが排除されることにはならず、これに続けて、具体的な不平等取扱いが「立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し」、これが正当化不能な場合にも14条1項違反が成立するという。一般に目的・手段の「二段構え」の審査⁽⁵⁾と呼ばれるものであるが、このうち二段階目の審査は区別すること自体が正当化されていることを前提としつつ、手段としての「均衡」、すなわち比例性を問う審査となっている。

ここでは、先に述べたこととは逆に、比例的でない措置が平等原則違反を構成することとなる。もちろん、ここで問題となっている比例性は、具体的事案との関係では、刑罰が加重された刑法200条が適用される「被害者と卑属関係にある」者と、普通殺人罪規定である刑法199条が適用される「被害者と卑属関係にない」者との間での「比較における比例性」であり、目的—手段関係において絶対的に検証される比例性とは異なるともいえる。しかし、平等原則審査のなかに比例性の要素が入り込んでいること自体は否定されるものではないだろう。

かかる事情は、ドイツにおいても同様に見られる。平等原則審査におけるいわゆる「新定式」の導入以来、平等原則審査の枠内で比例原則審査も行われているのである。これらのことは比例原則が平等原則へと侵入しているということなのか、それとも平等原則が比例原則へと解消されていることを意味するのか。平等原則と比例原則との関係性を改めて検討する必要があるだろう。本稿では、かかる観点から、平等原則と比例原則とがいかなる関係性に立つものであるのかを検討の中心に据え、ドイツにおける平等原則審査に関する整理⁽⁶⁾を試みる。

II ドイツにおける平等原則審査の展開

ドイツにおいては、平等原則審査の枠組みについて、初期の「恣意定式 (Willkürformel)」に始まり、1980年代からの「新定式 (Neue Formel)」を経て、2011年以降、いわゆる「無段階基準 (stufenloser

Maßstab)」への展開が見られる。以下では、まずその展開について概観する⁽⁷⁾。

1 恣意定式

ドイツ連邦憲法裁判所の初期の一般的平等原則に関する諸判決において採用されたのは、不平等取扱いが恣意的になされたものであるかを問題とする審査枠組みであった。連邦憲法裁判所判例集1巻の判決ですでに示されていたこの審査枠組みは「恣意定式」として知られている。それによれば、平等原則に反するのは「法律による別異取扱いがないし平等取扱いについて、合理的な理由、すなわち事柄の性質から生じるか、あるいはほかの何らかの客観的に説得力をもった理由が見出しえない場合、要するに規定が恣意的であるとみなさざるをえない場合」⁽⁸⁾であるとされる。

恣意定式は、不平等取扱いに「合理的な理由」があるかどうかを問題とする点で、区別の根拠および区別すること自体の可否に重点を置いた審査枠組みであるといえる。このとき、実質的な観点においては、具体的な場面で立法者の判断が何をもって「恣意的」であるとされるのかが問題となる。この点につき、後の判例では「立法者の恣意という言葉は、立法者がその自由な判断権の枠内で具体的ケースにおける多くの正当な解決のうち『最も目的に即したものの』、『最も合理的なもの』、あるいは『最も正しいもの』を選ばなかったということだけで用いられるものではなく、むしろ法律上の規定を正当化する事実在即した理由ともいえるべきものが見出されえない場合にのみ用いられる」⁽⁹⁾とされている。かかる説示からすれば、この審査枠組みは必ずしも厳格なものではない。このため、個々の事案においては、立法者がその形成の自由の枠内でそれなりに適切な考慮をしているとの理由から、立法者の恣意の存在を否定するような判断が見られる⁽¹⁰⁾。この意味で、恣意定式は、機能法的には立法者の形成の自由を広範に認めた上で、かかる形成の自由が尽きる最も外側の限界のみを問題とすることで、

連邦憲法裁判所による統制密度を限定する役割を担っていたといえる。

2 新定式

その後、1980年代になると、連邦憲法裁判所はいわゆる「新定式」によって平等原則審査を補完した。その嚆矢となったのが、民事訴訟の迅速化を目的として、時機に後れた攻撃防御手段を排除し、上訴審においてもかかる手段を考慮しないこととした民事訴訟法の新規定が問題とされた1980年の決定⁽¹¹⁾である。

この決定において連邦憲法裁判所は、平等原則違反が生じるのは「規範名宛人のうちのあるグループが他の規範名宛人のグループとの比較において、両グループの間には不平等取扱いを正当化しうるような特性あるいは重要性をもった差異が存在しないにもかかわらず、異なった取扱いを受けるとき」⁽¹²⁾であるとした。この定式において不平等取扱いを根拠づける理由に求められているのは、理由の重要性が不平等取扱いの程度との間で均衡を保っていることである。それゆえ、区別理由と不平等取扱いとの間での比例性の有無を審査枠組みに取り込んだかかる定式は、比例原則審査に類似することとなる。また、比例性の要求は、機能法的観点では、連邦憲法裁判所による立法者の判断に対するより密度の高い審査を可能にした。

1980年の決定は、新定式採用の根拠を、基本法3条1項が命じるのはあらゆる人間を法律の前で平等に取り扱うことであるというきわめて原則的な理解に求めている。この命令がまずもって要求するのは、個人間ないし特定の人的集団間での別異取扱いの原則的禁止である。それゆえ、個人間ないし人的集団間の差異を理由とした別異取扱いについては、比例性の要請を含めた新定式が適用され、相対的に統制密度の高い審査が行われる。これに対して、個人の生活上の事実関係や行動を理由とするような、特定の人的集団への所属を問題としない不平等取扱いについては、平等原則は立法者に対して個人を規律関係に応じて異なって取り扱うことについての広範な判断の自由を認めてい

るといふ⁽¹³⁾。この際に用いられる審査については、なおも「基本的な法原理である恣意の禁止」⁽¹⁴⁾が維持されている。

1980年決定が示した図式からすれば、平等原則違反が疑われるケースには、個人ないし特定の人的集団に向けられた不平等取扱いのケースとあくまで個人の生活上の事実関係や行動を理由とする不平等取扱いのケースという2つのケースがあることになる。この不平等取扱いの二分論を前提に、それぞれ新定式と恣意定式とが使い分けられている。新たに導入された比例性の要求を伴う新定式は、個人ないし人的集団に対する不平等取扱いが問題となっている場合に限定された審査手法であったといえることができる⁽¹⁵⁾。この意味で、平等原則審査への比例性の導入は、なおも限定的なものにとどまっていた⁽¹⁶⁾。

ただし、連邦憲法裁判所は、その後の判決において新たなケース分類を行い、新定式の妥当範囲を拡張していった。たとえば、25歳未満の者については性別変更を認めないとしていたトランスセクシャル法の規定が問題となった1982年の決定において、連邦憲法裁判所は、憲法上保護された自由に対して影響をもたらす規律が問題となっている場合には、立法者の形成余地は狭くなるとの見解を示し、人間の尊厳（基本法1条1項）と結びついた人格の自由な発展の基本権（基本法2条1項）に対する影響が問題となる本件においては、基本法3条1項から生じる立法者の形成余地は限定されるとした⁽¹⁷⁾。このため、問題となった規定の立法目的（あまりに早い段階で性別適合手術などを受けてしまい、後戻りできなくなることから若年者を保護する）については正当と認められたものの、性別適合手術の実施そのものについては年齢制限を設けずに、身分法上の規律についてのみ25歳という年齢制限を課すことを許容するような立法者の形成余地は基本法3条1項からは生じないと結論づけられた⁽¹⁸⁾。年齢による不平等取扱いについて、厳格に比例性を要求した判断といえよう。

この決定では、新定式に言及した上で、不平等取扱いが憲法上保護された個人の自由にも影響を与えている場合には立法者の形成余地が

縮減されることを示唆している。したがって、個人ないし人的集団に対する不平等取扱いのケースだけにとどまらず、個人の生活上の事実関係や行動を理由とする不平等取扱いのケースであっても個人の自由が関係する場合には新定式による審査が行われることを意味しているといつてよいだろう。別の見方をすれば、不平等取扱いが個人の自由にまで制約的効果を及ぼす場合には、自由権制約の正当化において用いられてきた比例原則審査が平等原則審査にも当然に持ち込まれるという理解であるのかもしれない。

また、新定式は、事実関係を理由とする不平等取扱いであっても、それが「間接的に人的集団に対する不平等取扱いをもたらす」⁽¹⁹⁾ものである場合にも用いられることになった。このことを明言した1993年の決定は、後の平等原則審査の枠組みの展開にとっても重要と思われるため、ここで該当部分を紹介しておこう。

連邦憲法裁判所はまず「一般的平等原則からは、規律対象や区別のメルクマールに応じて、立法者にとって異なった限界が生じ、これは単なる恣意禁止から比例性要求への厳格な拘束にまで至る」⁽²⁰⁾と述べる。その上で、人的集団の不平等取扱いの場合には立法者が厳格な拘束を受けることを示した後、前述のように事実関係を理由とする不平等取扱いが間接的に人的集団に対する不平等取扱いになる場合にも、同様に厳格な拘束が及ぶとする。このとき「単なる行為に関連する区別の場合には、〔立法者への〕拘束の程度は、当事者がどれだけ自己の行為によって区別のメルクマールの実現に影響を及ぼし得る状況にあるかに左右される」⁽²¹⁾。これに対して「個人ないし事実関係での不平等取扱いが基本権によって保護された自由の行使に不利益に作用するのであればあるほど、立法者の形成余地には狭い限界が画される」⁽²²⁾。立法者の形成余地の範囲の違いは、「憲法裁判所の審査に際しての段階づけられた審査密度」に対応する⁽²³⁾。恣意禁止のみが問題となる場合には、「区別することの不当性が明白である」ときにのみ平等原則違反が認定される⁽²⁴⁾。これに対して、新定式が用いられるケースでは、裁

判所は「規定された区別に不平等な法的効果を正当化しうるような特性あるいは重要性をもった理由が存在するか否か」を審査する⁽²⁵⁾。

この判示でまず注目すべきは、恣意定式と新定式とが「段階的」な審査として理解されていることであろう。このような段階づけられた審査枠組みは、連邦憲法裁判所が1958年の薬局判決⁽²⁶⁾で示した「段階理論 (Stufentheorie)」を想起させる。もちろん、恣意定式と新定式とが、単に対象とする不平等取扱いの性質の違いのみで分けられる、まったく観点の異なる審査ではないことは、それらが平等原則の具体化にあたっての立法者の形成余地の広狭や、ひいては連邦憲法裁判所による審査の緩厳にもかかわるものであることからすれば、自ずと明らかであった。したがって、1993年の決定がこれらを段階的な図式のなかで捉えたことはこのことを確認したというにとどまる。

より注目に値するのは、恣意定式が比例原則審査のなかに組み込まれているように見える点である。本来、「法律上の規定 [= 区別] を正当化する事実」に即した理由ともいえるべきものが見出されえない場合にのみ「恣意が認定される」という審査手法は、「事実に即した理由」の存在を「区別すること」の正当化のために要求するものであった。その意味では、比例性の要求を含まない審査枠組みとして新定式とは区別されていた。しかし、この決定での判示においては、恣意定式が妥当と思われる不平等取扱いについても「〔立法者への〕拘束の程度は、当事者がどれだけ自己の行為によって区別のメルクマールの実現に影響を及ぼし得る状況にあるかによって左右される」といった比例的な観点が示されており、また、恣意禁止の判断がいわゆる「明白性コントロール (Evidenzkontrolle)」と関係づけられている。ここでは、個人の生活上の事実関係や行動を理由とする不平等取扱いのケースにカテゴリカルに妥当する恣意定式という1980年決定の前提がすでに崩れている。恣意定式はもはや比例原則審査におけるもっとも緩やかな審査を意味するものとして位置づけられている感がある。

いずれにせよ、この決定では比例性要求が平等原則審査の「段階」

全体に波及しているように思われる点で、これまでの判断とは一線を画する部分があるというべきであろう。また、この決定へといたる流れのなかで、とりわけ新定式の妥当範囲が拡大されることを通じて、1980年の決定で意識されていた恣意定式と新定式との適用場面の区分そのものもまた相対化されつつあることにも注意が必要である。このような流れは、結果的に、さらなる審査枠組みの展開へとつながっていった。

3 「無段階基準 (stufenloser Maßstab)」

前述した1993年の決定以降、恣意定式と新定式とは平等原則審査における段階的な基準として定着した。しかし、その一方で、単に恣意定式が適用される場面と、より厳格な基準である新定式が適用される場面とが、具体的な事案のなかでどのように区分されるべきかをめぐっては、連邦憲法裁判所の判決においても混乱が見られた。たとえば、相続税および贈与税の扱いについて婚姻と生活パートナーシップとの間で不平等な取扱いがあることが問題とされた2010年の決定において、連邦憲法裁判所みずから「個別事案においていかなる条件のもとで立法者が恣意禁止に反したとされるのか、それとも比例的な平等取扱いの要請に反したとされるのかについての明確な基準や標識というのは、抽象的・一般的に定めうるものではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連でのみ定まるものである」⁽²⁷⁾と述べるように、その境界はきわめて曖昧であったといえる⁽²⁸⁾。

こうしたなかで、2011年には平等原則審査における段階を無段階(stufenlos)なものとして捉える決定が登場した。旧西ドイツの諸州と旧東ドイツの諸州とで奨学金の最長支給期間などに違いがあったことが問題となったこの決定において、連邦憲法裁判所はまず次のように述べる。

「一般的平等原則からは、規律対象や区別のメルクマールに応じて、立法者にとっての異なった限界が生じ、これは緩やかな恣意禁止に限

定された拘束から厳格な比例性要求にまで至る。区別をすることには常に区別の目的や不平等取扱いの程度に相応した (angemessen) 事実根拠による正当化が必要である。基本法3条1項は、不平等取扱いがその性質からみて客観的に正当化された区別の基準と結びついていることを命じるだけではなく、区別の程度についても実際にある違いと区別をもたらす規律との間での、十分な重みをもった客観的に支持しうる区別の観点であることが明らかな内的関連を要求する。平等原則は、規範名宛人あるいは規範にかかわりのある者のうちのあるグループが他のグループとの比較において、両グループの間には不平等取扱いを正当化しうるような特性あるいは重要性をもった差異が存在しないにもかかわらず、異なった取扱いを受けるときに侵害される⁽²⁹⁾。

この説示は、これまでの恣意禁止と新定式の理解を踏まえたものといえるが、これに続けて連邦憲法裁判所は「このとき、無段階的に (stufenlos) 比例性原則を志向する憲法上の審査基準が妥当し、その内容と限界は抽象的にではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連でのみ定まる」と述べる。「より厳格な立法者に対する拘束は、とりわけ区別が人格的メルクマールと結びつけられているときに認められ、その際には、このメルクマールが個々人にとって自由に選択可能なものでなければならないほど、あるいは基本法3条3項のメルクマールに近づけば近づくほど、憲法上の要求がより高められる。より厳格な立法者に対する拘束は、その都度関係する自由権からも生じうる。それ以外の場合には、拘束の程度は、当事者がどれだけ自己の行為によって区別のメルクマールの実現に影響を及ぼし得る状況にあるかに左右される⁽³⁰⁾」。

この決定においては、平等原則審査がほぼ完全に比例原則審査の枠組みの中に取り込まれることとなった。不平等取扱いについては、正当かつ合理的な区別の目的ないし基準の存否に関する審査だけでなく、区別の程度の合理性審査も含めた審査に服する。この審査は、問題となっている不平等取扱いが関係する事項領域や規律領域に応じて、無

段階的に審査密度が変化する比例原則審査によって行われるというのである。新定式が導入された当初の恣意定式と新定式とのカテゴリカルな適用場面の区別はほぼ解消され⁽³¹⁾、1993年決定以降の段階的思考もまた解体されて無段階的な審査基準が比例原則の下で展開されているのが、現在の連邦憲法裁判所の判例法理となっているとあってよいであろう⁽³²⁾。

平等原則審査における無段階的な基準設定という考え方それ自体は、前述したように、1993年決定においてすでにその萌芽が示されていたものである。恣意定式を平等原則審査における最下限の基準とし、そこから比例原則審査にのっとりた審査密度の上昇を意識していた1993年決定は、恣意定式と新定式との中間にある審査段階をも含めて、平等原則審査を実際には無段階的な方向へと転換していたと思われる。その意味では、必ずしも2011年決定が「無段階的」審査への突発的な転換点となったというわけではない。しかし、この決定はもはや段階的思考そのものを明確に否定している点において、1993年決定以降の無段階化傾向の終着点として位置づけられるであろう。

Ⅲ ドイツにおける平等原則審査と比例性

一般に、自由権制約の実質的正当化に関する審査枠組みと理解される比例原則審査は、公権力による自由権制約について、制約目的の正当性を審査したうえで、具体的に投入された制約手段について適合性 (Geeignetheit)、必要性 (Erforderlichkeit)、相当性 (Angemessenheit) をそれぞれ審査するものとして理解されている。

このことを前提に、現状でのドイツにおける平等原則審査を見た場合、平等原則審査の枠組みは次のように理解することができるであろう。

1 目的・区別理由の正当性

比例原則審査の手法を平等原則審査に当てはめるとすれば、憲法上の平等原則違反が疑われるような不平等取扱いについて、まずは立法者が追求しようとする区別の目的が正当なものであるかが問われることになる。平等原則を定める基本法3条1項には法律の留保が示されていないことから、この原則からの逸脱に際して正当な目的とされうるのは、一般に憲法ランクをもつ法益の追求か、あるいはその他の憲法上正当と認められる目的だけであるとされる⁽³³⁾。ただし、連邦憲法裁判所は、通常、平等原則との関係においては、立法者に対して広範な形成余地を認める傾向にあり、とりわけこのことはいかなる目的追求のもとで結果における平等を実現しようとするかについて妥当する。立法者は、基本法によって明示的に拒否された目的を追求したり、促進しようとする目的によって他の法律で確定した事柄との間に解消不可能な矛盾をもたらすような場合にのみ、形成限界に行き当たる。このため、基本法3条3項1文で示されたメルクマール（性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家柄、信仰、宗教上または政治上の見解）による区別に該当しない限り⁽³⁴⁾、目的設定そのものが問題視されることは稀であるといつてよい⁽³⁵⁾。

むしろ平等原則との関係でより重要といえるのは、区別の目的そのものよりも区別の理由や区別の基準である。この点、恣意定式においても区別をもたらす法律上の規律について「事実即した理由」を求めることが行われてきた。かかる「事実即した理由」が存在することは平等取扱いが恣意的でないことの立証にとって必要であるが、「事実即した理由」を明確に確定しておくことは不平等取扱いの程度が比例的であるかどうかの判断にとっても重要であるため、新定式においても意味をもつ審査項目である⁽³⁶⁾。この意味で区別にとっての「事実即した理由」は一般的平等原則への公権力による介入にとっての構成的な前提条件である⁽³⁷⁾。

2 不平等取扱いの適合性・必要性・相当性

不平等取扱いが原則として正当な目的を追求するものである場合には、目的達成のために具体的に行われる区別が比例的なものであるかが審査されることになる。すなわち、不平等取扱いが追求される目的との関係において適合性、必要性、相当性を満たしているかが審査される。これらの審査は、自由権への介入審査で用いられる比例原則審査と原則として同様のものと理解されている⁽³⁸⁾。

適合性審査は、自由権への介入審査の場合と同様に、不平等取扱いをもたらす規律ないし措置によって追求される目的が完全に達成されることまで要求するものではない。不平等取扱いをもたらす規律ないし措置が単に目的促進にとって適合的であるとされればよく、それゆえ目的達成の可能性がわずかでもあれば適合性は満たされることとなる⁽³⁹⁾。ここで問われるのは、目的達成のために人々を不平等に取り扱うことの是非そのものである。したがって、立法者が不平等取扱いによって追求する目的をまったく達成することができないような例外的な場合に限って、不平等取扱いは適合性を欠くと認定されることとなる。

必要性審査は、平等原則審査の枠内においても、重要な憲法上の審査として認識されている⁽⁴⁰⁾。立法者によって投入された不平等取扱いは、立法者が達成しようとする規律目的をより少ない不平等をもたらすだけで同じように実効的に実現できる、あるいは促進しうる他の手段が使用不可能である場合に、必要なものとなる⁽⁴¹⁾。ただし、立法者によって選択しうるより緩やかな不平等取扱いは、たとえ規律の当事者にとって負担の小さなものであっても、第三者や国民一般にとってより多くの負担をもたらすものであってはならない⁽⁴²⁾。原則として、多様な選択肢からの具体的な不平等取扱いの選択にあたっては、立法者は広範な評価余地および予測余地をもつ⁽⁴³⁾。

相当性審査においては、不平等取扱いは、区別をすることによって追求される目的の重要性と不平等取扱いによって得られる目的実現の

範囲および程度との間に相当な比例関係がある場合に（狭義の）比例性があるとされる⁽⁴⁴⁾。とりわけ、行政上の大量処理の必要から、不平等取扱いについては一定の類型化処理が行われることがあるが、かかる類型化については相当性審査による検証が行われうる。すなわち、立法者は非典型的な事例をモデルとしてはならず、現実即した典型的事例を基礎としなければならないし、類型化によって得られるメリットはこれと必然的に結びつく不平等との間で適切な比例関係になければならないとされるのである⁽⁴⁵⁾。もちろん、このときには不平等取扱いの程度がきわめて重要なパラメーターとして位置づけられることになる。

3 審査密度

現在の平等原則審査においては、原則として立法者に平等実現にあたっての広い形成の余地が承認されつつも、立法者は恣意禁止による拘束を受けるだけでなく、その判断について全面的な比例原則による拘束を受けているといつてよい。

このため、平等原則審査は、具体的な事案において立法者に平等の実現にあたってどれだけの形成余地が承認されていると考えられるかによって、審査密度が左右されることになる。このとき、前述のように、「無段階的」な審査基準理解の下では、恣意禁止と厳格な比例性要求とはカテゴリーカルな「あれかこれか (Entweder-Oder)」の関係にあるものではなく、立法者の形成余地の広狭に対応した比例性要求の程度問題として位置づけられる⁽⁴⁶⁾。

これまでの連邦憲法裁判所の判例において、審査密度の決定についての手がかりとなってきたのが「3つの判断基準 (drei Kriterien)⁽⁴⁷⁾」である。この判断基準は、現在でも繰り返し述べられているものであり、なおも有効性をもちうるといえるであろう。

第一の基準は「人的関連性基準⁽⁴⁸⁾」と呼ぶことのできるものである。すなわち、平等原則は通常、人的グループ間での不平等取扱いについ

て立法者に対して厳格な拘束を行うため、個人間ないし人的集団間の差異を理由とした別異取扱いについては、比例原則審査の審査密度が上昇する⁽⁴⁹⁾。このとき個人ないし人的集団にかかわるメルクマールが基本法3条3項に挙げられたメルクマールに近づけば近づくほど、立法者の判断は厳格な審査に服することになる⁽⁵⁰⁾。

第二の基準は「選択可能性基準⁽⁵¹⁾」とでもいうべきものである。不平等取扱いが個人間ないし人的集団間の差異を理由としたものである場合には、そこで具体的に用いられる区別のメルクマールが個々人にとって自由に選択可能なものであるかが問題となる。当事者が自らの努力によっては区別メルクマール該当性を排除できなければできないほど、審査密度は上昇する⁽⁵²⁾。かかる選択可能性基準は、不平等取扱いが個人間ないし人的集団間の差異を理由としたものでない場合にも考慮されうる⁽⁵³⁾。すなわち、区別のメルクマールとなる個人の生活上の事実関係が個人の努力によって回避ないし変更が可能であるかどうかによっても審査密度は変化するということになるだろう⁽⁵⁴⁾。

第三の基準は「自由権基準⁽⁵⁵⁾」である。不平等取扱いが基本権で保護された自由の行使を困難にすればするほど、審査密度は上昇する。このときには、不平等取扱いが個人間ないし人的集団間の差異を理由としたものであるか、それとも個人の生活上の事実関係や行動を理由とするような、特定の人的集団への所属を問題としないものであるかは問題とならない。いずれの理由からでも、自由権保障を縮減させるような取扱いについては審査密度の上昇が生じる。

IV 審査基準の無段階化へのメカニズム

これら3つの判断基準は、少なくともこれらに該当する場合には審査密度が上昇しうることを示すものではあるが、これらが絶対的な基準でないことはもちろんのこと、これら以外の考慮要素を排除するものでもないだろう。また、2011年の決定でも述べられたように、比例

性原則を志向する憲法上の審査基準の内容と限界は抽象的にではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連において決定されるものである以上、具体的な審査がどのように行われるのかは実際にはケース・バイ・ケースでの判断ということになる。この点、1993年決定の枠組みまではまがりなりにも恣意定式と新定式（およびそれらの中間段階⁽⁵⁶⁾）という一定の審査段階が想定されていたが、2011年決定でのその解消以来、想定されているのは無段階的なスライディング・スケール⁽⁵⁷⁾に他ならない。

平等原則審査において、かかる無段階化が進行した理由としてはいくつかの要因が考えられる。

第一に、新定式による比例原則審査の導入以降、平等原則そのものの意味内容や機能は大きく変化していることが重要であろう。

恣意禁止の要請は、基本法3条3項が挙げる介入限界と並んで、立法者の判断に対して要求される限界のうち、最も外側に位置する限界と理解されてきた。このことは、かかる限界を超えた場合にはもはや立法者の判断には何らの正当化余地もないことを示すと同時に、限界を下回る介入については裁判所によるコントロールが及ばないことをも意味していた。一般的平等原則が恣意禁止の要請と結びつけられている限りにおいて、一般的平等原則もまた立法者の形成の自由の絶対的な限界を示すものであった⁽⁵⁸⁾。

しかし、新定式による比例原則の導入は、恣意禁止によって画された限界には触れない介入についても、比例の程度によっては一般的平等原則違反となりうることを意味していた。すなわち、新定式の導入によって、一般的平等原則の妥当範囲はこれまでの恣意禁止による限界設定だけでなく、それを下回る介入の広範な領域へと拡大されたことになる。恣意禁止には必ずしも抵触しない、本来であれば立法者の形成余地とされてきた領域へと、比例原則の手を借りて平等原則が進出したというのが、新定式のもつ意味であったとすることができる。

もちろん、本来、自由権介入の正当化のために用いられる比例原則

が、平等原則違反の事例において同時に個人の人格や自由に対する介入が問題となっているような場合に限って、自由権介入に固有の審査手法として導入されているのであれば、比例原則による審査の前提は満たされているともいえるだろう。この場合には、自由権への過剰介入と平等原則違反とがたまたま同時に問題になっているというだけにすぎず、比例原則違反によって平等原則違反もまた同時に成立するというわけではない。それらはなおも別の考慮でありうる。これに対して、連邦憲法裁判所の新定式以降の理解においては、比例原則審査は必ずしも自由権介入のケースに限定されているわけではない。したがって、自由権介入の比例性の問題からは離れて、不平等取扱いそのものの比例性が問題となっているように思われる⁽⁵⁹⁾。このとき、広範な不平等取扱い事例に対する比例原則違反の判断は、それ自体が平等原則違反の判断要素となっている。

このように考えると、一般平等原則の妥当範囲が比例原則審査によってその正当性が判断される相対的な憲法違反の領域へと拡大したことが、平等原則審査における審査基準の多段階化ないし無段階化のきっかけを作りだしたことは疑いのないところであろう。

第二に、平等原則が適用される規律領域ないし事項領域が他の基本権と比較して著しく広いことも、審査基準の多様化を要求する要因となったと思われる。

平等原則には、自由権とは異なり、個別的な生活領域と関係する明確な事項的保護領域が存在しないことが指摘されるが⁽⁶⁰⁾、このことはいかなる規律領域や事項領域においても、比較可能性が満たされる限りにおいて、平等原則違反の問題が発生しうることをも意味する。それゆえ、平等原則が問題となる領域は、すべての基本権によって保護された領域に及ぶとともに、それを越えて基本権とは直接にかかわりをもたない事項領域にまで及びうる。実際、平等原則違反が争われる事項領域は、婚姻・家族関係、租税関係、宗教関係、教育関係、労働関係、社会保障関係、経済関係などきわめて多様である。これらの各

領域においては、それぞれ立法者の形成余地が多様に形作られてきた⁽⁶¹⁾。

前述した3つの判断基準は、かかる多様な領域について横断的に妥当する審査密度の判定基準ではあるが、これらの考慮によって即座に審査基準の類型（段階）が決定するわけではなく、実際には、さらに各領域固有の審査密度の考慮要素がかかわってくることは、これまでの連邦憲法裁判所の判例からも明らかである⁽⁶²⁾。平等原則が妥当する規律・事項領域のよっては、多様な考慮要素によって審査密度が細かく上下することが想定される。

このことからすれば、平等原則審査をいくつかの段階に類型化するような基準設定は、かえって審査の適正さや緻密さを阻害する結果ともなろう。無段階的に比例性原則を志向する憲法上の審査基準の内容と限界は「抽象的にではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連でのみ定まる」とする連邦憲法裁判所の一般論的説示は、こうした事情を反映したものと理解すべきものである。

第三に、平等原則審査におけるもともとの審査基準であった恣意定式自体が、実のところ比例性の検討を内包した審査基準であったのではないかが疑われているという事情も、ここで考慮しておいてよいだろう。

前述したように、一般に恣意禁止の要請は立法者の形成余地に対して絶対的な、これに反した場合にはもはや正当化が不能となる限界を画するものと理解されてきた。不平等取扱いに「事実即し理由」の存在を要求するこの要請は、かかる理由なしに人を不平等に取り扱うことを絶対的に禁止したものであると解される。たしかに、「事実即し理由」があるか否かのみを審査の観点とするこの基準は、比例性の要請を含まないものということもできよう。このことは、前述のように、連邦憲法裁判所が恣意禁止につき「立法者がその自由な判断権の枠内で具体的ケースにおける多くの正当な解決のうち『最も目的に即したもの』、『最も合理的なもの』、あるいは『最も正しいもの』を選ばなかったということ」で成立するものではなく、「法律上の規定を

正当化する事実在即した理由ともいふべきものが見出されえない場合にのみ」成立するとしていたことから見て取れる⁽⁶³⁾。この説示は、恣意定式においては、不平等取扱いの適合性・必要性・相当性とは無関係に恣意が認定されることを意味していたといえるだろう。

これに対して、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。たとえば、Kischelは、恣意定式は常に説得的な理由を要求するものであるが、どのような場合に理由が説得的なものとなるかは、何がそれによって正当化される必要があるのかによって左右されているという⁽⁶⁴⁾。こうした例として、Kischelは1979年のドイツ国外に在住する外国人寡婦などに対する年金支払いの停止が問題となった連邦憲法裁判所の決定を挙げる。この決定において連邦憲法裁判所は、「[かつての]ある不平等取扱いについて十分な理由があったとしても、このことは現在の程度における不平等取扱いを正当化するのにふさわしいものではない」⁽⁶⁵⁾と述べる。この説示は、不平等取扱いの程度によっては、要求される理由の内容や重要性に違いが生じることを意味している。したがって、不平等取扱いとそれを正当化するための「事実在即した理由」との間には比例的な関係性が生じていることになる。このことからすれば、不平等取扱いの程度によって、理由づけの説得力は変化するものである以上は、恣意定式自体が比例的な要素をもっていたということになるだろう。このため、Kischelは2011年以降の無段階定式をこのような比例性考慮への「回帰」とみなしている⁽⁶⁶⁾。

恣意定式が、不平等取扱いの程度に見合った理由を要求し、平等原則への介入が重大である場合にはより高度な正当化理由を要求するような定式であるとするのであれば、これは比例原則審査における相当性要件を先取りした審査だと考えることもできる⁽⁶⁷⁾。そうだとすれば、恣意定式のなかに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。

V むすびにかえて

以上のように、現在のドイツにおいては平等原則審査がほぼ比例原則審査と同様の枠組みのもとで行われている。学説のなかには、Sachsのように、「目的—手段関係」のもとで追求された目的を達成するために投入された制約手段の目的適合性・必要性・相当性を審査するための枠組みである比例原則と、「目的—手段関係」とは直接にはかかわりをもたず、もっぱら異なって取り扱われるグループ間での比較を問題とする平等原則との違いを強調して、平等原則を比例性の問題として理解することに異議を唱える者もいる⁽⁶⁸⁾。しかし、本稿で示したように、連邦憲法裁判所がそのような立場を採用していないことは明らかである。むしろ、連邦憲法裁判所の判例法理を理解するためには、連邦憲法裁判所は平等原則審査に比例原則を「流用」したのではなく、「比例性」を基本権事案における上位概念として位置づけつつ、自由権制約についての過剰介入禁止 (Übermaßverbot) と平等原則違反についての平等性要求 (Gleichmaßgebot) との間に類似構造を構築しようとしていると考えるのがより有益であろう⁽⁶⁹⁾。

このことは日本の最高裁の平等原則審査についてもいえることであるように思われる。冒頭でも述べたように、最高裁の平等原則審査は、早くから目的と手段との「二段構え」の審査によって手段の比例性を問題としてきた。尊属殺重罰規定違憲判決での「二段構え」の審査をあくまで「比較のなかでの比例性」の問題と捉えれば、Sachsがいうように、平等原則審査と比例原則審査とは区別されなければならないことになる。ただし、尊属殺人罪と普通殺人罪とではそもそも立法目的が異なっており、これが不平等取扱いそのものの根拠となるのであるが、尊属殺人罪に固有の立法目的と具体的な刑罰との比例性を目的—手段関係のなかで検証することは必ずしも不可能ではないように思われる。その中で普通殺人罪との刑罰の均衡が一つの判断要素とされるのであれば、比例性を上位概念とする平等原則審査をここに見出す

ことも可能であろう。

このことは、たとえば、平成7年の非嫡出子の相続分差別に関する最高裁大法的決定での「本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法14条1項に反するものということとはできない」⁽⁷⁰⁾との説示にも示されている。とりわけ、「区別が右立法理由との関連で著しく不合理なもの」であるかどうかの判断は、具体的な不平等取扱いの比例性という観点から行われるものである。立法理由（目的）の正当性審査も比例原則審査の一部として理解するのであれば、日本における「二段構え」の審査は、全体として、比例原則審査の不平等取扱い事案におけるヴァリエーションと見ることが可能である。

また、審査密度の決定に直接影響を与えたとまではいえないものの、平成20年の国籍法違憲判決では、「非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、…立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせている」⁽⁷¹⁾とされ、また平成25年の非嫡出子相続分差別違憲決定では、「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考え」⁽⁷²⁾が違憲判断を導く根拠の一つとなった。これらは前述した、選択可能性基準および人的関連性基準とも関連づけられる説示である。

かかる観点からすれば、ドイツにおける平等原則審査の分析は日本における平等原則審査にとっても有意義な観点をもちうるであろう。

とりわけ、比例性のもとでの平等性要請という理解は、同様の枠組みをもつ日本の平等原則審査を検証する際の視点として有益であるように思われる。この際、無段階化が進行するドイツの平等原則審査のあり方もまた日本の平等原則審査を考える上で重要な示唆を含んでいるのかもしれない。

- (1) もちろん、本質的に等しくないものを等しくなく扱うことも要請される。渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』（日本評論社、2016年）132頁を参照。
- (2) 日本国憲法における比例原則の位置づけと意義について、さしあたり、玉蟲由樹「人権と国家権力—「公共の福祉」の多元的機能」法律時報 86巻 5号（2014年）34頁以下、同「集合的決定・公共の福祉・人権—鳥澤論文へのコメント」法の理論 34（2016年）169頁以下、近藤敦『人権法』（日本評論社、2016年）84頁以下、西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）196頁以下を参照。
- (3) よく知られるように、Lerche は「ロビンソン・クルーソーは、一フライディがいなければ—架空の国家権力によって平等に取り扱われることも不平等に取り扱われることもないが、しかし比例的でない扱いを受けることは十分にありうる」という表現によって、平等性と比例性が次元の異なる問題であることを指摘する。Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S.30.
- (4) 最大判昭和 48・4・4 刑集 27 卷 3 号 265 頁。
- (5) 田尾勇「刑法 200 条と憲法 14 条 1 項」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 48 年度）109 頁。
- (6) 本稿の関心と重なりあう研究は、すでに宮地基「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（中巻）（2016年）161 頁以下において行われている。
- (7) なお、学説においては、新定式と無段階基準との間に、後述する 1993 年決定以降の「最新定式 (Neueste Formel)」を位置づけるものもある。Vgl. Uwe Kischel, Art.3, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber (hrsg.), GG, 2.Aufl., 2013, Rn. 28. 邦語文献でドイツにおける平等原則審査の展開を論じたものとして、さしあたり、宮地・前掲注(6)・161 頁以下、井上典之「平等保障の裁判的実現 (二)」神戸法学雑誌 46 卷 1 号（1996 年）143 頁以下、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学 13 卷 3 号（2014 年）196 頁以下を参照。
- (8) BVerfGE 1, 14(52); 1, 208(247). BVerfGE 1, 208 については、高田篤「7.5%阻止条項と平等選挙の原則—南シュレスヴィヒ有権者連盟事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第 2 版）』（信山社、2003

年) 83 頁以下を参照。この説示は、その後の連邦憲法裁判所の一般的平等原則に関する判決で繰り返し用いられている。同様の説示が示された例として、vgl. BVerfGE 51, 295 (300); 90, 226 (239); 109, 96 (123); 115, 381 (389).

- (9) BVerfGE 4, 144 (154).
- (10) たとえば、BVerfGE 3, 288 (338).
- (11) BVerfGE 55,72. 本決定については、宮地・前掲注(6)・162 頁以下を参照。
- (12) BVerfGE 55,72 (88).
- (13) BVerfGE 55,72 (89).
- (14) BVerfGE 55,72 (89). なお、本決定においては、時機に後れた攻撃防御手段を排除することは、異なった人的集団間で不平等取扱いをしているのではなく、同じ個人の行為が異なった規律関係のなかで異なって取り扱われているものにすぎないとの理由から、恣意定式による審査が行われ、民事訴訟法の新規定は明らかに事実と反するものでも恣意的なものでもないと判断された (89f.)。
- (15) このことは、後の判決のなかで繰り返し述べられることになる。Vgl. BVerfGE 84, 197 (199); 100, 195 (205); 107, 205 (213); 109, 96 (123); 110, 274 (291); 124, 199 (219f.); 126, 400 (418); 131, 239 (256); 133, 377 (408).
- (16) Sachs も、1980 年決定で導入された新定式について、「この平等原則の意味に関する『新定式』は、恣意の禁止という『旧定式』を完全に排除したのではなく、部分的に置き換えたにすぎない。〔本決定で〕述べられた原則判断において、連邦憲法裁判所はこの新たな要請を恣意禁止と並んで示しており、両定式についてはそれぞれ異なった適用領域を見ている」と評する (強調は原典)。Michael Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 3.Aufl., 2017, S.286.
- (17) BVerfGE 60,123 (134).
- (18) BVerfGE 60,123 (132ff.)
- (19) BVerfGE 88,87 (96). 本決定については、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原則—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) 67 頁以下を参照。
- (20) BVerfGE 88,87 (96).
- (21) BVerfGE 88,87 (96). (〔〕内は玉蟲)
- (22) BVerfGE 88,87 (96).
- (23) BVerfGE 88,87 (96f.).
- (24) BVerfGE 88,87 (97).
- (25) BVerfGE 88,87 (97).
- (26) BVerfGE 7,377. 本判決については、野中俊彦「薬事法距離制限条項

の合憲性—薬局判決—」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(8)・272頁以下を参照。

- (27) BVerfGE 126,400(416).
- (28) Sachsによれば、恣意定式の適用場面と新定式の適用場面を分けてきた「人的なメルクマールと事項的なメルクマールとの厳格な区分というのは、まったく不可能とまではいわないまでも、きわめて問題の多いものである」。Sachs, a.a.O. (Fn. 16), S.288.
- (29) BVerfGE 129,49(68f.).
- (30) BVerfGE 129,49(69).
- (31) Vgl. Angelika Nußbeger, Art. 3, in: Michael Sachs (hrsg.), GG, 8. Aufl., 2018, Rn.33.
- (32) これ以降の判決で同様の審査枠組みを示したものとして、vgl. BVerfGE 130, 131(142); 132, 179(188); 133, 1(14); 134, 1(20); 137, 1(20); 138, 136(180f.); 139, 1(12f.); 139, 285(309); 141, 1(38f.); 142, 353(385); 145, 20(86f.); 145, 106(141f.); 145, 304(329f.); 148, 147(183f.); 148, 217(242f.); BVerfG, NVwZ 2018, 1630ff.; BVerfG, NVwZ 2018, 1293ff.; BVerfG, FamRZ 2019, 1065.
- (33) Joachim Englisch, Art.3, in: Klaus Stern/ Florian Becker (hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Rn. 130.
- (34) ドイツにおける通説的見解は、基本法3条3項1文で示されたメルクマールを不平等取扱いを正当化するための基準および理由としては役に立たないものと見なしている。Vgl. Thorsten Kingreen/ Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 33, Aufl., 2017, Rn. 539ff.
- (35) このことは、租税法領域において不平等取扱いの目的としてしばしば「(課税) 行政の簡便化ないし簡素化」が挙げられ、これが正当な目的とされてきたことからもうかがいしれよう。たとえば、vgl. BVerfGE 139, 285(313).
- (36) 後者の判断においては、事実に即した理由と不平等取扱いとが目的—手段関係を構築すると見ることができる。この点については、後述Vも参照。
- (37) Sachs, a.a.O. (Fn. 16), S.296.
- (38) これに対して、平等原則審査における比例原則の修正を求める見解として、Vgl. Marion Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, S.947ff.
- (39) BVerfGE 138,136(189).
- (40) BVerfGE 138,136(190). これに対して Albers は、必要性審査は、選択的手段の比較として明らかに自由権の介入防御に向けられた審査だとする見地から、平等原則審査において必要性審査が考慮されるのは、不平等取扱いの効果が自由権に関係する場合に限定されると解している。Vgl.

Albers, a.a.O. (Fn.40), S.947. しかし、平等原則審査においても「無段階的に比例性原則を志向する憲法上の審査基準」が妥当するという現在の連邦憲法裁判所の判例の立場からすると、かかる限定は不可能であるといえよう。

- (41) BVerfGE 138,136 (190).
- (42) BVerfG, FamRZ 2019, 1069.
- (43) BVerfGE 138,136 (190).
- (44) BVerfGE 138,136 (197).
- (45) BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019, Rn.115ff.
- (46) Vgl. Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.32.
- (47) Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.32.
- (48) Englisch, a.a.O. (Fn.33), Rn.139.
- (49) BVerfGE 55,72 (88f.).
- (50) Vgl. BVerfGE 88,87 (96f.); 129,49 (69). 不平等取扱いの強度と審査密度とを「…であればあるほど、ますます…である」という直接的な関連に置くこのような基準設定は、比例原則審査における「Je-Desto 定式」と同型となる。Vgl. Heike Krieger, Art.3, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/ Franz Klein/ Hans Hoffmann/ Hans-Günter Henneke, GG, 14. Aufl., 2018, Rn.33. Je-Desto 定式については、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態』(尚学社、2013年) 334頁以下を参照。
- (51) Englischはこの基準を独立した基準とは見ずに、人的関連性基準のなかの考慮要素として位置づけているが、Kingreen/ Poscher や Nußbeger は独立の判断基準と考えている。Vgl. Englisch, a.a.O. (Fn.33), Rn.139, Kingreen/ Poscher, a.a.O. (Fn.34), Rn.530, Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.32.
- (52) BVerfGE 129,49 (69).
- (53) BVerfGE 129,49 (69).
- (54) このように個人の自由意思によっては変更や排除ができない事由を基本権制約の条件づけのなかに組み込む場合、その正当化についての要件が加重される(審査密度が上がる)という理解は、平等原則審査に特有のものではなく、薬局判決での「客観的規制」と「主観的規制」との段階的思考にも見られるように、比例原則審査における審査密度の判断基準として用いられてきたものである。BVerfGE 7, 377(406ff.). また、野中・前掲注(26)・273頁以下を参照。
- (55) Englisch, a.a.O. (Fn.33), Rn.141.
- (56) たとえば、鉱山業とかかわりをもつ企業についてのみ特別な共同決定ルール適用を要求していた規定の平等原則適合性が問題となったケースにおいて、連邦憲法裁判所は、「立法者は一方において単に恣意禁止に拘束されるわけではない。しかし、他方において比例性要求の厳格な拘束に

服するわけでもない」として、「区別的な規律が、十分に事実関連的な、すなわち性質および重要性から主張可能な理由にもとづいていることで満たされる」中間的基準による審査を行った。中間的審査が用いられた理由は、企業間の不平等取扱いは、企業の経済的自由（基本法12条・14条）に対する制約となりうるが、企業の場合は個人とは異なりその活動に対する社会的拘束が大きいことから、立法者には広い形成の余地が認められるというものであった。Vgl. BVerfGE 99, 367 (390).

- (57) Uwe Kischel, Art.3, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber (hrsg.), GG, 2.Aufl., 2013, Rn. 45.
- (58) Vgl. Andreas von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, S.277; Johannes Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im präventionsstrafrecht, 2014, S.103f.
- (59) Vgl. Lothar Michael, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel (bund) Konzept, in: Matthias Jestaedt/ Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S.48.
- (60) Vgl. Kingreen/ Poscher, a.a.O. (Fn.34), Rn.517.
- (61) たとえば、租税法領域における独自の審査基準の展開について、Michael Eichberger, Die Gleichheitssatz im Steuerrecht, in: Klaus-Dieter Drüen/ Johanna Hey/ Rudolf Mellinshof (hrsg.), 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, Bd. I, 2018, S. 506ff.
- (62) Vgl. Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.134ff. ここでは租税法、社会法、労働法、公務員法・裁判官法、訴訟法、刑法・行刑法の各法領域における連邦憲法裁判所による平等原則の特殊な適用が整理されている。
- (63) BVerfGE 4, 144 (154)
- (64) Kischel, a.a.O. (Fn.57), Rn. 29.
- (65) BVerfGE 51, 1 (28)
- (66) Kischel, a.a.O. (Fn.57), Rn. 29.
- (67) 相当性要件が審査尺度において先取りされる例は薬局判決にも見られる。この点につき、玉蟲由樹「基本権制約はなぜ比例的でなければならないのか」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開（上巻）』（信山社、2017年）281頁以下を参照。
- (68) Sachs, a.a.O. (Fn.28), Rn. 36.
- (69) Michael, a.a.O. (Fn.59), S. 56ff.
- (70) 最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁。同様の審査枠組みは、「本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行う」とした再婚禁止期

間違憲判決（最大判平成 27・12・16 民集 69 卷 8 号 2427 頁）にも見られる。

- (71) 最大判平成 20・6・4 民集 62 卷 6 号 1367 頁（強調は玉蟲）。
- (72) 最大決平成 25・9・4 民集 67 卷 6 号 1320 頁（強調は玉蟲）。

