

Title	ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請
Sub Title	Equal treatment in contract law and the German AGG
Author	茂木, 明奈(Mogi, Mina)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2012
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.93, (2012. 6) ,p.69- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120615-0069

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請

茂 木 明 奈

ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請

- 一 はじめに
- 二 A G G の立法経緯と概要・特色
 - (一) 立法経緯
 - (二) 規定内容
 - 1 総 則
 - 2 契約一般に関する規定
 - 3 総 則 (2)
 - (三) 特色とそれを取り巻く問題
 - 1 禁止される不当な別異処遇のリスト
 - 2 適用領域と正当化
 - 3 救済のあり方
- (四) 小 括
- 三 禁止される不当な別異処遇の根拠——根拠ごとの特徴と運用
 - (一) 人種・民族的出自
 - (二) 性 別
 - (三) 宗 教
 - (四) 障 害
 - (五) 年 齢
 - (六) 性的アイデンティティ
 - (七) 小 括
 - 四 A G G による平等処遇の要請の評価
 - (一) 私的自治の保障の観点からの批判
 - (二) 平等処遇を通じた私的自治の保障
 - (三) 平等処遇を通じた社会参加の保障
- 五 おわりに

一 はじめに

契約法に差別禁止・平等処遇を要求する規定を置くという動きが、EUにおいてみられる。EUは、政治的な動機からではあるが、諸指令を通じ、経済法・労働法分野に限らず一般的な財や役務に関する契約の場面に關し、契約法における平等処遇を実現しようとしてきた。人種差別にはじまり、禁止される差別の根拠は拡大傾向にある。一般的財や役務に関する契約に際しての差別被害に対して、債務不履行責任という契約法独自の救済を与えるという解決は、基本的に損害賠償を通じて行われるが、場合によっては契約締結強制までも含意する。こうした解決は、契約自由を従前よりも制限することとなるため、適用領域・禁止される差別の根拠・救済のあり方が目下議論されている⁽¹⁾。EUの立法の試みの背後で契約法理論に関する検討が十分になされなかったため、契約法と平等処遇要請の問題は未だ十分明らかにされないまま残されているのである。

EU法をドイツが国内法として置換した *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (一般平等処遇法。以下、AGGと略称)の規定に關しても、締結強制の位置づけなど、同様の問題が提起されている。そこでAGGが向きあう最初の問題は、何に基づく差別を契約法上一般的に顧慮するかである。禁止される差別の根拠のリストをEU法の要請以上に広範なものとしたAGGは現在どのような立ち位置にあるのか。さらに、AGGの一般的な契約に関する諸規定とそれをめぐる議論から、契約法における平等処遇の要請に關して何らかの示唆を得ることができるのであろうか。本稿ではこれらのことを以下で検討する⁽²⁾。その結果本稿の最後には、契約自由と平等処遇の要請との關係という、契約法における平等処遇の理論の一端が明らかになるのである。

二 AGGの立法経緯と概要・特色

(一) 立法経緯

EUレベルでは、2000/43/EC¹ 2000/78/EC² 2002/73/EC³ 2004/113/ECを中心とした、EU機能条約現一八条・一九条に端を発する諸指令が、公に向けて提供される財および役務に関する契約の際の人種・出身民族および性別に基づく差別の禁止を各国に要請している。EU法の発展に関わりを有する諸草案も、具体的規定において、公に開かれた提供による財および役務に関する契約に際して人種・出身民族、性別に基づく差別を禁じている。こうした諸規定では、十分な救済（その中身が何であるかという問題は未解決だが、締結強制を含むものと解する余地がある）を与える旨が定められている。禁じられる差別の根拠は拡大傾向にあるが、他方で、適用領域・根拠それぞれの拡大に慎重な姿勢も見られる⁽³⁾。

AGGは上記諸指令に基づく各国法の一つとして立法された。公に開かれた財および役務の提供においての差別に對し適切かつ効果的な救済を要請されて、当時点描的な保護の態様をとっていたドイツ⁽⁴⁾は、労働関係およびそれを超えた一般的な平等処遇を契約法に絡めて新たに規定する必要があったのである。ただし、AGGはEU法に触発されたものであるが、指令の単純な置換とはいえず、後述のように独自性を有している。

ドイツでは既に、基本法（Grundgesetz, GG）三条三項にある「性別、血統、人種、言語、出自、信仰、宗教的・政治的見解」に基づく私法を通じての平等の実現が検討されてきていた⁽⁵⁾。上記指令の国内法化の義務づけは、個別法をまとめる好機となったといえる。司法省はBGB内部での指令の置換に関する案を提示したが、契約自由の侵害である、あるいは、全体主義的であるとの批判を受けた⁽⁷⁾。議会におけるたたき台が提示されたのは、SPDと九〇年同

盟・緑の党の連立政権下だった (SPD草案⁽⁸⁾)。これがCDUとの駆け引きを経て、二〇〇六年にAGGの形にまとめられたのである。「EU指令が求める以上の規制を行うものであることについて、生活の経済的・法的側面に余計な負担をかける「との」根本的な批判⁽¹⁰⁾」を受けて内容が修正されたため、実際に成立したAGGは、SPD草案よりも理念的・規定内容的に緩やかなものとなっている。

(二) 規定内容

AGGの規定は大きく、目的規定等の総則や組織法まで含めた雑則 (一条～五条、二二条以下)、雇用関係の規定 (六条～一八条)、一般的な契約関係の規定 (一九条～二一条) からなる。本稿はその目的上、労働関係特有のさまざまな考慮がはたらく雇用関係の規定を扱うことを控え、また雑則等は割愛する。

1 総則

AGGは、人種 (Rasse)・民族的出自 (ethnische Herkunft)・性別 (Geschlecht)・宗教 (Religion)・世界観 (Weltanschauung)・障害 (Behinderung)・年齢 (Alter)・性的アイデンティティ (sexuelle Identität) による不利益処遇 (Benachteiligungen) の防止と排除 (verhindern oder beseitigen) を目的としている (一条)。

AGGの適用範囲 (二条) は、職業関係 (一～四号)、社会的保護等 (五号・六号)、教育 (七号)、住居を含む公に開かれた財および役務へのアクセスおよびその提供 (八号) (Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum) からなる⁽¹¹⁾。この全てが一条列举事由と関連するわけではなく、後述のように二条各号全てに関連するのは人種と民族的出自という根拠のみである。

一条列举の事由を直接の理由とした不利益な別異処遇を直接不利益処遇と呼ぶが (三条一項)、間接不利益処遇 (二項) においては、目的の適法性、手段の適切性・必要性による正当化が定義上用意されている。いずれの別異処遇に

においても、労働関係とそれ以外の契約それぞれについてさらに正当化規定がある（後述）。つまり、AGGは、正当化されない不利益な別異処遇に対する契約法上のサンクションを定めるという形態をとっている。

また、別異処遇は、適切な措置により不利益処遇が防止あるいは補償される場合には許容される（アファーマティブ・アクションの正当化。五条）。ハラスメント（三条三項）、セクシュアル・ハラスメント（労働関係のみ。四項）も差別とみなされる。性質としては不法行為法に属するが特別に教唆（五項）に関する規定も併記されているのは、EUの指令や諸草案と同様である⁽¹²⁾。

2 契約一般に関する規定

雇用以外の一般的な契約関係については、一九条一項において、民法上の債務関係の締結、履行、終了の際の、一条列挙事由に基づく不利益処遇の禁止が定められている。しかし、具体的に不利益処遇が禁止されるのは、大量取引（Massengeschäfte）等、特定の個人が問題とならないもの、あるいはそれに準ずるもの（いわゆる Beinahe-Massengeschäfte）（同一号）か、私法上の保険契約（同二号）に限られる。たとえば、個人の特性が問題とならないものとしては、大量に提供される住戸に関する契約がこれに当てはまる⁽¹⁴⁾。

ただし、人種・民族的出自に関しては、社会的保護等、教育、住居を含む公に開かれた財および役務といった範囲に不利益処遇の禁止が広がられている（二項）。

不利益処遇の禁止の適用除外は三種類、住居賃貸について調和のとれた環境づくりをするための適用除外⁽¹⁵⁾、家族・相続法の適用除外（四項）、特別な近親・信頼関係が成立している債務関係の適用除外（五項）が定められている。五項のうち、五〇戸以内の住居賃貸の適用除外を規定する文言は、草案になく新たに加えられたものである⁽¹⁶⁾。

別異処遇の正当化に関する規定（二〇条⁽¹⁷⁾）において、宗教・障害・年齢・性的アイデンティティ・性別のみに関し、客観的理由による別異処遇が許容される。とりわけ、危険の予防、損害の防止に資する場合（一項一号）、プライバ

シーに資する場合(二号)、特別の場合(三号)、宗教の自由を尊重して正当化される場合(四号)が例示列挙として定められている。また、保険契約において正当なリスク評価のための統計情報として諸根拠を利用する場合(二項)、そうした行為は正当化される。

二二条一項では、不当な別異処遇に遭った場合、不利益処遇を受けた者には、不法行為法上の請求を妨げず、侵害の排除を請求する権利がある(場合により差止請求も可能である)旨が述べられており、また、不利益処遇をした者の損害賠償義務⁽¹⁹⁾(二項。帰責事由が要求される)が規定されている。基本的にはこの二項による金銭賠償による解決が想定されている。⁽²⁰⁾これらの請求権についての二ヶ月の除斥期間(五項。草案になかったが新たに設けられた)等が、「請求権」の項目に規定されている(二二条)。

3 総則(2)

加えて注目されているのは、立証責任の転換(二二条)である。本条によれば、不当な別異処遇を受けたと考えた者が訴えを提起するためには、一条列挙事由に基づく不利益処遇すなわち不当と思われる別異処遇があったことを推定させる事実を示すことで足りる。つまり、不利益処遇をした者がその正当化事由該当性を立証する立場に置かれることになる。

その他、訴訟法上の規律(二二・二三条)、組織法や雑則規定が存在する(二四条以下)。

(三) 特色とそれを取り巻く問題

要件面におけるA G Gの特色として、まず、①禁止される不当な別異処遇の根拠のバリエーションの広さ、そして、根拠ごとに実質的な規律内容が異なり、とりわけ人種・民族的出自が特別性を呈していることが指摘される。②別異処遇の正当化に関する諸規定をみるにどの程度正当化されてよいのかということは規定自体が明らかにするところで

表1 EU法における適用範囲

	労働関係	社会的保護等	教育	公に開かれた財および役務
人種・出身民族	2000/43/EC	2000/43/EC	2000/43/EC	2000/43/EC
性別	2002/73/EC	—	—	2004/113/EC
宗教	2000/78/EC	—	—	—
世界観	2000/78/EC	—	—	—
障害	2000/78/EC	—	—	—
年齢	2000/78/EC	—	—	—
性的指向	2000/78/EC	—	—	—

表2 AGGにおける適用範囲

	労働関係	社会的保護等	教育	公に開かれた財および役務		
					大量取引	私法上の保険
人種・民族的出自	7条2項・3項(例外: 8条1項)	19条2項・2条5号・6号	19条2項・2条7号	19条2項・2条8号	19条1項1号	19条1項2号
性別	7条2項・3項(例外: 8条1項)	—	—	—	19条1項1号(例外: 20条1項)	19条1項2号(例外: 20条1項・2項1文)
宗教	7条2項・3項(例外: 8条1項・9条)	—	—	—	19条1項1号(例外: 20条1項)	19条1項2号(例外: 20条1項・2項3文)
世界観	7条2項・3項(例外: 8条1項・9条)	—	—	—	19条1項1号(例外: 20条1項)	19条1項2号(例外: 20条1項・2項3文)
障害	7条2項・3項(例外: 8条1項)	—	—	—	19条1項1号(例外: 20条1項)	19条1項2号(例外: 20条1項・2項3文)
年齢	7条2項・3項(例外: 8条1項・10条)	—	—	—	19条1項1号(例外: 20条1項)	19条1項2号(例外: 20条1項・2項3文)
性的アイデンティティ	7条2項・3項(例外: 8条1項)	—	—	—	19条1項1号(例外: 20条1項)	19条1項2号(例外: 20条1項・2項3文)

はない。さらに、③契約法上の救済が行われる範囲は、相手方の私的な領域に近づくほどに狭くなるという関係が見られる。

効果面についてはまず、④二一条に規定される救済の内容が条文からは一義的に定まらず、締結強制の位置づけを含め、さまざまな読み方が可能であることが大きな議論を呼んでいる部分である。また、⑤立証責任の転換の是非・程度も大きな問題である。

1 禁止される不当な別異処遇のリスト

AGGが一条や一九条で列举する禁止される不当な別異処遇の根拠のリストの長さや適用範囲は、現在構想中のEU指令COM (2008) 426 final of 27. 2008の内容を先取りしたといえるレベルにあり、注目に値する。というのは、EU法上労働関係以外においても明確に不当な別異処遇が禁止されているのは人種・出身民族や性別についてのみであって(前掲表1を参照)、年齢、障害、性的指向といったほかの根拠に広がるかにつき、EUの立法過程においても各加盟国法においても意見は割れており、AGGはEU加盟国法の中でもかなり踏み込んだ内容のものとなっている(前掲表2を参照)。禁止される不当な別異処遇の根拠のうち、世界観(Weltanschauung)はAGGに特有であるが、およそ根拠全体の観点からはEU法の枠組みに做った規定方法といえよう。

人種・民族的出自よりも他の根拠の適用範囲は狭い。それ以外の禁止される不当な別異処遇の根拠を見ても、AGGによる保護の範囲は一律ではないのである。正当化の規定は二〇条にまとめられているが、結局は禁止される不当な別異処遇の根拠ごとで各号の判断基準に違いが生じ、判例の蓄積と研究を通じた具体的基準の研究が必要とされる。次に述べるように、根拠による保護範囲(適用範囲)・程度(正当化)の差異が生じていることは、少なくともAGGにおいて、異なる者を等しく処遇せよとの法的要請が全てに一律にはたらくわけではないことを示す。⁽²⁴⁾

2 適用領域と正当化

AGGは、ブライバシーや私的な領域に配慮し、そこでは平等処遇の要請よりも契約自由・私的自治の要請を徹底している⁽²⁵⁾。法律行為の私的な領域への近さにより、自律の保護の程度も高められている。例えば、一九条一項では、人種・民族的出自は別として、諸別異処遇は「特定の個人が問題とならないもの」(大量取引)およびそれに準ずるものについてのみ禁止することとしている。また、四項や五項の私的領域に関する明確な適用除外、草案になかった規定の追加(三項の住環境保護、五項の戸数の基準)を見ても同様のことが言える。ただしこの三項の内容や五項の数字を挙げた規制がどのような影響を実際及ぼすのかは未知数である。一九条五項三文の五〇戸ルールについては、説得力のない数字であるといった批判や曖昧であるといった批判がある⁽²⁶⁾。

宗教・障害・年齢・性的アイデンティティ・性別のみに関する客観的理由による別異処遇の許容(二〇条一項)のうち、危険の予防、損害の防止に資する場合(一号)については当該基準の曖昧さが批判され、性別や障害に基づく不当な別異処遇認定の回避手段となるのではないかと懸念される⁽²⁷⁾。

3 救済のあり方

AGGにおいて締結強制という救済手段が存在するかが最も議論の余地のあるところである⁽²⁸⁾。

否定論の論拠としては、以下のことが挙げられる。すなわち、二一条一項の立法過程で草案からわざわざこれを意味する文言が削除されたこと⁽²⁹⁾、また、二一条二項との関係においても無過失の損害賠償責任と結びついた締結強制があるとは考えがたいこと、さらに雇用関係に関する一八条二項のような規定が一九条以下にないことをも併せると、一般的な取引においてAGGによる締結強制がありうるかという問題について否定的に解することが可能である⁽³⁰⁾。

肯定論の立場からは、一般的な債務関係に関する一九条は、労働関係に関する一五条六項と異なり、金銭による損害賠償以外の救済を排除していないため、締結強制がありうるかと考えることも可能である。その場合、契約改訂請求⁽³¹⁾

や締結請求は、「排除」や「差し止め」という二二条一項の請求権の枠組みで可能になるものと解される⁽³²⁾。A G Gの想定において金銭賠償と締結強制のいずれが原則かは、未解決の問題である。E Uの諸指令と一致した解釈を優先するのであれば金銭賠償が原則との理解でよいであろうが、規定の順序の面でA G Gは締結強制を原則と考えているのではないかとの疑問が呈されている⁽³³⁾。

また、損害賠償請求において帰責事由を明文で要求している点も特徴である。このことにより、差別する側に厳しすぎるという批判のある立証責任の転換⁽³⁴⁾を緩和しているとの指摘もある⁽³⁵⁾。

(四) 小 括

不法行為法上の差別保護を越える契約法における平等処遇の要請において、何が考慮要素であるかを抽出するのにA G Gは格好の素材ではないかと考えられる。そして最初に直面する問題は、A G Gにおいて禁止される別異処遇の根拠のバリエーションが広がっていることである。そのため、本稿では、上記の①に述べた要件面に関する検討に的を絞って、A G Gにおいてどのような別異処遇が許されると想定されているのか、そしてその是非について検討することから始める。

三 禁止される不当な別異処遇の根拠——根拠ごとの特徴と運用

二(三)1で述べたとおり、規定のあり方が別個になされていることはもちろん、運用のされ方も禁止される別異処遇の根拠ごとに異なっている。本稿はこの違いの中にこそ、平等処遇の理論の一端を明らかにするための一つのヒントがあると考えられる。この点を分析する際には、E Uによる立法化の要請を越えてA G Gがあえて規定した宗教・障害・

年齢・性的アイデンティティのありようが特に注目される。以下では、二で見たところを、さらに禁止される別異処遇の根拠ごとに切り分けて見ていく。

裁判例に現れているのは主に障害に基づく別異処遇に関する事例であり、次いでハラスメントを含む性別に関する事例、その後に宗教、民族的出自、性的指向が続く。³⁶ただし、これはA G Gでも主に雇用に関する諸規定の活用が多いためと考えられる。ただし前述の通り一般的な契約との関わりでA G Gを分析する本稿では、以下で禁止される不当な別異処遇の各根拠の特徴と運用を取り扱う。

(一) 人種・民族的出自

「人種」概念はドイツ法における差別禁止法にとって特別な歴史的含意を有すると考えられる。これに関して詳細な定義が避けられがちであることも、A G Gの特徴である。³⁷

「民族的出自」のメルクマールは、立法者意思によれば広く解すべきもので、「人種」のような尺度も含むものとされる。民族的出自には、肌の色、家系 (Abstammung)、出身国 (nationale Ursprung)、民族性・国民性 (Volksstum) といった概念が包含されるものと考えられるが、一地方の出身に基づく差別をどう捉えるかにつき争いがあり、また、「社会的出自」一般にまで射程が及ぶとは考えにくい。³⁸

二(三)1で述べたとおり、人種・民族的出自は、大量取引に限られず、公に開かれた財および役務へのアクセスおよびその提供に関する契約に広く差別禁止が及ぶ唯一のメルクマールである。それと同時に、労働関係と異なり、一般的な取引において正当化が基本的に予定されていない(二〇条一項本文参照) 唯一のメルクマールでもある。³⁹

人種・民族的出自という根拠に基づいてディスコへの入店を拒否されたという事案で、五〇〇ユーロの損害賠償が命じられた例がある。⁴⁰

(二) 性別⁽⁴³⁾

性別に基づく不当な別異処遇は、大量取引および私法上の保険においてのみ禁じられる(一九条一項)。性別に基づく直接的不利益処遇としては、労働関係では手当、給付、年金等の支給要件や支給内容に関する別異処遇が典型的に問題とされるが、一般的な取引においてはとりわけ保険契約における性別に基づく差異(一九条一項二号・二〇条二項)、例えば掛け金や給付金が男性より女性のほうが低くなるようなプランしか提供されない場合などが問題となる。ここで性別による異なる処遇が許されるのは、「関連する正確な保険数理および統計のデータに基づくリスク評価の際に決定的な要因となる場合」に限られる。そして、「妊娠又は母親であることに関連した費用を理由として、優遇措置又は給付の差異が生じることとは、いかなる場合でも許されない」⁽⁴⁴⁾。

(三) 宗教

先に述べたように、EU法上一般的な取引において宗教や障害、年齢等に基づく不当な別異処遇を明確に禁止する立法は未だない。ヨーロッパの多くでは、憲法上の宗教に基づく差別の禁止は契約法に直接適用可能ではなく、宗教上の共同体について特別の留保をし、宗教共同体の内部事情に対する適用除外を置いている⁽⁴⁵⁾。A G Gが宗教や障害、年齢に基づく差別を明示的に禁止しているという点で、ドイツの状況はEU全域の将来のシミュレーションともなるう。

これにとどまらず、労働関係においては世界観に基づく差別も一定程度禁止されるが、一般的な民事取引における禁止される不当な別異処遇の根拠から世界観は結局除外された⁽⁴⁶⁾。世界観の定義は難しく、また、世界観に基づく差別禁止は政治的意味合いを含みうるため、一定の当事者に対し私的な施設へのアクセスを緩和しないことを認める考慮

が働くゆえに除外されたのだと解されている。しかしこれについては、ドイツの議論においても合憲性の問題が存在する。⁽⁴⁶⁾

保険契約において宗教もしくは世界観、そして後述する障害、年齢又は性的アイデンティティによる別異処遇が許されるのは、別異処遇が「リスクに応じた計算の認められた原則に基づく場合、特に、統計調査を用いた保険数理の計算によるリスク評価に基づく場合」に限られる(二〇条二項)。

(四) 障害

AGGにおける障害の定義は「その身体的機能、精神的 능력あるいは精神的健康が高確率で年齢相応の状態から六ヶ月以上逸脱しており、そこから社会生活への参加が損なわれている場合」とされている。⁽⁴⁷⁾これは一般に意味されるところの障害から個人の健康状態までという幅広いレンジを有するものであり、また、想定されている障害の箇所や程度も様々である。

保険契約における障害に基づく別異処遇(二〇条二項)に関してであるが、例として、再保険者のことを顧慮して、保険会社のリスクを計算可能にしておくこと、ある保険会社を義務付けられていないとみなすこと、障害に基づく私的な職業不能保険の締結の申込みを受諾すること、あるいは保険保護をより高いプレミアであるいは除外条項を伴って提供することは許される余地がある。⁽⁴⁸⁾

(五) 年齢

年齢差別は、文献・事例双方において圧倒的に労働関係における問題として扱われている。⁽⁴⁹⁾珍しい一般的な契約の裁判例として、交通営団が提供するシニア券が学生券よりも安いことにつき学生の親がAGG違反として交通営団を

訴えた事案⁽⁵⁰⁾では、近距離交通における非ラッシュ時 (Zebenzzeit) の操業率を上げるという社会・経済政策的な効果を追求する場合には、年齢差別に該当しないと判断されている。この判決のみから断定することはできず今後の判例の蓄積を待つべきではあるが、当該判決を敷衍すると、少なくともドイツでは、労働関係以外における年齢に基づく別異処遇は、人種や性別などに基づくそれよりもかなり容易に正当化されることになるう。

(六) 性的アイデンティティ

性的アイデンティティに基づく不当な別異処遇も、主に労働関係における問題として表出しており、一般的な私人間の取引に関する裁判例は見当たらない。しかしここで、性的指向に関する E C J の判決⁽⁵¹⁾後、ドイツで提起された遺族年金に関する訴訟において年金の計算と支給が登録ライフパートナーと婚姻者で異なることが基本法三条一項違反であると判断された⁽⁵²⁾が、ここで本論とはずれるものの A G G 一条が引き合いに出されているのが興味深い。この判決によれば、登録ライフパートナーと婚姻者間の不平等処遇は通常よりも厳格な審査基準に従って正当化が判断されるが、その理由の一つとしてそうした別異処遇が性的指向に基づくマイノリティの差別に繋がることが挙げられており、そこでは前述の E C J の判決および A G G 一条にも言及がある⁽⁵³⁾。この説示からは、性的アイデンティティという根拠が、年齢などとは異なり、むしろ性別と同様の比較的強い規律の対象となることが窺われる。

(七) 小括

こうして禁止される不利益処遇の根拠ごとに俯瞰すると、まず、改めて人種・民族的出自に基づく別異処遇に対する保護の特別性が浮かび上がる。人種・民族的出自以外の根拠には、さらに平等処遇の要請の妥当範囲に違いが見られる。すなわち、一般的な財・役務に関して性別 (性的アイデンティティ) に基づく別異処遇が禁じられる場面のほう

が、障害に基づくその禁じられる場面、さらには年齢に基づくその禁じられる場面よりも広いことがわかる。

また、宗教と世界観がA G Gにおいて同様に扱われるべきか、立法（一九条以下の規定から除外されている）と解釈（宗教と世界観は一樣に取り扱うべきと考えられている）の間で齟齬が見られるが、基本法との関係などを用いて実務上どのように動いていくか見守る必要がある。

さて、平等処遇の要請に禁止される不利益処遇の根拠ごとの違いがあることについて、理論的にいかに説明することができるのであろうか。以下では、平等処遇を通じた私的自治の保障、および、平等処遇を通じた社会参加の保障という二つの観点から、A G Gのありようを説明し、問題点を指摘する。

四 A G Gによる平等処遇の要請の評価

A G Gのような平等処遇を契約法上要請する立法は、A G Gに対する批判(一)が強く述べるように、確かに相手方の契約自由を従来の理解に比して大きく制限することになる。平等処遇と契約自由の相克は不可避のものと言っても過言ではない。

A G Gが上記のような規定を有し議論の対象となつていゝとして、しかし他方で、A G Gの諸規定が的外れあるいは過剰なものでないことは、以下に本稿が想定する二つの観点から説明可能である。逆に言えば、A G Gにおける契約上の平等処遇の要請の根拠は一つの観点からは説明し得ないように思われるのである。以下に、E U法の背景としても議論されてきた複数の観点⁽⁵⁴⁾に近い二つを素材として私見を述べ、それらとA G Gの関係性を示す。

(一) 私的自治の保障の観点からの批判

確かに、立法当時のA G Gは人種・民族的出自と性別に基づく別異処遇に関してはE U指令を国内法化する必要があった。しかし、それ自体についても、さらに、いわば先取りの宗教、障害、年齢をも、禁止される不当な別異処遇の根拠に加えたことでも、基本法二条一項の保障する私的自治に対する過度の侵害となりうる点で大きな問題が残っている。

平等処遇を契約法に持ち込むことで契約自由が脅かされることについての懸念はA G G施行前、むしろ司法省案の段階から示されていたが、正面から議論が行われることなくA G G施行の日を迎えたため、この点の議論が施行後も引き続き残ることになったのである⁽⁵⁷⁾。

A G Gのような平等処遇に関する一般的規律は、私的自治を不当に制限することとなるとの批判がある。同様に、一般的規律は必要なく、社会の維持に必要な程度、すなわちA G G制定前の個別の差別保護で十分であるとの見解もある⁽⁵⁸⁾。このように考えると、私的自治との関係で平等処遇の要請は非常に限定的でなければならず、個人の生活の維持に密接に関連する(電気やガスなどの)取引において差別からの保護が徹底されれば、法的な保護としてそれで十分といえよう。

こうした私的自治の保障の観点からA G Gを批判するものとして、強いものでは、私的自治の終焉⁽⁵⁹⁾という表現すらとられる。

平等処遇が一定の範囲で契約法において要請されるとしても、A G Gが過度にパターナリスティックな保護の態様となっており、一定の志操の強要であり、また、「新ジャコバン派的美徳の国 (Tugendrepublik der neuen Jakobiner)」であるとすら批判される。

A G G の最大の難点は、私的自治と平等処遇の要請の衝突という問題に取り組まずして立法したことであろう。⁽⁶¹⁾

(二) 平等処遇を通じた私的自治の保障

契約法における差別禁止・平等処遇に関する議論が立ち上るまでは、消費者保護などの理論によって締結可能な契約内容が制限されてきたに過ぎず、締結自由とりわけ契約の相手方を選択する自由は制限されてこなかった。⁽⁶²⁾しかし、A G G においては、とりわけ人種・民族的出自に関してほぼ絶対的といつてよいような平等処遇の要請が働く結果、人種・民族的出自に基づいて契約の相手方を選択する自由は非常に限定的なものとなる。それ以外に、性別、さらにA G G が独自に規定した障害などに基づいて契約相手方を選択する自由は、大量取引等、特定の個人が問題とならない取引においてのみであるが、その範囲は狭いものとなる。

契約法の分野に平等処遇・差別禁止の要請を直接に、そして今までよりも踏み込んで規定することにつき、私的自治や契約自由の終焉を意味しかねないという懸念に対しては、反論が提示されている。⁽⁶³⁾ 不当な別異処遇をする者の契約自由・私的自治は制限されるとはいえ、不当な別異処遇を受ける者の契約自由・私的自治を十全に保障するために一定の事由に基づく差別を受けない権利が私法上存在すると考えることも可能なのである。⁽⁶⁴⁾ このうちA G G のように考えるのであれば、人種・民族的出自に基づいて不当な別異処遇を受けない権利はかなり広範かつ悉皆的な権利であり、その他に基づいて不当な別異処遇を受けない権利はそれほど強い権利ではないものの、禁止される不利益処遇の根拠ごとに異なるレベルで存在する、と説明することになる。

すなわち、社会保障関係、教育、住居を含む公に開かれた財および役務へのアクセスおよびその提供においては、基本的に人種・民族的出自に基づいて格別の別異処遇を受けずに自己の私的自治を十全に活用することができる。性別や障害、年齢に基づく別異処遇は、二〇条一項各号の事由（危険の防止、プライバシー、特別の恩典、宗教の自由）、二

項の事由（保険契約における一定の正当化）により不利益処遇に対する保護の対象外となる場面が増え、こうした属性を有する者がその属性に拘らず行為しようとしても、相手方の契約自由（例えば二〇条一項四号の宗教の自由など）とのすり合わせが必要とされると考えられるのである。

ただいづれにせよ、契約は差別の手段の一つである。⁽⁶⁶⁾ 個別の権利関係に入っていくための可能性を開くのも閉じるのも契約相手方の自由な選択によるのであり、ある者に利益又は不利益を与え、ある者をその関係から締め出すことでしか契約は成り立たない。契約法に平等処遇の要請が規定されるとしても、それは行き過ぎることがあつてはならないし、濫用の危険⁽⁶⁶⁾を少しでも減じたものである必要がある。

(二) 平等処遇を通じた社会参加の保障

「差別保護」「被害者保護」といった法律上・学説上のワーディングや、人種・民族的出自以外の禁止される差別の根拠については、大量取引に適用範囲が限られていることから、こうした規定が従前社会的に排除されてきた者に一定の社会参加の機会を回復することに資するということが重視されていることが窺われる。差別を受けない権利を、個人が社会に参加する権利と考えることもできるのである。⁽⁶⁷⁾

しかしこの視点は、むしろ平等処遇に関する一般的な規定を契約法に置くことについての消極論、すなわち、差別禁止は契約法の新たな要素として特別に考慮する必要はなく、範囲を限定した規定で足りるとする諸見解⁽⁶⁸⁾と親和的ですらある。逆に言えば、こうした社会参加の保障のために規定されるに過ぎない根拠（年齢など）に基づく別異処遇の禁止は、例えば上記の近距離交通に関する判決のように、別異処遇を行う側の経済的動機のみで別異処遇が正当化されるなどのように、かなり緩やかになされることが導かれる。

また、この視点からすると、A G Gを含めE U法全体が人種・民族的出自について格別強い平等処遇の要請を有し

ていること、および、障害についても規定したことがさらによく説明される⁽⁶⁹⁾。

一定のレベルの社会参加の確保に主眼があらうことは、アフアーマティブ・アクションの正当性（五条）に関する議論が十分なされないまま契約法上の平等処遇の要請の問題として一まとめにされていることと無関係ではないであろう。また、私的領域を適用除外とすることにつき異論のないことも整合する。

個別の特殊な社会はともかくとして、一定の年齢が従来社会的嫌悪の対象となってきた経緯はない。労働関係において定年制が年齢による差別となるかについては、各国で既に雇用関係に関する判例の蓄積があるが、契約一般において年齢による差別の問題がどのように表出するか、またA G Gに現在列挙されている以外の事由を根拠とした別異処遇⁽⁷⁰⁾に関する規定・実務の動向を見ていくことが必要である。それと同時に、禁止される別異処遇の根拠として規定することが可能な事由と不可能な事由がどのように分類されるかも併せて考えていかねばならないであろう⁽⁷¹⁾。

五 おわりに

A G Gにおいて、禁止される不利益処遇の根拠としての法的な保護のありようは、人種・民族的出自とそれ以外に二分されている。これは、平等処遇の要請の具現化としての人種・民族的出自に基づく不当な別異処遇を受けない広範かつ悉皆的な権利の存在を示唆している。人種・民族的出自以外に分かれた中でも、正当化要件には差が存在する。このことは、それ以外の根拠に基づく不当な別異処遇を受けない比較的緩やかな権利の存在と、平等処遇の要請が社会的排除の一掃という目的をも別個有することの二つを示唆している⁽⁷²⁾。

個人の一定の属性に基づいて契約自由・私的自治を制限されないということについて、個人の属性ごとに異なる法が妥当することと平等処遇の要請との関係について補足的に触れておきたい。古くナポレオン法典に民法上の人の平

等が反映されたにも拘らず、その平等は絶対的なものではない。すなわち、権利能力の制限や、商人、一定の事業者、消費者といった様々な地位に応じた法が存在するように、市民一般の法という考え方と明らかに矛盾するような別異処遇の必要性あるいは正当性は既に自明のものとされている。そのうち、商事法などはレシプロカルな規律である。

しかし、(a) 制限行為能力者 (b) 消費者といった定型的保護が図られている類型については、本人とその相手方の間で法による制限あるいは保護は相互には保障されていない。ここで、このことが四(二)で述べたところと抵触するのか、すなわち、相手方の契約自由の制限が、他方当事者の契約自由の保障のために正当化されうるのか否か、が問題となる。

この点確かに、制限行為能力者や消費者といった個人の属性に基づく別個の規律は、一定の者の契約自由を制限する定型化された不利益な別異処遇ではあるが、A G Gの枠組みによって考えると、当該の規定、基準又は手続が適法な目的によって客観的に正当化され、かつ、この目的を達成するためにその手段が適当かつ必要である場合にあっては⁽⁷³⁾まる。つまり、不当な別異処遇を受ける者の契約自由・私的自治を十全に保障するために一定の事由に基づく不当な別異処遇を受けない権利が私法上存在すると考えるとき、平等処遇の要請に基づくその権利は、法的に合目的性と合理性(正当性)の担保された別異処遇と抵触するものではないと理解できる。

以上のように、契約法における平等処遇の要請について考えるにあたって、契約法ひいては民法における①平等処遇を通じて私的自治保障と、②社会参加の保障という二つの視点を得ることができるのである。他方で、実際に立法した場合の規定の実効性や市民生活への影響、とりわけ契約自由が必要以上に制限されることにならないか、という三つの視点を忘れてはならない。今後契約法における平等処遇について考えるとき、上記の二つの視点に立つことが必要とされるとともに、平等処遇規定消極論が注意を喚起するようにさらに法規そのもののあり方の妥当性も併せて考えていかなければならないであろう。正当化規定をより具体化する必要があることに加え、アフアーマティブ・ア

クシヨンがなぜ一律に正当化されるのか、そうした規定は恒久化されるものなのか、不当な別異処遇との境界はどこにあるのかといったことも含めて次稿以降の課題とする。

ただ、本稿で示したA G Gとそれを取り巻く議論についての俯瞰は、あくまでスクリーンショットに過ぎない。というのも、ドイツにおいても、一方で前述のようなA G Gに対する疑問視が、そして他方で禁止される別異処遇の根拠の拡大や現在の規定の大幅な改正・拡充を求める動きがあるからである。⁽⁷⁴⁾

最後に、本稿を結ぶにあたって、当座残されている問題を整理したい。

先に触れたように、こうしたA G Gなどの平等処遇の諸立法においては、契約が実現されていたはずという観点から、その場合と同等の地位が回復されるように損害賠償を主要なものとする救済が用意されている。しかし、二(三)で触れたように、そうした救済のあり方については別途検討が必要な大きな問題として認識する必要がある。この問題は次稿以降に検討する。

また、前述のアフアーマティブ・アクションの問題のように、どのような別異処遇が許容されてしかるべきかといった視点からも、契約法における平等処遇の要請が妥当する範囲の確定を進めていく必要がある。

もう一つ、仮に一般的な契約において締結強制という救済が排除されていないと考える場合、司法省草案において規定されていたように、契約締結による救済が求められた時点で既に第三者が契約締結を了していたときには損害賠償による救済のみが行われるとするならば、これを理論的にどう説明できるだろうか。例えば、平等処遇の要請によって制限されているはずの契約自由が再び肯認される場面がありうるのか。ドイツの議論をさらに追いつつ、さらに平等処遇の要請を明らかにしていく必要があるだろう。

- (1) 一方では、CFR (共通参照枠組み) 策定作業に際してみられる契約自由以外の新たな価値に関する議論の盛り上がりと共に、こうした動きにみられる規定の正当性が裏付けられはじめた。他方で、契約自由との関係で差別禁止・平等処遇の要請は契約法においてそれほど強く要請されないとの考えも、依然として唱えられている。契約法の原則とは何かを考え直すという一大作業がまさに行われているのである。こうしたEUの状況とドイツの状況には類似点が見られるため、本稿でもこの点触れはするが、詳しくは、EU機能条約一八・一九条を中心としたEU指令とCFR草案の規定を用いて問題点を整理した茂木明奈「契約法における平等処遇序論——EUの状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇——」法学政治学論究九二号(二〇一一)一一五—一四六頁を参照。契約法における自由と平等処遇の要請の関係という大問題に向き合うためには、契約法において平等処遇が要請される理由、何について平等処遇が要請されるか、どのような法的結果を与えるかということ明らかにしなければならない。上記論文は、指令やCFR草案 (Acquis Principles および Draft Common Frame of Reference) の規定ぶりを分析した上で、それぞれが未だ上記の諸問題を明らかにするのに足りないことを示した。
- (2) 本稿はその目的上、労働関係特有の様々な考慮が働く雇用関係の規定を扱うことを控え (労働関係に関しては、櫻庭涼子『年齢差別禁止の法理』信山社(二〇〇八)や山川和義・和田肇「ドイツにおける一般平等立法の意味」日本労働研究雑誌五七四号(二〇〇八)一八—二七頁などがAGGを直接の検討対象としている)、それ以外の一般的な財や役務の供給に関する債務関係での平等処遇のあり方を検討対象とする。また、本稿は、AGGの具体的な内容の検討にあたって、主に以下のコメントールを参考とつづる。Wolfgang Daubler, Martin Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar 2. Aufl., Nomos, 2008 (以下、Nomos); Ham Peter Westermann (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, 12. neubearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008 (以下、Erman); Peter Bassenge etc., Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., C. H. Beck, 2010 (以下、Palandt); Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, 6. Aufl., C. H. Beck, 2012 (以下、MünchKommBGB); Heinz Georg Bamberg, Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., C. H. Beck, 2012 (以下、Bamberg/Roth)。
- (3) 前掲注(1) 茂木・一三三頁。
- (4) Karl Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote - Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung, in: Karl Riesenhuber und Yuko Nishitani (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? : Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, De Gruyter Recht, 2007, S. 19-61, bes. 22-32. また、斉藤純子「ユーロに於けるEU指令」

- 等待遇指令の国内法化と一般平等待遇法の制定」外国の立法二三〇号（二〇〇六）九一―一〇七頁、同「二〇〇六年八月四日の平等待遇原則の実現のための欧州指令を実施するための法律」同一〇八一―一二三頁、とりわけ九四―九六頁参照。当該文献にAGGの邦訳（ただし、世界観に関する改正前のもの）が掲載されている。
- (5) *ibid.*, Riesenhuber, SS: 26-32. また、それまでに一九九五年に反人種主義法案、一九九八年に反差別・少数権利法案、二〇〇一年には民法における差別に関する障害者のための法律草案などが提出されていた。
- (6) Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, 10. Dezember 2001.
- (7) *supra* note 2, Nomos, Einleitung, S. 19-102 [Wolfgang Däubler], bes. S. 8 Rn. 8.
- (8) Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien von 16. 12. 2004, BT-Drucks. 15/4538.
- (9) *ibid.*; 前掲注（４）齊藤を参照。その他AGGの詳細な立法経緯については本文献、および、前掲注（二）山川＝和田二一―二二頁が詳しい。前掲注（８）の草案はお蔵入りとなったが、次の国会で提出されたEntwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drucks 16/1780は用語法「差別」という語を外し、「平等処遇」という語を使用することとした）以外はほぼ内容を引き継いだものであった。
- (10) 前掲注（４）齊藤・九二頁。
- (11) 公に開かれた財および役務の提供には、あらゆる取引可能な対象物（権利や株式にも及ぶ）が含まれるが、結社・団体のメンバーシップ、加盟状態は含まれない。公に開かれた提供ということをも最も厳格に解釈すれば、レストランや博物館、金融機関、公共交通機関等の事業者（BGB一四条）による提供のみとなる（*supra* note 2, Münchener, §19 AGG Rn. 36）が、そうすると結局他の根拠に適用される大量取引という要件と同じになってしまったため、私人による雑誌広告やインターネットなどを通じた提供も含むとの解釈（*supra* note 9, BT-Drucks 16/1780, S. 32）のほうが妥当である。 *supra* note 2, Erman, §2 AGG Rn. 23ff.
- (12) 前掲注（１）茂木・一二五頁。
- (13) ただし、世界観は除外されている。後掲注（18）（45）（46）。
- (14) *supra* note 9, BT-Drucks 16/1780, S. 42.
- (15) ここでは、住居の貸与における経済的・社会的・文化的環境への配慮が許されている。一九条の構造からはこの三項の適用除外が人種・民族的出自に基づく不利益処遇にも及ぶように受けとれるが、指令と一致した解釈の原則からすると、その

- ように解することはできなからう。supra note 2, Palandt, §19 AGG [Grüneberg] Rn. 6; Erman, §19 AGG [Armbrüster] Rn. 27. ただし、supra note 2, MünchK. §19 AGG [Thüsing] Rn. 75.
- (16) See AGG and supra note 8, BT-Drucks 15/4538.
- (17) 直接的不利益処遇に關してのみ該當する規律であり、間接的不利益処遇に關しては三条二項の問題となる。supra note 2, Nomos, S. 638 Rn. 4f [Bernhard Franke/Gisbert Schlichmann].
- (18) 一条列挙事由である世界觀は除外されている。後掲注 (45) (46)。
- (19) 非財産的損害に關しても金錢賠償請求權で手當てされるが、この点につき草案の段階では契約締結拒否の場合に被害者は締結請求を行うものとする規定となっていた。
- (20) ただし、後掲注 (32)。
- (21) 締結強制と締結請求、締結強制と履行の強制といった概念を、DCFRなどとの比較を行いつつ整理する必要がある。この点につき少し触れておくと、具体的なアプローチとしては、BGB二七五条とりわけ一項の給付拒絶權による締結強制の排除(①不法・不能の場合、②過大な負担を強いる場合、③属人的性格の給付の場合。supra note 2, Nomos, [Deinert], S. 682) からのものと、締約強制論からのアプローチ(谷江陽介「締約強制論の現代的展開(一)―(五・完)」名古屋大学法政論集二一四号(二〇〇六年)一二七―一六四頁・二二五号二五五―二九五頁・二一八号(二〇〇七年)一八一―二〇六頁・二一九号二三九―二七九頁・二二〇号一二七―一五九頁とりわけ(三)一九六―一九七頁・(四)二六六―二六七頁によれば、①申込者の法律上保護に値する利益、②提供者への依存、③提供者の「締結志向」(Verragsgeneigntheit)、④提供者の給付能力)が考えられる。
- (22) European Commission, Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM (2008) 426.
- (23) 前掲注 (2) 各コンメンタールを参照。
- (24) とはいえ、結局禁止される差別の根拠が社会によって異なるのであるから、少なくとも現在決着のつく問題ではないとの説明に終わることもあるいは可能である。supra note 2, MünchK. §1 Ziel des Gesetzes, [Thüsing], Rn 4-8 a, 自然的法則があるわけではなく、それぞれの社会による選択の反映であると述べる。
- (25) 人種・出身民族・性別以外の根拠に關して「専門職業的あるいは商業的活動」にかかわる差別を禁止する前掲注 (22) の

指令案も類似の傾向にある上、A G Gよりも私的領域における契約自由を重視する形となっている。

- (26) Edard Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Mohr Siebeck, 2008, S. 207-270, bes. S. 264, bes. Rn. 139.
- (27) supra note 2, Nomos, [Franke/Schlichmann], S. 641 Rn. 13. 生命の危険などに特化して規定すべきだとする。
- (28) supra note 2, Nomos, [Deniert], S. 668-671, 680-684. E U 法上締結強制の余地があるともなうとも判断している。というのは、適切な救済を用意することとされているものの、契約自由の原則も配慮されることが言及されているからである。各国内法において締結強制という救済形態を置くことまでは義務付けられてはいないと考えられる。Nobert Reich, Effective Private Law Remedies in Discrimination Cases, in: Reiner Schulze ed., Non-Discrimination in European Private Law, Mohr Siebeck, 2011, pp. 57-80. 同く、各国はE U の要請を越えた差別に対する保護を行うことも許されているので、A G G の規定が何を示すかをさらに検討しなければならない。
- (29) 司法省草案では三一九条一項が、契約締結や組織へのアクセスがなされていたはずというのであれば、第三者と既に契約が締結されていた場合は別として、それを救済すると規定していた。S P D 草案では、二二二条二項が、司法省草案のような除外の文言なしで同様の内容を規定していた。
- (30) Jan D. Lüttinghaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz - Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung, Mohr Siebeck, 2010, S. 32. 契約締結の自由が優先し、締結強制がA G G の救済に含まれるという点に於て Armbrüster, NJW 2007, S. 1494, bes. S. 1497 なる。
- (31) Ebert and Pinkel, Restricting Freedom of Contract through Non-Discrimination Provisions? A Comparison of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the German "General Equality Law", German Law Journal vol. 10 no. 11 pp. 1417-1438, p. 1435.
- (32) Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm (Hrsg.), Vertragsrecht Kommentar, Wolters Kluwer, 2010, §1 A G G Rn. 4 [Jörg Benedict], supra note 4, Riesenhuber, S. 28. ただし、Riesenhuber はある程度に「現物返還 (Naturalrestitution)」を考慮する方も可能ではある。
- (33) supra note 31, Tonner, §1 A G G Rn. 4, 12 [Benedict].
- (34) これはE U の諸指令に由来する規定であるが「批判しつつ」Tilman Reppen, Antidiskriminierung - die Totenglocke des

- Privatechts la:utet, in: Tilman Reppen, Thomas Lobinger, Ansgar Hense, Herausgegeben von Josef Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 11-98 など。
- (35) Ingo Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?: Beweis- und verfahrensrechtliche Probleme der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG.
- (36) Rainer Nickel, Drei Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): eine Zwischenbilanz, S. 3; Franke, Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in der Rechtsprechung, NJ 2010, S. 233.
- (37) supra note 32, Tonner, §1 AGG [Benedict] Rn. 19. 決つて人種による相違の存在を前提としつはうなことを示すため一条や二九条では「wegen der Rasse」ではなく「aus Gründen der Rasse...」という言葉遣いをしてゐる。supra note 9, BT-Drucks 16/1780 S. 30f. 民族的出自は人種との対比で厳密な定義は難しいが、同じ規範が妥当するので、殊更厳格な境界を引べつては要求されなく。supra note 2, Erman, §1 AGG [Armbrüster/Belling] Rn. 3ff.
- (38) supra note 32, Tonner, §1 AGG [Benedict] Rn. 21f.; VG Köln Urt v 14.03.2007 - 10 K 4864/06.
- (39) 労働関係において狭いながらも八条一項に正当化規定がおかれているのは、労働関係が債務法上の関係のなかで極めて近い関係にあるため、とりわけ言語能力やその地企業への忠誠という観点から正当化が必要であるからとの説明がされる。supra note 32, Tonner, §1 AGG [Benedict] Rn. 24.
- (40) 総則におかれている間接的不利益処遇の正当化に関する規定（当該の規定、基準または手続が適法な目的によつて客観的に正当化され、かつ、この目的を達成するためにその手段が適當かつ必要である場合）により、人種・民族的出自による別異処遇が許される余地も考えられなくはない。しかし、少なくとも直接的な不利益処遇に関しては、二〇条一項一号のように「危険予防、損害防止またはこれに比肩する性質のその他の目的に資する場合」であっても認められないことが規定上明らからである。例えば、サッカーの国際試合において、アウェーのチームのサポーターを危険予防のためとして応援しにくい位置に隔離したり入場を制限したりすることがこれにあたる。
- (41) AG Oldenburg, Urt vom 23.07.2008, E2 C2126/07.
- (42) 妊娠又は母親であることを理由とする不利益処遇も性別に基づくものに含まれる（三条一項二文）。EU法上は、トランスセクシュアルなど、自己がどういった性に該当するかに関する主観に基づく差別も、性別に基づく差別の中に包含されると解されていると言える（76/207/ECG; 2006/54/ECを参照）。

- (43) EU法上は当初、2004/113/ECにおいて、妊娠と母親であること以外に基づく別異処遇として、保険のリスク計算に合理的データを利用することは許されると規定していた(当該指令五条二項)。しかし、ECJは二〇一一年三月一日、Case C-236/09において、五条二項を無効であると判断した。そのためこうしたEU法の動向が置換法であるAGGの解釈に影響する可能性が高いと考えられる。この判決につづいて、Daniel Effer-Uhe, Gleichbehandlung in Versicherungsverträgen - zum Urteil des EuGH vom 01.03.2011 in der Rechtssache C-236/09 (Association Test-Achats), in: Reiner Schulze ed., Non-Discrimination in European Private Law, Mohr Siebeck, 2011, S. 109-130.
- (44) Matthias Lehmann, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht - Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich, in: Reiner Schulz (ed.), New Features in Contract Law, Sellier, 2007, pp. 67-84.
- (45) 世界観という概念において一般的な政治的意図は直接含意されないが、極右思想を有する者によるAGG規定の濫用的利用などを念頭に、基本的に労働関係と同じはずである禁止される不利益処遇の根拠が、一般民事取引においては削られることとなった。BT-Drucks 16/2022 S. 13. しか、後掲注(46)のような基本法との抵触の問題とは無関係に、単に立法過誤と指摘するものもある。supra note 32, [Benedict] S. 21, Rn. 36. 政治的意味合い以外の世界観に基づく不利益処遇も保護すべきであったとの見解もある。supra note 2, Erman, §1 AGG Rn. 9. ただし、少なくともドイツにおいては、自由民主主義の基本的秩序と衝突する世界観は保護をならねる。supra note 2, Palandt, §1 AGG Rn. 5.
- (46) supra note 44, Lehmann, S. 4; supra note 2, Nomos, §19 Rn. 17 [Franke/Schlichmann], S. 609f, 644f. 基本法四条一項では宗教と世界観が同列に扱われているにも拘らず、AGGの一般的契約に関するこの部分でのみ世界観が保護の対象外となることは整合的でないとし、この部分に関して明文では語られていなくとも宗教と同様に考えるべきとの見方がある。
- (47) 既存の障害者の平等のための法律 (Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen = BGG) 三条の定義 (WHOの定義に近い) に依拠している。supra note 2, Erman, §1 AGG [Armbüster] Rn. 10.
- (48) OLG Karlsruhe Urt vom 18.12.2007 - 12 U 117/07.
- (49) supra note 2, Erman, §1 AGG [Armbüster] Rn. 13; Palandt, §1 AGG [Ellenberger] Rn. 9. 一般の取引では年齢による販売制限や割引が問題とならぬ。
- (50) AG Mannheim Urt vom 06.06.2008 - 10 C 34/08, NJW 2008, 3442.
- (51) 請求者が被保険者と婚姻関係ではなく同性のライフパートナーであったことを理由として遺族年金の支給が拒否されたこ

- ことが違法であると考えた。EuGH, Urt vom 01.04.2008 – Maruko – C-267/06, OJ 2008 C/128/06; VG München, Urt vom 30.10.2008 – M 12 K 08.1484.
- (52) BVerfG, vom 7.7.2009, 1 BvR 1164/07.
- (53) *ibid.*, Rn. 87ff. EUJの判決およびA G U一条が挙げられているのは Rn. 92. 他の理由としては、憲法違反そのもの (Rn. 86 (aa)) と、社会法典違反そのもの (Rn. 94ff. (cc)) が挙げられている。
- (54) 前掲注 (一) 茂木一二二―一二三頁を参照。
- (55) *supra* note 2, Nomos, [Franke/Schlichmann], S. 607-609; Sack, Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht. Kritische Gedanken zur Ergänzung des BGB durch Antidiskriminierungsvorschriften, BB-Special 6/2004, 16, 17.
- (56) *supra* note 26, Picker, S. 263-264 は、疑問を持っていたはずの法律家も政治家も圧力に屈して態度を急変させたことについてをとりわけ辛らうに批判する。
- (57) *supra* note 26, Picker, S. 255-266.
- (58) ダグマー・ケスター＝ヴァルチエン (釜谷真史・角松生史・訳) 「平等取扱と契約自由」法政研究七二巻四号 (二〇〇六) 二二九―二四五頁、とりわけ二四〇頁では「本質的・死活的な生活領域……：以外の分野では、契約法における平等取扱原則は、正当化されない異物」であると述べられている。
- (59) *supra* note 34, Reggen, Eduard Picker, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, Juristen Zeitung 57 (2002) S. 880-882 以下。A G Uが市場における市民ではなく「善い人」を想定しており、平等主義のうちに自由を犠牲にするべきである。Karl-Heinz Ladeur, The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A response to Nicola Vennemann, 3 German Law Journal, Nr. 5, Mai 2002; Adomeit, NJW 2002, S. 424ff.
- (60) Sack, ZRP 2002, S. 286ff; Eduard Picker, JZ 2003, S. 540; Johann Braun, Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, Jus 2002, S. 424 f.
- (61) このような経緯と問題はEUも同様に抱えている。前掲注 (一) 茂木参照。
- (62) *supra* note 44.
- (63) Susanne Baer, “Ende der Privatautonomie” oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das An-

- tidiskriminierungsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, S. 290-294; Rainer Nickel, Widening the Scope: Anti-Discrimination Law, Social Equality, and the Right to Equal Treatment, 1 Annual of German and European Law 2003, S. 353-363.
- (64) 2007 DCFR (Christian von Bar and Eric Clive (eds.), Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Seller, 2009) が「差別を受たなす権利」(II-2: 101) を想定しつつある。ただし、ACQP (Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) Contract II General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, 2009) にならうが、差別を行わないことが信義則上の義務の一つと理解されており、両者が表裏一体のことを言っているかは定かでない。前掲注(一) 茂木・一二三頁を参照。
- (65) supra note 44, Lehmann, S. 68; Jörg Neuner, JZ 2003, S. 57, 59; Eduard Picker, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung (2005), S. 7, 43-54. [Buschmann] Rn. 11, §15 [Deinert] Rn. 57; supra note 31, Tonner, §1 AGG Rn. 5.
- (66) 特に労働関係における AGG-Hopping と呼ばれる AGG の濫用的訴訟が問題となっている。supra note 2, Nomos, §13
- (67) 前掲注(一) 茂木・一二三頁および当該文献注(39) 参照。
- (68) 前掲注(一) 茂木・一二三頁および当該文献注(41) — (44) 参照。
- (69) しかしながら、性別と性的アイデンティティの類似性はこの視点では説明が難しい。
- (70) 例えば、容姿などが想定される。
- (71) 前掲注(70) のようなものが果たして禁止される別異処遇の根拠として適当かどうか。実際の視点、経済的視点等複数の観点から考察する必要がある。
- (72) ただし、EU 法と照らし合わせたときに、どの社会においても AGG が規定するように性別と障害その他の根拠が同じレベルにあるとは思われない。
- (73) (a) 行為能力の保障…制限行為能力者につき定型的に別異処遇を行うことは、制限行為能力者本人あるいは相手方の契約自由を制限することでもある。ある場面では、制限行為能力者がなし得ない法律行為が定められ、その限りで本人の契約自由は制限される。そしてまたある場面では、制限行為能力者の行為は取り消されうるのであり、これは、法律行為の実現

を阻まれる点で、本人の自由の制限でもあり相手方の自由の制限でもある。こうした特別な規律について、障害、とりわけ知的障害者に対する差別と制限行為能力者制度との境界が問題となりうる。私見では、契約法上の平等処遇の要請として表出する知的障害者に対する差別保護は、制限行為能力者としての社会生活における行為能力を十全に発揮する前提を確保するためのものと説明することが可能である。換言すると、民法上の制限行為能力者制度は、これに該当する者の障害に基づく別異処遇を許しあるいは強制する限りで確かに別異処遇を構成するが、合目的性と合理性そして比例性による正当化が法の規定において既に前提とされていると考えられるのである（制限行為能力の程度が不当であるという場合は、制限行為能力者該当性に関する裁判所等の個別判断の正当性の問題となる。制限行為能力の程度に応じた別異処遇が合理的であるか否かはこの個別判断の合理性と一致するように思われる）。その上で、さらに相手方が、例えば行為能力の制限を受けない日用品の売買において、本人が「障害」を有することのみをもって不当な別異処遇を行ったとき、A G Gのような平等処遇に関する法がその問題をカバーすることとなるのである。

(b) 消費者たる地位の保障・同様のことが消費者の別異処遇に關してもいえよう。消費者契約は、民法の原則に比較すると容易に取り消されうる。しかし、それは消費者側の情報や交渉力の欠如に配慮が働くためであり、取り消しうる契約に關する規律も事業者側に過度の負担をかけるものとはなっていない。A G Gをはじめ諸立法にみられる平等処遇ルールは、公に向けて提供・申込みされる財および役務のあらゆるものがその適用対象とされているため、現段階の規定では、人種・出身民族に關して以外は、およそ事業者から消費者へのあらゆる提供・申込みに宛てられたものとも言える。つまり、従来一定の契約の種類にのみ適用されていた平等処遇の要請が、あらゆる消費者契約に関する一般的基準として利用されるに至ったとも言えるのである（A G Gを論述対象とした文献に關して supra note 44, Lehmann, S. 72; E Uにおける Non-discrimination ルールを対象とした文献に關して supra note 28, Reich, S. 76, 83）。

(74) 現行のA G Gに不満の点があるさまざまな団体が活動を継続している。例えば、<http://www.altersdiskriminierung.de>にみられるようなものは年齢による差別も人種その他と同様のレベルで保護するよう改正を求めている。

茂木 明奈（もぎ みな）

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴

明治学院大学法学部特別TA（副助手）

所属学会

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域

法文化学会

主要著作

民法

「契約法における平等処遇序論——EUの状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇——」『法学政治学論究』第九一号（二〇二一年）