

【 寄 稿 】

ペーター・デアレーダー 著

「住居使用賃貸借契約の契約交渉開始と契約締結
および一般平等待遇法」(翻訳)創価大学大学院法務研究科教授
早稲田大学博士(法学) 藤井俊二

* 訳者前書き *

本稿は、Das 26. Fachgespräch des Evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland e. V.において、ドイツにおける住居賃貸借法研究の第一人者であるペーター・デアレーダー(Peter Derleder)教授(ブレーメン大学法学部)が報告されたものである。我が国も国際化が進展して、既に外国人の住居の賃貸借が深刻な問題になっていることは、文献や判例から明らかになっているところであるが、この問題の解決策を探るためには、既に以前から外国人労働者を受け容れ、さらには外国からの難民を受け容れている西ヨーロッパの立法に学ぶべきところは大きいと考えていた。

ドイツでは外国人の平等待遇を一般的に規定した「一般平等待遇法Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz」が2006年8月14日に制定され、デアレーダー教授は、2007年4月の大会で“Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und das AGG”と題して、住居賃貸借における本法の適用関係について報告された。訳者は、その大会の席上、直ちにデアレーダー教授に翻訳を申し入れたところ快諾していただいたが、その後、諸事情から翻訳作業が遅れ、完成するのに今日までかかってしまったことをデアレーダー教授にお詫び申し上げるとともに、厚くお礼を申し上げる。

なお、本論文は、Partner im Gespräch Band 79に掲載されている。

翻訳

I. 差別待遇に関する論議における決定的要素

一般平等待遇法(以下、AGGと略称する)の制定における論

議は、最近10年間における私法に関する最大のイデオロギー的論争の一つであった。当初は、大きな危惧の念が抱かれ、私的自治の救済、さらには西洋的法の伝統の救済が要請され¹、政治的、社会的な環境に関する了解事項に対する内面的な検閲が要求され、さらには倫理学、社会系諸科学、憲法学、労働法学および使用賃貸借法学の教授達に対する聴聞と専門家としての意見表明を得て議会会期期間を超え、長期にわたり法律の起草のための努力がなされたのであるが、その際に、一部では、ヨーロッパ的義務の実在性を否認する見解が蔓延した。差別待遇法に関するヨーロッパ指令に対する新しい波を呼び起こしたのは、EUのような融和統合プロジェクトを棚上げにしてしまうEU加盟諸国における外国人に敵対的な潮流であった²。2006年8月14日のAGGについて、従来の重要な紛争の実態および判決の実態が明らかにされないままに、AGG自体に関するコンメンタール³だけではなくドイツ民法(BGB)に関する一般的なコンメンタール⁴においても、AGGの導入に関する説明に満ちた⁵注釈が、大波が押し寄せてくるように出された。注釈担当者は、長い間最初の実例を待ちかまえているが、その際に、1976年以来、すなわち失業者がなお400万人も存せず、極めて僅かな差別待遇事例しか裁判手続のつてこなかった時代からの労働法分野における性差別待遇禁止の経験からすると⁶、大山鳴動して鼠一匹という事態も予測されるべきであった。なぜ、このように過剰な議論がなされ、戯曲化されるのであろうか。

貧しい人と富める人のある罅が常に継続して開いていく社会においては、不平等に関する議論は常に困難な問題である。しかし、決定的なことは、既に経済的交流によってヨーロッパでは生じ、東方および南方からの移住の増加によっ

て先鋭化させられた異文化交流の増大である。ドイツにおける逆三角形の人口ピラミッドを背景にした広範な政治的プログラムである融和統合プロジェクトは、マイノリティと交流する感受性を必要とする。この感受性は、肌の黒いアメリカ軍人の子は日常的に嘲弄を我慢しなければならなかった第二次世界大戦後の最初の10年間にはほぼ存在しなかったものである。ところで、具体的な司法上の平等待遇事件がなく、多くの執筆者が考えられ得る差別待遇の状況について意見を述べる場合には、一本法の公布前が既にそうであったようにマイノリティに属する人々に対する先入観および一般的に差別を受けている人々に対する先入観が問題となる大教育的ドラマが進行することになる。先入観の現出は、事実上は阻止することができないが、公的な表現においては禁止されている。しかし、その場合でも法生活に関与する多くの者は、憲法学者や私法学者がそれまで想像していた以上に、はるかに慎重であるように思われる。職場の斡旋、財貨の供給および役務の提供において、マイノリティを排除することは絶対に禁止される。仕事や住居を探している個人を拒絶する場合には多くは可能な限り不快感を呼び起こさない理由をもってなされている。深刻な差別の事実の内容に接近するためにより深く探求されなければならない。本稿では、新法においてこの状況が全般的に把握されているか否かを、住居への接近について正確な分析を行うことによって検証する。

II. AGGとヨーロッパ法の基準の優位

AGGは4つのヨーロッパ基準を法律の形に置き換えたものである。そのうち、使用賃貸借部門における人種民族による差別待遇基準を定めた2000年6月29日のEU反人種差別基準2000/437は、断然重要であり厳格である。なぜならば、この基準は、住居も含めて公衆の自由任に任せている財貨の供給および役務の提供への接近に関連しているからである。人種、民族以外の差別待遇すべてに関連する最も一般的な基準である2000年11月27日のEU雇用基準2000/788は、「社会的保護」および「社会的優遇」という領域でのみ重要であり、また事情によっては賃貸借法に補充的な意義を有するであろう。その他の2つの基準は性による差別待遇に関するものであって、雇用および職業教育の領域でのみ意義を有し、他方2004年12月13日のEU基準2004/113もまた個人を顧慮せず、公衆の自由に任せる財貨供給および役務の提供に関するものであり¹⁰、これも使用賃貸借部門では限定的にしか関連しない。

ドイツの立法者は、ヨーロッパ法の基準および適用領域を特別法の形で体系化することを試みた。このことは、法典編纂技術上困難な課題であった。それは、AGG19条1項が内容的には保護領域の一定の拡大を伴っていた¹¹。すなわち、反人種差別および反性差別待遇基準によって示されているように、特にAGG19条1項がその領域において差別待遇のメルクマールを人種、民族および性のみではなく、宗教、年齢、障害および性同一性にも¹²、また様々な硬直さとも関連させて¹³、財貨の供給および役務の提供を超えて民法の債務関係にも及んでいる。その限りでは、ヨーロッパ法の保護基準を超えてい

るが、他方、他の場所、例えばAGG33条による従前契約に対する適用除外やAGG19条5項3段に具体的に定められている小規模業者条項¹⁴、および例外事例における民法上の差別待遇禁止が適用されないと解される場合には、ヨーロッパ法の基準を遵守しているか、疑念が生じる。そのほかに、AGGにおける概念について、EU裁判所と特殊な移住圧力が存在し、マイノリティとの接触を喪失しているEU加盟国の裁判所の判例の間に解釈の相違が現れる。このことは、例えば、フランスにおける地域と北アフリカ出自であることが刻みつけられている家族との間の和解、およびドイツにおけるトルコ系マイノリティとの和解が具体化しているように、明らかなことである。したがって、加盟国によってマイノリティおよび被差別待遇グループとの交際に関する文化的方式をめぐる法律上の解釈に相違があることも計算に入れられるべきである。EUは連邦国家ではない、したがって「ヨーロッパ法は加盟国の法を破る」という原則の意味での規範ヒエラルヒーは存在しない。従来、独立したヨーロッパ法に関する方法論は欠如していた。EU裁判所の判例は、ヒエラルヒーの概念と加盟国の自治との間で自ずから揺れ動いていた。加盟国の判例は方法論的に認められている手段を用いて基準に合致するように加盟国の法の解釈を行うように努力しなければならないとのみ、述べられている¹⁵。これに対して、解釈の余地を完全に残していない場合には、各国法がヨーロッパ法から離反していったときに、個別国家の保護を担保し、EU法の実効性を確保するために、EU裁判所がマンゴルトMangold事件¹⁶に対して発した適用不能指令は争いがある。この指令に対する批判は正当にも、指令は加盟国に直接適用されるのではなく、加盟国の立法者によって国家法¹⁷に置き換えられることが必要であり、指令に違反する場合には、事情によっては国家責任を導き出すであろうが、連邦国家や中央集権国家におけるような国家法の無効を導くものではないということから始めている¹⁸。私法的取引における指令の直接的水平的効力はEU法249条3項から導き出されるのではなく、加盟国は指令を国家法に置き換える義務を負うとのみ規定されている。アデネラーAdenelerの事件¹⁹に対する判決以来、EU裁判所は方法論に関する原則をより明確に述べるようになってきているように思われる。それによると、指令に一致する解釈をなす義務は、置き換える立法措置を行う期間経過後に発生する。しかし、国家法の文言に反する解釈を導き出すものではない。その限りでは、AGGの解釈も指令と一致するように努力しながらも国家的な方法論の限界は守るべきである。このことは、社会的統合のために大きな重要性を有する規範であること、および加盟国の社会的、経済的事情が相違することからするとヨーロッパ法と加盟国の法との間における対話のための本質的礎石である。

III 使用賃貸借法にとって重要な規定

1. 民法上の一般的差別待遇禁止

使用賃貸借法上重要な規定は、AGG19条から21条であるが、個別的にはAGGの一般的規定に立ち戻る必要がある場合もあ

る。AGG19条1項は、一般的な民法上の差別待遇禁止条項を含んでいる(ただし、AGG6条に定める職業および仕事はのぞく)。この規定では、人種、民族、性、宗教、障害、年齢および性同一性が並列して平等に差別待遇の基準とされている。この規定は、民法上の債務関係の設定、履行および終了、すなわち使用賃貸借契約では契約拒絶に至り得る契約交渉開始、また契約締結時、普通取引約款、契約継続中における進展(例えば、賃料の増額、担保責任および修繕)ならびに取消し、解除、解約告知および放棄契約に関連する。しかし、使用賃貸借法の領域では、90年代前半における法学上の研究が、差別待遇は使用賃貸借関係の継続中における進展および終了時において実務上の問題の報告はなく、判決もないことを明らかにしている²⁰。したがってAGG19条1項〔条文の翻訳: 1. 多くの場合典型的には公平に比較しうる条件で成立し(大量行為Massengeschäft)、もしくは2. 私法上の保証の対象となる債務関係の種類によっては人の外見は大きな意味をもたず、多くの場合に比較しうる条件で成立する債務関係の設定時、履行時および終了時における人種を理由とする差別、もしくは民族的出自、性、宗教、障害、年齢または性同一性を理由とする差別は、許容されない。〕は、主として契約交渉の開始および契約締結時に意味があることになる。さらに、総ての差別待遇基準によって包括的な禁止を伴う本規定は、大量行為(1号)と私法上の保険(2号)に限定的に適用される本規定において、大量行為は、多くの場合において典型的には人物に関係なく比較しうる条件で成立する債務関係であると法律上定義される。人の外見が当該債務関係においては第二次的意味しかなく、多くの場合には典型的には公平に比較しうる条件で成立する行為も同様の債務関係とされる。住居使用賃貸借契約は、典型的には契約に際して使用賃借人の人物が問題とされるから、大量行為ではない。しかし、使用賃借人にとっては賃料が第一に重要であって、人物は第二義的意義しか有しないから、大量行為と同等なものとして理解される。このことは、AGG19条5項3段による推定と関連している。この規定によると、使用賃借人が総計で50戸を越えない住居を賃貸する場合には、一時的ではない使用のための住居の賃貸は、通常、AGG19条1項1号に定める大量行為に含まれないとされる。

2. AGG19条2項による個別的差別禁止

AGG19条1項の一般的差別待遇禁止を越えて、AGG19条2項はAGG2条1項5号から8号までに定められている他の民法上の債務関係の設定、履行および終了に際して人種および民族というメルクマールを理由とするあらゆる差別待遇を禁止している。すなわち、大量行為であるか否か、あるいはこれと同等の行為であるか否か、保険契約であるか否かは、問題とならないのである。AGG19条1項1号では大量行為およびそれと同等の行為という法律上の定義を行っているので、事実行為は、問題とならないが、他方、AGG19条2項は、事実行為による差別行為から許容されない行為による債務の設定まで適用される。AGG2条8号に立ち戻ってみると、適用領域が、住居を含む、一般公衆Öffentlichkeitの使用に供される財産および役務への

接近および提供に関連する領域にまで拡張される。住居の提供の拒絶または住居の分配の拒絶があった場合には、AGG2条1項5号に基づく社会的保護が適用されうる。

直ちに、新聞広告のみによって公衆に提供される使用賃借人の唯一の賃貸住居は「公衆Öffentlichkeit」の使用に供されているかが、議論された²¹。この問題は、数人の論者から、AGG2条8号は私人による個別的な住宅供給には適用されないとか²²、この規定は企業による住宅供給のためのものであるとか²³、あるいはこの規定はAGG19条1項1号の大量取引行為にのみ適用される²⁴等の多様な理由をもって否定された。このような限定的解釈について条文の文言からは根拠を見出すことができない。なぜならば、私人を公衆に対する供給者から除外できず、企業を供給者と呼ぶことも出来ないからである。また、AGG19条2項は、問題となる人種および民族による厳格な差別についてAGG2条8号を引用するが、反対にAGG2条8号はAGG19条1項1号を引用していない。AGG19条5項における親密な関係Naheverhältnisseに関する例外は、私的供給者が最初から排除されるとすれば、実務上、意味を有しないことになる。さらに、このような限定を行うと、供給を公衆に認識させる全ての供給者に向けられた市場の情報伝達全体に対する厳格な差別待遇禁止の意味が誤解されことになる。それに応じて、供給者の私的領域を越えた供給にも及ぶかという拡張された解釈²⁵に賛意を表す。反差別待遇法は、まさに私人と消費者の基本的評価のために努力して獲得されたものである。最後に、EU裁判所は、事実審裁判所がこれまでAGGの広い解釈を妨害することなく、判決をすることができるであろう。EU裁判所に提示されたものを超えて、EU裁判所は自由に判決をすることができる²⁶。

3. 差別化の根拠としての構造的制御

AGG19条3項は、住居使用賃貸借に関する特別規定である。この規定では、社会的に安定した居住構造および均衡のとれた住宅地構造ならびに調和のとれた経済的、社会的および文化的諸関係を創造し、維持することを顧慮して、差別的待遇を認めるものとされている。反人種差別基準はこのような例外を許容しないから、例外は指令と合致する解釈を行うとAGG19条1項の枠内における他の差別待遇基準に基づく差別待遇についてのみ正当化される²⁷。それに伴って、住宅会社のスラム街形成を回避する戦略は、法律によって排除されるであろう。

4. 例外領域

AGG19条4項が親族法および相続法上の債務関係には民法上の差別待遇禁止原則を適用しないとする一方で、AGG19条5項1段は、パートナーもしくはその構成員という特別に親密な関係または信頼関係について例外を定めている。例えば、使用賃借人の居住する住居に使用賃借人を受け入れる場合に、適用されるものである。AGG19条5項2段は、使用賃借人によっても利用される不動産の場合に限り、例外領域を拡大している。AGG19条5項3段、いわゆる小規模供給者条項

Kleinanbieterklauselは、再度、大量行為およびそれと同等の行為の場合にのみAGG19条1項1号による一般的差別待遇禁止を引用するが、しかし反人種主義基準によってこのような例外領域を許容しないAGG19条2項の人種および民族による差別待遇に関する規定を引用していない。すなわち、AGG19条2項については、AGG19条5項3段の例外があるとしても、人種および民族に関する厳格な差別禁止はAGG19条1項の適用のない他の全ての債務関係についても適用されると理解されるべきである。シュミット＝レンチュSchmidt-Rantsch²⁸は、正當にも、同様に厳格な性による差別禁止も同時にAGG19条5項3段の小規模供給者条項を正当化しないと指摘する。しかし、推定規定においては、指令に一致する解釈が、性に関する差別に関しては推定が常に覆されるまで体系的解釈の余地をこごとく用いたときに、正当化されうる。

5. 正当化の根拠

AGG20条は、人種および民族を除外した法律上の差別待遇基準に基づく差別待遇を正当化する規定である。この規定では、反人種差別基準が〔人種・民族を理由とする差別の〕正当化を完全に拒絶する。その他の点では、AGG20条1項1段に定める事実的理由〔宗教、障害、年齢、性同一もしくは性〕による正当化に関して、制限的列挙ではなく、4つの例が例示されている。AGG20条1項2段1号によると、危険の回避および損害の防止のための差別待遇は許容される。これに比肩しうる他種の目的も正当化されうる。これとともに特別な欲求不満に対する保護が考慮されるであろう。AGG20条1項2段2号は、プライベートな領域もしくは人的担保の保護に対する要求を法律上正当と認めるべきものとしている。AGG20条1項2段3号は、平等な待遇を実行する利益（例えば、競争または社会的な理由に基づく）が欠如している場合には、特別に有利な待遇をすることを正当と認めている。さらに、同条1項2段4号は宗教共同体および宗教団体の設立、さらには個人および団体による宗教活動に関する宗教上の理由による差別を許容されるものと定めている。保険関係のために定められた規定、AGG20条2項は、報奨金と給付に関して統計上における危険の差異とを連関させるようにしている²⁹。この規定は事情によっては使用貸借関係における保険に条件付けられた経営費にも関連してくる。

6. 請求権

AGG21条は、差別待遇に対して発生しうる請求権を規定する。AGG21条1項1段の帰責事由の有無にかかわらず発生する結果除去請求権および21条1項2段による不作為請求権を定め、それと並んで、AGG21条2項1段は損害賠償請求権を認めている。この場合には、帰責事由がAGG21条2項2段によって推定され、他方、非物質的損害はAGG21条2項3段によって相当な損害賠償を導きうる。これらの請求権はAGG21条5項1段によって2ヵ月内に行使されなければならない。ただし、AGG21条5項2段は、2ヵ月の期間を徒過したことについて帰責事由がない場合に関する例外を定めている〔約者注：この場合には、2ヵ月経過

後でも請求権を行使できる〕。AGG21条3項は不法行為に基づく請求権について本条の規定は影響を及ぼさないとする。最後に、何人も差別待遇禁止と異なる合意を援用することはできないと定めるAGG21条4項は、強行規定的な性格を宣言するだけでなく、ドイツ民法（BGB）139条に定める禁止規定、すなわち禁止に反する契約条項を無効とする規定でもあることを明確している。規定の文言から、この場合には、一部においてはドイツ民法475条1項1段との比較において、契約条項が民法139条によって契約全体の有効性を導き出し得ないという結論が出される³⁰。このような解釈は、しかし、差別待遇条項の重要性を顧慮すると法律の目的相応するものではない。

この規範構造の主要な問題は、締約強制であった。この問題に関する論拠は、ほとんど論じ尽くされている。しかし、契約締結に対する請求権は排除されないというのが、通説を形成しているように思われる³¹。一方では、ヨーロッパ法は、1976年の婦人平等待遇指針³²においても2000年以降の指針においても締約強制を明示的には規定していなかった。さらに、社民党・緑の党の連立連邦政府の草案に基づく明示的な規定は継承されなかった³³。契約関係の設定に対する請求権は存在しないと定めた旧611条a第2項2段³⁴と同様に、明確な規定はなされなかった。雇用関係の設定に対する請求権を明示的に否定するAGG15条4項は、AGG21条の解釈のための体系的な逆の推論を可能とする。それとともに、立法者は判例の予断のない考慮によって締約強制について判断することを委ねた。判例は、AGG21条1項1段の文言から始めなければならず、差別待遇の結果を除去することに契約の締結に対する義務を含めることができるか否かが審理されるべきである。この問題は、差別待遇がなく契約が有効に締結される場合、すなわち契約締結が他の理由から挫折しないであろう場合にのみ、肯定される。これは例外的にのみ正当化されうる。被差別者が契約締結に対する請求権を主張する場合には、差別待遇の動機が唯一の原因であったもしくは決定的な主たる動機であったことについて、被差別者が、主張・立証責任を負う。それとともに、従来は、差別が契約交渉の開始および契約締結の場合にのみ確認されていた使用貸借部門についてまさに、このように非常に限定された締約強制を認めることが、民法にわたってのAGGの本来の新しい価値である。ドイツ民法280条および241条2項によって予約関係から締約強制を根拠づけることは説得力がない。なぜならば、予約行為ではなく、契約締結の拒絶自体が法律効果を発生させるからであり、同様にドイツ民法826条〔訳者注：良俗違反の故意による加害行為に基づく損害賠償の規定〕によってもほとんど根拠付けることができな³⁵。なぜならば、故意による良俗違反の加害に対して常に与えられる保護を顧慮するとその場合にはAGGの独立した要件事実を必要としないからである。個人の個別の供給者が義務を負うか否かはなお明らかにされなければならない。

IV. 差別待遇に対する保護の入口

AGG3条1項1段に定める直接的差別 unmittelbare Benachteiligungは、人が比較できる立場において他の人より

も有利ではない取扱いを経験したか、経験することを要件としている。戦略的な行動をとる使用賃貸人は、使用者と同様にこのような差別を回避するのは困難である。このことを、例を挙げて説明してゆくことにする。

ケース1:良好な大都市部において100戸の住居を有する住宅会社が、折に触れて賃借希求者と接触していたにもかかわらず、従前はなお外国人家族を使用賃借人として受け入れたいなかった。この会社はそのことについて理由を述べることなく、むしろ自由業者、大学教育を受けた者、手工業者または銀行員を使用賃借人として優遇していた。外国人のコンピュータ技術者がその家族とともに賃借住居を求めたときに、再度、退職公務員とその妻を優遇したので、この外国人はAGGの適用を主張した。

たとえ、人種および民族に関するヨーロッパ法およびドイツ法の厳格な差別禁止が問題となる場合でも、AGGによる保護は、ともかく当事者の見解ではなく、客観的な事実から差別が認識できるときに、効力を発揮する³⁶。差別行為が、明示的にあるいはその内容によって差別待遇基準と接続していなければならない。これは、1976年以降における性による差別に関する連邦労働裁判所の判例、すなわち多くの男性と女性の志願者がいる場合には、より良い適性を有するという理由で、通常男性が雇用されたときはサンクションのないという結論の判決の基礎となっていた³⁷。それに応じて、外国人の賃借希求者の誰とも使用賃貸借契約を締結せず、外国人の希求者よりも安定した生活をしている他の者を優遇する賃貸企業の行為は、差別待遇ではない。たとえ、何らの理由がない場合、もしくは概括的な理由しかない場合でも、事情は変わらない。私的供給者が交渉時における動機を述べる義務は、私的領域forum internumに対する基本法上の保護を考慮すると法律からは読み取ることができない。もちろん、外国人が標準的な地区に受け入れるには相応しくなくまたは受け入れることは心地よいものではないであろうということが理由である場合には、AGGによる請求権が問題となってくる。しかし、このような動機の表示あるいはそれに類似する動機の表示がない場合でも、純粋の事実行為は、全く特別の事情の下においてのみ、例えば外国人希求者に対する一貫して全く配慮をせずに、支払い能力が顕著に低い自国の使用賃借人を優遇するときは、結論の定まった直接的差別である。この場合には、外国人の希求者にその時点で配慮をしなかったという事実だけでは、新たな希求者に差別待遇法上の請求権を付与するためには十分ではない。

確かに、差別されるマイノリティーは、このような沈黙の壁を破壊しようと試みることはできる。拒絶された希求者が一稀に希求者が成功することもあるが、外国人差別を企業が指示していることを公表できる場合には、使用賃貸人の行為は別の側面を表すことになる。例えば、フランスでは、アルジェリア人の名を有する賃借希求者はその都度2通の別個の申請書を提出した。この2通の申請書には個人的事情、収

入状況および財産状況を完璧に同一内容で記載され、ただ一方はアルジェリア人の名が、他方はデュボンDupontのような慣例的に用いているフランス人の名が記入されていた。デュボンのみが賃借希求者の交渉のための話し合いに招かれた場合には、それは差別行為であると評価された。この場合には、事実、人種および民族を理由とする直接的差別が認められ、不作為請求権および損害賠償請求権が発生しうる。

しかし、何らの理由もなく、差別に関連する行為を行っていない使用賃貸人は、差別になる事例を生じさせることを回避することができる。さらに、実務において、使用賃貸人は、自分たちが外国人に好意的であり、差別回避の方向をとっていることを頻繁に強調するであろうが、しかし使用賃貸人は、その時々個別事例においては他の理由から外国人もしくはその他のマイノリティーに有利ではない決定をすることができる。その場合には、AGG3条2項に定める間接差別であるとして使用賃貸人の責任を問うことはできない。すなわち、例えば特定の宗教にとっては典型的な行動様式を排除するような場合に生じ得るような特別な仕方による差別を生じさせる中立的規定、基準もしくは手続の適用が問われない。なぜならば、この種の規定、基準および手続に定めがなく、すなわちこの点での理由が存しない場合には、同じく差別事例ではないことになる。

したがって、AGGの適用に対する入口の敷居は高い。差別待遇理由がある故の差別について間接事実に関するAGG22条に基づく請求権行使者の義務とされる証明は、外見上AGGに適合した使用賃貸人としての行為を行っている場合、個別の事例において内部的に差別基準によると差別とされる行為が目的とされるときでも、殆ど行われ得ない。確かに、両性の平等に関して過去30年の伝統を有する労働法においては、統計およびテストの実施が直接もしくは間接の差別を明らかにする場合には一定の意味を有することになる³⁸。しかし、統計が少なくともAGGの施行の翌年のものでは資料的価値が少ない、なぜならばAGGの施行前のAGGの適用されるべき行為は責任を負わないからであり、AGGに反する行為の継続は単純には差し止めることができないからである。

V. 契約の開始

1. ショーウインドー越の申込み

契約の開始は、差別のメルクマールが提示された場合には、特に供給者に罫を仕掛けることにもなる。差別は、一定の者を優遇すると予告した場合にも、存在しうる。契約の第1歩目は、多くの場合、申込の誘引*invitatio ad offerendum*である。しかし、申込の誘引についても、AGG19条1項および2項の差別禁止規定は同時に既に事業行為の要素とみなしている。その例は、事業行為に関する伝達手段の性質および差別の性質はによって形成される。この2つのものを強制的に結合する必要はない。いずれの場合においても、これらのものは事実にも即しても、社会的にも人に訴える力が大きいであろう。

ケース2：大規模住宅企業のショーウインドーの中に賃貸目的物の写真が展示され、この目的物に関する重要なデータが提示されていた。4部屋付き住居について「子どものいない夫婦を優遇する」と付記されていた。

このような付記をすることによって、使用賃貸人は苦境に陥る場合があり得る。子どものいない家族と子どものいる家族を差別し、後者に負担を負わせることは、確かに子どもに敵対的な連邦共和国ではしばしば普通に行われていることであるが、しかしAGGはなおこれについて規定していず、従前の国家法はこれを排斥してはいなかった。そのために子どもの多い家族は適当な住宅に接近する場合に特別な困難が生じるいわゆる住宅市場における問題グループであった。しかもそのうえ、子どもの多い家族の明示的な排除は、従前は、異議のない状態であり、外国人の家族に対する間接差別とも解されなかった。なぜならば、子どもが多い状態は第2世代において減少し、子どものいない高齢の移住者の数が増えたからである。異性愛に基づく結合について非婚の場合と婚姻する場合の差別は、AGGの規制対象ではない。したがって、使用賃貸人は、婚姻を長期の使用賃貸借契約の基礎としてのパートナー関係継続の意思の徴表と認めることができる。しかし、AGG19条1項1号によると同性による差別も認められ得るものではない。すなわち、夫婦のみを優遇するが、登録された生活共同体に所属する同性のパートナーは優遇しないことになるからである。同性のパートナーの差別は、とりわけ婚姻への途が開かれている非婚の異性愛のパートナーも差別されるであろうという理由をもって否定することはできない。それにもかかわらず、平均的大都市では、使用賃貸人が全てのマイノリティーおよび特に登録された生活共同体を常に一緒に考慮に入れることを使用賃貸人に要求することはできないであろう、したがって、ケースにおける付記の解釈に際してはドイツ民法133条〔訳者注：意思表示の解釈においては、表示された文言ではなく、真の意思を究明すべきであるとする規定〕および157条〔訳者注：契約は契約慣行を顧慮して信義誠実の原則の要求に沿うように解釈すべきであるとする規定〕によれば、ケースの限りでは排除〔差別〕の傾向は確認することができない。同性愛者が顕著に存在する地域のある都市または市区においてはこの問題は別であり、同性愛者である賃借希求者は不作為請求権を行使することができる。

2. 定期的な広告を通じた契約の開始

使用賃貸借契約を開始する場合の主たる情報伝達手段は、おそらく今でもなお新聞広告である。新聞広告は個別の住居についてのものであるときもあるが、賃借目的物の全室について比較的概括的に広告である場合もある。後者の場合にはさらに接触が進んだ場合にはじめて正確に精査されることになる。多くの場合、目的物に関する記述は、限定的である。稀に、利用者団体が正確な記述を要求する。

ケース3：大規模住宅企業が新聞に賃貸住居の広告を出した。

この広告では「年長者に適した交通のため特別な保護が図られていること」を特色とされた。

若年層にのみを対象としたものである場合には、あり得る話しであるが、年齢による差別が問題となる。AGG20条により正当化することは可能であるが、しかしAGG20条1項2段1号によって交通に関連する危険の回避を正当化することはできない。なぜならば、少なくとも子どものいる家族は交通をめぐる保護のある地域を大いに必要としているからである。例えば、特別な設備を設置することによって年長者に特別な利益を提供する者には、総合的な考慮をすると、AGG20条1項2段3号が定めるように平等な待遇を行うことに対する利益が欠如しており、このような広告は正当化できないという結論になる。このような特別な適性に関するメルクマールが欠如していても、年長者に関する堅固なかつ継続的な利益のみが基準となりうる。しかし、この利益は個別の事例においても正当化のための総体的利益であり、若年層の総体的利益、特に重要な給付能力と比較する場合にも大きな重要性をもつものではない。

唯一の住居を賃貸しなければならない使用賃貸人、すなわち総ての小規模使用賃貸人にとって、新聞広告は、人的事情の特に徹底した調査が問題となる。カトリック教徒である高齢の女性使用賃貸人は、カトリック教徒である学生のみを使用賃借人として受け入れる準備をしていたが、彼女は、カトリック学生連合、司祭もしくは教区民に推薦を求めて、したがって新聞広告の場合のように自己の住居を公衆に使用させるものではない。人種および民族の基準が問題とはならず、AGG19条5項3段による小規模供給者に関する規定が彼女に有利に働くのであるから、正当化されるか否かはもはや問題とはならない。このことは、職業に従事する高齢の女性を使用賃借人として求める、今なお常に多様な仕方でなされる広告にも適用される。外国人を排除する旨の個別の使用賃貸人による新聞広告は、差別待遇的なものであり、少なくとも不作為請求権が発生することは、反人種主義指針および本法の目的に相応するものである。確かに、不作為請求権を行使できるのは、具体的に一個の住居を求めており、提示された住居が具体的事情からすると問題となる外国人の賃借希求者のみであり得る。AGGの立法者は、集団訴訟を規定しなかった。

ケース4：チュービンゲン新聞で、ワンルームの住居について、学生（可能であれば、シュヴァーベン人）を使用賃借人として求めた。

この広告は、公衆に住居を提供しようと申し出るものである。特に学生は頻繁に住居を変更する者の典型であるから、人物が使用賃貸人にとってはAGG19条1項1号が定めるように2次的な意味しか有しないであろう。AGG19条5項3段に定める小規模供給者〔訳者注：住居数50戸未満しか賃貸していない使用賃貸人〕が関連することは、むしろ考えられることである。AGG19条5項1段および2段に定める親密な関係が存在する

か否かは、使用賃貸人およびその身内の者自身がその不動産上に居住しているか否かにかかっている。人種および民族を理由とする差別の場合には一既に述べたように一使用賃貸人は、小規模供給者条項を用いることはできない。上の広告の解釈すると、自国民を求めている、すなわちシュヴァーベン訛りで話す自国民ではなく、週末に頻繁に故郷に帰る自国民を求めていることは明らかである。外国人を排除する強迫的差別があるかは、シュヴァーベン訛りで話す第2世代のトルコ系の学生が排除されていると感じるか否かによって決まる。私の見解では排除されていないということになる。なぜならば、トルコ系学生はそのアイデンティティーにおけるシュヴァーベンの側面を見せていると思われるからである。この広告に適用される差別基準は、したがって、空間および言語に関するものであって、人種に関するものではないから、AGG19条2項の適用は問題にならない。その他の場合には、使用賃貸人は、親密な関係がその広告から認識させることができない場合には、親密な関係を主張することができる。

3. インターネットの登場

インターネットを通じて住居はますます公衆に提供されるようになってきている。この場合には、申込者が1戸もしくは数戸の住居しか有しない小規模使用賃貸人であるか、不動産管理者であるか、仲介業者であるか、中小規模の住宅企業であるかまたは大規模住宅企業であるかは、明確でないことはよくあることである。細目にわたる情報伝達が可能であるにもかかわらず、優遇される者グループもしくは排除される者グループに関しては殆ど全く情報が提供されていない。この場合には、使用賃貸人にとって人物を問題とするか否か、どの程度問題とするかが明らかではない。

ケース5：インターネットによって、「障害者に適している」旨の付記がなされた2部屋付き住居の賃貸の広告がなされた。車椅子利用の女性がEメールで応募したが、しかしこれに対する返答がなかった。その後になって、この女性は、住居は大規模住宅企業によって供給されていること、またこれらの住居はスチュワードズに賃貸されたことを知った。彼女はどのような権利主張をすることができるか。

障害者は侮辱されたと感じた。なぜならば、彼女は付記されている文言によって申込みをする意思を有するようになったのであり、使用賃貸人の選択は一般的な市場の基準ではなく、障害者に特別に配慮してなされるであろうと期待したからである。障害者は、ケースにおける使用賃貸人の行為に対して不作為請求権を行使しようとするすることができる。AGG1条の差別基準によると直接差別が行われていると認められる場合には、優遇された競争相手に対するAGG3条1項1段に定められている直接差別を、障害者は主張することができる。しかし、付記の文言が住居の説明にのみ役立ち、同時に障害者のグループにも呼びかけているのであるから、直接差別は否定されるべきである。このことから、障害者の排除で優遇の約

束も読み取ることはできない。すなわち、差別法に関連する事例ではない。住宅企業が、障害者に適した住居をもつばら賃借希求者の経済事情に応じて賃貸する意思を表示した場合には、障害者は、差別されていると思うであろう。しかし、これも未解決の問題である。なぜならば、差別禁止はある者のグループを優遇すること目的としていないからである。反対説は、供給者が障害者に適した設備のための資本投下をしないままにするということであろう。このことは、差別を供給者の義務とされていない社会的・経済的行為と比較して表現しており、差別の要件事実を充たすには十分ではない。これに対して、障害者排除は、他の事情があれば発生しうる。

ケース6：2部屋付の住居が「障害者に適していない」という文言が付加されて供給された。住居を求めていた車椅子利用の女性は、この付加文のために、応募しなかったが、しかしこのような住居の供給方式に反対しようとした。

ケース6のような意思表示は、障害者に対する差別傾向を示している。なぜならば、賃借希求者は通常の場合について障害者に適した設備が欠如していることを前提としなければならぬからである。障害者のための適性欠如が強調されると、そのことは、障害者が応募すべきではないことを示唆していることになり得る。障害者は、使用賃貸借関係の継続中は、BG554条aに基づいて、自己の費用によって障害者に適した状態にする建築措置を行うことを使用賃貸人に請求することができるのであるから、上述されていることは誤っている。このようなインターネットの出現によって、いずれにせよ、強迫的な不利益的扱いが障害者に広告され、その結果、賃借を希望する障害者の不作為請求権は、AGG21条1項2段によって根拠付けられる。AGG20条による正当化は、通例は、問題とならない。なぜならば、障害者に適した設備を備えることが全く不可能ではないときは、障害者拒否を上記のように表明するための実質的な根拠はないからである。

4. 仲介者を通じた契約の開始

差別待遇禁止は誰に向けられて発せられているかという問題は、使用賃貸借法でも、ここでは市場に影響を及ぼす仲介者が群がっているから、大きな論議を呼ぶものである。このことは、次にのべる、通常でなくはない状況によって明らかになる。

ケース7：住宅仲介業者が広告及びインターネットで100戸の住居の備わった住宅を売り出した。これらの住居は、最高でも5戸の住居所有権付住居しか有しない小規模使用賃貸人が仲介業者に提供したものであった。この仲介業者は、ある種の人的グループを書面によって除外しないように注意をし、しかも特定の住居について賃借する意欲のある者が各住居を検分し、さらに申込者名簿が使用賃貸人のために作成できるように、申込用紙に記載させるために、一定の時間に予

め定められた場所で来るようにしてもらった。ここで、トルコ系の申込者には住居の検分を認めないというやり方で、申込者の数を減少させた。トルコ系の申込者に対しては、その理由として、検分は時間的理由から延期されなければならないと説明された。しかし、その時、その住居は即座に学位を有するドイツ人に賃貸された。

なお、差別待遇法において荒れた風が吹いていた頃、例えば90年代初頭のミュンヘンでは、このような状況において申込者に対して、なぜ検分させられないかが、あからさまに述べられ、その際、仲介業者はその場にはいない使用賃貸人の意思を引き合いに出した。誰がここでは義務者となり得るかということを検討すべきであろう。AGG19条1項及び2項は差別待遇禁止の名宛人を指名していない。小さな売り出し条項では明らかに使用賃貸人が問題となっており、AGG19条5項における近隣関係の規定は使用賃貸借当事者に向けられている。しかし、AGG19条1項及び2項のより広範な規定は、交渉する者、すなわち法人の機関及び組合、その他の団体の法定代理人並びに任意代理人を含めることを認めている。これらの者は、したがって、不法行為法と同様に差別について個人的責任を負う。それゆえ、委任もしくは代理権のあるなしにかかわらず行為をする仲介業者もしくはその他の仲介者は請求を受ける、したがって、使用賃貸人はそのほかに、代理権に基づく法律行為、BGB278条による事実行為について責任を負わなければならない場合、契約締結前の関係が存する場合、その他BGB831条による責任を負わなければならない場合にのみ請求を受ける。小規模使用賃貸人の賃貸住居を50戸以上売り出す仲介者はAGG19条5項の小規模売り出し条項の適用を主張することができない。なぜならば、この程度の取引の量がある場合には、個別の使用賃借人の人的側面は後退するからである。仲介者に小規模使用賃貸人がその私的自治によって支持された基準、すなわち小規模売り出し条項の枠内で許される差別を述べ、AGG19条5項1段及び2段による近隣関係を考慮する基準を設定する場合にのみ、その限りではないことになる。

5. 個人的繋がりを通じた契約の開始

相当な範囲において、使用賃借人は、新聞、インターネット及びショーウィンドーの広告も仲介者の媒介なしに、知り合い及び友人の範囲内で使用賃借人は現在の使用賃借人が後継使用賃借人Nachmieterを求めているかを尋ねて、賃借住居を探し、見つけている。このようなことは、小規模提供条項の保護領域においてはよくあることであるから、ここでは、人種および民族による差別のみが次に掲げる例におけるように問題となるのである。

ケース8：使用賃借人が職場を変更したために期間満了前に契約関係を終了させようとした。使用賃貸人は使用賃借人に「あなたは、どのような者でもいいから賃料の支払い能力のある使用賃借人を私のもとに連れてきてください。ただし、ドイツ系ロシア人は除きます。」と述べた。使用賃借人は使用

賃貸人に対して賃借を希望するロシア系ドイツ人ではない若干の者の名をあげた。

ここでは、AGG2条1項8号を準用するAGG19条2項を適用すべき領域であるかが問題となる。すなわち、一般人のために供される住居への接近の問題である。使用賃貸人が使用賃借人にその交際範囲の中から後継使用賃借人を指名するように依頼する場合には、この問題は否定されるべきであろう。ドイツ系ロシア人以外の支払い能力のある者ならばどのような者でもよいという大まかな意思表示は、しかし、使用賃貸人のプライバシー領域を越えて供給に到達させることに向けられている。したがって、AGG2条1項8号の要件が満たされることを肯定することができる。ドイツ系ロシア人を除外することも、人種による差別である。いずれにせよ、数百年間ロシアで生活をし、不十分なドイツ語能力しか有しない家族についても同様にいえる。例えば、ゲットーの形成を避けるためにAGG19条3項に基づく社会的コントロールが問題とならない限り、このような除外を正当化することはできない。したがって、使用賃借人の仕事仲間が除外される場合には、いずれの場合でも、強迫的差別を理由に不作為請求をすることができる。しかし、当事者のプライバシーの領域における個人的接触に留まっている限り、AGGは効力を及ぼさない。

使用賃借人が後継使用賃借人としてあげた者が外国人であるために、使用賃貸人が後継使用賃借人として不適当である旨意思表示することができるか否かも、明確にされるべきである。ここでは、AGGではなく、使用賃貸借法が問題となる。使用賃貸借法の諸原則は、反差別法の視点から解釈されるべきであり、したがって、使用賃貸人はその主張を通すことはできない⁴⁰。使用賃貸人が後継使用賃借人の給付能力の欠如や滞在権の欠如を理由に異議を述べた場合には、問題は別である。

契約の準備段階における様々な事情を概観すると、政治的、社会的、文化的に公正な態度をとろうとする努力は、契約締結の前段階においてすでに示されているが、しかしそのことは誇張されてはならない。契約締結前の説明において差別基準による態度決定をしない者は、制裁を受けるという危険を冒すことはない。小規模使用賃貸人としてAGG19条5項3段の保護を受けるプライバシーの領域を越えた差別化を通知する者は、人種および民族に基づく差別化に対する法律の厳格さを計算に入れなければならない。この厳格さも、使用賃貸借法の適用には影響を及ぼさない。具体的に差別を受けた者はAGG21条1項2段に基づく不作為の訴えを提起することができる。しかし、多くの者にとっては住宅の獲得が主たる問題であって、使用賃貸人の説明の修正が問題となるわけではない。それ故に、使用賃貸借希求者に対する拒絶が、使用賃貸借法上の差別禁止における中心的領域となる。

VI. 使用賃貸借希求者に対する拒絶

1. 表面的理由と隠された理由

使用賃貸借希求者に対して率直な差別的内容を理由として

拒絶するのは、極めて稀なことである。アフリカ系黒人である希求者が使用賃貸人に率直に肌の色が問題となるか否かを問うた場合に、たとえその際に使用賃貸人がそのことを考慮に入れていなかったとしても、実務上は今日例外なく肌の色を問題にすることはない。以前はアルジェリア人を動物にたとえていたジャン＝マリー ルペンJean-Marie Le Penでさえ、いつの間にか猫をかぶるようになっていた。しかし、いずれにせよ裏に隠された理由がある。

ケース9：6戸の賃貸住居を備えた賃貸家屋の所有者が、その建物は遮音性が極めて低く建築されており、そのために様々な宗教上の祝祭日に簡単に紛争が生じ得ることを理由に庇護権を有するイラク系イスラム教信者を使用賃借人として受け容れない。これに対して、イラク人は何らかの措置を執ることができるであろうか。

この場合に、確かに、宗教による差別が存在するか否かを明確にすべきである。使用賃貸人自身は、使用賃貸借希求者の宗教について何らの差別感も持っていない、のみならず、使用賃借人間で生じる摩擦に対しても宗教上の差別感を有してはいない。しかし、賃貸住宅に様々な宗教を持つ構成員が共同生活することから生じる理論上考えられる文化的、社会的摩擦は、宗教上の理由による不利な扱いを否認するには十分な理由ではない。しかし、使用賃貸人は小規模供給者の保護条項の適用を要請し、場合によっては、建築上の特別な事情からAGG20条1項1段によって正当化することを試みることもできる。人種による不利な扱いが認められる場合には、使用賃貸人についてAGG19条2項によって上述のような正当化がなされることはない。この場合には、その宗教の背後にドイツ連邦共和国において賃貸住宅を希求するトルコ系もしくはアラブ系の民族が存在するのであるから、人種による不利な取り扱いの存在を否定すべきではない。しかし、(宗教的差別があるとはいえ)人種的には中立であることが外見上保たれている場合は、AGG3条2項〔訳：中立的と思われる規定、規準および手続きが1条に定める他者に対する理由(訳者注：人種、民族的出自、性、宗教、世界観、障害、年齢もしくは性同一性)に基づいて特別な仕方では差別待遇をすることがあり得るときは、間接的な差別が存在する。ただし、当該規定、規準もしくは手続きが法的目的から事物に即して正当化され、この目的達成の手段として適切かつ必要である場合は、その限りではない。〕に定める間接的差別が問題となる。この規定によると、間接的差別は、契約締結拒絶という手段が法の定める目的の達成のために適切かつ必要である場合には、適法な目的設定をすることによって正当化される。遮音性のない賃貸住宅の居住者は、誕生日、結婚式およびその他の宗教的、民族的に特有の催しを理由に繰返される祝宴を予測せざるを得ないから、理論上考えられる紛争を考慮しても、それを排除しなければならなくなる。

2. 他の者に賃貸することを理由に拒絶する場合

不適切な理由によらない差別の古典的な例は、多くの外国人から報告があるように、すでに賃貸中であって、それがなお継続しているという言い訳である。

ケース10：訛りのないドイツ語を話し黒みがかかった茶色の肌をしたカメルーン人のハードリー＝ミュラーは、ドイツ人の妻と結婚し、妻の氏をその姓とした。彼は、離婚後も、その姓のままであった。名は、単純化するために、本来の名をドイツ人の名にまねて改名していた。彼は、新聞広告に掲載されていた使用賃貸人の電話番号に午前9時に電話をかけ、直ちに面会したいから来るように言われたが、9時15分には、住居はすでに賃貸されており、電話で呼び出したのは思い違いだったという言い訳がなされた。その後、翌月以降もその住居に入居者がいないことを確認した彼は、使用賃貸借契約の締結を請求した。

人種を理由とする差別を立証するについては、AGG22条によって準用される1条によれば、差別的扱いを受けた者が、面接のために呼び出され、他の者に賃貸していることを理由に拒絶されたが、しかし現実には住居は空き室であったことを立証すれば足りるとされる。この場合には、住居供給者が反証をしなければならぬ。供給者は、確かに住居が既に以前から賃貸されることになっていたが、しかしその後賃貸の交渉が破綻したことを主張することができるであろう。供給者が、このことを立証できた場合には、締結強制の可能性は別として、過失によって面接に誘引したことについて契約締結前の関係から生じる損害賠償請求が考慮されることになる。その他に、差別的扱いをしてことについて全く異なる理由を任意に述べることはできない。労働法では、特別な事情が認められる場合に限り、差別的扱いの理由を前面に出さなくてもよい⁽⁴⁾。差別がある限り、以下のように行うのがベターである。不作為請求または損害賠償請求をするためには、使用賃貸人が差別的言辞を弄して申込みを拒絶したのではなく、申込みを考慮に入れないことに対する他の理由を見つけたか否かは問題とはならない。他方、契約締結を請求するには、黒い肌ではない賃借希求者が空室である住居に受け容れられたか否かが重要である。住居が賃貸されなかった場合には、使用賃貸人に差別的動機がなければ住居希求者に賃貸したであろうという前提から通常は出発すべきであろう。しかし、住居希求者が、通常の敷金を工面することができないときは、締結強制は問題とならなくなる。

3. 他の使用賃借人からの抵抗を理由とする拒絶

使用賃貸人、特に大規模賃貸業会社にとって、使用賃借人が迅速に交替しないと、また期限通りに賃料が支払われないうことが大きな問題となる。しかし、他の使用賃借人が住居希求者の入居に反対する意思を表明する場合がある。

ケース11：賃貸業会社は、街角にあつて交通騒音のために賃貸することが難しい住居をクルド人のカップルに賃貸しよ

うとしたが、圧倒的多数のトルコ人の家族である他の使用賃借人がこの賃貸に反対したので、賃貸することを断念した。

住居希求者に対するこのような不利な扱いは、使用賃借人の差別的動機に帰せられるものではなく、トルコとクルドとの間の歴史的理由に基づく伝統的な敵意に帰せられるものである。多くの場合、住居希求者は、この種の衝突を恐れ、住居をあきらめさせられる。しかし、窮状にあるために、住居をあきらめることができない者は、自らのために可能な限りの話し合いを我慢して行うことができる。ヨーロッパおよびドイツの反差別法は融和統合を目標にして、上のような紛争の伝統を簡単に避けて通らないことにしている。したがって、使用賃借人が平和な関係で共同して居住することができるようにするために、期待できる範囲で尽力することが使用賃借人に要求されなければならない。使用者が従業員からの圧力によって他にとるべき道がなく解約告知しかできない場合、すなわち労働法という圧力解約告知Druckkündigung⁴²における共通の面もあるが、それとは著しく異なる面もある。たとえ、使用賃借人が賃貸するのが難しい街角にある住居について解約告知をするであろう場合または空室の儘にしておくであろう場合に、使用賃借人に経済的不利益を甘受するように要求することはできない。しかし、反差別法上は、使用賃借人には、新規使用賃借人を良好な相隣関係に関する規定に遵って処遇し、伝統的先入観にとらわれないように努力することが期待されている。そのほかに、賃借希求者は、自分を除け者にしようとする他の使用賃借人に対してAGG21条1項2段によって不作為請求の訴えを提起できる。なぜならば、AGG19条1項および2項は名宛人が白地で規定されており、それによると差別の本当の主張者に対しても訴えを提起できるからである。

4. 社会政策上は正当化される理由

融和統合に関する議論では、専門家たちは、移住者たちがドイツの生活圏において空間的に融和統合することによって生活の過ごし方が以前よりも楽になり、また移住者が人種差別からより良い社会的に安定した関係を構築することができるようになるように助力することになるか否かについて、確信を持つことができない。なぜならば、移住者は、なお母国語を同じくする者と言語による意思疎通関係に依存しまた連帯している資金関係に依存しているからである⁴³。この問題については、外国人の世代間における相違のみならず少数民族間の相違にも言及されなければならない。母国者間の資金がなかなか用立てなくなり、仕事において融和統合が促進されれば、ドイツ社会に適合すべきとする圧力も強くなる。賃貸業会社による住宅政策のコントロールは、次の2つの例から明らかになるように、ほとんど確定した根拠のあるものではない。

ケース12：大規模な賃貸住宅企業が有する住宅群に、アルバニア系言語圏出身の使用賃借人が続々と入居してきた。ゲッターを発生させないようにするために、この企業は、アル

バニア系の使用賃借人が4分の1になったところでアルバニア系の使用賃借借希求者の入居を拒絶することとした。

このような差別的扱いを正当化するために、住宅企業は、調和のとれた団地住民構成と均衡のとれた社会的関係の形成を可能とすべきだと定めるAGG19条3項の適用を主張する。しかし、この規定は反純血主義基準の結合したものではなく、それゆえに、人種および民族による差別の場合には、この規定を適用するのは疑問視され、その限りで限定的に解釈されるとされている⁴⁴。しかし、ヨーロッパの融和統合政策と反差別政策が統合されている各国において民族ごとのゲッターを形成することを誘導することができ、いやそれどころか誘導しなければならないとするのは不合理であろう。したがって、差別的扱いという概念は、目的論的には次のように解釈されるべきである。企業の立場から、ゲッターの発生を回避するために契約の締結を拒絶するという差別扱いは調和のとれたものといえる、少なくとも他の所に存続する住居を希求者に提供できる場合は、そうである。差別的扱いという概念は、社会的な文脈全体から離れて出てくるものではなく、使用賃借人の個人的利益・不利益および使用賃借人共同の利益・不利益を考量して理解されなければならない。このように解すると、AGG19条3項は、反純血主義基準に合致するものと見なされるのである。しかし、同時に、次に掲げるケースが示すように、差別への扉は開けられてはいない。

ケース13：特別に優雅な住宅を有する住宅会社は、従来、ドイツ人または西ヨーロッパ人の家族しか入居を認めていなかった。空室になった住居の1戸にトルコ人の家族が入居を希望してきたが、この住宅会社は住宅全体の価格が著しく下落することを理由に入居を拒絶した。

この種の価格の下落は、特にアメリカ合衆国では肌の黒いアメリカ人が移住してきた場合に、経験的に認められるものであるが、しかしヨーロッパではあり得ないことである。高額な所有権付き住居を有する所有者は、90年代に上級裁判所の判決の蓄積によって移住者の家族に個別の住居を賃貸することから相当の価値喪失を招くであろうことを甘受しなければならないとされていた⁴⁵。市場関係者の予断による価格の展開が人種および民族による差別を正当化しない。なぜならば、AGG19条2項は、それを正当とすることを厳しく排除しているからである。

5. 経験に基づく理由

他方において、次のケースから看取できるように、AGG19条2項の解釈は、人道的規準を遵守したものでなければならない。

ケース14：10戸以上の住居がある賃貸住宅を有する所有者が、そのうちの1戸をこれまで常にドイツ系ロシア人家族に賃貸してきた。この住居について締結されて直近の3件の賃貸借

契約では、いずれも失業、言語上の意思疎通困難およびアルコール依存症のために他の居住者と暴力的紛争を起こしている。したがって、いずれの契約も即時解約告知をされて終了している。所有者は、それゆえに、住居が再度空室になっても、ドイツ系ロシア人が賃借を申し込んできたときは、これを拒絶している。

このような悪い経験に基づくこのような差別に関する議論するときには⁴⁶、従来は外国人差別問題に関わったことのない筆者も、少なからず厳格な立場をとっている。なぜならば、重大犯罪の発生率について統計を示しているわけでもなく、AGG3条1項が定める民族的な理由に基づく直接的不利益も全く存在しないような経験は⁴⁷、一般化すべきではないからである。このことは、小規模賃貸住宅供給者は正当化でき、理解しうる疑念を押し隠し、あるいは否定しなければならないことになることを意味するであろう。最も先鋭的な見解は、使用賃貸人が使用賃借人によって上に述べたと同様の状況におかれるのではないかと恐れている、暴力行為の犠牲となった使用賃貸人に対して次に契約する使用賃借人とは偏見なく対処することを請求するものである。しかし、反差別法は、このような行き過ぎた要求をするものではない。確かに、住宅小規模供給者は偏見だけで対処してはならず、従前に生じた紛争の原因を究明しなければならない。その究明に基づいて、住宅供給者はドイツ系ロシア人の賃借希求者に対して失業、言語上の障害およびアルコール依存症の組み合わせについて具体的に明確にして、契約を拒絶した場合には、差別的行為をしたことにはならず、AGG19条1項および2項が規定する社会的基準の問題となる。

したがって、上に述べたケースに法を適用するとき、事物に即した状況も考慮に入れると、差別をする必要性が高いといえる。AGG1条に定める差別基準とは関わりのない、例えば子供の多い家族に対する全く著しく厳しい差別は、ヨーロッパ法における反差別規定も役に立たない場合には、市民社会の不安定をもたらす。したがって、差別事例を1つも作り出さないようにしようとする傾向、すなわち本当の理由を秘匿する傾向は、矛盾しているといえる。このような傾向を考慮して明るみに出された差別に対する防御手段は、効率がよいものでなければならない。

VII. 請求権

AGG21条1項2段に基づく不作為請求権の適用範囲は広い。なぜならば、この請求権は、公の場に現れている使用賃貸人団体の総て並びにその機関および代理人を相手方とすることができ、かつ契約締結の公算があったか否かにかかわらず主張することができるからである。不作為請求訴訟の針の穴は、既にAGGに違反するものと定められている差別の再発の危険ではなく⁴⁸、差別を受ける者の人的圏内に属するだけでなく場所的、時間的な事情によって使用賃借人として問題となり得る原告の具体的な困惑である。

締約強制を含むAGG21条1項1段の**結果除去請求権**は、差別

の動機が優越的要素であり、かつこの動機がなければ契約を締結したであろうことを主張し、立証することを要求している。この場合には、常に、種々の原因からなされる行為が問題とされ、使用賃貸人の行為における内的側面は使用賃借人には限られた範囲しか認識できないのであるから、その限りにおいて適切な証拠法上の原則が適用される。問題となっている使用賃借人に関するデータが使用賃貸人の請求によって提示された場合に、使用賃貸人がAGG1条の基準に基づいて契約の締結を拒絶した後は、申込みを拒絶した使用賃借人に対して、承諾をしなかったのには別の理由もあるとは主張できない。これに対して、AGGに違反して最初から承諾を拒絶することにしてきた賃借希求者に対して、その後知り得た賃借希求者の経済状態の窮状—その経済状態では賃料債務の履行が著しく危険な状態になる—をもって賃借申込みに対する拒絶を正当化することは否定されるべきではない。

過失の推定⁴⁹と接続しているAGG21条2項1段による**損害賠償請求権**は、特に、使用賃貸人の申出が原因で発生し、そのために使用賃借人が無駄な努力をし、無駄な取引費用を支出せざるを得なくなったために被った経済的損害について成立する。しかし、使用賃貸人が使用賃貸借契約を締結する義務を負っているにもかかわらず、この締約強制を他の使用賃借人に賃貸することによって免れようとする場合には、さらにドイツ民法BGB280条3項、283条によって損害賠償をしなければならない⁵⁰。この場合には、どのような事情があれば、AGG21条2項2項による使用賃貸人の免責が認められるかが問題となる。使用賃貸人が使用賃借人側に損害賠償請求の要件事実があることを過失なく知らなかった場合には、使用賃貸人は免責される。これに対して、使用賃貸人が差別に関する法的評価に関して法律の錯誤に陥って場合には、免責されない。差別禁止についてヨーロッパ法が予定する実践的作用は⁵¹、法主体が別の評価をすることによって簡単にその効果を失わせる排除することである。

VIII. むすび

本稿の考察はすべて、反差別法がAGGの施行後もなお融和統合と差別を一般的に塾考するために役立つ未来の夢であり続けることを示している。たとえ、住宅市場の現実に即した事例あるいは契約締結前および締結時の行動に即した事例を作成しても、差別のハードルは高いままである。おそらく、ほとんどの賃借希求者がAGGによって住居するまでには長い時間を必要とするであろう。しかし、それについて立法にはもはや責任はなく、当該市場参加者の用心深さに責任が帰せられるであろう。市場参加者は、悩み苦しんでいる大勢の人の群れとして現れるのではなく、契約拒絶後も可能な限り住宅市場において実践的に協調できる道を模索すべきである。

注

1 Picker, JZ 2003, 540, Antidiskriminierung als Zivilrechtprogramm?を見よ。

2 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6.

- 3 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2006; Däubler/Bertzach(Hrsg.), AGG, 2006; Jagst, AGG, 2007; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, 2006; Oberwetter, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2006; Schiek(Hrsg.), AGG, 2007; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2007; Worzalla, Das neue AGG, 2006; Rust/ Falke, AGG, 2007; さらに、ハンドブック的なものとしては、特に、Flohr/Ring, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, 2006; Gaier/Wendtland, AGG, 2006; Leibe/ Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006; Schrader/Schubert, Das neue AGG, 2006; Stork, Das Antidiskriminierungsrecht der EU und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, 2006.
- 4 Palandt/Heinrichs et al., BGB, 66. Aufl., AGG; Thüsing, in: MünchKomm-BGB, 5 Aufl. (2007), AGG. のみを見よ。
- 5 Armbrüster, VersR 2006, 1297; Annuß, BB 2006, 1629; Bauer/ Thüsing/ Schunder, NZA 2006, 774; Eisenschmid, WuM 2006, 475; Hinz, ZMR 2006, 742; Horst, MDR 2006, 1266; Marier/Reimer, NJW 2006, 2577; Metzger, WuM 2007, 47; Richardi, NZA 2006, 881; Schiess Rütimann, WuM 2006, 12; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6; Schrader, DB 2006, 2571; Schwab, DNotZ 2006, 649; Willermsen/Schweibert, NJW 2006, 2583; Wisskirchen, DB 2006, 1491. のみを見よ。
- 6 労働法になお存在する女性差別の理由については、特に、ドイツにおける明白な差については、Sommer, in Appel/Fisahn et al., Hndbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht, 1998, 12 ff. に包括的な記述をしている。
- 7 ABl. EG Nr. L 180, 22.
- 8 ABl. EG Nr. L 302, 16.
- 9 RL 2002/73/EG vom 23. 9. 2002, 男女平等待遇規程を変更したABl. EG Nr. L 269, 15.
- 10 RL vom 21. 12. 2004 ABl. EU Nr. L 373, 37.
- 11 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 9.
- 12 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 7.
- 13 これについては、後述III2を見よ。
- 14 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 11. を見よ。
- 15 EuGH, NJW 2005, 3695 Rn. 78のみを見よ。
- 16 EuGH, NJW 2005, 3695 Rn. 78.
- 17 高齢者の利益のためにTzBfG(短時間労働契約および期間限定労働契約に関する法律)14条3項による労働契約期間を区切ることはEU法に反しないかが問題となる。
- 18 Bauer/Arnold, NJW 2006, 6, 8; Preis, NZA 2006, 401, 404. のみを見よ。
- 19 EuGH, NJW 2006, 2465.
- 20 Derleder, WuM 1995, 296.
- 21 通説については、別の見解を示すPalandt/Heinrichs, § 2 AGG Rn. 7 .
- 22 同旨、Thüsing, NJW 2003, 3441, 3443.
- 23 同旨、Stork, Das Antidiskriminierungsrecht der EU und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, 2006, 126.
- 24 同旨、Maier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2580; これに対して、Hinz, ZMR 2006, 742, 743; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 8. が正当である。
- 25 同旨、BT-Drucks. 16/1780, 16.
- 26 EC条約234条を見よ。
- 27 Gaier/Wendtland, § 19 Rn. 127; Palandt/Grüneberg, § 19 Rn. 6.
- 28 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 12.
- 29 1段と3段は性に基づく差別についてより厳密に規定し、2段は妊娠および母親であることによる費用が様々なプレミアおよび給付というかたちで現れることを禁止する。
- 30 Palandt/Grüneberg, § 21 AGG Rn. 2.
- 31 これについては、特に、Gaier/Wendtland, § 21 Rn. 208; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 14; Marier/Reimer, NJW 2006, 25772582; Deinert, in Däubler/ Bertzbach, § 21 Rn. 24; Bauer/Göpfert/Krieger, § 21 Rn. 6; なお、Palandt/Grüneberg, § 21 AGG Rn. 7は、十分な住居を所有する住宅供給者について同様に解する。
- 32 RL 76/207/EWG, ABl. EG Nr. L 39, 40.
- 33 § 22 ADG-E, BT-Drucks. 15/4538, 9, 43f.
- 34 労働関係に関しては同条に定めがあった。
- 35 このことについては、例えば、Deinert, in Däubler/ Bertzbach, § 21 Rn. 75. を見よ。
- 36 Palandt/Heinrichs, § 3 AGG Rn. 2のみを見よ。
- 37 性による明白な相違としての妊娠に関する問題が、ここでは特に中心的な問題である。これについては、連邦労働裁判所のドイツ民法611条aに関する判決 (AP Nr. 8) およびドイツ民法123条に関する判決 (AP Nr. 36) を見よ。
- 38 Grobys, NZA 2006, 898, 902. のみを見よ。
- 39 AGG23条4項は、この特別の訴権については触れないままである。この権利は、障害者団体の利益のために、団体が訴訟当事者たる地位を主張することに対する障害者の同意がある場合に第9次社会法典63条に基づいて成立する。
- 40 Derleder/Sabetta, WuM 2005, 2, 9.
- 41 BAG, NZA 2004, 640, 649.
- 42 BAG, NZA 1996, 581. のみを見よ。
- 43 Metzger, WuM 2007, 47. この論文は、ベルリン・オルデンブルクの独立委員会「移住Zuwanderung」の委託による鑑定Häußermann/Siebel, Soziale Integration und ethnische Schichtung, 2001 および Janssen/Polat, Zwischen Integration und Anpassung, Oldenburg 2005に依拠している。
- 44 注27に掲げた文献を見よ。
- 45 ここでは、住居所有権の分配の意思表示において定着している賃貸に対する管理者の同意は何らの効力も有しない。なぜならば、住居所有権法12条2項の類推による同意の拒絶には重大な理由が必要だからであり(BayObLG, ZMR 1988, 106)、理論的に考えられ得る損傷に対する予測および価値の喪失は重大な理由を根拠づけるものではないからである。OLG Hamm, NJW 1992, 184. およびBayObLG, NJW 1994, 1662のみを見よ。

この判決では、証明の程度のみが問題とされ、価値の喪失は問題とされなかった。

46 Derleder/Sabetta, WuM 2005, 2, 7を見よ。

47 例えば, Hinz, ZMR 2006, 742, 745を見よ。

48 Palandt/Grüneberg, § 21 AGG Rn. 4のみを見よ。

49 過失要件はヨーロッパ法規判とは結びつかない、それゆえに部分的にヨーロッパ法に反していると思なされる (Deinert, in Däubler/ Bertzbach, AGG, § 21 Rn. 38におけるドイツ民法611条aに関するEU裁判所の判決 (AP Nr. 13) に関する記述)。しかし、AGG21条1項1段による過失を要件としない除去請求権が締約強制の形式で認められ、損害賠償法的にも保護される限り、ヨーロッパ法における規定の全体的な一致から出発すべきである。なぜならば、差別禁止には過失要件が拡がっていないからである。

50 Gaier/Wendtland, § 21 Rn. 225; Palandt/Grüneberg, § 21 AGG Rn. 5. のみを見よ。

51 特に、EuGH, Slg. 1986, 1651-Johnstonに基づいている。

英文タイトル : Initiating negotiation and concluding of housing leasehold and the Act of equal treatment