

ドイツ平等原則審査手法の歴史的展開

— 恣意禁止原則前史 —

辛 嶋 了 憲*

はじめに

I プロイセン上級行政裁判所における恣意論

II ヴァイマル期の平等論

おわりに：基本法下の平等原則へ

はじめに

1 問題意識

本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所（以下 BVerfG）以前の恣意禁止原則の歴史的展開を検討するものである。本稿の問題意識は以下の通りである。

BVerfG の最初の平等審査手法である恣意禁止原則それ自体は、近年の日本の先行研究でも、詳細に検討されている¹⁾。確かに 1951 年から BVerfG は恣意禁止原則を平等審査として用いる。しかし、同原則をめぐる議論は、周知の通り、BVerfG 創立以前にまで遡る。BVerfG 第二法廷の初期の構成員であり、平等審査に恣意禁止原則を導入した立役者²⁾である Gerhard Leibholz³⁾が同原則を提唱

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 20 巻第 2 号 2021 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC1

- 1) 手塚和男「平等原則序論——西ドイツ連邦憲法裁判所の判例の展開」小嶋和司・菅野喜一郎・藤田宙靖『憲法と行政法：小嶋和司博士東北大学退職記念』（良書普及会、1987）399 頁以下、井上典之「平等保障の裁判的実現（2）：平等審査の方法とその権利保護」46（1）（1996）143 頁以下など。本稿筆者の第一論文（拙稿「連邦憲法裁判所における一般の平等原則審査の変遷」一橋法学 18（3）（2019）1198 頁以下）も参照。
- 2) 拙稿・前掲注 1）1199 頁脚注 25 で挙げた文献の他、トーマス・オPPERマン（著）赤坂正浩（訳）「連邦憲法裁判所と国法学」立教法学（87）（2013）154 頁以下参照。

したのは、1924年の博士論文『法律の前の平等』⁴⁾である⁵⁾。ドイツ平等審査の展開の前提として1925年周辺の議論状況を概観することが必要である。従来の日本のドイツ平等審査研究は1925年周辺のドイツ平等学説の議論を詳細に検討してきた⁶⁾。しかし、近年の日本のドイツ平等研究は1951年以前の平等学説に目を向けていないように思われる。一方で、ドイツの平等研究状況は異なる。19世紀の恣意の議論から現代の平等審査を分析する Gabriel D. L. Machado⁷⁾の2015年の著書、ヴァイマル期の平等論を検討しつつ現代の BVerfG の平等審査を分析する Johannes Saurer⁸⁾の2011年の論文など、近年も BVerfG 以前の平等審査に関する研究が存在する。両文献を手掛かりに、1951年以前の平等審査の変遷を明らかにすることができる(問題意識1)。

- 3) Leibholzの詳細な人物研究として初宿正典『カール・シュミットと五人のユダヤ人法学者』(成文堂、2016)287頁以下。
- 4) この博士論文の増補・第二版(*Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1959)の邦訳として、ゲーアハルト・ライプホルツ(著)初宿正典・柴田克史(訳)『ライプホルツの平等論』(成文堂、2019)。
- 5) ライプホルツ・前掲注4) 訳者前書き ii 頁(初宿)、熊田道彦「『一般平等原則と立法者』考(上)——西ドイツ連邦憲法裁判所の諸判決・決定を中心に——」*亜細亜法学* 11(1)(1976)57頁など参照。
- 6) 阿部照哉「平等原則の適用」*法学論叢* 63(2)(1957)53頁以下(同編『平等権』(三省堂、1977)90頁以下に再録)、また、同「平等原則の適用に関する若干の考察」*法学論叢* 94(3・4)(1974)33頁以下も参照。古林稔「ドイツにおける“法の前の平等”の解釈について(1・2)」*阪大法学* (31)(1959)77頁以下、(33)(1959)44頁以下。熊田道彦の一連の研究のうち、特に「平等原則における立法者拘束説——ワイマル憲法第109条の理論的基礎1~6」*流通経済論集* 1(2)(1966)85頁以下、2(3)(1967)19頁以下、4(4)(1970)32頁以下、山梨大学教育学部研究報告第1分冊人文社会科学系(24)(1973)109頁以下、(23)(1973)123頁以下、(25)(1974)120頁以下(本稿で参照・引用する際は、熊田①~⑥・前掲注6)と記す)。また、後掲する一連の論文のほか、Leibholzの憲法論を分析する熊田の論文として、同「《研究ノート》G・ライプホルツの憲法思想(1・2)」*法政理論* 30(3)(1998)59頁以下、*法政理論* 31(2)(1998)232頁以下、同「G・ライプホルツの1945年における政治的平等論とその周辺(上・中・下)」*法政理論* 25(3)(1993)107頁以下、*法政理論* 26(3)(1994)75頁以下、*法政理論* 28(3)(1996)102頁以下。
- 7) Machadoの略歴は次の通り。「サンパウロ大学にて法学を学修」し、「弁護士としての活動の後」、2015年にゲッティンゲン大学で博士号取得。その後、「マックス・プランク社会法・社会政治研究所の同協会のポスドク奨学生」を経て、現在、ハノーヴァー大学の生命科学における倫理と法センター(Centre for Ethics and Law in the Life Sciences)の「共同研究員」である(<https://www.cells.uni-hannover.de/de/machado/> [最終閲覧日:2021年1月12日])。

BVerfGの平等審査を概観する教科書・論文は、決まり文句のように Leibholzが「アメリカ合衆国とスイスの手本にならって、恣意判例の重要な根本思考を展開してきた」⁹⁾と述べる¹⁰⁾。ここから、恣意禁止原則が外国法から輸入されたものである可能性がある。一方で、近年、Machadoは、19世紀末からプロイセン上級行政裁判所（以下PrOVG）が「恣意概念」を用いて審査を行っていたことを指摘する¹¹⁾。彼は、Leibholzの恣意禁止原則が恣意審査¹²⁾の延長線にある趣旨を述べている¹³⁾。そもそも、柳瀬の研究¹⁴⁾のほか、PrOVGの恣意審査に言及する日本の平等研究は少ない。更に、日本では、先の常套句、つまり、スイス・アメリカの平等審査とドイツの平等審査の関連性の具体的検討はされていないままであるように思われる¹⁵⁾。本稿は、日本のドイツ平等研究が残してきた宿題

- 8) Saurerの略歴は次の通り。「テュービンゲン大学と……イェール大学にて法学」を学修。「2004年にパイロイトにて……博士号」、「2008年にイェール大学ロースクールの法学修士」、「2011年に……教授資格」を取得。ベルリン大学、ギーセン大学、ビーレフェルト大学の教職などを経て、2014年に「テュービンゲン大学の大学教授に任命」される（以上テュービンゲン大学のHPより）（<https://uni-tuebingen.de/index.php?id=168759> [最終閲覧日：2021年1月12日]）。
- 9) *Michael Sachs*, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, 3. Aufl., 2017, S. 283. Anm. 1. その他 *Johannes Saurer*, *Der allgemeine Gleichheitssatz: Weimarer Einflüsse auf das Grundgesetz*, in: Ulrich Jan Schröder/Antje Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, 2011, S. 106. Anm. 28; *Christoph Link*, *Zum Tode von Gerhard Leibholz*, AöR 108, 1983, S. 155; *Kerstin Odendahl*, *Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürverbot und »neue Formel« als Prüfungsmaßstäbe*, JA 2000, S. 170 など。
- 10) 日本でも周知のことであろう。熊田道彦『《研究ノート》ゲールハルト・ライプホルツの最後の『一般平等原則論』』法政理論 24 (3) (1992) 101 頁以下、同「恣意の禁止としての平等原則論」市原昌三郎・杉原泰雄（編集代表）『公法の基本問題（田上穰治先生喜寿記念）』（有斐閣、1984）28 頁、同「平等原則」杉原泰雄（編）『憲法学の基礎概念Ⅱ』（勁草書房、1983）126 頁、同①・前掲注 6）89、92 頁、⑥・前掲注 6）123 頁、阿部・前掲注 6）77 頁など。
- 11) *Gabriel Ducatti Lino Machado*, *Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz*, 2015, S. 44ff.
- 12) 本稿では、PrOVGが恣意を用いる審査手法を「恣意審査」と表現し、BVerfGの「恣意禁止原則」と区別する。
- 13) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 47.
- 14) 柳瀬良幹の平等研究はスイスの平等審査・学説とPrOVGの恣意審査に言及しつつ、20世紀前半のドイツ平等学説を詳細に概観する数少ない邦語研究である（柳瀬良幹「平等の原則に就いて」『行政法の基礎理論 [再版]』（弘文堂、1958）43 頁以下）。なお、初版の出版年は1940年であり、再版に際して内容に大きな変更を加えてないようである（同書「跋」330 頁）。このことから自明であるが、BVerfGの恣意禁止原則には言及していない。

である、外国法（特にスイス）とドイツの平等審査の関係性の有無も明らかにする。PrOVGの恣意審査の検討、ドイツ平等論とアメリカ・スイスの平等論の関係性の検討を通して、恣意禁止原則が、外国法由来のものか、ドイツ固有のものかを明らかにする¹⁶⁾(問題意識2)。

2 章構成

本稿は、上記の問題意識に基づき、プロイセンからヴァイマルまでの裁判例や平等学説の議論状況を概観する。Iでは、PrOVGの裁判例を概観し、恣意審

15) 手塚・前掲注1) 429頁。熊田もスイス平等論のドイツ学説への継受に言及するが、紹介するスイス平等論・判例の紹介は限定的である。同論文もまたスイス平等論とBVerfGの恣意禁止原則との関係にも言及していない(熊田道彦「ワイマル憲法における平等原則の『新説』叙説——スイス当該法原則からの継受に関連させて」*亜細亞法學* 11 (2) (1977) 29頁以下、特に、35頁以下)。

16) 本稿では、恣意(Willkür)という語が多く登場する。しかし、平等論における「恣意」という表現は多義的であり、論者によっては本来の語義と離れている。そのため、本稿の議論の前提として、この語の一般的な意味を説明する必要がある。そもそも、「恣意」の「恣」の語義は①「好き勝手にふるまう」、②「好きにさせる」である。「恣意」は「気ままにする」や「思いつき」を意味する(戸川芳郎(監修)佐藤進・濱口富士雄(編)『漢辞海[第2版](第6刷)』(三省堂、2008)522頁)。ドイツ語のWillkürとは「法律、あるいは、他者(特に臣下)を顧慮せず、随意に、行動すること。専断。気まぐれ」(*Renate Wahrig-Burfeind* (Hrsg.), *Deutsches Wörterbuch: Mit einem Lexikon der Sprachlehre*, 8. vollständig neu bearbeitete und aktualisierte Aufl., 2006, S. 1661)、「一般的に通用する基準・法律、他者の権利・利益を無視し、私益で遂行された、自身の権力を用いる行為、振る舞い」(Hrsg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, *Duden Deutsches Universalwörterbuch*, 5., überarbeitete Aufl., 2003, S. 1816)を意味する。「任意、随意;恣意」などと訳される(国松孝二『独和大辞典[第2版]』(小学館、1998)2691頁)。ちなみに、上記の独大辞典・独和大辞典によると、Willkürは中高ドイツ語の“wilkür”、“willekür”に由来する。これは、①「自由意志」、「自由意志による決定」、②「同意」、③「傾向、傾き」、④「法規」を意味する(古賀允洋『中高ドイツ語辞典』(大学書林、2011)674頁)。さて、Willkürの形容詞willkürlichに対応する英語はarbitraryである。これは①「十分な情報を有さない判断あるいは任意に基づいた、あるいは、由来した」、「気まぐれな」、②「専制的な」を意味し、「ラテン語のarbitrarius、あるいは、フランス語のarbitraire」に由来する(Edited by Della Thompson, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed., 1995, S. 63)。「個人の意志……に任された」、「判事[仲裁者]によって決められた」、「専制的な」、「気ままな」などと訳される(小学館ランダムハウス英和大辞典第2版編集委員会『ランダムハウス英和大辞典 第2版(第9刷)』(小学館、2002)138頁。同書は、この語源をラテン語のarbitrarius「未定の(すなわち、仲裁者の決定にゆだねる)」と説明する)。

査の内容と、プロイセン憲法（以下PV）4条に関する裁判例・学説を確認する。IIでは、ヴァイマル期の平等学説の議論を確認する。従来の邦語研究は、当時のドイツの平等の議論を様々な角度から検討してきた。加えて、問題意識2に基づき、外国法（特にスイス）の状況を確認した上で、外国法の導入に対する学説・裁判所の反応を検討する。

I プロイセン上級行政裁判所における恣意論

本章はプロイセン期の行政裁量審査である恣意審査を確認する。

そもそも、恣意審査は「行政の自由裁量に関する考察の枠内にて生じた」¹⁷⁾。近年の、恣意概念に言及しつつドイツの自由裁量論の展開を論ずる邦語研究として、例えば、Hermann SoellとUlla Held-Daab¹⁸⁾に基づく海老沢俊郎の論文が挙げられる¹⁹⁾。この研究に依拠すると、恣意禁止原則は「既に、18世紀の裁量濫用に関する諸学説を支え、60年代の法治国家的アプローチにおいて復活した」²⁰⁾。また、PrOVGの裁量審査に関しても、「Rudolf von GneistとFriedrich Franz Mayerが展開した、恣意との行政裁量の境界付を引き継ごうとする学説における試みが、裁量踰越（Ermessensüberschreitung）に関するプロイセンの判例の背景を形成」した²¹⁾。このように、恣意概念の歴史は18世紀まで遡る。

17) Machado, a.a.O. (Anm. 11), S. 38.

18) Held-Daabの略歴は次の通り。「ボンにて法学を学修」し、「フンボルト大学において博士号を取得する」。アーヘン行政裁判所、ライプツィヒ行政裁判所、ザクセン州の行政上級裁判所の調査官、連邦行政裁判所の調査官などを経て、2018年より連邦行政裁判所裁判官となる（以上、連邦行政裁判所HP掲載の記事（Pressemitteilung, Nr. 50/2018 vom 07. 08. 2018. <https://www.bverwg.de/pm/2018/50> [最終閲覧日：2020年11月25日]）より）。

19) 海老沢俊郎「ドイツ裁量論の歴史的展開：ある理論史研究に即して」名城法学66（1・2）（2016）87頁以下。同『行政裁量と衡量原則』（信山社、2021）7頁以下。同書1章は、2016年の論文を加筆・修正したものである（7頁脚注1）。またオーストリア・ドイツの裁量論について、Edmund BernatzikやFriedrich Tezner、Rudolf Launの裁量論を論じる高橋靖「行政裁量理論の始原的形態」早稲田法学会誌（31）（1980）189頁以下など。

20) Ulla Held-Daab, Das freie Ermessen: von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, 1996, S. 188（訳出に際して海老沢・前傾注19）120頁、同・前掲注19）20頁を参照）。

しかし、本稿は検討の対象をPrOVG²²⁾の判決に限定する。具体的には、1877年3月21日決定(1)、1909年5月18日決定(2)を主軸に、恣意審査の内容を確認する。

1 1877年3月21日プロイセン上級行政裁判所決定

本決定は「PrOVGが初めて恣意概念を用いた」²³⁾ものとして紹介される。事案と恣意審査内容を確認する。

(1) 事案

居酒屋の主人Xは「1874年から居酒屋を営んでいた」。Xは、「1866年3月9日の関連するポリツァイ²⁴⁾命令(Polizeiverordnung)²⁵⁾に従って」、「1874年6月に撤回の留保の下、ポリツァイによる許可を与えられた」。その内容は、「『法定

21) *Held-Daab*, a.a.O. (Anm. 20), S. 189. 「裁量踰越」の訳語は赤間聡「効果裁量、計画裁量、及び裁量瑕疵に関する基礎的考察(1):『判断の過程』と『判断の帰結』をめぐって」高知論叢(111)(2015)85頁によるもの。

22) 本稿ではPrOVGの制度的性格を検討することはできないが、同裁判所の歴史・制度については、例えば、南博方『行政裁判制度:ドイツにおける成立と発展[復刻版]』(有斐閣、1987)が詳しい。同書によれば「行政裁判を行う官庁は、郡参事会……、県参事会……および高等行政裁判所……の三審級に分たれる」(29頁)。南は「最高審である高等行政裁判所を除き」、残りの二つは、「組織的には一般普通行政と不可分の一体をなし」ていたこと、「裁判官の職務上および身分上の独立はおおむね奪われ」ていたことなどを指摘する(41頁)。南はプロイセン自由党議員Laskerの発言を引用しつつ、「プロイセン行政裁判所が……司法の制度ではなくして行政の制度であった」と述べる(42頁)。一方で、行政裁判所を詳細に論じる宮崎良夫『行政争訟と行政法学[増補版]』(弘文堂、2004)は、「プロイセンの行政裁判所」の創設過程(71頁以下)やPrOVGの人事を詳細に確認し(79頁以下)、PrOVGの「裁判所的な性格」(49頁)を検討する。なお、出訴に関しては、「列挙主義」のみならず、「実際には概括条項にもひとしい程広く行政訴訟の提起を認める規定も存在した」こと、「1883年の『プロイセン一般ラント行政法』(Preuß. Landesverwaltungsgesetz v. 1883)127条によって、広く警察処分に対して行政裁判所に出訴することが可能であった」ことが秋山により指摘されている(秋山義昭「西ドイツ行政裁判所法に於ける一般概括主義と行政裁判所の管轄権(1)」北大法学論集18(3)(1968)578頁、また南・前掲32頁以下)。上記文献の他、須貝脩一「西獨逸行政裁判制度の発展」法学論叢59(4)(1953)3頁など。

23) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 44. Vgl. *Walter Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung: zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, 1913, S. 65. Anm. 114.

閉店時刻』(午後 11 時)を越えて、午前 1 時まで開店できる」、というものであった (α)。更にその後、X は「1875 年 3 月に、同じ留保の下で、午前 4 時まで」営業する「許可を得た」²⁶⁾ (β)。

しかし、「1875 年 6 月に……特に夜の飲食店の中と飲食店の前で生じた治安を乱すような騒音に関する諸苦情がポリツァイ官庁に舞い込んだ後」、 β が「撤回され」、加えて、「1876 年 12 月にこのような苦情が繰り返されたとき」、 α も「撤回された」²⁷⁾。

この撤回を受け、X は「行政区域の上級議長に苦情を述べた」。これに対して、当該官庁から「拒否する決定が出された」。その内容は、「許可の撤回が営業の資格の剥奪を含まないため、営業法 143 条は同撤回とは矛盾しない」こと、「一般的な法定閉店時間への制限は、夜間に生じる治安を乱すことによって、必要なものだった」こと、であった²⁸⁾。

24) 本稿は Polizei を「ポリツァイ」と訳す。これは、ドイツ行政罰を検討する田中が、「当時のポリツァイ概念と現代的な警察概念の混同を避ける」として、19 世紀の行政罰に関する検討において、Polizei をポリツァイと訳出していることと同じ動機である(田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017) 27 頁脚注 31)。なお、Polizei 概念を詳細に検討する今村に依拠すると、18 世紀を境に、同概念は変化し(今村哲也『ウィーン警察法研究』(信山社、2020) 5 頁以下)、本稿が検討対象として設定した 19 世紀以降、「『Polizei とは、国家のすべての行政(統治)』」となる(15 頁)。また、田中・前掲 52 頁以下、松本尚子『ホイマン「ドイツ・ポリツァイ法事始」と近世末期ドイツの諸国家学』(有斐閣、2016) 1 頁以下など参照。

25) 同裁判所によると、1851 年 4 月 14 日のプロイセン刑法典 342 条は「ポリツァイが禁止する時刻に、客の滞在を黙認する主人は、20 ターラー以下の罰金、あるいは、14 日までの軽懲役刑が科せられる」と定めていた。1866 年 3 月 9 日の命令は、この客の滞在を禁止する時刻を「午後 11 時から午前 4 時」とし、この「例外は、ポリツァイ官庁の認可の下でのみ、そして、この認可に応じて、行われる」と定めていた(PrOVGE 2, 390 (392))。なお、PrOVG の公式判決集には“Entscheidungen des Königlichen Oberverwaltungsgericht” (1877-1892 年 (<https://ci.nii.ac.jp/ncid/AA0016725X> [最終閲覧日: 2021 年 1 月 22 日])) と“Entscheidungen des Königlichen Preussischen Oberverwaltungsgericht” (1893-1918 年 (<https://ci.nii.ac.jp/ncid/AA00175473> [最終閲覧日: 2021 年 1 月 22 日])) がある。本稿ではどちらも PrOVGE と表記する。

26) 以上 PrOVGE 2, 390 (390)。

27) 以上 PrOVGE 2, 390 (390f)。

28) 以上 PrOVGE 2, 390 (391)。

(2) 判旨

ここでは、二つの論点が検討されている²⁹⁾。「ポリツァイ官庁に処分の命令の根拠を与えるとされている、実際の諸前提」の有無³⁰⁾という論点に恣意審査は登場する。

①「処分が、最も外縁の、処分の裁量に引かれた境界を越えるということが主張されるとき、つまり処分がそもそも客観的なポリツァイ上の動機ではなく、むしろ恣意あるいはそれ以外の官庁の義務違反に基づいていると主張されるとき、初めて『権限』が問題になり……行政訴訟において攻撃が可能になる」³¹⁾。

②その上で本件処分を以下のように振り返る。「1866年3月9日の命令は、監督を任された規則の例外を、『ポリツァイ官庁の認可の下でのみ、そして、この認可に基づいて』許可し、——このとき、義務に適合した官庁の裁量を何かしらの観点において制限することなく——、そして、異議申立人には、撤回の明白な留保の下でのみ許可が与えられた」。そして、「……夜間の治安を乱すことに関する繰り返された苦情が舞い込んだ後に、介入されたことは、確定されたものとして、見なされ得る」。その上で、異議申立人の主張を次のように評価する。「……境界——その内部において官庁の自由裁量が動くときとされる……——が何かしらの義務に違反して超過された」と述べるいずれの根拠も欠如している。「……同様に被告によって維持されている処分が、一定の実際の諸前提との関係において、明白に存在している本当の事情と矛盾しており、それ故……事実上違反するという非難は根拠づけられたものとは見なされ得ない」³²⁾。

以上より、「事情に基づき、義務違反という非難も……狭義の事実上反することという非難も根拠があるものとは見なされ得ない」と結論づける³³⁾。

29) もう一つの論点は、官庁の「通知が、現行法の非適用あるいは不正確な適用に基づいている」とする訴えに関するものである (PrOVGE 2, 390 (392f.))。

30) PrOVGE 2, 390 (392).

31) PrOVGE 2, 390 (393f.).

32) 以上 PrOVGE 2, 390 (394).

33) PrOVGE 2, 390 (394).

(3) 若干の検討

恣意審査とは「最も外縁の、処分の裁量に引かれた境界を越える」³⁴⁾か否かの審査であった(①)。また、当時の恣意とは「ポリツァイ官庁の自由裁量の概念に対する相関概念」であり、「客観的な、ポリツァイ上の動機の欠如」である³⁵⁾。本件では、「治安を乱すような騒音の排除」³⁶⁾という客観的なポリツァイ上の動機が存在するため、恣意は存在しないと判断した(②)。

この恣意審査は本決定以降も繰り返し用いられる³⁷⁾。例えば、同じく法定閉店時間を越えた営業許可の撤回が問題となった1881年4月27日決定³⁸⁾も恣意審査を行なっている。「本来、居酒屋の女性給仕人が、確かに暴飲暴食と、不道徳な行為の促進に寄与し、そして、厳格なポリツァイ上の監視の原因となることは、特別な証明は不要である。同様に、前者の帰結、とりわけ暴飲暴食の促進は……女性給仕人が不品行の傾向があることだけが原因ではない、ということは認められる。道徳的なままであるつもりであり、そして、道徳的なままであろうとも、このような給仕人は、訪問と、そのときの居酒屋への過度な滞在を促し得る。このことから、問題となっている処分が客観的な・ポリツァイ上の動機を欠くという立証は決してされない。異議申立人にその営業の際の一般的な法定閉店時間

34) PrOVGE 2, 390 (394).

35) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 44f. Vgl. *Fritz Stier-Somlo*, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Aus den Staatsrechtlichen Abhandlungen Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion Zweiter Band, 1908, S. 507. Stier-Somlo はここで「ポリツァイ自身が義務上の裁量を法律上与えられているにもかかわらず、まさにあらゆるポリツァイ上の動機が欠如している場合、恣意が想定されうるだろう」と述べる。

36) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 45.

37) Vgl. *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 45f. また、*W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 23), S. 65. Anm. 114 によれば「『恣意あるいはそれ以外の官庁の義務違反』という定式は、「特に、恣意、嫌がらせ、客観的な・ポリツァイ上の動機の欠如の強調の下、繰り返される」。これは、PrOVG 以外にも「バーデン上級行政裁判所にも見出され……オルデンプルク上級行政裁判所、ザクセン、そして、イエーナの上級地方裁判所にも見出される」。

38) 以下のような事案である。「法定閉店時間を越えて客をもてなすことに関する許可を、酒場の女性の給仕人を客につけないという条件に結びつけた」。「同一の方法で、同時に、上記許可が与えられ、そのままにされていた、管轄区域の全ての居酒屋の主人に命じられた」。この命令に対して、雇用した「女性の給仕人を解雇することを拒絶したために」、法定閉店時間を越えての営業許可が「再びまた取り上げられた」(PrOVGE 7, 304 (305))。

の超過を許すか否かの衡量において、当地のポリツァイ官庁が女性の従業員を遠ざけることにおいてのみ、該当する公益の保護の十分な保障を見出す場合——個別のその時々条件づけられた女性の従業員の道徳上の性質を取り上げることは、不平等な取り扱いの危険と、恣意の危険を有していることが明白であるために——なおさら、このことは恣意とは認められない³⁹⁾。この処分には、「女性の給仕人により促進された暴飲暴食・不道徳な行為の防止」という「客観的なポリツァイ上の動機」が存在する⁴⁰⁾。そのため、裁判所は恣意の不存在を結論づけた。裁判所は平等問題にも言及している。ポリツァイが飲食店を個別に審査すると却って恣意が生じる可能性があるとして、一律の規制にすることを是としているのである。

20世紀になっても、恣意審査に変わりはない。1911年3月9日決定を確認しよう。事案は次の通りである。ある商人が、風で回転するような広告板の設置の許可を申請した。しかし、ポリツァイ長官 (Polizeipräsident) は、この申請を拒否した。利用が多い路面電車の停留所により、交通量が増えたが、「この交通の円滑な進行は……、広告板の急速な動きと、このことに結びついている多彩な色の変化の急速な動きにより公衆の注意がそれるために、妨害される」。このことを理由に、上記申請は拒否された⁴¹⁾。この事案において、PrOVGは次のような恣意審査を行う。「目下の事案で、自由な・義務に適合するポリツァイ官庁の裁量に委ねられた決定が原告の不利益という結果になる場合、行政訴訟手続きにおける結論は、首尾よく異議を唱えられ得なかった。このような裁量の適用は、ポリツァイ官庁があらゆるポリツァイ上の動機なく、あるいは……嫌がらせに由来して・恣意において取り扱っていないか否か、言い換えると、実際にはこの裁量の慣例が存在していないか否か、という観点のみ行政裁判官による再審査を受ける。本件では、このような仮定に対する根拠は欠如している⁴²⁾。ここでは、「道路交通の円滑な進行の妨害の阻止」という「客観的なポリツァイ上の動機」

39) PrOVGE 7, 304 (310).

40) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 45.

41) 以上 PrOVGE 58, 273 (273).

42) PrOVGE 58, 273 (274f.).

が存在し、恣意は存在しない⁴³⁾。

以上より、恣意審査とはポリツァイ上の動機の欠如の審査と言えよう⁴⁴⁾。上述した諸判例にて示した通り、この動機もその時々異なるものであり⁴⁵⁾、一定ではない。また、PrOVGは「恣意」に対しても何かしら特別な定義づけを行っているわけでもないが、PrOVGは文字通りの恣意の有無を審査していたと言えよう。更にその審査密度は極めて低い。つまり、処分に何かしらの客観的に認識できる公益・動機が存在していれば——処分が合理的根拠に基づくか否か関係なく——恣意ではない、と判断していたのである⁴⁶⁾。また、先の1911年3月9日決定において、PrOVGは、踏み込んで審査していた原審の審査を否定する。曰く、「広告板の動作とその色の変化によって公衆の注意がそれることに由来して、あるいは、交通の危険な妨害に由来して、公衆にとって危険が生じるか否かの問題を、前裁判官は取り上げる必要はなかったのであり、取り上げる資格もなかったのである。この問題の詳細論は、ポリツァイの命令の必要性・合法性の審査をすでに含んでおり、行政裁判官には与えられていない領域において展開する」⁴⁷⁾。PrOVGの裁判官が審査できる範囲は極めて限られており、恣意の有無しか判断できなかつた。

もっとも、本節で確認した諸決定では、いずれも平等は主題ではなかつた。節を変えて、不平等取り扱いが問題となった事案を確認する。

43) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 45f.

44) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 44f. また、ライブホルツ・前掲注4) 81頁参照。

45) Vgl. *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 45f.

46) このことはHeld-Daabの恣意審査の記述からも伺える。曰く、「上級行政裁判所は……恣意・嫌がらせという名称を引き合いに出すが、事項に即さない諸根拠に由来する法律上の権限の故意の目的の逸脱の立証も、意図的な、あるいは、不注意な義務違反の証拠も要求しない」。「……動機統制の実践上の意義はわずかなままである」。「たとえ、当該措置が目的を部分的にのみ実現し得る場合、あるいは、不平等に、あるいは、過剰に個人に負担をかける場合でも、問題となっている措置が『完全には、誤りではない、そして、目指されている目標の達成に不適當ではない限り』、措置は通常正しい」(*Held-Daab*, a.a.O. (Anm. 20), S. 191f.)。また、海老沢・前掲注19) 21頁参照。

47) PrOVGE 58, 273 (275)。

2 プロイセン上級行政裁判所の平等観念

1909年5月18日決定を確認する⁴⁸⁾(1)。その上で、PV4条に関する決定・学説を確認する(2)。

(1) 1909年5月18日決定

(i) 事案

この事案の舞台は海水浴場である。この海水浴場に「1908年の水浴シーズンの間」、「家族と共に……水浴客として滞在した」者(X)は「海辺に自分自身の籠椅子を設置し、長い間、そこに放置した」。「これに対して、地方自治体が料金表による使用料を要求した」。XはX「の当然の権利である海辺の公共利用を引き合いに出して、支払いを拒否した」。このとき、地方自治体の長は、Xが上記料金を「支払わない場合、ラント行政法の132条に基づき……籠椅子を海辺から取り除かせる」ことなどを警告した⁴⁹⁾。その後、実際、「市町村の籠椅子担当の監視員は籠椅子を片付け」、Xの「住まいに運んだ」⁵⁰⁾。

(ii) 判旨

①まず、裁判所は、一般ラント法(ALR)と先例により海岸の法的性格、海辺の籠椅子の設置の法的位置づけを確認する。曰く、「海岸は、ALR § 21 II 14と § 80 II 15に基づき、公共の国有地に属し、公衆の公共利用の下にある」。「裁判所は、1908年10月19日の……決定にて、海辺の近くの籠椅子の設置は、公共利用に属することを認めた」⁵¹⁾。

48) 同判決を紹介する文献として *Machado*, aa.O. (Anm. 11), S. 46; *Julius Hatschek*, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. neubearbeitet und herausgegeben von Paul Kurtzig, 1930, S. 242、柳瀬・前掲注14) 158頁以下。

49) 以上 PrOVGE 54, 261 (262)。

50) PrOVGE 54, 261 (262)。

51) PrOVGE 54, 261 (264)。それぞれの条文は次の通り。ALR § 21 II 14「街道、本来航行可能な大河、海岸、港は、国有財産である」(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, 1970, S. 591)。§ 80 II 15「港と海岸、そして、海から打ち上げられたものは、慣習法に基づき、国有財産である」(S. 596)。

②続いて裁判所は、許容されるポリツァイ官庁の権限を確定する。「公共利用を規制・保護すること、とりわけ、個々人に当然認められる権利の超過に、その以外の同権を有する者のために、対抗することはポリツァイに属し、本件の場合のように、本質的に公共の交通の利益による調節が問題となっている場合、当地のポリツァイ官庁に属する。これに対して、公共の国有財産に基づき公共利用を排除すること、あるいは、個々の有権利者の公共利用を妨げることは、国家には属さない。特に、籠椅子の設置に対して、個々人あるいは地方自治体のため、独占——これにより、第三者から、その者に当然認められる、海辺の、利用権を取り上げ、あるいは、制限され得るような——を基礎づける権限は国家にはない」⁵²⁾。

以上を踏まえて、同裁判所は本件に関して具体的な判断を行う。

③「県知事は、……処分が原告に地方自治体により要求された使用料の支払いへと促す限りで、同処分を否定した」。しかし、「通知がそれにもかかわらず異議をしりぞけ、そして、同時に——修正された形式においても——問題となっている処分を維持したことにより、この通知は原告の権利を侵害している」⁵³⁾。

④「通知の説明が、それ自体根拠のあるポリツァイ上の衡量に基づくことは認められる。というのも、十分な動機が存在する限りで、関係する利益の調整のために、時間と場所に基づく籠椅子の設置の規律、そして、籠使用時間外の籠を海辺の交通の区域から取り除くことに向けた設置の制限の権限を、ポリツァイは有する」。しかし、「原告のみならず、地方自治体・他の私人も、籠椅子の設置のために、海辺を用いる。ポリツァイが公共利用という性質を規律する場合、ポリツ

52) PrOVGE 54, 261 (264f.).

53) PrOVGE 54, 261 (265). 判決集に掲載されている事実によると、以下の事情が存在した。Xに「籠椅子の設置のために使用料が要求されたという限りで、県知事は異議を根拠のあるものとみなした。というのも、個々人に対する海辺の公共利用は、椅子をそこへ持参し、その者が滞在する限り、望み通りの交通のない場所で設置するという権利も含むからである。他方で、海辺を去った後にも椅子をそこに放置する権利は、個々の籠椅子所持者には認められていない。むしろ、ポリツァイは、それ以外の同じ権利を有する海水浴場客の諸利益においても、公共の海辺の交通の諸利益においても、前者の利益を顧慮する限りで、椅子の除去を要請することは正当である。海辺から離れて、交通が接触しない場所に籠椅子を運んだとき、これに該当する。あらゆる籠椅子所持者、地方自治体も、このような命令に従わなければならない」(PrOVGE 54, 261 (263))。

アイは——それ以外のあらゆる者を放置するのに——好き勝手には (nach Belieben)、籠椅子所持者の一人を選択できず、所持者の利用権を制限できない。もしこのことをしたらなば、恣意だろう——ポリツァイは決してこの恣意を行う権利がない——。通知もこのことを見誤っていない。というのも、通知は、ポリツァイ上の諸命令が、地方自治体を含む全籠椅子所持者に対して向けられるという、見解をとっている。しかし、本件では、原告のみに対して、措置が行われた——原告の、反論のないままの事実の証明 (Sachvortrag)⁵⁴⁾に基づくと、利用時間外も海辺に籠を放置することも、通常の・その土地の慣例に一致しているのにもかかわらず。特別な諸根拠が海辺の原告の籠の放置と対立した場合にのみ、この措置ができた。この方法の理由のある根拠は、地方自治体によって要求された使用料の不支払いではなかったのであり、また……別異取り扱いを正当化できるという、いずれの認めうる根拠も欠如している⁵⁵⁾。

(iii) 若干の考察

本決定は平等問題のリーディング・ケースとされていた⁵⁶⁾。本件では、裁判所は、ポリツァイがXに「籠椅子を取り除くことを要請すること」「それ自体は許されている」、と判断した⁵⁷⁾。しかし、ポリツァイがXの籠椅子を除去する場合、X以外の「あらゆる籠椅子を取り除くことを指示しなければならない⁵⁸⁾。しかし、ポリツァイはXの籠椅子のみを取り除くという不平等取り扱いを行なった。そして、その特別な根拠が欠如しているために、恣意が認められたのであ

54) 「事実の証明」の訳語は中村雅麿「民事訴訟における自由心証の法理：ナーゲルを中心に」鹿兒島大学法学部紀要法学論集 (4) (1968) 165頁による。

55) 以上 PrOVGE 54, 261 (265f.)

56) *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 23), S. 326. Anm. 13にて本判決が紹介されている。その後、本決定と *W. Jellinek* の記述はセットで参照される (Vgl. *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 48), S. 242; *Heinrich Triepel*, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien: Zur Frage der Rechtsgültigkeit der über sogenannte schuldverschreibungähnliche Aktien in den Durchführungsbestimmungen zur Goldbilanzen-Verordnung enthaltenen Vorschriften: ein Rechtsgutachten, 1924, S. 28)。また、「裁判所が恣意の存在を確定したわずかな事案の一つ」(*Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 47) という点でも本決定は重要である。

57) *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 23), S. 326. Anm. 13; *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 48), S. 242.

58) *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 48), S. 242; *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 23), S. 326. Anm. 13.

る⁵⁹⁾(④)。

確かに、本件は一見すると、籠椅子を除去された者と、除去されなかった者(X)の間の不平等取り扱いの問題である。そこに、特別の根拠を求めており、恣意禁止原則に近いようにも思われるかもしれない。しかし、実際は不平等取り扱いの問題というよりは、単なる原則(非)拘束性の問題に過ぎないように思われる⁶⁰⁾。つまりは、ポリツァイには該当する籠椅子全てを除去するという原則が存在していたにもかかわらず、特段の理由なくXの籠椅子のみを除去した為に、「裁量権の忠実なる行使」⁶¹⁾ではなかった。それゆえ、恣意が認定されたのではないだろうか。TriepelやHatschekなどヴァイマル期の「新説」は——後述するPV4条の見解を示した1910年決定ではなく——PV4条を用いていない1909年決定を参照する⁶²⁾。しかし、今示したように、本件はそもそも平等問題ではなく、「新説」の根拠づけには適していなかったように思われる。それ故、『法律の前の平等』において、Leibholzは、1909年決定には特段言及していないのだろう。

(2) プロイセン憲法4条

PV4条(「すべてのプロイセン人は、法律の前に平等である。身分上の特権は

59) Vgl. *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 23), S. 326. Anm. 13; *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 48), S. 242.

60) 柳瀬はこの判決に関して「事情同じき場合に就き裁量の内容を二三にすべからざること、即ち行政機関は一旦決定した裁量の内容は之を他の場合にも維持すべきことを意味するに止まるもの」(柳瀬・前掲注14)159頁)、「籠椅子の取除を命ずべき『特別の理由』のないことを挙げてゐるのも……先例を改むべき『特別の理由』なき限り、即ち先例が法の趣旨に適合したものである限りに於けるその維持を命じたものとなすものと見得るのである」(161頁)と述べる。この記述から、柳瀬も、本判決に関して、比較問題というよりも、自己拘束性の問題として捉えているように思われる(なお、引用において、旧字体で記されている箇所は引用の際に新字体に直している。以下、他の文献を引用する際でも同様)。

61) 柳瀬・前掲注14)161頁。

62) 前掲注56参照。本文の事情の他、更に、「ポリツァイが公共利用という性質を規律する場合」に、気まぐれに特定の誰かを選択することが恣意であり得ると述べている(③)。つまり、本件は平等一般に妥当する判断をしたのではない。「公共の国有地」における「公共利用」(①)の場合の原則拘束性(あるいは、不平等取り扱い)に射程は限定される。この事案の射程が限定され得る点については、柴田憲司先生(中央大学)によるご教示を受けたものである。

認められない。公職には、法律により定められた条件の遵守のもとで、その能力のあるすべての者が平等に就くことができる」⁶³⁾の指導的判例とされているのが、1910年4月29日決定である⁶⁴⁾。同決定は次のように述べる。同「4条が、すべてのプロイセン人が法律の前に平等である、と述べるとき、このことは、法律が、身分(Stand)の相違なく、あらゆる者に対して、余すことなく、適用されなければならないという意味のみを有する」⁶⁵⁾。例えば、Thomaは1910年決定を参照し、平等条項に立法者非拘束以上の意義を見出さない⁶⁶⁾。しかし、そもそも、1910年決定は問題となっている事案が立法レベルではなく、法適用レベルである。そのため、同決定が法適用の平等のみを述べたのは当然の帰結である。

当時の学説は立法者非拘束説を前提にする。この時期の代表的見解としてGerhard Anschütz⁶⁷⁾が挙げられる。彼はPVに関するコンメンタールにおいて次のように述べる。

①「法律の『前(Vor)』とは、法律に直面して(angesichts)、を意味する」。「例えば、神の前にあらゆる人間は平等であるとよく言われるように、ここでは

63) 高田敏・初宿正典『ドイツ憲法集[第8版]』(信山社、2020)56頁(倉田・初宿)。

64) Gerhard Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat. vom 31. Januar 1850: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Bd. 1., 1912, S. 109、リヒャルト・トーマ(著) 菟原明(訳)「資料(試訳)基本権と警察権」山梨学院大学法学論集(5)(1982)115頁(Richard Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Heinrich Triepel (Hrsg.), Verwaltungsrechtliche Abhandlungen: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 218)。また、熊田・前掲注10)16頁。

65) PrOVGE 56, 229 (235). 事案は以下の通り。ある「郡長が、連合学校団体(Gesamtschulverband)……の理事会への舗装工D.の選出を承認した」。しかし、この舗装工が「社会民主主義のグループに所属した」こと、同グループの「リーダーの一人である」こと、「選出の際に『ことさら、活動した』」ことが「『調査』により明らかになった」。そのため、「彼は既存の国家秩序・社会秩序の転覆を目的としたグループに所属し、生徒の中で愛国・敬虔な思想の育成が主要な任務である学校理事会の構成員に必要である、信頼に値しない」ことを理由に、「学校理事会からの除名を命じた」。これを受け、「この処分に対して、行政争訟手続において、訴えを提起した」(以上、PrOVGE 56, 229 (230)。「連合学校団体」の訳語は山本久雄「1906年『維持法』における学校経費負担の構造」愛媛大学教育学部紀要54(1)(2007)15頁による)。

66) トーマ・前掲注64)115頁。また、熊田・前掲注15)31頁。当時、立法者非拘束説が通説であったことについては、熊田・前掲注5)56頁参照。

……法律は、法律に従う——特に法律を適用しなければならない——あらゆる者に対する、破ることのできない、不変の意志として、つまり、力——この力は人を超えて高く存在し、その結果人間の相違が無に消える——として現れる」⁶⁸⁾。

②また、PV 4 条 1 文は「立法者に対する原則ではなく、法律を適用する者に対する原則である。法律の前の平等とは、実際には、裁判官と行政の前の平等である」⁶⁹⁾。「1 文は相違することを、裁判官に禁止するが、立法者には禁止しない。立法者が異なっていると思うことを異なって取り扱う立法者の自由は、この文言によって、狭められない。同様に、特権と特別免除によって一般規定の例外を規定する立法府の権利も狭められない。1 文から前述で明らかにされた法律の前の平等、つまり、裁判官と行政の前の平等以上のことを、読み取ってはならない」⁷⁰⁾。

Anschütz は、「法律絶対主義」⁷¹⁾を前提にし (①)、立法者非拘束説に立つ (②)。この見解は、ヴァイマル期に入っても、1924 年頃に「新説」が登場するまで、通説であった (Ⅱ)。何故、彼は立法者拘束を前提にしたのだろうか。Anschütz によれば、PV 4 条 1 文の文言は「ベルギーの規範⁷²⁾(ベルギー憲法 6 条：ベルギー人は法律の前に平等である)を逐語訳」したものである⁷³⁾。1831 年ベルギー憲法の平等原則については、柳瀬が「如何なる意味であつたかは明白に知り難い」と留保しつつ、Paul Errera の見解を紹介している。曰く、「憲法制定者の意図したところは専ら同条第 1 項に規定する封建的等族制の廃止に在」

67) Anschütz (1867 年 1 月 10 日～1948 年 4 月 14 日) は「1896 年にベルリンにて国法学の教授資格を取得した」。テュービンゲン、ハイデルベルクを経て、「1908 年にベルリンの正教授になった」。「1916 年にハイデルベルク大学に戻った」(以上 *Hans Nawiasky*, “Anschütz, Gerhard” in: *Neue Deutsche Biographie* 1 (1953), S. 307 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd119091259.html#ndbcontent> [最終閲覧日：2021 年 1 月 17 日])。

68) Anschütz, a.a.O. (Anm. 64), S. 108.

69) Anschütz, a.a.O. (Anm. 64), S. 109.

70) Anschütz, a.a.O. (Anm. 64), S. 109.

71) *Triepel*, a.a.O. (Anm. 56), S. 28.

72) 正確には同条 2 項である (柳瀬・前掲注 14) 49 頁、小嶋和司『憲法学講話』(有斐閣、1982) 254 頁)。

73) Anschütz, a.a.O. (Anm. 64), S. 108.

った。それ故、「第二項の平等の宣言は単に法は身分及び階級に拘らず平等に適用されることを要するといふ外に格別の意味をもつものではなく、「平等の保障は必ずしも立法者に対するものとは解されていない」⁷⁴⁾。これに由来するPV 4条⁷⁵⁾も同様に非拘束を予定していると、Anschützは考えたのかもしれない⁷⁶⁾。それ故、わざわざ、「ベルギーの規範」を引用したのであろう。

3 若干の考察：恣意審査と恣意禁止原則

BVerfGとは異なり、PrOVGは恣意審査と平等条項を関連づけない。20世紀初頭の自由裁量論において恣意概念を用いる諸学説⁷⁷⁾も同様に、恣意概念と平等条項を結びつけることはしなかったように思われる。恣意と平等問題を結びつけた学説の一つ⁷⁸⁾としてW. Jellinekの見解⁷⁹⁾が挙げられる。

74) 柳瀬・前掲注14) 55頁以下。同趣旨の指摘として熊田・前掲注15) 30頁以下。

75) PVの由来がベルギー憲法であることを指摘する邦語文献として、柳瀬・前掲注14) 56頁以下、熊田・前掲注10) 124頁、同・前掲注15) 31頁、田口精一『「法の下での平等」の原理』阿部編・前掲注6) 130頁。

76) この点について、柳瀬・前掲注14) 57頁以下参照。本稿では論述できなかったが、先行研究によれば、ベルギー憲法に由来する1849年3月28日フランクフルト憲法(以下FRV)でもPVでも「制定者の間に解釈上の異論(平等原則における立法者拘束説)が全然なかったというわけではない」(熊田・前掲注15) 34頁脚注13、30頁以下、柳瀬・前掲注14) 56頁以下参照)。

77) Machado, a.a.O. (Anm. 11), S. 38ff. なお、これら学説も「常に同一の内容を有していたわけでもない」(S. 43)。

78) また、Stier-Somloは「公務員服務規程と刑法において、[恣意に対する：筆者注]ある種の保護が存在する。贈収賄、自分の利益のための公務員の行動、市民の正当化されない優遇・不利益取り扱いは、刑法のみならず、服務規程上にも罰せられ得るし、罰せられなければならない」と述べる(Stier-Somlo, a.a.O. (Anm. 35), S. 506)。この記述から、この点に関するMachadoの分析のように、彼もまた正当化されない不平等取り扱いを恣意の一内容と見なしていたとも言えよう(Machado, a.a.O. (Anm. 11), S. 39f)。もっとも、Stier-Somloの論述には、個別法に限定されていることに留意が必要である。

79) W. Jellinek (1885年7月12日～1955年6月9日)は、「1908年にシュトラスブルクで、Paul Labandの下……博士号を取得した。1912年、ライプツィヒにて、Otto Mayerの下……教授資格を得た」。その後、「キール大学にて、1913年、定員内の助教授、1919年に正教授(1928/29には学長)であった」。「1929年、R. Thomaの後任として、ハイデルベルク大学に招聘された」。「第二次世界大戦後、復職し、ハイデルベルク大学の復興に多大な貢献をした」(以上Hans Klein, "Jellinek, Walter" in: Neue Deutsche Biographie 10 (1974), S. 394-395 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118711997.html#ndbcontent> [最終閲覧日：2021年1月14日])。

曰く、「ポリツァイは義務に適して行動しなければならない、つまり、基本原則に基づかなければならず、気まぐれと恣意に基づいてはならない。不平等な取り扱いの禁止は、このことに基づく」⁸⁰⁾。また、「ポリツァイは平等な諸事案を、ある時にはこう、ある時にはそれと異なってこう、と判断することは適當ではない。ポリツァイが個別の事案の評価に非常に注意を払っている場合でさえ、このことは恣意であろう。『恣意的な』の反対は『非恣意的な』で」あり、「『非恣意的な』とは『原則に拘束されていること』と同じである」。「ポリツァイは非恣意的に行動することとされている」。また、「官庁が平等な諸事案において、個人の不利益になるように、不平等に行動してはならない」⁸¹⁾。

W. Jellinek も恣意を気まぐれと同義的に用いる一方で、ポリツァイの非原則性 (Grundsatzlosigkeit) を狭義の恣意とし⁸²⁾、ポリツァイの自己拘束を非恣意としている⁸³⁾。

また、平等条項を用いない恣意審査は、外国法に依拠して Leibholz の恣意禁止原則に対する批判の材料となった⁸⁴⁾。Thoma⁸⁵⁾は次のように述べる。恣意禁止原則という「新説は、行政法、とりわけ警察法にとって重要性をもつことはないであろう。というのは、命令または処分等しいものを等しくなくまたは等しくないものを等しく取扱うことは恣意であり、また如何なる官庁といえども、自

80) W. Jellinek, aa.O. (Anm. 23), S. 323. この点については、柳瀬・前掲注 14) 161 頁参照。

81) W. Jellinek, aa.O. (Anm. 23), S. 348f.

82) W. Jellinek, aa.O. (Anm. 23), S. 349, vgl. S. 323f.

83) 彼は次の例を示す。「建設会社が同じ平面図・立面図である 4 軒の住宅用建物を同時に建てる」。いずれも「寝室に予定されている 10 m² の代わりに、9.5 m³ の屋根裏部屋を有する。3 軒の場合にポリツァイは居住を許可するが、4 軒目の屋根裏部屋の場合にはポリツァイは寝室としての使用を禁止する。……このような処分は、不平等な取り扱いに基づき、問題のあるものである。ポリツァイが最初の 3 軒の屋根裏部屋の場合に公益と居住の協調性を認めることによって、ポリツァイは 4 軒目の判断の際に行動を拘束されていた」。この例も、平等というよりも原則拘束性の問題である。そのため、W. Jellinek の言う狭義の恣意とはポリツァイの自己拘束を意味すると思われる (W. Jellinek, aa.O. (Anm. 23), S. 325)。なお、彼は「不平等な取り扱いは法違反 (Rechtswidrigkeit) である。この法違反は臣民に対する主観的な公権の侵害を意味する」と今でいう平等権に類似したことも述べている (S. 326)。

84) クリストフ・グズイ (著) 原田武夫 (訳) 『ヴァイマル憲法：全体像と現実』(風行社、2002) 237 頁参照。

己に委ねられた公権力を恣意的に……執行する権限をもたないという洞察は、ドイツ行政法においてはずっと以前から貫徹されていたからである。「我々が、特に警察法において平等条項の支柱がなくともこの途を歩む術を心得ていたのは、ドイツの各行政裁判所、特にプロイセン上級裁判所の法創造的裁判のお蔭である」⁸⁶⁾。

しかし Thoma の指摘は妥当しない。というのも、そもそも恣意審査と「新説」の恣意禁止原則は異なるものだからである。恣意審査は、上述したように、審査密度が極めて低く⁸⁷⁾、処分が文字通りの「恣意」・「嫌がらせ」⁸⁸⁾によるものか否かを審査するものである。他方で、Leibholz は「恣意概念」の「一般的特徴」として、「——恣意概念の元来の語義とは反対に——、その時々《合理的

85) Richard Emil Thoma (1874年12月19日～1957年6月26日)は「1900年にフライブルクにて……民法の論文により博士号を取得した」。「1906年にフライブルクにて……国法学・行政法学の教授資格を取得」する。その後、「1908年、ハンブルク・植民地研究所(Kolonialinstitut Hamburg)の公法学の正教授に、1909年にテュービンゲン、1911年にハイデルベルク(学部長1916/17、1922/23)に移る。1928年からボンで、定年退職である1945年を越えて1950年まで教えていた」(以上 Christian Waldhoff, “Thoma, Richard” in: Neue Deutsche Biographie 26 (2016), S. 171-173 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118622080.html#ndbcontent> [最終閲覧日: 2021年2月12日])。「ハンブルク・植民地研究所は、植民地統治の官僚や植民地関連業務に就く人々を養成する目的でハンブルク市と帝国が共同設置した」ものである(大西健夫「第二帝政期プロイセンの大学政策——アルトホーフ体制——」早稲田教育評論25(1)(2011)16頁。同研究所の訳語も同論文によるものである)。Leibholz はハイデルベルク大学にて「『フィヒテの民主主義思想』を書いて哲学博士号を取得した」。その際の指導教官は Thoma であった(初宿・前掲注3)296頁)。

86) トーマ・前掲注64)116頁。柳瀬・前掲注14)165頁参照。なお、Leibholzはこの指摘に対して次のように述べる。上記の指摘「自体は正当であって、またこの点が争われたこともないことは、疑いの余地がない。……トーマがそればかりか、この法命題が成文憲法とは関わりなく通用することを指摘していることは、平等条項に含まれている一般的な法思想は、それが法典化されているかとは関わりなく通用する法命題であるとする見解にとつては、予想外の支えである」(ライプホルツ・前掲注4)162頁脚注11)。

87) また、W. Jellinek 曰く、「ポリツァイの処分は『恣意あるいはそれ以外の官庁の義務違反』に基づいてはならない」という「定式はポリツァイの処分に対する論拠として用いられるのではなく、単なる否定する意味において、特にポリツァイの措置が義務違反の非難には値しないという、異議申立人の教訓に用いられるのみであるから、単なる決まり文句に過ぎな」かった(W. Jellinek, a.a.O. (Anm. 23), S. 65f. Vgl. Held-Daab, a.a.O. (Anm. 20), S. 189f.; Machado, a.a.O. (Anm. 11), S. 47)。

88) W. Jellinek, a.a.O. (Anm. 23), S. 65. Anm. 114.

なもの》、つまり、秩序正しく遵守されるべき法律や規則等々と矛盾する、ということ」と、述べる⁸⁹⁾。更に、「恣意的な規範と特徴づけることができる」のは、合理的根拠の不存在、要件と法的効果の不一致、規定と目的間の「内的な関連性」の不存在、「内的な関連性はたしかに存在するが、それがまったくもって不十分な関係にある場合」である⁹⁰⁾、と説明する。この恣意禁止原則の審査内容は「事柄に即した (sachlich) 根拠の不存在⁹¹⁾の確認である。同原則では、恣意審査とは異なり、「立法者が恣意的に振舞う意思を持たなかったというような事実……は、重要ではない⁹²⁾し、また、公益に基づく処分(立法)だとしても、「恣意」になり得る⁹³⁾。また、そもそも、PrOVGの恣意審査も W. Jellinekも、原則非拘束性の有無を問題としており、平等問題を前提にしていらないように思われる。

Machadoは、Leibholzが「責任という要素を明白に恣意から取り除き」、「フランスの『権力濫用 (détournement de pouvoir)』と裁量濫用の学説の恣意概念から離れたとき……PrOVGの判決の恣意概念に接近した⁹⁴⁾と指摘する。しかし、上述のように、恣意審査と恣意禁止原則の想定場面(原則拘束性の場面と、

89) ライプホルツ・前掲注4) 63頁(強調は本稿筆者によるもの)。元来の語義については前掲注16。彼は同書で、「恣意 (Willkür) といっても好き勝手 (Belieben) という意味での恣意ではない」(ライプホルツ・前掲注4) 81頁脚注114)と繰り返す。他方で、上述した1909年5月18日決定では、Beliebenという言葉を用いて、好き勝手に (nach Belieben) 籠椅子所持者を選択する場合は、恣意となる旨を述べていた (Vgl. PrOVGE 54, 261 (266))。PrOVGの言う恣意と、Leibholzの言う恣意は異なる意味合いを有すると考えるべきだろう。

90) 以上、ライプホルツ・前掲注4) 68頁。また、熊田⑥・前掲注6) 120頁以下、同・前掲注15) 44頁参照。

91) Odendahl, aa.O. (Anm. 9), S. 171.

92) 熊田⑥・前掲注6) 122頁以下。同②・前掲注6) 23頁、同・前掲注5) 62頁、またライプホルツ・前掲注4) 84、86頁以下参照。

93) また、ライプホルツも「警察上の動機によって、客観的に警察違反の行いをする気を起こさせられることがあ」り、他方で、「たまたま、警察違反の動機づけがあるにもかかわらず、客観的には警察違反の行動をしない、というような事例も考えられる」などと述べる。かくして、彼自身の恣意の「定義づけが正当な定義」と評する(ライプホルツ・前掲注4) 84頁)。熊田・前掲注10) 106頁で訳出されているLeibholzの見解も参照。熊田の当該論文は、Leibholz, Equality as a principle in German and Swiss constitutional law Politics and Law, in ders, Politics and Law, 1965, S. 302ff. を広範に、部分的に訳出している(熊田・前掲注10) 91頁)。

平等問題の場面)、恣意の意味(「自由裁量の概念との相関概念」⁹⁵⁾と、「正義とは正反対の相関概念」⁹⁶⁾)、審査内容(公益・動機の有無の審査と、合理的根拠の審査)の相違から、本稿はPrOVGの恣意審査と、恣意禁止原則は繋がっていない、という結論に至る。

一方で、審査権に関して言えば、1926年国法学者大会におけるW. Jellinekの発言——「事項に即した取り扱いの観点から、処分の有効性に関する行政裁判所の判決を援用しなければならない。処分が一般的な原理として維持できない場合にPrOVGは処分の停止をしてきた。そして、なぜこのことを立法者に適用すべきでないのかは理解できない。最も外縁への制約において、審査権を是認することができる」⁹⁷⁾——に現れているように、恣意審査の存在が審査権の導入の素地にもなったとして評価できる。

II ヴァイマル期の平等論

本章はヴァイマル憲法(以下WRV)の平等論について検討する。

議論の前提として平等条項を確認し、「第5憲法草案第107条」⁹⁸⁾を紹介する(1)。これを踏まえて、当時の平等学説の議論状況を確認する(2)。当時のLeibholzなど「新説」を支えていたのは、アメリカとスイスの平等判例・学説である⁹⁹⁾。そのため両国(特にスイス)の平等論とドイツ学説への影響を分析する(3)。更に1926年国法学者大会の討論を素材に、外国法の輸入に対するドイツ学説の反応を明らかにすることができる。また、ライヒ裁判所の平等審査を確認し、裁判所が「新説」を受容したのかを検討する(4)。

94) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 49. 他方で、*Machado*は、連邦憲法裁判所の恣意禁止原則の内容と、同原則がスイス・アメリカ由来のものであることを見誤っていない(Vgl. S. 49)。

95) *Machado*, a.a.O. (Anm. 11), S. 44.

96) ライプホルツ・前掲注4) 63頁。

97) *W. Jellinek*, in: VVDStRL 3 (1927), S. 60.

98) *グズイ*・前掲注84) 216頁。

99) *Triepel*が比較法的手法を用いていた点については、Vgl. *Saurer*, a.a.O. (Anm. 9), S. 105.

1 前提：平等に関する条文の変遷

(1) 平等条項の変遷¹⁰⁰⁾

WRVに至る前に、FRV 137 条 3 項「ドイツ人は、法律の前に平等である」¹⁰¹⁾を定め、PV は 4 条 1 文に一般的平等条項を定める。これらはいずれも基本権の章に置かれていた¹⁰²⁾。

WRVに至る前、Hugo Preuß¹⁰³⁾による 1919 年 1 月 3 日草案 I、同月 20 日草案 II が存在した¹⁰⁴⁾。草案 I の基本権規定の特徴として、「基本権に関する規定が極めて少な」く、「基本権に関する章」もないことが挙げられる¹⁰⁵⁾。数少ない基本権規定の一つが、18 条¹⁰⁶⁾の平等条項（「すべてのドイツ人は法律の前に同権である。出生、身分、職業又は信仰に基づくあらゆる特権又は法的不利益は排除される。法律又は行政によってそれらを復旧することは憲法違反である」¹⁰⁷⁾）である。草案 I は同年 1 月 14 日の閣議での審議を経て、修正される¹⁰⁸⁾。草案 II では「第 2 章ドイツ国民の基本権」¹⁰⁹⁾が設けられ、9 つの基本権規定が加えられるが¹¹⁰⁾、平等条項の文言に変化はない¹¹¹⁾。

100) 以下 *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 102f. に依拠したものである。

101) 高田・初宿・前掲注 63) 44 頁 (高田・初宿)。

102) 前者は 6 章「ドイツ国民の基本権」(高田・初宿・前掲注 63) 43 頁 (高田・初宿))、後者は 2 編「プロイセン人の権利」(55 頁以下 (倉田・初宿)) である。

103) 初宿・前掲注 3) 399 頁。彼の生涯は同 391 頁以下、草案に携わる経緯は同 399 頁以下参照。また遠藤泰弘「ヴァイマル憲法制定の審議過程におけるフーゲー・プロイス——直接公選大統領制をめぐって——」権左武志編『ドイツ連邦主義の崩壊と再建：ヴァイマル共和国から戦後ドイツへ』(岩波書店、2015) 2 頁以下参照。

104) 初宿・前掲注 3) 439 頁以下。*Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 102f.

105) 初宿・前掲注 3) 413 頁。

106) 19 条で「信仰及び良心の自由」を定める (*Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 102、初宿・前掲注 3) 445 頁)。「草案 I には基本権に関する独立の章がなく」(464 頁)、18・19 条の他、第 21 条にて外国語を話す民族の民族的発展の保護、授業・行政・裁判における母国語使用の保護を定める (448 頁) のみであった (413 頁)。

107) 初宿・前掲注 3) 445 頁。

108) 初宿・前掲注 3) 422 頁、438 頁。

109) 初宿・前掲注 3) 445 頁。

110) 初宿・前掲注 3) 445 頁以下、464 頁。Vgl. *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 103. また、初宿によれば、Ebert が「基本権についての規定をもっと充実させるべきことを強く主張した」(422 頁、また、464 頁参照)。

111) 初宿・前掲注 3) 445 頁。

ヴァイマル共和国初代大統領 Friedrich Ebert は同年「2月6日のヴァイマル国民会議の開幕の演説の終わりに」次のように発言した¹¹²⁾。「Fichte がドイツ民族に、その規範として与えたこと——すなわち、『我々は、人間の顔を有しているすべての人の平等に基づいている、法と誠実の世界を設立するつもりである』——を我々は実行するつもりである」¹¹³⁾。このように、Ebert は「憲法に対する法的平等の根本的重要性を強調した」¹¹⁴⁾。

上記の過程を経て、WRV は2章「ドイツ人の基本権及び基本義務」の最初の条文、109条1項に平等条項（「すべてドイツ人は、法律の前に平等である」¹¹⁵⁾）を定める¹¹⁶⁾。これは草案Ⅰ・Ⅱとは文言が異なる¹¹⁷⁾。同項は、FRV と PV という「従来のドイツの憲法の文言を引き継いだ」のである¹¹⁸⁾。

(2) 第5憲法草案107条

後述する立法者拘束説には、度々「基準と制約」という文言が登場する。しかし、この文言が何に由来しているのか、近年の邦語文献ではあまり明らかにされていない¹¹⁹⁾。結論から言うと、この文言は「第5憲法草案第107条」（以下、草案107条）¹²⁰⁾に由来するものであろう。同条は「基本権と基本義務は、ライヒと

112) *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 103.

113) *Friedrich Ebert*, in: *Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Stenographische Berichte, Bd. 326, 1920, S. 3. Vgl. *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 103.

114) *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 103.

115) 高田・初宿・前掲注63) 136頁（初宿）。

116) 柳瀬は諸国の平等条項の諸変化を指摘する。その一つが「アメリカ及びフランス革命の初期の憲法には平等なるべき者として唯単に『人』(all men, les hommes)とあつたのに、それが何時の間にか『フランス人』『ドイツ人』『ベルギー人』等(Les Français, Die Deutschen, Les Belges)と変わったこと」である(柳瀬・前掲注14) 52頁)。ドイツ基本法(以下GG)3条1項では「人(Alle Menschen)」(ドイツ連邦議会HP <https://www.bundestag.de/gg> [最終閲覧日:2021年2月25日])と定める(この点を指摘する文献としてライプホルツ・前掲注4) 244頁、手塚・前掲注1) 398頁、*Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 111f.)。

117) また草案には男女同権規定がないが、WRV 109条2項で男女同権(高田・初宿・前掲注63) 136頁(初宿))を定める。

118) *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 103. また、熊田①・前掲注6) 91頁参照。

119) 平等の文脈において草案107条に言及する近年の文献としてグズィ・前掲注84) 216頁。

諸州における、立法者、行政、司法に対する基準と制約である」¹²¹⁾というものだった。「この規定は憲法草案からは削除され、後に復活することはなかった」¹²²⁾。しかし、「新説」のキーワードであり、そして、前述の通り、近年の日本のドイツ平等研究は、草案 107 条に言及していない。そのため、以下、1919 年 7 月 15 日の制憲議会での議員の関連する発言を抽出し、これを順に沿って確認する。概観した後に、若干ではあるがコメントする。

最初の発言者は Gröber (Z)¹²³⁾である。彼は「107 条は教訓的な性格を有する」として、同条に特段の意義を認めない。彼は、同条に「直接に法効果を有する条項を列挙する」という修正案も「無益な」と評価する。というのも、修正案が列挙する基本権には、「法規の性格」から「プログラムの規定としての意義のみを有するもの」まで存在する。そのため「同諸規定が行政に対していずれの作用を有するのか、という問題がある」と指摘し、「同条を完全に断念するのがよろしいのではないか？」と提案する¹²⁴⁾。

Luppe (DDP) は「あらゆる角度から以下の事柄が認められる」と述べる。曰く、同条が「現在のヴァージョンでは不明確で多くの疑念を助長する」。つまり、「どの程度、個々の国民が同条の規定から直接の権利を導出し得るのか、あるいは、できないのか、どの程度裁判所が憲法との関係において個別の規定の法的妥当性を再審査すべきなのか」、不明瞭であると指摘する。しかし、一方で、同条を削除するとしても、どの程度権利を導出し得るかという「論点は消えず、あらゆる個別の条項に対して残される」とも指摘する。また、「『制約』という文言は、この制約が超過されたことを誰も主張できるのか否かについての疑いを生じさせ」、「基準のみが重要であることが明らかになるに違いない」として、同条から

120) グズィ・前掲注 84) 216 頁。

121) 「ドイツの基本権と基本義務」という章の冒頭に置かれる予定であった (Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, 1920, S. 10)。また、訳出に際してグズィ・前掲注 84) 216 頁を参照。

122) グズィ・前掲注 84) 216 頁。

123) 議員の所属政党は以下すべてグズィ・前掲注 84) 364 頁に依拠した。また、本来口語体で訳出するのが適切かもしれないが、紙面の都合上、文語体で訳出する。

124) 以上 Gröber, in: Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Stenographische Berichte, Bd. 328, 1920, S. 1557.

「制約」という文言を削除することを提案する。そして、彼は、「いずれにせよ、現在のバージョンは、有益ではないが、思うにその間に、より良いバージョンを見出すことが可能である」¹²⁵⁾、として留保・修正案を提唱する。

Kahl (DVP) は Gröber の問題提起に同調しつつ、「我々は同条を削除することが最善である」とし、修正案に対しても、「今一度審査する必要性があるとは私には思えない」と述べる¹²⁶⁾。Düringer (DNVP) も「特に同条の規定に関しては、我々は Karl 氏の提案に同意する。この規定を削除するのが最善だと思う」¹²⁷⁾と述べる。

Katzenstein ((M) SPD) も同条から「直接的な法効果は生じない」ため、「立法的な性格というよりも教科書的な性格」と批判する。もっとも、同条について更に検討を要するとし、「この法案審議に関してはこの条項を断念し、第三読会に関して、可能であれば、よりよいバージョンを探すことを留保するのが良い」¹²⁸⁾、と言う。Haußmann (DDP) もまた、「委員会が、委員会におけるその間の再審査が、修正したバージョンの有効性を示す場合に再度 107 条を受け入れるという留保の下、本日は 107 条を拒否するのが正しい」と発言する¹²⁹⁾。

Cohn (USPD) は同「条を憲法全体の最も本質的で、重要なものの一つだと考えている」と述べる。彼によると、同条により、「国民の法解釈、そして、行政と司法における法適用は、ある観点——この観点が基本権と基本義務に記される解釈に一致するように——へ引き上げられる」。「アメリカの法発展において裁判官に与えられているのと同様の権限が、107 条の内容と目的として思い浮かぶ。あらゆる個別の法的事案において、あらゆる行政の個別の指令に対して、そして、あらゆる個別の立法規定において、これらが憲法の本質、つまり憲法の目的と内容に一致しているか否かを審査することである」。Katzenstein の留保案に対しても、107 条の修正案を「見出す蓋然性は極めて低い」ため、留保案も適切ではない、と言う。同条を削除する場合、「基本権と基本義務に関する章全体が価値

125) 以上 *Luppe*, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1557f.

126) 以上 *Karl*, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1558.

127) *Düringer*, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1558.

128) 以上 *Katzenstein*, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1558.

129) *Hausmann*, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1559.

がないものになり、「この章は、せいぜい、美しいモノローグ」になると指摘する。このモノローグを採用する場合、「PVの基本権と基本権義務——実際の法生活と法的発展はこれをどうしたら良いのかわからなかった——に我々が置かれた状態と同じ」と言う¹³⁰⁾。

このCohnの発言は、立法者拘束に関連して、「新説」と同様、アメリカに目を向けつつ、法令の審査権にまで言及していることは注目に値する。彼は、基本権規定において、立法者拘束を定める107条こそが中心的役割を担っていると考えていた。

しかし、Cohnの発言も虚しく、採決では「107条を削除することが多数」という結論に至る¹³¹⁾。

ところで、Luppeの修正案は何故受け入れられなかったのか。107条から「制約」を削除するという修正案は却って、同条を立法者拘束から引き離すことになる。加えて、基本権・基本義務規定を立法者に対する目標規定にまで引き下げてしまう。基本権規定全体がまさに教科書の教訓・モノローグになってしまう。修正案は削除派にとっても、導入派にとっても、適当ではなかったと思われる。

さて、前述したように、1924年以降の「新説」に「基準と制約」という文言が登場するようになる。後述する学説のほか、Leibholzが「基本権の成立史を繙き、WRV 109条1項が「直接的に立法者という名宛人にも向けられている」として、立法者拘束を説くが、ここの文脈でも、草案107条が登場する¹³²⁾。同規定は憲法に規定されずとも、「新説」にとって立法者拘束の数少ないドイツ国内法における根拠の一つとなったのである。

130) 以上 Cohn, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1559.

131) *Präsident*, in: aa.O. (Anm. 124), S. 1559. グズイは107条をめぐる議員の賛否を明らかにしたが(グズイ・前掲注84) 364頁脚注1参照)、より正確には、導入派(Cohn)、削除派(Gröber, Kahl, Düringer)、修正・留保派(Luppe, Katzenstein, Haußmann)に分けられよう。

132) ライプホルツ・前掲注4) 23頁、及び、同頁脚注11。なお、古林は、この点を含むLeibholzの立法者拘束の提唱に関して「厳密な理論的根拠は示されていない」と批判する(古林・前掲注6) 88頁)。Leibholzの言う「成立史」が何かは、邦語文献では、それ以上のことは明らかになっていない(阿部・前掲注6) 60頁参照)。本文で示したように、この「成立史」とは、草案107条のことであると思われる。

2 1924年：「新説」の登場

この時期の平等学説状況は先行研究により明らかにされている。これらに依拠すると、平等学説の議論状況は次のような段階を経た。① Anschütz らの「PV 4 条 1 文に関する従来の解釈を WRV の下で引き継いだ」¹³³⁾ 見解が通説的立場であった段階¹³⁴⁾→② 1924 年以降の (a) 「立法への、WRV 109 条の妥当領域の拡大」、(b) 「裁判官の審査権の確立」、(c) 「立法者の実体的な拘束に対する基準の定式化」¹³⁵⁾を軸とする「新説」¹³⁶⁾の登場の段階¹³⁷⁾→③ 1930 年頃の「新説」の通説化¹³⁸⁾の段階である。

1920 年代、依然として Anschütz の立法者非拘束説が通説だった¹³⁹⁾。例えば、

133) Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 104.

134) 熊田①・前掲注 6) 91 頁、同「平等原則『新説』の若干の問題——ワイマール憲法 109 条 1 項の論議における——」*亜細亞法學* 13 (2) (1979) 43 頁、柳瀬・前掲注 14) 60 頁参照。

135) 以上 Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 105. なお、平等原則と審査権の関係については次のように指摘される。「平等原則への立法者の拘束は、多くの研究者において、裁判官の審査権の支持と結びついていた」(Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 105. Anm. 19)、「WRV 109 条の平等原則は立法者をも拘束し、その結果、裁判官は、あらゆる法律において、この原則が遵守されているか、あるいは、違反しているかを審査しなければならない、と言われている」(*Helge Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984, S. 62)。邦語文献では、柳瀬・前掲注 14) 71 頁、熊田④・前掲注 6) 129 頁などを参照。

136) Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 105. 「新説」「旧説」の名称については柳瀬・前掲注 14) 62 頁脚注 29 参照。勿論 1920 年代時点での「新説」であるが、本稿でも同名称を用いる。WRV 期の平等学説の分布については、ライプホルツ・前掲注 4) 200 頁以下脚注 2、グズィ・前掲注 84) 367 頁脚注 12、柳瀬・前掲注 14) 60 頁以下、熊田①・前掲注 6) 88 頁以下が詳しい。本稿も、これらの文献が紹介する分布にのっとり、本文で検討する。

137) 熊田①・前掲注 6) 92 頁参照。

138) 通説化の過程は、柳瀬の説明が非常に詳しい。曰く、「ヒッペルの 1926 年の論文では、旧解釈はなほ『通説』……と呼ばれているのに、1929 年にはマインツェルは之を『新説』『旧説』……と対等の名称で呼び、1930 年にはライプホルツは遂に新解釈を『通説』を呼ぶに至っているのでもわかる」。「旧解釈の代表者アンシュッツさへも、……1933 年には自ら自説を『嘗ての通説』と呼ぶに至っている (柳瀬・前掲注 14) 62 頁脚注 29)。なお、熊田は 1926 年には通説化が始まったとしている (熊田①・前掲注 6) 94 頁以下、同②・前掲注 6) 23 頁、同⑥・前掲注 6) 123 頁など)。また、グズィは、「1922 年以後」に、新説が、「迅速に広まった」と述べる (グズィ・前掲注 84) 235 頁)。1922 年については、後掲注 144 参照。

139) グズィ・前掲注 84) 235 頁、柳瀬・前掲注 14) 56 頁。柳瀬によれば「之は殊にアンシュッツの権威に依つたらしい」(57 頁脚注 9)。

この時期には、彼のコンメンタールの (I 2(2)①) を引用して法律絶対主義を維持しつつ、「法律は裁判官と行政官を拘束するから、先の原則からは裁判所の前の、そして、執行権に対するあらゆるドイツ人の平等が生じる」と述べ、立法者を拘束しない学説¹⁴⁰⁾や、WRV 109 条とは「裁判官・行政官に向けられた要請である」¹⁴¹⁾と述べる学説が存在する。

この「旧説」は「数年のうちに、迅速なる変化を体験した」¹⁴²⁾。つまり、「立法者拘束説と……相対的平等説の主張が、にわかによく見られるに至った」¹⁴³⁾という「動揺が、国法学上の学説にて、1924 年頃に始まった」のである¹⁴⁴⁾。

(1) 立法者拘束説の萌芽

(i) 1922 年に Hatschek¹⁴⁵⁾ は次のように述べる。WRV 109 条は「(Anschütz が考えるような) 単なる『美しい響きの箴言』ではない。これは、非常に注目すべき、PrOVG とそれ以外のドイツの裁判所によって確かに考慮された重要性を有する」。その上で、彼は (a) 「あらゆる形式的な法的不平等の禁止」、(b) 「実体的な法的不平等の禁止」に分類し、検討している¹⁴⁶⁾。

①前者 (a) とは「法適用の場合の法的不平等である。あらゆる国民は、裁判・行政官庁からの平等な取り扱いの権利を有する」¹⁴⁷⁾。

140) *Friedrich Giese*, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*: Taschenausgabe für Studium und Praxis, 4. Aufl., 1921, S. 262.

141) *Stier-Somlo*, *Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht*, Bd. 1, 1924, S. 440. 同所で「……法律は——場合によっては憲法を変える法律によって——実体的な法的不平等を創出することができる」とさへ述べている。後に、彼は「新説」に転向する(柳瀬・前掲注 14) 60 頁以下、熊田①・前掲注 6) 94 頁)。「109 条の平等原則は……立法者をも同原則に拘束ことを強いる一般的な定式である」(*ders.*, Artikel 109. Gleich vor dem Gesetz, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 190)、あるいは、「法適用の平等の他に、立法府に対する法的平等の要請が存在し、裁判官の再審査によって——場合によっては国事裁判所によって——現行権利として適用される」と述べる (S. 200)。なお、彼は、「平等原則の立法権に対する拘束を人的平等の範囲に」限定していた(熊田①・前掲注 6) 94 頁。Vgl. S. 192f. また柳瀬・前掲注 14) 64 頁脚注 4、94 頁参照)。

142) *Saurer*, a.a.O. (Anm. 9), S. 104.

143) 熊田①・前掲注 6) 91 頁 (Vgl. *Willibalt Apelt*, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 1946, S. 304f.)。

本稿で重要なのは後者 (b) である。②「立法者、あるいは、不平等の自由裁量を実行する諸官庁が異なることに平等な判断を下し、等しいことに不平等な判断を下すことによって、実体的な法的不平等を行い得る……」。「(ポリツァイ命令の定立を含める) 立法の場合に、イギリス人の言う『不合理 (unreasonable)』が問題となる。合理的な根拠が存在しない相違をもたらす立法は、実体的な法的

144) *Apelt*, aa.O. (Anm. 143), S. 304. 熊田①・前掲注 6) 91 頁参照。熊田とは異なり、本稿では、“um” を敢えて「頃」と訳す。これは、「新説」のトリガーとなった Triepel の 1924 年論文 (Vgl. *Saurer*, aa.O. (Anm. 9), S. 105) より前の 1922, 23 年に既に Hatschek と Nawiasky がそれぞれ立法者拘束説を提唱した (柳瀬・前掲注 14) 58 頁以下、ライプホルツ・前掲注 4) 23 頁脚注 10、熊田①・前掲注 6) 91, 93 頁参照) ことに拠る。なお、熊田道彦 (同「[研究ノート] 平等原則における立法者非拘束説 (1)」法政理論 15 (3) (1983) 61 頁、同・前掲注 10 (1983) 120 頁) は、動揺の背景に関する Leibholz の見解を紹介する。Leibholz によれば、①「議会の地位が著しく強化されたこと」、②「民主制の構造変化の結果として、個々の議員の地位の」変化、③「政治組織の地位」の変化、④「有力諸集団の出現」、そして、これらの結果、「立法者の英知」、「法律と法の同一性に疑いが持ちはじめられ」た (以上、ゲルハルト・ライプホルツ (著) 竹内重年 (訳) 「新しいドイツの憲法」自治研究 53 (5) (1977) 6 頁より引用)。そのため、「全能な立法者の恣意に対する保障が求められた」(熊田・前掲注 10 (1983) 120 頁。上記につき、同・前掲注 10 (1992) 110 頁以下、ライプホルツ・前掲 6 頁も同旨)。なお、実態面について、熊田の分析によると、1924, 1925 年に、「議会において小党が分立し、……議席の過半を制する政党がなかった」ため、議会万能主義どころか、「無力なすがたを露呈」した (熊田・前掲注 134) 56 頁以下)。そのため、熊田は同論文で、「ライヒ議会は……新説が是が非でも阻止しなければならぬとする特殊な危険発生源でもなかった」と結論づける (58 頁)。

145) Julius Karl Hatschek (1872 年 8 月 21 日～1926 年 6 月 12 日) は「1895 年にチェルニウツィにて博士号を取得し、1898 年にハイデルベルクにて Georg Jellinek の門下として……教授資格を取得した」。その後、「ハイデルベルクでの私講師、員外教授」を経て、「1905 年にポーゼンのプロイセン行政アカデミー (Preußische Verwaltungsakademie) の准教授として任命される」。その後、「ゲッティンゲン大学の法学・国家学からの招聘を受け」、「1909 年以降准教授、1921 年以降、国法学・行政法学・国際法の正教授として教え、同時に、1918 年以降 (イギリス系アメリカの地域からの講義の開催に関する、ゲッティンゲン大学の特別委員会の構成員として) イギリス法の講義委託を引き受けた」(以上 *Ottobert L. Brintzinger*, “Hatschek, Julius” in: *Neue Deutsche Biographie* 8 (1969), S. 57-58 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd11651891X.html#ndbcontent> [最終閲覧日: 2021 年 2 月 13 日])。

146) 以上、*Hatschek*, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Bd. 1, 1922, S. 196. 彼は同趣旨のことを翌年も述べる (*ders*, *Das Reichsstaatsrecht*, 1923, S. 116f. 柳瀬・前掲注 14) 58 頁以下参照)。この二分類については、柳瀬・前掲注 14) 111 頁脚注 8、熊田①・前掲注 6) 91 頁以下参照。

147) *Hatschek*, aa.O. (Anm. 146), S. 196. 熊田①・前掲注 6) 91 頁以下参照。

平等に違反し、それ故、平等原則によって禁止されている」¹⁴⁸⁾。

③「他方で、不平等の自由裁量を実行する行政官庁は、『恣意的に』は何も命じることができないという制約、つまり客観的な（ポリツァイ上の）諸根拠に由来して必要不可欠なものと評価されることのみを命じるという制約により拘束される」¹⁴⁹⁾。

Hatschek は—— 文献には典拠・参照はないが—— スイスの平等学説（Walter Burckhardt）に基づき不平等の性質を区分したと指摘される¹⁵⁰⁾。法内容の平等（b）に関しては、イングランド法¹⁵¹⁾に依拠し、別異取り扱いに対して「合理的な根拠」を要求する（②）。

しかし、彼の第二版（1930年）では、記述に変化がみられる。②の記述が次のように変化する¹⁵²⁾。

②「……109条が、立法者に対して向けられた、実体的法的不平等の禁止を含んでいるということは、認められ得ない。立法者が異なることを平等な基準で比

148) *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 146), S. 196. 熊田①・前掲注 6) 92 頁参照。

149) *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 146), S. 197.

150) ライプホルツ・前掲注 4) 41 頁脚注 35（ここで、Leibholz は、「おそらくブルクハルトに依拠して」、と述べる）、熊田①・前掲注 6) 91 頁。なお、Leibholz は（a）の形式的不平等には以下のような批判を投じている。第一に、法適用の場合の不平等取り扱いの主体を官庁に「限定することについての内在的な根拠は存在しない」こと、第二に、「形式的な法的不平等というときに理解されているのはそもそも何なのかも説明されて」おらず、（a）・（b）の基準が不明瞭であること、である（以上ライプホルツ・前掲注 4) 41 頁以下脚注 35、熊田①・前掲注 6) 92 頁）。

151) ライプホルツ・前掲注 4) 73 頁脚注 93 参照。これは、Hatschek がイギリス国法学を研究していたことと、イギリス法の講義に携わった経験による（前掲注 145 参照）と思われる。同所で Leibholz が紹介するイギリス国法学の文献でも、Hatschek は、裁量において合理性・目的適合性が必要であることを示す。曰く「ポリツァイ命令は『合理的 (reasonable)』、すなわち、目的に適合してなければならない……」。同「命令が不公平な意図において公布されたとき、不平等にも住民の個別の階級に押し付けられているとき、明白に不公正……なとき；命令が悪意 (mala fides) を表すとき、命令を被る者の諸権利への重く・根拠のない——介入について、合理的な人間の理解の前においては正当化を見出せないほどである——介入を意味するとき……裁判所は次のように言うことができる。議会はこのような規範についての権限を与える意図を決して有していなかった。命令は、不合理であり、『権限踰越 (ultra vires)』である」(*Hatschek*, *Englisches Staatsrecht: mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten*, Bd. 2, 1906, S. 507)。

152) また①→③→②へ論述の順番も変化した (Vgl. *Hatschek*, a.a.O. (Anm. 48), S. 242f.)。

較し、等しいことを不平等な基準で比較するとき、実体的な法的不平等が存在するとされる。(ポリツァイ命令の定立を含める)立法の場合に〔本稿筆者中略〕合理的な根拠が存在しない相違をもたらす立法は、平等の原理により実質的法的平等違反するものとして禁止されるようである。制定されるべき法について、もしかしたら制約を伴うこのような規定は望ましいかもしれない。しかし、この規定の実存は WRV 109 条の成立史からも確実に明らかにならず、規定の文言からも生じず(この文言を、例えば、かつての PV において述べていたが、まさにここにおいては誰も、文言から前述の禁止を導出するとは考えていなかった)、判例も述べられた見解を採用していない¹⁵³⁾。

このように彼は立法者拘束説から非拘束説に見解を 180 度変更する¹⁵⁴⁾。更に合理的根拠の要請に関しても、かつての自身の記述にもかかわらず、間接話法に変化している¹⁵⁵⁾。その内容についても、法実証主義に立脚し、自身が提唱した合理的な根拠の基準を否定するに至る。

(ii) 1923 年の文献¹⁵⁶⁾にて、Nawiasky¹⁵⁷⁾は次のように述べる。「この文言〔WRV 109 条 1 項〕の意味は、一方で、法律の適用の際に官庁が、人間の顧慮においていかなる相違もしてはならない、というものである……。他方で、そこには、個々の優遇を排除する、という立法者に対する規範も、存在している」¹⁵⁸⁾。

153) *Hatschek*, aa.O. (Anm. 48), S. 243. 「制定されるべき法」(de lege ferenda) の訳は、宮崎繁樹「ローマの法・格言・法諺抄」法律論叢 81 (4-5) (2009) 352 頁によるもの。

154) 柳瀬・前掲注 14) 59 頁脚注 13. *Florian Meinel*, Eine "revolutionäre Umschichtung unseres Rechtsdenkens". Gerhard Leibholz und die Gleichheit vor dem Gesetz, in: Anna-Bettina Kaiser (Hrsg.), *Der Parteienstaat: Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz*, 2013, S. 174. Anm. 25.

155) 原文の確認により、このことは明らかである。例えば、1922 年では "Eine solche Rechtssetzung……ist……verboten." (*Hatschek*, aa.O. (Anm. 146), S. 196) であったが、1930 年では "Eine solche Rechtssetzung……sei……verboten." (*ders*, aa.O. (Anm. 48), S. 243) (下線は本稿筆者による) と変化している。

156) 同文献は 1919 年バイエルン共和国憲法 15 条 1 項 (「すべてのバイエルン人は法律の前に平等である」(*Hans Nawiasky*, *Bayerisches Verfassungsrecht*, 1923, S. 261)) に関するものである。なお、バイエルンは、ヴァイマル期に「憲法異議の制度を有していた唯一のラント」であった(古野豊村「憲法裁判の理論」畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判: 連邦憲法裁判所の組織・手続・権限 [第二版]』(中央大学出版部、2013) 4 頁)。

また、Nawiasky は 1920 年の文献で既に立法者拘束を説いていた¹⁵⁹⁾。曰く、109 条は①「国民の下でのあらゆる人的な相違には言及しないという立法者への命令」、②「あらゆる者に平等な判断をくださいという諸官庁への指示」という二重の性格を有する¹⁶⁰⁾。1926 年国法学者大会の彼の報告の結論の一つが「憲法の志向するところは人的平等である」¹⁶¹⁾ことだが、1920 年時点で立法者拘束の対象を人的な相違に限定していた。

以上のように、1924 年以前に既に立法者拘束の見解が登場していた。しかも、Hatschek は、既にドイツ以外の、スイスやイングランドという外国法に依拠して、平等原則の立法者拘束・恣意禁止原則を提唱していた。しかし、この初期の拘束説は決して十分な論証がされていたわけではない。Nawiasky の見解は、どの場合に個別の優遇を排除するのかという基準が欠如している。仮に彼が完全な個別の優遇の排除を目指していたとすると¹⁶²⁾、Leibholz が指摘するように¹⁶³⁾、ある種の絶対的平等に近づき、妥当ではない。また、Hatschek は拘束説から非拘束説へ見解を変更し——逆に非拘束説であった Stier-Somlo は拘束説へ転向す

157) Nawiasky (1880 年 8 月 24 日～1961 年 8 月 11 日) は「国家学の論文……によって……博士号を取得した」。「1909 年に……教授資格を取得する」。「1910 年に私講師として (1914 年には名目だけの教授として) ウィーン大学の教職活動に従事した」。「1914 年、ミュンヘン大学において、再度教授資格を取得」し、「1919 年、同大学において助教授の肩書と身分を与えられた。1922 年に『……国法学の定員内助教授』に任命された」。「1928 年に正教授に任命」され、「1929 年、ミュンヘン大学のライヒ・ラント国家法・行政法研究所を設立した」。スイスでは、ザンクト・ガレン商科大学にて教職活動をしていた。戦後、「第二戦後バイエルン州政府首相 Wilhelm Hoegner が Nawiasky をミュンヘンに連れ戻し」、彼は「憲法制定州議会 (verfassunggebende Landesversammlung) や州政府の顧問として、バイエルンの法的な復興とバイエルン憲法の形成において重要な役割を果たした。1947 年に、ミュンヘン大学の教授に再度従事」した (以上 Hans F. Zacher, "Nawiasky, Hans" in: Neue Deutsche Biographie 19 (1999), S. 4-6 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118785796.html#ndbcontent> [最終閲覧日: 2021 年 2 月 14 日])。「憲法制定州議会」の訳語は、櫻井智章「バイエルン憲法裁判所について (1): 職業裁判官・民衆訴訟・占領米軍」甲南法学 55 (1・2) (2014) 35 頁による。バイエルン憲法において Nawiasky がキーパーソンであったことも 35 頁以下参照)。

158) Nawiasky, a.a.O. (Anm. 156), S. 261. 熊田①・前掲注 6) 93 頁参照。

159) 柳瀬・前掲注 14) 59 頁脚注 14 参照

160) Nawiasky, Die Grundgedanken der Reichsverfassung, 1920, S. 128.

161) 古林・前掲注 6) 47 頁。報告の内容については同・44 頁以下。また、柳瀬・前掲注 14) 94 頁以下、98 頁以下、熊田・前掲注 144) 88 頁以下、同①・前掲注 6) 93 頁など参照。更に、廣澤・後掲注 224) 321 頁以下も参照。

る——、論者自身も未だに自説の立場が確立していたわけではなかった。

(2) 1924年：「新説」の台頭

本節では、Triepel¹⁶⁴⁾の論文「金平価に基づく貸借対照表に関する命令と優先株（鑑定）」¹⁶⁵⁾に登場する平等審査を確認する。

(a) 立法者拘束説の提唱

①立法者非拘束説について、次のように述べる。「法律の前の平等という基本権に関して、従来 PV (4条) におけるように、ライヒ憲法において、この基本権は、立法それ自体に対してではなく、司法と行政に対する規範と考えられて

162) おそらく Leibholz は、Nawiasky の見解をこのように考えているように思われる。それ故、Nawiasky の見解について、「この定式化も、一方ではあまりに多くのことを述べているが、他方では十分なものとはいえない」と述べ、例外条項の断念が不可能であることを論述した頁を参照したのだろう (ライプホルツ・前掲注 4) 41 頁以下脚注 35 (Leibholz, a.a.O. (Anm. 4), S. 51. Anm. 2))。

163) 曰く、「法律というものはつねに、人間の権利関係を一般的に拘束する仕方と規範化する傾向を伴うであろうし、あらゆる一般化はつねに不平等の危険を内包して」おり、「例外条項を断念してしまうこともまた、決してできない」(ライプホルツ・前掲注 4) 102 頁)。

164) Carl Heinrich Triepel (1868 年 2 月 12 日～1946 年 11 月 23 日) は「ライプツィヒにおいて、一般法と世俗法の博士号 (Dr. iur. utr.) を与えられ、1893 年……教授資格を取得する」。その後、「1893 年～1900 年、ライプツィヒにて私講師と助教授として活動し」、「テュービンゲン大学の公法の正教授の講座を引き受け、1909 年にキールに移った」。「キールでは、同時に、彼は海軍大学校 (Marineakademie) にて国際法を教えた」。「1913 年以降、ベルリンの法学部の構成員 (学長 1926/27)」になった。また、「ドイツ帝国党 (DRP) (1918 年まで) そしてドイツ国家人民党 (DNVP) (1919-29/30) の構成員であった」(以上 Ulrich M. Gassner, “Triepel, Heinrich” in: Neue Deutsche Biographie 26 (2016), S. 412-413 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd117417920.html#ndbcontent> [最終閲覧日: 2021 年 1 月 18 日])。加藤一彦『政党の憲法理論』(有信堂高文社、2003 年) 2 頁以下は、彼の略歴を詳細に紹介している。略歴の訳出に際して同文献と柏崎敏義「H・トリーベルの所有権と制度保障に関する理解——ヴァイマル憲法における制度保障論の考察の前提として」比較法制研究 (13) (1990) 49 頁参照。

165) 題目の訳語は柏崎・前掲注 164) 50 頁によるもの。柏崎によれば、同論文は Triepel の「忠実な実証主義者」から「法論理主義的実証主義国法学を批判」するようになるという「方向転換」をほのめかしたものである。1926 年の「ベルリン大学総長就任に際して行った講演『国法と政治』」にてこの方向転換が明らかになる (49 頁以下、熊田①・前掲注 6) 99 頁以下)。

いた。このことが特に鮮明に強調されてきた¹⁶⁶⁾。しかし、「裁判官も、行政官庁も、法適用の際に恣意的に国民の区別を行うという状況に陥ることは比較的減多にない」ため、「この主張が正しい場合、法的平等という基本権はほとんど無意味になるだろう」。そのため、立法者非拘束説の「主張は必ず誤りである¹⁶⁷⁾。

②法律絶対主義は「立憲君主国の関係とですら馬が合わなかった」し、「民主的共和国においては、絶対に不可能なものになった。ここにおいて、単純法律に対する憲法の優位は、あらゆる場合に起点にしなければならない自明の理に属する。法律とは、ここでは、『主権行為』ではなく、憲法上拘束された国家権力の行為である」。そして、「今日、一層相当に広い法律絶対主義、つまり、立法者をあらゆる法的な制約から解放するという傾向に立ち向かわなければならない¹⁶⁸⁾。

③「依然として、憲法の基本権が……諸ラントとライヒにおける行政と立法に対する『基準と制約』を意味する。「このことは法律の前の平等の原理に対しても妥当」し、この「原理は、法律の適用の場合の国民の平等な取り扱いのみならず、法律を通しての平等な取り扱いをも要求する¹⁶⁹⁾。

以上のように、Triepelは、立法者非拘束説を否定し、ヴァイマル共和国になったことから、「PVに対して妥当していたことが、今日のライヒ憲法に妥当させる必要はない¹⁷⁰⁾として、法律絶対主義を否定する(①・②)。これらは、従来の通説であったAnschützに対する批判であろう。なお、これに対してAnschützは、平等原則における審査権を是認することは「立法者『絶対主義』を……裁判官『絶対主義』に置き換えるにすぎ」ず、このことに結びつく「司法の政治化」は「いずれの立場によっても歓迎されえないであろう」と批判を投げかける¹⁷¹⁾。「新説」に対する「司法の政治化」という批判は、Thomaにも引き

166) Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 27. 彼はここで Anschütz, aa.O. (Anm. 64), S. 108ff. などを参照している。

167) 以上 Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 27.

168) Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 28. また、柳瀬・前掲注14) 78頁参照。

169) 以上 Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 28.

170) Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 28.

171) 畑尻剛『憲法裁判研究序説』(尚学社、1988) 99頁で訳出されているものを引用。

継がれる（後述）。

前述したように、WRVに草案107条は規定されなかった¹⁷²⁾。しかし、Triepelは同条の文言を平等原則における立法者拘束の根拠として「基準と制約」を持ち出す¹⁷³⁾(③)。更に、草案107条のみならず、スイス・アメリカの判例・学説を引用・参照し、立法者拘束を基礎付ける¹⁷⁴⁾。また、立法者拘束の範囲について、Triepelは「109条の1文は決して『階級立法(Klassengesetzgebung)』の排除という意味における憲法の民主主義的性質に一致した平等理念の定式化のみを含む訳ではない¹⁷⁵⁾と述べる。例えば、先のNawiaskyを「首唱者」とする「唯身分に因る差別を禁ずるに止まる」、限定的な立法者拘束説も同時期に出現していたが、これに対して、Triepelは「一切の立法に対する拘束を認め」たのである¹⁷⁶⁾。

(b) 相対的平等と恣意禁止原則の提唱

平等原則の内容についてTriepelは次のように述べる。「疑いようもなく、あらゆる国民の絶対的な平等でも、画一的な平等でもなく、そして、あらゆる観点での平等でもない」。「絶対的な平等は、非常に大きな不平等を引き起こすだろう」。そして、「平等とは、ここでは、比例的な平等である。正確に言えば、平等とは、一定の関係において平等に取り扱われるに値する諸事情の平等な取り扱いを意味する¹⁷⁷⁾」。彼はスイス連邦裁判所と同様に、相対的平等説を採用する¹⁷⁸⁾。

172) Triepelが所属するDNVPのDüringerは削除派であった。

173) Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 15f. では明確に草案107条を引用し次のように述べる。「……憲法の基本権の規定は……行政の制約のみならず、立法の制約でもある。さらに、諸ラントの立法の制約のみならず、ライヒの立法それ自体の制約でもある」。「このことは、内的な根拠から生じるのみならず、憲法の認識できる意図に関する成立史による根拠からも特に生じる」。彼によれば、「この厳粛な定式を、国民議会の総会での最終的な編集において削除した場合、このことは、当然に定式の内容を与えないという意味を有するのではない。すべてというわけではないが、基本権上の規定が、『今日的な』、つまり、すぐに効力のある権利を創出すべきであり、創出することができるということを認識していたから、このことを行った」。

174) Vgl. Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 28f. 具体的な内容は後述3にて紹介する。

175) Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 26 (訳出の際に熊田①・前掲注6) 92頁、同②・前掲注6) 22頁参照)。

176) 柳瀬・前掲注14) 59頁以下。

不平等取り扱いの正当化の論点に進む¹⁷⁹⁾。ここで、彼は二つの正当化の手法を述べる。

第一の解答は「実定法の限定された内容と、時間と場所に応じて変遷し得る社会の見解から生じる」¹⁸⁰⁾。この見解を、法律や WRV 109 条 2 項、3 項などの個別の条項において見出す¹⁸¹⁾。第二の解答は「……法秩序それ自体の内的な原理から生じる。法とは客観的な基準に基づく共同生活の秩序である。あらゆる主観的な恣意とは法という聖霊に反する罪である。法律の前の平等の原理は、いくつかの法規があらゆる者を平等に取り扱わなければならないという要請を意味する」。他方で「不平等に取り扱うことは恣意を意味するだろうし、すなわち、重大な衡量の欠如に基づくだろう」。「法律の前の平等の原理は、区別——この区別について、有効な根拠、あるいは、合理的 (vernünftig)・公正に考える人間の場合に有効な根拠が引き合いに出され得ない——によって、違反される」¹⁸²⁾。

本稿が言及すべきは二つ目の正当化の方法である。この後、Triepel は、不平等取り扱いに合理性を要求する。この点で、先の Hatschek と変わりがないように見える。しかし、Hatschek とは異なり、平等審査に恣意概念を用い始めていた。そして、恣意の読み替えを行なっている。Triepel は恣意を「重大な衡量の欠如」としつつ——単なる衡量か否か、ではなく、「重大な衡量」か否かが重要なのである——、合理的根拠を求める。Triepel はこの文の後、アメリカとスイスの判例を参照する。前者に関して、「……相違は、『合理的な根拠 (reasonable ground)』に基づかなければならず、恣意的 (willkürlich, “arbitrary”) であってはならない」と紹介する¹⁸³⁾。つまり、恣意とは——既に紹介した翌年の Leibholz の見解と同様に、原義とは異なり——合理的な根拠の欠如なのである。

177) 以上、Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 29.

178) 熊田②・前掲注 6) 27 頁。

179) Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 29.

180) Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 30 (訳出の際に熊田②・前掲注 6) 27 頁参照)。

181) Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 30. 他に「110 条第 2 項、113 条、119 条第 1 項、121 条、136 条……105 条、128 条、132 条から 134 条」が挙げられている。

182) Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 30 (訳出の際に熊田②・前掲注 6) 22、27 頁、同①・前掲注 6) 92 頁参照)。

183) Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 30.

Leibholz 同様、Triepel の平等論も、アメリカとスイスの判例法理によって基礎付けられている。そこで、節を変えて、時代を遡り、特に先行研究の少ないスイスの平等判例を概観し、彼らが何故スイスに着目したのかを検討する。

3 1925年以前のスイス・アメリカの平等審査

本節では、主に1925年以前のスイスの平等審査を確認する。繰り返し述べているように「新説」の基礎にはスイスの判例・学説が存在する¹⁸⁴⁾。加えて、1924年以前にも W. Jellinek が「不平等な性質の取り扱い、スイスの判例において、取消の根拠 (Anfechtungsgrund) として認められる」¹⁸⁵⁾と述べ、スイスの判例を参照している。後述する1926年国法学者大会の議論をスイスの平等審査の導入可能性の可否の議論として捉えることも可能であろう。当時のスイスの判例・学説は、ドイツの平等学説に大きく影響を与えた。

1874年スイス憲法(以下BV)4条は「すべてのスイス人は、法の前に平等である。スイスにおいては、いかなる臣属関係も、土地、出身、家系または身分のいかなる特権も存しない」¹⁸⁶⁾と定める。以下、1880年4月2日連邦裁判所決定(1)を確認し、平等審査を概観する(2)。更に、「新説」から見たアメリカの平等審査像にも言及する(3)。一連の検討を踏まえて、スイス・アメリカという外国の平等判例・学説が何故、ドイツの「新説」の模範となったのかを確認する(4)。

184) 熊田・前掲注134)44頁、同前掲注15)42頁、また、同前掲注10)105頁で訳出されている Leibholz の見解を参照。

185) W. Jellinek, a.a.O. (Anm. 23), S. 325. Anm. 13.

186) 小林武『現代スイス憲法』(法律文化社、1989)に記載されている「I 現行スイス連邦憲法(1874年5月29日制定、1989年8月1日現在の現行憲法典)」(271頁以下)274頁より引用。ちなみに、スイス連邦憲法(1999年4月18日制定)はその8条に平等の規定を設け、1項に一般的平等原則「人は、すべて法の下に平等である」を定め(ワルター・ハラール(著)平松剛・辻雄一郎・寺澤比奈子(訳)『スイス憲法:比較法的研究』(成文堂、2014)159頁、206頁)、9条は「何人も、国家機関から恣意を含まず、かつ、信義誠実の原則に基づいた処遇を受けることを求める権利を有する」(164頁、206頁)と規定し恣意禁止原則を明文で定める。後者は、「1874年憲法4条の旧平等保護条項に基づいて、連邦最高裁判所が確立した判例法の成果」と説明される(164頁)。

(1) 1880年4月2日連邦裁判所決定

スイスの平等審査を検討する上で欠くことのできない決定が、1880年4月2日決定である。柳瀬によれば、「近代に於てかかる見解〔＝相対的平等：本稿筆者注〕を発展展開せしめたものは主としてスイスのブンデスゲリヒトであつた。……就中、始めて〔原文ママ：本稿筆者注〕此の理論を説示したのものとして著名」なのが、同決定である¹⁸⁷⁾。同決定は、度々邦語文献でも紹介されてきた。しかし、その文献の多くが紹介する箇所を限定しており、十分な紹介になっていない¹⁸⁸⁾。以下、事案(i)、決定(ii)を確認し、本決定を軸に1924年以前のスイスの平等原則の特徴を検討する(iii)。

(i) 事案

問題となったのは、ゾロトゥルン(Solothurn)州の当時の刑法典16・17条である。公式判例集に依拠すると、それぞれ次のような規定であった。「16条：罰金刑は、破産者(Geltstager)と後見(Bevogtung)の下にある浪費家に対しては、認められない。このような者に対して、裁判官は、法律において罰金刑と軽懲役刑が予告されているとき、ただ後者のみを用いなければならない。そして、裁判官は、法律が罰金刑のみを予告しているとき、罰金刑の代わりに、10条の限度内で懲役刑を——軽懲役1日は2スイス＝フランと同等と計算される方法において——宣告しなければならない」。「17条：既に罰金刑を宣告された後、あるいは、宣告されている罰金刑が支払請求から一ヶ月以内に支払われていない後に、前条において想定されている事情が明らかになった場合、州政府は罰金刑を、上述の基準に基づき、懲役刑に変更することができる。」「執行官庁(Vollziehungsbehörde)が——官庁が以下のことを相当なものとしなしたとき——まず通常

187) 柳瀬・前掲注14) 101頁。

188) 柳瀬・前掲注14) 101頁以下、熊田・前掲注10) 102頁以下など。十分な紹介になっていない原因として、公式判例集ではなく、*Heinrich Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung. Eine öffentlichrechtliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage*, 1925, S. 25f. 等の引用を訳出したことに由来すると思われる。Aldag自身も(ii①)の箇所を省略している。本稿の訳出に際して、上記文献の他、小嶋・前掲注72) 256頁以下を参照。

の強制執行の方法 (Schuldbetreibungsweg) という手段で宣言された罰金を請求し、そして——支払金が入手不可能な場合——ようやく刑の変更を命じることは、執行官庁の自由裁量に任されている。」「罰金刑を宣告された者には、刑の変更後にも、罰金刑の金額の支払いによって——発生した軽懲役刑によってはその金額があがなわれない限りにおいて——後者から自由になるという権限が与えられている」¹⁸⁹⁾。

本件で問題となった上訴人 (Rekurrent) は「1879年3月に破産に陥った」¹⁹⁰⁾。同州「刑法典130条に基づき、名誉毀損は罰金刑」¹⁹¹⁾であったところ、上訴人は、「……名誉毀損に基づき、1879年11月15日のゾロトゥルン州の上級裁判所の判決によって、同法16条に関連して、4日間の軽懲役刑を宣告された」¹⁹²⁾。これに対して、次のような、異議申立 (Rekurs) がなされた。上記「判決は、懲役刑に関する限りにおいて、破棄されると宣言されなければならない」。というのも「上級裁判所が判決において適用した16条は、同条が二つの人的集団 (Klasse) (破産者と後見のある浪費家) を例外的法律の下においていることによって、連邦憲法4条が有するあらゆるスイス人の法律の前の保障に違反している。この規定は、17条の規定に関しても不必要であり、16条の規定が起点にする前提、すなわち、あらゆる破産者はその者に課せられている罰金を支払うつもりはない、あるいは、支払うことはできないという前提は明確に正当化できない……」¹⁹³⁾。

罰金刑が予定されている刑罰であっても、破産者と後見のある浪費家は——これらの事情が無い者とは異なり——州刑法典16条により、軽懲役刑に課せられる。破産者・後見のある浪費家と、それ以外の者の間に、別異取り扱いが存在していたのである。

189) 以上 Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (以下 BGE) 6, 171 (171).

190) BGE 6, 171 (171).

191) BGE 6, 171 (171).

192) BGE 6, 171 (171f).

193) BGE 6, 171 (172).

(ii) 連邦裁判所の判断

連邦裁判所は「異議申立を根拠づけられたものと解し、ゾロトゥルン州の上級裁判所の問題となった判決は破棄される」と結論づける¹⁹⁴⁾。

①「BV 4 条に存在する、あらゆるスイス人の法律の前の平等の原理というのは、国家官庁の行政活動・裁判上の活動に対してのみならず、立法活動に対しても基本法上の規範として重要である。それによって、あらゆる市民に対する法律の平等な適用も——このことによって、法の要求の拒否 (Rechtsverweigerung) に対する、そして、そもそも州の諸官庁による法律の不平等な取り扱いに対する介入に関する連邦諸官庁の権限が根拠づけられる——立法者による市民の平等な取り扱いも要請される」¹⁹⁵⁾。

②「後者の方向における法律の前の平等の原理の意義と影響は、同原理が国家上の正義の要請であることによって、定められ、限定される。このようなものとして、この原理は一方では、4 条 2 項における特別に示されている特権の禁止に限定されることは決してなく、4 条の成立史から……、そして、これまでの連邦裁判所の実践から、明らかのように、この原則は、一般的な、法秩序全体を統制する原理……として解される」¹⁹⁶⁾。

③「他方で、立法者があらゆる市民を相違なく、まったく同一の法規則に従属させるような、目的には合わない要請のみならず、不公正な・完全に実現できない要請は、同原理には存在しない。むしろ、容易に、以下のことが明らかになる：法律の前の平等の原理と調和させて、——年齢・性別・職業・それ以外の生活関係を顧慮して、個々の国民間に存在する——生まれながらの相違は、多くの法律上の相違において、明らかになることができ、そして、明らかにならなければならない——まさに、連邦憲法自身が、異なる人的集団に対する異なる法規定を立て、前提として、あるいは、許容するような多様な規定を含んでいるように……。あらゆる法的な相違が、法律の前の不平等というわけではない。他方で、

194) BGE 6, 171 (176).

195) BGE 6, 171 (172f). 「法の要求の拒否」の訳語はミッターイス・リーベリッヒ (著) 世良晃志郎 (訳) 『ドイツ法制史概説』(創文社、1971) 原語索引 51 頁によるもの。また、判旨の番号は本稿筆者が付したものであり、段落も原文とは相違している。

196) BGE 6, 171 (173).

法律の前の平等の原理が、絶対的に平等な事実上の関係という前提条件の下においてのみ、妥当するというに、固執することもできない。そのような方向へ解釈した場合、一定の個人ではなく、すべての市民集団に関連づけられた、あらゆる例外法に対しては、先の条件下での法律の前の平等という原理は全く以って実体を失うかもしれない——というのも、当然に、相違する実際のメルクマール（このメルクマールによって、法律により該当している集団がそれ以外の市民と区別される）が欠如することは決してあり得ず、その結果、個別の人的集団にとって有利・不利になるような恣意的な例外法が許容されたものとみなさなければならぬという、憲法上の原理との辛辣なる矛盾になる。法律の前の平等という原理は、むしろ、絶対的に平等な事実上の関係の平等という前提の下で市民の平等な取り扱いを要請しているのみならず、同原理はあらゆる相当な事実上の関係の平等という前提の下での、取り扱いの平等も要求している¹⁹⁷⁾。

④「市民の法的な取り扱いにおける不平等取り扱いを正当化する為には、何かしらの要因においてではなく、事実上の要素——現行法秩序・国家秩序という一般に認められた原則に基づき、問題となっているまさに一定の法領域の規範化にとって重要であり得るような要素——において存在しなければならない。このような事実上の要素において相違が存在していないとき、個別の市民・市民集団の不平等な法的な扱いは、客観的な根拠ではなく、単に恣意的な教義に帰することができ、それゆえ、法律の前の平等という憲法上の原理に当然に違反する、法の規則との相違を含んでいる¹⁹⁸⁾。

(iii) 若干の検討

邦語文献では②以下のみが紹介されることが多いが、当時のドイツ学説との比較において、①にこそ本決定の意義が存在する。①では、法律の前の平等が、司法・行政のみならず、立法者に対しても及ぶことが述べられている¹⁹⁹⁾。1880年決定で定立された立法者拘束は、判決においても²⁰⁰⁾、スイス学説においても継

197) BGE 6, 171 (173f).

198) BGE 6, 171 (174).

199) 熊田・前掲注 15) 37 頁参照。

受される。後者については、ドイツの平等学説に影響を与えた²⁰¹⁾、Walther Burckhardt²⁰²⁾や Ulrich Lampert²⁰³⁾の記述²⁰⁴⁾から確認することができる²⁰⁵⁾。

200) 例えば、1923年5月18日連邦裁判所も「あらゆるスイス人を法律の前に同等に扱うというBV4条の規定は、立法者に対する規定のみならず、法適用する（裁判上と行政）官庁に対する要請も含んでいる」（BGE 49 I, 293 (300)）と述べる。

201) 連邦裁判所の「判決の態度を基礎として学説上に相対的平等の観念を説いた」Burckhardtが、LeibholzやAldagの平等理解に影響を与えたことについては柳瀬が既に説明している（柳瀬・前掲注14）103頁、また、熊田・前掲注10）101頁以下）。

202) Walther Burckhardt (1871年5月19日～1939年10月16日)は、「1895年に私法の博士論文」、「1896年に不正競争に関する教授資格取得論文」を提出する。「1899年にはローザンヌ大学の助教授に、1902年には一般スイス国法学の正教授、1909年にはベルン大学の国法学・国際法の正教授に任命された」。「1923年～1928年には国際連盟のスイス代表団のメンバー」でもあった（以上 *Alfred Kölz*, “Burckhardt, Walther”, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (HLS), Version vom 01.09.2003. Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/015767/2003-09-01/>, konsultiert am 14.05.2021. [最終閲覧日：2021年5月14日]）。

203) Ulrich Lampert (1865年10月12日～1947年9月2日)は、「1895年に世俗法と教会法の両方の博士 (Dr. beider Rechte)」になる。「ヴィル (Will SG) の裁判所書記官 (Gerichtsschreiber)」、「東スイス新聞の編集者」を経た後、「1898年～1942年まで、フライブルク大学の教会法・国法学・国際法の教授」であった（この間、「4回、学部長」を務め、「1907年～1908年間学長」であった）（以上 *Adolf Collenberg*, “Lampert, Ulrich”, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (HLS), Version vom 11.11.2008. Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/042425/2008-11-11/>, konsultiert am 14.05.2021. [最終閲覧日：2021年5月14日]）。

204) Burckhardtは「法律の前の平等の原理は、法律の執行と解釈のみならず、立法それ自身に対しても有効である」（*Burckhardt*, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung* vom 29. Mai 1874, Zweite vollständig durchgesehene Auflage, 1914, S. 61）。また、「以下のことによって、立法者は不公正という罪を犯す。立法者が相違していることに平等な判断を下すこと、あるいは、平等なことに不平等な判断を下すこと、換言すれば、法規を諸事案のあるカテゴリーにのみ適用するが、別の同種的事案は別の法的な取り扱いを受ける（正当化されない別異取り扱い）。その逆も然りであり、立法者がその相違を顧慮することなく、異なる諸事案に同一の法規を適用するとき、つまり、立法者が区別しなければならぬ時に区別しない）場合である（S. 63）。この論述の前提には平等原則の立法者拘束があるだろう。Lampertも同様に「法的平等という一般の原則は、……諸官庁の立法行為・司法行為・行政行為に対して有効である」と述べる（*Lampert*, *Das schweizerische Bundesstaatsrecht: Systematische Darstellug mit dem Text der Bundesverfassung im Anhang*, 1918, S. 42）。

205) なお、ハラーの「一般的な平等保護条項（憲法8条1項）は、立法者を含めたあらゆるレベルの国家機関を拘束する」（ハラー・前掲注186）160頁）という記述から、現在も立法者拘束は維持されていると思われる。また、小林・前掲注186）69頁の「相対的平等処遇」でなされている説明も立法者拘束を前提にしていると思われる。

プロイセン期の通説が平等条項を法適用の平等に限定していた状況と比較すると(Ⅱ1)、立法者拘束を明示した点でスイスの判例法理は——現在から見ると——進歩的であったように思われる。それ故、Triepelは②以下ではなく①を参照し²⁰⁶⁾、Leibholzも②以下のみならず①も紹介しているのである²⁰⁷⁾。Leibholzは①を紹介し次のように述べる。BV4条「がまさにスイスの憲法生活における《不可欠の匡正手段》と称することができるという事実から、次のように結論づけることが許される。……スイスにおいても、連邦はカントンに対してきちんと計画的に準備された監督権力を持っているにもかかわらず、個人の諸権利のために国家権力を制約しようとする、時代を越えて受け継がれてきた観念が、連綿と生き続けている、ということである。これまで連邦裁判所による審査から除外されてきた連邦法律もこの連邦裁判所のコントロールの下に置くことを目している、今日なお現に存在する趨勢も、上に述べたことを証左している」²⁰⁸⁾。スイスの立法者拘束は、「新説」の審査権の導入の発想にも繋がっているとも思われる。

「国家上の正義の要請」(②)について、小嶋は「国家目的から考えて正当とされるものということで、平等原則もそのための一要求にすぎないことの中に、同原則の要求する効果の限界が見定められなければならない」と解する²⁰⁹⁾。この説明は次のように言い換えられるだろう。連邦裁判所は、立法者拘束を認めるが、その審査権は限定的である。近年のスイス憲法の文脈でも語られるが、当時から、「連邦最高裁判所は、州法が一般的平等保護条項に適合するかどうかを判断するに際して、非常に慎重であり、「司法と政治部門との間の適切な役割分担に対応した、「自制」を行っていたのである²¹⁰⁾。このことは、平等審査が恣意禁止原則に限定されることにも繋がる(④、後述)。

③では、絶対的平等ではなく、相対的平等を採用することが述べられる²¹¹⁾。

206) Triepel, aa.O. (Anm. 56), S. 29.

207) ①に関してはライブホルツ・前掲注4) 25頁脚注20。なお、ここで、彼は“Bd. 6.S. 178.: Das im Art. 4……”、と①の部分を紹介する(Leibholz, aa.O. (Anm. 4), S. 36. Anm. 2)。“S. 178”ではなく、“S. 172ff.”と思われる。②以下を参照している箇所として同30頁脚注6、37頁以下脚注25、脚注27(ここでは“172ff.”と正しい表記になっている)。

208) ライブホルツ・前掲注4) 25頁以下脚注20。

209) 小嶋・前掲注72) 257頁。

210) ハラー・前掲注186) 161頁。小林・前掲注186) 70頁参照。

④では、別異取り扱いの審査内容が語られる。ここでは、「問題となっているまさに一定の法領域の規範化にとって重要であり得るような要素」の有無が、正当化の審査の内容となる。この「重大な事実上の差別」の基準と、「客観的・合理的根拠」(恣意禁止原則)の基準は、近年のスイスにおいても依然として、平等審査の基準である²¹²⁾。もっとも、前者の基準に関しては、「その具体的な内実は判然と」せず、結局は「具体的な事案に即して、それぞれ適当な判断をくだすべき性質のものである」²¹³⁾、と評される。

(2) スイスにおける恣意禁止原則

(i) 何故、恣意禁止原則か。

そもそも何故、スイスの平等審査が恣意禁止原則に限定されていたのだろうか。この問いは、ドイツのBVerfGが何故30年近く同原則に固執していたのか、という問題にも繋がろう。第一に、Leibholzのいう「正しくないこと」と「恣意的であること」の区別²¹⁴⁾が参考になる。この区別の背景にはLeibholzが参照するBurckhardtの見解があると思われる²¹⁵⁾。

先にBurckhardtの見解を紹介する。彼はBV4条の想定している平等が相対的平等であるとした上で、次のように述べる。

①「ある法規が、その妥当する領域に本来あるべき事案を、完全には該当しな

211) Vgl. *Burckhardt*, a.a.O. (Anm. 204), S. 64. ここでは本判決を参照し、相対的平等の原理が「連邦裁判所の判例において繰り返し述べられてきた」と言う。おそらく彼自身の見解も同様である。曰く、「スイス憲法4条が、人間の人的特性、あるいは、その者が置かれている実際の相違に基づくあらゆる法的な人間の区別を許容しないというほどの絶対的な平等を要請し得ない、ということは明らかである。あらゆる相違を判断するような平等は、恣意的な区別と同様に、連邦憲法が想定する平等にとって、不都合であろう」し、この絶対的な平等は「法秩序それ自体の否定であろう」(S. 64)。

212) 小林・前掲注186) 69頁。ハラー・前掲注186) 160頁参照。

213) 小嶋・前掲注72) 257頁。なお小嶋はBVerfG第二法廷1951年10月23日決定と1880年決定を比較して、前者を「スイス判例の『重要』性論よりは明快である」と評している(258頁)。

214) ライプホルツ・前掲注4) 67頁。また阿部・前掲注6) 99頁脚注20、柳瀬・前掲注14) 128頁参照。

215) ここでLeibholzが参照するのは、Burckhardtの他に、Lampert、Triepel、Rudolf von Jheringがいる(ライプホルツ・前掲注4) 68頁脚注77参照)。

いメルクマールに基づき、法規が該当すべきである事案全てには該当しない、あるいは反対に——部分的には実際に正しいメルクマールを捉えている場合に——該当すべき事案よりも広く事案に該当するように、特徴付ける場合、法規は単に正しくないものとして現れるだろう²¹⁶⁾。

②「まったくもって正しくない、あるいは、とりわけ正しくないメルクマールに基づき区別する法規は恣意的なものとして現れる。……恣意性を有する法律規定が法律の前の平等という憲法的な原理に一致しないことは確かである²¹⁷⁾。更に、「憲法違反の恣意には、決定が単に正しくないことは十分ではない、ということも確かである」。この正しくないことについて憲法違反の判断をすると、「連邦裁判所は、あらゆる裁判上と行政上の事項における最終審になるからである」。そのため、「問題となっている決定は、単に正しくないのではなく、まさに恣意でなければならない²¹⁸⁾」。

ドイツで、この正しくないこと／恣意であることの、二類型を前提に恣意禁止原則の説明を行ったのがLeibholzである²¹⁹⁾。彼によれば、「正しくないこと」には、「客観的に根拠のある命題と、まったく正当化しえない命題」が存在する²²⁰⁾。この二分類はBurckhardtの①、②に対応する。前者の例として「規範の表現様式があまりにも広すぎるために、事実が異なっている結果として平等に取り扱ってはならないような事実にまで及ぶ場合、あるいは逆に、表現様式があまりにも狭すぎるために、それ自体としては等しい評価に服すべき事例なのに、その規範によって把捉されないような場合」を挙げる。これは「つねに単なる法

216) 以上 *Burckhardt*, a.a.O. (Anm. 204), S. 65.

217) 以上 *Burckhardt*, a.a.O. (Anm. 204), S. 65.

218) 以上 *Burckhardt*, a.a.O. (Anm. 204), S. 67.

219) Vgl. *Konrad Hesse*, *Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung*, AöR 109 (1984), S. 178. 同論文は、Hesseが、「1984年7月3日に、チューリヒ大学の法学・国家学部のイベントの枠組みにて行われた講演を再現し」、「わずかに加筆し、脚注によって補われた」ものである (S. 174)。なお、田上穰治『改訂西ドイツの憲法裁判』(信山社、1988)に収録されている同「コンラッド・ヘッセ、最近のドイツ憲法発展における平等原則(抄)」(21頁以下)は、この「講演の概要」を訳出したものである(30頁脚注1)。また、熊田・前掲注10) 123頁以下参照。

220) ライプホルツ・前掲注4) 68頁。熊田⑥・前掲注6) 121頁、同・前掲注134) 47頁参照。

政策的な意義しかもたない。「後者については、規範の中で決定的なものと考えられる基準についての合理的な根拠がまったく見出しえない場合……、この規範を恣意的な規範と特徴づけることができる」²²¹⁾。ここから、そして、この点においてようやく、「Leibholz は Burckhardt の学説を受け継いだ」²²²⁾と言えるのである。決して、Leibholz は Burckhardt の平等学説全体を受容しているわけではない²²³⁾。

別異取り扱いが、「正しいこと」か否かを審査することは立法者の任務であり、裁判所の任務ではなく、裁判所は明らかに「恣意」であるか否かしか審査できないのである²²⁴⁾。加えて、権力分立に基づく司法の自己抑制 ((1) ②)²²⁵⁾という事情も存在する——そもそも、後述するように、平等に限定せず、違憲審査制それ自体が限定的であった (3 (3))——。これらの事情により、連邦裁判所は恣意禁止原則に平等審査を限定していたのである。

(ii) 恣意禁止原則審査内容の変化

上記の Leibholz の先の引用からスイスの連邦裁判所・学説の言う「恣意」の内容は明らかになっているが、連邦裁判所が想定していた平等審査における恣意禁止原則は当初から上記のものだったわけではない。Leibholz の記述²²⁶⁾に依拠

221) 以上ライブホルツ・前掲注4) 68頁。阿部・前掲注6) 99頁脚注20。

222) Hesse, aa.O. (Anm. 219), S. 177. 田上・前掲注219) 26頁、熊田・前掲注10) 124頁。

223) Burckhardt の平等理解の前提には、形式的不平等（「法定立・法適用の命令が同一の事項に関する別の命令に内的に矛盾する」こと）・実質的不平等（「正しい法（公正）と法定立する処分の矛盾、あるいは法適用すべき実定法規と法適用する処分の矛盾」）の分類（Burckhardt, aa.O. (Anm. 204), S. 59、柳瀬・前掲注14) 104頁参照）がある。Leibholz は「形式的な法的不平等の概念を導入することが必ずしも必要ではない」と批判する（ライブホルツ・前掲注4) 39頁以下）。Burckhardt の平等論を全面的に肯定しているわけではない。もっとも、Burckhardt 自身も「実際には、ある形式的不平等よりも実質的不平等が重要である」、と述べている（Burckhardt, aa.O. (Anm. 204), S. 63）。

224) BVerfG の恣意禁止原則の文脈では、廣澤民生「平等問題と比例原則」DAS 研究会編集『ドイツ公法理論の受容と展開——山下威士先生還暦記念』（尚学社、2004）326頁以下、331頁脚注15参照。

225) ハラー・前掲注186) 161頁参照、阿部・前掲注6) 99頁脚注20参照。

226) ライブホルツ・前掲注4) 87頁脚注127。この変遷を紹介する邦語文献として、柳瀬・前掲注14) 128頁。

してその変遷を簡単に確認する。

以前の連邦裁判所はPrOVGに近い恣意審査を用いていた。例えば、1904年10月20日決定は、次のように述べる。「連邦裁判所の現在の実践に基づくと、処分あるいは決定が客観的に明白に不公正であることは法の拒絶の想定には不十分であり、むしろ、以下のことが明らかにならなければならない：諸官庁が法・正義に基づくのではなく、気まぐれ・恣意に基づいて処分・決定したこと、つまり、処分・決定の性質により権利保護への憲法に適した要請が相当に侵害されていたことである」²²⁷⁾。「恣意」は「気まぐれ」の言い換えとして用いられている。

しかし、後に連邦裁判所は、「独立した主観的要件の必要性を放棄し」²²⁸⁾、合理的な根拠の有無の審査を用いる。例えば、1919年3月1日決定では、恣意の有無を審査する際に、「上訴人の給料の特別な取り扱いが、根拠のある (haltbar) 根拠によって、正当化できるか否か、そして、給料の基準に従った非課税が説得力のある必要性によって上訴人に対して適用されなければならないかがどうかは疑わしい」²²⁹⁾、と述べる。また、州政府がドイツ人に医療行為を許可したことの別異取り扱いとその恣意性が問題となった事案では、「正規の法律上の前提が存在しないにもかかわらず、例外的に医療の免許を与える権限が、州政府に与えられている」と述べ、法律上挙げられていないドイツ人にも医療行為の許可を与えたことは恣意ではないと判断している²³⁰⁾。その上で「医師不足が生じており、……医師の十分な供給に関する州の住民の利益が」、法律上「挙げられた人間の独占的な許可よりも重要であるから、州政府は目下の事案において例外的取り扱いをすることができる」。当該ドイツ人医師は「ドイツとバーゼルラントにおいて医師として活動することができる」ために、優遇的な地位にあるが、「根拠のない (unhaltbar) 別異取扱いは生じておらず、BV 4条違反は存在しない」²³¹⁾。ここでも、比較衡量をしつつ、別異取り扱いの根拠の有無を審査している。

227) BGE 30 I, 622 (626).

228) ライプホルツ・前掲注4) 87頁脚注127 (*Leibholz*, aa.O. (Anm. 4), S. 95. Anm. 1)。

ここで、ライプホルツはBGE 30, 636と記すが、BGE 30, 626の誤字だと思われる。

229) BGE 45 I, 28 (33). 強調は本稿筆者によるもの。

230) 以上BGE 46 I, 95 (102f.).

231) BGE 46 I, 95 (104).

以上のように連邦裁判所の恣意禁止原則とは、処分に単に公益・動機が存在するか否かの審査ではなく、別異取り扱いに根拠があるか否か審査するものである。しかも単なる根拠の有無の審査ではなく、比較衡量も行っており、恣意審査より審査密度が高いと言える。Lampertはこのスイス平等審査を次のようにまとめる。「立法者が法的な取り扱いにおいて行う相違は、客観的に根拠づけられていなければならない。言い換えると、立法者がそのような区別によってのみ該当する生活諸関係の秩序の内的な目的を満たすほどに、事柄の性質 (die Natur der Sache) において、合理的で、そして、決定的な諸衡量 (vernünftige und ausschlaggebende Erwägungen) に基づかなければならない。ある区別に対する十分な根拠が欠如している場合、その区別は恣意的である」²³²⁾。

1926年国法学者大会の第一報告者 Erich Kaufman が、この Lampert の記述を引用し、「素晴らしい」²³³⁾と評する(4)。なお、Leibholzは、Lampertをさほど多く参照するわけではない²³⁴⁾。もっとも、BVerfGの恣意禁止原則が「合理的な、事柄の性質から生じた、あるいは、何かしらの事柄に即して納得のできる根拠」²³⁵⁾を要求するという点でスイスの恣意禁止原則に類似する。また、BVerfGが、『もっとも目的に適合した』、『もっとも合理的な』、あるいは『もっとも公正な』こと……を選ばなかったときは、立法者の恣意を語り得ず、「客観的に公正な根拠……が存在しないときにのみ、……恣意を語り得る」と言う²³⁶⁾。こ

232) 以上 Lampert, a.a.O. (Anm. 204), S. 42. 強調は筆者によるものである。なお、Burckhardtも同趣旨のことを次のように述べている。BV 4条違反の「境界を次のところに引くことができる。あらゆる異なる事案の正当化できない平等取り扱い・平等な事案の別異取り扱いが、連邦憲法4条違反を意味するのではなく、——たとえ不十分であっても——何かしらの合理的な (vernünftig) 根拠が見出されない別異取り扱い・平等取り扱いのみが4条違反を意味する。つまり、問題となっている規定とそれが結びついている事情が合理的な関連性を有していないときである」(Burckhardt, a.a.O. (Anm. 204), S. 65)、Burckhardtのこの見解を紹介する邦語文献として、柳瀬・前掲注14) 107頁以下。

233) Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 10. 口頭報告なので出典はない。同報告を訳出する邦語研究でも報告で引用された文献への言及はあまり見られないが、引用文より、Lampertの上記の箇所であろう。

234) ライプホルツ・前掲注4) 68頁脚注77など。

235) BVerfGE 1, 14 (52) (拙稿「ドイツ一般的平等原則における審査モデル—検討—フスター・モデルを中心に—」一橋法学19(2)(2020)746頁の訳出より引用)。

こに、Burckhardt から着想を得た「正しいこと」・「恣意であること」二類型が登場している。スイス連邦裁判所の恣意禁止原則・平等論は「新説」にとって模範的なものであったし、BVerfG の恣意禁止原則もスイス平等論の影響を相変わらず受けていた。

(3) 「新説」のアメリカ平等審査像

ドイツの「新説」において、アメリカの平等判例の影響も強かった。アメリカの平等判例の内容・変遷は、木村草太の詳細な研究により、明らかにされている。そのため、本稿では、ごく簡単に当時のドイツ「新説」から見たアメリカ平等審査像を紹介する。

(i) 立法者拘束について、Triepel が言うところには、「アメリカ人は、『法律の平等な保護 (der “gleiche Schutz der Gesetze”)』の要請は、行政に対してのみならず、まず第一に、立法者に対する要請を意味した、という見解である。「修正第 14 条では個々の州に対してのみ向けられるにもかかわらず、『法律の平等保護 (equal protection of the laws)]』の要請は連邦の立法に対する自明の要請としても解されるようである」²³⁷⁾。Leibholz は Triepel と同旨のことを具体的な判例を参照しつつ述べる²³⁸⁾。彼が参照している判例のひとつは次のように立法者拘束を示していた。「この [= 修正第 14 条の：本稿筆者注] 禁止は国家のあらゆる行為まで及ぶ——その立法権、執行権、あるいは、司法権によるものであれ——」²³⁹⁾。

(ii) また、Leibholz、Triepel が参照する 1897 年 1 月 18 日 Gulf 判決は、「区別

236) BVerfGE 4, 144 (155) (拙稿・前掲注 1) 1200 頁以下の訳出より引用)。熊田の研究によれば、Leibholz 自身も 1954 年に同様のことを述べている。曰く「立法部が、最も [目的達成にとって] 適切で、合理的でしかも公正な解決を採択したかといった問題について判定を下すことは、裁判所の職分ではない」(熊田・前掲注 10) 116 頁)。

237) Triepel, a.a.O. (Anm. 56), S. 29.

238) ライプホルツ・前掲注 4) 27 頁。

239) Scott v. Mcneal, 154 U.S. 34, 45 (1894)

は、常に、分類が要求された法律に対する合理的かつ適切な関係を持つ何らかの違いに基づいている必要があり、恣意的でそのような根拠を持たない区別は、あってはならない」と述べ、「〈区別の合理性〉要請」という平等審査基準を確立する²⁴⁰⁾。アメリカ版恣意禁止原則もまたスイス判例と同様に「新説」の手本であった²⁴¹⁾。アメリカの平等審査のドイツへの影響は、Leibholzの傘寿記念シンポジウムでのDonald P. Kommersの報告からも伺える。曰く、「平等原則の解釈に関して、60年代までアメリカの連邦最高裁判所は、主に統一的・理論的な、裁判官の再審査のコンセプトを展開してきた。このコンセプトとは、合理性の観点に基づく区別の教義 (doctrine of reasonable classification) によって、特徴付けられる。BVerfGも基本法3条の一般的平等原則の解釈の際に、同じ手段を用いている。Leibholz教授が幾年も前に我々にご教示したように、いわゆる合理性の根拠のテスト (*rational basis-Test*) は単なる恣意禁止原則である」²⁴²⁾。

しかし、木村によれば、「〈区別の合理性〉要請は、州の裁量の幅を狭める傾向の中で成立した、相当程度に厳格な要請であり、「敢えて違憲審査基準論の枠組みに当てはめるなら、20世紀前半の判例では、概ねすべての事案が〈中間審査基準〉〈厳格な合理性の基準〉によって審査されていた、と言える」²⁴³⁾。一方

240) 以上、木村草太『平等なき平等条項論：equal protection条項と憲法14条1項』（東京大学出版会、2008）108頁以下。

241) *Triepel*, a.a.O. (Anm. 56), S. 30. ライプホルツ・前掲注4) 71、75頁。また、彼らが、Gulf判決以外に参照している判例として、Yick Wo判決、Cotting判決、Connolly判決（各判決内容はそれぞれ木村・前掲注240）104頁、111頁、112頁参照）など。

242) *Donald P. Kommers*, *Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland*, in: Christoph Link (Hrsg.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat: Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz*, 1982, S. 35. 一方で、同報告は、続けて、アメリカの合理性審査と、連邦憲法裁判所の平等審査の相違についても言及している (S. 35ff.)。例えば、アメリカにおいて、「社会・経済領域における立法者の標準的区別を審査する場合」、①「立法者は、区別Aが目標Bの達成のための合理的な手段であるような想定のための根拠を有していたか？」→「裁判所がこの問いに正確に答えられない場合」、②「立法者がBの達成のためにAの決定を裏付けることができる合理的な根拠は存在しているか？」となる。「これらの問いは全くもって決定的に手段に焦点を合わせる」。他方で、連邦憲法裁判所の場合、「客観的に確かめることができるA・B間の関係が存在するか」と問う。以上のように述べ、「つまり、ドイツの裁判所は、アメリカの裁判所よりも早い段階で、目的・手段関係の判断をする用意ができています」と言う (S. 36f.)。連邦憲法裁判所とアメリカ連邦最高裁判所の比較検討は残された課題として別に行う。

で、前述したように、スイスとBVerfGの恣意禁止原則は審査密度は低いものであった。このことから、スイス・ドイツの恣意禁止原則とアメリカ版恣意禁止原則は、文言上はいずれも「恣意」を禁止し、合理性の根拠を審査するが、それぞれ想定されている審査密度は異なる。その意味で、LeibholzやTriepelはアメリカの平等審査をそのまま導入したのではなく、未だ審査権が確立していなかったドイツに適合するように、審査密度を調整して、ドイツ版の恣意禁止原則を提唱したとも言えよう。

(4) 若干の考察

何故、Leibholz、Triepelは、スイスとアメリカの平等判例を模範としたのか。例えば、20世紀初頭のオーストリアの自由裁量論などはフランスのコンセイユ・デタを参照していた²⁴⁴⁾。Leibholz自身もフランスの学説・判例を参照している²⁴⁵⁾。考え得る理由の一つとして以下の事柄が挙げられる²⁴⁶⁾。アメリカでは、「各国に先駆けて」、司法審査制が「1803年のマーベリー対マディソン事件における連邦最高裁判所の判決以降、判例法上成立」する²⁴⁷⁾。更に、「それまでアメリカ合衆国にしかなかった制度が、ヨーロッパ大陸で、例外的にスイス連邦において」は、「1848年憲法、より確実に見積もるなら1874年の改正憲法に、憲法裁判制度が導入され」た²⁴⁸⁾。つまり、ドイツにとって、スイス、アメリカ両国共に、憲法裁判権の先駆けであった。ドイツの「新説」は審査権の導入を試みて

243) 木村・前掲注240) 124頁以下。

244) Vgl. *Rudolf von Laun*, *Das Freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910, S. 118ff (Vgl. *Paul Oertmann*, *Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden: Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden*, 4. Band, 1912, S. 92, 94. また、高橋・前掲注19) 195頁以下参照)。

245) 例えば、ライブホルツ・前掲注4) 33頁以下など。

246) あるいは、フランスとは異なり、アメリカ・スイスが、「ドイツ・ライヒのそれと類似した」、「連邦国家という国家構造」を有しているがために、両国を比較の対象として選んだのかもしれない(ライブホルツ・前掲注4) 25頁)。この国家構造の共通性については、柴田堯史先生(徳島大学)よりご指摘いただいた。他方で、柳瀬は、両国を比較対象とした事情として、後述するTriepelの言う「デモクラシーの基礎」に加え、「平等の原則がカルヴィニズムの思想に由来する事実並に此の両国が此の原則の最も発展した国家である事実」を指摘する(柳瀬・前掲注14) 68頁)。また、両国が立法者拘束に関して、先駆けであったことを示す文献として、柳瀬・前掲注14) 54頁以下。

いたため、早い段階で審査権を確立していた両国を参照したと考えられる。平等原則における立法者拘束と恣意禁止原則の導入はその前提となるものだったのかもかもしれない。

一方で、スイスの違憲審査権が限定されていた事情も無視できない。スイスの違憲審査の特徴として、連邦法に対する司法の自己抑制の強さが挙げられる²⁴⁹⁾。BVは、「法律制定を含むすべての国家行為に対する憲法の優位を導く法治国家原理に対して、民主主義原理をより強調」し、「連邦裁判所が、連邦法律、一般拘束的連邦決議および連邦議会により承認された条約について、その合憲性を審査することを禁止している（113条3項²⁵⁰⁾」²⁵¹⁾。Triepelがスイスの立法者拘束に関して、「連邦裁判所には連邦法律との関係において審査権は明白に与えられていないため、連邦立法が問題になる限りでは、問題はアメリカ合衆国より実践的ではない²⁵²⁾」と評したのは、上記の事情によるものだろう。

247) 小林武「スイス違憲審査制成立史・序説」南山法学 20 (2) (1996) 2頁。また樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988）178頁（栗城）。同書はドイツにおいて「近代の意味における憲法を前提して、そのような憲法への国家行為の適合性に関する裁判所の審査の思想が登場したのは、1824年のロバート・フォン・モールの『アメリカ合衆国の連邦憲法』という論文のなかでアメリカの法令審査権についての的確な紹介がおこなわれて以来のことである」と指摘する。審査権に関して、19世紀に既に、アメリカの法令審査が一部のドイツ学者にとっての模範であったことがうかがえる（183頁以下）。

248) 小林・前掲注 247) 2頁。

249) 例えば樋口・栗城・前掲注 247) 197頁以下（栗城）参照。

250) 「①連邦裁判所は、さらに、左の事項につき判決する。

1. [当事者の] 一方を連邦官庁とし、他方を邦官庁とする権限争議。

2. 邦相互間の国法的性質を有する争訟。

3. 市民の憲法上の権利の侵害にかんする訴えならびに協約および条約の侵害を理由とする私人の訴え

②連邦法律により詳細に確定されるべき行政上の争訟は、これを留保する。

③ただし、以上のすべての争訟において、連邦議会により制定された法律および一般拘束的決議ならびにそれにより承認された条約は、連邦裁判所を拘束する」（小林・前掲注 186）329頁）。更に「この審査禁止原則は、行政裁判権にかんしても繰り返述べられ（114条の2第3項）」る（114頁）。同項の規定内容は以下である。「③連邦法律および連邦議会によって承認された条約は、連邦行政裁判所を拘束する」（330頁）。なお、この「第114条の2の増補」は、「1914年10月25日の国民投票で採択」された（342頁脚注17）。

4 外国の平等審査の導入に対するドイツの反応

以上のように一部の「新説」の背景にはスイス・アメリカの平等判例がある。では、この外国法の導入に対して当時のドイツ学説・裁判所はどのような反応を示したのか。これを、以下それぞれ概観することで確かめる。

(1) 学説の反応：1926年国法学者大会を例に

結論から述べると、一部の「新説」が紹介する外国法の判例法理は、ドイツ学説において、一方では受容され、他方では拒絶された。このことが如実に表れているのが、「ヴァイマール憲法109条の意味における法律の前の平等」を第一テーマにする、1926年3月29日ミュンスター開催の国法学者大会²⁵³⁾である。同大会は、日本でも知られているように、平等原則²⁵⁴⁾のみならず、違憲審査権の導入の是非²⁵⁵⁾、法実証主義・「目的論的・精神科学的方法論」の対立²⁵⁶⁾など多くの重要な論点をめぐる議論がなされた²⁵⁷⁾。本稿では、主にスイスに関連する箇所を抽出して、外国法の導入に対するドイツ学説の反応を、簡単に確認する。

251) 以上、小林・前掲注186) 114頁以下。加えて、以前は、「邦法の邦憲法適合性については、これを司法審査の対象とすることは長年に亘って否定されてきた。こうした統制を認めることは、邦民代表、および、レファレンダムによって立法に参与した邦民自身の優位性と矛盾するとの民主主義原理が根拠とされた……」。ようやく、「近年に至って、法治国家原理を理由に、これが認められている」ようである(114頁)。栗城もまた、同条を「憲法保障に関しては政治的機関が第一次的役割を担い、裁判所はそれに依拠して二次的な役割を担うべきものであるとする思想」の「あらわれ」と表現する。一方で、同書によると、「憲法保障における政治的機関の優位が、かえって、憲法保障という全体的過程の一環としての裁判作用という意識を連邦裁判所の側に生みだし、連邦裁判所をしてその狭い権限の枠のなかで憲法の発展的形成による憲法保障の役割を最大限積極的にいとまじめるにいたった」(以上、樋口・栗城・前掲注247) 198頁(栗城)。また、柳瀬・前掲注14) 72頁脚注16、熊田・前掲注15) 36頁以下参照。

252) *Triepel*, aa.O. (Anm. 56), S. 29. Leibholzとスイスの審査権の対象範囲の相違を指摘する文献として熊田・前掲注10) 134頁脚注32。

253) 口頭での報告であるため口語体で訳出する。同大会を幅広く訳出・紹介する文献として特に熊田・前掲注144) 75頁以下、古林(1)・前掲注6) 87頁以下、同(2) 44頁以下など。訳出に際して適宜参照。

254) 熊田①・前掲注6) 86頁。

255) 畑尻・前掲注171) 88頁以下。

256) 加藤・前掲注164) 11頁、熊田①・前掲注6) 96頁以下同③・前掲注6) 34頁以下。

257) 加藤・前掲注164) 10頁以下。

(a) 第一報告者 Kaufmann²⁵⁸⁾

① 「……法律の前の平等の原理は、特に、そして、第一に、成文法を創出する権限を有し、そして、法原理を侵害してはならない立法者という名宛人に向けられます。ある種の最上級の法諸原理が侵害されなかったときにのみ、『法律』は本当に『法』を創出するのです」²⁵⁹⁾。

② 「このことは、そもそも、憲法に取り入れられた基本権の意義です。1918年末と1919年に作成された諸基本権のカタログに対する諸草案と、最終的に、ヴァイマル憲法それ自体が諸基本権のカタログを作成したとき、ヴァイマル憲法は、まさに、この思考の支持を表明しています。憲法の文言に含まれている諸基本権は、立法者と法適用を任せられている諸官庁に対する『基準と制約』であるべきです。……確かにこの法規は、最終的に削除されました。しかし、これは、単に、ヴァイマルの基本権の最終的なカタログに、多数の基本権——直接的には今日的な現行法ではないが、将来の立法者に対するプログラムを打ち立てることとなっていた——に取り入れたという根拠によるものです。それゆえ、直接的に現行法を表す基本権上の規定と、そして法律の前の平等原理も、立法者にも対する『基準と制約』であるという原理を決して取り除いてはならないのです」²⁶⁰⁾。

③ 「平等原則の意義の展開に対して試みられてきたあらゆる定式化を顧慮するとき、私が思うに、スイス連邦裁判所が、BV 4条に対して行ってきた定式化が、最良であり、最も的を射ています。それに基づくと、平等原則によって、あらゆる正当化されない相違と、あらゆる正当化されない相違しないことは禁止されて

258) Kaufmann (1880年9月21日～1972年11月5日)は「1906年ハレにて法学博士号」を、「1908年にキールにて教授資格を取得」する。「1912年に同大学の員外教授、1913年にケーニヒスベルクの正教授になった。1916年にベルリン大学の招聘に応じ、1920年にボンへの更なる招聘に応じた。1927年にベルリンの客員教授、1934年に同大学の正教授になる」。「1946年に、ミュンヘンに招聘され、ボンの名誉教授になった」(以上 *Liermann Hans*, “Kaufmann, Erich” in: *Neue Deutsche Biographie* 11 (1977), S. 349-350 [Online-Version]; URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118560719.html#ndbcontent> [最終閲覧日: 2021年2月15日])。

259) *Kaufmann*, a.a.O. (Anm. 233), S. 5f (訳出に際して熊田・前掲注144) 78頁)。

260) *Kaufmann*, a.a.O. (Anm. 233), S. 6。

います」。「Lampert氏が彼のスイス連邦国家法において至った定式も、私には素晴らしいと思うのです。彼は次のように論じました。『……相違は、立法者がそのような区別によってのみ該当する生活諸関係の秩序の内的な目的を満たすほどに、事柄の性質において、合理的で、そして、決定的な諸衡量に基づかなければならない』。特に、生活諸関係の秩序の内的な目的の示唆が私には卓越しているように思われます」²⁶¹⁾。

以上のように、Triepelと同様に、立法者拘束の根拠をドイツ国内の草案107条に求め(②)、平等原則論の内容については特にスイスの平等論²⁶²⁾を参照し(③)、立法者拘束と恣意禁止原則を主張している(①、③)。一方で、第二報告者Nawiaskyは、「……私が思うに、例の、非常に興味深く、なるほど魅力的な、憲法上の平等原則に関連したスイスと北アメリカの法実践から、我々の法のために結論を導き出したという、試みには賛同することはできません」²⁶³⁾と報告した。第二報告では「法・憲法比較の考察への方向づけは、辛辣に拒否された」²⁶⁴⁾のである。

なお、同大会にてKaufmannは、「立法者と法適用をする諸機関に関して法的平等が遵守されているか否かの、裁判官の審査権が原則的に存在する」(報告主旨7)²⁶⁵⁾と述べ、審査権肯定説を提唱する。しかし、以下のようにも述べている。「裁判官は、裁判官に固有の任務の領域を保たなければならない、立法者に固有の任務を無理やり自分のものにしてはならないのです」。「裁判官は、確実な・最も外縁の境界の侵害のみをとがめ、裁判官は立法者の地位に立つてはならない、ということがまず第一に、そして、特に必要です。裁判官は、裁判官が審査する権限を有している問題の際に、あらゆることをよく知っているという意味によって立法者の裁量を排除してはならないのです」²⁶⁶⁾。報告主旨でもこの裁判官の自己

261) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 233), S. 10. 熊田・前掲注144) 79頁参照。

262) 熊田①・前掲注6) 90頁、熊田②・前掲注6) 25頁。Vgl. Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 108.

263) Nawiasky, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 27. Vgl. Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 108.

264) Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 108.

265) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 233), S. 23.

266) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 233), S. 19.

抑制（主旨8）と「最も外縁の境界の違反のみ」の審査（主旨9）が繰り返されている²⁶⁷⁾。Kaufmannの提唱によると、裁判所の審査密度は恣意禁止原則に限定されることになる。

(b) 討論

同大会の討論における Anschütz・Thoma と Triepel の対立、すなわち「立法者非拘束説＝裁判官の審査権否定論」・「立法者拘束説＝裁判官の審査権肯定論」²⁶⁸⁾の対立を、本節では、外国の判例法理否定論・肯定論の対立として捉える。

Anschützは次のように発言する。「私を歴史的・解釈的根拠が導きます。地方特別法において誰も立法者拘束を想起しなかったということは、歴史上確認できることです」²⁶⁹⁾。

この後、Triepelが発言する。「私が思うに……我々は、法比較が我々にもたらしてくれる果てし無く多くのことを確かに使うことができるというのが現状です。勿論、2つの時間的・空間的に別々の法体系に対する共通の土壌を見出す、という条件の下においてのみですが。我々の法は隔離されているものではなく、現代の文化全体と関連しています」。「新しいドイツの構造は民主主義の土台の上に存在しているから、外国の法秩序の土壌の上で用いられる議論を——無論、条件つきですが——我々ドイツの法に用いること、新しいドイツの法秩序をアメリカ合衆国とスイスの法体系に結びつけることは失策ではありません」²⁷⁰⁾。

後年、明確にスイスの判例法理の導入可能性を否定する（I 2）Thomaは同大会でも次のように発言し、審査権を否定する。「私は、議長により示された観点の三つ目²⁷¹⁾について発言したいと思います。そして、私は、第一報告者が行ったような、裁判官に非常に際立った権限を付与することに反論したいと思いま

267) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 233), S. 23. 上記の点について、熊田②・前掲注6) 26頁、同・前掲注144) 84頁参照。

268) 畑尻・前掲注171) 88頁。また、この討論の発言者の内、Anschütz、Hans Kelsen、Thomaの発言を紹介・訳出するものとして、熊田・前掲注144) 98頁以下。

269) Anschütz, in: VVDStRL 3 (1927), S. 48. 熊田・前掲注144) 102頁参照。

270) Triepel, in: VVDStRL 3 (1927), S. 50. 本稿で訳出していない箇所については畑尻・前掲注171) 89頁参照。

す。109条の、第一報告者の解釈によると、裁判官は裁判官が相違を『恣意』と宣言することによって、あらゆるラント法律に適用を拒絶することができます。このことは、ある帰結、つまり、中央集権主義——こういうことが憲法に存在し得るということは、全くありえないと思うのですが——かもしれません。同様に、ライヒ憲法がライヒ法律を正義あるいは名目上の恣意という裁判官の審査のもとに置かれないのです。帝国議会は、ライヒ憲法に基づいて、立法します。諸機関の関係を逆転させてはならない。この逆転は、思慮深い法律の解釈に一致しないのです。そして、彼の発言は次のように締められる。「誰かが最終的な判断をしなければならない。……これは、議会か、それとも、裁判官なのでしょう？ 現行憲法は、裁判官ではなく、議会をこの機関としています。裁判官が決定すると、党利党略は帆を下ろさず、裁判官の独立が脅かされ、最終的には、壊滅するのです」²⁷²⁾。

この後、W. Jellinek は次のように発言する。「よく吟味せずに、外国の法発展をドイツの法状態に転用してはならない。スイスでは、BV 4条の取り扱いは、権利保護のよりわずかな拡張に結びついています。その結果、あらゆることが連邦裁判所の前に持ち運べるのです。審査権の是認は本当にそんなに困ることなのでしょうか。Thoma氏は悲観的に思い描きすぎています。スイスでは、司法権の政治化については何も感じられません。州の立法の行き過ぎのみが制限されます。報告者は、事柄に即した平等の再審査可能性の場合には、制限はもはや不可能である、と述べました。裁判官が完全には (in extenso) 再審査をせず、最も外縁の境界のみを再審査するという、報告者により示された道は有益です。この審査は、危険ではない」²⁷³⁾。そして、前述したPrOVGの審査方法を引き合いに出して、「私は、最も外縁の境界への制約において、審査権を是認します」²⁷⁴⁾と

271) v. Hippel が討論の口火を切り、その後、Triepel が「よろしければ、討論を続ける前に、問題を提起したい。つまり、議論を何かに限定しませんか。三つの観点から生産的な議論ができます」と発言し、以下の三つに議論の論点を絞る。「1. 109条は立法者に向けられるのか否か、2. 109条1項の基本権の内容的な規定、3. 109条の解釈の帰結。つまり、裁判官の審査権、統一的原理、連邦的思考……」(Triepel, in: VVDStRL 3 (1927), S. 44)。

272) Thoma, in: VVDStRL 3 (1927), S. 58f. 熊田・前掲注144) 109頁以下参照。

273) W. Jellinek, a.a.O. (Anm. 97), S. 59f.

274) W. Jellinek, a.a.O. (Anm. 97), S. 60.

発言する。

以上のように、旧説派 (Anschütz、Thoma) は、ドイツ国内の従来解釈に固執し、司法の政治化を理由に、スイスの平等審査の導入に対して難色を示す²⁷⁵⁾。他方で、「新説」のスイスの平等審査は、第一報告者 Kaufmann に受け入れられた。「新説」に分類される Nawiasky は比較法に懐疑的である。というのも、Nawiasky も「法実証主義を方法論として採用している」からである²⁷⁶⁾。Nawiasky は確かに限定的な立法者拘束を提唱していたが²⁷⁷⁾、法実証主義という点では、Anschütz や Thoma²⁷⁸⁾ と同じ括りである。討論において、——「新説」の代表格なので当然だが——Triepel もドイツ・アメリカ・スイスに民主主義という共通の土壌を見出し²⁷⁹⁾、スイスの平等審査に賛同する。W. Jellinek はスイスに「司法の政治化」という問題が生じていないことを理由に、恣意禁止原則に限定した審査権を認める。ここにおいて、19 世紀後半にプロイセン上級行政裁判所が恣意審査を行っており、かつ、その審査密度の低さ故に司法の政治化が生じてこなかったことが、審査権導入の契機になっていたとも言えよう (I)。

(2) 「新説」の裁判所への受容?

学説には受け入れた「新説」が裁判所²⁸⁰⁾に受け入れられたのかを確認する。そこで、参考になるのが、以下の 1925 年 11 月 4 日第五民事部ライヒ裁判所決定

275) この点について、例えば、柳瀬は「新説」がスイス・アメリカという外国を「比較の対象」としているのに対し、「旧説」は、「比較の対象を専らドイツ自身の過去の例に求めている」、とまとめる (柳瀬・前掲注 14) 68 頁)。古林によれば、Anschütz は 1926 年出版コンメンタールにおいても、特にアメリカの平等審査に対して難色を示しているようである (古林・前掲注 6) 84 頁以下)。

276) 熊田①・前掲注 6) 93 頁以下、また同頁脚注 64、柳瀬・前掲注 14) 67 頁が詳しい。熊田②・前掲注 6) 34 頁、同・前掲注 144) 88 頁で訳出されているように、Nawiasky 自身が同大会で「カウフマン教授は理想主義者、つまり自然法学者であり、私は懐疑主義者、つまり実証主義者である」(88 頁の訳出を引用) と発言していた。

277) 熊田①・前掲注 6) 93 頁。

278) 渡辺康行「学界展望」国家学会雑誌 98 (1・2) (1985) 183 頁。

279) 古林・前掲注 6) 93 頁以下参照。

280) ワイマル期憲法裁判に関する裁判制度を紹介する文献として古野・前掲注 158) 4 頁以下、グズィ・前掲注 84) 123 頁以下、宍戸常寿『憲法裁判権の動態 [増補版]』(弘文堂、2021 年) 58 頁以下、ドイツ・ライヒ国事裁判所については、宍戸・前掲 80 頁以下。

(以下 RGZ) である。以下、確認しよう。

(i) 判旨

①「WRV 109 条 1 項における箴言の意義と影響範囲に関しては、以下の論争が存在する。同条の箴言が 1850 年 1 月 31 日の PV (4 条) の同じ箴言に付与されていた意味に留まるのか、つまり、身分の相違なく法律を、全面的に、あらゆる者に対して、適用すべきなのか (PrOVGE 56 巻 235 頁、Anschütz, Preuß. VU., Bd. I, S. 108f.)、したがって、立法自身に対する規範としてではなく、司法と行政に対する規範としてのみ解される (Anschütz, Reichsverf.; Giese, RV. 6. Aufl. S. 300)、あるいは、109 条によって立法に対する制約が引かれるのか (Triepele, Goldbilanzen-Verordnung, S. 26f.; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz in der RV 特に S. 34, 87, 95, 99; Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetz in der RV, 特に S. 38, 41, 51f.)。更に 109 条 1 項が——同条のさらなる内容から推察されるかもしれないが——純然たる人格権に関係し、財産権には関係しないか (Daltróp, JW. 1924, S. 1714)、あるいは、1 項が、一般的な、財産権の領域を含んでいる規定を組み立てるかも、不確かである」²⁸¹⁾。

②「これらの問題に対する何かしらの態度表明は不要である。というのも、同条 1 項の観点の下での審査は、平価切上法 (Aufwertungsgesetz)²⁸²⁾ の憲法適合性の否定には至らないからである。法律の前の平等の原理は、法律の前に、諸事情——これを不平等に取り扱うことは、恣意を意味するとされる——を平等に取り扱う、という意味のみを有し得る。合理的な根拠に基づく根拠によっては正当化されない別異取り扱いは、恣意的なものとして思われ、そして、平等原則に違反するとされる (Triepele, S. 30; Leibholz, S. 87, 95; Aldag, S. 41, 51)。……平価切上の規定、特に、その形式化は……まったくもって合理的な衡量に……基づいている。該当する要請に基づき、そして、法律において強調された、ある状況に基づき、平価切上に関する法律の規定から生じた相違は、恣意的な、ヴァイマル憲法第 109 条第 1 項の原則に違反する相違としては見出されない——ライヒ議

281) RGZ 111, 320 (328f.)

282) 平価切上法に関してはライプホルツ・前掲注 4) 183 頁脚注 65 訳注を参照。

会の多数が見誤らなかったとしても、幾つもの、とりわけ債権者に対する、多大な過酷さと嘆かわしい不当さと結びついているのであるが。法律の個々の規定の目的適合性・必要性について議論することができるかもしれない。しかし、まさに問題となっている規定は、ライヒ議会の委員会の審議の際に、詳細な審査と議論の対象であった。そして、最終的に、それ以外の規定は法律の目指している目的に合致していないように思われたため、採用に至った。恣意的な、合理的衡量を欠く規律については、この関係からも、語ることはできないのである」²⁸³⁾

(ii) 若干の検討

1925年という時期は、平価切上法に関して、裁判官の審査権が「大きな政治的論議の中心となった」時期である²⁸⁴⁾。なお、本決定も、平等原則というよりも「ライヒ法律に対する審査権を基礎付けつつ、増額評価法律（同年7月16日制定）を合憲とした」²⁸⁵⁾判決、あるいは、審査権に関する諸判決の「集大成」²⁸⁶⁾など審査権の文脈で紹介される²⁸⁷⁾。平等に関しても、結論は合憲ではあるが、審査権を前提として取って審査権の導入賛成派でもあった「新説」に言及したのかもしれない。

①では当時の平等学説状況の分布図が整理されている。1925年11月4日の決定において、Triepelに加えて1925年のLeibholz、Aldagの学説まで参照されていることは注目に値する。しかし「態度表明は不要である」(②)として、第5民事部自身が、立法者拘束・非拘束のどちらの立場を採るのかは明らかになっていない。RGZは、以降の判決でも同様に、立場を明らかにしない。例えば、1929年12月3日第七民事部RGZでも、「[109条]がそもそも——一部の法学者が認めているような——立法者に対する基準を立てるか、あるいは、場合によっては、1928年11月17日の判決におけるドイツ・ライヒ国事裁判所(RGZ. Bd. 122 Anhang S. 35/36)が……他の研究者たちと一致して述べたように、裁判所

283) RGZ 111, 320 (329f.).

284) 宍戸・前掲注280) 62頁。グズィ・前掲注84) 149頁以下参照。

285) 宍戸・前掲注280) 62頁。

286) 古野・前掲注158) 5頁。

287) 熊田④・前掲注6) 124頁以下、同・前掲注15) 51頁以下脚注37。

と行政官庁への指示のみを含んでいるのか、このことについては、ライヒ裁判所は今まで決定してこなかった (RGZ. Bd. 111 S. 329, Bd. 113 S. 13)。本件でも、それは決められないことができよう²⁸⁸⁾と述べる。

②では、裁判所が恣意禁止原則を採用するか否かも明らかにしない。恣意禁止原則の基準を用いたとしても合理的な根拠が存在しているため、別異取り扱いは正当化されないものではない、と述べられる²⁸⁹⁾。このような、恣意禁止原則と立法者拘束説の併記は、1925年決定以降も繰り返し用いられる²⁹⁰⁾。恣意禁止原則については、併記という形式ではあるが、わざわざ詳細に論述していることから、「新説」を受容しているように思われる。つまり、RGZは、実質的に、別異取り扱いの合理的根拠の有無を基準に審査している²⁹¹⁾。

他方で、立法者拘束については、「……実際には、法律上の規定の平等原則違反を確定しないから……RGZは、判断の必要性を欠くため、その時々

288) RGZ 128, 165 (169f.).

289) Vgl. Hesse, a.a.O. (Anm. 219), S. 179f.

290) 1920年代のRGZをいくつか確認した。例えば1926年1月29日第二民事部RGZでは下記のように述べる。「そもそも、法律を適用する裁判官と行政官に対する基準 (Rich-tschnur) のみならず、立法者にも対する制約を認める場合、本件事案に関しては、この原理に——Triepelの鑑定書において生じているような——広範囲に及ぶ重要性は与えられない。」「……28条の規定の場合に恣意的な措置が問題となり、そして、普通株といわゆる債務証券に類似した株の間の別異取り扱いが合理的な経済上の衡量に依拠していない、ということは決して語りえない (RGZ. Bd. 111 S. 329)」(RGZ 113, 6 (13))。1929年9月17日第三民事部RGZも同様に次のように述べる。「WRV 109条1項の規定が立法者をも拘束すると仮定するつもりでさえ、憲法の原理は、平等に置かれている事情の場合における個々の国民の恣意的な別異取り扱いのみを禁止する。結婚している公務員と独身の公務員との住宅手当補助金 (Wohnungsgeldzuschuss) の保障における相違の導入は、相当の社会的な衡量に基づいているから、ここにおいては恣意を語りえない」(RGZ 125, 369 (372))。1929年12月3日決定でも、恣意禁止原則の内容を新説を確認し、合理的な根拠の存在を審査している (RGZ 128, 165 (170f.))。また、この態度は、1930年代に入っても変化はない。例えば、「仮に、法律の適用に対する指示のみならず、立法者に対する指示を109条第1項に見出す場合でも、[問題となっている]法律は109条1項を根拠として例外法として異議を唱えられることはない」(RGZ 136, 211 (221)) 1932年5月27日第七民事部RGZ)。

291) 以上の点を詳細に述べているのがLeibholzの1930年の論文である。彼は1925年決定など一連の諸判決に関して「平等条項の広い解釈が、単に仮定にであるとはいえ、好んで用いられている。しかも、それらの判決がさらにその出発点としているのは、裁判官が審査しえない立法者の自由裁量の領域と、その他の裁判官が審査しうる領域との根本的な区別である」と述べ、肯定的に評価する (ライプホルツ・前掲注4) 203頁)。

な事案に対する立法者の平等原則への拘束に関する問題を未解決のままにしてい」た²⁹²⁾。この原因として、そもそも「新説の実践への転化とは、その時まで、ドイツ法にとって、見慣れぬものであったライヒ・ラント法律の『実体的な』審査権の承認に他ならない」ものであった²⁹³⁾。そのため、「ライヒ裁判所・国事裁判所は新説が有していた危険性を意識して」²⁹⁴⁾、裁判官自身も、司法の政治化を懸念し、立法者拘束の見解を明らかにしなかった²⁹⁵⁾。

以上より、「新説が裁判所に受け入れられ、実現に転化された場合にのみ新説は実践的な重要性を得ることができた。このことは当時生じなかった」²⁹⁶⁾という評価は適切であろう。

(3) まとめ

従来立法者非拘束説に対して、新説は外国法の平等判例と草案 107 条を根拠に立法者拘束を提唱する。平等審査を恣意禁止原則に限定することにより、司法の政治化を防ぎ²⁹⁷⁾、その限りでの審査権を提唱した。学説上、「新説」は「勢力を増し」²⁹⁸⁾、通説化していった²⁹⁹⁾。

しかし、一方で「旧説」派はその説を変えなかった。Anschütz は 1933 年になっても① WRV 109 条は PV 4 条と同様に、「『法的平等』『あらゆる者に対する平等の権利』とよく呼ばれているものではない」³⁰⁰⁾。同条「1 項は、法律を与える者に対する基準ではなく、法律を用いる者に対する基準である。したがって、『法律の前の』平等は、法適用を行う国家機関、つまり、裁判官・行政の前の平

292) Saurer, a.a.O. (Anm. 9), S. 110. Vgl. Hesse, a.a.O. (Anm. 219), S. 179f.; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., 1933 (1965 Hermann Gentner Verlag Bad Homburg vor der Höhe), S. 525.

293) Hesse, a.a.O. (Anm. 219), S. 180. 原文では斜体強調。

294) Apelt, a.a.O. (Anm. 143), S. 305f.

295) Vgl. Apelt, a.a.O. (Anm. 143), S. 305 (熊田・前掲注 15) 49 頁参照。

296) Hesse, a.a.O. (Anm. 219), S. 179.

297) W. Jellinek, a.a.O. (Anm. 97), S. 60.

298) Apelt, a.a.O. (Anm. 143), S. 304f.

299) 柳瀬・前掲注 14) 62 頁脚注 29。

300) Anschütz, a.a.O. (Anm. 292), S. 522. 柳瀬・前掲注 14) 57 頁以下参照。

等である。法律は分け隔てず執行されなければならない。この文言からそれ以上のことを読み取ってはならない。この文言は、法律の内容については何も定めていない³⁰¹⁾。このように依然として立法者非拘束説を主張する。②審査権についても、新説に依拠すると「司法の政治化すなわち、裁判官、特に最上級の裁判官の職権を政治的観点によって占領する結果となるが、これは、いずれの立場によっても歓迎されえないであろう³⁰²⁾、と述べる。また、繰り返し、「1項は『不公正な』・『不平等な』、あるいは、他の何らかの方法で、『恣意的な』立法権の行使の禁止を含んでいない。そもそも、立法者に対する規範ではない³⁰³⁾と述べている。以上のように、Anschützは、一貫して立法者非拘束説を支持する。Thomaについても同様である (I 2)³⁰⁴⁾。

また、ライヒ裁判所における判例法理においても、恣意禁止原則に関しては——併記する形であるとはいえ——受容されたように³⁰⁵⁾思われるが³⁰⁶⁾、立法者拘束については、裁判所はその論点に言及するも同裁判所の立場は明らかにされないままだった³⁰⁷⁾。

その後、1933年になった。「次の12年の暗い年は、それまでの法治国家・民主主義的發展との決別をもたらすこととなった³⁰⁸⁾。

おわりに：基本法下の平等原則へ

1933年以前のドイツの平等審査を振り返る。18世紀から恣意概念は自由裁量をめぐる学説で登場し、PrOVGの行政裁量審査として恣意審査を行っていた。この恣意審査の内容は処分が気まぐれなものか否かというものであった。平等における恣意審査と学説上捉えられていた審査、ポリツァイの処分の原則拘束性の問題であった。また、PrOVGも学説も、PV4条の保障内容を法適用に限定していた (I)。ヴァイマール期初期では、立法者拘束を定める草案107条の導入は

301) *Anschütz*, a.a.O. (Anm. 292), S. 523. 訳出に際して畑尻・前掲注171) 98頁以下、阿部・前掲注6) 59頁参照。また、外国法の導入に対する批判も述べている (熊田①・前掲注6) 88頁)。

302) 畑尻・前掲注171) 99頁による訳の引用 (原文 *Anschütz*, a.a.O. (Anm. 292), S. 529)。

303) *Anschütz*, a.a.O. (Anm. 292), S. 529.

拒否され、立法者非拘束説が通説であった。一方で、19世紀には、既にアメリカも審査権を導入しており、立法者拘束、「〈区別の合理性〉の要請」³⁰⁹⁾という平等審査を行っていた。同時期、スイス連邦憲法裁判所もまた、立法者拘束・相対

304) 本稿は審査権には深く立ち入ることはできないが、ヴァイマル期の国法学者らの審査権をめぐる議論を詳細に論じている文献として、渡辺康行「憲法と『憲法理論』の対話——憲法解釈方法論と憲法裁判論の交錯する場で——」(東京大学法学政治学研究科法学専攻博士論文、1989年)がある。渡辺の同博士論文によると、審査権について、AnschützやThomaが常に自身の見解を維持していたというわけではなく、時期・対象に応じて、その内容は変化していた。渡辺の博士論文はこの変遷を詳細に描いている(特に35頁以下)。また、審査権をめぐる「旧説」・「新説」の対立は、議会への不信・司法への不信がそれぞれの根底に存在する(畑尻・前掲注171)143頁参照)。この点を詳しく論じるのが畑尻の研究である。以下、畑尻の研究の該当箇所を引用し、まとめる。「旧説」であるAnschützやThomaは本文中で示したように、「司法の政治化」を危惧する(同・98頁参照)また、熊田⑤・前掲注6)116頁脚注48も詳しい)。もっとも、両者の審査権否定のアプローチは異なる。Anschützは「概念構成的方法=法論理的方法」に依るのに対して、Thomaは、「利益衡量的方法=法政策的方法」に依る。後者については、「審査権肯定論の主流が方法論的にはトーマと同様」であった(畑尻・前掲注171)99頁)。また、論者により「司法への不信」の程度にも相違があったようである。Anschützは審査権集中説に立っていた。つまり、「立法論という形にせよ国事裁判所によるライヒ法律の憲法適合性審査を承認しようとしていた。このことは、1933年の彼のコンメンタールにも現れており、1926年9月の「ドイツ法律家会議第34回大会に提出された報告書」でも現れていた(畑尻・前掲注171)99頁以下、宍戸・前掲注280)90頁、なお、Thomaの国事裁判所への見解については、宍戸・前掲注280)89頁)。「審査権否定・非集中論」に立つFranz L. Neumannに比して、Anschützには「明確な裁判官に対する不信はあらわれていない」として、畑尻は、審査権集中論・非集中論の相違を「裁判官に対する不信の強度の差によるのではなからうか」と結論づけている(畑尻・前掲注171)142頁)。一方で、「新説」について、畑尻は、Triepelの1920、1923年の論文から、Triepelの見解を次のようにまとめる。「議会に対する不信故に、議会に対する他律的コントロールが必要である」(同86頁、また、加藤・前掲注164)19頁以下、31頁脚注36)。また、Leibholzの議会への不信も、本稿脚注144で引用した箇所に見れている(熊田・前掲注10)120頁など)。

305) 熊田は1974年の論文にて、踏み込んで、「ライヒ裁判所、国事裁判所およびプロセン〔原文ママ：本稿筆者注〕高等行政裁判所等の諸裁判所は、この新説を公式には受入れなかったけれども、これらの裁判所は、自らこれに共感をもっている旨を躊躇なく明言して憚らず、また裁判所に継続中の事件審理においては、平等原則との適合性に関しては実際にはこれに度々言及することによって、その態度を表明したのである」と評価する(熊田⑥・前掲注6)123頁)。しかし、1977年には、本稿と同様の結論に至ったと思われる。曰く、ライヒ裁判所・国事裁判所「両裁判所も自らこれに共感し、継続中の事件審理において平等原則との適合性に関してこれに度々言及することによって、その態度を表明したものの、両裁判所は、公式には、これの採択には踏切らなかつた」と述べるに留める(熊田・前掲注15)49頁)。

的平等を明示しており、区別の根拠の有無を審査していた。ドイツでは、草案107条と外国法に依拠して、立法者拘束と恣意禁止原則を提唱する学説が1924年を境に登場する。この恣意禁止原則とは、合理的根拠の有無の審査であり、単なる恣意審査とは異なる。この新たな学説は通説化し始めた。もっとも、平等に関しては、学説間の溝に変わりにはなかった。裁判所も「新説」の受容には慎重であり、立法者拘束に関する見解を明らかにしなかった(Ⅱ)。

既に本文の随所で示したように、また、上述したように、恣意禁止原則は恣意審査とは異なるものであり(Ⅰ)、同じく合理的根拠の有無を問う、スイスの恣意禁止原則とアメリカの合理性の審査に由来すると見るのが、適切であろう

306) Leibholzに依拠すると、ドイツ・ライヒ国事裁判所は当初、立法者非拘束説を採用していた。1928年11月17日決定 (*Hans-Heinrich Lammers, Walter Simons* (Hrsg.), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung* (以下LS), Bd. 1., 1929, S. 156ff.) では、「ライヒ裁判所の判決を通して、この条項 [=109条] が個々の国民に対しては、あらゆるドイツ国民に関連して、法律上の規範的内容的な平等に対する主観的公権を含んでいるのではなく、現行法規を分け隔てなく、あらゆる当事者に平等に適用するという裁判官に対する指示のみを含むということが確定される (RGZ, Bd. 111, S. 320, Bd. 113, S. 13) (S. 168f, 訳出に際してライプホルツ・前掲注4) 207頁以下参照)。1929年12月11日決定 (LS, Bd. 2., 1930, S. 99ff.) では「この規定 [=109条] は行政官庁と裁判所のみならず、立法者にも義務付けた。ここにおいて、このことが正しいか否かという争点への態度決定は必要ではない109条1項はいずれにせよ、制限のない平等——これが度を越すと、まさに逆転するであろう——を要求してはいない。むしろ、平等なものを平等に、他方で、不平等なものを不平等に取り扱わなければならない。個々の地方自治体が法的状態において制約・排除されているとき、もし、平等な事柄に即した諸前提が存在していなかったことが確かである場合、他の公的機関に対する不平等な取り扱いを意味しない」(S. 106, 訳出に際してライプホルツ・前掲注4) 208頁以下参照) と述べる。国事裁判所も「新説」と、相対的平等説を受け入れているように思われる。

307) Leibholzによれば、「新説」は「ダンチヒ高等裁判所および高等行政裁判所、オーストリア憲法裁判所、チューリンゲン州裁判所ならびにハンブルグ高等行政裁判所……によっても支持された」(熊田・前掲注15) 48頁。同⑥・前掲注6) 123頁、ライプホルツ・前掲注4) 211頁以下参照。他方で、「ライヒ経済裁判所」は「第109条第1項をもっぱら法適用にのみ関連づけ」、「バイエルン州最高裁判所は……単に一般的なプログラム条項にすぎないと宣告」し、「バイエルンの国事裁判所」は、「平等条項は単に法適用の平等を保障しているにすぎないとしていた以前の態度……を後になっても維持した」(ライプホルツ・前掲注4) 210, 212頁以下)。また、上記の点につき、熊田・前掲注10) 107頁で訳出されているLeibholzの見解も参照。

308) *Hesse*, a.a.O. (Anm. 219), S. 181.

309) 木村・前掲注240) 108頁以下。

(II)。

この結論を踏まえた上で、今一度連邦憲法裁判所の平等審査等を確認する。

(i) 立法者拘束について

ヴァイマル期の立法者拘束と審査権の問題という「二つの問題を、GGは、憲法の文言レベルで解決」した³¹⁰⁾。GG 1条3項³¹¹⁾にて「行政・司法に並び立法者を基本権全体、それゆえ平等原則に拘束する」ことを定め、また、「同20条3項³¹²⁾、93条以下、100条³¹³⁾に基づく包括的な裁判官の審査権は、平等原則への立法者の拘束にまで及ぶ³¹⁴⁾こととなった³¹⁵⁾。前者は、草案107条の復活とも言えよう。

(ii) 連邦憲法裁判所における恣意禁止原則

Leibholzが連邦憲法裁判所第二法廷裁判官になり、彼が裁判官として果たした大きな成果の一つが³¹⁶⁾、恣意禁止原則の導入であった。もっとも、1951年以前に、「1947年創設のバイエルン憲法裁判所は……1948年10月15日の判決において、バイエルン憲法の平等原則が、立法者を拘束していること……憲法裁判所は、立法の司法審査をなしうることを明らかにし」、さらに、恣意禁止原則による審査を行っていた³¹⁷⁾。このことから、連邦憲法裁判所が同原則を用いたこと

310) Saurer, aa.O. (Anm. 9), S. 112.

311) 「以下の基本権……は、直接に適用される法として、立法、執行権……および裁判……を拘束する」(高田・初宿・前掲注63) 213頁(初宿)。この条文は「1956年3月19日の第7回改正法律により変更されたもので、当初の規定では『……立法、行政(Verwaltung)及び裁判を拘束する』となっていた」(同頁脚注2、この「……」は初宿によるもの)。

312) 「立法は憲法適合的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている」(高田・初宿・前掲注63) 223頁(初宿)。

313) 93条は「連邦憲法裁判所の管轄権」の規定(高田・初宿・前掲注63) 269頁以下(初宿)、100条は「具体的規範統制」等に関する規定(高田・初宿・前掲注63) 275頁(初宿)である。

314) Saurer, aa.O. (Anm. 9), S. 112.

315) このことは日本でも既に周知であろう。阿部・前掲注6) 58頁脚注4、古林・前掲注6) 63頁以下、熊田・前掲注10) 134頁脚注32、同①・前掲注6) 87頁、同・前掲注5) 64頁、田口・前掲注75) 132頁、手塚・前掲注1) 398頁など。

は当然の流れだっただろう。それ故、Leibholz が参加する第二法廷のみならず、——1980年まで——第一法廷も同原則を用いていたのであろう。

既に述べたように恣意審査と平等問題における恣意禁止原則は異なるというのが本稿の結論である。しかし、PrOVG や W. Jellinek の言うポリツァイの原則拘束という意味での恣意審査は、行政に限定されない立法者の原則拘束（首尾一貫性）に昇華したとも言えよう。つまり、現在の首尾一貫性の根拠として恣意禁止原則があると指摘する学説が存在するが³¹⁸⁾、首尾一貫性の要請は PrOVG の恣意審査にまで遡るのではないだろうか。

このように、恣意禁止原則にはドイツ固有の恣意審査の残滓が見えるものの、平等審査における恣意禁止原則は、やはりスイス・アメリカの合理的根拠の審査

316) また、Leibholz が連邦憲法裁判所に与えた影響の一つとして、選挙の平等が挙げられる (Vgl. *Dian Schefold*, Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre Zwischen Weimar und Bonn, in: Karl Acham / Knut Wolfgang Nörr / Bertram Schefold (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste: Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, 1998, S. 587f. 植松健一「ドイツの民主政における阻止条項の現在 (1) ——自治体選挙と欧州選挙の阻止条項への違憲判決を契機として——」立命館法学 (359) (2015) 11 頁以下)。この点については、植松の考察が詳しい。興味深いのが、選挙の平等に関して重畳保障説から「1998年の連邦憲法裁決定 (BVerfGE 99, 1) では、判例変更を明示して二元説への転換」を行い (11 頁)、「ライプホルツ説を完全に放棄した」(同頁脚注 32) という指摘である。BVerfGE 99, 1 は第二法廷の決定である。そして 1990 年代とは、第二法廷が一般的な平等原則に関しても、徐々に Leibholz の影響から脱し、第一法廷の「新定式」に合流し始めた時期である (拙稿・前掲注 1) 1249 頁以下)。選挙の平等における、そもそもの第一法廷・第二法廷間相違の有無は検討が必要であるが、1990 年代は第二法廷にとって、旧「新説」から抜け出し始めた転換期であるかもしれない。

317) 熊田・前掲注 5) 64 頁以下、また、Juris に掲載されている同判決の主文を参照した (Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 15. Oktober 1948-Vf. 2-VII-48-, juris [URL : <https://www.juris.de/perma?d=JURE060071976> (最終閲覧日 : 2021 年 3 月 10 日)])。また、熊田・前掲注 10) 113 頁以下で紹介されている Leibholz の見解、同⑥・前掲注 6) 123 頁。

318) 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：司法審査の民主主義的正当性という問題を中心に」一橋法学 13 (3) (2014) 1105 頁参照。ドイツ行政法の通説においても、行政の自己拘束の根拠もまた平等原則である (乙部哲郎『行政の自己拘束の法理 —— 裁量と平等原則』(信山社、2001) 15 頁)。しかし、乙部は、複数の平等原則説を概観し、その共通項として、「平等原則の内容を恣意の禁止とみるだけでは行政の自己拘束は導かれず、同原則の内容に別のものを加えることにより初めて行政の自己拘束の法理が導かれ」とまとめる (30 頁)。このことから、恣意禁止原則としてまとめられるものは多義的なものとみなすべきであろう。

に由来するものである。故に、本来、外国法に依拠する恣意禁止原則は、ドイツ固有の比例原則審査とは異なる性質のものである³¹⁹⁾。つまり、本来は、恣意禁止原則を審査密度が低い比例原則審査である明白性の統制に読み替えることはできないはずである。今一度、BVerfGの平等審査の展開を振り返ってみよう。BVerfGの第一法廷は1980年に「新定式」を定立し、やや遅れて第二法廷もこれを受容する。「1980年新定式」も「第二法廷の新定式」も、恣意禁止原則と比例原則審査を並立していた³²⁰⁾。また、様々な不平等取り扱い類型を前提にする「1993年新定式」もまた恣意禁止原則審査と比例原則審査の併存に過ぎなかった³²¹⁾。これは、BVerfGが、両審査の由来・性質が異なり、恣意禁止原則を比例原則に吸収できないことを認識していたからではないだろうか³²²⁾(下図1参照)。一方で、学説は、この間、恣意禁止原則を審査密度の低い比例原則にパラフレーズすることを試みていた³²³⁾。2011年以降、BVerfGはこのパラフレーズを受容し、「新定式」は「無段階な」比例原則的平等審査となった(現在の「2011年新定式」)³²⁴⁾。しかし、恣意禁止原則には、恣意審査に由来する首尾一貫性の統制など³²⁵⁾、比例原則とは異なる要請を含まれる(下図2参照)。それ故、

319) 他方で、恣意審査を「比例原則の発展の起点」とみなす学説として *Held-Daab*, a. a. O. (Anm. 20), S. 190.

320) 拙稿・前掲注1) 1214頁以下、1251頁。

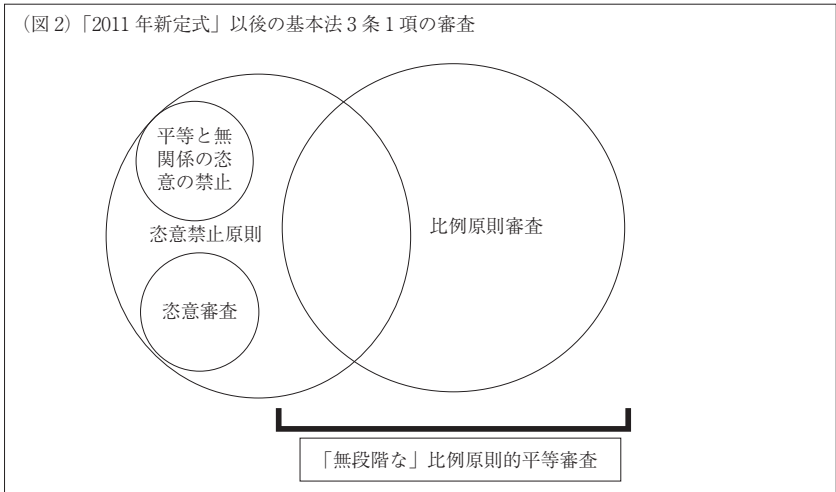
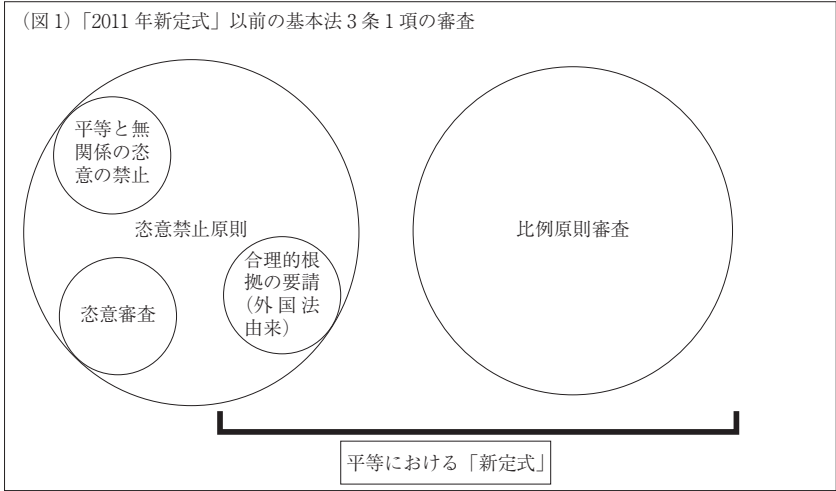
321) 拙稿・前掲注1) 1223頁。

322) 既に拙稿において、このことを繰り返して述べていた(拙稿・前掲注1) 1228頁、1253頁脚注232)。

323) *Marion Albers*, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, S. 947の見解を紹介した拙稿・前掲注1)・1228頁脚注143参照。

324) 拙稿・前掲注1) 1238頁。

325) 『『平等から引き離され、平等に対して独立させられる』』、『恣意的法適用そのものの禁止』』という要請も存在する(手塚・前掲注1) 421頁(原文: *Hesse*, aa.O. (Anm. 219), S. 192))。これもまた、処分がまさに文字通りの恣意か否かというPrOVGの恣意審査の延長線上に位置するものであろう。平等原則とは離れた恣意が問題となる現代のドイツでの具体的事案については更なる検討を要するところである。この点に関しては、日本の行政法における、行政裁量審査に手がかりがあるように思われる。本稿では、行政法の代表的教科書の一つ、大浜啓吉『行政法総論〔第四版〕行政法講義I』(岩波書店、2019)を引用するに留める。同書によれば、裁量審査の一つ、「社会観念審査方式とは、……①重大な事実誤認がある場合、②処分の根拠法律に関係ない目的ないし不正な動機に基づいて裁量権が行使されている場合等、『社会観念上著しく妥当を欠く場合』に限って処分を違法とするものであり、これは『恣意・明白性審査』ともいう(272頁)。



無段階化した現在も、いまだに「緩められた恣意禁止原則に限定された拘束から厳格な比例原則の必要性まで至り得る様々な境界」³²⁶⁾と述べ、「恣意禁止原則」という文言を残さざるを得ないのであろう。恣意禁止原則の由来を検討すると、本来は平等原則における比例性審査が恣意禁止原則の延長線に位置するというわけでもなく³²⁷⁾、また、恣意禁止原則に比例性審査が内在的に存在していたわけでもないように思われる³²⁸⁾。ドイツの平等審査は、外国法由来の恣意禁止原則と、ドイツ固有の恣意審査と、ドイツ固有の比例原則が組み合わさったものである。日本にドイツの平等審査を導入する際には、この背景を顧慮した上で、どこまで輸入するべきかを再度検討する必要がある。ドイツの「新定式」をそのまま導入する必要はないのかもしれない。今までの拙稿で投げかけてきた「新定式」の出自の問いは、本稿にて、恣意禁止原則の歴史を概観することにより、ひとまず終焉し、新たな課題³²⁹⁾に遭遇することになった。

- ※ 校正に際して、一橋大学大学院博士後期課程の小林宇宙氏、岡田聖貴氏からご助言をいただいた。篤く御礼申し上げます。本稿における誤り、誤字等は本稿筆者の責任である。
- ※ 本研究は JSPS 科研費 19J21191 の助成を受けたものである。

326) 拙稿・前掲注 1) 1240 頁で訳出した 2019 年 3 月 26 日 BVerfG 第一法廷決定 (BVerfG, Beschluss vom 26. 3. 2019 - 1 BvR 673/17, NJW 2019, S. 1796. Rn. 64) を引用。

327) 拙稿・前掲注 235) 786 頁

328) 玉蟲由樹「平等取扱原則と比例性」日本法学 85 (2) (2019) 600 頁で紹介されている Uwe Kischel の見解を参照。

329) 本稿それ自体にも多くの宿題が残されている。例えば、GG 1 条 3 項、3 条 1 項の起草過程や、WRV 109 条の起草過程の概観・分析である。