

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（六）

Jörg Paul Müller: Elemente einer schweizerischen  
Grundrechtstheorie. Bern 1982.

小林 武

目次

第一章 国家および法の秩序における基本権の機能

1. 個人と国家の間の緊張の場における基本権
1. 人類学的根拠づけ
2. 法的前提であり創造物であるものとしての基本権
3. 中心的な基本権にかんする諸問題
4. 政治的手段であり目的であるものとしての基本権
5. 客観的原則であり主観的権利であるものとしての基本権
6. 基本権の私人的側面について

## II. 基本権理論のための推論

1. 基本権の防衛的 (defensiv) 理解と構成的 (konstitutiv) 理解  
 2. 右二つの理解の位置付けと境界

3. 「制度的」(«institutionell») 基本権理解の概念について

## III. 国家の構成的要素としての基本権——民主的法秩序の必須物

1. 国家の構成的要素

2. 基本権の再構成

a) 憲法制定者によるもの

b) 連邦裁判所によるもの

aa) 民主的・法治国家のおよび連邦国家的秩序の必須物の番人としての連邦裁判所

bb) 不文の基本権の肯認

cc) 連邦憲法第四条の極限までの援用

dd) 連邦憲法の不文の基本権と連邦憲法一一三条のいう「憲法上の権利」の概念 (以上、本誌

3. 権利実現の過程における基本権の機能 (以上、本誌 一七二号)

a) 経済的・政治的領域における立法の事前形成

b) 立法の正式の手続

c) 個別事案毎の決定の手続

d) 内容の統制

e) 諸々の手続段階の相関的作用

4. 少数者の保護

5. スイスにおける基本権の、その他の特殊な機能

a) 連邦国家の統合

b) 経済制度の保障

(以上、本誌一七二号)

## 第二章 基本権の実現

## I. 基本権を具体化する必要性

## II. 基本権の部分的内容

1. 基本権の、直接的請求の根拠となる内容
2. プログラムの層 (programmatische Schicht)
3. 単純な法適用の際の基本権の側面防護的 (flankierend) 作用  
様々な基本権内容の国家機関への配分 (Zuordnung)

## III. 課 題 — 適切な機関の決定

1. 立法者
2. 執政 (Regierung) と行政 (Verwaltung)
3. 判 例

付説: 権限ある国家機関の決定にかんする事例としてのスイス基本権判例の歴史

## IV. 基本権にもとづく給付請求権 (Leistungsanspruch) — 社会的基本権

1. 問 題
2. 連邦裁判所の判例
3. 連邦裁判所判例の分析
  - a) 警察の保護義務
  - b) 公的根拠の援用
  - c) 給付の性格をもった手続的保障
  - d) 平等処遇の命令に淵源する給付請求権
  - e) 拘留法 (Haftrecht) における給付
4. 司法審査適合性 (判定) の決定的基準

## V. 合憲解釈 (Verfassungskonforme Auslegung)

1. 原 則
2. 連邦裁判所の憲法裁判権における意義
  - a) 邦法令に対する抽象的規範統制
  - b) 邦の個別的行為に対する審査

(以上、本誌一七四号)

(以上、本誌一七三号)

- c) 連邦法律の合憲解釈
- 付説 連邦参事会命令に対する適用事案における審査
- 3. 憲法に適合する裁量権行使
- VI. 基本権の第三者効力
- 1. 問題
- 2. 第三者効力説の論拠
- 3. 基本権の第三者効力の原則的承認
- a) 学説と憲法
- b) 連邦裁判所の判例
- 4. 私法における基本権の適用状況
- a) 直接的第三者効力か間接的第三者効力か?
- b) 区別すべき必要性
- c) 第三者効力理論と基本権の部分的內容
- 第三章 基本権の妥当領域について
- I. 妥当領域の決定
- 1. 方法的注記
- 2. 人的妥当領域の確定——各論
- II. 基本権制約の問題との関連
- 第四章 基本権の制約
- I. 法律上の根拠
- 1. 法律と基本権の間の同一化傾向 (Konvergenz) と衝突
- 2. 基本権制約のための前提としての法律
- a) 基本権制約の際の法律の位置付け
- b) 法律の根拠の要請
- c) 個別事例

- aa) 特別の法律関係
- bb) 警察的一般条項
- 付説・慣習法
- d) 法律上の根拠の要求にかなう連邦裁判所のその他の国法裁判の基本権関係 (Grundrechtsbezüge)
  - aa) 代表の原則
  - bb) 連邦憲法第四条の分野における合法性の原理
  - cc) 評価
- 3. 基本権保障のための法律の機能への期待
  - a) 法律への伝統的な期待
  - b) 平等に処遇する法律の自由保障機能の喪失
  - c) 個別事例毎の正義にかなう法律的規律の不可能性
  - d) 判決の正確さのための最善の保障をとらなかつた手続
- II. 公共の利益と比例原則
  - 1. 基本問題 II 利益衡量
  - 2. 利益衡量の方法
  - 3. 公共の利益の決定
    - a) 社会の変化を背景とした連邦裁判所判例の展開
    - b) 公共の利益を決定する手続と基準
    - c) 「公共の利益」概念の不十分さ
    - d) 妥当する侵害利益の質の審査
  - 4. 比例原則
    - a) 客観的内容
    - b) 行政法における比例原則の部分内容
    - c) 基本権侵害の審査の際の比例原則
      - aa) 出発点 II 基本権の保護領域の関係性

- bb) 基本権の比例原則審査の特殊性
  - cc) 人的関係の顧慮
  - dd) それ自体は合憲的な規範の適用の際の比例原則の審査
  - ee) 比例原則と裁量
  - d) 特別の基本法としての比例原則？
    - aa) 連邦裁判所の判例
    - bb) 基本権の時宜に叶った性格から出る疑念
    - cc) 一般的比例原則（の原理）による恣意禁止の限界付け
    - dd) 付言 II 人格的自由との関係
- III. 核心的内容
- 1. 核心的内容の保障の機能
    - a) 歴史的視点
    - b) 立法の制約
    - c) 判決の制約
  - 2. 核心的内容の確定
    - a) 判決の展開指針
    - b) 核心的内容の確定についての方法
    - c) 核心的内容の確定に対する国際法の影響
    - d) 事例
  - 3. 核心的内容の保障という開かれた問題
- 第五章 基本権の競合
- I. 序論
  - II. 競合問題解決の不可避性
    - 1. 基本権の多様な機能
    - 2. 基本権の多様な制約可能性

3. 時効の適用を受けずかつ不可譲の基本権

III. 課題 II 紛争の中に具体的に存在している諸利益の分析と評価

1. 具体的な紛争局面の関連性 (Relevanz)

2. すべての関連ある基本権内容への顧慮

IV. とくに連邦憲法第四条の・他の基本権との関係について

第六章 人権の国際法的保障とその連邦憲法上の基本権との関係

I. 国際法における人権

1. 国際的次元での人権の法典化

2. 国際法的人権保障の固有性

II. スイスにおける国際法的人権保障の妥当性

1. 判決にかんして

2. 立法にかんして

3. 外交政策において

III. 連邦憲法の基本権と欧州人権保護条約 (ENIRK) の間の関係

1. 欧州人権保護条約の憲法水準

2. 欧州人権保護条約の保障と連邦憲法の基本権との一致?

3. 連邦憲法と欧州人権保護条約が同時に援用された場合に連邦裁判所の執るべき措置

付 録

事項索引

## V. 合憲解釈 (Verfassungskonforme Auslegung)

## 1. 原則

法規範の中にみられるすべての法規 (Rechtssatz) とすべての概念は、多かれ少なかれ、解釈の必要のあるものである。合憲解釈 (verfassungskonforme Auslegung) の原則は、あらゆる解釈にあたって、最高の規範段階にあるものとしての憲法についても考慮することを要請する。すなわち、全法秩序の基本的諸原理としての基本権は、あらゆる私法・公法の規定の解釈にあたって顧慮されるべきであり、かつ、基本権には、成立可能な様々の解釈の下で、関係する基本権を最大限正当化するような優先的地位が与えられるべきである。

スイス刑法典 (StGB [= Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937]) 二七六条は、「軍事上の命令への不服従、服務違反 (Dienstverletzung)」、兵役拒否 (Dienstverweigerung) または逃亡 (Ausreisen) をそそのかす」者に対して、刑罰をもって威嚇している。これについて合憲解釈を行なう際に考慮に入れるべきは、民主政のもとでは国防衛というようなテーマにも公開の討論が開かれていなければならない、という事例である。それゆえ、「そそのかし」(«Auffordern») という概念は、狭く解されるべきである。すなわち、全面防衛の義務 (allgemeine Wehrpflicht) について批判的に注釈することもまた、許容されなければならないのである。<sup>(67)</sup>

連邦裁判所判例は、原則を安定的に承認してきており、この原則は、学説の中で争われていない。<sup>(68)</sup> それは、その根拠

(67)

(68)

を、何より基本権のもつ基本的 (fundamental) 性格に見出している。すなわち、基本権によって追求されている・国家秩序の目的は、専門裁判権 (Fachgerichtsharkeit) やその他法適用諸機関が基本権に向けて自らの方向を定める場合にのみ、達成することができるのである。そのことと並んで、この原則は、最高の立法 (法制定) 段階 (Rechtsetzungsstufe) としての憲法の階層秩序の上での優越性からも生じているが、この純粋に法論理的な根拠づけは、形式的意味における憲法が、そのもつ性格 (Charakter) がむしろ行政法的性質 (Natur) であるような規範をも含んでいる場合には、決してさほど重要だとはいえないのである。<sup>(69)</sup>

## 2. 連邦裁判所の憲法裁判権における意義

合憲解釈は、問題になっているのが抽象的規範統制であるか個別の適用行為の審理であるかに応じて、異なった機能を果たす。また、この合憲解釈の原則は、一方で、邦法の適用の場合と、他方で、連邦法——とりわけ連邦法律——の適用の場合とで、異なった意味をもっている。

合憲解釈の活動方法 (機能形態) は、憲法裁判権のスイスの体系を背景としてのみ理解しうるものである。その特徴を簡単に記しておくときのとおりである。<sup>(70)</sup>——邦の法令 (Erlasse) は、具体的事案への適用を待つことなく、(制定後) 三〇日以内に、国法訴訟によって取消請求をすることができる。つまり、いわゆる抽象的規範統制 (abstrakte Normenkontrolle) の手続において、連邦裁判所は、当該法令が争われている市民の憲法上の権利を侵害するものであるかどうかを審査する。それとは別に、いずれかの憲法上の権利を侵害しているとされる個別の邦高権行為 (einzelner kantonen Hohheitsakt) (判決、処分) に対して国法訴訟を提起しうる可能性が存在している。<sup>(71)</sup>つまり、邦法の制定と適用の双方が、拡大された憲法裁判権に服

(69)

しているのである。<sup>111)</sup>

これに反して、連邦憲法一一三条三項によって、連邦法律と一般拘束的な (allgemeinverbindlich) 連邦決議、したがってまたレファレンダムに付されることを義務づけられた連邦立法者の法制定行為 (Erlasse) は、連邦裁判所の憲法裁判権から除外される。連邦議会、連邦参事会、各省および下級官庁 (untergeordnete Dienstabteilung) の出す単純な (einfach) 一般拘束力のない) 連邦決定 (Bundesbeschluss) や命令 (Verordnung) も、右と同様に、それぞれの憲法適合性を抽象的に審査することはできないが、しかしながら、個々の適用事例において、制限された憲法統制 (beschränkte Verfassungskontrolle) の対象にすることがである。連邦行政法 (Bundesverwaltungsrecht) の適用が問題になる限りで、行政裁判所訴訟 (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) は、国法訴訟の機能を引き受けるのである。<sup>112)</sup>

a) 邦法令に対する抽象的規範統制

aa) 合憲解釈の原則が、近年、その増大しつつある意義を獲得したのは、とりわけ、邦の監獄規制の合憲性についての抽象的審査との関連においてである。<sup>113)</sup>

一九七三年に、チューリッヒ〔邦〕の警察取監 (Polizeigefängnis) にかんする命令の合憲性が、とりわけ、人格の自由 (Persönliche Freiheit) という基本権の要求という観点から審査された。<sup>114)</sup> 連邦裁判所は、〔右命令の〕規定のうち若干のものについて、極端に問題があると指摘しながらも、当該規範は合憲解釈によって補完されうるとして、これを無効 (Kassation) とすることは断念した。その際、全く特定の——たとえば、明白な文言から逸脱した——解釈を、適用を受けることになつた人について義務づける、ということまでしている。<sup>115)</sup>

連邦裁判所は、このような仕方では、邦の法制定権限 (Rechtsetzungszuständigkeit) を保護し、他方では、基本権適合的な解釈を確保し、また、来るべき (alliiig) 後の規範定立 (Regelung) のための照準点 (Richtspunkt) を設定しているのである。

三年後にチューリッヒ邦は、一九七三年の判決の中でなされた連邦裁判所の警告を十分には顧慮することなく、郡刑務所 (Bezirksgefängnis) のための新しい命令を制定した。この規定の基調 (Tenor) は、無効をただギリギリのところであつた命令の基調に相応しており、また若干の規範は、むしろ、收監者の権利の広範な削減を含んだものになつてゐる。このことがきっかけとなつて、連邦裁判所は、今回は、多数の命令の規定を取り消したのであり、合憲的解釈の方法を用いることの義務の示唆を甘んじて受けなかつたのである。<sup>(11)</sup>

bb) 長い間ほとんど首尾一貫することのなかつた連邦裁判所判例は、学説において批判を受け、明確なものとなる方向づけを与えられた。この「合憲解釈の」原理は、将来違憲的適用がなされるかもしれないという危険性 (Risiko künftiger verfassungswidriger Anwendung) から離れて、係争の規定が取り消されるべきか否かという問題の判定 (Entscheidung) のための決定的な標準 (Kriterium) として結晶したのである。<sup>(12)</sup> 憲法裁判官は、それゆゑに、規範の性格が——とりわけこの規範の適用を将来受ける人の範囲という観点からして——合憲解釈の手法を予期しうるか否かということについての一個の予想を立てなければならぬのである。

このことは、むしろ、何かの規定 (Regelung) が、法律の勉強をわずかしかしていい素人によつて、またほとんど法律を知らない人に対して実施されるときには否定されるべきである。ところで、在監者の監視人 (Gefängnisaufseher) (および

(71)

在監者 (Insassen) が連邦裁判所判決を詳細に知っており、かつそれに即した規則規定 (Reglementsbestimmung) の解釈をきちんと理解する (ausrichten) ことができることは、ほとんど期待できないことである。むしろ、そのような事例において、まさしく命令 (Verordnung) (規則 (Reglement)) の機能であるものは、非法律家のためにも、營造物 (在監) — 目的と在監者の基本権利益 (Grundrechtsinteresse) との間の — 付き合わせ辛いものではあるが — 利益考量 (Abwägung) を先取りし、また、誤解されることのない個別規範 — たとえば、「監獄への」訪問許可や身体運動、その他類似のものにかんする個別規範 — の中に、これを実施するための明確な指針を定めること、である。

考慮されるべきはまた、後の違憲的適用行為に伴なって生ずるかも知れない基本権侵害という難問題 (Schwere einer allfälliger Grundrechtsverletzung) と被害者 (Betroffen) となる可能性とを、適時かつ効果的に、法的手段によって、この被害者の側に立って、防護することである。さらにまた、無効 (Kassation) を求めるケースでは、異議を申立てられた規範を匡正 (Korrektur) するのにどれくらい費用がかかる (aufwendig) のかも算定しておくべきである。つまり、こうした観点の下では、容易に変更しうる法令 (Erläss) — たとえば統治 (Regierung) の指針 (Richtlinie) のような — に対しては、レファレンダムに付される形式的意味における法律の場合よりも、より強い基準が妥当する。

cc) 連邦裁判所は、その最新の判例の中で、右の諸原則を明示的に引き受けている。

「法令が特別な態様の個別事案において違憲的に表現されるかもしれないという不確実な可能性は、抽象的規範統制の段階への憲法裁判官の容喙 (Eingreifen) を一般的になお正当化しないことを、とりわけ、疑問のある問題領域において後

具体化される規範統制の可能性が当事者 (Betroffene) に十分な保障を提供しているような場合には、とくにこれを正当化しないことを、可能にするものである (BGH 102 Ia 109)。しかし、立法者は、基本権に関連する分野において過度に規制している関係を正しく解釈することを探求する際には、どのような状況の下で関係規範 (betroffende Norm) が適用のために要求されるのか、また、基本権侵害が生じたときにそれに対する権利保障がどのように形成されるのかを考慮することとを、立法者の側で、憲法上義務づけられているのである。つまり、このような関係において、法律の名宛人の有する・被害を受けるかも知れない権利の性格と意味、および生ずるかも知れない侵害の困難さが考慮されるべきである。それゆえ、抽象的規範統制の手続における法令の憲法審査の分野において、裁判官は、合憲解釈の可能性を抽象的に探求するだけでなく、憲法に忠実な (verfassungstreu) 適用の蓋然性をも取り入れなければならない (……)。或る規範がここで論じているような理解においては憲法違反へと導かれるとの見地が受け容れられる場合には、規範を存在するがままにしておくことは許容されないであろう。」

dd) こうした判例は、歓迎されてよいものである。つまり、その判例は、憲法上の要請への相応な配慮を導くものであり、それに加えて、邦に対する、また民主的立法者に対する連邦裁判所の望ましい謙抑を考慮に入れることを許容するものである。このような様々なニュアンスをもった判決に照らしてみると、邦の立法者の憲法忠誠 (Verfassungstreue) についての「推測」(«Vermutung») の形式——これは残念ながら最新の判例において再び使用されているが——は、ほとんど適切であるといえない。「妥当しなければならない客観法 (objektives Recht) を越えて、一切の推測は (ありえ) ない」(WALTER BURGHARDT) のじゅうぶんならぬ。

## b) 邦の個別的行為に対する審査

邦官庁は、連邦憲法上の基本権を欠けることなく考慮するための、またその際の合憲的解釈のためのあらゆる法適用の際に、右述のことからして、既に邦法に義務づけられているのであり、それは、連邦法は一般的に邦法に優先するからである。<sup>[74]</sup>

邦法律に合憲解釈の何らの余地もない場合には、抽象的規範の事後的取消し (Anfechtung) はもはやありえないのであり、逆に、具体的な個別行為による基本権侵害がありうるのみである。連邦裁判所は、邦法の適用に困って惹き起こされた違憲の結果を、市民は、いかなる場合においても甘受しなくてよい、ということについて「番」をするものである。つまり、連邦裁判所は、合憲解釈に沿った法適用を——可能な限りで——義務付けられているのである。

実際には、憲法のコントロールが、以下のような手だて (Sprit) で行なわれる。すなわち、連邦裁判所は、或る邦法規 (Rechtssatz) が個別のケースにおいて正當に (richtig) 解釈されているか否かを、憲法裁判所として審査しなければならぬものではないのであって、それは、第一の手だてにおいては、恣意的な、つまり、まことに維持しえない解釈、またそれゆえの憲法違反 (Verfassungswidrig) が存在しているかどうかを、もっぱら探求しなければならぬのである。<sup>[75]</sup> 第二の手だてにおいては、まず、連邦裁判所は、原則として、恣意性がなく (willkürfrei) かつ法的平等を満たしている (rechtsgleich) とみられる解釈が結果において或る特別な憲法上の権利を侵害していないかどうかを、審査する。<sup>[76]</sup> 法規自身が違憲であることが判明したときにも、連邦裁判所がこの手だてにおいて取り消すのは、適用行為だけであって、規範そのものではない。<sup>[77]</sup> こうした意味において、——支配的学説の採用する見地であるが

——連邦裁判所による具体的規範統制は存在しないのであって、存在するのは抽象的規範統制だけである。適用事案

[74]

[75]

(Anwendungsfall) において審査されるのは、もはや規範ではなく、この規範を憲法の基本権要請 (Grundrechtsforderung) と一致させるべき解釈上の結論だけである。この場合、連邦裁判所は、こうした法〔権利〕状況を満足させるかどうかを、開いたままにしておかなければならないのである。

c) 連邦法律の合憲解釈

aa) 連邦憲法一一三条三項 (および一一四條の二<sup>第四項</sup>) (正しくは一一四條の二第三項であろう——翻訳者) は、とりわけ連邦法律が連邦裁判所に対して「権威がある」(«massgebend») ことを明らかにしている。永年、この規定は、連邦裁判所にとつて、合憲解釈の原理は連邦法律に妥当させるべきではないとすることの根拠となっていた。近年に至つて、学説による批判があったがためであることはいうまでもないが、「連邦」裁判所は、その判例を変更するに至つた。連邦憲法一一三条三項は、憲法に対する連邦法律の優位という結果をもたらすものでは決してなく、連邦裁判所に、たんに、全く (allfällig) 憲法に適合しない連邦法律を適用しないことを命じているにすぎないのである。その他の点では、憲法の優位は、連邦法の解釈の場合にも、とくに基本権を、可能な範囲で考慮に入れることを要請している。

bb) 連邦法律についての合憲解釈は、——連邦裁判所が (行政裁判所訴願 [Verwaltungsgerichtsbeschwerde] の分野において) 憲法上の問題の審査を既に法律上義務づけられている場合——行政法の領域に限定されることは決してなく、連邦法律のすべてを把握するのである。とりわけ刑法の領域においては、合憲解釈の可能性は、刑事事案における破棄裁判所 (Kassationshof) の増大している待機 (Bereitschaft) が憲法上の問題設定を顧慮するについて誤解のしようもなく明瞭であるにしても、なお決して汲み尽くされていないのである。

[75]

右のような関係 (Zusammenhang) においては、連邦裁判所のとるところの、基本権、たとえばプレスの自由からは私法ないし刑法上の人格権保護 (Persönlichkeitsschutz) を具体化するための何物も導き出さないとの定式化は人を惑わすものであり、というのは、スイス民法典 (ZGB) 二八条もしくは刑法は、その領域に関わる諸自由権の意味をくまなく書き表わしているのではないからである。こうした定式「化」は、純粹に手続的な起源を有している。つまり、それは、民法法 (Zivilrecht) の統一にもとづく人格「権」侵害にかんする訴え (Klage) を民法法上の法的手段の途へと導くように、憲法上の権利が間接的にかかわっている場合でも、導くことに仕えるものである。まず、実体法的な言明 (Aussage) としてこのような形式「化」を軽率に転換することは、維持しがたい承諾へと導くものであるが、また同時に、民法法と刑事法の統一が、その分野にかんして、基本権を決定的に具体化してきたのである。

最新の判例は、合憲解釈が連邦法律の明示的文言を無視しうるかについて、不明確な態度をとっている。

右のことはあらゆる規定において否認されているにもかかわらず、連邦裁判所は、法的聴聞への憲法上の請求権を、債務取立・破産法 (SchKG: BG vom 11. April 1889 über Schuldbertreibung und Konkurs) に規定された期間の期限よりも幅広い意味を認めている。すなわち、債務取立・破産法は、法の施行の請求 (Rechtsöffnungsbegehren) については五日以内に判決しなければならぬ旨を規定している。それで、右のことは、個別の事案において、企業が閲覧および態度表明 (Stellungnahme) についての平等を得るに先立ち、請求にかんして決定しなければならぬという結論を導くわけであるから、連邦裁判所は、こうした規定の厳格な適用を違憲とみなしたわけである。すなわち、言う——「上掲の諸原則の適用は、たしかに、債務取立・破産法八四条に規定されている五日間という期間がもはや遵守されえないものであるとの結果を導くものである。……しかしながら、このことは甘受されなければならないのであって、なぜなら、債務取立・破産法八四条は、そ

れを遵守することによって当事者に事情によっては法的聴聞が拒絶されるという場合、たんなる秩序規定(Ordnungsvorschrift)に後退せざるをえないのである。<sup>(11)</sup>

或る比較の対象になりうる事案のなかで、裁判所は、右とは逆に、連邦憲法一一三条三項に規定に、形式主義的に厳格な態度を維持している。すなわち、裁判所組織法(OOG)三二条三項が規定しているのは、連邦裁判所に關係する法的手段を行使するための期限「の利益」は、そのような訴えが邦の審級にはなく連邦裁判所に対して直接、期限内に提起された場合でも保障される、ということである。連邦裁判所は、右の規定が、法的手段が期限内ではあるが誤って邦審級(Instanz)に提起され、したがって連邦裁判所にはもはや期限内には到着されないような事案にも、類似的な仕方でも適用している。連邦裁判所も、こうした結論を維持することにはほとんど満足していないのであるが、それにもかかわらず、法律の文言を無視することを自己の権限とはみなしていないのである。<sup>(12)</sup>

## 原註

(96) 合憲解釈(Verfassungskonforme Auslegung)は、基本権を指針とした解釈に限られるものではない。つまり、他の——たとえば権限規定のような——憲法規定も考慮されなければならない。

(97) これにかんしては、見よ、BGE 99 IV 92 ff. «Roter Gallus» 中の、Wolfgang Borchert の詩に密接に依拠しているところの一論稿の次の一節が評述されるべきである。——すなわち、「君は、村の男であり、また町の男である(としよう)。彼らが朝やって来、君に応召命令(Gastellungsbefehl)をもってきたときに、なされるべきはただ一つである。すなわち、否(NEIN)と言え!」——連邦裁判所は、このような言説が刑法(SGB)が求める要請強制を意味するものであるのかどうかだけを審査するのであるが、それにもかかわらず、連邦憲法一一三条によって連邦裁判所が拘束されている(九九頁)という出版の自由の關係を究明している。しかしながら、私見によれば、右規定の合憲解釈が係争の条文の意味(Textstelle)についての他の判断を導くものであるか否かは、探求されるべき課題であるように思われる。こうした志向

を以て之を以て BGE 104 IV 11 ff.

- (8) NIKLAUS MÜLLER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, Bern 1980, S. 18 ff. の文献ならちに判例一覽、444頁、EDOUARD GEORGES CAMPIGHE, Die verfassungskonforme Auslegung, Diss. Zurich 1978, 44頁参照。ULRICH HÄFELIN, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 241 ff., 444頁、WERNER AMMANN, Die Auslegung von Verwaltungsrecht durch das Bundesgericht, Diss. Zurich 1973, S. 68 ff. —— 外国の状況に於ての概括は、ヨーロッパの諸憲法裁判所の第二回会合における HELMUT SIMON の「憲法に適合する法律解釈」をテーマとした統括報告 (EuGRZ 1974, S. 85 ff.) が行なわれている。

(66) これにかんじつは、HÄFELIN, a. a. O. (Anm. 98), S. 242.

- (100) 範例的に、連邦の課税権についての極めて詳細な規定(連邦憲法四一條の二、四一條の三、四一條および経過規定八条)ならびにアブサン酒禁止(連邦憲法三三一条の三)が参照されるべきである。

(101) 一個の概観を提供するものとして、たゞそれは、MAX IMBODEN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 現在では、所収、in: Staat und Recht, Basel und Stuttgart 1971, S. 257 ff.; HANS MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel und Stuttgart 1979, S. 17 ff., 87 ff.; GERHARD SCHMID, Zur Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Entwurf einer totalrevidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung — Notwendigkeit oder Wunschtraum? Zurich 1978, S. 139 f.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel Suisse, Neuchâtel 1967, Band I, N° 443 ff.

(102) その際に問題になるのは、広く行きわたった学説に反対して固有の具体的規範統制を持ち出すことではない。これについては、後出の七三頁以下。

(103) 一つの例外は、諸邦憲法の規定に即応する連邦裁判所の確立した判例にかかわる。すなわち、裁判所は、右の規定の審査を、連邦議会による擁護という観点から拒絶した (BGE 104 Ia 215 ff. —— 詳細は註が付されている)。この判例は、広い批判を受けている (BGE 104 Ia 220 は、学説中の賛同の見解と否定の見解の双方についての概観を提供している。次のものも参照、MARTI, a. a. O. — Ann. 101 —, Nr. 146 ff., 444頁 ZBJV 1980, S. 292)。

- (104) これについては、後の七七頁。
- (105) 「連邦司法にかんする連邦法律」一〇四条 a 号は、次のように定めている。——「連邦法の侵害」は、一般的に、行政裁判所訴訟 (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) によつて訴える (rügen) ことができる。連邦憲法に場合も、基本権の「侵害がある」場合には同様である (見よ、HANS HERBER, Der Schutz der Grundrechte unter der Generalklausel der Verwaltungsgeschicklichkeit, in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, S. 237 ff.; PETER SALAMIN, Der Verwaltungsvahrensrecht des Bundes, Basel und Stuttgart 1979, S. 188 f.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979, S. 212)。——これに対して、民法および刑事法の法手続 (Rechtsmittel) の領域では、憲法上の諸権利の侵害には、憲法訴訟が妥当する (裁判所法 [OG] 四三条一項・六八条一項 b 号および、連邦刑事訴訟にかんする連邦法律二六九条二項)。
- (106) 判例にかんする叙述は、N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 18 ff.
- (107) BGE 99 Ia 262 ff.
- (108) BGE 99 Ia 279 f.
- (109) これにかんする批判としては、たとえば、CAMPICHE, a. a. O. (Anm. 98), S. 95, und N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 21.
- (110) BGE 102 Ia 279 ff.
- (111) 発端 (Ansatz) は、すでに次の文献に見られる。——MASTRONARDI, a. a. O. (Anm. 9), S. 120 f. ㊦㊧ CAMPICHE, a. a. O. (Anm. 98), S. 105; 基礎となるものとして、N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 21 ff., 110 ff., 131 f.
- (112) 有名な事例を掲げるものとして、HÄFELIN, a. a. O. (Anm. 98), S. 257 f.
- (113) N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 21 f.
- したがって、私見は、BGE 104 Ia 88 ff. に対して疑問を抱いているものであることを明らかにしておかなければならない。
- 連邦の政府 (bündnerische Regierung) の情報指針 (Informationsrichtlinien) は、次のことを定めている。——政府の記者会見には、連邦 (規模) のプレスのみが招待されること。その場合、しかし、連邦裁判所は、「連邦のプレス」という概念について、通例はグラウビュンデン邦の政治的事件を報道しているような新聞を、すべて右の概念に含めて理解すべきである、といった解釈をすることも連邦裁判所の手続に委ねられた保障である、との言葉を待っている (一〇〇頁)。

明確になっていないのは、何故に、政府が、当該規定が破棄されたことで、新規の・文言上も合憲的な判定を用いることを義務づけられないのか、また、何が、指針が示される際に何の困難もなしに命ぜられ、その分野での合憲的行政行為の擁護を強めるのか、とどういふのである。Vgl. auch ZBJV 1980, S. 245.

(14) BGE 106 Ia 137 f.

(15) 不可解に思われるのは、連邦裁判所が、後年の或る判決 (BGE 106 Ia 359 f.) の中で、この相異なつた諸原則を適用せず、それにかえて旧来の形式に再び帰戻したが、それによれば、憲法裁判官が、係争の規定 (Vorschrift) を、「それがいずれの合憲解釈も回避しない場合で、かつそれにかかわらず、そうした解釈が堅固な仕方でも主張されうる場合」にのみ取り消すこととなる (Pra 1981, Nr. 137, S. 356 より引用)。その結果、BGE 106 Ia 277 ff. も、従前に繰り上げた諸原則に対する見直しを過小にしが行なっていない。

(16) BGE 106 Ia 137.

(17) 法学的・技術的意味における推測については、( ) の意味にかんしては、一定の事実関係または一個の法関係が推測されていゝ。Vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Bern 1978, S. 139 f. 「すれにせよ、この推測は問題になりえない。」

(18) WALTER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Bern 1931, S. 14.

それゆえに、連邦裁判所の「用いじらる」形式は、近時の学説において拒絶は遭遇してゐる。Vgl. CAMPEDE, a. a. O. (Anm. 98), S. 9 f.; HAFELIN, a. a. O. (Anm. 98), S. 243, und N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 32.

(19) 連邦憲法経過規定第 1 条。この原則の侵害には、国法訴訟が向けられ得る (vgl. BGE 102 Ia 155 —— 註釈も付されていゝ [mit Hinweisen])。)

(20) 多くの事例に代えて、BGE 102 Ia 236 —— 註釈も付されてゐる。

(21) これは、確立した連邦裁判所判例に適合してゐる。示唆するものとして、N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 29 mit Anm. 44; vgl. auch FRIITZ GYGI, Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 196.

(22) 基本権競合の問題を究明する上での関連で例外に立入るものにならぬ。Vgl. hinten S. 166 f.

- (20) Vgl. exemplarisch BGE 106 Ia 303 f., 104 Ia 37.
- (21) BGE 103 Ia 560.
- (22) So z. B. IMBODEN, a. a. O. (Anm. 101), S. 266; AUBERT, a. a. O. (Anm. 101), N<sup>o</sup> 459.
- (23) じれいごじせ ZBJV 1979, S. 176.
- (24) たとはは、ちまもまな文言にもかかわらず、この二つの定義は、同等の意味をもちうる (vgl. AUBERT, a. a. O. — Anm. 101 —, N<sup>o</sup> 448)。
- (25) 連邦裁判所に対して批判するものとして、MAX IMBODEN, Normkontrolle und Norminterpretation, jetzt in: Staat und Recht, Bsaal und Stuttgart 1971, S. 243 ff.; 次のように、HANS HUBER, Der zivilrechtliche Persönlichkeit- und Ehrenschutz ... in seinem Verhältnis zur Pressefreiheit nach Art. 5 des Grundgesetzes, Gutachten 1960, Bundesjustizministerium der Bundesrepublik Deutschland, S. 94. Vgl. auch: Grundrechte der Verfassung (Anm. 21), S. 178 ff.
- (26) 近時の判決から例をとり出して、ANNMANN, a. a. O. (Anm. 98), S. 71 ff. und CAMPICHE, a. a. O. (Anm. 98), S. 26.
- (27) 連邦裁判所が事実上 (tatsächlich) 違憲の連邦法律を適用しなければならないか否かについては、論争がなかったわけではない。IMBODEN, Normkontrolle (Anm. 128), S. 255 は、連邦憲法の中の直接に適用可能な規定に違反している連邦法律は適用されてはならない、とするテーゼを代弁している。連邦参事会も、「男女同権」国民イニシアティブにかんする報告 (Botschaft) の中で右の見解を引用しているが、ただ、確定させざるわけではなく (BBl 1980 I, S. 129 f)。
- (28) 判例を参照するものとして、N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 40 ff.
- (29) Vgl. z. B. BGE 99 N 92 ff. およびこの判決に対する批判については、前掲の Anm. 97; 次のものも、刑法の分野における憲法上の命令にかんする不完全な考察を指摘している。—— CAMPICHE, a. a. O. (Anm. 98), S. 22 (いずれにしても區別しなすき) および N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 47 ff.
- (30) 近時の判例から浮き上がっているといえるものは、未決拘留を受刑期間に算入することに關連する、とくに BGE 102 IV 153 ff., 103 IV 8 ff. および、連邦裁判所がプレスの特別な機能を名譽毀損行為の際にも当然に評価すべきであるとした BGE

104 IV II ff がある。

- (134) それゆえ、たとえ、BGE 71 42, 91 II 408 が出されている。刑事事件を扱う破毀裁判所は、刑法にかんしても、この形式を、結果として採用している (vgl. z. B. BGE 70 I 24; BGE 80 II 26 ff にかんする註釈——vorre S. 50 mit Anm. 26 f——を、見よ。

- (135) 全体に「いび」 JORG PAUL MÜLLER, Die Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschutz, ZSR 1967 I, S. 135 ff.

- (136) この問題領域にかんしては、次のものがある。BERNHARD SCHNYDER, «Entgegen den Wortlaut……»: in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Basel 1975, 29 ff (連邦裁判所判例への註釈 (Hinweisen) が付されつゝ); OTTO K. KAUFMANN, Erläuterung S. A. c. Confédération, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 139 ff; RINOW, Rechtssetzung (Anm. 2), S. 122, 132 ff; ERNST A. KRAMER, Analogie und Willkürverbot, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 99 ff, insb. 122 ff.

連邦憲法一一三条三項と民法 (ZGB) との関係は、学説および判例によって認められた裁判官へのその、やむをえない場合には欠缺を法意に反してでも結果させるような権限の配分にかんしては、論理上は、なおもほとんど明確になつていないように見える。vgl. z. B. BGE 67 II 95 ff (債権法 [OR] 四〇二条および四三二条にかんするものである)、および、民法 (旧) 二二五条にかんする BGE 89 II 273 ff.

- 連邦法律とヨーロッパ人権保護条約とが一致しないケースには連邦憲法一一三条三項は適用できないのであるが、それは、ヨーロッパ人権保護条約は、国内法 (Landesrecht) に対する国際法の優越にかかわるものだからである。これについて詳述するものとして、JORG PAUL MÜLLER, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 1975 I, S. 379 f.

- (137) BGE 104 Ia 468.

- (138) 参照、BGE 101 Ia 67 ff も。——この判決では、連邦裁判所は、市民の憲法上の権利の侵害を理由とする憲法訴訟を提起するためにはそれに先立って邦の審級が尽くされていることが要求されたとした裁判組織法 (OG) 八六条の規定を、国家条約訴訟についても、それにヨーロッパ人権保護条約が妥当するかきりて及ぶ、と拡大させている。これについては、見

46. LEUZENS WIDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 1979 II, S. 346 f. — 異論の出されていない学説状況についての注釈が付されている。

(139) BGE 103 Ia 53 ff. づれにかんして批判的なものとして、ZBJV 1979, S. 170 f.; 逆に、次のものは判例に賛同している。—— ROBERT LEVI, Verfassungsrechtliche Aspekte der staatsrechtlichen Beschwerde, SJZ 1980, S. 245.

(140) 他方で、邦 (Kantonale) 法律の明白な文言に対して基本権の要求 (Postulate) を貫徹するという問題が存在する。それは、邦の法適用者が——違憲の結果を帰結するような——文言にかんしても、連邦裁判所による破毀 (Kassation) を防ぐために無視する、といった場合には説得的である。このような趣旨にあてはまるものとして、BGE 103 Ia 468 (伊語) がある。

「憲法第四条の文言に明白に違反した解釈となるのは、根拠となる理由が、文言がその規範の第一の意味を反映していないという状況の防禦にはほとんどない場合であり、また第二は、適用によって、文言が立法者が望んでいなかった結果を生じさせる場合である。このような事情の下では、当該規定の解釈は、その意味が別の規範によっても、また別の規定によってもあつげられない場合には、目的を達しないことになる。そのことから推論するなら、文言の趣旨が、比較憲法の方法による規範の解釈の必要性を明らかにしているところからは遠去かることになる (合憲解釈 (Verfassungskonforme Auslegung))」。

右の判決については、——同判決が邦法律とかわわっている限りで——AUER, a. a. O. (Anm. 55), S. 133 はこれに同意し、逆に、HAFFLIN, a. a. O. (Anm. 98), S. 216 ff. はこれに不同意である。特定の観点からすれば、連邦裁判所は、その大規模でアヒールでもって、基本権にかんして問題のある邦法令について、まさにその条文からの逸脱を強制している (vgl. etwa BGE 104 Ia 100; づれについては、上掲 S. Anm. 113)。

明白な文言への拘束の問題にかんして一般的に論じたものとして、N. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 98), S. 120 f. und 127 ff. ならびに CAMPICHE, a. a. O. (Anm. 98), S. 36.

(未完)

