

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』(二)

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
- I. 個人と国家の間の緊張の場における基本権
1. 人類的根拠づけ
 2. 法の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. 政治の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. 基本権の防御的 (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

(以上、本誌一七〇号)

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、本号)
3. 権利実現の過程における基本権の機能
 - 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

第二章 基本権の実現

I. 基本権を具体化する必要性

II. 基本権の部分的內容

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

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. 基本権に淵源する給付請求権 — 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) 公共的理由の援用
 - 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) 拘留法における給付
4. 司法審査適合性 (判定) の決定的基準
 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

V. 合憲解釈

- 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内容
- 第三章 基本権の妥当領域について
- I. 妥当領域の決定
 - 1. 方法論的注記
 - 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んする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んする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もなった手続
- 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) 出发点 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 (EMRK) 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

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

a) 法規範が国家にとって全く普遍的に構成的なものとなるのは、それが国家に対して正当化を与え、かつ目的を設定するとき（正統化機能 [legitimierende Funktion]）、また、法共同体 (Rechtsgenossen) の結合がまさにこの規範ないしその実現のための意思を肯定することにおける原則的な（すなわち、包括ではなく、また常に新たに見出される）^{フロンツ}合意にもとづいているとき（統合機能 [integrierende Funktion]）である。それで、人は、結局、すべての規範について、政治的決定発見の過程についての規範の妥当性が全くありえないということがないとき（手続法的機能 [verfahrensrechtliche Funktion]）、規範を国家にとって構成的なものともみなすことができるのである。

b) 基本権は、こうした国家構成的規範の諸標識を、次のような際立った仕方でも満たしている。——
基本権は、恣意国家 (Willkürstaat) とは対照的な法治国家を定義づける特徴、すなわち、「法律によるものである」¹⁶に人によるのではない統治] (Government by law, not by men) が貫徹している国家の目印なのである。基本権は、国家共同体の人権秩序に向けられた原理的要請における・古い歴史的経験から得られた洞察の結果である。法的審問 (rechtliches Gehör) ないし独立した裁判官の独立への請求権の中に存在しているのは、人の自由の尊重および信義誠実に則した処理を官庁に義務付ける手続関連的で実体的な、わが国の法秩序の根拠である。基本権は、結局、わが国民主義にとつて不可欠の支柱なのであるが、それは、基本権が民主主義的な意思形成および決定発見の手続を保障するものだからである。

c) 基本権は、わが国にとって、必須の礎石、つまり基本要素である。基本権は、しかし、国家法秩序全体を決定するものではない。法定と法適用の課題は、この国家法秩序を具体化することである。基本権は、同時に、日常的な法の更なる形成の目的であり、限界であり、またそれを指導するもの (Wegeleiter) であるが、この指導するものが存在していることで——新しい問題状況に向っての実現化が日々要求されているにかかわらず——、基本権は、政治的な日常的論議に巻き込まれることから守られているのである。それで、基本権は、専制的支配において正統化された秩序を打倒する際の限界を「も」設定することになる。⁽¹⁷⁾

人間の尊厳にもとづいた法の秩序の基本要素についての右のような理解——それは一方では、無条件的な妥当要求 (Geltungsanspruch) であり、他方では、必然的な実現化である——は、すでに、カール・ヤスパーズ (KARL JASPERS) が明らかにしているところである。

「……私は、私には可視的なものとなっているところの人間の尊厳を、最も制限されえないものとして扱う秩序の形成を意図している。しかしながら、私は、そのことを、常にまたすべての人に妥当する一般的計画からではなく、ただ歴史的状况の中にある、そして、今日何を為し、推進し、願わなければならないかという観点からのみ成立する一定の結果を伴っているところの、その時々々に世界を導く (weltorientierend) 智にもとづいて認識しているのである。」⁽¹⁸⁾

われわれは、われわれが、個人が他人に、また法としての共同体 (Gemeinschaft als Recht) に要求しうるもの、また、個人が他人に、また法としての共同体に責務を負っているものを、何か形而上学的な啓示によって認識するとき、政治的決定発見の複雑な基本権志向の (grundrechtlich gelenkt) 過程を初めから断念し、また、洞察力ある方法を懸

念することなく抑え込んでしまう。——つまり、その場合には、われわれは、基本権を無して済ますことができるのである。しかしながら、われわれは、人とのその社会的需要についての義務的な観察を思いのままに用いたり、またそのことにかんする見解について真実にかつ客観的に正義を占有したりするものではなく、われわれが、骨の折れる洞察、政治的決定および法的具体化のための手段の行使の過程で右の諸目的に接近するときに、基本権は、人間的正義に叶った秩序の、乏しいがしかし常に信頼しうる保障となるのである。

d) 国家の構成的要素としての、すなわち民主主義的秩序の本質物としての基本権の機能から、基本権の厳密な〔意味での〕性格 (*punktuellem Charakter*) が生じる。それは、ただ、基本的な自由の位置、とりわけ、人間の尊厳ないし開かれた民主主義的手続の確保と特別に関連した自由位置だけを保護しているのである。

それゆえに、連邦裁判所は、たとえば、基礎を任意に設置する自由を連邦憲法の不文の基本権として承認すること、あるいは、自動賭博器 (*Spielautomat*) に興じる自由を人格の自由の保護として擁護することを、拒否している。

〔スイス〕連邦憲法においても、⁽¹⁷⁾ 一般的処遇の自由 (*allgemeine Handlungsfreiheit*) を中心的な内容物として承認することは、法に国家秩序の本質物としての基本権の性格を破砕するものであり、また、それによって基本権理念を一般的に希釈する危険をおかすものである。

こうした傾向は、ドイツの憲法判例 (*Verfassungsrechtsprechung*) の中に明瞭に生じているものであるが、ドイツの憲法判例は、人の処遇の自由の様々な現われを——人間の尊厳ないし民主的法治国家的秩序の基本価値とそれがいかに関連しているかを審査することなく——基本法二条一項のいわゆる「母の基本権」 (*Muttergrundrecht*) の範囲内で保障しているようにみえる。——このような判例は、時として奇抜な結果を導くものである。或る最新の判決 (*Entscheidung*) は次のよう

(17)

に言っている。すなわち、「鷹匠狩猟免許証 (Falknerjagdschein) を得ようとする者は武器技術と武器法律についての知識を証明し、射撃試験を受けなければならないとする規定……は、法治国家原理 (比例原則) との関連において人格の自由な発展への基本権 (Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit: 基本法二条一項) を侵害する。」^[19]

鷹を使って狩をする自由は、明らかに、法治国家的民主主義の本質内容の一つに数えられるものではなく、また、人間の尊厳の発露——すなわち基本権の實質にとつてそれだけで決定的であるもの——であるわけでも何らない。ドイツ国法学の代表的な部分は、やはり、このような、自由を「小銭に」(«in kleine Münze») 価値低下させてしまう仕方に猛烈に反対している。

2. 基本権の再構成

スイス憲法国家 (Verfassungsstaat) においては、ほとんど唯一の特質であるとして述べられるのは、国家の本質物の一部としての基本権が、たんに現存状況の記述であるだけでなく、事物適合的な (sachgenüss) 再構成 (Wiederbildung) と具体化の課題であることを特徴としている、ということである。民主主義的法秩序における基本権の不可欠の機能というものを観察することは、実定法的内容の現実的な存在を追放し、また、基本権の再構成を必ずのものとすることを意味する。

a) 憲法制定者によるもの

連邦憲法においてその第一章 (「通則」) の中で保障されている基本権にかんして本質的なものとして論じられているのは、憲法制定の時期に背景にあり、また人々が邦の単独の保障に委ねることを意図していなかった、例の自由の諸事

項である。包括的な基本権カタログは、一八四八年にも、また一八七四年の全面改正の機会にも、人はそれを〔設定することを〕追求しなかったのである。^[17]

連邦憲法における基本法カタログの欠缺 (Lückentatbestand) から生じている問題に直面しているのは、とりわけ連邦裁判所である。連邦裁判所の初期の判例において、連邦裁判所は、可能な限りいかなる場合にも、邦憲法の基本権保障を抛り所にしてきた。つまり、連邦裁判所は、基本権保障の耐えがたい欠落 (Lücken) のところにとどまっていた、またはしばしば、事業毎に引き合いに出されるべき邦憲法が相当する基本権保障を黙示的に包含しているのだという仮定をすることで間に合わせてきた。^[18] また時には、連邦裁判所は、不可欠なものと感じられた基本権保障である連邦憲法四条を導入している。連邦裁判所は、一九六〇年以來、連邦憲法の不文の基本権を承認している。そのような判例は、〔今でも〕なお叙述されるべきである。^[19]

形式的意味における憲法、つまり憲法典も、一八七四年以降、基本権〔規定〕の部分で改正を経てきている。改編のあった重要な節目は、次のようなものである。^[20]

- 一九三八年、国語の領域にレイトロマン語を加えたことによる連邦憲法一五六条の改正。^[21]
- 一九四七年、経済の新規の定立 (連邦憲法三二条ないし三二条の五、三二条、三二条の四第二項、三四条の三)。^[22]
- 一九六九年、従来すでに連邦裁判所が不文の自由権として承認していた基本権である財産権保障の、明文の憲法上の権利としての承認 (連邦憲法二二条の三)。^[23]
- 一九七一年、婦人の投票権および選挙権 (連邦憲法七四条一項)。^[24]
- 一九七三年、ジュスイット (教団) の禁止と修道院 (Kloster) 条項との削除 (連邦憲法五一一条および五一二条)。^[25]
- 一九七五年、貧困者の権利の制限を断念した居住の自由についての新规定 (連邦憲法四五条および四八条)。^[26]

[20]

——一九八一年、両性の平等処遇原則の導入による平等処遇規則の増補（連邦憲法四条二項）。

これに対して、いくつかの社会的な基本権を憲法に採り入れようとするさまざまな試みは、国民の多数ないし邦の多数を獲得できずに失敗に帰しているが、それは、たとえば、労働への権利（一八九四年）、住居への権利（一九七〇年）および教育への権利（一九七三年）である。同様に、ラジオおよびテレビジョンにかんする憲法的秩序〔の設定〕を求めると拒絶されている。

こうしたことの関連で、一九七四年のEMREK（欧州人権保護条約）の批准による基本権カタログと基本権保護との拡大にも言及されるべきである。実質的観点においても、また同様に、シュトラスブルクの諸機関（「欧州人権裁判所等の人権保障諸機関」）に到達する可能性によっても、基本権保護は、有意義な価値の引き上げを導いているのである。他の場所では、より密接にそれに応じている。^[21]

b) 連邦裁判所によるもの

aa) 民主的・法治国家的および連邦国家的秩序の番人としての連邦裁判所

連邦憲法一一三条は、連邦裁判所に、「市民の憲法上の権利の侵害にかんする訴え（Beschwerde）」について裁判することを付託している。憲法は、しかしながら、いかなる権利位置（Rechtsposition）が憲法上の権利として妥当すべきかを、より狭く画定しているものではない。^[22]

基本権の機能がわが国家共同体（Gemeinwesen）の本質物であり構成的原理であることに相応して、連邦裁判所は、基本権保障にかんする自己の任務を、個別の訴訟事案において基本権にかんする憲法規定を解釈することで十分である

[21]

とは解していない。連邦裁判所は、むしろ、自身が民主主義的・法治国家的で連邦国家的な秩序の本質物の番人 (Hüter) に任ずるべく、自己の憲法委託 (Verfassungsauftrag) を解釈してきた⁸⁶⁾。連邦裁判所は、この委託を、とりわけ、不文の基本権 (これについては後述のbbを参照) を承認することにより、ないし、憲法条文の文言をはるかに越えた形で連邦憲法四条 (後述のccを参照) を具体化することにより、また、成文の基本権規範を法創造的に発展させることを通して果たしているのである。目的は次のところにある——起草された決定形成の前地 (Vorfeld) をとっておくこと、民主主義的・法治国家的な手続の遵守にかんして用心深くあること、この手続と本質的な正義の常套句 (elementare Gerechtigkeitspost) との統一可能性に向けてコントロールすること、がそれである⁸⁷⁾。

基本権の承認と具体化の限界 (司法の自制 [judicial restraint]) は、憲法裁判所の機能⁸⁸⁾、適性⁸⁹⁾、(funktionelle Eigenschaft) の結果として生じるものである。連邦裁判所は、それが伝統的な領域において公正な裁判手続の要求を具体化し、または、政治的にはほとんど争われることのない議論によって紛争の解決が可能となるところでは、比較的広範な活動をすることができる。決定的なのは、結局、生活領域が、いかなる範囲で人権による命令によって決定され、ないし、他方では、政治的に形成可能な分野では、拡散的な社会的要求にいかなる範囲で適応しているか、である。

それで、連邦裁判所は、拘留法の問題 (の分野) における人格の自由という基本権にもとづいて、人間の尊厳を保ち、陰険でない自由束縛への極めて詳細かつ特殊化された要求を發展させてきた。その際、連邦裁判所は、われわれの文化圏では今日争われることのない、収監者の処遇にかんする最小限原則に依拠している⁹⁰⁾。

連邦憲法四六条二項は、二重課税の防止のための規定を制定するための立法 (者への) 委託 (Gesetzgebungsauftrag) を含んでいる。右の委託を遂行するための様々な試みが失敗に帰したあとで、連邦裁判所は、立法委託を市民の憲法上の権利であると解釈し、また、その判決のなかで、邦の租税高権の限界についての規準 (Maß) を發展させた⁹¹⁾。しかしながら、この

[22]

ことは、当面の事柄にかんして、とりわけ、論理的な議論の広い射程を越えて到達しうるような権利対立の問題が存在している間だけ可能なのである。——これとは逆に、連邦裁判所が、母性保険の創設にかんする、同様に履行されていない立法委員の事例（連邦憲法三四条の五第四項⁽¹⁶⁾）などにおいて、立法者に代って振舞うということは考えられない。右の保険の補償範囲、資金調達方法（Finanzierungsart）および負担者について決定するなら、それは、裁判所の機能上の権限を破砕してしまうことを意味する。

基本権を再構成しその役割を發揮し尽すことにかんする自己の権限の限界について連邦裁判所が自覚していることは、その租税裁判権の問題に対する判決の中に、明瞭に示されている。連邦裁判所は、税率についての審査を、連邦憲法四條の平等原則を基準にして行なっている。次のとおりである。

「……憲法裁判官が……自己抑制を課せられるのは、とりわけ累進規定（Progressionsatz）を評価するときである。憲法裁判官は、このような関連において、問題のある秩序が真に客観的な根拠にもとづいているものかどうか、また、理性的な理由を事実関係の中に見出すための法的識別が右のことにあてはまるかどうかだけを、探究しなければならないのである。一個の租税法が右の要求を充たしているかどうかは、形式上の評価を根拠にして決定することはできないものであって、結局は、その法律が正当であるかどうかという問題と関連しているのである。しかし、正義は、政治的・社会的および経済的關係とともに変化する一個の相対的概念である。このことは、とりわけ、租税負担の分割と租税の設定とにかんして妥当する。……」⁽¹⁶⁾

bb) 不文の基本権の肯認

連邦裁判所は、指導的な判例において、——時には、憲法の文言に依拠して、⁽²⁴⁾ また時には文言から超然とした (soverän) 独立の姿勢をとって——、現存の位置を拡充し、ないし、新しい基本権を現行憲法の構成部分として承認してきた。すなわち、連邦裁判所は、一九六〇年には財産権保障⁽²⁵⁾、のちには、意見表明の自由⁽²⁶⁾ (Meinungsäußerungsfreiheit) と個人の自由 (Persönliche Freiheit) ——最初は身体的な行動の自由として、その後は精神的な不可侵性 (psychische Integrität) としつゝも——、言語の自由 (Sprachenfreiheit) および最後に一九七〇年には集会の自由を、いずれも連邦憲法上の不文の基本権として位置づけた。

この「基本権の」再構成 (Weiterbildung) は、右の諸基本権の不可欠性への理解、つまり、法治国家的民主主義にとつての基本権の構成的性格——に由来するものであったから、その場合に、連邦裁判所が憲法の更なる形成 (Verfassungsbildung) のため、自己固有の権限を擁護したのは正当である。そこにみられるものは、「連邦の民主主義的・法治国家的秩序の不可欠の構成部分とみられるところの」⁽²⁷⁾ 例の諸自由を不文の基本権として承認するとの表現をもって、こうした機能を行っているのだという、連邦裁判所の自己認識である。つまり、それに相当する判決は、——連邦憲法四条の「射程範囲の」初期における拡大とは逆に——学説と政治の双方において、実践上、矛盾なく維持されている。

不文の基本権のカテゴリーは、社会的・経済的および政治的關係の変遷を考慮する可能性と、人間と民主的法治国家的秩序への新たな脅威に遭遇する可能性とを開いている。それで、憲法判例 (Verfassungsrechtsprechung) は、土台をなしているような歴史的な憲法判決 (Verfassungsentcheid) に忠実であることができるが、また憲法の

[25]

[24]

現代に即応する現実性を確保することもできるのである。⁽²⁶⁾

六〇年代および七〇年代における・ここで取り上げられている創造的な判決は、むしろ抑制的な事例である。つまり、最近、連邦裁判所は、より広範な（＝憲法典上のもの以外の）基本権を承認するについて問題になるのは、広範に拡散した憲法現実（Verfassungswirklichkeit）がすでに邦において妥当しているという法的位置の件だけである、という議論をしている。⁽²⁷⁾ たしかに、民主主義の一般的法意識および価値意識に支えられた（＝支えられているという意味における）基本権保障も必要である。しかしながら次のようにいわねばならない。——従来の判例の中にみられるような邦（の憲法）による保障とは別に基本権保障を擁護することは、憲法の保障を必要とする本質的な保障事項や手続を社会的現実の中に危険にさらすことになる場合でも、はたして、憲法裁判所の任務であるといえないのだろうか？ まさに、いずれにしても欠けているのは、連邦のレベルで基本権保障を承認する条件として、基本権保障を慣習法類似のものとして予備的に形成することを不可欠とする姿勢である。⁽²⁸⁾ 古典的な基本権は、古典的な歴史上の侵害行為に即して整序されているが、他方、新しい「基本権」保障の課題も、伝統がないからといって、違憲審査（Rekurs）にかんして無視されてよいものではない。

したがって、連邦裁判所が医学的な臓器移植によって人間の生命が新しい形で危機に傾していることに對して、邦における憲法の変遷（Verfassungswandel）を待つことなく、初回は生命への権利を明示的に承認することによって対処したのは、適切なことであつた。⁽²⁹⁾

[26]

cc) 連邦憲法第四條の極限までの援用

連邦憲法四條の領域において、近時における不文の基本権の承認と、一定の基本権位置——たとえば法的審問への請求権——の確定との間にあるのは、しばしば、段階的な相違だけである。^[26]

近時でも、連邦裁判所は、連邦憲法四條を、信義誠実の原則を承認することによって自明の基本権内容としてより詳細に具体化し、またそれによって、国家的処務 (staatliches Handeln) の信頼性への市民の基本的な要求に対して憲法的な観点からの一つの回答を行なっている。^[27]しかし、最近では、不文の基本権の場合と同様の、判決の狹隘化を確認することができる。すなわち、連邦裁判所は、連邦憲法の四條の領域における新しい基本権位置を承認する際に、この基本権位置が邦または連邦の立法の中に既にいかなる範囲で結晶しているかを考慮に入れて^[28]、それにかんじて、連邦裁判所は、憲法を、自己の規準にするのではなく、立法者に仕える従属者にする危険をおかしているのである。^[29]

連邦裁判所は、右の判例で、邦がまさに基本権領域において連邦裁判所の領導を期待している、ということを誤解している。邦裁判所は、影響を与える法的平等化のための可能性をもった例の国法上の状況を（また、今日では、国法上の義務付けについての許容されえない認識を）しばしば自由に処理するわけにはいかないのであって、つまり、邦裁判所には、基本権保障についての時宜に即した更なる形成が必要なのである。それに加えて、様々な基本権問題にかんじては、連邦国家の統合 (Integration) のためには、この基本権問題についてスイスにとって統一的に答えることが不可欠であって、それはたとえば、居住の自由、取引および営業の自由ないし思想および良心の自由の領域においてそうなのである。

[27]

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

連邦憲法の不文の基本権を承認するための基準は、実質的性格のものである。基本権として妥当するのは、裁判所の平等思考にもとづく法治国家的民主主義にとって全く本質的なものとみえる国家の一定の行態 (Verhalten) にもとづく・裁判官によって割り当てられうる (司法審査になじむ) 主観的な請求権である。不文の基本権を承認する場合、つまり、たとえば連邦憲法四条の領域で国家的処務にかんする一定の原則を具体化する場合でも、判決は、事情が右のようであるから、一個の実質的憲法概念 (materieller Verfassungs begriff) に依存している。決定的なのは、実体に即して憲法上の個人権とみなされうるものがあるかどうかである。

連邦裁判所は、連邦憲法一一三条一項二号にもとづいて、「市民の憲法上の侵害にかんする訴え (Beschwerde) について」判決している。右の規定の解釈をめぐっては、不文の基本権の解釈の場合と共通して、いかなる法的地位が基本権に値するのかが問題となる。そこで、関心が寄せられるのは、連邦裁判所が「憲法上の権利」という概念を扱う際に、憲法と個人権についての純粋に形式的な概念 (rein formellen Begriff der Verfassung und des Individualrechts) にしばしば従っており、かつ、係争の憲法条項が実質的な憲法の質 (Verfassungsqualität) を有しているか否かについては審査していないことである。

このことは、無数の判決の中で、邦憲法の規定がいかなる範囲で基本権ないし基本権類似の地位を保障しているかという問題へと明らかに発展している。或る邦憲法の特定の規範が連邦憲法一一三条の意味における憲法上の権利であるかどうかを判断するにあたって、連邦裁判所は、まず第一に、係争の憲法条項が純粋にプログラムのないし組織的性格を定めたものにすぎないのか、それとも、個人的な法地位を認めることを定め、またそれに適したものであるかに焦点

[28]

を合わせる。その場合、特定の規範が組織的またはプログラムの内容と並んで個人的内容を有していることで、「右の連邦憲法一一三条の意味での憲法上の権利であることの要求は」充足される。⁽¹⁸⁾「連邦」裁判所は、それ以上に、問題となっている規定が司法審査に適用していること、すなわち、個別的事件への適用がなされうるほどに熟した規範的な規定性を有していることを求めている。

したがって、連邦裁判所は、ヴァリス邦憲法の或る規定について、この、同邦の公務員の・市民に対する・過失による行為についての国の賠償責任を明確に定めている規定の司法判断適合性を否定している。つまり、その場合、連邦裁判所は、「邦憲法の」規定は、何よりも、立法者によって具体化されているのでなければならぬ、という議論をしているのである。⁽¹⁹⁾

司法判断適合性——主観的請求権の内容と範囲の判定への裁判官の機能的適性という意味における——の問題について、連邦裁判所は、とりわけ、租税制度の分野にある憲法規定との関連で、見解を開陳している。連邦裁判所は、或る社会的に正当な課税を保護しようとしている憲法規定を、極めて控え目な態度で憲法上の権利と認識しているにすぎない。それで、連邦裁判所は、ゾロトゥルン邦憲法の、一義的に個人権を定式化しており、かつ文言上の操作が可能な規定について、これが憲法上の権利としての質を有することを否定している。つまり、連邦裁判所は、規定の基礎にある目的（＝最底辺の所得等級者の保護）を実現することを、憲法裁判官 (Verfassungsrichter) の義務とみていないのである。また言い換えれば、連邦裁判所は、憲法によって目指されている社会政策的目的を達成するについて、また、或る特定の方策を選択する決定を立法者がするについて、そのための多様な方途のあることを認めているのである。⁽²⁰⁾

ユラ (ジュラ) 邦憲法が、その法典中に様々な社会的基本権を採用した以上、連邦裁判所には、従来よりも一層明確に、かつ、財政領域外でも連邦憲法一一三条の意味における憲法上の権利の存続と範囲 (を確定するため) の規準を充分に満たしていることが、おそらく早急に義務付けられることになる。⁽²¹⁾

[29]

連邦裁判所が、連邦憲法のどの規定が憲法上の権利を保障しているのかという問について扱ってきたのは、邦の憲法規定の解釈を扱ってきたのよりも、ずっと少ない。古典的自由権の基本権的性格が、それが憲法条文の中に錨着されている限りでは、疑問の余地がないのとひきかえ、他方、連邦裁判所は、その他の様々な基本権関連的な憲法規定を、基本権保障のために実り豊かなものとして用いることはめったにしていない。

それで、裁判所は、たとえば、連邦憲法六五条二項にもとづく体刑の禁止を人格の自由に即して実現することを怠っていた。裁判所は、またたとえば、連邦憲法一一六条〔国語・公用語を定めた条項〕の適用については最も強い興味を示している。すなわち、連邦裁判所は、最初、同項の文言とはかかわりなく、言語の自由を、不文の基本権として承認していたが、その後、連邦憲法一一六条は——連邦裁判所が〔公用語 (Amtssprache) でなく〕国語 (Nationalsprache) を扱っている限りで——すべての市民に各自の母語 (Muttersprache) の使用を付加的に保障するものである。と述べるに至った。

原註

(59) 基本権の統合的 (integrativ) 機能については、見よ、RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1926)。今日では、*Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 187ff. 右に「かつ」また正統化の (legitimierend) 機能については、*Grundrechte der Verfassung* (Ann32), S. 105ff.

(60) TRIEBE a. a. O (Ann. 3), S. 894ff は、一定の基本権内容を法律制定によって具体化すべき必要性が、基本権の放棄不能の内容を危機に陥れることがあってはならないことを強調している。

(61) このことは、たとえば、その参人によって基本権のためにはやっかいなものとなった一九三三年のオーストリアの憲法裁判所 (Verfassungsgerichtshof) の中に示されている。これについては、参照、ROBERT WALTER, *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Österreich*, in: *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, Kolloquium Hans Spanner, Wien / New York 1979*, S. 5, 指示 (Hinweisen) が付わられている。

- (62) Karel JASPERS, Philosophie, Band II, 3. Auflage, Berlin / Göttingen / Heidelberg 1956, S. 366.
- (63) たゞせば、BUCKMANN, a. a. O. (Anm. 47), S. 39 および、やはりわけ [S.] 57 によつて代表されている提唱の不十分をも、基本権を支配的な人類学の規準に従つて解釈することの中にある。
- (64) BGE 96 I 104ff.
- (65) BGE 101 Ia 336ff.
- (66) とりわけ、ZACCARIA GIACOMETTI 氏、憲法典中に述べられた基本権は普遍的で憲法上保障された自由をたんに特別に愛わたたせたいと思ふべきではないと主張すること (Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR 1955, S. 149ff.)。Yo HANGARTNER, Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBI 1969, S. 337ff. 亦同様である。普遍的な憲法上の自由保障に於いてのテーゼは、VIKTOR AEPFL, Grundrechte und Privatrecht, Diss. Freiburg 1980, S. 39ff. の中で、暗に取り入れられている。
- (67) このことは、人格の自由にかんする連邦裁判所判決に対する HANS HUBER の批判のための主要論拠となつているものと思われる (Die persönliche Freiheit, StZ 1973, S. 113ff. 参照)。よつて 118ff.)。国家による拘束からの普遍的な基本権的自由 (という考え方) に反対するものも少なくない。ANDRÉ GRISEL, Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, S. 141, 番号 RENE A. RHINOW, Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBI 1969, S. 225ff. GIACOMETTI のテーゼについて詳細な検討をするものも、Grundrechte der Verfassung (Anm. 32), S. 134ff.
- (68) BVerfGE in NJW 1981, S. 673.
- (69) 人格の発展の自由の、平価切下げ、に対する反対の立場で今なお指導的なのは、HESSE, Grundzüge (Anm. 15), S. 173ff. 彼の教科書 (Heidelberg / Karlsruhe 1977) の第九版の中で、HESSE は、自己の批判を、むしろより鋭い形で定式化している (よつて S. 173)。次のものをも見よ——基本法の人間の尊厳保障に関連した類似の設定された問題について——
- GÜNTER DÜRIG, in: MAUNZ / DÜRIG / HERZOG, Grundgesetz Kommentar, Nr. 29 zu Art. 1 Abs. 1.
- (70) GRISEL, a. a. O. (Anm. 67), S. 141.
- (71) 根拠として、HANS HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, ZBIV Band 91 Bis (1955), S. 102ff.

- (72) それで、財産権保障、地方自治および、権力分立原理については、GRISEL, a. a. O. (Anm. 67), S. 141における言及を参照せよ。
- (73) 後出の S. 23ff.
- (74) 憲法改正にかんする成果に富んだ、ないしは失敗に帰した研究のすべてについての完全な概観は、「レファレンダム提案、緊急連邦決議、国民インシニアティブ、国民投票」にかんする連邦官房の集成 (Bern 1974, 補遺が 1980 に付されている) が、これを提供している。
- (75) Volksabstimmung vom 20. Februar 1938: AS 54, 197.
- (76) 連邦裁判所は、かつて、言語の自由を不文の基本権として認めたが、最新の判例においては、この基本権について、付加的に、連邦憲法一一六条を引き合に出している。すなわち、BGE 106 Ia 302E, 2a がそれである。
- (77) Volksabstimmung vom 6. Juni 1947: AS 62, 1041.
- (78) Volksabstimmung vom 14. Sept 1969: AS 1969, 1249.
- (79) 最も明瞭な連邦裁判所判決は、ZBI 1961, S. 69ff に掲げられている。それについては、見よ、SALADIN, Grundrechte (Anm. 6), S. 114ff.
- (80) Volksabstimmung vom 7. Februar 1971: AS 1971, 325.
- (81) Volksabstimmung vom 20. Mai 1973: AS 1973, 1455.
- (82) Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975: AS 1976, 711 und 713.
- (83) Volksabstimmung vom 14. Juni 1981, BBI 1981 II, 1266.
- (84) 見よ、後出 S. 196ff.
- (85) 連邦の訴訟 (Bundesrechtsplege) の組織にかんする連邦法律も、この概念についてより詳細には画定していない。すなわち、八五―八七条は、たんに、特別の訴訟上の地位をもった個別の憲法上の権利への言及を含んでいるにすぎない。
- (86) これにかんして詳述するものは、Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 67ff.
- (87) より詳細には、後出の S. 30ff.
- (88) とくに連邦裁判所に関連するものは、Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 81ff, 89ff. の問題について

般的に扱うものは、DIETER GRIMM, *Verfassungsgerichtsbarkeit—Funktion und Funktionsgrenzen im Demokratischen Staat*, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band II, München 1977, S. 83ff, sowie SCHEUNER, a. a. O. (Anm. 38), S. 473ff, und RENE A. RHINOW, *Rechtssetzung und Methodik*, Basel und Stuttgart 1979, S. 184ff. 又見、WALTER HALLER, *Die verfassungsgerichtliche Grenzen der verfassungsgesetzlichen Staatsfunktionen*, DöV 1980, S. 465ff.

GUNNER FOLKE SCHUPPERT (Funktionellrechtliche Grenzen der verfassungsinterpretation, Königstein 1980) は、憲法裁判所と立法者との間の課題分配を単一次元的な基本権問題と多次元的なそれとの間の区別によって教義的によりよく把握しようとする探究を試みている (vgl. 事例は S. 47ff.)。

(89) 明確な限界は、一度も法律制定の全く区分された手続を (あらゆる関係のある領域の事前協議手続 [Vornehmlassung] によって) 補充することのできる裁判所手続の形成から、すでに生じている。たとえば、PETER HABERLE が、別異の政治的・社会的利益を包括的に顧慮する意味において、一個の憲法裁判手続を構築するよう要求している (見よ、例示的であるが、HABERLE, *Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts*, in: *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein 1979, S. 405ff.)。それにもかかわらず、憲法裁判所には、右の二つの関連し、越えられないべきでない限界が存在していた。——連邦裁判所手続の構築可能性を扱ったものとしては、THOMAS FLEINER, *Probleme der Anwendung von Verfassungsrecht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde bei der unmittelbaren Verfassungsverletzung*, ZBJV 1971, insb. S. 270.

(90) Vgl. Insb. BGE 102 Ia 279ff, 102 Ia 302ff und 106 Ia 130ff.

(91) 参照、スイス自身は拘束しない収容者の扱いにかなするヨーロッパ議会の最低限原則がしばしば引き合いに出われている (「例として」 BGE 102 Ia 284; vgl. 以下のごとく、後出の S. 174ff.)。

(92) この判例のごとく詳述し、評釈するものとして、HANS HERBER, *Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht*, 上の論文は「今日では」 *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht* Ausgabe Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, S. 519ff に所収。

(93) 現在、「母性の現実的保護のための国民イニシアティブ」が懸案となっている。見よ、BBl 1980 I S. 821ff.

(94) 同意見のものとして、Urs BREITNER, *Staatszielbestimmungen als Problem des schweizerischen Bundesverfassungs-*

rechts, Diss. Zurich 1980, S. 187.

やむを参照、後出の S. 64ff.

(95) BGE 99 Ia 654.

- (96) それで、連邦裁判所は、少なくとも初期においては、形式上の裁判拒否 (Rechtsverweigerung) の禁止を、法的平等の具体化であるべきなしていた。これについては、見よ、PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Basel 1975, S. 43f.
- (97) 最もきわだっているのは、不文の基本権の明示的な承認の場合である。しかし、連邦憲法四条に拠る恣意禁止の導出も、極端に独創的な成果とみなされており、また、当時は、連邦裁判所判例の極めて大胆な踏み出してあると考えられたのである。これについては、SILVIO ARIOLI, Das Verbot der willkürlichen und der rechtungsgleichen Behandlung, im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Basel und Stuttgart 1968, S. 19, und MAX IMBODEN, Der Schutz vor städtlicher Willkür (1945), jetzt in: *Staat und Recht*, Basel 1971, S. 145ff. Vgl. 最新 G. G. U. V. CHRISTOPH RÖHNER, Die Kognition des Bundesgerichts bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Bern 1981 (公刊は 1982)。

(98) BGE in ZBI 1961, S. 69ff. 過去の未公刊の連邦裁判所判決への言及は、SALADIN, Grundrechte (Anm. 6) S. 116 にみられる。

(99) BGE 87 I 117; BGE 91 I 480 が、意見表明の自由について、はじめてこれを、明瞭な形で、特別の不文の基本権として承認した。Vgl. SALADIN, Grundrechte (Anm. 6), S. 75.

(100) BGE 89 I 98 und 90 I 34; これについては、見よ、GRESEL, a. a. O. (Anm. 67), S. 142.

(101) BGE 91 I 480.

(102) BGE 96 I 224.

(103) BGE 100 Ia 400; 同様に 96 I 223f. a. かつこの [判例は] さらに加えて、他の基本権の行使のためには当該自由が不可欠である。この定式を要求していた。

BGE 100 Ia 400 は、むしろ、自由の関心事は、不文の基本権として承認するためには、他の明文、基本権の不可欠の前提であ

る」と推量している。さうした制約は、客観的には立証されないのである(次のものもさのうに言っている。JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Les droits fondamentaux dans la Jurisprudence recente du Tribunal Federal Suisse. Essai de synthese*, in: *Menschenrechte, Federalismus, Demokratie*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 3, Anm. 3.

今日の判例によれば、連邦の民主的・法治国家的秩序にかんする構成的性格と、他の基本権の行使のための不可欠の前提の適格性とのいずれが存在していることと十分である。とされる(vgl. BGE 104 Ia 96)。

(104) ARIOLI, a. a. O. (Anm. 97), S. 19のこぼる指摘を見よ。

(105) とりわけ、不文の基本権のカテゴリーは、スイスにおいては全く格別に、新規の憲法の裁判官による創造に委ねられている。右のカテゴリーは、しかし、徹底的に比較可能な方法で、とりわけ修正第一、一四および一五条の広範な解釈によって、成文憲法を拡大したところのアメリカ最高裁判所の中に、事実の上で、生きついでる(TRIEBE, a. a. O., — Anm. 3 — S. 501ff, 567ff, 886ffを参照せよ。また見よ、JESSE H. CHOPPER, *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago und London 1980, S. 73ff)。

ドイツ連邦共和国の場合も、基本法二条一項の解釈の領域において、さらに基本法二〇条のいわゆる法治国家条項の最大限活用においても、基本権カタログの創造的な再構成が生じており、それは、憲法上の信頼保護、溯及効禁止およびその他の概念の承認をとおしてなされている(見よ、Hesse, *Grundzüge* — Anm. 15 — S. 79ffの法治国家原理の多様な概念について)。こゝまれには、「ドイツ」連邦憲法裁判所も、「スイス」連邦裁判所と同様、同一の形式を利用しているのであるが、その際、連邦憲法裁判所は、憲法上の基本権は明文上保障された基本権の行使にとつて不可欠な当該の自由の位置をも保護するものである旨判示している。(これを指摘するものとして、BUCKMANN, a. a. O. — Anm. 47 — S. 67 mit Anm. 34の註記)。「アメリカ憲法の「黙示の権利」(«implied rights»)にかんする類似の承認については、参照、TRIEBE, a. a. O. (Anm. 3), S. 887。

(106) それゆえ、とりわけBGE 104 Ia 88ffは、情報の自由について、これを、不文の基本権領域における一定の官側の情報を求める請求権として受容するいとを拒否している。この判決は、学説では、多く否認されている(vgl. Z. B. DENIS BARRELET, *Le droit du journaliste à l'information*, SIZ 1979, S. 69ff sowie ZBJV 1980, S. 251ff)。これは、亦、CHARLES PONCET (*La*

liberté d'information du journaliste: un droit fondamental? Paris 1981, S. 27) は、「この判決について、この種の請求権を承認することは憲法制定者の義務ではあるが連邦裁判所の義務ではない」と論じて、それを正当としている。こうした見解は、私見によれば、民主主義社会の本質的要素の保護のための連邦裁判所の特別の任務を誤認したものである。

さらに次の点も考慮されるべきであったのではないか。すなわち、「連邦参事会および連邦行政政府の組織および職務遂行にかんする法律」の第八条は、連邦参事会に、公的なものの広範な情報を提供するものである。情報提供の義務を明示的に規定しているところの、連邦憲法全面改正のための草案(付録参照)第七条をも参照せよ。

BGE 100 Ia 392 ff. は、むしろ、古典的自由権だけが不文の基本権として承認されうる、ということを読んでいる。

- (107) 邦の憲法レベルでの規定の制定において、また連邦の法律制定において、相当な請求権が、BGE 104 Ia 96 が推測を許しているように、すでに形成されているとみるかどうかは、いまだ確定したものではない。これについては、直ちに見よ、⁽³⁾の文献および Grundrechte der Verfassung (Anm. 32), S. 82.

- (108) BGE 98 Ia 508 ff. の問題にかんする詳細なものとして、Jörg Paul Müller, Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR 1971 I, S. 457ff.

- (109) これにかんしては、すでに Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts (Anm. 71), S. 341ff が強調している。これとは反対に、Griseh, a. a. O. (Anm. 67), S. 140 では、私の見解によれば、区別に比重を置きすぎている。

- (110) BGE 103 Ia 505ff; 賛同または拒絶の表明への参照は、前掲の Anm. 17.

- (111) BGE 104 Ia 17.

- (112) Vgl. Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 93, Anm. 140.

- (113) BGE 97 I 50 は、方法的処置にかんして若干の示唆を提供している。人格的自由への一定の侵害が憲法の前で維持されるかどうかについては、連邦裁判所は、これをケース・バイ・ケースで判断しようとしている。それは、「決断(Entscheidung)を法治国家的な自由の概念に相当する哲学的・倫理的根拠に据えることであるが、しかしながら、その原則は、自らの側で一定の変容を受けうるものである。再び、憲法裁判官は、保護されるべき自由の領域を画定する際、比例原則を尊重し、対立する権利素材(Rechtsgüter)と利益の評価を行わなければならない。いわずもがなであるが、憲法裁判官は、比較法的な考慮もしなければならず、また、超国家的組織によって定立された規範に内在しているような原

則を、時には顧慮しなければならない。」

これについては、参照 Jürg Paul Müller, Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1971, ZSR 1972 I, S. 213f.; 上記の Anm. 67 参照。

(14) これは反対に、Rhinow, Grundrechtstheorie (Anm. 33), S. 438 は、「判例は憲法上の権利の規定を不文の基本権のそれと同列に置いていゝ」とする。

(15) これにかんする根本的な詳述は、とりわけ、BGE 104 Ia 387f. 中に見られる。「連邦裁判所判例によれば、国家の侵害に対する保護領域を市民に保障しようとする、その種の連邦および邦の憲法規定は、憲法上の権利を支援したものである。しばしば、そうした保障法は、憲法の文言の中に認められうるものであり、他の場合には、個々人に国家権力に対する権利の請求 (Rechtsanspruch) を擁護しようとする規定の解釈および具体化の形で示される。さらに、たしかに公的利益において優越的に制定されてはいるが、同時に、個人的利益をも保護しようとしている憲法規範がある。そうした憲法規範は、その範囲で、憲法上の権利として承認されている。結局、その意味が国家共同体 (Gemeinwesen) の妥当な組織と形成を可能にすることの中に尽きるような、組織のないし、プログラムの規定が存在しているわけである。そうした規定は、公共の利益において制定されており、また、個別の事案における個人的利益を憲法規範によってカバーしている場合でさえ、市民に対していかなる憲法上の権利をも付与してはいないのである (BGE 96 I 636 E. 3)。こうした限界づけをすることには、疑念が投げかけられうる。特殊な問題が、立法委託を含んでいる憲法規定から生じる。一定の分野で活動している立法者に対する一般的な委託は、個々人に対して裁判官による・立法委託の遂行を求めらるいかなる請求権を付与することを可能にするものではない (BGE 55 I 365)。憲法が、いかなる要求が一定の立法に対して個別に適合したものでなければならぬかを立法者に指定している場合には、事情が異なる。公益の追求は別にして、憲法制定者は、法律制定が市民に対して一定の程度を越えて負担をかけるものとならないようにするために、市民に一定の具体的な保障を与えることを顧慮しうるのである。こうした事案においては、立法が憲法によって引かれた境界を踏越していることが前提されている。このことは、憲法が立法者に対して租税立法を一定の方式と態様で内容的に形成する指示を与えているような場合に、まさに妥当しうる。」

(16) BGE 105 Ia 38.

(117) BGE 105 Ia 349; 104 Ia 284; 99 Ia 699; 86I 285; 85 155.

(118) BGE 104 Ia 284ff. (ツァリス) 邦憲法六二条四項は、次のように規定している。『些少の財産は、非課税であり、また、各人の収入については、生存のために無条件に必要な額が、非課税となる。』と。連邦裁判所は、訴願を認容するにあたって、その理由として、個人保護の機能も規定にふさわしいのであるが、実体的審理の領域では、現行の憲法からすれば規範は、「立法者への指図の意味以上に……、租税法律において社会的控除を規定し」なければならないという結論に到達する(一九四頁)。Vgl. dazu ZBJV 1980, S. 234ff.

(119) 一九条一項(労働への権利)、二三条一項(住居への権利)、四〇条一項(訓育 [Bildung] への権利)。Vgl. Soziale Grundrechte (Anm. 36), S. 15ff.

(120) 司法判断適合性 (Justizialität) の問題は、両性の平等処遇の原則(連邦憲法四条二項)の観点からも立てられるが、連邦参事会報告によれば、むしろ、「男女」同一賃金への要求から導出している (BBl 1980 I, S. 143)。Vgl. hinten S. 54

(121) 憲法上の権利にかんする従来の判例よりも一層明瞭なものとして、国家契約訴訟 (Staatsvertragsgeschwerden) にかんする裁判における司法判断適合性の基準が、明文化されている。すなわち、国家契約の定めは、裁判構成法八四条一項c号にもとづく訴訟手続においてのみ有効となりうるのであるが、それは、この国家契約の定めが、自動執行的つまり直接に適用可能であって、しかも、承認、判決言渡しおよび分配が一般的に判決の活動領域に属しているような請求を指し示しているような場合にそうなのである。国家契約によって保障された基本権については、後出一七三頁以下を見よ。

(122) 連邦憲法四六条二項にもとづく二重課税禁止にかんする判例については、見よ、前出二三頁。

(123) BGE 97 I 480; 参照、前出二〇頁。

(124) BGE 106 Ia 299ff.

(未完)

