

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』(三)

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 (defensive) 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、本誌

3. 権利実現の過程における基本権の機能

一七一号)

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、本誌本号)

## 第二章 基本権の実現

1. 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

## III. 様々な基本権内容の国家機関への配分

1. 課題——適切な機関の決定
2. 立法者

## 3. 執政 (Regierung) と行政 (Verwaltung)

## 4. 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

## V. 合憲解釈

## 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

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
- 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＝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（承前）

#### 3. 権利実現の過程における基本権の機能

民主主義的な法秩序および国家秩序の本質的な要素としての基本権の機能は、以下のように、スイスの法的小説家および政治的制度的な決定発見の手續（プロセス）に留意しつつ、ひとつひとつ（schrittweise）論述されるべきである。右にいう手續の重要な諸局面は、次のところにある。すなわち、広範な社会的領域における政治的決定の・比較的制度化されていない予備的形成（Vorformung、（議会前手續を指す））と、制度化された法制定手續、そして最後に、裁判所および行政府による法適用の手續における個別事案の決定、である。こうした、特別の統制（コントロール）のすべての局面が基本権の促進を条件としているということが、指摘されるべきである。<sup>[31]</sup>

#### a) 経済的・政治的領域における立法の事前形成

法的規範形成は、社会的な規則の必要への回答である。個人的および集団的分野における紛争状況と欠乏現象は、客観的に正当な軌道へと法制定を向けるための表現を見出さなければならない。意見表明の自由、結社および集会の自由、請願権、また一定の意味においては信教の自由と芸術の自由および学問的な教授と研究の自由のような基本権は、可及的に多くの・法共同体における現実性の意味が確実なものとなりうることに寄与する。

[31]

基本権にかんする主要関心事 (grundrechtliches Hauptanliegen) は、社会的・法的刷新のためのいかなる情報、批判ないし提案も官庁の指導、検閲ないし他の抑圧によって妨げられることがないようにすることにある。<sup>[31]</sup>

独裁制に向うような芸術動向の禁止が示すものは、政治的外見をもっているとの疑いのない芸術の呈示も、潜在的に政治的な爆発物としてははかられる、ということである。社会の全体主義的ないしファシズムの傾向のしるしであるとき、思われるものは、社会が、現状に対して放縱な表現をする作家、さらには学者に向って、特別の恐怖心、用心深さ、および脅かしの企てで以て対応することである。<sup>[32]</sup>

研究および教授の自由ないし芸術の自由 (Kunstfreiheit) のような、極めて「非政治的な」(«unpolitisch») 基本権の政治的な重要性を強調することでは、それらの、人間の権利としての、そしてより独立的に文化的な内容が正しく認められたいとはいえない。人格の保護と民主主義的公開性の利益が衝撃の付与と透明性をここで貫徹しているということが、まさしく右の基本権の性格の中に蔵しているのである。<sup>[33]</sup> 基本権を民主主義の過程の側に関連させて意味づけようとすることは、いずれにしても、宿命的なものであろう。<sup>[34]</sup>

## b) 立法の正式の手續

aa) 個人および社会の需要と必須性 (Notwendigkeit) が自身を法秩序の中に置き換えるようにするためには、それは、構造の中に組み込まれた手續を必要とする。政治的決定、たとえば法律制定行為がいかなる仕方でも成立するかが、組織法の問題である。

[32]

そうしたものとしての(つまり)個人の参加とは反対の)公式の立法手続もまた、個人に妥当しうる憲法上の権利によって保障されている。<sup>⑧</sup>この関係において、連邦裁判所は、たとえば、立法権限の委任を許容するか否か、またその範囲如何についての原則を發展させてきた。

基本権は、法律制定の(過程における)政治的論議の中で、目の前にある権力構造のもたらす影響力を補完する・利益、関心および目的設定についての重要度の判定の機能をも有している。<sup>⑨</sup>連邦においては、連邦法律に対する裁判官の事後的な憲法統制(Verfassungskontrolle)が欠けているために、互いに対立する諸利益の均衡をはかる際の基本権実現についての全く特別な責任が、議会で課せられている。

bb) 個人の基本権と法律制定の組織的手続権の交叉点は、政治的諸権利(投票権および選挙権、イニシアティブ権およびレファレンダム権)である。個人は、この政治的権利のところで、政治的決定手続における自己の拘束的な態度決定を持ち込むのである。

連邦裁判所は、或る創造的な判例の中で、民主主義的諸権利の保障のための多種多様な原則を發展させてきた。<sup>⑩</sup>市民は、その政治的意思の自由で純粹な表明に対する・憲法上保障された請求権を有している。<sup>⑪</sup>連邦裁判所は、少数者が法制定過程においても公平に扱われること、つまり、たとえば、投票の議案にかんしても、少数者の観点が適切に表現されなければならないことを、特別に綿密な態度で監視している。<sup>⑫</sup>

政治的権利の特別の意味は、たとえば、イニシアティブないしレファレンダムを目的とした署名集めのための公的な根拠の利用が連邦裁判所の判例によって特権的に扱われている、ということの中に示されている。<sup>⑬</sup>

裁判所は、市民参加 (Bürgerbeteiligung) の新しい方式——たとえば諮問投票 (Konsultativabstimmung) のような——を憲法上の根拠を付与し、また、拘束的な決定に到達するような・あらゆる市民参加 (Partizipation des Bürgers) が一定の最低限要求を充足させることのために、右と同じ仕方では配慮している。

c) 個別事案毎の決定 (Einzelfallentscheidung) の手続

裁判所と行政庁の組織法・手続法は、一般的・抽象的規範を具体的命令に変換することを規定している。近年の方法論は、法がこの具体化の局面において、何より、拘束的な内容をどの程度に獲得するかということ、ますます認識している。まさにそれゆえに、この点で、公正手続 (fair's Verfahren) を法治国家的に確固としたものとすることに特別な重点が置かれている。

基本権は、処分を執行する際、また判決を下す際に適正な手続——その結果が予見可能性、透明性、当事者の協働、判決の事後審査可能性といった本質的な要請を充足させるような手続——をとることを確実にするものである。そのあらゆる「放射」(Ausstrahlung) における裁判官の聴聞 (rechtliches Gehör) の原則<sup>10)</sup>、つまり、憲法上の——それゆえ任意の、ないしは事案毎 (ad hoc) に設置されたものではない——裁判官による判決の保障は、そのような手続上の基本権保障の土台の一つである。

政治的過程における、また個別事案の決定における、当事者の参加 (Beteiligung der Betroffenen) が法治国家の、同じく民主主義の核心部分 (Kernbestandteil) として保障されなければならないということが、明瞭になる。このことは、計画の設定または変更の際に際しての法的審問への請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) にかんするプラグマティックな判例の中

に表現されている。連邦裁判所は、計画の、設定ないし執行という意味での（争われていない）評価を優位に置いておらず、むしろ、個人または全体への具体的な関係を優先させている。<sup>10)</sup>

d) 内容の統制 (Inhaltskontrolle)

考えられる限り最高につくられ、かつ制度上防護された手続は、とりわけ、一定の社会的需要と利益についての十分な分節可能性ないし貫徹可能性の結果として、歪曲を免かれない。法律制定の事前手続は、——とりわけ意見聴取手続 (Vernehmlassungsverfahren) の分野においては——従来は、法制定の過程において、重要な社会的集団化さえも介入させるものであって、コンセンサスを求めうる規定の実現のチャンスを、そのような方法に高めているのである。<sup>11)</sup>しかし、たとえば、レファレンダム威嚇 (Referendumstrohung) の武器を意のままにするのではなく、あるいは、発言したり、また自己の関心事 (Anliegen) を変更したりすることを不十分にしかできない集団化や個人が、優勢な利益〔団体〕に支配されているということは、隠しようもない。<sup>12)</sup>

基本権適合的な手続を履行することが、そこから結果として生じてくる規範、手続ないし判決の正当性 (Gerechtigkeit) と正統性 (Legitimität) を保障するというのでは、全く原則として、ない。<sup>13)</sup>

憲法裁判の過程における法律、処分および判決の内容的統制 (inhaltliche Kontrolle) は、この場合、対抗物をつくり出すものではなく、この統制は、自己の・本質的で一定の意味において超時間的な正義の位相 (Gerechtigkeitstopoi) との一致を確保すべきものである。<sup>14)</sup>

ところで、本質的な正義の要求するものは何であろうか？〔それについての〕基準 (Kriterien) を探究するにあたって、憲法裁判官の前に真先に現われるものこそ、基本権 (Grundrechte) である。基本権は、個人に正義の名において

常に要求されうべきものを、ひっくるめて、尺度として設けるものである。

それゆえに、法制定の民主主義的手続の過程を保障している基本権は、場合によっては、最終的に到達する多数決に対する決定的な敵対者となるのである。つまり、基本権は、本質的な法の素材が個人だけを軽蔑することをも許容しないのである。

[36]

基本権が、右のような方法で、正義の本質的な礎石として、そして法秩序全体の包括的決定因子 (Determinante) としてではなく解される場合にのみ、多数決決定と個別問題の具体化についての事後的な憲法裁判所による統制は、他の国家機関の正当な形成および決定の権限を削減することに導かれるのを免かれるのである。

向う側で一般に認められた基本権位置は、法制定および法適用における正義の最小限のものに向けて恣意禁止の保障を提供している。<sup>(11)</sup>

恣意の禁止の制限は、われわれの正義についての認識がこの場で、またこの時点で制限されているのだという事実から出ている。誤りでないこと、社会的紛争についての最良の解決に欠けることがないこと、脆弱な根拠しかもたない判決を排除すること、がすでに侵害を提示し、またそれゆえに破棄され、修正されるべきであるというのではなく、恣意禁止は、粗暴な不法を阻止し、自家撞着をきたしている法律を是正することを自ら拒否しているような・全く客観性を欠いた判決を破棄しなければならないのである。<sup>(12)</sup>

e) 諸々の手続段階の相関的作用 (Gegenseitige Einwirkungen der verschiedenen Verfahrensstadien)

前局面 (Vorphase (議会前手続の局面のこと)) と、法制定および個別決定の段階、ならびに事後的な内容統制におけるすべての政治的・法的決定手続が細分化されていることが、基本権機能についてのより良い理解を可能にしている。しかし、組み合わせ、とりわけ事前の活動とフィードバック (Rückkopplung) が考慮に入れられるべきである。

それで、邦に対する連邦裁判所の憲法裁判権は、連邦立法者にも影響を及ぼしている。連邦立法者は、憲法裁判権に服しているものではないにもかかわらず、判例の中で具体化した基本権の公準 (Grundrechtspostulat) に、全く当然に対応しているのである。

政治的過程も、右とは逆に、事後的なコントロールのために仕えている憲法裁判権に対し、基本権内容の一層の分離独立と継続発展のための新しい刺激を、恒常的に提供している。たとえば、広範なコンセンサスにもとづく改革の公準ないし努力が、一定の分野において、同様の問題についての連邦裁判所判例の活力を促進することを可能にしている。憲法判決は、それが行政手続における書類の閲覧権 (Akteneinsichtsrecht) の規制をめぐってどのように生じるのかということをも、むしろ、法律制定の基本権形成的な決定から引き出すことができるとしている。

#### 4. 少数者の保護 (Minderheitenschutz)

基本権は、まず紛争隠蔽的 (Konfliktaufdeckend) で、そしてまた合意形成的 (Konsensbildend) でもある討議の広範な公開をとおして、民主主義的な決定発見の手続を保障している。基本権は、他面では、多数決による決定に限界を設定している。憲法判例が権利を追求する少数者たちの訴えによって刻印されている。すなわち、宗教的・政治的お

よび世界觀的破片集團 (Splittersgruppe) (既決囚のような) 社会的に汚名を着せられた者 (Stigmatisierter)、經濟的アウトサイダー、といった者の利益が、憲法手續においては、政治的決定發見の手續におけるよりもずっと大きな役割を演じているのである。基本權は、すべての人がその時その時の多数者の見解や政治的形成的實際の傾向それ自体から獨立して、また、政治的・文化的または經濟的出來事への参加を求める自己の要求からも獨立して推進することができるものの基準を定めているのである。

さてしかし、基本權は、多数決決定に限界を設定するものであるからといって、非民主主義的なものではなく、その形成は、いわば、第二の秩序の民主主義的な正統性 (Legitimation) の中に、つまり時間的事件に耐えて生き残った場合 (コンセンサス) 意の中に存在している。国家共同体は、憲法——この民主主義的統一性の發見の根源的成果!——において、次のような理解を採っていることを公言してきた。すなわち、生起する事實問題の民主主義的解決の前に、またそれを越えて、一定の原則と主觀的權利が時間的に広範な局面において妥当すべきである、というのは、この原則と權利の中に、本質的な正義の・歴史的经验を経た保障が、個人と社会のために存在しているからである、との理解である。基本權は、まさに定まっている日時の問題の政治的解決が現出するときに、より広い時間的領域における思考を強いることになる。

規律に服さない高等學校を學校 (の体系) から無定型に除外することは、適切な要素においては可能であり、また、過去の法的聽問は、個人にとつてのやかいかいな遅延として現出するのである。歴史的经验が教えているものは、訴え提起者の訴えを聽かないのは、一面的で偏見のある裁定の萌芽を、したがって不正義それ自身を生むものであること、また、裁定手續の・兩当事者に開かれていることを保障することによって得られる透明性が、正当な判決の機会を規則的に増大させているものであること、である。

[39]

[38]

あるいは次のとおりである。好ましからざる破片政党 (Spitterpartei) にとつての一般的な集会の禁止は、警察と市民を望ましくない手間や厄介から手易く守ることを可能にするものである。つまり、時間的に拡大された視角は次のことを示している。—— 国家共同体のあらゆる改新 (Erneuerung)、すなわち社会的状況の不可避免的な改革 (Reform) は、まず何よりも、批評家・情報収集家および思想家の少数派によって刺激されるのであるが、右の社会的状況というのは、何よりもしばしば、全く「利己的な」動機ないし最高に個人的な関係性 (höchstpersönliches Betroffensein) から、しかしまた時には、最高に社会的な参加 (Engagement) から、反抗的・批判的ないしは世界改良的 (weltverbessernd) に動いて、最後には国家共同体を時の満ちた改革へと導くものを指しているのである。民主主義的手続の・秩序づけられた道筋は、しばしば、まずもって、個人もしくは少数者の、長く・孤独でかつ好まれない訴えにもとづいて動き出すのである。

基本権の特別な番人としての憲法裁判所制度は、それゆえに、—— それを政治・経済体系全体の中に挿め込むことが要求されているにもかかわらず<sup>[41]</sup>、まさに支配的な社会的諸力に対する全く特別な遮蔽を必要とし、またはさもなければ、立法および行政において決定的な要素を必要とするのである。基本権の機能から全く具体的に要求されるものは、たとえば、政党政治的解釈に拠つてもなお擁護される憲法裁判官が、その依拠している集団からのあの相対的な独立性を見出す、ということであるが、右の独立性というのは、民主主義の政治過程においてさえその貫徹可能性をほとんど与しない人、まさにその人の権利に味方する右憲法裁判官のまなざしを可及的に自由なものにする、そのような独立性のことである。<sup>[42]</sup>

社会・政治的分野における少数者の保護は、生存と社会の福祉の利益における理性的な促進として、つまり弱者に対する・吐き出されたような施し物の、何らかの名におけるものとしてではなく、極めて最近になって判明したものである。寛容は、基本権に照らせば、理性の義務として現われるものであって、徳の要請として現われるのはより少ない程

[40]

度でしかない。また、寛容は、個人の観点からも証明されうるものであって、すなわち、何人も、何らかの生活領域において、多数派の一員であっても、明日は、その利益を維持するために基本権の保障を必要とする少数派の構成員となりうる。すなわち、社会的ないし政治的変化が、政治的多数派の代表者を少数者の意見の・むしろ孤独な擁護者に、また、宗派的な (konfessionell) 多数派の構成員を宗教上の (religiös) アウトサイダーに、さらに、健全者 (Gesunden) を障害者 (Gebrechlichen) に、それぞれ突然変えてしまうことがあるのである。私にとっては今日遠くにある人の基本権を保障することは、常に、自己の・また社会的な変化の可能性の機会を、承認し、かつ黙示的に推進し、ないしはそれでも開けておくことを意味している。他人および私になじみのない者の自由から逃避することは、しかし、より強力なものでありうる、というのは、現状 (Status quo) の滅失は、あまりに危険を孕んだものにみえるからである。自由は存在する (es gibt) ものではない。それは選り取られるべき (zu wählen) ものである。

#### 5. スイスにおける基本権の、その他の特殊な機能

直接民主主義的な意見形成と決定発見を保障することの中には、すでに、スイスにとってはとりわけ重要な基本権の課題が含まれている。スイスの連邦制的制度・シスナム経済的制度的固有性から出るものとして、基本権は、より広範な特殊な諸機能を有しているのである。

#### a) 連邦国家の統合 (Integration)

基本権は、スイス連邦国家の形成に際して重要な役割を果たしてきた。つまり、とりわけ、居住の自由と信仰・良心

の自由——分離同盟戦争 (Sonderbundskrieg) の後はとくに連邦国家の関心事であり問題であった——が、スイス国家共同体 (Gemeinwesen) としての統合に決定的寄与をなしたのである。④ というのは、居住の自由は、最初に憲法上保障された基本権の一つとして、時効にかかりえず・かつ放棄されえない権利の地位を獲得したのである。⑤

邦の審級を尽すとの要件を断念することによって手続上特権を与えられた憲法訴訟 (国法訴訟。Staatsrechtliche Beschwerde) の分野において、連邦国家的統合と、とりわけて緊密な関連を示しているような憲法上の権利が、今日でもなお存在している。⑥

特別な連邦国家的内容をもつものとして、さらに次のものがある。定住者 (＝定住の外国人) と邦市民 (Kantonshurger) との平等処遇を定めた四三条四項、全スイス市民を立法においても、また裁判手続においても自邦の市民と平等に処遇する義務を定めた六一一条 (六〇条の誤りであろう——訳者)、および、一の邦においてなされた有効な民事裁判判決が全スイスにおいて執行され得なければならないことの保障 (連邦憲法六一一条)。

連邦国家の統一のための配慮にかんしてもまた同様に、連邦裁判所が連邦憲法の一定の客観的諸原理を市民の基本権類似の要求と解しているということが基礎になっている。つまり、次のごとくである。

最も説明的な事例は、すでに指摘した連邦憲法四六条二項によって十分に呈示されている。⑦ 連邦裁判所の介入が、妨げられることのない居住の自由の利益において、本質的にも示されるということが、右のような関係にとって有益なのである。

連邦法の組織的効力にかんする客観的原則を個人権の問題として扱うこと (連邦憲法経過規定二条) にとっても、連邦国家的機能は決定的なのである。⑧

④

6) 經濟制度システムの保障

取引および營業の自由は、それが統一の經濟領域としてのスイス〔の創出〕に資し、また邦自身のための、あるいは個々の市場参加者のための邦の後見的措置を禁じている限りで、何よりも連邦国家的に方向づけられている。つまり、取引および營業の自由は、右のような機能を営むことで、その統一性が問題になっている邦の經濟政策を排除する。<sup>(43)</sup>

本質的に邦の經濟立法だけと取り組み、また、その分野において連邦と邦の間の権限排除を監視する義務をもつ連邦裁判所の判決から、不当にもしばしば斥けられているので、スイスは、固有の（憲法上許容された）經濟政策を全く知らないのである。しかしながら、連邦の憲法と憲法現実の觀察は、自由な競争における、多様で、また部分的には強力な干渉の可能性を示しているのである。<sup>(44)</sup>

取引および營業の自由のような——所有権保障と関連した——基本権は、國家の活動の、またその干渉についても、双方を保持することを、いうまでもなくまさに必要としているところの、自由競争の經濟制度システムのための一個の基本的な憲法決定（Verfassungsentscheidung）の表現である。<sup>(45)</sup>

どのような經濟制度システムを選択するかという問題は、たとえば意見表明の自由よりも、むしろ憲法上の基本決定に依拠している。とりわけて職業選択の自由という形式において有意義なものとなったところの、取引および營業の自由の、人權としての実質は、判例中では、ほとんど前面には出てこないのである。<sup>(46)</sup>

原註

- (125) 以下の事柄について——憲法裁判所の観点から——詳細に論じたものとして、Verfassungsgesichtsbaharkeit (Ann. 44), S. 72ff.
- (126) JOHN HART ELY, Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review, 3. Auflage, Cambridge Mass. and London 1981, S. 105ff.
- (127) 著述家の状態に関連して、次のように詳述したものがある。ADOLF MÜSCHE, Kunst als Widerstand, in: Literatur als Therapie, Frankfurt am Main 1981, S. 176ff. 『病んでいる』と非難されている芸術においては、むしろ、事故の禁止 (Unglucksverbot) であり、積極的な権力関係の正統性の必要 (Legitimationsbedürfnis) に仮借なく背くところの「事故を求める権利」が声をあげているのである(二七七頁)。
- (128) Vgl. WALTER HALLER, Die Forschungsfreiheit, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zurich 1981, S. 125ff.; HALLERによれば、研究の自由の構成部分は、すでに、人格的自由または意見ならびに出版の自由(および取引ならびに營業の自由および法的平等の命令)によって保障されている。
- (129) とくに初期判例において、連邦裁判所は、意見表明の自由ないし出版の自由のもつ・民主主義的手続を確保する機能を、ほとんど強すぎる程に強調していた。見よ、たとえば、BGE 52 I 120ff. および 64 II 173ff.、しかしまた、さらに BGE 96 I 219も、これにかんして詳細に論じたものとして、SALADIN, Grundrechte (Ann. 6), S. 43ff. Vgl. auch Ann. 11.
- (130) 基本権侵害のための法律上の根拠の要求については、なおお立入って論じられるべきである (Vgl. 後出の S. 104ff.)。スイス憲法裁判権の固有性の一つといえるのは、——固有の基本権保障を別にしてであるが——憲法上の個人訴願 (Verfassungsrechtliche Individualbeschwerde) は、客観的な組織原理(たとえば権力分立のような)の遵守 (Befolgung) を確保する目的のためにも役立つであろう。
- 最新の連邦裁判所判決は、合法性の原理が、原則として、給付行政および組織法 (Organisationsrecht) の領域においても妥当することを確認している。Vgl. v. a. BGE 103 Ia 369ff., 104 Ia 226ff. und 104 Ia 440ff.
- (131) 基本権の「逆コース」(Gegenläufigkeit) については、前出註(41)を参照せよ。
- (132) 連邦憲法一一三条三項および一一四条の二第三項。

(13) こうした諸原則は、ANDREAS AUER, *Les droits politiques dans les cantons suisses*, Genève 1978, S. 97ff で詳述され、正当に評価されている。

官庁だけでなく、私人もまた、最小限の憲法上の規定の遵守を求める選挙戦 (Abstimmungskampf) を義務づけられており、許容されない私的な侵害によって有権者市民の意思形成がかなりの仕方で行曲される場合には、それは、投票結果の取消しへと導くことが可能なのである (vgl. v. a. BGE 102 Ia 264ff)。

(14) 豊かな判例から例を採るなら、BGE 104 Ia 223; 102 Ia 268.

(15) BGE 105 Ia 151ff および BGE in ZBl 1979, S. 527ff. 連邦裁判所は、私見によれば、官庁の情報が誤ったものであることが立証された場合の選挙ないし投票を取消すことによって、謙抑的でありすぎるように思う (vgl. auch ZBlV 1981, S. 257 ff)。

(16) BGE 97 I 893ff; vgl. auch BGE 107 Ia 64ff. それは、選挙および投票の前哨戦における拡声機使用を公的理由にもとめていっ一般的に禁止することは憲法上許容されなかつたものである。見よ、後の S. 160.

(17) 判例について詳述し、かつ評価を加えたものが、Jörg PAUL MÜLLER/PETER SALADIN, *Das Problem der Konsultativabstimmung im schweizerischen Recht*, in: *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern und Stuttgart 1979, S. 405ff.

(18) 多数説を代弁して、RHINOW, *Rechtsetzung* (Ann. 88), S. 17ff. 同様のものが、ROGER ZACH, *Tendenzen der juristischen Auslegungstheorie*, ZSR 1977 I, S. 313ff. 以下 320ff. の文章は、詳細な註釈を具えている。

(19) 連邦裁判所判例における法律上の聴聞 (rechtliches Gehör) の様々な参加にかんする概観については、やはりあたり、ANDREAS FREYVOGEL, *Audi Alteram Partem*, Basel und Stuttgart 1979, S. 184ff 以下を参照せよ。

(20) Jörg PAUL MÜLLER, *Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung*, ZBlV 1970, S. 249ff.

(21) 以下に引くものは、Erich ZIMMERLIN, 以下 Die Rechtsnatur der Pläne, ZBl 1981, S. 337ff.

(22) 以下に見よ、BGE 106 Ia 75ff 以下 104 Ia 65ff.; この判決にこの簡潔な概観が、ALFRED MACHRETT, *A propos de l'arrêt "Rizzi AG"*, *Baurecht* 1980, S. 43f.

(23) 法律制定の事前手続の経過および機能は、すでに広範に研究されている。vgl. 多数の文献を挙げる代りに、J. M.

GROSSEN, L'organisation des travaux préliminaires de législation, ZSR 1974 II, S. 349ff.

- (14) スイスの政治システムにおけるレファレンタムの機能を根本的に論じたものとして、LEONHARD NIEDHART, Plebisziti und pluralitäre Demokratie, Bern 1970; NIEDHART の結論および他の事柄に対して批判するものとして、ANDREAS AUER/ JEAN-DAVID DELLEY, Le referendum facultatif — La théorie à l'épreuve de la réalité, ZSR 1979 I, S. 113ff.

- (15) これに対して、NIKLAUS LUTMANN, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969 の場合には、特定の手続制度を遵守するとは、支配的な正統性基準であると考えられる。

- (16) これについて、また以下のものについては、Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 75ff.

- (17) 恣意禁止は、「連邦裁判所の国法訴訟 (Staatsrechtsflüge) 全体に、刻印を残している。(…) 連邦裁判所がすでにあった恣意裁判 (Willkürrechtsprechung) は、いわば「法治国家における主要保障」(Hauptsicherung im Rechtsstaat) である」(OTTO K. KAUFMANN, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EuGRZ 1978, S. 477).

- (18) Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 75ff.

- (19) 合憲的な立法行為 (Legiferieren) に向けての連立法法者の努力については、とりわけ、法律案に対する報告 (Botschaft) において合憲性について明確な態度をとることが連邦参事に義務づけられていることが、これに役立っている (議会交渉法四三條一項、SR 171, 11)°。——問題領域の全体については、参照、ANDREAS AUER, «... le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale...»: réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst., ZSR 1980 I, S. 125f. 347°  
HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 88), S. 46ff.

- (150) このことにかんする明瞭な実例は、——連邦憲法に四三條二項が増補される前に生じたところの——公法上の勤務関係 (Anstellungsverhältnis) における同一労働同一賃金の憲法上の要請を連邦裁判所が肯認したことの中に見出されるが、右の要請は、本質的には、両性の対等処遇を求める多様な努力によって影響を受けているものである (見よ、BGE 103 Ia 517ff°)。

- (151) BGE 100 Ia 104 は、行政手続法二八條を、法律上の聴問の憲法上の構成部分であると判断している。

- (152) 見よ、たとえば、BGE 97 I 221ff; 100 Ia 392ff; 101 Ia 148; 105 Ia 151ff.

- (153) これについて明示的に述べるものは、総集編 (Sammelband) の『民主主義の基底としての基本権』(Joachim Perels 編)°

Frankfurt am Main 1979.

(154) このようなコンセンサスは、たとえば、支配的な政治的潮流に明瞭な重点を置いている連邦裁判所判決も取り消されることなく受容されている、といふところに見出される。

それで、連邦裁判所判例は、市民レベルにおける兵役拒否者の処遇について、政治状況と際立った対照をなしている。連邦裁判所は、たとえば高等教育や土地登記簿係の官職、また山案内人の活動などのための関係者(Betroffenen)の資格にかんする否定的な結論を、ただ軍事裁判所の判示(Verurteilung)だけから導く、ということを許容していない(見よ、BGE 102 Ia 321ff, 103 Ia 544ff および 104 Ia 187ff; 判決の概括と分析については、STEFAN MÜLLER, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diss. Bern 1981, S. 60ff).

それに反して、わが国の憲法改正にかんする民主的手続は、「(軍事的) 役務拒否拒否者問題の解決に対する一風変わった(auffallend) 抵抗を示している。(参照、最初期以来、市民的代替役務(ziviler Ersatzdienst)の遂行にかんする連邦参事会報告(いわゆる「ミュンヘンシュタイン・イニシアティブ」«Münchensteiner Initiative»)にかんして。BBl 1976 II, S. 961ff) 投票の提案の過程と失敗については、スイス政治年鑑(Jahrbuch Schweizerische Politik) 一九七七年版五三頁が説示している。

(155) 少数者保護の問題において、むしろ、邦の権限分野に属するところの事物領域において、連邦裁判所の細目規定(Detailregelung)が受け容れられる。それで、「連邦」裁判所は、人間の尊敬を充たして意地悪(schikanös)でない刑の執行——毎日の散歩にかんする登録簿記入(Bücherzeug)から医師による管理や最小限の訪問時間に至るまでの——にかんする・極めて具体化された憲法上の最小限要求を定式化しているのである(参照、例示的に、BGE 102 Ia 279ff; 102 Ia 302ff; 106 Ia 130ff)。

(156) 参照、BGE 98 Ia 129ff.

(157) つれにいては、多くのものを挙げる代りに、SCHENNER, a. a. O. (Anm. 38), S. 476, 及び PETER HÄBERLE, Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, in: Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, Königstein 1979, S. 447 mit Anm. 62.

(158) KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, insb. S. 118ff;

derselbe, 近代国家における司法について, in: Der Staat der Gegenwart, Basel und Frankfurt am Main 1980, S. 556. 亦らに見よ、連邦裁判官 HAFLIGER の一九八〇年スイス法曹会議 (Schweizerischer Juristentag) における意見表明、ZSR 1980 II, S. 476f. HAFLIGER は、変ることなく維持されている基本権判決が不可欠であることを強調している。こうした判決は、政治的システムの動揺からは独立して、基本権の保障を確保すべきものである。

(159) FELIX MATTER, Der Richter und seine Auswahl, Diss. Zürich 1978, S. 162ff.

(160) 含蓄のある定式化をしついでに「Klaus STERN, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Opladen 1980, S. 19: 「裁判官は、拍手かっさいを物欲しげに求め (schießen) てはならぬ。」

少数者保護の分野における憲法裁判官の特別の役割については、次のものも参照せよ。ELY, a. a. O. (Anm. 126), S. 135ff.

(161) 少数者のための特別の保護機能は、憲法上の問題設定への厳格な限界付けから生じている。さらにそれ以上に、法的聴聞や裁判官の独立のような制度的な保護策も、憲法上の争訟 (Verfassungsstreit) におけるすべての当事者の対等処遇に役立つ。これについての詳細は、Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 81ff. とりわけ、この権力から自由な論証 (Herrschaftsfreier Diskurs) (Habermas) との関連で、憲法裁判所において接近し合う議論状況。

(162) THOMAS FLEINER, Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht, in: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 115: 「男と女とすべてのスイス人は、何か或る仕方、多数者の一員であると同時に少数者の一員でもある。」

(163) Vgl. THOMAS O. HEGLIN, Tyrannie der Mehrheit, Bern 1977.

(164) Vgl. Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm. 44), S. 71. スイスとは反対に、ドイツ連邦共和国においては、基本権が連邦主義的機能を果たすところについては、vgl. HESSE, Grundzüge (Anm. 15), S. 126.

(165) これについては、見よ、CHRISTOPH LEUENBERGER, Die unrichtbaren und unweijährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Bern 1976, S. 29ff. 連邦裁判所判例の長い時期の間において、居住の自由は、この特権的な基本権の唯一のものであった (S. 38f.)。

時効が適用されず、かつ不可欠の権利は、本質的に次の結論に導く。——こうした基本権の侵害は、すべて期限を付す

ことなしに、たとえば純粹な執行法 (Volzugsakt) とも相似て、非難されうる。

若干の基本権についてののみこの特権付与を進呈しており、かつ問題されている侵害の重大さを認識していない今日の連邦裁判所判例は、学説からは何度か批判されている (これにかんするより詳細な叙述は、後出の一六一頁)。

- (166) 裁判構成法八六条二項。同項は、これを、居住の自由、二重課税の禁止および連邦憲法五八・六一一条に関連させている。
- (167) この規定の今日的内容について、また連邦憲法四条の一般的な平等処遇の要請に対する限界設定については、参照

ETIENNE GRISEL, *Les cantons et leurs ressortissants*, in: *Mélanges Henri Zvahlen*, Lausanne 1977, S. 47ff.

最新の連邦裁判所判例は、高等教育機関での勉学の入学許可の際に個々の邦の市民を区別して処遇することが連邦憲法四三条および六〇条に適合するかどうかの問題に直面した。連邦裁判所の見解によれば、こうした規定は、相応の不平等処遇を禁じていない、とされる (参照 BGE 103 Ia 386f)。

- (168) 前出の二二頁註九。

- (169) この規定にかんするより詳細は、JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel Suisse I*, Neuchâtel 1967, Nr. 635ff. および MAX IMBODEN, *Bundesrecht bricht kantonales Recht*, Diss. Zurich 1940 : また見よ、HANS HUBER, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, Band I, 1. Abteilung, Bern 1962, N15ff zu Art. 6, sowie FRITZ GYGI, *Zur Rechtssetzungszuständigkeit des Bundes auf den Gebieten des Privatrechts* (BV 64), ZSR 1976 I, 146-147 S. 352ff.

- (170) FRITZ GYGI, *Wirtschaftspolitik (aus verfassungsrechtlicher Sicht)*, ZSR 1981 I, S. 233ff. 連邦裁判所判例の中から挙げるなら、たとえば BGE 102 Ia 104ff を参照せよ。

- (171) 一個の例外は、憲法侵害行為が連邦法律 (または一般拘束的連邦決議) によって惹起されたものでない限りで、適用事例において自己の憲法適合性の統制を受けるような・連邦参事会およびその下位にある連邦行政庁の命令 (Verordnung) に妥当する (参照、これについては、後出七七頁。しかしながら、連邦裁判所は、自己の審査の領域において、大きな自制を課している (vgl. z. B. BGE 104 Ib 355ff. 以下については、FRITZ GYGI, ZBJV 1980, S. 172ff)。

- (172) スイス経済憲法 (Wirtschaftsverfassung) の現実的な理解にかんする基礎研究については、FRITZ GYGI の貢献がある。とくに、見よ、*Die schweizerische Wirtschaftsverfassung*, 2. Auflage, Bern 1978, und *Wirtschaftsverfassungsrecht*,

Bern 1981.

- (73) の意味において既に〔次のものが著わかれよう〕：HANS HUBER, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR 1951 I, 40-41 S. 176; FRITZ GYGI, Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechts, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern und Stuttgart 1976, S. 73ff.; derselbe, Abweichungen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 73ff.; vgl. auch HUGO SIEBER, Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftspolitik, Wirtschaft und Recht 32), S. 98f und 121ff.
- (74) FEINER/JACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Nachdruck Zürich 1976 der Neubearbeitung von 1949, S. 274ff. は、取引および営業の自由を古典的自由権に属するものとして限界づけよう。vgl. auch Grundrechte der Verfassung (Ann. 32), S. 98f und 121ff.)
- 広範な計画的措置によつてのみ実現される純粋な社会的な基本権の採用をとおしてするようないかなる経済憲法の原則的な変更はごいべ' SILVIO BORNHERR も論じている (Wirtschafts-, Sozial- und Eigentumsordnung im Verfassungsentwurf — ein Diskussionsbeitrag aus ökonomischer Sicht, ZSR 1979 I, S. 472)°
- 「憲法形成的な根本決定」(«Verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen») にごいべ原則的に述べたものとして、
- Grundrechte der Verfassung (Ann. 32), S. 92.
- (75) しかし、やはりあたり見なす BGE 100 Ia 174f.

(未完)