

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（一〇）

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
 2. 人類学的根拠づけ
 3. 法的前提であり創造物であるものとしての基本権
 4. 中心的な基本権にかんする諸問題
 5. 政治的手段であり目的であるものとしての基本権
 6. 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
 7. 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

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
一七一号)

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) 立法の正式の手續

c) 個別事案毎の決定の手續

d) 内容の統制

e) 諸々の手續段階の相関的作用

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

(以上、本誌一七二号)

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. 單純な法適用の際の基本権の側面防衛的 (Flankierend) 作用
- III. 様々な基本権内容の国家机关への配分 (Zuordnung)
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、権限ある国家机关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、適用事案における連邦参事会命令の審査

3. 憲法に適合する裁量権行使 (Ermessensausübung)

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 (Doktrin und Verfassungsrecht)

b) 連邦裁判所の判例

4. 私法における基本権の適用状況 (Anwendungsmodalität)

a) 直接的第三者効力か間接的第三者効力か (direkte oder indirekte Drittwirkung)?

b) 区別すべき必要性

c) 第三者効力理論と基本権的部分的内容

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 (Konflikt)

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 (Stellenwert)

b) 法律上の根拠の要請

c) 個別事例

(以上、本誌一七五号)

(以上、本誌一七六号)

(以上、本誌一七七号)

(以上、本誌一七八号)

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 (Delegationsgrundsätze)

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) 出発点 II 基本権の保護領域の関係性

(以上、本誌本号)

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
 1. 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

b) 法律上の根拠の要請

基本権侵害のための法律上の根拠にかんする連邦裁判所の判例は、とりわけ、この法律上の根拠がいかに、(wie) 創出されなければならないかという問題に直面してきたように見える。

連邦裁判所は、永い間に亘って、重大な (schwer) 基本権侵害には明確な (klar) 法律上の根拠が必要である、としてきた。右の枠組みの下で理解されるのは、十分に内容の確定された (bestimmt) 法規範だけでなく、形式的な (formell) 法律の中での錨着 (Verankernung) である。

こうした判例は、とりわけ、財産権保障の分野で展開されてきた。連邦裁判所は、新しい形態の使用領域 (Nutzungszone) のために、形式的意味での法律の中に明確な根拠をもつことを要求してきた。^[107] つまり、邦は、全く新しい計画策定課題 (Planungsaufgabe) の着手については、これを旧建築法でなしうるのではなく、固有の計画法律を制定することを義務づけられる、とするものである。

その結果、右のような判例は、他の基本権「分野」にも拡大されてきた。^[108] 連邦裁判所は、人格の自由 (Persönliche Freiheit) にかんして、次のように詳論している。

「そのようなものとしての自由の撤回 (Freiheitsentzug)、すなわち、未決拘留や刑罰にかんする規則〔といったもの〕は必ず形式上の法律の上で明確な根拠を有しているでなければならない、ということとは確定している。さらに、自由を剥奪する基本権関係を根拠づけるための前提だけでなく、その本質的内容、つまり、自由剥奪の形態と可能な限りの最長期間

[107]

(Höchsttauer) が形式上の法律によって定められていなければならない、ということが受容されるべきである。^[12]

このような形式を明示的には放棄することなく、連邦裁判所は、ここ数年来、重大な基本権侵害のケースでは法律の根拠の「存否の」問題を自由に審査しなければならない (*frei zu prüfen*) という前提で、手続的な思考を提示している。次のごとくである。

「邦官庁によって争われている法律上の根拠が十分であるかどうかの問題については、連邦裁判所は、新判例によれば、侵害が財産権にかんしてとくにきびしいという場合には、自由に審査でき、その他の場合には、恣意にかんする制約された視角の下においてのみ審査できるのである (BGE 83 I 261, 341; 94 I 56, 133; 95 I 553; すなわち、同じ意味で、従来の判決においては、明白な、ないしは二義的でない法的根拠を必要とする、とされている……)」^[13]

右のような考察方法は、他の基本権にかんする判例の中にも入り込んでいる。^{[14][15]}

こうした論議の変化が実質的な新傾向 (*Neuansichtung*) を意味するものであるかどうかについては、今日呈示されている判例を考慮すると、なお開かれたままであるといわなければならない。基本権侵害は、それが当事者 (= 被害者 [Betroffenen]) に鋭く (*einschneidend*) 作用するものであればあるほど、ますますより広範に民主的な根拠をもつものでなければならぬ、という根本的な思想 (*Grundlegender Gedanke*) は、しかしながら、放棄されたわけではない。それゆえに、重大な基本権侵害の「成立する」ためには形式上の、かつ内容的に比較的に確定した法律における根拠が要求される、ということが受容されるべきである。

一九八〇年の一判決は、連邦裁判所判例の二つの傾向 (Ansatz) の内的な関連性 (innerer Zusammenhang) を、次のように表現した。

「私的所有権に向けられた公法による制限がとくに重大なものである場合には、司法は、法律上の根拠が明確で、かつあいまいでないことを要求する。すなわち、連邦裁判所は、右の要求が充足されているか否かを審査する……」^[109]

判例上、議論されたのは、軽度な侵害と重大な侵害とを分ける分岐の問題である。この問題を判定する基準についての一定の一般化は、今日まで、財産権保障の分野にのみとどまっており、^[110] 他方、それ以外の基本権については、連邦裁判所は、今なお何ら明確な指針を提示していないのである。^[111]

c) 個別事例

aa) 特別の法律関係

スイス判例にあっても、「特別権力関係」(«besonderes Gewaltverhältnis») の法形態 (Rechtsfigur) については、そのもつ意味を、ドイツ学説と連携して調達してきた。^[112] この「特別権力関係」の「概括概念 (Sammelbegriff)」の下で、国家と市民の間の特別に緊密な (enge) 関係、たとえば、軍事、拘禁 (Haft)、また学校、公務における官職などにかんして、そのすべての法律関係が把握されることになる。特別権力関係にかんする伝統的理論は、こうした服従関係 (Subordinationsverhältnis) を、法から自由な領域 (rechtsfreies Raum) であるとみている。つまり、そのよう

[109]

な見解から帰結するものは、右のような関係の領域における基本権制約は何らの法律上の根拠を必要としない、という結論である⁽¹¹⁾。こうした観方 (Ansicht) は、そうこうするうちに方向を変えるところとなり、民主主義的法治国家においては法秩序の外に位置する「権力関係」なるものは存在しないという見解 (Einsicht) に、その地位を譲っている⁽¹²⁾。個人と国家との間について右のように性格づけられていた関係は、今日では、「特別の法関係」(«*besonderes Rechtsverhältnis*») として特徴づけられている⁽¹³⁾。

このような見解 (Anschauung) の変化は、また、特別の法関係の領域における基本権侵害の(「正当化の」)ためには法律の根拠が必要であるとする、連邦裁判所の新しい判例の中にも現われている。右の必要性が相対化されるのは、ただ、たとえば、機関 (Organ) が拘禁規則 (Gefängnisordnung) の具体的形成に取りかからねばならず、つまり、場所的 (ortlich) および空間的 (räumlich) 関係が信じられるものであるような状況下に存在するところの、客観的に確かな (zwingend) 根拠がある場合だけである⁽¹⁴⁾。

bb) 警察的一般条項

基本権侵害が不可避免的にもたらしうるあらゆる状況は、必ずしもすべて予測されうるものでもなければ、一般的・抽象的規範の中で把握可能なものでもない。国家に、非日常的 (aussergewöhnlich) で緊急な事態に備えるためにも、操作能力 (Handlungsmöglichkeit) を確保しておくには、法律的根拠を補てんするような・いわゆる警察的一般条項 (polizeiliche Generalklausel) に対する訴え (Rekurs) が許容されている。今日の連邦裁判所の判例は、しかしながら、公の秩序の「保全の」ために回避されるべき危機が、媒体を介しない (unmittelbar) 直接的で、かつ重大なものであり、また、根本的な「法的財産」(Rechtsgüter) (たとえば、身体、生命、健康) に向けられたものである場合

にのみ、右のことが許容される、としている。^[110] 警察的一般条項の適用領域は、それゆえ、純粹かつ予見しがたい緊急事案 (Notfall) に限定されるのであり、立法者が典型的で認識可能な危機状況 (Gefährdungslage) を故意 (absichtlich) ないしは過失によって (verschentlich) 秩序づけなかった場合に、この一般条項を呼び出す (anrufen) ことは許されない。^[111]

ヨーロッパ人権委員会 (Europäische Kommission für Menschenrecht) は、モンティエール自治体 (Gemeinde Montier) における一般的な集会禁止〔措置〕にかんして自己の判決 (Entscheid) を行なうにあたって、不文の法原則としての警察的一般条項が、集会の自由の制限は「法律によって規定」されていなければならないとするヨーロッパ人権保護条約の要求を満たしたものであるかを否かを、開いたままにしている。委員会の見解によれば、ベルン政庁 (Berner Regierung) の処置 (Vorgehen) は、いずれにせよ、邦憲法上の十分な根拠を見出している。^[112]

付説・慣習法

連邦裁判所は、慣習法が基本権制限のための根拠としての公式の (formell) 法律を代替することができるかという問題と対決しているのだと、しばしば思っている。実例 (Praxis) によれば、官庁と法的団体 (Rechtsgenossen) の法的確信 (Rechtsüberzeugung) についての統一的で恒常的な慣行 (Übung) が行なわれ、かつ、制定法の欠缺と、充足されるべき不可避的な必要性が存在している場合には、独自の法源となる。このような前提の下では、慣習法が法律上の根拠を充足させるのは、ただ、形式上の法律それ自身が不可欠である場合だけである。^[113]

[111]

d) 法律上の根拠の要求にかなする連邦裁判所のその他の国法裁判の基本権関係 (Grundrechtsbezüge)

法律的根拠の要請は、連邦裁判所の判決においては、基本権侵害が許容されるための基準としてだけ現出しているのではない。つまり、それは、他の関係においては、正当化原理 (Legititätsprinzip) として、換言すれば、国家的処務 (staatliches Handeln) の一般的原理として、またいわゆる代表判決 (Delegationsrechtsprechung) の領域において、中心的意義を有している。こうした判例の詳細は、ここでは呈示できないが、本書の関係で興味を惹かれるのは、ただ、基本権侵害に際しての法律適合性の要請との接点 (Berührungspunkt) である。それは、次のように要約することができる。

aa) 代表の原則 (Delegationsgrundsätze)

権力分立の原則および選挙権訴訟 (Stimmrechtsbeschwerde) にかんする判例において、連邦裁判所は、国家的処務のための法律的根拠の要請を、完全に一般的に具体化している。連邦裁判所がとりわけ発展させたものは、形式上の立法者は自己の法制定権限を他の官庁に対して委任することができるかどうか、またいかなる範囲で委任することができるのかという問題についての原則である。¹¹²⁾

連邦裁判所は、その最新の判例の中で、基本権の侵害があった場合には、他の分野におけるよりも、代表 (Delegation) についてのより厳格な (strenger) 基準 (Maassstab) を立てている。つまり、連邦裁判所は、給付行政の分野における合法性原理 (Legalitätsprinzip) の根本的拡張との関連で、次のように述べたのである。

「法律の留保の拡張は、憲法上保障された権利から導かれる合法性原理の弱化をもたらすものでは決してない。」^[112]

さらに、連邦裁判所は、のちの判決で、より明瞭に説示している。

「市民の自由権の制約にかんして、連邦裁判所判決は、邦立法者の法制定権限を邦他の官庁——通例は行政府——に委託するにあたって充足されなければならない要求を、とりわけ強調している。……」^[113]

連邦裁判所は、また、たとえば国立の職業訓練所 (Ausbildungsstätte) への入所の問題にかかわって生ずるような固有の基本権でなく基本権類似の地位 (grundrechtähnliche Position) の侵害の場合にも、特別の要求を設定する。正統性原理の厳格は觀察は、それゆえ、連邦裁判所によって、次のような規範にかんして要求されている。

「憲法上保障された自由権の行使 (Ausübung) および展開 (Entfaltung) のための事実上の諸前提を創出するところの国家的給付——とりわけ、この分野で国家が独占的位置にある場合にそれがあてはまるのだが——にかんする規範。」^[114]

bb) 連邦憲法第四条の分野における合法性の原理

連邦裁判所の判決は、租税、およびその他の公課 (Steuern und andere Abgabe) のためには公式的な法律上の根拠が独立したものとして (selbständig) 要求されるということ^[115]を、連邦憲法第四条から抽き出している。このような判決の基準 (Linie) は、基本権制約の際の法律上の根拠にかんする判例とは別に、長期間経過しているものである。他の

分野で、連邦裁判所が、このような首尾一貫した形で公式的な法律上の根拠を要求したものはない。連邦裁判所は、公課にかんする法 (Abgaberecht) における同裁判所判例のさらなる発展の経過の中でも、正当性原理 (Legitimitätsprinzip) にかんする同裁判所のその他の判決よりも、より強い・法律規範の不可欠の内容の要求を定型化している。⁽¹⁰⁾ しかしながら、近年になって、一個の接近がみられた。すなわち、連邦裁判所は、公課のための法律的根拠が形成されることについての憲法上の最小限要求を、一歩一歩、緩和した。⁽¹¹⁾ また同時に、基本権分野における同裁判所判例をより厳格なものとし (verschärfen)、それに伴って、公課にかんする判例に沿うものとした。⁽¹²⁾

連邦憲法四条は、連邦裁判所判決によれば、「法律なくしては刑罰なし」(«nulla poena sine lege») という基本原則をも含んでいる。他方、それにもかかわらず、関税法にあっては、判決は、そこでは、刑罰規範のための法規上の (rechtsatzmäßig) 原則だけを要求しており、(刑罰規範が) 形式上の法律に錯着されること (Verankерung) を要求してはいない。⁽¹³⁾ 命令および禁止の規範定立 (Erlaß von Geboten und Verboten) にかんして法律制定者によって命令制定者に委任された権限は、右のような理解からすれば、同時に、刑罰規範の自律的な定立をも正当化するものであり、この理解は、むしろ脅かされた制裁 (Sanktion) の困難さを顧慮することなしに、右を正当化するものである。

こうした判例は、法治国家的観念からすれば維持することのできないものであるように思われる。この判例は、また、連邦裁判所が、あらゆる自由の取消し (Freiheitsentzug) についての規則 (Anordnung) は形式上の法律で予め定められていなければならないことを要求しているところの、人格の自由の領域における基本権判決 (Grundrechtsprechung) と矛盾している。⁽¹⁴⁾

原 註

(9) 近年の判例の概観は、JEAN-FRANÇOIS ALBERT, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』(一〇)

一一七 (234)

fédéral Suisse. Essai de synthèse. in: *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie*. Festschrift zum 70. Geburtstag vom Werner Kagi, Zürich 1979, S. 15 ff. 全体としてこの詳細は THOMAS COTTER, Diss. Bern (出版は 1982), Kapitel 4. 3.

(10) BGE 74 I 147 ff. insb. 155 f.

(11) 参照 範例として BGE 90 I 39 (人格的自由) および 93 I 47 (取引および営業の自由)。

(12) BGE 99 Ia 269.

(13) BGE 96 I 133 f.

(14) 参照 たとえば BGE 104 Ia 196 ff. 103 Ia 431 (これには注釈が付されている)。

(15) この考察方法にかんじては 見よ OTTO K. KAUFMANN, Die beiden Brillen des Bundesgerichtes, in: *Beiträge zur Methode des Rechts*, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern und Stuttgart 1981, S. 176 ff.; ANDRÉ GRISSEL, *Jurisdiction constitutionnelle de demain*, ZBl 1971, S. 222; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 2. Auflage, Bern 1975, S. 271. FRITZ GYGI, *Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren*, in: *Recht als Prozess und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 207 f.

(16) BGE 106 Ia 366.

(17) 連邦裁判所は、法律上の根拠にもとづく場合と、公益および比例〔原則〕の審査による場合とで、侵害の重大性を区別していない。すなわち、連邦裁判所は、常に、制約のない審理〔準則〕〔Kognition〕を用いて審査している。参照 KAUFMANN, a. a. O. (Anm. 15), S. 173 f. (これには注釈が付されている)。

(18) 参照 とりわけ BGE 99 Ia 251. 連邦裁判所は、金銭上の (materiell) 取用にかんする自己の判例に合わせて〔審査して〕いる。これについては KAUFMANN, a. a. O. (Anm. 15), S. 179 f.

(19) 判例に関連して KAUFMANN, a. a. O. (Anm. 15), S. 180. KAUFMANN は、「連邦裁判所は、侵害の重大性にかんじては事例とともに実用主義的 (pragmatisch) に決定していくであろう」と想定している。

(20) 「特別権力関係の」意味は、スイスでは、ドイツにおけるような程度には大きくない。連邦裁判所は、たとえば、特別権力関係が法から自由な領域の觀念に立ち入り、またそこから離れているような憲法訴訟を、常に受容 (eintreten) している。これにかんじては、多くを述べることに代えて Guido KOHL, *Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen*

Recht, Diss. Bern 1955, S. 59.

- (21) かつてのとりわけドイツにおける絶対的な通説にかんする文献として、Kohl, a. a. O. (Anm. 20) 446ff. KARL GUSTAV HUG-BEEL, *Persönliche Freiheit und besonderes Gewaltverhältnis*, Diss. Zürich 1976, S. 33 ff.

- (22) 根本を論じたものとして、とりわけ OTTO BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL 12, Berlin 1954, S. 37 ff. とりわけ 60.

- (23) 参照、BGE 99 Ia 268. (そこでは) 連邦裁判所は、この用語法の変転に、「権力」の概念が回避されうるような心理学的意味しか与えていない。これに対して批判的なものとして、PETER SALADIN, *Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht*, ZSR 1975 II, S. 348.

- (24) 最も重要なものは、BGE 99 Ia 268 f. 連邦裁判所は、後の判決においては、必ずしもこの原則に首尾一貫して従うことはしておらず、根本的にこういうことではないにしても、少なくともそれに疑問を付している(参照、BGE 100 Ia 459 f. 101 Ia 150); BGE 106 Ia 136 ff は、——合憲解釈の法理との関連で——重点を、監獄秩序に必ず要求される明確性に置いており、規範序列にはよりわずかしき置いていない。

見よ、全体を扱ったものとして、FRANCESCO M. PELLEGRINI, *Die Verordnung im besonderen Gewaltverhältnis*, Diss. Basel 1979, S. 64 ff. 162 ff.

- (25) BGE 103 Ia 310 ff.

- (26) 警察的一般条項の狭い適用領域については、PHILIPPE ABRAVANEL, *La protection de l'ordre public dans l'Etat régipar le droit*, ZSR 1980 II, S. 35 ff が論じている。次のものを参照、ROUF DÜRR, *Die polizeiliche Generalklausel*, Diss. Zürich 1967, S. 101 f など。Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Bern 1964, S. 201. やつに、GIORGIO MALINVERNI, *La libertà de réunion*, Genève 1981, S. 118 ff.

一般的な警察(行政)の課題にかんする警察的一般条項の限界については、FRITZ GYGI, *Zum Polizeibegriff* (出版は 1982) が叙述している。

- (27) EUGENZ 1980, S. 37. この決定(Entscheid.)に先行しているのが BGE 103 Ia 310 ff である。これにかんして注目されるのは、連邦裁判所はこうした問題設定には何ら重点を置かず、したがって、政治的一般条項への訴え(Rekurs)にとって

連邦裁判所が開かれたものであることは当然とされた。こうした処置は、——私の見解では——政治的一般条項の機能を明確な法律上の原則のための必須の補充 (Notsubstitut) として正当化されるものではない。

(28) BGE 104 Ia 313 (これには注釈が付されている)。

(29) 租税法 (Abgaberecht) の領域では、連邦裁判所は、慣習法への強い期待を待ち続けている (BGE 94 I 30, 87 I 89)。もっとも、連邦裁判所は、この領域でも差異を設けている。すなわち、比較的少額の、ただか十年の期間で、かつ将来にわたっても拘束的なものとみなされている慣行 (Übung) として規定された手数料 (Gebühr) は、必ずしも形式的法律の根拠を必要とするものではない (BGE 104 Ia 117 ff)。これに対して、高額で、かつ常に引上げられている公証人手数料 (Notariatsgebühr) は、慣習法で文えられるものではない (BGE 105 Ia 2 ff)。

(30) 法律上の根拠の必要性をめぐる連邦裁判所判例のすべての伝統的方針について詳細に叙述し、かつ評価したものとして、COTTIER, a. a. O. (Anm. 9), Kap. 4. 3.

(31) BGE 103 Ia 369 ff は、近時の判例を総括している。102 Ia 64 も参照せよ。

多数の新判例は、次のような印象を呼び覚ましてゐる。すなわち、委任判決 (Delegationsrechtsprechung) は、自律的な憲法原則の領域で生成しており、特別な憲法適合的な権利 (権力分立・投票権、連邦憲法四条 (『スイス人の平等・両性の平等』) の文脈ではもはや発展していない、という印象である。〔連邦〕裁判所は、しばしば、自律的な憲法適合的な権利を取り扱い、また邦によるその適用について自由に審査するような、そうした (den) 委任原則について率直に語っている (BGE 103 Ia 375 f, 104 Ia 310; これにつき批判的なものとして、ZBJV 1980, S. 242)。

(32) BGE 103 Ia 382.

(33) BGE 104 Ia 340.

(34) BGE 103 Ia 383.

基本権関連 (Grundrechtsbezug) は、連邦裁判所がスイスの全大学のロックアウト (Sperrung) は応募資格をもった志願者 (geeignete Bewerber) にとっては人格の自由侵害となるとしたことで、明瞭になった (BGE 103 Ia 389, その前のものとして 102 Ia 324 も参照せよ)。³⁰ このテーマの全体については、Jörg Paul Müller, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen (出版は一九八二年)。

(35) 多くの判例を代表させて、BGE 97 I 344 ff (これには注釈が付されている)。この判決以降、連邦裁判所は、——学説がそれを強調しているのと同様に (vgl. Ernst Hohn, Gesetz und Verordnung als Rechtsquellen des Abgaberechts, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, S. 173 ff) ——「租税 (Abgabe) の本質的な要素、その割り当て (Bemessung [負担]) の基本原則および租税義務の範囲は形式的法律に含まれていなければならないということを強調してきた。近時においては、連邦裁判所は、右の諸条件を、とりわけ、強度に技術的な性格をもつ手数料 (Gebühr) にかんして緩和している。しかし、興味あることに、実体的諸基準——つまり、費用補填 (Kostendeckung) や代償 (Äquivalent) の原則といったもの——実体的諸基準が、法律を解釈する (gesetzesausführend) 命令制定者に対して明瞭な制約を設定し、また、租税についての合憲性審査を可能にしている場合にも緩和しているのである (これについては、BGE 104 Ia 133 ff を見よ)。」

(36) 参照 BGE 104 Ia 113 ff および前出・註35。

(37) この意味において、たとえば BGE 98 Ia 592 は、次のように説いている。

「立法への委任のテーマについては、一定の厳格さが不可欠である。法律の留保は取り除かないように、憲法二二条の三が次の内容の規定を置いている——形式的法律は、委任当局が、自己に委任された権限をいかに行使しなければならないかを、すべてのケースについて確定しておかなければならない、というものである。立法への委任は、白紙委任状 (Blanket) ではない。それは、少なくとも、専門家が合意するおおよその目的 (objet)、目標 (but)、範囲を指示していなければならない (cf. Grisei, Droit administrative Suisse, p. 84)°。終始一貫した裁判をおとして確認された税制上の事項にかんする原則 (cf. RO 91 I 176 consid. 3, p. 254 consid. 3 et référence; 92 I p. 47; 97 I p. 344) は、すべての基本的自由の意図するところを、必要な変更を加えて (mutatis mutandis) 応用したものでなければならぬ。」

(38) 多くの判例を代表させて、BGE 105 Ia 63 ff; 96 I 29。

(39) BGE 99 Ia 269。

(40) 連邦裁判所は、その近時の判例の中で、合法性原理について、他の領域にかんしても連邦憲法四条から導き出している。この補助的な根拠付けが新しい実体的な基準に何をもたらすかは明らかではない。ただ、この領域で発展した代理原則 (Delegationsgrundsatz) は、権力分立と投票権訴訟 (Stimmrechtsbeschwerde) とにかんする判例の中で定式化された諸

原則と、いすれにしても広範に一致している。参照、BGE 104 Ia 305 ff. 等をみれば、これにかんして ZBJV 1980, S. 242, 271 f. (未完)