

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（二四）

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

(以上、本誌一七〇号)

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

1. 国家の構成的要素
2. 基本権の再構成
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)

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

(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

(以上、本誌一七三号)

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) —— 社会的な基本権

1. 問題
2. 連邦裁判所の判例

1. 問題

3. 連邦裁判所判例の分析

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

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

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

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 (以上、本誌一七八、一七九号)

3. 基本権保障のための法律の機能への期待

II. 公共の利益と比例原則

1. 基本問題 || 利益衡量

2. 利益衡量の方法 (以上、本誌一八〇号)

3. 公共の利益の決定 (以上、本誌一八一号)

4. 比例原則

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 (ENHRA) 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

Ⅲ・核心的内容

判例および学説の上で争われることなく認められているのは、基本権に対する制約は、それが当該基本権保障の核心的内容 (Kerngehalt) を侵害している場合に憲法違反となる、ということである。しかしながら、この核心的内容を形づくるもの (Institute) の規範的意味については、まだまだ、不明確さが支配している。以下では、この規範的意味の機能を手がかりにして、その外延 (Fremde) を解明することが試みられよう。

1. 核心的内容の保障の機能

a) 歴史的視点

基本権の核心的内容の保障 (Kerngehaltsgarantie) は、スイス国法にあっては、先の一〇年 (「一九七〇年代」) に初めて浮上したテーマである。学説および判例は、右のテーマを扱う際に、基本権の本質的内容を絶対に不可侵のもの (schlechthin unantastbar) と位置づけている。ボン基本法一九条二項に沿って方向を定めている。^[142] この条項の規定でもって、基本法の制定者たちは、基本権保護 (Grundrechtsschutz) の本質的核心を、常時、すべての国家機関に対して——とりわけ立法者に対しても——絶対的に保護 (schützen) し、また保障 (sichern) することを意図している。それゆえに、基本法制定者は、そこで、最も酷い基本権侵害を、任意の法律上の原則を創造することと、イデオロギー的に根拠づけられた・いわゆる優越的公益 (überwiegendes öffentliches Interesse) を援用することによって正当

[142]

化しようとした第三帝国 (Drittes Reich) の法秩序にかんする体験への反応を示したわけである。人は、一九四八年に、基本法の制限体系 (Schranken-system) を自分たちの側で制限しておく (schranken) こと、またしたがって専制 (Tyrannei) への回帰に対して有効な障壁を設けてこれを阻むことが不可避であることを認識したのである。この専制の危機に抗して措置を講じることは、すべての法治国家の課題である。すなわち、いかなる国家共同体 (Gemeinwesen) も、それを顧慮してはじめて国家権力が正当化 (Legitimieren) されるところの・人間的自由の・例の「既に述べた」核心を、とりわけ経済的危機の外からの脅威の時期に明け渡す (preisgeben) ことに対して不死身で、なければならぬのである。それゆえに、核心的内容を形づくるもの (Instituiert) は、スイス憲法にとっても、重要な意義をもつのである。

b) 立法の制約

aa) いかなる場合においても侵害されてはならず、またとりわけて立法者によって尊重されなければならないものである基本権の「核心」が存在する、との理解 (Vorstellung) は、連邦裁判所の判例の中に、様々な定式化をみている。まず最初に、財産権保障 (Eigentums-garantie) にかんして、邦の立法者にこの財産権保障という基本権の制限を許容する法律条項が、問題として浮かび上がったのであるが、しかし、その際、右条項は、スイス法秩序の基本的制度 (Fundamentales Institut) としての私有財産制 (Privateigentum) がその内容を無にされる (entleeren) というところまで行きついたものではない、とされたのである。¹¹³⁾ このような判決に依存して、連邦裁判所は、のちに、人格的自由をめぐって次のように開陳するのである。

「当裁判所は、私有財産の保障、また同様に個人的自由 (liberté individuelle) が、邦法律によって制限されうるものである、と判断する。……しかしながら、また、当裁判所は、私有財産の保障が、邦に対して、スイス法秩序の基本的制度であると考えられている私有財産制 (propriété privée) の内実 (substance) を廃除 (supprimer) ないし無にする (viderer) 措置を講じることが禁じたものである、旨確認する。……私有財産の保障にかんして真実である (vrai) ものは、個人的自由にかんしてもより強く妥当する (raison)。個人的自由は、スイス法秩序における一個の基本的制度であるのみならず、他の憲法上の諸権利 (droits constitutionnels) の基礎をなす最も原理的な (première) 自由である。したがって、法律 (loi) は、個人的自由の内実を廃除しないし無にするに等しい措置を講じるような制限は、(公益 [intérêt public] にもとづいても) なしえないのである。

bb) 立法者が基本権に拘束されることは、今日では、争われることなく承認されているところである。立法者は、規範制定に際して (regulierend) 基本権の保障領域に立ち入ろうとする (eingreifen) とときには、達成しようとする立法目的 (それはたいていの場合公益である) と、この基本権干犯 (Eingriff) の形態および重大さ (Art und Schwere) との価値衡量をおこなわなければならない。それで、核心的内容を肯認することは、次のことを意味する。——すなわち、立法目的と基本権侵害との間の合理的な関係を右のように (＝価値的に) 衡量し、また探究することは、一定の点にとどめざるをえないこと、および、各々のその他の制限は、——公益がどれだけ優越的であるか、また選択された手段がどれだけ正当で (sachgerecht) かつ比例原則に叶っているか、とはかかわりなく——許容されず、またそれゆえにおこなわれてはならないのである。換言すれば、次のとおりである。——立法者は、基本権を制約する (grundrechtsschränkend) 規範を制定する権限を有している場合でも、なお、それにもかかわらず、基本権の核心に常に拘束されているのであって、立法者が、基本権を、その措置によってまさに無にしまったときには、この基

本権を侵害 (verletzen) したことになるのである。

c) 判決の制約

基本権の核心的内容は、また、現行憲法からすればいかなることがあっても (im keinen Preis) 侵害されてはならない基本権の地位 (Grundrechtsposition) を示してもいる。裁判官が、核心的内容保障の侵害を確認したとき、それは次のことを意味する。——すなわち、裁判官は、基本権侵害の諸条件がしかるべきもの (begeben) であるか否かをもはや審査することなく、直ちに、その侵害を、いかなる公的または私的利益も、また定立された法律上の原則も、核心的内容への侵略 (Eindbruch) を正当化することができないのであるから、許容されえないものと判示しなければならぬのである。

こうした意味において、連邦裁判所は、臓器移植事件判決 (Organtransplantation) の中で、次のように述べている。

「生存への憲法上の権利 (verfassungsmässiges Recht auf Leben) は、……他の、個人的自由の基本権によって保障されている人格の保護 (Persönlichkeitsschutz) とは対照的に、あらゆる故意の (absichtlich) 侵害が同時にこの権利の絶対的に保障された本質的核心 (Wesenskern) の侵害となり、かつそれゆえに憲法違反となる、という点で際立っている……。生存への権利は、それゆえ、いかなる制限にも耐えられないのであって、法律上の根拠にもとづき、また公益に基礎を置く侵害は、憲法上、考慮することのできないものである。」⁽¹⁴⁾

2. 核心的内容の決定

a) 判決の展開指針 (Entwicklungslinie)

連邦裁判所は、今日では、すべての基本権がその核心的内容を有していることを認めている^[145]。しかし、従来は、連邦裁判所は、個々の基本権の核心的内容を確定するためのかなり明確な基準さえも発展させていなかった。その判例は、個別的 (punktuell) で実用主義的 (pragmatisch) なものである。

連邦裁判所は、財産権保障にかんする判例と人格的自由にかんする判例の中で、核心的内容を確定することについて最も詳細に論じている。財産権保障にかんしては、連邦裁判所は、近年のドイツにおける発展とは別の伝統的な線 (Traditionslinie) を受け継ぎ得ており、つまりそれは、いわゆる制度保障 (Instituts¹⁴⁵garantie) を、財産のたんなる存立保障 (blosse Bestandesgarantie des Eigentums) とは区別するものである^[145]。連邦裁判所は、右のような意味において、次のごとく述べている。

「連邦憲法二二条の三第二項によれば、邦は、法律制定の方法で、公共の利益のために財産権制限を規定する権限を有している。右制限は、決して、スイスの法秩序の基本的制度としての財産権の核心を侵害するものであってはならない。所有権の制度保障を確保するためには、邦は、本質的で、所有権の属性である (sich aus dem Eigentum ergebend) 処分権・使用権を擁護しなければならないのである^[145]。」

[145]

人格的自由にかんする判例は、基本権の普通の (gewöhnlich) 保護領域 (Schutzbereich) と不可触 (unantastbar) の核心的内容との間の境界をなすところを明瞭に指摘している。すなわち、強制的予防接種、父子関係存在確認訴訟 (Vaterschaftsprozess) における立証を目的とした採血 (Blutentnahme)、さらには、医薬上の検査を目的とした強制的病院入院のような身体の不可侵性 (Integrität) への一歩踏み込んだ侵害は、人格的自由の正常な保護領域の中に位置づけられる「ものであって、これを侵したことはない」。これに対して、人に対する拷問 (Folter) と故意 (absichtlich) 殺害は、疑う余地なく、人格的自由の核心的内容を侵害することになる。人格的自由の基本権は、拘禁法 (Haftrecht) の分野で、最も重要な役割を果たしている。近時、連邦裁判所は、被拘禁者 (Gefangene) の処遇の際にいかなる措置 (Massnahme) が人格的自由の基本権を侵害するものであるかについて、より具体的に、次のように叙述している。

「被拘留者 (Haftling) も、人格的自由の基本権の保障を求める (berufen) ことができるが、しかし、被拘留者は、この基本権の享受をいかなる形でも請求する (beanspruchen) ことができるわけではない…… 拘留 (Haft) されるや、被拘留者は、彼らに課せられた強制措置と、国家と彼らとの間の特別関係 (besonderes Verhältnis) とから生ずるところの、あらゆる制約に服することになるのである……。右の措置は、目的 (Zweck) としてそうなるのではなく、効果 (Wirkung) として、被拘留者の人格の否定 (Verneinung) が自身についての重大な身体的妨害 (Störung) の惹起をもたらす。またそれに叶っているときには、人格的自由の不可触の核心を侵害することなしには、……方法の適用 (Anwendung von Methode) にまで到ることはなしえないのである。」

b) 核心的内容の確定についての方法

基本権の核心的内容は、論理的＝演繹的方法 (logisch-deduktive Methode) による確定 (bestimmen) に委ねられるものではない。この内容確定の課題は、しかし、解決不可能な (unlösbar) ものでもなければ、たとえば、不文の基本権の範囲や、人格的自由の保護領域の画定 (Umzeichnung)、また恣意禁止の射程領域 (Tragweite) の決定 (Bestimmung) と同じものよりも一層難事であるというものでもない。

出発点となるものは、この場合でも、古典的な基本権保護の基本的関心事 (Grundanliegen) への熟考 (Besinnung) である。すなわち、あらゆる人に国家共同体 (Gemeinwesen) における「人間的」(«menschlich») な処遇を保障すること、国家および社会において——あらゆる人を自身を維持し発展させるために——情報と意見の自由な交換 (Austausch) を保障すること、がそれにあたる。核心的内容を確定するにあたって、その確定は基本権の具体化に必ずや (überhaupt) 奉仕するものとなろうような観点を持ち出されるべきである。すなわち、その観点とは、その時々々に基本権を定式化 (Formulierung) するについての歴史的動因 (Anlass) の分析、基本権の意味内容について哲学的批判的省察 (philosophisch-kritische Reflexion)、すべての人の自己実現 (Selbsterwirklichung) のための・基本権の意味付け (Bedeutung)、および、今日の社会的現実における基本権の作用可能性 (Wirkungsmöglichkeit) と機能、といったものである。法の比較 (比較法、Rechtsvergleichung) ——とりわけ、わが国の文化圏とは別の憲法国家 (Verfassungsstaaten) との比較——も、啓発的であるといえよう。

c) 核心的内容の確定に対する国際法の影響

基本権の核心的内容を確定するための方針 (Richtlinien) と基準 (Kriterien) は、国際法からも取り出す (entnehmen) ことができる。とりわけ、二つの国際法上の組織 (Institut) が、次のように、いかなることがあって (unter keinen Umständen) 人権 = 基本権位置 (Menschenrechts- und Grundrechtsposition) が侵害されてはならない範囲を、まさしく適正に (genau) 確定しているのである。

——さまざまな人権取極め (人権条約。Menschenrechtsvertrag) は、個々人に人権の保障を緊急事態にも抗しうるもの (notstandsfest) として明示的に定めており、また、そうすることによって、個々人に、特別の地位 (Rang) を付与 (verleihen) しているのである。欧州人権保護条約 (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) は、一五条二項において、一定の権利は、国民 (Nation) の生存が脅かされるような戦争またはその他の公の緊急事態の場合でも、無効とされる (ausser Kraft setzen) ことはない、と定めている。こうした特別の保護を受けるものは、生存への権利 (EMRK二条)⁽¹⁴⁾、拷問および非人間的または屈辱的な (erniedrigend) 刑罰または処遇の禁止 (三條)、⁽¹⁵⁾ 奴隷および農奴 (Leibeigenschaft) の禁止 (四條一項) ならびに濫及的刑事法の禁止 (七條)⁽¹⁶⁾ である。同様の規定は、「市民的及び政治的権利にかんする国連の国際規約」(Internationale Paket der UNO über bürgerliche und politische Rechte) および米州人権条約 (Amerikanische Menschenrechtskonvention) にもみられる。欧州人権保護条約の規定は、一定の基本権の核心内容を確定するに際して、スイスの裁判官を直接に拘束するが、他方、それ以外の右に挙げた二つの人権条約は、たかだか、裁判にあたっての基準線 (Richtlinie) となるにすぎない。というのは、それらは、いかなる人権主張 (Menschenrechtsanspruch) が特別のかつ常に妥当する保護を必要とするのかに

かんして、国際的共同体 (internationale Gemeinschaft) の重要な部分の合意を反映したものである。⁽¹⁵⁾

—— 一般国際法 (Allgemeines Völkerrecht) の分野においては、いかなる国家も契約上の取決め (vertragliche Vereinbarung) とは関係なしに拘束されることの、いわゆる強行法 (ius cogens) としての人の権利請求 (menschlicher Rechtsanspruch) の核心領域が承認されるべきことが判明している。国際司法裁判所は、すでに一九五一年に、ジェノサイド条約 (Genozid-Abkommen) にかんする同裁判所の鑑定書 (Gutachten) の中で、こうした類の条約 (Vertragswerk) は、その締結もしくは批准の際にいかなる留保をすることにも耐えることのできない堅固でかつ普遍的に妥当する核心を含むものであることを確認している。それゆえ、条約締結国 (Vertragsstaaten) は、提示された (abgegeben) 留保が条約の対象および目的と合致している場合、それに限って、協定 (Abkommen) の・自己に対する (für sich) 拘束力を制限することができるのである。⁽¹⁶⁾ 大量虐殺の禁止とならんで、今日では、奴隷制度の禁止 (Sklavereiverbot) ならびに拷問の禁止も、すべての国家が絶対的かつ強制的に拘束されることへの先述の人権の保障 (Menschenrechtsgarantie) に数えられる。⁽¹⁷⁾

d) 事例

核心的内容の画定のための・方法的に満足できる理論は、今日なお欠如している。それゆえ、探求されるべきは、個々の生活領域 (Lebensbereich) について、制限可能な保護領域と基本権の不可触の (unantastbar) 核心内容との間の境界を設定するために、事例的に (exemplarisch) 照準点 (Richtpunkte) を、「たとえば次のように」設定することであろう。

1. 人格的自由という基本権については、それに対する根本的関心 (Grundanliegen) から、体刑 (Körperstrafe) の禁止 (連邦憲法六〇条 [正しくは六五条——訳者] 二項) は不可触の核心内容であるということが、非人間的ないし人を卑しめる処遇の国際法による禁止との関連で生じる。

2. 拘禁の執行 (Haftvollzug) にかんする憲法上の要請をめぐる豊富な司法判断 (Judikatur) から導かれるものは、人間の尊敬に叶っており、意地悪くなく、(menschenwürdige, nicht schikanös) 拘禁の執行もしくは刑の執行についての要請 (Gebot) は人格的自由の核心的内容に属さないということである。

個別の事例において、連邦裁判所の判例とヨーロッパ人權委員会 (Europäische Menschenrechtskommission) の実例 (Praxis) の今日状況からすれば、絶対に不可触とみなされているものは、次の事柄である。

在監者 (Haftling) の人格 (Persönlichkeit) を否定し、または在監者に重度の身体的障害を惹起するようなあらゆる措置の禁止。

とりわけ長期ないし終身の在監者 (Hart) の人間的形成 (humane Ausgestaltung) についての最低基準の保障。

精神的隔離 (Sinnisolation) と社会的な分離 (soziale Isolierung) が、それらが人格の破壊にまで行き着くほどに、相互に結合しあっているような隔離房監禁刑 (Isolationshaft) の禁止。

最低限の医療上の看護 (ärztliche Betreuung)

非人間的かつ人を卑しめる尋問方法 (Verhörmethode) の禁止。

3. 人の社会的価値 (Geltung) も、人格的自由の保護領域に属している。その核心的内容が侵害 (betroffen) されるのは、人 (Mensch) あるいは人の集団 (Personengruppe) が卑しめる扱いを受けた場合である。

4. 意見表明の自由および情報の自由の核心的内容を侵害 (verstoßen) するものは、たとえば、特定の芸術家 (Kunstschaffende) に対する執筆・出版の禁止、または、外国のラジオ・テレビジョン番組を聴き・視聴することの

禁止などである。

5. 信教の自由の核心的内容に属するものは、あらゆる人に芸術の処遇 (Kunsthandlung) の優越を強制することを禁止することである。

6. 請願の自由の核心的内容は、いずれにせよ、個人が官庁に対する陳情 (Gesuch) 、告発 (Anzeige) 、願出 (Bitte) を、いかなる制裁 (Sanktion) も受けることなく届ける権利を形造っている。一般的法律の中に請願の自由を疑う余地なく位置づけること (名誉毀損の不法行為 [Ehrenverletzungsdelikt] や官職および職業の秘密などを留保して) は、右の核心的内容からは区別される。

7. 法的平等の基本権の領域においては、すべての人の権利能力の承認 (民法 [ZGB] 一一条) が、不可触の核心的内容とみなされる。

8. 恣意禁止は、——生存への権利と類似しているのであるが——一個の絶対的な制約を設定するものである。高権行為 (Hoheitsakt) は、厳密に言って、場合によっては、問題のあるものとみられるのであって、たとえば、普通にはない差別に該ることがありうる。しかし、高権行為が恣意の「埒」(Willkürschwelle) を踰越したときには、その限りで、それは、いかなる状況の下でも許容されない。

問題は、右の埒をどのように画定するかである。結局は、たんに形式的な言明 (Aussage) を除いては、たとえば次のことに考えられる。すなわち、正義の感情 (Gerechtigkeitsempfinden) に衝突するような仕方では違背する (zuwiderlaufen) とは、絶対に (schlechthin) 支持されえないから——右の「埒」を定める「境界線 (Grenz) は、個別の事例においてのみ画定されるのである。しかし、それが見出された場合には、制約可能性の許否についての問題は、もはや設定されることはない。

9. 著者の見解によれば、自己の生存 (Überleben) のために不可欠な手段と国家共同体によって維持されることをすべての住民が要求することも、不可触であると思われる⁽¹⁵¹⁾。

10. 連邦裁判所は、取引および営業の自由の核心的内容についても示唆しているが、ただ、その中味を確定しているわけではない。われわれの見解では、取引および営業の自由の多様な目的志向 (Zielrichtung) を、次のように區別すべきである。

取引および営業の自由は、とりわけ、経済領域における人格の発展 (Entfaltung der Persönlichkeit) についての人権の観点を有している。ここでは、職業選択 (Berufswahl) の自由、したがって職業遂行 (Berufsausübung) の自由が前面に出ている。職業選択の自由の核心が侵害されるのは、たとえば、完全に特定された職業をおこなう (ergreifen) ことを国家が強制したり、あるいは、就業活動 (Erwerbstätigkeit) の遂行を一般的に禁じたりした場合である。

取引および営業の自由は、右のような意味をもつとともに、市場経済 (Marktwirtschaft) のための一つの経済政策の基本決定の表現でもある。この取引および営業の自由に不可触の核心的内容があるのか否かの問題 (Problem) は、人格的自由の核心的内容についての人権論的問題 (menschenrechtliche Frage) とは別のレベルに存在している——それは、更に詳論する必要のある諸理由にもとづくものなのだが⁽¹⁵²⁾。すなわち、一定の経済体制を選択することは、歴史的な憲法決断 (Verfassungsentscheidung) にもとづくものである⁽¹⁵³⁾。可能な経済体制のうち実際に画定されるべき多数 (「何か」という観点からすれば、わが国に最も適切な (vertraglich) ものを人権の命ずるもの (menschenrechtlich geboten) としても位置づけることは、困難になる。そのことは、経済的自由の核心領域について憲法内的に (verfassungsimmanent) 語ることを排除するものであなく、この核心領域をないがしろにするときには、市場経済を排除することになる。

原註

- (144) 核心内容 (Kerngehalt) に代えて、——基本法一九条二項を模範にして——本質内容 (Wesensgehalt) という概念も使われている。
- (145) これにかんしては、SALADIN, Grundrechte (Anm. 15), S. 364 f.
- (146) 基本法一九条二項は、次のように述べている。——「基本権が、その本質的内容 (Wesensgehalt) において侵害される事が許されるような例は皆無である。」と。右の観点にかんする豊富な文献のうちいくつかを挙げておく。PETER HABERLE, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Aufl., Karlsruhe 1972; MAUNZ/ DREIB/ HERZOG, Grundgesetz-Kommentar, München/ Berlin 1958 ff. zu Art. 19 GG; EIKE von HIPPEL, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965; HARTMUT JÄCKER, Grundrechtsgeltung and Grundrechtssicherung, Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1967; ALBERT BLECKMANN, Allgemeine Grundrechtslehren, Köln 1979, S. 265 ff.
- (147) BGE 88 I 225.
- (148) BGE 90 I 37 (Castella 事件 [Fall]). これにかんしては、参照 SALADIN, Grundrechte (Anm. 15) S. 290 f.
- (149) 連邦裁判所の個々の判決は、立法者が、基本権の核心内容または本質内容の侵害があった場合にはじめて基本権に義務づけられるという考えを、呼び覚ました(そのようにしたのは、たとえば、BGE 103 Ia 389)。こうした言辞 (Aussage) は、次のように要約される。——立法府も、他のすべての国家机关と同様に、それ(＝立法府)が比例原則に合致していて (verhältnismässig) はじめて、かつ優越的な公益を根拠にして侵害しうるような基本権の全保護領域に拘束される。
- (150) この利益衡量にかんしては、参照、前出の S. 119 ff.
- (151) BGE 98 Ia 514. Vgl. JORG PAUL MÜLLER, Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR 1971 I, S. 209 ff. 生命への権利が、人格の自由 (Persönliche Freiheit) の核心的内容としてだけでなく、固有の基本権と看做される場合には、核心内容 (Kerngehalt) が全基本権内容 (Grundrechtssinhalt) を包摂している (erfassen) ような特殊性が生じ、それゆえ、そうした厳密な法的根拠にもとづくものは何もなく、また、そうした重要な公益の中に位置している侵害が正当化されるものもない。
- (152) 参照、例えば、BGE 104 Ia 487 (人格的自由)、BGE 105 Ia 140; 103 Ia 418 (財産権保障)、BGE 99 Ia 621 (取引おそ)

營業の自由)

- (國) これにかんしては、多くのものを代表させて、BGE 103 Ia 417; 99 Ia 37; 96 I 558; 88 I 255.
- (國) BGE 103 Ia 418 E. 2. 後年の判決において、連邦裁判所は、差し押さえされる (konfiskatorisch Konfiskation) のことか? — 記者 — 租税は財産保障の核心内容を侵害するものと認め、それは次のように詳述している — 核心内容の保障は、納税義務の対象 (Abgabepflichtig) から私有財産または個別の財産種目 (たとえば不動産) を過度な課税とならないように取り除くことを……拒否している。(BGE 105 Ia 140 f.; また参照、106 Ia 342 ff.)
- (國) BGE 99 Ia 749.
- (國) BGE 99 Ia 412.
- (國) BGE 90 I 29.
- (國) BGE 98 Ia 514.
- (國) Urteil vom 30. September 1980 i. S. GAP, Pra 1981, S. 359 E. 3b. (この考察 *Erwägung* は、公式判例集 *Amtliche Sammlung* — BGE 106 Ia 355 ff. — に登載されていない)
- (國) この意味において、BGE 97 I 50 f. (見よ、S. 27, Anm. 113)
- 基本権の具体化 (Grundrechtskonkretisierung) の方法 (Methode) としての権利比較 (Rechtsvergleichung) にかんしては、参照、たとえば、BLECKMANN, a. a. O. (Anm. 124), S. 61 ff. — 連邦憲法裁判所の判決にかんしても言及がある
- (國) 二つから除外されるのは、ヨーロッパ人権条約、五条、項にしたがって、合法的敵対行為 (rechtmässige Kriegshandlung) に情せられるべき死上事例 (Todesfall) である。
- (國) これにかんしては、見よ、PHILIPPE ABRAYANEL, La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, ZSR 1980 II S. 90 f.; FRANCIS G. JACOBS, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975, S. 204 ff.; HEINZ GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Berlin 1968, S. 195 ff.
- (國) 協定 (Pakt) 四条、項にしたがって、次の保障が、緊急的に確定している (notstandsfest) — 生命への権利 (六条)、拷問および残虐な、非人間的または侮辱的な取扱 (Folter und grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung) の禁止 (七条)、奴隷および隷奴 (Leibeigenschaft) の禁止 (八条、項、項)、債務拘束 (Schuldverhaft) の禁止

(111条)、遡及効のある刑罰法律の禁止(115条)、権利能力(Rechtsfähigkeit)の保障(116条)、思想・良心および信仰の自由(118条)。

- (164) 米州人権条約(Amerikanische Menschenrechtskonvention) 二七条二項は、次の諸権利を、緊急的に確定した(non-standfest)ものとして掲げている。——権利能力の保障(三条)、生命への権利(四条)、人たることにふさわしい取扱いを求める権利(五条)、奴隷(的拘束)からの自由(六条)、遡及効のある刑罰法律の禁止(九条)、良心・信教の自由(一二条)、家族の権利(一七条)、氏名への権利(一八条)、子どもの権利(一九条)、国籍(Staatsangehörigkeit)への権利(二〇条)および(国家)市民的諸権利(政治参加の権利[Right to Participate in Government] 二三条)。

- (165) スイスが批准していない条約上の権利の、連邦憲法上の権利の解釈および具体化にとつての意義にかんしては、参照、後出のS. 174 ff.

- (166) 強行規範(*ius cogens*) (の概念) から人が理解するのは、条約上の合意に優越する一般国際法の強制規範である。一九六九年五月二三日の条約法にかんするウィーン条約五三条のいう強行規範とは、「いかなる逸脱も許容されず、かつ、事後に生じた同一性質の一般国際法規範によつてのみ変更しうる規範として、国際社会全体によつて受諾され、かつ、承認された規範」のことである。これにかんしては、見よ、VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1976, S. 262 ff. —— 広範な言及が付されている。HENRICH REIMANN, *Ius cogens im Völkerrecht*, Diss. Zürich 1971.

- (167) ICJ Reports 1951, S. 15 ff.

- (168) これにかんしては、見よ、FANIA DOMR, *Ius cogens and human rights*, Israel Yearbook of International Law, 1976, S. 104 ff.

- (169) ヨーロッパ人権裁判所は、ティレル事件(Fall Tyrer)で、少年に対する殴打刑(Prügelstrafe)を、ヨーロッパ人権条約三条の意味における侮辱的(*erniedrigend*) 刑罰であると判断している。一九七八年四月二五日の判決(Series A Nr. 26)は、EuGRZ 1979 S. 162 ff.に要約して掲げられている。見よ、ERNE H. KREMER, *Die Prügelstrafe als Kriminal- und Schulstrafe*, EuGRZ 1977, S. 484 ff. 等。

- (170) 参照、マラわけ、BGE 102 Ia 282E, 2a (Minelli II) 4445 99 Ia 262 ff (Minelli I) 4045 103 Ia 293 (mise au se-cuel)。

- (171) 刑罰執行と拘禁処分 (Haftbedingung) の問題にかんしては、時にはとりわけ、条約の侵害があるかどうかという、ヨーロッパ人権条約の観点から審査する委員会の、示唆に富んだ実例 (Praxis) がある。この実例について述べるものとして、JEAN RAVIGNON, *La Suisse devant le organs de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, ZSR 1979 II, S. 35 ff.; HANS GERHARD GANTER, *Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte auf dem Gebiet des Strafvollzugs*, Bonn 1974, S. 98 ff.
- (172) Urteil vom 30. September 1980, i. S. G.A.P., Pra 1981, S. 358 ff.
- (173) この意味において、ヨーロッパ人権委員会は、政治犯を狭過ぎて、暗く、暖かなく、湿気が強くかつ汚ない部屋に拘禁処置 (Festhaltung) をするとは、ヨーロッパ人権条約「条の文言上、非人間的 (unmenschlich) である」とみなしている (Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme vol. 12/1969, S. 505)。参照、*オーストリア*, BVerfGE 45, 187 ff.
- (174) 訴願 7572/76 (Ensslin, Baader und Raspe, BRD) にかんしては、委員会は、次のように述べている。——「完全な社会的隔離と結合した意識の隔離 (Sinnisolation) が人格の破壊をもたらしているものであることは疑いのないところである。それゆえ、この意識の隔離は、安全の必要 (Sicherheitszweck) といふことでは正当化できない非人間的処遇の一形態となる。」(EuGRZ 1978, S. 321 より引用)。
- (175) BGE 102 Ia 302; *Beschwerde* 4340/69, *Annuaire de la Convention des droits de l'homme* vol. 14/1971, S. 352 ff.
- (176) Nordland 事件において「ヨーロッパ人権裁判所は、『いわゆる「五つの尋問技術」(fünf Vernehmungstechniken)』を、ヨーロッパ人権条約「条の意味において人間性を損うもの (unmenschlich)』と判定した (Urteil vom 18. Januar 1978, Series A Nr. 25, 88, 165 ff.; EuGRZ 1979, S. 150 f.)。被拘留者 (Verhafteten) は「尋問 (Ervernahme) に先立って、北アイルランドの尋問センター (Vernehmungszentren) に何時とも手足を広げて壁に向かって、体重がすべて指にかかるといふ形でもたれていなければならない。そして、被拘留者は、眼を覆うフードをかぶせられ、絶え間のない騒音にさらされ、睡眠が妨げられ、さらに食事・飲料も過少にしか与えられないのである。」
- (177) 参照、これにかんしては、ZBIV 1980, S. 248 f.
- (178) 例として、第三帝国における「ユダヤの星」(Judenstern) の「パッチ」を身につけることの義務づけ。

- (179) 少なくとも、平和時にあっては、特定の世界観あるいは政治的確信 (Überzeugung) を流布することの刑罰をもってする禁止も、たしかに、意見表明の自由の核心内容への侵害となる。
- (180) こうした留保は、意見表明の自由についても妥当する。
- (181) 一九六六年二月一九日 (二六日か——訳者) の市民的及び政治的権利にかんする国際規約四条二項で挙げられた二六条もそれにあたる。
- (182) BGE 98 Ia 514. これにかんしては、前出の S. 144.
- (183) この定式については、見よ、たとえば、BGE 105 Ia 322 E. 3b, 100 Ia 6 およびその他多数。
- (184) これにかんしては、参照、Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2. erweiterte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1981, S. 14, 159, 236 ff. ドイツの学説 (Doktrin) は、「これに」相当する憲法上の要請を「直接に、基本法二条一項にもとづく人間の尊厳 (Menschenwürde) の保障から導き出しづける (Mauz/Durig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, München 1976, Nr. 43 und 44 zu Art. 1 Abs. 1)」。この意味にもとづいて、BVerfGE 1, 159 と同様である。
- (185) BGE 99 Ia 621.
- (186) 職業統制措置 (Berufsunkegungsmassnahme) は、「これとは区別しなければならぬ」。
- (187) 参照、「本書後出の」3 b の一五四—一五五頁。
- (188) 同様の仕方では、連邦裁判所は、BGE 105 Ia 336 において、財産権保障の観点から、この基本権の核心的内容は、静止したものの (statisch) としてではなく、憲法制定者による改定になじみ易いものとして把握されなければならないという考えを完成させている。

全体を詳細したものととして、既掲の「Grundrechte der Verfassung (Anm. 26), S. 121 ff. insb. 125 ff.

(未完)