

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（一）

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

小 林 武

翻訳者のはしがき 本稿は、ヨルク・パウル・ミュラーの著書『基本権原論』（Jörg Paul Müller: Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (unter Mitarbeit von Walter Kälin und Stefan Müller). XI, 201S. Bern 1982, Stämpfli.) の邦訳を試みようとするものである。

著者は、スイスの有名な憲法学教授であり、ベルン大学に所属している。代表的著書として次のものがある。その中で最初のもの、若き日の博士号請求論文でありながら、遠く日本でも読まれた作品である。

Die Grundrechte der Verfassung und Persönlichkeitsschutz der Privatrechts (Diss. Bern 1964). Bern 1964.
Gebrauch und Mißbrauch des Dingslichkeitsrechts nach Art. 89bis BV. Staat und Politik, Bd. 18. Bern 1977.
Soziale Grundrechte in der Verfassung? Das Recht in Theorie und Praxis, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am

Main 1981.

Elements pour une théorie suisse des droits fondamentaux. Bern 1983. [本稿の对象にした著書の仏語版]

Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung. Bern 1991.

本書は、スイス連邦憲法の基本権保障の基礎理論を扱うものであって、国家および法の秩序における基本権の機能、基本権の実現、基本権の妥当領域、基本権の制約、基本権の競合、および、人権の国際法的保障との関係などを内容としている。こうした分析を体系的書物としたものは、わが国では数少ない。もとより、スイスの基本権論とわが国の人権論とでは、多くの点で差異があるが、これを紹介することはわが国の理論に寄与するものであると信ずる。

訳者は、一九八三年と八四年の兩年、ベルン大学公法研究所に客員研究員として在籍し、その間、家族とともにスイスに滞在した。貴重な日々であった。その招聘の労をとって下さったのが本書の著者ミユラー教授である。お世話を戴いたことの大きさには比例すべくもない小さな訳業ではあるが、遅まきながらの感謝の一端としてこれを捧げたい。本書の日本語訳は、その滞在の際にお約束していたものであったが、ようやく今になって果たすこととなった。翻訳の未熟さとともに、怠惰をおわびしなければならない。

なお、本文中の「 」「ないし」「は原著で」※、傍点(、)、は原著でイタリック、ゴチックは原書で隔字体(ゲシュベルト)、〔 〕内は訳者による補足であり、また、〃 〃 は原著では普通の地の文であるが、訳者の判断で付したものであり、そして、欄外下方の〔 〕の小数字は原著の頁数である。註は、原著では脚註であるが、文末註の形にした。

(二〇〇五年一月一七日 記)

序 言〔著者による〕

この研究書 (Studienbuch) は、スイスにおける基本権実現 (Grundrechtsverwirklichung) の一般的諸問題について論ずるものである。本書では、個々の基本権についての学説と実例 (Lehre und Praxis) にかんする包括的な概観は全くなされていない。この、個別基本権を検討する課題は、出来得れば、次の巻で——おそらくは判例を集めたもの (Fallsammlung) として——手がけることになろう。そして、この作品は、スイスの判決を考究している人、とりわけ〔学生を含む〕研究者 (Studierenden) に、基本思想、根本理念または教義的ドクティナリッシュな〔解釈論的〕貫徹のための提案をも、および、しばしば何か不統一な様相を呈している〔裁判〕実例の文脈における洞察を提供しようというものである。本書は、〔裁判〕実例との批判的な対話の書として受けとめてほしいし、また、その意味で、私の、『ベルン法曹協会年報』 (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins) に一九七八年以来掲載の判例報告 (Rechtsprechungsbericht) と関連し合っている。

本書で論じた問題を重視するについては、そこには主観的性格も混在している。つまり、右の態度は、年末の連邦裁判所補佐裁判官 (Ersatzrichter des Bundesgerichtes) としての私の活動に影響されているのであるが、同時に、本質的には、大学での教授 (Unterricht) において、とくに編集し解説しておくことの必要性が明らかになっている問題設定 (Problemlage) によって決定されている。連邦憲法の全面改正のための準備作業も、異なった形ではあるが、問題考察の観点 (Problemsicht) が滅失してしまわないことに役立っている。

本書は、科学的学説 (wissenschaftliche Lehrmeinung) にかんして包括的な検討を加えようとするのではなく、むしろ、〔裁判〕実例のもつ諸問題と深められつつある大学における教授の諸課題とのために〔それらの解決に資すべ

く振り」向けられたものである。引用をする際にも、通例、「学生を含む」研究者が把握可能で、また広く普及している有力説を顧慮している。

私は、博士ヴァルター・ケーリン (Walter Kälin) 氏と博士シュテファン・ミュラー (Stefan Müller) 氏に、その専門知識にもとづく、かつ大がかりな (kompetent und grosszügig) 助力に対して感謝しなければならない。この両氏との対話は、本書の叙述の中で広い範囲で刻印をとどめている。同時に、両氏が提供した法律家としての、また著述家としての、不可欠の面倒な仕事 (Kleinarbeit) にも、私は格別の謝意を表す。スイス国家基金 (Schweizerische Nationalfonds) から、非常勤の助手 (Teilzeitassistentenstelle) を感謝すべき仕方では保障されたことによって、本書の準備作業が支えられた。私の秘書であるエスター・ワイース (Esther Wäss) 夫人は、草稿から草稿へと数年に及んだ多量の書写の仕事について、その労苦を引き受けた。私は、彼女に心から感謝するものである。

ベルン、一九八二年一月

ヨルク・パウル・ミュラー

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 (anthropologisch) 根拠づけ
2. 法 (Recht) の前提であり創造物 (Schöpfung) であるものとしての基本権
3. 中心的な (zentral) 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. 基本権の私人間的 (zwischenmenschlich) 側面について

II. 基本権理論のための推論 (Folgerung)

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 (Stellenwert) と境界

3. 「制度的」(institutionell) 基本権理解の概念について

(以上、本号)

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 (Essentialien)

1. 国家の構成的要素
 2. 基本権の新たな構成 (Weiterbildung)
 - 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 (Hüter) としての連邦裁判所不文の基本権の肯認
 - bb) 連邦憲法第四条の極限までの援用 (Aus schöpfung)
 - cc) 連邦憲法の不文の基本権と連邦憲法一・二・三条のいう「憲法上の権利」の概念
 - dd) 連邦憲法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 (Einzelentscheidung) 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
- 第二章 基本権の保障
- a) 連邦国家の統合 (Integration)
 - b) 経済制度の保障
- II. 基本権の部分的実現
- 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 (direkt-anspruchsbegründend) 内容
 - 2. プログラムの層 (programmatische Schicht)
 - 3. 単純な (einfach) 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 (Grundrechtsgehalt) の国家機関への配分 (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 (Leistungsanspruch) —— 社会的な基本権
- 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 (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 (Bedeutung)
 - 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 (Verordnung) 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 (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 (Doktrin) と憲法 (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?
 - 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 (Teilgehalt)
- 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 (Konflikte)
 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
 - 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 (gleichbehandelnd) 法律の自由保障機能の喪失 (Verlust)
 - c) 個別事例毎の正義 (Einzelfallgerechtigkeit) にかんする法律の規律の不可能性
 - d) 判決の正確さのための最善の保証 (Gewähr) をとるな。た手続
- II. 公共の利益と比例原則
1. 基本問題 II 利益衡量 (Güterabwägung)
 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」概念の不十分性
 - d) 妥当する侵害利益 (geltend gewachtes Eingriffsinteresse) の質の審査
4. 比例原則
 - a) 客観的内容 (sachlicher Gehalt)
 - b) 行政法における比例原則の部分内容 (Teilgehalt)
 - c) 基本権侵害の審査の際の比例原則
 - aa) 出发点＝基本権の保護領域の關係性 (Betroffenheit)
 - bb) 基本権の比例原則審査の特殊性
 - cc) 人的關係の顧慮
 - 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 (punktuell) 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＝人格的自由との關係
- III. 核心的内容 (Kerngehalt)
 1. 核心的内容の保障 (Kerngehaltsgarantie) 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 (Entwicklungslinie)
- 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 (relevant) 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 (Kodifikation)
- 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 (Verfassungsrang)

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

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. 人類学的 (anthropologisch) 根拠づけ

人はすべての法規定の原因である。

あらゆる法（権利）の基礎は人間（Mensch）、生まれによって社会的位置（Einbettung）に属するところの、その歴史的な具体的現象形態における人間である。人間は、世界に必須の本質として登場し、そして、社会的必須性が、全き生によってこの人間に付随している。人間は、環境によって保護され、愛護され、かつ支担されることを必要としている。基本権は、このような社会的関係と結合しているのである。基本権は、次のことを物語っている。—— 国家は、人間の中にその根拠を有しており、また、国家を人間の関心事と考量する基準の中にその正当性の理由づけを見

出すのである。⁽²⁾ 基本権は、法と国家を引き受けなければならないところの、人間に関係した基本的要請 (Grundbedürfniss) を予示するものである。⁽³⁾ 基本権は、基本権が人間を生存への要求 (Anspruch auf Existenz) (生活への権利 (Recht auf Leben)) の主体として、一個の特別な価値の担い手として、また法上の人 (Rechtsperson) として認めている何事かを為すものである。個別の基本権は、歴史と人類学的観点とから生じた社会的領域における人間的生存への特別な侵害の位置を、また、人間存在 (menschliches Dasein) の、その広範な文化的次元における目的 (すなわち、) 芸術、科学、意見形成および意見流布) をも反映している。右の事々と併せて、人間的生存の最高目的といった最小限の前提にも言及される。

2. 法 (Recht) の前提であり創造物 (Schöpfung) であるものとしての基本権

基本権は、それが、そのように、人間にとって法 (Recht) の基本 (Grund) として確実なものでありうる限り、一面では、前国家的・超国家的性格を有しており、また、あらゆる政治秩序の前提をなしている。⁽⁴⁾ 他面では、これに反して、憲法上の権利としての基本権は、政治的な・正当に結実された決定の結果である。基本権は、法の創出 (制定) を、硬直したイデオロギーや、「形而上学的に」(«metaphysisch») 基礎づけられ・人間の価値には基礎を有していない国家共同体 (Staatswesen) に奉仕する前に、具体的人間の福祉を、理解しうる限りで、その必要に応じて配慮するといふ厳粛な義務として呈示するものである。

3. 中心的な (zentral) 基本権にかんする諸問題

基本権の中心的内容は、普遍的に妥当するものではなく、時と所 (Raum) に拠つてもいる⁽³⁾。ひとつの周知のテーゼは、人間の最も基本的な (Fundamentals) 基本権は、自己の・神との関係の自由である (ゲオルク・イェリネック (Georg Jellinek)) というところに由来している。もうひとつの周知のテーゼは、自由が人間存在の最も須要の (existentiell) 表徴として法の中に登場することを表わしているのであるが、つまり、人は、実際、その願望 (Anliegen) を表明する必要、また、その窮乏 (No) を防ぐ必要を、政治的国家共同体における各人の間の人間的連帯の出発点として理解することができる。自由主義は、社会的生活の正当な秩序を、とりわけ経済分野・財産分野における可及的に大きな個人の自由の中に見出してきた⁽⁴⁾。その前提は、すべての人間の利益を予定された調和 (prästabilierte Harmonie) への信念 (Glaube) にある⁽⁵⁾。

今世紀には、人間の尊厳は、すべての人がその人間存在のために共同体に要求しうるものである旨を内容上表現するものであるとの思想が、より一層前景に出ている⁽⁶⁾。固有の基本権史と特有の基本権理解をもつスイス民主政においては、しばしば、すべての人の法形成への政治的参加が法秩序の最も根源的な要素に属し、またそれゆえに基本権保障の中心部を形造るものであるとの思想が支配的である⁽⁷⁾。

われわれは、われわれが国際的領域においても防護している人権 (Menschenrecht) というものが、本質的には、キリスト教的西洋の思考であり、また、正当な経済・社会秩序にかんする西側の観念の所産である。世界における個人と共同社会との関係についての、および、人間の地位についての根本的に別異な理解から出ているところの・利益社会における基本権の意味と機能は、なおほとんど探究されておらず、また、基本権論議の中でなおわずかにしか顧られてい

[3]

[4]

ない。

4. 政治的手段であり目的でもあるものとしての基本権

人は、食物、宿泊場所およびコミュニケーションの必要といった、一定の恒常的な必要を、確かに携えているものである。それと並んでしかし、人は、そちら側〔「次にいう可能性や必要性の側」で共同体において新規の保障すべき関心事 (Schutzanliegen) を携えているところの、常に新しい発展の可能性と必要性を伴った・世界に対して開かれた本質 (をもつ存在) でもある。そのような観点は、われわれが今日、社会科学の・哲学的認識にもとづいて、信頼しうるものとして人間にかんして述べるところのものに、少なくとも属している。法は、このような人の安寧 (Wohlergehen) についての本質的な要求 (Anspruch) を、国家共同体 (Gemeinwesen) において、いかに方向づけるべきであろうか？

歴史の教えるところによれば、共同社会における人間の需要を確定的に決定しようとするあらゆる傾向——それが物質の分野におけるものであれ、精神の分野におけるものであれ、また何か宗教の分野におけるものであれ——は、一つの全体主義的特色 (totalitärer Zug) をもっているのであり、つまり、人は、計算可能な寸法のものとなり、その「客観的に」定められた需要に従って自由に処理されることになるのである。右の程度に、閉じられた人間像から出たものが、閉じられた (geschlossener) 社会 (Gesellschaft) であるのに対して、開かれた (offener) 国家共同体は、社会的文脈において人の発展のあらたな促進を探索することにとって、透過性のもつとして (porös) 存在している。その具体的な存在と需要との中にある人の基本権を公然と支持する社会は、たしかに社会から全体主義的秩序の安全性を奪いはするが、しかし、変転する挑戦 (wechselseitige Herausforderung) に応答することのできる組織

(Organismus)の生命力を社会に付与するところの、あの透過性(Durchlässigkeit)を選択しているのである^[4]。基本権は、それゆえに、国家共同体を、制度(Institution)の展開・発展および革新においても不可欠的に妥当するものとして特徴づけ、また、紛争を否認と抑圧によって「解決する」のでなく、それらを思想と意見の対決に決着をつける可能性を開いたままにしておくものである。

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

基本権が(人間に)相応した秩序((menschlich-) gerechte Ordnung)の基準であることは、はっきりしているが、それはまた、何よりも、一定の社会(Gesellschaft)とその政治的^{システマ}制度の客観的^{objektiv}な、基本的形成原理なのである^[5]。基本権は、——様々な規範的密度において——、社会的・政治的^{システマ}制度(たとえば、ラジオ・テレビ制度)と個別的規制(たとえば、監獄秩序)の具体的形成のための基準を提供する。この意味において、ヴァージニア権利章典の制定者たちは、基本権を、「統治権の」限界設定としてだけでなく、「統治権の基礎」(«the foundation of Government»)と見ていた^[6]。

他のレベルでは、基本権は、個人の主観的^{subjektives}権利(Recht)を保障している。この意味において、たとえば、憲法に適合した裁判官の保障(連邦憲法五八条)は、たんに客観的な法治国家的原理を提示しているだけでなく、個人に、具体的事案において、裁判上貫徹しうる個別の請求(Individualanspruch)をも保障するものである。

右のような基本権の二重機能にかんする興味ある事例を提供するものは、信義誠実(Treu und Glauben)の原則である。近時の(neuer)連邦裁判所判決は、この原理を、国家に対する・憲法レベルの・市民の主観的権利請求(Rechtsanspruch)

[6]

として承認している⁽¹⁷⁾。しかしそれと同時に、原理(Prinzip)の規範的領域から理解されるものは、小さな切れ端に過ぎない。原則(Grundsatz)は、その規範的効力を、あらゆる私的な法関係においても發揮する。さらに、「スイス」民法(ZGB)第一条は、全法秩序における法主体(Rechtsgenossen)に対して、信義誠実(の原則)に従って行為することを義務づけている⁽¹⁸⁾。国家と市民は両者の関係において信義誠実の原則を尊重すべしとする憲法上の義務づけは、右のような形で強化された法解釈(Rechtsauffassung)の具体的な結果でしかない。信義・誠実(の原則)が全法秩序(Gesamte Rechtsordnung)について、何よりも主観的権利請求であるのか根本的(tragend)原理であるのかを争論することは、憲法(Verfassungsrecht)の分野では意味のない(mussig)ことである⁽¹⁹⁾。むしろ、基本権論の適切な課題は、主観的権利請求としての性格と包括的な客観的形成原理としての性格とを、同時に、真摯に(ernst)受け容れることである⁽²⁰⁾。

6. 基本権の私人間的(zwischmenschlich)側面について

相互の連帯と尊敬にもとづく、また別言すれば(statt)、従属的な(subordinativ)権力にもとづく共同社会の規律基準(Regelungsmuster)としての基本権は、隣人(Nachste)の基本需要への顧慮という意味における「同朋性」(Mitmenschlichkeit)にかんじて、団体としての国家共同体だけでなく、その構成員をも義務づける。或る人の意見の自由は、他の人の寛容なしには実現しえないものである。生存(Leben)への、婚姻の自由への、信仰および世界観の自由への権利は、国家の干渉に対する防御物の小さな一部分として生きている。すなわち、右の諸事項は、その・日々の生活における社会的な実質を、手続的に貫徹可能な権利請求によってよりも、多面的で法的により強くあるいはより弱く書き記された(verfassen)社会関係における同胞(Mitmenschen)の尊重によってより広範に確保している。それゆえに、基本権をエゴイステイックな個人の特権および防御請求権として把握することは、全く一面的な視覚的印象

(Oprik)である。基本権はまた、他人の権利を尊重し、当人の自己実現を推進し、ないし少なくともそれを妨げるべきでないとの、個人に対する訴えでもある。⁽²⁵⁾

II. 基本権理論のための推論 (Folgerung)

1. 基本権の防衛的 (defensiv) 理解と構成的 (konstitutiv) 理解

a) 基本権は、学説と判例⁽²⁶⁾の上でしばしば、現在する (vorbestehend) ものと想定された二つの大きなもの (Größe)⁽²⁷⁾、すなわち個人の自由とそれを脅かす国家権力、の間の境界線であると理解されている。このような防衛的な基本権理解 (defensives Grundrechtsverständnis) は、市民の自由によりになるように (zugunsten)⁽²⁸⁾、かつ国家の介入は犠牲にして (zu Lasten)⁽²⁹⁾、或る種の推測を受け容れるということの中に表現されるものであり、またあるいは、国家の干渉を基本的に封じる個人的自由の領域 (Insel) を選り分けておくものである。

b) いわゆる構成的基本権思考 (konstitutives Grundrechtsdenken) の枠組においては、基本権は、たんに国家権力からの防衛の手段ではなく、国家の法秩序の基礎 (Grundlage) —— まさに構成的要素 —— でもある⁽³⁰⁾。基本権は、国家的秩序の標準 (Maass) であり目的である。基本権は国家による抑圧を制限すべきものであるというだけでなく、広い社会領域における基本権の実現のために配慮するという・国家に明確に委ねられた課題 (Auftrag) も、基本権から引き出されるべきである⁽³¹⁾。基本権は、法制定の総体と個別事案決定のすべてに、相応の影響を及ぼす。すなわち、基本権は、あらゆる国家的行為がなされる際に顧慮されなければならないのである。

2. 右二つの理解の位置付け (Stellenwert) と境界

a) 国家権力への市民の従属が今日意味するものは、支配をできる限り大規模に取り扱うことが緊急の課題であるということ、国家権力もまた認めなければならないという社会的事実である。歴史的経験も、また今日の経験も、基本権の防衛的側面が右述の事実上の従属に対する放棄しえない (unaufgebbar) 釣り合いの手段 (Gegengewicht) であるところにある、ということ⁽⁹⁾を教えている。基本権が個人に保障しているのは、個人は、たとえば、自己の信仰を自由に決定し、実践し、また自己の世界観を最も固有の (eigenst) 信条 (Überzeugung) に準拠させることができ——それは、たとえ、個人がまさしく支配的な経済的・政治的見解に正面から反対している場合にもそうなのである——、あるいは、個人は、自己の活動の自由 (Bewegungsfreiheit) を恣意的に剝奪されることはない、ということである。基本権の防衛的次元では、あれこれの特殊な (spezifisch) 基本権は、その・支配的意見と一致しない個性 (Eigenart) における異見 (Andersdenken) を保障している。この・基本権の防衛的位置のもつ射程距離は、古典的諸自由権の一つがその防衛的機能において首尾一貫した形で (konsequent) 顧慮される場合にだけは、いかなる専制的体制も生き残ることができないとの観点から、すでに明らかになっている。独裁制 (Diktatur) の場合にはすべて、純粹に防衛的なものと解される意見・集会の自由 (Meinungs- und Versammlungsfreiheit) や住居の不可侵の保障や、また郵便・電話および電信の自由さえも、生存のための課題 (Überlebensfrage) となる。自由のあらゆる“安全地帯” (Insel) が秩序づけられた体制に反対する潜在的な“混合爆薬” (Sprengsatz) に変わるところに、全体主義の本質があるのである。

b) しかし、基本権は、まさに民主政における方が、緊急時におけるよりも、より広範に、人の正義に叶った

[10]

(menschengerecht) 法と国家の秩序にとつての境界石 (Markstein) であるから、純粹な防御的思考では不十分なのである。この純粹な防御的思考は、基本権を国家的手続きの基本原理、つまり指針とみる理解によって、全体において補充される必要がある⁽¹⁸⁾。基本権は、民主主義的な国家共同体を擁護しかつ常に新たに創造するための同伴者ないし道案内人であつて、右にいう民主主義的な国家共同体とは、そこにおいて国家が「人間的」(menschlich) 社会と自動的に対立するのではなく、多様な社会的諸力が社会的形成物 (Sozialgebilde) たる国家の保持と操縦に多様な形態で参加する機会を得ているようなそれを指している。このような観点からすれば、基本権の中心的 (zentral) 機能は、国家の限界を設定するだけでなく、政治的手続きを開いたものにし、また、国家の決定を最もコンセンサスを求め易い原理の線⁽¹⁹⁾で整序するところに見出される。

基本権を防御的機能と構成的機能とのいずれか一方に限定してはならないという必須事は、ザールラント州の放送法 (saarländisches Rundfunkgesetz) にかんするドイツ連邦憲法裁判所の判決の中で極めて明らかに示されている。――

「自由な意見形成は、コミュニケーションの過程で実現される。それは、一面では、意見を表明しまた流布する自由を、他面では、表明された意見を受領し (zur Kenntnis nehmen) かつ調べて知る (sich informieren) 自由を、前提としている。〔ドイツ〕基本法五条一項が、意見表明の自由、意見流布の (Meinungsverbreitung-) 自由および情報の自由を人権 (Menschenrecht) を擁護 (gewährleisten) していることをとおして、同条項は、右諸権利実現の手続きを憲法的に保障 (schützen) することをも目指しているのである。同条項は、その限りで主観的権利を根拠づけているわけであり、同条項は、そのこととの関連において意見の自由を全法秩序の客観的原理として規範化しており、その場合、主観的権利の要素と客観的法的要素 (subjektiv- und objektivrechtliche Elemente) は相互に前提とし合し、支え合っている。……

放送による自由な個人的・公的意見形成は、何よりも、放送の、国家的支配・影響からの自由を要求する。その限りで、

放送の自由は、諸々の古典的自由権と同様に、防御的意義を有している。とはいえ、その場合、擁護 (gewährleisten) を要するべきものが必ずしも確保 (sicherstellen) されているのではない。なぜなら、たんなる国家的自由 (Staatsfreiheit) は、放送による自由で包括的な意見形成が可能となるということを必ずしも意味しないのであって、この課題は、ただ否定的 (negativ) な構成によっては正當に評価されないものである。それに加えて、むしろ、放送の中に現在する意見の多様性が可及的な広範さと完全性において表現されること、および、こうした仕方では包括的な情報が提供されることを確保するよう一個の積極的な秩序が必要なのである。このことを達成するためには、放送の自由に向けられ、かつ、それゆえに、基本法五条一項が擁護しようとしているものを適切に実現しうるところの、実体的・組織的および手続上の規定が必要なのである。」⁽⁸⁰⁾

c) 構成的な基本権思考 (Grundrechtsdenken) は、時には、基本権理念 (Grundrechtsidee) の過度の無理強い (Überstrapazierung) をもたらしている。基本権理念の正常な作用能力は、法秩序全体が基本権にあてがわれた規範プログラム (Normprogramm) の首尾一貫した形成物 (Ausformung) としてのみ解されている場合には、買いかぶられているのである。基本権の問題は何よりも社会的形成課題 (Gestaltungsaufgabe) および社会的紛争の正当な解決にあると解しているような基本権理解は、民主主義の政治的過程を削減する (bescheiden) ものである。このような基本権思考の逸脱 (Ausuferung) は、結局、あらゆる基本権内容 (Grundrechtshalt) の特殊な操縱機能 (Steuerungsfunktion) を浅薄にする (Verflachung) へも向かうのである。⁽⁸¹⁾

ドイツ連邦憲法裁判所は——私見だが——時として、基本権に対する裁判官の判決による負担が広きに過ぎるといふ危険を冒すことがある。つまり、たとえば、右連邦憲法裁判所は、生命への権利に支えられた妊娠中絶の期限規制 (Fristen-

[12]

Isung) にかんする判決の中で、胎児 (nasciturus) の法的保障を求めただけでなく、さらに加えて、墮胎した母と医師への訴追を請求することを憲法から導き出している。⁽¹¹⁾ 近時の連邦憲法裁判所判決は、再び、はるかに大きな抑制的態度 (Zurückhaltung) を際立たせている。⁽¹²⁾ たとえば、(前出の) サールラント州放送法にかんして言及した判決の中では、次のように述べられている。――

「立法者がどのように自己の課題を遂行するかは、立法者の固有の決定権 (Entscheidung) に属する問題である。基本法は、立法者に対して、放送組織についてのいかなる形式も規定しておらず、問題は、ただ、自由で包括的で、かつ事実にした (wahrheitsgemäss) 意見形式が前述の意味で保障されること、および、侵害行為 (Beinträchtigung) と発展の欠如 (Fehlentwicklung) とが阻止されることだけである。」⁽¹³⁾

基本権は、法制定および法適用全体の「行列式 (Determinante) としてではなく、その「随伴者 (Begleiter) ないし「矯正策 (Korrektive) として理解されるべきである。つまり、それは、広い意味では、「公事は常に改革的である」(«res publica semper reformanda») という「具体的エートピア」(«konkrete Utopien») なのである。右にいう随伴の機能は、あらゆる法についての合憲解釈 (verfassungskonforme Auslegung) の原則の中に、⁽¹⁴⁾ さらにまた、立法者に形成の委託 (Gestaltungsauftrag) をすることの承認の中にも、⁽¹⁵⁾ 具体的に示されている。基本権の実現が中立的な判決という政治に無関係な (politikfern) 領域において生じうるのではなく、⁽¹⁶⁾ 政治体系全体による支持によって導かれているというこの中に、(右のことは) 明瞭に示されているのである。⁽¹⁷⁾

② 「制度的」 (institutionell) 基本権理解の概念について

「制度的」基本権理解という概念は、基本権内容 (Grundrechtsgehalt) を法秩序・社会秩序全体 (gesamte Rechts- und Gesellschaftsordnung) の中にはめ込むこと (Einbettung) を強調するものであるといえよう。先に述べたような構造的なものと性格づけられた理解をするとき、制度的解釈 (Deutung) は、次のことを意味することになる。^③すなわち、この制度的解釈とは、たんに基本権の規範的内容を個別の防御の請求 (Abwehranspruch) の中に見出すだけではなく、実効的な基本権実現は包括的な法的・社会的形成を前提にし、ないしそれに依拠しているということ承認するものである。^④しかし、基本権の制度的解釈が規範的 (normativ) 観点と分析的 (analytisch) 観点のいずれにより大きな重点を置いているか——つまり、それに応じて、基本権は、より動態的な (dynamisch) 性格を有したり、より保守的な (konservativ) 性格を有したりする。^⑤

制度的解釈は、基本権が実現されるべき制度的分野が、^⑥口実にされたもの (vorgelagert) としてでなく、^⑦課されたもの (aufgegeben) として——すなわち、まさに基本権によって要請されたもの (gefordert) として——理解されるとき、^⑧動態的に活動するのである。

これに対して、或る種の——少なくとも結果において——どちらかといえば保守的な思考方向 (Denkrichtung) は、^⑨オーリュウ (Hauriou) の制度理論 (Institutionenlehre) 、『つまり、(個々の) 基本権の内容は、一定の社会史の状況下でのその時々々の規範領域において特徴をもつものである』との^⑩「制度」(Institution) の全体観察 (Gesamtschau) からのみ決定されるとの理論に依拠しているようである。それについては、基本権の指導力能 (Steuerungskraft) は、疑問を付

[14]

されたままであり、それは、制度の中に凝縮された社会的現実によって決定されるのである。⁽¹⁴⁾そこにはまた、基本権の体系的解釈について多様な探求「をしなければならない」というリスク (Gefahr) も存在している。⁽¹⁵⁾

制度的基本権思考の概念と内容にかんする包括的な討論は、様々な社会科学「の分野」において今日でもなお活発に交わされている・制度理論 (Institutionenlehre) の多様性^{スベクトル}にかんする批判的議論に先行しなければならないであろう。⁽¹⁶⁾本書では、右の議論について触れる余裕はない。このような根拠づけの領域で重要なのは、次のことを明示することである。すなわち、基本権の規範的内容は、あらゆる場合に——つまり、たとえば学生新聞の禁止に対する抵抗 (Abwehr) というような否定的な (negativisch) 請求権が問題になるような場合さえも——、基本権執行の法的・事実的な前提と基本権実現の個人的・社会的な帰結とが基本権解釈の考慮の中に共に取り入れられるというときのみ、憲法的に妥当に (adäquat) 理解されうるのだ、ということである。⁽¹⁷⁾

この意味において、在監者の請願「文書」の起草のための書き机、用紙および時間の請求と監獄官吏の「請願文書」転送義務とは、在監者の請願権に含まれており、あるいは、出版の自由は、^{プレス}能率的な新聞販売を可能にする道路と場所の公共使用 (Gemeingebrauch) の組織を要求している〔と解されるのである〕。

基本権のそのような解釈のためには、社会的「制度」へのいかなる異議申立て (Rekurs) も必要としない。⁽¹⁸⁾制度的基本権思考の概念に到達しうる誤解のゆえに、われわれは、次のようにして、術語 (Terminus) を断念するのである。そうした、基本権の目的遂行 (Zweckerfüllung) の諸前提を基本権保障の規範的内容として理解することは、規範の意味と目的⁽¹⁹⁾および解釈の法的・社会的諸条件と諸結果⁽²⁰⁾にもとづいて問題を立てるような、法律家が習熟している目的論

[15]

的 (teleologisch) 思考⁽⁵⁾を満足させるものである。このことが決定的なのであって、目的論は副次的である。

こうした叙述 (Ausfahrungen) をもってしては、その都度機能することに適する・また権限を有しもする国家機関に包括的に把握された基本権実現を配分する理解をしたことにはならないのであり、とりわけ、憲法裁判所と立法者の各権限をより近いものと定めることが妥当である。そこから、他の位置に入り込むことになる。⁽⁶⁾

原註

第一章

- (1) Hermogenian, I epist. dl. 5, 2.
- (2) 参照/ HANS HUBER, Das Menschenbild in Recht, 現在では, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht; Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, S. 76ff. また同/ FELIX ERMACORA, Die Menschenrechte als Grundnorm des Rechts, in: Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, Festschrift für Hans R. Kleratsky, Wien 1980, 1. Teilband, S. 15ff.
- (3) この評価は/ LAURENCE H. TRIBE の著書 (American Constitutional Law, Mineola New York 1978) の中で前面に出ている。Tribe は、アメリカ憲法にかんする自分の教科書の三分の二を、基本権の機能 [についての叙述] に充てている。
- (4) 基本権の自然権の性格については、たとえば、HANS WEITZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl, Göttingen 1962; なお参照/ WERNER MAJHOFFER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt am Main 1972 にある様々な自然法的評価にかんする議論。
- (5) 様々な理論についての考察を提供するものとして、Sammelband Menschenrechte — Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung (Hrsg.: Johannes Scharländer?), Tübingen 1978; 参照/ THOMAS FLEINER-GERTNER, Allgemeine Staatslehre, Berlin/ Heidelberg/ New York 1980, S. 60ff.

- (6) GEORG JELLINEK, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, Band I III, Leipzig 1895; weitere Hinweise bei PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 2. Auflage, Bern 1975, S. 2ff.
- (7) 範例を挙げるが、一七八九年のフランスの人および市民の権利の宣言の中心 (Zentrum) に位置づけられているものの、同宣言「一条」〔思想の自由な交信〕〔*libre communication des pensées*〕。ついでに伝統的系譜 (Traditionslinie) は、JOHN MILTON に溯る (出版の自由を擁護し検閲に反対する演説。翻訳は、H. Fleig, Basel 1944)。さらに多くの言及が SALADIN, a. a. O. (Anm. 6), S. 33ff, 74ff になされている。
- (8) 一七九一年のフランス憲法「七条」——「所有権 (la propriété) は、不可侵かつ神聖な権利である……」。これは、経済的自由主義、すなわち ADAM SMITH, An inquiry into the Nature and Sources of the Wealth of Nations, 1776 によってもついでである。
- 新自由主義 (Neo liberalism) の典型的な主唱者は、たゞでは F. A. von HAYEK (Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971) であり、財産権保障の・基本権の下での優越的地位の理論についての最も首尾一貫した擁護者は、GOTTFRIED DIETZE (Zur Verteidigung des Eigentums, Tübingen 1978) であるように思われる。
- (9) 自由主義における私有財産の強調に反対するものにマルクス主義があるが、そこでは、生産手段の私的所有は労働者の搾取と疎外を導く、と説かれている。マルクス主義の様々な傾向については、LESZEK KOLAKOWSKI, Die Hauptströmungen des Marxismus, 3 Bände, München/Zürich 1977/78 による概観を見よ。
- (10) これについては、PHILIPPE A. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, insb. S. 63f (mit Anm. 11)。一個の概観は、PETER HABERLE, Menschenwürde und Verfassung, Rechtstheorie 1980, S. 389ff から知られる。さらに見よ、CHRISTIAN STARCK, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, Juristenzeitung 1981, S. 457ff. Starck は、キリスト教の人間の尊厳の思想 (Menschenwürde-Gedanken) との関連を強調している。同様のものとして、PETER SALADIN, Grundrechtsreform in rechtvergleichender Sicht, in: Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, Festschrift für Hans R. Klecatsky, Wien 1980, I, Teilband, S. 849ff.
- (11) これについては、HANS HUBER, Die Grundrechte in der Schweiz, in: Die Grundrechte, Band I 1, Berlin 1966, S. 175ff. さらに見よ、SALADIN, a. a. O. (Anm. 6), S. 283ff; RUDOLF WERTENSCHLAG (Grundrechte der Ausländer in der Schweiz,

Basel und Frankfurt am Main 1980, S. 228ff) は、この特別にスイスの基本権理解が、長い間、外国人への基本権保障の拡大に向かう途上にある重大な障碍であったことを指摘している。

- (12) ヨーロッパ外の文化〔圏〕の人權理解について洞察するものとして、ALAN S. ROSENBAUM (Hrsg.), *The Philosophy of Human Right*, London 1981; KENNETH W. THOMPSON (Hrsg.), *The Moral Imperatives of Human Rights: A World Survey*, Washington 1980; PRAKASH SHINHA, *Human Rights — A non-western viewpoint*, ARSP 1981, S. 76ff.

404に参照、FLEINER, a. a. O. (Anm. 5), z. B. S. 10ff, 91f (すべてに基本権と関連がある) und 280ff.

- (13) わが国における、人の「性質」(«Natur»)とその要求にかんする全く欠如した知識は、たとえば、最も本質的な人間的要求、とくにその重要性にかんする理論が種々雑多であることの中に反映している。たとえば「見よ、ABRAHAM A. MASLOW, *Psychologie des Seins*, München 1973, z. B. S. 133ff, また「ERICH FROMM, *Wege aus einer kranken Gesellschaft, Eine sozialpsychologische Untersuchung*, 10. überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main 1981, S. 36ff; HABRILE, a. a. O. (Anm. 10) は、人間の尊厳もその中に位置している文化〔論〕的文脈に言及している。

- (14) 開かれた社会の概念にかんする基本的なものとして、KARL POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 2 Bände, Bern 1957; 開かれた社会および閉じられた社会についての様々な潮流を解説するものとして、RICHARD BAUMLIN, *Lebendige oder gehändigte Demokratie*, Basel 1978, v. a. S. 42ff.

- (15) これにかんする、また以下の事項にかんする基本的なものとして、KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. neubearbeitete Auflage, Heiderberg/Karlsruhe 1980, S. 121ff.

- (16) Präambel der Bill of Rights von Virginia vom 12. Juli 1776.

- (17) BGE 103 Ia 505ff は次のように判示する。「近時の連邦裁判所の判例によれば、信義誠実の原則は、私法だけでなく、公法およびとりわけ行政法〔の分野〕にも妥当する。信義誠実の原則は、……市民と行政との法的関係 (Rechtsverkehr) は相互の信頼によって支えられなければならない、また当然の (berechtigt) 信頼は保障に値する、という限りで意味をもつ。信義誠実の原則が官庁の信義に逆らう関係を禁じ、かつ市民への当然の信頼の保障を擁護しているものである以上、右の原則は、連邦憲法四条から導かれ、また基本権の性格を有するのである」(S. 508)。

「私は」ZBJV 1979, S. 147ff (の見解)には同意できるが、次の文献の憲法的信義原則「にかんする理解」には批判的

びある——HANS HUBER, Vertrauensschutz — Ein Vergleich zwischen Recht und Rechtsprechung in der Bundesrepublik und in der Schweiz, in Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 313ff. 50-52 319ff.

(18) HANS MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band I, 1. Abteilung, Art. 2, S. 213ff. 40-42 216-217 ERNST ZELLER, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchverbot, Zürich 1981.

(19) 1977年文脈については、NIKLAUS LOHMANN (Vertrauen, Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 2. erweiterte Auflage, Stuttgart 1973) が適切に認識している。彼は、法秩序全体が信頼保護によって支担されているとする。しかし、彼は、右のゆえに今なお信義および誠実が特別の・主観的に妥当する法原則ではない——そうでなければ法秩序は弛緩してしまうから——という、私の見解からすれば誤った結論を導いている (S. 36f.)。

(20) これにかんしては、たとえば、次のことが留意されるべきである。——憲法上の権利としての信義および誠実(の原理)は、私法上の信頼保護と同置されず、さもないと、私法秩序の広範な部分が憲法序列 (Verfassungsrang) を与えられ、また、憲法裁判官に、すべての私法上の争訟についての最終審級としての審判を、信義および誠実との関連で委ねてしまうことになる、ということである。信義誠実の原則のもつ憲法上の射程距離についての評価は、なお未解決のままである。その最初の試みをしたものとして、KATHARINA SÄVELL, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 1977 II, S. 306f. 386ff. 40-41に参照『ZBJV 1979, S. 147ff (zu BGE 103 Ia 505ff)』。

(21) 寛容の命令 (Toleranzgebot) にかんする基本文献として、GÜNTER PÜTTNER, Toleranz als Verfassungsprinzip, Berlin 1977.

(22) このような観点をきわ立たせ、かつ細分化 (differenzieren) したものととして、DIETER SCHR, Entfaltung des Menschen durch die Menschen, Berlin 1976, insb. S. 65ff. SCHR は、正当にも、人間の発展がすでに出发点において相互作用 (Interaktion) として理解されるべきものであることを強調している (S. 85)。

これについては、40-41に見よ、HABERLE, a. a. O (Anm. 10), S. 399, 403 und 412ff; HABERLE によれば、「人間の尊厳における国家の人類学的 (anthropologisch) 根拠は、1977年した人間をその完全な——社会的な——存在において捉えることを要求する。それには、連帯への最小限 (Mindestmass an Solidarität) が属している……」(S. 414)。

PETER SALADIN は、この文脈で「責任」(Verantwortung) という概念をあてはめている。見よ、Grundrechtsreform (Ann. 10), S. 841ff, 861ff.

(23) 基本権をこのように理解した場合、基本権は、基本義務による補充を必要としないのであって、それはすでに、保障 (Gewährleistung) の中に内包 (mitinhalten) されているのである。しかしながら、強調されなければならないのは次の点である。すなわち、右のことゆえに、いかなる場合にも、基本権行使の制約 (Bindung) は共通感覚 (Gemeinsinn) と結合せらるるということではなく、そうでないがために、結果として、国家に對する、(zu) 自由だけが——全体主義制度の特徴であるところの国家による、(von) 自由も、ではなく——可能となる。これを指摘するものとして、BAUMLIN, a. a. O. (Ann. 14), S. 103f. BAUMLIN と同様、SALADIN (Grundrechtsreform — Ann. 10 —, S. 863 mit Ann. 82) も、当該理論の限界付けの必要性を強調している。

(24) 今日をまよまよに主張されている基本権理論にかんする優れた概観を提示しているものとして、ERNST WOLFGANG BOCKENFÖRDE, Grundrechtstheorien und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529ff, 444f. Die Methoden der Verfassungsinterpretation — Bestandesrahmen und Kritik, NJW 1976, S. 2059ff, 444f. GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, ZSR 1981, II, S. 22ff, 444f. DANIEL TRACHSEL, Über die Möglichkeiten justizieller Leistungsfordernungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zurich 1980, S. 13ff.

(25) 連邦裁判所は、繰り返し、とりわけ基本権を根拠とする給付請求の問題との関連で、基本権は純粹に防禦的な内容を「もつものであることを」表明している。参照、多数の事例を代表させて BGE 105 Ia 337 によれば、「いかなる所有権者も、国家の侵害から市民をその権利領域 (Rechtssphäre) において保護しているところの、存立保障 (Bestandesgarantie) および自由権としての所有権保障を根拠にして、国家の給付を求める請求権を抽出することはできない。連邦裁判所判例については、こちらに見よ、MASTRONARDI, a. a. O. (Ann. 10), S. 85ff. より詳細な叙述は、S. 60ff. の終りの方にある。

(26) まさに、ドイツ立憲主義における法律の留保の理解は、国家は定められた大きさのものと考えられているということつまり、自由と財産権の侵害だけが法律の根拠を必要とし、その他については、国家は自ら行動することができるということを確認している。これにかんしては、見よ、RICHARD BAUMLIN, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 1965, S. 81ff. BAUMLIN は、国家は定められた (vorgeben) ものとなし、課せられた (aufgeben) ものであるとの、スイスの伝統に

適合した理解を強調している。

- (27) 基本的なものとして、CARL SCHMITZ, Verfassungslehre, 5. Auflage, Berlin 1970, S. 126f. 同書が、つらした・市民に益する自由の推量が法治国家の核心であることを認めたとある。

法治国家概念については、多くのものの代表として、Mehrdi TORNDIJKER (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, 2 Bände, Frankfurt am Main 1978.

- (28) SALADIN, Grundrechte (Anm. 6), S. 292ff; PETER HABERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Auflage, Karlsruhe 1972; 次の①②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺ Trachsel, a. a. O. (Anm. 24), S. 74ff. ㉛㉜㉝ Helmut Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Berlin 1975, S. 111ff.

- (29) この意味をもつものとして、たとえば、全面改正連邦憲法のための準備草案第二四條（付録を見よ）。

- (30) TRUIER, a. a. O. (Anm. 3), S. 894ff. とくに 896ff は、その時々々の多数者に対してもつところの基本権の防禦的内容の放棄不可能性（Unaufgebbarkeit）を強調している。しかしながら、彼は、基本権を、民主主義に対する二律背反的な反対の立脚点（antionomische Gegenposition）において一面的に位置づけることを回避している。これについては、JOSEF ISENSE, Grundrechte und Demokratie, in: Der Staat 1981, S. 161ff. も参照せよ。

- (31) 純粹に否定的な基本権理解は、今日の法治国家・社会国家および給付国家の現実をもはや正当とはしないものである。この、国家と社会の厳格な二元主義の觀念にもとづいている。これについては、次のものを見よ——ERNST WOLFGANG BOCKENFÖRDE, Die Verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen 1973 ㉛㉜㉝ 論文集『Staat und Gesellschaft』(Hrsg.: Bockenförde, Darmstadt 1976); ㉛㉜㉝ Trachsel, a. a. O. (Anm. 24), S. 33ff.

- (32) 基本権にかんするこうした理解は、一個の古い伝統をもっている。基本権は、始原的に国家に対してのみ方向づけられたものではなく、まさに国家の正統性根拠（Legitimitätsgrundlage）に対しても方向づけられている。基本権の国家形成的効力は、国家目的はその尊厳を有する人間に向けられたものと理解されるという点に現われている。まず、一八世紀の終りに近く、またとりわけ一九世紀に、個人主義的思考の優越——その時代に無理矢理に主張された経済的自由主義の結果であることはいままでもないが——は、国家の侵害からの防護を求めるところに基本権を限定してしまうものであった。詳細

でより広範な示唆をなすものとして、JORG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz der Privatrechts, Bern 1964, S. 107ff, 119ff.

- (33) 防禦的内容 (Abwehrgelalt) と全体「政治」(gesamte «Politik») の秩序との不可欠の結合は、RENE A. RHINOW の場合も、前提とされべき(参照) Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 2-3に S. 429ff.)。RHINOW は「基本権の複合的な機能 (Plurifunktionalität) にこころを語っている (S. 432)」。同様の仕方では WILKE, a. a. O (Anm. 28), S. 204ff は「基本権の「多機能性」(Multifunktionalität) を強調している」。

- (34) BVerfGE vom 16. 6. 1981 in EntGRZ 1981, S. 295ff; 放送の私人による実施に向けられたザールラント州の放送法の当該規定の合憲性を判断しなければならなかった。同法は、放送を実施する私人に対する国家による監督を規定していたが、しかしそれを詳細に定めたものではなかった。

- (35) EntGRZ 1981, S. 301f.

- (36) これにこころを、見よ、JORG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. erweiterte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1981, S. 165ff.

- (37) BVerfGE 39, 1ff, 2-3に 46ff. の判決および他の判決は、今日、部分的に、批判を受けている。すでに、憲法裁判官 Rupp-*v.* Brünneck と Simon は、基本権にもとづく刑罰規範の定立のための義務の導出に反対して、期限つき解決(「妊娠後」定期期間内に限って中絶を法的に認める刑法改正)判決 (Fristenlösungsurteil) (BVerfGE 39, 68ff) にこころを彼らの偏向した意見の中で、考え方を變えてくる。より詳細な註釈として、KONRAD HESSE, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerechtheit, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 261ff; また見よ、DIETER GRIMM, Die Fristenlösungsurteile in Österreich und Deutschland und die Grundrechtstheorie, Juristische Blätter 1976, S. 74ff.

- (38) 共同決定判決 (Mitbestimmungsurteil), BVerfGE 50, 290ff) は「立法者に対する判決を「補整的動きをする」水路 (Fahrwasser) に向け」た (Ulrich Scheuner, Verfassungsgerechtheit und Gesetzgebung, DöV 1980, S. 478)。「連邦裁判所は、次のことを肯認している。——立法者は、経済秩序について、「基本法によって立法者に向けて設定された限

界内でなら、自己のもつ一般的な民主主義的正統性 (Legitimation) よりも一層広範な正統性をそれにかんして要求されることなしに、自由に決定するのだからならぬ。こうした法律創出的な形成的課題 (gesetzgeberische Gestaltungsaufgabe) は、基本権の保障と同じく、民主的憲法の構成的要素に属しているのだから、右の形成的課題は、基本権解釈の方法において、個別の基本権について求められている以上に制約されることはない。」

(39) EuGRZ 1981, S. 302.

(40) 基本的に——基本権の番人かつ解釈者としての自己の機能における憲法裁判権と特別に関連して——RUDOLF STEINBERG, Verfassungspolitik und offene Verfassung, Juristenzeitung 1980, S. 385ff, Vgl. auch RHNOW, a. a. O. (Anm. 33), S. 427ff.

(41) その他の法秩序にかんする基本権の「対向性」(«Gegenläufigkeit») は、HANS HUBER の中で強調されている(参照: 憲法の形態の豊富や [Formenreichtum] と憲法解釈によつて右の形態豊富の意味は、ZBJV 1971, S. 193, 444ff, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1971, S. 201)。

(42) 後掲文献の S. 67ff.

(43) Soziale Grundrechte (Anm. 36), S. 240ff.

(44) より詳細なものは、Jörg Paul Müller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVD-StRL 39, Berlin/New York 1981, S. 58ff, 64ff, 見よ [本書の] 四五頁以下。

(45) 連邦裁判所はこの概念を、本文のような意味で用いている。たとえば、見よ、BGE 97 I 49.

(46) 明瞭に述べるものは、Saladin, Grundrechte (Anm. 6), S. 292ff.

(47) 次の文献にみる概観を見よ。——ALBERT BECKMANN, Allgemeine Grundrechtslehren, Köln 1979, S. 170ff, 444ff, EDZARD SCHMIDT-JORTZING, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Göttingen 1979.

(48) ヴェーデ HESSE, Grundzüge (Anm. 15), S. 124ff, 24ff, 明確に示されている。BAUMANN, Demokratie (Anm. 14), S. 106ff, ヴェーデ HOFF, 動的な (dynamisch) 性格を強調している。

(49) このした評価 (Ansatz) に対して批判的なのは、WILKE, a. a. O. (Anm. 28), S. 111ff; Grundrechte der Verfassung

- (Ann. 32), S. 13 mit Ann. 2 und S. 101 mit Ann. 1.
- (50) 見よ、*ニルラス* NIELAS LUHMANN, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, また、*アドアルベルト* Podjech (Grundrechte und Staat, Der Staat 1967, S. 341ff.) による註釈。LUHMANN による評価に対する深く掘り下げた批判は、*ディーター* GRIMM, Grundrechte und soziale Wirklichkeit (出版は一九八二年、タイプ原稿で引用されている)、次のものも参照、*ウィルケ* a. a. O. (Ann. 28), S. 157ff.
- (51) 概観を得るには、見よ、*ウィルケ* a. a. O. (Ann. 28), S. 133ff. 様々な立脚点からする詳細な洞察を、著作集「Institution und Recht」(Hrsg. R. Schnur, Darmstadt 1968) が提供している。
- (52) Vgl. dazu Soziale Grundrechte (Ann. 36), S. 158ff.
- (53) FRANZ-XAVER MUEHLEN, Das Petitionsrecht ist gewährleistet, Diss. Bern 1981, S. 18ff, 38f.
- (54) 人格の自由の基本権から派生したところの・収監者に対する正確な医学的健康管理を要求する権利 (Anforderung) (Vgl. BGE 102 Ia 302ff.) は、人間の尊厳にもとづく刑罰執行という上位の目的に方向を定めている。しかしながら、右の権利は、——いすれにせよ伝統的な用語法によれば——なおも制度たる性格を有していない誤った個別の措置によって充たされるべきである。
- (55) 多くのものを代表おせば、*レンホルド* ZEPPELERS, Einführung in die juristische Methodemlehre, München 1971, S. 62ff. せよ、*オ. A. GERMANN*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 3. Aufl., Bern 1957, S. 87f.
- (56) 基本権については、規範のテクストの不十分から生じた・意味と目的にかんする問題が、格別の重要性を有している。つれにいては、見よ、*ヒューバー* HUBER, Formenreichtum (Ann. 41), S. 172ff. v. a. 192. せよ、*コンクリーゼン* (Ann. 41), S. 191ff. とりわけ 195ff. *ヒューバー* は、基本権にかんする憲法条文は、しばしば、規範領域を暗示する「キーワード」(Stichwort) だけを呈示していることを強調している。
- (57) 近時の方法論における法学者の解釈の社会的結果への増補した考慮については、参照、*マールティン* KRIEGLER, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Auflage, Berlin 1976, S. 331ff. それび、次のものも見よ、*クラウス* A. VALLENDER, «Objektive Auslegung» und Erkenntnis, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1981, Bern und Stuttgart 1981, S. 71ff. 要約し註釈を施しているものも見よ、*ベーンハルト* SCHLINK, Bemerkungen zum

Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, *Der Staat* 1980, S. 103ff.
(58) 見よ 後出の S. 19ff, 52ff.

(未完)