

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（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
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 (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

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

一七二号)

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

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. 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 —— 社会的 기본권

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

(以上、本誌本号)

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) 出発点 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

第二章 基本権の実現

I. 基本権を具体化する必要性

連邦憲法が明文で基本権を保障している範囲では、当該憲法の規定は、そこから基本権の意味内容と射程距離とがま
ずもって算出されるころの、一個の「見出し語」(「Stichwort」)だけを、ほとんどそれだけを呈示しているにすぎ
ない。仮に、人が、解釈とはすべて創造的要素を内包しているものだという近年の方法論を顧慮する場合でも、基本権
「解釈」(Grundrechts «auslegung») というものは、それが法創造 (Rechtsschöpfung) の機能を営むがゆえに、基
本権の場合以外の解釈の形態と比較して、はるかに高度な程度のものでして特徴づけられるのである。具体化
(Konkretisierung) という概念がよりよく表現しているものは、既に在るものを適当な(「正当な «richtig») 方法を
用いて発見することが専ら問題なのだということではなく、基本権実現は、部分的には、憲法の文言にかんして時には
たんに緩やかな関係をもち、ないしはそこにおいて——不文の基本権の場合と同様に——全く何の根拠も見出しえな
い新しい権利を、まずもって創出するものだ、ということである。

すなわち、判決 (Rechtsprechung) の中へ、基本権実現は、まことに様々な形式で受容されている。憲法裁判所とし
ての連邦裁判所は、いかなる範囲で連邦憲法第四条の派生效果 (Entwurf) たる法的審問の諸原則が行政手続において
も妥当するかということを決してきたのであるが、その際、連邦裁判所は、憲法の具体化にかんする一個の開かれた
問題に直面しているのである。これに対して、第一審の民事裁判官は、たとえば離婚訴訟の場合、やはり憲法を顧慮し
なければならぬのであるから、連邦裁判所によって発展させられ具体化された法的審問の諸原則(たとえば書類の閱

[46]

[45]

覧にかんするそれ）が、法律レベルの規範とほとんど同様に適用される。けだし、基本権実現の統一性は、たとえば、民事裁判所ないし刑事裁判所が基本権の具体化と創造についてそれを自制することを要求しているのである。

連邦立法者（*Bundgesetzgeber*）によって提供されるべき基本権の「解釈」——たとえば、ジャーナリストの証言拒否権（*Zeugnisverweigerungsrecht*）の具体化の際の連邦憲法五五条のプレス⑤の自由の解釈や、地域計画（*Raumplanung*）法ないし環境保護法の制定の際の財産権保障の解釈⑥がそれである——といったものは、右の事柄とは全く別のレベルにある問題である。

II 基本権の部分的內容

様々な国家机关に向けて基本権の規範要求（*Normanspruch*）を対応させる必要から、基本権の多様な規範の諸層（*Normschichten*）を区別するような探究の仕方が生じる。そのような細分化は、多様な部分的内容を方法的に異なった仕方で扱うこと、および、基本権を輪郭の定かでない規範性を逸脱させたり、ないしは歴史的に強化され、放棄されない防禦的内容（たとえば、礼拝の実施を強制することの禁止のことし）を内部から掘り崩したりすることなしに、右の多様な部分的内容を基本権の包括的な妥当性の要求（*Geltungsanspruch*）によりよく対応させることを、許容するものである。

具体的に述べよう。ラジオ・テレビジョン制度の秩序に対する基本権的な要求は、新聞制度における国家的検閲に対して明確に定義された防禦的要求（*Abwehranspruch*）とは別異の規範性を有している。しかしながら、ここかしこで問題になるのは、民主主義国家における意見表明および情報の自由の実現という課題である。基本権の三つの部分内容は、以下のように区分される。

1. 基本権の、直接的請求の根拠となる内容

長い伝統をとおして、基本権の部分内容は、強固で客観的かつ個人的な妥当領域をともなつて形成されてきた（たとえば、恣意的拘留および家宅搜索の禁止¹¹、また、警察の許可を受けることなく、個人として、公的根拠にもとづいて、思想的内容をもつビラをまく自由などがそれである）。このように明瞭に輪郭が描かれ、かつあらゆる国家机关に義務づけられている基本権内容は、決して、国家的処務 (staatliches Handeln) に対する防禦の要求に限定されているわけではない。つまり、連邦憲法四条にもとづいて具体化される、無償の裁判追行の保障や、独立した裁判官による訴訟への要求は、古典的基本権の領域において活動可能な規範へと強まりつつある給付要求にとつての例を提供しているのである。そこに示されているのは、基本権内容の防禦的性格 (Defensivcharakter) ではなく、その規範的確定性 (normative Bestimmtheit) —— それは安定した判例において、ないし基本権内容の一義性をとおして、根拠づけられるのであるが —— が、基本権擁護 (Grundrechtsgewährleistung) というものをあらゆる法適用機関が直接になすべきであるのかどうか、またなすべきであるとしていかなる規模でなすべきなのかを、しばしば決定している、ということである。つまり、基本権位置 (Grundrechtsposition) の要求根拠 (Anspruchsbegründung) にとつて決定的なのは、その司法判断適合性 (Justiziabilität) である。¹⁶

2. プログラムの層 (programmatische Schicht)

基本権は、その憲法的な機能をとおして、全国家共同体 (gesamte Staatswesen) にとつての、つまり法制定と法実

[48]

施にとつての、客観的で基本的な形成原理ともなっている。¹⁷⁾ 右の意味連関において、とくに、しばしば何よりもまず、基本権実現にとつて決定的であるような手続、制度および実体的基準を創出する義務を有している立法者に言及される。それで、このような場合には、基本権は、目的だけを設定する。つまり、基本権は、そのプログラムの機能においてではなく、その直接に請求権を根拠づけている内容において、まさに他の規範的性格によって拘束されている。すなわち、基本権は、通例、立法者に、ある——基本権の言明力 (Aussagekraft) 次第で異なる、大きな——形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) を委ねている。¹⁸⁾

政治的議論における基本権の修辭学的な (rhetorisch) 繁用 (Transprunahme) は、プログラムの層からは区別されるべきである。ここで重要なのは、とりわけ、正当でも不当でもありえ、そのいずれの場合でもいかなる直接的評価も基本権思考からは人手しえないような、法定の際の・ほとんど部分的な利益の擁護である。このような基本権についての論理的な使用は、たとえば、自動車団体が速度制限に反対する「国法上の」(«staatsrechtlich») 論拠として人格の自由 (Persönliche Freiheit) を引き合いに出したり、また、公的交通機関に対して私的な自動車交通を庇護するために活動の自由 (Bewegungsfreiheit) から「交通手段の自由な選択への基本権」なるものを引き出すなどのことの中に示されている。¹⁹⁾

3. 単純な法適用の際の基本権の側面防護的 (Hankierend) 作用

基本権に対していかなる独立した要求も取り除かれうるような場合にも、基本権内容が、たとえば単純な法律上の権利や義務の具体化に共同参加することが、なお可能なのである。基本権にもとづく命令 (grundrechtliche Imperativ) は、価値充填の力をもちまたそれを必要とする条項に、それに司法判断適合的な輪郭を付与するような内容を、時々

ともかくも仲介する可能性を有している。⁽⁵⁰⁾

a) スイス法にとつての主要な例は、スイス民法 (ZGB) 一八条にもとづく一般的人格権 (allgemeines Persönlichkeitsrecht) の具体化である。⁽⁵¹⁾ 人格 (権) 侵害 (Persönlichkeitsverletzung) のもつ違法性を判断する際に、民事裁判官は、「私法および公法上の、全面的で統一的な全体を形成している秩序についての諸規定に留意し」なければならぬ。それゆえ、連邦裁判所が、右のような関係において、憲法を模倣して、「私的な取引および営業の自由」ないし「私法上のプレススの自由」⁽⁵²⁾ について語るときにのみ首尾一貫性が保たれるのである。

著名なゼーリッヒ事件 (Fall Seelig) —— これはあるジャーナリストの人格権保護の観点からの映画上映が不許可と判断された事件であるが —— において、連邦裁判所は、次の説示をした。すなわち、ジャーナリストには、その具体化にあたっては連邦憲法五五条にかんする判例の中で発展させられている諸原則が考慮されるべきような私権たるプレススの自由が、その人格権保護の派生效果として付与されている、と。⁽⁵³⁾ しかし、裁判所は、右のような観点をもちながらも、ジャーナリストに、公開の映画上映の許可を求める権利を「情報の自由」という意味で保障することを、拒否した。⁽⁵⁴⁾ その際に、連邦裁判所は、プレススの公的機能の主張を一定の重要な文化的分野において困難ないし不可能にするような差別的な立入り禁止に反対すべき拘束的な義務が民事裁判官にも課せられると、誤認した。⁽⁵⁵⁾

b) もうひとつの例は、債務取立法・破産法 (Schuldbetreibungs- und Konkursrecht) に由来している。かつての判例の中で、連邦裁判所は、個人的なまたは勤労収入に不可欠な対象物 (いわゆる権限断片 [Kompetenzstück]) ならびに自己の収入のうち生存のための最小限 (Existenzminimum) を確保する部分を、債務者に対して差し押えてはならないとしているスイス・カルテル法 (SchKG) 九二条および九三条の規定について、これを、スイスにおいて居住しているスイス市民のみ適用した。その根拠は、当該規定の目的がスイス人に対し完全には全財産を差押えてはならないということにあるか、さもなければ、その目的が貧民救済という課題を担うことにあるか、のいずれかである。のちに、連邦裁判所の判例は変更され、所有物全部に対する差押えから債務者を、その国

(50)

籍ないし居住地の如何にかかわらず保護することを認めるようになった。⁵⁴⁾ 今度は、人権関係の諸事件において、すべての債務者に、よしんば差押えの場合でも自己の生計費を得ることを、そしてその家族を扶養することを可能にするような、人権関係におけるスイスカルテル法の法原理 (ratio legis) が採用されるに至った。この事例においては、基本権の側面防衛的な機能は、次の中の中に示されている。——裁判所は、債務者の最低限(生活)の保障の制度を、基本権とは別個に直接に導き出しているのではなく、一個の法律的に錨着された要求を、人間の尊厳の実質的な諸前提に照らして解釈しているということ、がそれである。

c) 基本権解釈は、著名なオムリン判決 (Fall Omrin) の中でも、決着がついており、また他の結果を導いたに相違ないようである。すなわち、疾病および災害保険は、他の社会立法とは逆に、里子 (Pflegekind) のために遺族年金を請求するいかなる権利も規定していなかった。連邦裁判所は、すでに、裁判官によって欠缺が充填されるべきことを受容していたのではなく、法状況を、不満足ではあるにしても立法者によってのみ修補されるべきものとみなしていたのである。このことの中に、一個の形式的に理解された権力分立の強調が、不当にも、基本権の考慮よりも上位に置かれている、と私には思われる。社会保障法の分野で里子 (weibliches Kind) と同等に処遇しようとする立法者の基本権意思 (『基本権にかんする立法者の意思』は、理解しがたい立法者の非論理性について、裁判官に対し、これを法的平等の要求 (Rechtsgleichheitsgebot) を論拠として片付けることを義務づけるものである。この事例が示しているものは、ここに意図された基本権の意義は合憲解釈 (verfassungskonforme Auslegung) の要請に尽きるのではなく、裁判官に、真正の欠缺充填のための権限を付与し、ないしは事情によってはそれを強いるところにある、ということである。

d) これに対して、高等教育学校 (『大学。Hochschule』) への入学許可は、連邦裁判所の見解によれば、固有の基本権要求 (たとえば、教育への要求) に支えられたものではない、と答えられる。⁵⁵⁾ しかし、連邦裁判所の判決においては、機会均等の実現化という意味での平等原則に、高等教育学校への入学という分野では全く特別な意義が与えられているにもかかわらず、そこでは、生存の見直しについての外 (見) 的諸条件は決定されていない。裁判所は、入学許可数 (Numerus clausus) にかんして、法律上の原則と比例原則 (Verhältnismässigkeit) に関連する厳格な憲法上の基準を立てることをおし、右のこと (『高等教育学校入学』) を顧慮している。⁵⁶⁾

[52]

[51]

そこに再び示されているのは、本来の基本権の欠如は当該分野におけるこれにかんする基本権の論議を封じてしまうものでないということである。

e) もうひとつのよく似た論証の模型 (Argumentationsmuster) を、連邦裁判所は、情報の自由にかんする自己の判決の中で示している。つまり、裁判所は、官庁をとおして能動的情報を入手することが当然の基本権的請求権であるということを否定しているのであるが、しかしながら、裁判所は、すべての利害関係人に官庁の情報通知に接近する均等の機会を保障することは、特別の重みをもった意見の自由の思考から当然である、としている。

Ⅲ. 様々な基本権内容の国家機関への配分 (Zuordnung)

1. 課題——適切な機関の決定

上述した基本権のいくつかの部分内容 (Teilgebiete) が区別されているのは、いわば、基本権実現の役割は国家機関のみがひとりそれを担うものでなく、あらゆる機関が右の課題についてのそれぞれの部分を引き受けるべきである場合には、その機能と地位が相応するところのすべてのものの義務である、という事実の映像 (＝ありのままの姿)。

Spiegelbild) なのである。

近時のスイスの学説は、アメリカの憲法理論および判例と同様に、伝統的な権力分立シエーマから訣別して、国家の一定の課題と機能を、あらゆる状況を顧慮して客観的に最も妥当な (sachlich geeignet) 機関に割り当てることを強調するようになった。「つまり、」国家全体 (Staatsganze) の中での構成的ないし位置、すなわち手続形態 (Verfahrensweise) からみて、まさにその課題を達成することと特別に結びついた問題と取り組むべき関係者

(Betroffener) などの接近の可能性について、最も権限があるようにみえる機関にその権限を付与すべきだ、ということである。⁽³⁶⁾ このような評価は、基本権の様々な部分内容の具体的意味と、個々の国家機関のその各々の実現への適性とを創出することを可能にしている。

右のような観点をもって批判的に問われるべきは、次のことである。——カルテル委員会は、「ターゲス・アンツァイガー」紙(「*Tages-Anzeiger*」)に対する自動車輸入会社の広告ポイコットにかんする報告の中で、私人がおこなう探究を越えて、経済的圧力(広告ポイコットなど)の方法で新聞の内容に影響を与えることについての一般的ガイドライン(Richtlinie)を基本権に照らして設定しているが、果たして同委員会はそのことをするのにふさわしい機関であるかどうか、である。カルテル委員会に委託されているのは、経済市場の開放性維持(Offenhaltung)のために配慮することである。新聞業界の競争におけるプレスの自由を具体化するこの委員会の権限を一般的ガイドラインの分野で不確定なものにしてしまうことは、その構成、手続および特別の専門知識に照らして、右の委託されていることは逆である。

2. 立法者

基本権は、そのプログラム規定としての機能において、何より、立法者(Gesetzgeber)に語りかけている。つまり、立法府(Legislative)は、なおも広く開かれておりながら目的志向的である基本権要請に、明確な輪郭を与えることについて、それをするのに適切でかつ正統であるようにみえる。自身⁽³⁶⁾の側で、一面で正統な方法で対向的な基本権地位ないし憲法地位まで引用するところの、意見を異にする社会的諸力と社会的諸利益との間の、根本的な紛争状況の解決は、政治的決定の課題の範囲で、立法者の活動余地を、基本権として開いたままにしているのである。したがって、プ

レスの自由および意見表明の自由という基本権、ならびに連邦憲法四条の平等処遇の要求 (Gleichbehandlungsgesbot) は、むしろ、立法にとって中心的形態においては、ラジオおよびテレビジョンの分野で、またはメディア秩序の構成部分としてのプレス助成 (Pressförderung) の際に重要となるのである。しかし、具体的な形態は、基本権が、立法者を詳細についてまで拘束することなく、特定の価値判断を留保しているような相反的な諸利益の間の調整を許容している。⁽⁴⁶⁾ ドイツの連邦憲法裁判所は、これについて、ラジオ放送の分野でかつて出されたザールラント判決 (Saarland-Urteil) の中心、次のように述べている。

「すなわち、相互に衝突に行きつく可能性のある多様な基本権位置、つまり、一方では、情報の自由から導かれる、包括的で事実合致した情報への請求 (Anspruch) と、他方では、プログラムを製作し、あるいは放送の中で発言を許される人の意見表明の自由とが、ここで重なり合うことになる。そのような衝突 (Kollision) を調整することは、立法者の問題である。……立法者がその課題をどのように遂行しようとするかは、立法者の固有の決定に属する問題である。基本法は、立法者に、ラジオ放送組織についての特定の形式を何ら規定しておらず、肝心なことは、ただ、自由で包括的かつ事実合致した意見形式が上述の意味で保障されること、および、侵害ないし誤った方向への発展が回避されること、だけである。立法者は、ラジオ放送が一つまたは若干の社会集団に委ねられないこと、考慮に値する社会的諸力が全プログラムのなかで発言すること、および、報道の自由の不可侵が維持されること、を確保する予防措置をとくに講じてきた……」⁽⁴⁷⁾

立法者の第一義的権限にかんするもう一つの例を、両性の平等処遇を基本権的に制度化 (Statuierung) した連邦憲法四条二項が提供している。同一価値の労働に対する同一賃金を求める請求権の範囲は、今日では、十分確定的なものとなり、したがって司法判断適合的であるようにみえるが、他の平等処遇の公準 (Gleichbehandlungspostulate) は、法律制定のレベルで規定されることを何よりも必要としている。⁽⁴⁸⁾ たとえば、家族法の領域全体が、四条二項の意味において、新たに形成されなければならない。ここでは、立法者

[54]

は、多くの社会的で個人的な、いやむしろ国際法的な結論を概観し、また、法秩序の変化に際して考慮されるべき相応の諸要請を調整する権限を有しているのである。^[55]

立法者は、まさに、基本権実現のための組織—手続法的な規定を制定することを自己の職務としている。^[56] 立法者が、たとえば政党にとって必須の「武器の平等」(Waffengleichheit)にかんする裁判所の前での対抗的な手続を制定し損なった場合には、誤りは、もはや、個別事件の決定の段階では滅多に是正されえないのである。

たとえば、軍事紀律法の領域で、独立した裁判官による最終判決(Aburteilung)が必要であるとするとENRKAの要請についての相当な法律上の権限規定が欠缺しているために、このENRKAを手本とすることができない、その間は、立法者は、結局、軍事刑事訴訟規定の改正に全力を傾注したし、^[57] また、講じられた懲戒措置および科せられた懲戒刑の(再)審理を、最終審級の裁判的機関に委ねたのである。^[58]

原 註

- (1) HANS HUBER, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, S. 195; derselbe, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 1971, S. 192.
- (2) 多数の文献に代えて、^[59] RENE A. RINOW, Rechtsetzung und Methodik, Basel und Stuttgart 1979, S. 17ff, 124ffおよびそれに付されている詳細な註釈を掲げておく。
- (3) BGE 105 Ia 193ff.
- (4) 連邦裁判所が法的聴聞の原則から導き出しているところの様々な参加の請求(Teilanspruch)についての概観は、

ヨルク・パウエル・ミュラー『スイス基本権原論』(四)

二五三(105)

ANDREAS FREYVOGEL, Audi Aleram Perem, Basel und Stuttgart 1979, S. 184ff. が提供している。

- (5) たとえば、邦行政裁判所は法律制定の憲法統制についての権限を有し、かつその役割に適しているか否かという問題も、このような基本権実現のための様々な論拠の援用 (Berufung) にかかっている。これについては、参照、ERNST HOHN, Verfassungsrechtsprechung durch kantonale Verwaltungsgerichte, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 273ff.
- (6) このことは、今日では、連邦裁判所レベルでは、まず行政手続の分野で承認されている (参照、行政手続にかんする連邦法律二六条三項、SR 172. 021)。
- (7) 法律制定による所有権の形成についてその基本を説示したものととして、BGH 105 Ia 330ff.
- (8) 方法論については、たいてい、憲法裁判官による具体化だけがこれを探求している。
- RHINOW, a. a. O. (Anm. 2) の場合、行政官庁と行政裁判官の特色を、研究の中に採り入れている。
- (9) JORG PAUL MÖLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. erweiterte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1981, S. 22f, 151ff. づれにかんする基本的なものは、やはり、RENE A. RHINOW, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 427ff.
- PHILIPPE A. MASTRONARDI (Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, S. 142ff) は、基本権規範の具体化の程度にもとづいて区別するが、しかし、段階 (Stufe) ないし層 (Schicht) を、相互に区画を設けて認識しようとはしていない。
- (10) 以下の叙述は、一九七三年のスイス法曹大会 (Schweizerischer Juristentag) の報告中の叙述に依拠している。見よ、Soziale Grundrechte (Anm. 9) S. 155ff.
- (11) 々の禁止の歴史については、参照、EIBE H. KRIEDEL, Die Habeas Corpus-Akte, 300 Jahre Tradition und Praxis einer britischen Freiheitsgarantie, EuGRZ 1980, S. 192ff. (つれは法範な註が付れている)。
- (12) BGE 96 I 586ff.
- (13) 諸基本権から生ずる給付請求権にかんする詳細については、見よ、本書後出五五頁以下。

(14) これにかんする一事例は、法的聴問を求める権利についての連邦裁判所の判決がこれを提供している (vgl. FREYVOGEL, a. O. — Anm. 4 —, S. 184ff. 446ff. PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Basel 1975, S. 44ff.); この原則 (＝法的聴問の請求権) においては、右の判例は、確固とした輪郭をもっているが、しかしそのことは、部分的観点からすれば、一層の発展を排除するものではけししてない (vgl. z. B. BGE 105 Ia 193ff., 106 Ia 76ff.)。

「社会的基本権」の分野では、連邦参事会の判決は、連邦憲法二七条の保障にまで及びうるものとされている。HERBERT PLOTKE, Schweizerisches Schulerrecht, Bern 1979, S. 9ff. に所掲の実例への参照。

(15) 見よ、たとえば、十六歳以上の子どもは、自己の宗教教育について自身で決定する、⁶ としている連邦憲法四九条三項。

(16) これにかんして詳細に論じたものとして、Soziale Grundrechte (Anm. 9), S. 20ff., 179ff.

司法判断適合性の判定基準は、DANIEL TRACHSEL, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsorderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980 の研究の中でも、広く論じられている。

(17) 前出の S. 5f., 9ff. も参照せよ。

(18) Soziale Grundrechte (Anm. 9), S. 18, 15f., 18f.

(19) 総合交通構想のための委員会は、その最終報告書の中で、第三六条の二第一項にかんする次のような定式化を提唱している。「交通手段の自由選択は、これを保障する。」というものである (最終報告書、ベルン、一九七七年、三〇二頁、三〇四頁)。参照：これにかんする先行業績である JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption, ZSR 1980 I, S. 53.

(20) 私は、一九七三年の研究書の中で、既存の法制度もしくは法規定に依拠して実現される規範的部分内容 (normativer Teilgehalt) について、または、基本権の調和的・司法審査適合的な層について述べている (Soziale Grundrechte — Anm. 9 —, S. 15ff., 187ff.)。この特徴づけを側面から防護している (flankierend) 機能は、私には、右の内容をより一層瞭然のものとして述べているように見える。

(21) これにかんする詳細な研究をするものに、JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964 があつて、⁶ 446ff. に参照。LUTZUS WILDHABER, Gedanken zu Rassensdiskriminierung,

した脈絡については、とくに S. 110ff.；包括的に論じたものとして、さしあたり、JORG PAUL MÜLLER, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen (公刊は 1982)。

- (35) LAURENCE H. TRIBE がアメリカ (合衆国連邦) 最高裁判所の判例の分析にもとづいて展開している構造的、デュール・プロセス (structural due process) のモデルは、根本的に、またスイス憲法にかんする彼の理解の意味においては、今なおほとんど知られていない。見よ、Tribe, Structural Due Process, 10 Harvard Civil Rights—Civil Liberties Law Review 1975, S. 269ff.; derselbe, Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness or Structural Justice? 92 Harvard Law Review 864 (1979); derselbe, American Constitutional Law, Mineola New York 1978, S. 1137ff. mit Nachträgen 1979 und 1980.

HELMUT GOERLICH, Zur «strukturellen Gerechtigkeit» der amerikanischen Verfassung, AöR 1978, S. 425ff. にかんする Tribe の業績における序文。さしあたり、次のものも参照せよ、Entscheidstrukturen (Ann. 34)。

- (36) つれにについては、見よ、JORG PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, Berlin / New York 1981, S. 79ff.
- (37) 一九八一年三月のカルテル委員会報告書「ターゲス・アンツァイガー」紙に対する広告業者の広告差止め〔について〕。「スイス・カルテル委員会の一九八一年の諸出版物」中に所収、四一頁以下 (一八頁以下にガイドライン)。
- (38) 参照、これについては、多くのものを代表するものとして、KURT EICHENBERGER, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (一九八二年に出された)。概観は、たとえば、DöV 1981, S. 864ff. に公刊されている。
- (39) メディア総合構想 (Mediengesamtkonzeption) (Ann. 19), S. 34ff. を見よ。
- (40) BVerfGE in EuGRZ 1981, S. 302。
連邦裁判所は、BGE 98 Ia 418ff. の中でも同様に論じており、次のように判示している。——憲法判決の方法では、ジャーナリストの証言拒否権は、いかなるものも、意見表明の自由からは導き出されえない。この場合に対立し合っている諸利益の衡量は、むしろ、立法者の役割である。
- (41) 「両性の平等の権利」を求める国民イニシアティブに際しての政党の機会均等 (を求める権利) を肯認している。
BGE 97 I 731ff. は、テレビジョンの選挙報道への参入に際しての政党の機会均等 (を求める権利) を肯認している。

が減じるが——S. 143. いずれにせよ、議会審議において解明がなされた (vgl. z. B. 全邦院における連邦参事会閣僚 Kurt Furgler の見解表明, Amtliches Bulletin Ständerat 1980, S. 567)。

(42) vgl. Die Botschaft des Bundesrates, a. a. O. (Anm. 41), S. 131f und 142.

(43) 比較法的には、BVerfGE 25, 167ff も見よ。連邦憲法裁判所は、非嫡出子の権利の改善のための憲法委託を実現するための期間を立法者に与えた。この期間の経過ののち、改革は、憲法目的に即して、直接に、判例をとおして実現された。それゆえに、裁判所は、そうした問題を規律するための立法者の第一義的権限を認容し、かつ、立法者の拒絶の事案についての、裁判所の権限が要求されるのである。

(44) 基本権的な観点からすれば、プロ・ヘルヴェティア (Pro Helvetia) の立法的な分離と自治的な形成、とりわけ、先般企てられた訴願制度 (Rekurswesen) の行政からの分離は、適切なものであるように思われる (参照、「プロ・ヘルヴェティア」基金にかんする一九八〇年一〇月二〇日の連邦裁判所法律の改正, AS 1980, 821 およびその一部を構成する連邦参事会の報告, BBl 1980 II, S. 109ff)。

(45) 改正のためのきっかけを与えたのは、Engel v. Niederlande の一九七六年六月八日の EuGH の判決 (EuGRZ 1976, S. 221ff) であるが、軍事的懲戒処分分野における自由の剥奪が、この改正の対象となる。これは、——それにもとづいてスイス人一兵士の上官による拘禁命令に対する訴えが提起されている——軍事刑法の改正を導いたのである。参照、Luzius Widhaber, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 1979 II, S. 340f による全体経過の叙述と評価。

(46) 参照、軍事刑法 (Militärstrafgesetz) 二〇九条および一九七九年三月二三日の軍事刑法訴訟にかんする連邦法律 (Bundesgesetz über den Militärstrafprozess vom 23. März 1979)。

(未完)