

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』(五)

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. 基本権の防御的 (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

3. 権利実現の過程における基本権の機能

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. 基本権の部分的内容

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 (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

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)

(以上、本誌一七三号)

- 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った手続
- 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
 - 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 || 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 (ENIRK) 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. 様々な基本権内容の国家機関への配分〔承前〕

3. 執政 (Regierung) と行政 (Verwaltung)

執政および行政も、今日では、広範に、基本権実現の課題を負っている。法律案の準備および命令の制定の領域ではプログラムのな部分内容が、また個別事案の決定 (Einzelfallentscheidung) の分野では司法判断適合的な部分内容が、それぞれ表面に出る。連邦参事会の課題についての司法判断適合的な内容は、とりわけ、特定の形式的な憲法訴訟の判決をするときに妥当する⁴⁹⁾。それに加えて、連邦憲法一〇二条二号が、概括的に、「憲法の遵守を……監視すること」を、連邦参事会に委託している⁵⁰⁾。

4. 判例

憲法裁判所が自由主義的＝民主主義的国家の土台をなす要石 (Baustein) を確定し、具体化し、かつ現実化する全く特別の機能については、すでにかなり詳細に叙述したところである⁵¹⁾。

しかし、連邦裁判所は、基本権保障に携わる唯一の裁判的機関なのではない。すべての裁判所が（またすべての国家的審級 [staatliche Instanz] も総じて同様に）、機能上の限界を考慮しつつ自己の活動領域において——客観的に公正で可及的に統一的な基本権の具体化と特別に関連して——基本権の発する命令 (grundrechtlicher Imperativ) を考慮に入れなければならないのである⁵²⁾。

付説 (Exkurs) —— 権限ある国家機関の決定 (Bestimmung) にかんする事例としてのスイス基本権判決 (Grundrechtsprechung) の歴史

われわれは、今日、ほとんど自明のものとして、基本権判決は裁判官の任務であるということから出発している。しかしながら、スイス憲法裁判権の歴史をべつするならば、そのことはけっして確かな (zwingend) ものでないことが分かる。

一八四八年憲法の下では、—— ついその少し前に終ったばかりの分離同盟戦争の結果としてであることはいうまでもないが—— 若い連邦国家をいかに統合するかが、喫緊の課題として呈示されていた。次のような、最高に重要で、かつ連邦国家の存続にとって死活の問題を解決することが求められていた。—— つまり、とりわけ、居住移転の自由 (Freizügigkeit) を定め、また邦の保護主義的な措置を排除することなどによって統一的経済領域を創出すること、⁵⁴⁾ 信教の自由を形成すること、とくに保守的勢力の抵抗に対抗してプレスの自由を貫くこと、ないし、信仰上また救貧法上の障害に対して婚姻の自由を実現すること、⁵⁵⁾ がそれである。これらの問題は、いずれにせよ、議会において多数決手続の結果、支配的地位を占めている自由党には、その利益を貫徹するためには、同党が立法だけでなくそれに相当する憲法訴訟 (Verfassungsbeschwerde) の判決をも手中に収め、⁵⁶⁾ 基本権を侵害したとされる事件の判断を連邦裁判所に委ねることを喜んでするといった内容のものである点が重要であると思われた。⁵⁶⁾ 当時、支配的であったのは、基本権が、一般的に裁判所において保護を受けうるであろう水準よりも、あまりに少なくしか規範上は規定されていない、という見解であった。一八七四年憲法改正のための連邦参事会報告の中では、それは次のように述べられている。

「従前のやり方の政治的な長所は、連邦議会が、訴願の判決 (Rekursentscheidung) において、連邦法を実際的に更なる形成をし、またそれを自由な魂の中で発展させるための手だてを手中に収めていたことである。事実、連邦議会により、こ

[58]

[57]

うした訴訟の判決の形式で、法律がそれをなしうるであろうよりも、ずっとより効果的に、若干の決定 (Beschluss) が制定されていたのである。とはいえ、誤解してはならないのは、この種の決定は、例外なく、将来とも連邦裁判所の領分を侵犯することのない分野で用いられるものだということである。それゆえ、右の分野を分離する際には法関係が今なお動揺しているようないかなる事項も連邦裁判所には委ねられない、ということが、全く誰にも了解されることである。というのは、裁判官の役割は法をつくることにあるのではなく、裁判官のしなければならぬのは与えられた法を適用することだけだからである。それで、公法の更なる形成が期待されるのが当然であるように見えるすべての分野を自分の手に残しておくこと、そして、それによって、いかなる一般的利益をも提供しないような訴訟の負担を連邦議会に負わせることなく、従来の処理 (Einrichtung) についての政治的優位性を救うことが、完全に連邦議会の手中に置かれたのである。¹⁵⁷⁾

こうした姿勢にかんして決定的なのは、今日大きくなり過ぎた裁判官の行動の姿ではなく、とりわけて、法の更なる形成を自ら決定する議会の意思である。

一八七四年以降、議会は、議会在が徐々に実施してきた具体化をとおして十分にしっかりしたものであると見なしたところの・例の基本権判決の諸領域を、一つひとつ連邦裁判所に委ねていった。¹⁵⁸⁾ 取引および営業の自由の領域で、連邦参事会は、その当該報告書の中で、次のように述べている。

三五年の「歴史をもつ」ひとつの実例は、最初は裁判官にいかなる確実な基盤も与えてはいないように見えた憲法諸原理に、確固とした輪郭を付与し、それで、判決が可能な限り首尾一貫した (konsequent)、かつ矛盾のない (widerspruchsfrei) ものとして更なる発展をすることが法的安定に叶うものとされるようになった。裁判所は、そうした法律上の事件に時たまに (ab und zu) だけ関わり合わなければならず、(それでいて) 自己の主要な利益を他の領域に設けているような政

治的官庁よりも、右の課題を扱うのにより適しているのである。⁽⁵⁹⁾

付説するなら、連邦裁判所が続いて広い領域で発展させてきた創造的な実例を目にして、人は、こうした裁判官の権限についての判断 (Beurteilung) を、誤ったものと見るかもしれない。しかし、それでも、連邦裁判所が、当時、国家共同体 (Gemeinwesen) を設定し安固にする、きわだって政治的な課題をスイスに託すべき正当性と統合力を、まことにほとんどもっていなかったという事実は、変りないのである。⁽⁶⁰⁾

右のような事例にもとづいて一般化した形で結論づけることができるのは、基本権実現の部分的課題の秩序づけに際しては具体的な歴史的状况の全体的な政治的文脈を考慮すべきである、ということである。すなわち、基本権判決にたずさわる組織は、自己の決定を首尾一貫しうる、かつ貫徹しうるものとするところの、国家全体 (Staatsganzen) の領域における例の正当性と自治とを具えていなければならない。

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

国家に、効果的な基本権執行 (Grundrechtsausübung) の実質的な前提の設定を、義務づけるか否か、またいかなる範囲で義務づけるのか、それが問題である。すなわち、意見の自由は、すべての人が何よりも公の論議に参加することができような、そうした程度にまで到達していることを要求するものなのか？ また、すべての基本権保障は、すべての人の実質的な生き残り (Überleben) の確保を前提したものではないのか？⁽⁶¹⁾ そしてさらに、いかなる範囲で基

本権から給付請求権を抜き出すことができるのかという問題も、全く一般的に提立されるのである。

2. 連邦裁判所の判例

a) 連邦裁判所は、市民の・国家の給付への請求権を根拠づけることなく、基本権が専ら巨大な国家の侵害に向けられたものであることを、判例の個々の分野において常に強調してきた。

それで、連邦裁判所は、取引および営業の自由から高等教育機関 (Hochschul) における修学を許されることへの請求権を抜き出したり、あるいは (不文の) 教育への権利を認めたりすることを拒否してきた。情報の自由の分野において、積極的な官庁情報 (の公開) を求める権利 (Anspruch) を認めることも、同じくほとんどなされていないのである。そして、最新の一审判决において、再度、次のことが維持されている。すなわち、それは、

「いかなる財産所有者も、生存保障としての、そして市民をその権利領域において国家の侵害から保護するところの自由権としての財産権保障にもついで、国家の給付を請求する権利を抜き出すことはできず、とりわけ、建設の自由の遂行のための前提をなすところの、公の営造物による開発指導とサービスを請求する権利を抜き出すことはできない。」

3. 連邦裁判所判例の分析

連邦裁判所判例についての一つの分析は、侵害と給付の二分法 (Dichotomie) の持続的な形を相対化するところの洗練された像を仲介している。裁判所は、最近の判決の中で、合法性の原則の問題について、次のように詳述している。

「侵害および給付は、日々の生活の全ゆる分野に公権力の侵犯 (Intervention) がどうしても生ずるのだといった『侵害 (Eingriff)』の概念を用いられは用いるほど、適切な区分のメルクマールはますます提示しえないという、そのような相関関係の中に置かれていっているものである。結局、給付を提供する行政の措置は、事実上の権利請求と憲法中に保障された基本権の自由な発展のための前提条件を、時間を長くかければかけるほどより多く、形成するのである。」^[61]

個々の基本権についての判例もまた、区々の形姿を呈している。とりわけ、以下に掲げる給付請求権ないし給付類似のものへの請求権 (leistungsfählicher Anspruch) にかんするカテゴリーは、確認されたものである。^[62]

a) 警察の保護義務

警察的処務 (Handeln) は、公的秩序の保護に仕えているが、またこの公的秩序は、基本権によっても構成されている。それゆえ、警察は、基本権の保護のためにも活動すべきものであり、それは、ただ若干の、あるいは個々の基本権だけが基本権の地位 (Grundrechtsposition、生命への権利、人格の自由、意見の自由) に相当しているような場合でさえもそうなのである。^[63] 連邦裁判所は、国家が宗教的ないし政治的催し (Veranstaltung) の妨害者に対して信仰および良心の自由ないし結社および集会の自由の保障のために断固として立ち向わなければならない、ということを要求することに、右に述べたような基本権のための国家の保護義務を強調している。^[64]

b) 公的根拠の援用

公的根拠 (öffentlicher Grund) にもとづいて私的な請求をすることは、連邦裁判所判決の中で特別の位置を占めている。連邦裁判所は、連邦憲法四条からだけでなく、その行使が問題となるところの自由権の理念的内容からも生じるような公的根拠の充足への「制約された要求」(《bedingten Anspruch》)との関係について述べている。^[61]そこから結果として生ずるものは、むしろ、状況次第では——もっとも或る特定のものではなく、いずれにせよ目的に適した——催しの施行をするための公共の場所(たとえば、道路の舞台(Straßentheater))の提供への請求権である。^[62]

c) 給付の性格をもった手続的保障

国家の裁判権による保障への憲法上の請求権 (verfassungsrechtlicher Anspruch) は、全く一般的に、国家の給付を要求するものである。

この給付的性格は、基本権上の、つまり平等処遇の準則から派生するところの、無償の訴訟遂行への権利にかんしてとりわけ現われているのであるが、それは、制度は、法に従う者 (Rechtsunterworfen) の裁判官の前での機会の平等に仕えることを意味する。

国家による権利保護を求める基本権にもとづく請求権は、時折、現存の制度の拡張を要求することにもなる。すなわち、次のごとくである。

「国家による権利保護を求めるすべての市民の権利を保障することは、法治国家の役割である。市民の右の権利保障が裁

[62]

判官庁の負担過重や個人的な寄与不足 (Unterforderung) によって侵害されたときには、司法の保障を回復するために必要かつ有益な措置を執ることが、法治国家の課題である。職務の「過重」負担と人員不足は、憲法を侵犯することを正当化しうるものではないのである。¹⁴⁾

d) 平等処遇の命令に淵源する給付請求権

客観的には、支持されえない理由で特定の国家の施設を利用することから除外されている人は、その平等処遇の請求権を侵害されていることになる。つまり、利用希望者は、制度の受容量からみて可能である限り、「利用が」許可されるべきである。¹⁵⁾ それゆえにまた、国家の营造物を権利の上で不平等でかつ恣意的な仕方での利用させないことの禁止の中には、一定の給付の要素が存在しているのである。

このような考え方は、たとえば、「警戒」(Vigilance) 事件における判決の根底にある。すなわち、連邦裁判所は、テレビ放送に参入することについての政党の請求権を、連邦憲法四条から出る機会均等の準則にもとづく選択の前面において、間接的に承認したのである。¹⁶⁾

連邦憲法からさらに生じるのは、公法上の任用関係の領域における同一労働についての男女同一賃金への請求権である。¹⁷⁾ 連邦裁判所は、このような請求権を、それを実現することが邦に、とりわけ財政的性格の困難を課することになるような場合でさえ、妥当するものであることを明らかにしている。¹⁸⁾ それで、基本権の実現は、事情によっては、目下の国家の請求権の拡大 (Ausweitung) をも要求することができるのである。¹⁹⁾

e) 拘留法 (Haftrecht) における給付

連邦裁判所は、或る示唆に富む判決の中で、最近の数年において、監獄行政による給付への請求権を、人格の自由から抽き出しており、また、この人格の自由から、文句のつけようのない医師の世話を求める権利、ないし個人が望んでいる本が提供されることを求める権利を承認した。また、連邦裁判所は、在監者に、最初の一週間の拘禁のちは毎日少なくとも三〇分は散歩することのできる権利を、広範に保障した。裁判所は、一九七三年にはまだ、こうした要求を真面目に扱うべきかについてためらっていたのだが、一九七六年になると、こうした基礎的な権利は起りうる個人的困難によって破綻してしまうことはない旨確言し、そして、補助的な監視人 (zusätzliches Bewachungspersonal) を必要とするのならそれは補充されなければならない旨求めたのである。

4. 司法判断適合性〔判定〕の決定的基準

a) 今右に述べた、連邦裁判所が認めた基本権にもとづく給付請求権の諸々に共通する“分母”を探ろうとするとき、次のことが注目される。すなわち、裁判所は、基本権にもとづく給付請求権について、それが規範的に十分特定されており、しかも裁判官によって適用されかつ執行されうる場合には、それを認めている。右の請求権については、そのうちのあるものは、法のおよび社会的現実の中で既に比較的強く固まっている（たとえば、同一賃金への権利）が、また他のものは、極めて高く評価された基本権の地位を主張するに堪うて絶対不可欠なもの（たとえば、防衛への権利）であるか、あるいは、財政的・組織的影響においては比較的制限されているもの（たとえば、在監者の身体的活動への権利）であるかである。これに反して、他の事例においては、給付の構成要素は、永い伝統の中で確固としたそのとな

[65]

[64]

り（基本権保護のための警察の活動生成など）、あるいは、現存の受容力の範囲におけるすべての人の法的平等の処遇にかんしては制限されている。

それゆえ、基本権から流出する給付請求権の憲法上の承認と実施にとつての決定的なメルクマールとして結晶しているものは、当該権利位置の司法判断適合性（*Justizabihät*）である。給付請求権は、裁判所の手続において、またその手段によって、具体化され得、また実施され得るものでなければならぬ。⁽⁶⁵⁾

司法判断適合性についてのこのような諸原則に照らすなら、高等教育機関への入学にかんする連邦裁判所判決は、首尾一貫したものにのみ見える。連邦裁判所は、時として費用のかさむ収容力増加をすることなしには充足されないような大学への入学について、これを無条件の主観的権利として認めることを拒否した。しかしながら、連邦裁判所は、臨時の定員数を法律制定の手続で定めるべきことを求めた。⁽⁶⁶⁾それで、連邦裁判所は、この問題を、民主的な政治過程による解決に委ねたのである。⁽⁶⁷⁾

論理においては全く異なった考察方法を用いてではあるが、ドイツの連邦憲法裁判所も、同様の結論に到達している。つまり、ドイツの連邦憲法裁判所は、現状の受容能力内には必ずしも収まり切らない・国の施設への参加であっても、その参加の権利を職業選択の自由から派生するものと解するところから出発している。⁽⁶⁸⁾ただ、憲法上の権利としての請求権は、「個人が社会にかんして理性的方法で要求することのできる事柄」⁽⁶⁹⁾、つまり、他方では、とりわけ立法者によって、あらゆる社会的課題を充足することについての自己の責任の分野において確定されるべき事柄を留保して、成立しているのである。

b) このような憲法裁判官の「判断」可能性と限界を検討することは、極めて開かれた社会国家的要請（たとえば、主観的で・直接裁判所に訴求することが可能な請求権の形式における労働ないしは住居への権利がそれである）の憲法

[66]

的確認に対する主要な異議を提出することになる。憲法裁判官は、そのような「憲法約束」(Verfassungversprechen)を果たす立場にあるものではないのであって、一体、憲法裁判官は、他の当該問題について権限のある国家諸機関によって、また他の手続で扱われるのが妥当な、われわれの経済・社会・労働の権利についての原則的決定を下さなければならぬといったことがありえようか。⁽⁹¹⁾労働ないし住居を求める請求権は、こうした目的のハンディキャップ(Zielvorgabe)に向けての多面的な安全措置と、全体的な国の政策の定立を要請しているのである。⁽⁹²⁾

国家目的の決定と(拘束的な)法律制定の委託(Gesetzgebungsauftrag)は、憲法レベルにおいて社会国家的要請を錨着させ(verankern)、またこの要請に規範的効力を付与するための適切な手段である。こうした観点は、ドイツにおいても、スイスにおけると同様、今日の支配的学説となっている。⁽⁹³⁾

c) 現行連邦憲法は、ほんの僅かな、むしろ歴史的な意義を有する・基本権の給付請求権、つまりいわゆる「小さな社会権」(《Kleine Sozialrechte》)を知っている。その際に問題になるのは、無償で充分な、かつ宗派的に中立的な初等学校教育への請求権(連邦憲法二七条二項)——これは教育(Bildung)への権利の部分観点(Einblick)だといえるが——であり、また作法に適した葬儀(schickliches Begräbnis)への権利(連邦憲法五三条二項)であり、そして無償の装備を求める兵士の請求権(連邦憲法一八条三項)である。注目すべき価値があるのは、右の項目にかんする憲法訴訟の取扱いが連邦裁判所ではなく連邦参事会、つまり一つの政治的官庁に託されるということである。⁽⁹⁴⁾政治的審級(Instanzen)「連邦参事会および連邦議会」に係属するものは、連邦裁判所に属さない処分についての、とりわけ財政的性質のもの執行手続である。⁽⁹⁵⁾

原 註

(47) それで、連邦の映画助成政策およびその他の文化政策の具体化については、助成金「制度」の調整にも、また同時に、芸

術の自由領域にも、その基準と手続の決定に相当影響を及ぼすことのできる連邦参事会および行政が、今日では、広い範囲において、権限を有しているのである。例を示すなら、「一九三三年九月一八日の応用技術の促進および向上にかなする命令」(SR 442, 21)を挙げることができるが、それは、若干の奨学生への連邦資金の集中を実現するために改正されている。次のものも参照、連邦の芸術育成にかなする命令、SR 442, 11.

経済政策の分野においても、連邦参事会命令が、今日、取引・営業の自由の範囲と限界をかなり広範に定めており、そこでは、経済立法は、しばしば、たんに痕跡をとどめるだけの (rudimentar) 指導的基準を含むものであるにすぎない。包括的に論じたものとして、FRITZ GYGI, ZBJV 1980, S. 172ff. 94-95, derselbe, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 148ff. また参照、GEROLD STENMANN, Unbestimmte verwaltungsrechtliche Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung — Eine Untersuchung anhand ausgewählter Erlasse, Diss. Bern 1981 (この文献は、直後に示す)。

(48) 連邦参事会は、裁量分野において基本権を尊重することについての自己の義務を自覚している。Vgl. z.B. VPB 1978, Nr. 20, S. 88; 映画助成の領域においては出費 (Beitrag) を求めるいかなる請求権を存在しないということは、「しかし、行政は完全に自由で、随意に決定することができるということを意味するものではない。むしろ、行政は、普遍的に承認された公法原則、とりわけこの場合には法的平等取扱いの命令 (Gebot) を遵守しなければならないのである。」

(49) 行政手続にかなする連邦法律七三条一項。

(50) 基本権侵害を理由とする「監督訴願、(Aufsichtsbeschwerde)の意味については、見よ、FRANZ-XAVER MUEHEM, Das Petitionsrecht ist gewährleistet, Diss. Bern 1981, S. 106ff.

(51) 見よ、前出の S. 21ff.

(52) もう一つの他の問題は、規範統制の権限の問題、つまりそれが、連邦裁判所と並んで、ないし連邦裁判所の前に、若干の邦の憲法裁判所によっていかに行使されているか、ということである。参照、それにかんしては、HOHN, a. a. O. (Anm. 5)。参照、全体については、また、前出の三五—三六頁、および、後出の六七頁以下も。

(53) このことは、たとえば、一八三二年二月一五日のスイス連邦文書 (Bundesurkunde) 草案の起草者である P. ROSSI の意見表明の中に次のように明示されている。「根本においては、わが国の富の源泉が若干の大きな仕事場で獲得されるべきであるのか、それともこの小さな仕事場でそうされるべきであるのかを知ることが問題なのである。」(次のものを引用

—— Der Aufbau des Staateswesens, Katalog zur gleichnamigen Ausstellung im Musée d'art et d'histoire de Fribourg, 1974, S. 43.)

- (54) 掲挙した分野における連邦参事会と連邦議会の裁定 (Rechtsprechung) 等、次の文献に見られる。—— R. E. ULLMER, Staatsrechtliche Praxis der Schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848-1863, I 47ff, II 45ff, Zürich 1866; L. R. von SALIS, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Aufl., Bern 1903, II S. 356ff; W. BURCHARDT, Schweizerisches Bundesrecht, Frauenfeld 1930, II S. 3ff; 以下にかんじつより一般的に論じたものとして F. His, Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, Basel 1948, III S. 533ff.
- (55) 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. 107ff, 110f が、政治的背景を照らして出している。
- (56) 一八四八年と一八七四年の間に、議会が連邦裁判所に付託したのは、一件のみであった。Dupré, ZSR 2 (1853), S. 41ff の意味における一八五二年七月三日の連邦裁判所判決。見よ、OTTO K. KAUFMANN, Verfassungsgeschichtsbearbeitung 1857-1974-19..?, ZSR 1974 I, S. 340 mit Anm. 1 における叙述および評論。
- (57) BBl 1870 II, S. 700.
- (58) 一八七四年の憲法改正の際にも、なおも政治的諸官庁にとどまっている判決は、居住の自由、信仰および良心の自由、経済的自由、および政治的諸権利についてのそれである。一八九三年には、取引および営業の自由を除くすべての分野 (右の自由は、ちうやく一九二二年になって加わった) が、連邦裁判所 (の権限) に移譲された。参照、これについては、たとえ¹⁴⁾ THEODOR DE JONCHÈRE, Der Rechtsschutz in Verfassungsstreitigkeiten durch die politischen Bundesbehörden, Diss. Zürich 1958, S. 41ff, 61ff, 73.
- (59) BBl 1911 III, S. 64f.
- (60) 憲法裁判権全体 (註36) については、見よ、五八頁以下およびその個所の詳細な註。
- (61) 最低限度の生存 (Existenzminimum) への権利が、今日すでに、憲法上の請求権と見なされるべきか否かという問題は (参照、社会的基本権——註9——、一三頁以下ならびにその箇所の詳細な註、および、二二六頁以下)、今日ではますます肯認されるようになっていゝ。

- (62) BGE 103 Ia 377f. しかし、*bzsl* 成育への権利とは無関係に、裁判所にとって前景にあるものは、一九七三年の国民投票で基本権カタログの中への相当な基本権保障の採用が邦の多数を獲得できなかったがために失敗に帰したことである。それゆえ、「連邦裁判所は、不文の基本権カタログにおけるそのような基本権を『最高裁判所』の判決の道(ないし回り道)をとおって採用すること」(三七八頁)を覚悟していなかったのである。
- (63) BGE 104 Ia 88f. 参照、前掲 S. 25 およびそこに記されている Ann. 106.
- (64) BGE 105 Ia 337.
- (65) BGE 103 Ia 381. 侵害と給付との間の厳格な区別が不可欠であることについては、さしあたり、RHINOW, Grundrechts-theorie (Ann. 9), S. 440ff.
- (66) 以下の叙述は、TRACHSEL, a. a. O. (Ann. 16) が連邦裁判所判例についての彼の根本的研究の中で苦心して折出したところのカテゴリー (S. 142ff.) に依拠している。
- (67) TRACHSEL, a. a. O. (Ann. 16), S. 151f. 次のものを見よ、Grundrechte der Verfassung (Ann. 21), S. 198f.
- (68) TRACHSEL, a. a. O. (Ann. 16), S. 153ff. による判例の概観。より近時の判例である BGE 97 I 230 (信仰および礼拝の自由) から導かれるものをも参照せよ。
- (69) とくに集会の自由にかんして、警察による保護義務は、連邦裁判所がこの事実関係における侵害者の概念を広義に捉え、また、たとえば、それに対して反対が生じるような示威運動の筆頭主催者をもこの〔侵害者の概念の〕下で解するというような、一定の相対化を経験している(これについては、見よ、BGE 103 Ia 310ff. 批判するものとして、TRACHSEL, a. a. O. — Ann. 16 — S. 157)。次のものも参照。GIORGIO MALINVERN, La liberté de réunion, Genève 1981, S. 50ff.
- (70) BGE 105 Ia 95 およびその個所の註。
- (71) 参照、たとえば、BGE 105 Ia 21:「請求された土地の監督と処分の権限を有する官庁は、許可についての決定の際に、政治的危機防止の観点と、それと並んでその他の公益を考慮してよい。しかしながら、右官庁は、その際に、恣意禁止および法的平等の原則に拘束されるだけでなく、それを越えて、自由権の特別に理念的な内容をも——右権利の行使を論じるときには——前以て定められた利益衡量の中に算入させなければならない……。」
- (72) BGE 100 Ia 392ff. 次のものも同様である。——105 Ia 96, unité jurassienne Pery — La Heutte c. Conseil municipal

de Pary の意味における一九八〇年三月一九日の決定（未公刊）は、この判決を、類似の仕方、自治体の会館（Gemeindesaal）の使用などの場合にまで拡大している。

- (73) 内容豊かな連邦裁判所判例のうち、たとえば次のものを参照せよ、BGE 105 Ia 113ff. 106 Ia 82ff. また、TRACHSEL, a. a. O., (Anm. 16), S. 195ff は、判例を要約している。

(74) BGE 103 V 198

また、BGE 107 Ib 165 も参照せよ。次のように述べている。——「法の遅延の禁止（Rechtsverzögerungsverbot）は、一方では、議会に、また、人および事物の観点において裁判所に対して、訴訟提起者、訴願提起者、申請者等々に、適切な期限内に裁定することを許すような手段を授権することを義務づけている。適切な裁定期間は、しかし、平均的な処務過程の時期において保障されなければならないだけでなく、裁判所が一時的に超過負担となっている時期においても保障されなければならないのである。そうした事変については、議会は、常勤または非常勤の補充裁判官および補助人員（zusätzliches Personal）を召喚する可能性を創出しなければならない。」

- (75) 連邦裁判所が富造物利用の主観的権利の存在を否定している（参照、たとえば、BGE 103 Ia 379; この判決の一括した確認に対する批判は、ZBJV 1979, S. 120f.）にもかかわらず、連邦裁判所は、国立の給付施設についての法的に平等で恣意から免れた入場への憲法上の請求権を認容している——右の給付施設とは、たとえば、高等教育機関（BGE 103 Ia 389）ないし、水泳プール（100 Ia 287ff.）もそれにあたる。こうした平等処遇の観点については、参照、Soziale Grundrechte (Anm. 9), S. 220ff. THOMAS FLEINER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. überarbeitete Auflage, Zürich 1980, S. 373ff. の中の接近の権利（Zugangsrecht）の問題への導入。

- (76) BGE 97 I 731ff. 連邦裁判所は、「権利」侵害を受けたとする当事者の訴えについて、これを、意見表明の自由または政治的諸権利の観点の下でのみならず、法的平等の要請にも拠って、判断している。これにかんして批判的なものとして、HANS HUBER ZBJV 1973, S. 39f. 機会均等の意味における法的平等を一般的に論じたものとして、やはり、MICHAEL KLOPFER, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980, S. 36ff.

(77) BGE 103 Ia 517ff.

(78) BGE 105 Ia 121.

- (79) これにかんしては、見よ、*Soziale Grundrechte* (Ann. 9), S. 11.
- (80) こうした問題は、とりわけ近年の連邦裁判所判例の中で、広範な場所を占めている。参照、例示的に、BGE 97 Ia 262ff., 102 Ia 279ff., 102 Ia 302ff., 106 Ia 136ff.
- (81) BGE 102 Ia 302ff., v. a. S. 306: 「在監者は、監獄医師に対する信頼関係が失われているか、または、医学的に特別な扱いが告知されている場合には、監獄医師以外の医師によって診察と処置を受けるのでなければならぬ。」
- (82) BGE in Eu GRZ 1976, S. 84ff., insb. 86.
- (83) BGE 99 Ia 281: 「連邦裁判所は、すべての未決拘留所に毎日の散歩道確保することが実際上不可能であるとの観点を除くことはできない。しかしながら、その場合に確認すべきは、毎日の運動の最小限度を保障するために拘留所を拡張することが差し迫った努力を必要としているということである。目下のところ、実際上の困難さを顧慮しつつ、V^o 第四四条は、なお合憲のものとすべきであって、……それゆえ、将来、在監者の地位にかんする新しい理解にもとづいて、実際的な事実関係を顧慮することなしに、毎日の運動の一定の最小限を求める憲法上の請求権が承認されるということは、排除されないのであらう。」
- (84) BGE 102 Ia 292.
- (85) 詳細は、*Soziale Grundrechte* (Ann. 9), S. 19ff., 179ff., および TRACHSEL, a. a. O. (Ann. 16), S. 142ff., vgl. 前出 S. 21ff.
- (86) BGE 103 Ia 369ff. und 394ff.
- (87) 連邦裁判所は、全大学の有資格の志願者についての、場合によっては起りうる排除にかんして、一つの例外を設けている。すなわち、右のケースで、もし、人格の自由の保障領域にかかわるとすれば、その際は、裁判所は、判決権限を留保することにならぬ (BGE 103 Ia 389 und 102 Ia 324)。全体については、*Entscheidungsstrukturen* (Ann. 34)。
- (88) BverfGE 30, 303ff.
- (89) BverfGE 30, 333.
- (90) TRACHSEL, a. a. O. (Ann. 16), S. 170ff. は、ドイツとスイスの判例について詳細に比較したものである。
- (91) *Soziale Grundrechte* (Ann. 9), S. 179ff.
- (92) 一九七七年の憲法草案は、次のことを考慮に入れている。すなわち、同草案が、——「社会権」(*Sozialrechte*)——とい

う誤解に導くような名付け方をしつづ——社会政策 (Sozialpolitik) の分野において、国家に、多様な措置を講じること
を義務つけている (第二六条、付録を見よ)。

他方、ユラ邦憲法は、真正の社会権、すなわち、労働への権利 (一九条一項)、住宅への権利 (二三条一項) および訓育
への権利 (四〇条一項) を定式化している。解釈に关する結論については、見よ、*Soziale Grundrechte* (Anm. 9), S.
15ff.

(93) これに关する文献を概観したものとじて、*Soziale Grundrechte* (Anm. 9), S. 2f, 41ff. ドイツにおける議論の状況につ
いては、*WOLFGANG RUFNER, Grundrechtliche Leistungsansprüche im Dienste des Sozialrechts, Festschrift für Georg
Wannagat, Köln 1981, S. 379ff.*

とくに、社会的な基本権をめぐる・もともと非和解的な反对者との間の・七年前から始まった・きわめて緊張度の高い議論
は、そうこうするうちに次のような問題に关して真に広汎な合意にとって替られた。すなわち、社会的な基本権は、通例、
古典的自由権と等置されえないものであるが、しかし、国家目的の定義と拘束的な法律制定の委任の形式においても、同様
に、規範 (的効) 力を展開しよう、ということである。

(94) 行政手続に关する連邦法律第七三條および第七九條ならびに連邦裁判の組織に关する連邦法律第八四條第二項。

(95) これに关しては、*Verfassungsgerichtsbarkeit* (Anm. 36), S. 57, 61f. も見よ。

(未完)