

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（九）

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 (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

1. 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 (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) 法律の根拠的要請

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)

- 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 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
- 1. 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

II. 基本権制約の問題との関連

1. 基本権は、紛争における憲法の対向的な (gegenüberlig) 目的設定にうまく合致する (geraten) ことができる。そのような場合には、基本権行使にかかわる利益が優越性を維持するということだけが生ずるのではなく、時によっては他の事柄 (Anliegen) がより重要なものとなって、基本権を押し除けてしまうこともある。基本権の制約 (Beschränkung) については、人は、右のような文脈 (Zusammenhang) において、次のように論じている。つまり、学説および判例によれば、基本権の制約は、それが法律上の根拠にもとづき、優越的な公共の利益と合致し、比例原則に反せず (verhältnismässig)、かつ基本権の核心的内容を侵害していない場合に許容されるのであって、基本権制約にかんする許容性の問題は、このような諸基準に立ち返らなければならないのである、と。

この点でまず関心をもたれるのは、右のような観察方法のもたらす結果である。すなわち、基本権制約について語り、また基本権制約の合憲性の問題について探求することが意味をもちうるのは、基本権要求 (Grundrechtsanspruch) が確定し、かつ周知である場合だけである。基本権侵害の訴え (Rüge) があつた場合にさなければならぬのは、まず、裁判されるべき事実関係が原則からみて基本権の保護領域の中にあるか否かを探求することであり、続いて、異議を唱えられている権利侵害が前述の諸前提を充たしているか否か、つまりは憲法に適合しているか否かを審理することである (二段階処置 [zweistufiges Vorgehen])⁽⁹⁷⁾。

こうした方法的な (methodisch) 処理の仕方は、一方の、基本権の妥当領域と、他方の、基本権の保護された領域への侵害とを、明瞭に区別しようののだという仮定 (Annahme) にもとづいている⁽⁹⁸⁾。しかし、基本権の保護領域を定義的に (definitivisch) 画定しようとなることがなされていないことについては、これまでに述べたところである。こ

(97)

こでの論議は、そのような状況と関係しているのである。

2. 連邦裁判所のする一つの分析が示すものは、右掲の「二段階処置」は古典的な、さもなければ確認された基本権要求 (*klässiche oder sonst erhaltete Grundrechtsansprüche*) にかんしてのみ執られるものであることが明らかである、というにある。基本権によって保障された要求の内容は、多かれ少なかれ、この事案では確定している。換言するならば、この事案においては、保障領域が、いずれにせよ十分に精確に画定 (*umrissen*) されているのであるから、国家的措置 (*Massnahme*) を、確立された基本権位置への侵襲 (*Eindringen*) として性格づけることができるのである。

人格の自由の部分内容としての、人の身体、無欠性 (＝人身に対する侵襲の排除 *körperliche Integrität*) は、確認されており、かつ争われることのないものである。したがって、身体の無欠性の侵害——たとえば、何らかの訴訟 (*Prozess*) の領域における証拠確保 (*Beweisergreif*) のためにする身体への介入 (*Beeinträchtigung*) についての国家の指示 (*Anordnung*) によるそれ——を基本権の制約であるとみなし、また、可能な限り自由を尊重するような国家の行為を保証 (*bürgen*) している諸基準に照らしてそれを考量することは、意味あることといえる。

3. a) すでに、古典的基本権の伝統的な保護領域の拡大に際して、前述の方法論的な仕方 (*Vorgehen*) は、限界にきている。それを例証するものは、次のような、人格の自由 (*Persönliche Freiheit*) の創造的な発展である。

つまり、連邦裁判所は、憲法の最小限要求 (*Mindestanspruch*) を、人間の尊厳に適合し、かつ陰険 (*schikanös*) でない拘留の執行 (*Haftvollzug*) に発展させ、またしたがって、かつて法とは無関係 (*rechtsfrei*) であるとみなされていた領域を

基本権で充填 (einflassen) してきた。こうした判決の結着点 (Ausgangspunkt) は、上述の条件の下でのみ処置されてよい收監者 (Gefangen) の固定的な人身の自由領域の観念ではなかつたのであって、むしろ、「この」判例は、被拘禁者の、たとえば医師や宗教者の世話を受けたり、家族と接触したりすることなどの身体的活動を求める要求——これを認めることは配慮のしすぎである——について、これを実定的 (positiv) に画定したものである。こうした創造性のある具体化は、けつして閉じられた (abgeschlossen) ものではない¹⁴⁾。とはいえ、收監者の最小限の権利に含まれる一定の部分局面 (Teilaspekt) は、それが古典的な基本権位置と同置され得、またそれに応じて、侵害 (Beeinträchtigung) も〔基本権の〕制約 (Beschränkung) とみなされ、かつそれにしたがって他の基準で量らなければならなくなるということを通して、しだいに確固としたものになる。——これは徹底的に可能なことである。

b) 連邦憲法四条から出る手続上の貧困者の権利 (prozessuales Armenrecht) を具体化する際にも、連邦裁判所は、一個の明確に描かれた (fest umrissen) 基本権内容から出発することをせず、むしろ、請求権により明確な輪郭 (Konur) を付与すべく、自己の判例を確固としたものとして (ständig) 純化させる (verfeinern) ために努めたようにみえる。「しかしながら」、まず何人にも無償の訴訟追行のための包括的な請求権を認め、そして許された制約を懸念するということは、——たとえ理論的には考慮に値するものであっても——客観的に妥当でなく、かつ實際上ほとんど実現不可能である。

c) それに対して、連邦憲法四条の・他の具体化、たとえば法的密問 (rechtliches Gehör) を求める請求権の特定の観点は、今日では既に、次のような形で固まっている。——つまり、判決は、むしろ、このような・かれこれする間に強化された基本権位置の制限を、前述の侵害基準 (Eingriffsvoraussetzung) にもとづいて評価する方向に傾いているということである。

それで、連邦裁判所は、或る一般的禁止が許容されるかどうかについて審査した際、少なくともも示唆する仕方で (implizit)、基本権制約の際に慣行的に用いられる諸基準を、弁護士が労働裁判所で主張することを許容した。連邦裁判所は、右の制約に於て邦法の法律的原則を審査し、また、—— 精確にはないにしても事物に即して—— 高い争訟価値 (Streitwert) を伴った複雑な争訟に於て自らに許容された禁止 (an sich zulässiges Verbot) の比例原則適合性を否定したのである。

4. 古典的自由権の大多数は、たとえば信仰の実践 (Glaubensausübung)、言論 (Rede)、集会などのような一定の生活上の事実関係 (Lebenssachverhalt) とつながっている。これとは逆に、法的平等の要請 (Rechtsgleichheitsgebot) は、潜在的にあらゆる生活領域に浸透しているところの、むしろ形式的な原理 (Prinzip) である。判例は、それで、たとえば、法的平等の形態で官庁の情報を用いることを求めるマス・メディアの請求権や、ラジオおよびテレビジョンへの政党の参入に於ける機会平等の原則 (Grundsatz) などの、新しい憲法上の平等の要請 (Gleichheitsgebot) を、変ることのない態度で発展させている。

これとは異なり、他の問題を具体化する際に、奇異の感を与えられているのは次のことである。すなわち、連邦裁判所判決は、この領域では—— もちろん明瞭に言っているのではないのだけれども—— 一定の相当な請求権から発し、また、「権利を」制約する措置 (Maßnahme) を、その合憲性にかんするその他の残りの諸基準を手がかりにして審査する、というものである。

右のような意味において、連邦裁判所が確立したのは、財政上の利益は、平等の報酬を求める請求権の制約を正当化しうるような充分な公的利益のいかなるものをも提示しえない、ということである。

高専 (Hochschule) への法的に平等な入学という問題を論ずるにあたっては、「連邦」裁判所は、意味に即した形で

(*sinnigemiss*)、次のことを堅持している。——すなわち、請求権を制約する (*anspruchsbeschränkend*) 定員条項は、公的利
 益によつてこそ正当化されるものであること、⁶⁷ またしかし、入学の権利 (*Zugangsrecht*) の制約は、無条件の必要性
 (Notwendigkeit) (比例原則 [*Verhältnismässigkeit*]) の枠内で維持され、かつその根拠を一定の法律において有しなければなら
 ないこと、⁶⁸ がそれである。

5. 今日の基本権論の中心に在るものは、財産権保障および取引・営業の自由の釈義 (*Umschreibung*) と制約
 (Beschränkung) との間の限界付け (*Abgrenzung*) の問題である。

近時の、とりわけフリッツ・ギギ (Fritz Gyg) によつて主唱された学説によれば、必ずしも全ての経済政策
 (Wirtschaftspolitik) は——経済政策上の立法 (*wirtschaftspolizeiliche Gesetzgebung*) とは異なつて——取引・
 営業の自由 (*Handels- und Gewerbefreiheit*) からの逸脱 (*Abweichung*) と理解されるものではない。つまり、経済
 政策は、むしろ、スイス経済憲法 (*Wirtschaftsverfassung*) の確固とした構成部分であつて、それが経済主体の活動
 領域を事実上制約している場合にも、まさしく経済的自由を支えるべく仕えているものである。と理解している。⁶⁹ 他方
 で、たとえば、特定の営業をする企業にかなする必要条項 (*Bedürfnisklausel*) は、取引・営業の自由についての変容
 した理解の内部においても一個の制限を形成しているのである。

類似のことが、財産権保障 (*Eigentumsgarantie*) の分野にも妥当する。つまり、財産権にかかわる (*betreffend*)
 立法は、特典を付与された (*vorgegeben*) 包括的な財産権保障の制約と区別できないものではなく、むしろ、この
 「財産権保障という」基本権を構成し具体化することのできるものである。財産権者は、次のような条件が満たされて
 はじめて、自己の権利を現実⁷⁰に有しているといふことができる——すなわち、「私権が、多様な財産権者の範囲につ
 て相互の境界を設定し、また財産譲渡のための制度を置いていること、財産権者自身が自己の権利を行使する際に相互

に妨害するという状況が生じないほどに、建築警察・計画法が土地利用 (Bodennutzung) を十分に規律していること、国家が、快適な生活ができるような家屋の建築のための法上の、かつ事実上の条件を創出すること^[10]などが、それである。それゆえに、このような総合的な (gesamt) 立法は、たんに財産の自由の制限としてみ理解されうるものではない。連邦裁判所の最新の判例も、これを強調しているところである。——これに対して、具体的な・現存する財産権位置への侵害、たとえば建築禁止の負課 (Auferlegung) といったものが、制限として生じる^[11]。

6. われわれは、次のように要約することができる。すなわち、基本権は、具体化の多様な観点の中で必要とされる、と。基本権の形成 (Ausgestaltung)、画定 (Umschreibung) と制限 (Beschränkung) との境界付けは、必ずしも軽々に設定されているものではない。それにもかかわらず、基本権制限の観念は、放棄されるべきではない。とりわけ、具体的な係争事件当事者 (Betroffenen) の観点からすれば、基本権を制限する高権行為の審査は、崩壊することのない大きな意味を当然に有しているのである。

[10]

第四章 基本権の制約

憲法裁判所としての連邦裁判所に付託されているものは、「市民の憲法上の権利の侵害にかんする訴え」を裁判すること、である。連邦裁判所は、基本権を制約する法令 (Erlasse) および個別的行为 (Einzelakt) を、——
 すべての個別事案においてとまではいえず、原則としてのだが——次の基準にもとづいて審査している。

1. 「争われている・公権力による」侵害 (行為) が、十分な法律上の根拠を有しているか [否か] ?
2. 右侵害行為が、優越的な公益に合致しているか [否か] ?
3. 右侵害行為が、比例原則を満たしているか [否か] ?
4. 右侵害行為が、基本権の核心内容については、これを擁護しているか [否か] ?

右の諸条件がすべて「積極の方向で」充足された場合にのみ、基本権侵害は憲法の前で持ちこたえる (standhalten) 「12」違憲の評価を受けない」ことになるのである。13 このような審査の尺度 (Prüfungsmassstab) は、次の述べる如く、より詳細に考察されなければならない。

1. 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)

a) 法律というものは、民主主義国家においては、一方では人の自由と平等とを保障するもの (Garant) として、他方では国家の決定への市民の参加を保障するものとして登場している。それゆえに、それは、基本権の中心的な関心事 (Anliegen) に関係して存在しているわけである。このような基本権と法律との関係のもつ調和的側面は、基本権が、この基本権自らが導出する (ausführen) 法律によってこそ (überhaupt erst) 自己の内容を定めている (erhalten) 場合に、とりわけ生ずるのである。すなわち、憲法上の裁判官〔による裁判を受ける権利〕の保障は、広く基本権の内容を画定しているところの・法律によって定められた裁判所組織〔が存在していること〕を前提にしている。所有権の保障は、立法者が、何人も有する主観的権利がいかなる範囲に及ぶ (erstrecken) かを、とくに物権法の分野で精確に測定することに依拠している。

b) 若干の法律の中では、基本権の整序 (Grundrechtsausgestaltung) が前面に出ており、また他の法律の中では、基本権の利益 (Grundrechtsinteresse) とその他の逆方向の国家的課題 (Staatsaufgabe) とを、この両方の憲法上の関心事を可能な限り最も広く顧慮すべく、相互に区別するという課題が支配的である。

それで、或る集会〔を規制する〕立法 (Versammlungsgesetz) は、一方では潜在的な〔集会〕主催者の利益を、他方では公共交通の保護を実現するものでなければならぬことになるが、それは、そうしたケースにおける紛争がしばしば例外なく (durchgängig) 法律レベルで片付けられるという場合でなく、部分的には法適用の段階で——つまり、

求められている裁量権行使領域内部で——解決に専かれるという場合においてさえ求められるのである。

基本権とその他の国家的課題との間の実践的な協調 (praktische Konkordanz) を実現することは、まさに、必ずしも可能なわけではない。協調の思想 (Konkordanzdenken) 「を探ること」は、とりわけそれが『憲法とは前以て統一したもの (vorgegebene Einheit) である』との觀念から発している場合には、憲法の内部に立法と裁判の双方によっても解決できない二律背反 (Antinomie) が事実として存在しているということを隠してしまう危険を冒すことになる。

[105]

スイスでは、一般的防衛義務と信仰および良心の自由との衝突が、その一例である。良心を理由とした兵役拒否者 (Dienstverweigerer) の問題は、連邦憲法四九条五項の留保と顧慮しても、憲法上の議論によって克服できないものであって、憲法上の緊張を解くことに努めてはいない政治的決定を必要とする (bedürfen) ものである。

c) 法律が、他のものをも、基本権利益 (Grundrechtsinteresse) として具体化している限り、その法律は、基本権との直接の衝突に行きつくことになりうる。それで、たとえば、公共土地の利用にかんする一法律が、不適切なほど長期の事前申請期間 (Vor anmeldedristen) を定めることによって「何らかの行事の」開催を過度に困難にし、ないしは實際上不可能にしてしまっているような場合、それは違憲とされうるのである。

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)

市民の自由権をただ法律の根拠のみにもとづいて制約することも許されるというのは、基本権の伝統的な「素材」(Gut) に属する事柄である^[10]。このような伝統の枠 (Rahmen) 内で、連邦裁判所判例の中では、法律の根拠 (Grundlage) が、長期にわたって、基本権侵害の許否判例の唯一の基準であるかのような観を呈していた^[11]。議会と有権者国民とにかんするスイス特有の観念に抛りつつ、唯一の信頼できる基本権の守護者 (Hüter) たる自己の立場を示そうとするこの「連邦裁判所の」判決は、今日では古くさくなっている (überholt)。基本権制約が正当化されるのは、法律によらなければならないが、それにとどまることなく、制約は、優越的な公益と相応し、かつ比例しなければならず、また、基本権の核心内容 (Kerngehalt) を決して侵害してはならない^[12]。したがって、立法者は、基本権の側から明確な限定 (Schranke) を置かれているのであり、別言すれば、基本権には立法者に対して固有の領導効果 (Steuerungskraft) を開陳する機会が与えられているのである。

原 註

(32) これにかんして、詳細は、後出の一〇三頁以下。

(33) こうした措置は、連邦裁判所判決では、とくに人格の自由の領域において明示的に実際になされている。見よ、たとえば、BGE 90 I 29 ff. ドイツの判例については、BVerfGE 32, 72.

ヨルク・パウエル・ミュラー『スイス基本権原論』(九)

五七 (216)

- (34) この方向をみるものとして、YVO HANGARTNER, Materielle Voraussetzungen von Freiheitsbeschränkungen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 154.
- (35) 前出 S. 89 ff.
- (36) BGE 90 I 104 ff. それに付されている註も。
- (37) 豊富な連邦裁判所判例、すなわち、BGE 99 Ia 262 ff., 102 Ia 279 ff., 106 Ia 136 ff を参照せよ。
- (38) このことは、とりわけ BGE 99 Ia 281 において明瞭であるが、そこでは、連邦裁判所は、チューリッヒ地区刑務所に在監中の抑留者 (Häftlinge) の散歩にかんする規則について、まさに今日でもなおお意であるともみなしつつ、同時に、憲法上の最小限度の要請を尖鋭化することを期待している (右の要請は、BGE 102 Ia 292 の中で主張されている)。
- (39) BGE 104 Ia 74 ff は、無報酬の法律顧問にかんする判決の展開を概括している。さらに見よ、DANIEL TRASCHEL, Über die Möglichkeiten justizabler Leistungsforderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980, S. 195 ff.
- (40) BGE 105 Ia 288 ff によつて、それにかんする ZBJV 1981, S. 192; さらに見よ、BGE 105 Ia 193 ff, そこでは、連邦裁判所は、不利益措置 (belastende Massnahme) の執行に先立つ顧問の要求について一般に妥当する制限が定式化されている。
- (41) MICHAEL KLOEPFER, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980, S. 40 は、「平等については、人は、これを把握するよりも行使するほうが多い」としている。
- (42) HANS HUBER, Überspitzter Formalismus als Rechtsverweigerung, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 30.
- (43) BGE 104 Ia 377 ff; BGE in ZBI 1981, S. 35 ff und 522 ff.
- (44) BGE 97 I 735.
- (45) 連邦裁判所は、平等処遇にかんする判決の分野で、従来の審査基準を決して用いることなく、不平等処遇が客観的に成り立ちうる理由によって正当化されなければならないということだけを要求している (見よ、多くの判例に代えて、BGE 104 Ia 295)°
- (46) KLOEPFER, a. a. O. (Anm. 41), S. 54 ff は、平等規定を基本法についての従来の制約体系の中に入れ込んでいる。その場

合、彼の、確とした輪郭をもった平等処遇の命令を確定することが可能だとする論理は、先に挙げた根拠が部分的にせよ成り立つ、ということに拠っている。——次のものも参照せよ、S. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 30), S. 124 ff.

(47) BGE 105 Ia 121.

(48) BGE 103 Ia 373.

(49) FRTZ GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 18 ff; derselbe: Wirtschaftspolitik (aus verfassungsrechtlicher Sicht), ZSR 1981 I, S. 249 ff; derselbe: Abwechungen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nel, Zürich 1981, S. 73 ff.

(50) vgl. Art. 31^{ter} BV.

(51) GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, ZSR 1980 II, S. 53.

五三〜五四頁の次の文も参照せよ。——「多分言いうるのは、『制約思考』(Schrankendenken)は、概念上の多大の明晰さを導くが、同時に、まさに財産(権)保障の分野では十分な有効性とはほど遠い法秩序の姿、とりわけ憲法と法律の關係の姿をも導くものである、ということである。」

(52) BGE 105 Ia 330 ff; については参照せよ。PETER SALADIN, Raumplanung und Eigentumskonzept, in: Das Bundesgesetz über die Raumplanung, Berner Tage für die juristische Praxis 1980, Bern 1980, S. 45 f.

(53) かつした趣旨を示すものとして、G. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 51), S. 54.

第四章

(1) 連邦憲法一一三条一項三号および連邦裁判構成法八四条一項a号。

(2) 多くの連邦裁判例の中で、代表的に、BGE 106 Ia 381をみよ。基本権の核心内容が明白には侵害されていない場合は、連邦裁判所は、しばしば、こうした基準を全く用いていない(たとえば、BGE 106 Ia 34 f., 106 Ia 193)。

(3) これについては、見よ、既述のS. 100 f.

(4) 区々の憲法上の諸目的の間の実際的な調和を見出すことの不可欠性をとくに強調するものとして、KONRAD HESSE (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. neubearbeitete Auflage, Heidelberg/Karlsruhe)

ruhe 1980, S. 28 f., 110 ff.)°

- (5) それにこころは、見よ、HANS HERBER/RICHARD BAUMLIN, Die rechtliche Behandlung der Dienstverweigerer aus Gewissensgründen, insb. die Frage der Notwendigkeit einer Bundesverfassungsrevision, Rechtsgutachten für den Schweizerischen Evangelischen Kirchenbund, 1962; vgl. auch RICHARD BAUMLIN, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28, Berlin 1970, S. 18 f.

また、WALTER BURCHARDT による連邦憲法四九条の註釈を見よ。そこでは、立法者は、防衛の義務や教育などの市民的義務を定立することを、信仰および良心の自由によって妨げられることはない。反面、立法者は、こうした義務を画定する際には、信仰の自由に向つてけられしかるべきである、と述べられている (BURCHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931, S. 446 f.)°

今日では、通説は、兵役拒否 (Dienstverweigerung) の問題は憲法改正による以外には解決しえない、とする。現在、「行為による証明にもとづく真正の市民的役割 (Zivildienst) のための国民イニシヤティブ」が係属している (BBJ 1980 I, S. 441 ff.)°

- (6) こうした思考は、マグナ・カルタとそれ以降のイギリスの憲法文書の中に見出される。アメリカ合衆国では、適正な法の手続きへの要請は、時として、立法手続きと同じ重さで評価している (同時に、後出の一一八頁も参照せよ)°

ドイツにおける立憲君主制の領域においては、議会立法は、自由と財産権への侵害にかなして要求されるが、その他の事項では、君主と政府が自発的に (aus eigenem Antrieb (自己の裁量で)) 行使することができらる。

- (7) 範例として、BGE 50 I 164, 82 I 238°。那法律の適用にかなする審理の制限——それは決して論理的な根拠をもつものではないが——の結果として、基本権保護は、實際上、恣意禁止の具体化に帰することになる。それについては、さしあたり、CRISTOFI ROHNER, Die Kognition des Bundesgerichts bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Bern 1981 (出版は 1982)°

- (8) この基準については、後出の一一九頁以下。

(未完)