

ヨルク・ハウル・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

目 次

第一章 国家および法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. 法の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. 客視的原则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
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
- cc) 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

- 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)
3. 権利実現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. 單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

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)-c-

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內容

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 (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) 法律上の根拠の要請

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)

(以上、本誌一七八号)

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 (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損傷 (Verlust)

c) 個別事例毎の正義 (Einzelfallgerechtigkeit) にかんする法律的規律の不可能性

d) 決定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

(以上、本誌本号)

(以上、本誌一七九号)

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

cc) 評 価

基本権侵害にかんする——しかしまた基本権実現のための国家的給付にかんしても——法律上の根拠をめぐる判例の全体図 (Gesamtschau) については、今日、多くの問題が未解決のままである。しかし、合法性原理 (Legalitätsprinzip) にかんする判決全体において基本権的観点に特別に注目する傾向も、明白に見られるところである。しかしながら、法律的根拠の問題にかんする諸種の伝統線 (Traditionslinie) の並列がいかなる範囲で法律的根拠の問題にかんして正当化されうるかは、なおほとんど解明されていない。今日の判例の馬鹿馬鹿しさ (Ungereimtheit) は、多様な伝統線のもつまことに不完全で相反する決定 (Abstimmung) の結果なのであろう。⁴²⁾

民主主義、社会国家および基本権保障の間の今日的な緊張の場 (Spannungsfeld) における法律の機能を新たに規定しようとする、連邦裁判所の明瞭な探求は、歓迎されるものである。こうした問題に、以下、より詳細に立ち入ることにしよう。

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

伝統的な理論によれば、民主主義的に正当化された立法手続は国家的強制と社会的自由との間の境界線を最も確実に設定することを知っているという観念、また、立法は可及的に自由を尊重する (Freiheitsschonend) 境界設定のため

の最も洗練された手続であるという観念が優越している。民主主義的な思考を度外視するなら、一般的・抽象的規範としての法規 *Rechtsatz* は、自由の制約における平等と権利の確保とを最大限度保障することを可能にするものであるとの確信が支配的である、といえる。

II 平等に処遇する *gleichbehandeln* 法律の自由保障機能の損傷 *Verlust*

国家に対して多かれ少なかれ閉じられた形で *gegenwärtig* 対立していた均質の *homogen* 経済社会の従前の像は、憲法判例にかんしても崩壊している。たとえば、国の経済の促進、研究・芸術の促進、個々の活動や職業部門への財政的負担、あるいは技術的大規模プロジェクト *Großanlagen* のための許認可手続などといった国家的規制か、個別の類別化 *Gruppierung* にのみ相応するものであることは、ますます明瞭になっている。それゆえ、法律に含まれている特別の・基本権を保障する内容はその法律がすべての人に平等に妥当する場合に認められるとの伝統的見解は、力を失くしている。平等は、特別に該当する *besonders betroffen* 基本権位置の保障の確保を、ますます少ないものになっている。

民主主義的過程において聴聞を創造することができる。経済団体や労働組合のような——集団化とともに、法律制定手続においてはほとんど「間接接合」の機会 *Artikulationschance* を享受しないところの、まさに基本権的に最も重要な「団」*Gruppen* も存在している。つまり、これら「団」は、余のかかる政治的宣伝および活動をおして多数者を獲得することを阻まれているだけでなく、直接民主主義的過程における自己の少数者としての地位を実効的に貫徹させるべく許容されている手だてを講ずるための「販売力」*Verkaufsmittel* を全く持ち合わせてもいないのである。

民主主義的決定過程の「要石」としての多数決は、質的な (qualitativ) 少数者の関心事 (Anliegen) を基本権の命ずる方法で顧慮することにはほとんど適していない。その場合、基本権と、この基本権によって機能上秩序づけられた憲法裁判権とが担うものは、調整的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit) を追求するという自己の課題を、まさに立法と対立してでも擁護することである。¹⁶⁾

c) 個別事例毎の正義 (Einzelfallgerechtigkeit) にかんする法律的規律の不可能性

最良の (optimal) 基本権実現の保証人 (Garant) としての法律は、他の観点から問題になる。すなわち、国家が人格に近接した (persönlichkeitsnahe) 基本権領域を特に強く (intensiv) 侵害しているところではまさに、一般的・抽象的規定は、個別事案に向けられた判断を定めることができない、という問題がそれである。このことを明瞭に示す事案は、連邦刑法六三条一〇項であるが、そこでは、量刑という刑事手続上の全く中心的な問題について、裁判官が個別事案において顧慮すべき観点についての一個のカatalogが参照されている。¹⁷⁾「これに反して、」これらの基準が、規則の段階 (Verordnungsstufe) におけるより、大きな権利確保、予見可能性および権利の平等などの諸利益の中に本質的により、具体化されうるものであるということとは、ほとんど考えられないことである。

これにかんする標準的な観点からすると、たとえば次のような事柄は極めて問題が多いものであるように思われる。すなわち、集会にかんする法律によってなされるところの、表現の自由と公の秩序との間の不可欠の価値衡量が、路上における自発的な (spontan) 意思表明の可能性を封じてはならないという基本権上の要請をもないがしろにすることなく、事前に定められた一般的・抽象的形式で定立されうるのはいかなる範囲においてであるか、といった問題である。¹⁸⁾

右のような基本権特有の (grundrechtsspezifisch) 要請は、——たとえば委任原則 (Delegationsgrundsatz) の分野における——連邦裁判所判例の細分化 (Differenzierung) へとますます導かれざるをえないのである。¹¹⁸⁾

d) 決定の正確さのための最善の保障をともなった手続

アメリカの憲法思想にあっては、最上の基本権保障は必ずしも形式的意味の法律の中に存在するのではない、つまり「法律の適正な手続」(«due process of law») が要求されるのである、この思考が確固として生きていた。基本権侵害がなされる際に要求される手続は、いかなる基本権制約も何より当事者 (Betroffenen) への公正な聴問 (Anhörung) なしにはなされてはならないという要請を、中心的な事柄として含んでいる。いかに、かいついずれの機関によって右の聴問がなされなければならないかは、固有の生活領域 (spezifischer Lebensbereich) 毎に、また国家的規律 (staatliche Regulierung) の目的毎に、そして、当事者の活動分野の総体 (Komplexität des Kreises der Betroffenen) 毎に判断されなければならないのである。¹¹⁹⁾ ローレンス・H・トライブ (LAURENCE H. TRIBE) は、構造的・デュー・プロセス・オブ・ロー (structural due process of law) の要請するところにもとづいて、次のことを明らかにしている。

——基本権制約を規定するには、何よりも、当事者の適切な参加の保障、価値衡量の十分な準備 (Sorgfalt) および個別的な正義 (individualisierende Gerechtigkeit) を、あらゆる状況を考慮するにあたって呈示するような手続と機関を、憲法によって確定しておくべきであるということである。¹²⁰⁾

今日、とりわけ経済行政の分野で見られるものは、法律制定者は、また命令制定者も、素材 (Materie) の複合性と個別の事案の中にすっかり考慮し尽くされているはずの (bewilligend) 事実関係の予見不可能性に直面した場合、必ずしも常に、

正確な規定を設けうる状況に在るわけではない。極めて特殊な素材とかかわった際には、場合によっては、執行機関が判断根拠を——おびただしい数にのぼることはほとんどないのが常であるところの——当事者との直接の接触において手に入れることが、完全に必要となるのである。

II. 公共の利益と比例原則

1. 基本問題 II 利益衡量

基本権の実際の (praktisch) 実現についての中心問題は、この実現が具体的なケースにおいて憲法の他の目的設定と接触しうる、というところにある。こうした「対向的」(Gegenläufig) 地位は、特別の国家的課題 (たとえば、警察、国防、地域計画、初等教育など) から、他者の基本権⁵⁴やその他の権利⁵⁵からも生ずる。常に問題なのは、区々の地位のもつ意味を、正當に考慮した均衡 (Ausgleich) を価値判断を追求する衡量 (wertende Abwägung) をとおして見出すことである。

右のような衡量は、——先に述べた反対の視点⁵⁷ (Gegenangichtspunkt) にもかかわらず——第一義的に立法 (者) の任務である。立法の手續において、当該利益の多数は、可及的に広範な範囲で通用するようになるのであるが、また均衡に導かれるのである。とりわけ、法律上の根拠は、通例、すべての基本権制約の不可欠の前提なのであるが、それはまさに、相当に広範な基礎の上に成立している手續が他にないときには意見を異にした位置が現実化するし、また相互に対立するからである。具体的な基本権制約のためには常に不可欠とされる・個人の公的利益と比例性 (Verhältnismässigkeit) は、憲法適合的な法律の中に前以て構造化されているべき、基本権利益と対向的な国家任務との衡量を、

個別事案にかんする右の觀察の際に、引きつづき行なうのである。

こうした法律レベルはまたは個別事案での衡量の領域においては、基本権の位置は、他の目的設定が基本権の行使よりも具体的に一層重要性を有している場合に限って、後退する (weichen) ことになる。

刑事訴追 (Strafverfolgung) と人格的自由 (Persönliche Freiheit) のの衡量の際には、連邦裁判所には、次の問題が提立される。すなわち、当事者に泥酔を惹き起こした事故に関連する責任能力 (Schuldfähigkeit) を説明するために、捜査当局は、人を、アルコールで酔った状態にすることが許されるか、という問題である。

今日の典型的な紛争状況は、財産所有者の利益と国家共同体 (Gemeinwesen) の社会政策的任務との間に存在している。右の状況が呈示されるのは、たとえば、建造物の自由な使用と処分についての家屋所有者の利益が費用上有利な (kostengünstig) 居住空間を手に入れ、また創出することに対立する (Gegentretreten) 場合である。

近年、とりわけ現実化しているものは、公共の土地の使用の際の基本権問題である。とくに、たとえば、ビラ配布、署名収集、路上演技、あるいは示威行進などの実施といった基本権事項 (Grundrechtsanliegen) と、自由な公的・私的交通のもつ対抗的利益との衡量、がそれに該る。

2. 利益衡量の方法

a) 個別の事例における利益衡量についての、既に述べた課題は、教義的 (dogmatisch) にいえば、優越的な公共の利益の要請、もしくは比例性の審査のいずれかと関係づけられるものである。

b) 判例 (Rechtsprechung) は、優越的な公共の利益の要請のための、または比例性原則のための不可避の比較衡

量課題 (Abwägungsaufgabe) をいかに整序するかという点で、統一されていない。

公共の利益が前景に存在するとされるのは、たとえば、次のような場合である。すなわち、土地景観保護 (Landschaftsschutz) の関心事 (Anliegen) が当該の土地所有者の私的利益と衡量されなければならないような場合であり、それは、オーバーエンガディン湖景観 (Oberengadiner Seenlandschaft) [訴訟の] 判決の中で範例的に (exemplarisch) 明示されている。ヨーロッパの意味での景観の維持は、自己の土地が建築地域から除外された私人の有する・制限されることのない使用権 (Nutzungsrecht) よりも、より高い価値が認められるべきであると、この判決は述べている。⁽²⁾

これに対して、連邦裁判所は、たとえば、建築許可を受けることなく建てられた建物の取り壊し処分についてその合意性を審査する場合に、比例性審査 (Verhältnismässigkeitsprüfung) の領域において利益衡量 (Güterabwägung) を行なうことになる。連邦裁判所が審査するのは、手段 (取り壊し) が「当該処分が」努力して達成しようとした目的 (合法的状況の回復) と合理的な関係にあるか否か、何がそこで否定されたのか、いつ建物は実質的な建築命令に違反しなくなるのか、の諸点である。⁽³⁾

それゆえ、連邦裁判所は、利益衡量を、必ずしも同一の地点 (Ort) で行なっているわけではない。こうした不統一性は、確実に、実務的な根拠をも有している。すなわち、或る場合には、どちらかといえば、侵害の厳しさ (Härte)、それゆえ選択された手段が注目され、また他の場合には、むしろ、主張された (geltend gemacht) 公益が問題とされる。それ次第で (je nachdem)、比例性の観点または公益の観点の下で利益衡量を行なうという考えが、むしろ、どうしても思い浮かんでくるのである。⁽⁴⁾

基本権保護の観点の下で、一つまたは他の基準にのっての教義的な分類 (Zuordnung) として極めて決定的な意

味をもつものは、推量された憲法目的の紛争における調整（基準）としての利益衡量が、全般的（überhaupt）に自覚され、また遂行されることである。

c) 優越的な公益（überwiegendes öffentlichen Interesse）の要請についての利益衡量の整序にかんしては、しかしながら、次のことが言われる。――すなわち、この整序は、すでに負担をかけ過ぎている比例性の概念^⑧をこれ以上はこき使うものでなく、またそれを、正当な（legitim）侵害目的という観点からの手段の適切性（Angemessenheit）の判定のためのものとして重視し、これを実り豊かなものにする、ということである。^⑨

それゆえ、裁判官は、こうした措置（Vorgehen）を執る際に、最初の一步で、現に妥当している公的な関心事が侵害を受けた基本権利益に事実上優越しているか否かを衡量しなければならぬ。比例原則の分野では、選択された侵害手段が達成しようとする目的に適合しているか否かが、従来より審査されることとなっている。

人の疾病に対する強制的予防接種は、身体の不可侵（Körperliche Unversehrtheit）を、それゆえ人格の自由を侵害することになる。右の強制的予防接種が疾病の克服のための公的利益によって正当化されるのは、ただ、この公的な任務（Aufgabe）と措置との間に合理的関連が存在する場合だけである。それが否定されるのは、疾病の大規模な現出の危険が全く存在しない場合、疾病が重大でない場合、もしくは、措置がこの疾病克服に仕えることが全く証明されない（で、たとえば研究目的のためだけで遂行される）場合である。

右の諸条件が充足された場合、「当該」侵害行為が、肯認された優越の公共の利益がこうした侵害行為に浸透するには至らない程度に酷しいもの（たとえば、極端に手厳しいもの、あるいは、量刑を加重する〔gravierend〕付随的效果を伴ったもの）ではないのかどうか、比例原則の領域で審査される状態に置かれることになる^⑩。

公的利益の分野における利益衡量の実施は、現に妥当している目的を踰越しているか、ないしはそれを導き抜ける (vorbeiführen) とするの基本権によって制限された秩序が、当然にこの目的によって正当化されえない、ということによっても根拠づけられうるものである。その場合に、まさに、この侵害 (を正当化するため) の挙示されるべき公益が欠けており、比例性の審査は不必要である。

都市の『集塊』 (Agglomeration) においては、重要な公益は、費用の割安な居住空間の維持についてのみ存在している。差異を設けることなく居住空間の維持を絶対に (schlechthin) 獲得しようとするインシアティブは、それゆえ、何ら正当な (legitim) 公共の利益を追求するものではない。したがって、財産権保障における意図された侵害は、既に右の理由から正当化されるものでなく、またそれゆえに違憲である³⁰。こうした措置をする際、比例性の審査のためのいかなる余地も残っていない。この場合、同時に、法的平等の要請 (Rechtsgleichheitsgebot) との緊密な関連が明らかになる。基本権侵害は、それが設定され許容された目的の達成のために不可欠であることが立証された場合にのみ、許容される (dürfen so weit gehen)。つまり、それは、もはや、人および事態 (Sachverhalt) を無条件に必要不可欠なものとは解しないのである³¹。まさに、基本権侵害は、しかし、十分に細分化された (differenziert) 規定を必要とするのであり、そのことは、同等の事実関係だけが同等に扱われるということである。上掲の連邦裁判所判決においては、それについては次のように述べられている。

「その維持についていかなる公共の利益も見出せないような住居の購入 (Einbezug) は、法令の目的という観点からして、同等でない者 (Ungleichem) の同等取扱いを意味する³²。」

付説 (Exkurs)

ここで提唱した方法と同様のものとして、アメリカの最高裁判所は、現に妥当する (geltend gemacht) 公共目的と具体的

な基本権制約との間の「真の、ないし実質的な関係」(«a real or substantial relation»)を要求している。それゆえに、基本権が侵害されるのは、提唱にかかる措置が現に妥当する公共の福祉(Gemeinwohl)に仕えることと全く適合しない場合である。¹¹⁾

リーディング・ケースであるネピア対ニューヨーク事件(Nebbia v. New York)において、[合衆国]最高裁判所は、こうした思考について次のように述べている。すなわち、「制定された法律が適切な法目的との間で合理的な関係を有している場合に……、適正手続^{Due Process}の要請は充足されるのである。」と。

原 註

(41) 判例の論理的関連性の欠如(fehlende Kohärenz)にかんしては、すし SALADIN, Grundrechte (Anm. 15), S. 367 ff が指摘している。

(42) それゆえ驚かざるをえないのは、BGE 105 Ia 183 が、情報の自由の制限については、連邦憲法にもとづき、実体的(materiell)意味の法律で十分であるとの見解を、全く確かに保持していることである。BGE 104 Ia 88 ff は、むしろ、政庁の指針(Regierungsrätliche Richtlinien)を法律の原則として適用している(これを批判するもの、ZBJV 1980, S. 240 ff)。

KAUFMANN, a. a. O. (Anm. 15), S. 180 は、この註釈を付した判例を、わずかな介入(Eingriff)が問題になる[「ことある」ものとして]正誤化している。

(43) CORTIER, a. a. O. (Anm. 9) による伝統的教義(Lehrmeinung)にかんする概観。GEORG MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel und Stuttgart 1979, S. 73 f. ¹²⁾ 参照せよ。法律のこうした機能の制度内在的(systemimmanent)限界は、たとえば、議会の慢性的(chronisch)な過剰負担の中に存している。これについては、多くの文献の代表として、見よ、KURT EICHENBERGER, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, jetzt in: Der Staat der Gegenwart, Basel und Frankfurt am Main

1980, S. 415 ff. EICHENBERGER は、次の議会の三つの「不足」(Zerlot) について「目瞭然の形で語っている。時間の不足 (Zeitnot)」、専門知識の不足、評価の不足がそれである (四二頁)。とくに、情報の欠如については、WILLI EGGLOFF, Die Informationslage des Parlament, Diss. Zurich 1974.

(44) 「一般的・抽象的規定と法的平等との関係についてすべてに出たければ、BÉATRICE WEBER DÜRLER, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Bern 1973, S. 40 ff. 44 ff. CHRISTIAN STARCK, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970, S. 195 ff. 205 ff. COTTER, a. a. O. (Anm. 9), Kap. 13, 124. より広範な註釈がある。また、SALADIN, Grundrechte (Anm. 15), S. 369 f. は「合理性と法的安定性は排他的に法律によって擁護されるものではないことを強調している」。

個別の法律にかんする特別な問題については、参照 G. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 43), S. 96 ff.

(45) 私は、多数者の決定に依拠するという関心事を有効的に通知する状況には、何らかの理由で置かれていない団体を「性質上の少数者と見ている。歴史は、数量上の多数者であるが性質上は少数者であるものの例を供給している (つまり、たとえば、人種 [差別] 制度の下での黒人)。

(46) JORG PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 Berlin/ New York 1981, S. 82 ff. 92 ff. 民主主義的決定の過程における bargaining power の意味については、LEONHARD NEIDHART, Plebiszit und pluralitäre Demokratie, Bern 1970.

(47) すべに「債務刑法 (Schuld-Strafrecht) (成功 [報酬の] 刑法 [Erfolge-Strafrecht] ではなく) にかんする基本的決定は、不可避免的に、個別のケースにおいて、妥当する刑罰が厳格に定められる」ということになる。「スイス」刑法典は、裁判官に、過失を認定する際に、動機、前歴および個人的関係を顧慮すべきことと指示している。たとえば、刑法六四条に挙げられた根拠は、刑の軽減にかんして、より具体的になっているが、裁判官がそうした根拠を提示する際に、刑罰を軽減する権限——義務ではない——を有していることが考慮されるべきである。

(48) 自発的なデモンストレーションにかんじては、BGE 96 I 232 を見よ。

MALINVENTI, a. a. O. (Anm. 26), S. 155 ff. 188 ff. 近時の連邦裁判所判例の中で達成された成果を歓迎しているが、今日では「題材の複合性 (Komplexität der Materie) の観点から、法律の規定を必要なものとみている」。

集会と行進にかんするドイツ連邦 共和国 の法律は、一四条で届出の義務を規定している。すなわち、ドイツでも、判例は、合憲解釈の方法を用いて、自発的なデモンストレーションを同条の規定の適用領域から除外している。これを指摘するものとして、Dieter Ginzler, *Demonstrationen und Versammlungsfreiheit, Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953*, 6. Auflage, Köln 1979, Nr. 18 ff. zu „II“.

19. これにかんする端緒は、BVerfGE 103 (a 380 ff. 代理規範 (Delegationsnorm) を形成すべしとする憲法上の要請は、代理の対象を形作る素材 (Materie) の性質 (Natur) またそれ、代理規範はあらかじめ、一般的抽象的法規範の中で制定されるとの特性 (Eigenschaften) に拠るものではなく、権力分立・民主的国家形式および法治国家性といった諸原則から生じることの要請に、当該分野においてどの程度重きを置くのかにかかっている。しかし、また、国家制度の異論の余地のない機能発揮、進歩の要請および適切な行政措置が即時に講じられ、かつそれが変化した状況に適応しうる可能性といった実際上の必要を考慮しなければならないのである。 (53)

連邦裁判所が、強度に技術的性格をもっていたり、また時代の急速な変転の中に置かれていたりする事実関係 (Sachverhalte) については、具体的な釣り合い (Verhältnismäßigkeit) をもって近い位置にある人または機関によって裁定されなければならないと、くりかえし確認しているのも、この関連に係する事柄である。たとえば、正報が付されている BVerfGE 105 (a 353 ff.) にかんする詳細は、Cottrell, a. a. O., Anm. 9, Kap. 18, 18.7.

50. より詳細なものとして、Entscheidungsstrukturen (Anm. 31), Cottrell, a. a. O., Anm. 9, Kap. II は、基本権保障の合法性原理を弁護している。

51. 法の適正手続の要請については、vgl. z. B. Ginzler/Ginzler, *Constitutional Law*, 9th edition, Mineola, New York 1978, S. 171 ff.

52. L. J. FINEKE, H. TANGE, *Structural Due Process*, 10 *Harvard Civil Rights (Civ) Liberties Law Review* 1975, S. 268; derselbe, *Perspectives on Bankrupt Equal Protection, Procedural Fairness or Structural Justice?*, 92 *Harvard Law Review* 861 (1979); derselbe, *American Constitutional Law* (Anm. 51), S. 1137 ff. mit Supplement 1979 und 1980, vgl. dazu auch: Entscheidungsstrukturen (Anm. 31), Siehe auch vorne S. 52 f.

53. 以下に展開し、かつ詳論したものとして、Günther Strever, „Unbestimmte verwaltungsrechtliche Normen aus der

Sicht von Vollzug und Rechtssetzung — Eine Untersuchung anhand ausgewählter Erlasse, Diss. Bern 1961 (近日公判予定)。

実体的な不確定性を手続法上の参加によって補填するところからして「一般的に論じたものとして」HANS DÜRS, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR 1974 II, S. 244 ff.; PETER HABERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, Berlin/ New York 1972, S. 43 ff.; JORG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 2. erweiterte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1981, S. 261 ff.

(54) 次のような判例を見よ、BGE 105 Ia 72.

(55) ホン基本法は、「一条一項において、人格の発展等への制約として」、「他人の権利」を掲げている。これについては、GÜNTER DITTMER, in: MAUNZ/ DITTMER/ HERZOG, Grundgesetz Kommentar, N 13 ff., 73 zu Art. 2 Abs. 1, また参照「連邦憲法全面改正のための予備草案」(一九七七年に出された「専門委員会草案」)の二二五——「五條」一項は、「基本権を行使する者は、他人の基本権を尊重しなければならない」と定めている。

参照「これについては、後出二一九頁以下も」。

(56) すなわち、ドイツにおいては、「連邦憲法裁判所による利益衡量 (Güterabwägung) は、本質的な論議の対象であって「憲法判断の」手法 (Methode) として一般に認められている (unbestritten) ものではない」。BERNARD SCHLINK (Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976) は、「ほとんどの判決においては、別の内容の文言にもかかわらず、少なくとも、抽象的な利益衡量はなされておらず、むしろ、形式的な基準で決着がつけられている (Ausschlag geben) ことを実証すべく試みている。これらについては次のものも参照せよ——KLAUS VOGEL (Gesamtredaktion) Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, Kolloquium Hans Spanner, Wien/ New York 1979 (以下に「本質的に SCHLINK のテーゼを受け継いでいる PETER LERCHIE の Referat, S. 36 ff. 他」を挙げるなど、HABERLE, S. 64 f.)。それにもかかわらず HARALD SCHNEIDER (Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1979) は「モデルを設定する一方で、抽象的な衡量を稀には書き留めつつある指導的判決の優越を強調している。全体にっしては、HELMUT GOERLICH, Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973 を見よ」。

スイスにおいては、「近年、JEAN NICOLAS DRUEY が、問題に対する態度を鮮明にしている。すなわち、彼は、価値衡量の

方法〔論〕的性格に異論を言ひ (Interessenauswägung — Eine Methode? in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern und Stuttgart 1981, S. 131 ff.)、Georg Müller, Interessenauswägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, S. 337 ff.

(57) 前出 一—五頁以下。

(58) このような観点から憲法違反と思われるものとして、個別の事案において基本権適合的な権利実現 (Grundrechtskonforme Rechtserwirklichung) ために不可欠な活動領域をもちや残していないような法律を挙げることが出来る。見よ、前出 一—六—一—七十頁。

(59) BGE 90 I 29 ff.

(60) 参照、例えば、BGE 99 Ia 604 ff. 及び 103 Ia 417 ff.

(61) この問題は、近時の基本権判例 (Grundrechtsprechung) において大きな場所を占めている。次の例などを見よ、BGE 100 Ia 392 ff., 101 Ia 437 ff., 105 Ia 15 ff., 105 Ia 91 ff. und BGE in ZBl 1980, S. 42 ff.

(62) 連邦憲法の全面改正のための予備草案 (Verentwurf) (付録を見よ) は、利益衡量を、公益の問題として扱っている。

(63) BGE 104 Ia 120 ff., 及び 128 ff.

(64) ULRICH ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978 I, S. 105 ff. が、判例を参照している。

(65) 連邦裁判所は、時々、二つの基準を混同してもいる。つまり、連邦裁判所は、議会の審議について、秘密審議とすべき優越的な公益をほとんど論証しえないのにその公開を拒否すること、に比例性 (不可欠性) [Verhältnismässigkeit (Notwendigkeit)] に欠けるとしている (BGE 105 Ia 185 ff.)。しかし、他の判例では、連邦裁判所は、浜辺遊歩道の設定に、住宅所有者の利益に譲歩しなければならないような優越的公益があるか否かを、比例原則の観点で審理している (BGE 105 Ia 223)。

全体について、次のものも参照せよ。PHILIPPE A. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, S. 106 ff.; MASTRONARDI 及び、比例性原則の分野で利益衡量を愛好している。

(66) 比例性原則の輪郭が欠けていること (Konturlosigkeit) について、ZIMMERLI, a. a. O. (Anm. 64), S. 10 ff. 及び次のもの

- を参照せよ。HANS HUBER, Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, ZSR 1977 I, S. 1 ff.
- (67) 類似のものとして ANDRÉ GRISSEL, Votum am Schweizerischen Juristentag 1978, ZSR 1978 II, S. 546 f. GRISSEL の見解によれば、狭義の比例性 (proportionnalité) は後に「厳格」にならずに統制 (Kontrolle) だ、それゆえに必要がないとされる。他の見解は ZIMMERLI, a. a. O. (Anm. 64), S. 561.
- (68) 見よ、BGE 104 Ia 480 ff. (本条と連動して興味深い E. 5 は Pra 69, Nr. 5 においてのみ公開されている) における結核発病 (Tuberkulose-Erkrankung) の予防のための義務的な「レントゲン」画像検査という比較可能な事例にかんする利益衡量を。
- (69) 連邦裁判所は、ここに「比例原則 (Verhältnismässigkeitsprinzip)」にかんする最初の判決において、この連関 (Zusammenhang) を確立しようと (herstellen)。BGE 52 I 222 ff. 以下は ZIMMERLI, a. a. O. (Anm. 64), S. 9.
- (70) BGE 103 Ia 422; vgl. auch 101 Ia 223: 景観の保護 (Landschaftsschutz) の観点から正統化される建築禁止は、すむに美観を損ねて違法建築がなされている国土 (Land) にまで拡張することはできない。他方、概してなおも保護価値のある国土空間 (Landschaft) の維持のためなら、公益が存在するといえる。
- (71) 行政法総論は、これを「処分の「必要性」 (Erforderlichkeit einer Massnahme) という見出し語 (Stichwort) で捉えている。これについては後の S. 133.
- (72) 比例性と法的平等命令 (Rechtsgleichheitsgebot) との関係については WERNER FRIEDRICH HOLTZ, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, Diss. Zürich 1977, S. 67 ff. が指摘しよう。
- (73) BGE 103 Ia 423. また BGE 96 I 188 の四と五、新七、指圧術師 (Chiropraktor) に適性免許 (Befähigungsausweis) を要するといった命令 (Verordnung) は、指圧術師を新規のものと、既に営業しているものとに区分しなければならぬ。命令の制定者は、既に営業している指圧術師についての前掲の事案では実技試験の合格だけを要求するということと、自らに課せられた「右両者を」区分しなければならぬという義務を果している。
- (74) Mugler v. Kansas, 8 S. Ct. 273 (1887).
- (75) 54 S. Ct. 505 (1934).

(未完)