

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（一三）

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

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」 (institutional) 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

(以上、本誌一七〇号)

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

(以上、本誌一七三号)

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、本誌二七五号)

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

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 (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かった手続
- 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」(«öffentliches Interesse») 概念の不十分性
 - d) 妥当する侵害利益 (das erhellend gemachten Eingriffsinteresse) の質の審査
- (以上、本誌一八〇号)
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
 - c) 基本権侵害の審査の際の比例原則
- (以上、本誌二八一号)

- aa) 出发点 II 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 (besondere Grundrecht) 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) 一般的比例原則による恣意禁止の限界付け
 - dd) 付説: 人格的自由との關係
- 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

(以上、本誌本号)

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

4. 比例原則

a) 客観的、内容 (Sachlicher Gehalt)

何をもって「比例的」(verhältnismässig)というべきであるか？ この概念の文法的解釈が、すでに問題を核心へ導いている。すなわち、基本権侵害は、比例性 (Verhältnis) に適合させ、實際上の所与 (Gegebenheit) に合わせて客観的に正当なもの (sachgerecht) へと正すべきである。したがって、比例原則は、実際に正当で (wirklichkeitsgerecht)、状況と関連させた考察方法である。或る規則 (Regelung) が比例原則に反したことになるのは、それが、十分に規範化させている比例性をあまりに少なくしか念頭に置いていない、もしくは念頭に置いていないか、あまりに図式的な解決によって事実関係を秩序づけているか、規則を必要としていないか、あるいは逆に規則を排除しているか、理解されているように規則を必要なものとしている (regelungsbedürftig) か、の場合である。

b) 行政法における比例原則の部分内容

一般的行政法 (行政法総則) は、比例原則を、様々な個々の観点の中に細分化 (ausdifferenzieren) している。¹³³⁾

適正性 (Eignung) —— 措置 (Massnahme) は、追及された成果を一般的に達成することに資するものでなければならず、またそれは、目指された目的に達しないことがあってはならない (目的適合性 [Zwecktauglichkeit]) および

目的の一致性 (Zielkonformität)。

必要性 (不可避性) (Erforderlichkeit (Notwendigkeit)) —— 適切な措置であっても、「目的達成のために同等に適切であり、制限的でない規制 (Anordnung) が存在する」場合には、許容されない。つまり換言すれば、侵害は、物的、空間的、時間的かつ人的な (sachlich, räumlich, zeitlich und personell) 観点において、必須である範囲以上に広範になされてはならないのである。つまり、再言するなら、比例原則は、個別化し・具体的状況に適した考察方法を要求する、ということである。

狭義の比例原則 (Verhältnismässigkeit i. e. S.) —— 適切かつ不可避的な措置でも、それと結合した侵害が、達成しようとする目的のもつ意義 (重要性。Bedeutung) との比較において不適切に厳格である場合、つまりそれゆえ、何らの合理的な目的 || 手段関係 (Zweck-Mittel-Relation) も存在しない場合には、比例原則に反することになる。

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 (Betroffenheit)

比例原則の特殊に憲法的な審査 (verfassungrechtliche Prüfung) の出发点は、基本権の保護領域における侵害の確定である。問題となるのは、具体的な基本権侵害が比例原則に適合していることが判明するか否かである。

これとは逆に、行政法的な考察方法による場合には、比例原則の問題は、いずれの事案にも存在していることになる。

つまり、出発点は、基本的命令 (Anordnung) であって、その命令の目的と右目的の達成にあてがわれている手段を評価する (würdigen) ことである。その意味において、比例原則は、客観的に正当で、かつ適切な (sachgerecht und massvoll) 国家的処務の確保のための形式的な (formal) 網目、スクリーン、(Raster) なのである。

行政法的考察と基本権の考察の対照は、邦と自治体の官吏 (Beamte) の居住義務 (Residenzpflicht) の中に引証されうる。すなわち、行政法的には、国家共同体 (Gemeinwesen) の・国家財政上の (fiskalisch) 目的、その他のそれ自身で正統である目的——たとえば、市民と行政の間の結束 (Verbundenheit) ——を実現するための全く妥当で不可欠の手段とみなされる。

これとは逆に、憲法的には、比例原則の問題は、居住の自由が影響を受けるという限りで有意義な (relevant) ものであるにとどまる。それは、援用された公益に対して、当該官庁のする・保障された個人的な生活形成 (garantierte persönliche Lebensgestaltung) の領域で発する重要な視点 (schwerwiegende Gesichtspunkt) に対置させるものである。

bb) 基本権の比例原則審査の特殊性

1. 比例原則の分野での行政法において要求される・措置の適性 (Eignung) は、憲法裁判権において、恣意禁止 (Willkürverbot) の問題として審査される。すなわち、不適當な侵害手段は、つねに客観性のないもの (unsachlich) であり、追求すべき目的という観点からは意味のない (sinnlos) ものであり、それゆえに恣意となる。比例原則は、決して煩わしい (zu bemühen) ものではない。

在監者に対して昼間には独房でベッドを折りたたむことを命ずることは、収監の正当な目的を促進するために、さらには秩序ある監獄業務 (Gefängnisbetrieb) の維持を促進するだけのためにも、役立たない。すなわち、それは、いやがらせ (schikanös) にすぎないものであって、それゆえに恣意となる。¹³⁵⁾

2. 利益衡量の際の・上述の方法論的処置からすれば、基本権侵害の必要性 (Erforderlichkeit) の審査は、優越的公益が存在しているか否かを問うことに属している。¹³⁶⁾ 広範に過ぎる基本権侵害は、正統な公益によっては覆いえないのである。

それゆえに、薬品 (Heilmittel) の販売は、追求されている衛生観察上の目的が販売所の区域を制限することによって——ひょっとすれば販売有資格者に負担金 (Auflage) を義務的に課することによって——も達成できる場合には、必ずしも完全には禁止されるものではない。したがって、取引および営業の自由におけるこうした侵害を正当化するような公益は、決して存在しないのである。

3. 基本権侵害にかんして、比例原則のタイトルの下で審査されるべきことは、合理的な目的¹³⁷⁾ 手段関係が存在しているか否か、この場合いかえれば、優越的公益によって正当化された侵害が基本権に過剰に厳しくあたってはいいないか、つまり要求されえないものであるか否かである。

それで、極端に手痛く、かつ被疑者 (Angeschuldigte) の・永続的な身体的損害と結合した強制的な医学的検査は、いかなる場合でも、つまり、それが可罰性の証明のために絶対に不可欠であるように思われる場合でも、許容されない。¹³⁸⁾

政治的選挙示威運動 (politische Wahlkundgebung) のためにラウンドスピーカーを使用することの禁止は、騒音公害から住民の保護それ自体のためのもとして許容されうる。しかしながら、とりわけ選挙の「前地」(Vorfeld) における政治的行事の重要性にかんがみるならば、右の制限は、住民には一定の公害の受忍は求められてよいのであるから、比例原則に反したものである¹¹⁶⁾。

もう一度強調しておくべきは、基本権の保障領域の侵害に際して比例原則のすべての点についての審査が不可欠であることである。必要性の審査を公益の分野において提示することのメリット (Vorheit) については、既に述べたところである¹¹⁷⁾。最後に決定的な意味をもつのは、財産権保護は、一般的に——一個のないしはその他の観点の下で——基本権および係争の (in Frage stehend) 事実関係を評価して包括的に遂行される、ということである。

cc) 人的関係の顧慮

基本的な比例原則審査の分野では、係争の (berufen) 基本権が保障されている人的関係が、とりわけて顧慮されるべきである¹¹⁸⁾。

つまり、それは、前述した官吏の居住義務の遂行の際には具体的な生活状況 (Lebensumstände) ——たとえば、妻と夫を別の自治体で勤務させる際の家族の絆 (familiäre Bindung) 「をどうするか」といった問題——が顧慮されなければならぬということなどを意味するものであろう¹¹⁹⁾。

基本権侵害の比例性の必要は、行政法における目的手段関係の審査とは異なった手続を要求する。人が基本権の核心に近付けば近づくほど、それだけ、類型化 (Typisierung) がますます許容されないものとなり、また、個別化 (Individualisierung) がますます要求されることになる。

判例は、原則的に、個人に、それ自体は許容された地域規則 (Zonenordnung) に対してこの個人にかかわる侵害の比例原則違反を主張することを、禁じている。しかし、全く特別な個人的 (persönlich) 関係 (Betroffenheit) が呈示される場合には、個人 (Einzelne) は、実体的な (materiell) 取用を援用することができ、またその人の特別の犠牲に対する補償を求めることができる。それゆえに、この判決は、結果において、要求された個人化 (Individualisierung) を考慮に入れてもいるのである。

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

学説においては、次の見解が代表的である——立法者の定める・明確で十分に洗練された規定は、法律適合的な (gesetzestreu) 法適用における比例原則を排斥する。このような見解の法的核心は、抽象的規定のレベル (Stufe) で見通され、かつ綿密な財産権擁護が、法適用の合憲的な結果を保障することに、いずれにせよ資しているのだ、ということにある。まさに基本権の内容から自己の特殊の (speziell) 意味を受け取っている・全く特別の (besonder) 関係の観点から、なおも極めて詳細で (differenziert) ・またそれ自体には異議を唱えられてはいない規則が、具体的に、違憲のものであることが明らかになるのである。憲法裁判官については、詳細な諸法律の適用にあたっては問題となるのは、ただ、基本権関係的な観察方法のみである。つまり、合法性原理 (Legalitätsprinzip) は、それに介入す

べきではないのである。¹³⁸⁾

連邦裁判所は、何か、個別の事案における・公共的根拠にもとづく集会のための許可を義務付けることが原則的に合憲であるにもかかわらず、許可を得ずに行なわれた自然発生的なデモンストレーション (Spontandemonstration) は憲法上の保護を必要とする旨、示唆したことがあった。¹³⁹⁾ 同じくいえば、連邦裁判所は、刑務所内で集団的請願のための署名を秘密裡に集めることの禁止を肯認しているにもかかわらず、例外的場合においては——つまり、請願 (書) を転送することを監獄官庁が拒絶した場合など——、秘密の行動も例外的に正当とされうることを認めている。¹⁴⁰⁾

法適用にあたって合法性原理に原則的に比例原則に対する優越を与えることを認める学説は、具体的な適用事例において比例原則違反を理由とする法律規定の取消の可能性が存在している場合のみ、懸念を示していないように思われる。¹⁴¹⁾ しかし、連邦裁判所は、適用の局面で規範の比例性を審査すること、また、違憲の結果に対する問責 (Reue) だけを許容することを、拒否している。¹⁴²⁾ 合法性と基本権にもとづいて提起された比例原則の実現との間の矛盾 (Konflikt) は、それゆえ、綿密に校訂された (redigieren) 法律によっても、確定的には解決されないものである。

ee) 比例原則と裁量

権利問題 (Rechtsfrage) にかんする行政裁量の行政裁判所による審査は制約を受けるが、だからとて、憲法裁判官も裁量領域 (Ermessensbereich) における基本権侵害の比例性の審査を原則的に否定されるなどと推論されてはならない。基本権の具体化の領域 (Rahmen) における比例原則の審査は、一個の特殊な (spezifisch) 機能を充足させる

[138]

ものである。基本権は、法適用者にとっては、まさに、裁量領域においても、指導的 (wegleitend) なものであり、また義務的 (verpflichtend) なものである。裁量統制の排除は、決して、措置 (Massnahme) の基本権適合性の審査の禁止を導くものではない。行政裁判官が権利の統制 (Rechtskontrolle) を制約されている場合にも、憲法裁判官にとって、いずれにせよ、裁量の基本権適合的な行使 (grundrechtskonforme Ausübung von Ermessen) の審査は、その自由に任されている (offenstehen) のである。

公益を理由として、集会の許可義務についての裁量権行使に対する審査〔の問題〕が、その一例である。その場合、或る示唆に富む (zueich) 判例が記しているように、許可官庁は通例、より広範な裁量の行為領域を有しているのであるが、それについては、連邦裁判所が、それが憲法適合的に行使されたか否かを自由に審査することができるのである。¹³⁹⁾

d) 特別の基本権 (besonderes Grundrecht) としての比例原則¹⁴⁰⁾

aa) 連邦裁判所の判例

連邦裁判所は、これまで、比例性の原理 (Verhältnismässigkeitsprinzip) が独立の基本権とみなされるべきか否かの問題について、明示的に態度を決めたことはなかった。しかし、近年の判決にみられる若干の定式化 (Formlierung) は、裁判所は比例性の原則に基本権の質 (Grundrechtsqualität) を認めているのだ、という印象を与えているものであった。

[139]

つまり、連邦裁判所は、在監者が弁護人 (Verteidiger) と接見すること (Kontakt) を求める権利の制限について、これを、人格的自由 (Persönliche Freiheit) や欧州人権保護条約 (EMRK) といったものと何らかの関連をつけてつくり出すことなく、一般的な比例性の原理の視角から審査したのである。¹¹⁰⁾

独自の憲法上の権利として比例性の原理が採用されていることは、浜辺道路計画 (Strandweg-Projekt) が憲法に適合しているかどうかという問題に対する連邦裁判所判決をみても、わかることである。(連邦) 裁判所は、財産権保障 (Eigentums-garantie) が事案の解決のために問題にならない (ausscheiden) ものであって、かつ憲法上の基準 (Maßstab) としては恣意禁止だけが論じられうるような基本権侵害の事案にかんしても、相互に対立し合う諸利益を衡量している (abwägen)。¹¹¹⁾

次に、比例性の原理を独立した基本権とみなすことが適切であるかどうか、検討される。

bb) 基本権の時宜に叶った (punktuell) 性格から出る疑念

行政の裁量判断についての行政裁判所による事後審査の禁止は、憲法裁判官には、個別事案における裁量権行使の基本権適合性を統制する義務を免除するものではない——このことは先に述べたところである。しかしながら、このことは、基本権が行政裁量の意味に即して時宜に叶った形で理解され、また、その普遍的でない原理——たとえば、あらゆる人に対して支配的に波及し (übergreifend) かつ画一的であるような比例性の原理が適例である——に組み込まれている限りは、行政裁量の完全な「法化」(《Verrechtlichung》) を導くものではないのである。¹¹²⁾

cc) 一般的比例原則による恣意禁止の限界付け

比例原則の準則は、何よりも、一般的行政法（行政法総論）の原則の一つでありつつつており、また、そうしたものとして、憲法上の位置を有するものではない。

「受け容れ基本権」(«Aufhanggrundrecht»)としての恣意禁止は、しかしながら、いわば、基本権保障における行政法上の一定の原理の中に入り込んでいる。したがって、完全に不適當であるか、あるいは全く不必要な措置は、まさに客観性を欠いたもの(unsachlich)であり、またそれゆえに、憲法的意味においても恣意的なのである。それゆえ、連邦憲法第四条から権原を得ている憲法裁判官は、その第四条関係のようなケースでは、他のいかなる基本権も侵害されてはいない場合でも、断固として審査に入る(einschreiten)のである。

合理的な目的＝手段＝関係(Zweck-Mittel-Relation)の要求も、粗野で(grob)まったく寛容さのない比例性欠如(Misserhältnis)が存在している限りで、憲法裁判官により、恣意禁止の観点から審査されるのである。他方、基本権侵害の事案における比例性原則の審査の際に、憲法裁判所が審査しうるような、適格な不均衡(qualifizierte Disproportionalität)が要求される。必ずしも恣意であるとはみなされない目的＝手段＝関係における瑕疵(Mängel)は、——特別の基本権位置が問題とならない限りは——憲法的には重要(relevant)ではない。この瑕疵の審査は、行政裁判官に義務づけられたものである。

スリップ防止を理由として、また伝染病対策のために道路「交通」を遮断することは、行政法上の観点からすれば、隣接地の所有者(Anrösler)に対して、過度に負担をかけるものであり、それゆえに比例原則に反したものとみなされる。いいか

えれば、それは、主張されうる利益擁護がそれを根拠づけているときには、恣意とはならないのである。⁽¹¹⁾

他方、人格の自由という基本権は、伝染病対策のために全居住地域について定められた強制種痘(Zwangsimpfung)の比例〔原則相当〕性(Verhältnismässigkeit)については、これを自由に審査することを求めるものである。すなわち、介入することの困難さ、(公益の審査についての)成功の可能性、および過度に期待される副次的影響は、憲法裁判による包括的な衡量の中で評価されるべきなのである。⁽¹²⁾

dd) 付説・人格的自由との関係

これは、いわば気付かれていないことであるが、基本権保障の領域における比例原則は、次のことがなされるときには、度を過ぎた逸脱となりうる。——すなわち、人格的自由が、その際にまさに比例原則の基準によってのみ制約されうる任意の処置〔振舞い〕の自由(Handlungsfreiheit)と理解されたような場合である。憲法上の比例原則審査の「水増し」(Verwässerung)は、ここでは、人格的自由を、各々の国家的強制からの輪郭の不明確な(konturlose)自由へと、基本権とは無縁のものに「引き延ばしてしまつたこと」(grundrechtstrennde «Streckung»)の結果である。⁽¹³⁾

原註

(11) つれにかんしては、見よ、ZIMMERMANN, a. a. O. (Anm. 64), S. 12 ff.; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsverwaltung, 5. Auflage, Basel und Stuttgart 1976, I. Band, Nr. 58; HUBER, Verhältnismässigkeit (Anm. 66), S. 1 ff.が、比例原則の歴史的展開にかんする一個の概観を与えてゐる。

(12) ZIMMERMANN, a. a. O. (Anm. 64), S. 14.

(13) つれにかんする詳細は、IMBODEN/RHINOW, a. a. O. (Anm. 110), S. 343 f.

取引および営業の自由の領域における連邦裁判所の相当な (entsprechend) 判決を、Hortz, a. a. O. (Anm. 72), S. 94 ff. 109 F. が紹介している。

(113) 基本権の方向に向かう (grundrechtlich orientiert) 比例性審査 (Verhältnismäßigkeitsprüfung) の特殊性をめぐっては、Wendt, a. a. O. (Anm. 106), S. 436 ff. が指摘している。同様の考察は、Peter Lerche (Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, Kolloquium Hans Spinner, Wien/New York 1979, S. 36 ff.); 以前の形式的な比例性審査は、中心的な基本権位置 (zentrale Grundrechtsposition) が妥当している場合には、役立たない (untauglich)。

(114) これにかんしては、BGE 103 Ia 455 F. を見よ。連邦裁判所は、居住移転の自由 (Niederlassungsfreiheit) への重大な侵害がなされている場合でも、比例性の問題を審査していない。これに対して、ZBJV 1979, S. 128 ff. は批判的である。今日では、BGE 106 Ia 32 は、居住の義務 (Residenspflicht) [官吏・聖職者などの勤務地・公舎居住の義務、また、弁護士事務所設置義務と「いう」] を、比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) の基準をも用いて判断し、邦法が弾力性 (Elastizität) を十分に示しているに違はなく、それゆえ根拠のある事例において例外でありうることから導いている。

(115) 同様は、Hortz, a. a. O. (Anm. 72), S. 95 ff. 及び Zimmerli, a. a. O. (Anm. 64), S. 24 f.

(116) BGE 102 Ia 288; 連邦裁判所は、問題を「人格的自由 (Persönliche Freiheit) の観点から判断している。この指示 (Anordnung) が「客観的理由によって全く正当化されない」という定式は、同時に、この定式はすでに恣意禁止が保護 (Schutz) を命じているというところをも意味している。

(117) 見よ、前出の S. 122 f.

(118) これにかんしては、参照、BVerfGE 16, 194 ff. 髄液 (Liquor) (脳液および背髄液 [Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit]) の検査が許容されるのは、責任能力 (Zurechnungsfähigkeit) を立証するためになされるのだからである。検査に際してひどい痛みを伴う侵襲 (Eingriff) がなされることがあるのか、(ドイツ) 連邦憲法裁判所は、それを全く許されないものと見てはおらず、検査の適用を重罪犯人の精神状態を明らかにする場合に、限定しようとしている。

(119) 同じく、BGE 107 Ia 64 ff.; たしかに、連邦裁判所の考察 (Erwägung) の重点は、拡声機 (Lautsprecher) の一般的禁止の必要性 (Erforderlichkeit) (の有無) の審査に置かれている。

(120) 見よ、前出の S. 122 f.

- (121) ZIMMERMANN, a. a. O. (Anm. 64), S. 17 は、期待可能性 (Zunehmbarkeit) との関連を語っている。また、参照、JORG LOCKE, Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit, DöV 1974, S. 769 ff. 人格権関連 (Persönlichkeitsbezug) については、個々の基本権を図式的 (schematisch) に判定する事は許されない。たとえば、取引および営業の自由も、その職業選択の自由としての実質 (Gehalt) において (BGE 100 Ia 174 E) 際立った (ausgeprägt) 特徴を有している。
- (122) このことは、適切な法律上の規定の形成に向けての事前作用 (Vorwirkung) を含んでいる。つまり、基本権は、個々の事例における憲法適合的な (verfassungskonform) 具体化のための活動領域 (Spielraum) を満足しうるまで要求する。これに堪しては、参照、BGE 106 Ia 32; 移転 (Wohnsitzwechsel) にかんする訴願提起者 (Beschwerdeführer; 原告) の私益が居住義務 (Residenzpflicht) にかんする公益に優越するか否かは、侵害の比例性という観点から審査されなければならない。邦法にもとめて一般の居住義務の例外が許容されることを求めている……。」
- (123) これに堪しては、また、一般的に、計画法 (Planungsrecht) における比例性のあてはめ (Geltung) にかんしては、見よ、ZIMMERMANN, a. a. O. (Anm. 64), S. 87 ff. — 多くの言及を伴っている。
- (124) ZIMMERMANN, a. a. O. (Anm. 64), S. 48 ff, 55 f, 530. 類似のものを、HANS SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.: Christian Stark), Tübingen 1976, Band II, S. 402 f. によつて一般的に — ALBERT BUCKMANN, Allgemeine Grundrechtslehren, Köln 1979, S. 116 f.
- (125) 逆に、連邦裁判所は、法律上の基礎が広く把握され (weitfassen) かつ厳密でない (unpräzise) 場合には、公益および比例性の問題を特別な根拠で審査している。参照、BGE 101 Ia 221.
- (126) また参照、HANS-JÜRGEN PAPER, *Spezifisches Verfassungsrecht: und *Einfaches Recht* als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Anm. 124), I Band, S. 448 ff.
- (127) BGE 96 Ia 232.
- (128) BGE 100 Ia 81.
- (129) けれども、ZIMMERMANN, a. a. O. (Anm. 64), S. 50 は提示されている。

- (10) 多くの判例を代表するものとして、参照' BGE 103 Ia 560、前出七三頁以下。
- (11) 連邦裁判所の組織にかんする連邦法一〇四条。これにかんしては、たゞせば、Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979, S. 175 f. 195 ff.
- (12) 判例への言及 (Hinweis) は、前出の S. 61 f. Anm. 70-72; また参照' S. 78 f.
- (13) BGE 105 Ia 98 ff. これに対して批判するものとして、ZBJV 1981, S. 229 f.
- (14) BGE 105 Ia 219 ff. 参照' ZBJV 1981, S. 229.
- 比例原則の不適切なあつはる (Verwandlung) の他の例は、BGE 104 Ia 187 ff. が提供している。これにかんしては、参照' ZBJV 1980, S. 274 f.
- (15) 基本権の項目への (punktuell) 性格にかんしては、前出の S. 17 f.
- (16) 同様に、ZIMMERLI, a. a. O. (Anm. 64), S. 121 f. 324 ff. Huber, Verhältnismässigkeit (Anm. 66), S. 17 f.
- (17) Fritz Gygi, Grundrechtskonkurrenz?, in: Mlanges Henri Zwanen, Lausanne 1977, S. 71 f.; また、参照' 後出の S. 165 f.
- (18) また、参照' Huber, Verhältnismässigkeit (Anm. 66), S. 17 f. 21 f.
- (19) 今日の判例は、これを、(私の見解では不幸な) 表現形式 (Formelung zum Ausdruck) によって持ち込んでおり、比例性の原則 (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) は、それが特別の基本権との関係で引き合ふ (anrufen) に出されなるところでは、「ただ恣意とどう視角のみ」審査される (多くの裁判例を代表をせば、BGE 102 Ia 71 f.)。
- (20) 類似のものとして、PIERRE MULLER, Le principe de la proportionnalité, ZSR 1978 II, S. 218.
- (21) 明らかになるのは、比例性原理 (Verhältnismässigkeitsprinzip) についての行政法上の適用 (Handhabung) は正当な法適用 (Rechtsanwendung) の問題に属している、というべきである。それにひきかえ、恣意禁止の領域における憲法的統制 (Verfassungskontrolle) は、粗暴な不法、つまり絶対に支持できない法適用を排除することのみ仕えている。
- (22) 見よ、BGE 104 Ia 480 ff. における、結核撲滅の目的を以て画像の検閲 (Schreibbilduntersuchung) を義務づける、比較的の対象となりうる事例についての、豊富で根底的な利益衡量 (Güterabwägung)。
- (23) これに対して、たゞせば、HANS HUBER, Die Persönliche Freiheit, SJZ 1973, S. 113 ff. は、厳しく (vehement) 位置で

けている。また、基本法二条一項をめぐるドイツ判例の問題性にかんして、すでに言及している（参照、前出の *S. 18 mit Ann. 69*）⁹

（未完）