

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（一五）

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
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

(以上、本誌一七〇号)

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

(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

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

(以上、本誌一七三号)

第二章 基本権の実現

I. 基本権を具体化する必要性

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机关への配分 (Zuordnung)

1. 課題——適切な機関の決定

2. 立法者

(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

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

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

4. 私法における基本権の適用状況 (Anwendungsmodalität)

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

3. 基本権保障のための法律の機能への期待

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

(以上、本誌一七四号)

(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、一七九号)

(以上、本誌一八〇号)
(以上、本誌一八一号)

(以上、本誌一八二号)

4. 比例原則

(以上、本誌一八三号)

- III. 核心的内容
- 1. 核心的内容の保障の機能
- 2. 核心的内容の確定
- 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

(以上、本誌本号)

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

(XI)

(X)

III. 連邦憲法の基本権と欧州人権保護条約 (ENHRK) 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

3. 核心的内容の保障という開かれた問題

ここに呈示しようとしている叙述において、核心的内容を確定することの問題のもつ意味と従来到達していた実際の成果の貧弱さとの間の懸隔は、驚くべきことといえる。この分野で、法学は、基本権保障をさらに発展させる緊急の課題を担っているのである。

スイスの学説 (Lehre) については、核心的内容の意味にかんする検討が、なお不足している。すなわち、文献においては、二つの問題が論争されている。次のものである。

a) 一つの学説 (Lehrmeinung) —— 私はそれを採用しているのであるが —— は、核心的内容の中に、抽象的に概念上画定可能で不可触の・基本権の規範内容 (Normgehalt) を見出している。この学説によれば、基本権の「核心」(«Kern») は、個別事例における価値衡量の結果ではなくて、いかなる対立的利益とも比較されうることはないという形で基礎をなしているところの基本権位置 (Grundrechtsposition) である。

他の学説は、核心の中に、「比較」衡量過程の結果を見出している。すなわち、対立的な公的 (または私的) 利益に對抗してそれに優越し、そしてそれゆえに立法者の措置 (Disposition) から免かれるような基本権の部分が、核心的内容にあたるのである。核心的内容の保障は、この場合、結果において、立法者の比例原則への拘束とかかわることになる。換言すれば、比例原則に反した事柄は核心的内容を侵害するわけである。このような観方に立つとき、核心的内容の概念に属するものは、厳密に解するならば、学問論理的 (dogmatisch) に把握されうる機能ではなく、たんに講学的 (pedagogisch) な機能をもつものであって、いわば、基本権を任意の広範な相対化 (Relativierung) によって無化させない擁護機能をもつものであるといえる。

さて、いずれにせよ認められるべきは、核心的内容を基本権の絶対的に放棄しえない (unaufgebbar) 中味とを同等に置くことを十分に実現することは不可能だ、ということである。平時の (normal) 条件の下では国家の介入の対象から除かれるが、内戦類似の状況などの緊急 (ausserordentlich) 事態の下であるいは戦時においては侵犯されうるような中間領域 (Grauzone) —— これは、相対的核領域 (relative Kernzone) と呼ばれるうる —— をより詳細に考察することは、意義深いものと思われる。出版に対する検閲は、たとえば、次のように機能しうる。—— すなわち、出版の表現 (Pressäußerung) の内容に対する事前の (予防的) (vorgängig (präventiv)) 統制は、基本的に禁止される、というように。その限りで、検閲の禁止は、出版の自由の核心的内容に属するのである。しかし、それは、戦時においては、スイス法によれば、出版の自由への侵害も容認されることを示唆するものである。

検閲の措置は、「一九三〇年代の内戦同様の事態においては、許容されるべきものとして妥当した。また、第二次世界大戦の間中、スイスの出版は、監視されていた。すなわち、一定の条件の下で、個々の新聞は、期限をつけて、ないしは無期限に、全面的な検閲に付されうるのである。」

人の故意殺害 (absichtliche Tötung des Menschen) の禁止については、今日のスイス法理論 (Rechtsauffassung) は、一再ならず、これを十分広範に、核心的内容の保障 (「の考え方」) で理解している。すなわち、右の故意殺害禁止は比例原則に基礎を有するものであって、軍事刑法典 (Militärstrafgesetzbuch) の中で、あるいはより広範な基準 (Masse) の中で法律上規定されている死刑 (Todesstrafe) は、戦争における殺害行為に対して国家が要求する「予防的」措置 (Bereitschaft) を提示したものである、という理解である。

今日的な基本権の具体化 (Grundrechtskonkretisierung) に対する実際的な要求にとっては、右に挙げたように境界状況 (Grenzsituation) から基本権の核心的内容を一般的に相対化することは、ほとんど意味がないもののように思われる。戦時における戦闘指揮 (Kriegsführung) と死刑は、法的な基本権の具体化によって解決されるものではない、開かれた政治的論議 (Auseinandersetzung) のテーマである。つまり右の事柄は、明らかに、基本権的な問題論究 (Problemörterung) の限界をなしているのである。

b) より広範な論争は、核心的内容の保障は、たんに、客観的規範としての基本権、つまり基本権とともに把握された「制度」(«Institution») とのみ関連するものであるのか、それとも、これに加えてすべての権利主体 (Träger) の主観的基本権とも関連するものであるのか、という問題にかかわる。右の二つの観点は、部分的には、すでに、制度保障 (Institutgarantie) という術語は客観法上の (objektivrechtlich) ものであるけれども本質的内容は個人 (einzelne Person) と関連しているという形で、概念上区別されている¹⁵⁵⁾。第一の理解によれば、基本権の効力をその全体において完全には抑圧することができないということが問題になり、(他方)、第二の理解からすれば、人の基本権は、それが自身 (Ihr) にとって何らの意味も有しなくなる場合(たとえば、個人に出版の禁止を課すことによって生ずるような) に限って縮減されること——それは個別事例の中では見出されていない——の要請 (Gebot) が問題になる。

この二つの理解を共有した場合だけ、完全に有効な基本権保護の関心事 (Anliegen) が正当に評価される。意見表明の自由、宗教的寛容、職業の自由それ自身が認められ、また社会秩序が刻印しているような法的状況の保障だけが要請されているのでなく、いかなる個人についてもその基本権の本質 (Essenz) が侵害されてはならないのである。基本的人権は、すべて、それが社会的全体 (soziales Ganz) における秩序要素であるだけでなく、あらゆる人に人間存

[155]

在の發展 (existentielle Entfaltung) を保障するものである場合にのみ、その名に値するといえるのである。

第五章 基本権の競合

I. 序論

基本権を制約する措置 (Massnahme) の合憲性が問題になる場合、どの特別の基本権が重要である (relevant) かは、多くの事例において明瞭である。すなわち、不当な逮捕は人格の自由を、邦における危くなつた理容店経営の保護についての需要条項 (Bedürfnislausel) は取引および営業の自由を、また、偏見のある裁判官の判決は連邦憲法五八条の保障を、それぞれ論ずる余地なく侵害しているのである。

他の事実関係の場合には、秩序付け (Zuordnung) が次のような問題を提起することになる。すなわち、飢餓に陥つた諸国民のために紙片 (Blatt) を路上で販売する結社 (Verein) が、警察の干渉 (Einschreiten) に反対して、取引および営業の自由、意見表明の自由 (Meinungsfreiheit)、結社の自由ないし恣意禁止を援用することができるかどうか？ 右の文言が宗教的内容のものであるときには、どのような事態となるのか？ 風俗警察上の理由から一定の映画の上映を禁止された映画企業は、取引および営業の自由、意見表明の自由 (芸術の自由が加わる) にもとづく訴え (Berufung) と、たんに恣意禁止を根拠とする訴えのいずれを用いることになるのか？ これらすべての事例の共通点は、——少なくとも最初のひと目で見たところでは——多数の基本権が同時に主張されていることである。つまり、そこには、基本権競合 (Grundrechtskonkurrenz) の問題が提示されているわけである。

II. 競合問題解決の不可避性

一定の事実関係に対していかなる（単一または複数の）基本権が適用されるかという問題は、学問論理上の (dogmatisch) 関心事であるだけでなく、当事者たる (betroffen) 個人にとって、また同様に裁判官にとって、実上の (praktisch) 意味をもつものである。

1. 基本権の多様な機能

基本権の保障領域が重なり合っている場合にも各基本権には、各々の完全に特殊な機能が帰属する、ということを確認することが、出発点となる。¹⁾ 基本権は、一般的自由 (allgemeine Freiheit) を国家的強制からいわば不可触のものとして具体化したものではない。基本権問題の正しい解決は、事実関係についてのすべての基本権の重要性をもつ局面 (sämmtliche grundrechtsrelevanten Aspekte) が対立利益 (entgegenstehendes Interesse) と対決させられるものである、ということを前提にしている。或る基本権についての特殊の (spezifisch) 観点を顧慮することを、他の基本権の優越 (Dominanz) を考えに入れて早まって (vorzeitig) 断念してしまうことは、基本権保護の縮減を導くことになる。

この点を見落としているのが、連邦裁判所の次のような初期判例、すなわち、——たとえば映画営業における事前検閲 (Vorzensur) の合憲性の審査などの場合に——ひとつの関係ある基本権にかんしては「その適合性判定に」合格しうる (standhalten) 措置は、他のいかなる基本権をも侵害するものでないとした判例である。²⁾ こうした判例は、

映画上映に対する営業警察上の介入について、これを経済的自由の観点からだけでなく、意見表明の自由および政治的

[159]

[158]

権利の観点からも審査す〔べきであ〕ることを怠っている〔ものである〕。つまり、それは、憲法によって課せられた紛争の解決に全くとりかからず、そのため、精神的〔な営為〕に携わっている映画企業の有する特殊の基本権利益については、純粹に商業的な利益に立って活動しているナイトクラブ企業の場合には全く欠けている事柄が考慮に入れらるるのである。

2. 基本権の多様な制約可能性

各基本権は、その保護領域において、かつその機能においてお互いから区別されるだけでなく、その制約にかんしても区別される。個別的草案の中で、「基本権への」侵害が許容される前提が存在しているかどうかについては、基本権ごとに各別に答えられなければならないのである。

〔基本権に対する〕どのような制限が許容されるかを、憲法条文の上で、各々の基本権ごとに明確に定めているボーン基本法とは異なつて、〔スイス〕連邦憲法は、洗練された〔differentiert〕制約体系〔Schrankensystem〕を何ら含んでいない。基本権の制約を許容するかどうかは、——核心的内容の保障を留保して——価値衡量の結果によって決せられるのである。

判例および学説〔Doktrin〕は、基本権が一般的かつ無差別〔undifferenziert〕に公共の秩序の留保の下に置かれているものではないことを認めている。連邦裁判所は、純粹に営業上の目的でなく民主主義的な意見形成や、とりわけ政治的諸権利に役立つ行動をするために公共の道路や広場〔Platz〕の使用を請求することに特権を与えている〔privilegieren〕。それゆえ、公共の秩序保持〔たとえば〕、妨害のない交通の維持の要請〔Anliegen〕は、右の場合には、営業活動の場合に比べて、よ

り厳密に、基本権利益 (Grundrechtsinteresse) の陰に隠れることになるのである。¹¹⁷⁾

一定の公共の利益は、すべての基本権にかんしてそれに対する制約をひとしなみに (gleichermassen) 正当化 (legitimieren) しようものではない。それで、たとえば、住宅難 (Wohnungsnot) に対する対策 (Kampf) は、住宅不足 (Wohnungsmangel) が焦眉のものとなっている地域では、古い住宅の取り壊しの禁止を正当化しようのであるが、この同じ関心は、居住の自由の制約に対しては、かつて一度も向けることのできなかつたものである。

3. 時効の適用を受けずかつ不可譲の基本権

特権賦与 (Privilegierung) の特別の (besonder) 形式は、判例上、いわゆる「時効の適用を受けずかつ不可譲の」(«unverjährbar und unverzichtbar») 基本権に当然帰属する。¹¹⁸⁾ そのような権利に含まれるものは、信教および良心の自由、人格的自由、居住の自由ならびにその他の特別の人格関連的 (persönlichkeitsbezogen) 基本権であるが、これに対して、財産権保障や取引および営業の自由のような、すぐれて経済的性格の権利は、そこから排除される。¹¹⁹⁾ 連邦裁判所による自由な法発見の形で——つまり、何らかの法律上の規定に依拠することなしに——創出された優先的地位は、いわゆる特権的権利 (privilegiertes Recht) を侵害する国家の措置 (Anordnung) は一般的に抽象的規範の公布から具体的決定の執行までの、つまりは具体化の各局面において取消されうる、ということの中に在る。単純な確認の決定 (Bestätigungsentscheid) ¹、たとえば再考慮申請の拒否 (Abweisung eines Wiedererwägungsgesuchs) に対しては、連邦裁判所は、憲法違反として咎め立て (Rüge) してきた従来の判例から離れて、これを肯認した。¹²⁰⁾

連邦裁判所が、基本権保障の・負担に耐えるような (tragend) 思想の一つ (人格権の保障) に因って手続的形態 (Ausgestaltung) にいっても差異を見出すべく探求することは、相当喜ばしいこと (erfreulich) であるから、無効の

国家行為の理論に則って特権を基本権カテゴリーにもとづいて型通り（シエーメア、オシエ）に割り当てるのではなく、基本権が中心的な形態で、かつ重大に（in zentraler Weise und schwer）侵害されているあらゆるところで妥当しうるものであるから、それは、その人格関連の内容において存在し、つまり、その情報交流の保障（Kommunikationssicherung）またはひどい（groß）不法からの防禦の機能の中に存在しているのである。⁽¹⁷⁾

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)

基本権侵害は、すべて、基本権の利益 (Grundrechtsinteresse) と逆方向の (gegenläufig) 国家課題との間の抵触 (Kollision) を意味する。自由権は、すでに歴史上、人間の (menschlich) 自由を求める活動 (Freiheitsbetätigung) と国家の (人の自由を) 侵害しがちな傾向との間の、典型的な衝突 (Zusammenstoß) から生じたものである。それゆえ、基本権は、すべて、「それに対する」侵害の特性によっても、また同じく当該の権利材 (Rechtsgut) の性質 (Qualität) によっても特徴づけられるところの、典型的な紛争状況への回答だといえる。基本権の実現には、国家と市民の間の現実の紛争について、この衝突 (Kollision) を最も適切に (adäquat) 把握できる基本権を関連づける (zuordnen) ことが課題となる。

それゆえ、具体的な紛争状況 (Konfliktsituation) の性質にもとづいて、いかなる基本権が重点的に (gewichtig) かかわっているかが判定されるべきである。⁽¹⁸⁾ このことは、「次に掲げる」若干の事例の中で明らかにされよう。

a) 警察官庁が、公の道路および場所において原価で (zum Selbstkostenpreis) 新聞または思想的出版物を販売することを一般的に (generell) 禁止する法令を発した場合、古典的事例が生じることになるが、その場合には、出版の自由から答が出されることになる。すなわち、この禁止は、公的な意見形成の本質的要素、つまり印刷物 (Druckzeugnis) の販売が不当に (unrechtmäßig) 制約されるがゆえに、許容されないのである。

これに対して、警察は、通行人が夜に路上で呼び止められ、雑誌の購入を求められたとき、それに介入する (einschreiten) というのであるが、それは、警察の関心は、公衆 (Publikum) を、暗がりでの金銭の手交の際に考えられる錯覚やその他の危険から保護するところにその中心があるからである。こうした警察による財産の保護 (Polizeigenterschutz) については、意見表明の自由は、いかなる特別の保護の関心事 (Schutzanliegen) も対置しえない。換言すれば、こうした観点からは、思想的新聞・雑誌の販売を、他の商品の販売以上に優遇すべき十分な (durchschlagend) 根拠は、何ら存在しないのである。それゆえ、この制約は、取引および営業の自由の規準 (Massgabe) にもとづいて制定されるべきである。

新聞〔社〕はいわゆる国家に脅威を与えるような (staatsgefährlich) 結社であるとするところから、新聞の販売を差別する場合には、結社の自由 (Vereinsfreiheit) —— それは場合によっては法的平等 (Rechtsgleichheit) と結びついているが ——、出版の自由と並んで前面に出てくるのである。

b) 右に述べたのと同様の仕方では、人は、基本権の競合、(たとえば) 思想的内容をもった映画の営利的な上映といった、まさに古典的な問題に接近しなければならない。

映画主催者は、—— より広い国法上の関係を持ち出して ——、その基本権を主張しようとする努力 (Kampf) をとおして、政治的・文化的ないし宗教的思想 (Idee) への公共性 (Öffentlichkeit) を、あるいは、開かれた社会にあっては自由な討論

を受け容れるに相違ない情報内容を手に入れることになる。現実的・社会的問題を論議のために提供する映画の事例は、ほとんど任意に列挙することのできるものである。その映画の事例とは、精神病とその処置の問題性にかんする映画、身体障害者(Gebrechlicher)の生活にかんする映画、また、第三帝国やヴェトナム戦争のような現代史的(zeitgeschichtlich)問題にかんする映画、イデオロギー宣伝の映画、あるいは、スイスの政治について批判的に論議している映画などである。映画企業は、自由な国家共同体(Gemeinwesen)の個人的・社会的利益と密接に関連していると、この例の基本権位置(Grundrechtsposition)を、著作(権)者(Urheber)および名宛人(Adressat)をいわば代理して(stellvertretend)代弁するのである。その基本権位置とは、意見表明の自由(Kunstfreiheit)、情報の自由である。

出版社(Verleger)または書店(Buchhändler)について、それが追求している商業上の利益のために、検閲ないし販売禁止(Vertriebsverbot)に反対して、出版の自由ないし場合によれば芸術の自由を主張することを禁止することができないのと同様に、映画企業について、同人が経済的にも活動していることのゆえをもって、思想の自由を、それが国家の処分によつて侵害(mitbertreffen)されている場合に持ち出すことは、奪い去られてよいものではない。

しかしながら、紛争が、映画館(Kino)の開館時間を営業警察的動機から制限すること(Festlegung)(たとえば、深夜上映の禁止)にかかわっている場合には、映画館企業は、他のあらゆる営業活動者(Gewerbetreibend)と同じく、侵害を受けているといえる。つまり、映画館企業は、右の限りで、取引および営業の自由ならびに平等取扱いの要請(Gleichbehandlungsgebot)の保障を受けており、同時に意見表明の自由を求めるのは外的外れ(fehlgehen)なのである。

2. すべての関連ある基本権内容への顧慮

a) 様々の基本権の規定領域(Regelungsbereich)を一定の紛争状況にかんして制約することは、必ずしも摩擦な

く (reibungslos) うまく行く (gelingen) ものではない。というのは、多様な基本権の秩序づけを一律に押しつけることになるからである。

そのような事例にかんして、レト・ヴェアンツォーニ (Reto Veinzoni) は、次の提案をする——基本権侵害がなされているかどうかを審査する際には、事実関係にかんするすべてとの関連ある (relevant) を顧慮すべきであり、つまり、当面問題になっている基本権は、他の基本権観点 (Grundrechtsgesichtspunkt) の規範内容を押しのけてしまう (verdrängen) ことのできるものでない、と。

これに対して、フリッツ・ギギ (Fritz Gygis) は、原則を、あらゆる事実関係は、ひとつ、基本権に分類される、ということから出発する。つまり、その際に決定的なものは、具体的に適用された法規 (Rechtssatz) の目的設定 (Zielrichtung) である、とするのである。しかし、ギギは、次のような制限を設けている——「基本権位置が接触し合っている周辺分野 (Randgebiet) においては、一つの基本権位置の解釈は、隣接する他の基本権位置を配慮してなされなければならない」と。

連邦裁判所は、現実の紛争状況を整理することが一個の特別の基本権との間で問題を生じさせるような事案にかんする今日の判例において、現実の意味を有している基本権利益を可能な限りすべて考慮することを試みている。連邦裁判所は、その際に、何よりも、具体的な紛争にとって最も基準となる (massgeblich) 基本権を侵害していないかどうか (Vereinbarkeit) を審査し、その上で、補充的に、その他の・影響を受けた (tangiert) 基本権からより広範な観点¹⁴が明らかになるか否かを調べているのである。

買物センター (Einkaufszentrum) の建築を制約する規定を含む法令に対して、これは所有権の保障を侵害するものであるの

と同じく、取引および営業の自由をも侵害するものであるとの主張は、妥当である (geltend machen)。しかも、連邦裁判所は、買物センターの建築に利害を有する企業の取引および営業の自由が中心に来るのであって、他方、土地所有者の利益はその周辺で侵害されているにすぎない、と確言している (feststellen)。それにもかかわらず、連邦裁判所は、この法令 (Erlasse) について、右二つの基本権の観点から審査したのである。^(註)

弁護士の活動は、取引・営業の自由の保障を受けている。^(註)しかし、それにとどまらず、邦の規則 (Staatsregeln) の違反を理由とする・規定上の免許取消しを身分保障の性格 (Art der Verteidigung) によって審査することが問題になっている場合には、他の基本権も重要となる。すなわち、「連邦裁判所判決によれば」次のとおりである。「他の基本権、すなわち、たとえば意見表明の自由や出版^{プレス}の自由といった基本権の意味内容も、場合によっては、憲法上の審査の範囲内にある。国家による制約は、それが刑事弁護人の活動に対して重要な意味をもっている限りで、とりわけ、この制約が被疑者の憲法上の諸権利の実効的な擁護を不可能にしてしまうのではないかという基準にもとづいて評価されなければならない。しかしながら、右のようにして基本権を顧慮することは、弁護士が自己の活動への制限に反対して、とりわけ秩序処分 (Disziplinarstrafe) に反対して連邦憲法三二一条を援用しうることを排除するものではない。」^(註)

右の判例は、歓迎 (begrüssen) されるべきであるが、基本権実現の第一義的 (primär) 課題によって、現実の事態 (Sachverhalt) を、市民と国家の間の討論における・個々の基本権に言及 (ansprechen) された紛争解決に割り当てることを免除するものではない。その他の場合には、個々の基本権は、その特別の輪郭を喪失する危険を冒すことになるのである。

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

特別の問題を提起するものは、連邦憲法四条の・他の基本権との関係である。

連邦憲法四条の定める恣意禁止は、わが国憲法にあっては、補充的 (subsidiär) な基本権の機能を果している。いかなる個別の (speziell) 基本権によっても保護されていない分野においても、個人は、最低限、重大な不法行為 (grob unrichtige Behandlung) からは憲法上保護されるべきなのである。⁽⁸⁶⁾

支配的な学説および判例は、恣意的な (ないし法的に不平等な) 法適用と、そうでない場合には基本権を侵害している法適用とが同時に告発 (Rüge) されている場合には、まずもって恣意もしくは法的平等の問題が審査されるべきである、と論じている。通例、採られるのは、恣意でなくかつ法的に平等であるとみられる法適用について、それが結果において特別の (besonder) 基本権を侵害しているかどうかを、まずもって審査する、という形式である。⁽⁸⁷⁾

こうした手法 (Vorgehen) は、あらゆる事例において正当で、また訴願提起者 (Beschwerdeführer) の権利保護の必要性を満足させることができるものである。しかし、一定の事案においては、右提訴者の利益は、同人によって提訴された基本権の射程範囲の解明を裁判官にもらうことにあるのであって、たんに係争の措置が恣意に該ることを確認してもらうだけにあるのではない。

学校新聞における不快に (unlustösige) 感じられる記事を書いたことを「理由にして学校からの退学処分 (Ausschluss) を警告されている生徒は、自身が記事を書いたことが出版の自由の保障を受けているものであるかどうかを(裁判所によって)知らせてもらうことに最大の利益を有している。つまり、連邦裁判所が具体的に定められた懲戒措置 (Disziplinarmaß-

[166]

nahme) が恣意であることを確認したにとどまる場合には、必要とあれば温健な (milder) 措置が主張されるのか、あるいは、むしろ出版の自由があらゆる制裁を禁じているのかどうかは、不明瞭のままである。それゆえ、連邦裁判所は、係争の命令 (Anordnung) について、たとえ恣意禁止の点では維持されないものであるか否かは別として、出版および意見表明の自由の観点から、それを判断しているのである。

その他の開かれた性格 (Öffentlichkeit) も、議論の余地のある基本権問題についての憲法裁判官による解明にかんじて、正当な利益を有している。

ある邦立病院における軽度精神薄弱 (detaill) と診断された婦人に対する強制的不妊措置 (Sterilisation) の事例については、憲法裁判所の経験が不足している (lediglich) ために不満足 (unbefriedigend) なものであるけれども、ここでは、恣意的な法律適用が提示 (vorliegen) されている。この件に横たわるものは、その具体化については、連邦裁判所が権限を有しているところの、また、その責務についてはすべての当事者 (患者および医師団 [Ärzteschaft] も)、さらにその他の公共性 (をもった主体) (Öffentlichkeit) も厳密に要求され過ぎの (ernst zu nehmend) 必要性 (Bedürfnis) を有しているところの、人格的自由の射程距離¹¹⁾ という根本的な問題である。

争いのある憲法問題を解明するにあたって右のことの有する利益について、連邦裁判所は、臓器移植 (Organtransplantation) の許否にかんする同裁判所の判決の中で顧慮している。すなわち、右連邦裁判所判決は、異議を申立てられている病院の規則についての恣意性にかんする審査 (Willkürprüfung) で満足することなく、生命への権利という観点の下で——後の事案をも顧慮しつつ——一般的に当該の措置の前提と限界を問疑するものとなっている。

原 註

- (189) これとは反対に、本質的内容の問題は、ドイツの学説では、詳しく議論されている。参照：註(146)の文献記載(Literra-turangabe)。
- (190) たゞそれ、ABRAVANEL, a. a. O. (Ann. 162), S. 89 40. 41; FRITZ NIETLSPACH, Grundlagen des Freiheitsrechts, Zürich 1977, S. 102 ff.
- (191) 「核心」(«Kern»)の概念は、空間的に限定された保護領域(という意味)ではなく、そのやり方(「流儀と方法」Art und Weise)が(たとえば)「恣意、人間にふさわしくないもの[menschenunwürdig]および類似のもののような」許されない国家の行動様式とみなされる。その限りにおいて誤解を招くものである。「本質的内容」(«Wesensgehalt»)という表現も、それが、空間的・時間的制約から解放されて存在しているところの、存在論的(ontologisch)に叙述された「本質」を引き合いに出している以上、同じく、満足なものとなることはできない。しかし、核心的内容(「われわれの見解では——、日々の権利実現における保護のために尽力し、またそれゆえに何より実現内容にこの概念を充填させる人々などには、基本権と同様に、そもそもほとんど存在しないものである。)
- (192) この見解を、私は、学位請求論文(Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, S. 104)においてすでに表明している。同様「し」を「も」の「と」に「Philippe A. MASTRONARDI, Der Verfassungs-grundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, S. 167 f.
- (193) そのような結論を出すものとして「Horz, a. a. O. (Ann. 72), S. 56 f.
- (194) プレスの検閲(Pressezensur)の禁止にかんしては、基本的な基本権内容(fundamentaler Grundrechtgehalt)が、意見表明の他の形式にも影響を及ぼしている。事前の(vorgängig)内容への規則は、意見表明の特定の形式(たとえば、公有地(öffentlicher Grund)でのデモ行進)それにかんしては、参照：BGE 105 Ia 15, 105 Ia 91, BGE in ZBI 1980, S. 35 ff, BGE in ZBI 1980, S. 42 ff および ZBIY 1981, S. 203 ff におけるこの判決についての論評)が「形式上の」(«formal»)許可義務を認めている場合にも禁じられる。限界は、直接刑罰の処置について呼び出される(annrufen)場合(BGE 105 Ia 23)にのみ存在し、他方、存在している法状況が批判され、また議論の対象となっている場合(BGE 101 Ia 257 f)には決して生じない。

- (185) 参照「これにかんしては」 SALADIN, Grundrechte (Ann. 15), S. 37——広範な言及がある。BGE 60 I 108 (Kampfer 事件)。
- (186) 「これにかんしては」 Georg Kreis, Zensur und Selbstzensur, Frauenfeld 1973 の包括的な叙述を見よ。
- (187) Art. 27 MSIGB.
- (188) Georg Mettler, Privateigentum heute, ZSR 1981 II, S. 97 ff.

第五章

- (1) 参照「これにかんしては」 BGE in ZBI 1980, S. 35 ff.; ZBI 1981, S. 42 ff. 及び ZBI 1977, S. 357 ff. より詳細は、後出の S. 162 f.
- (2) BGE 87 I 114 ff.; 87 I 275 ff.; BGE in ZBI 1963, S. 363 ff.; 参照「あつて」 S. 163 f.
- (3) 近時のスイス文献から、次のものが取り上げられてゐる。MATTHIAS ADANK, La coexistence des libertés en droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1980; FRITZ GYGI, Grundrechtskonkurrenz?, in: Melanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 61 ff.; PHILIPPE A. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, S. 98 ff.; RETO VENANZONI, Konkurrenz von Grundrechten, ZSR 1979 I, S. 267 ff.
- 「あつて」出版の自由と取引及び営業の自由との関係にかんしては、MANFRED REINHARDER, Pressefreiheit für Reklame?, SJZ 1977, S. 53 ff.; HANS HUBER, Schutz der Werbung durch die Geberfreiheit oder durch die Pressefreiheit?, SJZ 1977, S. 297 ff. (REINHARDER の返答をよむ)。
- 取引および営業の自由と財産権保障との競合問題を扱つての「あつて」PETER SALADIN/CHRISTOPH LANZ, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit Einkaufszentren, ZBI 1976, S. 114 ff.; Diss. PAUL ZAMMERMANN, Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1979.
- より広範な言及が「ADANK, a. a. O., S. 72 ff. und VENANZONI, a. a. O., S. 270 ff.」に見えらる。
- 広大なドイツ文献の中から「いつては次のものを挙げておく。」MANFRED LEPA, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, S. 161 ff.; HERBERT BETHEG, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977; WOLFGANG RUPNER, Grund-

rechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg. Christian Starck), Tübingen 1976, II. Band, S. 453 ff.

(4) 同じ意味におおむね Gygi, a. a. O. (Anm. 3), S. 71.

(5) それについては、たとえば BGE 105 II 275 より広範な言及は、VENAZONI, a. a. O. (Anm. 3), S. 273 ff. でなされている。こうした定式は、BGE 105 II 275 にも見られる。そこにおいては、「連邦裁判所の」第二民事部 (I. Zivilabteilung) は、国法訴訟の裁判の際に、財産権保障の侵害の訴えについては、係争の (angefochten) 決定が連邦憲法四条に適合しており、またそれゆえに財産権保障を侵害してもいい場合には、これを審理 (prüfen) しないとしている。

(6) BGE 87 I 275 ff.; BGE in ZBI 1963, S. 363 ff. は、たしかに、映画も意見表明の自由 (Meinungsfreiheit) の領域に属しうることを認めているが、とはいえ、そこから、基本権の行使が公の秩序の保護を留保してあらゆる場面でなされる、という結論を導き出しているわけではない。

(7) この事例にかんしては、ADANK, a. a. O. (Anm. 3), S. 50 f. や VENAZONI, a. a. O. (Anm. 3), S. 271 ff. も批判的である。理念的 content への多数の考察の発端をなすものか、BGE 101 Ia 252 ff. にみられる。

(8) それで、たとえば、意見表明の自由については、「その制限は、一般的法律 (allgemeines Gesetz) の規定、青少年 (Jugend) 保護のための法律上の規定および個人的名誉権 (Recht der persönlichen Ehre) によつて」(ドイツ) 基本法五条二項) なされるが、他方、芸術の自由 (Kunstfreiheit) は、「憲法の文言上、いかなる制約にも服さない (基本法五条三項)。とはいえ、芸術の自由にかんする実例は、無制約に保障された基本権も、憲法上の他の基本原理——たとえば人格の保護 (基本法二条二項) というような——と衝突する場合には限界設定を受ける」とを説示している (参照、BVerfGE 30, 173 ff. Mephisto 判決)。

(9) 見よ、前出の S. 119 ff.

(10) HANS HURER (Grundrechte und Polizeigewalt, ZBI 1952, S. 233 ff.) は、すでに一九五二年に、基本権を公的秩序の統一の留保の下で一般的かつ無差別に (undifferenziert) 設定するのに対して警告をしていた。

(11) 見よ、たとえば、BGE 97 I 893 ff.——署名集めに (Unterschriftenversammlung) にかんするもの、96 I 586 ff.——ピラ領布 (Flughabverteilung) に関連の S. 100 Ia 392 ff. (路上演劇の上演) および 105 Ia 91 ff. (情報提供者 (Inform-

mationsstand) ならびに BGE 107 Ia 64 ff (選挙 [Wahl] の前線 [Vorfeld] における催しのための拡声機の使用)。

こうした連邦裁判所の判例は、アメリカ最高裁の、第一修正の精神的 (ideal) 諸基本権には「優越的地位」が認められるという判例と同等である。参照 これにかんしては、CHRISTOPH STRAUER, «Preferred Freedoms» — Das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, Bern 1977, sowie LAURENCE H. TRIBE, American Constitutional Law, Mineola New York 1978, S. 576 ff, 683 ff. 見よ GYGL, a. a. O. (Anm. 3), S. 74 以下に言及。——「精神的諸基本権の分野においては、公の秩序または公益の概念は、いすれにせよ、とりわけ狭く認識され理解しており、それゆえ、こうした諸自由は、可及的に、いかなる制約にも服さないのである。」

- (12) それゆえ、BGE 101 Ia 473 ff は、精神的諸基本権の特別の地位が留意をされない場合には、区別されない。連邦裁判所は、近時の判例を、基本権行使のための公的根拠の利用との関連で、制度的基本権思想を表現するものと解釈し、それゆえに、それを営業の自由にも、留保を付することなく、かつ差異を設けることなく拡大している。こうした観方 (Betrachtungswiese) は、オーストリア民主政 (Demokratie) における精神的諸基本権の特殊な性格を見誤ったものである。この (連邦裁の) 判断に対しては、HANS HUBER, ZBJV 1977, S. 34 f. 批判的である。オーストリア GYGL, a. a. O. (Anm. 3), S. 74 f. 公的根拠の利用と関連した営業の自由については、他の尺度 (Massstab) ではかゝらぬことである。

- (13) BGE 99 Ia 35 ff, 103 Ia 417 ff.

- (14) この判決は、詳細に (eingehend) 述べたものがあり、CHRISTOPH LEUENBERGER, Die unverfährbaren und unverzichtbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Bern 1976 が高く評価していることである。

- (15) 判例の展開は、LEUENBERGER, a. a. O. (Anm. 14), S. 29 ff にあてて描写されている。

- (16) BGE 105 Ia 20 —— 詳細な言及が付されている。

- (17) 連邦裁判所判例に対しても批判的なものとして、LEUENBERGER, a. a. O. (Anm. 14), S. 81 ff がある。また参照 HANS MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel und Stuttgart 1979, S. 38; JÖRG PAUL MEYER, Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung, ZBJV 1970, S. 267 f.

連邦裁判所は、BGE 104 Ia 175 f. において、連邦裁判例の新規見直しをするうかがが見込まれていたが、しかしながら、105

la 20において、旧判例を維持した（これについては、ZfIV 1981, S. 250）。

- (18) Fritz Gygi は、適用された法規 (Rechtssatz) の目的がもたらす是正されるべきことを要求している (a. a. O. — Anm. 3 —, S. 61 ff.)。それに対しては、この目的は必ずしも常に明確 (eindeutig) でありうるものではないとの異論も出される。つまり、法規の具体的な適用は、全く別の基本権分野でも、立法者がそれを企図している場合には、なされる（人格保護のために制定された邦のデータ保護法 [Datenschutzgesetz] は、研究目的のために蓄積され、または、全く予見できない方法で、文書閲覧権 [Akteneinsichtsrecht] を手続きにおいて侵害しているようなデータについての調査を不可能にしており、それゆえ、この法律は、事後的に、研究の自由または聴問の権利 [rechtliches Gehör] の観点から、疑わしいものとなりうる）。

さらにその上、国家的義務 (staatliches Handeln) は、必ずしも法規に拘束されず、個別の事案においては多数の法規と結合した適用となる。また、まさにそれによつて、基本権行使の失敗 (Verletzung) へと導く（このことは、たとえば、BGE in ZfB 1980, S. 35 ff. で証されている。つまり、具体的事例においては、異なった目的設定をもつ二つの法令 (Erlasse) を結合した適用は、不定期的に刊行される雑誌の販売が、異なった目的設定をもつ公共の理由 (öffentlicher Grund) によつて一般的に不許可とされるようなことが帰結するのである。キギ (Gygi) の評論 (Ansatz) は、とりわけ、規範統制を断断 (zuschneiden) している。ただ、そこでは、裁判官は（私の見解では）——合憲的解釈と比較しうるものとして——次のような一個の予測 (Prognose) を立てている。すなわち、憲法上の権利に関連しうるものであり、この基本権への生じうる (allfällige) 侵害を成り立たなくさせる、というものである。それにもとづいて、いかなる基本権が規範統制の場合の規準 (Massstab) となるかが審査されるべきである。

- (19) 連邦裁判所は、出版の自由の保護は、理念上の (ideell) 出版の作品 (Presseerzeugnis) の有償の販売についても及ぶことを認めている（きわめて明瞭なものとして、BGE in ZfB 1977, S. 359; 判例を概括したものと、BGE in ZfB 1980, S. 36 ff.）の判例については、やはり参照 ADVANK, a. a. O. (Anm. 3), S. 45 ff.

- (20) 非営利的な映画上映——たとえば、社団法人 (Verein) の場においては、こうした実態が意見表明の自由または結社の自由に即して (nach Massgabe) 裁定されるべきであるということにかんしては、一致が成り立たない（参照 BGE 101 la 256 号の Gygi, a. a. O. — Anm. 3 —, S. 70）。

- (21) GYGI, a. a. O. (Anm. 3), S. 70 の異論 (a. M. [anderer Meinung]) があつて、BGE 101 Ia 256 は、商業的な映画上映も精神的な基本権を援用しうるか否かについては、結論を留保してゐる。ADANK, a. a. O. (Anm. 3), S. 51 は、この判決 (Entscheid) の中に、判例 (Praxis) の新しい方向付けの端緒を見出ししている。
- (22) VENANZONI, a. a. O. (Anm. 3), S. 267 ff.
- (23) GYGI, Konkurrenz (Anm. 3), S. 75; vgl. auch S. 66 f. GYGI は、その著書 Wirtschaftsverfassungsrecht (Bern 1981, とりわけ S. 63 ff) おいて、競争の問題は基本権へと向う事実関係のもつて一義的な秩序によって解決されるが、他の端緒 (Ansatz) のあつた例の重要性 (Praxisrelevanz) については疑念を抱いている。
- (24) 連邦裁判所判例の出した端緒についての説明と評価は、VENANZONI, a. a. O. (Anm. 3), S. 284 ff になされてゐる。批判的なものとして、GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht (Anm. 23), S. 57 ff があつて、
- (25) BGE 102 Ia 113; 405 ff; 103 Ia 592 も参照せよ。
- (26) BGE 105 Ia 71 —— 学説と判例への註釈が付されている。
- (27) BGE 106 Ia 103 f.
- (28) 難民受け入れ (にかんする) 基本権 (Aufgangsrecht) の機能は、——たとえばドイツ連邦共和国におけるのとは異なつて——人格の自由 (Persönliche Freiheit) には適さないものとされている。この自由は、人格の発展にとつての基本的な (elementar) 領域への侵害に対する保護を提供することを制約されている。この意味で論じるものとして、GYGI, Konkurrenz (Anm. 3), S. 17 f; 同様で ADANK, a. a. O. (Anm. 3), S. 88; 連邦憲法四条の難民受け入れ機能 (Aufgangsfunktion) について Jörg PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgesichtbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, Berlin/ New York 1981, S. 75 ff も論じてゐる。
- (29) たゞそれは、BGE 106 Ia 303 f; 104 Ia 37 がそれにあたる。これについて、しかしとりわけ、恣意にかんするまでなく「制約された」(«beschränkt») 審査の定式化の誤つた内容については、FRITZ GYGI, Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift zum 80. Geburtstag von Hans Huber, Bern 1981, S. 194 f.
- (30) BGE in ZBl 1978, S. 505 ff が、そのよつてに判示してゐる。DANIEL ZUST, Pressfreiheit in Schule und Hochschule unter

besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Bern, Diss. Zurich 1980, S. 94 ff. は、学校新聞 (Schulzeitung) にかんするこの判決の意味を、一般的に説明している。

(21) この問題については、Jost Gross, Die Persönliche Freiheit des Patienten, Bern 1977, S. 126 ff. が、詳細に研究している (不妊化 (Sterilisation) については、ヤベト S. 132 f.)。

(22) BGE 98 Ia 508 ff.

(未完)