

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（一六）

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」 (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

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

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

(以上、本誌一七三号)

IV. 基本権にもとづく給付請求権 (Leistungsanspruch) —— 社会的な基本権

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

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

(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)

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
4. 比例原則

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

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 (Kodifikation)
 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

(以上、本誌一八〇号)
(以上、本誌一八一号)
(以上、本誌一八二号)

(以上、本誌一八三号)

(以上、本誌一八四号)

1. 判決にかんして
2. 立法にかんして
3. 外交政策にかんして

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 (Verfassungsrang)
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 (以上、本誌本号)

付
録

第六章 人權の國際法的保障とその連邦憲法上の基本権との關係

I. 國際法における人權

1. 國際的次元での人權の法典化 (Kodifikation)

われわれが、今世紀の、戦争という形態で生じた紛争の破滅的結末を自覚したことは、人權の保障が個々の国家の主權に委ねられたままにされてはならず、世界平和と個々人の人間の尊嚴 (Menschwürde) の維持のためには國際的保障が必要であるとの認識を、とりわけて第二次世界大戰後に流布させることになった。現代の國際法は、それゆえに、人權を顧慮することをすべての国家の原理的義務として確立しており、かつ、個人は國際法上の權利と保護請求權の主体たりうるとの原則を、最低限、承認している。⁽³⁾ このような基本的見解は、人權を普遍的または地域的レベルにおいて多面的な契約の営為 (Vertragswerk) の手段と結んで法典化するための國際的諸組織の努力と相応している。その場合に關係するのは、——一九六六年の国連の國際人權諸規約 (internationale Menschenrechtspakete) または欧州人權保護条約 (Europäische Menschenrechtskonvention) の場合と同様に——固有の基本権カタログであるが、他方でしかし、——たとえば一九四八年のジェノサイド協定 (Genozidkonvention) や國際労働機構 (ILO) の様々の協定 (Übereinkommen) が証明しているように——、単純な個別の基本権問題を扱っている協定も關係するのである。それと並んで、國際的諸組織 (Organisationen) は、それぞれの機関 (Organ) の決議および宣言によって、ならびに、最低原則 (Mindestgrundsatz) の制定によって、人權の保障に貢献している。すなわち、右の諸文書は、しかし、原則と

して、各国家を法的に厳格に拘束するものではなく、——とくにそれが、大多数の国家によって、ないし全国家の一致によって受容されている場合には——、諸国家の共同体 (Staatengemeinschaft) の合意を、現に存在している⁽⁸⁾、あるいは自ら成立している国際法に関連して述べることができるものであり、またそれゆえに、諸国家の關係にかんする道義的な指針でありうるだけでなく、国家契約的に (staatsvertraglich) 確保された法の解釈のための基準をも提示しうるものである⁽¹⁰⁾。

2. 国際法的人権保障の固有性

とくに地域的枠組 (regionaler Rahmen) ——たとえば欧州会議加盟諸国 (Europaratsstaaten) ——における国際的保護 (Verbürgung) と国内的基本権とは、同じ精神的、人道的水準で成立しているものであり、それゆえ、国内法の解釈について、それを国際的保護にも照らしとおこなうのが自然なのである⁽¹¹⁾。それにもかかわらず、国際法上の基本権保障と憲法上の基本権保障とは、重なり合うものではない。たとえば、国際法上の人権保障の特殊な固有性は、以下のような局面において自己を表現している。

a) 人権諸条約 (Menschenrechtsverträge) が、拘束力ある法を定立し、かつ、とくに条約締結諸国 (Vertragsstaaten) の法律制定⁽¹²⁾に対してたんに将来に向けて効力を有する指針にとどまらないものであるとする限り、最低限基準の性格が優勢なのである。実際には、次のことを意味する——国際法上の保障は、右のようなケースにおいては、決して国内法上の基本権擁護 (Grundrechtsgewährleistung) の制約のための論拠として援用されえないのである⁽¹⁴⁾。

b) 人権にかんする逐一の (punktuell) 性格は、国内法上の基本権保護におけるよりも、国際法上の擁護における方が、より強く表現される。国際法上の保障は、とくに現実的な問題が提立されるような、あるいは、意見の相違がさほ

[172]

[171]

ど際立っておらず、したがってそれが諸国家の間の必要な妥協を不可能とするような領域に集中している。

c) 人権諸条約は、しばしば、各国の憲法のする基本権に従って方向を定めるものである。この人権諸条約の制定 (Ausarbeitung) にかんしては、ほとんどすべての国家が様々な法体系に参加しているところでは、一つの条約の一つの、かつ同一の (Versäbe) 文言中に、時々、多様な法伝統の内容が入り込んでいる。国際法のレベルでは、しかし、「基本権の」保障は、あたかも、その特殊な国家的な継承物 (nationaler Erbe) を捨て去っており、また特別の超国家的な要請になっている。ハンス・ツァッヒャー (Hans Zacher) は、この事実関係を、次のように、明確に記述している。

「基本権規定は、国家的文脈から抜粋されたものである。国家的分野においては、右の基本権を定めた条文 (Text) は、法秩序と社会的・政治的制度の全体関連 (Gesamtzusammenhang) によって、一定の明確性を保持している。それで、右条文は、国際的装置 (Instrument) としては、国家的文脈から抜粋され、また全く別異の制度に反応しなければならないものであり、つまり、右条文がそれとして、またそのために (als die für die) 始源的に定式化されている全く別異のシステムの中に向かって実現されなければならないものである。したがって、国内的条文と、国際的条文……およびこの国際的条文が現実創設しうるものとの間には、本質的な (elementar) 非同一性が存在している。この非同一性は、文書 (Dokument) が世界的拡がりをもち、またこの文書が全く別々の政治制度をもった諸社会に共通する程度にまで高まっているのである。」

国際法上の人権保障の国内領域における実現にあたって、基本権の特定の政治システムの文脈 (Kontext) へのはめ込み (Einbettung) が再び重要性を帯びてくる。解釈基準 (Auslegungsmaxime) としての憲法の統一性の原則は、それを具体化する際に、国際法上の義務付けとならんで、具体的な国家的秩序の要請を顧慮することを求めている。すなわち、たとえば、情報の自由 (Informationsfreiheit) は、市民の拡充された直接民主政的参加権を設けている国家における官庁

の情報〔開示〕義務 (Informationspflicht) と対応する形で、一個の全く特別な・人権内容に由来する役割を演じている。¹⁷⁴⁾

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

a) スイスがそれを顧慮することを国際法上義務づけられているところの基本権保障は、争われることのない学説と判例によって、国内法として妥当する。¹⁷⁵⁾ しかしながら、個々人がそれにもとづいてスイスの官庁および裁判所に対して訴えを提起 (berufen) しようのは、ただ、当該国際法規定が「自動執行的」(self-executing) である場合のみである。つまり、換言すれば、問題のある規範は、たんに——たとえばプログラムの委託という意味において——官庁に適用されるだけでなく、法規定 (Rechtsregel) は、それが個々の事案における具体的な判断のための土台を提供することを可能にするものだということを、著しく明確に画定することを、個人のために含んでいなければならないのである。¹⁷⁶⁾

国際法における人権規定の中で自動執行的性格をもった規定は、困難な法解釈上の問題を提出 (aufwerfen) しようるものである。連邦官庁は、古典的な人権の領域においても、時折、一定の規定の自動執行的性格を否定し、また、たんに邦あるいは連邦の立法者への委託 (Auftrag) だけを承認している。それゆえに、連邦裁判所は、国際労働機構 (Internationale Arbeitsorganisation) (ILO) 一〇〇号および一一一号条約 (Abkommen) の自動執行的性格について、両協定の執行 (具化) はそれに相応する法律が制定されるか否かにかかっているとの論拠にもとづいて、これを否定している。右の両協定は、婦人の平等の地位を、とりわけその賃金にかんして保障しようとするものであるが、連邦参事会は、その通知 (Botschaft)

の中で、右両協定は基本的人権を促進するための重要な寄与である、としている。⁽²¹⁾ 同じ意味において、連邦官庁は、強制的または義務的労働 (Zwangs- oder Pflichtarbeit) にかんする ILO 二九号条約 (Konvention) にもとづく義務的労働の禁止を、たんに、これに相当する立法への委託の問題とみなしているにすぎない。⁽²²⁾

b) スイスが未だ批准していない諸条約 (Vertragswerke) も、時として、国内法的効力を發揮することがある。連邦裁判所は、この点を次のように解している。—— 国際諸条約 (internationale Konventionen) は、それに相当する諸条約の批准がなされていない場合でも、スイスを拘束するような一個の国際的な人権基準 (Menschenrechtsstandard) の創出に貢献しうる、と。このような意味で、連邦裁判所は、連邦裁判所裁判例集一〇三号一 a 分冊五二四頁において、連邦憲法四条の平等原則の現実化に際して、欧州社会憲章、経済的・社会的および文化的基本権にかんする国際規約、および、欧州共同体ローマ条約 (Römer Eg-Vertrag) を援用している。右のことの類推は、それ自身では法的拘束力をもたない決議 (Resolution) および推薦 (Empfehlung) にも妥当しうる。収監規程 (Gefängnisreglement) の・人格の自由との適合性の審査の分野では、連邦裁判所は、とりわけ、収監者の処遇にかんする欧州委員会 (Europarat) の最小原則 (Mindestgrundsatz) を考慮に入れて、次の結論を引き出している。

「最小限原則は、欧州議会の構成諸国を国際法上拘束するいかなる規定 (Vorschrift) をも含んでいない。それゆえに、この最小限原則の無視も、憲法訴願 (staatsrechtliche Beschwerde) によって非難される対象とはなりえない。ただ、最小限原則は、…… 欧州議会の構成諸国が共同してする法の翻訳の中にその根拠を見出す場合には、それにもかかわらず、連邦憲法の基本権保障の具体化の際に、顧慮されなければならない。」⁽²⁴⁾

2. 立法にかんして

国際的な基本権保護 (Grundrechtsverbürgung) は、裁判官のみならず、立法者によっても尊重されなければならない。拘束的な法原則が問題になる限りで、連邦または邦の立法者は、自らの法制定を、国際法上の要求に沿ったものになければならない。それで、欧州人権保護条約は、またILOの条約 (Vertragswerk) も、過去数年間、連邦法律の多様な改正を導いてきたし、また、それら条約は、決定的時点においては、新しい法律制定に影響を及ぼしてきた。一九七九年の刑法の改正および軍事刑法裁判所規則 (Militärstrafgerichtsordnung) は、むしろ、人権のための欧州裁判所 (Europäischer Gerichtshof) の判決によって呼び起されたものであるが、その判決というのは、スイスに対抗的に (gegen) 向けられたものでは全くないものでなく、それどころか、欧州人権保護条約の拘束力ある規定をスイスに有利な形で (für) 具体化したものである⁽¹⁷⁶⁾。

国際的機構の決議や宣言も、立法者にとって、それが現に妥当する国際的な人権基準を叙述しているものである場合には、立法者によって注目されるべきである。連邦裁判所が欧州議会の最小限原則を在監者の処遇にかんして採り入れているのは右の意味においてであるが、それは、この最小限原則が、固有の基本権保証を定めておらず、むしろ刑事政策的性格のものであって、そのため、その実現が憲法判例 (Verfassungsrechtsprechung) にとつての義務ではない場合に限つてである。つまり、それにつけて配慮するのは、刑の執行にかんする法律制定を自己の権限としているところの連邦および邦の政治的官庁なのである⁽¹⁷⁷⁾。

3. 外交政策にかんして

国内的人権保障と国際的人権保障の間のその他の連結の一環 (Bindeglied) は、今日では国内的基本権が憲法国家の外交政策行動の規準 (Maßstab) および目標としても前面に出ているということの中に在る。かつては、ただ、条約締結権を有する主体 (vertragsschliessende Gewalt) を基本権で拘束しておくことの問題が強調されていただけであるが、今日では、むしろ、国内的に承認された基本権が外交政策上も、国家の施策を、一定の目的にもとづいて、いかなる範囲で画定するかという問いも、論議されている。⁽³⁶⁾ 基本権は、たとえば、明白に人権を侵害しているような通商条約 (Handelsvertrag) を国家間で締結することを禁止しているのであるか？ 憲法国家の外交政策に向けて基本権が影響力行使をすべきであるとの要求は、一定の人権の必要性 (Menschenrechtsforderung) から具体的な国家の施策 (Staatsandlung) に対する直接の義務づけを導き出す、最高に興味深い仕方だ、国際法の新しい要求と合一しているのである。⁽³⁷⁾

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 (Verfassungsrang)

判例と学説は、欧州人権保護条約 (EMRK) は連邦法律よりもより高い水準で受容されるものであるという点で一致している。⁽³⁸⁾ 連邦裁判所が依拠しているのは、「[欧州人権保護] 条約上の権利は「憲法上の内容から発する自己の性格」を

有しており、したがって、その射程は「わが国の成文および不文の憲法上の権利に相応する個人権に拘束されて決定されるべき」である、という点である。⁽³¹⁾ それゆえに、連邦裁判所は、—— いずれにせよ適用可能性についていえば、—— 連邦憲法と欧州人権保護条約とが原則的に同格である (Gleichrangigkeit) という考えを採っている。それゆえに、連邦裁判所は、「欧州人権保護」条約上の保障 (Konventionsgarantie) の侵害を理由とする訴願 (Beschwerde) を、市民の憲法上の権利の侵害を理由とする国法訴願と手続上同置し、⁽³²⁾ また、法律の合憲解釈の分野では欧州人権保護条約の規定も尊重されるべきであることを強調している。⁽³³⁾

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？

a) 連邦憲法と欧州人権保護条約との原理上の同格性ということからすれば、憲法と条約は、最低限、この両法源によって把握される分野においては、内容上も、合同 (deckungsgleich) するものと考えざるをえなくなるともいえるのではなからうか。この点にかんして、連邦裁判所は、しばしば、次のように判示している—— 欧州人権保護条約の特定の保障が侵害されているとの訴え (Rüge) は、それが連邦憲法上の基本権を引き合いに出した提訴 (Anrufung) と並んでなされたときには、いかなる独自の意味もちえない、と。⁽³⁴⁾ しかし、そのことから、次のような逆さまの結論が導き出されてはならない—— つまり、類似の条約上の権利は、それが「連邦憲法上の基本権に」忠実に即している (nachleben) ものである場合には、つねに、連邦憲法上の基本権を充足させている、との結論である。⁽³⁵⁾ このような方向における連邦裁判所の見解は、欧州人権保護条約が、国際法上の人権保護 (Menschenrechtsverbürgung) として、連邦憲法よりも、たんに逐一の (punktuell) 保障をより多く含んでおり、また、欧州委員会加盟諸国が一九五〇年に合意したところの、欧州人権条約の特殊な固有性を誤認したものである。⁽³⁷⁾

b) 同一の問題領域を規定しているところの連邦憲法の規定と欧州人権保護条約の規定との関係は、二つの部分的に重なり合った (überschneidend) 領域の形象 (Bild) に相応したものととして抽出することができるのである。つまり、ここでは連邦憲法が、欧州人権保護条約の相応の・より短い射程距離をもった保障は無視されうるという性格の包括的な保護を保障している、というそのような分野が存在しているのである。それゆえに、欧州人権保護条約一四条の差別禁止規定の適用分野は、条約上の権利の行使のケースにのみ及ぶものであるが、それに対して、連邦憲法四条にかんしては、この種の制限は全く含まれていない。⁽³⁸⁾「欧州人権保護」条約のその他の基本権は、個人を、連邦憲法上の基本権（たとえば拷問禁止、体罰の禁止など）と同一の程度で保障しており、したがって、ここでは、欧州人権保護条約と連邦憲法が、ともに、実体上も広範に合致しているのである。個別の点においては、最終的には、欧州人権保護条約のする保障 (Gewährleistung) は、連邦憲法が保障 (garantieren) しているところのものを越えて進むのである（例えば、欧州人権保護条約六条三項 d 号）。⁽³⁹⁾

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

a) 訴願提起者が連邦憲法の基本権と欧州人権保護条約の・右に相応する保障とを同時に提起している場合には、連邦裁判所は、この法源競合 (Rechtsquellenkonkurrenz) について、多様な方法を用いて、その解決をはかるのである。⁽⁴⁰⁾

aa) 連邦裁判所は、しばしば、詳細な理由づけなしに、条約 (Konvention) はスイスの憲法よりもより広範な保護はいかなるものも保障しておらず、それゆえ欧州人権保護条約には、連邦憲法と並ぶようないかなる独立した意味をも与えられていない、旨指摘している。⁽⁴¹⁾

bb) 連邦裁判所がもっぱら欧州人権保護条約にもとづいて自己の判示 (Argumentation) を根拠づけているケースは、

稀である。そのような事例として、たとえば、連邦裁判所は次のように述べている。

「欧州人権保護条約八条が既に示しているものは、……この訴願提起者（女性）は、クラウゼ夫人（Frau Krause）に宛てられた手紙を転送することを検察庁が拒否したために、彼女が有している憲法上の権利が制約されている、ということである……。（この訴願提起者（女性）が）自ら、右に加えて、連邦憲法上の一つの……基本権を援用できるかどうかは、このような状況の中では、未決定のものとされうるのである。」

cc) 連邦裁判所は、しばしば、訴え（Rege）について、連邦憲法の観点の下で同様に欧州人権保護条約の観点の下で審査している。その際に、連邦裁判所は、「スイス法とヨーロッパ法との間をこちらからあちらへ、またあちらからこちらへと眺めること」を可能であるとし、この両法源が内容上相互に影響し合っているという仮定から出発している。連邦裁判所は、たとえば、被疑者（Angeschuldigte）とその弁護人との接見（Verkehr）の制限は刑事手続上、連邦憲法四条を侵害するものでないかどうかという問題を審査する際に、右のような趣旨で論じている。次のごとくである。

「連邦裁判所は、欧州人権保護条約、また委員会諸機関（Kommissionsorgane）の判決を考慮する。なぜなら、欧州人権保護条約によって保障された自由および権利は、連邦裁判所がスイス憲法にもとづいて、とりわけ連邦憲法第四条によって肯認しているものと広い範囲で相応しているからである。」

右のような判例において、連邦裁判所は、連邦憲法上の基本権の保障範囲について、この基本権が欧州人権保護条約をも正当に評価したものであるという形で、これを画定しているのである。そうした努力は、たとえば、次のような文

章 (Passus) の中で明らかに示されている。

「人格的自由の原則からとくに導かれるものは、拘禁 (Haft) を比例原則に反した形で長期間続けてはいけな、い、というところである。欧州人権保護条約の……五条三号第二文は、拘禁中の人は妥当な期間内の判決を求め、あるいは手続進行の間中拘禁を解除すること (Haftentlassung) を求める請求権を有している、旨定めている。このような条約上の規範 (Konventionssnorm) は、比例原則のひとつの具体化である。それは、拘禁が比例原則に反するほどの長期に及んだがゆえに違憲となるということ尊重した上で適用されるべきである。」⁽⁴⁵⁾

もちろん、判例は、時折、一定の基本権については、連邦裁判所は憲法保障 (Verfassungsgarantie) の保護領域を新たに確定することを放棄し、したがって欧州人権保護条約が国内法に優越することを単純に承認しているという点で、極めて強固であるといえる。次のごとくである。

「〔欧州人権保護〕条約六条には、様々な保障が含まれており、それは、従来のスイスの憲法からすれば、一部分は連邦憲法四条(とそこから展開した判例)による恣意禁止の中に、また一部分は連邦憲法五八条の憲法上の裁判官〔による裁判を受ける権利〕の保障の中に、そして一部分は不文の法治国家的諸原理の中に含まれていると解されるところの、しかしまた一部分は、右の諸原理を越えており、したがってスイスのために新しい法が創造したとされるところの多様な保障を含んでいるのである。」⁽⁴⁶⁾

連邦裁判所は、右のような意味において、別の判例で、次のような判示をしている。

「欧州人権保護条約六条三項三号は、部分的には、連邦憲法四条にもとづき判例上保障されている権利に優越したものである。すなわち、被疑者には、邦において手続法がどのように形成されているかはかわりなく、手続（進行）の間に最低限度は、次のことのための機会、つまり、自己にとって不利な証人の尋問（Einvernahme）に立ち合って自ら補充尋問をおこない、また、「右の」審問（Vernehmung）に立ち合うことができないときには、陳述（Aussage）における見解（Einsicht）にもとづいて書面による補充的質問（Frage）を持ち出すための機会が与えられるべきである旨を保障しているのである。」⁴⁷⁾

b) 欧州人権保護条約は、その批准後は憲法レベルのスイス法であるという事実が、まともに受け入れられているから、上述のような、二つの法源（＝憲法と欧州人権保護条約）についての同等の審査と、両者の相互浸透という点⁴⁸⁾が、どうしても心に浮んでくる。欧州人権保護条約の保護（Schutz）が憲法的保障（Garantie）に達しない上述の領域においては、欧州人権保護条約の権利（EMRK-Recht）が顧慮されるのであり、その場合には、シュトラスブルクの諸機構（Strasburger Organe）の判決が「欧州人権保護」条約上の権利を常により広範に発展させ、また憲法の解釈と具体化のための新しい刺激を与えることを可能にしているのである。憲法訴訟について、もっぱら当該の「欧州人権保護」条約の規定の限定的な射程距離のみにもとづいてこれを斥けることは、許されない。そのようにすることは、スイスの法による特別の基本権保障に対する潜在的な侵害を意味するだけでなく、欧州人権保護条約六〇条の禁止にもかかわらずものである。右の条文は、「欧州人権保護」条約の規定を、条約加盟各国（Vertragsstaaten）の国内法の中に錨着している基本的諸自由を制約しないし切り下げるものと解釈することを禁じているものである。つまり、それは、国内的基本権保障を欧州人権保護条約を参照して制約することを禁止しているのである。

第六章

(1) 人權の自由保障機能は、たとえば、国連憲章一条の目的カタログ (Zielkatalog) に、明確に示されている。平和と人權は、相互依存的である。平和は、粗暴な人權侵害によって脅かされるだけでなく、平和自身が、人權の発展と実現の前提なのである。

(2) 参照、たとえば、国連憲章五五条および五六条。——ここでは、全加盟国は、すべての者のために人權の普遍的な尊重および遵守を実現するという目的を達成するために、共同して、および個別に、国連と共同して行動することを義務づけられる、旨定められている (参照、VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1976, S. 83f. 599ff.)。人權尊重の国際的義務は、或る国が、他国が現行国際法からすれば許されなくはない人權侵害をしていることに対して批判する、という事実の中にもあらわれている。これにかんしては、参照、RUDOLF BRUNSCHIEDER, *Der Schutz der Menschenrechte und das Verbot der Einmischung*, in: *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Berlin 1981, S. 187f.

(3) 参照、たとえば、HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London 1950; HEINZ GURADZE, *Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht*, Göttingen 1956; SOHN/BUERGENTHAL, *International Protection of Human Rights*, Indianapolis 1973; ANDREAS KHOL, *Zwischen Staat und Weltstaat*, Wien 1969; GEORG DAHM, *Völkerrecht* Bd. I, Stuttgart 1958, S. 385ff.

(4) この種の他の条約 (Konvention) に、一九六九年一月二三日の米州人權条約、一九六一年一月一八日の欧州社会憲章 (Sozialcharta) および一九四九年八月一二日のジュネーブ赤十字条約 (一九七七年に出された追加議定書 [Zusatzprotokolle] を含む) がある。

(5) 参照、たとえば、協定 (Übereinkommen) のうち、一九五七年六月二五日の強制労働の禁止にかんする一〇五号 (AS 1958, S. 458)、一九四八年七月九日の結社の自由と結社の権利の保障にかんする八七号 (AS 1976, S. 689)、一九五一年六月二九日の同一の価値をもった労働に向けられる男女の労働力の得る賃金の平等にかんする一〇〇号 (AS 1973, S. 1602)、一九五八年六月二五日の雇用および職業における差別にかんする一一号 (AS 1961, S. 810)。

(6) 参照、たとえば、一九四八年十二月一〇日の人權の一般の宣言 (世界人權宣言のこと——訳者註)、一九六八年五月一

三日のテヘランにおける国際連合 (Vereinte Nationen) の国際人権会議の宣言、一九七五年二月九日の拷問およびその他の残酷で非人間的ないし侮辱的な扱いまたは刑罰からのあらゆる人の保護にかんする国連総会の宣言、一九七七年二月八日の死刑に反対する国連総会の宣言、一九七七年二月一日の一定範囲の収監者への人権の保障にかんする国連の宣言、その他。

(7) 参照、たとえば、一九七三年一月一九日の収監者の処遇にかんする欧州審議会 (Europarat) の最低限原則。

(8) それで、たとえば、拷問からのあらゆる人の保護にかんする国連宣言 (参照、註6) は、一般的人権宣言 (『世界人権宣言』) 五条および市民的・政治的権利にかんする国際規約 (『B規約』) 七条の拷問禁止を具体化している。

(9) 国際法上はなお認められていない亡命への権利 (Recht auf Asyl) の (確立の) 途上にある文書として、たとえば、領土難民 (territorial Asyl) にかんする一九六七年二月一日の国連総会宣言がある。

(10) 人権保障にかんする決議 (Resolution) および宣言は、国際法上の「ソフト・ロー」soft law*として特徴付けることができる。国際法における「ソフト・ロー」の概念および機能については、次のものを参照せよ。——BRUNO SIMMA, Völkerrecht in der Krise?, in: Österreichische Zeitschrift für Ausenpolitik, 1980, S. 280. この概念の問題性をめぐる活発な議論については、ドイツ [語圏] 公法学者学会年次総会の際の PETER HÄBERLE と RUDOLF BERNHARDT の見解表明 (VVDStRL 36, Berlin 1978, S. 129f. 131f.) 等や WOLFGANG VITZTHUM, Bericht über die Jahrestagung 1977 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, AöR 1978, S. 235ff. をも参照せよ。

(11) この意味において、連邦裁判所は、BGH 97 150 で、裁判官は人格的自由の具体化に際して、「それが超国家的 (überstaatlich) 諸機関によって設定された規範に内在しているような諸原則を必要に応じて顧慮しなければならない」とを説示している。

(12) 立法にかんする指針は、最低限の社会権保障 (Sozialrechtsverbürgung) を含むものである。たとえば、欧州社会憲章 (Europäische Sozialcharta) は、一九八一年一月二八日の情報保護にかんする欧州評議会協約 (Konvention des Europarates über den Datenschutz vom 28. 1. 1981) も未来志向的 (in die Zukunft weisend) 性格を有する、と述べている。

- (13) 国家条約 (Staatsvertrag) が各国家に、一定の自由制約を明確に義務づけている場合には、状況は別様である。つまり、たとえば、一九七七年一月二七日のテロリズム克服 (Bekämpfung des Terrorismus) のためのヨーロッパ協定は、各国に、一定のテロリスト犯罪行為の首謀者の身柄引渡しをこの種の不法行為の政治的性格を考慮して拒否すること、また、引渡されるべき人物の相応な異議 (Einrede) を聴取することを禁じている。
- (14) この意味で、たとえば、ヨーロッパ人権条約六〇条は、条約の保障 (Konventionsgarantie) を、国内法上の基本権を制約するものと解してはならないとしている。参照、後述一八一頁。
- (15) 実例を挙げれば、たとえば、BGE 102 Ia 180であるが、そこでは、連邦裁判所は、ヨーロッパ人権条約五条三項の「司法権の行使を法律によって許された官吏」という概念を、フランスないしイギリスの伝統を参照して解釈しており、また、BGE 104 Ia 314では、連邦裁判所は、イギリスの当事者手続 (Parteienprozess) から裁断して導入したヨーロッパ人権条約六条三項d号が、大陸ヨーロッパ的 (kontinental-europäisch) 制度に移し替えられ得るものとして審査している。
- (16) VVDStRL 36 (1978), S. 136.
- (17) KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. Heidelberg und Karlsruhe 1980, S. 110ff.
- (18) あらゆる基本権制約の前提としての法律上の根拠の要請も、法律の要請が、市民の法制定への直接民主主義的な参与の尺度と同一である場合には、特別の内容をもっている。この意味において、連邦裁判所は、BGE 103 Ia 383で、次のように詳述している。——「合法律性および権力分立の原理は、一方では、市民を、法制定と法適用とを同時におこなう権限を有している国家机关の恣意から保護し、他方では、民主的國家秩序、つまりは市民の政治的参加の権利を擁護することを目的としている」。参照、たとえば、BGE 94 I 672; Jörg PAUL MÜLLER, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: RIKLIN/HÄNGER/BRUNSWANGER, Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1975, S. 223ff; MÜLLER/WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Bern 1977, S. 121ff.
- (19) 参照、たとえば、BGE 94 I 672; Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung (註(18)), S. 223.

- (20) 参照。たとえば BGE 98 Ib 385, 100 Ib 230: Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung (註 18), S. 227ff.
- (21) BGE 103 Ia 522 E. A.
- (22) 参照。一九七〇年七月六日の邦の統治への EVD の範囲画定 (Kreisschreiben)。これは Müller/Widhaber, a. O. (Ann. 18), S. 131ff に復刻されている。
- (23) 一九七三年一月一九日のヨーロッパ審議会閣僚会議決議 (73)。
- (24) BGE 102 Ia 284E, 2c; Urteil vom 30. 9. 1980 i. S. GAP, Pra 1981, S. 359fE, 3c. 参照。さらに KSZE-Schlussakt の例。この人権規定は、たしかに、いかなる法的拘束力のある性格も有していない。しかしながら、それは、連邦雑誌 [Bundesblatt] (BBl 1975 II S. 924) に公刊されているが、これまで、実務上は、いかなる影響も与えていない。
- (25) 一九七八年一〇月六日の改正によって、立法者は、生活保護の場合の自由剝奪 (fürsorgliche Freiheitsentziehung) の規定 (Art. 397a bis 397f ZGB) を、ヨーロッパ人権条約五条の要請と適合させた。ヨーロッパ人権条約六条一項との関係で、少年関係の領域における様々な判決 (Entscheid) が裁判官に移送される (ZGB 二七九条および三二四条一号、一九七六年六月二五日の改正)。麻酔剤法においては、一定の、ヨーロッパ人権条約五条一項によって命じられた手続の保障が、麻酔依存症の人の入院との関連で、行政官庁に錨着されている。この、また他の例の各々についての詳論は、LUTZ WIDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 1979 II, S. 358ff に見られる。
- (26) Urteil vom 8. 6. 1976 i. S. Engel, Serie A Nr. 22; ドイツ語訳は in: EuGRZ 1976, S. 221ff. 提訴国はオランダである。これについては参照。 WIDHABER, a. O. (Ann. 25), S. 360f.
- (27) BGE 102 Ia 284f.
- (28) 以下に言う「ヨーロッパ」CHRISTIAN TOMUSCHAT, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36, Berlin 1978, S. 44, 62; JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1981, S. 30.
- (29) IGH は、ナミビアへの南アフリカの持続的出席のみならず法的結果にかんする鑑定書 (CJ Recueil 1971, S. 16) の中でこのことを書き留めており、それで、関連の一定の諸決議は、それが今日の国際法の普遍的原則を具体化したもので

ある限りで、国連非加盟国に対しても一定の効力を有するのである。(これについては参照、MÜLLER/WILDHABER, a. a. O. — 註(18) —, S. 60f.)

(30) Wildhaber, a. a. O. (Anm. 25), S. 331, Anm. 22 und 23 による概観。BGE 104 Ia 91.

(31) 最初のものは BGE 101 Ia 96f. 2c. また参照 BGE 104 Ia 91E. 4; 102 Ia 381.

(32) こうした条約(という)作品 (Vertragswerk) の改正にヨーロッパ人権条約などが進み出した経過には、特別の注意が向けられてよいであろう。

(33) 連邦裁判所は、それゆえ、こうした訴願 (Beschwerde) を、裁判所構成法 (OG) 八四条一項 a 号の領域で扱っており、八四条一項 C 号の意味での国家条約訴訟 (Staatsvertragsbeschwerde) としては扱っていない。これについてはとりわけ参照、邦の審級を尽くすことにかんする BGE 101 Ia 67 (この) 方法論的に大胆で、結果においてあまり争われなかった先導的判例 [leading case] については、参照 Jörg Paul Müller, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 1975 I, S. 395ff. また Wildhaber, a. a. O. (註(57)), S. 346ff. 347b BGE 102 Ia 196 (最終審級の中間判決 [Zwischenscheid]) に対する取消請求 [Anfechtung])。

(34) BGE 106 Ia 33.

(35) 人格の自由 (Persönliche Freiheit) とヨーロッパ人権条約五条一項 e 号との関係については、参照、BGE 106 Ia 35. 同条約八条にこいつは BGE 106 Ia 140.

(36) ZBJV 1981, S. 234.

(37) ZBJV 1981, S. 233f.

(38) 逆に、政治的および世界観的理由による差別 (Diskriminierung) の禁止は、多分、連邦憲法の確実な規範内容から導かれるものである。

(39) 参照 BGE 104 Ia 314.

(40) つれごとくこいつは STEFAN TRECHSEL, Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZBJV 1979, S. 469ff.

- (41) BGE 106 Ia 140; BGE 105 Ia 29f. 2; BGE 103 Ia 491; BGE 102 Ia 199f. 3, 482 E. 7c.
- (42) 一九七七年三月九日の判決⁴ EUGRZ 1977, S. 226.
- (43) TRECHSEL, a. a. O. (註(40)), S. 468.
- (44) BGE 106 Ia 221.
- (45) BGE 105 Ia 30 E. 2c.
- (46) BGE 103 V 192 E. 2b.
- (47) BGE 104 Ia 319.
- (48) たとえば、ヨーロッパ人権条約一〇五条二項に即した実体的意味における法律の必要性にかんしては〔次のことが指摘される〕。まさに、直接民主主義的の制度を伴っているスイスの政治システムにおける法律適合性原理の特別な重要性にかんしては、この問題が、とりわけ連邦憲法に準拠して審理されるべきである。
- (49) ヨーロッパ人権条約六〇条にかんしては、参照⁵ WILDHABER, a. a. O. (註(25)), S. 292ff.

(未完)

