

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』（一一一）

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. 政治の手段であり目的であるものとしての基本権
5. 客観的原理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 (defensive) 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

(以上、本誌一七〇号)

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) 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

一七一号)

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

(以上、本誌一七二号)

1. 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の部分的内容

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 (Delegationssatz)

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) にかんする法律の規律の不可能性

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 geltend gemachten Eingriffsinteresse) の質の審査 (以上、本誌本号)

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、本誌一八〇号)

- 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 (besonderes 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) 付説、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
- 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
 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 (EMIRK) 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

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

公共の利益は、連邦裁判所判決の中では、財産権保障⁽⁷⁶⁾および取引・営業の自由⁽⁷⁷⁾にかんして、基本権制約が許容されるための基準として主要なものであるように見える。精神的基本権にかんしては、利益衡量は、今日では通例、広い範囲で争われることのない警察的価値 (Polizeigüte) (静謐、秩序、淳風美俗) と基本権位置との間でなされるが、他方、財産権保障や取引・営業の自由のような経済的基本権は、社会政策、地域計画および環境保護といった新しい種類の国家的課題と衝突することが増加している⁽⁷⁸⁾。

古典的自由主義の国家においては、国家の任務は、本質的に、公共の秩序と安全の危険に対する防衛に限定されている。しかしながら、今日の国家と社会の「相互浸透」(«Osimose») の状況⁽⁸⁰⁾の中では、国家の公共福祉委託 (Gemeinwohlauftrag) は、ほとんど拘束を受けることなく設定される。国家の任務の範囲は、たえず拡大してきた。それで、たとえば社会的平等への要請——本質的には一九世紀における労働者の悲惨さ (Elend) への反動であるか——は、憲法諸条項 (たとえば、連邦憲法三四条の三) やより広範な社会立法の中に定着している。こうした展開は、最終的には、社会政策を、経済的基本権の制約を正当化することを可能にするところの独立の公的利益として承認することへと至る⁽⁸¹⁾。

連邦裁判所は、警察概念をますます拡大することによって、長期に亘って、右の変化を受け入れないで来た。連邦裁判所は、

取引・営業の自由に影響を与えるような新形態の邦の措置 (Massnahme) —— たとえば、商店の最長開店時間にかんする・社会政策的に動機づけられた規則 (Anordnung) —— を、教義的に、古典的政治概念を拡大するという方法で処理する (bewältigen) ことを探求していた。連邦裁判所は、一九七一年になってはじめて、狭い警察概念に帰戻し、そして、経済的自由の制約のための許容された動機 (Motiv) として警察的利益以外のものを認めた。今日では、社会政策的で、空間 (Raum) 計画的 (raumplanerisch) で、しかしまた統制技術的 (kontrolltechnisch) な理由で取引および営業の自由の制約を正当化することを可能とするものであることが、認められている。

財産権保障の分野でも、連邦裁判所は、建築警察法から包括的な空間 (Raum) 秩序政策 (Raumordnungspolitik) (建築計画、環境保護) への転換を、考慮に入れてきた。最新の判例は、財産権秩序の内容は、私法によるだけでなく、憲法上の秩序および右秩序の根拠をもって制定された公法によっても全体として刻印されているものである、との見解を堅持している。

たとえば、森林の保持、水の保護および完全に全面的な環境保護ならびに空間計画は、「財産権の擁護と等置される」ところの、重要で公的な、憲法に錨着した事柄である。この憲法目的の實現のための措置が財産権に影響を与えた場合には、この措置にかんする利益衡量が決定的なものとしてなされなければならない。

b) 公共の利益を決定する手続と基準

公共福祉委託 (Gemeinwohlauftrag) は、常にますます生活領域を把握しつつある (umgreifend) 福祉国家 (Wohlfahrtsstaat) においては、不定形なもの (unbestimmt) となっている。公益の概念は、このような状況下で、なお一個の独立の規範的意味と有しているものであるか、それとも、この概念の内容は、憲法および法律において国家に付与されることになっており、あるいは国家に対して増えつつあり、かつ不可避の国際的相互依存 (Interdependenz) か

ら生ずるところの、変遷しつつある課題にもっぱら依拠しているものであるか、いずれであろうか？

aa) 民主的國家の基本秩序としての憲法 (Verfassung) は、公共の福祉の課題を設定する際に最も中心的な役割を果たすにふさわしいものである。連邦憲法の権限条項 (Kompetenzbestimmung) は、それがたんなる管轄規定 (Zuständigkeitsvorschrift) でしかない場合には、なお、今日の見解によれば、原則として、委託の性格 (Auftragscharakter) を有しているのである。⁽⁸⁾

連邦憲法は、それゆえに、連邦の任務を画定しているだけでなく、それを主張することを邦は不可避的に断念せざるをえないところの公共の利益 (土地計画や、自然および郷土の保護) を掲げている (nennen) のである。

いかなる範囲で、基本権にとって重要な (grundrechtsrelevant) 領域の一般的・抽象的規則を制定するための連邦立法者の権限が、基本権から導かれるのか、換言すれば、いかなる範囲で、基本権が権限規範を形成するかという問題にかんする討論は、開かれている。⁽⁹⁾

したがって、人は、いかなる範囲で人格の自由の思想から——連邦の私法権限の制限付きであるが——私人をも拘束する情報保護立法が導かれるのか、を問うことができるのである。⁽¹⁰⁾

憲法レベルでの公共福祉委託の画定は、いかなる制約にも服していない。国際法上の義務付けの優越を別にして、イス憲法 (Verfassungsrecht) は、基本法の原理的な公開性⁽¹¹⁾に由来しているのである。憲法現実⁽¹²⁾にあっては、しかし、正統の國家活動の限界 (Schranke) にかんする広範な合意が存在している。

bb) 立法者は、公益の形成と具体化において、どれほど自立している (autonom) であるのか？

1. 立法者が憲法において制約されることは、争われるべくもなく明らかである。しかしながら、権限ないし任務の

[128]

[127]

配分は、しばしば、純粹に形式的なものである^(四)。つまり、右の配分は、その内部において立法府が独自に公共の福祉を画定し、形成しなければならないような活動の余地を、開いたままにしている。右の配分は、しかしながら、その際に、基本権のプログラムのな部分内容によって導かれ、また、基本権位置から生じる^(四)ところの限界を顧慮しなければならぬのである。

2. 憲法が、立法者に対し、公共の福祉の具体化のための指針を供給していないその範囲で、*根本的な正義の概念 (elementare Gerechtigkeitsvorstellung)* にもとづく訴訟 (Rekurs) だけが文化を画期する (kulturepochal) 自然法の表現でありつづける。正義の規準 (Richtschnur) は、今やたしかに開かれており、空間と時間とにおいて可変的であり、とはいえ無内容なのではない。この正義の規準は、民主主義的な立法者に対する関係でも、批判的な審級なのである。さらに、この路線を保持した共鳴者たちが、取引の自由を取り除いた。

正当な公益の形成における制約を要請するところの正義の位相 (Gerechtigkeitsstadium) は、しかし、情報提供され情報交換された (informierte und kommunikative) 公共性の合意から、今や、自身の側で、再び独立しているのである。正義の目的の晶化 (Kristallisierung) も、それゆえ、——ほとんど構造的でない手続における場合でも——民主主義的な国家共同体 (Gemeinwesen) における論証的 (diskursiv) な論議を導く^(五)。正義確定の独占 (Monopol der Gerechtigkeitsfeststellung) というものは、ありえないのである。

公共の福祉の明確化のためのそうした努力を形式的な法律規定から区別するものは、——手続の形成が欠如していることを度外視するなら——、とくに時間の局面 (Dimension) である。法律制定は、日時が必要 (Not des Tages) に対応し、また、まさに現実的に強引に前へ出てくるような、かつ多数の賛成を得るために努めている利益の圧迫 (Druck) に負けるのである。正義の問題は、時間的には長い局面における、また空間的には広い場面における審査をどうしても要求するものであり、人間生存 (menschliches Dasein) の基本的諸問題 (Problem) をともなった現実的

諸問題 (Frage) の関連 (Konnex) に留意するものである。その点で、正義の問題は、基本権の内容に向けられた問題と合一化している。

c) 「公共の利益」(«öffentliches Interesse») 概念の不十分さ

公共の利益の概念は、「公的」(«öffentlich») 利益と私的利益の二分法 (Dichotomie) の観念を示唆する点において過剰であり、またその限りで狭隘に過ぎる。古典的意味における警察は、すでに、公共性 (Öffentlichkeit) の保護だけでなく、完全に具体的な個々の人間 (Einzelmenschen) の生命と生存の保護を引き受けてきた。¹²⁷⁾

公共性は、人を誤まらせる概念——この概念が社会的現実と何ら関係しない法的抽象概念 (Abstraktum) として理解される時には、であるが——である。この社会的現実においては、そのために国家の介入がなされなければならない、かつなされてよいような危難と需要 (Not und Bedürfnis) を抱えた、常に具体的な人間が存在しているのである。¹²⁸⁾

右の関係を例証するものに、ドイツ連邦憲法裁判所のレーバッハ判決 (Lebach-Urteil) がある。(そこでは)「犯人の一人が出獄 (Haftentlassung) の直前であるにかかわらず、周知の殺人事件にかんするテレビジョン放映がなされてよいかどうか、判定されなければならない。〔ドイツ連邦憲法〕裁判所は、所与の状況の下での犯人の人格権保護の利益 (Personlichkeitschutzinteresse)」、とくに社会復帰の利益を、ZDFの放送の自由や市民の情報の自由よりもより価値の高いものと評価したわけである。

個人的事柄 (individuelle Anliegen) と集团的事柄 (kollektive Anliegen) とを少なくとも部分的に防護することは、見か

け上は、刑事手続における義務防衛 (Pflichtverteidigung) の例証になるように思われる。公正な審理 (Fair Trial) を求める個人の基本権利は、整序された訴訟 (Rechtspflege) を求める公共の利益に優越するものであって、そこでは、たとえば、刑事裁判官の面前における代理のための強制の適格 (die Legitimität eines Zwangs zur Vertretung) が共立しているのである (liegen mitbegründet)。

d) 妥当する侵害利益 (das geltend gemachten Eingriffsinteresse) の質の審査

aa) 公共の利益の概念としての不十分さとその外延の不明確な (Konturlosigkeit) に面しての問題は、公共の利益の要請が、妥当する侵害目的 (Eingriffszweck) の代替可能性を憲法、基本権および他の正義の諸観念に照らして審査することをどうしてもせざるをえないようにするところの、一定の定式化 (Formulierung) のために放棄されるべきでないかどうかである。

bb) 侵害目的の代替可能性 (Vertretbarkeit) は、抽象的なものではなく、担当している (handelnd) 国家机关の特別の機能との関連において、かつ、当該 (betroffen) 基本権の顧慮の下でのみ、判定されるものである。一個の具体的な事案に妥当する利益は、全国家 (Staatsganzen) の範囲において関係している機関の地位および機能との十分に密接な関係を示さなければならぬ。

国防力 (Wehrkraft) の保持は、たしかに、相応の軍事刑法とそれにもとづく有罪判決 (Verurteilung) をわが国の法秩序の中で正当化せうのような、一般に認められた公共の利益である。しかしながら、そのことは、土地登記制度 (Grundbuchwesen) の分野において、訴訟提起者 (Bewerber) の適格性審査の際に、そうした観点を顧慮すべしということ、邦

官庁に義務づけるものではない。それゆえに、連邦裁判所は、或る邦官庁が兵役拒否者 (Militärdienstverweigerer) に土地登記管理者試験の合格を拒否したことを、許容した。

或る大学管轄当局は、学問について能力を有した志願者の入学については、その固有の課題——學術的な訓育およびそれについて要求される秩序立った研究作業 (Studienbetrieb) の確保——との関連で存在する基準にもとづいてのみ審査しうる。それゆえに、大学入学志願者 (Studienbewerber) に対し、もっぱら軍事裁判所 (軍法会議) の前科を理由にして大学入学手続 (Immatrikulation) を困難にさせることは許されない。

このような、その特別の機能毎に適合した個別の国家組織に許容された判決理由の細分化された割り当ては、編み目のつまった (engmaschig) 規律され管理された社会における人の自由の保障の本質的要素である。

c) さらにいえば、侵害目的の代表可能性 (Vertretbarkeit) は、一般的 (generell) なものではなく、つねに、具体的に妥当する基本権と侵害の困難さの観点からも評価されるべきものである。

したがって、行政の効率 (具体的には——行政の関心事や統制支出 (Kontrollaufwand) をできるかぎり安価におさえること) は、一定の活動自動性 (Spielautomat) をもった、営業能力のある (gewerbemässige) 企業の禁止にかんする有効な議論でありうる。他方、行政の経済性 (Verwaltungswirtschaft) は、被拘留者 (Inhaftierter) の請願権の縮減を何ら正当化するものではない。

原 註

(76) 判例を概観したものとしつて、JEAN-PIERRE BLANC, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Diss.

Zürich 1967. #72 BLAISE KNAPP, *Intérêt, utilité et ordre public*, in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Basel und Stuttgart 1975, S. 146 ff. 次④⑤⑥参照 SALADIN, *Grundrechte* (Ann. 15), S. 146 ff.

(71) 参照 ANDREAS JOST, *Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht*, Bern 1975, #2 SALADIN, *Grundrechte* (Ann. 15), S. 234 ff.

(78) それゆえに、今日ではこの基本権については、公益の問題は、明示的には全く提示されない (vgl. z. B. BGE 98 Ia 418 ff., 107 Ia 148 ff., 103 Ia 296 ff.)。連邦裁判所の憲法判例の中ではなおほとんどあらわれない新様式の係争状況 (Konflikt-situation) は、とりわけ電子メディアの分野で生じている。電子メディアが可能にした機能の多様性と集中性 (Vielfalt und Intensität) は、今なお十分認識された問題となっていない (参照、これについては、JORG PAUL MÖLLER, *Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption*, ZSR 1980 I, S. 39 ff.)。

上記したことの関連 (Zusammenhang) で啓発的 (aufschlussreich) なのは、BGEにかんする全記録簿 (Generalregister) にまつ、公益 (öffentliches Interesse) が、財産権保障および取引・営業の自由の場合にのみ体系的に把握されにくいことである。

(79) GEORG MÖLLER, *Privateigentum heute*, ZSR 1981 II, S. 59 f. は、連邦裁判所が、まさに財産権保障の領域においても、公益の基準によって原則的手法で説明していることに、次のような批判を加えている。——「連邦裁判所は、社会的・政治的展開にきわめて忠実に追隨し、何が公衆 (Allgemeinheit) の重要な関心事として認識されるか、つまりいわば、何が社会的または政治的要請として「社交界向きの」(«salonfähig») ものとなるかを追求している」(S. 59) である。

SALADIN, *Grundrechte* (Ann. 15), S. 151 f. は、連邦裁判所の適切な謙抑姿勢 (entsprechende Zurückhaltung) を歓迎している。

(80) 基礎となる研究として ERNST-WOLFGANG BOCKENFÖRDE, *Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen 1973; derselbe, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, in: *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, S. 185 ff. 402 ff. Sammelband «Staat und Gesellschaft» (Hrsg.: BOCKENFÖRDE), Darmstadt 1976 424 ff.

- (17) われどころば、ERICH GRÜNER, Die Arbeiter im 19. Jahrhundert, Bern 1968 が印象深し。
- (18) Vgl. BGE 97 I 499 ff und 103 Ia 418 ff.
- (19) われどころば、ユルグハルト JOST, a. a. O. (Ann. 77), ユベヒ S. 113 f. #2 H.-P. CHRISTEN, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Zürich und St. Gallen 1970, S. 273 ff.
- (20) BGE 97 I 499 ff.
- (21) 全体を詳細に論じたものとして、FRITZ GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 65 ff. 邦の経済政策の禁止から連邦の何らかの権限が導き出されるものではない (vgl. FRITZ GYGI, Wirtschaftspolitik ZSR 1981 I, S. 229 ff.)。
- (22) BGE 105 Ia 336, われどころばは次のものを見よ。—— PETER SALADIN, Raumplanung und Eigentumskonzept, in: Das Bundesgesetz über die Raumplanung, Berner Tage für die juristische Praxis 1980, Bern 1980, S. 45 f. sowie G. MOLLER, Privateigentum (Ann. 79), S. 59 f.
- (23) この「公開」(«Offenheit») という基準については、次のものが強調している。—— PETER HABERLE, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970; HABERLE は、とりわけ、力点と、公益設定のための手続の実体的適正性 (Sachgerechtigkeit) を重視している (見よ、とりわけ、S. 87 ff. 208 ff. 657 ff.)。同様のものとして SALADIN, a. a. O. (Ann. 15), S. 352.
- (24) Soziale Grundrechte (Ann. 53), S. 89 ff.
- (25) KURT EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legitimierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, Gutachten für den Schweizerischen Juristenverein, ZSR 1969 II S. 498 ff. は、連邦憲法五八条にもよって、民事訴訟法の統一のために連邦権限の縮減を導く、という考えに立っている。こうした教義 (Lehrmeinung) は、今日、首尾一貫性を欠いたままで唱えられるものではあるが、より詳しく細部に及んでいる連邦裁判所の判決 (Rechtsprechung) は、まさに基本権にも支えられているところの、刑務所制度 (Gefängniswesen) の規律において、また手続法 (Prozessrecht) (法的聴問 [rechtliches Gehör] ...) の規律においても、議論の余地なく維持されている。BLAISE KNAPP, Le recours de droit public, ZSR 1975 II, S. 230 は、こうした文脈 (Zusammenhang) において、原則立法 (Grundsatzgesetzgebung) のための裁判所の権限を語っている。

(60) MICHAEL KLOPPER, Datenschutz als Grundrecht, Königstein 1980 は、特別の基本権要求 (besonderes Grundrechtsanspruch) の長所と欠点 (Vorteil und Nachteil) を相互に衡量としていふ。

アメリカ合衆国では、個人情報 (persönlichkeitsbezogene Daten) は、すでに長い期間にわたって「プライバシー権」(«right of privacy») の保護を受けているものとされてきた。その判例 (Rechtsprechung) の端緒については、見よ、RUPPECHT KAMLAH, Right of privacy, Köln 1969; 近時の判例 (Praxis) にかんする詳述 (Hinweise) が、LAWRENCE H. TRIBE, American Constitutional Law (Ann. 51), S. 966 ff. にある。

連邦レベル (Bundesebene) では、連邦官房 (Bundeskanzlei) が、先頃「連邦行政における個人データ (Personaldaten) の処理にかんする指針」を制定している (BfI 1981 I, S. 1298 ff.)。

(61) これについては、後出 S. 173 ff.

(62) 憲法改正の実体的限界を擁護するものとして、たゞえば、WERNER KAGI, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision (Ein Beitrag zur Lehre von den inhaltlichen Schranken), ZSR 1956, S. 793a ff; derselbe, Rechtsstaat und Demokratie, Antinomie und Synthese, 現在における次のもの収録やなどがある——Der bürgerliche Rechtsstaat (Hrsg.: MEHDI TOHDDIPUR), Frankfurt am Main 1978, 1. Band, S. 127 ff; HANS NEF, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, ZSR 1942, S. 108 ff; HANS HAUG, Die Schranken der Verfassungsrevision, Diss. Zürich 1947; PAUL SIEGENTHALER, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts, Bern 1970; MARTIN USTERI, Die Unverwechselbarkeit der Schweizerischen Eidgenossenschaft und die Grundnormen für Revision und Auslegung der Bundesverfassung, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 307 ff; やさしに JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel Suisse, Neuchâtel 1967, Band I, S. 131, Ann. 1 に言及や、これがある。

実体的限界 (materielle Schranke) の存在を否定するものも、たゞえば、次のものがある。——WALTER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 2. Auflage, Zürich 1944, S. 207 ff; KURT EICHENBERGER, Fragen des Ausmasses und der Methoden von Parteirevisionen der Bundesverfassung im Vorfeld einer Totalrevision, ZSR 1977 I, S. 210 ff; AUBERT, a. a. O., No 332 (1111頁註(6)) に掲載の他の著作の中にも言及やされている。

- (83) 相異 (Differenzierung) とは、HANS HUBER, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 1971, S. 172 ff.
- (94) たゞせば、カルテル立法 (Kartellgesetzgebung) は、この意味において、取引・営業の自由の基本思考 (Grundgedanken) の、契約の自由の制約を正統化するのを可能にするのは何かと、このことが理解される (HANS HUBER, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen. 今日とは、Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, S. 146 ff. 以下所収)。
- (95) JÜRGEN HABERMAS の文脈により良い論拠 (を見出すため) の独特の強制の強制 (der eigentümlich zwanglose Zwang) が、この「支配から自由な議論」(「herrschaftsfreier Diskurs」) の「脱却」(「脱却」) (HABERMAS, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, JÜRGEN HABERMAS / NIKLAS LUHMANN, Theorie der Gesellschaft und Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung? Frankfurt am Main 1971, S. 101 ff. insb. 137。以下「参照」 MARTIN KRUELE, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1978, S. 30 ff. sowie Verfassungsgerichtsbarkeit (Ann. 46), S. 82 ff. (憲法裁判所と特別の関連を参照))。
- (96) 憲法解釈が、政治の小さな領域に閉じ込められ、この「参照」(「参照」) PETER HABELE が強調している。参照: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, Juristentag 1975, S. 295 ff.; 参照: BERNHARD SCHLINK, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungswissenschaft, Der Staat 1980, S. 82 ff.
- (97) Grundrechte der Verfassung (Ann. 26), S. 197 ff.
- (98) この「参照」(「参照」) の公法上の建築規則 (Bauvorschrift) の「建築規則」(nachbarschützende Funktion) の中で、この「参照」(「参照」) RICHARD BAUMLIN, Privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Immissionschutz, in: Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Bern 1968, S. 107 ff. 以下「参照」 AUGUSTIN MACHERET, La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, ZSR 1975 II, S. 156 f.
- (99) BVerfGE 35, 202 ff. 以下「参照」 FRIEDRICH KÜBLER (Hrsg.), Medienwirkung und Medienverantwortung — Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1975.

- (10) この基本権要求 (Grundrechtsanspruch) の二重機能 (Doppelfunktion) には、共に関与している (mitbeteiligt) 公益と私益に優越させることを認めるような危険 (Gefahr) がつきまとっている。つまり、たとえば、国選弁護人 (Pflichtverteidiger) は、自らを、被疑者の利益の擁護者であるよりも、司法、したがって国家の代弁者であると理解している⁹⁰。
- (11) アメリカ最高裁が、「公益」(«public interest») ではなく、むしろ「固有の立法目的との合理的関係」(«a reasonable relation to a proper legislative purpose») を要求しているのは、こうした文脈で啓発的である (多数の判決の代表例として) Mugler v. Kansas, 8 S. Ct. 273, 1887; これについては参照: 前出の S. 124)。
- (12) これは、構造的適正手続 (structural due process) のモデルについての根本的な (tragend) 思考であり、たとえば、LAURENCE H. TRIBE がそれを発展させている。参照: これについての言及は、前出の S. 118, mit. 52。これについて実例付き解説をした (illustrativ) ものは、アメリカ最高裁の一判決、Hampton v. Mow Sun Wong, 96 S. Ct. 1895 (1976) である。次のように言う。——アメリカ市民サービス委員会 (Civil Service Commission) (同委員会は官吏任用にかんする権限をもつ) は、外国人を公務員 (öffentlicher Dienst) に採用することの一般的禁止を定めた。同委員会は、この措置の根拠を、優越的な国益 (nationales Interesse) に求めている。すなわち、一方で、アメリカ合衆国は、国家間の交渉 (Verhandlung) において、交渉の席 (Verhandlungstisch) における自らの地位を強めるための合理的な働き口を提供する可能性を保持している。他方で、それは、外国人の申請による帰化 (erwünschte Einbürgerung) の禁止をもたらしている。最高裁は、市民サービス委員会が外交政策についても帰化政策についてもいずれの権限をも有していないことの論拠を判定することだけで満足している。それゆえに、この領域に属している措置を正当化する (mit Argument begründen) ことも禁じられている。大統領と議会だけが、そうした根拠づけを正当な証拠として (legitimäreweise) 提示するつもりがよい⁹¹。
- (13) BGE 104 Ia 187 ff.
- (14) BGE 102 Ia 321 ff.; 下記の判決を総括するものとして、参照: STEFAN MÜLLER, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diss. Bern 1981, S. 60 ff.
- (15) これにかんする詳述は、Entscheidstrukturen (Ann. 34)。

- (106) 上の観点を強調するものとして、RUDOLF WENDT, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot*, AOR 1979, S. 448 ff.
- (107) BGE 101 Ia 336 ff. 連邦法律は、賭博自動装置 (Glückspielautomat) は禁じているが、反面、技能機械 (Geschicklichkeitsspieler) は企業に認めている。ただし、判例の中の相異は、しばしば、相当な行政上の支出 (Verwaltungsaufwand) を必要としており、連邦裁判所は、邦法におけるゲーム機 (Spielautomat) 禁止を許容している。
- (108) 収監者の請願権についての許容された制約については、参照：BGE 100 Ia 77 ff. ならびに FRANZ-XAVIER MÜHLEM, *Das Petitionsrecht ist gewährleistet*, Diss., Bern 1981, S. 38 f.
- (109) 同様の仕方で、国家財政上の (fiskalisch) 利益が基本権侵害を正当化する理由となりうるか否かという問題にとりくむことができる。連邦裁判所は、財政上の (finanziell) 利益の優越性 (Relevanz) を否定している (参照：BGE 105 Ia 120 ff., 103 Ia 592, 88 I 253 —— 詳細な註を伴っている)。財産権保障 (Eigentumsgarantie) にかんしては、少なくとも、租税およびその他の公課が、この財産権保障と比肩される場合には、一個の例外が妥当し、つまり、そうした事例における公益は、国家共同体の財政需要 (Finanzbedarf) において全く決定的なものとして (ausgesprochen) 存在しているのである。

(未完)