

ヨルク・パウル・ミュラー『スイス基本権原論』(八)

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
 1. 人類学的根拠づけ
 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. 基本権の防御的 (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
- 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

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

1. 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內容
 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) —— 社会的根本権

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權
 - 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、本誌一七三号)

(以上、本誌一七四号)

(以上、本誌一七五号)

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

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

b) 法律の根拠の要請

c) 個別事例

(R)

- 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
 - 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) 平等に処遇する法律の自由保障機能の喪失
 - c) 個別事例毎の正義にかんする法律的規律の不可能性
 - d) 判決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」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) 出发点 II 基本権の保護領域の関係性

- 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＝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 (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

第三章 基本権の妥当領域について

1. 妥当領域の決定

1. 方法論的注記

基本権にかんしても、——法規範一般にかんしても全く同様であるが——、その妥当領域を問うには、事物的、人的、時間的および空間的な観点を必要とする。これを一般的に叙述することは、ほとんど不可能である。つまり、問題は、各基本権について個別に観察されるべきである。¹⁾基本権の妥当領域をいかなる方法をもって定めるべきかの探究は、一般基本権理論 (allgemeine Grundrechtslehre) の課題に属している。

包摂されうるような、限定されかつ体系化されうる概念における、かつては法律家にはよく知られた思考は、基本権にかんしては、詳述 (weiterführen) すべき事柄はほとんどない。或る基本権の保護領域 (Schutzbereich) を概念的に確定するすべての試みは、新らしく発生した事実関係と基本権の作用領域の予見不可能な諸問題とを、新しい保護利益を顧慮することなく排除する危険を冒す (Gefahr laufen) こととなる。

右のことは、プレスの自由にかんする連邦裁判所判例の中で明示的に述べられている。

連邦裁判所は、長年月、プレスの自由の保護対象を、*「プレス」* の概念を精確に定義することをおして画定すべく試みていた。そして、この *「プレス」* 概念のもとに、公共 (*Öffentlichkeit*) のために、換言すれば多かれ少なかれ大量の読者のた

[90]

[89]

めに向けられ・理念的な目的設定をもった印刷物であると解した。¹¹⁾

このような評価は、チューリッヒ「電話ツイーティヒ」(「*Telefonzwing*」)についてプレスの自由を引合いを出したときに、また、官公庁の情報に伴った法的に平等な供給を求める請求権をこの自由から導き出そうとしたときに、狭きに過ぎることが判明した。連邦裁判所は、概念的考察方法を離れ、次のような事実を決定的に考察に入れるに至った——つまり、「電話ツイーティヒ」には印刷されたプレスと比肩しうる情報機能が認められること、それゆえにそれは、伝統的なプレスと同様の方法で官庁の情報を供給しうるものであること、である。¹²⁾

その際に考察の出発点に置かれるべきものは、基本権擁護という目的設定と、自由でかつ十分に情報を提供された(informiert)社会のために果たす基本権の機能とである。プレスの自由を享受するのはどのメディアであるかという問題には、こうした考察を通して回答することができたのである。

右の判決は、基本権の妥当領域の問題にはいかなる方法をもってとりかかるべきかを、例示的に説いたものである。問われるものは、いかなる人と事実関係が基本権の保護を受けるべきなのか、また、基本権がその目的設定を満たすかはいつとすべきかである。¹³⁾

基本権の妥当領域の概念的な確定を断念することは、保護領域が全く不明確で輪郭がぼやけたものでありつづけることを意味しはしない。右の断念は、通例、定義的 (definitorisch) ではなく、本質的に目的論的 (teleologischer) に定められるべきものである。基本権の目的設定、基本要素 (Essentialien) の保護に対する制約および国家机关の権限についての機能的限界への洞察は、右を具体化する課題にとっての照準点 (Richtpunkt) である。¹⁴⁾

2. 人的妥当領域の確定——各論

a) 基本権の保護領域はその目的によって確定されるべきであるということは、人的妥当領域を定める際に、つまり基本権の担い手 (*Grundrechtsträger*) の問題に際して、極めてはっきりと明らかになる。出発点となるのは、基本権が、個人に——いわゆる主観的権利 (*subjektives Recht*)、たとえば私権 (*Privatrecht*) とは逆に——前提なしに帰属するところの個人の主観的権利であるということ、を、確定することになる。

基本権支担者の問題 (*Grundrechtsträgerschaft*) は、スイスにおいては今日、部分的には国際条約の上で規定されている。すなわち、欧州人権保護条約 (EMRK) の批准によって、スイスは、外国人および無国籍者を含むすべての人に対して右条約上の権利を保障することを、自らに義務づけたのであり、とりわけて、同条約一六条が、意見表明の自由、集会・結社の自由および差別禁止 (*Diskriminierungsverbot*) にかんして、外国人の政治的活動の観点から、国法 (*Landesrecht*) による特別の制約のために一定の留保を置いている。

b) 若干の事例で明らかにされるべきは、基本権の人的妥当領域の意味の決定はほとんど定義的にはなしえないものであって、その都度該当する (*betroffen*) 形で基本権位置を目的方向 (*Zielrichtung*) に向けなければならないというものである。以下のとおりである。

aa) 未成年者の (*Minderjährig*) 基本権がいかなる範囲で妥当するかという問題は、抽象的な“基本権の成年” (*Grundrechtsmündigkeit*) への立ち戻り (*Rückgriff*) によって一般的に答えられうるものではなく、各々の基本権

位置についてとりわけ実体的 (materiell) 権利問題として探究されるべきである。時として、実定的な (positiv) 法秩序が「基本権の成年」を区々の仕方、したがって信教および良心の自由 (連邦憲法四九条三項) の分野で、または契約の自由 (民法 [ZGB] および債務法 [OR]) との関係で配分しているのである。人格的自由の領域においては、未成年者および禁治産者も——また判断無能力者 (Urteilsunfähige) も——権利主体 (Rechtssträger) であることが、通例、争われていない。これに反して、権利の独立した (selbständig) 行使 (訴訟追行能力 [Prozessfähigkeit]) の問題については、論議のあるところである。

[92]

合衆国最高裁判所判決が、「プライバシーの権利」(「right of privacy」) から、両親の許可なく妊娠中絶を決定する未成年者の権利を導いているのは、興味深い。

bb) 法人 (juristische Person) の基本権主体性の問題も、同様の仕方を取り組まれるべきである。ドグマ的構成は、ここでもほとんど追求されない。このことは、信仰および良心の自由にかんする連邦裁判所判決の事例においてとりわけ明瞭である。次のごとくである。

連邦裁判所は、法人はいかなる信仰をも持つものでないがゆえに、信仰および良心の自由を主張する資格を有しないということ、を、確定した判例の中で確言している。その結果として、「連邦」裁判所の見解によれば、法人は、何人も自己の信仰と相客れない宗教団体のための文化税 (Kultussteuer) を課せられることはないとする連邦憲法四九条六項の保障に含まれるものではない。

[93]

こうした思考方法は、私見によれば、短絡に把握しすぎているように思える。基本権の視角 (Grundrechtssicht) からすれば、

は、「法人」という擬制 (Fiktion) は、現実に対する分析に服従しなければならないものである。たとえば、信仰心の篤い (Ehrlich) ユダヤ人の個人商人 (Einzelkaufmann) は株式会社という——おそらくは組織的かつ法的に必要とされる——法形式を選択することはできない、その理由はそうなるも彼は爾後、無縁の (Heid) 宗教団体に税を支払わなければならないことにある、という論理は、いかなるものを持ち出しても正当化されるものではない。企業がひとつの法的形態を選択する際にその都度の不利益をも甘受しなければならないとの連邦裁判所の示唆は、個人 (Individuum)——商業に従事している個人についても——の信仰および良心の自由の根本的な (Grundlegend) 意義を考慮に入れていないものである。基本権がまさしく常に要求するのは、事物を個別化する (Individualisierend) 考察方法であって、というのは、法人という「仮面」(Schleier) は取り除かれ、またその背後にひそんでいる人的関係が問われなければならないからである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

cc) いわゆる公法人の基本権主体性の問題 (Grundrechtssträgerschaft öffentlich-rechtlicher Korporation) については、連邦裁判所は、これをしばしば純粹に形式的な議論をすることによって処理している。基本権が国家権力に対して向けられるということを前提にするならば、まさにこの国家権力の一つの部分機関は、国家権力を行使しえないのである。⁽¹⁹⁾

連邦裁判所は、自治体 (Gemeinde) にかんして、その他の憲法上の権利の主張 (Anrufung) が自治体の権限として認められないことは、自治体の「憲法的観点からの」(«verfassungsgesetzlich gesichert») 自治領域の侵害に該る、という限りで例外を設けており、さらに、自治体だけでなく、あらゆる公法上の団体も、私人と同様の行動をし、また適切に関係をもっているときには、基本権の保障を請求することができる、としている。⁽²⁰⁾

右に挙げた議論の中で示された考えは、次のように要約できる。すなわち、公法上の組織 (Institution) も、基本権にかかわる事柄 (Grundrechtliches Anliegen) を現実化するための中心的な仕方でも活動 (tätigen) することができるのであり、特別の基本権にかかわる事柄の防衛のために時として要求されるのは、制度がそれ自体として重要な (relevant) 基本権を引き合いに出すことができる、ということである。それゆえに、たとえば、『プロ・ヘルヴェティア』(註) (Pro Helvetia) —— それは公法上組織されたものであるが —— は、スイスの文化創造 (Kunstschaffen) を国家から独立して推進することが自己に委託されたものである限りで、文化の自由 (Kunstfreiheit) の担い手なのである。⁽⁹⁵⁾

dd) メディア権 (Medienrecht) の領域においては、たとえば、SRGが国家から独立しているか否かの問題に対する答えは、SRGが「ラジオ・テレビジョンの自由」(«Radio- und Fernsehfreiheit») の担い手であるか否かにかかわらず出されるが、そのような場合には、現実的に憲法問題を扱うという視角は閉ざされている。⁽⁹⁶⁾ 基本権の出発点は、SRGは優れた仕方でも全体的に政治的・文化的意見形成に関与しており、それゆえ意見表明および情報の自由のための本質的な機能 —— それは開かれた民主的社会的な生活要素である —— を充足しなければならないのである、ということを確認することにある。⁽⁹⁷⁾ このことから問われるべきは、そうした制度に対する国家の監督をめぐって、いかなる限界が基本権から生ずるか、である。

人が、少なくとも部分的な「国家からの独立性」(«Staatsunabhängigkeit») が不可欠であることを認めるならば、それがどのような仕方でも実現されるべきかは、なお決定的な問題ではない。多様な可能性が開かれており、また、解答を、「ラジオおよびテレビジョンの自由」の中から見出すことはできない。⁽⁹⁸⁾

c) 連邦裁判所は、基本権の人的 (persönlich (oder sachlich)) 妥当領域にかんする・議論の余地ある (strittig) 問題について、これを必ずしも実体的な (materiell) 基本権問題として扱うのではなく、時として国法訴訟 (staatsrechtliche Beschwerde) のための提訴者の原告適格 (Legitimation) の問題として扱っている。このことは、実体法上の問題設定が中心——それは事案の原告適格審査の領域にあるものそれ自体である——に据えられ、また、純粹に形式的な觀察方法をとる場合でも背後にある (dahinterstehend) 基本権問題 (Grundrechtsfragen) を顧慮することが不可能になるわけではない間は、案ずるに足りないものである。

それで、たとえば、連邦裁判所が、邦法は再選へのいかなる請求権も保障していないという理由から、再選されなかった邦公務員に国法訴訟を提起させない、という事例は十分なものではないのであって、なぜなら、その場合には、必要とされる『法によって保護された利益』が欠けている〔ために提訴できないのである〕からである。つまり、再選禁止は、官吏の基本権位置を侵害する可能性をもつものであって、この侵害が生じうるのは、たとえば、再選禁止で官吏の意見表明の自由または信仰および良心の自由が無視される結果が生じたときや、あるいは、官吏に再選を拘束力ある形で約束していた〔にもかかわらず再選禁止が実施された〕とき (この場合は信義誠実違反となる) である。今日の判例は、結果的に——純粹に形式的な考慮にもとづいて——再選にかんして基本権保障から官吏を除外している。官吏が国家に対して特別の法 (権利) 関係に立つということとは、それ自身だけでは、官吏には基本権にもとづく提訴をすることが否認されるということのいかなる根拠にもなりえない。

原 註

(1) このことは、とりわけ、外国人がいかなる範囲で基本権保障を享有するかという問題にかんして論じられる。スイスにお

いて争われているのは、たとえば、外国人が取引および営業の自由を援用することができるか否かといふ点である。——否定するものとして、たとえば、HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976, S. 30; 様々なコメントをあげて、HANS HEBER, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, in: Melanges Henri ZWahlen, Lausanne 1977, S. 136 f. und PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 2. Auflage, Bern 1975, S. 277. 外国人の基本権上の地位の問題については、RUDOLF WERTENSCHLAGの業績が、一個の基本的な研究になつてゐる (Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Basel und Frankfurt am Main 1980)。かくに、WERTENSCHLAGは、基本権を政治的国民権とみる特殊にスイスのな理解が、永年に亘つて外国人の基本権保障の拡張を阻害してきたことを指摘している (S. 210 ff)。

(2) 多数の判例を代表するものとして、BGE 96 I 588 f.を見よ。これには詳細な註釈が付されてゐる。ZBI 1978, S. 505 ff.に登載されているBGEの中でも、連邦裁判所は、学校教育は「プレス作品」(«Presseerzeugnisse»)の要件を満足させるものであるか否かという問題を、詳細に検討している。——理念的な内容をともなつた印刷物に対する制約は、学説上争われている。これにかんしては、見よ、MANFRED REHNER, (Pressfreiheit für Reklame? Denkanstöße aus dem amerikanischen Recht, SJZ 1977, S. 53 ff) und HANS HUBER (Schutz der Werbung durch die Gewerbetreibende oder durch die Pressfreiheit? Zugleich eine Entgegnung, SJZ 1977, S. 297 ff)。

(3) BGE 104 Ia 377 ff.

(4) 同様の趣旨に立つものとして、次のものがある。——Ulrich RAMSAUER, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, Verwaltungsarchiv 1981, S. 82 ff. sowie derselbe, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Berlin 1980.

(5) とくに検証されるべきは、基本権の組織 (telos) が核心内容の釈義 (Umschreibung) をどの程度に要求するのか、また絶対的保障の釈義をどの程度に要求するのか、という点である。

(6) この概念は、HILDEGARD KRÜGERが、基本権教義学 (Grundrechtsdogmatik) の中で詳述している (少年権および親権による基本権の行使, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1956, S. 392 ff.; 参照) ことにして、PETER SALADIN, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Familienrecht im Wandel,

Festschrift für Hans Hinderling, Basel und Stuttgart 1976, S. 188.

- (7) 連邦憲法四九条三項は、満一六歳を越えた子どもに、自己の信仰上の信念にかんする自由な——親の意見から独立した——決定権を認容している。

- (8) 参照、たとえば、行為能力にかんする民法 (ZGB) 一一一―一五条、一八条および一九条、労働契約権等における少年にかんする一定のカテゴリの設定にかんする債務法 (OR) 三四四条以下 (年季奉公 [Lehrvertrag])。

このように行為能力を承認することによって、取引および営業の自由への自律的な関与が可能になる。

- (9) 未成年者の基本権享有資格 (Grundrechtsträgerschaft) については、とりわけ、SALADIN, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern (Ann. 6) S. 175 ff. を見よ。また参照、DANIEL ZOST, Pressefreiheit in Schule und Hochschule unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Bern, Diss. Zürich 1980.

- (10) Roe v. Wada, 93 S. Ct. 705 (1973); Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 96 S. Ct. 2831 (1976); Bellotti v. Beard, 99 S. Ct. 3035 (1979); urrey v. Lawrence H. Tribe, American Constitutional Law, Minnedala/New York 1978, S. 924 ff.

- (11) 連邦共和国における胎児 (nasciturus) の基本権保障については、BVerfGE 39, 1 ff. を参照。これにかんしては、GISELHER RUPPE, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, Frankfurt a. M. 1975, オーストリアの裁判については、EuGRZ 1974, S. 47 ff.; くれにかんしては、参照、DIETER GRINN, Die Fristenlösungsurteil in Österreich und Deutschland und die Grundtheorie, Juristische Blätter 1976, S. 74 ff.

一九八〇年に提起された「生命への権利」(「Recht auf Leben」) イニシアティブは、生殖 (Zeugung) の際の基本権保障を開始しようとしたものである (参照、提起された (が成立しなかった) 連邦憲法五四条の二の第二項、BfE 1980 III, S. 272)。

- (12) 問題の根本的な論究をしているものとして、WILTRAUT RUPPE-V. BRONNECK, Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Festschrift für A. Arndt, Frankfurt am Main 1969, S. 349 ff.; HERBERT BETHGE, Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen — Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1979, S. 54 ff.

ボン基本法は、一九九条三項において、基本権は「その本質上それに通用しうる限りにおいて」(内国の) 法人にも適用さ

れる、旨定めている。そのことからすれば、原則的に、問題はまず次のように定式化される。すなわち、法人の人権享有主体性の解明は、各基本権の特殊性に応じてなされなければならない、というのがそれである。

(13) BGE 7 536 ff. 以来、判例は確立している。

(14) BGE 102 Ia 468 ff. は、学説の批判的見解にかんするものも含めて註釈を記している (470 ff.)。この判決には、連邦裁判所判決による新しいもの (novum) として、一個の反対意見 (dissenting opinion) が公にされている (ZBl 1977, S. 172 ff.; ZBJV 1978, S. 64 ff. を見よ)。

連邦裁判所は、例外を、宗教的結社 (たとえば、自由教会 [Freikirche]) にかんしてのみ設けているが、さもなければ、自由教会の構成員たちが福音派地区教会 [Landeskirche] のための教会税を支払うことで侵害を受けるからであり、つまりそれは、「連邦憲法四九条一項に含まれている信仰および良心の自由ならびに〔同条〕六項において右自由の保障のために設けられた・教会税徴収を目的とする制約と、もはや両立しえない」(BGE 97 I 355) という形で侵害を受けるのである。

(15) BGE 102 Ia 476.

(16) Vgl. ZBJV 1978, S. 64 ff. および BGE 104 Ia 470 f. に掲げられている著作者たち (の文献)。

(17) これはまずまず切迫したものとなっているが、というのは、特別の状況を前提にしての私法および刑事法における場合にも、法人の背後にいる自然人へのいわゆる「逆増幅率」(Durchgriff*) が可能であるからである。これについては、とりわけ、BGE 92 II 160 ff. 参照、また 93 II 481 ff. 71 II 272 および 72 II 67.

(18) 団体が、権利を侵害されたとする団体構成員に代って訴えを提起することができるか否かは、いかなる実体的な基本権問題ともかかわるものではなく、訴訟経済上の考慮から生ずるものである。参照：団体訴訟の許容性の判断基準 (Kriterium) 27 (5) ff.; Hans Marti, die Staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel und Stuttgart 1979, S. 76 ff.

(19) これにかんしては、とりわけ BETHGE, a. a. O. (Anm. 12), また、Karl August Bittermann, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, S. 1321 ff.

(20) BGE 99 Ia 754 ff.: 連邦裁判所は、ベルン大学の学生団体について、聴講料および授業料にかんする邦政庁の命令 (Verordnung) に対して憲法訴訟を提起する適格 (Befähigung) を否定している。

(21) 地方自治にかんする連邦裁判所判決の発展にかんする概観をおこなったものとして、BGE 103 Ia 468 ff. 自治領域の外延

は、邦法によって定められる(多数の判決を代表させて BGE 103 Ia 194)。

- (22) このような原則は、近時の判例には、もはや無制限に妥当している。「連邦裁判所判決によれば、自治体は、自治訴訟(Autonomiebeschwerde)の分野で——攻撃方法の意味において——、憲法上の個人権にもとづいてではなく……、何らかの不文の、または連邦憲法四条から導かれる一般的な憲法原則にこそもとづいて、——係争の「公権力の」介入によって侵害されたとするものが密接に関連し合った自治の中に属している限りで——提訴することができる……」(BGE 103 Ia 197. しばしば参照されている)。

自治体の広範な基本権保障を要求するものとして、HANS PETER MATTER, Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1965, S. 24 ff. とりわけ 56 ff. MATTER は、自治領域の執行は事情によっては最も狭く他の憲法上の権利と最も緊密に結びつく、旨強調している。

- (23) たとえば、BGE 103 Ia 59. 私法上組織された、しかし国家共同体(Gemeinwesen)に服している利益社会(Gesellschaft. たとえばある種の電気事業体 [Elektrizitätsgesellschaft] のような)と関連する特別の問題については、「コッ」では立入っていない。

私法上取り引きしている国家共同体の基本権制約については、参照: なしあたり、PETER SALVIN, Grundrechtsprobleme, in: Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtsobjekte (Hrsg.: Bernd-Christian Funk), Wien 1981, S. 59 ff.

- (24) 近時おこなわれた、一般連邦行政——とりわけ訴訟制度における——の帰結としてのプロ・ヘルヴェティア(財団)の分割(一九八〇年一〇月二〇日改正のプロ・ヘルヴェティア財団にかなする連邦法律)は、このような観点の下で基本的意義をもつ。連邦参事会通知 (BBl 1980 II, S. 144 f.) も参照のこと。

- (25) 同じ意味のものとして、ROLF H. WEHR, Publizistische und wirtschaftliche Strukturen im Rundfunkbereich. 法的比較をしている問題のスケッチについては、ZBl 1981, S. 397 ff. また、JORG PAUL MULLER, Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption, ZSR 1980 I, S. 33 ff. も参照せよ。

- (26) たとえば、或る戒告処分についての判決との関連において BGE 98 Ia 81 f. の中でできたっているのは、偏向したテレビジョン報道が投票結果に許容しがたい仕方では影響を及ぼしている、ということである。

連邦裁判所は、「この判決で」「いわゆるラジオ・テレビジョンの自由」(S. 82) について述べている。これについては JORG PAUL MÜLLER, Landesbericht Schweiz, in: BOLLINGER/KREIER (Hrsg.) Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit, Baden-Baden 1979, S. 262 ff. を参照。

(27) これについては、参照：Landesbericht Schweiz (Anm. 26), S. 262 ff. Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II, S. 938 ff. sowie Botschaft über die Schaffung einer unabhängigen Beschwerdestanz für Radio und Fernsehen, BBl 1981 III, S. 3, 7.

(28) Landesbericht Schweiz (Anm. 26), S. 263.

ドイツ連邦憲法裁判所は、「この問題で、明瞭な表現を用いている。すなわち、基本法が、立法者に「特定の放送形態について定めているものは何もない。それで、自由で包括的な、かつ事実上即時した意見形成が、侵害と誤った展開 (Entwicklung) を避けることを前提にして保障される」ということだけが導かれる」(BVerGE in EuGRZ 1981, S. 302)。また参照：WOLFGANG HOPFMANN-RHEM, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation, Frankfurt am Main 1979, S. 15 ff.

(29) BGE 105 Ia 271 ff. — これには註釈がついている。

(30) ZBJV 1981, S. 245 ff. 官吏の選任にかんする同様の事情にある問題については、参照：STEFAN MÜLLER, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diss. Bern 1981, S. 79 ff., 164 ff.

(31) 近時の学説および判例によれば、基本権は、特別な法関係にも妥当する。「基本権の」制約は、係争の特別な法律関係の目的達成のためにその制約がやむをえないものとして要請される場合に限り、許容される (BGE 99 Ia 262 ff.)。くわしくいうなら、官吏の意見表明の自由は、同人の属する官庁の正当な要求と比例する場合にのみ制限され、意見表明の自由が基本権として保障されたものであることを踏まえることなしに同人の再任を拒否することはできない (これにかんしては、S. MÜLLER, a. a. O. — Anm. 30 —, 官吏の再任については S. 50 ff.)。

(未完)

