

紹介

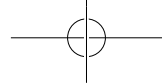
新スイス連邦憲法

—ヘフェリン＝ハラール＝ケラー共著にもとづく紹介—(9)

小林 武

目次

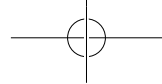
- I 紹介にあたって
- II スイス連邦憲法の歴史と特質 (以上、本誌17号)
- III ヘフェリン＝ハラール＝ケラー共著の主要内容の紹介
- 原著者の序文
- 目次の大略
- 第1編 総 則
- 第1節 スイス連邦憲法の特質 (以上、本誌18号)
- 第2節 連邦憲法の歴史 (以上、本誌19号)
- 第3節 公法の解釈
- 前 言
- I. 解釈の課題
- II. 多様な解釈方法 (以上、本誌20号)
- III. 解釈における方法論的多元主義
- 1. 憲法解釈の際の一般的解釈規定
- 2. 様々な解釈方法の均衡的結合
- 3. 理性的かつ実践的結論のための配慮
- IV. 公法における欠缺の治癒
- 1. 解釈と欠缺の治癒
- 2. 法律欠缺の概念
- 3. 法律の欠缺と法律の適格な沈黙
- 4. 憲法典における欠缺



- 5. 欠缺治癒の際の優先順位
- V. 法律の憲法適合的解釈
 - 1. 課題と適用領域
 - 2. 憲法適合的解釈の適用の前提
 - 3. 憲法適合的解釈の限界 (以上、本誌21号)
- IV. 国法の国際法適合的解釈
- 第4節 連邦憲法を支える基本価値
 - I. 法治国家的要素
 - 1. 形式的意味における法治国家
 - 2. 実質的意味における法治国家
 - II. 民主主義的要素
 - III. 法治国家と民主主義：内部的関連と緊張関係
 - IV. 連邦国家的要素 (以上、本誌22号)
 - V. 社会国家的要素
 - VI. その他の基本的価値、とりわけ持続性の原則
- 第5節 スイスの、国際社会との関係
 - I. ヨーロッパの整序
 - II. 地球的な協定への参加
 - III. 新連邦憲法における外交関係
 - IV. 補説：永続的なスイスの中立 (以上、本誌23号)
- 第2編 基本権
- 第1章 基本権総論
- 第6節 概念、法的基盤および機能
 - I. 概念
 - 1. 一般的な概念規定
 - 2. 人権についての自然法論との関係
 - 3. 基本権の種類
 - 4. 直接に適用可能な権利としての基本権
 - 5. 憲法適合的な個人権としての基本権

- II. 法的根拠
 - 1. 連邦憲法
 - 2. 邦憲法
 - 3. 欧州人権規約
 - 4. その他の人権条約 (以上、本誌24号)
- III. 機能
 - 1. 基本権の多様な動因
 - 2. 基本権理解の変遷
 - a) 国家に対する防御権としての基本権
 - b) 形成的な基本権理解
 - 3. 基本権侵害の結果
- 第7節 基本権の名宛人
 - I. 総則
 - II. 国家機関に対する拘束
 - 1. 立法者
 - 2. 統治と行政
 - 3. 司法
 - III. 公的機能の支担者すべてに対する拘束
 - IV. 第三者効力の問題
 - 1. 問題
 - 2. 直接的第三者効力と間接的第三者効力
 - 3. 連邦裁判所判例
 - 4. 新連邦憲法による第三者効力への顧慮
- 第8節 基本権の名宛人
 - I. 自然人と法人
 - 1. 自然人 (以上、本号)
 - 2. 法人 (以下、次号)

紹介者の註： 本文所掲のスイス連邦憲法などの条文の翻訳



III. 機能 (Funktionen)

1. 基本権の多様な動因

基本権の確保 (Gewährleistung) は、今日、実質的意味における法治国家の本質的要素を形づくっている。

それは、歴史的には、ジョン・ロックのような哲学者によって探求され、アメリカの「権利の章典」(Bill of Rights) (その最初のもは1776年のヴァージニア権利章典) および1789年のフランスの「人および市民の権利宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) で告げられた、絶対主義への反動としての、国家による侵害から保護された個人の自由領域によって国家を限界づけるといふ思考を示すものである。この自由の動因 (liberal Motivierung) は、同様に、自由権を根拠づけており、とりわけ個々の人間の最高の人格的領域において保障されるところの、不可分の諸自由権 (Freiheitsrechten) (例えば、人格的自由、信教の自由、婚姻の自由) を意味する。

さらに、自由権は、民主主義的機能 (demokratische Funktionen) をも有している。「自由権なくして民主主義は機能しない」(FLEINER GIACOMETTI, S.245; N.179も参照せよ)。このことが自由な政治的討論と意思決定のためにもつ意味は、とりわけ社会的コミュニケーションが支えている共同体と関連した自由権の場合に示される (とくに、意見・情報・メディアの自由、集会の自由、結社の自由)。しかし、人格的自由も、また一定程度の経済的自立 (財産権保障、経済的自由) も、民主主義にとって重要である。

良心の自由は、特別の連邦国家的機能 (bundesstaatliche Funktion) を有しており、つまり、連邦国家における統合のための重要な役割を果たしている。このことは、居住の自由にも、また経済的自由にも、さらに各邦の防衛的措置にもあてはまる。

財産権保障と経済的自由は、個人の発達可能性だけでなく、経済的自由競争 (freiwirtschaftlichen Wettbewerb) にも資している。この2つの自由権は、しばしば、精神的、宗教的および政治的要求において人の発達を確保するところの精神的自由権 (ideelle Freiheitsrechte [Libertés idéales]) とは異なる、経済的自由権 (wirtschaftliche Freiheitsrechte [droits matériels]) として特徴づけられている。

精神的自由権にはアприオリに、より高次の価値、つまり「優越的地位」(preferred

position) を認めるというテーゼは、しかし、リベラリズムによって経済的自由を時に応じて強調するのと同様に、問題である。

連邦裁判所は、BGE 96 I 586 E.6, Aleinik 事件において、意見表明の自由を取り上げ、民主主義的意思形成にとっての機能的意義を理由に、優越的扱いを受け容れた。

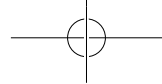
法的平等 (Rechtsgleichheit) の原則は、人間の尊厳 (Menschenwürde) から導かれる。それは、国家に対して、すべての人についてそれぞれの個性的人格において同等の価値を認め、それぞれを相応しく処遇することを義務づけるものである。自由と平等の間には理念上も歴史上も緊密な関係があるにもかかわらず、法的平等との間で緊張関係を置かれている (Vgl. HALLER/KÖRZ/GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, S325f.)。

新連邦憲法が、恣意禁止 (Willkürverbot)、信義・誠実 (Treu und Glauben) にもとづく取扱いの命令および特別の手続的権利 (Verfahrensrechte) を自律した基本権にまで高めた広範な法治国家的保障は、とりわけ、国家が、女性市民と男性市民を、原理的な平等 (elementare Gerechtigkeit) および手続的公正 (prozedurale fairness) を具えた間尺でもって尊重すべきであることをとりわけて要請している。

20世紀の諸憲法における社会的自由権 (soziale Grundrechte) の錨着は、人間の尊厳 (Menschenwürde) とともになされたものである。生存に不可欠な給付への最低限度の国家的保障がなされてこそ、すべての人にとって尊厳ある生存が可能となる。極限的 (stossend) な社会的不平等の是正を国家的措置によって成し遂げることは、また、たとえば、無償の初等教育 (さらに、国際人権規約13条の定める、形成への継続教育の権利 [weiter gehenden Recht auf Bildung] を含む) の場合にとくに明らかになるような機会 (Chancengleichheit) の実現にも寄与するものである。国家による社会的給付への請求権を認めることは、社会的弱者にとっては、むしろ、彼らが自由権によって守られた自由領域を全般的に (überhaupt) 意義のあるものとして用いるようにするための前提を提供するものである。

2. 基本権理解の変遷

基本権の射程と機能にかんする理解は、すでに確定したものとなっているわけで



はなく、変遷を受け容れるものである。このことは、とりわけ自由権 (*Freiheitsrechte*) にかんしては完全に妥当する。自由権の機能は、従来は、国家による侵害を防止することに尽きていたが、現在では、同時に、全法秩序に貫徹すべき客観的な基本的規範であると解されている。

a) 国家に対する防御権としての基本権

自由権によって、個人 (*Einzelnen*) は、自身の自由領域において、国家による侵害から保護される。個人はその侵害を防ぐことができるのである。国家は、自身の側で忍耐 (*Dulden*) しあるいは放任 (*Unterlassen*) することを義務づけられている。自由権は、こうした防御的機能の中に、その第一義的な役割を有しているのである (*In dieser Abwehrfunktion der Freiheitsrechte liegt ihre primäre Aufgabe*)。

かつて、人は、自由権の意義について、それは、その「消極的地位 (*status negativus*)」において、つまり自由権によって保障された「国家からの自由」においてもっぱら防御的機能 (*Abwehrfunktion*) の中に見出されるとしていた (いわゆる「消極的 (*negatorisch*)」ないし「防御的 (*defensiv*)」基本権理解)。FRITZ FREINER は、自著においてつぎのように述べている：

「個人的自由権は、個々人に、その自然な活動可能性と所有権を、国家の干渉を受けることなく自由に活かすことのできる可能性を賦与している。それゆえ、自由権は、国家の権限の否認を意味するものではない。」(*Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S.318*)

連邦裁判所は、つとに、自由権は国家に対する防御権にすぎないことを常に強調してきた。Vgl.z.B. BGE 105 Ia 330 E.3d, Meier 事件；

「連邦裁判所は、いかなる財産権者も、市民をその権利領域において国家の侵害から保護しているところの、生存保障および自由権としての財産権保障から国家の給付を請求する権利を導き出すことはできず、……とりわけて、居住の自由

の行使のための前提を形成しているところの公共住宅の開発と提供を請求することはできない、という旨を、繰り返し確言しているところである。」

b) 形式的な基本権理解

ドイツの学説およびドイツ連邦憲法裁判所判例の影響のもとに時間をかけて形成されてきたのは、あらゆる法秩序の中で担われ、かつ国家的処務 (*staatliches Handeln*) を完全に普遍的に定めているところの、客観的な基本原則規範の機能 (*Funktion von objektiven Grundsatznormen*) も、諸自由権に、その防御的機能を超えて妥当する、という理解である。

すでに、PETER SALADIN は、1970年に刊行されたバーゼル大学に提出の教授資格論文において、基本権の構成的機能についての彼の基本的な考えを提示している；

「それ (すなわち、基本権) は、法秩序のもっとも細密な分枝にまで作用を及ぼしている憲法規範として理解されなければならない。基本権は、たんなる国家による禁止および支配の放棄によってではなく、全体的で適切な法秩序がその基本理念の実現の追求に努力する場合にはじめて充足される。」(*SALADIN, Grundrechte im Wandel, S.295*)

こうした、極端に公式化された理解を、学説・判例ともに強く刻印しており、同じく新連邦憲法においても確固としたものとなっている。

連邦憲法35条は、基本権の実現 (*Verwirkung der Grundrechte*) というタイトルの下、構成的な機能を引き出している。第1項は、基本権は全法秩序において妥当するものでなければならない、と定めている。それによって次のことが明らかになる。すなわち、基本権 (それは、実際上の意味では自由権と同じである) は、国家によって積極的な予防 (*Vorkehrung*) を貫徹し、また保護することを要求する客観的な基本原則規範 (*objektive Grundsatznormen*) である。第2項が述べているのは、すべての国家的課題の活用 (*Wahrnehmung*) は基本権制約に条件づけられているということである (参照、N.276f)。第3項は、第三者効力について語っている (参照、N.278ff)。

かつては、国家の干渉 (Eingriff) の阻止だけが論じられていた自由権については、構成的な基本権理解がつぎのような結論を導くことになる；すなわち、自由権は、国家に対して、たんに受忍 (Dulden) ないし不作為 (Unterlassen) のみを求めるものではなく、積極的行為を義務づけているのである (たとえば、平等処遇、手続保障および社会的基本権にかんしては国家のなすべき給付義務が特別の憲法規範にもとづいて生じている)。とりわけ、国家には、基本権が国家による侵害行為または私的団体による権力行使にさらされた場合、〔基本権の〕保護義務 (Schutzpflicht) が義務づけられている。こうした目的に仕えるものは、たとえば、生命、健康および私的領域の保護にかんする刑法上および私法上の規範である。

行政府 (Exekutive) もまた、執行 (Handeln) を義務づけられることがある。つまり、〔行政〕官庁は、表現および集会の自由にもとづいて、「公の根拠をもって、適切な措置——すなわち、十分な警察の保護の保障——によって、公的な告知を事実上即しておこない、また、対抗領域で妨害されず、阻止されないようにすることを配慮する義務を有している」(BGE127 II 64 E.3b auf S.169, 労働党事件)。これらの判例においては、基本権は、(集団示威行動参加者の側で) 保障され、また同時に (対抗集団示威行動参加者の側で) 制約される。それゆえ、警察は、矛盾し合う利益を衡量するだけでなく、法律的根拠 (緊急の場合には警察的一般条項) が干渉 (Intervention) のために存在しているかどうかを審査しなければならない。PIERRE TSCHANNEN (§7Rz.73ff.) は、危機 (Gefahr) にかんして、次のように指摘している。すなわち、「基本権保護義務」の理論は、侵害には法律上の根拠が求められる基本権は、他の基本権を充足させ、またそれによって合法性原理を空洞化することに導くのである。

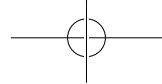
例外として、むしろ問題となりうるのは、国家による給付を裁判により請求すること (justizable Ansprüche auf staatliche Leistungen) である。多数説は、そうした請求権を、国家による侵害または特別地位関係 (Sonderstatusverhältnis) に限定している。それは、たとえば、人間の尊厳に適する拘束および刑の執行を求める受刑者の権利——とりわけ、健康な扶養、医療の供給および十分な運動の請求を含むもの——に妥当する。

いずれにせよ、裁判所が、一個の自由権から直接に、個人への国家の給付義務 (Leistungspflicht) ないし行為義務 (Verhaltenspflicht) を引き出そうとするときには、抑

制的態度が求められる。それで、民主的手続 (立法手続、議会による財政拠出の許可) および私的自治にもとづく私法の規定に引き上げられる。そうした思考は、JÖRG PAUL MÜLLER (Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S.46ff.) が、次のような論理によって整理を試みている。すなわち、彼は、それぞれの基本権を3つの部分に区分けするのであるが、それは、直接に請求できる根拠をもつ部分、プログラムのな層およびたんなる法適用の際の側面的な機能、である。ただ、上記の最初の部分にかんしては、法適用 (とりわけ、裁判官による法発見) の分野では、一個の自由権から独立した請求権が導かれる。プログラムのな層が問題となる場合には、立法者がいかに考えるかにかかるのであり (「立法委任としての基本権」 Grundrechte als Gesetzgebungsaufträge)、これを具体化するにあたっては、高度な形成の自由 (erhebliche Gestaltungsfreiheit) が必要とされる。

それで、たとえば、裁判官は、連邦憲法17条にもとづいて、新聞の発刊を禁止することを違憲とするのであるが、他方、立法者は、民主主義における新聞の多様性の意義を評価するために、「新聞の死」(Zeitungssterben) に対抗して何を企図できるかを決定しなければならないのである。基本権の側面迂回的 (flankierend) な機能は、不確定な概念の解釈の際に、基本権を支えている価値決定が優越している場合に現出するのである (とりわけ、間接的第三者効力の意味において)。憲法適合的解釈およびヨーロッパ人権条約 (EMRK) 適合的解釈については、N.153および165を参照せよ。

単純法律 (einfaches Gesetzrecht) は、今日では、それは、当該法律が適切なものと看做され、また連邦憲法190条の枠に収まっている限りで、基本権を顧慮して解釈されるのである (間接的第三者効力の事例については、N.286を参照せよ)。法律適用の際の基本権への考慮にかんする明瞭な事例については、連邦保険裁判所 (Eidgenössischen Versicherungsgericht) の一判例の中に見出されるが、それは、傷害保険 (Invalidenversicherung) の下位規定の改正にかんするものである (BGE 113 V 22)。ある傷害者は、住居地から仕事の場所への交通にかんして自動車が必要であることを要求したが、補償金庫 (Ausgleichskasse) は、自動車への財政援助を拒否した。それは、当該被保険者 (Versicherte) が住居地を転々としており、そのために通勤距離が延伸したことによるのであって、傷害によるものではないことを理由としていた。しかし、当時妥当していた損害填補義務にかんする法律規定は、寄付の申請



(Beitragsgesuch) を拒否することを正当とするものであるが、それは、被保険者を益する解釈を排除するものではない。そこで、裁判所は、法規範を、訴願提起者の居住の自由および経済的自由を援用して (unter Heranziehung) 解釈し、その参加請求権を肯認したのである。裁判所は、JÖRG PAUL MÜLLERを引き合いに出して、371頁において次のように詳述している。

「被保険者の優先的な損害軽減義務 (Schadenminderungspflicht) にもとづく保険給付の拒否は、伝来的意味における基本権侵害を意味するものではない。なぜなら、居住地または勤務先を——自己の負担によってあるいは権利主張 (Inanspruchnahme) をする第三者の下で——換えることは禁じられるからである。……しかしながら、保険給付の拒否は、住居の移転 (Wohnsitzverlegung) を困難にし、もしくは不可能にするのであって、それによって同人の基本権利用の確保は、間接的に (mittelbar) 損なわれる。すなわち、それにより、事実上の基本権侵害が結果するのである。……このことは、国家のする侵害だけでなく給付行為をも基礎づけているものであり、近時の連邦裁判所判例となっている。」

BGE 134 I 105 E.6 において、連邦憲法裁判所は、家族と家族生活の尊重とを要求する権利 (連邦憲法14条およびヨーロッパ人権条約8条) を、社会保障の権利の給付規範の解釈の際に顧慮している。さらに、BGE 135 I 161を参照せよ。

STEFAN SCHURER (Die Verfassung im Zeichen historischer Gerechtigkeit—Schweizer Vergangenheitsbewältigung zwischen Wiedergutmachung und Politik mit der Geschichte, Zürich 2009, S.187, 210f., 311ff., 379ff., 417f.) は、たとえば基本権の核心領域に対してなされた介入を遡及的に是正するよう立法者に働きかけるような基本権は、その構成的で客観法的な局面において、過去に遡及 (zurückwirken) して機能しうる、と指摘している。適用事例；ナチス期の亡命者の救済にあたった人々 (Flüchtlingshelfer) に対する有罪判決の取消にかんする2003年6月20日の連邦法律 (SR371)。

3. 基本権侵害の結果 (Folgen)

連邦憲法35条から、国家に対して基本権の貫徹 (Durchsetzung) にとって適切な手続を設定する義務が導かれる。その際に、憲法裁判権には特別の意味が随伴する (Vgl. 7.Teil)。基本権に適合する状況の回復 (Wiederherstellung) がもはや可能でない場合には、代償的な措置が講ぜられる。たとえばそれは、不法な自由の蹂躪 (Freiheitsentzug) の際の損害賠償請求 (Vgl. N.863) また基本権侵害によって生じる証拠物件の利用禁止 (Verwertungsverbote für Beweismittel) (Vgl. N.861a und 867) のような措置である。その他には、全体の立法において、また法適用の際に、基本権が援用される。このことは、また、国民イニシアティブ (Volksinitiative) の処理にあたっても妥当する (これについては、MARTENET, La réalisation des fondamentaux, S.244; vgl. Auch N.79a)。

第7節 基本権の名宛人 (Adressaten der Grundrechte)

I. 総則 (Allgemeines)

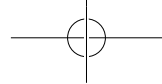
基本権の名宛人は、国家活動のすべてのレベル (連邦、邦、自治体) (alle Ebenen der staatlichen Tätigkeit (Bund, Kantone, Gemeinde)) における あらゆる国家機関 (sämtliche Staatsorgane) である。

基本権が私人間の法的関係にも及ぶか否か (「第三者効力」 (Drittwirkung) か、それとも「水平的効力」 (Horizontalwirkung) にとどまるか) については、争いのあるところである。

II. 国家機関に対する拘束

1. 立法者

社会的な紛争がいかに解決されるべきかは、憲法上の基本権から一義的に決まるものではない。立法者は、法律制定行為にあたって、きわめて広範な形成活動領域を委ねられている。しかし、基本権が立法者を制約しており、それで連邦裁判所は、基本権を違法な仕方では制約している邦の法律規範を取消し、あるいは不適用を命じ



ることを常におこなってきた。また、連邦の立法者も、基本権に制約される(連邦憲法190条は、裁判所による是正可能性にも言及している)。

2. 統治と行政 (Regierung und Verwaltung)

基本権は、政府また行政官庁によって、法律適用、行政内部の争訟の裁定、法律の準備および命令の制定の際に尊重 (beachten) される。

3. 司法 (Justiz)

裁判所は、すべて、法発見 (Rechtsfinden) に際して基本権を考慮に入れ (Rechnungs tragen) なければならない。その際に、裁判所は；

- 基本権を侵害している規範は、適用を拒否される (連邦憲法190条)、
- 基本権を侵害してなされた個別行為は取り消され、かつ、
- 不確定法規範の解釈の際に、基本権の中に含まれている価値決定を顧慮 (berücksichtigen) する。

基本権の執行と具体化にとっての中心的意義は、邦の法制定行為に対する抽象的規範統制を含む憲法裁判権を連邦憲法裁判所が有していることにある。

III. 公的機能の支担者 (alle Träger öffentlicher Funktionen) すべてに対する拘束

連邦および邦ならびにその他の公法上の法人は、それらが、たとえば債務法上の規定に適合した売買契約を締結し、そして、委託 (Auftrag) または製造請負契約 (Werkverträge) に委ね、あるいは、公的負債を自然人および私法上の法人による配慮を受けるような場合に、私権を主張する。

従来は、判例は、そうした事例における基本権の制約を否定していた。学説の一部は、「憲法上の制約、とりわけ基本権や法原則などは、行政権の措置の作

法と構造は考慮されず、そこで用いられている法形式を無視している(このように述べているのは、RÉNE A. RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht—Öffentliches Recht--Strafrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M.1985,S.306)。

連邦憲法35条2項は、国家的課題が擁護しているすべてのものは、それを実現させるには基本権に拘束されまた義務づけられるということ、明瞭にしている。その際に、一方では、私権主体として現われる国家が受ける基本権による拘束 (Grundrechtsbindung des als Privatrechtssubjekt auftretenden Staates) が生じ、また他方では、国家により委託された課題を遂行している私人 (Private, die vom Staats übertragene Aufgabe wahrnehmen) が基本権に拘束される結果となる。しかし、連邦参事会 (Bundesrat) の見解によれば、法適用機関 (Instanz) には、「委任された課題またはその担い手に応じて格別に扱う十分な余地が」確保されている、とされる (BBI 1997 I 193)。

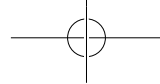
公的交通手段の利用にかんする規制料金の引き上げとの関連で、連邦参事会は、連邦鉄道は私法の適用領域において基本権を制約されることを強調した (BGE 136 II 457 E.2.4)。スイスラジオ・テレビジョン会社 (SRG) は、宣伝の領域では私法に服しつつ、意見表明の自由を考慮される。それは、宣伝も、そのプログラムの認可あるいはプログラムの委託と緊密に関係しているからである (BGE 136 I 158 E.3.2,Verein gegen Tierfabriken)。

IV. 第三者効力の問題 (Frage der Drittwirkung)

1. 問題 (Problem)

筆者たちは、次のような事例を立てて、問題を眼前に示しておきたい。すなわち、ある新聞の傾向 (Richtung) が、財政力のより強力な私企業に適合しないとして、広告ボイコット (Inseratenboikott) がおこなわれた。当該新聞 [社] にとっては、引き続き存続するには、その広告からの収入が必須であった。

「否定的基本権理解」 (negatorisches Grundrechtsverständnis) の意味では、つぎのよう



に受け取られる。すなわち、自由権は、排他的に、国家による個人に対する侵害の排除を意味するから、新聞の自由 (Pressfreiheit) は、この事例においてはけっして侵害されたことにはならない、と。しかしながら、メディアの自由を保障している連邦憲法17条を、客観的基本原則としての構成的な基本権認識において理解するとき、人は、企業の行態において、新聞の自由の侵害を認めることができる。このような理解は、民主主義の機能化にとって不可欠なものである新聞の制度的確保 (institutionelle Sicherung) は公的見解を支えまた広めるものとする見地に立っており、また、この目的設定は、上述のような重大な結果を生む広告ボイコットによって挫折させられるからである。

問題の解決は、単純ではない。国家によって指導されたり、財政援助を受けたりしない新聞は、購読者からの収入と、とりわけて広告を当てにしており、国家の介入は、経済的自由 (連邦憲法27条) と矛盾する状態となるような上掲の事例 (当該新聞上に上記の範囲で広告を出す企業による強制力行使の事例) においておこなわれるのである。

その他の自由も、権力を行使する私人 (Machtausübung Privater) ——とりわけて強力な団体および経済組織——によって、国家による干渉から受ける以上の侵害を被っている。したがって、問題は、現実的な形で提起されている。すなわち、自由権および必要とあればその他の基本権については私人間関係にも「第三者効力」が及ぶか否か、また言い換えれば、私人も基本権によって保護された展開可能性を尊重されるか否か、である。

2. 直接的第三者効力と間接的第三者効力

直接的第三者効力 (direkte Drittwirkung) のテーゼによれば、基本権は、私法関係への直接的拘束の意味において作用する。この観点は、スイスでは稀にしか主張されない。

間接的第三者効力 (indirekte Drittwirkung) を認めるときは、不確定な法概念 (とりわけ民事法および刑事法の一般規定および不確定概念) の解釈の際に基本権に依拠することから始めることになる。そのような規範は、基本権適合的に解釈されなければな

らない。

3. 連邦裁判所判例

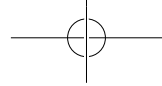
BGE 80 II 26, Seelig 事件の判決では、以下の事実関係を確認することができる。すなわち、映画批評家である Seelig が《Tages-Anzeiger》紙上で、あるチューリッヒの映画館 (Kino) において上映中の映画について貶すような批評を公にしたところ、映画館所有者 (女性) は、彼に対して映画館への立ち入りを禁止した。これについて、Seeli は、ZGB28条の意味における人格権の違法な侵害であると主張した。彼が自ら提起した訴え (Rüge) において主張したのは、「個人の出版・情報の自由」が侵害されたということであったが、連邦裁判所は、E.6bの中で、連邦憲法55条のaに錨着された出版の自由は市民と国家の間の法的関係を排他的に定めたものである、との結論を導いた。

これに対して、裁判所は、BGE 86 II 365, Vertglas 事件において、ボイコット措置はZGB28条 (カルテル法は当時まだ制定されていなかった) に適合するとの判断との関連で、経済的自由に味方した。自由競争は、自由な合意によってでも排除されるならない。裁判所は、E.4cの中でそのように明言している；

「われわれは、集団的措置をとおして、他者に競争への長期的また一時的な参加を可能にし、あるいは困難にすること、または、他者に制約を強いることを図り、そうしたもつである場合には、私的關係に介入し、取引および営業の自由への私的権利を侵害することもあると言える。」

連邦裁判所は、多数の判例の中で、私法および刑事法の開かれた規格化についての解釈の際に、さまざまな基本権を間接的第三者効の意味で考慮している。たとえば；

BGE 101 IV 167E.5, Fink 事件であるが、騒動者から演説会を守るべく講演者を妨げるような強制措置を、StGB181条の意味において違法であるとした。裁判所



は、講演者の意見表明の自由およびその意見を知らうとする聴衆の自由が、この強制措置によって侵害された旨、述べている。

BGE 131 IV 23E.3, *Jürg Scherrer* 事件は、次のごとくである。意見表明の自由について、政治的議論にかんしては、StGB261bis 条第4項の意味において、軽々にして低く評価されまた差別されることが見受けられるが、認めることはできない。

BGE 132 III 641E.3, *Kessler-Bösch* 事件では、ZGB 28条2項の意味における人格権侵害 (Persönlichkeitsverletzung) にかんして抵抗権 (Wiederrechtlichkeit) の判断をする際に、メディアの利益と被侵害者の利益とは、情報の委託 (Informationsauftrag) の充足を基準にして衡量 (abwägen) されるべきであるとしている。

4. 新連邦憲法における第三者効力への顧慮

近時の連邦裁判所判例および支配的学説は、連邦憲法35条3項について、一致して次のように理解している。すなわち、基本権は私人間にも「それが私人について固有のものであるかぎり」(soweit sie sich dazu eignen) 妥当する。この「第三者効力適合 (Drittwirkungseignung)」の解釈にとつての必須の前提は、法律制定と法適用に、決定の際の広範な活動領域を残しておくことであり、その領域においては、基本権が、援用され、また解釈の場合には考慮すべき価値衡量の視点とされるのである。

他方、連邦憲法35条3項からは、間接的第三者効力 (indirekt Drittwirkung) のみが導かれるが、男性と女性が同一価値の労働で同一賃金を請求できることを定めた連邦憲法8条3項第3文は、間接的第三者効力の意味において私法上の労働契約を直接的な効力をもつものとして扱っている (vgl. N. 793)。とくに、第三者効力の問題は、連邦憲法28条が、団結の自由 (Koalitionsfreiheit) にかんして規定している (vgl. N. 571f.)。

第8節 基本権の名宛人 (Adressaten der Grundrechte)

連邦憲法の基本権にかんする章は、基本権の支担者を示すために、さまざまな形式化や技術を用いている。一定の基本権 (例えば、法的平等。連邦憲法; 8条) はあら

ゆる「人間 (Menschen)」が有しており、また他の基本権 (例えば、信仰および良心の自由; 連邦憲法15条2項および3項) はすべての「人 (Person)」に認められるが、これとは異なり、別の基本権 (例えば、言語の自由 (Sprachenfreiheit); 連邦憲法18条) は、支担者との関連なく保障される (参照、これにかんしては、ANDREAS KLAY, *Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung*, ZBJV 135 [1999] 333ff.)。とりわけてそこからは、基本権が妥当するのは自然人 (Person (Menschen)) のみであるのか法人も含むべきかにかんする結論を引き出すことはできない。

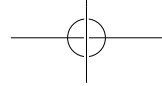
I. 自然人と法人

1. 自然人 (Natürliche Personen)

自然人は、すべての基本権の支担者でありうる。

基本権は、未成年者 (Minderjährigen) も有している。連邦憲法11条は、まずもって議会審議をとおして基本権カタログの中に入れられたのであるが、その1項において、子どもおよび青年は「とくに自己を傷つけられず、その成長を促進することを請求する権利を有する」旨定めている。この規定の直接的な請求権的意味については争われている。連邦裁判所は、一方で、連邦憲法11条のプログラムの性格を強調した (BGE 126 II 377 E.5, 居住許可の請求、ならびに2002年3月28日の連邦裁判所判決; in ZBI 108 [2007] E. 4.2)。他方で、連邦憲法は、同じ連邦憲法11条にもとづいて、社会的基本権の意味においてとらえている (BGE 132 III 359E. 4.4.2)。連邦憲法11条の正しい意味内容は、最近になって具体的に明らかになっている。連邦憲法11条1項は、とくに、他の基本権保障との関連で直接に請求できる根拠となりうるといえる。その際、とりわけて、ヨーロッパ人権条約 (EMRK) 8条、子どもの権利にかんする国連協定12条 (UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes) (vgl. N.243 und 245)、および、国際的児童誘拐に対する私法上の観点にかんするハーグ協定 (Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung :SR 0.211.230.02) が顧慮される。

出生の時点を決めているのは、憲法ではなく、ヨーロッパ人権条約である。ヨーロッパ人権裁判所の見解にもとづいて、ヨーロッパ人権規約2条がこの問題を開い



たままにしておいた (Vo. v. Frankreich, EGMR-U vom 8.7.2004 [Grosse Kammer], no. 53924/00, EuGRZ 2005, 568)。胚 (Embryonen) は、基本権の支担者ではないが、未来の子どもの完全無欠の権利 (Integritätsrecht) を出生前の局面で発展させるものである (RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S.93ff. und 2272ff.)。妊娠中絶についてはN.345を参照せよ。胚の憲法上の地位にかんする詳論は、1995年11月17日の司法に対する連邦公務員の鑑定意見 (Gutachten, in:VPB 60(1995)Nr. 67, S.575ff. とくにS. 587)。

誰が基本権の支担者 (Grundrechtsträger) であるかという問題は、基本権成年者 (Grundrechtsmündigkeit) であるかという問題とは区別される。未成年者は、基本権成年が民法上の成年 (ZGB14,15条) にすでに達している場合には、(両親または後見人なしに) 自身で、いずれにせよ、基本権の侵害に対して訴訟の提起をすることができる。このことは、たとえば、信教の自由の場合に妥当する (vgl. ZGB 303条, N.432)。さらに、判断能力のある未成年者 (Unmündige) または成年後見 [佐佐・補助] 人 (Entmündigte) は、その人格上の権利を自ら主張することができる (vgl. N.1994)。連邦裁判所は、BGE 134 II 235において、ある医師に課せられた罰金の決定を認容したが、その理由としたのは、この医師は、苦痛を伴う骨の治療に逆らった13歳2か月の女性患者の意思を考慮せず、付き添いの母の同意のみにもとづいて処置をしたことにある。連邦裁判所は、この判断にあたって、児童の権利にかんする条約 (KRK) 12条 1 項をも参照している。それは、子どもの意思については、とりわけそれが関連している要件に合致し、またその年齢と成熟度が考慮されなければならないという旨の規定である。連邦憲法11条 2 項は、子どもおよび青年は「その判断能力の範囲内で権利を有する」と定めているが、そこから導かれるものは、判断能力のある未成年者は基本権 [を享有できる] 成年者 (Grundrechtsmündige) でもあり、いずれにしてもそこでは、人格に近接した基本権が問題となるのである (これについては、WERBER-DARLER, Träger der Grundrechte, Rz.15)。親は子どもの権利を保護しなければならない、というとき、それは、児童の権利にかんする条約12条によって、裁判および行政上の聴問手続に参加し、それが可能な範囲で自己の権利を形成する権利を有することを意味するのである。そして、この聴問の権利 (Anhörungsrecht) は、離婚手続きにおける親権の割り振りの際にとりわけて重要である。

人であること (Persönlichkeit) は、ZGB 31条 1 項にもとづき、死亡とともに終焉す

る。それゆえ、死者には当事者能力はなく、何人も、その名をもって訴訟をおこない、あるいは訴願 (Beschwerde) を提起することはできない (BGE 129 I 302 E.1.2, 死後人格訴訟)。つまり、基本権は、人 (Menschen) の死にかんして妥当する余地はなく (vgl. N.369a)、最も近い親族が、故人との関係を理由にして自己の人格権の中でかかわる、という範囲でのみはたらくのである (BGE 129 I 173 E. 1.3, 葬儀 [Bestattung] にかんする配列事件)。

2. 法人 (Juristische Personen)

[以下、次号]

紹介者の註： 本文所掲のスイス連邦憲法などの条文の翻訳

(スイス連邦憲法の条文については、紹介者 [小林] の『愛知大学法学部 法経論集』188号 [2011年] 109頁以下所掲の訳を土台にして、奥田喜道訳 [初宿正典=辻村みよ子編『新解説 世界憲法集 (第5版)』三省堂・2020年] 251頁以下、平松 毅ほか訳 [ワルター・ハラー原著、平松・辻 雄一郎・寺澤比奈子訳『スイス憲法—比較法的研究—』[成文堂・2014年] 205頁以下、および、山岡規雄訳 [高橋和之編『新版 世界憲法集 (第2版)』[岩波文庫・2012年] 399頁以下を参照した。

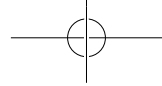
また、ヨーロッパ人権条約、国際人権A規約および児童の権利にかんする条約の翻訳は、山手治之=香西 茂=松井芳郎編集代表『ベーシック条約集 (第4版)』[東信堂・2003年] 所収の訳を参照した。)

I スイス連邦憲法 (1999年4月18日 [施行は2000年4月1日] のスイス誓約者同盟の連邦憲法)

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999

第8条 (法的平等)

- ① 人はすべて、法律の前に平等である。
- ② 何人も、とりわけ、出生、人種、性別、年齢、言語、社会的地位、生活様式、宗教的・世界的もしくは政治的信条を理由とし、または、身体的・知的もしくは精神医学上の障害を理由にして、差別されてはならない。
- ③ 男女は、同権である。法律は、両性の法律上および事実上の平等につき、とくに家族、教



育および労働の分野においてとくに配慮しなければならない。男女は、同一価値の労働について同一の賃金を請求することができる。

- ④ 障害による不利益を除去するための措置は、法律でこれを定める。

第11条 (子どもと青年の保護)

- ① 子どもおよび青年は、とくに、自己を傷つけられないことを請求し、また、その成長を促進することを請求することができる。
- ② 子どもおよび青年は、その判断能力の範囲内で、その権利を行使する。

第14条 (婚姻および家族への権利)

婚姻および家族への権利は、これを保障する。

第15条 (信仰および良心の自由)

- ① 信仰および良心の自由は、これを保障する。
- ② 何人も、自己の宗教および世界観的信条を自由に選択し、また、独りでまたは他と共同してそれを告白する権利を有する。
- ③ 何人も、宗教団体に加入または所属する権利、および、宗教教育を受ける権利を有する。
- ④ 何人も、宗教団体に加入もしくは所属し、宗教的行為をおこない、または、宗教教育を受けることを強制されない。

第17条 (メディアの自由)

- ① 出版、ラジオおよびテレビジョンならびに他の形態で情報を公的に電信技術により流布する自由は、これを保障する。
- ② 検閲は、これを禁止する。
- ③ 編集の秘密は、これを保障する。

第18条 (言語の自由)

言語の自由は、これを保障する。

第27条 (経済的自由)

- ① 経済的自由は、これを保障する。
- ② 経済的自由は、とくに、職業の選択および市経済的営業活動への自由な参入ならびにその自由な遂行を含む。

第28条 (団結の自由)

- ① 女性被傭者および男性被傭者、女性雇用者および男性雇用者、ならびに、それらの組織は、

その利益を擁護するために集合し、統一体を形成し、および、それに参加し、またはそれと関係をもたない権利を有する。

- ② 争議は、可能な限り交渉と斡旋によりこれを收拾しなければならない。
- ③ ストライキおよびロックアウトは、それが労働関係とかかわりがあり、かつ、労働平和を擁護し、または調停の交渉に導くいかなる義務をも妨げない限りで、許容される。
- ④ ストライキが禁止される人の範囲については、法律によりこれを定めることができる。

第35条 (基本権の実現)

- ① 基本権は、あらゆる法秩序の中で、これを妥当させなければならない。
- ② 国家的任務の担当者は、基本権に拘束され、その実現に寄与する義務を負う。
- ③ 官庁は、基本権が、それに適している限りで、私人間でも効力をもつよう配慮する。

第55条 (対外政策への邦の協力)

- ① 邦は、自己の権限または本質的利益にかかわる対外政策の決定の準備に協力する。
- ② 連邦は、邦に対し、適時かつ十分に情報を提供し、邦の見解を聴く。
- ③ 邦の見解は、邦がその権限を侵害されている場合、格別に重視される。この場合には、邦は、適切な方法で国際的処務に協力する。

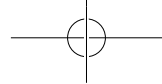
第190条 (準拠法)

連邦法律および国際法は、連邦裁判所およびその他の邦適用官庁を拘束する。

II ヨーロッパ人権条約 (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, EMRK)

第2条 (生命に対する権利)

- ① すべての者の生命に対する権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われない。ただし、法律で死刑を定める犯罪について有罪の判決の後に裁判所の刑の言い渡しを執行する場合は、この限りでない。
- ② 生命の剥奪は、それが次の目的のために絶対に必要な、力の行使の結果であるときは、本条に違反しておこなわれたものとはみなされない。
 - (a) 不法な暴力から人を守るため
 - (b) 合法的な逮捕をおこないまたは合法的に抑留した者の逃亡を防ぐため
 - (c) 暴動または反乱を鎮圧するために合法的にとった行為のため



第8条 (私生活および家族生活の尊重についての権利)

- ① すべての者は、その私的および家族生活、住居および通信の尊重を受ける権利を有する。
- ② この権利の行使については、法律にもとづき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、また、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のため、民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

Ⅲ 国際人権A規約 (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1996, UNO-Pakt)

第13条 (教育についての権利)

- ① この規約の締約国は、教育についてのすべての者の権利を認める。締約国は、教育が人格の完成および人格の尊厳についての意識の十分な発達を指向しならびに人権および基本的侍従の尊重を強化すべきことに同意する。さらに、締約国は、教育が、すべての者に対し、自由な社会に効果的に参加すること、諸国民の間および人種的、種族的または宗教的集団の間の理解、寛容および友好を促進することならびに平和の維持のための国際連合の活動を助長することを可能にすべきことに同意する。
- ② この規約の締約国は、①の権利の完全な実現を達成するため、次のことを認める。
 - (a) 初等教育は、義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする。
 - (b) 種々の形態の中等教育 (技術的および職業的中等教育を含む。) は、すべての適切な方法により、とくに、無償教育の漸進的な導入により、一般的に利用可能であり、かつ、すべての者に対して機会が与えられるものとする。
 - (c) 高等教育は、すべての適切な方法により、とくに、無償教育の漸進的な導入により、能力に応じ、すべての者に対して均等に機会が与えられるものとする。
 - (d) 基礎教育は、初等教育をうけなかった者またはその全過程を終了しなかった者のため、できる限り奨励されまたは強化されること。
 - (e) すべての段階にわたる学校制度の発展を継続的に追求し、適当な奨学金制度を設定しおよび教育職員の物質的条件を不断に改善すること。
- ③ この規約の締約国は、父母および場合により法定保護者が、公の機関により設置される学校以外の学校であって国によって定められまたは承認される最低限度の教育上の基準に適合

するものを児童のために選択する自由ならびに自己の信念に従って児童の宗教的および道徳的教育を確保する自由を有することを尊重することを約束する。

- ④ この条のいかなる規定も、個人および団体が教育機関を設置しおよび管理する自由を妨げるものと解してはならない。ただし、常に、①に定める原則が遵守されることおよび当該教育機関においておこなわれる教育が国によって定められる最低限度の基準に適合することを条件とする。

Ⅳ 児童の権利にかんする条約 (Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention) vom 20. November 1989, KRK)

第12条 (意見を表明する権利)

- ① 締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢および成熟度に従って相応に考慮されるものとする。
- ② このため、児童は、とくに、自己に影響を及ぼすあらゆる私法上および行政上の手続ts好きに置いて、国内法の手続規則に合致する方法により直接にまたは代理人もしくはは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。

(以上)