

基本権競合論 (一)

——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として——

杉原 周治

- 一 はじめに
- 二 基本権競合とその解決方法 (以上本号)
- 三 意見表明の自由と芸術の自由の保護領域の画定
- 四 意見表明の自由と芸術の自由の真正な競合の解決方法
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

基本権の領域では、ある一個の事実関係に複数の基本権が同時にかかる場合が生じる。わが国の学説では、例えば、学問の自由と表現の自由または思想・良心の自由⁽¹⁾、思想・良心の自由と宗教の自由⁽²⁾等の重複が主張されている。この場合、両基本権がどのような関係にあるのか、そしてどちらの基本権がまたは両基本権が適用されるべきかという問題が生じうる。しかし右の学説は、これらの問題に対して、両基本権は特別法・一般法の関係にあるとか、両基本権が重疊的に適用されると述べるのみで、どのような場合に一般法・特別法の関係が生じるのか、どの基本権が同時に適用されるのか、また、これ以外に解決策は存在しないのか、等につき明確な見解を示していない。

他方、ドイツでは、この問題は「基本権競合」の理論により解決が試みられる。ドイツでは基本権競合の問題は、

「基本権ドグマティク (Grundrechtsdogmatik) の重要な一部分」として、古くから盛んに議論されてきた。しかしながら、競合問題の解決方法についてはいまだ定説はなく、個々の基本権の競合がそれぞれ個別に論じられるようになった現在でも、各々のテーマにつき学説・判例上激しく議論がなされている状態である。本稿の目的は、このドイツの基本権競合論を明らかにすることにある。その際本稿は、とりわけ、基本権競合がもつとも激しく議論されている問題の一つである意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として取り上げることにする。両基本権の競合が問題となる背景には、判例・学説が、基本法五条一項で保障される意見と、同三項で保障される芸術の概念を広く解しているという事情がある。かつての学説には、この問題を「保護領域の画定」という手法によって解決しようと試みる者が多くみられた。彼らは、個々の基本権の保護領域を明確に定義することにより、そもそも両基本権の重なり合いを回避しようと考えていた。しかし現在の学説は、意見か芸術かという問題は、もはや保護領域の画定によってのみでは解決し得ないと解し、さまざまな解決策を提唱している。さらに、連邦憲法裁判所が意見表明の自由と芸術の自由の競合につき判断を下した決定の数をも、この問題はもはや無視しえないものとなっている。

確かに我が国でも、ドイツ基本法の保障する意見表明の自由または芸術の自由についての研究は、すでに数多く見られる。しかし、これらの諸研究は、これまで基本権競合論には詳しく触れてこなかった。そのために、わが国の研究は、本来ドイツでは基本権競合論を用いて議論される意見表明の自由と芸術の自由の問題につき、単に、芸術の自由と意見表明の自由は「特別法・一般法」の關係にあり、「このため、芸術的表現は、それが政治的意見表明を含むか否かにかかわらず、芸術の自由によって保護される」とか、両基本権を「小分けにする」として、いかなる観点を区別の指標とすべきかについて、明確な結論はない⁶⁾などと述べるにとどまってきた。その原因には様々な要素が考えられるが、とりわけわが国のドイツ憲法研究者が、①基本法にいう「芸術」の概念を明らかにしてこなかった

点、②保護領域の画定の問題と基本権競合の問題を混同し、これを明確に区別して論じてこなかった点、③一般法・特別法が何を意味するのかを明らかにしてこなかった点、さらに、④そもそも基本権競合とは何かを論じてこなかった点、等が挙げられよう。

本稿は、意見表明の自由と芸術の自由の競合をめぐる議論を素材に、ドイツの基本権競合の理論を明らかにする。そのために、本稿はまず、①基本権の競合とは何か、また競合問題に対してどのような解決策が主張されているかを一瞥する。そのうえで、意見表明の自由と芸術の自由の競合の解決として、②両基本権の保護領域を画定することにより両基本権の重なりを回避することは可能か否か、③さらに、保護領域の画定によっては競合問題を解決しえない場合、つまり両基本権の保護領域が一個の生活領域に同時に含まれる場合、このような基本権の重なりをどのように基準に基づき解決すべきかを、判例・学説の見解を中心に検討する。

二 基本権競合とその解決方法

「競合」の問題は、もともと民法、とりわけ刑法において扱われてきた議論であり、基本権の領域では、後に論じられるようになった。^⑦ シュテルン (Klaus Stern) によれば、「基本権の競合」という概念自体、一九五四年にヒュスライン (R. W. Fülten) によってはじめて用いられた。^⑧ そのため、基本権競合の議論は、刑法または民法上の概念を援用してなされている。

1 刑法・民法における「競合」の概念

(1) 刑法における「競合」の概念^⑨

刑法上、一人の行為者が、一個または複数の行為によって、複数の構成要件を満たした場合に、競合の問題が生じる。¹⁶⁾ 通説は、競合の概念を、「真正な競合」(echte Konkurrenz)と「不真正な競合」(unechte Konkurrenz)とに区分する。真正な競合は、行為が複数の構成要件に該当した場合に生じ、これには「観念的競合」(Idealkonkurrenz)と「実在的競合」(Realkonkurrenz)が含まれる。観念的競合は、「一個の行為が複数の刑罰法規に触れる場合」に生じる。さらに、「一個の行為が一個の刑罰規定に重複して触れる場合」にも観念的競合が生じる。¹⁷⁾ 実在的競合は、「複数の行為が一個の刑罰法規に重複して触れる場合」に問題となる。¹⁸⁾

これに対し、不真正な競合は、「法律の文言によれば複数の構成要件が満たされているが、実際には、第一次的な(primär) 刑法規範が、他の (zweitrangig) 規範を排除して適用される」場合に生じる。¹⁹⁾ このような競合は、「法条競合」(Gesetzeskonkurrenz)や「名目上の競合」(scheinbare Konkurrenz)とも呼ばれている。しかしながら、これらの用語に対しては多くの批判がある。すなわち、「法条競合」に際しては一個の刑罰法規のみが適用されるため、実際には複数の法律の「競合」は名目的なものにすぎない。それにもかかわらず、この状況を「競合」と呼ぶのは、概念上「混乱を招く」(irreführend)という。そこで判例・通説は、「法条単一性」(Gesetzesinheit)という用語を用いている。¹⁶⁾

法条単一性は、通常、「特別関係」(Spezialität)、「補充関係」(Subsidiarität)、「吸収関係」(Konsumtion)の三つに区分される。¹⁷⁾ 特別関係は、ある二個の法律の間に特別法・一般法の関係があり、特別法が一般法のすべてのメルクマールを含み、さらに少なくとももう一つのメルクマールを有していることをいう。この場合、特別法は一般法を排除して適用される。補充関係は、ある刑罰法規が例外的にのみ、つまり他のどの規範も介入しない状況においてのみ、適用が要求されることを意味する。さらに吸収関係は、その定義づけについては争いがあるが、一般に、特別関係にはない適用可能な二個の法律のうちの一方が、その意味と性質から、他方を包含し吸収することをいうとされる。

(2) 民法における「競合」の概念⁽¹⁸⁾

民法上、一個の生活領域が請求権 (Anspruch) の根拠となる複数の規範の構成要件を満たす場合、一個の規範のみが適用されるのか、または複数の規範が同時に適用されるのが問題となる。民法の通説は、このような競合の問題を、①「法条競合」、②「択一競合」(alternative Konkurrenz)、③「重畳競合」(kumulative Konkurrenz)、④「請求権競合」(Anspruchskonkurrenz) の四つに区分して考える⁽¹⁹⁾。

「法条競合」は、「ある請求権規範が他の規範を排除し、その結果、前者の規範のみが適用されること」をいう⁽²⁰⁾。

法条競合は、このように一方の他方の規範の「排除」によって特徴づけられる。しかし、法条競合の概念は学説上様々な意味で用いられているため、ラーレンツ (Karl Larenz) は、この概念の代わりに「規範排除競合」(normverdrängende Konkurrenz) という概念を用いている⁽²¹⁾。規範排除競合が生じるのは、とりわけ、二個の規範が特別法と一般法の関係にある場合である⁽²²⁾。さらに、規範の排除は、特別法・一般法の関係がない場合でも、「排除する規範の目的」によって生じうる。このため学説の中には、「両者を明確に区別するために、前者を「特別法に有利となる法条競合」と呼ぶ者がいる⁽²⁴⁾。「択一競合」は、一個の事実関係から、異なる給付に向けられた複数の請求が可能であり、請求者がこの請求を自己の裁量によって選択しうる場合に生じる。一個の給付に向けられた複数の請求が可能であり、さらに一方の請求の実現により他方が失効する場合には、「請求権競合」が生じる⁽²⁵⁾。「重畳競合」は、一個の事実関係から、複数の規範に基づき、複数の請求がなされうる場合に生じる。

2 基本権の「競合」の概念

右に挙げたような刑法・民法上の概念を、基本法の領域にそのまま応用しうるか否かについては批判が多い⁽²⁶⁾。したがって、基本権の領域においては、刑法・民法とは異なる独自の解釈がなされなければならない。

(1) 基本権競合の要件

学説の一致した見解によれば、「基本権競合」(Grundrechtskonkurrenzen)とは、憲法上の「複数の基本権」が、「一個の事実関係」(einziger Sachverhalt)に適用可能な状況をいう。⁽²⁷⁾すなわち、基本権競合は、問題となる複数の基本権が一人の基本権主体に帰属する場合に、これらの基本権が互いに最終的な適用可能性をめぐって争われる状況をいう。⁽²⁸⁾基本権競合に対して、「基本権衝突」(Grundrechtskollision)の概念が対比される。かつては、この概念を基本権競合の意味で用いる学説も見られた。⁽³⁰⁾しかし現在では、基本権衝突は、基本権競合の場合とは異なり、複数の基本権主体に対する基本権保障が互いに向き合っている場合、つまり個々の基本権保障が対立している場合に生じる、と解されている。⁽³¹⁾

(2) 「真正な」基本権競合と「不真正な」基本権競合

しかし実際には、基本権競合は、右のように①「一個の事実関係」と②「複数の基本権」によって特徴づけられる競合のみに限られるわけではない。学説によれば、基本権競合の概念には、さらにもう一つの意味が含まれている。

まず、右に定義された基本権競合は、ヘス (Reinhold Heß) やベルク (Wilfried Berg) によれば、「真正な基本権競合」と呼ばれる。⁽³²⁾真正な基本権競合が生じた場合、問題となった一個の生活領域には、複数の基本権が構成要件上、同時に関連する。この場合、当該生活領域は、複数の基本権の保護領域に含まれている。さらに真正な基本権競合は、「法条競合」と「観念的競合」に区別される。基本権の法条競合とは、ある一個の生活領域に複数の基本権が適用可能であるが、一方の基本権が他方の基本権を「排除」(Verdrängung)して適用される状況をいう。ここでは、当該行為は関連する基本権のすべての保護領域に含まれるが、適用される基本権は一個のみである。これに対し、複数の基本権が同時に適用されうる場合には、観念的競合が生じる。

しかし判例・学説は、このように一個の事実関係に複数の基本権が重なりうる複雑な状況を、事前に回避する傾向にある。つまり判例・学説は、真正な基本権競合が生じないように、未然に問題を解決してしまおうというのである。この真正な競合の回避は、①関連する基本権の保護領域の効果を「批判的に査定することにより、または、②事実関係を「大胆に解体することによってなされる」⁽³³⁾の手法は、「構成要件の画定」(Tabestandsabgrenzung)と呼ばれ、②は「事実関係の解体」(Sachverhaltszerlegung)と呼ばれる⁽³⁵⁾。両者の違いは以下の点にある。「構成要件の画定」は、それぞれの基本権の保護領域を詳細に解釈することによって、当該生活領域にどの基本権が適用されるかを検討し、そのうちの「一個の」基本権を適用することをいう。これに対し「事実関係の解体」とは、当該生活領域を区分し、それぞれの「区域」(Abschnitt)に基本権規定が一個ずつ分類される状況をいう。これらの手法によって、当該事実関係に一個の基本権のみが適用される場合には、もはや「真正な」基本権競合は存在しない。なぜなら、「一個の生活領域に含まれること」と「複数の基本権の構成要件を満たすこと」という、真正な競合の要件が欠けているからである。ここでは、基本権の「重なり合」(Zusammenreffen)は、実際には存在しない。単なる「名目上の」(angeblich)競合があるにすぎない⁽³⁶⁾。構成要件の画定により競合の問題を回避しうるのであれば、これはもはや基本権競合ではなく、保護領域の画定の問題である。しかしながら、これまで多くの学説が、この問題をも「競合」の問題として捉えてきた。この概念上の混乱を避けるために、ヘスやベルクは、この意味での「競合」を、「真正な」競合と明確に区別し、「不真正な競合」または「名目上の競合」(Scheinkonkurrenzen)と呼ぶ。

右の分類は、内容上、多くの学説の見解と一致する。もともと、その名称については学説によって様々である。例えば、シュテルンは、「不真正な基本権競合」と「名目上の基本権競合」を区別する。彼によれば、構成要件の画定や事実関係の解体によって基本権の競合が回避され、そのため基本権競合の要件が存在しない状況は、「不真正な競合」

ではなく、「名目上の基本権競合」である。⁽³⁷⁾これに対し「不真正な競合」とは、実際の基本権の競合は生じているが、「排除効果」によって一個の基本権のみが適用されることを言う。⁽³⁸⁾これはヘスのいう「法条競合」である。さらにシユテルンがいう「真正な競合」とは、一個の行為に複数の基本権が適用される状況、つまり観念的競合をさす。⁽³⁹⁾

右に述べたように、構成要件の画定により競合の問題を回避しうる場合には、競合の要件が存在していないのであるから、保護領域の画定の問題と真正な競合の問題は、明確に区別されるべきである。両者の区別は、前者の競合を「不真正な競合」、後者を「真正な競合」と呼ぶことによつて、いっそう明らかにすることができる。本稿で「競合」という場合には、この意味での真正な競合と不真正な競合の両概念を含むものとする。

3 基本権競合解決方法

基本権競合の問題をどのように解決するか、すなわち基本権競合のドグマについては、これまで学説上多くの解決策が唱えられてきたが、いまだ定見はない。⁽⁴⁰⁾大別すれば、以下のような解決策が唱えられている。①まず、不真正な基本権競合に対しては、「構成要件の画定」の手法がある。②真正な基本権競合の解決策としては二つの手法があるが、一つは「法条競合」であり、そのなかでもとりわけ「特別関係」が重要である。③もう一つは、「観念的競合」である。以下、それぞれの解決方法につき検討する。

(1) 構成要件の画定（保護領域の区分）

構成要件の画定、つまりある生活領域にどの構成要件が妥当し (Tabestandsmäßigkeit)、どの構成要件が排除されるか (Tabestandsausschluss)、を確認する作業は、基本権競合の解決策として古くから唱えられてきた。基本法上の基本権の内容を相互に詳細に画定することができれば、当該生活領域に「一個の」基本権のみが適用され、これによつて複数の基本権が「実際に重なり合うこと」を回避することができる。⁽⁴¹⁾したがって、これにより真正な基本権競合の

発生を未然に防ぎ、問題となる事件でどの基本権を適用すべきか、という困難な問題を避けて通ることが可能となる。この見解の長所が、基本権の保障と制約に対する境界画定の困難さを克服しうる点、法的明確性（Rechtsklarheit）に寄与しうる点、そして基本権侵害に対する審査が一個の基本権のみを基準に行われうる点にあることは明かである。⁽⁴³⁾問題は、そのような複数の基本権の保護領域を明確に画定する手法が、基本権競合の問題解決としてふさわしいか否かである。⁽⁴⁴⁾

初期の学説には、基本権競合の問題はまさに個々の基本権保障の構成要件をどのように画定すべきかにある、と主張するものが多く見られた。⁽⁴⁴⁾この立場では、各々の事例で、「一個の」基本権の構成要件のみが問題となり、他の基本権は構成要件上問題とならない。芸術と意見の関係でも、同様の主張があつた。リッター（Helmut Ritter）は、芸術と意見の構成要件を明確に区別する。彼によれば、芸術が政治的意見として表明された場合には、この表明は意見の自由の保護領域にのみ含まれ、そうでない表明は芸術とみなされる。⁽⁴⁵⁾またエルヴィン・シュタイン（Erwin Stein）も、「芸術作品と意見表明は互いに排斥し合わない」という上級行政裁判所の見解を「賛同し得ない」として否定している。⁽⁴⁶⁾

このように、「構成要件の画定」⁽⁴⁷⁾によつて真正な基本権競合の発生を未然に回避しうるならば、真正な基本権競合はもはや存在しないことになる。ここで必要とされるのは、基本権の構成要素を正確に解釈し、問題となっている生活領域にどの基本権が構成要件上妥当するかを確定することのみである。しかし、このような「二者択一的な」手法は、学説上厳しい批判にさらされている。⁽⁴⁸⁾それによれば、①構成要件の「無制約な」排除により、真正な基本権競合が認識されえなくなる。②実際には構成要件を厳格に区分することは不可能であり、③それゆえ構成要件を無制約に画定すれば、構成要件が歪曲され、④また、構成要件が恣意的に画定される、という。⁽⁴⁹⁾さらに、そのような「非常に

制約的で画定に配慮した構成要件の分析」には、「国家に対する防御権としての基本権の性格に一致しない」、という批判も浴びせられている。⁽⁵⁴⁾ この批判の根拠は、連邦憲法裁判所によって唱えられた以下の原則にある。それは「基本権の解釈に際しては、当該規範の法的効力がもつとも強く示される解釈が優先されなければならない (BVerfGE 6, 55 (22))」⁽⁵⁵⁾ という原則である。言い換えれば、一個の行為が複数の基本権の保護の下に置かれることは、人間の行為を可能な限り基本権の保護の下に置き、その行為に対する国家の介入可能性を排除すべきである、との要求に基づいている。⁽⁵⁶⁾ 実際には、基本権の構成要件の解釈は、基本権競合が発生するというリスクに関係なしになされなければならない⁽⁵⁷⁾。重要であるのは、「最大の基本権の効果」(die größtmögliche Grundrechtseffektivität)のみである⁽⁵⁸⁾。

確かに、構成要件の画定によってすべての競合の問題を回避することは不可能である。⁽⁵⁹⁾ しかしながら、右のように批判する者も、構成要件の画定を完全に否定するのではなく、むしろ明確な保護領域の画定は、基本権競合の問題解決に必要なものであると考えている。すなわち、「正確かつ明確に」(sauber und klar) 保護領域を定義することにより、真正な基本権競合が発生するかしないかを明らかにすることができる、⁽⁶⁰⁾ という。学説上、真正な基本権競合とみなされる問題の多くは、実際には競合の要件が存在せず、単なる「勘違い」に基づくものである。⁽⁶¹⁾ したがって、問題となつた基本権の相互の関係を十分に考慮し、また当該生活領域を詳細に分析することは、競合の問題解決の入り口として重要である。つまり、構成要件の正確かつ明確な画定・解釈は、基本権競合の問題解決のための「前提条件」とみなされる。⁽⁶²⁾ 基本権競合の問題解決に際しては、このような構成要件の画定という「下準備」(Vorarbeit) がなされなければならないのである。⁽⁶³⁾

(2) 特別関係

不真正な基本権競合と異なり、一個の生活領域が複数の基本権の保護領域に含まれる場合、真正な基本権競合が生

じる。この基本権競合の解決策の一つとして、判例・学説は「法条競合」を唱えてきた。基本権の法条競合は、一個の生活領域が複数の基本権の保護領域に含まれるが、そのうちの一個の基本権が他の基本権を「排除」して適用される場合に生じる。⁽⁶⁰⁾ 法条競合は、刑法上は、特別関係、補充関係、吸収関係に区分されるが、基本権の領域では特別関係がとりわけ重要である。⁽⁶¹⁾ 「特別関係」(Spezialitätsverhältnis)の概念は、一般的な法律学の専門用語として用いられてきたものであり、第一義的には、二つの規範の構成要件の間にある特別な関係を意味する。しかし、特別関係の内容については、学説上激しい議論が生じている。

(a) 一般的な法律学の領域における特別関係

特別関係は、二つの規範の構成要件の間に、「特別法」(lex specialis)と「一般法」(lex generalis)の関係がある場合に生じる。問題は、どのような場合に特別法・一般法の関係が認められるかであるが、学説の一致した見解によれば、「ある規範が、（一般法である）他の規範のすべての構成要件メルクマールを含んでおり、それに加え、付加的に、少なくとももう一個のさらなる（特別な）構成要件メルクマールを示している場合には、その規範は特別である」とみなされる。⁽⁶²⁾ 特別法に加えられたこの付加的なメルクマールのために、両規範の適用領域が区分される。すなわち、特別法は、その適用領域を限定するという付加的な要件を含むのである。⁽⁶³⁾ この関係は以下のように説明される。すなわち、異なる活動範囲 (Radien) を有する大小二つの円があり、両者は、大きな円が小さな円を包含する形で重なり合っている。ここでは、「特別法は一般法に優位する」(„lex specialis derogat legi generali“) という「特別関係原則」(Spezialitätsgrundsatz) が妥当する。

このように定義される特別関係がなにを意味するかにつき、学説上激しい対立がある。一部の学説は、特別法・一般法の関係が存在する場合には、常に、一般法に対する特別法の「優位」(Vorrang) が認められ、特別法のみが適用

される、と解している。⁽⁶⁵⁾ここでは、右の特別関係原則は、特別法の絶対的優位を意味する。つまり、特別法は一般法を排除するのである。このような特別関係は、とりわけ「論理的特別関係」(logisches Verhältnis der Spezialität)や「純粹な特別関係」(reines Spezialitätsverhältnis)と呼ばれる。⁽⁶⁶⁾

しかし多数説は、論理的な特別関係を批判し、特別関係を制限的に解そうとする。それによれば、構成要件に基づく特別関係の定義からは、特別法の一般法に対する「優位」を導くことはできない、という。⁽⁶⁷⁾ラーレンツは、特別法が一般法を排除しうるか否かは、構成要件ではなく、両規範の法的效果 (Rechtsfolgen) が基準となると主張する。すなわち、構成要件に基づく特別関係の定義によってある規範が特別法と認められても、そこから即座に同規範の一般法に対する優位が導き出されるのではなく、両規範の法的效果が「排斥し合う」場合にのみ、特別法は一般法を排除する。これに対し両規範の法的效果が調和する (verträglich) 場合には、特別法の法的效果が一般法のそれを「単に補充、限定、または代替するか否かのみ」が問題となる。⁽⁶⁸⁾ラーレンツによれば、特別法は、法的效果に関して一般法を排除するのであり、構成要件に関して排除がなされるわけではない。構成要件の問題と「排除」の問題は別である。特別関係原則は機械的に適用されてはならず、どちらの規範が優位するかは、価値的な検討によって判断される。⁽⁶⁹⁾

さらに、ラーレンツは、右のように複数の規範が完全に重なり合っている場合の他に、両規範が部分的にのみ重なり合っている場合が存在すると主張する。⁽⁷⁰⁾問題は、多くの学説がこの部分的に重なり合う複数の規範の関係をも「特別関係」と呼んできたことにある。⁽⁷¹⁾しかし、ここで適用される規範は、もはや特別関係の要件を満たしていない。したがって、このような両規範の関係は、当然に、論理的な特別関係とは区別されなければならない。⁽⁷²⁾さらに、両規範が重なり合うところでは、一方の規範が他方の規範を排除すると解するのではなく、「問題となる規範の目的と意味、またその背後にある価値」に照らして、どちらの規範が適用されるべきかが判断されなければならないという。なぜ

なら、両規範の間には論理的特別関係が存在していないからである。

(b) 基本権の領域における特別関係

このように一般的な法律学の領域では、一部の学説は特別関係を特別法の一般法に対する絶対的な優位と捉えるが(狭義の特別関係)、通説は特別関係を制限的に解している(広義の特別関係)。基本権の領域においても、一部の学説は、狭義の特別関係にのみ言及するが、多くの学説は、右の議論にならない、基本権の特別関係には狭義・広義の特別関係、すなわち「規範論理的特別関係」と「規範的特別関係」の二つの意味が含まれると解する。⁽⁷⁴⁾

① 「規範論理的特別関係」(normlogische Spezialität)

基本権の特別関係は、「特別な基本権が、一般的な基本権のすべての構成要件メルクマールを含み、さらに附加的に、少なくとももう一個の構成要件メルクマールを含む場合に生じる」⁽⁷⁵⁾。判例・学説は、この定義から導かれる特別関係を、論理的な特別関係と捉え、基本権競合の解決策として用いている。⁽⁷⁶⁾つまり、右のように定義された特別法は、一般法に対して絶対的優位を有する。逆に言えば、特別法の優位はこの定義が前提条件となる。ここでは、ある一個の事実関係は二個の基本権の保護領域に同時に含まれるが、特別法である基本権が一般法である基本権を排除して常に適用される。シユテルンは、法条競合を「不真正な競合」と呼ぶため、彼によれば、この意味での特別関係も「不真正な競合」に含まれる。⁽⁷⁷⁾ヘスは、この特別関係も「真正な競合」に含めるが、特に「規範論理的特別関係」(normlogische Spezialität)と呼ぶ。⁽⁷⁸⁾

しかし、基本権の領域では、規範論理的特別関係が認められる基本権はまれである。基本法の起草者は、一方が他方を排除することのないように、それぞれの基本権に特別な法的利益を与えたからである。⁽⁷⁹⁾批判はあるものの、判例・通説が規範論理的特別関係にあるとみなしているものに、例えば、①基本法二条一項の一般的行為の自由と他の

基本権、②基本法三条一項の一般的平等原則と同条二項等に基づく特別平等原則、③基本法九条一項の一般的結社の自由と同三項の団結の自由 (Koalitionsfreiheit)、④基本法四条一項・二項の信仰・良心の自由と基本法五条一項の意見の自由、などがある。⁽⁸⁰⁾

基本権の特別関係を規範論理的な意味でのみ捉える学説は、その根拠として、個々の基本権が異なる制約を有しているという点を挙げる。すなわち、この見解は、それぞれの基本権はその制約に関して抽象的な強弱を有しており、基本権競合は、この「基本権の抽象的な強度」(abstrakte Grundrechtsstärke)に基づき解決されるといふ。⁽⁸¹⁾この点、かつては「弱い基本権」、すなわち、広い制約に服する基本権が法条競合において決定的である、と解する立場もあった。⁽⁸²⁾ここでは、例えば、基本法五条一項は同五条三項に対し優位する。しかし、現在では「強い基本権」、すなわちゆるやかな制約に服する基本権が決定的であるとの見解が右の学説の圧倒的多数を占める。⁽⁸³⁾この立場によれば、法律の留保のない基本法五条三項は、法律の留保の付されている同五条一項に優位する。

② 「規範的特別関係」(normative Spezialität)

しかし、基本権における特別関係は、規範論理的特別関係に限られるものではない。学説は、規範論理的特別関係とは異なる、「規範的特別関係」を認めている。その根拠として、制約に基づいて基本権の抽象的な強さを定めることに対して、「常に」そのような基本権の強弱が認められるわけではないという主張がある。⁽⁸⁴⁾この立場では、法律の留保の有無は基本権の強弱の基準とはならない。さらに「多くの」基本権は、一方が他方の規範を完全に含む形で重なり合うのではなく、「不完全にのみ」重なりうるという主張がなされている。⁽⁸⁵⁾つまり、規範論理的に特別である基本権を除けば、基本権の多くは、実際には、完全にではなく、部分的にのみ重なりあっている。重なりあつた領域とは別に、それぞれの規範が、独自の「適用領域」(Anwendungsfeld)を有するのである。ここでは、二つの円が部分

的にのみ重なっている状況を思い浮かべることができる。このような構成要件の重なりは、当然に、規範論理的特別関係にいう「重なり」とは区別されなければならない。⁽⁸⁸⁾

ある二つの基本権間にこの規範的特別関係が認められた場合、その重なり合う部分で、両基本権がどのような関係にあるかが問題となる。この点、一方が他方の基本権に対し、個別の事例において「適用の優位」(Anwendungsvorrang)を受けると解することは可能である。しかし、この場合、規範論理的特別関係とは異なり、一方の基本権が他方の基本権に対し抽象的に優位すると解することはできない。⁽⁸⁹⁾ なぜなら、ここには両基本権の規範論理的特別関係が存在していないからである。すなわち、一方の基本権が、他の一般的基本権を常に排除して適用されるというわけではなく、個別の事例でどちらの基本権が適用されるかが判断されるのである。この判断基準として、判例・通説は、どちらの基本権が、その意味内容に照らし、審査されるべき事実関係に対して実質的により強い関連性を示しているかが重要となる、と主張している。⁽⁹⁰⁾ この基準は、事実関係に対する「具体的により高い親近性の基準」(Kriterium der konkret höheren Sachnähe) または「具体的により大きな集中性の基準」(Kriterium der konkret größeren Sachzentralität) と呼ばれている。⁽⁹¹⁾ この立場では、特別関係原則は、常に厳格に守られるわけではない。特別関係原則は、しばしば「破られる」(durchbrechen) のである。⁽⁹²⁾

しかし問題は、右の場合に適用される基本権も、この基本権には特別関係の定義が妥当しないにもかかわらず、通常、「特別法」と呼ばれている点にある。⁽⁹¹⁾ 規範論理的な特別関係は特別法の絶対的優位を意味するが、部分的に重なる基本権の間では、どちらの基本権が適用されるかは、個別の事例でのみ判断される。したがって、両基本権の間には、(狭義の) 特別法・一般法の関係は存在しない。⁽⁹²⁾ それにもかかわらず、この基準により適用される基本権を単に「特別法」と呼ぶならば、概念上大きな混乱をもたらすことになる。そこで学説は、この意味での特別関係を「規範

的特別関係」(normative Spezialität) または「すべての要素を考慮した特別規定に基づく特別関係」(Spezialität kraft erschöpfender Sonderregelung) と呼び、「規範論理的特別関係」と区別する。規範的特別関係の用語は、ヘスの見解によれば、ミュラー (Friedrich Müller) によって初めて唱えられた。⁽⁸⁵⁾ さらに他の多くの学説も、「規範的」・「規範論理的特別関係」を、「不真正」・「真正」な特別関係 (echte - unechte Spezialität)、「個別的」・「一般的」特別関係 (Einzelfallsspezialität - allgemeine Spezialität) または「具体的」・「抽象的」特別関係 (abstrakte - konkrete Spezialität) などと呼び、特別関係の内容を明確に区分している。本稿において「特別関係」という場合には、「規範論理的特別関係」と「規範的特別関係」の双方を含むものと解する。この意味で、「特別法」は「絶対的に」(absolut)ではなく、「柔軟に」(flexibel) 解されるのである。⁽⁸⁶⁾

「規範的特別関係」と似た概念として、「吸収関係」(Konsumtion) がある。一方による他方の規範の排除は、特別関係によってのみ行われるのではない。一個の規範が、特別関係によってではなく、「その目的と意味にしたがって」、他方の規範を排除して適用される状況は、「吸収関係」と呼ばれ、「特別関係」とは区別される。⁽⁸⁷⁾ すなわち、吸収関係による排除効果は「価値的に」(wertend) なされるのに対し、規範論理的特別関係では「論理的な」(logisch) 排除がなされる。⁽⁸⁸⁾ さらに吸収関係では、二個の規範は論理的特別関係と同様に完全に重なり合うため、「規範的特別関係」の概念とも異なる。もつとも、ある規範が、特別法でないにもかかわらず、他方の規範を排除しようという点では、規範的特別関係と吸収関係の考え方は異ならない。しかし、基本権の領域では、吸収関係による基本権の排除は通常行われない。⁽⁸⁹⁾ なぜなら、「基本権は、その目的を包括的に保障しており、どの自由も、排他的な関係にはないからである」。⁽⁹⁰⁾ シュテルンによれば、例えば、基本法五条の意見の自由の領域においてさえ、吸収関係は存在しないという。つまり、プレスの自由、放送の自由および映画の自由は、意見表明の自由を「排除」しない。両基本権の間には、構

成要件の画定の問題が生じるのみであるという。

(3) 観念的競合

(a) 観念的競合の概念

さらに、法条競合と並び、真正な基本権競合の解決策として、「観念的競合」が唱えられている。基本権の観念的競合とは、ある一個の行為が、特別関係のない二個の基本権の保護領域に属する場合には当該行為は双方の基本権によつて保護される、という手法である。⁽¹⁶⁾ 複数の基本権に間に法条競合（特別関係）が存在する場合には、適用される基本権はそのうちの一個だけであるが、これらの基本権が観念的競合の関係にある場合には、基本権の排除は行われず、複数の基本権が同時に適用される。そして、基本権に対する国家の介入は、より厳格な基本権の要請をも正当化しなければならぬ。⁽¹⁷⁾ 観念的競合は、「適用競合」(Anwendungskonkurrenz)・「制約競合」(Schrankenkonkurrenz)・基本権の「重畳競合」(Kumulation) などとも呼ばれる。連邦憲法裁判所は、基本法二二条一項（職業選択の自由）と同一条一項（所有権）において、観念的競合を認めている。⁽¹⁸⁾ また同裁判所は、集会の呼びかけに際して、基本法五条一項の意見表明の自由と同八条一項の集会の自由の観念的競合を認めた。⁽¹⁹⁾ さらに、下級審の判例において、芸術の自由と意見の自由の観念的競合が認められた事例がある。⁽²⁰⁾

(b) 特別関係との関係

通説によれば、観念的競合は、法条競合が存在しない場合にのみ存在する。⁽²¹⁾ 観念的競合と特別関係は、相互に排他的な関係にある。基本権の「排除」が存在しないことが、観念的競合の要件である。したがって、関連する基本権の間に規範論理的特別関係も規範的特別関係も存在せず、両基本権が別個独立の関係にあり両者の重なりがまったく存在しない場合、観念的競合が生じうる。しかし学説のなかには、基本権競合の問題解決に際して、観念的競合が原則

であり、特別関係は例外とみるべきであると解する者が見られる。⁽¹⁵⁾ その理由として、前述のように、基本権の保護のために、関連する基本権は原則として適用されるべきである、という一般原則が挙げられる。この立場は、基本法がわざわざ一方の基本権を排除して保護の範囲を狭めることを一般原則とした、と解釈することはやはりできない、という。また、ザックス (Michael Sachs) は、規範的特別関係を認めず、複数の基本権が一つの領域に適用しうる場合には、両基本権が規範論理的特別関係にある場合を除き、観念的競合に立つべきであると主張する。⁽¹⁶⁾

4 制約の異なる基本権の競合

圧倒的多数の学説によれば、基本権の領域では、法条競合 (特別関係) または観念的競合がとりわけ問題となるのは、適用される可能性のある複数の基本権規定がそれぞれ異なる制約の体系を有している場合である。⁽¹⁷⁾ この関係を、ベルクは「制約の異なる基本権」(schränkendivergente Grundrechte) の競合と呼び、シュバッケ (Peter Schwacke) は「基本権の緊張状態」(grundrechtliche Spannungslage) と呼ぶ。⁽¹⁸⁾ ことではとりわけ、法律の留保のある基本権と法律の留保のない基本権の関係が問題となる。⁽¹⁹⁾ 基本権の間に抽象的な強弱を認める立場では、法律の留保なき基本権が法律の留保ある基本権に対して常に優位するため、両基本権については規範論理的特別関係のみが問題となる。ここではもはや規範的特別関係や観念的競合は存在しない。しかし、「留保なき基本権が留保ある基本権と比べて、常に優越的な地位にあるといえるかどうかについては、これを否定する見解が多」⁽²⁰⁾ く、法律の留保のない基本権が常に「特権」(Privilegierung) を認められるという見解には批判がある。⁽²¹⁾ それによれば、両基本権の競合に際しては、規範論理的特別関係が認められる場合を除けば、どちらの基本権が個別の事例で適用されるのか (規範的特別関係)、または両基本権は同時に適用されるのか (観念的競合)、が問題となる。

また、学説の中には、制約の異なる基本権が競合する場合は、観念的競合は競合問題解決としての意義を有しない

という主張がある¹⁰。なぜなら、たとえ留保なき基本権と留保ある基本権が観念的に競合し同時に適用されたとしても、基本権侵害に対する審査は留保なき基本権のみを基準になされることになり、規範論理的関係の場合と同様の結論となるからであるという。このように解した場合、観念的競合において、留保ある基本権は「せいぜい宣言的な価値 (deklaratorischer Wert) を認められうるにすぎず」、基本権侵害の審査にはもはや寄与しえない。この立場では、規範論理的特別関係と観念的競合の間には本質的な差異はないということになる。

5 小括

以上のように、基本権競合に際しては、以下の手順によって解決が図られる。①第一に、当該生活領域にどの基本権が適用されるべきかが、問題となる基本権の保護領域を「明確かつ正確に」画定することによって審査されなければならぬ。ここで、問題となる生活領域に一個の基本権の保護領域のみが関連する場合には（不真正な基本権競合）、他の基本権は構成要件上問題とならない（真正な基本権競合の回避）。しかし、当該生活領域が複数の基本権の保護領域に含まれる場合には（真正な基本権競合）、基本権競合の問題は、保護領域の画定によっては解決しえない。真正な基本権競合に際しては、一方の基本権が他方の基本権を「排除」して適用されるのか（法条競合）、または同時に複数の基本権が適用されるのか（観念的競合）が問題となる。このうち、まず、法条競合が存在するか否かが審査される。基本権の領域では、法条競合は、とりわけ二個の基本権が「特別関係」にある場合に生じる。特別関係は、さらに規範論理的特別関係と規範的特別関係に区分される。②規範論理的特別関係は、「特別な基本権が、一般的な基本権のすべての構成要件メルクマールを含み、さらに付加的に、少なくとももう一個の構成要件メルクマールを含む場合に生じる」。この要件を満たす特別な基本権は、常に一般的基本権を排除して適用される。③両基本権に規範論理的特別関係が認められない場合には、個別の事例で、どちらの基本権が適用されるかが審査される。通説によれ

ば、事実関係に強い関連性を認められた基本権は、他の基本権を排除して適用される。ここで適用された基本権は、通常「特別法」と称されるが、実際には特別法の要件を満たしていない。このため、学説は、この両基本権の特別関係を「規範的特別関係」と呼び、規範論理的特別関係と区別する。特別関係にこのような二つの意味を認める限りにおいて、特別法は一般法を常に排除するわけではなく、一般法が特別法を排除して適用される場合が生じうる。④相互の基本権間に特別関係が認められない場合には、両基本権は観念的競合の関係にあり、関連する基本権のすべてが適用される。

連邦憲法裁判所は、これまで多くの事例で「保護領域の画定」の手法によって真正な基本権競合を回避してきた。これに対し多くの学説は、規範論理的特別関係により競合を解決する手法を支持している。⁽¹⁰⁾しかし、これらの手法のみでは基本権競合の問題をすべて解決することは不可能であり、個々の事例で、規範的特別関係や観念的競合の理論が主張されている。このような基本権競合の理論を踏まえたうえで、以下では、意見表明の自由と芸術の自由の競合につき、その問題と解決策を検討することにする。

- (1) 例えば、宮沢俊義「憲法Ⅱ」三八三頁(有斐閣・一九五九)、佐藤幸治「憲法(第三版)」五〇九頁(青林書院・一九九五)、初宿正典「憲法2 基本権(第二版)」一八九頁、二三〇頁(成文堂・二〇〇一)、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法Ⅰ(第三版)」三二二頁(有斐閣・二〇〇二)、伊藤正巳「憲法(第三版)」二八四頁(弘文堂・一九九五)、渋谷秀樹・赤坂正浩「憲法Ⅰ人権(第二版)」一三三頁以下(有斐閣・二〇〇四)等を参照。阪本昌成「憲法理論Ⅲ」一八〇頁(成文堂・一九九五)も、「実際に「学問／信仰」、「学問／表現」を識別することは、困難である」と述べる。

- (2) 阪本昌成「憲法理論Ⅱ」三二七頁、三三八頁(成文堂・一九九三)、宮沢・前掲注(1)三四六頁、初宿・前掲注(1)一八九頁参照。

(10) Vgl. R. Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 2000, S. 51; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 1368.

- (4) 「基本権の保護領域とは、基本権が保護する生活領域をいう」。基本権保障における保護領域の意義と役割については、松本和彦「基本権保障の憲法理論」一九頁以下(大阪大学出版会・二〇〇二)、ハインリヒ・ショラー(嶋崎健太郎訳)「基本権論における領域論と保護区域論」自治研究六九巻四号六八頁(一九九三)参照。
- (5) 鈴木秀美「放送の自由」一五頁(信山社・二〇〇〇)参照。
- (6) 小山剛「表現の自由の保護領域——基本権の区分に関する一考察」法学研究七十七巻第二号二二頁(二〇〇四)参照。根森健「風刺的表現の中のナチスの標章の使用(刑法八六a条)と芸術の自由の保障——ヒットラー・Tシャツ事件」ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの最新憲法判例」一六六頁(信山社・一九九九)も、同決定において連邦憲法裁判所が「基本法五条一項違反について言及することなく、もっぱら基本法五条三項一文の芸術の自由の保障の問題として論じて異議申立を認める判断を行った」理由につき、「定かではなう」と述べるに注意。
- (7) Vgl. W. Berg, *Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, 1968, S. 1.
- (8) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1369.
- (9) わが国の刑法学においては、観念的競合と法条競合とは「厳格に区別することを要する」と解されている(大谷實「刑法講義総論(第四版補訂版)」四九八頁(成文堂・一九九六)。観念的競合につき、只木誠「罪数論の研究」(成文堂・二〇〇四)参照。法条競合論につき、小田直樹「法条競合論一考」広島法科大学院論集一号一九一頁(二〇〇五)、町野朔「法条競合論」【平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻】四〇九頁(有斐閣・一九九〇)、虫明満「法条競合と包括一罪(一)」(四・完)「香川法学」二巻一号八七頁(一九八二)〜五巻二号一〇七頁(一九八五)、山火正則「法条競合の本質」法学三四巻四号六九頁(一九七〇)等を参照。
- (10) やじあたり、F. Hart, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 1998, S. 271等を参照。
- (11) Vgl. G. Stratenwerth/L. Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2004, S. 408.
- (12) Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O. (Anm. 11), S. 412.
- (13) Vgl. J. Wessels/W. Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34. Aufl. 2004, Rdnr. 787.
- (14) Vgl. G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, S. 861 ff.
- (15) Vgl. W. Streif, in: A. Schönke/H. Schröder u. a., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Aufl. 1997, Vorbem. §§ 52 ff., Rdnr. 102; H. -H. Jeschek/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 732 (翻訳ヤシバ・イェシエック・ウァイグェント【西原春夫監訳】)

【ドイツ刑法総論 第五版】(成文堂・一九九九)参照。

- (16) やじあたり BGHSt 11, 15 (17); 18, 26 (27); 25, 373 (373); 28, 11 (15); H. Tröndle, in: H. Tröndle/T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Aufl. 1999, Vor § 52 Rdnr. 17; W. Misch, in: J. Baumann/U. Weber/W. Misch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 36 Rdnr. 6 ff.; Wessels/Beulke, a. a. O. (Anm. 13), Rdnr. 787 ff. を参照。「法条單一性」の翻記は、小田・前掲注 (6) 一〇一頁にならうた。
- (17) やじあたり Vgl. Jeschek/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), S. 733; K. Lackner, in: K. Lackner/K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Aufl. 2001, Vor § 52 Rdnr. 25 f.; K. Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2002, S. 917 ff. 等を参照。
- (18) 民法における競争論についてのわが国の研究として、四宮和夫『請求権競争論』(一粒社・一九七八)、大久保邦彦「民法における法条競合論に関する一考察(一)(二・完)」民商法雑誌一〇一巻一頁九一頁、同一号一七五頁(一九八九)等を参照。
- (19) Vgl. K. Larenz/M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl. 1997, S. 352 ff.; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl. 1989, S. 263 ff.
- (20) Vgl. Larenz/Wolf, a. a. O. (Anm. 19), S. 352.
- (21) Vgl. L. Enneccerus/H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl. 1959, § 60.
- (22) Vgl. Larenz, a. a. O. (Anm. 19), *Allgemeiner Teil*, S. 263; 四宮・前掲注 (8) 七三頁。
- (23) Vgl. Larenz/Wolf, a. a. O. (Anm. 19), S. 352.
- (24) Vgl. R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2001, S. 117.
- (25) Vgl. H. Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, 28. Aufl. 2004, S. 296.
- (26) Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 162 f.; W. Kahl, *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, 2000, S. 40; A. Bleckmann/C. Wiethoff, *Zur Grundrechtskonkurrenz*, DÖV 1991, 722 (724, in Anm. 12).
- (27) やじあたり I. von Münch, *Staatsrecht*, Bd. 2, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 221; H. Siekmann/G. Duttge, *Staatsrecht I: Grundrechte*, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 1049; R. Breuer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI, 1989, § 147 Freiheit des Berufs, Rdnr. 96; M. Sachs, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 110; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 6. Aufl. 2002, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 22; C. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, *Das Bonner*

- Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Abs. 3, Rdnr. 253等を参照。これに対し、「広義の基本権競合」も存在する。すなわち、異なる領域に属する複数の基本権の保障が同時に介入する場合、つまり、連邦と州の基本権、さらに国内法と国際法における基本権が同時に介入する場合には、広義の基本権競合が生じる。これは「垂直的競合」(vertikale Grundrechtskonkurrenz)と呼ばれる。Vgl. Stern, a. O. (Anm. 3), S. 1464 f.; M. Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2003, S. 158; A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 14 Grundrechtskollisionen und Grundrechtskonkurrenzen, Rdnr. 7.
- (28) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 49.
- (29) 基本権衝突の問題につき、中野雅紀「基本権衝突の問題点」大学院研究年報(中央大学)第二三卷一五頁以下(一九九三)を参照。
- (30) F. Klein, in: H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 12. Aufl. 1957, Vorbem. B XV 2b, S. 125. クラインは「ある基本権規定が要求される場合に、…同時に、その同一の生活行為におおつて、…他の基本権規定が要求されること」を、「基本権規定の衝突」(Kollision von Grundrechtsbestimmungen)と呼ぶとした。
- (31) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 49; Breuer, a. a. O. (Anm. 27), Rdnr. 96.
- (32) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 51 f.; Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 50, 78. ゾルティ J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 485を参照。
- (33) この点につき、M. Lepa, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, 161 (163)を参照。
- (34) 基本権の構成要件(Grundrechtsstaatsbestand)は、「一般に「保護領域」という用語と同義で用いられている。その他、「保障領域」(Gewährleistungsbereich)、「規範領域」(Normbereich)などといった用語も、これらの用語と同義である。この点につき、松本・前掲注(4)二三頁参照。
- (35) Vgl. P. Schwacke, Grundrechtliche Spannungslagen, 1973, S. 73; G. Pischel, Kunst - Konkurrenz - Kollision: Bankunst und Bindungen, 2001, S. 91; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 52; Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1378 ff.; H. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979, S. 109.
- (36) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 50, 78.
- (37) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1379.

- (38) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1373.
- (39) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1373.
- (40) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1369 f., 1384.
- (41) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 73; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 55; Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 163; Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1385.
- (42) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 56.
- (43) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 50 ff.
- (44) 例として、F. Gygi, Grundrechtskonkurrenz?, in: Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 25 f.; H. Wehrhahn, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AVR 82 (1957), 250 ff. (273); R. Schnur, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 101 (144 f.) 参考。また、H. Wehrhahn, Grundgesetz, Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 50 ff.; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 55 ff. 参考。
- (45) Vgl. H. Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1962, S. 18.
- (46) Vgl. E. Stein, Anmerkung, JZ 1959, 720 (721), 705 ff. 基本法五条三項の教授の自由 (Lehrfreiheit) と同一項の意見の自由の構成要件として明確に区別を認めない。A. Voigt, Lehrfreiheit und Verfassungstreue, in: O. Bachof/M. Drath/O. Gönnenwein/E. Walz (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, 259 (260 ff.) 参考。
- (47) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 73.
- (48) 以下、Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 75; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 56; Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 163; L. H. Fohmann, Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich, EuGRZ 1985, 49 (53); Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1383; M. Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, 1981, S. 44 参考。
- (49) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 75.
- (50) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 56.
- (51) 夫婦合算課税違憲決定 (BVerfGE 6, 55) の判例評釈として、小林博志「夫婦合算課税と婚姻・家族の保護——夫婦合算課税違憲決定」下ノ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第二版)』二〇九頁以下 (信山社・二〇〇三) 参照。
- (52) Vgl. Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 161, 163.
- (53) Vgl. Fohmann, a. a. O. (Anm. 48), S. 53; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 56.

- (45) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 56.
- (46) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1379; Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 163.
- (47) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 56; Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 163; Fohmann, a. a. O. (Anm. 48), S. 53.
- (48) Vgl. Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 163.
- (49) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 75, 77. 「*St. 75, 77. 参考*」 Schneider, a. a. O. (Anm. 35), S. 109; Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 158 参照。
- (50) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 77.
- (51) Vgl. Degen, a. a. O. (Anm. 48), S. 67.
- (52) Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 26), S. 41.
- (53) Vgl. E. A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005, S. 97.
- (54) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 35; Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1400; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 267 (註文「*St. 35, 36. 参考*」) 【*法学方法論*】(飯沼精一・一丸九一) 参照) ; Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 127, 162; J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 326 f.; Degen, a. a. O. (Anm. 48), S. 67 f.; R. Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934, S. 22; W. Müller, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, 1974, S. 71; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 465; R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 1999, S. 39; J. Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 63; D. Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rdnr. 80.
- (55) Vgl. Schmalz, a. a. O. (Anm. 63), Rdnr. 80.
- (56) クラマーは「特別法が優位しないのであれば「特別法が適用されないというリスクを負うことになる」と述べ、特別法の絶対的優位を主張する(Kramer, a. a. O. (Anm. 62), S. 98) 等の見解を Vgl. Dietz, a. a. O. (Anm. 63), S. 21 f.; Schmalz, a. a. O. (Anm. 63), Rdnr. 78.
- (57) Vgl. Kramer, a. a. O. (Anm. 62), S. 97; Dietz, a. a. O. (Anm. 63), S. 22, 41; K. Larenz/C. -W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88 f.; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 35.
- (58) 「*St. 88 f. 参考*」 K. Englisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, S. 213; Zippelius, a. a. O. (Anm. 63), S. 39; Larenz, a. a. O. (Anm. 63), Methodenlehre, S. 267; 大久保・前掲注(8) 一八一頁等を参照。エンキニットの理論「*St. 88 f. 参考*」青井秀夫「カール・エンキニ

シュの法哲学の基礎 (一) (二) —— 「事物の本性」論論を中心として」法学四二卷一号一頁 (一九七八)、『四三卷三号四頁 (一九七九) 等一連の業績を参照。

- (68) Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O. (Anm. 66), S. 88 f.
- (69) Vgl. Zippelius, a. a. O. (Anm. 63), S. 39.
- (70) Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O. (Anm. 66), S. 89.
- (71) クラマーによれば、伝統的に「純粹な特別関係」と呼ばれている多くの状況においても、実際には特別関係は制限的のみ解されつらる。なせなら、一二の規範は完全に重なり合っているのではなく、部分的にのみ重なり合っているからである (Kramer, a. O. (Anm. 62), S. 97)。
- (72) Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O. (Anm. 66), S. 89; 他に K. Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1997, § 18 Rdnr. 22 ff. 「特別法の関係になら規範をめぐり、排除する規範の目的に照らし、他の規範を排除して」と述べる。
- (73) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1400 ff.; V. Batis/C. Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 488; Breuer, a. a. O. (Anm. 27), Rdnr. 96; von Münch, a. a. O. (Anm. 27), Rdnr. 222.
- (74) Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Aufl. 2002, Rdnr. 339 (備記として、ホルロー、ミトリント (永田秀樹・松本和彦・倉田原志記) 『現代ドイツ基本権』(法律文化社・二〇〇一) 参照); Jarass, a. a. O. (Anm. 27), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 23; R. Zippelius/T. Wüstenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, S. 179; C. Starck/T. I. Schmidt, Staatsrecht, 2003, S. 89; Bleckmann/Wiehoff, a. a. O. (Anm. 26), S. 723.
- (75) Vgl. Zippelius/Wüstenberger, a. a. O. (Anm. 74), S. 179; Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 74), S. 89.
- (76) Vgl. BVerfGE 84, 34 (58); 85, 219 (223); Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1400; Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 159; ders., a. a. O. (Anm. 27), Grundgesetz Kommentar, Vor Art. 1 Rdnr. 110; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 59; Jarass, a. a. O. (Anm. 27), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 23; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 74), Rdnr. 339; Bleckmann, a. a. O. (Anm. 27), § 14 Rdnr. 9. 以下、Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 163 ff. 以下、この特別関係は原則として許されないと主張する。
- (77) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1377.
- (78) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 35.

- (92) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1400, 1377; Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 160.
- (93) 1) の意味については Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1401 ff. を参照。
- (94) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1390.
- (95) 1) の意味については Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 54 ff. を参照。
- (96) 2) の意味については Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1391 を参照。
- (97) Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 316 (翻譯については 憲法裁判所「憲法論叢」(日本評論社・一九八三) を参照) ; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 185 f.; Schwabe, a. a. O. (Anm. 63), S. 326; Schneider, a. a. O. (Anm. 35), S. 111; W. Rüfner, Grundrechtskonflikte, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S. 453 ff. (477); J. Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 424, 40, 41; J. Ipsen, Staatsrecht II, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 491 3) 基本権の「特権」(Privilegien) については 492 以下を参照。
- (98) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 87; H. Behge, Grundrechtskonflikte, Ergänzbare Lexikon Des Rechts, 5/340, S. 5; Schneider, a. a. O. (Anm. 35), S. 109; Kahl, a. a. O. (Anm. 26), S. 42; P. Lerche, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, § 122 Grundrechtschranken, Rdnr. 46.
- (99) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 35; T. Kingreen, Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten, 1995, S. 99, 40, 41; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 74), S. 179 3) 本義の基本権の特別関係は、特別法が個別の事例で他の一般的な基本権の構成要件メンタルを含むことも存在する、と述べている。
- (100) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 185; G. Nolte, Falwell vs. Strauß: Die rechtlichen Grenzen politischer Satire in den USA und der Bundesrepublik, EuGRZ 1988, 253 (257), 40, 41; R. Scholz, Die Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. III Satz 1), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 1977, Rdnr. 13 3) 芸術の自由の意見の自由に対する特別規範としての「優位」(Vorrang) を主張しながら、この芸術の自由の優位は、単に芸術の自由と意見表明の自由の間には観念的競合ではなく法条競合が存在していることを意味するのであり、したがって個別の事例で意見の自由が芸術の自由を排除して適用される場合があることを認めている。
- (101) Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 27), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 23; H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. Bd. 1, 2004, Vorb. Rdnr. 155; Behge, a. a. O. (Anm. 85), S. 5; Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 74), S. 89; Ipsen, a. a. O. (Anm. 84), Rdnr. 494, 40, 41 例として

- BVerfGE 64, 229 (238 f.); 65, 104 (112); 67, 186 (195) 等を参照。『これら』基本法三條一項の事例である。
- (89) Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 87), Rdnr. 13; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 62 f.; Bethge, a. a. O. (Anm. 85), S. 5.
- (90) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 38.
- (91) 『S. 104 及び 105 以下』 Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 35; Schwabe, a. a. O. (Anm. 63), S. 332.
- (92) Vgl. Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 74), S. 89.
- (93) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 35, 41; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 74), Rdnr. 339.
- (94) Vgl. Degen, a. a. O. (Anm. 48), S. 67 ff.
- (95) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 62. 註 1 以下。F. Müller, Die Positivität der Grundrechte, 1969, S. 53 を参照。
- (96) Vgl. Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 74), S. 89.
- (97) Vgl. Kingreen, a. a. O. (Anm. 86), S. 98 f.
- (98) Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 26), S. 43.
- (99) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1398 f.
- (100) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1400; Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 162.
- (101) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1400, 1398 f.
- (102) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1399.
- (103) 判例・学説は、基本法五條には、意見表明の自由、情報の自由、プレス（放送）の自由、映画の自由という五つの基本権を含まれておりと解している。『これら五つの基本権は、「意見の自由」(Meinungsfreiheit) と総称される。鈴木・前掲注 (5) 一二三頁参照。』
- (104) Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 74), Rdnr. 343.
- (105) Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 27), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 23; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 74), Rdnr. 343.
- (106) 『S. 104 及び 105 以下』 Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1368 f., 1387 f.; O. Bachof, Freiheit des Berufs, in: Betermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte III/1, 1958, 155 (169); Schneider, a. a. O. (Anm. 35), S. 108 f.
- (107) 『S. 104 及び 105』 Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1387 FN. 102 参照。

- (108) Vgl. BVerfGE 82, 236 (258). 1) 〇点に〇点 Kingreen, a. a. O. (Anm. 86), S. 100 参照。
- (109) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 64. 1) の事件で被告人はレコード「G」を販売し、この内容がわいせつであるとして起訴された。このレコードはカバレットの演劇を載せており、当時の時代の模様を風刺的に批評したものであった。州裁判所は、このレコードを使用不可とする決定を下したため、被告人はハンブルク州裁判所に控訴した。ハンブルク州裁判所は、本件のカバレットの演劇につき、それが「基本法五条にいう芸術とみなされなれいという見解に立っならば……この解釈は法的に誤りである」。しかし「風刺的になされた時代批評は、自由な意見表明という観点からも評価されうる」と述べ、州裁判所の本件作品に対する判断に誤りがあるととして、事件を州裁判所に差し戻した(OLG Hamburg, Urteil vom 26. 11. 1963, NJW 1964, 559 (561))。
- (110) Vgl. Fohmann, a. a. O. (Anm. 48), S. 59; Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1397; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 163.
- (111) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1397 f.
- (112) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 161.
- (113) Vgl. Schneider, a. a. O. (Anm. 35), S. 110; Lepa, a. a. O. (Anm. 33), S. 161; Bachhof, a. a. O. (Anm. 106), S. 170; Pischel, a. a. O. (Anm. 35), S. 90; Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 8; Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1367.
- (114) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 7), S. 8; Kingreen, a. a. O. (Anm. 86), S. 97; Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 160; G. Manssen, Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik, 1995, Rdnr. 644.
- (115) Vgl. Schwacke, a. a. O. (Anm. 35), S. 11.
- (116) 「基本法における法律の留保」については、松本・前掲注(4)三九頁、同「基本権の制約と法律の留保」樋口陽一・上村貞美編『日独憲法学の創造力』三六九頁以下(信山社・二〇〇三)参照。
- (117) 松本・前掲注(4)四七頁参照。
- (118) 前掲注(87)参照。ヤラビ C. Reupert, Die Filmfreiheit, NVwZ 1994, 1155 (1164)は、「芸術の固有性が示されたとしても、それのみでは自己の意見を芸術的に形成した者が、自己の意見を伝統的な形で表明した者に対する特権を認められることを正当化しない」と述べ、どちらの基本権が適用されるかは個別の事例で判断すべきであると主張している。
- (119) Vgl. Degen, a. a. O. (Anm. 48), S. 98 f.; J. Schwabe, Grundrechtskonkurrenzen, JA 1979, 191 (196).
- (120) 1) 〇点に〇点 Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1391.