

基本権競合論（二・完）

——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（以上一九卷三号）
- 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（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

意見表明の自由と芸術の自由の競合の問題解決に際しては、はじめに、両基本権の保護領域の正確な画定・解釈がなされなければならない。それによって、両基本権が「不真正な競合」にある場合と、「真正な競合」にある場合とが区別されるからである。この問題を検討するために、以下では、まず、基本法が保障する「意見」と「芸術」の概念を明らかにすることから始めたい。

1 「意見表明の自由」と「芸術の自由」の保護領域

(1) 「広い」意見概念

基本法五条一項一文にいう「意見」の概念⁽¹³⁾については学説・判例上激しく議論されているが、その定義づけは必ずしも成功しているとはいえない。連邦憲法裁判所は、同条項にいう意見の概念は「原則として広く (weit) 解されるべきであ」り、「ある表明が意見、見解、思考などの要素によって特徴づけられる限りで、それは基本法の保護領域に含まれる」と述べる⁽¹⁴⁾。連邦憲法裁判所によれば、ある表明が意見表明の自由の基本権の保護を受けるために、それが真実か否か、根拠に基づいたものか否か、合理的か否か、価値あるものか否か、有害であるか否か等は問題とならない⁽¹⁵⁾。基本法によって保護されるのは、事実の主張とは異なる、まさに「主観的な評価」(die Subjektivität der Wertung)⁽¹⁶⁾である。商業広告(宣伝)が右にいう「意見」であるか否かについては争いがある。否定説は、例えば、意見表明の自由の基本権は「精神的・政治的な議論のなかで特別な機能を示す一方で、商業広告は商品の売れ行きの向上のみを目的とし、それゆえ経済行為の領域に属する」ため、商業広告には意見表明の自由は適用されないと主張する。しかし、通説は、商業広告も意見表明の自由の基本権によって保護されると解している⁽¹⁷⁾。連邦憲法裁判所も、一九八五年一月一九日の決定において、「商業広告が価値的なそして意見形成的な内容を有し、または意見形成に寄与する情報を含む場合には」、この商業広告は基本法五条一項によって保護されると判示している⁽¹⁸⁾。

(2) 「広い」芸術概念

基本法五条三項にいう「芸術」の概念をめぐって、判例・学説はこれまで盛んに議論してきた。しかし、芸術という概念を完全に明確に定義することは実際には困難である。このため連邦憲法裁判所は、一九八四年七月一七日の「時代錯誤の行列」決定以来、「広い」芸術を用いている。これは、判例・学説において従来唱えられていた三つの芸術概念、すなわち①実質的芸術概念、②技術的・形式的芸術概念、③象徴理論的 (zeichentheoretisch) 芸術概念を組み合わせて使用し、作品の芸術性を判断するという手法である。実質的芸術概念とは、芸術の本質を、「自由で創造

的な形象」または「個人の人格の表現」と捉える見方をいう。技術的・形式的芸術概念は、ある芸術上の作品類型、例えば戯曲、映画、小説、詩、絵画、彫刻等に含まれる作品をすべて芸術とみる捉え方をいう。象徴理論的芸術概念は、芸術のメルクマールを「芸術的表現の表明内容の多様性」に見出す。すなわち、作品の描写が多様であるため、そこから解釈によって多くの意味を取り出すことが可能であり、無限の何段階もの情報伝達が生じる芸術的描写が芸術とみなされる。連邦憲法裁判所は、「時代錯誤の行列」決定のなかで、以上の三つの芸術概念を組み合わせて使用し、当該作品の芸術性を判断した。このように、三つの、または複数の芸術概念を用いる手法は、その後の連邦憲法裁判所の決定や他の裁判所の決定にも踏襲された。もともと、連邦憲法裁判所は、この三つの芸術概念が相互にどのような関係にあるのかを明確にしていない。学説では、個別の事例において問題の作品がこの三つの基準のうちの一つでも満たした場合には、作品の芸術性は肯定されるべきであるという主張がある。このように複数の芸術概念を用いる判断枠組みは、「広い」(weit) 芸術概念、「開かれた」(offen) 芸術概念、またはトポス的 (topisch) 手続などと呼ばれている。この判断枠組みを用いれば芸術の自由の保護領域が著しく拡張するという問題も生じるが、学説はこれを広く支持している。

2 「風刺」の概念

このように「意見」と「芸術」につき「広い」概念が採用された場合、必然的に、両基本権が重なり合う場合が存在する。とりわけ両基本権の保護領域の重なりが問題となるのは、風刺的表現においてである。⁽¹⁾

(1) 風刺の概念

判例・学説によれば、「風刺」(Satire)とは、「ある対象や人を、笑いものにする目的で、あからさまに——しばしば悪意をこめて——恥をかかせること」をいい、⁽²⁾その本質は「異化」(Verfremdung)・「ゆがみ」(Verzerrung)・「誇張」

(*Übertreibung*) にあるとされている⁽¹⁸⁾。さらに風刺は、「政治問題に真剣に取り組んだ芸術」(*engagierte Kunst*) や「政治的芸術」(*die politische Kunst*) と称される。ところで、風刺と似た概念に「カリカチュア (皮肉)」(*Karikatur*) があるが、カリカチュアとは、「グラフィックアートを用いた風刺」と解されている⁽¹⁹⁾。両者を分けて考える立場もあるが、本稿は両者を区別せずに扱うことにする。風刺が芸術か意見かという問題につき、連邦憲法裁判所は、一九九二年三月二五日のタイタニック事件決定 (*BVerfGE 86, 1*) において、「風刺は芸術でありうる。しかしすべての風刺が芸術であるわけではない」という原則を打ち立てた⁽²⁰⁾。すなわち、「異化、ゆがみ、誇張といった風刺の本質であるメルクマールは、芸術だけでなく、単なる意見表明のための手法でもありうる」という。この原則は、その後の連邦憲法裁判所の判例、すなわち一九九七年の小銭のエルナ事件決定 (*BVerfG NJW 1998, 1386 (1387)*) と二〇〇二年のシユテルン事件決定 (*BVerfG NJW 2002, 3767 (3767)*) や、下級審の判例・一部の学説に踏襲されている⁽²¹⁾。しかし、この原則が、保護領域の画定を意味するのか、両基本権の法条競合を意味するのかまったく明らかではない。したがって、このよきな基準は、芸術の自由と意見表明の自由の基本権の保護領域を不明確にし、支持し得ないことは明らかである。同裁判所は、まずは、保護領域の画定を行い、風刺が意見か芸術かという問題を明確にすべきであった。学説の一部は、この問題を解決するために、風刺を「芸術的風刺」(*Künstlerische Satire*) と「風刺的意見表明」(*satirische Meinungsäußerung*) とに区別する⁽²²⁾。この区分にしたがい、以下では、それぞれの風刺的表現が意見表明の自由と芸術の自由のどちらの基本権の保護領域に含まれるのか、それとも同時に両基本権の保護領域に含まれるのか、につき検討する。

(2) 「芸術的風刺」

芸術的風刺、すなわち芸術を用いた風刺が意見か芸術かという問題につき、連邦憲法裁判所は、芸術的風刺が問題

となった以下の二つの決定において異なる判断を示している。

(a) シュトラウス風刺画事件決定 (BVerfGE 75, 369)

連邦憲法裁判所は、一九八七年六月三日の決定において、問題となった風刺画を芸術とみなした。本件で、憲法異議申立人は、雑誌「コンクレート」(„konkret“)に、バイエルン州首相フランツ・ヨーゼフ・シュトラウス (Franz Josef Strauß) の複数の「カリカチュア」⁽¹⁶⁾したがって風刺を、セックスしている豚の姿を用いて公表した。最初の風刺では、この豚が、法服を着た豚と交尾していた。次の風刺では、双方の豚が、様々な性行為をする姿が描かれていた。最後の風刺には、四匹の豚が一列に並び、各々前の豚に乗り交尾をする姿が描かれていた。しかも、このうちの二匹はシュトラウスの顔であり、残りの二匹は法服と法帽をまとうていた。憲法異議申立人は、これらの行為が侮辱罪にあたるとして起訴され、上級裁判所が州裁判所判決を破棄して有罪判決を下したため、基本法五条三項一文の侵害を主張して憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本決定において、本件で問題となった風刺を実質的芸術概念の定義に照らし、作者の「印象、見聞、体験を直接的な観照へと導く、自由で創造的な形象の、作成された成果である。…本件風刺によって、同時に、特定の意見が表明されたとしても、これによって本件風刺から芸術作品としての性質が取り除かれるわけではない」と述べ、基本法五条三項一文にいう芸術であるとみなした⁽¹⁷⁾。もともと連邦憲法裁判所は、本件風刺による基本権一条一項侵害を認め、同風刺はシュトラウスの名誉を侵害するものであるとして憲法異議を認めなかった。

(b) シュテルン事件決定 (BVerfG NJW 2002, 3767)

しかし、連邦憲法裁判所は、二〇〇二年七月一〇日の決定のなかで、写真を用いた芸術的風刺につき、意見表明の自由のみを適用した。同事件では、雑誌「Stern」の「Bonbons」の欄に、当時CSUの党首であり連邦大蔵大臣であ

ったヴァイゲル (Waigel) と会話をしている原告の写真が掲載された。この写真は、ボンで開催されたバイエルン州議会夏季祝宴の際に撮られたものであり、原告は民族衣装を着用していた。この写真にはヴァイゲルが原告に話しかける形で三つの吹き出しが添付されており、そのなかで、①原告がヒンゲル氏 (Hann Hingel) であること、②原告が CSU の書記長になるべきこと、そして③「原告の発言は Proizner 氏 (ヴァイゲル) と同様恥ずべきものだが、やれやれ誰もそれを理解していないようだ」、という内容のセリフが書かれていた。上級州裁判所は、この芸術的風刺が原告の人格権を害するとして、同雑誌の編集者である憲法異議申立人に対し慰謝料の支払いを認めため、憲法異議が申し立てられた。本件で連邦憲法裁判所は、上級州裁判所の「決定は、基本法五条一項一文の意見の自由の基本権で審査されるべきであり、基本法五条三項の芸術の自由の基本権をも用いるべきではない。公表されたものが、批評的な、例えば風刺的な描写を扱ったものであるというだけでは、その表現が基本権五条三項の保護領域に含まれる根拠にはならない」と判示⁽¹⁸⁾し、本件では意見表明の自由のみを適用している。そして、芸術的風刺が芸術か意見かについては、「風刺は確かに芸術となりうるが、すべての風刺が芸術であるわけではない」と述べている。結果として同裁判所は、上級州裁判所の判決は意見表明の自由の基本権を侵害していると判断した⁽¹⁹⁾。

シュトラウス風刺画事件決定からは、異化・ゆがみ・誇張によって特徴づけられる芸術的風刺は芸術の一ジャンル (Kunstgattung) とみなされ、芸術の自由の保護領域に含まれると解することができよう。しかし、シュテルン事件決定は、まさにこのような風刺を意見表明の自由によって保護した。この二つの連邦憲法裁判所の決定からは、「芸術的風刺」については、芸術の自由と意見表明の自由の両基本権の保護領域に含まれる、と解することもできよう。つまり、芸術的風刺の領域に限っては、芸術の自由と意見表明の自由の「真正な基本権競合」が生じうる、と解するのである。確かに右の二つの決定のなかではこのことは明示されていないし、芸術的風刺につき保護領域の画定がなさ

れたと解する余地もあろう。実際に他の連邦憲法裁判所の決定や、連邦上級裁判所・学説の一部には、「風刺は芸術でありうるが、だからといって風刺が芸術の自由の構成要件に『自動的に』含まれるわけではない」と述べ、保護領域の画定を試みるものもある。⁽¹⁸⁾しかし、これらの見解は、シュテルン事件決定の判断も含め、保護領域の画定につき何らの基準も示しておらず、また、そもそも彼らのいう「風刺」が「芸術的風刺」を指すのか「風刺的意見表明」を指すのかも明らかではない。やはり「芸術的風刺」については、意見か芸術かに区分することは不可能である、と解すべきである。このように解した場合、芸術的風刺については、両基本権の競合は保護領域の画定によっては解決しえず、法条競合または観念的競合によって問題解決が図られなければならない。

(3) 「風刺的意見表明」

一部の学説は、芸術的風刺とは異なり風刺的意見表明、すなわち風刺を用いた意見については、保護領域をある程度画定することが可能であると解する。この立場は、保護領域の画定のために、以前から学説で唱えられていた、芸術を美的コミュニケーションとみる「心的・美的コミュニケーションの支配」⁽¹⁹⁾ (Vorwiegen sinnlich-ästhetischer Kommunikation) の基準を用いる。これを用いて保護領域を画定すれば、①ある風刺的意見表明が、表明された意見と並んで、風刺の「異化」によってもたらされた独自の表明価値 (AussegeWert) を有し、さらにその異化の効果を鑑賞者や聴衆が明確に理解しうる場合には、この意見表明は、意見表明の自由だけでなく芸術の自由の保護領域にも含まれる。⁽²⁰⁾②これ以外の風刺的意見表明は、「単に風刺的に彩られただけの意見表明」 (lediglich satirisch eingefärbte Meinungsäußerung) とみなされ、もはや異化等によって特徴づけられる風刺とはみなされず、意見表明の自由の保護領域にのみ含まれる。⁽²¹⁾

この立場では、例えば、連邦軍に向けられた「兵士は殺人者だ」という意見表明は、この文言自体に「異化」が存

在しないため、意見とみなされる。また、ある企業の公害に対するデモに際して、ポスターに『みんなは環境について話しているが——我々（企業は）それを破壊している』という文言が書かれた場合は、この表明自体に風刺による独自の意味が存在しないため、右ポスターは芸術とはみなされない⁽⁸³⁾。この点で問題となるのが、小銭のエルナ事件決定である。本件で、憲法異議申立人Xは風刺的性格を有するトーク番組（RTLナイト・ショー）の司会者であるが、同番組に原告（A）である「ザクセン王女エルナ」（Prinzessin Erna von Sachsen）がゲスト出演した。Aはかつては古銭収集家であり、実際には貴族の生まれではなかったが、夫と小銭学会で知り合い、婚姻によって貴族の称号を獲得した。さらにAは、女優ヘルガ・フェグーソンの男やもめであるM氏を養子縁組し、それが大衆紙によって取り上げられ、それにより著名な人物となっていた。Xは、番組のなかで、あたかも観客が彼に要請したかのように見せかけて、Aが『「小銭のエルナ」という名前もあつた』と発言した。さらにXは、Aの婚姻や養子縁組は財産目当てであることを強調した。これに対しラント裁判所は、Aに対する人格権侵害を認めXに三〇〇マルクの慰謝料の支払いを命じたため、Xから憲法異議が申し立てられた。連邦憲法裁判所は、本件トーク番組も、Aを「小銭のエルナ」と呼んだことも「風刺的な異化によって特徴づけられる」ため、これらの表現は「風刺」であることを認めた⁽⁸⁴⁾。そして同裁判所は、本件風刺が芸術か否かを未決定にしつつ、「すべての風刺が芸術ではない」と述べ、結果として意見表明の自由を適用した。しかし、右の『小銭のエルナ』という風刺的「誇張」は、その言葉の本来の意味を超えて、当該表明に独自の意味を与えている。したがって右の学説の立場にしたがえば、このような風刺的表明は、意見表明の自由だけでなく、芸術の自由の保護領域にも含まれることになる⁽⁸⁵⁾。

3 芸術作品のための宣伝

さらに、芸術作品のために、例えばポスター（Plakat）やフラ（Flugblatt）を用いて宣伝した場合にも、芸術の自由

と意見表明の自由の真正な競合が生じる。

(1) ポスターによる芸術作品の宣伝

連邦憲法裁判所は、一九八七年一月三日決定のヘレンブルガー報告決定 (BVerfGE 77, 240) において、本件で問題となったブレヒト (Bertolt Brecht) の作品『ヘレンブルガー報告』を基本法五条三項にいう芸術とみなしたうえで、この作品の宣伝のためのポスターを携帯することも、このポスターを用いて行われたデモ行進も、芸術作品の宣伝活動として芸術の自由によって保護されるとした。すなわち、同裁判所は、「連邦憲法裁判所は、これまで、芸術作品の宣伝も基本法五条三項一文の保護を受けるか否かという問題に対して自己の立場を明確にしていなかった。しかし、その従来判例からは、芸術の自由が実際の芸術活動、すなわち芸術作品の『創作領域』(Werkbereich) を保護するにとどまらないことは明らかである。芸術の自由は、公衆への芸術作品へのアクセスが行われる『作用領域』(Wirkbereich)、すなわち芸術作品の上演・頒布をも含む」と判示した。⁽⁵⁾

問題は、右のような芸術作品のポスターによる宣伝が、芸術の自由とやらんで意見表明の自由の保護領域にも含まれるか否かである。連邦憲法裁判所は、右の決定においてこの点を明らかにしなかった。しかし、前述のように、判例・通説は、原則として商業広告も意見表明の自由の保護領域に含まれると解している。ここからは、ポスターによる芸術作品の宣伝・広告も意見表明の自由の保護領域に含まれると解することはできよう。⁽⁶⁾

(2) ビラによる芸術作品の宣伝

芸術作品をビラによって宣伝した場合、この行為が芸術の自由と意見表明の自由によって保護されるか否かが問題となる。この点、ヘレンブルガー報告決定の趣旨からは、ビラを用いた芸術作品の宣伝が、芸術の自由の「作用領域」に含まれることは明らかである。問題は、同行為が意見表明の自由によっても保護されるか否かである。この点につ

き、連邦憲法裁判所は、一九九五年一〇月一〇日の「兵士は殺人者だ」事件決定のなかで、「兵士は潜在的な殺人者？」等が書かれたピラを、意見表明の自由によって保護している。⁽¹⁸⁾ この決定からは、芸術作品のための宣伝をピラを用いて頒布した場合、同頒布行為が意見表明の自由の保護領域にも含まれると解すことは可能であろう。

4 小括

以上のように、意見表明の自由と芸術の自由の重なりは、「風刺」と「芸術作品のための宣伝」が問題となる場合に生じうる。これらの表現は、原則として両基本権の保護領域に含まれるため、この領域では、両基本権の真正な競合が生じる。例外は「風刺的意見表明」である。風刺的意見表明については、風刺の「異化効果」が存在し、それによつて意見表明に独自の価値がもたらされた場合には、右意見表明は、意見表明の自由だけでなく芸術の自由の保護領域にも含まれる。しかし、それ以外の風刺的意見表明は、「単に風刺的に彩られただけの意見表明」とみなされ、意見表明の自由の保護領域にのみ含まれる。次章では、風刺と芸術作品の宣伝において生じる、意見表明の自由と芸術の自由の真正な基本権競合をどのように解決すべきかについて検討を加えることにする。

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

「基本権競合」という文言は学説上広く用いられているが、連邦憲法裁判所の決定のなかで用いられたことは一度もない。⁽¹⁹⁾ なぜなら同裁判所は、これまで基本権競合の分析を回避し、多くの決定で競合の問題を「未決定のままにしておいた」からである。しかし学説は、連邦憲法裁判所の決定を基本権競合論に基づく分類方法にしたがって整理・区分しており、本稿でも学説の議論にならつて以下問題を分析することにする。

1 規範論理的特別関係

判例・学説は、一定の基本権の間に規範論理的特別関係を認めている。問題は、意見表明の自由と芸術の自由の間にこの関係が認められるか否かである。この点連邦憲法裁判所は、すでに一九七一年のメフィスト決定^(註)において、芸術の自由が意見表明の自由に対して(規範論理的)特別関係にあることを明示した。

(1) 連邦憲法裁判所の決定

(a) メフィスト決定 (BVerfG 30, 173)

本件において、クラウス・マンの小説『メフィスト』が本件小説のモデルである故人グスタフ・グリュンドゲンスの名譽を侵害するものであるとして、養子からの訴えにより、その出版の禁止が認められた。これに対し、出版社側が、基本法五条三項違反を主張して憲法異議を提起した。連邦憲法裁判所は、この出版社の憲法異議を棄却した。連邦憲法裁判所は、同決定のなかで、「基本法五条の保障領域の体系的な区分からは、同条三項が同一項に対する特別法 (lex specialis) であることは明らかである」と明示した。^(註)すなわち、「芸術的表明は、たとえそれが意見表明を含んでいたとしても、意見表明とは『別のもの』(aliud) なのである」という。同裁判所は、この原則から、「同二項の制約を、同三項にいう領域にも適用することは禁じられ」、芸術の自由によって保護される本件小説には、「とりわけ基本法五条二項は適用しえない」と述べた。連邦憲法裁判所のこの立場は、(b)「時代錯誤の行列」決定^(註)、(c)シュトラウス風刺画事件決定^(註)、(d)一九九〇年三月七日の連邦国旗事件決定^(註)に踏襲された。

(2) 学説の立場

このように、連邦憲法裁判所は、芸術の自由は意見表明に対する特別法なのであるから、芸術の自由が意見表明の自由を排除して適用されると主張する。学説は一般に、同裁判所は「特別法」を「規範論理的特別関係」の意味で捉

えたと解している。⁽¹²⁾ 芸術の自由に規範論理的特別関係を認める立場は、かつての学説には広く支持されていた。⁽¹³⁾ しかし現在では、両基本権の間には規範論理的特別関係は存在しないという批判が多方面から唱えられている。⁽¹⁴⁾ 規範論理的特別関係の定義に照らせば、芸術の自由が「規範論理的に特別である」というためには、芸術の自由によって把握されるすべての行為が、同時に意見表明の自由の構成要件でなければならぬ。つまり、すべてのあらゆる芸術描写が、同時に意見でなければならぬ。しかし、そのような状況が実際に存在するの否かには疑問がある。右の批判はまさにこの点をつく。すなわち、美を追求した絵画、写真、叙述詩などには、意見や立場表明の要素は含まれておらず、これらは基本法五条一項の意見の概念を満たさない、という。⁽¹⁵⁾

また、芸術の自由に抽象的な高い地位を認めることに對しても批判がある。学説のなかには、基本法五条三項が、同一項と異なり、法律の留保なしに保障されていることから、芸術の自由は意見表明に對し「抽象的な強度」(abstrakte Stärke)を有すると解する者がある。⁽¹⁶⁾ しかしながら、前述のように、多くの学説は、法律の留保なき基本権には抽象的な強さは認められないと解する。⁽¹⁷⁾ また、そもそも連邦憲法裁判所は、これまで、法律の留保なき基本権が法律の留保ある基本権に優位するという点につき説得力のある説明をしていない。⁽¹⁸⁾ 確かに、法律の留保なき基本権は、「衝突する憲法上の法益」によつてのみ制約されうる。しかし、この場合も、どちらの基本権が優位するかは、個別の比較衡量の結果により判断される。⁽¹⁹⁾ したがって、基本法五条の体系からは、必ずしも「芸術の行使の特権」(Privilegierung der Kunstausübung)が導かれるわけではないのである。⁽²⁰⁾ 一般法である意見表明の自由が特別法である芸術の自由を排除して適用される可能性は、当然に考慮されなければならない。

2 概念的競合

しかし連邦憲法裁判所は、右の(a)と(d)の決定にもかかわらず、同裁判所にいう「特別関係」を嚴格に解しているわ

けではない。⁽¹³⁾ 同裁判所は、風刺が問題となった以下の事例で、芸術の自由ではなく、意見表明の自由を審査基準として用いている。

(1) 連邦憲法裁判所の立場

(e) レーゲンシャイン・カード事件決定 (BVerfGE 68, 226)

本件で憲法異議申立人Xは、ある出版社を経営し、「風刺的・批判的な」郵便葉書シリーズ『レーゲンシャイン・カード』(„Regenschein Karten“)を出版していた。このシリーズのある葉書の表側に、ひさしつきの帽子と黒い皮のジャンパーの制服をまとった、笑っている男が描かれており、帽子とジャンパーにはバッジが付いている。さらに男の目は、細長の長方形で黒く塗りつぶされていた。この葉書は、原告がミュンヘンで営んでいた警備会社「民間安全サービス」(Ziviler Sicherheitsdienst)の当時の警備員を扱ったものであり、葉書の裏面には、「Recht & Ordnung - München 1980」と書かれていた。Xの意図は、この写真によって見る者に警察官を連想させ、裏面のロゴにより、右警備会社があたかも警察のように振る舞い、「思い上がって警察機能を営んでいる」ことを非難することであった。実際に右警備会社は、世間で「黒い保安官」(schwarzer Sheriff)と呼ばれていた。原告は、Xに対して、この葉書の販売中止を求めた。州裁判所が訴えを棄却したのに対し、上級州裁判所がXに葉書の販売を禁止したため、Xは、基本法五条三項一文と同一項の侵害を主張して憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、一九八四年一〇月三十一日の決定において、Xが本件の葉書により「意見」を表明したことを認め、下級審の判決はXの意見表明の自由の基本権を侵害していると判示した。しかし同裁判所は、「当該下級審判決は、既に、憲法異議申立人の基本法五条一項一文の基本権を侵害しているのであるから、本件葉書が——憲法異議申立人の意図するように——芸術の自由の観点からも保護されえたか否かは、重要ではない」と述べ、芸術の自由の侵

害可能性については審査を回避した。⁽¹⁷⁾

このように、意見表明の自由の侵害が認められた場合には問題となった表現が芸術の自由にも含まれるのか否かは「未決定にしておくことができる」という立場は、(f)タイタニック事件決定⁽¹⁸⁾と(g)小銭のエルナ事件決定⁽¹⁹⁾にも踏襲されている。

(2) 学説の見解

連邦憲法裁判所は、右の(e) (g)決定において、風刺を意見とみなしたものの、それが芸術であるか否かは未決定にしている。しかしながら、広い芸術概念に照らせば、問題となった風刺はどれも明らかに、芸術の自由の保護領域にも含まれる事例であった。⁽²⁰⁾したがって、右の決定においては、実際には両基本権の真正な競合が生じている。ここからは、連邦憲法裁判所が、両基本権の真正な競合の発生を認めた上で意見表明の自由のみを適用したと解することができる。つまり、連邦憲法裁判所は、特別法である芸術の自由は一般法である意見表明の自由を常に排除するわけではなく、一定の条件の下では、意見表明の自由が適用されうると判断した、と解することができる。

しかしながら、連邦憲法裁判所は、メフィスト決定以降、芸術の自由の意見表明に対する規範論理的特別関係を認めたはずである。同裁判所のこの判例理論によれば、両基本権の競合に際しては、常に基本法五条三項のみが適用され、同五条一項一文は排除される。しかしながら、同裁判所は、右(e) (g)の決定において基本法五条一項一文のみを適用したのである。連邦憲法裁判所の理論は、意見表明の自由と芸術の自由が特別関係ではなく、観念的に競合すると考えた場合には、成立しうる。⁽²¹⁾つまり、ある一定の表明に関しては、両基本権が観念的に競合すると考える手法である。この場合、両基本権が同時に適用されるのであるから、基本法五条一項一文の侵害が認められた場合には、もはや同五条三項侵害を審査する必要はない。当該表明が芸術の自由の保護領域に含まれるか否かも、未決定にし

ておくことができる。学説のなかにも、「風刺的意見表明」が問題となる場合には、両基本権は常に観念的に競合する、と主張する者がいる⁽⁸⁾。しかしながらこの立場には、いかなる場合に観念的競合が生じ、いかなる場合に規範論理的特別関係が生じるのかについての説得力ある説明が欠けている。

3 規範的特別関係

連邦憲法裁判所は、しかし、右の(e)～(g)の決定にもかかわらず、次の二つの決定においては芸術の自由を適用している。

(1) 連邦憲法裁判所の決定

(h) ヘレンブルガー報告決定 (BVerfGE 77, 240)

本件は、ある劇の上演の広告のために有罪判決を受けた被告人らが提起した憲法異議の併合審である。憲法異議申立人X1は、音楽劇団の団員であった。同劇団は、ブレヒトの作品「ヘレンブルガー報告」(Hernburger Bericht)にパウル・デッサウ (Paul Dessau) が曲をつけた劇の上演を、一九八二年五月一日にエッセンで予定していた。この劇の上演は、一九五二年に警察との衝突で射殺された、FDJ (自由ドイツ青年団) の構成員であったフィリップ・ミュラーを追憶したものであった。一九八二年四月二六日、X1は、同劇の上演の宣伝のためミュンヘン市内でポスター (Plakat) を貼りつけた。縦一六二センチ横六〇センチの大きさのこのポスターには、左腕にFDJの紋章をつけた笑顔の青年が載せられていた。X1は、この宣伝行為が刑法第八六条aに違反するとして、起訴され有罪判決を受けた。憲法異議申立人X2も、同じく、「ヘレンブルガー報告」の上演を目的とした音楽劇団の一員であった。同劇団の団員は、上演当日の一九八三年五月一日、エッセン市内の通りで、同じくフィリップ・ミュラーを追憶してデモを行った。その際、X2は、他のデモ参加者とともにFDJのシャツを着用し、デモの機会とブレヒトの劇の上

演を示したポスターを携帯した。FDJのシャツは劇の上演にのみ許され、かつ劇団の団員のみが着用を許されるとして、X2は、右刑法の条項に違反するとして起訴されて有罪判決を受けた。ところで刑法第八六条一項二号は、「憲法秩序もしくは国際間の協調に反する思想を旨指す」団体の宣伝等が禁止されており、さらに刑法第八六a条は、このような政党・団体の標章 (Kennzeichen) を公然と、集会で、または文書で使用する行為を処罰する。FDJは、基本法九条二項にいう憲法に反する組織であるとして、一九五四年七月一六日の連邦行政裁判所の判決によって禁止されていた。

連邦憲法裁判所は、一九八七年一月三日の決定において、「ヘレンブルガー報告」を基本法五条三項にいう芸術とみなしたうえで、ポスターの携帯とデモ行為も、芸術作品の宣伝活動として芸術の自由によって保護されるとした。その理由として、同裁判所は、「芸術作品のための宣伝は、確かに芸術作品それ自体または芸術作品の内容を伝達するメディアではない。しかし、かかる宣伝は、同時に芸術的創造の作用領域に属する伝達手段をなす。すなわち、芸術は、他の「伝達にかかわる基本権」の保護法益と同様、公共性にかかわり、それゆえ公の認識 (öffentliche Wahrnehmung) に頼らざるをえないからである。この理由から、芸術作品のための宣伝も、この基本権の保護を受け⁽⁸⁸⁾る」と述べた。同裁判所は、結果として、憲法異議申立人の本件宣伝行為を有罪とした裁判所の判決を破棄し、地方裁判所ないし区裁判所に差し戻した。

(i) 連邦国歌事件決定 (BVerfGE 81, 298)

本件で、一九八六年八月、憲法異議申立人Xが編集者として刊行されていた雑誌『Plätze』に、「ドイツ国歌一九八六年」と表した、ドイツ国歌の歌詞を書き換えた歌が掲載され公表されたが、同版は区裁判所によって押収された。ところがXは、この押収を機に、「報道説明」(Presseklärung)を印刷し、市内の本屋に陳列した。このピラ

(Flugblatt) のなかで X は、押収のきっかけとなった右の替え歌を掲載して事件の経緯を説明し、右雑誌の押収を批判した。X は、右替え歌の雑誌への掲載と、同歌を掲載したピラの配布という二つの行為が国家のシンボルに対する名誉毀損にあたるとして起訴され有罪判決を受けたため、憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、一九九〇年三月七日の決定において、ドイツ国歌の改作 (Nachdichtung) は芸術であるとみなしたが、歌のピラによる配布については、異なる判断を示した。すなわち、「歌の頒布もまた、芸術作品の作用領域として芸術の自由によって保護される。しかし、このことからすぐに、ピラの配布をもこの基本権の保護領域に含まれると結論づけることはできない。(歌の) 雑誌による公表に関しては、ここでは歌そのものの公表が問題となっているため、(その行為が芸術の自由の保護領域に含まれることは) 明らかである。(しかし、歌の押収についての) 報道説明に際しては、(報道説明が芸術の自由の保護領域に含まれるか否かは) 明らかでない。報道説明においては芸術作品は、他の表明、すなわち歌の頒布に対する刑罰措置についての、異化されていない意見表明によって特徴づけられている。したがって、本件ピラの頒布は、原則として、基本法五条一項の保護領域に含まれる。この原則は、替え歌がピラのなかに引用されているとしても変わらない。なぜなら、本件ピラ配布は、芸術作品のために——直接的に——なされたのではなく、批判された事件の経緯を説明するためにのみなされたからである。ここでは、芸術は、伝達された意見の単なる『付属品』(Beiwort) にすぎず、その内容上の伝達には寄与しない。⁽⁸⁾

同裁判所は、このように述べ、原則として本件ピラの頒布は基本法五条一項の基本権の保護領域に含まれるとしながらも、国家の介入の正当化の審査は、芸術の自由によって審査されなければならないと述べた。すなわち、「憲法異議申立人に対する処罰は、ピラやそこで伝達された意見と結びついてはいるのではなく、むしろ主として、『ドイツ国歌八六年』という印刷物に対して向けられている。それゆえ、攻撃の対象という観点のみ見れば、基本法五条三

項一文の保護領域が関連する」。確かに本件「芸術作品そのものは、ピラによって頒布されることを意図していなかった」。しかし、考慮しなければならないことは、「憲法異議申立人にとっては、ピラによって、芸術作品を伝達する自由を得ることが重要であったということである。憲法異議申立人が、芸術作品をこの（芸術作品の伝達の自由獲得という）目的の追求にのみ使用する場合には、ピラ配布行為も、芸術作品が公衆にアクセスされることに寄与する」。この場合には、意見表明の自由ではなく、芸術の自由が適用される、という。⁽¹⁸⁾

このように連邦憲法裁判所は、芸術作品のピラによる頒布は、ここでは芸術は意見の単なる「付属品」にすぎないため、原則として意見表明の自由に含まれるが、例外的にその意見表明が「芸術作品を伝達する自由を得る」ために唱えられた場合には、芸術の自由の作用領域に含まれると解した。結果として、同裁判所は、本件におけるピラ配布による報道説明は、芸術の自由の保護領域に含まれると解し、州裁判所による本件替え歌の芸術性の解釈に問題があるとして、判決を差し戻した。

(2) 連邦憲法裁判所の決定の解釈

ヘレンブルガー報告決定において、連邦憲法裁判所は、基本法五条一項一文にも、また同条項と芸術の自由との関係についても触れていないが、前述のように、芸術の自由と意見表明の自由の真正な競合が生じていると解した上で、基本法五条三項を適用したことは明らかである。連邦国歌事件決定では、芸術作品のためのピラによる宣伝が芸術の自由と意見表明の自由の両基本権の保護領域に含まれることを明確にし、その上で芸術の自由を適用した。問題は、どのような基準のもとで一方の基本権が他方を排除して適用されるかである。この点、ヘレンブルガー報告決定は明らかではない。これに対し、連邦国歌事件決定は、芸術が意見表明の単なる「付属品」である場合には、その表現は、芸術の自由ではなく意見表明の自由によって保護されるという基準を示した。しかし、本決定のこの「付属品」の基

準をめぐっては以下の二つの解釈が対立している。①一方の立場によれば、同決定は、付属品の基準によって、単なる詩の引用と、芸術的要素を用いた意見表明とは本質的に区別されると述べたのみで、芸術の自由と意見表明の自由の競合解決のための一般的基準を定めたものではない。⁽¹⁸⁾連邦憲法裁判所は、本決定において、メフィスト決定以来の従来の立場を保持し、芸術の自由の規範論理的特別関係を維持したと解する。つまりこの立場によれば、付属品の基準は真正な基本権競合の解決手段には適さない(後述④)。②もう一方の立場は、連邦国歌事件決定は、従来の決定と異なり、芸術の自由の意見表明の自由に対する規範的特別関係を認め、その上でどちらの基本権が適用されるかについては、「意見表明が、芸術的手法によってわずかに異化されただけであれば、芸術は付属品とみなされ、基本法五条三項一文を適用することはできない」という一般的基準を定めたと解している(後述③)。

(3) 「付属品」の基準 („Beiwerk“-Kriterium)

学説は、以前より②の基準を唱えてきた。この基準によれば、芸術の自由と意見表明の自由の真正な競合に際しては、個々の事例において、事実関係により高い具体的関連性を示している基本権が、他の基本権を排除して適用される。⁽¹⁹⁾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」または「具体的により大きな集中性の基準」と呼ばれる。この理論は、規範論理的特別関係の欠点を克服するために唱えられた。すなわち、規範論理的特別関係によれば、芸術の自由は意見表明の自由に対して常に優位するため、芸術的に異化された意見表明には、常に基本法五条三項のみが適用される。ここでは、ある意見表明における芸術的関連性がわずかである場合でも、つまり芸術が単なる「付属品」にしかすぎない場合でも、意見表明の自由ではなく、芸術の自由のみが適用される。例えば、ある表明につき意見の要素が九八パーセント含まれていても、残りの二パーセントの芸術の要素が優位するのである。し

かし、「付属品」の基準を用いれば、両基本権の競合に際しては、一方が他方に常に優位するのではなく、個別の事例で、事実関係により重要な関連性を示した基本権が他方の基本権を排除して適用されるのである。

しかし、この「付属品」基準には批判が加えられている。すなわち、芸術の自由と意見表明の自由のこのような区分は、必然的に、基本法五条三項の芸術の自由との部分的な「ずれ」(Anlagerung)をもたらし⁽²⁸⁾、「付属品」基準によれば、意見表明の自由または芸術の自由のどちらの基本権が適用されるかは、芸術概念によってではなく、どちらの基本権が事実関係により近いかによって判断される。したがって、ある芸術作品が、より高い表明力(Aussagekraft)を有している場合、つまり、作品の意図が聴衆に対し明確である場合には、意見表明の自由のみが適用され、反対に芸術的要素が強く、一見すると作品が何を訴えているのか理解できない場合には、芸術の自由が適用される。しかしこれでは、「なぜ、芸術的風刺を用いてなされた誇張された政治的意見表明は、実際にはそれはまさに芸術であるにもかかわらず、基本法五条一文により保護されるのに対し、もはや何を言わんとしているのか分からない劇や絵画が無意味な芸術として基本法五条三項によって保護されるのか、まったく理解できない⁽²⁹⁾」。したがって、このような基準は、基本権競合の解決としては不適切である、というのである。

(4) ヘスの基準

このように、両基本権の間に規範的特別関係を認めたとしても、基本権の適用をめぐる基準については議論がなされている。そこでヘスにより、新たな基準が唱えられた⁽³⁰⁾。ヘスの立場では、芸術作品を用いて(durch)なされた表明か、または芸術作品について(über)なされた表明かが基準となる。

① 芸術の自由の規範的特別関係

ヘスの理論によれば、芸術的になされたコミュニケーションの領域では、常に、芸術の自由が意見表明の自由を排

除して適用される。ヘスは、その根拠として、芸術の性質と、芸術の保護の歴史的背景を挙げる。ヘスによれば、芸術の自由は確かに意見の自由に対して規範論理的特別関係にはないが、コミュニケーションの自由の「特別な形態」(spezielle Form)とみなされる。芸術家はしばしば異化の効果を利用する。異化は、芸術家によって意図されたメッセージを表面的に覆い隠すことに寄与するが、同時に、このような手法は、受け手が積極的であれば、その表現内容をより鮮明に伝えることができる。このように、受け手が受身ではない点が意見との相違点である。つまり、芸術家が作品のなかで意図した効果を受け手が明確に理解してはじめて、芸術の効果が生じる。この異化の効果によって、芸術家は、自己の表明をより正確に伝えることが可能となる。こうして、芸術作品は、潜在的に、そしてしばしば鑑賞者に気づかれないように、受け手に影響を与えるのである。まさに芸術のこうした性質が、国家権力にとって脅威となり、これまで国家による制裁や介入措置が芸術に向けられてきた。こうした国家の制裁に対する脅威から芸術を保護するために、芸術は基本法において法律の留保なしに保障されるとされたのである。したがって、芸術とりわけ風刺を用いてなされたコミュニケーションの領域では、「風刺が異化によってもたらされた独自の表現価値を有し、さらにこの異化の効果を鑑賞者が明確に理解しうる」限りで、芸術の自由は意見表明の自由を排除して適用される。

② 意見表明の自由の規範的特別関係

このように、ヘスの立場では、芸術作品によって (durch) 表明された意見の頒布、つまり芸術のコミュニケーションの領域では、芸術の自由は、常に意見表明の自由を排除して適用される。しかし、両基本権の真正な競合は、芸術について (Eink) 批評・意見表明がなされた場合にも生じうる。前述のヘレンブルガー報告決定と連邦国歌事件決定で問題となったポスターやビラによる芸術作品の宣伝がその例である。両決定において、連邦憲法裁判所は、当該宣伝行為に芸術の自由を適用した。ヘスは、同裁判所のこのような競合の評価を批判する。すなわち、ヘスは、芸術作

品の頒布に寄与するすべての行為が、芸術の自由の「主要な保護対象」に含まれるわけではない、と主張する。

ヘスによれば、芸術の自由の保護の対象は、「主要な保護対象」(Hauptschutzgegenstand) と「補助的な保護対象」(Hilfschutzgegenstand) に分けられる。前者は、芸術作品の実際の描写や表明に寄与する行為を指し、ここには、絵画の展示、戯曲の公演、小説の印刷・販売などが含まれる。これらの行為を通じて、芸術は受け手にアクセスされるのである。さらに、この創作領域と並び、受け手とのコミュニケーションの目的に「直接」寄与する行為も、「主要な保護対象」に含まれる。しかし、その他の行為、すなわち芸術作品と受け手の関係の構築には寄与するが、芸術作品が公表されるための下地にすぎない行為は、「主要な保護対象」から除外される。このような行為も、芸術の自由の保護領域には含まれるが、それは「補助的に」保護されるにすぎない。芸術作品の批評・宣伝は、まさにこの「補助的な保護対象」に該当する。

このような区分は、両基本権の競合解決に影響を及ぼす。すなわち、両基本権の保護領域に含まれるある行為が、芸術の自由の「主要な保護対象」に含まれば、芸術の自由は意見表明の自由を排除して適用される。しかし、同行為が、その「補助的な保護対象」に含まれる場合には、意見表明の自由が芸術の自由を排除して適用される。この基準にしたがえば、連邦国歌の替え歌を載せた雑誌が押収され、その模様について批評したピラを頒布した場合、このピラ頒布の行為侵害に対する審査基準には、基本法五条一項一文が適用される。このことは、ポスターによる「ヘルンブルガー報告」の劇の宣伝にも妥当する。

4 小括

以上のように、判例・学説は、風刺をめぐる意見表明の自由と芸術の自由の真正な競合の解決策として、いくつかのバリエーションを唱えている。大別すれば、①芸術の自由の規範論理的特別関係、②規範的特別関係、③観念的競

合である。連邦憲法裁判所は、①の立場を採用していることは明らかだが、他の二つも採用したか否かは明らかでない。学説では、①の見解が従来 of 通説であるが、最近の学説は、②の基準を主張する傾向にある。しかし、両基本権の規範的特別関係を主張する立場においても、どちらの基本権を適用すべきかという基準については、いまだ定見がない。多くの学説は、事実関係により具体的に強い関連性を示した基本権が適用されるべきという「付属品」の基準を主張しているが、「芸術によつて」なされた表明か、それとも「芸術について」なされた表明かで区分する見解もある。さらに、学説のなかには③の立場に立ち、両基本権の「異なる価値に鑑みれば」、ここには規範論理的特別関係も規範的特別関係も存在せず、したがつて両基本権は常に観念的に競合する、と主張するものがある。⁽⁸⁾

五 むすびにかえて

基本法における意見表明の自由と芸術の自由の競合の問題をめぐる議論を要約すれば、以下のようになる。判例・通説は、基本法五条にいう意見と芸術の概念を広く解しているために、意見表明の自由と芸術の自由の両基本権の保護領域が重なり合う場合が生じる。この両基本権の競合は、とりわけ風刺と、芸術作品の批評・宣伝において問題となる。これらの表明は、原則として、両基本権の保護領域に含まれるため、ここでは両基本権の真正な競合が生じた。したがつて、この領域では「保護領域の画定」の手法によつては、もはや両基本権の競合の問題を解決することはできない。それゆえ、風刺を意見または芸術の一方にのみ区分しようとする試みは、挫折せざるをえない。意見表明の自由と芸術の自由の真正な競合のドグマとして、判例・学説は、以下の三つを唱えてきた。①芸術の自由の意見表明の自由に対する規範論理的特別関係を認める立場、②両基本権の間に規範的特別関係を認める立場、③両基本権の観

念的競合を認める立場である。もっとも、どの手法により解決すべきかについては、いまだ定見はない。

両基本権の関係を検討するに際して基本権競合論を用いる利点は以下の点にあらう。すなわち、①基本法にいう意見概念と芸術概念を歪曲することなく、また両基本権の保護領域を歪めることなく、問題を解決することが可能となる。②一個の表現行為を、いったん意見表明の自由と芸術の自由の両基本権の保護の下に置くことで、表現に最大限の保護の可能性を与えうる。③さらに、基本権競合論によって、意見表明の自由が芸術の自由を排除して適用される可能性が認められ、これにより両基本権は単なる規範論理的な特別法・一般法の関係にあるのではなく、それぞれ異なる価値を有する対等な基本権であることが明らかとなる。

本稿は、意見表明の自由と芸術の自由の競合を例に、ドイツにおける基本権競合論を概観した。そして本稿は、ドイツでは、複数の基本権が重なりうる場合、単に両基本権の保護領域の画定や特別法・一般法の関係のみで処理されているのではなく、基本権競合論を用いて様々な解決が試みられていることを明らかにした。もちろん、ドイツの基本権競合論がわが国の憲法学にとって有益な議論であるのか否か、仮にそうだとしても、同理論をそのまま採用するか否かについてはさらなる検討が必要である。とりわけ、基本法五条が個別の基本権を列挙して保障しているのに対し、日本国憲法二二条一項は「言論、出版その他一切の表現の自由」として表現を包括的に保障しているという事情は特に配慮を要する。しかしわが国の学説にも一定の基本権の間で、特別法・一般法の関係や、重疊的適用を主張するものがあり、それが何を意味するのか、なぜそのような関係にあると言えるのかにつき、ドイツの議論を参考に検討がなされる必要はあらう。こうした点が今後の検討課題であることを指摘して本稿を閉じることにした。

(12) 基本法五条一項の「意見」の概念につき、さしあたり、鈴木・前掲注(5)一四頁、松本・前掲注(4)一一四頁、上村都「意見

表明の自由と集団の名譽保護」名城法学論集二五集七頁以下（一九九八）等を参照。

- (122) Vgl. Ipsen, a. a. O. (Anm. 84), Rdnr. 385.
- (123) Vgl. BVerfGE 61, 1 (9).
- (124) Vgl. BVerfGE 33, 1 (14); 90, 241 (247). アウシエウツの嘘事件（BVerfGE 90, 241）の判例評釈として、小野寺邦広「アウシエウツの嘘」規制と意見表明・集会の自由」ドイツ憲法判例研究会・前掲注（6）一四四頁以下参照。
- (125) 連邦憲法裁判所は、事実の伝達は確かに基本法五条一項一文にいう「意見」には含まれないが、事実の主張が同条項で保護される意見の形成に寄与する限りで、意見の自由の基本権に於いて保護されることを述べる（BVerfGE 61, 1 (8 ff.)）。
- (126) Vgl. H. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 88), Art. 5 I, II Rdnr. 62; C. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein u. a., Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 23; D. Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 (1698)（翻訳として）「ライター・グリム（上村都記）「連邦憲法裁判所判決における意見表明の自由」名城法学四九卷四号一五九頁（二〇〇〇）参照」。
- (127) Vgl. A. Hamann/H. Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl. 1970, Artikel 5 Bl.; T. Oppermann, Wirtschaftswerbung und Art. 5 Grundgesetz, in: K. Vogel/K. Tipke (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, 1972, 393 (395); Ipsen, a. a. O. (Anm. 84), Rdnr. 394.
- (128) そとがたり、C. Degenhart, in: R. Dolzer/K. Vogel/K. Grabhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1999, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 126; W. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1 (1); Jarass, a. a. O. (Anm. 27), Art. 5 Rdnr. 3; Starck, a. a. O. (Anm. 126), Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 25; Schulze-Fielitz, a. a. O. (Anm. 126), Rdnr. 62; R. Wendt, in: I. von MünchP. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 5 Rdnr. 11等を参照。
- (129) Vgl. BVerfGE 71, 162 (175). そとがたり、二〇〇二年一月二日の連邦憲法裁判所の決定も、意見表明の自由の保護は「商業的な意見表明および、価値的で意見形成的な内容を有する純粋な商業広告にも及ぶ」と判示している（BVerfGE 102, 347 (359)）。同決定の判例評釈として、川又伸彦「ショック広告と表現の自由」自治研究七八巻一号一二四頁以下（二〇〇一）参照。
- (130) 基本法五条三項の芸術概念につき、杉原周治「芸術の自由と青少年保護（一）」ドイツの有害図書規制を素材として」広島法学二六巻一号一四九頁以下（二〇〇一）参照。

- (11) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 184; J. F. Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 1990, 1937 (1943); Reupert, a. a. O. (Anm. 118), S. 1163 f.
- (12) Vgl. B. v. Becker, Grenzlose Freiheit der Satire?, NJW 2001, 583 (583).
- (13) RGSt 62, 183 (183 f.); BVerfGE 75, 369 (377) (シュートラウス風刺画事件決定) ; 86, 1 (9) (タイタニック事件決定) ; BVerfG NJW 1998, 1386 (1387) (小銭のエルナ事件決定) ; BGHZ 156, 206 (208); T. Württemberg, Karikatur und Satire aus strafrechtlicher Sicht, NJW 1982, 610 (611); I. Pernice, in: Dreier, (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 88), Art. 5 III (Kunst) Rdnr. 24; Jauss, a. a. O. (Anm. 27), Art. 5 Rdnr. 67.
- (14) Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 87), Rdnr. 13; Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 160; Reupert, a. a. O. (Anm. 118), S. 1163; BVerfGE 30, 173 (191); 75, 369 (377).
- (15) Vgl. Zippelius/Württemberg, a. a. O. (Anm. 74), S. 249.
- (16) Vgl. v. Becker, a. a. O. (Anm. 132), S. 583.
- (17) 例として M. Löffler/R. Ricker, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl. 2005, S. 341 f.
- (18) 同決定に於て詳しくは、毛利透「ドイツの表現の自由判例における萎縮効果論——一九九〇年代」法学論叢一五三巻一零八頁以下(二〇〇三)・小山・前掲注(6)一五頁参照。
- (19) Vgl. BVerfGE 86, 1 (9).
- (20) Vgl. BVerfGE 86, 1 (9).
- (21) 小銭のエルナ事件決定の判例評釈として、小山剛「トーク・ショーにおける風刺的表現」自治研究七五巻一〇号一二二頁以下(一九九九)参照。
- (22) BGHZ 156, 206 (208); Schuke-Felitz, a. a. O. (Anm. 126), Rdnr. 68, 315; R. Herzog, in: Maunz/Dürig u. a., Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 1992, Art. 5 Abs. 1, II Rdnr. 80 d.
- (23) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 186.
- (24) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 186, 190 ff.; 小山・前掲注(6)一二頁以下も、風刺をどのように区分して考える。
- (25) シュートラウス風刺画事件決定の判例評釈として、田口精一「芸術の自由と人間の尊厳——シュートラウス風刺画事件」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(6)一五五頁以下参照。

- (146) もっとも、本件作品が風刺であることについては、同決定では疑義は生じていない。同決定は、本件作品がシュートラウスの容貌を「誇張」(überspizien) しており、その「異化」により特徴づけられることを明示している (BVerfGE 75, 368 (379 f.))。
- (147) BVerfGE 75, 369 (377)。
- (148) Vgl. BVerfG NJW 2002, 3767 (3767)。
- (149) 風刺的な写真のモンタージュ (satirische Fotomontage) が問題となった二〇〇三年九月三〇日の連邦通常裁判所の決定 (BGHZ 156, 206 (208)) も、シュートルン事件を引用し、意見表明の自由のみを適用している。
- (150) Vgl. Schulze-Fielitz, a. a. O. (Anm. 126), Rdnr. 68; Herzog, a. a. O. (Anm. 142), Rdnr. 80 d.; Löffler/Ricker, a. a. O. (Anm. 137), S. 341 f.; BVerfGE 86, 1 (9) (タインリヒツ事件決定) ; BGHZ 156, 206 (208)。
- (151) Vgl. E. G. Mahrenholz, in: E. Benda/W. Mahhofer/H. J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 26 Freiheit der Kunst, Rdnr. 37 ff.; G. Gounalakis, Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire, NJW 1995, 809 (812)。もっとも両学説はこの基準は、芸術の自由の保護領域を意見の自由等の基本権と区別するために用いられると解しているため、この基準をみたす表現は、芸術の自由の保護領域にのみ含まれ、意見表明の自由の保護領域には含まれないと解する。
- (152) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 190 ff.; へスによれば、後述のように、この競合の結果、芸術の自由は規範的特別関係として意見表明の自由を排除して適用されると解する。
- (153) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 10), S. 186。また、E. Steffen, Politische Karikatur und politische Satire im Spannungsfeld von Kunstfreiheitsgarantie und Persönlichkeitsschutz, in: W. Brandt/H. Gollwitzer/J. F. Henschel (Hrsg.), Ein Richter, ein Bürger, ein Christ: Festschrift für Helmut Simon, 1987, 359 (368) も、「風刺的表現が単なる様式上の手段 (Stilmittel) として用いられるにすぎない場合には」「憲法上の芸術概念は、しばしば問題となるべきではない」。
- (154) Vgl. BGH NJW 1994, 124。
- (155) Vgl. BVerfG NJW 1998, 1387 (1387)。
- (156) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 192。
- (157) Vgl. BVerfGE 77, 240 (251)。芸術の自由の創作領域と作用領域に「F. Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 99 参照」。

- (158) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 193.
- (159) Vgl. BVerfGE 93, 266 (275 ff.). 同決定の判例評釈として、小山剛「意見表明の自由と集団の名譽——「兵士は殺人者だ」事件」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(6)一四九頁以下参照。
- (160) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1370.
- (161) 判例評釈として、保木本一郎「芸術の自由の憲法的統制——メフィスト決定」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(51)一九〇頁参照。
- (162) Vgl. BVerfGE 30, 173 (191 f., 200).
- (163) Vgl. BVerfGE 30, 173 (200).
- (164) Vgl. BVerfGE 67, 213 (228). 本決定で、連邦憲法裁判所は、確かに芸術の自由と意見表明の自由の関係については明示しなかったが、メフィスト決定を参照し、芸術の自由には「基本法五条二項の制約は、直接的にも類推的にも適用されない」と述べた。
- (165) Vgl. BVerfGE 75, 369 (377). 連邦憲法裁判所は、一九八七年六月三日の決定において、本件風刺を芸術概念に照らしとして芸術である」とを認めたうえで、「本件において、決定的な基本権は、基本法五条三項一文である。なぜなら、それが特別規範(die spezielle Norm)だからである」と述べ、芸術の自由の意見表明の自由に対する優位を認めた。
- (166) Vgl. BVerfGE 81, 278 (291). 連邦国旗事件決定の判例評釈として、西原博史「芸術の自由の行使と国旗の冒瀆——連邦国旗侮辱事件」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(51)一九八頁以下、Toru Mori, Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole - eine rechtsvergleichende Analyse von Deutschland und den USA, JöR 48, 117 (2000) (＝筑波法政二四号四九二―四五〇頁(一九九八)) 参照。
- (167) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 184 f.; Scholz, a. a. O. (Anm. 87), Rdnr. 13; J. Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, S. 161.
- (168) Vgl. Pernice, a. a. O. (Anm. 134), Art. 5 III (Kunst) Rdnr. 50; Starck, a. a. O. (Anm. 126), Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 267, 287; Jarass, a. a. O. (Anm. 27), Art. 5 Rdnr. 84; Müller, a. a. O. (Anm. 157), S. 58 f.; E. Schmidt-Lortz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 1989, § 141 Meinungs- und Informationsfreiheit, Rdnr. 37.
- (169) Vgl. Henschel, a. a. O. (Anm. 131), S. 1943; Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 188 f.; A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 26 Die Meinungs-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5), Rdnr. 137.

- (170) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 189.
- (171) Vgl. M. Bullinger, in: Isensee/Kirchhof, a. a. O. (Anm. 168), § 142 Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, Rdnr. 83; Stern, a. a. O. (Anm. 3), S. 1393.
- (172) 前掲注 (84) 参照。
- (173) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 185.
- (174) 例えば、芸術の自由と青少年保護の衝突の問題につき、杉原周治「芸術の自由と青少年保護 (二・完) — ドイツの有害図書規制を素材として」広島法字二六卷一号二一九頁以下 (二〇〇二) 参照。
- (175) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 185; Reupert, a. a. O. (Anm. 118), S. 1164; Nolte, a. a. O. (Anm. 87), S. 257; Scholz, a. a. O. (Anm. 87), Rdnr. 13.
- (176) Vgl. Reupert, a. a. O. (Anm. 118), S. 1163.
- (177) Vgl. BVerfGE 68, 226 (233).
- (178) Vgl. BVerfGE 86, 1 (9). 本件で、ある風刺的月刊誌「タイタニック」の一九八八年三月号の欄「七人の恥ずべき人物」のなかで、その七人目として、横断麻痺症でありながら連邦国防軍の軍事訓練に参加した原告が、その名前とともに「生まれつきの殺人者」(geb. Mörder) という括弧つきで紹介された。これに対し原告は、タイタニックの編集者である憲法異議申立人に対し慰謝料を請求した。上級ラント裁判所は、右の「生まれつきの殺人者」という表現が原告の人格権を侵害するとし慰謝料の支払いを命じたため、憲法異議申立人は、基本法五条一項と同三項の基本権が害されたとして、憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、当該表現は「風刺的な異化によって特徴付けられ」、意見表明の自由に含まれると解し、上級ラント裁判所の決定は憲法異議申立人の意見表明の自由の基本権を侵害しているとして、判決を差し戻した。
- (179) Vgl. BVerfG NJW 1998, 1386 (1387).
- (180) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 184.
- (181) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 185.
- (182) Vgl. H. Behrge, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 5 Rdnr. 48, 104. また「ブレックマンも、両基本権は「原則として」観念的に競合すると述べる (Bleckmann, a. a. O. (Anm. 169), Rdnr. 137)。さらにザックスは、両基本権は常に観念的に競合

- すゝと解じしる (Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 160, 316)°
- (183) BVerfGE 77, 240 (251).
- (184) 連邦国歌事件決定につき詳しくは、川又伸彦「風刺表現と芸術の自由——天皇風刺ビラ事件を素材に」女子美術大学研究紀要二六号一三八頁以下(一九九六)参照。
- (185) Vgl. BVerfGE 81, 298 (305).
- (186) Vgl. BVerfGE 81, 298 (305 f.).
- (187) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 186 f.
- (188) Vgl. Henschel, a. a. O. (Anm. 131), S. 1943; Degenhart, a. a. O. (Anm. 128), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 119, 935.
- (189) Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 87), Rdnr. 13; M. Fehling, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Plakataktion, Jus 1996, 431 (433); Henschel, a. a. O. (Anm. 131), S. 1943; J. Würkner, Das Greenpeace - Urteil des BGH: Gratwanderung zwischen Liberalität und Libertinage?, NJW 1994, 914 (914); ders., a. a. O. (Anm. 167), S. 163. は「問題となる作品の「目的」を基準として判断すべきとする。すなわち、芸術作品が明らかに芸術的な独自の価値を有している場合には芸術の自由が特別法として適用されるが、芸術作品が明らかに特定の意見の頒布を目的としている場合には、意見表明の自由が特別法とみなされる、という。デーゲンハルトも、「芸術的要素が意見表明の背後に明らかに隠れる場合には、基本法五条一項のみが適用される」と述べている。Degenhart, a. a. O. (Anm. 128), Rdnr. 119.
- (190) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 187.
- (191) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 187.
- (192) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 189 ff.
- (193) Vgl. Mahrenholz, a. a. O. (Anm. 151), Rdnr. 6.
- (194) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 3), S. 190.
- (195) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 27), Verfassungsrecht II, S. 160, 316. しかし、両基本権が観念的に競合するとの見解に対しては、「作品の芸術的関連性がわずかである場合には、観念的競合は、問題の核心をゆがめ、さらに基本権保護の不当な膨張 (Ausbildung) をもたらすであらう」という批判がある。Vgl. Fehling, a. a. O. (Anm. 189), S. 433.