

# プレスの自由と意見表明の自由の競合 (二・完)

— プレスの自由の主観的権利としての側面 —

杉原周治

一 はじめに

二 基本権競合論とプレスの自由の概観 (以上三〇卷一号)

三 プレスの自由と意見表明の自由の競合が問題となる事例

四 プレスの自由と意見表明の自由の競合の解決方法

五 むすびにかえて (以上本号)

## 三 プレスの自由と意見表明の自由の競合が問題となる事例

どのような表現行為がプレスの自由と意見表明の自由の保護領域に同時に含まれると考えられているのであろうか。この問題を検討するために本章は、プレスを用いた表現行為を①「自己の」意見表明、②「自己の」商業広告の頒布、③「他者の」意見表明・広告頒布という三つの場合に区分し、各々の行為にどちらの基本権が妥当すべきかという観点から関連する連邦憲法裁判所の諸決定を分析したうえで、若干の考察を加えることにする。

1 プレスを用いた「自己の」意見の表明

(1) プレスの自由の問題であるとされた事例

(a) 一九五九年一〇月六日決定 (BVerfGE 10, 118 - Berufsverbot I)

一九四九年一月一七日の「出版社・出版業経営者・編集者の職業行使に関するノルトライン＝ヴェストファールン法」第四条は、「出版社・出版業経営者・編集者が、自由で民主的な基本秩序に敵対するために、とりわけ、ナチス的・軍国主義的・全体主義的・人種煽動的または民族煽動的思想の頒布のために、自己の職業活動を濫用している、または濫用した場合には、州政府は、彼らの職業遂行を禁止することができる」と規定していた。本件原告は、当時、デュッセルドルフで発行されていた新聞「Freies Volk」の編集者であった。しかし原告は、禁止されていた「自由ドイツ青年同盟」(Freie Deutsche Jugend)の活動を続行するよう指示した論稿を右新聞に掲載し、さらに、ドイツ連邦共和国の自由で民主的な基本秩序を変革することを要求した論稿を掲載した。このため、ノルトライン＝ヴェストファールン州政府は、右法四条に基づき原告に対して編集者としての職業活動を禁止する決定を下した。この決定に対して原告が提起した訴えに対して、州行政裁判所は、右法四条は基本法五条一項にいうプレススの自由を侵害していると判示したため、州政府が憲法異議を申し立てた。これに対して連邦憲法裁判所は、以下のように述べて州行政裁判所の決定には理由があるとした。すなわち、原告の行為はプレススの自由によって保護される。確かに、原告の行為は基本法五条二項の制約を受ける。しかし本件では、同法四条そのものが無効である。なぜなら、基本法一八条によれば、プレススの自由等を濫用した者に対する基本権の喪失は連邦憲法裁判所のみ許されているため、これを州政府に認めている同法四条は、基本法一八条と相容れないからである、とこう (S. 124)。

(b) 一九八二年四月二〇日決定 (BVerfGE 60, 234 - Kreditkaie)

本件で X は、一九七八年二月「DAS NEUE BLATT」から読者への警告。悪徳金融業者 (Kreditkaie) に注意」と題された雑誌「DAS NEUE BLATT」を出版した。X は、同雑誌のなかで、顧客に金融業者を紹介する「金融仲介人」(Kreditvermittler) を介すると、銀行から直接お金を借りる場合と比べて利息がおよそ二六%も高くなるのだから、そ

のような仲介業者に頼まずに直接銀行に行くよう忠告した。これに対し金融仲介人協会である原告は、金融仲介人を彼らが金融業者ではないにもかかわらず「悪徳金融業者」と呼ぶことは、協会の構成員を誹謗中傷するものであるとして、同雑誌の差し止めを求めた。上級行政裁判所はこの主張を認め、Xに対して「金融仲介人を一般に『悪徳金融業者』と呼ぶこと」を禁止した。そこでXはプレスの自由の基本権を侵害されたとして、憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本決定において、右「雑誌の形式と内容は、プレスで働く人が、他のすべての市民と同様に、自己の意見を適切な形式で自由にかつ妨げられることなく表明することのできる権利を包摂する、(プレスの自由の)保障の保護領域に原則として含まれる」(S. 239 f.)と述べ、上級行政裁判所の判決はプレスの自由の意義を見誤り、それゆえXのプレスの自由の基本権を侵害していると判示した。

(c) 一九八二年一月一五日決定 (BVerfGE 62, 230 - Boykottaufruf)

出版社であるX1は、ある商業情報誌 (Informationsdienst für den Handel) を出版した。この情報誌には付録があり、そのなかでX1は、「専門店は将来なすすべなく傍観すべきなのだろうか…メーカーは次々と忠誠の誓いを無視し…夢のような状況を与えて市場を太らせている」、「それゆえ、『メーカーに灸をすえる活動』(„Hersteller - Denkzeitel - Aktion“)に参加しよう。あなたたちが共同組合員であるかどうかは関係ない!。市場やコンツェルンへの(製品の)格安の供給によってあなたたち専門道を第一に差別し、無礼にも忠誠の誓いを破ったメーカーに対して、(付録の)裏面に(そのメーカーの)名を列挙することによって灸をすえよう!」などと記述した。そして同付録の裏面には「メーカーに灸をすえる活動77」という表題のもとアンケートが記載されており、各専門店が「どのメーカーが灸をすえられるにふさわしいか」を記載するよう要求していた。X1がこのようなアンケートを行った背景には、当時、大型店の進出によって小型の専門店が経営の危機にさらされるといふ危惧が存在していた。都市の郊外でスーパーマーケット

を経営していた A は、右付録に自己に向けられた「不買運動措置」(Boycottmaßnahme) の開始が記されているのを見て、X 1 およびその取締役 X 2、右情報誌の編集長 X 3 に対して、これを止めるよう求めて訴えた。連邦通常裁判所は A の請求を認め、メーカーの名を第三者に記載させることを禁止した。X らはプレスの基本権が侵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、本決定において、X らの記事は「プレスの自由の保護領域に含まれる」と述べた (S. 245)。しかし同裁判所は、X 1 は「灸をすえる行為」に自ら参加し、それによって企業間競争 (Wettbewerb) に積極的に参加する意図を有していた (S. 245) ため、不買運動の呼びかけはプレスの自由によって正当化することはできないと解し、憲法異議には理由がないとした。

(2) 意見表明の自由の問題であるとされた事例

(d) 一九六一年一月二五日決定 (BVerfGE 12, 113 - Schmid-Spiegel)<sup>(3)</sup>

雑誌「Der Spiegel」の一九五四年三月一〇日号に、「ボルガ河での逮捕」と題する匿名記事が掲載された。この記事には、憲法異議申立人 X についての政治的な過去等が記されていた。この記事に対して X は、新聞「Südtiroler Allgemeine Zeitung」に反論記事を載せ、「[Der Spiegel] の記事は) 私の人格についてのたわごとである。本件問題、つまり政治スト自体についてはなら触れられていない。…たわごとのように真実と虚偽と歪曲がごちゃごちゃに入り乱れている。…(同雑誌の質につき)「大きい長靴ほど、かかとが大きくなるものだ」などと述べた。これに対し右雑誌側 (原告) は、X を名誉毀損で訴えた。下級審が結果として原告の主張を認めたため、X は基本法五条一項等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、本決定において以下のように述べ、下級審の決定は 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。すなわち、「基本法は、自由な意見表明の基本権に対して高い意義を与えており、同基本権は「社会における人格の直接的表現として、もつとも高貴な人権の一つである」。

「この基本権は、精神的争いを、つまりこの国家秩序の機能にとって必要不可欠な理念と関心についての自由な議論を保障することによって、自由で民主的基本秩序にとってまさに構成的なものとなっている」。『世論の自由な形成を保障するのは、一般的に意義のあるテーマについての自由で公の議論だけである。…すべての国民は、基本法五条一項一文によって、この公の議論に参加する権利を保障されているのである』(S. 125)。下級審の判決は、「世論の形成という憲法上の意義を見誤り、それゆえ、自由な意見表明という基本権が名誉保護規定の解釈および適用へ及ぼす影響を不適当に評価したため、憲法異議申立人の基本法五条一項の基本権を侵害した」(S. 124)。

(e) 一九七〇年二月十八日決定 (BYVerfG 28, 55 - Leserbrief)

憲法異議申立人Xは、一九六五年四月一日に連邦国防軍に参加し、兵士として四年間の任務に就いていた。Xの任期中の一九六八年八月三〇日に新兵の宣誓式が行われ、その際、Xの司令官Aがスピーチを行った。そのなかでAは、ワルシャワ条約の軍隊がチェコスロヴァキアに侵入したことによって発生した危険な状況を説示し、さらに兵役拒否者を支持する作家の著作を引用し、彼らは社会秩序および連邦国防軍の内部秩序を乱すよう促している、またそれによってドイツ国内の安全も脅かされている、などと述べた。このスピーチに対し、Xは、ある新聞に投書を書いた。そのなかでXは、「Aが述べた引用は正確ではなく、全体のコンテクスから切り離され、誤った印象を伝えるものである。兵役拒否者の平和主義的思想をどのように支持するか否かにかかわらず、作家らも兵士と同等の権利をもった価値ある市民なのだ。彼らのプロバガンダを違法だと主張するのは民主的でない」などと述べた。この投書によってXは、八日間の拘禁に処せられたため、軍裁判所 (Truppendienstgericht) に訴えを提起した。同裁判所がこれを棄却したため、Xは基本法五条侵害等を主張して憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、プレスに掲載したXの投書は「意見表明の特別な形式」であり、同投書は意見表明の自由によって原則として正当と認められるとした。そして、

X に対する懲戒処分は、X の意見表明の自由の基本権を侵害していると判示して、X の憲法異議を認めた。

(f) 一九七六年二月七日決定 (BVerfGE 43, 130 - Flugblatt)

一九六九年一月までドイツ自由同盟のニーターザクセン州連盟の委員長を務めていた X は、一九七〇年一月に自ら作成したビラを発行し、これを街の通りで大量にばらまいた。このビラには、CDU 郡連盟 (CDU-Kreisverband) の委員長 A と連邦議会議員 B のナチスに関わっていた当時の行為が記載されていた。さらに X は、とりわけ B が、①かつてポーランド人の農民の追放に関わっていたこと、②ポーランド人を南京虫 (Wanzen) と喩えていたこと、③ポーランド人の根絶計画に関与していたこと、等を強調した。X は名誉毀損を理由に告訴され、州裁判所が右①と②については事実であると認めたが、③につき事実であるとは認められないとして X を有罪としたため、X は憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本件ビラは「意見形成上影響を与えることを予定しかつそれに適した事実の主張と評価を含」み、さらにそれは「公共性の本質に触れる問題をめぐる精神的な議論に寄与する」と述べ、州裁判所の判決は X の意見表明の自由の基本権を侵害していると判断した (S. 137)。

(3) プレスの自由および意見表明の自由の両基本権の問題であるとされた事例

(g) 一九七六年三月一日決定 (BVerfGE 42, 143 - Deutschland-Magazin)

出版社である X 1 は、「労働組合機関誌」(„Gewerkschaftspressse“)と題する定期刊行物を出版しており、本雑誌を連邦すべての新聞編集局へ送付していた。同誌の編集者である X 2 は、一九六九年六月二五日発行の同雑誌一一二号において、「ドイツ・マガジン——いまなお極右の煽動新聞」(„Deutschland - Magazin - Noch ein rechtsradikales Heftblatt“)という表題の付された X 3 の論稿を掲載した。同論稿において X 3 は、ドイツ財団法人 (Deutschland-Stiftung) が発行する雑誌「ドイツ・マガジン」を極右の雑誌であると批判していた。これに対しドイツ財団法人が、X 3 らのドイ

ツ・マガジンに対する「極右の煽動新聞」という主張および同主張の頒布の差止めを求めた。州上級裁判所がこれを認めたため、Xらは憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、この事案を意見表明の自由とプレスの自由の両基本権によって審査した。もともと同裁判所は、結果として、Xらの基本権は個人の名誉権によって制約されるとして、憲法異議を認めなかった。

(b) 一九九〇年六月二十六日決定 (BVerfGE 82, 272 - Postmortale Schmähtkritik)

作家でありジャーナリストであるX2は、一九八七年に著者「Die zweite Schuld oder Von der Last Deutscher zu sein」を出版した。このなかでX2は、ドイツの民主主義理解に対する懸念を表明し、「ドイツ連邦秩序のすべての代表者が真の民主主義者ではない」という旨の見解を示した。そしてX2は、このような人物を「強制された民主主義者」(「Zwangsdemokraten」)という概念を用いて表現し、その人物としてバイエルン州政府首相シュトラウスを挙げた。他方、雑誌「Stern」の出版者であるX1は、ルドルフ・ヘス (Rudolf Hess) の死をきっかけに、X2に対してインタビューを行った。このなかでX1はX2に対して「強制された民主主義者」について尋ね、X2は「：しかし私は、強制された民主主義者であるこの人物(＝シュトラウス)を非常に危険であるとみています。彼は民主主義を打ち負かし得ないでしょうが、しかしそれに大きなダメージを与えうるでしょう」などと返答した。これに対してシュトラウス(原告)は、X2の発言が原告を誹謗中傷するものであるとして、Xらの主張やその頒布の差止めを求めた。州上級裁判所が原告の主張を認めたため、Xらは基本法五条一項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、州上級裁判所の判決がX2の意見表明の自由とX1のプレスの自由を侵害しているとして、Xらの憲法異議を認めた (S. 279 ff.)。

2 プレスを用いた「自己の」商業広告の頒布

(1) プレスの自由の問題であるとされた事例

(i) 一九六七年四月四日判決 (BVerfGE 21, 271 - Südkurier)

一九五七年四月三日の「職業紹介および失業保険法」(AVAVG) 三七条二項は、「従業員を国外で雇用するための求人募集は、連邦行政機関の事前の同意を必要とする」旨規定していた。有限会社である X は、コンスタンツで新聞「Südkurier」を発行していたが、五人の求人募集の許可を職業安定所に申請した。しかしこれらの公募は、スイス人の雇用者が、スイス国内で仕事のできる仕立屋、理髪師、家具職人、印刷工、地上建築物技術者を募集するものであり、さらにこれらの職業がドイツ国内で「人手不足の職業」(Mangelberufe) に該当するため、職業安定所は X の申請を不許可とした。連邦社会保障裁判所が同規定を合憲と判断したため、X は、基本法五条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、本判決において、新聞の「広告欄 (Anzeigenteil) もプレスに含まれる」(S. 276) と解し、右法三七条二項による禁止は X のプレスに自由を侵害していると判示した。

(2) 意見表明の自由の問題であるとされた事例

(i) 一九八五年一月一九日決定 (BVerfGE 71, 162 - Frischzellentherapie)

州の労働規則 (Berufordnungen) は、医師に対して、原則としてすべての広告を禁止している。そして一九七八年一月一日発効のバイエルンの医師のための新労働規則は、「あらゆる広告・宣伝は、医師に対して禁じられる。とりわけ、公的礼状または宣伝的刊行物の指示または許可は、職業上ふさわしくない (standesunwürdig)」と規定していた (同二二条一項 a 号)。医師である X はバイエルンで細胞注入医療 (Frischzellenbehandlungen) のための民間療養所 (Privatsanatorium) の所有者であったが、一九七八年、「細胞注入療法の現在」と題された自叙伝『老化の克服』(Sieg über das Altern) を出版した。労働裁判所は、X がこの本のなかで、自己の手柄、医者としての業績、彼が用いた細胞



注入医療を多くの紙面を用いて宣伝し、さらに多くの患者の賞賛的意見を描写したことが「職業道徳に反する」(standeswidrig)として、Xに対して一万マルクの罰金を命じた。州裁判所がこれを支持したため、Xは基本法五条等の侵害を主張して憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は以下のように述べ、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。①商業広告が意見表明の自由に含まれるか否かにつき、「広告が、評価的で意見形成的な内容を含む場合、または意見形成に寄与する情報を含む場合には、いかなる場合にも、意見の自由の基本権は商業広告につき審査基準として考慮される」(S. 175)。②Xの著作が意見表明の自由の保護領域に含まれるか否かにつき、同著書は「基本法五条一項にいう意見表明であり、したがってこの本の出版は右基本権の保護領域に含まれる。…Xは、彼の著書が、これまでの彼の治療法と同様に、賛成と反対の評価を受けることを期待している。Xは、彼に対する批判者の論拠に取り組み、それを論破することを望んでいる。彼の目的は、彼の論拠を公衆に納得させることにあることは明らかである。それによれば、Xは、彼の著書を用いて議論(Meinungsstreit)を行い、彼の立場表明を行っている。著書のなかの彼の人生、教師(生活)、療養所の開設、治療法への取り組み、治療の成果についての事実の伝達は…彼の治療法を読者に納得させることに寄与するものである。したがって、そのような事実的内容は、評価(Wertung)の背後に隠れてしまっているのである」(S. 179 f.)。③労働規則の広告制限の合憲性につき、広告制限そのものは意見表明の自由の基本権を侵害しない。「同規則の一般的広告制限が意見の自由の基本権に介入する限りにおいて、それが基本法五条二項にいう一般法律であり、さらに右制約が比例性原則に反しない場合のみ、右制約は(合憲性を認められ)存続しうる」(S. 175)。④しかし、労働裁判所の決定の合憲性につき、同決定がXの著作「の出版を広告禁止に対する違反行為であると判断した限りで、Xは基本法五条一項を侵害されている。労働裁判所は、Xに対する有罪判決が意見の自由の基本権に介入するか否か、そしてそのような介入が基本法五条二項の制約の

一つに含まれるか否かにつき、まったく審査しなかった。この限りにおいて、当該判決は存続しえない」(S.178f)。

### 3 プレスを用いた「他者の」意見の表明と商業広告の頒布

以上のプレスを用いた「自己の」意見・広告の表明・頒布に対して、プレスを用いた「他者の」意見の表明(以下(k)決定)およびプレスを用いた「他者の」商業広告の頒布(以下(1)判決)については、連邦憲法裁判所は、プレス<sup>(k)</sup>の自由のみを適用している。

(k) 一九九六年一〇月八日決定 (BVerfGE 95, 28 - *Werkzeigungen*)

化学工場を営むX女は、同社内にて社内報 (*Werkzeitung*) を出版していた。一九八五年、Xは、同雑誌内に「企画言いたい放題」(*„Offen - Gessagt - Programm“*) と題した欄を設け、そこに同企業についての従業員<sup>(k)</sup>の投書を掲載した。この企画の担当者は投書作成者の名前を知りえたが、投書は匿名でなされた。投書で攻撃の対象とされた者には、同雑誌内で反論記事を掲載する機会が与えられていた。同雑誌の一九八八年一〇月号において、同欄に匿名の投書が寄せられたが、右投書は、従業員のためにXが提案したコンピューター基礎クラス開講の同意を拒否した事業所委員会 (*Betriebsrat*) を「拒否委員会」と呼び、これを以下のように批判していた。「事業所委員会は、どうしたら、①そんなに恥知らずになれて、我々の企業の従業員に味方するどころかむしろ敵対し、それによって企業の目的に反対するよう扇動できるのでしょうか?。②そんなに無責任になれて、性急に必要な仕事の道具を阻めるのでしょうか?。③そんなに高慢になれて、我々従業員と話し合うこともせず、権力に物を言わせて間違った決定を下せるのでしょうか?。いつになったら我々は、我々従業員と会社のために働いてくれる建設的な事業所委員会にありつけるのでしょうか!」。これに対し事業所委員会Yは、読者の手紙の社内報への掲載は同委員会の同意を得てはじめて許される旨を、Xに告げた。すなわち、事業所組織法 (*BetrVG*) 第八七条一項一号によれば、そのような手紙の公表には共同決

定が義務付けられているというのである。さらにYは、読者の手紙の公表に際しては、手紙作成者の氏名を表記することを要請した。Xがこれらの要請を拒否したため、Yは、Xに同社内報の複写を禁止するよう訴えを提起した。州労働裁判所は、Xに対し、Yの行為に触れる限りで、「企画 言いたい放題」に匿名で従業員の投書を公表することを禁止し、連邦労働裁判所もXの請求を棄却したため、Xはプレスの基本権が侵害されたとして、憲法異議を申し立てた。これに対して連邦憲法裁判所は、本件社内報、「企画 言いたい放題」、そして匿名の投書はプレス自身によって保護されると述べ、本件による憲法判断は「意見表明の自由ではなく、プレスの基本権によって審査される」と判示した (S. 344)。結論的には同裁判所は、下級審の判決はプレス基本権の自由の要請を十分に考慮しなかったとして、事件を州労働裁判所に差し戻した。

(1) 二〇〇〇年二月二日判決 (BYERGE 102, 347 - Schockwerbung I)<sup>(註)</sup>

画報「Stern」の出版社であるXは、同画報のなかで、世界的な繊維製品会社ベネトンの三つの広告を公表した。同広告とは、①水面のオイルで泳ぐ油まみれになったアヒル、②発展途上国で重労働する子供たち、③そして「H. I. V. POSITIVE」とスタンプされた、裸のでん部の写真であった。広告の縁には、「United Colors of Benetton」と書かれていた。社団法人不正競争防止センター (Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.) は、Xに対して右広告の差止めを求めたが、Xが拒否したため訴えを提起した。連邦通常裁判所が原告の主張を容認。これに対しXは、基本法五条一項一文および同二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、本判決のなかで、連邦通常裁判所の判決はXのプレス基本権を侵害していると判示した。すなわち連邦憲法裁判所は、「プレス機関が、第三者の意見を公表し、その意見が基本法五条一項一文の保護を受ける限りにおいて、プレス基本権の自由はこれを保護する」。意見表明の自由は、「商業的意見表明や、評価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

(Vgl. BVerfGE 71, 162 (175))。本件で「問題となった三つの広告写真は、すべて右の要件を満たす」(S. 359) ため、Xはプレスの自由を主張しようとした。つまり、広告そのものが基本法で保護される「意見」とみなされる限りで、これを頒布する第三者もプレスの自由を主張できるというのである。この趣旨は、同裁判所の(m)二〇〇三年三月一日の決定 (BVerfGE 107, 275 (280)) に踏襲されている。

#### 4 小括

どのような行為がプレスの自由および意見表明の自由の保護領域に同時に含まれるのかにつき、連邦憲法裁判所はこれを明示的に述べたわけではないが、これまで見てきた事例をもとにこの問題を整理すれば以下のようになる。①プレスを用いた「自己の」意見表明は、前述のようにプレスの自由と意見表明の自由の保護領域を広く理解する判例・通説の立場にしたがえば、当然に両基本権の保護領域に含まれる。このことは(e)、(h)決定からも明らかである。②右(i)、(l)、(m)決定によれば、「自己の」商業広告は「広告が意見形成に寄与する場合には」、意見表明の自由の保護される。この趣旨は通説にも支持されている。そしてプレスを用いた商業広告は、プレスの自由が媒体としての「プレス」それ自体を保障すると考えられているため、当然に「プレスの自由の保護領域にも含まれる」。このことは右(i)判決からも明らかである。したがって、プレスを用いた「自己の」商業広告の頒布も、原則として両基本権の保護領域に含まれると解することができる。③プレスを用いた「他者の」意見・広告の表明・頒布がプレスの自由の保護領域に含まれることは明らかである。問題は、この行為が意見表明の自由の保護されるか否かである。学説のなかには、「たとえ(広告の) 表明内容が客観的な事実を含むものであったとしても、それが評価的要素を含むことは、広告のプロセスのみからでも明らかである」として、すべての広告は意見表明の自由の保護領域に含まれると解するものがある。しかしながら連邦憲法裁判所は、右(k)、(m)においてプレスの自由のみを適用してい

る。さらに学説のなかには、この場合、意見表明の自由の保護領域はもはや問題とならず、プレスの自由の保護領域のみが関連すると解するものがみられる。<sup>(17)</sup> 例えばこの立場を主張するヘスによれば、意見表明の自由は「自己の」意見の表明・頒布のみを保障しているという。<sup>(18)</sup> 彼はその根拠として以下の二点を挙げる。①基本法五条一項は、意見表明の自由は「自己の意見 (seine Meinung) を表明する権利」であると明記している。②連邦憲法裁判所によれば、「事実の主張も、それが意見の形成に寄与する場合には、意見表明の自由によって保護される (BVerfGE 61, 1 (3))」。<sup>(19)</sup> したがって、「他者の意見の伝達者も、通常は基本法五条一項一文を主張しうる」。しかし、「基本法五条一項一文は、その意図 (Ausrichtung) に従えば、意見表明プロセスの個々の孤立した部分 (Segmente) の保護を目的としているのではなく、積極的なコミュニケーション行為を、その全体としてのみ把握しようとするものである」。このため、「他人の意見表明の仲介者は、たとえ彼が (他者の意見の) 頒布に寄与するとしても、これのみを理由に意見表明の自由の保護を主張することはできない」という。<sup>(20)</sup>

以上のように、とりわけプレスを用いて「自己の」意見・広告の表明・頒布がなされた場合には当該行為は原則としてプレスの自由と意見表明の自由の保護領域に同時に含まれるという点では、判例・通説の立場は一致している。したがってこの場合には、両基本権がどのような関係にあるのか、すなわち両基本権の競合が問題となりうるのである。本章ではこの点につきさらに検討を加えることにする。

#### 四 プレスの自由と意見表明の自由の競合の解決方法

プレスの自由と意見表明の自由は、どのような関係にあると考えられてきたのであろうか。両基本権の関係は、基

本法の文言のみから判断することはできないため、問題解決は判例・学説に委ねられる。かつては、プレスへの自由は意見表明の自由の単なる下位類型 (Untertall) にすぎないという立場を主張する学説も見られた。<sup>(84)</sup> すなわち、両基本権の構成要件は「包摂関係」 (atbestandliches Inklusionsverhältnis) にあり、プレスを用いた意見の頒布はすでに意見表明の自由によって保護されうるのであるから、プレスへの自由に独自の意味は認められないのである。しかし前述のように、現在の学説・判例は「プレスへの自由は、意見表明の自由の単なる下位類型を超えたもの」と理解しており、したがって、両者は別個独立した基本権として扱わなければならないとされる。<sup>(85)</sup> このような理解の下で、判例・学説は両基本権の関係につき様々な立場を主張してきた。<sup>(86)</sup> 大別すれば、①両基本権の適用領域は明確に画定しうる立場、②プレスへの自由は意見表明の自由に対する「特別法」であると解する立場、③両基本権は同時に適用されうると解する立場に分かれる。

1 それぞれの保護目的に応じた構成要件の制限的な画定

(1) 連邦憲法裁判所の立場

プレスへの自由と意見表明の自由の適用が問題となった場合、連邦憲法裁判所は、かつては、基本権の享有主体によって区別していると解されたときもあつた。それによれば、「プレス機関内部にいる憲法異議申立人の行為であつたか否か」、または「意見表明とともに特別なプレスの機能が用いられたか否か」が、プレスへの自由を適用する決定的な基準となるという。<sup>(87)</sup> しかし同裁判所は、次に述べるバイヤー社株主事件決定 (n決定) においてこの基準から乖離した。ここでは両基本権の適用領域はそれぞれ異なるという立場が明確に打ち出された。<sup>(88)</sup>

(n) 一九九一年一〇月九日決定 (BVerfGE 85, 1 - Bayer-Aktionäre)<sup>(89)</sup>

X1は、ドイツの製薬会社であるバイヤー社 (BAYER) 「によって引き起こされそうな、あるいは引き起こされた、

人間と環境への被害、および仕事場への危害についての情報の収集と頒布」を目的とする社団法人であった。X1は、一九八七年二月、「バイヤー社株主への批判を擁護せよ」という要請、およびバイヤー社による「民主主義への危険」等の指摘を含む、「呼びかけ」(„Aufruf“)と題するビラを発行した。このビラは、環境保護の集会、デモ、そしてバイヤー社の一九八七年の株主総会に際して配布された。これに対してバイヤー社がビラの差し止めを求めて訴えを提起し、州上級裁判所が原告の主張を認めたため、X1およびその幹部X2は、意見表明の自由およびプレスの自由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、州上級裁判所の決定はXらの意見表明の自由の基本権を侵害していると判示したが、プレスの自由と意見表明の自由の關係につき、以下のような注目すべき判断を示している。すなわち、本件ビラは「確かに、頒布に適し、かつそれを目的とした、それゆえ通説がいうプレスの概念の要件を満たした印刷製品 (Druckerzeugnis) である。しかしここから、個人の意見表明が印刷製品のなかに含まれるや否やプレスの自由の基本権がこの意見表明をも保護する、という結論が即座に導かれるわけではない。プレスの自由は、印刷技術によって頒布された意見に対する特別な基本権 (Spezialgrundrecht) でもないし、…意見表明の自由の繰り返し (Wiederholung) でもない。もしプレスの自由によって、印刷された意見も基本権上保護される、ということのみが保障されるとしたら、プレスの自由の独自の保障は不必要なものとなる。むしろ、すでにパウルキルヘン教会憲法第一四三条一項一文とヴァイマル憲法一一八条一項で言語、文書、図画と並んで規定されていた「印刷」(Druck) というメディアを (基本法五条に) 維持すれば十分であったであろう。…この「印刷」という言葉は、議会評議会の見解によれば、それが「文書」(Schrift) という構成要件メルクマールのなかに含まれているという理由により、基本法案から削除された」(S. 114)。そして両基本権の關係につき、「プレスの自由の保護領域が問題となるのは、プレス機能を行使するプレス機関で働く人々が問題となる場合、プレス製品そのものが問題となる場合、プレス機関の

制度的・組織的前提とその枠組み的条件が問題となる場合、そして自由なプレスに制度そのものが問題となる場合である。これに対して、特定の意見が許されるか否か、とりわけ第三者が彼に不利となる表明を甘受しなければならないのかどうか問題となる場合には、頒布媒体いかんにかかわらず、基本法五条一項一文が関連する。連邦憲法裁判所はこれまでも、この基準に基づいて、本やビラ、したがって通説によればプレスに概念に含まれるとされる出版物を用いた意見表明の許容性を、意見の自由の基本権によって審査してきた (BVerfGE 43, 130 (137); 71, 162 (179 ff.))。本件では、意見表明の自由と並んでプレスの自由の基本権をも審査基準となりうるか否かは、未決定しておくことができる」(S. 126)。この立場は、次に示す一九九二年五月一九日の連邦憲法裁判所の決定に踏襲された。

① 一九九二年五月一九日決定 (BVerfGE 86, 122 - Brokdorf-Artikel)

Xは職業学校 (Berufsschule) に通う学生であったが、同時に機械工としてAの経営する工場で職業訓練 (Ausbildung) を受けており、一九八二年に同訓練を終えた。ところでXは、一九八一年春に、右職業学校の学校新聞に、ブロックトルフ (Brokdorf) の原子力発電所の建設に反対するデモの感想についての記事を掲載・公表した。そこでXは「：我々はいわゆる戦闘的なデモを改めるつもりはまったくもっていない。ここで国家と経済界によって行われている暴力は、あらゆる種類の抵抗を正当化する。このことが暴力行為の呼びかけとなるべきではなく、むしろこのことから、：原子力発電所の抵抗者が『暴力的』陣営と『非暴力的』陣営とに分裂すべきではない、ということを理解すべきである。核による死に対する戦いは、次第にすべての人の関心事となっている。この戦いは、二月二八日後も、ブロックトルフだけではなく世界中で続くであろう！」などと述べた。この記事を目にしたAは、職業訓練終了後、Xと正式の労働契約を結ぶことはできない旨、Xに通知した。これに対してXは労働契約の存在を主張して訴えを提起したが、連邦労働裁判所は、Aの雇用の拒否はXの基本法五条一項の侵害にはあたらないとしてXの訴えを



棄却したため、Xは意見表明の自由とプレスの自由の侵害等を主張して憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本決定においてバイヤー社株主事件決定を引用し、連邦労働裁判所の決定はXの意見表明の自由を侵害していると判示した。すなわち同裁判所は、本件のXの「記事は、意見表明として、基本法五条一項一文の保護を受ける。これに対して本件では、基本法五条一項二文のプレス(press)の自由は問題とならない」。「本件のように、特定の意見の許容性が問題となる場合には、その頒布のメディアにかかわらず、基本法五条一項一文が決定的である」(S. 128)と述べた。

右の二つの事例から導かれる連邦憲法裁判所の立場は次のようなものである。すなわちプレス(press)の自由と意見表明の自由の保護領域が同時に問題となった場合でも、両基本権の保護領域は厳格に画定される。つまり、両基本権の適用領域 (Anwendungsbereich) は完全に異なると解される。そして、特定の意見の適法性が争われている場合には、いかなるメディアが用いられていたとしても意見表明の自由の問題となるが、①プレス機能を行使する、プレス機関で働く人々、②プレス製品そのもの、③プレス機関の制度的・組織的前提とその枠組的条件、④そして自由なプレスという制度が問題となる場合には、プレス(press)の自由が適用されるという。つまり、プレス(press)の自由の保護は「プレスというコミュニケーション・プロセスのための前提条件」にのみかわり、プレスを用いて頒布された意見そのものには、意見表明の自由のみが適用されるというのである。この立場は、同裁判所のその後の決定、すなわち前述の(k)決定、(p)一九九八年三月二四日決定 (BVerfGE 97, 391 (400))、(q)二〇〇五年三月二四日決定 (BVerfGE 113, 63 (75)) に踏襲されている。

## (2) 通説の立場

学説の多くは、右の連邦憲法裁判所の立場を支持している。通説は、両基本権の異なる保護目的に基づき、プレス(press)の自由と意見表明の自由の基本権の構成要件を制限的に画定する。したがってプレス(press)の自由と意見表明の自由は常に

異なる場面で適用され、両者の適用領域の重なり合いは存在しないことになる。一つの表現行為（ここでは、プレスを用いた自己の意見・広告の表明・頒布行為）は解体され、それぞれの領域に異なる基本権が適用されることになる。両基本権の間には、真正な競合ではなく、不真正な競合が生じる。この立場の根拠として、例えば以下の点が主張されている。①プレスの自由は意見表明の自由に対して「別のもの」(ein Aind)である。<sup>(18)</sup>なぜなら、両基本権の保障領域は機能的に (funktional) 区分されるからである。②両基本権の保護領域の画定に対して両基本権が一般法・特別法にあると解する学説があるが、プレスの自由は主観的権利としての側面と制度的保障の側面を有しているのであるから、意見表明の自由に対して一般法・特別法の関係にあるわけではない。<sup>(19)</sup>③基本法五条一項が「文書」による意見表明を保護していることに鑑みれば、プレスによってなされた意見表明は、すでに意見表明の自由によって保護されている。<sup>(20)</sup>したがって、同表現をプレスの自由によって繰り返し保護したり、補強したりする必要はない。④プレスの自由は、個人の意見形成と世論形成のために、個人の意見表明を超えた意義を有している。したがって、プレスの自由の保護はプレス製品を用いた意見表明には及ばないと解すべきである。<sup>(21)</sup>

以上のように、通説は、プレスの自由の特別な機能を考慮すれば、両基本権の保護領域は制限されるか、もしくはその適用領域を異にするべきであると解している。もともと学説のなかには右の立場をより制限的に解するものもある。シュテルン (Klaus Stern) によれば、プレスを用いた意見表明につき、その内容が問題となる場合には意見表明の自由がプレスの自由を「排除」する。これに対して、プレスの「制度的独自性」が問題となる場合にはプレスの自由のみが関連する。「ここでは構成要件の画定が問題となる」。他方で、報道内容を超えて、メディアに特有な伝達機能が問題となる場合には、両基本権は「一緒に」(gemeinsam) 適用されるといふ。<sup>(22)</sup>

(3) 判例・通説に対する批判

しかしながら、右の判例・通説の立場に対しては、以下のような有力な批判が唱えられている。①連邦憲法裁判所の決定は、同裁判所の従来の決定と矛盾する。すなわち、同裁判所は前述した(e)決定 (BVerfGE 60, 234) において、雑誌による意見表明の許容性が問題になったにもかかわらず、プレス(B)の自由の基本権に基づいて審査した。同裁判所は、バイヤー社株主事件決定において、右の決定を無視している。②連邦憲法裁判所は、バイヤー社株主事件決定のなかで、「本件では、意見表明の自由と並んでプレス(B)の自由の基本権をも審査基準となりうるか否かは、未決定しておくことができる」と述べている。しかし、同裁判所の理論によれば意見表明の内容が問題となった場合には意見表明の自由のみが適用され、プレス(B)の自由はもはや問題とならないはずである。この点バイヤー社株主事件決定はプレス(B)の自由の適用可能性について触れており、この記述は同裁判所の右の理論との整合性を欠くことになる。③両基本権の保護領域に鑑みれば、プレス(B)を用いた意見表明は、意見表明の自由とならんでプレス(B)の自由の適用も当然に受けるはずである。④バイヤー社株主事件決定において連邦憲法裁判所が唱えた「このきめ細やかで繊細な理論 (feinsinniges Filigran) がはたして適用可能か否か、そして (両基本権が) 同一の制約に服することに鑑みれば (基本法五条二項)、この理論が必要なものであるか否かは、疑問を抱かずにはいられない」(B)、等の批判である。

## 2 特別関係

### (1) 両基本権の特別関係を支持する立場

右のような両基本権の保護領域の画定を支持する見解に対して、学説のなかには、プレス(B)の自由と意見表明の自由は「特別関係」にあると解するものも見られる。それによれば、プレス(B)の自由と意見表明の自由の保護領域は互いに重なり合い、この場合、特別法であるプレス(B)の自由は一般法である意見表明の自由を、その適用において「排除」する、という。この立場の根拠は、例えば以下の点にある。①プレス(B)の自由は意見表明の自由と同一の内容を持つと同

時に、意見表明の自由とは異なる内容をも有している。なぜなら「基本法五条一項一文が、何らかの方法で取得した事実と、個人の価値的評価を、言語・文書・図画によって表明・頒布する権利、別言すればコミュニケーション・プロセスのみを把握するのに対して、同五条一項二文のプレスの自由は、プレスの行為と関連したすべての行為を、すなわち表明・頒布行為だけでなく、とりわけ調査・推敲・印刷などの準備行為をも包摂するからである」<sup>(16)</sup>。したがって、一般法である意見表明の自由の「特別なケース」とみなされる。<sup>(17)</sup>さらに、特別関係の根拠は基本法一八条とその成立過程にあるという主張がある。それによれば、基本法の「原形 (Vorlage)」として寄与した(一九四八年の)ヘレン・キームゼー草案第二〇条一項は「意見表明の自由の基本権(第七条一項)、プレスの自由の基本権(第七条二項)を濫用する者は」と規定されていたのに対して、基本法一八条はこれを修正して、あえて「意見表明の自由、特に (insbesondere) プレスの自由…を濫用する者は」と規定したのであり、この「基本法第一八条の成立史 (Genesis)」からは、プレスの自由は意見表明の自由の特別なケースであると理解せざるを得ない、<sup>(18)</sup>という。

しかしながら右の学説の多くは、両基本権の特別関係により生じるプレスの自由の優位を「部分的に」認めるにすぎない。<sup>(19)</sup>すなわち、両基本権の特別関係はプレスの自由の主観的権利としての側面においてのみ存在し、プレスの自由の制度的保障の面については、両基本権の間には特別関係は存在せず、両基本権は完全に別個のものとなるという。いわく、「プレスの自由が個人的権利としての性格を有する限りで、したがってプレスの自由が、少なくとも部分的に、プレスの内部で働く人の意見表明の保護に寄与する限りで、意見の自由とプレスの自由は互いに排斥し合う。なぜなら、その限りでプレスの自由は、プレスを用いて行われた意見表明に関して、基本法五条一項一文に対する特別規範 (Spezialregelung) だからである。しかしこの状況は、プレスの自由が個人という関係をすべて失った場合には、完全に別のものとなる。…基本法五条一項一文の意見表明の自由と基本法五条二項二文の「自由なプレスという制度」

の保障は、互いに独立して対峙し、相互に依存し合うことなく効力を有している<sup>(18)</sup>。別言すれば、意見表明の自由とプレスの自由は、「中心を同じくする大きさの異なる二つの円の関係にあるのではなく、むしろ交錯する二つの円の関係にある。その際、双方の円に属するのは、プレス<sup>(19)</sup>の表明行為と頒布行為のみである」という<sup>(18)</sup>。

## (2) 批判

このように両基本権の間に特別関係を認めてプレス<sup>(19)</sup>の自由の「優位」を主張する立場に対しては、学説から以下のような批判が浴びせられている。①まず、前述した両基本権の保護領域の画定を支持する学説からは、右の見解は両基本権が異なる機能を有していることに配慮していないという批判が唱えられている<sup>(20)</sup>。②また、両基本権の間には「構成要件上の包摂関係」の関係は存在しないため、「規範論理的特別関係に基づくプレス<sup>(19)</sup>の自由の優位は、少なくとも構成要件に関しては、全くそしていかなる場合にも認められない」とする批判がある<sup>(21)</sup>。すなわち、両基本権の保護の対象の間には、内容上の完全な一致 (Kongruenz) が存在するわけではない。両基本権は、それぞれ「独立した性格」と「独立した機能」を備えている。両基本権は、それぞれの意味と目的にしたがって平行して置かれているのである。それゆえ、両基本権が同時に適用されることはあっても、両基本権の間には、規範論理的特別関係は存在しない<sup>(22)</sup>という。また、両基本権の互いに独立した性格と特徴と鑑みれば、「プレス<sup>(19)</sup>の自由の意見表明の自由に対する優位は、個別の事例においても認められないため、規範的特別関係も存在しない」という<sup>(23)</sup>。③さらに、基本法一八条は、基本権競合のドグマ<sup>(24)</sup>を表現したものではない、という批判もある<sup>(25)</sup>。それによれば、同条項による「特にプレス<sup>(19)</sup>の自由」という文言は、「単に、新聞記事、放送番組、ビラ頒布行為を用いた持続的かつ攻撃的に行われた、自由で民主的な基本秩序への敵対は、この(プレス<sup>(19)</sup>の自由の)基本権をもってしても正当化されない、ということ<sup>(26)</sup>を明らかにしたにすぎない」。確かに「民主主義に敵対するプロパガンダを大量に頒布することは、常に、自由と民主主義

に対する重大な危険の温床となる。プレスは、情報(入手)のためだけでなく、情報攪乱(Desinformation)や、虚偽・煽動スローガン(Hetzparolen)の頒布のために用いられうる。しかし、基本権喪失の要件にとって決定的なことは、プレスの行為そのものではなく、敵意ある意見表明を用いた敵対である。そのためにどの媒体が用いられるかは二次的なものにすぎない。したがって、基本法一八条の文言は以下のように理解されなければならない。すなわち「意見表明の自由、特にプレス、放送、映画を用いた意見表明の自由を濫用する者は…この基本権を喪失する」と。

### 3 観念的競合(重畳競合)

以上のような立場に対して、両基本権の観念的競合を唱える学説も散見される。すなわち、両基本権の保護領域は部分的に重なり合い、その場合、両基本権の間には特別関係は存在せず、したがって、両基本権は同時に適用されうるといふ。もっともこの見解も、その根拠・内実については異なる主張がなされている。以下では、右の見解に立つ代表的な論者であるリツカー(Reinhard Ricker)とヘスの理論を取り上げることとする。

#### (1) リツカーの理論

リツカーの解釈によれば、プレスの自由と意見表明の自由は「重畳的に」(kumulativ)適用されるといふ。リツカーはその理由を以下のように説明する。すなわち、「ヘルツォーク(Mauz/Düing/Herzog/Scholz, Art. 5 I, II Rdz. 153)によれば、(意見の自由と情報の自由という)「一般的な」基本権は、プレスの自由という「特別な」基本権によって排除されるという。しかし、正確には、プレスの自由は意見の自由という一般的基本権を包摂している(einschließen)ために、一般的基本権である意見の自由と情報の自由には、プレスの自由の基本権を生み出す、重要な補充(Ergänzungen)と補強(Verstärkungen)が、重畳的に付加される、と解釈すべきである。…この「重畳的」解決方法は、概念上の明確性という理由によって支持される。すなわち、プレスの自由は、その定義を欠いているため、基本

法五条一項一文において保障されかつ明確な輪郭を有している「基礎法」(Basicrecht)としての一般的な意見の自由と情報の自由に、常に密接に結びついていなければならない<sup>(83)</sup>、という。このように、リッカーによれば、明確な概念を有している意見表明の自由は、曖昧な概念を有するプレス<sup>(84)</sup>の自由の「基礎法」であると解される。すなわち、意見表明の自由はプレスの自由を補充・補強する機能を有しており、そのため、プレスの自由は意見表明の自由と常に結び付けられて用いられなければならない。以上から両基本権は、同時に重疊的に適用されるのだ、という。

## (2) ヘスの理論

ヘスによれば、プレスを用いた「自己の」意見・広告の表明・頒布行為は、プレスの自由と意見表明の自由の保護領域に同時に含まれ、したがって両基本権が適用可能な状態にある。しかし、両基本権の間には「構成要件上の包摂関係」は存在せず<sup>(85)</sup>、また両基本権の保護領域に、内容上の完全な一致は存在しない。両基本権は完全に独立した性格と機能を有している<sup>(86)</sup>。つまり両基本権の間には(規範論理的・規範的)特別関係は存在しない。したがって、プレスの自由と意見表明の自由は、右のケースにおいて、観念的に競合する<sup>(87)</sup>。ここでは問題となった国家行為に対しては、両基本権が審査基準となりうる。

もつともヘスは、前述した「基本権規範の保護目的」に基づき、どちらの基本権が審査基準として用いられるべきかを判断すべきであると理解する<sup>(88)</sup>。すなわち、たとえプレスの自由と意見表明の自由が同時に適用可能な状態であっても、問題となった国家行為が基本権に「介入」していなければ、その基本権は審査の対象とする必要がないという。具体的に言えば、プレスを用いた自己の意見表明がなされた場合、プレスの自由も意見表明の自由も適用可能であるが、当該国家行為が意見の内容を制約している場合には、この国家行為のプレスの自由への「介入」が認められる可能性は低く、意見表明の自由のみが審査基準となりうる。逆に、印刷物そのものに対する制約が問題となった場合に

は、国家行為の意見表明の自由に対する「介入」が認められる可能性は低く、したがってこの場合はプレス(註)の自由の  
 みが審査基準となりうる。

#### 4 小括

以上のように、プレス(註)の自由と意見表明の自由の競合につき、判例・学説は大別して三つの異なる解決策を唱えている。それは、①事実行為を解体し、かつ両基本権の保護領域を厳格に画定することによって、両基本権の保護領域の重なりを回避する立場、②特別法であるプレス(註)の自由は一般法である意見表明の自由を排除して適用されるという立場、③両基本権は同時に適用されうるという立場である。連邦憲法裁判所のバイヤー社株主事件決定の事例を例に出せば、以下のようになる。①の立場によれば、本件ではメディアとしてのプレスではなく、表明された意見そのものの許容性が問題となっているのであるから、意見表明の自由のみが適用されうる。当該行為はそもそもプレス(註)の自由の保護領域には含まれていない。②の立場によれば、当該行為は両基本権の保護領域に含まれ、両基本権が一応は適用可能な状態にあるが、特別法であるプレス(註)の自由が一般法である意見表明の自由を排除して適用される。これに対して③の立場によれば、両基本権は同時に適用される。

以上の解決方法に対しては、両基本権はいずれにせよ基本法五条二項にいう「特別な法律の留保」によって同一の制約に服するのであるから、両基本権の競合論の「問題は単にドグマ的な意味を与えられるにすぎない」という批判も唱えられている。<sup>(註)</sup>



## 五 むすびにかえて

前節までの考察により、プレスの自由の主観的権利としての側面をめぐるドイツの判例・学説の議論、とりわけ意見表明の自由との競合をめぐる議論の一端が明らかになったのではないかと思う。ここからドイツの議論の特徴を抽出すれば、以下の三点を挙げることができる。①ドイツの判例・学説は、プレスの自由を「自由主義国家の本質的要素」とみなし、プレスの概念、プレスの自由の性質、その保障内容につき、きめ細かな議論を行ってきた。②その結果、現在の判例・学説は、プレスの自由を意見表明の自由とは別個独立した基本権であるとみなしている。このような解釈は、単に基本法が両基本権を別個に規定している、という理由に基づくものではない。それは、両基本権が性格上も機能上も完全に独立した基本権であるという一致した認識に基づいている。③さらに判例・学説は、両基本権が一定の表現行為において競合する可能性を認め、これをどのように解決すべきか、そして両基本権がどのような関係にあるのかという問題について盛んに議論している。その解決に際して、とりわけ学説は基本権競合論を進展させてきたが、この理論は、基本権の保護領域を歪曲することなくプレスの自由と意見表明の自由の関係を説明することに、また当該行為に対してどちらの基本権を適用しうるのかをより明確とすることに寄与しうる。

このように、プレスの自由をその性格的・機能的側面をもとに意見表明の自由と區別して扱うドイツの判例・学説の立場は、憲法二二条に規定がないことから、またプレスの自由の制度的保障の側面のみを理由にしてプレスの自由を個別の基本権として認める余地がない、とするわが国の伝統的学説とは大きく異なっているように思われる。また伝統的学説とは異なり、わが国でもプレスの自由を主張しうる立場を採るにしても、ドイツの議論のよう

にプレスと他の基本権との関係を明らかにしなければ、あえて別個の基本権として主張することの説得力は持ち得ないであろうし、プレスの自由が実際に適用可能なものとなるのかも疑問視されてしまうであろう。ただし、プレスの自由と意見表明の自由の競合の理論がそのまま我が国に導入しうるのか否かについては本稿は十分な議論をしておらず、今後より詳細な検討を行う必要があるが、こうした点は将来の研究課題としたい。

(110) 判例評釈として、上村都「意見表明の自由と個人的名誉保護——シュミット／シュビーゲル事件」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(45)一七八頁参照。同裁判所は、本決定において、確かにプレスが「特別な保護を享受する」と明示しているが、決定において言及されたのは意見表明の自由のみであった。この点につき、E. H. Schwenk, *Umfang und Wirkung von Meinungs- und Pressefreiheit*, NW 1962, 1321 (1322) 参照。

(111) 事業所組織法八七条一項は、「事業所委員会は、法律上または労働協約上の規定が存在しない限りにおいて、次の事項につき共同決定しなければならない」と規定し、同項二号は、「事業所の秩序および事業所における労働者の行為に関する問題」と規定していた。ドイツ事業所組織法につき、齋藤純子「事業所委員会(経営協議会) 制度の改革——事業所組織法(経営組織法) 改革法」ジュリスト二二〇八号二五〇頁(二〇〇二)、早川勝「ドイツ事業所組織法(一)(2・完)」同志社法学五二卷二七四号四七六頁(二〇〇〇)、同二七五号三〇〇頁(二〇〇一)、藤内和公「ドイツ・公務員の従業員代表制」岡山大学法学会雑誌四八巻二号二二頁(一九九八)等を参照。

(112) 判例評釈として、川又伸彦「シヨック広告と表現の自由」自治研究七八巻一号二二四頁以下(二〇〇二)参照。

(113) この点につき、青柳幸一「タバコ製品の包装への警告表示義務の合憲性」自治研究七六巻一一号二三五頁(二〇〇二)、杉原・前掲注(106)一三〇頁参照。

(114) Vgl. K. W. Lange, *Werbung mit gesellschaftskritischen Themen als Bestandteil der Meinungs- und Pressefreiheit*, APF 2002, 185 (187), 305ff.; H. Schulze-Fielitz, *Anmerkung*, JZ 2001, 302 (302 f.) を参照。

(115) リュフラーも、「広告は、ニュース同様、基本法五条一項にいうプレスの自由と意見の自由によって保護される」という原則を支持している。Vgl. Chr. Löfller, *Verstöße die „Benetton-Werbung“ gegen die guten Sitten i. S. des § 1 UWG?*, APF 1993, 536 (538), 305ff.; 広告

- の頒布が固基本権の保護領域に含まれると解するものと「Vgl. W. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1 (1).
- (116) Vgl. W. Bomba, Verfassungsmäßigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, 2003, S. 191.
- (117) Vgl. Schulze-Fielitz, a. a. O. (Anm. 67), Art. 5 I, II Rdnr. 95; Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 174 ff.
- (118) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 176 f.
- (119) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 176.
- (120) Vgl. H. D. Jarass, Die Freiheit der Massenmedien, 1978, S. 186.
- (121) Vgl. R. Schunr, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 101 (101); E. Friesenhahn, Die Pressefreiheit im Grundrechtssystem des Grundgesetzes, in: K. Ballerstedt/E. Friesenhahn/O. v. Nell-Brenning (Hrsg.), Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag, 1969, S. 24 f.; G. Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 189.
- (122) 例えばリッターは、「基本権上のプレスの自由は、一般的な意見表明の自由とは区別されなければならない」。「個々のプレス機関で働く個々の構成員の個人的意見の表明も、個人の意見表明の自由という伝統的な保護ではなく、プレスという機能に基づく、プレスの自由という別個の保護にのみ基づきうる」と主張していた。さらに、「プレスの自由を意見表明の自由の下位類型であると解すると、「広告のうち、独自の評価的な意見表明を含まないものが、基本権保護を剥奪されてしまうであろう」という見解もある。Vgl. T. Sevecke, Die Benetton-Werbung als Problem der Kommunikationsfreiheit, AfP 1994, 196 (199).
- (123) 1) 谷口久光、Fechner, a. a. O. (Anm. 67), Rdnr. 661; Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 173 ff.; Sevecke, a. a. O. (Anm. 122), S. 199 ff. 参照。
- (124) Vgl. S. Heselhaus, Neue Entwicklungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit, NVwZ 1992, 740 (741).
- (125) Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 5), Art. 5 Rdnr. 24.
- (126) 判例評釈として「牧野忠則「名誉毀損的表現と真実性の証明——バイヤー社株主事件」ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの最新憲法判例」一一五頁(信山社・一九九九)参照。
- (127) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 67), S. 296.
- (128) 連邦憲法裁判所は、「本決定においても」「…本件当事者は、特定の意見の適法性について争っているのではない。確かに本件社内

報で公表された事業所委員会についての表明は、当該争いの原因となった。しかし本件の問題は、その原因とは関係なしに、Xがそもそも本件論稿を右社内報で公表することが許されるのか否かである。つまり本件で争われているのは、Xが右社内報によって社内コミュニケーション・プロセスのなかで行っている部分であり、またXが自己の雑誌に与えようとしている形である。この場合に問題となるのは、基本法五条一項一文にいう意見表明の自由の基本権ではなく、同一項二文のプレススの自由の基本権のみである(BVerfGE 95, 28 (34))と判示した。もともと、本決定においては、前述のように「他者の」意見が問題となった事例であり、そもそもXは右社内報につき意見表明の自由を主張しうるのか否かの問題が生じるであらう。

(129) 判例評釈として、毛利透「自らの名前を名乗ることと意見表明の自由、一般的人格権」自治研究七七卷八号一四六頁(二〇〇一)参照。

(130) 1) 立ち場「たいしやんじやう」 H. Sodan/J. Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2005, S. 229; G. Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 363; A. Burghart, in: G. Leibholz/H. -J. Rindk/D. Hesselberger, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2001, Art. 5 Rdnr. 169; S. Engels/W. Schulz, Presse ohne Öffentlichkeit?, APF 1997, 455 (456); R. Streinz, Der Einfluß der Verfassungsrechtsprechung auf die Pressefreiheit, APF 1997, 857 (859); M. Fehling, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Plakataktion, Jus 1996, 431 (434); Pteroth/Schlink, a. a. O. (Ann. 41), Rdnr. 571; Jarass, a. a. O. (Ann. 5), Art. 5 Rdnr. 24; Schulze-Fielitz, a. a. O. (Ann. 67), Art. 5 I, II Rdnr. 97; Hoffmann-Riem, a. a. O. (Ann. 71), Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 142; Seewecke, a. a. O. (Ann. 122), S. 200.

もともと、「エレクト／シユリント」は、かつては、プレススの自由は意見表明の自由に対する特別法であるとみる立場を採っていた。いわく、「プレススの自由は、それがプレスというメディアを介した意見表明を、さらに一般に近づくことのできる情報源からの情報の入手を保護する限りで、基本法五条一項一文にいう意見表明の自由および情報の自由の特別な事例 (Spezialfall) である」。Vgl. B. Pteroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 7. Aufl. 1991, Rdnr. 650. なお、「ホフマンリート」も、かつては、「政治的報道または情報伝達などの制約は、それぞれの効果領域 (Geltungsbereich) におおづ／＼ (基本法五条一項) 一文も同一文も関連しうる」と述べており、両基本権は観念的に競合するとする立場を採っていたと考えられる。Vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1989, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 122.

(131) Vgl. Seewecke, a. a. O. (Ann. 122), S. 200; Hoffmann-Riem, a. a. O. (Ann. 71), Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 142.

(132) Vgl. Jarass, a. a. O. (Ann. 5), Art. 5 Rdnr. 24; Pteroth/Schlink, a. a. O. (Ann. 41), Rdnr. 571; Degenhart, a. a. O. (Ann. 1), Art. 5 Abs. 1 u. 2

Rdnr. 69; Engels/Schultz, a. a. O. (Anm. 130), S. 456; Streinz, a. a. O. (Anm. 130), S. 859.

- (122) Vgl. Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 130), S. 229.
- (123) Vgl. Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 130), S. 229.
- (124) Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 27), S. 1399.
- (125) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 67), S. 296; Heselhaus, a. a. O. (Anm. 124), S. 741.
- (126) Vgl. Heselhaus, a. a. O. (Anm. 124), S. 741; Künig, a. a. O. (Anm. 71), S. 591.
- (127) Vgl. Bullinger, a. a. O. (Anm. 61), § 1 LPG Rdnr. 36.
- (128) Vgl. Bethge, a. a. O. (Anm. 67), Art. 5 Rdnr. 89.
- (129) J. G. Böhme, Herzog, a. a. O. (Anm. 48), Art. 5 Abs. I, II Rdnr. 153 f. に對する批判は、H. Bismark, Neue Medicintechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, 1982, S. 105; I. v. Münch, Grundbegriffe des Staatsrechts I, 3 Aufl. 1984, Rdnr. 219; ders., Staatsrecht II, 5 Aufl. 2002, Rdnr. 222; Stammler, a. a. O. (Anm. 49), S. 229 ff.; Degen, a. a. O. (Anm. 9), S. 225 ff.; Pteroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 130), 7. Aufl. 1991, Rdnr. 650; Starck, a. a. O. (Anm. 71), Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 574 f. °。また、L. 1984, 表明が特に「プレスに因る」(pressespezifisch) なられた場合には、意見表明の自由の基本権は「プレス」の自由の基本権に於いて吸収される (konsumieren) べきである。Vgl. Böhme, a. a. O. (Anm. 67), Rdnr. 89.
- (130) Vgl. Herzog, a. a. O. (Anm. 48), Art. 5 Abs. I, II Rdnr. 154.
- (131) Vgl. Degen, a. a. O. (Anm. 9), S. 227 f. 及び「M. Bremner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, a. a. O. (Anm. 71), Art. 18 Rdnr. 49 參照。」
- (132) Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 173 參照。
- (133) Vgl. Stammler, a. a. O. (Anm. 49), S. 230.
- (134) Vgl. Herzog, a. a. O. (Anm. 48), Art. 5 Abs. I, II Rdnr. 154.
- (135) Vgl. Sevecke, a. a. O. (Anm. 122), S. 199.
- (136) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 173.
- (137) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 177.
- (138) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 177 f.

- (50) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 178.
- (51) 両基本権の観念的競合を主張するものとして、Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 178; Ricker, a. a. O. (Anm. 62), S. 45; Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 130), 2 Aufl. 1989, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 122; Sachs, a. a. O. (Anm. 67), S. 296. また、ミンケンや、ミンジャーナル決定によつて「連邦憲法裁判所の決定と異なり、憲法異議申立人には、意見表明の自由だけでなく、プレススの自由も認められるとする結論は正当化し得る」と述べ、両基本権の観念的競合を支持しているものもみえる (Schwenk, a. a. O. (Anm. 110), S. 132)。さらに、ヒーターマンは、「広告の基本法五条一項一文の意見の自由に含まれる」と言つて、他方で、「広告欄 (Anzeigenzeile) が実質的なプレススの自由の保護領域に属していることは疑いがない」と述べており、広告については両基本権が同時に適用されると解しているものもみえる。Vgl. A. Biedermann, Der Kontrahierungszwang im Anzeigenwesen der Zeitungen, 1987, S. 29.
- (52) Vgl. Ricker, a. a. O. (Anm. 62), S. 45.
- (53) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 173.
- (54) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 177.
- (55) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 178.
- (56) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 180.
- (57) Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 28), S. 181.
- (58) 以下、この主張をめぐって、R. Groß, Grundzüge des deutschen Presserechts, 1969, S. 52; Sachs, a. a. O. (Anm. 67), S. 296; Epping, a. a. O. (Anm. 68), S. 85 を参照。