

Title	表現の自由の保護領域：基本権の区分に関する一考察
Sub Title	Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Kunstfreiheit-die Verhältnisse zueinander
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2004
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.2 (2004. 2) ,p.1- 31
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040228-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040228-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 表現の自由の保護領域

——基本権の区分に関する一考察——

小 山 剛

- 一 はじめに
- 二 意見の自由と集会の自由
  - (一) 集会の自由—プロクドルフ決定
  - (二) 集会における意見自由—アウシュヴィツ決定
  - (三) NPDの集会禁止事件
- 四 小 括
- 三 意見表明の自由と芸術の自由
  - (一) 芸術としての風刺—シュトラウス風刺画事件
  - (二) 意見自由としての風刺—小銭のエルナ事件
  - (三) 区別の指標
  - (四) 区別の帰結
  - (五) 小 括
- 四 基本権の区別の指標
  - (一) 条文および文言
  - (二) 「正当化」の文脈
  - (三) 権利としての構造または国家との関わり方
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

1 憲法二二条は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と定める。この条文の読み方としては、「集会」、「結社」+「言論、出版その他一切の表現の自由」という三種の基本権に分ける読み方<sup>(1)</sup>と、「集会、結社、言論、出版その他一切の表現の自由」と通して読む読み方<sup>(2)</sup>がある。前者に従えば、「集会」の自由、「結社」の自由は憲法二二条において表現の自由とは別に保障されていることになり、集会や結社については、表現の自由の保障のために確立した法理（たとえば事前抑制の原則的禁止）や検閲禁止（憲法二二条二項）のような憲法上の保障は、当然には妥当しないことになる。逆に、後者のように読めば、集会、結社も表現の自由の一内容とされる以上、これらの法理ないし保障が「集会」、「結社」に及ぶことが原則となる。このどちらの読み方をとるかによって、ある具体的問題に対する解答が論理必然的になるわけではない。しかし、たとえば集会に対する行政権による事前のコントロールが合憲であるか否かを検討する場合に、事前抑制禁止などが集会の自由に及ぶのか否かによって、論証のしかたばかりではなく、結論についても差異が生じる可能性がある。

2 さらに、「言論、出版その他一切の表現の自由」の部分についても、そこに含まれるであろうさまざまなコミュニケーションの自由を一括して「表現の自由」という単一の権利として理解するのか、それとも、比較的輪郭が明確な保障対象ごとに複数の権利・自由に切り分けするのかによって、ある具体的問題に対する基本的なアプローチのしかたが大きく変わる可能性がある。二二条の「その他一切の表現の自由」には芸術の自由や放送の自由が含まれるとされているが、これらをドイツ基本法のように、狭義の表現の自由（意見表明の自由）とは別の基本権であると観念するのであれば、芸術の自由や放送の自由については、意見表明の自由とは異なる解釈

論を展開することが可能になるし、むしろそれが自然となる。

たとえば放送の自由の領域では、公共放送や免許制が存在し、また放送法三条では番組公平準則が定められている。これらは、表現の自由一般の文脈で解釈するならば、いずれも表現の自由に対する制限であり、基本権に対する制限として、その必要性や合理性が論証されなければならないことになる<sup>(4)</sup>。一方、放送の自由を狭義の表現の自由とは別個の保障であると観念するならば、放送法上の規制や公共放送の存在についても、放送の自由固有の文脈の中で、自由を具体化する法制度としてその合理性を検討すればよいと解する余地が生じる。その際、電波の稀少性や基本的供給といった同じ観点が援用されたとしても、国家による制限の正当化としてのそれと、立法者による内容形成・具体化<sup>(6)</sup>の指針および限界としてのそれとは、基本的な発想と具体的な論証が異なることになる<sup>(7)</sup>。

同じことは、芸術の自由にも当てはまる。芸術については、国家からの自由という側面のほかに、国家による保護・助成という側面が強調されるにいたっている<sup>(8)</sup>。また、国家からの自由という側面に限っても、後述のように、人格権等の他の憲法利益と衝突した場合の衡量・調整のありかたについて、狭義の表現の自由とは異なる要請が生じると考える余地がある。

3 以上のことに加えて、プライバシー権、人格権、環境権などの新しい人権が誕生し、あるいは既存の基本権から知る権利などの新しい内実が導き出される現在、基本権解釈は、「新しい人権」の要件あるいはそれぞれ権利・自由の内実・射程の検討と平行して、基本権の区分についても再考することが、これまで以上に求められるのではないかと思われる。本稿では、憲法二一条を題材にとり、これを一つの表現の自由として理解するのが適切であるのか、それとも——相互に関連する——複数の基本権に分解して理解すべきであるのかについて考察する。

本稿では、広義の表現の自由を複数の権利・自由に分けて規定しているドイツ連邦共和国基本法<sup>(9)</sup>を直接の検討材料とするが、その制定過程における論議ではなく、連邦憲法裁判所の判例、とくに基本権の制限に関する正当化のロジック<sup>(10)</sup>に焦点を当てる。また、憲法二一条の諸自由のうち、結社の自由については表現の自由とは別個に扱う傾向が支配的であること、放送の自由は基本権の法的性格論に行き着かざるを得ないこと<sup>(12)</sup>に鑑みて、以下では集会の自由および芸術の自由を取り上げ、狭義の表現の自由（以下、「意見（表明の）自由」と呼ぶ）との対比を試みる。

## 二 意見の自由と集会の自由

集会の自由は、基本法では五条一項の意見表明の自由とは別の条文である八条一項で保障されている。もとより、集会、ことに政治的集会では何らかの意見が表明されるのが常であり、集会の自由が意見表明の自由と緊密に結びついていることに疑いの余地はない。しかしながら、ドイツ憲法は、二つの自由を単に条文において区別するだけではなく、以下に見るように、二つの基本権について、異なる保障の論理（保護領域のすみわけと制限の正当化のロジック）を発展させた。

### (一) 集会の自由——ブロックドルフ決定

意見表明の自由と集会の自由とを区別する憲法においては、それぞれの保護領域をどのように画定し、相互に区別するのが最初の論点となる。ある集会の禁止または集会に対する条件の合憲性について、連邦憲法裁判所は、ある事例では基本法八条一項を適用し、ある事例では基本法五条一項を適用して審査を行っている。

集会の自由について教科書的な記述を行ったことで知られているのは、一九八五年のブロックドルフ決定<sup>(13)</sup>である。以下では、同決定の説示から、この基本権の保護領域および意義にかかわる箇所を引用することにした。

(1) 保護領域および意義

連邦憲法裁判所は、「(本件の)憲法上の統制規準は集会自由の基本権である」とし、その保護領域について、以下のように説示している。

「原手続において問題となった処分およびその基礎にある法律上の規定は、異議申立人の、計画された示威行動を遂行する自由を制限している。この自由は、基本法八条において保障されている。基本法八条は、集会および行進を、——単なる人だかりや大衆娯楽とは区別して——共同してなされる、コミュニケーションを指向した発展の表出として保護する。この保護は、論証や論争が行われる催しに限定されるのではなく、口頭によるのではない表現形態も含め、共同してなされる多様な形態を包含する<sup>(14)</sup>」。

続いて同裁判所は、集会自由の基本権に、個人の自己決定権としての意義と「人格発展」を超えた意義という、二重の意義があることを説く。

「とりわけ考え方の異なる少数者にも認められる防御権として、基本法八条は、基本権主体に対して催しの場所・時・態様・内容についての自己決定権を保障すると同時に、国家が、公的集会への参加または不参加を強制することを否定している。すでにこのような意味で、この基本権には、自由な国家における特別な意義が認められる。すなわち、妨げられることなく、特別な許可なしに他者と集会するという権利は、かねてより、自覚した市民の自由・独立・成熟性の徴表だったのである<sup>(15)</sup>」。

「しかしながら、集会自由の保障は、政治的催しに妥当する場合には、妨げられることのない人格発展に対する国家の侵害禁止の保護を超えた意義を持つ、一つの基本決定を同時に体现する。アングロアメリカ法圏では、自然法思想に根源を持つ集会自由は、すでに早くから民主主権の現れであり、政治プロセスに能動的に参加する民主的市民権の現れで

あると理解されていた」<sup>(16)</sup>。

(2) 意見自由との関係

右に引用した説示、とりわけ集会自由に二重の意義があるという認識は、連邦憲法裁判所が集会自由をその意義において意見自由と極めて近いものとして捉えていることを示唆している<sup>(17)</sup>。続く説示は、それどころかリユー  
ト判決<sup>(18)</sup>ほかを引用した上で、意見自由の意義をそのまま集会自由に準用している。それによれば、

「憲法裁判所の裁判では、これまで集会自由は扱われてこなかったが、意見自由は、かねてより、民主的共同体にとって不可欠で基本的な機能要素 (Funktionselemente) に数えられてきた。意見自由は、人間の人格の直接的発露として、人権一般のなかでもきわめて重要なものである。自由で民主的な国家秩序にとって、意見自由は、まさに構成的なものである。なぜなら、自由な意見表明によって初めて、この国家形体の生命線である恒常的な精神的論争と意見闘争が可能となるためである (……)。集会自由が集合してなされる意見表明のための自由であると理解されるならば、以上のことは、原則として集会自由についても妥当する (傍線小山)<sup>(19)</sup>」。

しかしながら、このような両自由の緊密さにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、保護領域については基本法五条一項 (意見自由) と八条一項 (集会自由) との区別を堅持している。ブロックドルフ決定では、連邦憲法裁判所は、異議申立人が主張した基本法五条一項に対する違反の審査を拒絶しているが、その理由を、次のように説明している。

第一番手続においては、たとえばアピール、演説、歌あるいは横断幕のなかで特定の意見内容を表明することが阻止されたのだとする根拠が挙げられていない。そのため、「……示威行動に対する措置について、基本法八条に加えて意見自由の基本権をも統制規準として援用できるのかについては審査の必要がない」<sup>(20)</sup>。

(二) 集会における意見自由——アウシュヴィッツ決定

他方、集会においてアウシュヴィッツ虐殺を否定する表現が発せられることを禁止した「条件」の合憲性が争われたアウシュヴィッツ決定においては、まさに基本法五条一項の意見自由が統制規準として用いられた。<sup>(21)</sup> その理由について連邦憲法裁判所は、次のように説示している。

「問題の判決は、主としてこの基本権（意見自由——小山）に照らして審査されなければならない。異議申立人が争っている条件は、確かに集会にかかわるものである。しかし、その条件の対象となつてゐるのは、ある特定の表明、すなわち、集会の主催者である異議申立人が表明することも放置することも許されないとされた、特定の表明である。この条件の憲法上の評価は、とりわけそのような表明が許容されているのか否かに依存する。憲法上抑圧されてはならない表明は、集会法五条四号に基づく集会制限的な措置の根拠となることもない。この問題に答えるための規準は、集会自由の基本権（基本法八条）からではなく、意見自由の基本権から生ずるのである」。

(三) NPDの集会禁止事件

ブロックドルフ決定とアウシュヴィッツ決定では、いずれも「集会」の禁止ないしは集会に課された条件が争われたが、上述のように、連邦憲法裁判所は前者については集会の自由を、後者については意見表明の自由を適用した。

このような使い分けの端的な例が、エッセン市およびアウグスブルク市における極右政党NPDの集会禁止の合憲性が問題となつた、二〇〇一年五月の二つの部会決定である（以下では、「エッセン事件」、「アウグスブルク事件」と呼ぶ）。連邦憲法裁判所は、エッセン事件<sup>(23)</sup>においては表現主体（NPD）および表現内容に焦点を当て、集会禁止を取り消した。他方、アウグスブルク事件<sup>(24)</sup>においては、連邦憲法裁判所は集会の自由の基本権を適用し、



同じく集会禁止を取り消している。

(1) 事実の概要

(a) 二件の事案は、非常に似かよっている。エッセン事件の異議申立人は、二〇〇一年五月一日に「社会的ダウンピングと大量失業に反対する」というテーマで、五〇〇人の参加者を予定してエッセン市中心区域においてデモを行うことを申請した。しかしながら市当局は、集会法一五条一項に<sup>(25)</sup>基づき、この集会およびエッセン市域における同趣旨のあらゆる代替催事を禁止した。アウグスブルク事件においても、異議申立人は五月一日に「まずドイツ人に職場を」というテーマでアウグスブルク市域においてデモを行うことを申請した。市は集会法一五条一項に基づき、この集会およびアウグスブルク市域における同趣旨のあらゆる代替催事を禁止した。

(b) エッセン市当局による集会禁止は、公共の秩序に対する危険<sup>(26)</sup>を理由とするものであった。

大要、以下の理由である。申請のあった集会を挙行すれば公共の秩序に対する危険が生じる。なぜならば、五月一日という日は、社会主義的労働運動のアンガージュマンに基礎をおく、社会における特別なシンボルの意味を持っており、五月一日という日のシンボルの性格を利用しようとする NPD のデモは、必然的に、ナチによる労働運動の倒錯と道具化の記憶を呼び覚ます。これは同時に、第三帝国における労働運動の抑圧を想起させる。それはとくに、ナチによる労働組合抑圧の中心地の一つであったエッセンにおいて当てはまる。NPD とナチスとの間には、思考方式と弁論方式において、顕著な類似がある。NPD とかつての NSDAP は、連邦政府の最近の評価によれば、本質において変わるところがない。NPD によるエッセンにおける五月一日のデモは、それゆえ、労働運動の伝統を受け継ぐ多くの人間の心情を害する。デモは、挑発であると受け止められ、公の平穩を壊すことになるう。

(c) 他方、アウグスブルク市による集会禁止の理由は、エッセン市による集会禁止の理由とおおむね一致するが、それに加えて、公共の安全に対する直接の危険が挙げられていた。

大要、以下の理由である。申請のあった集会を五月一日に挙行するならば、公共の安全に対する直接の危険が予測される。権限のある警察当局の評価によれば、集会の参加者による刑法違反が予測される。この評価は、NPDによる過去の集会で生じた事柄を根拠としている。今回計画された集会においても刑事犯罪が生ずるであろうという危険は、集会指導者、その代理、予定されている弁者、世話人が信頼に欠けていることよって増幅する。彼らの少なからぬ者は、これまでに繰り返し警察を煩わせたし、一部の者には関連する前科がある。異議申立人には集会当局と協働する意思がなく、集会責任者には、すでに顕著な紛糾状態を緩和しようとする意欲も能力もない。集会には、申請よりも明らかに多くの者が参加することが予期される。とりわけ、フランクフルトで計画されているスキンヘッド・コンサートが中止された場合には、暴力的なスキンヘッドの参加も見込まれる。加えて、NPDのデモに対する対抗デモも予定されている。さらに、自発的集団が集会参加者との紛糾を画策したり、集会のテーマによって挑発されたアウグスブルク在住の外国人住民との、暴力沙汰が発生する可能性も排除できない。五月一日に投入可能な警察力によってこのような危険事態に対応できるかは、現段階では不明である。

## (2) 統制の内容

(a) エッセン事件において連邦憲法裁判所は、問題となった集会禁止を意見自由の制限として正当化しうるかという観点から審査した。本件では、まず、NPDとナチスの近似性を理由とした集会禁止が許されるかが審査された。

「上級行政裁判所は、基本法二二条二項二文の遮断効を看過している。この規定は、基本法二二条一項と相まって、政党に特権を与えるものである。連邦憲法裁判所の判断独占は、たとえある政党が自由で民主的な基本秩序に敵対的であっても、政党の存立に行政が介入することを排除する。政党に対して政治的に闘争することは許されるが、政党の政治的活動は、一般に許容された手段が用いられている限り、あらゆる法的障害から自由である。基本法は、違憲性が確認されるまでの間、ある政党の活動から生じる危険を甘受している。連邦議会等が同党を違憲であると評価し、あるいは

禁止手続が連邦憲法裁判所に係属しているというだけの理由で、NPDの基本権行使を閉め出すことはできない」。連邦憲法裁判所は、続いて、意見自由の基本権の限界について、次のように説示する。

上級行政裁判所は、集会の予期される内容によって公共の秩序に対する直接の危険が生ずるという理由で集会禁止を迫認したが、これは、ブロックドルフ、アウシュヴィッツほかの先例に違背する。「上級行政裁判所は、意見自由・集会自由の基本権の保障内容を看過している。意見表明の内容を評価することは、一般的法律を適用する上でその条項の構成要件に基づく評価が必要な場合を除けば、裁判所の任務ではない。基本法およびその他の法秩序は、意見表明を限られた前提条件の下でのみ、禁止することを許している。そのような前提が存在しない場合には、言論は自由であるという原則が妥当する」。

(b) 他方、公共の安全を理由に集会が禁止された<sup>(27)</sup>アウグスブルク事件では、連邦憲法裁判所による統制の重点は、集会禁止を正当化するに足る「危険」が存在するか否かに置かれていた。<sup>(28)</sup>すなわち、

「上級行政裁判所の論拠は、……法的な観点から、明らかに支持できない。同裁判所の判決は、集会の不穏な推移が懸念されるため公共の安全が脅かされる、という評価を根拠としている。集会から、暴力行為が発生する危険があるときれている」。

「しかしながら、集会法一五条に基づく集会禁止は、処分を発する時点で認識できる事情から、集会を挙行了た場合に公共の安全または公共の秩序が直接に危険にさらされることを前提としている。そうである以上、充分な手がかりとなる事実が要求される(ブロックドルフ)。危険が排除できないというだけであったり、不確実な事象(フランクフルト)での集会の禁止が発生した場合に危険が生じるというだけであるならば、すでに集会法一五条の文言からしても十分であり、また、集会自由の基本権の制限に求められる憲法上の要求を満たすものでもない」。

#### (四) 小括

以上の概観から、集会自由と意見自由との関係について、ひとまず次のようにまとめることが許されよう。

まず、意見自由と集会自由は、密接に結びついている。とりわけ両基本権は、人格発展の意義と民主制にとつての意義という二重の意義を持つ点において等しい。しかしながら、両基本権は、その守備範囲（保護領域）を異にしている。集会の規制については、二つの基本権が競合するのではなく、いかなる理由に基づく規制かによって、どちらの基本権が適用されるかが決まる。この振り分けの指標は比較的明確であり、意見の内容に関わる規制であれば意見自由が、集会に付随する公共の安全に対する危険を理由とした規制であれば集会の自由が適用される。

さらに、どちらの基本権が規準となるかによって、要求される正当化の内容と統制の観点も、相応に異なることになる。アウシュヴィツ事件のように意見の内容が問題となる場合には、リュート判決以降の連邦憲法裁判所の判例の中で展開された「推定ルール」<sup>(29)</sup>ほかの諸ルールに従って判断されることになる。集会の自由が適用される場合には、ブロックドルフ判決で示された集会の自由を尊重した集会法一五条の解釈・適用のための指針に従い判断されることになる。

### 三 意見表明の自由と芸術の自由

基本法において芸術の自由は、五条三項において、五条一項の意見自由とは別個に保障されている。二つの基本権の保護領域をいかなる指標によって区別するのかという問題は、芸術の自由と意見自由との間でも発生する。また、二つの基本権を区別する実益については、基本法五条一項および五条三項の、二項との位置関係から容易に肯定されそうであるが、これについても、後述のように明快に割り切ることのできない問題がある。<sup>(30)</sup>

基本法五条三項の保障する芸術には小説等活字によるものから絵画、舞台芸術に至るまで、多様なものが含まれるが、意見自由との区分がもつとも錯綜するのは、いわゆる風刺であると思われる。以下では、風刺的要素のある表現について、意見自由と芸術自由を区別することの可能性と区別の意義について考察する。

(一) 芸術としての風刺——シュトラウス風刺画事件

芸術の自由は、国家による芸術批評制度、国家による良き芸術と悪しき芸術の選別・判定、「国家芸術」や、特定の流派・様式との国家の同化に対抗するためのものである。<sup>(31)</sup>基本法五条三項の「芸術」の定義の問題に深入りはないが、<sup>(32)</sup>メフィスト決定において連邦憲法裁判所は、「芸術に固有の構造的メルクマール」は次のものであるとしていた。「芸術的活動の本質は……芸術家の印象・経験・体験が特定の表現形態を媒体として直感的な感得へともたらされるような自由な創作である。あらゆる芸術的活動は、理性によって分離することのできない、意識的要素と無意識の要素の渾然一体となったものである。……芸術は、第一次的には伝達ではなく、芸術家の個人的人格の表出であり、しかもそのもつとも直截な表出なのである」。<sup>(33)</sup>この定義に対しては、周知のように多くの批判があった。「芸術」を定義することは、法の適用において避けては通れないことであるとともに、<sup>(34)</sup>芸術の本質に反することでもあり、連邦憲法裁判所もまた、シュトラウス風刺画事件決定において「芸術を一般的に定義するのは不可能である。しかしながら、この自由の憲法上の保障は、この自由の保護領域を具体的な法適用に際して画定すべきことを要請する」<sup>(35)</sup>として、このディレンマに言及している。時代錯誤行列表決<sup>(36)</sup>において連邦憲法裁判所は、「実質的芸術概念」と呼ばれるメフィスト決定の定義を掲げる一方で、特定の芸術類型のジャンルの要求を満たしていればそれは芸術であるという《形式的芸術概念》、作品が多様な趣旨を持ちうることから、解釈が続くなかで新たな意味が汲み取られてゆく可能性の存在をメルクマールとした《開かれた芸術概

念》を併記している。これら三種の芸術概念は、時代錯誤行列表定では、一つが他を排除する性格のものではなく、その都度の芸術に応じて援用できるものだと考えられているようである。<sup>(37)</sup> シュトラウス風刺画事件決定では、連邦憲法裁判所は実質的芸術概念を用いて、問題の風刺画を芸術の自由の保護領域に組み入れた。<sup>(38)</sup>

そのシュトラウス風刺画事件決定は、当時のバイエルン州首相・シュトラウスを、法服を着た豚と性交する姿で描いた風刺画が問題となった事例である。連邦憲法裁判所は、結論としてはこの芸術としての風刺画が、基本法一条一項で保護されたシュトラウス氏の間人としての尊厳を侵害するものであると認め、これを許されないものであるとした。本稿で問題となる意見自由との関係につき、連邦憲法裁判所は次のように説示している。<sup>(39)</sup>

本件風刺画は、芸術としての創作活動にとり、その本質として重要であるとみなすべき要件を充足している。「風刺画によって同時に、ある特定の意見が表現されていたとしても、その事実が風刺画から芸術作品としての特性を奪うことにはならない。芸術と意見表明とは両立する。その場合にも規準となるべき基本権は、独自の基本権として承認されるべき芸術の自由である」。

## (二) 意見自由としての風刺——小銭のエルナ事件

しかしながら、連邦憲法裁判所のその他の判例によれば、風刺をおびた表現のすべてが基本法五条三項によって保護されることになるのではない。芸術を定義することのディレンマにすでに示唆されるように、芸術は、集會ほど明確には意見自由との間に境界線を引くことができない。また、後述するように、芸術と意見表明が両立している場合において、《疑わしき場合は留保のない基本権である芸術の自由へ》、という明快な推定公式も存在しないものと思われる。風刺を帯びた表現をどちらの基本権の保護領域に組み入れ、そのような表現の制限にいついかなる正当化の要請を課すかという点で極めて興味深いのが、次に見る「小銭のエルナ」事件決定<sup>(40)</sup>と後述

するタイトニック決定である。

本件の異議申立人は「RTLナイト・ショー」というトーク番組の司会者であるが、ザクセンのプリンセス・エルナ(第一審における原告、以下Eと呼ぶ)をゲストとして迎えた番組の中で、同人を「小銭のエルナ」と呼んだことについて、ラント裁判所から三〇〇〇マルクの慰謝料の支払いを命じられた。同裁判所によれば、慰謝料の承認は、人格権に対する重大な侵害があり、他の方法によつては補償し得ない場合にのみ正当化されるが、異議申立人が番組中の会話のなかで、Eには「小銭のエルナという名前もある」と言及した限りで、この前提は満たされている。渾名を呼ぶことは、具体的事情いかんでは、Eを何百万の聴衆の前で笑いものにするようになるためである。

連邦憲法裁判所は、次のように説示して、本件には基本法五条一項の意見表明の自由が適用されるとした。

「問題の判決を審査する規準となるのは、意見自由の基本権である。とはいえ、異議申立人が司会したトーク・ショーと、「小銭のエルナ」という表現は、風刺的な異化によつて刻印されている。しかしこのことは、必ずしも、この表現を基本法五条三項一文で保護された芸術作品の地位にまで高めるものではない。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とは限らない(傍線小山)。芸術の本質的メルクマールは、異化やねじれ、誇張を用いて加工することであるが(BVerfGE 75, 369[377])シュトラウス風刺画事件)、これらは、単純な意見表明ないしはメディアを通じた意見表明(基本法五条一項一文、二文)の手段として用いられることもある。これらの基本権の適用に際しては、それぞれの意見表明が持つ風刺的性格が顧慮されなければならない。基本法五条一項だけに属する表明についても、明らかにその発出者が付与しようとしていない意味を、これにこじつけてはならない。このことは、とりわけ風刺的意見表明や皮肉による意見表明に当てはまる(BVerfGE 86, 1[9])「タイトニック事件」)」。

### (三) 区別の指標

上述のように、シュトラウス風刺画事件では、芸術を通じて特定の意見が表明される場合があるとされた。反対に、「小銭のエルナ」事件判決では、すべての風刺、すべての異化やねじれが芸術とみなされるのではないとされた。風刺的であっても意見表明の自由が適用される表現がある（以下、「風刺的意見表明」と呼ぶ）とされたのである。このため、意見表明の自由と芸術の自由との関係は、入り組んだものとなる。では、連邦憲法裁判所は《意見自由か、それとも芸術の自由か》という問いに、どのような指標をもって答えているのであろうか。

この関連で、小銭のエルナ事件決定でも引用されているタイタニック（生まれつきの殺人者／不具者）事件決定<sup>(41)</sup>を見ておくことにしたい。本件では、タイタニックという風刺雑誌の常設欄、「七人のやりきれないヤツラ」のなかで用いられた「生まれつきの殺人者」という表現と、読者への手紙欄における「不具者」という表現が問題となった。上級ラント裁判所は、これらの表現が横断麻痺でありながら連邦国防軍の軍事訓練に参加した原告（控訴人）の人格権を侵害すると判断した。連邦憲法裁判所は、この事件では芸術の自由ではなく、基本法五条一項の基本権を援用したが、「生まれつきの殺人者」という表現については許容されるべきであるとし、上級ラント裁判所の判決が違憲とされ、「不具者」については人格権侵害という同裁判所の結論が維持された。連邦憲法裁判所は、「不具者」は風刺によって刻印された表現ではないとし、五条一項の問題であるとした。また、「生まれつきの殺人者」という表現<sup>(42)</sup>については、風刺的性格が認められるが、これに基本法五条一項を適用したとしても問題の判決は違憲になるという理由から、「基本法五条一項一文の意見自由と五条三項一文の芸術の自由との境界線がどこに引かれるのか、また、風刺的表現が事例によっては二つの基本権の保護領域に含まれることがあるのか」という肝心の問題には、答える必要がないとして終わっている<sup>(43)</sup>。



(四) 区別の帰結

ある表現をどちらの基本権の保護領域に含めるべきかという問題は、それぞれの場合でその後の処理に差異が生じてはじめて実践的な意義を持つ。そこで、風刺的意見表明と芸術としての風刺との間で、憲法的評価の観点ないし手法に差異が生ずるのか否かが問題となる。

(1) 「作品にかなった基準」

芸術の自由に関する連邦憲法裁判所の確立した判例によれば、芸術自由の評価に際しては、「作品にかなった (werkgerecht)」基準が用いられなければならないとされる<sup>(44)</sup>。それは、とりもなおさず、問題となっている芸術のジャンルごとに、評価の基準が異なりうることを意味する<sup>(45)</sup>。従って、風刺的意見表明との比較の対象となるのは、芸術一般ではなく、芸術としての風刺である。

風刺という芸術ジャンルについて、シュトラウス風刺画事件判決は、ライヒ裁判所の判決を援用しつつ<sup>(46)</sup>、言明の核心と表現外観とを区別し、それぞれについて別個に、かつ、異なる基準を用いて、名誉侵害的であるかどうかを審査すべきであるとした<sup>(47)</sup>。もしこの要請が、芸術としての風刺の評価についてのみ生じるのであれば、芸術の自由と意見自由との間には顕著な相違があるということになる。では、「小銭のエルナ」という風刺的意見表明は、どのように処理されているのであろうか<sup>(48)</sup>。

「……風刺を法的に評価するには、その本来の内容を探索するために、『言葉および画像のなかで選択された風刺的装飾』を取り除くことが要求される (BVerfGE 75, 369 [377 f.])。その上で、言明の核心と表現外観 (Einkleidungs) は、対象となる人物に対する軽蔑の表明を含むものであるかどうかを、別個に審査されなければならない。その際に注意しなければならないのは、異化という本質的メルクマールに鑑みれば、表現外観の評価に用いられる基準は、通常の場合、言明の核心を評価するために用いられる基準よりも緩やかだということである (BVerfGE 75, 369 [377 f.]; 86, 1

[121]」。

「このような背景に鑑みれば、「小銭のエルナ」という表現が、その風刺的表現外観ゆえに芸術自由の保護をも享受するものであるか否かを判断する必要はない。この表現に対して、留保付きの基本権である五条一項の基本権が適用されたとしても、問題の判決は、憲法裁判所の精査をクリアできないのである」。

以上の説示の内容、さらに、芸術の自由の事例であるシュトラウス風刺画事件判決 (BVerfGE 75, 369) が常に先例として引用されていることに示されるように、同決定からは、基本法五条三項によって保障される芸術としての風刺と、五条一項により保障される風刺的意見表明との間で、取り扱いは実質的な差異を読み取ることはできない。同決定は、五条一項により保障される表現についても、風刺的であれば、芸術としての風刺と同様の手順を要求しているのである。<sup>(49)</sup>

(2) 留保の有無等

念のために言及すれば、基本法五条一項と三項の最大の違いは留保の有無であるとされる。意見表明の自由には、基本法五条二項において、一般的法律・青少年保護・個人的名誉保護という三つの留保が付されているが、五条三項の芸術の自由は、留保なしに保障されている。「芸術の自由の保障を、価値づけによる芸術概念の限定や、他の憲法規定で定められた制限条項の拡張解釈ないし類推によって制限しようという試みは、基本法五条三項一文の明白な規定を前に、失敗せざるを得ない。とりわけ、……基本法五条一項の基本権に制限を加える五条二項を（芸術の自由）適用することはできないのである」<sup>(50)</sup>。しかし、芸術の自由といえども、他の憲法的価値との衡量によって制限されうることにについては異論がない。<sup>(51)</sup>つまり、留保の有無は、憲法的地位を有しない、立法者が法律レベルで設定した共同体法益の保護を目的とした制限が問題となる場合には意義を持つが、「小銭のエルナ」事件やタイタニック事件のように、人格権という憲法法益<sup>(52)</sup>が対抗法益である限り、どちらの保護領域に含

めたとしても、制限が原理的に可能であるという点で変わるものではないのである。<sup>(53)</sup>

また、他方で意見自由の制限について、連邦憲法裁判所は、基本権制限的法律と意見自由との間の「相互作用」<sup>(54)</sup>を要求している。この相互作用論は、はじめは基本法五条二項の三つの留保のうちの一般的法律による意見自由の制限に際して要求されたが、後に、意見自由の制限一般に妥当する要請となった。しかしながら、芸術の自由の事例である国旗事件判決では、相互作用論は芸術の自由にも妥当すると説示されており、<sup>(55)</sup>この点においても二つの自由の間に実質的な差異は認められないことになる。<sup>(56)</sup>

#### (五) 小 括

以上を要約すれば、こと風刺に関する限り、芸術の自由と意見自由との間の境界はきわめてあいまいであり、また、どちらの基本権の保護領域に含められたとしても、その後の処理において有意な差異が生ずるわけではない。

なお、タイタニック事件および「小銭のエルナ」事件において、連邦憲法裁判所は、風刺的な意見表明というカテゴリーを認めた。しかしながら、タイタニック事件決定によれば、風刺的要素を持ったすべての表現が風刺的意見表明とみなされるわけでもない。タイタニック事件で問題とされた第二の表現（「不具者」）について、連邦憲法裁判所は次のように説示している。この表現には、「確かに一定の異化の要素が含まれている。……しかし、この要素が問題の記事を刻印づけているとまでは言えない。むしろこの記事は、原告の要求を拒絶するといふ、その内容によって規定されているのである」<sup>(57)</sup>。

すなわち、ある表現に異化等の要素が存在すれば、声明の核心と表現外観との区別に基づく評価手法が適用されることになるのではない。これが適用されるためには、当該表現が、「風刺的異化によって刻印されて」いな

ければならない。したがって、連邦憲法裁判所の判例に従えば、風刺の要素を含む表現には、①シュトラウス風刺画のような芸術としての風刺、②風刺によって刻印された、「小銭のエルナ」や「生まれつきの殺人者」のような表現、③「不具者」のように異化の要素はあるが異化によって刻印されているとまではいえない表現、という三通りがあることになる。このうち、芸術の自由の保護領域に属するのは①だけである。しかし、制限の正当化に関して実践的に見れば、もつとも大きな差異は、①②と③との間で生ずるのである。<sup>58)</sup>

#### 四 基本権の区別の指標

集会の自由、そして芸術の自由は、狭義の意見表明の自由とは区別されるべきなのであろうか。そもそも、どのような場合に別の基本権として扱われるべきなのであろうか。ここで「区別」あるいは「別の基本権」とは、単なる行為類型の区分ではなく、違憲審査の際に用いられる憲法上の規準 (Maßstab) としての区分を指している。つまり、ビラ貼りの自由は表現の自由のなかの一つの行為類型であって、ビラ貼りの自由という一個の独立した基本権があるわけではない。<sup>59)</sup> また、「嫌煙権」といった権利の俗称は、もとよりここで言う基本権の区別と直接につながるものではない。

##### (一) 条文および文言

憲法の解釈として基本権の区別を論じる場合に、最初の手がかりとなるのは、もとより憲法典である。確かに、憲法上、別の条文で規定されている複数の基本権を一つの基本権へと一本化することは、たとえ相互に顕著な共通性が認められる場合であっても、相当な(心理的)抵抗を伴うことになろう。しかしながら、たとえば憲法三

五条の住居の不可侵や二一条二項の通信の秘密について、これらがプライバシーないし私的空間の保障の一局面であるという意識が強まれば、前二者が観念上、後者に吸収され、《通信の秘密に反することによってプライバシーの権利を侵害した》という言い回しが不自然ではないと感じられるようになるかもしれない(61)。なお、検閲禁止については、これを独立の権利とは捉えない見解が有力であるが、そのような立場からは、《憲法二一条二項後段の検閲禁止に違反し、二一条一項の表現の自由を侵害した》、という言い回しが当然に成り立つことになるであろう(62)。蛇足ながら、それに比べれば、一つの条文中に複数の保障を見出すことのほうが、心理的障壁は低いと言うべきであろう。

条文中で用いられている文言は、条文の編成が決め手とならない以上に決定力を欠く。たとえば、憲法二一条一項について、「及び」の位置からして集会・結社までとそれ以下とを区別したほうが日本語として自然である(63)ということはできよう。しかし、だからといって「及び」の前後で区切るか、それとも若干不自然でも区切らずに読むかは、解釈論上の合理性によって結論が与えられるものであり、それを無視してまで文言・文法が優先されることにはならない(64)。文言および文法は、ある妥当な解釈を補強する論拠としては意義があるし、その枠を逸脱した解釈を排除するという消極的機能を営みうると思われるが、それ以上のもではないと思われる。

最後に、文言は、包括的基本権から生じる新しい人権や、既存の個別的基本権に付け加えられた新しい内実については、そもそも指標としての意味を持ち得ない。

## (二) 「正当化」の文脈

次に、基本権の区別は、「正当化の文脈」における同一性を指標とすべきであろうか。自由権の第一の内実が国家からの自由の保障である以上、少なくとも自由権については、それが制限された場合にいかなる正当化のテ

ストが要求されるか、という視点から基本権の区別を行うという考え方は自然な発想である。しかし、正当化の文脈における差異は、決定的な指標にはなり得ないと思われる。

たとえば、正当化の文脈を絶対視するならば、基本法五条一項の狭義の意見自由についても、「意見表明」の基本権と「事実の主張」の基本権という二つの基本権に分けるべきことになる。<sup>(65)</sup>しかし、ドイツの判例・学説でも、意見と事実主張は別の基本権であると観念されているわけではない。また、連邦憲法裁判所による職業自由に対する規制の正当化テストの基本類型は、①職業選択に対する客観的許可条件による規制、②職業選択に対する主観的許可条件による規制、③職業遂行に対する規制、という三区分であった。<sup>(66)</sup>このうち、①と②の区分は、「侵害」の程度についての相違を反映した区分であるため、基本権自体の区別の問題に影響を与えない区分であるのに対し、③は、単なる程度問題ではなく、制限される行為自体の相違を反映した区分であると考えられることができる。しかしながら、そのことを理由に職業選択と職業遂行は基本権として区別されるべきだということになれば、基本権は際限なく細分化されてしまうことになろう。

むしろ逆に、本稿で概観した連邦憲法裁判所の裁判実務は、制限の正当化から基本権の区分を考えないほうがよいという結論を支持するのではないかと思われる。「意見自由」と「集会自由」の区別に基づく連邦憲法裁判所の正当化のテストには、確かに有意な差異が認められるが、それは、わが国でいうところの表現の「内容」と「態様」の区別によって吸収できる範囲の差異であると言うこともできようし、また、集会を除外したところで、「態様の意見自由について「内容」と「態様」の区別を考えなくてよくなるわけではない（もちろん、ドイツにも、道路法、警察法などによるピラ配りやピラ貼り、拡声器使用等の規制が存在する）。<sup>(67)</sup>さらに風刺にいたっては、意見自由が芸術かという基本権の区別と、正当化のテストにおける区分との間に、明白なずれが認められるのである。<sup>(68)</sup>

(三) 権利としての構造または国家との関わり方

では、基本権の区別は、法的構造を指標とすべきか。イエリネックの地位論がそうであるように、国家とのかわり方は、基本権分類の第一の指標であった。さらに、最近のコンメンタールでも、アメリカ憲法のように芸術の自由を独自に規定していない「比較的古い憲法」とは異なり、東・中欧の新しい憲法は、芸術の自由を独立の基本権として規定する傾向にあるとされ、それらは、芸術作品および文化の促進条項ないし保護と結びつくことが多いと指摘されている。<sup>(69)</sup> そうであれば、保護・促進が正当化され、さらには要請されるという点において、国家からの自由を核とする意見自由から芸術の自由を区別することに、意義が認められるようにも思われる。

しかしながら、保護・促進という側面を理由に芸術の自由を広義の表現の自由から独立させるとい議論は、憲法の制定ないし憲法の改正という場面では十分な理由のあることであろうが、既存の憲法を前提に、その解釈として基本権を区別すべきか否かを論ずる場面では、必ずしも十分な理由とはならないように思われる。まず一般に、ドイツのように基本権の客観法的内容を強調するかどうかにかかわらずなく、基本権が複合的性格を持つことは、わが国でも常態となってきた。また、基本権の要請という強い意味での国家の積極的関与を求めない場合でも、たとえば第三種郵便物制度のように、国家による促進は、芸術の自由以外の意見自由の領域においても認められる。<sup>(70)</sup> これらの点から、こと解釈レベルでの基本権の区分に関する限り、国家とのかかわり方もまた、決定的な指標とはなりえない。

五 むすびにかえて

本稿では、意見自由・集会自由・芸術自由にかかわるいくつかの判例を挙げながら、基本権の区別について簡

単な考察を試みた。基本権を区分するかどうかの論拠としては、本稿で考察したほかにたとえば、集会の自由を制限するが表現の自由の制限ではない、という事例があれば別の基本権とすべきであるとの主張<sup>(71)</sup>、また逆に、一つの行為に二つ以上の基本権的保障が重複する場合が多ければ一つの基本権として観念すべきだとの主張も可能であると思われる。しかし、前者は集会の自由の特定の解釈を前提としてはじめて成り立つ主張であり、後者については、講学上の便宜としてならともかく、裁判所による基本権の解釈・適用の場では、規制の内容に応じた場面分けをしたうえで適用すべき基本権を選択した方がよほど合理的である、という反論が成り立ちそうにも思われる。

以上のように、本稿は、憲法二二条の保障する基本権を小分けにすべきか否か、また、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、明確な結論はないという結論に終わった。もちろんこのことは、区別しない結果として評価の手法を画一化したり、いわんや画一化すべきだということを意味しているのではない。むしろ本稿は、同一の基本権に多面的な内実があり得、また、仮に小分けにせずに基本権の保護領域を広く捉えた場合でも、保障対象の個々の特性に応じた柔軟な法理論の構築が可能であり、かつ必要であることを前提としている。小分けする決定的な指標はないという結論は、同時に小分けしないということについても決定的な理由はない、ということを当然に含意している。確かなことは、小分けしないということから画一的結論を自動的に導いてはならないということであり、<sup>(72)</sup>反対に、小分けした場合であってもそこから自動的に結論を導いてはならないということである。<sup>(73)</sup>その場合であっても、基本権の区分には、単なる体系的な美感以上の意味があると考えるべきであろうが。<sup>(76)</sup>

(1) 学説の分類も含めて初宿正典「集会の自由に関する若干の考察」京都大学法学論叢一四八巻五・六号九〇頁(二)



- 〇〇一年)を参照。
- (2) 後者の典型として、法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典「第二版 CD-ROM 版」』(二〇〇一年)の「表現の自由」の項では、「言論や文書による思想、信条の表明の自由のほか、集会、結社、出版、報道の自由など、個人が外部に向かってその思想、信条、主張、意思、感情などを表現する一切の自由のこと。この権利は最も代表的な自由権の一つであり、民主主義社会の基礎をなす極めて重要な権利である。我が国の憲法においても、一切の表現の自由が保障され、検閲の禁止が徹底されている」と解説されている。
- (3) このほかにも、「結社」のみを別の基本権と捉える二分説があるが(初宿「前掲注(1)」論文参照)、以下では立ち入らない。
- (4) その結論として免許制や内容規制について違憲論をとるのが松井茂記「放送の自由と放送の公正」法律時報六七巻八号一〇頁以下(一九九五年)である。
- (5) これらの論拠については、鈴木秀美「放送の自由」(二〇〇〇年)七一頁以下、三〇七頁以下などを参照。
- (6) 基本権の内容形成および具体化については中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学二八七号(二〇〇三年一号)一頁以下、小山剛「基本権の内容形成」樋口陽一ほか編『栗城壽夫古稀・日独憲法学の創造力(上)』(二〇〇三年)一五三頁以下を参照。
- (7) 同様の対立は、プレススの自由と再販制についても見ることができる。山川洋一郎「再販問題は憲法問題である」新聞研究五六〇号二九頁以下(一九九八年)、石岡克俊「著作物の流通と『表現の自由』——新聞に係る再販適用除外制度に関する議論を契機として」慶應義塾大学法学政治学論究三六号一頁以下(一九九八年)を参照。
- (8) たとえばスイス憲法は、旧憲法においては芸術の自由の規定を置いていなかったが、新憲法では、一六条の表現・情報の自由と区別して二一条において「芸術の自由は保障する」と規定する。邦訳として、小林武訳「スイス新連邦憲法(試訳)」南山法学二三巻四号三七頁以下(二〇〇〇年)を参照。なお、旧憲法時代のスイス連邦裁判所判決については I. Pernice, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1996, Art. 5 III Rdnr. 10. を参照。わが国における類似の問題として、富山県立美術館収蔵の天皇カラーシユ作品の非公開等が争われた富山地裁平成一〇年一月一六日判決(鈴木秀美「県立美術館収蔵作品の非公開と『知る権利』シユリスト一二〇二号一四頁(二〇〇

〇一年)を参照。

- (9) 基本法五条一項は「各人は、言語、文書および図画をもって自由にその意見を表明し、および流布し、および一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由および放送およびフィルムによる報道の自由は保障される。検閲は行われぬ。」と定めているが、J・プアマイスター(上村都訳)「意見表明の自由と名誉保護」名城法学四八巻二号一頁以下(二頁)(一九九八年)によれば、「ドイツ憲法学は、この基本権規範から、——細分化の程度に応じて——少なくとも九つの個別的保障のカタログを読み取っている」とされる。
- (10) 本稿において正当化とは、「保護領域」、「侵害」、「正当化」という三段階の区分の意味での正当化を指している。それぞれの段階の内容については、松本和彦「基本権保障の憲法理論」(二〇〇一年)一〇頁以下を参照。
- (11) 基本法制定過程およびそれ以前のドイツ憲法、戦後の州憲法に焦点を当てた考察に、初宿(前掲注(一))法学論叢一四八巻五・六号九〇頁、同「憲法と芸術の自由」京都大学法学部創立百周年記念論文集第二巻(一九九九年)一〇三頁がある。また、日本国憲法および現行のドイツ憲法を対象としたものとして、初宿正典/小山剛「憲法二一条が保障する権利」法学セミナー四八巻八号一〇二頁以下(二〇〇三年)を参照。
- (12) ドイツにおける放送の自由の法的性格をめぐる議論については鈴木(前掲注(5))書を参照。
- (13) BVerfGE 69, 315 IIドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(二〇〇三年)二四八頁以下(赤坂正造)。
- (14) BVerfGE 69, 315(342 f.).
- (15) BVerfGE 69, 315(343).
- (16) BVerfGE 69, 315(343).
- (17) 意見自由の二重の意義については、上村都「ドイツ連邦憲法裁判所初期判例における意見自由と名誉保護」名城法学論集二七集三頁(二〇〇〇年)に詳しい。
- (18) BVerfGE 7, 198 II前掲注(13)ドイツの憲法判例一五七頁(木村俊夫)。なお、リユート判決はわが国では基本権の私人間効力および基本権の客観的内容のリーディング・ケースとして言及されることが多いが、まさに意見自由の意義および限界についても、リユート判決は最も重要な先例として後の裁判に持続的な影響を及ぼしている。この

面におけるリユート判決の意義については上村(前掲注(17))七頁以下を参照。

- (19) BVerfGE 69, 315(344 f.).
- (20) BVerfGE 69, 315(343).
- (21) BVerfGE 90, 241(246)＝ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(一九九九年)一四四頁(小野寺邦広)。
- (22) なお、集会の自由のとりわけ最近の問題について連邦憲法裁判所の立場を解説した論文として W. Hoffmann-Riem, *Neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit*, NVwZ 2002, 257 ff. が有益である。
- (23) BVerfG, 1 BvQ 22/01 vom 1.5.2001, Absatz-Nr. (1 - 22).
- (24) BVerfG, 1 BvQ 21/01 vom 1.5.2001, Absatz-Nr. (1 - 19).
- (25) 集会法一五条一項は次のように規定している。「管轄官庁は処分を通告時に知りうる状況から見て当該集会または行進の実施によって公共の安全もしくは公共の秩序に直接の危険が及ぶ場合には当該集会または行進を特定の条件に係らしめ、または禁止することができる。」
- (26) 「公共の秩序」および「公共の安全」については、桑原勇進「危険概念の考察」碓井光明ほか編『公法学の法と政策(金子宏古稀)下』(二〇〇〇年)六四七頁以下を参照。
- (27) 上級行政裁判所は、アウクスブルク市当局が挙げた二つの理由のうち公共の秩序にかかわる部分についてはこれを退け、公共の安全に対する危険のみを認めて禁止を支持していた。このため、憲法異議においては、後者のみが審査された。
- (28) 「危険」の概念および蓋然性判断については、桑原(前掲注(26))論文および同「非『客観的』危険」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革(塩野古稀)下』(二〇〇一年)六七七頁以下を参照。
- (29) 「推定ルール」、「相互作用論」等の内容については上村(前掲注(17))論文を参照。
- (30) すなわち、五条二項は「これらの権利は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、および個人的名誉権によって制限される」と規定している。この留保は、条文の前後関係から、五条一項の基本権のみを対象としたものであり、三項の基本権には適用がないと解されている。そのため、一項の基本権は特別な法律の留保を持つ基本

権、三項の基本権は留保なしに保障された基本権という相違が生ずるが、実際にはその差異は著しく相対化される場合がある。詳しくは本文で後述する。

- (11) *I. Pernice*, in: Dreier, (前掲注(8)) Art. 5 Abs. III Rdnr. 13.
- (12) 芸術概念に絞った詳細な考察として奥山亜喜子「芸術と法」国家(1)ドイツ連邦共和国基本法五条三項における「芸術の自由」概念をめぐって(前)(後)女子美術大学紀要三〇号一二〇頁以下、三一号一五五頁以下(二〇〇〇、二〇〇一年)を参照。
- (13) BVerfGE 30, 173(188 f.)＝メフイスト＝前出注(13)ドイツの憲法判例一九〇頁(保木本一郎)。
- (14) *H. D. Jarras*, in: Jarras/Pieroth, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 85.
- (15) BVerfGE 75, 369(377)＝前掲注(11)ドイツの最新憲法判例一五五頁以下(田口精一)。
- (16) BVerfGE 67, 213(226 f.).
- (17) BVerfGE 67, 213(226 f.).
- (18) BVerfGE 75, 369(377).
- (19) BVerfGE 75, 369(377).
- (20) BVerfG(1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 12. 11. 1997, NJW 1998, 1386 f. 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(一九九九年)。なお、本文中の傍線は筆者が付したものである。
- (41) BVerfGE 86, 1.
- (42) 違憲とされた理由は、本文で後述するように、芸術の自由ではなく意見自由の保護領域に含まれる風刺であっても、風刺であることを踏まえた法的評価が要請されることに加え、個別事例を超えた抑止効果が発生する危険があるとして厳格な統制が行われたことによる。
- (43) BVerfGE 86, 1(9).
- (44) BVerfGE 75, 369(378 f.); 81, 298(306 f.)＝国歌。
- (45) *R. Wendt*, in: von Münch/Kunig(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Rdnr. 98 zu Art.

- 5.
- (46) RGSt 62, 183 ff.
  - (47) BVerfGE 75, 369 (377 f.).
  - (48) NJW 1998, 1386 ff.
  - (49) その先例である BVerfGE 86, 1 (12) にタイタニック事件決定も同じ。
  - (50) BVerfGE 30, 173 (191).
  - (51) BVerfGE 67, 213 (228). *カスノ* BVerfGE 30, 173 (193) も参照。
  - (52) 一般的人格権が基本権として承認された経緯および基本法二条一項の保護領域については D・グリム (上村都訳) 「憲法における人格権の保護」名城法学五一巻一号一七頁 (二〇〇一年) に詳しい。
  - (53) さらに基本法五条二項が掲げる「青少年保護のための法律上の規定」の留保もまた三項で保障された芸術の自由には適用されないが、連邦憲法裁判所は、「子供の読書を規定する権能」を含む両親の教育権 (基本法六条二項) を援用することによって、ボルノ小説の有害図書リストへの掲載を合憲であるとしている。BVerfGE 83, 130 前出注 (21) ドイツの最新憲法判例一六七頁 (芹沢斉)。
  - (54) 相互作用論の意義および内容については D・グリム (上村都訳) 「連邦憲法裁判所判例における意見表明の自由」名城法学四九巻四号一五九頁 (二〇〇〇年) を参照。
  - (55) BVerfGE 81, 278 (296) 国旗。
  - (56) もっとも、相互作用論自体は、基本権に適合的な法律解釈を要請しているにすぎず、すべての基本権、あらゆる法律解釈に妥当するものであると考えることができるが、あえて「相互作用」という言葉を明示的に用いたことに、意見自由と芸術自由の近さが示唆されていると見ることができよう。
  - (57) BVerfGE 86, 1 (9 f.).
  - (58) もちろん、④として、異化の要素を含まない表現がある。しかしながら、連邦憲法裁判所は、通常の意見表明について、いくつかの判例の中で表明の意味内容の解明が重要であることを強調してきた。その際、表明の意味内容は、テキスト (文言) だけではなく、表明がなされた状況等を考慮して判断されなければならないとされた (たとえば

BVerfGE 93, 266 Ⅱ兵士は殺人者だ事件Ⅱ前出注(21)ドイツの最新憲法判例一四九頁「小山剛」を参照)。このように、異化の要素がない、あるいは異化によって刻印されるには至っていない③や④の意見表明についても、状況になつた意味内容の解明が要請されることになれば、作品になつた基準が要請される芸術との差異は、さらに縮まる。どちらの基本権についても、連邦憲法裁判所は、通常裁判所による表現の意味内容の特定が適切であるかどうかを審査することになるためである。

なお、連邦憲法裁判所が表現の意味内容を解釈することについては、周知のように、専門裁判所の専権事項である事実認定に連邦憲法裁判所が介入するものであるという批判がある。関連して、畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所(上)(下)」ジュリスト一〇六号七四頁、一一〇七号七九頁(一九九七年)、川又伸彦「憲法裁判における法律審の事実審査」法学新報一〇三卷二二三号五四七頁(一九九七年)、同「憲法裁判と司法事実」法学新報一〇八卷三号三〇五頁(二〇〇一年)を参照。しかしながら、連邦憲法裁判所において兵士事件判決等の担当裁判官であったD・グリム(上村都訳)「ドイツ憲法における意見表明の自由と人格の保護」名城法学五二卷一号一頁以下(一四頁)は、「意味内容の確定は、事実認定と裁判官の法的評価とのあいだに位置する、独立した段階なのである」としており(あわせて「訳者あとがき」も参照)、注目される。

(59) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法五八号(一九九六年)一頁以下(七頁)。

(60) ちなみにE U基本権憲章草案第七条は、「すべての人はその私生活、家族生活、住居および通信の尊重を受ける権利を有する」と規定する。

(61) もちろん、この言い回しは、補充的権利としての憲法二三条がその場合に適用される、という意味ではない。

(62) もちろんこれは、検閲禁止は基本権か国家に対する客観的禁止か、という議論からの帰結であり、複数の基本権の吸収・合併とは異なる問題であるが。

(63) 初宿(前出注(1)) 法学論叢一四八巻五・六号九二頁。

(64) M・クリーレ(井田良/小山剛訳)「裁判官の法発見における法律への忠実と正義 慶應義塾大学法学研究六三巻三号八九頁以下(一九九〇年)が指摘するように、一見すると一義的な文言(たとえば基本法一九条三項の「法人」)であっても解釈の対象となる(「法人」には権利能力なき社団が含まれる)のであり、この意味で必要は解釈の

母であるということができよう。

- (65) 正当化の文脈における意見自由と事実の主張の相違については、D・グリムが作成した、いわゆる「グリムの樹」が概観を与える。グリム(前掲注(54))名城法学四九卷四号一八〇頁を参照。
- (66) BVerfGE 7, 377 前掲注(13)ドイツの憲法判例二七二頁(野中俊彦)。
- (67) *Cf. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnrn. 224 ff.* を参照。
- (68) もっとも本稿は、保護領域の区別がつきにくい風刺をことさらに取り上げたものであるため、他の表現および芸術類型について、区別に実践的意義が生じることを否定するものではない。
- (69) *I. Pernice, in: Dreier, (前出注(8)) Art. 5 III Rdnr. 10.*
- (70) 一般論として、小山剛「基本権的自由と法制度」名城法学五〇巻別冊八一頁以下(二〇〇〇年)。
- (71) たとえば初宿(前出注(1))法学論叢一四八巻五・六号九四頁は、表現の自由とは無縁であるが集会自由により保護されるべき行為として、料理教室を挙げる。しかしながら、このような指摘に対しては、そもそも料理教室が集会の自由の保護領域に属するのかが問われなければならないであろう。後注(73)を参照。
- (72) 祝日に国旗を燃やす集会に対する規制は、国旗を燃やすのはけしからん、という理由によるのであれば意見自由、他人の家の国旗を盗んで燃やす危険があるという理由によるのであれば集会自由に対する規制となる。芸術的パレードの規制については、プロテストの内容がけしからん、というのであれば意見自由、そのようなものは芸術ではないから助成金はやらない(たとえば清掃費用は主催者が負担せよ)「もっともドイツでは、芸術性ではなく政治的集会か否かによって清掃費用の負担が決まるが」というのであれば芸術自由、暴力行為が発生する恐れがあるというのであれば集会自由がかかわりを持つことになる。
- (73) ちなみに *Hoffmann-Riem* (前出注(22)), *NVwZ 2002, 257(259)* は、基本法八条による「会合の特権化」を公的意見形成との関連で捉えており、「参加者が共同の活動において何らかの目的で結びついている」だけで基本法八条の保護が及ぶものではないと明言している。
- (74) 具体的には、たとえば集会について、ブロックドルフ決定では当局と集会主催者との「協働的対話」が摩擦のない集会の開催をたすけ、同時に集会法一五条に基づく集会禁止等の発動を限定する効果を持つと説かれている(ドイ

ツ憲法判例研究会編「前出注(13)」ドイツの憲法判例二〇四頁以下の赤坂教授による解説を参照)。当局との事前の折衝ないし当局による事前の調整が、権利・自由の実現に奉仕するという理解を、広義の表現の自由一般に押しひろげることはできないであろうが、逆に、表現の自由一般に当てはまらないことを理由に、集会の自由についても協働的理解を排除することになってはならない。同様に、芸術の自由についても制限の限界および保護・助成の限界のみならず、保護・助成の義務ないし責務についての憲法論が展開される余地が原理的に排除されることになったとすれば、それは表現の自由の一般論の過度の拡張であろう。

さらに付け加えれば、これは、「基本権の一般的性格、規範的目的方向、内容上の射程に関する、体系的に整理された見解」という意味での基本権理論ないしは憲法理論(E-W・ベッケンフェルデ「基本権理論と基本権解釈」同「初宿正典編訳」『現代国家と憲法・自由・民主制』「一九九九年」二八〇頁)と、個別の基本権規定の特殊性との関係についても当てはまろう。

(75) 本文で紹介した芸術の自由に関する連邦憲法裁判所の判例は、日本国憲法とは異なり芸術の自由を意見自由とは別の条文で保障した場合に生ずる苦悩を示すものである。

(76) たとえば基本権にいわゆる二重の性格を承認した場合に、防御権的側面と客観法的側面のどちらが優位するのかわくという問題がある。これについて、防御権的側面の優位が原則であるとされると、個別の基本権についてこの原則から離れる場合には、例外を主張する側がそれを論証しなければならなくなる(M. Gellermann, Grundrechte im einlichgesetzlichem Gewande, 2000, S. 46)。これと同様に、たとえば芸術の自由が表現の自由の「内容であれば、芸術という表現の特殊性を主張する側に論証責任が課され、反対に芸術が独立した基本権保護領域であるということになれば、表現の自由と(部分的に)同じ取扱いをする側に論証責任が課されることになり、その限りで単なる美感の問題と言いつけるのは不適切だということになる。