

講演

ドイツ連邦共和国における意見・情報およびプレス
の自由

ハインリヒ・ショラー

浦田賢治
宮井清暢 訳

〔訳者はしがき〕

この講演は、一九八六年十二月一日（月）午後二時から、早稲田大学九号館第一会議室において、英語を用いてなされた。

ショラー教授は、一九四五年ミュンヘンで化学の職業訓練中、労働災害により失明した（ただし一九六六年、手術により右眼の視力を回復）。その後実科高等専門学校に学び、大学入学資格を取得してミュンヘン大学法学部に入学し、一九五七年に法学博士の学位を得た。博士は行政官として活動するかわり、一九六一年に政治単科大学の非常勤講師となり、一九七一年ミュンヘン大学法学部の教授となった（憲法および行政法担当）。また教

授は、障害者の立場からドイツ盲人精神労働者協会やドイツ盲人高等教育研究所の運営にかかわってきた。こうした多方面にわたる業績に対して、一九八〇年ドイツ連邦功労十字勲章を授与された。

教授は国際障害者年（一九八一年）に、日本（東京、名古屋、大阪）を訪ね、記念文化講演を行ったことがある。

ここに訳出した講演記録は、英語で書かれた草稿（Heinrich Scholler, "Freedom of Opinion, Information and Press in the Federal Republic of Germany"）をもとにしているが、あわせてドイツ語による草稿（"Meinungs-, Informations- und Presse-

ドイツ連邦共和国における意見・情報およびプレスの自由（ショラー・浦田）

freiheit in der Bundesrepublik Deutschland⁽²⁾も参照して作成された。邦訳の作業は、宮井清暢君（早稲田大学大学院法学研究科博士課程）にお願いした次第である（蒲田賢治）。

一 表現の自由の法的内容

1. 基本法（Grundgesetz）四条と五条が保障している諸々の市民的自由の領域を精神的自由と呼ぶことができます。精神的自由の要素は、この基本権を性格づける場合には、知的な対話が不断に成り立つための前提条件だというふうにいわれます⁽¹⁾。精神的自由の範囲は、良心と信教の自由（基本法四条一項）の保障から、芸術・研究・教授の自由（基本法五条三項）の保障にまでわたっています。この精神的自由の一つの重要な部分をなすのがコミュニケーションの自由です。これはそれ自体としては基本法五条一項には保障されていませんが、意見表明の自由、情報⁽²⁾の自由、プレスと放送の自由、そして検閲の禁止が憲法上保障されており、コミュニケーションの自由は非常に根本的な意味を有するものですから、選挙期間中の政治的な意見の表明もまた、「保障の対象に」含めることが必要です⁽³⁾。これまでも、裁判所は、意見表明の自由を憲法上の権利「基本権」であると云ってきましたし、また、人間人格の直接的な表現であるとか、最も重要な人権の一つであるというふうに云ってきま

した⁽³⁾。また判例は、表現の自由を民主主体制にとって根本的な影響力をもつものであるとしてもしております⁽⁴⁾。「意見をもつ」ということは、ある問題に対してある態度をとるということ、つまり、ある陳述の価値や真偽や合理性をめぐる知的な討論の中である判断が表明されるということを意味します。「これに対し、単なる」事実の陳述は、法的に保護された意見表明だとはみなされておられません。もっとも、私はつとに、事実の表明を憲法上の意見の自由の中に含めることを主張しております⁽⁵⁾。最近の判例や文献には私と同じ見解をとるものがいくつか出ております⁽⁶⁾。私の見解では、事実の表明と意見の表明とを厳密に区別することはできません。両者の制約は異なるかもしれませんが、それは事実の表明へと保障を拡大することの妨げとはならないのであります。「それゆえ」基本法五条一項の保障は、意見表明という、事実的な部分と評価的な部分とが不可分に混合したものへと及ぶべきであります⁽⁷⁾。他方、意見が価値のあるものであるかないかは問題ではありません。裁判所にはこれを判断する資格はありません。否定的な価値判断を「表明」することに対する保護の限界は、基本法五条二項によって定められております⁽⁸⁾。「また」表現すること自体に加えて、メディアにおいて価値判断や意見を表明することによって他人に影響を与えることも、保護されていきます⁽⁹⁾。意見表明の商業化、とりわけプ

レスやボイコット煽動における商業化という事実があるとしてもこうした保護を排除するものではありません。意見表明の自由の本質的な諸要素は、商業的手段を用いてなされるそうした「知的な意見のぶつかりあい」においてすら維持されているのです。⁽¹⁰⁾連邦憲法裁判所は、リユート判決⁽¹¹⁾ (Hathitrust) 以後、政治的・イデオロギー的理由によるボイコットの煽動が是認されることを繰り返し確認しておりますし、他の裁判所——特に連邦通常裁判所は、連邦憲法裁判所「の見解」に従っています。もっとも、利害関係人に不利益が及ぶと脅して経済的に圧力をかけることは、ニュースや意見を流布することの憲法上の保障と、世論形成の過程における機会均等の保障とを侵すものであります。⁽¹²⁾

2. 情報の自由という基本権は、意見表明および流布の保障に比べて新しいもので、憲法に導入されたのは一九四五年以降のことです。この新しい「権利」保障の動機「となったのは、第三帝国による情報制限政策の経験、即ち、国家による世論操作、国家による外国のラジオ放送⁽¹³⁾聴取の禁止、美術や文学の禁止といった諸政策の経験でありました。今日では情報の自由は、意見の自由やプレス⁽¹⁴⁾の自由と同列の地位にあるのでして、意見表明ないしは意見を広める自由の単なる一部分にとどまるものではありません。それは正に自分自身に知らせる権利

であります。最近ではこれに加えて、「自分の情報の」濫用に

対抗する情報の自己決定権が認められるようになっていきます。

情報の自己決定および自己啓発 (self-information) に対する基本権は、一方でデータを利用できるようにすることによって、

他方でデータの濫用を防ぐことによって補完されます。判例は、「この」情報の自由の二つの構成要素を決定しています。

即ち、民主主義原理 (基本法⁽¹⁵⁾ 一条一項) に対する関係と、人間

人格の保障 (基本法⁽¹⁶⁾ 一条二項一項) に対する関係がそれです。

「情報の自由の」一つの制約をなすのは、情報源が全員にとって接近できるものでなければならないという付加語 (基本法五

条一項一文) であります。⁽¹⁴⁾ 統制によって「情報を」遅延させる

ことは、すでに、「情報の自由に対する」許されない制限であります。

例えば、日刊紙の正確な発行時間は極めて重要です。

もし、新聞が発行の時からかなり遅れて読者の下に届くとすれば、他の新聞と比較することや、情報資料を適切に理解すること

とはしばしば不可能となるであります。⁽¹⁵⁾

3. プレスや「ラジオ」放送の自由がそのほかの自由として

「基本法で」言及されているのに対して、テレビやフィルムの

自由は言及されていません。プレス⁽¹⁶⁾の自由は検閲の禁止 (基本

法五条一項三文) における保障としてもう一度現われてきます

が、この保障はプレス⁽¹⁷⁾の自由の積極的な保障の裏返しにすぎま

せん。検閲禁止の保障は近代国家の本質的な要素でありまして、近代国家というものは、近代民主主義の不可欠の要素として定期的に発行される政治的プレスが必要としているのです。⁽¹⁶⁾

「プレスの自由権の場合には」ニュースや意見を広く取捨選択し流布させることが保障されていますから、意見表明の自由権⁽¹⁷⁾の場合」とは異って、事実⁽¹⁸⁾の陳述」もまた保障されています。もっとも判例は、個人の人權に向けられた基本権に加えて、憲法はプレスの自由の中に——それと並んで——プレスの独立性を確保する制度的な保障を含んでいると解しており、それは情報を獲得することからニュースや意見を流布させることにまでわたるものだとしております。⁽¹⁸⁾基本権が個人や人間としての権利の保障に加えて制度的な保障によって補完されているという学説は、ヴァイマル時代にとくにカール・シュミット⁽¹⁹⁾によって形成された学説をもとにしています。カール・シュミットは、複雑な私法規範によって補完された憲法上の権利（例えば基本法一四一条一項「所有権」——制度の保障」と、公法規範によって補完された憲法上の権利（例えば基本法二八条二項「市町村自治権」——制度的保障」とを区別しています。プレスの自由は、プレスに関する諸法律において、公法規範と私法規範のどちらも利用することができますから、ここでは制度の保障と制度的保障、および付加的に主観的公権（subjective-public right）との

混合物が存在しているわけです。連邦憲法裁判所によって踏襲されたこの理論の意義は、個人が憲法裁判所による保護を求めることができるという点にあります。プレスを制度として保障することは、同時に、民主主義のために世論を広めるという責任を伴っていますから、往々にして個人の基本権の保障と衝突する可能性があります。義務を伴った公的な責務の「遂行の場合には」とくにそういう可能性があります。こうした二重の保障はドイツの憲法思想に固有のものでして、憲法上の主観的公権（基本権ないしは人權）の保障と制度的な保障とを区別するものですが、この二重の保障は、基本法五条一項の場合には、プレスに携わる全ての人々に対して基本権を保障することと並んで、国家が「自由なプレス」を承認することになりま⁽²⁰⁾す。それゆえ国家は、ある規範の効力がプレスにも及ぶ場合には、次のような自由の要請を考慮することが義務づけられています。即ち、プレスの組織の設立の自由、移動の自由、プレスの業務に従事することの自由、行政の情報提供義務——これらは「自由なプレス」の保障から派生してくる基本的な帰結なのです。基本権と「自由なプレス」の制度の保障は、静的な状態を作り出し確保することだけでなく、自由な民主主義における世論形成の「動的な」過程を維持することを目的としますが、その過程は国家によって保護されなければなりません。プレス

の自由の目的は、自由な世論形成を容易にし、確保することにあります。それゆえ国家は、意見の自由競争を制限しあるいは排除しようとする経済的な圧力からプレスを守らなければならないのです。⁽²¹⁾

プレスが世論を形成する機能と任務とを有するということは、一方ではプレスがアメリカ法にいう「特権的地位」を享受するということを意味しますが、他方ではそれは、連邦憲法裁判所によりますと、プレスの義務が増大するということをも意味します。正しい世論は、プレスが読者に対して可能な限り正確に情報を伝える場合にのみ形成されることができます。それゆえプレスは、世論形成という自らの責務を履行するためには、公表するニュースや発言が事実であることを確かめなければならぬのです。⁽²²⁾

二 意見の表明および流布の自由の諸制約

1. この基本権の諸々の制約⁽²³⁾は、検閲に関する基本法五条一項三文と、一般法律および特別法律を制限として指示している基本法五条二項とに定められています。「まず」基本法五条一項三文の検閲の禁止は、プレスの自由の歴史的な発展を受けたものでありまして、プレスの自由とは、もともと事前検閲なしは予防的検閲の禁止ということと同じだったのです。もっ

とも、検閲には公表前のものと公表後のものとがあるでしょうから、その限りでは憲法「の規定の仕方」は厳密ではありません。しかしながら、歴史的な発展「の経緯」からすれば、事前検閲の方法だけを禁止する意味であったことが明らかです。公表後の事後検閲をも禁止するとすれば、プレスに対して個人が保護された領域を侵すことになってしまふでありましょう。

2. 実際の制約は五条二項の方に存在しているのでありまして、五条二項は、意見表明の自由にとつての制約のみならず、プレス・ラジオ・テレビの自由にとつての制約をも含んでいます。限界画定規範は「一般法律」および、未成年者や人格的名誉を保護するための法律であります。

判例によりますと、「一般法律」とは、ある意見そのものを禁止したり、ある意見の表明そのものに反対したりするものを用いものではありません。そうではなくて、意見の自由に優先するか少くとも同等の地位を有する法益の保護に仕えるものをいいます。⁽²⁴⁾ 五条二項にあるこれらの制約は、意見表明の自由という権利と、「これに」衝突する保護法益との間の比較衡量を必要ならしめます。法律には、どちらの法益の方が高い地位にあるかは、直接には述べられていません。その解明は、一般法律⁽²⁵⁾という概念を具体的状況に適用する手続に委ねられているのです。

〔例えば〕基本法三三条五項にいう公務に関する法が基本法五條二項の意味での一般法律であるかどうかという問題があります。⁽²⁶⁾公務員の場合、政治的な意見の表明やそのようなものとみなしうる行為は、基本法三三条五項の要求する公務員の政治的忠誠と矛盾しない場合にのみ、基本法五條一項の「意見表明の自由」の保障対象となります。〔この場合も〕いわゆる相互作用の理論(theory of reciprocal action)を用いて五條二項の制限の意味——とりわけ「一般的」という言葉の意味——に配慮して一般法律の解釈がなされなければなりません。このことは、——連邦憲法裁判所が「リユート判決」の中で述べたように⁽²⁷⁾——「法律による」制限が基本権の一般的重要性および、具体的状況における基本権の適用〔の見地〕から解釈されねばならないということを意味します。このように法律から——ということは、直接に正統化された民主主義的機関である議会から——裁判官へと利益衡量権が移動することによって、西ドイツでは「裁判官国家」化の傾向が強まっており、この傾向は他の事例においてもはつきりとみてとることができます。〔けれども〕連邦憲法裁判所がこの相互作用の理論によって意図したのは、意見の自由の権利が、一般法律の留保を通じて、法律や法律から派生する法令の留保の下におかれてしまうのを防止することだったのでありまして、正しくヴァイマル憲法の帰結がそ

うだったのでした。⁽²⁸⁾

3. 相互作用の理論に基づくこうした「限定的な」解釈に服するのは「一般法律による」一般的な制限だけではありません。特別な制限、例えば人格的名誉〔による制限〕もまたそうです。⁽²⁹⁾「それゆえ」政治的な意見が広く国民の間で議論されている場合には、人格的名誉権をもち出しても「意見表明の自由」の過度の拘束を正当化することはできません。⁽³⁰⁾

4. 制約に関する同様の問題は、プレスについても存在します。プレスを制約する一般法律は、特別にプレス——とりわけ情報収集や意見表明それ自体——を規制の対象とするのではなくて、特定の情報や意見に無関係に、保護に値しかつプレスの自由に対して優先する法益の保護に仕える法律だけであります。⁽³¹⁾これは、プレスが法律の留保の下にあるということではありません。そうではなく、ここでも相互作用〔の理論〕が働かなければならないのです。⁽³²⁾ある点では、判例はプレスの構成員が「特権的地位」を有することを前提としています。しかし彼らが特権を有するのは、彼らが諸々の任務を担っているからであって、彼らはそれらの任務〔遂行〕の範囲内でのみ特権を有するのです。〔つまり〕これらの「特権」は「身専属的な性質の特権ではなくて、職務的な性質の特権なのです」〔プレスの自由は〕特別な問題として、プレスの自由と個人の生活圏

に対する権利との間の衝突ということがあります。私法上の人格権はドイツ民法典八二三条に不十分ながらも表示されており、判例は諸々の基本権と人間の尊厳に対する権利（基本法一条二条一項）を通じてこれを強化しています。「そして」西ドイツの判例はいわゆる基本権の第三者効力ないし水平的効力を承認していますから、解釈論上、基本権同士の間で衝突が起る可能性があります。判例は、私法のいわゆる一般条項を通じて、基本権が私法上の関係に影響を及ぼすことを認めているのです。⁽³⁴⁾ しかしながら「この場合」プレス（35）の自由が個人の権利に対して必然的に優位するわけではありません。個々の具体的なケースがそれぞれ独立に考察されねばなりません。「人格権が優先された場合として、例えば」虚偽のインタビューを公表して無形の損害を与えたことが有罪であるとされましたが、連邦憲法裁判所はこれを支持しました。⁽³⁵⁾「連邦憲法裁判所の」この判例はまた、ある陳述がある人の権利を侵害しそれゆえ名誉毀損である場合の損害賠償は、表現の自由およびプレス（36）の自由に矛盾しないとみなしています。「さらに」人格権は誤った引用に対しても防御手段を与えます。誤った引用は基本法五条一項「（の表現の自由）」によって保護されてはいません。⁽³⁷⁾批判的な評価の証拠として引用を行うことは意見の闘争においてとくに強力な武器となりますが、それは批判される人の人格的権利

にのちのちまで影響を与える可能性があります。このことは、とりわけ、批判がプレス、ラジオ、あるいはテレビにおいて表明されている場合にあってはまります。この場合、引用を行う人は、複数の解釈が可能な見解について自分自身の解釈を明確にし、強調する責任があります。そうすることによって、引用は事実的なものの領域から意見と評価の領域へと移しかえられます。⁽³⁸⁾誤った事実の表明は、はじめから基本法五条一項の保障の対象外だというわけではありません。けれどもこうした誤った事実の表明に対しては、はるかに容易に境界線を引くことができるのです。⁽³⁹⁾異った諸利益を衡量しなければならぬ場合、裁判所の論議は、侵害された個人が自分からすんで公けの議論に加わったのか、それとも図らずも問題にまきこまれたのか、ということも考慮に入れなければなりません。⁽⁴⁰⁾この原則は、政党またはその代表者達がマス・メディアを使って互いに論争している「意見の闘争」*(Meinungskauf)*——これについては後ほど説明いたします——にも適用されます。ラジオとテレビの自由の保障につきましては、連邦憲法裁判所はいくつかの重要な原則をうちたてておりますが、ここではこれ以上扱うことはできません。⁽⁴²⁾

三 意見・情報・芸術の自由の憲法上の保障についての現実的諸問題

意見の自由およびプレス（新聞）の自由という権利の、基本法における解釈論上・体系上の重要性を明らかにし、連邦憲法裁判所によるそれらの「自由権の」適用と拡大を示すために、実際に起こった四つの問題に言及しましょう。そのうちの三つは最近判決が下された問題ですが、もう一つは刑事立法に関するもので、未だにマスコミで議論が続いている問題であります。

1. 「時代錯誤の行列 (Der Anachronistische Zug)」というベルトルト・ブレヒト (Berthold Brecht) の詩に関係した判決の争点は次のような問題でした。即ち、ひとつには、野外政治劇はどこまで基本法五条三項の「定める」芸術の自由に対する特別の「無制限の」保障をうけるかであり、もうひとつには、基本法五条二項の「定める」表現の自由の権利の制限が適用されるか否か、適用されるとすればどの範囲でか、という問題です。⁽⁴³⁾ 連邦憲法裁判所は、「結論として」表現の自由の権利とその制限を適用することを拒否しました。

この判決は次のような事実を対象としていました。「憲法訴訟の」原告はある野外演劇の共演者ですが、その野外演劇は、「時代錯誤の行列」という題の一九四七年のブレヒトの詩を下敷きにして、批判的かつ風刺的に戦後ドイツの政治的發展を分

析しようとしたものでした。劇の行列 (marching theater) の中には、いろいろな登場人物、例えば名誉回復されたナチス、プレス（新聞）の自由を望んでいる「突撃兵 (Sturmtruppen)」(この言葉はナチスの新聞『突撃兵』にちなんでいます) や、同時に攻撃的に進軍するという観念を想起させます) や、全ての人々のヒトラー主義 (Hitlerism) を免罪する裁判官が登場しました。劇の行列の最後尾には、州政府のある著名な構成員に扮した俳優が「自由と民主主義」と書いたプラカードを持って現れますが、彼の車には、かつてのナチス党の六人の指導者が、それぞれ抑圧者・らい病人・詐欺師・愚者・強盗・殺人者に扮していっしょに乗っていました。「この劇が刑法一八五条の侮辱罪にあたるかどうかが問題になったのです。」

連邦憲法裁判所は、「おおよそ」次のような理由で意見表明の自由の権利とその制限の適用を斥け、基本法五条三項「の芸術の自由」を考慮して政治劇の特権的な地位を保障しました。

基本法五条三項は、明文上何ら留保をつけずに、芸術の独立性と自律性を保障している。基本法五条二項の「定める」制限は、五条三項の「芸術の自由の」特別の保障には適用されない。なぜなら、後者の保障は、基本法五条一項の表現の自由に対する特別規定だからである。

基本法二条一項の定める、憲法秩序・道徳の基本原則・他

人の権利という一般的制限を適用することもできない。基本法二条一項の一般的自由権と一般的制限は、補充的なものだからである。

けれども当法廷の見解によれば、芸術の自由が、基本法一条一項や二条一項のようなその他の人権の保障に直接基づいた憲法上の限界に服する可能性は存在する。但しその場合、「例えば」人格権が侵害されたというだけでは十分ではない。芸術の自由の保障を退けることが必要な位に重大な「人格権」侵害がなければならぬ。

野外劇の上演およびそれに類するものが保護された芸術表現であるかいかを知るためには、劇全体のどこか一部分だけをとり出すことはできないし、また「それをもって」刑法違反の根拠とすることはできない。これは、裁判所には野外政治劇を分析・解釈する資格がないということではなく、裁判所の分析や解釈がその劇の全体を対象にしなければならぬということである。従って、当法廷の判決は、劇の行列の最後尾の車だけを見て分析し評価を加えることはできなかった（全体的観察）⁽⁴⁶⁾。「この野外劇の」解釈にとって決定的なのは専門家の意見や芸術に無関心な人の意見ではなく、分別のある通りすがりの人（*Personener Passant*）の印象である⁽⁴⁶⁾。解釈の可能性が複数ある場合には、裁判所は憲法上の優遇（*favor*

constitutionis）の原則に従って、現行法（「刑法」にマッチする解釈の方を選択しなければならない（憲法適合的解釈）。それゆえ、当連邦憲法裁判所は原告勝訴と判断した。

2. しかしながら、「刑法三〇三条（他人の所有物の毀損）に關して」この判決の対局にある、連邦憲法裁判所の決定したもう一つの事例をみなければなりません。この事例においては、家の壁にペンキを吹きつけることが芸術の自由の行使として保障されると考えるべきか否かが問題となりました⁽⁴⁷⁾。いわゆる「チューリヒのスプレー人（*Spreyer von Zürich*）」に關してのこの事件では、裁判所は、たとえ家が非常に上手に芸術的にスプレーされていたとしても、一個の芸術であるための前提条件を満たすものではない、と簡単に決定しています。このような行為は「五条一項の」表現の自由「の行使」とみなしうるにすぎない、それゆえ「刑法という」一般法律によって制限される、というのです。「この二つの判決の」中間にあるのが連邦通常裁判所のいわゆる「シンバ（*Sympathisanten*）」判決です⁽⁴⁸⁾。テロリストの支持者達は、公道とアウトバーンを横断幕を広げてデモ行進することによって、獄中でハンガー・ストライキ中のテロリスト達に連帯を表明したのです。連邦通常裁判所は、この事件では意見の自由の方を優位させ、刑法犯にあたらないとしました。

3. 一九八四年一月のいわゆる「ヴァルラフ (Wallraf)」判決では、また別の興味深い問題が論議され決定を下されています。⁽⁴⁹⁾よく知られた左派ジャーナリストであったヴァルラフは、有名な大衆紙『ビルト (Bild)』に匿名で入社しました。そしてそうやって見聞したことをもとにして、『トップ見出し (Der Aufmacher)』——「ビルト」ではハンス・エッサーと称していた男』という本を出版したのです。彼は一九七七年三月から七月までの間、ハノーファーにある「ビルト」新聞社のオフィスで、身元を隠してフリーのジャーナリストとして勤務しました。彼はこの本の序文で、自分の書いたことはどれも作り話ではないと強調しています。最終審では新聞社「の側」が連邦憲法裁判所にうったえました。連邦憲法裁判所は、まず、編集作業のプライバシーと秘密が基本法五条一項によって保護されたプレス（新聞）の自由の本質的な要素であることを確認しました。その上で連邦憲法裁判所が決定しなければならなかったのは、ジャーナリストの意見の自由を、基本法五条一項のプレス（新聞）の自由に対して課されている制約の一部とみなすべきか否か、ということでした。この事件では、市民対国家という通常の状況ではなく、市民対市民、即ち市民対私的なマス・メディアの社会的な権力という状況が存在しています（第三者効力ないし水平的効力）。被告ヴァルラフは表現の自由の保障を盾にしました。他方、新

聞社の方は、被告によって信用を傷つけられ、また編集スタッフの秘密を侵されたと主張していました。「この点について」裁判所は——以前の判決をひきついで——、かかる場合には「プレスの意見闘争」(Meinungskampf or Pressefehde)のルールが適用されねばならないと判断しました。こうした「意見の闘争」においては、通常の市民には適用されない特殊な諸原理、即ち、自らの意見や観念のためにたたかっている公的な人格に適用される特殊な諸原理が支配します。「つまり」これらの原理は、公的な「地位にある」人々は、反対者から非常に厳しい批判を受けても、これを受忍すべきことを要求するのです。「本件において」決定的な問題は、不法な方法で収集された秘密（の編集）会議についての情報は、ジャーナリストによって公表された場合に、当該の新聞およびその新聞のプレスの自由に対抗してさへも、表現の自由の保障をうけることができるかどうかという点でありました。「結局」連邦憲法裁判所は、情報収集が不法な手段を用いてなされたという理由で、原則としてこれを否定したのでした。但し、連邦通常裁判所は一つの重要な例外を認めておりまして、それは、収集され公表された情報（が）、編集会議そのものの最中の違法行為を暴露している場合がそうだとされています。

4. イギリスの歴史家アービング (Irving) の発言をきっかけ

に、ヨーロッパのユダヤ人がナチスの強制収容キャンプとりわけアウシュビッツの死のキャンプで殺されたのかどうか、そうだとしても何人位だったのか、ということが議論になりましたが、ここから、公然と「ユダヤ人」根絶計画 (Endlösung) 「の事実」を否定する発言を刑事訴追の対象にするための法的な動きが生じました。この問題は既に一九六〇年に議論されていたのですが、一九八五年四月二五日に、連邦議会 (Bundestag) は、このような発言をドイツ刑法典上の犯罪とするための刑法改正の規定を可決しました⁽⁵⁰⁾。もともとの「政府」法案は、殺されたユダヤ人についての「人々の」記憶を守ることだけを意図していたのですが、「連邦議会において」一般的に全体主義体制の下での少数者集団の抹殺を否認するような発言をも可罰的とするように改められました。立法者は「可罰的行為の範囲を」このように拡張することによって、東ドイツの領土から追放され、あるいは逃亡して命を失ったドイツ人の一般市民「がいたこと」に注意を向けさせようとしたのでした。この拡張は、ユダヤ人だけが優遇された地位にあるかの如き印象を回避することを意図したものでしたが、そうした拡張をすることによって、プレスへの活動に対する制約は一層厳しくなるのです。この問題と、「アメリカの」レーガン大統領がベルゲン・ベルゼン (Bergen-Belsen) の収容キャンプとビットブルク (Bitburg)

ドイツ連邦共和国における意見・情報およびプレスへの自由 (シヨラー・浦田)

の戦没者共同墓地を訪問すべきか否かという問題との間には、一定の類似性があります。けれどもドイツ法においては、「個人の」表現の自由とプレスへの自由の保障との間には、本質的な違いがあります。「最初に申しましたように」個人の表現の自由の保障は事実の表明を保護するものではなく、「保護の対象は」意見と評価「の表明」に限られているのです。「この考え方に従えば、事実の表明を規制するにすぎないこの法案は、個人の表現の自由を制限するものではない、ということになります。」——しかしながら私は次のことに触れなければなりません。即ち、一方で私がこうした「事実の表明と意見の表明との」区別を批判して以来、事実の表明にも保護を拡大しようとする見解がふえていること、他方で、プレスへの自由は、事実の表明と意見の表明の双方を含むと常に考えられていた、ということ。新しく導入された刑法の規定は、どっちもみちプレスへの自由 (基本法五条一項) は制限するものでありますから、かかる制限は、この「プレスへの」自由の制約を考慮している憲法の規定 (基本法五条一項) によって正当化されるものでなければなりません。「他方」確立した判例によれば、一般法律によってなされる制限は、それ自体、表現の自由の重要性に「照らし」て「解釈されねばなりません。基本権とその制限との間のこうした体系的な相互依存 [関係] は、一つの特殊な形態の相互作用

用 (Wchselwirkung) なのです。「この事例の場合」決定的な問題は、「殺された」ユダヤ人の記憶を保護する新しい刑法が、単に形式上、表現の自由の制限としての一般法律の一部をなすにとどまらず、「実質的にも」表現の自由やプレスの自由と少くとも同等あるいはそれ以上の法的な価値「を保護するもの」であるか否か、ということであります。ドイツの特殊な歴史的事実と戦後の状況を考えるならば、この問いは肯定されなければならぬのでありまして、従って「刑法の」この規定は合憲であると考えられねばなりません。もちろん、「そうした規定を作るにつき」議会が十分に慎重であったかどうかは全く別の問題です。歴史的事実の経緯というものは、結局のところは法律や命令の問題ではありえないからです。しかし「他方」、全体主義的支配の下にあるその他の全ての少数者——あるいは端的にソビエトの支配下の東ドイツ人——の保護を含むようにこの規定を拡張することは、憲法に違反しています。なぜなら、新しく導入された刑法の規定のこの部分は、表現の自由およびプレスの自由の保障（基本法五条一項）と同等あるいはそれ以上に重要な、共通の利益ないし価値を保護するものではないからです。ここでも私どもは、ドイツ現代史の分別ある通行人または分別ある観察者に照会しなければなりません。彼ならばきっと、ユダヤ人の大虐殺と、戦争末期に私どもの国の東の部分に

おいて追放され迫害されたドイツ人の、「もとより」疑いもなく悲惨な運命とを区別するでありましょう。これまでのところ裁判になった例はありませんが、いずれ事件が起きるのは確実だと思われます。

結論を申し上げます。西ドイツでは、表現および言論の自由は、意見の自由、プレスの自由、情報の自由、検閲の禁止、芸術・教授・学問の自由（「それぞれ」について異った保護の制度をとっています。「これに対応して、それらの自由に対する」確立した制限も「それぞれ」異っていますし、さらに、連邦憲法裁判所の判決によって、表現の自由を尊重する方向で「制限に対して」重要な限定が加えられてきました。「まず」、一般法律による制限は、一般法律によって保護された共通利益が、表現の自由という基本的人権と少くとも同程度の重要性をもつということを常に考慮に入れる必要があります。「次に」公けの議論や意見の闘争やプレスの戦い（「Presseende」）の領域についてみますと、この場合、基本的自由の制限としての一般法律の適用にあたっては、第二の特別の変更が存在しています。「つまり」ここでは、基本的人権としての側面に、職務的な民主主義の側面が付加されるのでありまして、この側面の存在が一般法律による制限を緩和し、公的な争いの優遇された地位を

保障することになるのです。連邦憲法裁判所は、多くのこみいった問題を三つの次元、即ちプレス「の自由」を含めた表現の自由という人権の保障、民主主義のプロセスの保護、および秘密・プライバシー・財産という個人的権利¹⁾の三つの次元において解決しようと試みてきました。私は連邦憲法裁判所のこうした意図を、非常にアクチュアルな四つの異った問題に立ち入ることによって説明しようとしたわけです。若干の事柄は未だ解決をみておりませんが、概ね連邦憲法裁判所の判決は、表現の自由に関わる現代社会の異った諸利益の平準化を成し遂げてきました。ある意味では、判例は予想に違わず、その引用するヘルトルト・ブレヒトの詩にいう「自由と民主主義」を達成しようと努めているのです。

※ 本稿の草稿は、最初、一九八五年五月三十一日四日、セントリオールのマックギル (McGill) 大学で開催された The Conference on Comparative and International Human Rights Law²⁾に提出されたが、本稿はそれを、一九八六年十二月の東京「早稲田大学比較法研究所」での講演のために、手直したものである。

なお、本稿の草稿となったものは、次のとおり発表を要しない。³⁾ The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law-La Limitation des Droits de l'Homme en Droit Constitutionnel Comparé, edited by/sous la direction de: Mestral/Birks/Bothe/Cotler/Klinck/Morel, Les éditions Yvon Blais

ドイツ連邦共和国における意見・情報およびプレスの自由 (シュラー・浦田)

Inc. 1986, S. 417 ff.

- (1) BVerfGE 7, 208. リーディング・ゲームの一覧は付録 B、主な文献は付録 A に掲げてある。
- (2) BVerfGE 42, 139.
- (3) BVerfGE 7, 208; 12, 125. Pettiti, Louis, Liberté d'expression (一九八五年五月三日のフランクフルト大学の会議の報告草稿) も見よ。
- (4) BVerfGE 20, 97 (BVerfGE 5, 134f. 205; 7, 208; 12, 125 を引用)。⁴⁾ 本稿 BVerfGE 28, 48, 63; 33, 15; 42, 139 を参照。
- (5) Scholler, Heinrich, Person und Öffentlichkeit, Münchner öffentlich-rechtliche Abhandlungen, Vol. 3, München 1967, S. 175ff. insb. 305ff.
- (6) Herzog, in: Maunz/Dürig, GG [Kommentar], Art. 5, RdNr. 49ff, 81ff.; Wernicke, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Art. 5, S. 2.
- (7) BVerfGE 61, 8f.
- (8) BVerfGE 20, 97; 30, 347
- (9) BVerfGE 7, 210.
- (10) BVerfGE 25, 264.
- (11) BVerfGE 7, 198.
- (12) BVerfGE 25, 265.
- (13) BVerfGE 27, 80. ⁵⁾ 参照 BGH (Bundesgerichtshof), MDR 1985, 1011=NJW 1985, 1620-defence against publication of appeal of boycotting; Hufen, Meinungskampf und Boykottaufruf-Aufsatz zu BGH, NJW 1962, in: Jus 1986, 193.

- (11) BVerfGE 27, 83, 108, 188 ; 33, 65.
 (11) BVerfGE 27, 98.
 (11) BVerfGE 20, 174 ; 36, 340 ; 50, 239.
 (11) BVerfGE 37, 91 ; 42, 62.
 (11) BVerfGE 10, 121 ; 12, 260 ; 20, 176 ; 21, 279 ; 36, 204 ; 50, 240.
 (11) Maunz/Zippelius, Deutsches Verfassungsrecht, 25. Aufl., München, 1983, S.145.
 (12) 社(マ)が(マ) BVerfGE 20, 175 を参照。
 (12) BVerfGE 25, 286. また BVerfGE 12, 126 を参照。
 (22) トンクドが(マ)を説いた陳述に対する個人の保護について BVerfGE 34, 269 を参照。
 (23) Bothe, Michael, Rapport national sur la République Fédérale d'Allemagne が(マ) Baker, Edwin C, Limitations on Basic Human Rights. — A View from the United States を参照 (マ)が(マ)の報告草概)。
 (24) BVerfGE 7, 209 ; 26, 205 ; 28, 185f, 292 ; 33, 66 ; 50, 240.
 (25) BVerfGE 7, 210f. ; 28, 202 ; 33, 66.
 (25) BVerfGE 39, 367.
 (25) BVerfGE 7, 198f.
 (28) BVerfGE 12, 124f. ; 20, 176f. ; 21, 218 ; 25, 55 ; 27, 80, 109 ; 28, 47, 63, 187 ; 34, 401 ; 35, 309 ; 39, 367 ; 42, 141, 150, 169 ; 54, 136 ; 57, 268 ; 59, 265 ; 60, 260 ; 61, 10f.
 (28) BVerfGE 52, 150, 169 ; 54, 136.
 (28) BVerfGE 61, 12 ; 60, 242.
 (13) BVerfGE 50, 240 (BVerfGE 7, 209f. ; 21, 280 ; 26, 205 ; 28, 185f, 292 を参照)。
 (33) BVerfGE 50, 241.
 (33) BVerfGE 20, 176.
 (35) BVerfGE 34, 282 (BVerfGE 25, 263 ; 30, 156 を参照)。
 (35) BVerfGE 34, 269.
 (36) BVerfGE 54, 129.
 (36) BVerfGE 54, 219.
 (38) BVerfGE 54, 221.
 (38) BVerfGE 61, 8.
 (40) BVerfGE 54, 138.
 (41) BVerfGE 61, 13.
 (34) BVerfGE 59, 261, 265.
 (43) 本稿(マ)の憲法論を参照。
 (44) 一六八四年七月一日の憲法裁判所判決 (NJW 1985, 261f.)。
 (45) 前掲(マ)参照。また ホーネマンの報告 Peter-Case, EGHMR, EuGRZ 1986, 424-428 を参照。
 (49) Theme/Verhahn, Die Freiheit der Künste und Wissenschaften, Hannover 1967 を参照。
 (52) BVerfG, NJW 1984, 1293f. ; EKMR [Europäische Kommission für Menschenrechte], NJW 1984, 2753 が Hoffmann, NJW 1985, 237f. のマを参照。
 (54) BGH, NJW 1984, 2956f.
 (54) BVerfGE 66, 116. Bettermann, Publikationsfreiheit für erschiene Informationen ?, NJW 1981, 1065 を参照

- haltnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitschutz, 1967
- SMEND, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VDSuRL, Heft 4, S. 44, jetzt auch in: Staatssrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1965
- STARCK, Herkunft und Entwicklung der Klausel "allgemeine Gesetze" als Schranke der Kommunikationsfreiheiten in Art. 5 Abs. 2 GG, Festschrift für Weber, 1974, S. 189
- WEBER, "Allgemeines Gesetz" und "für alle geltendes Gesetz", Festschrift für Huber 1973, S. 181
- WINDSHEIMER, Die "Information" als Informationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 GG, 1968

〈付録B〉——意見の自由に関する連邦憲法裁判所のリーディング・ケース

- BVerfGE 7, 198 (Lüth)
- BVerfGE 12, 113 (R. Schmidt/Spiegel)
- BVerfGE 24, 278 (Tonjäger)
- BVerfGE 25, 256 (Blinkfner)
- BVerfGE 28, 36 ; 55, 282 (SoldatenG)
- BVerfGE 30, 336 (Sonnenfreunde)
- BVerfGE 34, 269 (Soraya)
- BVerfGE 42, 163 (Echternach)
- BVerfGE 43, 130 (politische Flugblatt)

〈付録C〉——基本法五条以外の関係条文

- 1『「時代錯誤の行進」
刑法 (Strafgesetzbuch i. d. F. d. Bekanntmachung vom 2. Januar 1985——BGBl. I, S. 1, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 13. 6. 1985, BGBl. I, S. 965——) 一八五条°
- 2『「チオリーユ・シュノーバー」
刑法〇〇三条°
- 3『「マンロー」判決
民衆(Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896——RGBl., S. 195, zuletzt geändert durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. 10. 1984, BGBl. 1985 I, S. 99——) 八二三条° 八二六条°
- 4『「フウシュビツンの虚構」
刑法一八四条° 一八五条° 一八六条° 一八七条° 一八七a条° 一八九条°