



**教員研究論文**

FACULTY PAPERS



# 職業の自由と表現の自由

—— ドイツにおける職業の自由と意見表明・プレスの自由の基本権競合をめぐる議論 ——

Ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen im Verhältnis der Berufsfreiheit zur Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit

杉原周治\* Shuji Sugihara

- |                    |                   |
|--------------------|-------------------|
| 1 はじめに             | 4 職業の自由とプレスの自由の競合 |
| 2 職業の自由の制約         | 5 むすびにかえて         |
| 3 職業の自由と意見表明の自由の競合 |                   |

## 1 はじめに

ドイツ基本法12条1項1文は「すべてのドイツ人は、職業、職場、養成所を自由に選択する権利を有する」と規定し、同2文は「職業遂行の自由は、法律によって、または法律の根拠に基づいて規律されうる」と規定する。同条項で保障される職業選択の自由、職場の選択の自由、養成所の選択の自由および職業遂行の自由という四つの基本権は、通常「職業の自由」と総称される。ここで職業の自由の保障領域、とりわけ「職業」概念が問題となるが、判例・学説はこれを「広く」解して、「職業」概念には伝統的な職業観念で捉えられる職業だけでなく、非典型的な活動も含まれると理解している。さらに判例・学説は、同条項にいう「職業」とみな

されるための要件として「継続性」および「生活基盤の形成・保持に寄与する活動」または「収益を目指した活動」を挙げるが、これらの要件も広く捉えられ、「一回限りの収益行為」以外のすべての活動が、たとえそれが本業でなく副業であったとしても、職業とみなされるとする。このように職業の自由の保護領域は広く捉えられているために、右基本権は必然的に他の基本権との「競合<sup>1</sup>」の問題を引き起こすことになる。実際に、こうした職業の自由に関する基本権競合の問題は、ドイツの判例・学説において従来より盛んに議論されてきたのであり、今ではほとんどの教科書でも、基本法12条を論じる際に扱われる重要論点となっている。そこ

\*東京大学大学院情報学環

本稿は、杉原周治「職業の自由、意見表明の自由、プレス of 自由 (1)」広島法学30巻3号99頁以下(2007)の続編に該当する。前半部分である右論稿は、ドイツ基本法12条1項にいう「職業」概念と職業の自由の保護領域をめぐるドイツの判例・学説の議論を扱っている。後半部分である本稿は、この職業の自由と意見表明・プレス of 自由との競合の問題をめぐる、判例・学説がどのような議論を行ってきたのかにつき分析・検討するものである。

で本稿では、わが国ではこれまでほとんど取り上げられてこなかった、この職業の自由と他の基本権の競合をめぐるドイツの判例・学説の議論を分析・検討することにしたい。もっとも職業の自由の競合の問題は多岐に渡るため、本稿は、職業の自由と競合しうる基本権のなかでも、とりわけ商業広告をめぐる問題となる意見表

明の自由とプレスの自由を取り上げることにはしたい。そして本稿は、職業の自由と意見表明の自由の競合、および職業の自由とプレスの自由の競合をめぐる、ドイツの判例・学説がどのような議論を展開してきたのかにつき詳細な分析をしたのち、最後に、若干の検討を加えることにしたい。

## 2 職業の自由の制約

### 2.1 職業の自由の制約と基本権競合

職業の自由と意見表明の自由の競合（第3章）および職業の自由とプレスの自由の競合（第4章）の問題を検討する前に、本章でまず、職業の自由の制約について概観しておく。基本法の文言上、職業の自由に対する制約は、意見表明の自由およびプレスの自由に対するそれとは明確に異なっている。すなわち、基本法5条1項で保障される意見表明の自由とプレスの自由には、同2項の一般的法律、青少年保護のための法律、および個人的名誉権による「制限」（「特別な法律の留保」と呼ばれる）が認めれているのに対し、同12条1項1文で保障される職業選択の自由等の基本権には特別な法律の留保が付

されていない。これに対して同12条1項2文にいう職業遂行の自由には、「制限」ではなく「規律留保」が付されている。学説のなかには、このようにそれぞれ異なる制約の体系を有している複数の基本権の競合に際しては、基本権の間に抽象的な優劣が認められると解するものも見られるように、基本権の制約の強度は、基本権競合の問題解決に大きな影響を与えうる。そこで判例・学説が、職業の自由の制約の解釈に関して、基本法5条の基本権の制約との間に差異を認めているのかどうかを検討することにする。

### 2.2 基本法12条1項2文にいう「規律留保」(Regelungsvorbehalt) の意味

基本法12条1項2文は、職業遂行の自由は「法律によって、または法律の根拠に基づいて規律(regeln)されうる」と規定する。学説はこの留保を「規律留保」と呼んでいる。制憲者は、例えば基本法8条2項では、集会の自由は「法律によって、または法律の根拠に基づいて制約(beschränken)されうる」と規定したのに対し

て、規律留保においては、あえて「制約」の代わりに「規律」という用語を用いたのである。ところで基本法においては、他の規定のなかでも「規律」の文言が用いられている。「詳細は(連邦)法律によって規律する(regeln)」と規定する同4条3項2文、12a条2項3文、104条2項4文がそれである。この三つの条項にいう

「規律」とは、通常は、基本権の制約や制限 (Begrenzung) とは区別される「内容形成」 (Ausgestaltung) の意味で捉えられる<sup>2</sup>。すなわち内容形成とは、「基本権が保障すべき生活関係および生活領域を法的に作り出すことをいう」のであり、それは「第一次的に立法の責務である」とされる。そして内容形成は、「たとえ憲法がそれを立法者に対して明文で委託した場合であっても、基本権制約の授権とは意味が異なる。なぜなら内容形成を行う立法者は、基本権の規範化 (Normierung) [という責務] に完全に拘束されるからである」と言われ<sup>3</sup>、基本権の制約とは異なるものと解されている。連邦憲法裁判所も、1960年12月20日決定 (BVerfGE 12, 45) において、「基本権は・・・この憲法が許可する場合を除いて、単純法律によってその実質的内実を制約されえない。・・・この原則は、立法者が基本権規定のなかで『詳細を規律する』権限を付与されている場合にも妥当する」 (S. 53) として、これらの条項にいう「規律」を基本権の「制約」の意味では捉えていない<sup>4</sup>。ここから基本法12条にいう規律留保も、基本法4条3項2文等にいう「規律」の解釈と同様に、「第一次的に」内容形成を意味すると理解されている<sup>5</sup>。しかし問題は、基本法12条の規律留保にいう「規律」の概念に内容形成だけでなく「制約」も含まれるのか否か、またそもそも規律と制約の概念はどのような点で異なるのかである。

まず、基本権の「制約」が基本権の「内容形成」とりわけ基本権の「保護領域の画定」を意味するものでないことは明らかと解されている<sup>6</sup>。すなわち保護領域の画定は「基本権規定

の解釈によって、一応保護されるべき個人の行為や自由の領域を定めること」であるのに対して、基本権の制約の場合は、「保護領域に対して一定の制限を加えようとする国家の行為に焦点が当てられる。つまりそこで問題となるのは法律や行政行為などの形式によって基本権の行使を制限する国家行為なのである」。このような国家行為、すなわち基本権の制約は、一定程度は認めざるを得ない。しかしながら基本権に対する「制約」が認められる場合には、「この制約が憲法的にみて正当かどうか問われることになる<sup>7</sup>」。そこでどのような手続きをもって基本権の制約を正当化しうるのが問題となるが、一般に、形式的正当化要件と実質的正当化要件の二つの充足が要求されると解されている<sup>8</sup>。前者の代表は、国家による基本権制約に法律の根拠を要求する「法律の留保原則」であり、後者の代表は、制約手段の正当性の判断基準として適用される「比例原則」である。

このような、正当化手続を要求される基本権の「制約」に対して、連邦憲法裁判所の薬局判決は、基本法12条の規律留保にいう『規律』という表現は、制約というよりはむしろ・・・基本権の本質それ自体に付されている限界の詳細な画定、つまり基本権の本質そのものに備わっている限界の詳細な画定を意味し、それによって立法者は基本権の実質的内容を自由に決定しうる」 (BVerfGE 7, 377 (404)) として、規律留保は「制約」を意味しないと解していた。この趣旨は、同裁判所のその後の決定や連邦行政裁判所の決定、また学説の一部にも見られる<sup>9</sup>。しかしながら同裁判所は、1972年5月9日の決定 (BVerfGE 33, 125) において自己の立場を変

更した。すなわち同決定は、「基本法は、この〔基本法12条1項2文の〕規律権限を法律の留保という言葉で表現することによって、立法者に対して第一次的に、どのような公共の利益が、それによって個人の自由権が後退(zurücktreten)しなければならないほど重要であるのかを決定する権限を委任している」(S. 159)と述べ<sup>10</sup>、規律留保を法律の留保の意味で捉えたのである<sup>11</sup>。それによれば基本法12条1項2文にいう「規律」は「制約」と同義であるから、基本権の「規律」にも制約正当化要件が課せられることになる。学説のなかにも、右のように解するものが見られる。例えばヘッセ(Konrad Hesse)

### 2.3 職業の自由に対する介入の正当化

右の立場にしたがえば、職業遂行の自由の基本権を「規律」する法律は、「制約」と同様に、その正当化が義務付けられることになる。もっとも規律留保については基本法5条2項にいう規制、すなわち意見の自由を制約する「一般的法律の規定、青少年保護のための法律上の規定および個人の名誉権」に比し、立法者の権限が「広く」なるとされる。なぜなら、基本法5条2項にいう規範は、「意見の自由の基本権と同

#### (1) 「段階理論」(Stufentheorie)<sup>16</sup>

基本権介入の正当化にとって、比例原則は「もっとも重要な手段」である。しかし連邦憲法裁判所は、この比例原則を憲法上確認する以前に、薬局判決において、職業の自由の適用のためにいわゆる「段階理論」を発展させた<sup>17</sup>。これは、「職業の自由への介入を、介入の強度に応じて三つの段階に区別する」理論である<sup>18</sup>。

は、「基本法は、〔基本権の〕内容形成と制限とを区別しないときがある。・・・それは例えば、基本法が基本法12条1項2文において職業遂行を規律する権限を立法者に付与する場合である。かかる規律留保に際しては、内容形成と制限の間の区別は曖昧である。・・・むしろ『規律』と『制約』の区別は、『規律』が内容形成だけでなく、(副次的に)制限でもありうる、という点にある<sup>12</sup>」と述べる。したがって「基本法12条1項2文にいう規律留保も、保障される基本権を制約する権限を〔立法者に〕付与している」という<sup>13</sup>。

等の地位を有する法律であって、少なくとも『一般的法律<sup>14</sup>』に限定されている」のに対して、基本法12条1項にはそのような制限が課されていないからである。しかし連邦憲法裁判所は、「基本法12条1項が立法者の恣意に左右され、それにより空洞化する危険」を回避するために、「段階理論」を展開し、職業活動を規律する立法者に一定の限界を設けたのである<sup>15</sup>。

ところで基本法12条1項の文言から判断すれば、規律留保は職業遂行の自由のみ適用され職業選択の自由には及ばないように見える。しかし連邦憲法裁判所は、薬局判決において、「基本法12条1項は、同項2文の規制留保が『原則として』職業遂行だけでなく職業選択にも及ぶという意味において、いかなる場合にも統一的な

基本権（『職業の自由』）である」（S. 402）と述べ、規律留保が職業選択の自由にも及ぶことを明示した。しかしながら段階理論によれば、職業選択の自由と職業遂行の自由がまったく同程度の制約に服するというわけではない。基本法12条の体系を考慮すれば、両者は異なる程度の制約に服すると解されるからである。段階理論はこのことを前提として、職業の自由に対する「規律」を、介入の程度に応じて以下の三つに区分する（S. 405 ff.）。第一段階は、職業遂行の自由を制約する規律である（Ausübungsregeln）。第二段階は、職業選択の自由を制約する規律のうち、許可制における「主観的な条件」（subjektive Voraussetzungen）を定める規律である。つまりそれは、個人の年齢、性格、知識、能力等に関わる要件を定める規律をいう。第三段階は、職業選択の自由を制約する規律のうち、許可制における「客観的な条件」（objektive Bedingungen）を定める規律である。それは、個人の性格とは無関係な客観的メルクマールに

## （2）段階理論のその後の展開と学説からの批判

この段階理論は、①職業選択と職業遂行の区分、つまり職業選択の自由が規律留保に服するとしながら両者の制約の程度は異なると解する点、また②それに基づき許可制における主観的条件と客観的条件を区別する点、③公共の福祉の目的に差異を設ける点において、薬局判決以降の連邦憲法裁判所の決定にも踏襲されている<sup>19</sup>。しかしながら現在の連邦憲法裁判所は、段階理論を薬局判決で形成されたような「厳格な形」ではもはや用いてはいない。なぜなら同裁判所は、職業の自由を制約する法律上の規制

向けられた規律をいう。さらに薬局判決によれば、それぞれの段階に応じて規制の許容限界の程度も異なるとされる。第一段階では、規律は、それが正当な目的すなわち公共の福祉に「適合的」（Zweckmäßigkeit）であれば正当とみなされる（S. 406）。第二段階では、規律目的が「重要な公共の福祉の利益」（überragendes Gemeinschaftsgut）に向けられていることが要請される（S. 406）。また制約手段は、「起こりうる不利益や危険（mögliche Nachteile und Gefahren）の防止のための適切な手段」でなければならぬとされる（S. 407）。第三段階では、規律目的は「きわめて重要な公共の福祉の利益」（ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut）であることが要求される。さらに制約手段は、そのような利益を「明らかに差し迫った著しい危険（nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren）から防御する」ものだけが正当であるとみなれる（S. 408）。

の目的が正当と認められる場合、この規律の正当化を、段階理論ではなく比例原則に基づいて審査しているからである<sup>20</sup>。例えば1982年10月3日の連邦憲法裁判所の判決（BVerfGE 61,291）は、「このような〔職業遂行を制約する〕規律は、・・・採られた手段が追求される目的達成のために適合的（geeignet）かつ必要な（erforderlich）場合には合法的とみなされる」（S. 312）と判示している<sup>21</sup>。学説のなかにも、職業の自由の介入の正当化は、比例原則によって審査すべきと解するものが多く見られる<sup>22</sup>。ここから連

邦憲法裁判所は、段階理論を「比例原則を厳格に適用することによって生じるもの」とみなしている<sup>23</sup>。

さらに連邦憲法裁判所の段階審査に対しては、多くの学説から以下のような批判が浴びせられている<sup>24</sup>。すなわち、①基本法12条の体系からは、そもそも規律留保は職業選択の自由には適用され得ない<sup>25</sup>。②連邦憲法裁判所は、一方で職業の自由という統一的基本権を前提としていながら、他方では、介入の正当化に際して職業遂行と職業選択を区別し異なる基準を形成しており、この点において「矛盾」が生じている<sup>26</sup>。③段階理論の不明確さは、連邦憲法裁判所によっ

## 2.4 小括

以上、職業の自由の制約をめぐる判例・学説の議論を概観した。ここからは、判例・学説が、職業の自由を制約する法律上の規制の正当化を、基本法5条にいう意見表明の自由やプレスの場合と同様に、比例原則によって審査すべきと解していることが明らかとなった。したがって立法者は職業の自由の実質的内容を自由に決定できるわけではなく、意見表明の自由およびプレスの自由に対する「制約」の場合と同様に、立法者の「規律」に対しても比例原則を用いた制約正当化要件が課せられることになるのである。ここからは、職業の自由と意見表明・プレスの自由の間には、その制約の異なる体系に基づく抽象的な優越は発生しないと解することが

## 3 職業の自由と意見表明の自由の競合

判例・学説は、職業の自由と意見表明の自由

てなされる個々の公共の福祉の利益の区分からも明らかである。すなわち、「重要な公共の福祉」と「きわめて重要な公共の福祉」の差異は明らかとはいえ、段階理論は「基本権介入の正当化のためには」適用不可能である<sup>27</sup>。④実際には「職業の自由自体が『きわめて重要な公共の福祉の利益』なのである<sup>28</sup>」。⑤段階理論によって、「立法者は憲法の具体化を委ねられ、しがたって立法者の「恣意」(Beliebigkeit)をもたらす結果となる<sup>29</sup>。⑥段階理論が前提としている職業選択と職業遂行に対する規律の三つの区分は、明らかに「実行不可能」であり、また実益もない<sup>30</sup>。

できる。しかしながら、このように両基本権の同等の地位を強調することは、必然的に両基本権の競合をめぐる様々な議論を呼び起こすこととなる。そこで次章では、判例・学説が、職業の自由と意見表明の自由の競合(第3章)、および職業の自由とプレスの自由の競合(第4章)をどのように解決しようと試みているのかを検討する<sup>31</sup>。この問題を検討するために、しばしば両基本権の競合の問題の契機となっている商業広告を取り上げる。そして以下では、商業広告に対してどちらの基本権が妥当するのかという観点から、関連する連邦憲法裁判所の諸決定を分析したうえで、これに対する学説の見解を検討することにする。

の基本権競合の問題をどのように解決しようと



しているのであろうか。本章ではまず連邦憲法

裁判所の決定を概観することから始めたい。

### 3.1 連邦憲法裁判所の決定

主として商業広告をめぐる生じうる職業の自由と意見表明の自由の競合の問題につき、連邦憲法裁判所の立場は明確ではない。なぜなら

同裁判所は、以下のように、商業広告の制約の合憲性が争われた多くの事例で、異なる判断を下しているからである<sup>32</sup>。

#### (1) 職業の自由の問題であるとされた事例

商業広告に関わる事例で、連邦憲法裁判所が職業の自由のみを適用した決定の数は多数に及ぶため<sup>33</sup>、ここではその一部のみを取り上げることにする。

(a) 1959年5月17日決定(BVerfGE 9, 213 - Heilmittelwerbeverordnung)

本件でXは、1929年から、化学薬品、とりわけラジウム湿布とラジウム・エマナチオン器具を販売し、その宣伝のために『幸福をもたらすラジウム光線』と題されたパンフレットを顧客に手渡した。これに対してミュンヘン区裁判所が、右活動は「医療活動における広告のための警察命令」(Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilmwesens (HeilmWVO)に違反したとしてXに100マルクの罰金刑を言い渡し、上級地方裁判所もこの判決を支持したため、Xは憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本決定において、右広告の制約の合憲性を職業の自由の基本権を基準として審査した。ただし結論としては同裁判所は、「Xは、彼の職業を遂行することを不可能とされたわけではない。なぜなら、彼の薬品を引き続き販売し、(専門家の世界に限定して)当該製品を宣伝することは、Xの自由だからである」(S. 221 f.)と述べて憲法異議には理由がないとした。

(b) 1975年12月10日決定(BVerfGE 40, 371 - Werbefahrten)

本件事案は、1969年から自己のトラックを用いて宣伝走行業(Reklamefahrten)を営んでいたXが、「広告のみを目的とした自動車の走行および駐車は禁止される」と規定した道路交通規則(Straßenverkehrs-Ordnung - StVO)第33条1項によって右活動を禁じられたため、同規則はXの職業の自由を侵害したとして憲法異議を申し立てたというものである。連邦憲法裁判所は以下のように述べて、本件の広告規制の合憲性を基本法5条ではなく、同12条1項に基づいて審査した。すなわち、確かに本件規制は「一般的な広告禁止がとりわけ基本法5条に適合するか否かという問題を提起する。しかしながら本件においては、これについて立場を表明する根拠は存しない。なぜなら当該事例においては、商業広告のみが問題となっているからである。商業広告という観点からは、基本法12条1項にいう職業遂行に対する規律が問題となる」(S. 282 f.)という。

(c) 1982年4月20日決定(BVerfGE 60, 215 - Steuerberater)

「税理士(Steuerberater)および納税代理人(Steuerbevollmächtigte)の法的関係のための法

律」(Steuerberatungsgesetz - StBerG)は、税理士の義務、パートナーシップ締結の禁止、広告の禁止などを定めていた。すなわち同法57条1項は「税理士および納税代理人は、利害関係をもたずに、自己の責任において、誠実に、秘密を厳守し、職業上ふさわしくない広告をすることなく、自己の職業を遂行しなければならない」と規定し、また同43条1項は「職業名(Berufsbezeichnung)は、『税理士』または『納税代理人』とされる。同職業の構成員は、職業上の取引においては、この職業名を用いなければならない」と規定していた。Xは1971年からハイデルベルクで税理士を営んでいたが、商取引において、『税理士、保険鑑定学士(Diplom-Versicherungs-Sachverständiger)』と印刷した便箋と印刷物を使用した。またXは、『税理士－保険数学家(Versicherungsmathematiker)－保険鑑定学士』という頭書きを付された手紙を同僚に送付し、その中で、彼らのクライアントに企業の老齢年金(Altersversorgung)の問題が生じた場合には、Xから助言を申し出る旨を伝えた。さらにXは、年金共済金庫(Pensionskassen)、税理士、税理士会(Steuerberaterkammer)に対しても自ら同様の手紙を送付した。Xのこれらの活動に対して地方裁判所が税理士としての義務違反を理由にXに罰金刑を課し、上級地方裁判所もこれを支持したため、Xは憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本件広告は職業の自由の保護領域に含まれるとし、本件で問題となった「宣伝禁止は、税理士の職業遂行に介入し、それゆえ基本法12条1項2文によって審査しなければならない」(S. 229)と判示した。もっとも同裁判所は、結論としては

Xの基本権は侵害されていないと解した。

(d) 1996年3月22日決定(BVerfGE 94, 372 - Apothekenwerbung)<sup>34</sup>

本件は、薬局を経営していた憲法異議申立人らがビラや新聞広告によって薬局の宣伝をしたために、州職業裁判所が右活動は広告の過剰な形式・内容・頻度を禁止する州薬剤師会規則に違反したとして罰金刑を言い渡したことに對して提起された憲法異議である。連邦憲法裁判所は、基本法12条1項で保障される職業遂行の自由には「職業活動だけでなく、職業遂行と関連し、かつそれに寄与するあらゆる活動も含まれる。職業遂行の自由は、それが職業的な成果の促進に向けられている限りで、独立した職業活動の外部への表明を含む。商業的または職業的広告を制約する国家の措置は、職業遂行の自由への介入である」(S. 389)と述べ、本件州職業裁判所の決定の合憲性を基本法12条1項によって審査した。結論として同裁判所は、州職業裁判所が職業の自由の意義と射程を見誤ったとして、Xらの憲法異議を認めている。

(e) 1997年1月22日決定(BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse)<sup>35</sup>

1991年10月29日の「タバコ製品の表示およびタバコの煙に含まれるタールの最大含有量に関する命令」(TabKTHmV)は、「タバコ製品は、その包装に、『喫煙は健康を害します』という一般警告表示を付されている場合のみ、これを営業上流通させることができる」(2条1項)と規定していた。さらにこれらの一般および特別警告表示には、「EG厚生大臣」の文言が表示されなければならないとされていた(2条2項、3条4項)。これに対して、タバコを製造し販

売していたXらが、右のような警告表示義務はXらの基本法5条および12条等の基本権を侵害するとして憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、以下のような理由により、警告表示の印刷義務は「意見表明の自由ではなく職業の自由を基準に審査されなければならない」と述べた。すなわち、「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

## (2) 意見表明の自由の問題であるとされた事例

しかしながら連邦憲法裁判所は、商業広告が問題となった以下の事例において、意見表明の自由の基本権のみを適用している。

(f) 1985年11月19日決定(BVerfGE 71, 162 - Frischzellentherapie)<sup>36</sup>

州の労働規則(Berufsordnung)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1978年1月1日発効のバイエル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21条1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、1978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、自己の人柄、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

て考慮される(vgl. BVerfGE 71, 162 (175))。しかしここでは、その要件は欠けている。タバコ製造者がその包装に国家の警告を載せて頒布しなければならない限りで、国家による当該包装の要請は、広告の妨害なしになされている。この場合国家行為が介入しているのは、企業の意見形成と意見表明ではなく、企業の職業遂行のみである」(S. 181 ff.)。もっとも結論としては、同裁判所は、本件憲法異議には理由がないとしてXの主張を認めなかった。

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。下級裁判所がこれを支持したため、Xは基本法5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示した。まず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(Ankündigung)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」とし(S. 175)、さらにX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5条1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、

彼の論拠につき公衆を納得させることにあることは明らかである」(S. 179 f.)とした。

(g) 2001年8月1日決定(BVerfG NJW 2001, 3403 - Therapeutische Äquivalenz)  
製薬会社であるB有限会社は、医薬品の販売・製造を行っていた。B社は、H株式会社とともに、ある作用物質につき特許権を有しており、これを『Euglucon』という商標で販売していた。しかし1983年にこの特許権が失効すると、他の薬剤メーカーであるXは、同一の作用物質を含む薬品を、『Glibenclamid-ratiopharm 3,5』という商標を付して、B社よりも低価格で販売し始めた。さらにXは、1988年10月発行の医療新聞『Ärzte Zeitung』にこの薬品の全面広告を掲載し、その中でXは、XとB社の薬品の効果が治療上同等である旨の研究を公表した。これに対してB社は、この二つの薬品は治療上同等とは言えないからXの広告は内容上不相当であるとして当該広告の差し止めを求めたところ、下級裁判所がB社の請求を認めたためXは憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本件広告に含まれるXの表明は基本法5条1項にいう「意見」とみなされ、したがって問題の広告は意見表明の自由の保護領域に含まれると判示した(S. 3404)。そして結論として同裁判所は、下級裁判所の判決は意見表明の自由の基本権の意義と射程を見誤ったとして、Xの憲法異議を認めた。

(h) 2002年2月6日決定(BVerfG NJW 2002, 1187 - Synthetische Pelze/Aktionsgemeinschaft Artenschutz)  
本件は、二つの異なる事件の併合審である。  
① X1は、『動物に優しいファッション』

(„Tierfreundliche Mode“)というサインの入った合成皮の衣類を販売する個人商店を運営していた。X1は店内において商品宣伝のためのカタログを置き、その中で顧客を動物愛好家(Tierliebhaber)と呼び、また合成皮の衣類を求める購入者を、知性、思いやり、常識のある人間と呼んでいた。さらにX1は、そこに顧客の投書を付すなどして、集約飼育、研究、衣類生地製造による動物の死や苦しみを伝えることに従事した。この行為に対して原告が不正競争防止法(UWG)一条違反を主張し、同広告の禁止を求めて訴えを提起したところ、下級裁判所が、当該広告は「道徳に反する主情的な(gefühlbetont)広告」であり、かつ客観性の要請(Sachlichkeitsgebot)を欠いているとして原告の主張を認めたため、X1は憲法異議を申し立てた。② X2は眼鏡屋の支店であるが、その取締役は、「社団法人・絶滅種の保護協力体(AGA)」(„Aktionsgemeinschaft Artenschutz e.V.“)の理事を兼任していた。X2は、新聞『Stuttgarter Zeitung』の1994年6月3日号に、サンングラスの広告を掲載したが、その広告の左側には、AGAの紋章を付したオウムのイラストが挿入されていた。さらにこの紋章の周囲には、『B眼鏡屋は、社団法人AGAを応援します』という文が記載されていた。これに対して原告が、新聞広告にそのようなAGAの紋章や右のような文章を掲載することは商取引上禁止されるべきとして、本件広告を止めるよう訴訟を提起したところ、下級裁判所が同広告を「道徳に反する主情的な広告」であるとして原告の主張を認めたため、X2は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、X1とX2の広告に含まれ

る表明は、基本法5条1項1文にいう意見とみなされ、したがって同表明は意見表明の自由の保護領域に含まれると判示した。そして同裁判

所は、下級裁判所の判決は意見表明の自由の基本権の意義と射程を見誤ったとして、Xらの基本権に対する侵害を認めた。

### (3) 職業の自由と意見表明の自由の両基本権の問題であるとされた事例

さらに連邦憲法裁判所は、商業広告に対する規制が問題となった以下の二つの決定において、職業の自由と意見表明の自由の両基本権を同時に審査基準として用いている。

(i) 1960年6月22日決定(BVerfGE 11, 234 - Jugendgefährdende Schriften I)

本件は、広告用パンフレットを不特定多数に発送することによって、青少年に明らかに有害な挿絵とヌードを掲載した雑誌の広告を行ったXが、「青少年に有害な文書の頒布に関する法律」(GjS)により罰金刑に処されたことに対して提起した訴えに関する憲法異議である。連邦憲法裁判所は、本決定において、本件広告規制の合憲性を意見表明の自由と職業の自由によって審査した。もっとも結論としては、右規制による両基本権の侵害は認められないとしてXの憲法異議を認めなかった。

(j) 1992年2月11日決定(BVerfGE 85, 248 - Hackethal)

州の職業規則(Berufsordnung)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1977年10月9日発行のバイエルンの医師に対する職業規則(BO)第21条は、「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、さらに同11条は「専門家の世界の外で、薬、・・・治療方法を広告すること

は禁じられる」と規定していた。医師であるXは、他の医師の医療事故についての書物を出版し、癌の医学的治療を批判し、そして積極的な安楽死に対して尽力したために、世間で有名となっていた。さらに彼の診療所において、彼が『Superfact』という薬を用いた癌患者のための治療を施していることに対して、世間の批判の対象となっていた。こうしたなか、雑誌『Stern』の1987年11月5日号において、「キームゼーの狂人」(„Der Besessene vom Chiemsee“)というタイトルと共に、以下のような表題を付された記事が掲載された。すなわち「非難1. X (=Hackethal) は危険で無責任な癌治療を行っている。非難2. Xは癌患者をモルモットとして利用している。非難3. Xは一ヶ月に満たない間に80の癌治療に成功したと嘘を付いている」。これに対して雑誌『Bild der Frau』の同年12月14日号において、Xについての二つの記事が掲載されたが、その中で四人の患者が、その写真とともに、Xの治療や『Superfact』に対して惜しめない賞賛を与えていた。この記事に対して不正競争防止協会は、Xが同雑誌において職業上ふさわしくない広告を行ったとしてその差し止めを求めたところ、上級地方裁判所がこれを認めたため、Xは彼の職業遂行の自由侵害と、またこのような多くの非難を浴びせられている状況では医師の意見表明の自由も認められるべきだとして基本法5条1項1文侵害

を主張して憲法異議を申し立てた。もっともこの記事の掲載に際して、Xはジャーナリスト側から原稿の提出を要求されたわけではなく、また記事の掲載の許可を与えてもいなかった。

連邦憲法裁判所は、本決定において、下級裁判所の判決はXの職業の自由と意見表明の自由の基本権を侵害しているとして憲法異議を認めた。まず職業の自由につき、「当該決定の審査のための憲法上の基準は、第一次的に(in erster Linie)、基本法12条1項である。上級地方裁判所は、Xに対して、彼自身の意見表明を理由としてではなく、彼を擁護することを目的に作られた、彼の医師としての活動についての二つの報道(Presseberichte)を理由に、有罪判決を下した。この判決は、医師の職業義務を根拠づける諸規定に基づいている。したがって、本判決の合憲性は、第一次的に(vorrangig)、職業の自由の基本権によって審査されなければならない。・・・職業遂行の自由には、職業活動そのものだけでなく、職業遂行に関連し、かつそれに寄与するあらゆる活動が含まれる。職業にかかわる活動には、Xの職業的な意見表明も属し、そこにはXの職務行使のための広告も含まれる。

### 3.2 連邦憲法裁判所の決定の評価

連邦憲法裁判所は、かつての判例においては、商業広告は意見表明の自由の保護領域には含まれず、職業の自由によってのみ保護されうると解していた。しかしながら、意見表明の自由に対するこのような「控えめな」判断は、基本法5条1項の「意見」概念と相容れないとして学説から強い批判を浴びせられ<sup>37</sup>、同裁判所はその後、1985年11月19日の決定((f)決定)におい

X〔の本件活動〕を制約する国家措置は、職業遂行の自由への介入である(vgl. BVerfGE 60, 215 (229); 71, 162 (173))」(S. 256)とした。

次に意見表明の自由につき同裁判所は、「確かにXには、意見表明は禁止されていない。むしろXに義務づけられたことは、問題とされた報道を回避することのみであった。しかしながら、Xが、イラスト付きの報道の掲載の協力を拒むか、または原稿を事前に提出させて〔公表の〕許可を拒否しない限り自己に課された〔問題の報道を回避するという〕義務を果たすことができない場合には、〔Xに対する意見表明の自由の〕基本権介入は存在している。この場合、Xは、プレス側とは異なる意見を表明するか否かを自ら決定することはもはやできない。もしXの承諾を得るために原稿をその公表前に〔Xに〕提出するという条件をプレス側が拒んだ場合、Xは詳細な状況をまったく把握することなしに、プレス側とは反対の意見を表明することを断念しなければならない。このことは、Xがかつて公然と非難され、〔雑誌の報道が〕Xの擁護を表明するものであったとしても、なんら異なることはない」(S. 263)と判示した。

て、「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」と述べて、商業広告も原則として基本法5条1項にいう「意見」であることを明示した。この趣旨は同裁判所のその後の1997年1月22日決定((e)決定)や、後述の2000年12月12日判決

(m) 決定) と2003年3月11日決定 (n) 決定) において踏襲された。さらに連邦憲法裁判所は、2001年8月1日決定 (g) 決定) と2002年2月6日決定 (h) 決定) においては、商業広告が問題となった事案で、職業の自由ではなく意見表明の自由のみを適用している。

このように1985年の決定以降、連邦憲法裁判所の決定においては、商業広告を基本法5条1項にいう「意見」とみなす傾向がみられた。しかしながら同裁判所は、一方で、商業広告につき依然として職業の自由の問題とする立場に固執している。すなわち1996年3月22日決定 (d) 決定) は、憲法異議申立人が意見表明の自由侵害を主張していたにもかかわらず、同基本権についてはまったく触れることなく、職業の自由のみを審査基準として用いたのである<sup>38</sup>。さらに同裁判所は例えば2001年の二つの部会決定、すなわち、歯医者が便箋と看板に「移植学」(Implantologie) という文言を付したことが問題となった事案(BVerfG DVBl. 2001, 1583)と、弁護士が新聞・雑誌・インターネットにおいて

自己の専門領域と自己評価を宣伝したことが問題となった事案(BVerfG DVBl. 2001, 1751)でも、意見表明の自由にはなんら触れることなく、職業の自由のみを審査基準として用いている<sup>39</sup>。

他方で連邦憲法裁判所は、上述の1960年6月22日決定 (i) 決定) と1992年2月11日決定 (j) 決定) の二つの決定において、以上の傾向とは異なる判断を示している。すなわちこれらの決定においては、商業広告に際して職業の自由と意見表明の自由が同時に適用されているのである。確かに右のうち (j) 決定は、職業の自由が「第一次的に」適用されると述べているため、この文言の意味をどのように理解するかが問題となるが、学説のなかには、右の「第一次的に」という文言は、「同事例において、まず基本法12条1項が審査され、さらに基本法5条1項(意見の自由) が審査されるということ以外になんらの意味も有さない<sup>40</sup>」と解するものが見られる。この解釈に従えば、(i)と(j)決定は両基本権を同時に適用したと解することができる。

### 3.3 学説の見解

以上のように連邦憲法裁判所は、そもそも商業広告が職業の自由と意見表明の自由のどちらの基本権の保護領域に含まれるのか、また両基本権の関係をどのように理解しているのかを必

ずしも明らかにしているわけではない。これに対して学説や下級裁判所の判決は、この問題をどのように捉えているのであろうか。

#### (1) 職業の自由と意見表明の自由の保護領域の画定

まず商業広告が、そもそも職業の自由または意見表明の自由の保護領域に含まれているのか否かという点につき、学説および下級裁判所は以下のように主張している。

①商業広告と職業の自由。商業広告が職業の自由の保護領域に含まれるか否かにつき、下級裁判所の判例および学説はこれを明確に肯定している<sup>41</sup>。すなわち、商業広告が基本法12条1

項にいう職業遂行とみなされる場合、別言すれば、広告内の「意見表明が、情報伝達という目的を超えて、商業目的を追求する場合<sup>42</sup>」には、基本法12条が関連するという。この立場に従えば、とりわけ弁護士、医者、薬剤師が自己の職業活動の宣伝ために頒布した広告は、「職業に関連する」(berufsbezogen)ものとして、当然に基本法12条1項の保護領域に含まれることになる<sup>43</sup>。

②商業広告と意見表明の自由。争いがあるのは商業広告が意見表明の自由の保護領域に含まれるか否かである。この点学説の立場は大きく二つに分かれている。学説の一部、またかつての下級裁判所には、否定説に立つものが見られる<sup>44</sup>。それによれば、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、商業広告は職業の自由の保護領域にのみ含まれ、基本法5条1項にいう「意見」とはみなされないという。これに対して現在の多くの学説が肯定説に立っている<sup>45</sup>。もっとも肯定説の多くは、連邦憲法裁判所の1985年決定((f)決定)にしたがって、商業広告が「評価的で意見形成的な内容を含み、または意見形成に寄与する事実を伝達する場合」には、基本法5条1項にいう意見とみなされ意見表明の自由の保護領域に含まれると限定的に解するが、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立場も散見される<sup>46</sup>。肯定説の根拠は、意見と商業広告を区別することは

困難である<sup>47</sup>という点や、「評価的で意見形成的な内容は、大部分の広告表明に含まれるし、賞美された製品が買われるように名宛人の意見を『形成』することは、まさに広告の目的である<sup>48</sup>」という点にある。もっとも肯定説を支持するものにも、例えば基本法5条1項にいう「自己の意見(seine Meinung)を自由に表明する権利」という文言を理由に、他人の意見・商業広告の表明は意見表明の自由の保護領域から除外されると解するものもある<sup>49</sup>。

以上のように、商業広告が職業の自由と並んで意見表明の自由による保護をも受けうるか否かについては学説の立場は一定ではない。少数説に従えば、商業広告は職業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からは除外される。しかしながら多数説は、商業広告は原則として、職業の自由と並んで意見表明の自由の保護領域にも含まれると解している。例外は、①当該広告が明らかに第三者の広告である場合、②または広告が評価的で意見形成的な内容を含まない場合もしくは意見形成に寄与する情報を含まない場合であり、この場合、当該広告は意見表明の自由の保護領域から除外され、職業の自由の保護領域にのみ含まれる。このような多数説の解釈は、判例・通説が、①基本法12条の「職業」概念と職業の自由の保護領域を広く解していること、②基本法5条1項の「意見」の概念を広く解して、意見とは、事実の主張とは異なるまさに「主観的な評価」をいうと解していること<sup>50</sup>、と適合するであろう。



## (2) 職業の自由と意見表明の自由の真正な基本権競合

右の見解のうち多数説の見解に立った場合、(評価的で意見形成的内容を含む)商業広告は職業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になるが(真正な基本権競合)、この場合右多数説は、どちらの基本権が適用されるべきと考えているのであろうか。別言すれば、多数説は両基本権の関係をどのように理解しているのであろうか。この点につき学説の立場は、①基本法5条は同12条に対する特別法であり、意見表明の自由は職業の自由を排除して単独で適用されると解する立場<sup>51</sup>、②意見表明の自由は職業の自由と並んで同時に適用されるべきであるとする立場<sup>52</sup>、③基本法12条は基本法5条に対する特別法であるとする立場<sup>53</sup>、とに分かれている。

しかしながら実際には、職業の自由と意見表明の自由の関係について触れる学説の数はごく僅かにすぎない。大多数の学説は、商業広告をめぐる基本権競合については、むしろ職業の自由とプレス自由を問題としており、そのなかで基本法5条と同12条の関係について自己の立場を明らかにしている。ところで基本法5条1

項1文にいう意見表明の自由と同2文にいうプレス自由の競合につき、判例・学説の立場は大別して以下の三つに分かれている。すなわち、①両基本権の適用領域を制限的に画定し、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たとしても意見表明の自由が適用され、「プレス製品そのもの」が問題となる場合にはプレス自由が適用されると解する立場(判例・通説)、②プレス自由と意見表明の自由は(規範論理的)特別関係にあり、特別法であるプレス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解する立場、③両基本権は観念的に競合すると解する立場、である<sup>54</sup>。このうち①の立場に立てば、問題となる商業広告の内容そのものの制約が問題となる場合には、意見表明の自由と職業の自由の競合の問題が発生しうる。これに対して②または③の立場に立てば、商業広告が問題となる場合には、いずれにしてもプレス自由が適用されうるため、プレス自由と職業の自由の競合の問題が常に発生することとなる。

### 3.4 小括

以上のように、判例・通説の立場に従えば、商業広告は職業の自由の保護領域に含まれるだけでなく、それが基本法5条1項にいう「意見」とみなされうる場合には、意見表明の自由の保護領域にも含まれる。この場合、職業の自由と意見表明の自由の競合の問題が発生するが、両者の関係をどのように理解するかにつき、判例・

学説の見解は対立している。もっとも商業広告をめぐる学説上しばしば、職業の自由とプレス自由の競合が問題とされている。そこで次章では、職業の自由とプレス自由の競合をめぐる判例・学説の理論につき検討することにする。

## 4 職業の自由とプレスの自由の競合

職業の自由とプレスの基本権が競合する場合、判例・学説は、この問題をどのように解決しようとしているのであろうか。以下では

### 4.1 連邦憲法裁判所の判例

連邦憲法裁判所は、商業広告に対する規制が問題となった以下の四つの事例において、プレスの自由を適用している。

(k) 1967年4月4日判決(BVerfGE 21, 271 - Südkurier)

1957年4月3日の「職業紹介および失業保険法」(AVAVG)37条2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5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.278)と解し、右法37条2項による禁止はXのプレスの自由を侵害していると判示した。

まず、商業広告が問題となった連邦憲法裁判所の決定のうちプレスの自由の問題とされた事例を取り上げ、これを概観しておくことにする。

(1) 1988年1月13日決定(BVerfGE 77, 346 - Presse-Grosso)

Xはコブレンツで唯一のプレス卸売商(Presse-Grossist)であったが、新聞・雑誌を扱うおよそ1100の小売商人に対して、1500種類のプレス製品を配給していた。1980年10月、訴外A出版社の編集するホモ・セクシュアル雑誌の第10号が、Xからコブレンツのキオスクに配達された際、同雑誌に掲載された写真付きの二つの広告が「青少年に有害な文書の頒布に関する法律」(Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften)の第6条にいう「明らかに青少年に有害な文書」にあたるとして警察に押収された。Xは、当該雑誌の個々の版の青少年に対する有害性についてはすでに刑事警察の風紀取締班(Sittendezernat)の旧構成員が審査しており、したがってXは独自の審査をすることなく、A社の雑誌を出荷できると主張した。これに対し上級地方裁判所がXの主張を理由なしとしたため、Xはプレスの自由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、本件広告規制をプレスの自由によって審査した。すなわち、「プレスの自由の基本権は、主観的権利として、プレス機関で活動する人々および(プレス)企業に、国家の強制からの自由を保障している。・・・この保護は、

情報の入手からニュース・意見の頒布にまで及ぶ。・・・この保護は、直接的に内容にかかわるプレス活動に限定されるものではなく、妨げられない意見頒布のために、内容から離れた、プレス企業の補助機能(Hilfsfunktion)も含み、さらに同基本権は「プレス卸売商の活動にも及ぶべきである」(S. 354 f.)。しかしながら上級地方裁判所は、右規制に際してXのプレスの自由の基本権を考慮しなかった。それゆえXの憲法異議は認められる、とした。ただし連邦憲法裁判所は、「問題となった〔下級裁判所の〕決定が、さらに、基本法12条1項の職業遂行の自由を侵害しているか否かについては、未決定にしておくことができる」(S.359)と述べ、Xの行為が職業の自由によって保護されるか否かは明らかにならなかった。

(m) 2000年12月12日判決(BVerfGE 102, 347 - Schockwerbung I)<sup>55</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

#### 4.2 連邦憲法裁判所の決定の評価

以上のように連邦憲法裁判所は、商業広告が問題となった多くの事例で、プレスの自由を適用している。この点かつての学説には、商業広告はプレスの自由の保護領域から除外されると解する立場もわずかにみられたが<sup>56</sup>、現在の圧倒的多数の学説は、商業広告はプレスの自由の

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がこれを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5条1項1文および同2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のプレスの自由の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5条1項1文の保護を受ける限りにおいて、プレス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。右決定の趣旨は、(n)2003年3月11日決定(BVerfGE 107, 275 - Schockwerbung II)にも踏襲された。

保護領域に含まれると解し、連邦憲法裁判所の立場を支持している<sup>57</sup>。実際に判例・通説は、基本法5条1項2文にいう「プレス」概念を広く解し、さらにプレスの自由がプレスという企業体の活動だけでなく「プレス製品」そのものを保護すると解しており<sup>58</sup>、プレスを用いた商

業広告が同基本権の保護領域に含まれると解することは、このような広いプレス概念とプレス  
の自由の保護領域に適合するであろう。したがって、前述したように判例・学説によれば商業  
広告は職業の自由の保護領域に含まれるため、商

### 4.3 職業の自由とプレス の自由の特別関係を支持する立場

職業の自由とプレス  
の自由の関係につき、連邦憲法裁判所の立場は明らかではない。これに対して学説の立場は、プレス  
の自由と職業の自由は特別関係にあると解する立場と、両基本権は観念的に競合するとい  
う立場とに二分している<sup>59</sup>。

まず、両基本権は（規範論理的）特別関係にあると解する立場は、特別法であるプレス  
の自由は一般法である職業の自由を、その適用において排除すると説くか、または特別  
関係とまでは明示しなくとも、両基本権が同時に関わる場合には、「より強い」基本権  
であるプレス  
の自由が審査基準として用いられるべきと<sup>60</sup>、主張する<sup>61</sup>。その理由として、例えばシュ  
テルン（Klaus Stern）によれば、職業の自由の構成要件はプレス  
の自由の構成要件にすべて含まれ、したがってプレス  
の自由は、「プレスという職業」（Presseberufe）に対する「特別の規定」（Spezialregelung）とみなされるからである、とい  
う<sup>62</sup>。

さらに学説のなかには、両基本権の間には規範的特別関係が存在すると主張するものが見  
られる。この立場を主張するヘス（Reinhold Heß）の理論は、以下の通りである<sup>63</sup>。まずヘスによ  
れば、両基本権の間には規範論理的特別関係は存在しない。なぜなら、プレス  
の自由は営業を

業  
広告については職業の自由とプレス  
の自由の保護領域が同時に  
関わり合うと考えられる。この場合、両基本権の間には真正な基本権競合が生じるが、その際  
両基本権はどのような関係にあるべきと考えられているのであ  
らうか。

目的としない情報・意見の頒布手段をも保護するものであり、職業の自由とはその構成要件を異にするからである。さらにヘスによれば、両基本権の間には、「通常は」規範的特別関係も存在しないという。例えば、雑誌編集者というプレス  
の職業へ就くことは、職業の自由とプレス  
の自由の両構成要件を同時に満たすが、この場合両者の構成要件の間に優劣関係は存在せず、むしろ両基本権が「第一義的な」基本権として関連する、という。したがって両基本権は「同等の地位を有する」（gleichrangig）ものとして、原則的に、観念的に競合するとい  
うのである。しかしながらヘスによれば、例外的にはあるが、両基本権の間には規範的特別関係が発生するという。それは個別の事例において、一方の基本権の「補助的な保護対象」のみが関連する場合であるとい  
う。彼によれば、基本権の保護対象は、「主要な保護対象」（Hauptschutzgegenstand）と「補助的な保護対象」（Hilfsschutzgegenstand）とに区分される。そして例えば、「プレス  
の技術的な補助活動」が問題となる場合のように、職業の自由の「主要な保護対象」に  
関連するが、プレス  
の自由についてはその「補助的な保護対象」のみが関連する場合には、両者は規範的特別関係に立ち、職業の自由がプレス  
の自由を排除して単独で適用されるという。

その具体例として彼は、前述の(1)決定(BVerfGE 77, 346)を挙げる。すなわち同事件で問題となったプレス卸売商人の行為は、確かにプレス自由の保護領域に含まれるが、それはプレス製品の仲介業者による経済的利用であるために、連邦憲法裁判所の決定同様、プレ

ス自由の「典型的な補助的保護対象」とみなされるという。他方でこのような行為は、職業自由の「主要な保護対象」に含まれる。したがってこの事例においては、プレス自由は職業自由によってその適用を排除されるべきである、という。

#### 4.4 職業自由とプレス自由の観念的競合を支持する立場

これに対して、職業自由とプレス自由は観念的に競合すると解する学説も多数見られる<sup>64</sup>。この立場によれば、両基本権の間には「構成要件上の包摂関係」は存在せず、さらに両者は完全に独立した性格と機能を有しているため、両基本権の間には(規範論理的・規範的)特別関係は存在せず、それゆえ両基本権は観念的に競合する、と説く。例えば、この立場の代表的論者であるデーゲン(Manfred Degen)は以下のように述べる<sup>65</sup>。まずプレス自由が保障するのは「プレス製品(Presseerzeugnis)の製造・頒布」という活動である。これに対して職業自由は、「営業目的(Erwerbsziel)の追求のための決定」という活動である。確かに双方の構成要件は部分的に同一のメルクマールを共有する。しかしながら、「とりわけ基本権上保護される活動という観点から見れば、両者の構成要件は異なっている」。すなわち「プレス自由においては、営業目的の追求が存するか否かにかかわらず、印刷物(Druckwerk)の製造・頒布が関連していることのみが強調されるのに対して、職業自由の保障においては、任意の活動を介して営業目的の追求について決定がなされたことのみが重要となるのである。それゆえ、公権力がプレス自由を制約するすべての事例

が、同時に、公権力による職業自由の介入の事例となりうるわけではないのである。・・・実際に、プレス自由は、プロの出版社や、発行者・ジャーナリストの職業遂行に限定されず、しばしば様々な方法で、アマチュアの活動にも及ぶのである。・・・それゆえ、双方の構成要件の間に特別関係の存在を立証することは不可能である」という。つまりデーゲンによれば、確かに両基本権の構成要件は重なり合う部分もあるが、プレス自由は営業目的の追求の存否に関わらず印刷物の製造・販売を保護する一方で、職業自由は(プレス自由ではカバーしきれない)営業目的の追求についての決定を保護し得るのであり、両者はそれぞれ異なる要件を有し、また別個独立した基本権なのであるから、両基本権の間には特別関係は存在しえない、という。

さらに学説のなかには、連邦憲法裁判所も両基本権は観念的に競合するという立場を採っている、と主張するものが見られる。すなわち、確かに職業自由とプレス自由の関係につき、連邦憲法裁判所はこの点を必ずしも明確にしているわけではない。しかし同裁判所は、例えば前述の(1)決定(BVerfGE 77, 346)では、プレス自由を審査基準として用いながら、「問題と

なった〔下級裁判所の〕決定が、さらに、基本法12条1項の職業遂行の自由を侵害しているか否かについては、未決定にしておくことができる」と述べている。このような判断の手法は、ある雑誌が極右の雑誌であるとして内務省が出版するニュースに掲載されたことが出版社のプレス自由違反にあたるか否かが争われた同裁判所の2005年5月24日決定においても見られる(BVerfGE 113, 63 (64))。仮にプレス自由と職業自由の基本権が特別関係にあるとすれ

#### 4.5 小括

以上のように、判例・学説は、商業広告は職業自由とプレス自由の両基本権の保護領域に同時に含まれと解している。ここからは判例・学説が、両基本権の保護領域には互いに重なり合う部分が存在すると理解していることが明らかとなった。したがって、両基本権は、その構成要件上互いに共通の部分を持つことになり、両者が重なる場合には、職業自由とプレスの

## 5 むすびにかえて

以上、職業自由と意見表明の自由およびプレス自由の基本権競合の問題をめぐるドイツの判例・学説の分析を行った。このうち、まず職業自由と意見表明の自由の競合の議論を要約すれば以下ようになる。すなわち、現在の判例・通説によれば、とりわけ商業広告が問題となった場合に両基本権の保護領域は相互に重なりうる。つまりこの場合、両基本権の真正な基本権競合が生じていると解されている。そこでこの競合の問題をどのように解決するかが問

ば、プレス自由が特別法として適用された場合、職業自由はその適用を排除されるのであるから、そもそも職業自由を審査基準として適用することはできないはずである。それにもかかわらず連邦憲法裁判所は、右のように職業自由の適用可能性にあえて言及している。したがって連邦憲法裁判所も、両基本権は観念的に競合すると解したと理解することができる、という<sup>66</sup>。

自由の真正な競合が発生することになる。そこで両基本権の関係をどのように捉えるべきかが問題となるが、この点、連邦憲法裁判所の立場は明らかではない。これに対して学説は、大別して、プレス自由は職業自由に対する特別法であるとする立場と、両基本権は観念的に競合する立場とに二分している。

題となるが、連邦憲法裁判所の立場は明らかではないものの、学説では、①意見表明の自由は職業自由の特別法であると解する立場、②職業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両基本権は観念的に競合し同時に適用されうるとする立場、が主張されている。次に、職業自由とプレス自由の競合の議論を要約すれば以下ようになる。すなわち、判例・学説によれば、ここでもとりわけ商業広告について両基本権の保護領域が同時に関

連するとされる。したがってこの場合、両基本権の真正な競合が問題となる。この点連邦憲法裁判所の立場は明らかではないが、学説では、①プレスと職業の自由は規範論理的特別関係にあり、特別法であるプレスの自由は一般法である職業の自由をその適用において常に排除すると説く立場、②両基本権の間には規範的特別関係が生じる場合があり、どちらの基本権が特別法として他方の一般法としての基本権を排除して適用されるべきかは、個別の事例において判断されると解する立場、③両基本権は観念的に競合すると解する立場、などが主張されている。

わが国の学説において、商業広告の憲法上の位置付けに関して、ドイツでは職業の自由の問題とされているのか、または意見表明の自由もしくはプレスの自由と問題とされているのかにつき、これまで指摘がなされることはあっても、詳細な分析が試みられることはなかった<sup>67</sup>。本稿はこの問題をめぐるドイツの議論を検討したものである。この分析から本稿は、とりわけドイツの学説が、商業広告も職業の自由と並んで、意見表明の自由およびプレスの自由の保護領域にも含まれると解したうえで、両基本権の関係

については、どちらの基本権が単独で適用されるべきかという択一的方法によってではなく、基本権競合論に基づいて問題解決しようと試みていることを明らかとした。

以上のような、ドイツにおける職業の自由と意見表明の自由・プレスの自由の基本権競合の問題は、わが国でも例えば、学説において憲法上保障されていると解されている営業の自由と、憲法21条によって保障される表現の自由との関係において生じうると考えられる<sup>68</sup>。しかしながらわが国では、これまで両基本権の競合の問題が議論されたことはほとんどなく、またそもそも基本権の領域における「競合」が何を意味するのかという議論も、これまでほとんどなされてこなかった。したがって、ドイツの基本権競合論をめぐる議論は、わが国における営業の自由と表現の自由の競合の問題を考える上で、なんらかの手がかりになるものと考えられる。しかしながら本稿では、こうしたドイツの基本権競合の理論がわが国にも妥当しうものであるのか否か、またそうであるとしても具体的にどのように適用すべきなのかという点については、十分に検討することができなかった。こうした点は、今後の研究課題としたい。

## 註

- 1 基本権競合論および基本権「競合」の概念をめぐるドイツの議論については、杉原周治「基本権競合論（1）」*広島法学*29巻3号27頁以下（2006）参照。
- 2 Vgl. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 306（翻訳として、コンラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・2006）参照）。さらに、小山剛『基本権の内容形成 — 立法による憲法価値の実現』59頁（尚学社・2004）も、基本権の内容形成とは「確立した定義はないが、そのニュアンスは、『基本権の制限ではない』というところにある」と述べる。さらに同「基本権の内容形成 — 概念と類型」樋口陽一他編『日独憲法学の創造力 上巻』153頁以下（信山社・2003）参照。
- 3 Vgl. Hesse, a. a. O. (Anm. 2), Rdnr. 303, 306.
- 4 さらに、Vgl. BVerfGE 28, 243 (259).
- 5 Vgl. K. Hesse, in: E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 1994, § 5 Bedeutung der Grundrechte, Rdnr. 66.
- 6 松本和彦『基本権保障の憲法理論』24、76頁（大阪大学出版会・2001）参照。
- 7 松本・前掲注（6）32頁参照。
- 8 松本・前掲注（6）34頁参照。
- 9 Vgl. BVerfGE 13, 97 (122); 64, 72 (80 f.); BVerwGE 43, 48 (54); M. Gubelt, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rdnr. 42.
- 10 さらに同裁判所の1980年7月1日判決(BVerfGE 54, 237)も「職業選択の自由に介入する措置は〔基本法12条1項2文の〕法律の留保に服する」(S.246)と述べている。
- 11 学説は連邦憲法裁判所の同決定をこのように解釈している。Vgl. H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 8. Aufl. 2006, Art. 12 Rdnr. 19; V. Epping, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 296, 356.
- 12 Vgl. Hesse, a. a. O. (Anm. 2), Rdnr. 306 f.
- 13 Vgl. Hesse, a. a. O. (Anm. 5), § 5 Rdnr. 66. さらに基本法12条にいう規律留保を内容形成と並んで「制約」と捉えるものとして、さしあたり、R. Scholz, in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog u. a., *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 12 Rdnr. 296 f.; K. M. Meessen, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit*, JuS 1982, 397 (402); H. U. Gallwas, *Grundrechte*, 2. Aufl. 1995, Rdnr. 504; W. Kluth, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit - Art. 12 Abs. 1 GG*, Jura 2001, 371 (375); G. Manssen, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Chr. Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 6, 102 を参照。
- 14 一般的法律とは「意見の自由それ自体に対しても、特定の意見に対しても向けられておらず、そもそも特定の意見を考慮することなく、単に保護されるべき法益の保護に寄与する規範」をいう。Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 11), Art. 5 Rdnr. 56.
- 15 Vgl. E. Stein/G. Frank, *Staatsrecht*, 19. Aufl. 2004, S. 364 f.
- 16 段階理論につき、高田敏「ミルク販売の許可基準としてミルク販売最低量を定めるのは違憲」『別冊ジュリスト・ドイツ判例百選』69頁以下（有斐閣・1969）、宮崎良夫「薬局開設の距離制限と職業選択の自由」『昭和50年度重要判例解説』7頁以下（1976）を参照。
- 17 Vgl. A. Borrmann, *Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2002, S. 83.
- 18 Vgl. Borrmann, a. a. O. (Anm. 17), S. 83.
- 19 Vgl. BVerfGE 13, 97 (105); 46, 120 (138); 64, 72 (82); 75, 246 (267); 77, 84 (105). この点につき、Vgl. K. Stern, in: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 84 Übermaßverbot und Abwägungsgebot, S. 803（翻訳として、クラウス・シュテルン（小山剛訳）「過度の侵害禁止（比例原則）と衡量



- 命令 (1) (2・完) 名城法学44巻2号153頁 (1994)、同3号125頁以下 (1995) 参照。
- 20 Vgl. BVerfGE 30, 292 (316); 36, 47 (59); 53, 135 (144); 71, 162 (173); 75, 246 (269); 94, 372 (389 f.); 102, 197 (213); 103, 1 (10); 106, 181 (191 f.).
- 21 同旨として、Vgl. BVerfGE 53, 135 (144); 68, 272 (282); 71, 162 (173); 76, 196 (207).
- 22 さしあたり、Vgl. H. U. Erichsen, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, Jura 1980, 551 (555); P. J. Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 108 (1983), 92 (122 ff.); H. P. Schneider, Artikel 12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), 8 (37); J. Ipsen, „Stufentheorie“ und Übermaßverbot - Zur Dogmatik des Art. 12 GG, JuS 1990, 634 (634); Borrmann, a. a. O. (Anm. 17), S. 92; Scholz, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Rdnr. 292; Gubelt, a. a. O. (Anm. 9), Art. 12 Rdnr. 41; Jarass, a. a. O. (Anm. 11), Art. 12 Rdnr. 31; Stern, a. a. O. (Anm. 19), S. 803; Kluth, a. a. O. (Anm. 13), S. 376; Meessen, a. a. O. (Anm. 13), S. 402. また、A. Katz, Staatsrecht, 16. Aufl. 2005, Rdnr. 802 も、「段階理論の『目の粗さ』(Grobmaschigkeit)は、まさに比例原則の適用によって解決される」と述べている。
- 23 Vgl. BVerfGE 13, 97 (104); 25, 1 (12); 30, 292 (315, 316); 46, 120 (138). シュテルンも「段階理論は比例性の要請の諸要素とともに機能する」と述べる。Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 19), S. 801.
- 24 詳しくは、P. J. Tettinger, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 12 Rdnr. 123 ff. 参照。
- 25 Vgl. W. Schmidt, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), 497 (508); J. Lücke, Die Berufsfreiheit, 1994, S. 26 ff.; F. Hufen, Berufsfreiheit - Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 (2917).
- 26 Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Rdnr. 319; C. Gusy, Die Freiheit von Berufswahl und Berufsausübung, JA 1992, 257 (260); J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 12 Rdnr. 113.
- 27 段階理論による「公共の福祉」の利益の区分を批判するものとして、H. Lecheler, Artikel 12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), 48 (57 f.); D. Czybulka, Berufs- und Gewerbefreiheit: Ende oder Fortbildung der Stufentheorie?, NVwZ 1991, 145 (147); Scholz, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Rdnr. 319; Gusy, a. a. O. (Anm. 26), S. 263; Hufen, a. a. O. (Anm. 25), S. 2918; Borrmann, a. a. O. (Anm. 17), S. 86; Manssen, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 140 等を参照。
- 28 Vgl. Hufen, a. a. O. (Anm. 25), S. 2918; Borrmann, a. a. O. (Anm. 17), S. 87.
- 29 Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005, Rdnr. 856.
- 30 段階理論による、職業選択の自由と職業遂行の自由の規律の三つの区分を批判するものとして、J. Schwabe, Die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit, DÖV 1969, 734 (738); ders., Die „Stufentheorie“ des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG, JA 1981, 318 (321); F. Ossenbuhl, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR 115 (1990), 1 (10); S. Langer, Strukturfragen der Berufsfreiheit, JuS 1993, 203 (208); G. Manssen, Berufsfreiheit bei der Berufsausübung?, BayVBl. 2001, 641 (642); ders., a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 136; Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 111, 113; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 29), Rdnr. 836 等を参照。
- 31 プレスの自由と意見表明の自由の競合については本稿は扱わない。両基本権の競合をめぐるドイツの議論については、杉原周治「プレスの自由と意見表明の自由の競合 (2・完)」広島法学30巻2号71頁 (2006) 参照。
- 32 連邦憲法裁判所の判例の動向につき、U. Di Fabio, Produkte als Träger fremder Meinungen - Zum Beschluß des BVerfG Warnhinweise auf Tabakverpackungen betreffend, NJW 1997, 2863 (2863); A. Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, S. 65 ff.; T. Clemens, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, 2002, Art. 5 Rdnr. 41 f.; H. Siekmann,

- Verfassungsmäßigkeit eines umfassenden Verbots der Werbung für Tabakprodukte, DÖV 2003, 657 (658 ff.); D. Doukas, Werbefreiheit und Werbeschränkungen, 2005, S. 246 ff.; Manssen, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 279 等を参照。
- 33 Vgl. BVerfGE 9, 213 (221 ff.); 33, 125 (155 ff.); 40, 371 (382 f.); 53, 96 (98); 57, 121 (130 ff.); 60, 215 (229 ff.); 65, 237 (245 ff.); 71, 183 (198 ff.); 76, 196 (205 f.); 82, 18 (26); 85, 97 (104); 94, 372 (389); 105, 252 (266)(判例評釈として、丸山敦裕「国家による情報提供活動の合憲性 — グリコール決定」自治研究81巻12号144頁(2005)参照); 106, 181 (191 ff.); 111, 366 (373); BVerfG DVBl. 2001, 1583 (1583 ff.); DVBl. 2001, 1751 (1752 ff.). また連邦憲法裁判所は、弁護士がその職業遂行に際して国外で取得した修士号の使用の不許可をめぐる訴えに関わる憲法異議が問題となった1973年11月28日の決定において、職業の自由のみを審査基準として用いている(BVerfGE 36, 212 (216))。
- 商業広告と基本法12条1項をめぐる連邦憲法裁判所の判例の動向につき、詳しくは、P. Lerche, Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung, 1990, S. 50 f.; T. Mayen, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts - Ausprägungen und Auswirkungen auf das anwaltliche Berufsrecht, NJW 1995, 2317 (2318); P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 212; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 29), Rdnr. 835; Jarass, a. a. O. (Anm. 11), Art. 12 Rdnr. 8, 53 ff. 等を参照。
- 34 判例評釈として、神橋一彦「宣伝の禁止と薬剤師の職業の自由の適合性」自治研究74巻3号124頁(1998) 参照。
- 35 判例評釈として、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76巻11号131頁以下(2000) 参照。
- 36 同決定につき詳しくは、杉原・前掲注(31)「プレスの自由と意見表明の自由の競合(2・完)」78頁以下参照。
- 37 この点につき、さしあたり、Doukas, a. a. O. (Anm. 32), S. 246 を参照。
- 38 この点を指摘するものとして、P. Lerche, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 979 ff. (983) を参照。
- 39 両決定において連邦憲法裁判所は、下級裁判所の決定は職業の自由を侵害しているとして憲法異議を認めている。
- 40 Vgl. Manssen, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 279 FN 1134.
- 41 Vgl. BGHZ 147, 71 (74); BVerwGE 2, 172 (179); BVerwG, NJW 1964, 217 (217); NJW 1966, 69 (70); DVBl. 2001, 1371 (1371); BVerwGE 105, 362 (363); E. Jürgens, Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, VerwArch. 53 (1962), 105 (109); H. Eichmann, Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepraxis, GRUR 1964, 57 (58, 63); P. Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 72; ders., a. a. O. (Anm. 33), Grundrechtsfragen, S. 50; W. Leisner, Werbefernsehen und Öffentliches Recht, 1967, S. 95; ders., Berufsordnungsrecht und Werbeverbote, 1984, S. 4 f.; R. O. Friedrich, Der Grundrechtsschutz der Außenwerbung, WRP 1972, 113 (113); G. Wronka, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit medienpezifischer Werbeverbote, AfP 1975, 787 (790); G. Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 99; P. Weides, Wirtschaftswerbung und Grundrechte - Überlegungen zur grundrechtlichen Zulässigkeit von gesetzlichen Begrenzungen der Wirtschaftswerbung, WRP 1976, 585 (587); M. D. Forstmann, Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der gesundheitsbezogenen Werbung im Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen vom 15. August 1974, WRP 1977, 461 (462); P. Selmer, Wirtschaftswerbung und Eigentumsfreiheit, in: R. Stödter/W. Thieme (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, 515 (516); T. Sambuc, Zur Verfassungsmäßigkeit der Informationspflichten in der Arzneimittelwerbung, WRP 1978, 105 (107); R. Zuck, Anwaltsberuf und Bundesverfassungsgericht, NJW 1979, 1121 (1126); K. Braun, Werbung und Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG), WRP 1982, 510 (515); H. D. Jarass, Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit,

NJW 1982, 1833 (1834); ders., a. a. O. (Anm. 11), Art. 12 Rdnr. 8, 53 ff.; Chr. Starck, Die Konstruktionsprinzipien und verfassungsrechtlichen Grundlagen der gegenwärtigen mediengesetzlichen Aktivitäten in den deutschen Bundesländern, JZ 1983, 405 (414); H. Kresse, Wirtschaftswerbung und Art. 5 Grundgesetz (GG), WRP 1985, 536 (536); U. Kornblum, Die anwaltlichen Werbeverbote im Lichte der neuesten Rechtsprechung des BVerfG, AnwBl. 1988, 361 (363); H. J. Papier/H. Petz, Rechtliche Grenzen des ärztlichen Werbeverbots, NJW 1994, 1553 (1555 f.); W. Hoffmann-Riem, in: R. Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil/1, 1995, § 6 Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, S. 563 (585); ders., in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentare, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 153; A. Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 29 ff.; F. Hufen, Anmerkung, ZLR 1997, 39 (41); T. Schulte/U. W. Schulte, Unzulässige Werbung von Anwälten im Internet? - Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit und Werbeverbot nach § 43b BRAO, MMR 2002, 585 (585 ff.); R. A. Lorz, Die Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte gegenüber berufsrechtlichen Einschränkungen der Berufsfreiheit, NJW 2002, 169 (170); I. v. Münch, Staatsrecht II, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 657; M. Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2003, B 12 Rdnr. 17; H. Bethge, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 5 Rdnr. 25a, 89a; W. Bomba, Verfassungsmäßigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, 2003, 184 ff.; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II Rdnr. 318; R. Zippelius/T. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 241; G. Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl. 2007, Rdnr. 571 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 279; Mayer, a. a. O. (Anm. 33), S. 2317 ff.; Badura, a. a. O. (Anm. 33), S. 212; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 29), Rdnr. 835; Scholz, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Rdnr. 327; Tettinger, a. a. O. (Anm. 24), Art. 12 Rdnr. 54c.

42 Vgl. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 41), § 6 Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 585.

43 Vgl. Bomba, a. a. O. (Anm. 41), S. 184.

44 Vgl. BGHSt 5, 12 (22); 8, 360 (379); OLG Braunschweig NJW 1956, 839 (840); BVerwGE 2, 172 (178); BVerwG DVBl. 1954, 362 (363); A. Schmidt-Toppf, Das Recht der Außenwerbung, 1965, 58; U. Scheuner, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 1 (65); L. Fröhler, Werbefernsehen und Pressefreiheit, 1965, S. 4; A. Hamann/H. Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl. 1970, Artikel 5 B1; T. Oppermann, Wirtschaftswerbung und Art. 5 Grundgesetz, in: K. Vogel/K. Tipke (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, 1972, 393 (395); U. Eicke, Meinungsfreiheit für die Werbung, WRP 1988, 645 (652); J. Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 10. Aufl. 2007, Rdnr. 394; Selmer, a. a. O. (Anm. 41), S. 516 f.

さらに、Vgl. W. Leisner, Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit, UFITA 37 (1962), 129 (146 f.). もっともリスナーは、その後の論文のなかで、商業広告が意見表明の自由の保護領域に含まれることを認めている。Vgl. W. Leisner, Werbefernsehen und Öffentliches Recht, 1967, S. 92 ff.; ders., Berufsordnungsrecht und Werbeverbote, 1984, S. 98 f.

また、Sambuc, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1978, 105 (107) は、商業広告は「第一次的に商業的な目的を追求するものであり、それゆえこのような活動の憲法上の保護は、基本法 5 条にいうコミュニケーションの基本権ではなく、とりわけ基本法 12 条の経済的基本権によって試みられるべきである」と述べ、「商業広告は意見表明となりうるが、それは例外的な場合である」という立場を主張する。

45 Vgl. W. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 116 (FN 250); H. J. Strodthoff, Werbung in Wirtschaft und Recht, 1964, S. 71; Eichmann, a. a. O. (Anm. 41), GRUR 1964, 57 (60 f.); ders., Die Vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, 1967, S. 68; F. Kübler, Wirtschaftsordnung und

Meinungsfreiheit, 1966, S. 19 f.; G. Wacke, Werbeaussagen als Meinungsäußerungen, in: H. P. Ipsen (Hrsg.), Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 197 ff. (205 f.); Lerche, a. a. O. (Anm. 41), Werbung und Verfassung, 1967, S. 76 ff.; Chr. Starck, Autonomie und Grundrechte, AöR 92 (1967), 449 (471); K. v. Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971, S. 154 ff., 163; Friedrich, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1972, 113 (114); Wronka, a. a. O. (Anm. 41), AfP 1975, 787 (789); Forstmann, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1977, 461 (463); R. Pietzke, Standesrechtliche Wettbewerbsverbote des Rechtsanwalts in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR Int. 1979, 147 (158 f.); Zuck, a. a. O. (Anm. 41), NJW 1979, 1121 (1126); H. D. Jarass, Rechtsfragen der Öffentlichkeitsarbeit, NJW 1981, 193 (194); ders., a. a. O. (Anm. 41), NJW 1982, S. 1833 (1834); ders., a. a. O. (Anm. 11), Art. 5 Rdnr. 4; Braun, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1982, 510 (515); F. Drettmann, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1984, S. 93 ff.; K. H. Friauf/W. Höfling, Meinungsgrundrechte und Verfolgung von wirtschaftlichen Belangen, AfP 1985, 249 (253); M. Bullinger, Rundfunkwerbung im Umbruch der Medien, ZUM 1985, 121 (128); Kresse, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1985, 536 (536 ff.); A. Hesse, Werbung und Rundfunkfreiheit, ZUM 1987, 548 (549); Chr. Degenhart, in: R. Dolzer/K. Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1987, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rdnr. 153 f.; ders., Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, 1989, 287 (300 ff.); W. Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 113 (1988), 52 (72); Kornblum, a. a. O. (Anm. 41), AnwBl. 1988, 361 (363); E. Schmidt-Jortzig, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 141 Meinungs- und Informationsfreiheit, Rdnr. 21; W. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung - zugleich Anmerkung zu den Benetton-Entscheidungen des BGH, ZUM 1996, 1 (1); ders., a. a. O. (Anm. 41), § 6 Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 585; ders., a. a. O. (Anm. 41), Alternativkommentare, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 153; Hufen, a. a. O. (Anm. 41), ZLR 1997, 39 (41); K. H. Fezer, Diskriminierende Werbung - Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265 (268 f.); ders., Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen im Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit, NJW 2001, 580 (581); R. Wendt, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 5 Rdnr. 11; H. J. Ahrens, Anwaltssponsoring vor dem BVerfG, NJW 2000, 3188 (3188); H. Schulze-Fielitz, Anmerkung, JZ 2001, 302 (303); ders., a. a. O. (Anm. 41), Art. 5 I, II Rdnr. 62; T. Sevecke, „Schockwerbung“ der Firma Benetton verstößt nicht gegen § 1 UWG, AfP 2001, 179 (187); J. F. Lindner, Konfrontationsschutz als negative Komponente der Freiheitsrechte - Eine neue grundrechtsdogmatische Argumentationsfigur?, NVwZ 2002, 37 (38); Siekmann, a. a. O. (Anm. 32), DÖV 2003, 657 (658 f.); G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 5 Rdnr. 7; Chr. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Chr. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 25; ders., a. a. O. (Anm. 41), JZ 1983, 405 (414); R. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl. 2004, S. 182 f.; K. Stern, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, § 108 Die Freiheit der Kommunikation und der Information, S. 1396 f.; M. Antoni, in: D. Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2007, Art. 5, Rdnr. 6; H. Sodan/J. Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2. Aufl. 2007, § 32. Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit, Rdnr. 3; Meyer, a. a. O. (Anm. 41), S. 48; Badura, a. a. O. (Anm. 33), S. 173; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 41), S. 241; Sachs, a. a. O. (Anm. 41), Verfassungsrecht, B 5 Rdnr. 11; v. Münch, a. a. O. (Anm. 41), Staatsrecht II, Rdnr. 368; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 29), Rdnr. 551; Bethge, a. a. O. (Anm. 41), Art. 5 Rdnr. 25a; Hatje, a. a. O. (Anm. 32), S. 19 ff.; Selmer, a. a. O. (Anm. 41), S. 516.

46 Vgl. Bomba, a. a. O. (Anm. 41), S. 191.

- 47 Vgl. Lerche, a. a. O. (Anm. 41), Werbung und Verfassung, S. 77; ders., a. a. O. (Anm. 38), Die Meinungsfreiheit, S. 984; Wronka, a. a. O. (Anm. 41), AfP 1975, 787 (789); Pietzke, a. a. O. (Anm. 45), S. 158.
- 48 Vgl. Manssen, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 279.
- 49 Vgl. Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 41), S. 241.
- 50 この点につき、杉原周治「基本権競合論（２・完）」広島法学29巻4号130頁（2006）参照。
- 51 Vgl. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 41), § 6 Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 585; Manssen, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 278 ff.; D. Merten, Zur negativen Meinungsfreiheit, DÖV 1990, 761 (765).
- 52 Vgl. Herrmann, a. a. O. (Anm. 41), S. 14; Tettinger, a. a. O. (Anm. 24), Art. 12 Rdnr. 167; H. U. Erichsen, Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, Jura 1996, 84 (88).
- もっとも学説のなかには、（たとえ両基本権が観念的に競合するとしても）広告禁止は「自由な意見表明を、自己の職業や特定の企業の広告、または特定の薬品の広告と結びつけることのみを禁止しており、意見表明の自由の介入にはあたらない。したがって広告禁止については、職業の自由に基づいてのみ審査されるべきとする立場もある。Vgl. Chr. Starck, a. a. O. (Anm. 45), AöR 1967, 449 (471).
- 53 Vgl. D. Hömig, in: D. Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2007, Art. 12 Rdnr. 3.
- 54 プレスの自由と意見表明の自由の競合をめぐる判例・学説の議論につき、杉原・前掲注（31）「プレスと意見表明の自由の競合（２・完）」83頁以下参照。
- 55 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78巻1号124頁以下（2002）参照。
- 56 例えば H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1966, Artikel 5 Anm. VI 3, S. 245 は、「プレスとは、公的な（一般的）関心事（の範囲）における、印刷製品の公表のみを意味し・・・出版者の単なる商業的関心事や、読者の単なる趣味的（感情的なものを含む）関心事は、これにあたらない。・・・ここでいうプレスとは、政治的・文化的・世界観的ニュースの公表、立場表明の公表、新聞・雑誌におけるその他の実質的な報道のみをいう」と述べていた。またユルゲンスは、「・・・商業広告は、プレスと違って保護される意見表明とは区別される。すなわち商業広告の目的は、報道伝達でもなければ意見表明でもなく、それは『購買意欲をかきたてるために顧客へ影響を与えること』を目的とするものだからであり、それゆえ商業広告についてはプレスと違って「考慮されない」と主張する。Vgl. Jürgens, a. a. O. (Anm. 41), S. 112.
- 57 Vgl. A. Schüle, in: Schüle/Huber, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, 1961, S. 23; Friedrich, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1972, 113 (114); Jarass, a. a. O. (Anm. 45), NJW 1981, 193 (194); ders., a. a. O. (Anm. 41), NJW 1982, 1833 (1834); Friauf/Höfling, a. a. O. (Anm. 45), AfP 1985, 249 (252 f.); A. Hesse, a. a. O. (Anm. 45), ZUM 1987, 548 (550 f.); Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 45), ZUM 1996, 1 (1 f.); Fezer, a. a. O. (Anm. 45), JZ 1998, 265 (268 f.); ders., a. a. O. (Anm. 45), NJW 2001, 580 (581); U. Steiner, The Constitutional Framework for Commercial Advertising in the Federal Republic of Germany, in: W. Skouris (Ed), Advertising and Constitutional Rights in Europe, 1994, S. 123 (132); K. J. Grigoleit/J. Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl. 1996, 596 (600); G. Manssen, Verfassungswidriges Verbot der Benetton-Schockwerbung - BVerfG, NJW 2001, 591, JuS 2001, 1169 (1170 f.); Sevecke, a. a. O. (Anm. 45), AfP 2001, 179 (187); T. Brand, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002, S. 202 f.; M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 15 Presserecht, Rdnr. 15; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 41), S. 242; Badura, a. a. O. (Anm. 33), S. 185; Leisner, a. a. O. (Anm. 44), Berufsordnungsrecht und Werbeverbote, S. 99 f.; Degenhart, a. a. O. (Anm. 45), Meinungs- und Medienfreiheit, S. 300 ff.; Doukas, a. a. O. (Anm. 32), S. 296; Bomba, a. a. O. (Anm. 41), S. 195; Schulze-Fielitz, a. a. O. (Anm. 41), Art. 5 I, II Rdnr. 318; Meyer, a. a. O. (Anm. 41), S. 70 ff.; Kresse, a. a. O. (Anm. 41), WRP 1985, 536 (539 f.); Strodthoff, a. a. O. (Anm. 45), S. 209; Kübler, a. a. O. (Anm. 45),

- Wirtschaftsordnung, S. 19 f.; Manssen, a. a. O. (Anm. 41), Staatsrecht II, Rdnr. 337.
- 58 この点につき、杉原周治「プレスの自由と意見表明の自由の競合(1)」広島法学30巻1号139頁以下(2006)参照。
- 59 学説の対立状況につき、さしあたり、Stern, a. a. O. (Anm. 45), Bd. IV/1, § 109 Die Pressefreiheit und die Filmfreiheit, S. 1614 を参照。
- 60 Vgl. W. Rübner, Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 7 (1968), 41 (59); ders., Grundrechtskonflikte, in: Chr. Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz - Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 453 (476 f.); E. Forsthoff, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, 1969, S. 44; E. Schwark, Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“ in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1970, S. 129; E. Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, 1970, S. 172 f.; F. Kübler, in: Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil D, 1972, D 49; W. Mallmann, in: Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil N, 1972, N15; W. Werner, Innere Pressefreiheit als Verfassungsproblem, 1973, S. 76; R. Ricker, Kein Standeszwang im Pressewesen, ZRP 1976, 113 (115); A. Lahusen, Berufsordnung für Journalisten, ZRP 1976, 111 (112); W. Hoffmann-Riem, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: R. Stöder/W. Thieme (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 385 (392); ders., a. a. O. (Anm. 41), Alternativkommentare, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 153; ders., a. a. O. (Anm. 41), § 6 Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 563 (585); Chr. Starck, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks, NJW 1980, 1359 (1361 FN 29); ders., a. a. O. (Anm. 45), Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 285; D. Merten, Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz wegen verweigerter Mediengesetzgebung, AfP 1985, 169 (174); Degenhart, a. a. O. (Anm. 45), Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rdnr. 758; F. Fechner, Medienrecht, 5. Aufl. 2004, Rdnr. 180; Stern, a. a. O. (Anm. 45), Bd. IV/1, § 109 Die Pressefreiheit und die Filmfreiheit, S. 1614 f.; Manssen, a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 278; F. Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 2007, S. 597.
- パホフは、信仰・良心の自由、信教の自由(基本法4条1項、2項)、芸術の自由、学問の自由、教授の自由(同5条3項)は、職業の自由に対する特別法であり、これを排除して単独で適用されると述べており、この理論はプレスの自由にも妥当すると解していると思われる。Vgl. O. Bachof, in: K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Aufl. 1972, Freiheit des Berufs, S. 170.
- またヘルツォークは、かつては両基本権は特別関係にあり、特別法であるプレスの自由は一般法である職業の自由を排除すると述べていた。いわく、「基本法5条1項1文と同12条1項の間には、プレス活動の職業法的観点に立って法条競合が存し、その結果、基本法12条1項が常に完全に排除されるか否か、またはここでは、両規範の重畳的適合が認められる観念的競合を前提とすべきか否かが、重要な問題となる。そしてここでは、説得力のある解決は、疑いなく、法条競合である」(Vgl. R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig u. a., Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 1968/1982, Art. 5 Abs. I, II Rdnr. 142)。しかしこの見解はその後、両基本権は観念的競合にあるとする立場に変更されている。いわく、「・・・ここでは、旧版で述べた見解とは異なり、〔プレスの自由と職業の自由は〕観念的に競合するとみなさなければならない。なぜなら、基本法5条1項2文と同12条1項は、互いに重なり合う適用領域を有し、さらに基本法12条1項の文言は、同規定はそもそもプレスという職業(Presseberufe)には関連しない、という解釈を認めないからである」(Vgl. R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig u. a., Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 1992, Art. 5 Abs. I, II Rdnr. 142)。
- 61 プレスの自由は職業の自由に対する特別法であるとの見解に対して、学説のなかには、プレスの自由は職業の自由によって排除されると説くものも見られる。Vgl. Pietzke, a. a. O. (Anm. 45), GRUR Int. 1979, 147 (158); Hömig, a. a. O. (Anm. 53), Art. 12 Rdnr. 3.
- 62 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 45), Bd. IV/1, § 109 Die Pressefreiheit und die Filmfreiheit, S. 1614 f.
- 63 Vgl. R. Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 2000, S. 236 ff.
- 64 Vgl. W. Kunert, Pressekonzentration und Verfassungsrecht, 1971, S. 100; P. Schneider, Über die sogenannte

innere Pressefreiheit, in: F. Burkei/D. M. Polter (Hrsg.), Festschrift für Hubert Armbruster, 1976, 211 (220 f.); W. Mössle, Gewerberechtliche Beschränkungen des Pressewesens, AöR 101 (1976), 202 (232 ff.); R. Scholz, Pressefreiheit und presserechtliche Selbstkontrolle, in: P. Lerche u. a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1. September 1981, 1981, 337 (356 f.); ders., Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978, S. 83 f.; ders., a. a. O. (Anm. 13), Art. 12 Rdnr. 161; R. Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), 414 (444); ders., a. a. O. (Anm. 45), Art. 5 Rdnr. 115; M. Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, 1981, S. 78 ff., 298 ff.; S. Detterbeck, Zur Grundrechtsproblematik staatlicher selektiver Pressesubventionen, ZUM 1990, 371 (375); J. Rodewald, Durchsetzung von Programmbindungen und Programmgrundsätzen gegenüber Privatrundfunkveranstaltern, 1996, S. 43 f.; A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 33 Die Berufsfreiheit (Art. 12), Rdnr. 60; Herrmann/Lausen, a. a. O. (Anm. 45), Rundfunkrecht, § 5 Rdnr. 87; Jarass, a. a. O. (Anm. 11), Art. 5 Rdnr. 24a; Schulze-Fielitz, a. a. O. (Anm. 41), Art. 5 I, II Rdnr. 318; H. Bethge, a. a. O. (Anm. 41), Art. 5 Rdnr. 89a; Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 177; Gubelt, a. a. O. (Anm. 9), Art. 12 Rdnr. 95.

またグルント(Hartmut Grund)は、職業の自由と放送の自由が同時に適用されることはないが、このことは「プレス領域(Pressesektor)では異なる」と述べており、職業の自由とプレスの自由は観念的に競合すると解しているようにも見える。Vgl. H. Grund, Das Monopol der öffentlichen Hand im Rundfunk- und Fernsehwesen, DVBl. 1969, 481 (484 FN 72).

ピーロート/シュリンクは、「編集者は職業のためのプレスを有しており、したがって原則として、基本法5条1項だけでなく基本法12条1項の保護の下にも置かれる。それゆえ編集者が自己の仕事を妨害された場合には、第一次的に両基本権が関連するであろう」としつつ、「しかしながら、その妨害がプレスに特有のものであるのか、または職業に特有のものであるのかは区別されなければならないし、それはしばしば区別される」と述べており、両基本権が観念的に競合すると解しているのか否か明らかではない。Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 29), Rdnr. 338.

65 Vgl. Degen, a. a. O. (Anm. 64), S. 298 ff.

66 Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 63), S. 238 (FN 311).

67 この点につき、杉原周治「職業の自由、意見表明の自由、プレスの自由 (1)」広島法学30巻3号99頁以下(2007)参照。

68 この点につき、杉原・前掲注(67)「職業の自由、意見表明の自由、プレスの自由 (1)」100頁以下参照。

杉原周治(すぎはら しゅうじ)

[専攻領域] 憲法学、情報法

[所属] 東京大学大学院情報学環助教