

ドイツ・メディア法序説

—Friedrich Kübler 教授の所説を手掛かりに—

田 中 裕 明

1 はじめに—経済法（競争法）としてのメディア法—

本稿は、Friedrich Kübler 教授の„Medien, Menschenrechte und Demokratie Das Recht der Massenkommunikation“ (2008), 3. Kapitel ⁽¹⁾を手掛かりに（但し、ヨーロッパ人権条約の部分を除く）、ドイツ・メディア法の憲法（ドイツ基本法）上の根拠を紹介し、若干の考察を試みるものである。

ドイツにおけるメディア法の経済法（競争法）的考察については、E. J. Mestmäcker 教授による先駆的業績として、„Meinungsfreiheit und Wettbewerb“ ⁽²⁾ (1986) がある。

* 本稿は松山明日香（2009年度本学大学院修士課程修了（法学修士）。乙部ゼミ出身。宮内法律事務所（神戸市）勤務）の協力による。本稿の作業としては、まず、松山が該当箇所の翻訳を行い、その後、田中が補正し、さらに両名で検討するというスタイルを基本とした（検討後の訳は、松山が整理した）。かかるプロセスを経て本稿は、松山の下作業を土台にして、田中が構成したものである。もちろん、あり得べき誤謬・誤解は全面的に田中の責任である。

- (1) F. Kübler, Medien, Menschenrechte und Demokratie Das Recht der Massenkommunikation, Heidelberg, 2008, S. 60-78.
- (2) E. J. Mestmäcker, Meinungsfreiheit und Wettbewerb, in: Recht in der offenen Gesellschaft, Hamburger Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschafts- und Medienrecht, Baden-Baden, 1993, S. 513-523.

E. J. Mestmäcker 教授が同論文で指摘しているように、ドイツでメディアと競争法とが正面から検討・考察されるようになったのは、新聞業についてである。同論文では、ドイツ連邦憲法裁判所の判決を取り上げている。すなわち、「新聞などの事業 (Presseunternehmen) は社会地域で自由に創設できる。それは私的な経済原則に従って、また私法上の組織形態で活動する。そしてそれは、相互に公権力の介入を原則として許さない精神のおよび経済的競争をするのである」と。そして続けて、「しかしながら、私的な競争制限を抑制し、また世界中に効果を及ぼす新聞社などの集中化傾向に反対するために、新聞社の経済競争に対する国家の介入が必要であることを明らかにすることができる。かかる措置を講じるには、アメリカやドイツにおいて行われているように、一般的な反トラスト法に基づくことができる」とする。⁽³⁾

ここにメディアと競争法とのつながりを確認することができ、メディア法を経済法領域のひとつとして取り上げることが許していただけるであろう。⁽⁵⁾

マス・コミュニケーションにとっての基礎となるドイツ基本法5条の規定は、個々人の思想の自由、意見を表明する自由および講演をする自由というリベラルな考え方に基づいている。ドイツ基本法5条の規定は、複雑な文言がちりばめられているが、これはマス・コミュニケーションの法化 (Verrechtlichung) に寄与した社会文化的なおよび技術的な発展を反映するものである。

(3) E. J. Mestmäcker, a. a. O., S. 516.

(4) E. J. Mestmäcker, a. a. O.

(5) 新聞事業の集中化とその規制について検討する文献として、vgl. W. Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen, 1978. またこのテーマに関連して、ドイツ競争制限禁止法 (現) 35条2項にみる、企業結合の「新聞・出版業に関する特則」について紹介する文献として、沢田克己「西ドイツにおけるプレス結合規制法について (1)・(2)」法学論叢121巻3号49頁以下、122巻2号88頁以下 (昭和62年) 参照。

以下、ドイツ基本法5条の規定に従って考察することにする。

2 情報伝達の自由の保障と限界

ドイツ基本法5条1項1文は次のように規定する。

「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、それを流布し、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。」

F. Kübler 教授は、この規定を二つに区分する。すなわち、前半の、意見表明の自由 (Meinungsfreiheit) という古典的な権利と、後半の、情報の自由 (Informationsfreiheit) という新たに加わった権利である。⁽⁶⁾ そして一般的に承認されていることは、意見表明の自由が、人間の尊厳 (menschliche Würde) において定められた人権の一つとして保護されているということである。

では、意見表明の自由が保障するのは何か。それは何よりも、行政官庁による介入、当局による禁止そして国家による弾圧に対して、かかる妨害を排除することを請求する権利である。それゆえ、意見表明の自由には個人的な権利 (individualrechtlich) としての意義、すなわち主観的な権利 (subjektivrechtlich) としての意義が認められる。

このような防御権を保護する範囲は、非常に広く認められており、それは正当なことである。すなわち、その意見の価値や、その選択された発表の形式、あるいはそれが目指す目的を問わず、あらゆる意見表明 (Meinungsäußerung) が保護の対象とされるのである。そして、この意見には従来とは異なり、今日、主観的な意見と価値判断の表明 (すなわ

(6) F. Kübler, a. a. O., S. 60.

ち、文字通りの狭義の「意見」のみならず、客観的な鑑定意見 (objektiver Befund) の報告や事実関係の通知 (Mitteilung von Tatsachen) も含まれるのである。⁽⁷⁾

したがって、仮に不当な事実関係の主張であったとしても、そのことで一般的に排除されることはないのである。たしかに誤った情報は保護に値しないものである。しかし、意見を述べる人が、一般的に発言の真実性について危険を負担しなければならない場合には、演説・講演の自由は相当に制限されることになるであろう。それゆえ、ドイツ基本5条1項の保護が受けられないのは、意識的にすなわち明確に真実でない事実関係の通知がなされた場合のみである。⁽⁸⁾

このように F. Kübler 教授は、意見表明の自由の保障とその限界の枠組みを設定している。すなわち、個人の主観的な権利としての保障を広く認めつつ、その意見表明が濫用として受けとめられる場合には、これを保障しないとするのである。⁽⁹⁾

ドイツ基本法5条1項にいう「言語、文書および図画」という概念はどのように解するか。F. Kübler 教授によれば、これを限定的にはなく、例示として解すべきであるとする。すなわち、原則としてあらゆる種類の通知方法が、つまり言葉によらないコミュニケーションもまた、象徴的なジェスチャーや合図によっても、それらは保護されるのである。条文にある「表明」と「流布」という言葉が明らかにするのは、個人の内心の意見形成とそれをさらに伝えるということだけでなく、他者への通知の考えられる効果と精神的作用もまた基本法5条1項1文によって捕捉されるということである。⁽¹⁰⁾

(7) F. Kübler, a. a. O., S. 61.

(8) F. Kübler, a. a. O.

(9) この理は、企業における不当表示の問題として構成すれば明白であろう。さしあたり、久保成史＝田中裕明『独占禁止法講義 (第2版)』(平成22年) 188頁以下参照。

意見表明の自由を広く保障することとの対応で、「言語、文書および
図画」という概念についても、これを広く捉えようとする解釈の帰結で
あるといえよう。この立場が、ドイツにおける判例の立場でもある。⁽¹¹⁾

3 リュート判決 (Lüth-Fall)

では、その判例である「リュート判決」を眺めることにする。⁽¹²⁾

1950年9月20日、「ドイツ映画週間」の開催にあたり、ハンブルク州
広報室長であった Erich Lüth が、Veit Harlan 監督の映画「永遠の恋人」
のボイコットを呼びかけたのが事件の発端であった。というのは、その
10年前（いわゆる第三帝国時代）同監督が、当時のナチス宣伝大臣
Goebbels の指示に従って、反ユダヤ主義の駄作「ユダヤ人ジュース」
を制作した監督・脚本家であったことから、ドイツ映画の代表者として
はふさわしくないと判断したのである。

Lüth によるこのボイコットアピールについては、「永遠の恋人」映画
制作会社と映画配給会社の申し立てにより、ハンブルク地方裁判所が
「煽動禁止」の仮処分を下し、ボイコットは認められなかった。ここで
は民法 (BGB) 826条の「良俗違反」による不法行為が理由とされた。

Lüth は、ハンブルク上級地方裁判所に (Oberlandesgericht) 控訴する
と同時に、この地裁判決が基本法5条1項の「意見表明の自由 (言論の
自由)」を侵害するとして、連邦憲法裁判所に連邦憲法裁判所法90条に
基づく憲法異議の申し立てを行った。

1958年1月15日、連邦憲法裁判所は、自由な意見表明に関する基本権
が社会における人格の直接的な表現として最上級の人権の一つである旨

(10) F. Kübler, a. a. O.

(11) Vgl. BVerfGE 7, 198, Urteil v. 5. 1. 1958.

(12) リュート判決については、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効
力——リュート判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』
(平成8年) 126頁以下において解説がなされている。

を述べて、ハンブルク地裁判決を破棄し、原審に差し戻した。連邦憲法裁判所の判旨は次の通りである。⁽¹³⁾

1. 「……基本権は、……人間の尊厳と人格発展権を中心点とする客観的価値秩序を形成しており、この価値体系は、憲法の根本的決定として、民法を含む法の全領域に妥当し、解釈の指針となる。」
2. 「基本権は、……公序の一部を成す強行法的私法規定を媒介として侵入する。なかんずく、民法826条の良俗のような一般条項を侵入地域 (Einbruchsstelle) とする。」⁽¹⁴⁾
3. 「……連邦憲法裁判所は、民事判決の法的瑕疵一般を審査するのではなく、民事判決が基本権の私法への射程と効力を適切に判断したか否かを審査する。」
4. 「言論の自由の基本権は、言論のみならず、言論自体に含まれる価値判断から生じる効果をも保護する。言論の自由と他人の法律上の保護法益が衝突する場合は、利益衡量がなされなければならない。……利益衡量の方法により目的・手段の観点から、言論が世論形成に貢献する場合は、言論の自由の適法性が推定される。」
5. 「民法826条は基本法5条2項の一般法律である。この一般条項の解釈においては、言論の自由の基本権の意義と範囲が判定され、利益衡量がなされなければならない。……価値秩序の内部で言論の自由の基本権と対立する基本権主体たる他の私人の保護法益を、利益衡量によって調整しなければならない。ボイコット煽動の動機は利益追求ではなく、目的はドイツの国際的信用の保持であり、Lüthも……態度に誠実さがあり、方法も適法である。Lüth の言論は、自

(13) 以下、連邦憲法裁判所の判旨は、木村前掲からの抜粋である。

(14) 本文では、そのまま抜粋したが、Einbruch をそのまま「侵入」とするよりは、「……私法規定を媒介とする。……一般条項を手掛かりとする。」とした方がわかりやすいのではないだろうか。

由主義的民主制に本質的な世論形成に貢献するものであり、Harlanの職業上の利益、芸術的人格の発展、映画会社の経済的利益に優越する。結局、ボイコット煽動を含む言論は、必ずしも民法826条の良俗に違反せず、事案の全事情を衡量して言論の自由によって正当化される。」

F. Kübler 教授自身による明確な「リユート判決」に対する評価は示されていない。本判決については文献上、様々な意見があることを述べた上で、もっぱら、本件では国家による干渉が問題なのではなく、相反する考えと利害との、市民法上 (zivilrechtlich) 決定的な対立が問題なのであって、この対立についてドイツ基本法5条が重要であるとの認識を示している。⁽¹⁵⁾そして、自由主義的・民主主義的国家秩序にとっては、基本法5条のような基本権はまったく建設的なものである、と解している。なぜならば、本条によって、絶えることのない精神的な議論、その生命線である意見闘争 (Kampf der Meinungen) が初めて可能となるからである。その限りで、基本権の保障が客観的な規範として機能する、とみている。⁽¹⁶⁾概ね、連邦憲法裁判所の判旨で示されたところを支持されているように思われる。

本判決以来、最高裁判例は、情報伝達の自由 (Kommunikationsfreiheit) に関する主観的権利としての意義と客観的権利としての意義の並存と協力 (Nebeneinander und Ineingreifen) とによって決定されている。

4 意見表明の自由と民主主義秩序との結びつき

続いて F. Kübler 教授は、意見表明の自由と民主主義秩序との結びつき (Verknüpfung) について、客観的権利としての側面あるいは、制度

(15) F. Kübler, a. a. O., S.62.

(16) F. Kübler, a. a. O.

上のまたは憲法構成上の (institutionell oder verfassungsstrukturell) 側面から検討する。

かかる結びつきには、重要な方法論上のおよび実質的な示唆が認められる。ここで問題なのは、まず、個々人に繰り広げられる自由な活動の余地を高権的介入 (hoheitlicher Zugriff) から守ることではなく、むしろ世論形成の意味関係および機能関係 (Sinn-und Funktionszusammenhang) の、すなわち全関係者にとっての情報伝達要件を適切に考慮し、これを満足させるために設定される共通の財産 (kollektives Gut) の、作用の仕方 (Wirkungsweise) を保持し改善することである。⁽¹⁷⁾そしてその限りで、より慎重な衡量、調整が重要である。

加えてこの場合、吟味される問題の意義と当事者の動機が考慮されなければならない。F. Kübler 教授の説くところでは、私的な議論のために基本権を行使するのではなく、むしろ話し手がまず世論形成のために寄与しようとし、したがってそのため、その人の意見が他人の個人的な権利領域に多少の影響を及ぼすのは避けられない結果ではあるが、それは決して意見表明本来の狙いではないところでは、何よりも基本法5条1項1文の自由な内容が重要であるに違いない、とされる。⁽¹⁸⁾まさに、目的と手段の関係がここでも問われることになるのである。すなわち、私的な法益の保護を取り下げることができ、またそうしなければならない場合には、それだけいっそう、私的な、とりわけ経済的な交渉において、そして利己的な目的の追求においては、直接この法益に向けられた議論が重要なのではなく、実質的に公益を理由とする問題における精神的な意見闘争への貢献が、それを正当化することを通じて、重要となるのである。したがってこの場合には、自由な発言をすることが許されるものと推定される。⁽¹⁹⁾

(17) F. Kübler, a. a. O.

(18) F. Kübler, a. a. O.

(19) F. Kübler, a. a. O., S.63. もっとも F. Kübler 教授は、自分の意見を述

続けて F. Kübler 教授は以下のように述べる。

ドイツ基本法 5 条 1 項が保障するのは「言論の自由」だけでなく、一般に入手可能な情報源から妨げられることなく、これを知る権利がある。情報の自由という基本的権利は、ドイツ法上、独自の伝統を持つものではない。すなわち、ドイツ基本法におけるその明示的な保障——知る権利——は、かつての国家社会主義による弾圧の経験に基づく憲法上の対応 (Reaktion) である。後者 (情報の自由) と前者 (意見表明の自由) とは密接な関係にある。すなわち、情報の自由がなければ自由な意見表明はあり得ず、聴衆がいなければ言論の自由も機能しないのである。しかしながらそれにも関わらず、情報の自由は、意見表明という基本権と並んで、独自の基本権とみられなければならないのである。⁽²⁰⁾

何よりもまず情報の自由も、国家による制限と妨害に対する防御権を保障する人権である。この場合の保護の客体はとりわけ、どの情報源が役に立つかについて自由に選択することができる決定権である。またその限りでは、結局のところ、自己決定権が重要である。しかもその保証 (Verbürgung) は、意識的な選択決定に限定されず、例えば注文なしに送付された著作物を単純に受け取る場合にも及ぶはずである。しかしそれは、現実には、一般的に入手可能な資料に限定されるのである。この言葉を以てすれば、ドイツ基本法 5 条 1 項 1 文は、公表されていない事実の通知、あるいは内部情報へのアクセスに基づく官庁、企業、私人に対する請求権を開いていないことが明らかにされることになる。⁽²¹⁾

ここでいう一般的に入手可能というのは、現実の状況、実際の状態を決定されるのであって、法的な規制によるものではない。したがって基

べる者の特別な資格というメルクマール—正当化事由—については疑問を呈している。前述のリュート判決では、Lüth のドイツ＝ユダヤ問題に関わったという、ほとんど個人的な特別関係を通じて、自らの見解を公に示す資格があるとした点が疑問であるとされる (a. a. O. (Fn. 17))。

(20) F. Kübler, a. a. O.

(21) F. Kübler, a. a. O.

本権は、法律によって許されているような場合であっても、受信禁止、押収、没収あるいは技術的な無線妨害による国家の介入を防がなければならないのである。とりわけ国内外のマス・メディアは、一般的に入手可能な情報源である。⁽²²⁾

さらに意見表明の自由と民主主義秩序との結びつきの締めくくりとして情報の自由 (Informationsfreiheit) について、以下のように F. Kübler 教授は述べる。

意見表明の自由と同様、情報の自由もまた、主観的な防御権 (Abwehrrecht) としてのみならず同時に、民主主義的国家形態との機能的な結びつきが明らかにされる客観的な法規範として解される。すなわち、情報の自由は民主的共同体 (Gemeinwesen) にとって不可欠である、世論形成および意思形成のプロセスにも有用なのである。そしてその限りで、情報の自由は受信者の自由 (Rezipientenfreiheit) とも称される。⁽²³⁾

ここで F. Kübler 教授は、受信者の自由という客観化が重要であるとす。それは、客観化がマス・コミュニケーション手段の法的秩序、すなわち「メディア体制 (Medienverfassung)」は制作側の利益のみならず、読み手、聞き手および視聴者の利益と要望をも考慮しなければならないことを明らかにするからである。

それ故、情報の自由という基本権は私法上の関係にも影響を与えることがある。例えばこの基本権は、共同アンテナまたはケーブルの接続を通じてドイツ語番組のみを受信することになっている場合に、住宅の貸し主はトルコ人賃借人にパラボラアンテナの設置を許し、トルコ語のテレビ番組を受信することができるようにすることを義務づける。⁽²⁴⁾ 自国語による情報源へのアクセスを保障することが、市民法秩序のレベル——私法関係——でも求められるところである。

(22) F. Kübler, a. a. O., S. 64.

(23) F. Kübler, a. a. O.

(24) F. Kübler, a. a. O.

すなわち、間接的に一般の人々への情報伝達 (Unterrichtung der Allgemeinheit) も、マス・メディアに重大な出来事およびニュースへのアクセスを開き、それを保証することで促進されるのである。そして、情報の自由は、それが客観化されたときの意義につき、国家による手続きの機密保持と透明性を規律する規定および原則の解釈と具体化のために、これを引き合いに出すことができる。さらに、行政の公開作業あるいは特定の出来事に報道規制を施すその権限もまた、一般の人々への正当な説明要件 (Aufklärungsbedürfnisse) に照らして確認すべきである。⁽²⁵⁾

この F. Kübler 教授による後半部分の記述は、知る権利についての保障を確認するものである。民主主義秩序にあっては、自由に意見表明することができる権利が保障されていることと、そのための情報へのアクセスが保障されていることが、いわば車の両輪として不可欠である。

本稿冒頭で掲げた E. J. Mestmäcker 教授の前記論文においても、意見表明の自由と民主主義秩序について触れている。ここで一瞥することにする。

E. J. Mestmäcker 教授は、まず、西欧の民主主義において一致していることは、意見表明の自由を可能にし、それを実現することがメディアの使命であるということである、と述べる。⁽²⁶⁾ すなわち、意見表明の自由の担い手たるメディア (Medien der Meinungsfreiheit) は、言葉の文字通りの意味によれば、他人の意見、つまり市民の意見を媒介し、それを広める使命を有しているのである。

そして続けて彼は、現在、意見表明の自由はあらゆるところで「マス・メディアの自由」となっており、マス・メディアとの関係においても、市民の権利として意見表明の自由が存在することを想起する必要がある、と述べる。⁽²⁷⁾ すなわち、アメリカ、カナダ、イタリアおよびドイツにおい

(25) F. Kübler, a. a. O.

(26) E. J. Mestmäcker, a. a. O., S. 513.

(27) E. J. Mestmäcker, a. a. O.

て、新聞、放送および映画は単に「メディア」としてだけではなく、最高裁の判例によって世論形成の独立の要素として承認され、保護されるのである。その結果、多元的民主主義におけるマス・メディアの自由に対する公益が生じる。しかしそこから、メディアの自由が公益と合致することができる条件を法と政治によって確保する国に対する要求も生じるのである。確かに、世論は国家から独立して形成されるべきであるということについては一致している。しかし、そのことからメディアへの接近、メディア組織およびメディアの権利と義務に適用される規制に関しては一致をみることは決してないのである。同様に、個々の市民が技術的に利用することのできるメディアの手助けを借りて情報を得たり、あるいはそれを楽しめる条件についても一致をみることはないのである。⁽²⁸⁾

E. J. Mestmäcker 教授の説くメディアの使命は、基本的に、F. Kübler 教授が述べるところと同じであろう。もっとも、多元的民主主義社会にあっては、多元的であるがゆえにメディアの自由に向けられる規制の在り方は多様であり、それについての捉え方は各人でさまざまである。そこに、前述のように、メディア企業に対しては競争法上の規制を一般事業者と同じように仕向けることができない困難さが伴うわけである。

次に、関連する問題として、メディアと政治について E. J. Mestmäcker 教授の説くところをみておく。

まず、意見表明の自由という理念に対する期待、すなわち、メディアが政治と法から独立して発展するであろうという期待ははかなく終わり、むしろメディアが国家から独立すべきことを要請することは、メディアの機能とその発展に対する公益と緊張関係に立つことが明らかとなる、と E. J. Mestmäcker 教授は述べる。⁽²⁹⁾そして、「正しい」メディア体制 (die »richtige« Medienverfassung) をめぐって激しいまでに苦心して取

(28) E. J. Mestmäcker, a. a. O.

(29) E. J. Mestmäcker, a. a. O., S. 514.

り組み、努力を払ってきた理由は、一時の (auf Zeit) 政治権力をめぐる闘争の中で民主主義において有するメディアの重要性である、とする。

最後に、メディアは、その側で非常に高度の自律性をもつ政治的、経済的および技術的制度の一部として発展している。意見は、ニュース、サービス、番組、コマーシャル・メッセージ (Werbebotschaft) となる。それらは、有償の商品として、あるいは使用料を払う公共財として提供される。既にそれ故、メディアの発展に対する法と政治の影響を切り離して把握することはできないのである、と結論する。⁽³⁰⁾

以上のように、政治や経済が民主的に機能している社会にあっては、メディアの果たす (べき) 役割には大きなものがあり、その責務も重大であることが分かる。

5 ドイツ基本法5条1項2文および3文によるメディアの自由

ドイツ基本法5条1項2文および3文は次のように規定する。

「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、これを保障する。検閲は、これを行わない。」

この規定について、F. Kübler 教授は、とりわけ、固有の基本権規定の中でドイツ基本法は出版の自由を意見表明の自由から分離し、フィルムと放送という新しいコミュニケーションの方法を考慮してきたことを通じて、ドイツ基本法は旧来のドイツ憲法 (die älteren deutschen Verfassungen) および外国の憲法とは区別される、と述べる。⁽³¹⁾そして、このような体系的な区分だけでなく、出版および放送の自由についての最高裁による具体化によって、ドイツ基本法5条1項2文の保障が構造的に1文のそれとは異なるものとして考察すること、および出版・放送の

(30) E. J. Mestmäcker, a. a. O.

(31) F. Kübler, a. a. O.

自由を「メディアの自由」という概念のもとに総括することが想起される、とする。⁽³²⁾

つまり F. Kübler 教授は、2文において、1文で保障される意見表明の自由に加えて、それを流布する媒体、すなわちコミュニケーションの方法にも着目して、これを基本権の一つとして保障する旨を明らかにしていると捉えるのである。そして、この2文をもってメディアの自由という概念の憲法上の根拠とするわけである。

次に、F. Kübler 教授は、2文の規定が包含する問題について言及する。

ドイツ基本法5条1項2文は、簡潔に「出版・報道の自由は、これを保障する」と定める。ここでいう出版・報道は、複写などの技術的な手法による他の情報伝達の形態とは区別される。この点、争いはない。議論の余地があるとされるのは、出版・報道という概念はプリント・メディア（「印刷された文字」）のみを対象にするのか、あるいは磁気録音テープ、レコードまたはビデオディスクのような機械的な複製品の形態も含むのか、である。なぜなら、ここで重要なのは、（複製品であっても）一定のメッセージを現実に通ずることになるからである。出版・報道の自由についても、最高裁判例は、国家による介入と制限に対する防御権という主観的な権利保障と客観的な権利保障とを区別している。とくに、後者は意見形成という民主的機能に関わるものである。すなわち、出版・報道の自由という基本権は意見表明の自由の下位にのみ位置付けられるのではなく、むしろそれを上回るものである。なぜならば、それ以上に、出版・報道の制度的自主性が、情報の入手によりニュースや意見の普及にまで、保障されるからである。⁽³³⁾

ここでいう報道の制度的保障は、世論の担い手およびその流布者の一つとして、自由民主主義の利益において、報道の世界で活動する人々の

(32) F. Kübler, a. a. O., S. 64-65.

(33) F. Kübler, a. a. O., S. 65.

主観的な公的権利を含むものである。すなわちそれは、自分たちに適切と思われる形で他のすべての市民と同様に自由に、誰にも妨げられることなく自分の意見を表明する権利である。自由に意見を述べるという基本権が自由民主社会にとって全面的に建設的である (schlechthin konstituierend) 場合には、それは報道の自由という基本権にも同じように当てはまるに違いない。なぜならば、報道は政治的な意見形成に決定的に貢献するからである。⁽³⁴⁾

判例は、その機能が憲法という特別な保護のもとにある「自由な報道 (Freie Presse)」という制度について言及している。この報道という特別な地位は、憲法上の秩序の中で、報道に割り当てられた役割に対応している。すなわち、報道には「公的な義務」の遂行が課せられているのである。報道という制度に許される特権と義務負担という二つの側面については議論を呼んでいるところである。⁽³⁵⁾

次いで F. Kübler 教授は、通信の自由をめぐる論点について言及する。

ドイツ基本法 5 条 1 項 2 文では、報道の自由と並んで、「放送を通じての通信の自由」を保障している。放送という概念は、新たな技術の発展により、その一義性 (Eindeutigkeit) を失っている。もっとも、一般公衆に向けて、一定の聴覚と視覚に訴える上演を電子工学的に普及することが放送の自由という憲法上の保障の対象となっており、通信という構成要件 (Tatbestandsmerkmal) は制約 (Einbeschränkung) として解することができない、という点については争いの余地はない。⁽³⁶⁾

同条の「通信」という限定的な言い回しにもかかわらず、放送の自由は本質的に報道の自由とは区別されない。放送の自由は、他の種類の番組と同じように、純粹に報道のための番組にも当てはまるからである。

(34) F. Kübler, a. a. O. これは、判例の認めるところである (Vgl. BVerGE 10, 118, 121.)

(35) F. Kübler, a. a. O.

(36) F. Kübler, a. a. O., S. 66.

確かに、情報や意見というものは、ニュースあるいは政治的コメントによるのと同様、テレビドラマあるいは音楽番組によっても伝えられるものである。すなわち、いずれの放送プログラムも当該番組の選択および番組の制作により、既に一定の意見形成効果を有しているのである。とりわけ重要なのは、放送の自由は初めから第一義的に客観的な権利の保障として理解されていたことである。つまり、放送による自由な意見形成には、法的に保護すべき特殊な組織が必要とされるのである。それゆえ、ドイツ基本法5条は、そのような法律の公布を求めるものであるといえる。⁽³⁷⁾

その際中心となるのは、個々にはっきりと言葉にすることではなく、公的なコミュニケーションのプロセスである。すなわち、放送の自由は「信託的 (treuhänderisch)」自由であり、公共の利益のために行使すべき「献身的な」自由である。そのとき、主観的な権限が認められるのは、番組の手はずを整える自然人および法人の放送の自由を個別に尊重することを要する、憲法の求める放送規定に依拠することによってである。部分的に放送の民営化が行われたにもかかわらず、連邦憲法裁判所が頑なに守ってきたこの考え方は、その間、とりわけ活発な議論の対象となっている。⁽³⁸⁾

ドイツ基本法5条1項2文をめぐる問題の結びとして、F. Kübler 教授は「フィルムによる通信の自由 (Berichterstattung durch Film)」を取り上げる。

このフィルムによる通信の自由は同条項で保障されているが、実際上、報道の自由や放送の自由に対するほど独自の意義を得ていない。⁽³⁹⁾ その理由は、さしあたりメディアの画定にある。すなわち、「フィルム」は、

(37) F. Kübler, a. a. O.

(38) F. Kübler, a. a. O. まさにこの点が、ドイツ・メディア法の生成・発展の要因であると思われるが、本稿では取り上げない。

(39) F. Kübler, a. a. O.

そのために集まった公衆の前での上映を求めるものである。ちなみに、テレビの中継は「放送」である。⁽⁴⁰⁾ そのほかの理由には、政治的情報を伝えたり世論を形成したりするメディアとしてのフィルムは背後に押しやられてしまっていることが挙げられる。ただ、映画館での週刊ニュース映画の代わりに、毎日、テレビニュースが登場している。⁽⁴¹⁾ それゆえ、フィルムを客観的権利保障の対象とするような動きはない。すなわち、民主的な公的機関 (Gemeinwesen) にとり必要不可欠である世論形成と意思形成は、映画館という裁きの場 (das Forum) で行われることはないのである。このような理由から、憲法は国家によるフィルム振興に対する権利を認めることができないのである。

なお、形式的に欲求が盛りだくさんである (娯楽) フィルムなるものは、ドイツ基本法 5 条 3 項による芸術の自由という、より強力な保護を享受している。⁽⁴²⁾

最後に、ドイツ基本法 5 条 1 項 3 文の「検閲の禁止」(「検閲は、これを行わない」) について取り上げる。これは、「制限の制限 (Schranken-schranke)」と称される。⁽⁴³⁾ 検閲の禁止は、ドイツ基本法 5 条 2 項で意図されている、同 1 項の情報伝達の自由を法律上制限する権限を制約するものである。例外を許さない、その絶対的な性格に鑑みて、検閲の禁止は厳格かつ形式的に解される。国家による予備検閲、すなわち公刊を禁じたりあるいは他の方法でそれを妨害したりできる当局への公表および頒布を、あらゆる種類の情報伝達 (通信、解説、映画等々) について事

(40) さらに、F. Kübler 教授によれば、ビデオカセットやビデオディスクの販売は、(広義の)「通信 (Presse)」であるとする。

(41) この点は日本でも同じ状況であろう。かつて、「夢工場 (dream factory)」と呼ばれた映画館に取って代わったのがテレビである。テレビが日々新たに発信される情報の提供に役立ったからである。今日、そのテレビでさえも、情報発信の地位を他の手段に譲る状況になっている。

(42) F. Kübler, a. a. O., S. 67.

(43) F. Kübler, a. a. O.

前呈示する、制裁を伴う義務は全面的に許されないのである。判例によれば、「公表あるいは頒布の許可が当局に左右されない場合、単なる当局への届け出義務あるいは呈示義務は検閲措置ではない」とされる⁽⁴⁴⁾。

私法上合意されている自己規制の仕組み、例えばドイツ報道審議会あるいは映画産業の任意の自己規制（倫理規定自主管理）および法律違反の告知に対する事後的な制裁のようなものは、検閲の禁止に含まれない。したがって、検閲・予備検閲いずれも、いかなる事情があろうとも決して許されることはないのである。むしろその許可は、ドイツ基本法5条2項の柔軟な基準を手掛かりにして審査されるべきである⁽⁴⁵⁾。

6 むすびにかえて

本稿の冒頭（はじめに）で経済法としてのメディア法に言及した。それは、本稿の材料となった文献の著者 F. Kübler 教授が会社法・経済法の研究者でもあるからである。また、既に述べたように、ドイツ会社法・経済法分野での権威者である E. J. Mestmäcker 教授が、ドイツ・メディア法研究の草分けでもあるからである。したがって、ドイツにおけるメディア法研究の歴史はまだ浅い。もっとも本稿では、メディア法を経済法として位置づけることが可能であるということを示したに過ぎない。もっぱら、メディア法の憲法上の根拠を確認する作業が中心となった⁽⁴⁶⁾。

(44) Vgl. BVer GE 33, 52, 74.

(45) もっとも、組織内の措置については、それが古典的意味での検閲とされることはない。例えば、出版者、新聞編集長あるいは公法上の放送施設ディレクターの規制権限は、ドイツ基本法5条1項3文によって影響されることはない (F. Kübler, a. a. O.)。

(46) メディアを対象に経済法の問題として取り組む場合、考えられるのはメディア企業に対する規制（経営統合、株式保有等の結合規制）の問題である。かかる問題も含めて、舟田正之先生による「放送法の研究」の刊行が待たれるところである。メディアと独占禁止法の関係にも言及する研究として、アメリカ法が中心であるが、山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』（2010年）213頁以下参照。

ドイツ・メディア法に向けられる憲法上の要請は、基本的にわが国におけるメディア法分野にも妥当するものであろう。とりわけ、わが国の場合、かつて報道の自由はないに等しい時期があったからである。このようかつての「負の歴史」に鑑みると、F. Kübler 教授が指摘される「意見表明の自由」、「知る権利」等々の重みを改めて認識させられるところである。

ドイツも日本も民主主義の浸透、発展・充実化のためにアメリカ法の影響を受けている。メディア法の分野も例外ではない。この点について、F. Kübler 教授が直接言及されることはなかったが、この分野の研究の歴史が浅いことから、この指摘に誤りはなからう。20世紀後半における各法分野でのアメリカ法の継受に、日本もドイツもないわけである。⁽⁴⁷⁾

さて、F. Kübler 教授の説かれたところから何を学ぶべきであるか。

一口にメディアといってもその態様は、今日実に多様である。メディアの在り方は、その技術、新しい媒体の登場等まさに日進月歩である。ここでは、多様なメディアに共通すると思われる点を指摘することでむしろすびとしたい。

ここで取り上げるべき、多様なメディアの「共通項」とは、思うに、「人間の尊厳」ではなからうか。メディアに係る技術の進展は、偏に広い意味でのユーザーの便宜のためであるはずである。メディアの歴史を振り返ってみれば容易に認めることができることである。

「人間の尊厳」を軸に据えることで、メディアに向けられる憲法上の

(47) もちろん、継受の在り方には違いがある。例えば、独占禁止法にあっては、日本は経済の民主化の指針の下、1947年にいわゆる原始独占禁止法を制定したが、ドイツでは日本に遅れること10年、1957年に競争制限禁止法を制定した。日独共に、アメリカを中心とする連合国側の指導の下、独占禁止政策の推進に取り組んだわけであるが、ドイツは独自の独占禁止政策にこだわった感があり、アメリカ反トラスト法をそのままモデルにはしなかったのである。ドイツ競争制限禁止法の制定過程については、高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』（1997年）62頁以下参照。

要請との整合性が保たれることになる。「人間の尊厳」こそ普遍的価値を示すものであり、民主主義の礎となるものである。憲法上、「表現の自由」、「知る権利」等が人権の中でも最重要視されるのも、これらが「人間の尊厳」に直接応えるものだからである。⁽⁴⁸⁾

「人間の尊厳」という軸（価値原理）は、メディア規制の際の判断基準となるばかりでなく、逆に情報を発信する側としてのメディアの指針ともなるものである。メディア規制とメディアの自由との調和を図ることは困難を伴うであろうが、「人間の尊厳」を判断基準とすることで、この困難さも緩和することができると思われる。

F. Kübler 教授の考えの「通奏低音」とも呼ぶべき部分も、おそらく同じではなかろうかと思われる。

「むすび」の段階になって、上述のような大風呂敷を広げた話になってしまった。憲法を背景にメディア法を捉えようとした試みの結果であるが、不勉強の極みである。本稿の revision は他日を期したい。

本稿ではメディア法と憲法との関わりを取り上げた。経済法を研究する者にとって憲法を検討対象とするとき、一橋大学名誉教授・法学博士故田中誠二先生の次のお言葉が思い起こされる。

「……商法の基礎に民法があると申しましたが、それよりも一つさかのぼれば憲法があるわけです。所有権の思想にしても、みんな憲法に基礎があるわけで、それに基づいて民法の所有権の規定、あるいは権利濫用禁止の規定が入ってきている。男女平等についても同様です。ですから、やはり憲法というものは非常に重要と考えなくてははいけない。

これは経済法にも関係があるので、いまの経済法をやるのには日本国憲法の、ドイツでいえば基本法というものがドイツ経済法に非常に関係

(48) このような考えを強く抱かせて戴いた文献のひとつに、松井茂記『「マス・メディアと法」入門』（1985年）がある。

しているわけですし、憲法の勉強は経済法の勉強には欠くべからざるものだと思うのです。」(田中誠二『商事法と共に六十年——その回顧と展望——』(1982年) 319頁)

なんとも重いお言葉である。これは、私が大学院修士課程入学の時に、恩師一橋大学名誉教授・法学博士故久保欣哉先生よりご紹介して戴いたものである。私にとっては研究の原点でもある。今回、本稿に取り組んだことは、この原点に立ち返るきっかけになった⁽⁴⁹⁾。

〈追記〉

乙部先生とは、法科大学院での試験監督の折りに、先生から「松山の指導をよろしく」とのリクエストを受けたことがある。はたして、本稿がそのリクエストに応えたものに値するかどうか心許ないが、一つの形にはした。先生にも松山にも、本稿が十分ではないことは承知している。恥ずかしながら、これが私の現状(限界)である。これまで扱ったことのないテーマであるので、挑戦的な試みとしてご寛恕を請う次第である。

本稿の土台となった下作業は、毎週木曜日、松山が仕事を終えてから行われ、約半年ほど続いた。本稿は、そのような地味な作業に報いることができればと思い、取り組んだものであることを付け加えておきたい。

(49) 併せて、本稿執筆の機会を与えてくれた松山に感謝したい。