

ドイツにおける消極的意見表明の自由

——たばこ製品の包装における警告表示義務を素材として——

岡 田 俊 幸

- I はじめに
- II 一九八九年一月一三日たばこ製品表示指令と学説の展開
- III 一九九七年一月二二日連邦憲法裁判所第二法廷決定
- IV 新規制の憲法適合性
- V 日本国憲法における消極的表現の自由
- VI 結語

I はじめに

二〇〇六年（平成一八年）に実施された第一回（新）司法試験の論文式試験問題公法系科目第一問は、たばこ製品の包装における警告表示義務の憲法適合性を検討することを求めるものであり、「本問における核心的な問題」の一つは、「他者の意見を記載することを強制されること（消極的表現の自由Ⅱ強制からの自由）」に關わる憲法上の問題であるとされているが、⁽¹⁾ 出来の良き答案は必ずしも多くなかったようで、司法試験考査委員からは、出題者としては、「消極的表現の自由」とは、「他者の意見を記載することを『強制されない自由』」であり、「消極的表現の自由が、単なる『言わない自由』や『沈黙の自由』ではないことを理解した上で論述すること」を期待していたが、⁽²⁾ 受験生は、「自分の意見でない他者の意見を自分のパッケージに記載することを義務付けられることの問題性」Ⅱ「強制からの自由を巡る問題」という「基本的問題に気付いてくれなかった」とのコメントがなされた。⁽³⁾ また、「消極的表現の自由には触れている」答案でも、「その内容をきちんと把握しないまま記述しているものが多い」とか、「たばこに対する警告表示を義務付けることがどういう意味で消極的表現の自由の問題になるのかをきちんと説明した上でない」と次のステップに本当は移れないはずなのに、そこを飛ばしてしまう答案が多かった」などとも指摘されている。⁽⁴⁾ しかし、「教科書・概説書では、一般に、表現の自由の中で消極的自由という概念は説明がされていない」こと、さらに、出題された「問題に直接かわる判例はない」ことを考慮すると、⁽⁶⁾ 出題者側からも指摘されているように、「限られた時間の中で、考え、資料を読み、書かなければならない受験生が出来なかったとしても、責めることはできない」⁽⁷⁾ と思われる。

第一回（新）司法試験が実施されてからすでに一〇年の時が流れた。現時点においても、出題された「問題に直接かわる判例はない」し、「教科書・概説書では、一般に、表現の自由の中で消極的自由という概念は説明がされていない」という状況に大きな変化はないが、この一〇年の間に、二〇〇六年（新）司法試験論述式試験問題公法系科目第一問（以下、「二六年公法系第一問」という。）についていくつかの優れた解説が公表されており、消極的表現の自由の内容についても、また、警告表示義務がどういう意味で消極的表現の自由の問題になるのかについても、さらに、たばこ製品の包装に警告表示を義務付けることは基本権の制約であるとして、当該基本権制約が正当化されるのかについて、立ち入った検討が加えられている。筆者は、最近、ドイツの判例・学説を素材として、上記の問題点について若干の検討をする機会をもったのであるが、消極的表現の自由の内容などについて、すでに公表されている見解とは若干異なる見解をもつに至ったので、私見をここに公表することにした。

さて、ドイツにおいては、「自分の意見でない他者の意見を自分のパッケージに記載することを義務付けられることの問題性」に「直接かわる判例」が存在する。それは、たばこ製品の包装において健康に対する喫煙の危険性の警告を流布させることを義務付けることが基本権に合致するかどうかについて判断した一九九七年一月二二日ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷決定^⑩（以下、「九七年決定」という。）である。〇六年公法系第一問が同決定を素材として作成されたものであることは周知のことであり、九七年決定は、司法試験受験生にも広く知られた判例として、連邦憲法裁判所の判例の中でも独特の地位を占めるものであるが、九七年決定に関する文献は意外に少なく、九七年決定についての情報を司法試験関係者の方々にもう少し提供する必要があるのではないかと考えた次第である。^⑪また、ドイツにおいては、たばこ製品の包装における警告表示義務の憲法適合性という具体的争点が「消極的意見表明の自由」を

めぐる学説上議論を誘発し、連邦憲法裁判所の上記決定が出されるに至ったことから、「教科書・概説書」でも「消極的意見表明の自由」について説明がなされるのが通常となっており、「たばこに対する警告表示を義務付けることがどういう意味で消極的表現の自由の問題になるのか」等の問題点についてもかなり詳細な議論の蓄積がある。それ故、ドイツの判例・学説は、消極的表現の自由の問題に関連して日本国憲法二二条一項の解釈論を構築するに当たって大いに参考になるものと考えられる。そこで、筆者は、本稿において、日本国憲法二二条一項の解釈論を本格的に展開するための準備作業の一環として、九七年決定を詳しく紹介・検討するとともに、「消極的意見表明の自由」に関するドイツの学説を詳しく紹介・検討することにした。

以下、まず、九七年決定を検討する前提作業として、同決定以前における、消極的意見表明の自由及びたばこ製品の包装における警告表示義務の合憲性に関する学説の状況を紹介・検討する(Ⅱ)。そして、九七年決定を詳しく紹介し、同決定について若干の考察を加える(Ⅲ)。さらに、二〇〇五年の命令改正によって規律された新しい警告表示義務の憲法適合性について検討する(Ⅳ)。また、ドイツの判例・学説の検討を踏まえて、日本国憲法二二条一項の解釈論について若干のコメントを行っておきたい(Ⅴ)。

Ⅱ 一九八九年十一月一三日たばこ製品表示指令と学説の展開

1 一九八九年十一月一三日たばこ製品表示指令

周知のように、ドイツにおいて、消極的信仰の自由、消極的結社の自由、さらに消極的団結の自由は、古典的な

テーマとして数多くの研究の対象とされてきた。⁽¹⁵⁾これに対して、消極的意見表明の自由については、ドイツにおいても、必ずしも十分な議論がなされてきたわけではない。消極的意見表明の自由に関する解釈論に理論的展開のきっかけを与えたのは、一九八九年一月二三日に採択された「たばこ製品の表示に関する加盟国の法規定及び行政規定の統一に関する理事会指令（89／622／EWG）」⁽¹⁶⁾（以下、「指令89／622」という。）において定められたたばこ製品の包装における警告表示義務であったと言える。指令89／622は、たばこ製品の包装について、以下のような警告表示義務を定めた。たばこ製品のすべての包装の「もつとも目に付きやすい面」に「喫煙／たばこは健康を危険にさらす」という「一般警告表示」を記載しなければならない（四条一項）。また、他の面に「特別警告表示」が記載されなければならない（四条二項）。その際、各加盟国は、指令の付表に列挙された特別警告文のリストに基づいて独自のリストを作成し、このリストに掲げられた特別警告文はおおむね同じ頻度になるように包装に記載されなければならない（四条二項）。上記の付表においては、各加盟国のリストに必ず載せなければならない警告表示と各加盟国が選択することができる警告表示が挙げられている。前者は、「喫煙は癌の原因である」及び「喫煙は心臓病と脈管疾患の原因である」という二つの文である。後者は、「喫煙は致命的な病気を引き起こす。」「喫煙は死を招く。」「喫煙は死に至るおそれがある。」「喫煙はすでに妊娠中からあなたの子どもの健康を危険にさらす。」「子どもを守れ…あなたのたばこの煙を子どもに吸わせるな。」「喫煙はあなたの周りの人の健康を危険にさらす。」「禁煙する人は重病のリスクを減らす。」「喫煙は、癌、慢性気管支炎、その他の肺病を引き起こす。」「毎年、…（国名）では、…人以上の人が肺癌で死んでいる。」「毎年、…（国籍保有者の表示）は交通事故で命を失っているが、たばこの乱用は…をその何倍も殺している。」「毎年、たばこの乱用は、道路交通よりも多くの犠牲者の原因となっている。」「喫煙者は早死にする。」「

「たばこを吸わない人は、より健康に生活している。」及び「所得を増しなさい…禁煙しなさい。」という一四の文である。各加盟国は、一般警告表示及び特別警告表示において、これらがいかなる機関から発せられているかについて記載させることができる（四条三項）。この規定により、各加盟国は、警告表示に発信者名義（例えば、連邦厚生大臣）を付記することが可能となった。一般警告表示及び特別警告表示は、それぞれの面の少なくとも四％を占めるものでなければならない。発信者名義の記載は、これに含まれない。上記の割合は、公用語が二つの場合には六％に、公用語が三つの場合には八％に上昇する（四条四項）。当時の学説において、指令89／622を国内法に置換した場合を想定して、たばこ製造業者に対する警告表示の義務付けの憲法適合性について検討がなされている。とくにメルテン（Detlef Merten）の一九九〇年の論文「消極的意見表明の自由について」¹⁷とクレッパー（Michael Kloepfer）の一九九一年の著書『憲法問題としてのたばこ商品における製品表示義務』¹⁸は、消極的意見表明の自由の保障内容についても、また、たばこ製品における警告表示義務の憲法適合性についても、詳細な検討を加えており、注目に値する。以下、メルテンとクレッパーの学説を中心として、消極的意見表明の自由の保障内容及びたばこ製品における警告表示義務の憲法適合性に関する九七年決定以前の判例及び学説の状況を確認することにしよう。

2 消極的意見表明の自由

（1）基本法五条一項一文は、何人も、「言語、文書及び図画によつて自己の意見を自由に表明し流布させる権利」を有すると定めており、もっぱら「文言」に着目する限りにおいては、「自己の意見を自由に表明し流布させる」という積極的行為＝作為のみを保障しているようにも見えるが、すでに当時において、多くの学説は、基本法五条一項

一文は、自己の意見を表明しない、又は流布させないという消極的行為⁽¹⁹⁾ 不作為も保障していると解している。連邦憲法裁判所も、すでに一九八三年一月一五日の国勢調査判決において、「基本法五条一項によって保障されている、自己の意見を表明しない自由（消極的意見表明の自由）」の存在を認めている。もともと、連邦憲法裁判所は、基本法五条一項一文から意見を表明しない、又は流布させないという消極的自由を導出することができるという解釈の根拠をまったく示していない。この点、メルテンは、「個人の自由領域は原理的に無限定であり、国家の権限は原理的に限定されている」という「市民的・自由主義的法治国家の配分原理」（シュミット）を起点とする自由主義的（市民的・法治国家的）基本権理論に立脚して、一定の行為それ自体を国による侵害から保護する基本権である「行為権（Handlungsrechte）」は、（積極的）行為のみならず、（消極的）不作為も保障しており、それ故、（積極的）行為のみに言及する条文の文言を越えて、「行態保障（Verhaltensgarantien）」であるという基本権解釈上の一般命題を定立した上で、基本法五条一項一文は「自己の意見を自由に表明し流布させる」行為を国家権力から保護するもので、「行為権」に分類されるから、基本法五条一項一文の保護範囲に消極的意見表明の自由も含まれると解している⁽²¹⁾。基本法五条一項一文から消極的意見表明の自由を導き出す解釈論上の根拠は、基本権理論とも密接に関連する極めて重要な論点であるが、本稿はこの論点には立ち入らない⁽²²⁾。

（２）クレッパは、基本法五条一項一文の保護範囲には、自己の意見を表明させられないことのみならず、他人の意見を自己の意見として表明させられないことも含まれるのであり、何人に対しても、自分が正当であると考えない意見を自己の意見として表明することを強制することは許されないと主張する。クレッパは、「他人の意見を自己の意見として表明させられない自由」は、「意見を表明しない自由」の「論理的帰結」である、すなわち、国は、

自己の見解を公表することを市民に強制することが許されないのであるから、他人の意見を公示することを市民に国の側から押し付けることは当然に排除されると解する（勿論解釈）。クレッパは、「政治の強制賛美」や「強制的自己批判」などの措置が、国がコミュニケーションの領域で行うことができる最も厳しい制約であり、市民に自己否定を強要し、人格を破壊する可能性を生み出すことを想起すれば、市民は自己の意見を開示する必要がないのであるから、国が他人の意見を自己の意見として表明することを市民に強制することは当然に禁止されると説いている⁽²³⁾。また、メルテンは、意見は個人の人格の表出であり、その表明により周りの人々に精神的影響を与えようとするものであるから、ある人が、自分が支持するつもりもなく、それと同化するつもりもない立場を表明しなければならない場合、知的自己実現を著しく損なうことになることを指摘した上で、ある人が他人の意見を自己の意見として表明しなければならぬ場合、つまり、ある人が言わば他人の意見を自分が言ったことにされてしまう場合、「同化の自由（Identifizierungsfreiheit）」という形態における消極的意見表明の自由が制約されると主張している⁽²⁴⁾。

(3) さらに、メルテンは、消極的意見表明の自由の保護範囲は、「意見の押し付け」、これと結び付いた「同化強制」又は「同化の危険」の禁止に尽きるものではなく、消極的意見表明の自由は、自分にとって好ましくない意見の媒体及び伝達器にさせられることから——たとえこの意見を再現するだけであり、これと同化しなければならないわけではないとしても——保護している、と主張している。消極的自由に関する一般的な解釈枠組みに依拠すると、消極的自由の保護範囲は、積極的自由の保護範囲の「裏返し」によって定まる。メルテンは、「積極的意見表明の自由」は意見それ自体の表明を保護するものであり、それが自己のものか他人のものは問わないとする解釈⁽²⁵⁾を前提として、「積極的権利」から「消極的権利」に置き換えると、消極的意見表明の自由においては、意見それ自体の沈黙が

保護されており、それが自己のものか他人のものは問われないと解されると主張している。⁽²⁶⁾ また、クレッパは、基本法五条一項一文は、他人の意見を流布させるために利用されないことも保障していると主張している。クレッパは、「意見を流布させる自由」に着目する。すでに述べたように、消極的自由に関する一般的な解釈枠組みに依拠すると、消極的自由の保護範囲は、積極的自由の保護範囲の「裏返し」によって定まる。この解釈を前提とすると、自己の意見を流布させることのみならず、他人の意見を流布させることも基本法五条一項一文の保護範囲に含まれると解することができれば、その「裏返し」として、他人の意見を流布させることを強いられないことも基本法五条一項一文の保護範囲に含まれることになる。この点、クレッパは、次のように主張する。憲法が自己の意見を流布させることのみを保護し、他人の意見を流布させることを保護していないとすると、意見を流布させる者は、具体的な流布行為について基本法五条一項一文の保護を否定されないために、疑わしい場合には、流布させた意見が自己の意見であることを公表しなければならなくなる。このことは、基本法五条一項一文が、消極的意見表明の自由として、自己の意見を公表することを強制されないことを保護していることと矛盾する。したがって、基本法五条一項一文の保護範囲には、「他人の意見を流布させること」も含まれる、と。そして、クレッパは、基本法五条一項一文の保護範囲に他人の意見を流布させることも含まれるとすれば、基本法五条一項一文は、「その意思に反して他人の意見の頒布のために『利用』され、又は動員される」⁽²⁷⁾ ことから保護していることになると結論付ける。

3 たばこ製品の包装における警告表示義務の憲法適合性

(1) 消極的意見表明の自由の保護範囲は、「意見」を表明しないこと及び流布させないことに限定される。この

ことは、消極的意見表明の自由を認めた一九八三年二月一五日の国勢調査判決において明確に述べられている。同判決は、一九八二年三月二五日の人口、職業、住宅及び事業所調査に関する法律（一九八三年国勢調査法）に直接向けられた憲法異議の訴えに対して下されたものであるが、憲法異議申立人は、「基本法五条一項によって保障されている意見表明の自由」には「一定の事実を通知しない自由」も含まれることから、意見表明の自由も侵害されていると主張した。これに対して、連邦憲法裁判所は、そもそも統計調査のために一定の事実を申告することは「意見表明」でなく、国勢調査法二条ないし四条で列举された一定の事実についての回答を義務付けることは（消極的）意見表明の自由を制約するものではないと判断した。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。「何が『意見』の表明として基本権の保護の対象となるかを規定するに当たって構成的なことは、精神的対決の枠内における態度決定、判断、主張の要素である」ところ、「事実の通知にはこの要素が欠けているので、事実の通知は、厳密な意味において、『意見』の表明ではない。事実の通知は、それが、基本法五条一項が総体として保障している意見形成の前提条件である限りにおいて、意見表明の自由の基本権によって保護される（…）。これに対して、一九八三年国勢調査法の枠組みにおけるような統計的調査の枠組みにおける申告は、意見形成とは何の関係もない純粋な事実通知にすぎない。」⁽²⁸⁾

そこで、たばこ製品の包装における警告表示の義務付けが消極的意見表明の自由の制約に当たると言えるためには、警告表示が基本法五条一項一文の「意見」の表明に該当することが必要である。国勢調査判決でも述べられているように、基本法五条一項一文の「意見」とは、価値判断、評価的態度表明である。これに対して、あらゆる価値判断の要素を欠く単なる「事実」の主張は基本法五条一項一文の保護範囲に含まれない。ただし、事実の主張であっても、「意見形成の前提条件である」場合には、意見表明の自由に保護の対象となる。メルテンは、たばこ製品の包装にお

ける警告表示を「事実の通知」と評価することはできないと見る。「子供を守れ：」及び「所得を増やせ：」という表現は「呼びかけの性格」を有するものであり、すべての警告文が「主観的・評価的で、さらには十把一からげで論争的な内容」を有している。「喫煙は死を招く」と「喫煙は死に至るおそれがある」という相互に矛盾する警告文が連続していることは、警告表示が「証明可能な、医学研究によって裏付けられた事実」ではなく、「一つの見解」であることを示している。「毎年、…（国名）では、…人以上の人が肺癌で死んでいる。」という文は、「事実の通知」のようにも見えるが、死者数に喫煙者と非喫煙者の割合を示していないことによつて、死者数を操作して高いリスクを示唆していることから、「事実の通知」とは言えない。指令の付表に列举された警告表示は、程度の差はあるが、すべて「評価的内容」を有している、と²⁹。また、クレッパは、発信者が、ショックを与えることにより受信者を目覚めさせる（とともに、その行動を制御する）ために意図的に脅かす誇張した言明を使用した場合には、明らかに「意見に関連する事実表明の領域」（基本法五条一項一文の保護範囲）に入るとした上で、指令の付表に列举された警告文の大部分はこの定義に該当すると指摘する。例えば、「喫煙は死に至る」、「喫煙は致命的な病気に至る」及び「喫煙はあなたの周りの人の健康を危険にさらす」という警告文は、「意図的に威嚇的な内容」を有しており、また、喫煙が一定の結果に対して絶対的な因果関係を有することを、実際には複数の原因の一つにすぎないか、又は危険性があるにすぎないにもかかわらず示唆する表示もこの類型に属する³⁰。

他方、指令89/622は、紙巻きたばこの包装にタール量及びニコチン量を記載しなければならないと定めている（三条）が、タール量等の記載は「事実の通知」であつて、「意見」の表明ではないから、タール量等の記載を義務付けることは消極的「意見」表明の自由を制約するものではない。ここで、たばこ製品以外の商品の表示義務について触

れておくと、医薬品法により、医薬品の製造業者は、禁忌、副作用及び相互作用を医薬品の添付文書及び包装に記載することを義務付けられている。そこでは、「この医薬品は、用法に従った使用をした場合であっても、道路交通に能動的に関与する能力又は機械を操作する能力が損なわれる程度まで対応能力が変化するおそれがある。」といった注意表示がなされることもあるし、医師の処方なく長期間使用することに対する警告がなされることもある。これらの表示義務は、成分及び科学的に証明された危険の可能性に関する客観的かつ中立的な表示を義務付けるものであり、この表示は、価値判断の要素もなく、それ自体として意見形成に役立つものではない「事実の通知」であり、これらの情報の記載を義務付けることは、そもそも消極的意見表明の自由を制約するものではない。たばこ製品の包装における警告表示は、「意見」の表明に該当するという点において、「事実の通知」を義務付けるにとどまる他の製品における表示義務と決定的に異なっている³¹⁾。

(2) すでに述べたように、指令89/622は、警告表示に発信者名義を記載するかどうかについての決定を各加盟国に委ねていた。それ故、当時、発信者名義のない警告表示の義務付けが国内法に置換された場合を想定して、発信者名義のない警告表示の義務付けの憲法適合性についても検討がなされている。メルテンは、他人の意見を自己の意見として伝達しなければならない場合は同化の自由という形態における消極的意見表明の自由が制約されているとする解釈論を前提として、たばこ製品の製造業者が著者を付記せずに警告表示を記載することを義務付けられる場合、立法者は「許容されない同一化強制」を及ぼすことになる³²⁾と主張する。また、メルテンは、かりに警告表示義務が消極的意見表明の自由を制約するものではあるが、その制約が正当化されることがあり得ると仮定したとしても、警告表示義務は比例原則に違反すると指摘する。メルテンによると、警告表示から効果が生じるとしても、製造業者が著者

として現れる場合は、例えば、「連邦厚生大臣」といった公的機関が著者として現れる場合と比較して、警告表示から生じる効果は強いものではなく、著者名義を付記しない警告表示の義務付けは必要性の要件を欠くものであり、また、他人の警告を自己の警告として伝達することを要求することは、人格によって刻印された意見表明の自由の重大な制約であり、狭義の比例性の要件を欠くものである⁽³³⁾。クレッパは、発信者名義が明確に記載されていないために伝送される言明が製造業者にも帰属させられる可能性がある場合、他人の意見を自己の意見として表明させられないという意味における（特別の）消極的意見表明の自由が制約されていることを前提として、この（特別の）消極的意見表明の自由の制約を憲法上正当化することは、いかなる視点からも考えられず、この（特別の）消極的意見表明の自由の制約はつねに違憲であると主張している⁽³⁴⁾。すでに述べたように、指令89／622は、警告表示に発信者名義を記載するかどうかについての決定を各加盟国に委ねていた。ドイツは、この規定を受けて、警告表示において「EC厚生大臣」と発信者を明示する道を選んだ。後で述べるように、九七年決定の憲法判断の対象となったのは、発信者名義の記載された警告表示の義務付けを定める法規制であって、同決定は、発信者名義のない警告表示の義務付けの憲法適合性について判断していない。

(3) つぎに、発信者名義の記載された警告表示の義務付けの憲法適合性に関する学説を見てみよう。メルテンは、基本法五条一項一文は、自分の意見であるか、それとも他人の意見であるかを問わないで意見それ自体の沈黙を保護しているという解釈を前提として、警告表示義務は、警告表示に著者を記載した場合であっても、消極的意見表明の自由を制約していると解する。そして、意見表明の自由を制限するためには「一般的法律」の要求を充足しなければならぬが、メルテンは、喫煙の影響に関して指令89／622の定める内容の警告表示の記載を義務付けることは「この

意見と対立する意見」に対して向けられており、警告表示義務を定める指令及びこれを置換する国内法を「一般的法律」に該当すると見ることはできないと主張している。⁽³⁵⁾ クレツパーは、健康保護の観点から指令89/622を置換する国内法を「一般的法律」と見ることはできるが、指令89/622の定める内容の警告表示を義務付けることは（比例原則のうち適合性の要件及び必要性の要件は充足するとしても）狭義の比例原則に反すると主張する。狭義の比例原則は、制約の重大性とそれを正当化する根拠の重要性及び緊急性との比較衡量を求めるものであるが、自己の意見に反して「一部は虚偽の、一部は証明できない国家の言明」を流布させることの義務付けによって、保護される法益によって正当化されるよりも強度に意見表明の自由を制約している。少なくとも「虚偽の情報を使用した」場合は、狭義の比例性の観点からして、目的と手段との間の著しい不均衡が存在する、と。⁽³⁶⁾

また、二〇〇七年に連邦憲法裁判所裁判官に就任し、二〇一〇年から同裁判所副長官の職にあるキルヒホーフ（Ferdinand Kirchhof）は、フリック（Karl Frick）との共著の論文において、メルテンの論文を引用しつつ、消極的意見表明の自由は他人の意見の流布を義務付けられることに対しても防禦するものであるところ、警告表示に発信者名義が記載され、他人の意見であることがあらゆる読者に明らかであっても、製造業者が自己の製品において他人の意見を表明し流布させることが義務付けられているのであるから、警告表示の義務付けは基本法五条一項一文の意見表明の自由を制約していると指摘した上で、この制約は比例原則の要求を充たしていないと論じている。キルヒホーフ／フリックは、比例原則違反の審査の前提として、たばこの購買者及びその消費に対する警告表示の効果という問題について、科学的裏付けはなく、むしろ、たばこの宣伝禁止に関するものではあるが、宣伝禁止がたばこ消費者の行動を変えることはできなかったことを示す統計的データは存在すると指摘する。その上で、キルヒホーフ／フリックは、

まず、当該制約は適合性の要件を充たしていると判断する。警告表示がたばこの消費を抑制することに適合的であるという点については、少数の消費者があらゆる包装に記載された警告表示の「連続集中砲火」によってたばこの消費を委縮させる効果があることは確かであることは指摘できる。また、ヘビースモーカーも平均的な消費者も喫煙の健康上の問題をすでに知っており、警告表示はせいぜいのところ「記憶喚起」としか理解できない。しかし、かりに少数の消費者であつても警告表示によって喫煙を控えたと仮定すると、立法者の追求する目的は少なくとも促進されており、当該措置は適合的であると見ることができると。つぎに、必要性の要件であるが、キルヒホーフ／フリックは、警告表示の義務付けは、消費者にたばこ消費を回避する動機付けを与えることを追求するものであるが、たばこ製品はたいていの場合すでに消費するために購入されており、その場合には警告表示に消費を回避する効果はほとんどないであろうから、上記の追求は、たばこ製品の包装における警告表示によってよりも、国の予算による国の啓蒙キャンペーンによつても、また、世論に影響を与えることによつても、はるかに有効かつ容易に行うことができる。指摘し、国は同じ目標を消極的意見表明の自由を制約することなく達成することができるのであるから、当該制約は必要性の要件を充足していないと主張している。さらに、キルヒホーフ／フリックは、狭義の比例原則について、たばこ製品の製造業者の消極的意見表明の自由という利益と、たばこの消費を委縮させる効果が対置されるが、警告表示がたばこの消費を減少させるという期待に科学的裏付けはなく、上記の効果があつても、せいぜいのところ非常に小さいものであり、上記の効果は、警告表示がたばこの消費を抑制することの適合性を否定するものではないが、利益衡量の際しては警告表示に不利に働くものである、と指摘している。また、キルヒホーフ／フリックは、当該警告表示の義務付けは基本権制限に際しての「客観性の要請」(事実に基づいているいつ Sachlichkeit)の要請に反する

と主張する。「喫煙は癌の原因である」、「喫煙は死を招く。」といった警告表示は、喫煙は必然的に癌になり、死に至るといふ単一の因果連鎖があるという命題であるという印象を与えるものであり、多くの要因に基づく可能性のある文明病の場合、このようなことを科学的に主張することはできない。この「劇的な」言い回しは委縮的效果を最大化するためになされたのであるが、これは最終的には「虚偽の」命題に至る。例えば、喫煙は健康被害の多くの要因の中の一つであつて、必然的に死に至るわけではないから、「喫煙は死を招く。」という命題がそれに当たる。このような警告表示の義務付けは、「客観性要請 (Sachlichkeitsgebot)」を充足しておらず、消極的意見表明の自由を侵害している、と。⁽³⁸⁾

Ⅲ 一九九七年一月二二日連邦憲法裁判所第二法廷決定

1 事実の概要

(1) 九七年決定は、たばこ製造・販売会社四社及びルクセンブルク所在のたばこ工場の支社が一九九一年一〇月二九日の「たばこ製品の表示及び紙巻きたばこの煙におけるタールの最大含有量に関する命令」(以下、「たばこ命令」といふ。)三条一項一号及び二号の無効宣言を求めて提起した憲法異議の訴えに関するものである。たばこ命令は、一九七四年八月一五日の食料品及び日用品法二一条一項一号 c、d 及び f に基づいて、連邦厚生大臣が連邦食糧農林大臣及び経済大臣の同意を得て制定したものであり、一九九一年のたばこ命令は、一九九四年七月五日の命令によつて改正され、従来は紙巻たばこにのみ適用されていた三条一項の規制が手巻きたばこ用のたばこにも及ぶこととなつ

た。一九九四年たばこ命令三条一項一号及び二号は、次のように定めている。

第三条 特別警告表示

(1) 紙巻きたばこ及び手巻きたばこ用のたばこは、包装に二条一項に基づく一般警告文に加えて次の特別警告文の一つが記載されている場合に限り、包装して営業上流通させることが許される。

1 喫煙は癌の原因である。

2 喫煙は心臓疾患及び脈管疾患の原因である。

一九九四年たばこ命令三条四項（一九九一年たばこ命令三条二項）は、特別警告文の前に「EC厚生大臣」という文言を付さなければならないと規定する。一九九四年たばこ命令三条五項（一九九一年たばこ命令三項）に基づき、製造業者は、上記の二つの特別警告文を交互に用いなければならない。当該製造業者が流通させる包装について、それぞれの特別警告文が表示された包装の数は均等でなければならない。特別警告文に加えて、たばこ命令二条に基づいて、包装に「喫煙は健康を危うくする。」という一般警告文が記載されなければならない。この一般警告文の前にも「EC厚生大臣」という文言を付さなければならない。たばこ命令六条に基づいて、紙巻きたばこの包装において、二条に基づく一般警告文はもつとも目につく面に、三条に基づく特別警告文は包装の他の面に表示されなければならない。一般警告文及び特別警告文は、それぞれ、少なくとも印刷された面の四％の面積を占めなければならない。

「消極的意見表明の自由」との関連においてとくに注目しなければならないのは、「EC厚生大臣」という特別警告

文の発信者名が明示されている点である。たばこ命令の諸規定は、一九八九年一月一三日のたばこ包装表示指令四条及び同指令を改正する一九九二年五月一五日の指令を置換するものであるが、同指令は、各加盟国は、警告文がどの機関から発せられたのかを警告文に記載することを規定することが「できる」と定めており、ドイツは、この規定を受けて、警告表示において「EC厚生大臣」という発信者名を明示する道を選んだのであった。

(2) 異議申立人は、たばこ命令三条一項一号及び二号は基本法五条、一二条、一四条及び二条に基づく基本権を侵害する、と主張した。ここでは、異議申立人の主張のうち基本法五条及び一二条違反の主張のみを取り上げる。異議申立人は、次のように主張した。

基本法五条一項は、消極的意見表明の自由も含むものであり、これによって一定の意見を表明することを強いられない自由を保障しているが、紙巻きたばこの製造業者は、命令により、自分が支持できないと考えている意見を包装において表明することを義務付けられている。たばこ命令三条一項一号及び二号に基づく特別警告表示は、基本法五条一項の意味における意見表明である。特別警告表示は、意図的に威嚇的な内容を有するものであり、消費者の行動にとくに持続的に影響を与えようとするものである。たしかに、一般警告表示及び特別警告表示の前にそれぞれ「EC厚生大臣」と付記することを義務付けていることは、この警告が異議申立人自身の意見表明又は意見形成的情報ではなく、むしろ、紙巻きたばこの包装がEC厚生大臣の見解を消費者に伝達するために媒体として利用されることを明確にしている。しかし、個人は、基本権によって、他人の意見を流布させることによって促進及び支援しなければならぬことから保護されている。

のみならず、消費者のかなりの部分は、「EC厚生大臣」と付記されているにもかかわらず、警告表示を紙巻きた

ばこの製造業者自身の意見表明であると理解する。警告表示は製品の製造業者に帰属するものであるとされるか、少なくとも、製造業者の意見と警告表示の内容との間に最小限の一致が存在すると推測されてしまう。これによって異議申立人は、他人の意見を、自らはそれを客観的に正しくないと考えているにもかかわらず、自己の見解として表明することを強制されている。

攻撃されている警告表示は、法治国家の諸要求も充足していない。攻撃されている警告表示は、保健政策上の視点からも啓蒙に何ら貢献しない。ここでは、むしろ、国に命令された誤導、すなわち、實際上存在せず、学問的にも主張し得ない単一原因性が存在するという言明が問題となっている。多数の消費者は、警告表示を単一の因果連鎖があるという意味で理解する。このことは、一九八九年八月及び一九九一年一二月のアンケートによって裏付けられる。

最後に、たばこ命令とほぼ同時に新たに作成された危険物命令は、発癌性の物質及び加工物の分類及び表示を扱っている。同命令で規定された警告文は、「癌の原因となり得る (kann Krebs erzeugen)」というものであり、この警告文は、発癌性の物質及び加工物の一覧表に記載されていない物質については、これが新しい確実な科学的知識に基づいて発癌性があるものと分類された場合にのみ適用される。このことは、立法者は、発癌の効果が実証された場合であつても、「癌の原因となり得る」という警告文で十分であると見ていることを示している。真実ではなく、学問的にも主張できない言明の使用は、手段と目的との極端な不均衡を根拠付け、期待可能性の限界を越えるものである。基本法一二条にも同じように違反している。警告表示は、誤っており、かつ誤導的であるから、比例原則に反する職業遂行規制である。

これに対して、連邦厚生省（当時）は、たしかに異議申立人の消極的意見表明の自由は攻撃されている規制によつ

て制約されているが、しかし、この制約は比例原則に合致していると反論した。異議申立人は、二つの警告表示によって必然的な単一因果性が示唆されている、すなわち、喫煙が癌並びに心臓疾患及び脈管疾患の唯一の原因であり、すべての喫煙者が遅かれ早かれこれらの病気になるという意見を消費者に押し付けている、と主張しているが、この見解は、警告表示の意味内容によっても裏付けられていないし、提出された *Infratest* の鑑定書によっても根拠付けることはできない。また、連邦政府は、喫煙には健康上の危険があるため、喫煙が健康を害することを強い調子でかつ定期的に喫煙者の目の前に突きつけることが必要となったとの見解を述べた。紙巻きたばこの包装にこれに対応する内容の記載をすることは、たとえこのような警告表示がすべての喫煙者の行動に影響を与えることができないとしても、このために必要な措置である。また、健康の保護は、異議申立人の経済的利益に比してより高次の法益であるから、定められた警告表示は、期待可能である。

異議申立人の主張と国側の反論の概要は以上のとおりであるが、ここで注目しなければならないのは、両者の間で、たばこ製品の包装に警告表示を義務付けることが異議申立人の消極的意見表明の自由を制約するものである点に争いはなく、制約が比例原則の要請を充足しているかどうかという点で両者は対立していたということである。これに對して、連邦憲法裁判所は、本件表示義務は異議申立人の消極的意見表明の自由を制約するものではなく、むしろ職業遂行の自由を制約するにすぎないとの見解を打ち出した上で、本件表示義務による職業遂行の制約は許容されるとの判断を示した。以下、連邦憲法裁判所の憲法判断の内容を詳しく紹介しよう。

2 決定の内容

(1) 連邦憲法裁判所は、本件警告表示義務が消極的意見表明の自由を制約するかどうかという点について、次のように説示した。

a 「警告表示の義務付けは、たばこ製品の製造業者及び販売業者にその商品の販売に際して影響を与えるものであり、意見表明及び意見流布の過程への関与に際して影響を与えるものではない。それ故、本件表示義務は職業の自由（基本法一二条一項）を基準として判断されなければならないのであって、意見表明の自由（基本法五条一項）によって判断されなければならないわけではない。異議申立人は、私法人として基本法一二条一項を援用することができる（…）。その製品の広告を含む職業上の対外表現は、職業に関連する活動の領域に属するものであり、この領域は基本法一二条一項一文が保護している（…）。その際に職業活動をする者を制限する国の措置は、職業遂行の自由の制約である。（…）」

b 「営利広告について意見表明の自由の基本権（五条一項）を主張することができるのは、せいぜいのところ、当該広告が評価的、意見形成的内容を有しているか、又は意見形成に役立つ記載事項を含んでいる場合に限られる（…）。本件はこの点を欠いている。すなわち、たばこ製品の製造業者がたばこ製品の包装において国による警告を流布させなければならない点において、国はこの包装を利用して、これによって広告をその他の点では侵害するものではない。この点において、企業の意見形成及び意見表明に影響を与えるものではなく、もっぱら企業の職業遂行に影響を受けているにすぎない。

かりに警告表示が他人の意見の表明であることが明らかに認識できるようなものではなく、むしろ、たばこ製品の

製造業者に帰属する可能性がある場合には、別のことが妥当することになる。かりに基本権の権利主体が他人の意見を自己の意見として流布させることを要求された場合には、意見表明の自由（基本法五条一項一文）が影響を受けることになる。広告の名宛人に対して、たばこ製造業者が自分の意思で警告表示の流布を支持しており、それ故に自発的にこの言明を流布させている、という印象を与える場合、意見を流布させる自由が審査基準を提供することが可能となる。これに対して、たばこ製品の包装において流布させた意見を他人に帰属させることができることが明らかに認識できる場合において、この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件であるときは、この表示義務は職業遂行を規制するものである。」

c 「この基準によつて判断すると、憲法異議申立人の意見表明の自由を求める基本権は、攻撃されている規制によつて影響を受けていない。警告表示を記載する義務は、他人の意見の流布に役立つものであり、紙巻きたばこを営業として流通させようとするすべての企業に係わるものであつて、企業が自発的にこの見解を流布しているという外観を呼び起こすものではない。

警告表示は明らかに他人の意見の再現と評価されなければならない。警告表示の内容は、EC厚生大臣は、喫煙は癌並びに心臓疾患及び脈管疾患の原因であるとの見解を主張する、というものである。この警告表示は、たばこ命令三条の一般的義務に基づいて、たんに個別の企業によつてのみ流布されるというものではなく、むしろ、あらゆる紙巻きたばこ包装の外見の一部となる。この警告表示は、――需要者にとつて明らかではあるが――個別の企業に帰属し得る言明を何ら含むものではなく、紙巻きたばこ及び類似のたばこ製品のあらゆる営業上の提供にとつての条件である。EC厚生大臣は、その保険政策上の目的を、まさに、あらゆる購入及び消費の決定に際して有害性を意識させようと

することによって、追求しているのである。その点において異議申立人は、たんに、消費者のかなりの部分は、警告表示を対応する付記にもかかわらず紙巻きたばこ製造業者の表明であると理解するものであり、少なくとも、製造業者の見解と警告表示の内容との間に最小限のコンセンサスがあることを前提としている、と述べているにすぎない。異議申立人によって提出されたアンケート結果は、警告のこのような効果を裏付けるものではない。一九九一年のアンケート結果に関するコメントにおいて、『大多数の喫煙者―依然として約九〇％―は、紙巻きたばこの製造業者は警告の記載に内容上何の関わりもないとの見解を有している。』と述べられている。」

(2) 連邦憲法裁判所は、異議申立人の意見表明の自由が制約されていることを否定した後、「営業を行う者に対して警告表示の記載を義務付けることは、それ故、基本法一二条一項の保護範囲に該当する。」として、本件警告表示義務が異議申立人の職業の自由を侵害し違憲かどうかを検討している。

a 「職業遂行の自由を制約するには、基本法一二条一項二文に基づいて、法律上の根拠が必要であり、それは、基本権を制約する法律に対する憲法の要求を充たすものでなければならない。法律上の根拠が基本法一二条一項に合致するためには、公共の福祉の十分な理由によって正当化されること、及び、比例原則に合致すること、つまり、選択した手段が追求する目的を達成するために適合的であり、かつ必要であることに加えて、制約の重大性と正当化される理由の重要性との間の全体的衡量に際して期待可能性の限界が保持されていることが必要である(…)。」

b 「本件では、これらの要件は充足されている。

たばこ表示命令は、その警告表示に際して国の権威も利用し、これにより特別の法的に媒介される信頼を使用している。もちろん諸高権のこのような行使に憲法上疑問はない。何故なら、警告の内容は自然科学の知見に合致してお

り、健康に対する危険を警告することは高権の任務の領域に属するものであるのに加えて、当該措置は、職業遂行の自由の諸要求を充足しているからである。

命令の法律上の根拠は食料品及び日用品法二一条一項一号であり、具体的に定められた義務の妥当根拠はたばこ表示命令である。」

(a) 「警告表示は、健康に対する喫煙の危険から消費者を保護することを目的とする。喫煙が健康を害することは、一般に承認されている(…)。喫煙者であっても非喫煙者であっても、この危険をまったく知らない者は存在しない(…)。喫煙は、交通事故、エイズ、アルコール、違法な薬物、殺人及び自殺で死亡した者を合わせた数以上の人間を殺している(…)。紙巻きたばこの喫煙は、先進工業国においては、最も頻度の高く、かつ学問的に最も明確に証明された、癌による死亡の単独原因である(…)。」

結果として、今日の医学的知見によれば、喫煙が癌並びに心臓疾患及び脈管疾患の原因であり、それによって致命的な疾病に至り、たばこを吸わない人々の健康も危険にさらすことは確かである(…)。」

(b) 「健康に対するこれらの危険性を警告することは、国家の正当な任務に属する。国の保健政策は、少なくとも、医学的に実証された重大な喫煙の危険性を警告し、能動的喫煙は喫煙者に、受動的喫煙は他人にも害を与えることを消費者に意識させることは許される。もっぱら言語によるものにすぎないこの警告表示の形式は、その名宛人に対して、その購入決定を健康に対する危険性を考慮に入れてもう一度よく考えることを忠告するものである。それ故、国によるこの啓発は、健康に対する危険から住民を保護することを目的とするものである。」

(c) 「立法者は、当該措置が国民の健康を保護するために適合的であることも前提とすることが許される。この適

合性の判断は、原則として、立法者の評価を基礎とする（…）。たしかに、現時点において、紙巻きたばこの消費は、一般的な警告表示にもかかわらず、増加している。一九九四年において、ドイツにおける消費量は約三%、紙巻きたばこ一三一億本にまで上昇した（…）。しかしながら、少なくとも、警告表示によつて、たばこ消費量のこれ以上の拡大を阻止することができたという法律上の評価に憲法上異議を唱えることはできない。警告は、消費者が少なくともたばこを何の迷いもなく消費することを妨げるのに適している。

警告表示の具体的な内容形成も適合性の諸要求を充足している。癌、その他の疾病及び第三者の健康の危険の原因となる場合における喫煙の因果関係に関する言明は、自然科学研究の結果と一致している。それは、喫煙が唯一の原因であるという内容ではなく、他方で、非喫煙者はあらゆる癌及びその他の健康リスクから免れているとも表現していない。むしろ、警告表示は、『原因である』という概念の一般的言語理解に従えば、喫煙と健康被害の典型的かつ一般化可能な因果関係を指摘しているものであり、喫煙を止めた場合に主要な健康リスクがなくなることを意識させるものである。」

(d) 「警告は必要でもある。喫煙から生じる危険に対して保護するより緩やかな可能性は、示されていないし、明らかでもない。これは、とくに、危険物命令の諸規定から判明するものではない。危険物命令（…）による発癌性の物質及び加工物に関する表示義務は、六条において、どのような記載によつて危険な物質及び加工物が表示されなければならないかを規定している。これによると、同命令の意味における発癌性物質は、交差した骨の付いたどくろ印の危険物表示シンボルマーク及び『有毒』という危険物表示によつて（…）、『癌の原因となり得る。』又は『吸い込むと癌の原因となり得る』という特別の危険の表示によつて（…）、さらに、例えば、『施錠して保管せよ』、『子ども

の手に届くところに置くな』又は『換気の良い場所で使用せよ』といった対応する安全表示によって（…）表示されなければならない。六条に基づくこれらの表示義務に加えて、危険物命令は、一三条において、誰でも入手可能である物質及び加工物の表示及び包装に対して追加的な要求を定めている。

発癌性の物質又は加工物の表示及び包装に関するこれらの規定は、警告措置及び保護措置の規模及び明確性の点において、たばこ命令三条の表示義務を上回るものである。加えて、たばこ製品は嗜好品であって、それを用法に則って使用した場合であっても健康に害が生じるのが通常である。それ故、販売及び広告は、—消費者の行動と同じように—異なる基準によって判断されなければならない。

ところで、—国による健康の啓蒙活動と並んで—警告表示の代わりに、迷いのないたばこ消費を抑制するのに適した手段として、とりわけ、広告の禁止が考慮に値するとされる。販売について条件を付すことも検討されなければならないとされる（例えば、自動販売機による販売の禁止、青少年への販売の禁止）。これらの選択肢と比較すると、攻撃されている規制は、より緩やかな手段であるように思われる（…）。

(e) 「警告表示を記載する義務は、明らかに期待可能性の限界にも触れるものではない。職業遂行の制約は、引き続きたばこ産業に営利的な広告活動を許容するものであり、消費者に対して、もっぱら、その購入決定のための医学的知見の基礎を伝達するものである。選択された制限手段—警告表示によるたんなる言語上の影響力行使—は、需要と供給による財の交換に影響を与えないようにしつつ、現在の医学的な認識水準に基づいて一般的に意識すべきである考慮事由を需要者に意識させようとする行為形式である。」

(f) 「保健政策という国の任務のために民間の組織力及び財政力を利用することも基本法一二条一項に合致する

(…)。警告表示を記載する義務が正当化されるのは、たばこ製品の製造業者及び販売業者が、これらの企業に起因するたばこ消費による危険から保護する任務に事柄の点でも責任の点でも特別に近い関係にあることによる。」

3 若干の考察

(1) すでに述べたように、九七年決定に先行する学説において、基本法五条一項一文は、消極的意見表明の自由として、他人の意見であるか自己の意見であるかを問わず意見それ自体の沈黙を保護している(メルテン)、あるいは、他人の意見を流布させるために利用されないことから保護している(クレッパ)、という解釈論が示され、たばこ製品の包装において警告表示を義務付けることは、発信者名義を付記する場合であっても、消極的意見表明の自由を制約するものであると主張されていた⁽³⁹⁾。これに対して、連邦憲法裁判所は、「他人の意見を自己の意見として流布させること」を要求された場合には、意見表明の自由の制約となるが、「たばこ製品の包装において流布させた意見を他人に帰属させることができることが明らかに認識できる場合において、この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件であるときは、この表示義務は職業遂行を規制するものである」との解釈論を示した。そして、連邦憲法裁判所は、本件表示義務の憲法適合性を意見表明の自由(基本法五条一項一文)を基準としてではなく、職業の自由(一二条一項)を基準として判断した。

九七年決定において連邦憲法裁判所が示した上記の解釈論に対しては、学説からの批判も少なくない。メルテンとクレッパが九七年決定の解釈論を批判し、自説がより説得的であると主張することは当然であるが、他の研究者⁽⁴⁰⁾からも、本件表示義務は意見表明の自由の制約に該当すると見るべきではないかとの見解が示されている。

一九九九年に連邦憲法裁判所裁判官に就任することになるディ・ファビオ (Udo Di Fabio) は、たばこ製品の包装における警告表示義務がたばこ製造業者の意見表明の自由を制約していると分析している。警告表示義務を定めた命令を適切に解釈すると、たばこ製造業者は、たばこ製品の包装において、EC厚生大臣が言っているのと反対の主張をすること、例えば、EC厚生大臣名義の警告文の上に、「EC厚生大臣は間違っている。節度のある喫煙は、他の多くの健康リスクの中の一つの健康リスクにすぎない。」という記載をすることは禁止されているはずである。命令によつて反論の記載が禁止されているとすれば、これはまさに（隠された）意見表明の自由の制約ではないか、というのである。

さらに、ディ・ファビオは、意見の表明と並んで、自己の意見だけではなく他人の意見も流布させること、（自分が支持しない）意見を流布させないことも意見表明の自由の保護を受けるかどうかは未解決の問題として残されていると指摘する。ディ・ファビオは、次のように主張する。立法者は、表示命令によつて、喫煙に関する公共の意見形成を喫煙が危険であるという特定の方向に誘導し、集約しようとしている。立法者は、社会的コミュニケーション過程において正反対の意見を主張している者の協力を強制することによつて、保健政策として正当な目的に接近する。公共のコミュニケーション過程の自由及び機能力は、基本法五条一項によつて制度的に保護されている。これと相關関係にあるのが、公共の意見形成に各人の前提条件に応じて、かつその時々の自己の手段によつて影響を与える個人の自由である。それ故、対立している意見、しかも国の意見の「輸送」のために自己の手段を使用させられることは、「保護法益に準拠した考察」をした場合、制約としか評価できない。たばこ製品の製造業者は、例えば、喫煙はドイツの文化的伝統の構成要素であり、健康に害があるというだけのものとは違うという見解を有していることもあり得

る。さらに、たばこ製品の製造業者は、公共の意見形成のプロセスにおいて、統計の過剰な解釈に激しく抵抗している。それにもかかわらず、たばこ製造業者は、自らが抵抗している統計解釈を流布させることが義務付けられているのである。また、熱心な動物保護活動家が、自己のビラ、パンフレット及びステッカーに、「連邦厚生大臣からのお知らせ…動物実験は人の生命を救っている。」という表示を記載することを義務付けられた場合、意見表明の自由が制約されていないと言えるのだろうか、と。⁽⁴¹⁾

ミヒヤエル／モルローク (Lothar Michael/Martin Morlok) は、他人の意見を自己の意見として流布させることの強制のみならず、「他人の意見の流布に媒体を提供しなければならないこと」も意見表明の自由の制約であると解する。「意見表明の自由の消極的側面」は「自己の意見を開示することを強いられない自由」であるところ、「自分自身は支持しない意見を流布させなければならない者は、この意見に同意しているという外見を与えてしまう」のであり、「この外見を破壊するために、自己の意見を明らかにせざるを得ない」。このように考えると、たばこ製品の包装に国による警告を記載することの強制は意見表明の自由の制約に当たると言わなければならない。⁽⁴²⁾

これに対して、消極的意見表明の自由を他人の意見を自己の意見として表明し、流布させることを強いられないことに限定する学説もある。この学説は、基本法五条一項一文が「自己の意見」を表明し、流布させる権利を保護しているという「文言」を根拠としている。基本法五条一項一文における「自己の意見」という表現は、保護範囲を「自己の意見」に関連付けており、基本法五条一項一文の保護範囲を拡張する余地はない。基本法五条一項一文が、積極的意見表明の自由として、「自己の意見」を表明し、流布させる権利のみを保護しているとすれば、他人の意見を表明し、流布させることを強いられることは消極的意見表明の自由の保護範囲に含まれないことになる。⁽⁴³⁾

連邦憲法裁判所は、「他人の意見を自己の意見として流布させること」を要求された場合には、意見表明の自由の制約となるが、「たばこ製品の包装において流布させた意見を他人に帰属させることができることが明らかに認識できるときにおいて、この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件であるときは、この表示義務は職業遂行を規制するものである」との解釈論を示した。連邦憲法裁判所は、九七年決定において、基本法五条一項一文は、消極的意見表明の自由として、他人の意見であるか自己の意見であるかを問わず意見それ自体の沈黙を保護している（メルテン）、あるいは、他人の意見を流布させるために利用されないことから保護している（クレッパ）、という先行する解釈論を否定し、消極的意見表明の自由の保護範囲を「他人の意見を自己の意見として流布させること」を強いられないことに一般的に限定したのだろうか。この点は未解決の問題として残されていると考えられる。まず、連邦憲法裁判所が、「他人の意見を自己の意見として流布させること」を要求された場合には、意見表明の自由の制約に当たると考えている点について異論はないだろう。つぎに、「たばこ製品の包装において流布させた意見を他人に帰属させることができることが明らかに認識できる場合」はどうか問題となるが、この点について、連邦憲法裁判所は、「この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件であるときは、この表示義務は職業遂行を規制するものである」と解釈論を示した。これによると、①「たばこ製品の包装において流布させた意見を他人に帰属させることができることが明らかに認識できる場合」で、②「この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件であるとき」は、「この表示義務は職業遂行を規制するものである」。連邦憲法裁判所が、たばこ製品の包装における警告表示の義務付けを職業遂行の自由の規制であると見たのは、「この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件である」という点にある。筆者は、連邦憲法裁判

所は、①及び②の場合に該当する場合を、意見表明の自由の保護範囲と職業の自由の保護範囲との境界線引きとして職業の自由の保護範囲に振り分けたのではないかと考えている。⁴⁴ 連邦憲法裁判所が、①の場合に該当するが、上記の②の場合に該当しない事案（「流布させた意見を他人に帰属させることができることが明らかに認識できる場合」で、「この警告表示の流布が営業上流通させるための一般的条件で」ないととき）をどのような枠組みで判断するのか、という点は何らの判断も示していないと見ることも可能である。

（2）なお、「この警告表示の流布がたばこ製品を営業上流通させるための一般的条件であるとき」は、「この表示義務は職業遂行を規制するものである」という連邦憲法裁判所の解釈論は、たばこ製品の包装のデザインは営利広告の一種であり、営利広告は、基本法五条一項一文の保護を受けるものではなく、基本法一二条一項による保護を受けるものであるという従来から解釈論を前提としている。⁴⁵ 連邦憲法裁判所は、従来から、営利広告の規制を職業遂行の自由の制約と捉えてきたし、最近でも、薬剤師の広告規制について、もっぱら基本法一二条一項を基準としてその合憲性を判断している。⁴⁶ ただし、連邦憲法裁判所は、一九八五年一月一九日の決定において、「意見表明の自由の基
本権は、営利広告についても、少なくとも、発表したものが評価的、意見形成的内容を有するものであるか、又は、意見形成に資する記載事項を含むものである場合には、審査基準として考慮される」とし、⁴⁷ 営利広告であっても基本法五条一項一文の保護を受ける場合があり得ることを明らかにした。⁴⁸ 本決定も、上記の一九八五年決定を引用した上で、「たばこ製品の包装」においては「評価的、意見形成的内容」も「意見形成に役立つ記載事項」も「欠いている」と判断した。本決定は、たばこ製品の製造業者はたばこ製品の包装において国による警告を流布させなければならぬのであり、国はたばこ製品の包装を利用しているが、このことは「企業の意見形成及び意見表明に影響を与えるも

のではなく、もっぱら企業の職業遂行が影響を受けているにすぎない」とした。

(3) ところで、たばこ命令の定めるたばこ製品の包装における警告表示の義務付けが消極的意見表明の制約に当たるかどうかの判断と、警告表示義務を定めるたばこ命令の関係規定が憲法に適合するかどうかの判断は、別次元の問題であり、実際、たばこ命令の定めるたばこ製品の包装における警告表示の義務付けが消極的意見表明の制約に当たると判断しつつも、たばこ命令の定めるたばこ製品の包装における警告表示の義務付けによる消極的意見表明の自由の制約は憲法上正当化されると主張する学説も少なくない⁽⁴⁹⁾。他方、たばこ命令の定めるたばこ製品の包装における警告表示の義務付けが職業遂行の自由の制約にすぎないと解したとしても、たばこ命令の関係規定は比例原則の要請に合致しなければならない。したがって、たばこ命令の関係規定の憲法適合性はたばこ命令の関係規定が比例原則に合致するかどうかの判断に左右されることになるが、その判断にあたって決定的に重要な要素は、発信者名義を付記する警告表示の場合には、警告表示の内容をどのように評価するかという点にあるように思われる。たばこ命令の関係規定の違憲性を主張する側は警告表示の内容が「虚偽の」言明あるいは「科学的に主張できない」言明であると見る(クレPPER及び本件憲法異議申立人の主張)のに対して、連邦憲法裁判所は、「警告表示の内容は自然科学の知見に合致している」との認識を基礎としている。筆者には、警告表示の内容に関する認識の相違が、たばこ命令の関係規定が憲法に適合するかどうかの判断の結論を分けたように思われる。

IV 新規制の憲法適合性

1 新規制の内容

九七年決定が下された後、たばこ製品の包装における警告表示義務に関する規制は大きく変化した。とくに注目されるのは、二〇〇五年にたばこ製品命令の関係規定が改正され、警告表示において「EC厚生大臣」という発信者名義が記載されなくなったことである。以下、たばこ製品の包装における警告表示義務に関する規制の変化を簡単に見ておくことにしよう。

まず、EUの動向を見ると、二〇〇一年六月五日のたばこ製品指令 (Directive 2001/37/EG) は、たばこ包装表示指令などのたばこ製品に関連する指令に代わる新しい指令であるが、同指令五条は、たばこ製品の包装における表示義務を定めている。紙巻きのタール量、ニコチン量及び一酸化炭素量を包装の側面に製品が流通する加盟国の公用語で表示しなければならない (一項)。たばこ製品のすべての包装について、もっとも見えやすい面に、「喫煙は死を招く／喫煙は死に至るおそれがある」又は「喫煙は、あなたとあなたの周りの人に深刻な害を与える」という二つの一般警告表示の一つを一定期間毎に選択的に変えて記載しなければならない。一般警告表示を記載した面とは別の面に、追加的警告表示を指令付表 I に掲げられたものの中から一定期間毎に選択的に変えて記載しなければならない (二項)。警告表示の大きさ、字体及び枠が詳しく規定されている (五項から七項まで)。以上のように、新しいたばこ製品指令は、従来の規制を強化するものであるが、警告表示を囲む枠の外に警告表示を発信する官庁を掲記することを定めるか否かは、従来のとおりに加盟国に委ねた。

ドイツ国内において、暫定たばこ法二一条一項一号fの授權に基づき、連邦食糧農林消費者保護大臣は、二〇〇二年一月二〇日のたばこ製品命令を制定した。同命令は、二〇〇一年六月五日のたばこ製品指令五条に対応する内容となっている。同命令は、当初、七条四項において、警告表示が発信者名義を付記することを定めていた。二〇〇五年一月一九日の同命令を改正する命令（二〇〇五年二月一日発効）によつて、警告表示文の前に発信者名義を記載することを求める七条四項が削除された。この改正は、ドイツの学説において、九七年決定で示された判例法理に照らして、発信者名義のない警告表示の義務付けが基本法五条一項一文で保障された消極的意見表明の自由を侵害するものかどうかの再検討を促すことになった。

2 学説

(1) ある学説は、連邦憲法裁判所が示した判断枠組みに従つて新規制を検討すると、「EC厚生大臣」という発信者名義の付記がなくなった場合には、紙巻きたばこの包装を見た者において、警告表示は製造業者の意見と警告表示の内容との間の基本的コンセンサスに基づくものであるとの印象が生じる可能性がある以上、新規制は他人の意見を自己の意見として表明することの強制であり、消極的意見表明の自由の制約に該当すると主張している。また、この学説によると、連邦憲法裁判所は、九七年決定において、警告表示はすべての紙巻きたばこ包装の外見に属するものであり、個別の企業に帰属し得る言明を何ら含むものではない、と説示しているが、この説示を、紙巻きたばこの包装が同型のデザインであるという理由だけで意見表明の自由の制約が否定されると理解するべきではない。警告表示が統一的な外見を有していることから、警告表示が個別の企業の意見を伝えるものではないということが必ずしも

明確に導き出されるわけではない。たばこ業界は、青少年を勧誘する広告、三〇歳以下のモデルによる広告、著名人及びスポーツ選手による広告、学校及び青少年センターから一〇〇m以内における掲示広告について自主規制を設けており、たばこ包装を見る者が、警告表示はたばこ業界の自主的協定に合致するものである、という印象を受ける可能性がある。さらに、たばこ包装を見る者の多くは、たばこ業界はこの種の無限定に否定的な警告表示を自発的には記載することはしないと考えると仮定したとしても、このことは、他人の意見であることがそれ自体として識別できず、それ故に受信者によって警告表示義務を負う者に帰属させられる可能性のある他人の意見を公表することを強制している点を変えるものではない。このように、受信者によって警告表示がたばこ製造業者に帰属させられる「客観的可能性」に照準を合わせると、かりに消極的意見表明の自由が他人の意見を自己の意見として表明させられることの強制に対してのみ保護するものであると仮定したとしても、新規制は消極的意見表明の自由を制約していると解される⁵⁰。

そして、この学説は、「EC厚生大臣」という発信者名義の記載を廃止した規定（たばこ製品命令七条）が比例原則に合致するかどうかを検討し、新規制は必要性の要件と相当性の要件を欠くと主張する。この学説によると、新規制は、より大きな抑止効果を発揮せしめることを狙いとしているが、警告表示によって追求されている、健康に対する喫煙の危険から消費者を保護することは、正当な目的と認められる。発信者名義を記載しない警告表示義務は、この目的の達成に寄与することに適合的であるように思われる⁵¹。しかし、発信者名義の記載をしないかをたばこ製造業者の選択に委ねるといふより緩やかな手段が考えられるのであるから、発信者名義の記載をしないことが消費者保護を保障するために必要かどうかには疑問の余地がある。さらに、誤解により著者であると思われるたばこ製

造業者よりも、警告表示の著者である当局のほうがより説得力を有しているのではないかという疑問は、発信者名義を記載しない警告表示義務の必要性を否定する根拠となり得る。⁽⁵²⁾ また、かりに新規制の必要性を仮定したとしても、発信者名義の記載を廃止することは相当性の要件を欠く（狭義の比例原則に反する）。たばこ製造業者は、自己の意見とは異なると表明することが許されない他人の意見を伝達しなければならないのであるから、意見表明の自由の制約は重大である。他方で、抑止効果の強化及びこれによってもたらされる消費者の健康にとつての効用は測定可能なのではなく、著しい基本権侵害を埋め合わせるものではない。⁽⁵³⁾

最後に、この学説は、発信者の記載を廃止する規定を、「EC厚生大臣」という発信者を引き続き記載することも許されるという趣旨に、つまり、発信者の記載をするかどうかをたばこ製造業者の選択に委ねる趣旨に憲法適合的に解釈することを提案している。⁽⁵⁴⁾

(2) これに対して、「EC厚生大臣」という発信者名義のない場合であつても警告文をたばこ製造業者の意見と理解することはできず、他人の意見を自己の意見として表明させられないという意味における消極的意見表明の自由に対する制約は存在しないと主張する学説もある。この学説によると、基準となるのは「予断をもたない平均的受信者」であるが、「予断をもたない平均的受信者」は、たばこ製造業者が自発的に喫煙の評判を落とすことを、しかも異様に威嚇的かつ画一的なレイアウトとするなどとは考えない。また、警告表示は、新聞においても広範な議論の対象であつたし、悪意や嘲弄などを免れない議論の対象であつた。これらのことは、警告表示が自発的になされていないことを表している。そうだとすると、平均的受信者にとつて、たばこ製造業者が警告表示の記載を強いられているのであり、実際に警告表示を支持しているわけではないことは明らかである。「EC厚生大臣」と付記された警告

表示が数年来知られているのであり、「EC厚生大臣」との付記がなくなったからといって、たばこ製造業者が言わば一夜にして警告表示に納得したと考えるのは、「全く浮世離れた想定」であろう。この説によると、「EC厚生大臣」という発信者名義のない警告表示の義務付けは「対外的に明らかに他人の意見の押し付け」である⁵⁵。

そして、この学説は、「対外的に明らかに他人の意見の押し付け」は、製品の包装が評価的、意見形成的内容を有するものでない限り、基本法五条一項一文の基本権の制約に該当しないとして、発信者名義の付記のない警告表示を定めたたばこ製品命令七条について、基本法一二条一項を基準としてその合憲性を検討している。

職業の自由の制約が憲法上正当化されるためには、たばこ製品命令七条が比例原則の要請に合致していなければならない。たばこ製品命令七条の合憲性に関連してとくに問題となるのは、必要性の要件と相当性の要件である。この学説は、必要性の要件について次のように論じている。たしかに「EC厚生大臣」と付記された警告表示は、より緩やかな手段であると解することができる。何故なら、たばこ会社が、自己の意見を表明させられているわけではないことや、製品のイメージを低下させる動かしようのない事実を表明させられるわけではないことが、「EC厚生大臣」と付記された警告表示によって明確にされるからである。しかし、「EC厚生大臣」と付記された警告表示の場合、教育的効果及びそれによる健康の促進は減少する可能性がある。警告表示が、疑問の余地のない事実としてではなく、少数の人の個人的メッセージの装いの下で登場した場合には、「非難効果 (Prangerwirkung)」は減少する。したがって、発信者名義の付記のある警告表示の義務付けは、より緩やかな手段ではあるが、同等に効果的な手段とは言えない。立法者及び命令制定者に広い評価余地及び予測余地を認めた場合、上記の考え方も少なくとも理解可能であり、まったく的外れなものであるとは言えない。⁵⁶

この学説は、さらに、相当性の要件について次のように論じている。九七年決定は、警告表示義務は、「引き続きたばこ産業に営利的な広告活動を許容するものであり、消費者に対して、もっぱら、その購入決定のための医学的知見の基礎を伝達するものである」こと、「警告表示によるたんなる言語上の影響力行使」は、「需要と供給による財の交換に影響を与えないようにしつつ、現在の医学的な認識水準に基づいて一般的に意識すべきである考慮事由を需要者に意識させようとする」ものであることを指摘したが、この学説によると、この指摘は、「EC厚生大臣」という発信者名義の有無とは関係なく、たばこ包装における警告表示の義務付けに当てはまる。九七年決定は、警告表示が「単なる事実の伝達」を越えた「警告効果」を有していることを過少評価しているようにも思われるが、警告表示がもっぱら言語により行われ、警告の性質はあるが、喫煙が少なくとも潜在的に健康に害を及ぼすという実証された事実に基づくものであり、また、消費者は喫煙を自由に選択することができ、製造業者も宣伝することができる場合には、職業遂行の自由に対する「過度の」制約とは言えない。立法者及び命令制定者には相当性のレベルにおいても一定の判断余地が認められていることに鑑みると、期待可能性の「限界」はなお維持されている。⁵⁷ 以上のように、この学説は、発信者名義の付記を定めていない警告表示の義務付けは、基本法一二条一項にも違反しないと結論付けた。

3 小括

以上において、たばこ製品命令の改正により導入された「EC厚生大臣」という発信者名義の付記のない警告表示の義務付けの憲法適合性に関する対照的な学説を紹介したが、多くの学説は、九七年決定の示した解釈論を前提とした場合でも、発信者名義の付記のない警告表示の義務付けは消極的意見表明の自由の制約に当たると解している。⁵⁸ 連

邦憲法裁判所は、九七年決定において、「警告表示が他人の意見であることが明らかに認識できるようなものではなく、むしろ、たばこ製品の製造業者に帰属する可能性がある場合」には意見表明の自由（基本法五条二項一文）の制約に当たることを指摘しつつも、当該警告表示を「明らかに他人の意見の再現」と評価し、消極的意見表明の自由の制約に当たることを否定した。連邦憲法裁判所が当該警告表示を「明らかに他人の意見の再現」と評価した決定的な理由は、警告表示に「EC厚生大臣」という発信者名義が付記されていることにある。そうだとすると、発信者名義を付記しない警告表示を義務付けることは消極的意見表明の自由の制約に当たると見るのが説得的であろう。⁵⁹

ところで、発信者名義を付記しない警告表示を義務付けることが消極的意見表明の自由の制約に当たるかどうかの判断と、発信者名義を付記しない警告表示を義務付けるたばこ製品命令七条が憲法に適合するかどうかの判断が別次元の問題であることは、発信者名義を付記する警告表示の義務付けの場合と同様であり、発信者名義を付記しない警告表示を義務付けることが消極的意見表明の自由の制約に当たると判断しつつも、たばこ製品命令七条は合憲であると主張することも理論的には可能である。たばこ製品命令七条の憲法適合性を判断するに当たっては、たばこ製品命令七条が比例原則の要請に合致するかどうかという問題を検討しなければならないが、たばこ製品命令七条が憲法に適合するという主張を組み立てる場合に最大の難所となるのは、必要性の要件であろう。まず、発信者名義を付記する警告表示の義務付けが、発信者名義を付記しない警告表示の義務付けと比較して、たばこ製造業者にとって「より緩やかな」手段である点について否定することは困難であろう。残された問題は、発信者名義を付記しない警告表示の義務付けが、発信者名義を付記する警告表示の義務付けと比較して、立法目的の実現に対して等しく効果的であると見ることができるかどうかである。この点、まず、警告表示の内容は発信者名義の有無に関係なく同じであるから、

発信者名義を付記しない警告表示の義務付けであっても、喫煙者に医学上の知見を提供するという目的については、発信者名義を付記する警告表示の義務付けと比較して等しく効果的に達成することができると言えよう。つぎに、喫煙者に対する「アピール効果」については、判断が分かれる。一方において、発信者名義がない場合には警告表示は「たばこ製造業者」の意見と勘違いされる可能性があることを前提とすると、「EC厚生大臣」などの公的機関の名義がある警告表示は「たばこ製造業者」の意見よりも消費者にとってより説得的であり、喫煙者に対する「アピール効果」の点で発信者名義の付記のない警告表示と同等またはこれを上回るとする見方がある。他方において、「EC厚生大臣」などの発信者名義を記載した場合には、消費者はたんなる一つの意見にすぎないと受け取るのに対して、発信者名義がない場合には消費者は警告表示の内容を異論の余地のない確固とした事実と受け取るのであるから、両者は「アピール効果」の点で同等とは言えないとする見方もあり得る。発信者名義の付記のない警告表示の義務付けが消極的意見表明の自由の制約に当たると解した場合、前者の見方に一定の説得力がある以上、必要性の要件の充足を肯定することは困難であると言わざるを得ないのではないだろうか。⁶⁰ たばこ製品命令七条が憲法に適合すると主張する学説は、発信者名義の付記のない警告表示の義務付けも職業遂行の自由の規制の問題と構成し、命令制定者の広い判断余地及び予測余地を強調した上で、必要性の要件を肯定している点にも留意しなければならない。

V 日本国憲法における消極的表現の自由

(1) 以上において行ったドイツの判例及び学説の検討を踏まえて、日本国憲法における「消極的表現の自由」の

解釈論について若干のコメントをしておきたい。学説において、日本国憲法二二条一項の保障する「表現の自由」は消極的表現の自由を含むと解されている。例えば、佐藤幸治は、次のように説いている。「表現の自由は、表現する自由（積極的作用）のみならず表現しない自由（消極的作用）をも包含する。すなわち、公権力により表現を強制されない自由（沈黙の自由）も表現の自由に含まれる」。「沈黙の自由を含む表現しない自由も二二条の保障内容をなす」のは、「集会・結社の自由や信教の自由について一般に承認されているように立憲民主制憲法下における自由権の保障は積極・消極の両作用を表裏の関係において包含するものとみるべきであるから」である。⁶¹

（2）すでに述べたように、近年、学説において、「消極的表現の自由」の内容についても、また、たばこ製品の包装に警告表示を義務付けることがどういう意味で消極的表現の自由の問題になるのかについても立ち入った検討が加えられている。

まず、小山剛は、消極的表現の自由の保護範囲を、「他人の意見が、自分の意見として流布されないという保障」と解釈し、「表現の自由の制約に当たるのは、たばこの警告文が事業者自身の表現であるとみなされる場合に限られる」とした上で、「たばこパッケージへの警告文の掲載が事業者の（消極的）表現の自由を制約するかどうか」について、「警告文表示が事業者自身の意見ではなく、国によってたばこ製品の販売に対して課せられた条件であると広く認識されている場合には、表示義務は、表現の自由の問題とはならない」と主張している。⁶²

また、蟻川恒正は、「製品上に『表示しなければならぬ』とされる警告文は、法律によって起案された文である」こと、また、「たばこ会社は、その文を、当該たばこ会社の表現として表示することを求められているわけでもない」ことを指摘し、「一般に、自らの表現として表示するのでなければ表現行為とはいえないという考え方は、充分に成

り立ちうる」ところ、「この考え方に立つなら、たばこ会社は、確かに法律により一定の行為を強制されているけれども、たばこ会社に強制されているのは、表現行為ではないことになる」ので、「そこに消極的表現の自由の制約を觀念することは困難となるはずである」と主張している。そして、たばこ製品の包装における警告表示義務について、「表示者名の記載（顕名性）はないけれども、警告文が表示されている場所が製造たばこのパッケージ上であることからすれば、当該警告文を、たばこ会社の（名による）表現であると解しうる余地はある」が、「たばこ会社が自己に不利益な表現行為を自ら行っているとは思わないのが通常であるから……消極的表現の自由を厳密な意味で主張しうる理論的可能性は小さいといわなければならない」と述べている⁶³。

さらに、木村草太は、○六年公法系第一問について、「警告文の名義が株式会社T社であったとすれば、T社が言論を強制されていることになります。こう理解すると、自らはコミットしない価値を表明する言論を強制されることになり、表現しない自由、消極的表現の自由の制約が認定できます」が、「名義が国家なら、言論の強制は生じません。その場合、T社の営業活動の制約あるいは、パッケージ交換が必要になったことによる商品価値の減少という財産権の侵害を問題とすることになるでしょう」と解説している⁶⁴。

（3）これらの見解に特徴的なことは、消極的表現の自由の保護範囲を「他人の意見を自己の意見として表明することを強制されないこと」に限定している点にある。しかし、筆者は、消極的表現の自由の保護範囲をこのように限定することが日本国憲法二一条一項の解釈として妥当かどうかについて疑問を持っている。むしろ、筆者は、他人の意見を（自己の意見としてではなく）他人の意見として表明したり、流布させたりすることを強制された場合であっても、消極的表現の自由の制約であると解する⁶⁵。筆者がこのように解する理由は、次のとおりである。

すでに述べたように、ドイツの学説において、消極的意見表明の自由を他人の意見を自己の意見として表明し、流布させることを強いられないことに限定する解釈の論拠は、基本法五条一項一文が「自己の意見」を表明し、流布させる権利を保護しているという「文言」である。消極的自由の保護範囲は、積極的自由の保護範囲の「裏返し」によつて定まるといふ消極的自由に関する一般的な解釈枠組みを前提とすると、基本法五条一項一文が、積極的意見表明の自由として、「自己の意見」を表明し、流布させる権利のみを保護しているとすれば、他人の意見を他人の意見として表明し、流布させることを強えられることは消極的意見表明の自由の保護範囲に含まれないことになる。これに対して、日本国憲法二一条一項は、「言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と定めており、ドイツ基本法五条一項一文のような文言上の限定はなく、日本国憲法二一条一項の文言からすると、他人の意見を流布させることが表現の自由の保護範囲に含まれないと解する根拠は見出せず、消極的表現の自由の保護範囲には他人の意見を流布させることを強制されないことも含まれると解されるのではない。また、最高裁は、憲法二一条一項の保障は、「公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである」と説示しているが、この保障内容を消極的自由に転換すると、消極的表現の自由の保障は、「公の福祉に反しない限り、いいたくないことをいわせられないこと」になるのではないか。このように解すると、警告表示を義務付けることは、たとえ発信者名義が付記された場合であつても（あるいは、発信者名義がない場合に、発信者がたばこ製造業者ではなく、国であると解することができるとしても）、消極的表現の自由の制約に当たることになる。

(4) また、かりに消極的表現の自由の保護範囲を「他人の意見を自己の意見として表明することを強制されないこと」に限定したとしても、九七年決定の判断枠組みに従つて判断する限り、〇六年公法系第一問で出題されたよう

な発信者名義が付記されていない警告表示の義務付けは、消極的表明の自由の制約に該当すると解すべきではないかと思われる。九七年決定によると、「他人の意見を自己の意見として流布させることを要求された場合」は「意見表明の自由（基本法五条一項一文）の制約となり得るが、「他人の意見を自己の意見として流布させることを要求された場合」とは、「警告表示が他人の意見を他人の意見であることが明らかに認識できるような仕方では、問題なく、むしろ、たばこ製品の製造業者に帰属する可能性がある場合」である。そして、連邦憲法裁判所は、問題となっている「警告表示は明らかに他人の意見の再現」であると評価したのであるが、その際に決め手となっているのは、警告表示の内容が、「EC厚生大臣は、喫煙は癌並びに心臓及び脈管疾患の原因であるとの見解を主張する」というものであること、つまり、EC厚生大臣という発信者名義が明示されていることである。連邦憲法裁判所は、「この警告表示は、たばこ命令三条の一般的義務に基づいて、たんに個別の企業によつてのみ流布されるというものではなく、むしろ、あらゆる紙巻きたばこ包装の外見の一部となっている」こと、「この警告表示は、――需要者にとつて明らかではあるが――個別の企業に帰属し得る言明を何ら含むものではない」ことも指摘しているが、EC厚生大臣という発信者名義が明示されているという指摘がやはり決定的に重要であろう。すでに述べたように、二〇〇五年のたばこ製品命令の改正により、警告表示に「EC厚生大臣」と付記することを求める条項が削除されたが、多くの学説は、この改正により、警告表示の義務付けは、九七年決定の解釈論を前提としたとしても、消極的意見表明の自由の制約に当たると解している。「他人の意見を自己の意見として流布させることを要求された場合」とは、「警告表示が他人の意見を他人の意見であることが明らかに認識できるような仕方では、問題なく、むしろ、たばこ製品の製造業者に帰属する可能性がある場合」を意味するという解釈を前提とすると、発信者名義が付記されてい

ない警告表示は、たばこ製造業者の意見であると消費者から受け取られる可能性を否定できない以上、「他人の意見を他人の意見であることが明らかに認識できるような仕方で表明するものではなく、たばこ製品の製造業者に帰属する可能性がある場合」に該当し、消極的意見表明の自由の制約に当たると解すべきではないか。⁽⁶⁷⁾「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」一頁は、「本法律では警告文の『発信者』名が表示されず、記載内容が特定販売業者の意見であると思われる可能性があることから、その制約の是非が問題となる」と述べているが、この記述を素直に読む限り、出題者は、「警告文の『発信者』名が表示されず、記載内容が特定販売業者の意見であると思われる可能性がある」(傍点は筆者による。)ことを決め手として、発信者名義が付記されていない警告表示の義務付けは特定販売業者の消極的表現の自由の制約に該当すると評価していると考えられる。⁽⁶⁸⁾なお、発信者名義が付記されていない警告表示の義務付けが特定販売業者の消極的表現の自由の制約に該当すると判断した場合、当該制約が許されるかどうかを検討しなければならないことは、言うまでもない。⁽⁶⁹⁾

(5) ところで、食品や医薬品などでも成分や副作用等の表示が義務付けられている。これらの表示義務は消極的表現の自由の制約に当たると言えるだろうか。この点、ドイツでは、事実の通知であって、意見の表明ではないから、これらの表示義務が意見表明の自由を制約するものではないと解されていることは、すでに述べた通りである。日本の学説においては、「医薬品の包装や有価証券の募集に当たつての目論見書」において「用法・容量や財務諸表などの中立的な客観情報」や「当該医薬品に習慣性があることや発行元企業の抱える事業上のリスクなど、事業者にとって不利な情報」の開示を義務付けることは「国家権力が意図する表現を私人に強制する、いわゆる『強制された言論』(coerced speech)に当たる」とする見解と、⁽⁷⁰⁾食品の成分表示などの表示義務は一定の場合には「表現の自由の問題

とはならない」とする見解⁽⁷¹⁾が対立している。意見の表明と事実の通知を区別せず、事実の通知も表現の自由の保護範囲に含まれるとする解釈⁽⁷²⁾を前提とすれば、消極的表現の自由の制約に当たると解することになるのか（当該制約は消費者保護のために正当化されることにはなると考えられるが）。この点は、今後さらに検討しなければならない課題である。

VI 結語

本稿の目的は、二〇〇六年（平成一八年）に実施された第一回（新）司法試験の論文式試験問題公法系科目第一問をより深く検討するための基礎的資料として、一九九七年一月二二日ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷決定の内容について、その前後の学説を含めて、詳しく紹介することにあつた。この目的は、ほぼ達成されたと考えている。すでに述べたことを繰り返す必要はないのであるが、念のために、最後に、以下の二点を指摘しておきたい。第一に指摘したのは、九七年決定は発信者名義の付記のある警告表示の義務付けの合憲性について判断したものであつて、〇六年公法系第一問で出題されたような発信者名義の付記のない警告表示の義務付けの合憲性について判断してはいないことである。ドイツにおいて、九七年決定の示した解釈論を前提とした場合に発信者名義の付記のない警告表示の義務付けが消極的意見表明の自由の制約に当たるかどうかについて議論があるが、多くの学説がこれを肯定していることは、すでに述べた通りである（繰り返しになって恐縮であるが、〇六年公法系第一問で出題されたような発信者名義の付記のない警告表示の義務付けは、連邦憲法裁判所の九七年決定の解釈論を前提として判断した場合には、（消極的）表現の自由の制約と解される可能性が高いと考えられる。したがって、九七年決定の解釈論を引き合いに出しつつ、〇六年公法系第一問で出題された

ような発信者名義の付記のない警告表示の義務付けが（消極的）表現の自由の制約に当たらないと主張（又は解説）することは、反対説に配慮した慎重な検討を経て初めて可能になると言えよう。第二に、九七年決定の示した解釈論は必ずしも盤石で安定的なものではなく、日本国憲法二二条の消極的表現の自由の問題を検討する際に、九七年決定を参考にするのは良いが、九七年決定の示した解釈論を日本国憲法の解釈に取り入れるには、九七年決定に対する学説の批判も踏まえた慎重な検討が必要なのではないか。二〇〇六年に第一回（新）司法試験が実施されてから一〇年が経過した。（新）司法試験論述式問題公法系第一問についてもすでに相当数のいわゆる過去問の蓄積がある。筆者は、法科大学院に所属する研究者として、これらの過去問を従来の学問的営為を踏まえて解析する仕事をする必要があると考えている。⁽⁷³⁾ 本稿は、その作業に向かうささやかな一歩（にもならない半歩）である。⁽⁷⁴⁾

- (1) 「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」一頁。
- (2) 「出題趣旨」前掲注(1)一頁。
- (3) 平成一八年司法試験の「新司法試験考查委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要」六頁。
- (4) 「ヒアリング」前掲注(3)四頁。
- (5) 「ヒアリング」前掲注(3)六頁。
- (6) 「ヒアリング」前掲注(3)一頁。
- (7) 「ヒアリング」前掲注(3)一頁。
- (8) 「教科書・概説書」も数多く出版されており、そのすべてに目を通してはいるわけではないので、見落としがあるかもしれないが、最近出版された教科書をみると、例えば、市川正人『基本講義憲法』（新世社、二〇一四年）及び青柳幸一『憲法』

(尚学社、二〇一五年)においては、「表現の自由の中で」消極的表現の自由についての説明はない。他方で、「表現の自由の中で」消極的表現の自由に触れている教科書も―その数は多くはないが―あり、大きな変化とまでは言えないが、少しの変化はあったと言えるかもしれない。例えば、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)二五〇頁は、情報提供権は「いたくないことをいわない自由(『消極的情報提供権』ないしいわゆる『沈黙の自由』)を包含するが、それが問題となるのは『公表』(不特定または多数者に対する伝達)の強制の文脈においてであって、一九条に根拠する『沈黙の自由』とは性格・内容を異にする」と説明している。また、岩間昭道『憲法綱要』(尚学社、二〇一一年)九九頁は、「憲法二一条は、表現しない自由あるいは公権力等によって表現することを強制されない自由を保障する。この自由は『沈黙の自由』ともよばれている。もっとも、沈黙の対象が思想・良心、私的事項、宗教的信仰、自己の刑事上の責任に関する不利益な事項にかかわる場合には、『沈黙の自由』は、それぞれ、憲法一九条、二〇条、二三条、三八条一項によって保障されているから、憲法二一条は、それ以外の事項についての『沈黙の自由』を保障していることになる。」と説明している。さらに、渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗著『憲法I』(日本評論社、二〇一六年)二二八頁(穴戸常寿執筆)は、「積極的に『表現する』自由だけでなく、消極的に『表現しない』自由(沈黙の自由、消極的表現の自由)も、憲法二二条の保護領域に含まれる。ただし、思想・良心または信仰の核心に関する沈黙の自由は、個別法である憲法一九条または二〇条によって保護される。」と解説している。

(9) 筆者は、所属する法科大学院において、二〇二三年度から「独法」(基礎法学・隣接科目)の授業も担当しており、二〇一五年度の授業において、たばこ製品の包装における警告表示義務の憲法適合性に関するドイツの判例・学説を取り上げて、検討を加えた。筆者が、一〇年も前に出題された(新)司法試験論述式問題に含まれる憲法上の問題点について、ドイツの判例・学説を素材として検討をする機会をもったのは、上記のような、筆者のまったくの個人的な事情によるものである。

(10) BVerfGE 95, 173.

(11) 渋谷秀樹「新司法試験考查委員と問題出題のあり方について」法学セミナー編集部編『新司法試験の問題と解説 二〇〇七』(日本評論社、二〇〇七年)七頁は、「考查委員が数年前に外国憲法判例の研究会で担当し評釈も公表した事案をほぼそのまま借用したものであった」と指摘する。ただし、後で指摘するように、〇六年公法系第一問の事案は、発信者名義の

有無という極めて重要な点について、「審査委員が数年前に外国憲法判例の研究会で担当し評釈も公表した事案」に改変が加えられている点に注意が必要である。

(12) 青柳幸一「タバコ製品の包装への警告表示義務」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・嶋崎健太郎編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）二六五頁以下（初出、同「タバコ製品の包装への警告表示義務の合憲性」自治研究七六卷一一号（二〇〇〇年）一三一頁以下）。

(13) 司法試験関係者としては、何よりもまず、過去問を検討する必要がある司法試験受験生を想定しているが、時間的余裕のない司法試験受験生が本稿のような極めて専門的な研究論文を読む可能性は低いと考えられるので、法科大学院の教員の方々と受験指導に携わる方々が司法試験の過去問を検討し、受験生を指導する際に本稿を何らかの参考にしていただければ、筆者としては望外の喜びである。

(14) 青柳・前掲注(12)は、憲法研究者のみならず、多くの司法試験関係者にも読まれていると推測されるが、紙幅の制約のために、残念ながら、九七年決定の内容を詳しく紹介しておらず、司法試験関係者がこの判例解説を読んだだけでは同決定を理解することは容易ではないと思われる。本稿作成の動機は、司法試験関係者を念頭において九七年決定を、決定前後の学説などの状況も併せて、もう少し詳しく紹介する必要があるのではないかと考えたことにある。

(15) このことは基本法のコンメンタール等に掲載されている文献目録からも明らかであるので、ここでは各テーマについての文献は挙げない。

(16) Richtlinie 89/622/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 359 vom 08. 12. 1989, 1 ff.

(17) Detlef Merten, Zur negativen Meinungsfreiheit, DÖV, 1990, S. 761 ff.

(18) Michael Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991.

(19) なお、ヘラーマン (Johannes Hellermann) は、一九九二年にフライブルク大学に提出され、一九九三年に出版された学位請求論文『自由権のいわゆる消極的側面』(Johannes Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte,

1993)において、基本法五条一項一文は「消極的意見表明の自由」を保障していないこと、国による強制に対する基本権保護は基本法二条一項の一般的行為の自由の問題として構成すべきことを主張している。

(20) BVerfGE 65, 1 (40).

(21) *Detlef Merten, Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien*, VerwArch 73, (1982), S. 103 (103 ff).

(22) 本文で述べたように、本稿においてこの論点について立ち入った考察はできないが、ここで学説状況の一端に簡単に触れておくことにしたい。ショルツ (Rupert Scholz) は、「あらゆる自由権と同じように」、基本法五条一項は積極的意見表明の自由のみならず、「消極的な非表明」あるいは「意見の放棄」も保護していると述べている (*Rupert Scholz, Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatlicher Verfassungsschutz*, in: Karl Heinrich Friauf/Rupert Scholz, *Europarecht und Grundgesetz*, 1990, S. 67)。ヘルツォーク (Roman Herzog) は、「六条二項を除く基本法のすべての基本権と同じように」、五条も消極的構成要素を有する」として、自己の意見を表明する自由のみならず、意見を表明しない自由も保障されていると解する。これらの説明は、メルテンの説明と同じ趣旨であろう。ヘルツォークは、これに加えて、「かりに基本権が、基本権によって主題として言及された機能の行使だけを保障するもので、その不行使は保障しないとすれば、基本権は自由保障としての性格を失うことになり、社会政策上の制御条項になってしまうだろう。」とも指摘している (*Roman Herzog*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, Rdnr. 40 zu Art. 5 Abs. 1, II (1992))。また、これに対して、「原理的に制限されない個人の自然的自由という想定を排斥し」、憲法が基本権を保障するのは「基本権の中に保障されている自由を現実化するため」であると理解するヘッセ (Konrad Hesse) は、「信仰を告白し、意見を表明し、結社を設立するなどの「積極的自由」のみならず、信仰を告白しない、意見を表明しない、結社に加入しないなどの「消極的自由」が保障されている理由について、「基本権の内容の積極的現実化」も重要であるが、「この現実化の自由」も重要であり、こうした自由は、「選択肢があるところでのみ」存在するからであると説明している (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20., neubearbeitete Auflage, 1995, S. 131 [Rdnr. 288]; S. 133 [Rdnr. 292]; フンラード・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、二〇〇六年)一八八頁、一八九頁、一九二頁)。また、ヘラーマンは、「行為権

の消極的側面」という基本権解釈上のフィギア（本文で紹介したメルテンの学説を参照。）に対しても根源的な批判を行っているが、これは、意見表明の自由以外の他の基本権にも関連する大きな問題であり、ヘラーマンの主張を紹介することは本稿の範囲を越える。この論点は、意見表明の自由以外の基本権も含めた「消極的自由」一般の問題として広い視野の下で（例えば、シュニット学派とスメント学派の対立を視野に入れつつ）検討すべきものであり、今後に残された検討課題である。

- (23) *Kloepfer* (Fn. 18), S. 27 f.
- (24) *Merten* (Fn. 17), S. 766. メルテンのいう「同化の自由」には「同化を強制されない自由」も含まれると思われる。
- (25) *Edzard Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, § 141 Rdnr. 21.
- (26) *Merten* (Fn. 17), S. 768.
- (27) *Kloepfer* (Fn. 18), S. 28 ff.
- (28) BVerfGE 65, 1 (40 f.).
- (29) *Merten* (Fn. 17), S. 767.
- (30) *Kloepfer* (Fn. 18), S. 22.
- (31) *Kloepfer* (Fn. 18), S. 14 ff.
- (32) *Merten* (Fn. 17), S. 766 f.
- (33) *Merten* (Fn. 17), S. 767 f.
- (34) *Kloepfer* (Fn. 18), S. 85.
- (35) *Merten* (Fn. 17), S. 768.
- (36) *Kloepfer* (Fn. 18), S. 40.
- (37) *Ferdinand Kirchhof/Karl Frick*, Werbeverbot und Etikettierungszwang für Tabakwaren, AfP 1991, S. 677 (679).
- (38) *Kirchhof/Frick* (Fn. 37), S. 679 f.

(39) メルテン、クレッパ―に加えて、*Stefan Hermle, Der praktische Fall — Öffentliches Recht: Kampf dem blauen Dunst, JuS 1993, S. 310 (314)* は、次のように説く。たばこ包装における警告表示においては、記載の内容が製造業者の意見と一致しているかのように消費者に見せかける可能性がある。実際には、製造業者は、この記載の内容とまさに同じ意見であると思われることを欲していない。それ故、当該記載は、製造業者の意見を反映するものではない。にもかかわらず、製造業者は、それを記載しなければならない。その点で、たばこ製造業者の「消極的」意見表明の自由が影響を受けている。何人に対しても、自己の確信と合致しない表明を強制することは許されない、と。

(40) *Michael Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, S. 268 [Rdnr. 25]* は、消極的表明の自由には「その意に反して他人の意見の役に立つために動員させられない権利」も含まれるので、警告表示義務の合憲性は消極的意見表明の自由を基準として判断しなければならないと自説を述べた後、九七年決定を紹介している。*Detlef Merten, Negative Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd. II, § 42 Rdnr. 108 f.* は、連邦憲法裁判所の判断は、「その矛盾する論証」の故に説得的ではないと批判する。メルテンは次のように述べる。連邦憲法裁判所は、一方において、当該警告表示に評価的で「意見形成的」内容が欠けていることを理由として、意見表明の自由の制約該当性を否定しておきながら、その直後に、それにもかかわらず、たばこ製造業者が自分の意思で警告表示の流布を支持しているという印象が生じる場合には、「意見を流布させる自由」が審査基準を提供すると指摘している。そして、連邦憲法裁判所は、警告表示の流布が「たばこ製品を営業上流通させるための一般的条件」であることを指摘するなどして、これを否定した。しかし、ここでの憲法問題は、警告表示の記載を消極的意見表明の自由の故にこの種の一般的条件とすることが許されるかどうかという点に存する、と。そして、メルテンは、自らの主張を次のように展開している。基本法五条一項一文の消極的権利は、広告をしない、又は特定の広告をしない権利も含むのであるから、国家が、その「反対効果」の故に費用をかけて構築した広告価値を切り下げてしまい、積極的広告の自由を阻害するような「否定広告」を要求することはできないのは勿論である。国家が自己の評価的表示のためにたばこ製品の包装を利用する場合、財物の処分権を制約しているだけではなく、消極的意見表明の自由を制約している、と。

(41) *Udo Di Fabio*, Produkte als Träger fremder Meinungen, NJW 1997, S. 2863 f. 本文で述べたディ・ファビオの見解と同じ見解を採るものとして *Uwe Volkmann*, Staatsrecht II Grundrechte, 2. Aufl., S. 283; *Felix Hardach / Markus Ludwigs*, Die Novellierung der Warnhinweispflicht für Takakerzeugnisse im Lichte der negativen Meinungsfreiheit, DÖV 2007, S. 288 (291) がある。

(42) *Lothar Michael / Martin Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2016, Rdnr. 216.

(43) *Martin Nolte / Christian J. Tams*, Grundfälle zu Art 5 I 1 GG, JuS 2004, S. 111 (112 f.). この学説は、文言の論拠に加えて、自己の意見と他人の意見の区別は刑法などの他の法領域においても見られることも挙げている。

(44) *Tonio Gas*, Unheimliche Warnhinweise der heimlichen EG-Gesundheitsminister: grundrechtstest?, JURA 2010, S. 700 (704) は、次のように指摘している。たばこ製品の警告表示義務の事案において、たばこ会社は、たばこ包装のデザインを自分の好きなように決めることを妨げられている。包装のグラフィックデザインは一般の営利広告と同じように意見と見ることはできない。このデザインの目的は販売であり、利潤の最大化の目的に従属する。このような場合に意見表明の自由を審査基準としないのは、意見表明の自由と経済的基本権との境界線を引くために不可欠であるからである、と。

(45) 日本国憲法の解釈としては、営利広告は、「学説では一般に表現の自由の保護に値すると考えられている」（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法第六版』（岩波書店、二〇一五年）一九三頁）。そうだとすると、日本国憲法二一条一項の解釈としては、たばこ製品の包装のデザイン等を自由に決定することも表現の自由の保障の下にあり、警告表示義務が消極的表現の自由の制約には当たらないとしても、たばこ包装のデザイン等を自由に決定することを妨げられているという意味においてたばこ製造業者の表現の自由を制約している可能性がある。「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」一頁も、「自己のスペースであるにもかかわらず、包装のデザイン等を自分ですべて決めることができな点も、表現の自由の制約として問題となる」と述べている。繰り返しになるが、連邦憲法裁判所の判例においては、たばこ製品の包装のデザイン等に対する規制は原則として職業遂行の規制であると位置付けられており、平成一八年新司法試験論文式試験問題の出題者がたばこ製品の包装のデザイン等に対する規制を表現の自由の問題と捉えていることと対照的である。「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題

趣旨」一頁は、「警告表示義務が実質上販売活動を制約するものであり、また、実際にたばこの販売にマイナスの影響を与えていることから、営業の自由の制約の是非が問題となる」とも述べているが、「たばこに対する警告表示を義務付けることがどういう意味で」営業の自由（職業遂行の自由）の問題になるのかという点に関する理解の仕方について、ドイツ連邦憲法裁判所の九七年決定と平成一八年新司法試験論文式試験問題の出題者との間で大きな違いがあることは明らかであろう。

(46) BVerfGE 94, 372.

(47) BVerfGE 71, 162 (175).

(48) 営利広告が基本法五条一項一文によって保護されると判断された事例として、いわゆるベネトン・ショック広告に関する二〇〇〇年一月二二日連邦憲法裁判所第一法廷判決 (BVerfGE 102, 347) がある。連邦憲法裁判所は、同判決において、「流出してカーペット状に広がった石油の上で泳ぐ石油にまみれた鴨」、「第三世界で重労働をしている様々な年齢の子供たち」及び「H.I.V. POSITIVE」という文言のスタンプが押された裸の人間の臀部」の写真を使用したベネトン社の三種類の広告について、本文で述べた判断枠組みを用いて意見表明の自由の保護を受けるものと判断した。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。「三枚の争われているすべての広告写真は、この要件を充足している。これらの広告写真は、万人に関わる不都合（環境汚染、児童労働、H.I.V感染者の隔離）を具体的に示すものであり、これにより同時に社会的政治的に重要な問題に対する（否定的）価値判断を含んでいる。まさに意見形成的内容を含むところの語る画像である。……この広告は、世界の悲惨な状態を告発しようとするものである。このことを目的とし、これにより万人に関わる不都合に市民の注意を向けさせる意見表明は、基本法五条一項一文の保護を特別の程度において享受する」(S. 359)。

(49) *Di Fabio* (Fn. 41), S. 2863 f. ⁴⁹。

(50) *Hardach/Ludwigs* (Fn. 41), S. 291 f.

(51) *Werner Schroeder, Vom Brüsseler Kampf gegen den Tabakrauch - 2. Teil, EuZW 2001, S. 489 (494 f.)* は、実際の著者名義の記事を加盟国に義務付けていないたばこ指令の定めをそもそも適合性の要件を欠くと論じている。ドイツで従来行われてきたような、警告表示に「EC厚生大臣」という付記がある場合は、警告表示は明らかに他人の意見の表明であって、消費者

の目にも警告表示はたばこ製造業者に帰属しない。これに対して、製造業者がある言明を自己の意見として流布させているという印象が生じる場合、商品のデザインの枠内で一定の言明を自己の意見として表示することを拒否する基本権が無視されたことになる。意見の表明のこの制約については、何らの正当化根拠は存在しない。何故なら、警告表示の実際上の著者である「共同体」をたばこ製品において挙げないことによつて健康保護が改善される、という根拠が明らかではないからである、と。

(52) *Hardach/Ludwigs* (Fn. 41), S. 293.

(53) *Hardach/Ludwigs* (Fn. 41), S. 294.

(54) *Hardach/Ludwigs* (Fn. 41), S. 294.

(55) *Gas* (Fn. 44), S. 703 f.

(56) *Gas* (Fn. 44), S. 704 f.

(57) *Gas* (Fn. 44), S. 705.

(58) 例として *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II Rdnr. 74.

(59) *Martin Wachovius*, *Rauchen tötet! Negative Meinungsfreiheit aus nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Perspektive*, BayVBl. 2005, S. 615 (618) は、連邦憲法裁判所は、警告表示に「EC厚生大臣」という発信者名義が付記されていることから、警告表示を「明らかな他人の意見の再現」を評価したのであり、かりに発信者名義が存在しなければ、連邦憲法裁判所は、五条一項の関連性を疑わなかったであろう、と指摘する。Heinrich Wißms, *Staatsrecht II*, 2010, Rdnr. 583 も、警告文に「EC厚生大臣」と付記することは許されなくなった以上、当該表現がたばこ製品の製造業者に帰属させられる可能性があることを前提としなければならず、従つて、当該記載は消極的意見表明の自由を基準としても審査さなければならぬと指摘する。

(60) なお、*Christian Koenig/Jürgen Kühling*, *Der Streit um die neue Tabakproduktrichtlinie*, EWS 2002, S. 12 (15 f.) は、発信者名義のない警告表示の義務付けは必要性の要件を欠き、欧州共同体法上の「比例原則」に反すると論じている。まず、

ドイツにおける消極的意見表明の自由 (岡田)

発信者名義のない警告表示の義務付けは、たばこ製造業者が警告表示の内容との同化を強制され、自分はこれと異なる見解であることを表明することはできないという点において、発信者名義の記載のある警告表示の義務付けと比較してより重大な制約である。そこで、発信者名義のない警告表示の義務付けが、発信者名義の記載のある警告表示の義務付けよりも目的の達成により効果的であるかどうか問題となり、これを肯定するためには、製造業者による情報提供が官庁による情報提供よりもより説得的で実効的であることが示されなければならないが、このことに説得力があるとは言えない。したがって、発信者名義のない警告表示の義務付けは必要性の要件を欠く、と。また、仮に必要性の要件を充足していると仮定したとしても、発信者名義のない警告表示の義務付けは、狭義の比例原則に反すると指摘する。何故なら、発信者名義のない警告表示の義務付けによる実効性という利益は、他人の見解の内容を自分の見解の内容としてコミュニケーションするという「比較にならないほど重大な」強制を正当化することはできないからである。

(61) 佐藤幸治「表現の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』(有斐閣、一九七八年)四五頁以下。初宿正典『憲法2基本権(第三版)』(成文堂、二〇一〇年)二〇五頁以下も、「第二〇条の信教の自由も第二三条の学問の自由も、その信仰や学問的見解の表明を欲しない者が、その表明を強制されないという意味での『沈黙の自由』をその内実として含んでいると解される」と「同様に、第二一条一項の表現の自由についても、内心における精神作用の結果を公表したくないときには、これを公表させられない自由としての『沈黙の自由』を含んでいると解される」と説いている。上記の諸学説において表現の自由には消極的表現の自由も含まれるとする根拠となっているのが、「自由権の保障は積極・消極の両作用を表裏の関係において包含する」という基本権解釈上の命題である。ドイツにおいてこのような基本権解釈上の命題が成立するかどうかについて争いがあることは、すでに述べた通りであり、本稿においてこの論点について立ち入った検討を加えることができないことも、すでに述べた通りである。

なお、憲法一九条によっても「沈黙の自由」が保障されていると解されており、憲法一九条の保護範囲と憲法二一条の保護範囲との相互関係についても検討しなければならないが、本稿はこの点については触れない(この点については、渡辺ほか『憲法Ⅰ』前掲注(8)一六二頁以下〔渡辺康行執筆〕、芹沢斉「良心の自由と謝罪広告の強制」長谷部恭男・石川健治・穴戸常

寿編『憲法判例百選Ⅰ第六版』（有斐閣、二〇一三年）七七頁以下、杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（三省堂、二〇〇八年）四七〇頁以下〔西原博史執筆〕などを参照。）

ところで、木村草太『司法試験論文過去問 L I V E 解説講義本 木村草太憲法』（辰巳法律研究所、二〇一四年）五四頁は、「消極的言論の自由の保障根拠は、プライバシー権と同趣旨です。自分がコミットしていないメッセージの発信を強制されると、本来の自己像とは違う像が社会に流通してしまいます。例えば、ここで問題となった警告文の内容は、『タバコは、人を死に追いやる極めて危険な商品であり、買うべきではない』という趣旨のものです。もし、T社に、その主張を発信するよう義務付けると、社会には、『T社は商品の危険性を認識しつつ、平然と販売する極めて不誠実な会社だ』という像が流通します。これは不当だというのが、消極的表現の自由の保障根拠です。」と主張している。この主張は、上記の「自由権の本質」論とは異なる保障根拠を示しており、注目に値する。なお、この主張は、消極的意見表明の自由の保障根拠に関するメルテンの考え方と類似している点でも興味深い。

また、渡辺ほか『憲法Ⅰ』前掲注(8)二六三頁以下〔工藤達朗執筆〕は、「憲法二〇条二項は、宗教上の集会の自由について、参加を強制されない自由を明文で保障しているが、この消極的自由はすべての集会にあてはまる」ことを理由として、「『集会の自由』は、集会を開催し、または集会に参加することを公権力によって妨害されない自由（積極的集会の自由）であるだけではなく、集会を開催せず、集会に参加しない自由、すなわち、集会を開催し集会に参加するよう公権力によって強制されない自由（消極的集会の自由）を含む」と述べている。憲法二〇条二項という明文上の根拠を手掛かりに憲法上の保護を「宗教上の」集会以外の集会にも及ぼしていこうとする手堅い解釈論であるが、「集会の自由」以外の自由権にも消極的自由が含まれるのか否かは必ずしも明らかではない。

(62) 小山剛『憲法上の権利』の作法第三版（尚学社、二〇一六年）三二頁。なお、本文で引用した部分がドイツの憲法判例の説明であるのか、それとも日本国憲法二二条一項の解釈論であるのかは必ずしも明確ではないが、ここでは後者であると理解して論述を進める。

(63) 蟻川恒正「対抗を読む（一）」法学セミナー六七一号（二〇一〇年）七〇頁。

ドイツにおける消極的意見表明の自由（岡田）

(64) 木村・前掲注(61)五一頁以下。木村自身の見解として、「私は、商品の側面に国家名義を表示せずに文章があれば、受け手はT社名義の言論と捉えるのが自然なので、名義はT社であると考えます。したがって、消極的表現の自由の侵害があり、違憲と処理するのが妥当だと思います。」(前掲書六五頁)との見解が示されている。

(65) 松本和彦「公法系科目論文式試験の問題と解説」法学セミナー編集部編『新司法試験の問題と解説二〇〇六』(日本評論社、二〇〇六年)二四頁は、「警告文の表示義務づけによつて、原告が支持しない見解を表現するよう強制されているところをつかまえて、そのような表現の強制は消極的な意味での表現の自由を侵害すると構成することができ」と解説している。この見解は、自分の意見として表現することを強制されているか、それとも他人の意見として表現することを強制されているかを問題とすることなく、「原告が支持しない見解を表現するよう強制されている」ことを消極的表現の自由の侵害と捉えており、筆者の見解と軌を一にする。

(66) 最大判昭和二十七年八月六日刑集六卷八号九七四頁(石井記者事件)。

(67) 蟻川・前掲注(63)七〇頁は、発信者名義のない警告表示の義務付けについて、「表示者名の記載(顕名性)はないけれども、警告文が表示されている場所が製造たばこのパッケージ上であることからすれば、当該警告文を、たばこ会社の(名による)表現であると解しうる余地はある」が、「たばこ会社が自己に不利益な表現行為を自ら行っているとは思わないのが通常であるから……消極的表現の自由を厳密な意味で主張しうる理論的可能性は小さいといわなければならない」と述べているが、かりに蟻川の事実評価を前提としてドイツ連邦憲法裁判所の九七年決定の判断枠組みによつて判断すると、「表示者名の記載(顕名性)はない」警告表示文の掲載を義務付けることは、「警告文が表示されている場所が製造たばこのパッケージ上であることからすれば、当該警告文を、たばこ会社の(名による)表現であると解しうる余地はある」(傍点は筆者による。)のであるから、「たばこ会社が自己に不利益な表現行為を自ら行っているとは思わないのが通常である」(傍点は筆者による。)としても、「警告表示が他人の意見であることが明らかに認識できるようなものではなく、たばこ製品の製造業者に帰属する可能性がある場合」(傍点は筆者による。)に該当し、消極的意見表明の自由の制約に当たると解すべきことになる。蟻川の見解を採用した場合、消極的表現の自由の制約に該当すると評価される範囲は、ドイツ連邦憲法裁判所が九七年決定で示した解釈に

よる場合よりも狭く限定されることに注意しておく必要がある。

なお、すでに本文で見たように、ドイツの学説においても、発信者名義の記載のない警告表示の義務付けも消極的意見表明の自由の制約に当たらないと解する見解も主張されている。この学説が意見表明の自由の制約該当性を否定する根拠として挙げているのは、①平均的受信者は、たばこ製造業者が自発的に喫煙の評判を落とすようなことを、しかも異様に威嚇的であった画一的なレイアウトするなどとは考えないから、平均的受信者にとって、たばこ製造業者が警告表示の記載を強いられているのであり、実際に警告表示の内容を支持しているわけではないことは明らかであること、②「EC厚生大臣」と付記された警告表示が数年来知られているのであり、「EC厚生大臣」との付記がなくなつたからといって、たばこ製造業者が言わば一夜にして警告表示に納得したと考えるのは、「全く浮世離れした想定」であることを挙げているが、②の論拠は、発信者名義の付記のある警告表示の義務付けから発信者名義の付記のない警告表示の義務付けに変更したというドイツ特有の事情を背景とするものであり、○六年公法系第一問の事案のように、当初から発信者名義の付記のない警告表示を義務付ける場合はこのような事情はなく、②の論拠を持ち出すことはできない。

(68) 発信者名義の有無という点において、○六年公法系第一問と九七年決定の事案は決定的に異なる。九七年決定は、発信者名義の付記された警告表示の義務付けは消極的意見表明の制約に当たらないと判断したが、ドイツにおいて、九七年決定の解釈論を前提とした場合に発信者名義の付記のない警告表示の義務付けが消極的意見表明の自由の制約に当たるかどうかについて議論があり、多くの学説がこれを肯定していることは、本文で述べたとおりである。○六年公法系第一問の出題者が九七年決定の事案に改変を加えて、発信者名義の付記のない警告表示義務の事案を出題した趣旨あるいは意図を推測してみると、次のようになる。仮にドイツの学生に向けた問題であれば、発信者名義の付記のない警告表示の義務付けの憲法適合性を争点とする事例問題は連邦憲法裁判所の九七年決定を先例とした事例判断を求めた問題と考えることができるが、ドイツ連邦憲法裁判所の判例についての知識のない日本の司法試験受験生を対象とした問題を上記のように位置付けることはできないことは言うまでもない。筆者は、○六年公法系第一問の出題者が九七年決定の事案を発信者名義の付記のない警告表示義務の事案に改変したのは、事案を確実に「表現の自由」の制約の問題とするためではないか（言い換えると、「表現の自由」の制約の問

題と構成しない答案が出ることを出来る限り防ぐためではないか」と考えている。九七年決定は、発信者名義の付記のある警告表示の義務付けについて、消極的意見表明の自由の制約に該当しないとの判断を示したのであるから、発信者名義の付記のある警告表示の義務付けの事案を出題した場合、発信者名義の付記のある警告表示の義務付けが消極的表現の自由の制約に当たることを否定する答案が出てくる可能性を完全に排除することはできない。これに対して、発信者名義の付記のない警告表示の義務付けについて、(ドイツにおける)多くの学説は、これが消極的意見表明の自由の制約に該当することを肯定している。なので、発信者名義の付記のない警告表示の義務付けの事案を出題した場合、消極的表現の自由の制約に該当しないと論述する答案が出てくる可能性は減少する。筆者は、○六年公法系第一問の出題者はこのように考えたのではないかと推測している。実際、「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」一頁は、「本法律では警告文の『発信者』名が表示されず、記載内容が特定販売業者の意見であると思われる可能性があることから、その制約の是非が問題となる」(傍点は筆者による。)と述べており、消極的表現の自由の制約の有無については争点としていない(制約の「有無」ではなく、「制約の是非が問題となる」という記述は、これを素直に読む限り、制約があることを前提としている。もともと、日本の司法試験の受験生がドイツ連邦憲法裁判所の判例を知っていて、発信者名義の付記のある警告表示の義務付けについて、発信者名義のあることに着目して消極的表現の自由の制約に当たらないと論述するという想定はおよそ現実離れしており、筆者の推測は間違っている可能性が極めて高いことも否定できないが)。

また、上記の考え方を前提とすると、○六年公法系第一問の出題者が、発信者名義がT社に帰属するか、国に帰属するかという点を捉えて、原告側と被告側で消極的表現の自由の制約該当性について争わせるという構成を想定していたとは筆者には考えられない(木村・前掲注(61)六二頁以下は、被告側の反論として、「警告文の名義は国家であることを主張しましょう」と指摘し、被告としては、『本件法律は公布された法律であり、警告文が法的に義務付けられたものであることは、国民の目から見て明らかである。よって、警告文の名義は国家である』といった主張が考えられます。(改行)これを前提にすると、消極的表現の自由の制約自体がないということになり、厳格な基準にあてはめる前の段階で、主張を切ることができず。」と解説しており、上記の構成を採用している)。なお、念のために言えば、筆者の推測の通りに上記の構成が出題者の想定と

は異なっていたとしても、このような構成の答案を受験生が実際に現場で作成したとすれば、この答案に極めて高い評価を与えるべきであることは言うまでもない。

(69) 本文で述べたように、発信者名義が付記されていない警告表示の義務付けが消極的意見表明の自由の制約に当たると解した場合、この制約が許されるかどうかをさらに検討しなければならない。○六年公法系第一問の事案における「発信者名義が付記されていない警告表示の義務付け」が憲法上正当化されるかどうかという点について答案においてどのような論述をすべきなのか問題となる。以下において、この問題に若干のコメントをしておきたい。「平成二二年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法）」によると、「憲法上の問題を検討するに当たっては、判断枠組みの構築と当該事案における個別的・具体的な検討が必要不可欠である」ところ、まず、「判断枠組みの構築」については、筆者の見解として述べるべきものはない（司法試験受験生にとっては、「表現の自由に対する制約は、表現の内容にもとづく制約と内容中立的制約とに区分することができ、内容にもとづく制約は、表現の自由の保障に及ぼす影響が重大であるため、最も厳格な違憲審査基準に服する。そして、表現の内容に基づく制約のうち、もともと強度の高い侵害は『強制された言論 (coerced speech)』、つまり本人の意思とは無関係に、しかもあたかも本人の意思によるかのように特定の内容の表現行為を強制する措置である。」との長谷部恭男「名誉回復処分としての訂正放送命令」平成一三年度重要判例解説（有斐閣、二〇〇二年）一七頁の指摘が参考になろう。）。つぎに、「当該事案における個別的・具体的な検討」であるが、「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」一頁によると、「本法律による規制目的の正当性については原告も争っていないので、本問においては、規制目的と手段の関連性や手段自体の相当性が主たる争点となる」。問題文に記載された資料三「相談要旨」において、「警告表示法第一条で規定されている、たばこによる疾病・死亡の低減、受動喫煙がもたらす害の排除・減少、未成年者の喫煙防止、そして喫煙の社会的費用の抑制という立法目的には異論はないが、その目的を達成する規制手段の点で憲法上も問題があるのではないか。」という「T社の法務部長ら」の主張が掲載されているのであるから、「T社から依頼を受けた訴訟代理人」は、「設問一」においては、この主張に沿って、「規制目的と手段の関連性や手段自体の相当性」を攻撃する主張を組み立てなければならない。そして、本稿で検討したドイツの判例及び学説上の議論を踏まえると、「規制目的と手段の関連性や手段自体の相当性」を攻撃する「T社から依

頼を受けた訴訟代理人」の主張として、少なくとも以下の二つの主張が効果的であるようにも思われる。以下、この点に関して、筆者の所見を述べてみたい（なお、大島義則『憲法ガール』（法律文化社、二〇一三年）一七一頁以下は、「目的については原告は争っていない、つまりたとえ問題点があったとしても点数が振られていないわけだから、目的と手段の関連性や手段の必要性に照準を定めて論証をしていくべき」であると指摘しつつ、①たばこによる疾病・死亡の低減及び②受動喫煙がもたらす害の排除・減少という目的については、「病気の要因は様々な環境因子によるもので喫煙が唯一の原因ではないというT社の主張に基づいて、①②の目的との関連性を否定できそうであること、③未成年の喫煙防止という目的については、「警告表示義務を課することによって未成年者喫煙が減少する」との因果的連関を基礎付ける社会的・科学的根拠が見当たらない」と、④喫煙の社会的費用の抑制という目的については、「ベネフィットとしてたばこ税収約二兆円が計上されて」いるが、「たばこ産業全体が得られる利益が計上されていない一方、コストには喫煙によって失われる労働力まで極めて広範なコストが計上されており、データの妥当性が疑われるため、規制強化により社会的費用抑制につながるかは不明」であること、最後に、「事実の情報提供を越えて政府の特定の見解を特定販売業者の意に反して強制すること（特別警告文付）は、必要最小限度の手段とも」言えないことを指摘している。上記の主張のうち最後のものは、以下に述べる第一の主張と重なるところがあるが、それ以外の主張は、以下に検討する二つの主張とは異なるものである。以下の検討は、筆者が効果的であると考え二つの主張に絞って行うものであり、筆者はそれ以外の主張を否定しようとする意図はまったく有していない。このことを念のために述べておきたい。）。

第一に、警告表示法が記載を義務付けている警告文の「内容」に憲法上問題があるとの主張が考えられる。「T社の法務部長ら」は、資料三「相談要旨」において、「今回の警告表示法は、『喫煙者は早死にする』、『喫煙は致命的な肺がんを引き起こす』など、従前の警告文に比べてショッキングな警告文の記載を……義務付けるというもの」であり、「事実の問題として、喫煙によって健康被害（肺がん、心臓病、脳卒中、胎児への害など）のリスクは高まるかもしれないが、病気の要因は様々な環境因子によるもの。喫煙が唯一の原因ではない。……当社の見解と異なる警告文の掲載を義務付けられることは、耐えられない。」と述べている。「T社の法務部長ら」が比較の対象としている「従前の警告文」（の一例）として、問題文は、「喫煙は、

あなたにとって肺がんの原因の一つとなります。疫学的な推計によると、喫煙者は肺がんにより死亡する危険性が非喫煙者に比べて約二倍から四倍高くなります。」という内容の「注意表示」文を挙げている。従前の警告文の内容は、健康に対する危険の可能性に関する科学的に証明された客観的かつ中立的なデータの提示であると理解することが出来る範囲にとどまっているのに対して、○六年公法第一問の問題文に記載された警告表示法第五条において定められた警告文は、(イ)「喫煙者は、早死にする。」、(イ)「喫煙は、致命的な肺がんを引き起こす。」、(ウ)「喫煙は、動脈を詰まらせ、心臓病と脳卒中の原因となる。」(エ)「妊娠時の喫煙は、胎児に害を与える。」、(オ)「喫煙は、非常に依存性が高い。吸い始めてはいけない。」というものであり、喫煙に対する一定の(消極的)価値判断を含み、消費者が喫煙をやめるように誘導しようとして威嚇的、断定的言い回しを使用している点で特徴的であると言えよう。しかも、「T社の法務部長ら」は、「事実の問題として、喫煙によって健康被害(肺がん、心臓病、脳卒中、胎児への害など)のリスクは高まるかもしれないが、病気の要因は様々な環境因子によるもの。喫煙が唯一の原因ではない。」と述べており、国によって事実に反する虚偽の内容の表示を義務付けられていると「穏やかとは言えない」主張をしているのである。「T社から依頼を受けた訴訟代理人」としては、「T社の法務部長ら」の主張に沿って、警告文の「内容」に憲法上問題があるとの主張を展開しなければならないのであるが、残念ながら、現在の筆者には、警告文の「内容」に憲法上問題があるとの主張をどのように展開すべきなのか、例えば、この主張をそもそも比例原則違反の問題として構成することができるのか、かりに比例原則違反の問題として構成することができるとして、「適合性」、「必要性」及び「狭義の比例性」のうちどの要件の問題として位置付けるべきなのか、といった点について、未だ確固たる考えをもつに至っていない。この点に関するドイツの議論を見ると、クレッパは、「虚偽の」言明を流布させることの義務付けを「狭義の比例原則」の違反として構成しているのに対して、キルヒホフ／フリックは、比例原則違反を検討した後、比例原則とは別個独立に「客観性要請」に違反すると論じており、ドイツにおいても考え方が確立しているわけではないようである。

第二に、発信者名義を付記しない警告表示文を記載することの義務付けは、発信者名義(政府名義)を付記した警告表示文の記載の義務付けというT社の消極的表現の自由をより少なくしか制約しない手段があるため、手段の「必要性」の要件を欠くという主張(以下、この主張を「主張②」という。)が考えられる。本文において述べたように、たばこ製品の表示義務に

関する新規制に関連して発信者名義の記載のない警告表示の義務付けが違憲であると主張するドイツの学説が示す論拠の一つは、発信者名義の付記のある警告表示を義務付けるといふより緩やかな手段があるから、発信者名義の記載のない警告表示の義務付けは比例原則（必要性の要件）に合致していないというものであり、上記の主張はまさにドイツの学説と同じ型の論証をしようとするものである。木村・前掲注(61)五五頁も、「他方、手段審査ですが、警告文の強制は、目的達成に役立っているであろうから、関連性を否定するのは無理です。しかし、必要性については、『少なくとも、政府名義を明確に表示する』という代替手段があります。政府名義にすれば、消極的表現の自由の制約はなくなるので、これは明らかに、より制限的でない他の選ぶうる手段があるということになるでしょう。（改行）とすれば、必要性がなく、この規制は憲法二一条一項に違反すると評価することができます。」と解説している（なお、「政府名義にすれば、消極的表現の自由の制約はなくなる」という点については疑問の余地があることは、すでに述べた通りである。）。

もともと、警告表示文における発信者名義の付記の有無が合憲か違憲かの結論を左右する分岐点の一つであることを、平均的な司法試験受験生が気付くとは到底思えないし、平均的な司法試験受験生に対して、「T社から依頼を受けた訴訟代理人」の主張として主張②のような主張を展開することを求めることはできないと思われる。○六年公法系第一問の出題者も「T社から依頼を受けた訴訟代理人」の主張として主張②のような主張を想定していたとは筆者にはとても考えられない。そもそも、ドイツの学説が発信者名義の付記の有無に着目するのは、指令89/622が、警告表示に発信者名義を付記するかどうかにについて加盟国の選択に委ねており、指令をドイツの国内法に置換するに際して、警告表示に発信者名義を付記するかどうかが具体的な争点となったこと（本文で述べたようにドイツは警告表示に発信者名義を付記するという選択をした。）、そして、二〇〇〇年代に入ってから制定されたたばこ製品命令によって、警告表示に「EC厚生大臣」と付記することを定めていた規定が削除され、発信者名義の付記のない警告表示の義務付けの憲法適合性が、発信者名義の付記のある警告表示との比較において改めて議論されているという背景がある。○六年公法系第一問の出題者が、このようなドイツの事情を知らない日本の司法試験の受験生に対して、発信者名義の付記の有無に着目して論述せよと要求していると考えるのは現実的ではないだろう。「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」一頁は、「本法律では警告文の『発信者』名が表示されず、記載内容が特定販売

業者の意見であると思われる可能性があることから、その制約の是非が問題となる」と述べているが、この文章は、基本権制約の該当性の判断に当たって発信者名義の表示がないことを考慮することを求めているにとどまり、基本権制約の正当化の段階で発信者名義の表示の有無を争点にすべきことを述べているものではない。さらに、「平成一八年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」においても、平成一八年司法試験「新司法試験審査委員（公法系科目）に対するヒアリング」においても、「規制目的と手段の関連性や手段自体の相当性」を具体的に検討する際に、発信者名義の表示の有無を争点にすべきだということを誘導ないし示唆する記述は一切存在しない。このように考えると、発信者名義を付記しない警告表示文を記載することの義務付けは、発信者名義（政府名義）を付記した警告表示文の記載の義務付けというT社の消極的表現の自由をより少なくしか制約しない手段があるため、手段の「必要性」の要件を欠くという主張は、ドイツの学説上の議論を踏まえると、「T社から依頼を受けた訴訟代理人」の主張として最も有効かつ適切なものであると考えられるが、平均的な司法試験受験生が答案に書くことを期待されるものでないと言えよう（もつとも、木村・前掲注(61)四九頁以下が、「この問題では、警告文の名義をどのように理解するかが、重要なポイント」（六二頁）であるという観点から〇六年公法系第一問を解説しており、現時点においては、「警告文の名義」の問題は、司法試験関係者において広く認識されているかもしれないが、少なくとも二〇〇六年当時の現場の司法試験受験生がこの問題に気付くとは思えない。）

筆者は、平均的な司法試験受験生が「T社から依頼を受けた訴訟代理人」の主張として上記主張②のような主張を展開することは期待できないと述べたところであるが、しかし、従来の学説においてヒントとなる見解がないわけではないことも指摘しておかなければならない。例えば、初宿・前掲注(61)二〇五頁は、謝罪広告の強制が憲法二一条一項に違反するかどうかについて、『謝罪広告』という形式によるかどうかは別として、被告本人の名義での広告は、社会的には、必然的に被告本人が該問題について謝罪または取消しをしたと受け取られるという効果を生むこととなる。原告の名譽を回復するという目的は正当であるとしても、被告の意思に反してまでこうした義務を課すべきではないように思われる。それゆえ、少なくとも加害者（被告）が自然人である場合には、その費用で原告にかかわる該事実が虚偽であった旨の判決または広告を裁判所名義で公表せしめることで十分であり、それ以上に被告名義での広告を強制することは、ゆきすぎというべきであろう。」と主張してい

るが、「被告本人の名義での広告」と比較して、被告の「費用で原告にかかわる該事実が虚偽であった旨の判決または広告を裁判所名義で公表せしめること」のほうが被告にとって人権をより制約しない手段であるという評価がこの主張の前提となっている。もし司法試験受験生が謝罪広告を命じる判決の合憲性をめぐる議論をしつかりと勉強していれば、具体的事案の検討において「名義」の問題が結論を左右するほど重要であることに気付くことができたかもしれない（が、その可能性は極めて低いと考えられる）。

(70) 安念潤司「演習」法学教室二九六号（二〇〇五年）一五三頁。

(71) 小山・前掲注(62)三三頁は、次のように説く。「たばこパッケージへの警告文の掲載が事業者の（消極的）表現の自由を制約するかどうかについて、連邦憲法裁判所は、次のように説示している（Beverly 95, 173）。それによれば、表現の自由の制約に当たるのは、たばこの警告文が事業者自身の表現であるとみなされる場合に限られる。他人の意見が、自分の意見として流布されないという保障が、この基本権の保護領域だからである。したがって、警告文表示が事業者自身の意見ではなく、国によつてたばこ製品の販売に対して課せられた条件であると広く認識されている場合には、表示義務は、表現の自由の問題とはならない。食品の成分表示なども、これと同様に考えることができる。」ドイツでは、「食品の成分表示」は「事実の通知」であつて、「意見の表明」ではないから、意見表明の自由（五条一項一文）の制約に当たらないと説明するのが一般的であると思われるので、この点に留意する必要があるが、小山説は、ドイツの学説を日本国憲法の規定に合わせて修正した極めて練り上げられた実践的な解釈論と評価すべきであろう。

(72) 渡辺ほか『憲法I』前掲注(8)二二八頁（穴戸常寿執筆）は、日本国憲法二二条一項の「表現」は、「内心の思想・意見の表明である『言論』を中核に、広くコミュニケーションのための情報発信を含む」と述べている。

(73) そのような仕事としては、何よりもまず蟻川恒正の一連の論稿を挙げなければならない。最近のものとして、蟻川恒正「二〇一三年司法試験公法系第一問」法学教室二九四号（二〇一三年）一二二頁以下、同「二〇一四年司法試験公法系第一問」法学教室四〇六号（二〇一四年）一一八頁以下、同「二〇一五年司法試験公法系第一問」法学教室四一八号（二〇一五年）九九頁以下、同「二〇一六年司法試験公法系第一問(1)」法学教室四三〇号（二〇一六年）七五頁以下、同「二〇一六年司法試験

験公法系第一問(2) 法学教室四三一号(二〇一六年) 八四頁以下、同「二〇一六年司法試験公法系第一問(3)」法学教室四三二号(二〇一六年) 一二頁以下がある。また、木村・前掲注(61)は、二〇〇六年から二〇一四年までの(新)司法試験論述式試験問題公法系第一問について詳細な解説を加えたものであるが、信頼性の高い解説に加えて参考答案も付されており、同書により学生指導に際しての筆者の負担が大幅に軽減された。また、毎年、司法試験論述式試験実施後に法学セミナー及び受験新報に掲載される諸先生方の解説も参照していることは言うまでもない。

なお、旧司法試験の論述式問題については、棟居快行『憲法講義案Ⅱ(理論演習Ⅱ)』(信山社、一九九三年)及び同『司法試験 論文本試験過去問 憲法』(辰巳法律研究所、二〇〇〇年)による刺激的な解説があり、筆者は、今でも旧司法試験のいわゆる過去問を学生指導に使っているが、その際に同書を大いに活用している。とくに、後者は、(新)司法試験のいわゆる過去問が十分に蓄積されていない時期においては、愛読書といってもよいくらいであった。

(74) 司法試験のいわゆる過去問を学問的に検討するという本稿の着想は、実は、内山忠明先生の論文「建築基準法四二条二項の規定による道路」日本大学法科大学院法務研究三号(二〇〇七年) 五七頁以下から得ている。同論文は、第一回(新)司法試験論文式試験問題公法系科目第二問を批判的に検討したものであるが、筆者には、実務家としての経験を踏まえた鋭利な分析に圧倒された記憶があり(もともと、上記内山論文は行政法の論文であり、もっぱら憲法の勉強をしている筆者にはその内容を十分に理解した自信はまったくないので、正確に言えば、鋭利な分析をしているとの印象を漠然と抱いたと言わなければならないが)、当時、いつの日か機会があれば自分でも司法試験の過去問を―内山先生の水準には到底達しないとしても―学問的に検討した論文を書いてみたいと密かに考えたのであった。内山先生は、二〇一六年四月に古稀を迎えられ、日本大学法学部を定年により退職されたが、日本大学大学院法務研究科の創設直後の時期において同研究科の専任教員として(教育の面のみならず、執行部の一員として)同研究科の礎を築き、その発展にも多大なる貢献をされた(このことを申し上げるのは、当時を知る関係者にとっては周知のことではあるが、法務研究科でも当時を知る専任教員は少なくなっているからである。)。内山先生は研究と実務の双方に精通されていて、「理論と実務の架橋」を求められる法科大学院の教員としてまさに理想的な人であり、短い期間ではあったが、同僚として親しくお付き合いをさせていただき、その仕事振りを近くで見ることができた

のは得難い貴重な経験であつた。末筆ではあるが、先生の今後のご健勝を心よりお祈りしたい。