

不実証広告規制（不当景品類及び不当表示防止法7条2項）の合憲性**【文献種別】** 判決／最高裁判所第三小法廷**【裁判年月日】** 令和4年3月8日**【事件番号】** 令和3年（行ツ）第33号**【事件名】** 措置命令処分取消請求事件**【裁判結果】** 棄却**【参照法令】** 憲法21条1項・22条1項、不当景品類及び不当表示防止法5条・7条2項**【掲載誌】** 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25572006

広島大学准教授 井上嘉仁

事実の概要

食品（本件商品）を販売するX（原告・控訴人）のおこなった新聞紙上広告（本件広告）に、「ボンヤリ」した目の見え方が、本件商品を1日1粒摂取すること等で「クリア」になる等と、一般消費者をして誤認させるような記載が含まれていた。

内閣総理大臣の権限を委任された消費者庁長官は、不当景品類及び不当表示防止法（以下「法」という。）7条2項に基づき当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出をXに求め、Xの提出した資料の合理性を否定し、法5条1号に該当する表示（優良誤認表示）とみなし、平成29年3月9日付けで、措置命令をおこなった。

Xは、表示の内容が一般的・抽象的なものである場合には、その裏付けとなる合理的根拠資料を提出することができない場合もあること、消費者庁長官の判断次第で合理的根拠資料の提出要求をすることができるのであれば、規制が広範に過ぎ、表現の自由（憲法21条1項）および営業の自由（憲法22条1項、29条）を侵害すると主張した。

第一審（東京地判令2・3・4LEX/DB25583755）は、本件措置命令は適法であるとして、請求を棄却した。原審（東京高判令2・10・28）も、広告が具体的数値等を表示していなくても法7条2項の対象となるとして、控訴を棄却した。Xは、これを不服として上告した。

判決の要旨

「法7条2項は、……所定の場合に優良誤認表示とみなして直ちに措置命令をすることができることで、……自主的かつ合理的な選択を阻害されないという一般消費者の利益をより迅速に保護することを目的とするものであり「公共の福祉に合致することは明らかである。」

「一般消費者は、……当該事業者がした表示のおよりの品質等が当該商品等に備わっているものと期待するのが通常であって、実際にこれが備わっていなければ、その自主的かつ合理的な選択を阻害されるおそれがあるといえる」。事業者は、その裏付けとなる合理的な根拠を有して「しるべきであり」、法7条2項の適用「範囲は合理的に限定されている」。「加えて、……当該事業者が裏付けとなる合理的な根拠を示す資料を備えた上で改めて同様の表示をすることについて、何ら制限するものではない」。そうすると、同項みなし規定は「前記の目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものといえることができ、そのような取扱いを定めたことが立法府の合理的裁量の範囲を超えるものといえることはできない。」

「したがって、法7条2項は、憲法21条1項、22条1項に違反するものではない。このことは、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和29年（あ）第2861号同36年2月15日大法廷判決・刑集15巻2号347頁、最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号

586頁)の趣旨に徴して明らかである。」

判例の解説

一 優良誤認表示と不实証広告

法5条1号によって禁じられる表示は、商品または役務の内容について、①「実際のものよりも著しく優良であると示す」表示、②「事実に相違して当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であることを示す」表示である。これを優良誤認表示という¹⁾。「著しく優良」か否かは、表示の受け手である一般消費者の観点から判断される²⁾。広告はある程度誇張されるのが一般的であり、消費者もそのように受け取ることから、社会一般に許容される程度を超えない限りパフティングとして許容される³⁾。

優良誤認表示であるとして措置命令をおこなうためには、商品の効能が表示と異なっていることを立証する必要がある。立証には多大な時間を要し、その間に消費者被害が拡大するおそれがある。そのため、法7条2項は、事業者に対して表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めることができるとしている。当事者がこの資料を提出しないか、提出資料が合理的と認められない場合は、当該表示は優良誤認表示とみなされる(不实証広告)。

表示が神秘的(「開運」、「金運」等)・主観的(「気分爽快」等)・抽象的(「健康になる」等)内容であっても、一般消費者の商品選択の際の重要な判断基準となることから、法7条2項の合理的根拠を示す資料提出要求の対象となる⁴⁾。

二 本判決の位置づけ

本件広告が表現の自由の手厚い保護を受けるか否かが、不实証広告規制の仕組みの妥当性を根拠づける前提的考察となる。

本判決が引用するのは、あん摩師はり師きゆう師及び柔道整復師法(以下「あん摩師等法」という。)事件判決および小売市場事件判決である。

あん摩師等法事件は、営利的言論に関わる事例だと学説上整理されるが、最高裁が当該事例を表現の自由の問題として扱っているのか、経済活動の自由の問題として扱っているのかは判然としない。本判決も、小売市場事件判決を並列して先例

として掲げており、両者の関係は不分明である。

あん摩師等法事件判決は、「ややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞がある」として、適応症の広告禁止を合憲と判断した。これに対し、パターナリスティックであること、真実情報のみならず公衆の正当な関心を禁止対象としている点などが批判される⁵⁾。あん摩師等法事件判決の指導性に疑義を呈し、射程を本件のような契約の誘因に限定する主張もある⁶⁾。

米国において、カジノ規制権限にはカジノ広告規制権限も当然に含まれるという「大は小を兼ねる」理論が主張されたことがある⁷⁾が、受け入れられていない。本判決が小売市場事件判決を引用したことを、「大は小を兼ねる」理論として理解すべきでない。

言論内容が虚偽・誤導的であることと規制対象とすべきことは同義ではない⁸⁾。本判決では、この点は考察されていない。

三 営利的言論理論の概要

営利的言論を表現の自由の保障範囲内とするのが多数である⁹⁾。

しかし、多くの論者は、政治的言論よりも保護水準が低いとする¹⁰⁾。たとえば、①自己統治の価値に欠けるとする説¹¹⁾、②真実性の判定が容易く萎縮効果も少ないとする説¹²⁾、③情報受領者保護を重視する説¹³⁾、④情報受領者の自由は人権保障を正当化しえないとする説¹⁴⁾、⑤情報の非対称性の緩和を重視する説¹⁵⁾がある。これに対して、⑥通常の言論規制と同様に高度の保障を要するとする説¹⁶⁾、⑦二重の基準論自体を排撃し、経済活動の自由と同程度の保障でよいとする説¹⁷⁾もある。

言葉を「行動」と捉える理論は、ヘイト・スピーチ規制に関する議論をきっかけとして、復権してきている¹⁸⁾。だが、営利行為を禁圧するには行為を規制すべきであり、広告規制による情報操作をするべきではない¹⁹⁾と、警戒される。

営利的言論の特有性を捉えて、特別の四段階審査基準²⁰⁾が提示されている。それによると、(1)問題の営利的言論が消費者に誤解を与えたり、違法行為に関するものであるか、そうでない場合、(2)政府利益は実質的(重要)か、(3)規制が政府利益を直接促進するか、(4)より制限的でない手段はあるか、が審査される。

同テストは中間審査基準のひとつと位置づけられている。しかしその適用は厳格化されてきており、厳格審査と逕庭ないともいわれる²¹⁾。

四 営利的言論理論への批判

表現の自由の保護対象は「思想」であり、価格ではないという見方は、政治情報を経済情報よりも優位に位置づける。しかし、両者はともに個人の意思決定において価値ある情報だと批判される²²⁾。

情報受領者への影響（効果）を危惧することはパターンリズムだと批判される。情報の説得的効果を規制理由とすべきではない²³⁾。情報の価値は国家ではなく情報受領者が決すべきである。

アイディアの市場と財の市場とのアナロジーから、規制を検討する議論も盛んである。市場構造から自由な言論市場が阻害される場合、対抗言論が期待できず、情報格差を是正する国家介入が要求されるという²⁴⁾。

議論の前提である合理的個人像への根本的批判もある。合理的意思決定、あるべき秩序、といった発想自体を拒否するのである²⁵⁾。この見地からは、人々は不合理であり、完全情報を有していないからこそ広告の自由が必要だとされる²⁶⁾。また人々の定型的不合理性に着目する行動心理学・経済学の知見を、法規制に取り込むことも注目される²⁷⁾。

五 おわりに

広告主は、商品の存在を消費者に気づかせ、利益を最大化しようとし、消費者は広告によって自己の潜在的需要を認識し、それを充たすことで効用を増大させる。広告は新たな利潤機会の創造的発見に寄与するのである。広告の自由は、表現者と受領者の双方に利益をもたらし、ひいては社会全体の富を増大させる。自由な表現は広告表現においても手厚く保障されるべきである。

不実証広告規制は、消費者の選択機会の保護を目的としている。しかし、政府によるパターンリスティックな介入が、行為主体の選択機会を減少させ、利潤機会の創造的発見を損なうことは見逃されている。広告内容を裏付ける合理的根拠資料の提出要求について、消費者被害の拡大を懸念すべきであるが、詐欺被害については詐欺罪で取り締まる等、他の行為規制で対処できる。資料提出

要求は、より表現抑圧的でない場面、たとえば重大で回復困難な損害の生じる差し迫った危険のある場合等に限定されるべきではないだろうか。また正確な情報伝達は、広告規制ではなく製品情報の開示規制によるべきだろう。

営利的言論の強力な保護に関して、米国では、経済活動に対する（ように見える）制約を、表現の自由への侵害だと構成する傾向がある。この傾向は、デュー・プロセス条項（修正14条）をもちいて社会経済規制を違憲と断じたロックナー判決になぞらえて、表現の自由条項（修正1条）をもちいて社会経済規制を違憲とするロックナー化と評される（どちらも社会的に必要だと目される経済規制を裁判所が無効にする）²⁸⁾。ある下級審裁判例では、ツアーガイドをライセンス制とすることが職業活動規制ではなく許されざる表現規制だと判示された²⁹⁾。

かように、営利的言論カテゴリーは多様であり、今なお流動的である。多角的分析視点が必要とされる³⁰⁾。

●—注

- 1) 現行規定上「誤認」という語は用いられていないが、平成15年改正以前の用法にならない、優良誤認表示と呼称されている。西川康一編著『景品表示法〔第6版〕』（商事法務、2021年）77頁、波光巖ほか『Q&A 広告宣伝・景品表示に関する法律と実務——景品表示法及び消費者関係法を踏まえた広告表現と販促活動・キャンペーンに関する実務解説』（日本加除出版、2020年）51頁。表示規制のきっかけは、昭和35年の「ニセ缶事件」である。同53～55頁。
- 2) 消費者庁「不当景品類及び不当表示法第7条2項の運用指針——不実証広告規制に関する指針」（平成15年10月28日公正取引委員会）一部改正平成28年4月1日）2頁。
- 3) 林秀弥ほか『審決・命令・警告 徹底整理 景品表示法の理論と実務』（中央経済社、2017年）21頁。
- 4) 消費者庁・前掲注2）4頁。
- 5) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995年）76頁。
- 6) 木下昌彦「研究不正と営利的言論の法理——ディオパン事件における薬事法66条1項の解釈論争を素材として」論究ジュリスト25号（2018年）68頁。
- 7) *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company*, 478 U.S. 328 (1986).
- 8) 医師による虚偽の病名告知のように、一定の文脈では虚偽言論に価値が認められることもある。木下・前掲注6）71頁。
- 9) 米国においては、*Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52

- (1942) では、営利的言論は表現の自由（連邦憲法修正 1 条）の範囲外とされたが、*Virginia Bd. of Pharmacy v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976) で、保障の範囲内であることが認められた。
- 10) 木下・前掲注 6) 72 頁は、商取引で完結する言論には対抗言論がはたらかないこと、同様の言論内容は公的言論（政治的言論）としてなら保障されると説く。しかし、一般に私人は公的議論に参加したいとは思っておらず、商品を販売するために政治的発言をするコストを企業は負担したいとは思わないだろう。また経済生活は、政治分野に通じる玄関である。
- 11) 芦部信喜『憲法〔第 7 版〕』（岩波書店、2019 年）201 頁、辻村みよ子『憲法〔第 7 版〕』（日本評論社、2021 年）217 頁など。
- 12) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（成文堂、2020 年）285 頁、長谷部恭男『憲法〔第 8 版〕』（新世社、2022 年）217～218 頁、渡辺康行ほか『憲法 I』（日本評論社、2016 年）228 頁など。ただし、佐藤教授は日常的経済生活への直接的影響を重視し、長谷部教授は営利広告が経済的動機に基づいていることを重視している点で、微妙な違いを見せている。
- 13) 渋谷秀樹『憲法〔第 3 版〕』（有斐閣、2017 年）376～377 頁、志田陽子『表現の自由の明日へ 一人ひとりのために、共存社会のために』（大月書店、2018 年）153 頁など。情報弱者たる消費者保護のため、国家の後見的介入の必要性を説く見解は、反パターナリズムの立場と対立することとなる。
- 14) 高橋和之『日本国憲法〔第 5 版〕』（有斐閣、2020 年）246～247 頁。しかし、表現行為（コミュニケーション）は、情報受領者を抜きにして考えることはできないだろう。
- 15) 阪本昌成『基本権クラシック〔第 4 版〕』（成文堂、2011 年）172～173 頁。完全市場における完全情報を前提とした情報の非対称性理論に対しては、批判もある。井上嘉仁「市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性と広告——営利的言論理論の再検討をめざして」姫路 49 号（2009 年）39 頁。
- 16) 浦部法穂『憲法学教室〔第 3 版〕』（日本評論社、2016 年）167 頁、松井茂記『日本国憲法〔第 3 版〕』（有斐閣、2007 年）465 頁。浦部教授は、現行法の種々の規制は、厳格審査基準をパスするという。
- 17) 森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995 年）160 頁。営利的言論の考察が、司法審査の根幹にかかわる重大な意義をもつことを指摘するものとして、松井茂記「営利的表現と政治的表現」法教 113 号（1990 年）28 頁、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』（中央大学出版部、2014 年）55 頁。
- 18) 紙谷雅子「*Expressions Hair Design v. Schneiderman*, 518 U.S., 137 S.Ct. 1144 (2017) ——クレジット・カードと現金などという 2 つの価格表示は企業の営利的言論であり、その規制は言論規制に該当する」アメリカ法 2017-2 号（2018 年）321～322 頁。
- 19) 橋本・前掲注 17) 122 頁。
- 20) *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980)。
- 21) とりわけ広告規制の代替手段は通常存在するため、(4) を充たさず違憲とされるケースが多い。樋口範雄『アメリカ憲法〔第 2 版〕』（弘文堂、2021 年）364～367 頁。また橋本・前掲注 17) 123 頁。
- 22) 橋本・前掲注 17) 99 頁。
- 23) 同 101 頁。虚偽・誇大な政治情報の問題を指摘するものとして、Ronald H. Coase, *Advertising and Free Speech*, 6 J.LEGAL STUD. 1, at 7 (1977)。
- 24) 橋本・前掲注 17) 104～105 頁、158 頁。
- 25) 金子勲「情報化社会と消費者」白鳥令監修『社会の情報化とコミュニケーション』（ブレーン出版、1995 年）72 頁。
- 26) 井上・前掲注 15) 94 頁。
- 27) 林・前掲注 3) 9～12 頁、井上嘉仁「ソフトなパターナリズムは自由と両立するか——リパタリアン・パターナリズム論の影」姫路 50 号（2009 年）41 頁。
- 28) 明文保障されていない権利に強度の保護を与え制定法を違憲無効とする本来のロックナー化とは趣を異にする。ロックナー事件では、パン工房労働者の労働時間を 1 日 10 時間・週 60 時間に制限するニュー・ヨーク州法が、明文保障されていないが修正 14 条に含まれる契約の自由を侵害するとして、違憲とされた。*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)。奈須教授は、営利的言論理論のロックナー化傾向を危惧し、米国の議論をわが国において導入することに慎重である。奈須祐治「サプリメントの健康強調表示 (health claims) 規制の合憲性 アメリカにおけるヘルスケア分野の営利的言論法理の一考察」西南 54 巻 1 号（2021 年）30～33 頁。
- 29) 井上嘉仁「ライセンスと専門職言論——ツアーガイドの事例から」広法 45 巻 4 号（2022 年）148 頁。
- 30) 神坂亮一「健康食品クロレラ広告配布差止等請求事件」川村学園女子大学研究紀要 28 巻 3 号（2017 年）56～57 頁は、特に消費者の自己決定権の過少保護、事業者の広告活動の自由への過剰介入といった前提を踏まえた国家の基本権保護義務の観点を指摘する。また営利的言論を、広告主体のみならず広告メディアの表現・経済活動と関連づける必要性を説くものとして、前田知巳「広告表現はどこまで自由か」『表現の自由 II——状況から』（尚学社、2011 年）242～244 頁。食品の機能性表示等の営利情報の強制的な開示を検討するものとして、奈須・前掲注 28)、玉川淳「食品の機能性表示に関する規制と表現の自由 (1)」三重 27 巻 1 号（2009 年）1 頁、同「食品の機能性表示に関する規制と表現の自由 (2・完)」三重 27 巻 2 号（2010 年）63 頁、海野敦史「営利情報の開示強制と表現の自由——米国法上の議論の分析を通じた一考察」情報通信学会誌 36 巻 1 号（2018 年）47 頁。