

不当景品類及び不当表示防止法7条2項（不実証広告規制）の合憲性（最3判令和4年3月8日裁判所ウェブサイト）

檜垣 宏太

【事 実】

原告会社は、ある食品（以下、「本件食品」という。）を販売するために、「ボンヤリ・にごった感じにー!」「くもりの気にならない、鮮明な毎日へと導きます」といった文言を含む新聞広告を行った。かかる広告につき、内閣総理大臣の権限を委任された消費者庁長官は、原告会社に対し、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、提出期限を同月26日として、上記広告の合理的根拠となる資料の提出を求めたが、原告会社からは顧客へのアンケート等不十分な資料しか提出されなかった。そこで消費者庁長官は、原告会社に対し、平成29年3月9日、法7条2項に基づいて、原告会社が、本件食品を摂取することによりかすみ目等の目の症状を改善す

る効果が得られるように示す表示をしていたこと、上記表示は本件食品の内容について一般消費者に対し実際のものよりも著しく優良であると示すものであり法に違反するものであることの一一般消費者への周知徹底、再発防止策の策定と原告会社役員・従業員への周知徹底、将来本件食品及び同種食品について合理的根拠なく本件同様の表示をしてはならないこと、以上の項目の実施について消費者庁長官に報告することを命ずる措置命令を発令した。

原告会社は、この措置命令について、法7条2項を憲法21条1項及び22条1項、29条の趣旨に従って解釈すれば、「当該表示が具体的な効能・効果を訴求するものである」ことが必要である。また「消費者庁長官において、当該表示が著しく優良であることを示す表示であることを明らかにする必要がある」と主張し、かかる解釈に従えば本件措置命令は法の要件を満たしておらず違法であり、取り消されるべきであると主張して、国（被告）を提訴した。

第一審（東京地判令和2年3月4日2020WLJPC A03048005）は「一般消費者の保護という正当な目的のために必要かつ合理的な範囲で規制を行うものであり、事業者の表現の自由及び営業の自由を不当に侵害するものとはいえない」と判断し、請求を棄却した。

第二審（東京高判令和2年10月28日2020WLJPC A10286008）も、法5条1号、7条2項は「具体的な数値等を表示していな

くても、商品の効能・効果が実際のものよりも著しく優良であることを示す疑いのある表示について」適用されると判断し、控訴を棄却した。

原告会社が上告。

【判旨】

上告棄却。

「法7条2項は、事業者がした自己の供給する商品等の品質等を示す表示について、当該表示のとりの品質等が実際の商品等には備わっていないなどの優良誤認表示の要件を満たすことが明らかでないとしても、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とすることで、事業者との商品等の取引について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ると解される。この目的が公共の福祉に合致することは明らかである。」

「そして、一般消費者は、事業者と商品等の取引に当たり、当該事業者がした表示のと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いければ、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から、法5条1号の規律するところにも照らし、当該商品等の品質等を示す表示をする事業者は、その裏付けとなる合理的な根拠を有してしかるべきである。また、

法7条2項により事業者がした表示が優良誤認表示とみなされるのは、当該事業者が一定の期間内に当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示すものと客観的に評価される資料を提出しない場合に限られると解されるから、同項が適用される範囲は合理的に限定されていることができる。加えて、上記のおそれが生ずることの防止等をするという同項の趣旨に照らせば、同項が適用される場合の措置命令は、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と解される。そうすると、同項に規定する場合において事業者がした表示を措置命令の対象となる優良誤認表示とみなすことは、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院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卷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卷9号586頁）の趣旨に徴して明らかである。論旨は採用することができない。」

【評釈】

1. 本判決の意義と本稿の構成

本判決は、法7条2項のいわゆる不实証広告規制の憲法適合性について最高裁が初めて判断を下したものであり、注目される。今後、インターネット・SNSの更なる発展や、脳科学・認知科学などの更なる深化と、それらの成果を利用した営利広告に対する政府による規制の増加が見込まれる結果、かかる規制の合憲性が日本で争われるケースが増加すると考えられる。よって、本判決は今後の判例実務の参考となると解されるため分析を加えておくものである。

以下では2で本判決の憲法判断の枠組みについての分析を本判決が引用する判例に即して行い、3で反情報パターンリズムと優良誤認表示規制について検討し、4で行政手続過程における立証責任転換という手法の憲法の観点から見た問題点を検討し、5で本判決の射程を検討したのち、6で結論と展望を得る。

2 本判決の憲法判断の枠組みについての分析

(1) 保障根拠条文についての分析

最高裁の結論は法7条2項は憲法21条1項及び22条1項に違反しないというものであった（判決文の「3」の部分）。

その結論を導くに際しては、立法目的が公共の福祉に合致するかどうか、立法手段が立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的かどうかを見ている（判決文の「2」の部分）。

そして、法7条2項は憲法21条1項、22条1項に違反しない

ことが「その趣旨に徴して明らか」として引用されるのが、あん摩師広告事件最高裁大法廷判決²と、小売市場事件最高裁大法廷判決³である。

京都府風俗案内所条例による風俗案内所の距離制限規制及び屋外広告規制が憲法21条1項、22条1項に違反しないと判断された近時の京都府風俗案内所条例事件最高裁判決⁴も、本判決と同様、あん摩師広告事件最高裁大法廷判決と小売市場事件最高裁大法廷判決を引用していた。

もっとも、京都府風俗案内所条例事件最高裁判決が小売市場事件最高裁大法廷判決を引用していたのは、広告規制とは別に文教施設からの距離制限の規制が争われていたからであると理解できる。同判決において最高裁は広告規制（京都府風俗案内所の規制に関する条例7条2号）については憲法21条1項、文教施設からの距離制限規制（同条例3条1項、16条1項1号）については憲法22条1項と適用条文を一応分節しているからである。

しかし、本判決では、京都府風俗案内所条例事件最高裁判決と異なり、広告規制と他の経済活動規制がそれぞれ争われているわけではなく、法7条2項という一つの広告規制が争われている場面で憲法21条1項、22条1項の引用をしている点で、京都府風俗案内所条例事件最高裁判決とは異なる判断を示しているように思われる。

以上の分析を踏まえて、最高裁は営利広告について憲法21条

1 項で保護されると考えているのか、22 条 1 項で保護されると考えているのか、21 条 1 項・22 条 1 項で複合的に保護されると考えているのか、について以下検討する。

営利広告に憲法上の保護を与える保障根拠条文がどの条文かという問題について、特にアメリカ法を比較対象とする学者たちは憲法 21 条 1 項の問題として扱うべきであるとす。そして、その帰結として、最低でも *Central Hudson* 判決で提示されたセントラルハドソンテストが、最高では厳格審査が妥当すべきであると主張している。

しかし、本判決は、そのような厳格審査はもとよりセントラルハドソンテストの採用すらしておらず、既に述べたように、立法目的が公共の福祉に合致するかどうか、立法手段が立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的かどうかを見ている⁽⁸⁾。さらに、本判決が引用するあん摩師広告事件最高裁判法廷判決は、「ややもすれば虚偽誇大に流れ」る可能性があることを理由に、真実のきゅう適応症の広告すら禁止することが許されるとしたものであり、相当緩やかに憲法適合性判断を行わなければこのような帰結は導けないと考えられる。加えて、京都府風俗案内所事件最高裁判決も「風俗案内所が青少年の育成や周辺的生活環境に及ぼす影響の程度に鑑みれば、風俗案内所の表示物等に関する上記の規制も、公共の福祉に適合する上記の目的達成のための手段として必要性、合理性があるということができ」と述べており、厳格審査はもとよりセントラルハ

ドソンテストを示唆するような文言はうかがえない。

以上を踏まえると、本判決も、あん摩師広告事件最高裁判法廷判決、京都府風俗案内所条例事件最高裁判決と同様に、営利広告規制を表現の自由（憲法 21 条 1 項）の問題としては捉えておらず、せいぜい経済的自由（憲法 22 条 1 項）の問題にすぎないと捉えていると解釈することにも理由がある⁽⁹⁾。そして、それゆえに小売市場事件最高裁判法廷判決を引用していると考えられる。

他方で、あん摩師広告事件最高裁判法廷判決、京都府風俗案内所条例事件最高裁判決、本判決の 3 つの判決すべてが判決文上「憲法 21 条 1 項」に触れていること、あん摩師広告事件最高裁判法廷判決において垂水裁判官以外の多数意見を構成した裁判官は憲法 22 条 1 項の問題であるという点について明言していないこと⁽¹¹⁾からすれば、憲法 21 条 1 項の問題であると捉えていると解釈する余地もないではない。

さらに言えば、最高裁は営利広告は憲法 21 条 1 項・22 条 1 項の複合的性格を持ち、ただその憲法的な保護の程度は経済的自由に近いレベルでしか保護されていないと考えているという解釈も可能であろう。

結局、詳しく検討を加えてみても、最高裁が営利広告の保護の根拠となる条文について、憲法何条になると考えているのかは不明であるという他ない。

(2) 実質的な正当化の判断枠組みについての分析

もつとも、最高裁は違憲審査において保障根拠条文に対するこだわりがあまりなく、なんらかの条文で保護されればさしあたり十分であつて、むしろ実質的な正当化ができるかに重点を置いているようにも見える。そうであれば、実際に結論に結びつくのは、保障根拠条文が何条であるかではなく、実質的な正当化の判断枠組みが何かである（そして、実は違憲審査基準論を前提とする通説においても、保障根拠条文は審査基準を導く段階で使い切ってしまう要素である）。

よつて、以下では最高裁の実質的な正当化の判断枠組みについて検討を加える。

本判決が提示する実質的な正当化の判断枠組みは、「立法院の合理的裁量」の存在を前提に、立法目的が「公共の福祉」に合致するか、手段が「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」かどうかを検討するというものである。

これは、「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法院の政策的・技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法院の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法院がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である」という実質的な正当化の判断枠組みを提示した小売市場事件最高裁大法廷判決とは明らかに異なる判示である。

しかし、本判決がここで小売市場事件最高裁大法廷判決を引

用しているのは、京都府風俗案内所条例事件最高裁判決の評釈で累次指摘されているように、憲法22条1項の合憲性審査における「利益衡量論を基礎として第一次判断権者たる立法院の合理的裁量の範囲内か否かを判断する」という「一般的判断枠組み」¹⁹⁾としてであろう。そうであれば、上記のいわゆる明白性の原則と呼ばれる部分にかかる実質的な正当化の判断枠組みまで引用する趣旨ではないと考えられる。

次に、本判決のあてはめを見ると、まず目的審査について、「事業者との商品等の取引について自主的かつ合理的な選択を阻害されないと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」としている。あん摩師広告事件最高裁大法廷判決における、あん摩師等法7条の立法目的をあえて分節的に捉えるとすれば、「適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果」を防ぐことを究極の目的とし、「一般大衆」が「虚偽誇大」広告に「惑わ」されないことを中間目的とすると解釈することができ、この中間目的が法7条2項の目的と近似的な目的であるといえる。あん摩師等法7条のこのような中間目的及び法7条2項の目的が「公共の福祉」に合致する目的であることは一般に首肯しうるところであろう。次にあん摩師広告事件最高裁大法廷判決が提示した手段審査の部分进行分析すると、「一定事項以外の広告を禁止すること」も許容されるとしており、同判決で争われた真実の適応症広告の禁止も許されるとしている。この判示と比較すると、本判決は、手段審査において、

「一般消費者は、事業者と商品等の取引を行うに当たり、当該事業者がした表示のと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いければ、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得るから、法5条1号の規律するところにも照らし、当該商品等の品質等を示す表示をする事業者は、その裏付けとなる合理的な根拠を有してしかるべきである」ことを前提に、「法7条2項により事業者がした表示が優良誤認表示とみなされるのは、当該事業者が一定の期間内に当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示すものと客観的に評価される資料を提出しない場合に限られると解される」として法7条2項が適用される場面が合理的な範囲に限定されていること、法7条2「項が適用される場合の措置命令は、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」として合理的な根拠を備えた上で再度表示することも禁じられていないことから規制が合理的な範囲に限定されていることを検討しており、「やもすれば虚偽誇大に流れ」という形で虚偽誇大広告になるかもしれないこと、「適時適切な医療を受ける機会を失わせる」かもしれないことといった二つの推測を挟んだ上で真実の適応症の広告禁止すら合憲であるとしたあん摩師広告事件最高裁判決よりは踏み込んで手段の必要性・合理性を審査しているように思われる。

もつとも、本判決がどの程度厳格な判断枠組みを用いているのかは判示からは明らかではないと言わざるをえない。

(3) 本判決への批判

本判決の憲法判断の枠組みへの批判として三点が考えられる。

第一の点は、最高裁は営利広告の憲法上の保護の保障根拠条文を明確に分節化すべきであるという点である。これは、営利広告の憲法による保護の有無・程度について理論的深化を図るために必要である。

第二の点は、最高裁は営利広告規制の実質的な正当化の枠組みについて明確にすべきであるという点である。これは、営利広告の規制を憲法上正当化しうるかどうかの判断に関わる諸問題について理論的深化を図るために必要である。

第三の点は、仮に最高裁が違憲審査基準として緩やかな基準を採用しているとするならば、審査基準の厳格度をより高めるべきであるという点である。個人は情報に自由に接することにより自身の思索等を深め、それを前提に公私様々な決定を行うのであるから、営利広告には自己統治・自己実現の共通の前提をなす思索に用いるための情報伝達という重要な価値がある。¹⁴⁾かかる見地からすれば営利広告の保護の根拠条文は憲法22条1項ではなく憲法21条1項が相応しいように思われる。また、仮に営利広告の保護の根拠条文が憲法22条1項又は憲法21条1項と22条1項の複合であると考えるとしても、先に述べた営利広

告が有している自己統治・自己実現の共通の前提をなす思索に用いるための情報伝達という憲法上の保護に値する価値自体が消え去るわけではない。¹⁶従って、仮に営利広告の保護の根拠条文が憲法21条1項ではなく22条1項又は21条1項と22条1項の複合であると理解されるとしても、上記自己統治・自己実現の共通の前提をなす思索に用いるための情報伝達という重要な価値を有することを加味して、少なくとも中間審査レベル（目的が重要か、より制限的でない同等に目的達成可能な手段がないかを審査する基準）は要求されると解すべきであろう。¹⁷

3. 反情報パターンリズムと優良誤認表示規制

国家が、国民の受領する情報の当否を精査し、選別的に規制することが危険であることは言うまでもない。これは、いわゆる情報パターンリズムへの警戒である。¹⁸

法7条2項の前提に存在する、法5条1号に該当する表示は、「一般消費者」の「自主的かつ合理的な選択を阻害」する情報である。とはいえ、同号は国家が、国民の受領する情報の当否を精査し、選別的に規制しているには違はなく、その意味で上記危険をはらむ。

にもかかわらず、法5条1号による情報の精査と選別的規制が許容されるとするならば、その理由は何か。

¹⁹法解釈学の基盤にあるものは利益衡量であることを踏まえる
と、抽象的に言えば、それは「一般消費者」の「自主的かつ合

理的な選択」の確保という利益が、情報パターンリズムに伴う危険を凌駕するという理由になろう。

ここで「一般消費者」の「自主的かつ合理的な選択」の確保という利益を措定することは、法5条1号による規制の可否を吟味するにあたり、2つの意味を持ちうる。

第一に、かかる利益の措定により比較的限定された、客観的に検証可能な「一般消費者」の「自主的かつ合理的な選択」の確保という利益に照らして規制の当否が検証されることとなる。これにより、情報パターンリズムに伴う危険、すなわち国家が、国民の受領する情報の当否を精査し、選別的に規制することの危険が縮減され、規制を許す方向に衡量を導くと考えられる。

第二に、かかる利益の措定は、「一般消費者」が、優良誤認表示により「自主的かつ合理的な選択」を阻害されるような存在であるという個人像を前提にしている。

仮に、優良誤認表示によっても「自主的かつ合理的な選択」が阻害されないような「一般消費者」が利益衡量の前提に据えられるべき個人像であったならば、この利益衡量は崩れ、法5条1号による表示規制は許されないことになりうる。そして、このような「自主的かつ合理的な選択」が優良誤認表示により阻害されないような「一般消費者」こそ、消費者法・景表法と異なり、憲法学をかけても表現の自由論が前提としてきた「強い個人」ではなかったか。もし優良誤認表示によりこのような「自

主的かつ合理的な選択」が阻害されない「一般消費者」が表現の自由論の前提に措定されているならば、法5条1号による規制は何の利益も増進せず、正当化されないだろう。²⁰⁾

4. 行政手続過程における立証責任転換の憲法の観点から見た問題点

本来、「商品または役務の効果や性能について、実際のもの……よりも著しく優良であると一般消費者に誤認される表示が行われた場合、消費者庁長官は、このような不当表示を排除する行政処分を行うため、調査により、当該商品または役務の内容が表示どおりでないことを立証する必要」がある。法7条2項はこの立証について表示をした業者の側に「表示どおりの効果、性能があることを立証」させることで、規制の実効性を担保しようとする規定である。²¹⁾

すなわち、法7条2項は、法7条1項の措置命令発令の手続過程における立証責任転換規定であると位置づけることが可能である。²²⁾

行政機関による不利益処分は時間的経過の中で行政機関が(要件裁量がある場合も含め)法要件充足の有無を調査・検討して判断をした結果、行われるものである。ひとつひとつの行政処分に無限の時間と人的・金銭的リソースをかけて法要件充足の有無を調査・検討できれば良いのであるが、「時間を金で買う」ことも含め、ひとつの行政処分にかけられる時間的リソ-

スや人的・金銭的リソースは限られている。それを前提に、国会が法律によつて、行政機関のこれらのリソースの有限性からくる負担を行政処分の被処分者に転嫁してよいか、仮に転嫁してよいとしてどのような条件であれば許されるのが問題となる。行政手続過程における立証責任を被処分者に転嫁し、被処分者が証拠を提出しなければ被処分者の不利に認定するという形の法律を制定すれば、行政機関は迅速な対応が可能(時間的リソースの節約)であり、また専門機関に依頼して行う調査の費用等もかからずに済む(人的・金銭的リソースの節約)。しかし他方で行政事務処理コストが(一定程度)下がるという理由だけで、行政手続過程における立証責任転換を認めてよいか、まさに問題である。

被処分者は通常、行政機関より弱い立場にあると考えられるから、被処分者への行政手続過程における立証責任転換は法律によるとしても原則として許されないと考えるべきではないだろうか。²³⁾

また、仮に営利広告が表現の自由の保護を受けるとするならば、かかる原則はより強く妥当すると考えられる。表現の自由が民主政の過程にとり重要であるにもかかわらず他の自由より萎縮に弱いという点に配慮する必要があることからすると、訴訟手続における立証責任の転換によつて敗訴リスクを国民の側に負わせることは表現行為の萎縮を招くため妥当ではない。同様に、行政手続過程における立証責任転換も処分リスクを国民

に負わせることで表現行為の萎縮を招くため原則として許されないと考えられるからである。²⁸⁾

本判決は「一般消費者は、事業者と商品等の取引を行うに当たり、当該事業者がした表示のと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いければ、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」とい得るから、法5条1号の規律するところにも照らし、当該商品等の品質等を示す表示をする事業者は、その裏付けとなる合理的な根拠を有していかるべきである」という指摘をしている。かかる部分は、不実証広告規制について、行政手続過程における立証責任転換が例外的に許容される理由を説示しているものとして読むことができる。²⁹⁾

5. 本判決の射程について

あん摩師広告事件最高裁大法廷判決では医薬類似行為（きゅう）についての広告の規制が対象とされており、本判決では（健康）食品についての広告の規制が対象とされていた。このことからすれば、本判決の射程は生命・身体の安全にかかわる商品又は役務の広告に及ぶにすぎず、生命・身体の安全にかかわらない商品又は役務の広告についてはまた別の基準が妥当する可能性もある。しかし、そもそも法5条1号、7条2項が適用される対象は文言上、生命・身体の安全にかかわる商品又は役務の広告に限定されておらず、判決の理由づけにもそのような限

定はない。

本判決の射程は景表法の文脈を離れ、たとえば特定商取引法6条の2後段など「その裏付けとなる合理的な根拠を有していかるべきである」類型の営利広告全体に及ぶと見てよいであろう。

6. 結論と展望

本判決の問題点は、保障根拠条文及び実質的な正当化の枠組みの双方が不明確であり、結論の導出過程が見えづらい点である。正当な営利広告活動を余計な萎縮なく行えるようにするためにも、また、理論の深化のためにも、最高裁は、保障根拠条文及び実質的な正当化の枠組みの双方で、明確な基準を提示していくことが望まれる。

また、仮に最高裁が営利広告規制の違憲審査にあたり、緩やかな審査基準を採用しているのであれば、審査基準をせめて中間審査までは引き上げることが求められよう。

他方で、本判決は、「裏付けとなる合理的な根拠を有していかるべきである」営利広告についてはその規制に際して行政手続過程における立証責任の転換という手法が許されるとした。これ以外のどのような類型についてかかる手法が許容されるかは今後の判例の展開次第ではあるが、基本的には行政機関より弱い立場にあると考えられる被処分者に対し行政手続過程における立証責任の転換を行うことは原則として許されない

し、この原則は、萎縮効果が強く働く表現の自由の規制のケースでは、より強く妥当すると解すべきであろう。

今後、本判決を受けた判例及び学説による理論の解明・深化が期待される。

- (1) 本判決の判例評釈として、井上嘉仁「判批」新・判例解説 Watch (法増刊) 31号(2022) 35-38頁がある。
- (2) 最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁。
- (3) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁。
- (4) 最1判平成28年12月15日集民254号81頁。
- (5) *Central Hudson Gas & Electric Co. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980).
- (6) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第7版)』(有斐閣、2019)201-202頁はセントラルハドソンテストが参考になるとする。
- (7) 松井茂記「営利的表現と政治的表現」法教113号(1990) 31-32頁。
- (8) 日本の最高裁が仮にセントラルハドソンテストを採用していたとしても、法7条2項の対象となるような広告がセントラルハドソンテスト第1プロングで表現の自由の保護を受けえないとされる、「誤導又は違法行為に関係する」営利的言論(*Central Hudson*, 447 U.S. at 564)であるとされ、第2プロング以降の審査に進まず、本判決同様簡単な論証のもとに合憲と判断された可

能性も十分にある。もつとも、ザクロジュースが心疾患に効果があるかのように表示した広告がアメリカの不实証広告規制に該当しないかが争われた *POM Wonderful LLC v. FTC*, 777 F.3d 478 (D.C. Cir. 2015) では「セントラルハドソンテスト第1プロング該当性は検討されず、第2から4プロング充足性が検討されている。 *Id.* at 501.

- (9) 高橋和之「立憲主義と日本国憲法(第5版)」(有斐閣、2020)247頁は、あん摩師広告事件最高裁大法廷判決について、「最高裁は表現の自由の問題としては捉えていない」とする。
- (10) もつとも、当事者の主張に即して応答しただけの可能性も否定できない。また、触れたといっても憲法21条1項に違反しないという形にすぎない。
- (11) 脇田忠「判解」最判解刑事事篇昭和36年度(1962) 32頁は、「きょうの広告が憲法21条の保障の範囲に属するかどうかについては、疑問がないわけではなく、垂水裁判官は否定的見解を明らかにされているが、他の各裁判官は表現の自由の問題とされているようである」とする。
- (12) 上田健介「判批」民商法雑誌153巻5号(2017) 777-778頁、松本哲治「判批」ジュリ1518号(2018) 23頁。
- (13) 上田・前掲注(12) 777頁。
- (14) 仮に憲法21条1項にも22条1項にも該当するということになれば、複合して1つと見るか、営利広告のそれぞれの要素が憲法21条1項と22条1項に分かれ、それぞれの条文中で保護される

と見るのが問題になり、さらに後者の場合には杉原周治が指摘する基本権競合の処理となりうる。杉原周治「基本権競合論（一）意見表明の自由と芸術の自由競合を素材として」広島法学29巻3号（2006）27-55頁、同「基本権競合論（二・完）意見表明の自由と芸術の自由競合を素材として」広島法学29巻4号（2006）129-158頁。

(15) See Martin Redish, *The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression*, 39 Geo Wash. L.Rev. 429, 445 (1971).

(16) 国家が行う「公表」に、表現の自由が「優越的地位」を持つ根拠とされる価値（土井の整理によれば、①表現の自由が民主的政治過程の維持に資すること、②真理は思想の自由市場における討議により発見されるものであること、③表現の自由が個人の自律の前提条件となること、④表現の自由は非排除性及び非競合性を有するが故にフリー・ライドを許す公共財であること、のうちの①②④）の価値があることを喝破し、「表現の自由の保障根拠論内在的には行政機関の表現の自由を否定する理由は出てこない」と一見極めてラディカルな、しかしきわめて説得的な主張をしたのは行政法学者の土井翼である。土井翼「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」一橋法学19巻2号（2020）163-166頁。

(17) 高橋和之は「経済的自由の問題と捉えても通常審査を行えば特に問題はない」（高橋・前掲注（9）247頁）とする。ここで高橋が言う「通常審査」とは「憲法が裁判所に期待する役割に対応する独自の観点から立法事実を具体的に検討して結論を

出し理由づけを行う」審査であり（高橋・前掲注（9）138頁）、「審査基準としては、目的審査に関しては、人権を制限してまで実現すべきほどに重要な公益があるのかどうか、手段審査に關しては、その目的の達成と実質的な関連性を有しており、目的達成に必要な手段といえるかどうかという基準」（高橋和之）「違憲審査方法に関する学説判例の動向」曹時61巻12号（2009）14頁）のことをさす。また長谷部恭男は「日本の最高裁の判例は、職業選択の自由についても、消極目的であれば中間審査に属する厳格な合理性の基準をあてはめてはめよう。営利広告の規制も、経済活動規制と同じで市場への参入規制として機能することが疑われるわけだから、同じ中間審査でおかしくないはずよ。」「それに、曲がりなりにも、表現の自由に対する規制だつてことになっていくわけだから、経済活動規制より緩やかにするのはまずいというバランスの問題もあるわ」とする（長谷部恭男「続・Interactive 憲法」（有斐閣、2011）78頁）。

(18) 橋本基弘「営利広告規制と情報バタナリズム」法学新報124巻7・8号（2017）110頁、井上・前掲注（1）37頁。

(19) 高橋・前掲注（17）曹時1-2頁。

(20) もっとも、憲法学わけでも表現の自由論が「自主的かつ合理的な選択」が優良誤認表示により阻害されないような個人を「強い個人」として想定してきたかという、必ずしもそうではないかもしれない。西谷敏は「強い個人」が一応統一的なイメージをもって把握できるのに対して、「弱い個人」はきわめて多義的であって、その多義性が「弱い個人」に対する保護の可否、あるいはそのあり方をめぐる議論に若干の混乱をもたらしてい

るように思われる」と指摘し、「自己決定権との関係で整理」すると、4つの「弱い個人」像が用いられているとする。その4つの「弱い個人」像とは、①「自分を理性で律することができるが、感情に流されやすい」という意味で「弱い」人間、②「成熟した自己決定ができることを前提とするが、それを現実に実現する力をもたないか、それに不足するという意味での「弱さ」を持つ人間、③「判断能力において何らかの問題をもつ」という意味での「弱い人間」、④「以上のそれぞれとは異なった意味において、固有の「弱さ」をもつ消費者や労働者」、である(西谷敏『規制を支える自己決定 労働法的規制システムの再構築(法律文化社、2004) 176-177頁)。このうち憲法学においても表現の自由論が念頭においてきたのは、同じ「強い個人」という語が用いられるにせよ、④の対極としての「強い個人」ではなく、①の対極としての「強い個人」であつた可能性が高い。そして、そうであれば④の「弱い個人」はなお憲法をかけても表現の自由論の前提とされていた可能性がある。この可能性は、アメリカ連邦最高裁がセントラルハドソンテスト第1プロングで「誤導」的な営利的言論については表現の自由の保護範囲から外されると理解していることを考えると、より高いものとなる。

(21) 西川康一編著『景品表示法(第6版)』(商事法務、2021) 89頁。

(22) もし法7条2項が存在しない状態で、消費者庁長官が何らの調査もせず、また証拠も有していないのに法5条1号違反であるとして法7条1項の措置命令を出すとするれば、かかる措置命

令は違法となるであろう。塩野宏『行政法I(初版)』(有斐閣、1991) 206頁参照。

(23) 行政手続過程における私人の情報提供全般の行政法理論上の位置づけを論じる中で(行政手続過程における)「立証責任」について触れる論稿として、須田守「私人の情報提供と行政判断(下)」法時93巻7号(2021) 105頁。(行政手続過程における)「証明責任」の「転換」について触れる論稿として、山本隆司「行政手続および行政訴訟手続における事実の調査・判断・説明」小早川光郎先生古希「現代行政法の構造と展開」(有斐閣、2016) 306頁。

(24) 他方で、法7条2項「は、消費者庁長官による調査や立証の手続に関する規定であるが、同時に、事業者は合理的な根拠なく商品または業務の内容に関する著しい優良性を示す表示を行つてはならない」という実体的な意義を有している(西川・前掲注(21) 90頁)という「実体的な意義」からの見方もできる。

(25) この原則が憲法上の原則として導出されるのか、されるとして何条から導出されるのかは未解決の問題である。行政手続過程における立証責任転換については、土井真一は、最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁を批判し、「行政の活動領域が広がり、その重要性が高まる一方で、行政活動の手法は多様化してきている現在、国民の権利・自由を十全に保障するためには、少なくとも、国民の権利・義務ないし法律関係に具体的な影響を及ぼす行政手続全般について適正であることを憲法は要請すると解すべきであろう」とする(長谷部恭男編『注釈日本国憲

法（3）国民の権利及び義務（2）・国会²⁵64」（有斐閣、2020）285頁「土井真一」。また、訴訟手続における立証責任分配についての議論であるが、国民の自由を制限し国民に義務を課す処分については被告（行政側）、国民の権利・利益領域を拡張する処分は原告（被処分者側）が立証責任を負うとする権利性質説（憲法秩序帰納説）の考え方が参考になると思われるが、指摘するにとどめる（田村伸子編『行政訴訟と要件事実』（日本評論社、2022）31頁「村上裕章」参照）。

(26) もっとも、営利的表現については、政治的表現など他の表現と異なり、営利獲得目的という強力なインセンティブがあるために、憲法が懸念・配慮すべきほどの萎縮は生じないとされている。しかし、営利的動機が政治的動機などと比較して、法的保護の結論を類型的に変更しうるほど有意に萎縮を跳ねのけるのかは疑問であろう。松井・前掲注（7）32頁参照。

(27) 毛利透『表現の自由 その公共性ともろさについて』（岩波書店、2000）141頁は、*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) において示されたいわゆる「現実の悪意の法理」の意義を「証明責任を原告側に課し、さらにその程度を加重するという二重の防御により、公共討論の活力を守ろうとしたと言えよう」と評価する。

(28) 不实証広告規制とは異なりデモの規制については、事前手続場面での表現の自由への配慮の必要を指摘するものとして、蟻川恒正「ロー・クラス プロト・ディシプリンとしての読む」と憲法（4）法令を読む（3）」法セ55巻7号（2010）68-73頁。

(29) もっとも、この「べき」論がどこから来るかが問題となる。

薄井一成は「行政庁は、立法の誠実な執行の任務の一環として、調査検討の義務を負う。そして、その執行は、当該行政庁として通常の資質能力を有する者の判断に照らして合理的な確信に基づく決定を前提としなければ、誠実な執行とはいえないはずである。よって、行政庁は、当該行政庁として通常の資質能力を有する者の判断に照らして合理的な確信が得られるまで、事務処理の基礎となる事実の存否につき、調査や検討を続けなければならぬ」ことが「調査検討義務の程度」の原則的なルールとなると思われる」とする一方、「行政庁が「合理的な確信」に至る前のいわば「一応確からしいとの心証」により決定を下すこと」が許される例外として、「私人が自己に有利な事実に関する資料を整えておくことがさして困難ではなく、またその資料により当該事実を明らかにすることが可能でありかつ容易であるにもかかわらずそれを行わなかった場合」を類型化し、推計課税の事例（最1判平成5年3月11日民集47巻4号20863頁）をその具体例として挙げている（薄井一成「申請手続過程と法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008）276-77頁）。もっとも、法7条2項が要求する合理的根拠資料は事業者にとってもその獲得が必ずしも「さして困難ではないわけではない」ではなく、また表示とおりの品質等を有することの立証は必ずしも「容易」ではないことを踏まえると、このような薄井の示す例外類型に完全に合致するわけではないと考えられる。新山一雄は、推計課税について、「基本は、他のあらゆる行政庁の調査と同じく、課税行政庁の調査にも等しく実体的真実探求

の原則がはたらき、課税行政が推計課税することじたいに問題がある、と考える。ただ、課税処分が大量処分であつて、単年度方式で行われるものであるということを考えると、手続的には、課税行政が推計課税を行ったことは違法でないと考えられる。」とする(新山一雄「実体的真実の解明をうける行政客体の手続上の権利」小早川光郎先生古希『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、2016)283頁)。これは、処分的大量性と処分までの時間が短期間しかないことを立証責任転換が例外的に許される理由とするものと考えられるが、このような理由が直ちに法7条1項の措置命令に該当するわけではないだろう。山本隆司は、推計課税とならんで、「景表法7条2項」を「不利益処分を受ける可能性のある私人が自らの事情につき説明する負担を負う場合」として挙げている(山本・前掲注(23))が、なぜ「負担を負う」ことが正当なのかの理由は同箇所では明確には述べられていない。もつとも、同箇所の直前部分を注意深く読めば、おそらく山本は、このような「負担を負う」のは「具体的事実陳述」証拠提出義務がある場合であつて、「当事者間で情報や知識が遍在する場合」(同301頁)であることを正当化の理由にしていると思われる。この理由は基本的に法7条2項の正当化に利用しうるように思われるが、同項は業者側が合理的根拠資料を有していることを前提にしていてはなく、規範的に有している「べき」であることを前提とする点で、なお違ひがあるともみうる。また、「当事者間で情報や知識が遍在する場合」以外の理由づけ(たとえば、「消費者被害」の性質等)も考へうところである。本判決の「べき」論の正当性をさらに踏

み込んで判断するためには理論的な観点からの考察が必要であると考へられるが、本稿執筆時点の筆者の手には余る問題であつた。今後の課題としたい。

(30) 長谷部恭男は営利広告規制への中間審査を導く際に、「職業選択の自由」について「消極目的」規制を念頭に置いているようであり(長谷部・前掲注(17)78頁)、そうであれば営利広告規制が積極目的規制の場合は結論が変わり得るように思われる。あるいは、営利広告規制が消極目的規制である場合でも、広告規制により防止しようとする弊害が生命・身体の安全に直接かわる場合と、そうではない場合とで事案を区別し、審査基準を変化させる可能性はなお残されている。