**「景表法上の****不実証広告規制の合憲性---****だいにち堂事件最判令和4・3・8を素材として」[[1]](#footnote-1)**

舟田　正之

# **Ⅰ　景表法上の不実証広告規制**

## **1．本規制の内容・経緯・趣旨目的**

（1） 不当景品類及び不当表示防止法（昭和37年法律第134号。以下適宜、「景表法」または「法」と略記）5条1号は、優良誤認表示を禁止し、法7条1項は、この規定に違反する行為に対し、内閣総理大臣（法23条1項により消費者庁長官に委任）は措置命令をすることを定める。

この措置命令を下す前の手続として、法7条2項は、「事業者がした表示が第5条第1号に該当するか否かを判断するために必要があると認めるときは、当該表示をした事業者に対し、期間を定めて、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求めることができる。この場合において、当該事業者が当該資料を提出しないときは、同項[7条1項]の規定の適用については、当該表示は同号に該当する表示とみなす」、と定める（下線および[ ]は舟田。以下同じ）。この規定による規制は、一般に「不実証広告規制」と呼ばれる。

上の法7条2項を適用した上で、同条1項の措置命令がされた場合には、事業者のした表示が優良誤認表示に該当するものと「みなす」との効果によって，当該事業者は，当該措置命令の取消訴訟において，当該表示が優良誤認表示に該当しないこと自体を主張・立証することはできない[[2]](#footnote-2)。

この不実証広告規制は、景表法平成15年改正において導入されたものであり、同時に、課徴金納付命令との関係でも導入されたが（8条3項）、そこでは「当該表示は同号[５条１号]に該当する表示と推定する」、と定められている点が異なっている（同項後段）[[3]](#footnote-3)。

(2) 本規制は、公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）・消費者取引問題研究会の報告書（2022年＝平成14年）が、ダイエット効果等，商品・サービスが有している「機能」，「効果」，「性質」等に関する優良性を強調する表示について，あらかじめ，これを裏付ける「実質的な根拠」を有することなく行うものを不当表示として禁止することを提案したことを契機として導入されたものである。

また同年、カンキョー（空気清浄機）事件＝東京高判平成14・6 ・7（審決集49巻579頁、判タ1099号88頁）において、平成10年の広告をめぐり、公取委の審決を経て同判決が確定するまで4年かかった末に、最終的に公取委の主張がほぼ全面的に認められたことも、本規制導入を後押ししたと推測される[[4]](#footnote-4)。

（３）本規制と同様の立法技術（「合理的資料」「みなす」）を採用した例として、特定商取引に関する法律6条の2、12条の２、21条の２、34条の２、36条の２、43条の２、44条の２、52条の2, 54条の2,東京都消費生活条例51条3項、大阪府消費者保護条例19条等がある。

そのほか、広く広告ないし表示に関する規制としては、軽犯罪法1条34号、旅行業法12条の8、食品表示法、食品衛生法20条、柔道整復師法24条、歯科技工士法26条、介護保険法98条、獣医師法17条、医療法6条の5、あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律7条、薬機法66条1項[[5]](#footnote-5)などがある[[6]](#footnote-6)。

他方で、規制緩和の動向は広告規制についても及び、弁護士法、公認会計士法については広告規制が撤廃された。また、医療法による、医業、病院、診療所に対する広告規制についても規制緩和に向けた法改正がなされ、現行法では、「虚偽の広告」を禁止し、「医療を受ける者による医療に関する適切な選択を阻害することがないよう」に、という観点から、内容及び方法に関する基準が設けられている（同法6条の5第1項・第2項）。

不実証広告規制は、上の規制緩和の流れとは正反対に、消費者の利益・権利を実質的に確保するための規制強化の1つとして位置づけられよう。

(4) 不実証広告規制の趣旨目的については、①商品や役務の内容が表示どおりでないことを立証するための調査や鑑定には多大な時間を要するため、その間に消費者被害が拡大することを防止する必要があるという手続的観点と、②効果や性能の著しい優良性を示す表示は、一般消費者に対して強い訴求力を有し、顧客誘引効果も高いことから、そのような表示を行う事業者は、当該表示内容を裏づける合理的な根拠をあらかじめ有しているべきであるという実体的観点とが指摘されてきた。

消費者庁「不当景品類及び不当表示防止法第７条第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。平成28年4月1日改正。以下、「不実証広告規制ガイドライン」という。はじめに、第2の１、第3の１）では、これら2つの観点が示されている[[7]](#footnote-7)。

後者（②）の実体的観点については、既にカンキョー事件において、被告公取委は、「一般に、事業者が広告により商品の性能・効果を標榜する場合には、事業者において、その根拠となる実験、データ等を有していることが期待され」る、と主張していた[[8]](#footnote-8)。売り手として市場に参加する者が、当該商品に関する情報を有していることは、買い手（消費者）の適正な情報に基づく選択（「知る権利」）を可能ないし容易にするものであり[[9]](#footnote-9)、期待されるに止まらず、当然の責務であるといえよう。

特に近年、健康、環境等に対する消費者の関心が高まり、例えばサプリメント、健康食品等の広告とその売上が増加しており、他方で、ネットではフェイクニュースや偽（ニセ）広告などが蔓延している。また、この種の広告が特に性能・効果を強調する点で、顧客誘引効果も高いと考えられる。

また、この不実証広告規制と同時に新設された法26条1項では、事業者は表示等を適正に管理するための適正な体制の整備その他の必要な措置を講じる義務がある、と定められた。これが適切に遵守されていれば、「当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料」法（7条2項）を迅速に提出することが可能・容易であり、その意味で、法26条1項と法7条2項は関連しているといえよう。

## 2．本規制に関する不服申立て・取消訴訟

（1） この不実証広告規制は、「みなす」規定によって、極めて強力な効果を与えられていることから、優良誤認表示に関する措置のうち約3分の1について、本規制が適用されている[[10]](#footnote-10)。

本規制を受ける事業者からは、しばしば不服申立て、取消訴訟がなされているが、すべて事業者側の敗訴、または審査請求棄却[[11]](#footnote-11)となっている。これらの中で、審判制度の廃止（平成25年改正。施行は平成27年4月1日）の前の3件（オーシロ事件[[12]](#footnote-12)、ミュー事件[[13]](#footnote-13)、カクダイ事件[[14]](#footnote-14)）では、審判審決に対する取消請求訴訟が提起され、最高裁で棄却・不受理決定となった。

審判制度の廃止後も、窓断熱フィルム事件[[15]](#footnote-15)、ARS事件[[16]](#footnote-16)、光触媒マスク事件[[17]](#footnote-17)、ウイルス対策商品事件[[18]](#footnote-18)、大幸薬品**（クレベリン）**事件[[19]](#footnote-19)など、数多く争われてきている。

その多くでは、「合理的な根拠を示す資料」に当たるか否か、または公取委のとった手続の違法性（行政手続法14条1項違反等）が争われたが、これらについては既に多くの研究があり、本稿では割愛する。

（2）　前記諸事件のうち、オーシロ事件(前注2,前注12)と窓断熱フィルム事件(前注2)では、本規制が、憲法上の表現の自由または営業の自由を不当に侵害するという主張も出された。

　前者（オーシロ事件）の控訴審判決では、本規制の目的は正当であること、また、本規制は、「商品の販売自体を禁じるものではなく、合理的な根拠を具備した上で同様の表示の下で本件商品を再び販売することも可能であるから、規制態様が目的のために合理的で必要やむを得ない限度にとどまる」、として合憲であるとされた。

後者（窓断熱フィルム事件）の東京地裁判決では、「消費者庁長官は，法4条2項及び6条に基づき措置命令をした後であっても，事業者から措置命令前に提出されていれば合理的根拠資料に該当すると認められる資料の提出があったときは，当該措置命令を将来に向かって撤回すべき義務を負う」とした上で、「法4条2項のみなし規定は----規制の目的が正当でありこれにより事業者が受ける制約がその正当な目的を達成するための手段として必要かつ合理的な範囲にとどまるものということができる。したがって法4条2項の規定を法6条に基づく措置命令の取消訴訟に適用することが憲法21条1項及び22条1項に違反するものであるとはいえない」、と判示された。

なお、ここで違憲ではないという判示は、みなし効果が、措置命令にのみ及ぶという主張を斥けた文脈においてのものであって、本規制それ自体の違憲性に係るものではない。

(3) このような中で、だいにち堂事件に係る最高裁判決令和4・3・8[[20]](#footnote-20)は、この不実証広告規制を定める法7条2項の規定が、憲法21条1項、22条1項に反しないということを、最高裁として初めて明確に判断を下した。そこでは、判断理由として、簡潔に要点を示したことも重要である。

本件第1審と原審では、本件表示が同項に該当するか否かが争われ、実質的にはこれが本件事案の主戦場であるが、この点は上告審では扱われていず、またこれについては既に多くの研究があるので、本稿ではこの憲法問題を中心に検討する。

# Ⅱ だいにち堂事件最高裁判決

# **本件事実**

1. X（原告・控訴人・上告人）は，食品「アスタキサンチン　アイ＆アイ」（以下「本件商品」という。）を販売するに当たり新聞紙上に掲載した広告において、次のように表示した（以下「本件記載」という）[[21]](#footnote-21)。

「ボンヤリ・にごった感じに！！」，「１日１粒（目安）３０日分に納得！！」，「そんな悩みをケアする，天然成分アスタキサンチンにクリア感を助ける７つの栄養成分を濃縮高配合した『アスタキサンチン　アイ＆アイ』が，くもりの気にならない，鮮明な毎日へと導きます。」

消費者庁長官は，平成２８年１２月９日，Xに対し，法７条２項に基づいて，提出期限を同月２６日として，本件記載の裏付けとなる合理的根拠資料の提出を求めた（以下，「本件資料提出要求」という。）。

これに応じて、Xは、「景品表示法に違反するような『性能』または『効果』を標榜したものではございません。」等と記載した回答書、および「お客様取材カード」等の資料を提出した。

消費者庁長官は，平成２９年２月１３日付けの通知書で、弁明書及び証拠の提出期限を同月２７日として，弁明の機会を付与する旨を通知し，Xは，消費者庁長官に対し，同月２４日付け弁明書を提出した。

消費者庁長官は，Xに対し，本件記載による表示は法７条２項により優良誤認表示とみなされるとして，同年３月９日付けで，同条１項に基づいて、本件表示と同様の表示が行われることを防止するために必要な措置を講じる等の事項を命ずる旨の命令（「本件措置命令」）をした。さらに、同庁は、令和3年2月3日付で課徴金納付命令を発出した（売上高の3%、370万円）。

Xは，平成２９年６月６日，本件措置命令について審査請求をしたが，消費者庁長官は，平成３０年２月２６日，Xの審査請求を棄却する旨の裁決をした。Xは，平成３０年８月２４日，本件措置命令の取消しを請求する訴えを提起した。第1審の東京地判令和2・3・4、原審の東京高判令和2・10・28は請求を棄却し[[22]](#footnote-22)、上告審本判決も上告を棄却した。

（2）　Xの主張のうち重要と思われる点は，以下のとおり（第1審判決参照）。

「通常許容される内容の表示について合理的根拠資料の提出を求められる理由はないし，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考えられる。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というのであれば，規制が広範に過ぎ，表現の自由（憲法２１条１項）及び営業の自由（憲法２２条１項，２９条）を侵害するものとなる。」

「Xが提出した本件資料は，本件商品の原材料であるアスタキサンチンが目に良い成分であることを示すものであるから，本件記載による表示の裏付けとなる合理的根拠資料に該当する。」

# **二. 判旨**（以下の数字は、便宜上舟田が付した）

上告棄却

## 1　法7条2項は，----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ところ，この目的が公共の福祉に合致することは明らかである。

## 2 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お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てしかるべきである。

## 3 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ということができる。

## 4 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。

## 5 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うことができ，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うことはできない。

## 6 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。論旨は採用することができない。

# **Ⅲ 不実証広告規制と表現の自由・経済的自由**

## **一．　本判決における目的審査と手段審査**

本判決は、不実証広告規制が、「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」から、「この目的が公共の福祉に合致することは明らかである」、とする(判旨1)。

さらに、不実証広告規制が、「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」から、「適用される範囲は合理的に限定されている」こと（本判決3）、また、「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」ことから、本規制は、「立法府の合理的裁量の範囲を超えるものということはできない」(本判決4)、と判示する。

以上のように、本判決は、(a)目的が公共の福祉に合致し、(b)手段が当該目的を達成するために必要かつ合理的なものである、の2点から、憲法21条1項（表現の自由），22条１項（経済的自由）に違反するものではない、とした。

このような合憲判断の仕方は、京都府条例事件＝最判平成28・12・15に近いと指摘されている[[23]](#footnote-23)。すなわち、同判決でも、上の（a）、（b）に分けて説示し、かつ同じく、あん摩師等法事件最判と小売市場事件最判を援用している。

## **二．****広告規制と表現の自由に関する判例**

京都府条例事件最判は、広告規制については憲法21条1項、文教施設からの距離制限については憲法22条1項と分けていたが、本判決では、そのような区別はなされていない[[24]](#footnote-24)。すなわち、前記のように、本判決は、あん摩師等法事件最判と小売市場事件最判を並べて挙げて合憲とするのみで、表現の自由と経済的自由のどちらを念頭において合憲としたか判然としない。

また、本判決も京都府条例事件最判も、従来の判例・裁判例と同様、営利広告が憲法21条1項によって保護されているか否かを明言することもしない[[25]](#footnote-25)。

しかし、前記のように、憲法学説の多くは、営利広告も表現の自由としての保護を受けるとするので、以下では、これを前提に、審査基準がより厳しい表現の自由を中心に検討しよう。

この点では、本判決が援用しているあん摩師等法事件最判が、最高裁として広告規制と表現の自由に関する判断を示した唯一のものである。憲法学説では、同判決を批判するものが多いようである[[26]](#footnote-26)。

## **三．****営利的言論と政治的言論の区別**

## **1．　営利的言論理論**

広告に対する規制については、政治的な言論などと区別し、より緩やかな審査基準によるべきだとする説（両側面説または営利的言論理論などと呼ばれる）と、この区別を否定する説がある[[27]](#footnote-27)。

前者が今日の多数説であり、営利広告を「営利的言論」（commercial speech）と呼んで、政治的言論（political speech）などと区別し、表現の自由と経済的自由の両側面をもち、他の表現行為よりも広い規制が可能だとされる。

営利的言論をその他の言論と区別することの根拠としては、米国の判例・議論を踏まえ、次のような諸点が指摘されている[[28]](#footnote-28)。

1. 表現の自由の中に価値の序列を認め、営利的言論が政治的言論（political speech）に比して自己統治の価値ないし機能と結びつくことが少ない、とする「自己統治理論」または「共和主義的表現の自由理論」
2. 表現の自由を規制することは個人の自己実現・自律を侵すことになるとする「自己実現理論」。本説には多様な議論があるが、営利的言論は営利企業が主体となるので、話者の自己実現・自律を語ることはできず、聞き手の自律に奉仕するので、広く規制することが認められる、と説くC.Edwin Bakerの所説は説得的である[[29]](#footnote-29)。
3. 「営利広告は経済的活動に基づいて行われるため、政府の規制によっても過度に萎縮する虞は小さい」。規制に対する耐性が強いという意味で「耐久性理論」と呼ばれる。
4. 営利的言論の内容は、政治的な主張などに比べて、その真偽を容易に判定できる（「真実性の証明理論」）

　米国の判例においては、営利的言論が虚偽や消費者の誤解を招く場合には、表現の自由の保護を受けず禁止されるとされていたが、1970年代半ば以降、営利的言論に対する規制がセントラルハドソンテストと呼ばれる4項目を満たすときに認められる、とする判例法理が確立された[[30]](#footnote-30)。

## **2．営利広告の送り手・受け手**

以上のまとめは、極めて粗雑であり、個々の内容について精査・検討する必要があるが、これは私の知見と能力を超えるので、ここでは次の点を指摘するにとどめる。

表現の自由の保護は、情報の送り手の表現の自由と、規制によって達成される情報の受け手の自由（「知る権利」、「合理的意思決定」）のどちらを念頭におくべきか、という問題がある。

前記b. の自己実現理論では、情報の送り手とともに受け手の自由をも保障することを重視している[[31]](#footnote-31)。米国の判例と表現の自由理論は、後者（受け手の自由）の保護を軸にして展開してきたが、今日のでは「受け手重視の理論」と「話し手重視の理論」が対立しているとも説かれる[[32]](#footnote-32)。

この点につき、高橋和之[2022]は、発信者の自由と情報の受領者の自由を，各々独立の権利（または客観的な制度）と理解し、営利広告は、経済的活動の自由の下にあり、他方で、受領者の「表現を受け取る自由」も保障されるべきであるが、これに対する制限を争う場合、発信者・受領者が、それぞれ他者の自由を根拠に挙げるとすれば、「第三者の人権を援用する当事者適格の問題となる」、と説く[[33]](#footnote-33)。

ここでは、「受領者の権利に奉仕するから発信者にも権利を認めようという論理は、人権を他者の利益の実現に役立つというからという手段的・道具的なもののとして観念するものであり、人権はその主体にとって不可欠の利益であるという観念と整合しない」、とも述べられている。そうすると、営利広告に対する制限を発信者が争うときは、経済的活動の自由を根拠にするほかはないことになる。これまでの議論と異なる立場（表現の自由を人権だけでなく、制度ないし客観法として捉える）を踏まえたものであり、説得的な議論であるように思われる。

しかし、以下では便宜上、多数説である、広告も表現の自由に含まれるという立場に立って検討する。

## **3．営利広告の肥大化**

現代社会の消費文化の進展は、営利広告の巨大化をもたらし、消費者へのいびつな影響力の増大を招いており、特に、営利広告は、単に商品情報の伝達にとどまらず、ライフスタイルやイメージを伝えるようになっている。このような変化は、政治と営利活動を峻別するという西欧社会の基盤を揺るがし、重要な政治的討議と広告の差を曖昧にする[[34]](#footnote-34)。

このような変化の一端を示すものとして、消費者に広告と明記せずに隠して、非営利の好評価の口コミと装うなどする、いわゆるステルスマーケティングをどう捉えるか、特にそれが商品提供者である企業ではなく、個人の発信するメッセージにおいて行われた場合、憲法上の表現の自由および景表法上の規制においてどう扱われるべきか、という問題が現れている[[35]](#footnote-35)。

## 4. 審査基準

政治的言論と営利的言論の区別を前提にし、違憲か否かの審査基準としては、従来の精神的自由と経済的自由についての「二重の基準」論を基礎にして、憲法学説の多くにおいては、厳格審査基準・中間審査基準・合理性の審査基準の3種が挙げられ、それぞれ、規制の目的と手段に関して異なると説かれている[[36]](#footnote-36)。

厳格審査基準---政治的言論、表現内容規制

中間審査基準----広告規制、表現内容中立規制（学説）、経済的自由（消極目的規制）

合理性の基準-----表現内容中立規制（判例）、経済的自由（積極目的規制）

## 5．「内容に基づく規制」と「内容中立的規制」

憲法学説では、上の3種の審査基準で示したように、表現の自由に対する規制を「内容に基づく規制」と「内容中立的規制」（ビラ貼りなど、表現の時、所、方法に関する規制）に区別し、前者には最も厳格な審査基準、後者については、それより緩い中間的審査基準によって判断すべきであるとする立場が有力のようである[[37]](#footnote-37)。

不実証広告規制は、それ自体としては、優良誤認表示に対する規制と異なり、広告の内容自体の真偽を問題にするものではないので、内容中立的規制のカテゴリーに入ることになると考えられる。本判決4が、「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」，としたのは、この点を考慮したのかもしれない。

この区別と前記の3種の審査基準を前提にすると、まず違法な活動や消費者の誤解を招く広告は、表現の自由の保護範囲から外れると解され[[38]](#footnote-38)、それ以外の営利広告への規制については、後者（内容中立的規制）に当たるとすれば、重要な目的を促進する規制であって、その規制と立法目的との間に事実上の合理的関連性があれば（判旨5「手段として必要かつ合理的」）、または、LRA基準（「より制限的でない代替手段がないか否か」）を満たすときに、是認されることになろう[[39]](#footnote-39)。

この立場に反対するものとして、「資料提出要求は、より表現抑圧的でない場面、例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」、という見解もある[[40]](#footnote-40)。これは、前記の営利的言論・内容中立的規制に関する説を否定し、前記の厳格審査基準によるべきだということであろう。

## **6．本規制の合理性**

（1）本判決3と4（Ⅱ二参照）は、上告人の法7条2項の違憲性の主張に応えるために、3「同項が適用される範囲は合理的に限定されている」こと、4 「資料を備えた上で改めて同様の表示をする」ことができる、と述べたのであろう。

このうち、本判決3の「合理的に限定」については、不実証広告規制ガイドライン（第3の1）で、提出資料が客観的に実証された内容のものであること、および、表示と実証内容が適切に対応していること、という判断基準が示されている。

（2）ところで、先に不実証広告規制の趣旨について、手続的観点と実体的観点があると述べたが（Ⅲ1参照）、後者（本規制の実体的根拠、すなわち本規制の「合理性」）について検討しておこう。

不実証広告規制は、実際上極めて強い効果であり、「法7条2項は、優良誤認表示の禁止に加え、（優良誤認表示に該当するか否かにかかわらず）合理的根拠なく優良性を強調する表示をしてはならないという実体的義務を事業者が負うことを前提に、--- 消費者庁長官が本来担うべき調査の一部を事業者に負担させることをみとめるものである」[[41]](#footnote-41)、と説かれている。

その理由づけとしては、「事業者は、当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料を有しないまま表示をして販売を行ってはならないという原則が存在する」[[42]](#footnote-42)、ということができるであろうか。結論を先に示すと、「実際のものよりも著しく優良である」、または「他の事業者に係るものよりも著しく優良である」と示す表示をする場合には（法5条1号）、上の原則が妥当すると考えられる。

（3）その理由として、第一に、これまでの事件や多くの議論において、広告は多少なりとも誇張を伴うものであり、消費者もある程度は差し引いて考えるので、消費者の適切な選択を妨げないものとして許容される、とされている[[43]](#footnote-43)。法5条1号・2号における「著しく」優良または有利という文言は、これを表している。

　しかし、上の「許容される限度は、表示の内容によっても左右され、例えば、表示内容が客観的・具体的である場合などには、一般消費者は誇張を想定しないであろうから、許容される限度は狭くなるであろう」（“パフィング”）、と説かれる[[44]](#footnote-44)。これは、「著しく」か、それとも許容される誇張かは、いわゆる業界の常識や事業者の認識からではなく、表示に接する一般消費者から「著しく」優良・有利と認識されるか否かという観点から判断される[[45]](#footnote-45)。

　この観点は、不実証広告規制においても妥当する。例えば、実験室の密閉空間で浮遊するウイルスを除去する効果があるという資料を出しても、実生活空間の中で実証したものではない場合は、「合理的根拠」とはいえない（例えば、光触媒マスク事件＝行政不服審査会答申[令令和4・3・1令和3年度第74号](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=919973000000-05040301-r3toushin74)、第３、1（２）を参照）。

（4）第二に、これらの前提として、事業者が商品を販売する際には、それに関する情報（原材料、成分、製造方法、製造工程、検査データ等）を保有し、または他者の製造に係る場合にも、それらについて相応の（適性な）チェックをしているのが通常であり、また、一般消費者に広く販売する以上、そうあるべきである、と考えられる[[46]](#footnote-46)。

　本件第1審判決も、「事業者は，その供給する商品等に係る情報の収集等を行うことが容易な立場にあり，当該商品等の品質，規格等に関する表示をする場合には，あらかじめその裏付けとなる合理的根拠資料を収集した上で表示を行うべきものである」、と述べる。また、控訴審判決も、「法５条１号は，商品等の効果や性能について，数値等を用いた具体的な記載を含む表示のみを規制するものではなく，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は，事業者において合理的な根拠を有するべきであり---」，と述べる。

　これらを承けて、本最高裁判決も、「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てしかるべきである」(判旨2)、と明言したのであり、このように事業者の義務が存在することを認めた意義は大きいといえよう。

（5）第三に、事業者と消費者の取引において、事業者が取引の誘引をする際には、信義則に基づいて、当該商品について一定の情報提供義務がある、と解されるという議論がある。そうだとすれば、その前提として、売手である事業者は事前に、当該商品情報を明らかにする資料を有しているか、当該情報にアクセスできるという態勢を取っておくことが要請されるといえよう。

以上を要するに、不実証広告規制は、優良さを強調する表示、特に効果や性能等についてある程度具体的な表示を行った場合に，合理的根拠を要求するものであって、これによってこの種の誘引行為に対する効果的な規制が可能になる、という実態を踏まえるべきである。

また、事業者が営利目的で消費者に対し広告を流布する際には、消費者がその内容が真実であるか否かを判断する能力や情報を十分に持ち合わせていないことから、合理的根拠資料を備えないままにその優良さを強調する表示を行って取引を誘引することは、消費者の適正に商品を選択する自由、その前提としての適正に情報を取得する可能性を不当に侵害するおそれがあると考えられる[[47]](#footnote-47)。

## **7.手段審査＝LRA基準と「手段として必要かつ合理的」か否か**

## **（1）　控訴審判決**

次に、不実証広告規制に関する手段審査を検討しよう。そのためには、本判決を批判する議論を取り上げるのが便宜である。

第一に、本件控訴審において、控訴人は次のように主張した。「控訴人は，表現行為の規制は必要最小限であるべきところ，措置命令によらなければ法の目的を十分に達成できない事情がある場合でなければ，表示管理上の指導，勧告（法２７条，２８条）といったより制限的でない方法によるべきであり，これらの方法によらずにされた本件措置命令は違憲，違法である」。  
　これに対し、控訴審判決は、「法２７条及び２８条の規定は，---- 優良誤認表示を含む法５条各号に違反する不当表示に対する措置として規定するものではない。法５条各号に違反する不当表示に対する措置命令は，---法の目的（法１条）に照らし，必要性及び合理性を有する規制であると認められるから，控訴人の主張するところのより制限的でない方法によらずにされた本件措置命令が，違憲，違法であるということはできない」、とする。

これは、控訴人の主張する不実証広告規制は必要最小限なものではないということに十分答えたものではない。控訴人は、法7条2項の違憲性を主張しているのに、同判決は法５条に基づく本件措置命令が違憲でないとしていて、議論が食い違っている。同判決の引用部分最後の「控訴人の主張するところのより制限的でない方法によらずにされた」とは、不実証広告規制を指しているのではなく、表示管理上の指導，勧告（法２７条，２８条）を指しているからである。

## **（2）****表示管理に関する規制**

本件控訴人が例として持ち出した法２７条，２８条については、本件控訴審判決も本判決も、ふれていない。

法26条以下の規定は、「表示に関する事項を適正に管理するために必要な体制の整備その他の必要な措置を講じなければならない」と定め（26条1項）、それに関して問題があると思われるときは、指導・助言（27条）、勧告・公表（28条）がなされる。

これに対し、法7条2項の不実証広告規制は、「事業者がした表示が第5条第1号に該当するか否かを判断するため必要があると認めるとき」に、資料提出を命じるものであって、具体的な表示に関し、違法か否かを判断する必要があると思料した場合の規定であり、想定される局面が異なるといえよう。

## **（3）　LRA基準**

本判決(判旨5)における「手段として必要かつ合理的」か否かと、控訴審において控訴人が主張した、「より制限的でない」方法・代替的手段（LRA基準）を比べると、語感としては後者のほうが厳しい(狭い)ようにみえる。前者は，表現内容中立規制であるから「合理性の基準」に当たるとすれば、違憲審査基準のうち、最も緩い基準になる[[48]](#footnote-48)。

後者の、米国のセントラルハドソン基準（中間的審査基準に当たる）におけるこのテスト（LRA基準）は、「厳格基準の要求する最も非制限的な手段ほど厳しいものでなくてよい趣旨だと解されている。合理的に見て、他により制限的でない手段がすぐに見いだせる場合でなければこのテストをクリアーできる」[[49]](#footnote-49)。規制をする側が、「より制限的でない」方法がないことを立証（論証）する責任があるとしても、「他により制限的でない手段がすぐに見いだせる」[[50]](#footnote-50)とは通常思われないので、極めて緩い基準となる可能性もある。

他方で、「広告規制に代わる規制手段は常に存在する」という意見もあり、米国の判例においては、セントラルハドソン基準は厳格審査に近づいているともされる[[51]](#footnote-51)。LRA基準は、言葉の上では一義的にみえるが、実際に用いようとすると、規制する側(国家)が立証責任を負うとして、その具体的考慮において、厳しくも緩くもなり得る、幅があり得るもののようである。

# Ⅳ．その他の問題

## **一．経済的自由に対する規制**

なお、上は広告規制が表現の自由に対する規制に当たるとした場合の議論であって、広告規制は経済的自由に対する規制として捉えるという説に拠れば、判例では、積極目的規制であれば「明白性の審査」によることになるが、学説は、そこでも、「明白の原則の下で、ある程度実質的な違憲審査がされるべきである」としている[[52]](#footnote-52)。

近年の判例でも、職業の自由に対する規制措置の同項（憲法22条1項）適合性は、「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量した上で慎重に決定されなければならない。」、と判示されている[[53]](#footnote-53)。その場合でも、上記の表現の自由に関する検討があれば足りるということになろう。

## **二．刑法等の事後規制**

井上嘉仁[2022]は、自由な表現は広告表現においても手厚く保護されるべきであり、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、とする。

しかし、詐欺罪は、現行の法解釈・運用では相当狭く解され、詐欺罪が成立するためには、「欺罔行為による錯誤の惹起，錯誤に基づいた交付行為,交付行為による物・利益の移転という一連の因果経過」を明らかにする必要があると解されている[[54]](#footnote-54)。本件の事業者のように、少なくともその主観としては相当の根拠をもって表示しているので、詐欺罪に当たるとすることは実際上かなり難しいであろう。本規制のほか、消費者保護のため各種の特別法（特定商取引法等）が規制をかけている所以である。

また、消費者の適正な商品情報取得のため、事後規制と事前規制を合理的に組み合わせるという政策的観点から、刑法等による事後規制とは別に、不実証広告規制のような事前規制を活用することが効果的であると考えられる。

## **三．表現規制と情報開示強制**

本規制に対し、「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であろう」との批判がある[[55]](#footnote-55)。

しかし、製品情報の開示規制を行えば、規制対象となる一般的な情報開示はなされるが、ここで問題にしているような、事業者が特に効果や性能について特有の情報について表示を行って、顧客を誘引する行為を個別に抑止することはできない。表現行為の制限（営利的表現規制）と情報の開示の強制（営利情報開示強制）を区別する議論があるが[[56]](#footnote-56)、不実証広告規制は、法的手法としては厳密にはこれら2つとも異なるのである。

## **四．手続的問題**

不実証広告規制では、「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」をしなかった場合、「当該表示は同号に該当する表示とみなす」とされており、「合理的な根拠」と「みなす」の2点で、本規制は相当に強い効果を有する。したがって、それに見合った適正手続が要請されるはずである。

　本規制に関する他の諸事件と同様に、本件事案の第1審・控訴審では、上告人が提出した資料が、「当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料」に当たるか否か、ということが争われた。これについて、消費者庁ガイドラインは前記のように、周到な説明をしているが、その具体的運用については、相手方事業者に対する丁寧な説明と対話の機会の提供、さらにその前提として、可能な限りでの「周辺整備」に向けた努力が要請されよう[[57]](#footnote-57)。

　その他の不実証広告規制に関する手続法上の問題として、本規制と課徴金納付命令の関係、弁明の機会が十分与えられているかという適正手続の問題、さらに、措置命令をした後であっても、事業者から措置命令前に提出されていれば合理的根拠資料に該当すると認められる資料の提出があったときは、措置命令を撤回すべき義務があるか等々が議論されている（前述、Ⅲ2．の注で挙げた諸事件を参照）。

# Ⅴ　まとめに代えて

（1）本稿で検討対象とした、だいにち堂事件最判は、最高裁が初めて景表法の不実証広告規制を合憲としたという意義がある。

　同時に、そこで判断理由として、次のように述べられたことも重要である。

当該事業者がした表示のとおりの品質等が当該商品等に備わっていなければ，消費者の「自主的かつ合理的な選択を阻害されるおそれがある」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てしかるべきである」（判旨2）。

ここには、消費者の「自主的かつ合理的な選択」の保護のために、事業者に対し、当該商品等の品質等を示す表示をする際には、「その裏付けとなる合理的な根拠」を有すべきである、ということが明確に述べられている。

　今日のネット社会において、営利広告が巨大化するとともに、いわゆるステルスマーケティングなど多様な形態をとることをどう規制するかが問われている中で、上記の判示を敷衍して、消費者の「自主的かつ合理的な選択」の自由の確保という視点を基に、事業者が営利広告をする際には、「裏付けとなる合理的な根拠」が求められているといえるのではないだろうか。

（2）憲法上の表現の自由に関する規制を考える際に、営利広告とその他の表現行為(特に政治的言論)を区別することには十分な理由がある。

表現の自由を規制することは個人の自己実現・自律を侵すことになるとする「自己実現理論」に基づいて、そこで実際に念頭にある政治的言論の場合と異なって、営利広告は営利企業が営利目的で行うものであるから、当該企業の自己実現・自律を語ることはできず、聞き手（＝消費者）の自己実現・自律に奉仕する限りで、表現の自由が認められると考えられる。

# **＜文献リスト＞**（50音順） 青井未帆[判批]あん摩養成施設認定違憲事件＝最判令和4・2・7重判解令和4年度24頁以下（2023）→　青井未帆[2023]

赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011）→　赤坂正浩[2011]

芦部信喜『憲法学Ⅱ　人権総論』（有斐閣、1994）→　芦部信喜[1994]

芦部信喜『憲法』（岩波書店、高橋和之補訂、第8版､2023）→　芦部信喜[2023]

阿部泰隆「不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）の解釈運用に関する若干の疑問」自治研究98巻12号3頁以下（2022）→　阿部泰隆[2022]

井上嘉仁「不実証広告規制の合憲性」新・判例解説Watch31号35頁以下(2022)→　井上嘉仁[2022]

市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020）→　市川正人[2020]

伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』（成文堂、2021）→　伊藤健[2021]

伊藤健「判批：あん摩師等法事件＝最判令和4・2・7」新・判例解説Watch31号15頁以下（2022）→　伊藤健[2022]

海野敦史「営利情報の開示強制と表現の自由」情報通信学会誌 36 巻1号 47頁以下（2018）→　海野敦史[2018]

浦部法穂『憲法学教室』（日本評論社、第3版、2016）166頁以下→　浦部法穂[2016]

内田清人「判批：窓断熱フィルム事件＝東京地決平成27・4・20平成27年（行ク）70号」ジュリ1486号6頁以下（2015）→　内田清人[2015]

太田裕之「判批：あん摩師等法事件＝最判昭和36・2・15」憲法判例百選（第7版）54頁以下（2019）→　太田裕之[2019]

太田裕之「営利的言論をめぐる判例法理の展開 : アメリカ連邦最高裁判決を中心に」同志社法學 38 巻4・5号90頁以下（1987）→　太田裕之[1987]

大元慎二（編著）『景品表示法（第5版）』（商事法務、2017）→　大元慎二（編著）[2017]

尾形健「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律19条1項と憲法22条1項」民商159巻1号121頁以下（2023）→　尾形健[2023]

川岸令和「比較衡量論----憲法上の権利の理解の深化に向けて」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準 : アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018）91頁以下　→　川岸令和[2018]

川岸令和「営利的言論の規制と第1修正」憲法訴訟研究会・芦部信喜（編）『アメリカ憲法判例』（有斐閣、1998）55頁以下　→　川岸令和[1998]

木村光江『詐欺罪の研究』（2000）　→　木村光江[2000]

甲斐克則（編）『現代社会と刑法を考える』(法律文化社、2012)→　甲斐克則（編）[2012]

君塚正臣「LRAの基準」横浜国際経済法学19巻3号103頁以下（2011）→　君塚正臣[2011]

黒田岳士ほか（編著）『逐条解説 平成26年11月改正景品表示法』（商事法務、2015年）→　黒田岳士ほか（編著）[2015]

佐藤吾郎＝白石忠志＝真渕博「最近の景品表示法違反事件をめぐって」公正取引877号4頁以下（2023）→　佐藤吾郎ほか[2023]

渋谷秀樹「精神的自由権」渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権』（有斐閣、第8版、2022）→　渋谷秀樹[2022]

須藤陽子「比例原則と違憲審査基準」立命館法学321・322号264頁以下(2008)→　須藤陽子[2008]

染谷隆明「表示コンプライアンス体制を見直すための一事例」NBL1097号(2017年）11頁（15頁）→　染谷隆明[2017]

高橋和之『人権研究Ⅰ 表現の自由』（有斐閣、2022）→　高橋和之[2022]

田代亜紀「判批：京都府条例事件＝最判平成28・12・15」新・判例解説Watch21号9頁以下（2019）→　田代亜紀[2019]

中山武憲「我が国景品表示法及び下請法の平成15年改正と韓国法」名経法学17号165頁以下（2004）→　中山武憲[2004]

中山武憲「判解：カンキョー事件＝東京高判平成14・6 ・7」経済法判例百選268頁以下（2010）　→　中山武憲[2006]

長岡徹「判批：あん摩師等法事件＝最判昭和36・2・15」メディア判例百選（第2版）130頁以下（2018）→　長岡徹[2018]

南部利之（編著）『改正景品表示法と運用指針』（商事法務、2016）旧版は2004

南部利之「景品表示法の一部改正と不実証広告規制に関する運用指針の策定について」公正取引638号4頁以下（2003）

西上治「景表法上の不実証広告規制の合憲性」民商159巻1号172頁以下(2023)→　西上治[2023a]

[西上治「景品表示法上の不実証広告規制に係る行政法上の諸問題」ジュリ1587号43頁](https://yuhikaku.com/list/xml/J1587043)以下（2023）→　西上治[2023b]

西川 康一（編著）『景品表示法』（商事法務、第6版、2021）→　西川 康一（編著）[2021]

根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、第5版、2015）→　根岸＝舟田「2015」

沼本裕太「景表法における不実証広告規制の合憲性 ――だいにち堂事件最高裁判決」同志社法学75巻５号1486頁以下（2023）→　沼本裕太

早川雄一郎「判批：ARS事件＝措置命令平成20・11・2課徴金納付命令判批30・6・29」ジュリ1543号106頁以下（2020） →　早川雄一郎[2020]

早川雄一郎「第三者を装ってした表示と景表法上の問題、また、No.I表示と不実証広告規制一消費者庁措置命令平成29・11・2・課徴金納付命令平成30・6・29」ジュリ1543号106頁(2020)→　早川雄一郎[2020]

早川雄一郎「ステルスマーケティングに係る米国FTC の規制構造と日本法への示唆-----ニュー・メディアをめぐる問題を中心に」立教法学108号159頁以下（2023）→　早川雄一郎[2023]

橋本基弘「営利的言論の自由」大石呉＝石川健治編『憲法の争点（ジュリ増）』（有斐閣、2008) 124頁以下（2008）→　橋本基弘[2008]

橋本基弘「営利的な広告の自由の制限」憲法判例百選（第5版）122頁以下（2007）

橋本基弘「営利的な広告の自由の制限」憲法判例百選Ⅰ（第6版）126頁以下（2013）→　橋本基弘[2013]

橋本基弘『表現の自由　理論と解釈』（中央大学出版会、2014）→橋本基弘[2014]

橋本基弘「営利広告規制と情報パターナリズム」法学新報124巻7・8号110頁（2017）

長谷部恭男『憲法』（新世社、第8版、2022）→　長谷部恭男[2022]

林秀弥ほか『景品表示法の理論と実務』（中央経済社、2017）

檜垣宏太「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〈判例研究〉」広島法学４６巻３号１７頁以下　→　檜垣宏太[2023]

樋口範雄『アメリカ憲法〔第2版〕』（弘文堂、2021年）→　樋口範雄[2021]

藤井俊夫「違憲審査におけるLRAの基準」千葉大学法学論集27巻1号1頁以下（2012）→　藤井俊夫[2012]

舟田「景表法上の不実証広告規制の合憲性」ジュリ1594号121頁以下（2024）→　舟田[2024]

松井茂記『マス・メディア法入門』（日本評論社、第5版,2013）→　松井茂記[2013]

松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、2022）448頁　→　松井茂記[2022]437頁以下

向田直範「改正景品表示法第4条第2項について」公正取引638号10頁以下(2003)→　向田直範[2003]

向田直範「株式会社だいにち堂事件：消費者庁による不当表示規制が最高裁によって支持された事例」公正取引863号26頁以下（2022）→　向田直範[2022]

山口厚『刑法各論』（有斐閣、補訂版、2008）→　山口厚[2008]

山本裕子「判批：オーシロ事件＝東京高判平成22• 10 • 29」経済法判例百選（第2版）260頁以下（2017）→　山本裕子[2017]

若色敦子「景品表示法上の不実証広告規制の合理性」熊本法学155号51頁以下（2022）→　若色敦子[2022]

若色敦子「消費者への情報提供にかかる事業者準則（一）景品表示法上の不実証広告規制」熊本法学157号1頁以下（2023）→　若色敦子[2023]

和久井理子「不実証広告規制と表示の裏付けとなる資料を有すべき義務----オーシロ事件・ミュー事件」NBL 956号58頁以下（2011）→　和久井理子[2011]

1. 本稿は、舟田[2024] を論文形式に直し、修正・補筆（3倍超の字数となった）を施したものである。憲法上の表現の自由と規制との関係で重要な判例を扱ったものであること、営利的言論に対する規制に関する経済法上の研究がこれまで乏しかったこと等を考慮したものである。

   　本稿における文献の引用は、末尾に掲げた文献リストにおける略語を用いる。 [↑](#footnote-ref-1)
2. みなし効果が、措置命令にのみ及ぶものであって、事業者が当該措置命令について取消訴訟を提起した場合、当該取消訴訟にはみなし効果が及ばないという主張があったが、オーシロ事件＝東京高判平成22・11・26審決集57巻第2分冊162頁、窓断熱フィルム（トップライン）事件＝[東京地判平成28・11・10判タ1443号122頁](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=211001000000-04281110-h27gyou_k_u161)において明確に否定されている。染谷隆明[2017]13頁以下、沼本裕太[2023]1496頁以下等参照。 [↑](#footnote-ref-2)
3. このような立法技術が採られた理由について，過去の行為を捉えた処分である課徴金納付命令に関して「みなす」との効果を認めると，事業者の財産権等の保障に支障を来すおそれがあるためである、という説明がある（黒田岳士ほか（編著）[2015]51頁以下参照）。 [↑](#footnote-ref-3)
4. カンキョー事件については、例えば中山武憲[2006]、山本裕子[2017]等、多くの研究がある。同事件のように、優良誤認表示について争うと長期にわたってしまうということを予防したいということもあって、不実証広告規制の制度が導入されたと推測される。実際に、本提出命令が発出されると、すぐ報道発表されることもあり、当該事業者は即時に当該表示を止めることが多いようである。

   これに対し、窓断熱フィルム事件＝措置命令平成27・2・27（前注２）では、当該事業者は一部表示を変えて広告を継続したが、東京地裁判決は、問題となる表示は変えられていず、措置命令の必要性があったと認定している。

   なお、本提出命令に対し、不提出や虚偽の内容の提出については罰則等は規定されていない。仮に事業者が合理的根拠を示す資料を提出しないときは当該表示が優良誤認表示とみなされ、措置命令が行われるからである（西川 康一（編著）[2021]96頁参照）。措置命令に違反した者に対しては罰則がかかる（36条）。また、「執行不停止の原則」によって、審査請求や取消訴訟を提起したとしても、命令は維持される。

   なお、窓断熱フィルム事件においては、消費者庁の措置命令を受けた事業者が、措置命令の取消請求訴訟を提起し、同時に行政事件訴訟法25条2項に基づいてその効力の停止を求め、東京地決平成27・4・20平成27年（行ク）70号（裁判所HP）は請求を認めた（内田清人[2015）]6頁）。しかし、その本案訴訟では、事業者側が敗訴していている（[東京地判平成28・11・10判タ1443号122頁](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=211001000000-04281110-h27gyou_k_u161). 染谷隆明[2017]参照）。ことほどさように、優良誤認表示についての判断は難しいもののようである。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 薬機法（旧薬事法）66条1項の広告規制に関する事件として、最決令和3年6月28日＝刑集15巻2号347頁がある。長谷部恭男[2022]217頁、前田雅英[2021]等を参照。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 以上については、太田裕之[2019]等を参照。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 大元慎二（編著）[2017]76頁、西川 康一（編著）[2021]89頁以下、早川雄一郎[2020]109頁等参照。前記の消費者取引問題研究会報告書や和久井理子[2011]61頁以下は、後者（②）が重要とする。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 判タ1099号94頁、中山武憲[2006]269頁参照。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 根岸＝舟田「2015」29頁参照。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 黒田岳士ほか（編著）[2015] 50頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 行政不服審査法関連3法（平成26年法68～70号）施行後は、不服申立ては審査請求に一本化され、審理員による審理・最決案、行政不服審査会の諮問・答申、審査庁（大臣）による裁決、という手続きとなっている。それにしたがって行われた審査請求の事例として、光触媒マスク事件＝[令和3年度答申第74号](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=919973000000-05040301-r3toushin74)＝令和4・3・1行政不服審査会答申令4.3.1　、ウイルス対策商品事件＝答申令和4・2・17[令和3年度答申第72号](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=919973000000-05040217-r3toushin72)、行政不服審査会答申令4.2.17、消費者庁裁決令和4・3・25、などがある。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 最決平成23・3・4審決集57巻第2分冊267頁（LEX/DB25470439)上告不受理、東京高判平成22• 10 • 29審決集57巻第2分冊162頁、審判審決平成21• 10 • 28審決集56巻第1分冊316頁。本件については、山本裕子[2017]、和久井理子[2011]参照。 [↑](#footnote-ref-12)
13. ## 最決平成23・6・7 LEX/DB２５４７１４００(上告棄却・不受理)、東京高判平成22・11・26審決集57巻第2分冊181頁、審判審決平成21• 10 • 28審決集56巻第1分冊285頁

    [↑](#footnote-ref-13)
14. ## 最判平成23・3・10 審決集57巻第2分冊268頁（上告棄却・不受理）、東京高判平成22・6・17審決集57巻第2分冊151頁.

    [↑](#footnote-ref-14)
15. 措置命令平成27・2・27、[東京地判平成28・11・10判タ1443号122頁](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=211001000000-04281110-h27gyou_k_u161)、金融・商事判例14頁、染谷隆明[2017]、阿部泰隆[2022]参照。なお、本件では、行政事件訴訟法25条2項に基づく措置命令の効力停止の決定が出た。東京地決平成27・4・20判タ1424号205頁。これについては、内田清人[2015], . 染谷隆明[2017]参照。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 措置命令平成29・11・2・課徴金納付命令平成30・6・29。早川雄一郎[2020]参照。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 措置命令令和元・7・4、行政不服審査会[令和3年度答申第74号](https://yuhikaku.com/list/search/case?id=919973000000-05040301-r3toushin74)令和4・3・1 [↑](#footnote-ref-17)
18. 措置命令令和3・12・16、行政不服審査会令和4年度答申第63号令和5・1・24。渡井理佳子[2022]参照。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 措置命令令和4 ・1・20 、同令和4 ・4・15、課徴金納付命令令和5・4・11（6億744万円）。ただし、仮差止めの申立（行訴法37条の4、37条の5）に対して、東京地決令和4・1・12 D1-Law 28302220（一部認容）。 [↑](#footnote-ref-19)
20. だいにち堂事件（措置命令処分取消請求事件）＝最判令和4・3・8令和３年（行ツ）第３３号、最高裁判所裁判集民事267号29頁、判タ1500号76頁、判時2537号5頁、金融・商事判例1651号8頁、LEX/DB文献番号２５５７２００６、裁判所HP。本件の評釈等として、井上嘉仁[2022]、向田直範[2022]、色敦子[2022]、若色敦子[2023]、檜垣宏太[2023]、西上治[2023a]、西上治[2023b]、沼本裕太[2023]がある。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 公取委・課徴金納付命令4頁に、当該新聞広告が掲載されている [↑](#footnote-ref-21)
22. 金融・商事判例1651号8頁、LEX/DB　文献番号２５５７２００６を参照。 [↑](#footnote-ref-22)
23. # 京都府条例事件＝最判平成28・12・15（判時2328号24頁、裁判所HP. 西上治[2023a]176頁）参照。経済的自由の制限に関する事案であるが、あん摩養成施設認定違憲事件＝最判令和4・2・7（民集76巻2号101頁．判時2529号5頁．判夕1497号51頁、裁判所HP）も、目的審査と手続審査に分けて詳論し、かつ小売市場事件最判を援用している。本事件については、田代亜紀[2019]、太田裕之[2019], 青井未帆[2023], 尾形健[2023]等を参照

    [↑](#footnote-ref-23)
24. 井上嘉仁[2022]19頁参照。 [↑](#footnote-ref-24)
25. 西上治[2023a]176頁、井上嘉仁[2022]36頁、向田[2022]28頁参照。 [↑](#footnote-ref-25)
26. 長谷部恭男[2022]217頁、橋本基弘[2013]127頁、長岡徹[2018]130頁以下、太田裕之[2019]120頁等を参照。 [↑](#footnote-ref-26)
27. この区別や審査基準に関しては、米国の判例等を参照しつつ多様な議論がある。芦部信喜[2000]314頁以下、芦部信喜[2023]320頁以下、橋本基弘[2014]3頁以下、長岡徹[2007]131頁、長谷部恭男[2022]217頁、渋谷秀樹[2022]363頁以下、太田裕之[2019] 54頁以下、樋口範雄[2021]314頁以下、361頁以下、高橋和之[2022]130頁以下等を参照。区別を否定する説には、浦部法穂[2016]167頁、松井茂記[2013]188頁以下、松井茂記[2022] 419頁以下、437頁以下等がある。近年の米国の判例も、実質的に区別否定説に近づいている傾向を示していると説かれている（橋本基弘[2014]109頁以下、樋口範雄[2021]366頁以下を参照）。 [↑](#footnote-ref-27)
28. 太田裕之[1987]、橋本基弘[2008]、橋本基弘[2013]、橋本基弘[2014]、井上嘉仁[2022]等を参照。 [↑](#footnote-ref-28)
29. 橋本基弘[2014]31頁、87頁以下、138頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-29)
30. 前注24等に挙げた諸文献の他、特に川岸令和[1998]、川岸令和[2018]104頁以下を参照。 [↑](#footnote-ref-30)
31. 長谷部恭男[2022]207頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-31)
32. 橋本基弘[2014] 40頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-32)
33. 高橋和之[2022]140頁参照。 [↑](#footnote-ref-33)
34. 橋本基弘[2014] 89頁以下参照。日本の放送制度上、広告放送か今かを受信者が識別できるようにすべきであるとしている。「放送事業者は、対価を得て広告放送を行う場合には、その放送を受信する者がその放送が広告放送であることを明らかに識別することができるようにしなければならない」（放送法12条）。これを承けて、日本民間放送連盟の放送基準14章(91)は、「 広告放送はコマーシャルとして放送することによって、広告放送であることを明らかにしなければならない」、と定め、そのほかに、16章(127)以下は「**医療・医薬品・化粧品などの広告」について詳細に定めている。しかし**、その具体的な措置は各放送事業者の自律に委ねられ、実際には通販番組、一部の情報番組などにおいてグレーゾーンのケースが増えている。根岸＝舟田「2015」229頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-34)
35. 早川雄一郎[2023]参照。「ステルスマーケティングに関する検討会 報告書」（令和４年）を受けて、法5条3号に基づく指定告示「一般消費者が事業者の表示であることを判別することが困難である表示」（令和５年３月２８日内閣府告示第19号）、およびその運用基準が定められた。 [↑](#footnote-ref-35)
36. 赤坂正浩[2011]34頁以下は、このほかに、生存権や積極目的による経済的規制などにつき判例で採用されている方法として、「明白性の審査」を加えている。 [↑](#footnote-ref-36)
37. 芦部信喜[1994]227頁以下、赤坂正浩[2011]21頁以下、長谷部恭男[2022]212頁以下、高橋和之[2022]18頁以下等を参照。この区別を批判するものとして、橋本基弘[2014]209頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-37)
38. 米国の判例法理において、表現行為が保護される表現と保護されない表現とに区別できることを前提に、ある表現行為が保護されない表現の範疇に該当するとされれば、とくに憲法上の問題を考慮することなく、表現の自由としての保護は否定される。しかし、これも入口段階での衡量の結果、憲法上の保護の範囲から除外されるのであり、「定義づけ衡量」と呼ばれる（「二段階理論」。川岸令和[2018]102頁以下参照）。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 長谷部217頁、芦部信喜[2023]345頁以下、浦部法穂[2016]346頁等を参照。米国の近年の判例については橋本基弘[2008]125頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-39)
40. 井上嘉仁[2022]3頁。 [↑](#footnote-ref-40)
41. 西上治[2023b]45頁参照。 [↑](#footnote-ref-41)
42. 和久井61頁以下参照。この「原則」は一般的な要請であって、法的義務まで [↑](#footnote-ref-42)
43. 本件第1審判決でも、「一般的に広告中においてある程度の誇張がされることがあるとしても，本件記載について，その文言及び内容全体から一般消費者が受ける印象・認識を踏まえるならば，本件記載による表示は，単に本件商品に含まれるアスタキサンチンが目に良い成分であるという一般的な内容にとどまらず，上記のとおり，視覚の不良感が改善されるという効能・効果を有する本件商品の優良性を強調するものであり，その裏付けとなる合理的根拠資料の提出を求めるまでもなく優良誤認表示に該当しないことが明らかなものとは認められない」、と述べられている。若色敦子[2022]57頁参照。西川 康一（編著）[2021]66頁以下。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 西川 康一（編著）[2021]67頁。 [↑](#footnote-ref-44)
45. 西川 康一（編著）[2021]67頁参照。 [↑](#footnote-ref-45)
46. ここには、表示行為の主体は誰かという周知の問題がある（西川 康一（編著）[2021]50頁以下）。表示行為の主体には、表示内容を決定した事業のみならず、他の者の説明に基づき表示内容を定めた事業者、他の者にその決定を委ねた事業者も含まれる、というのが実務である。これらの関与の形態に応じて、情報の保有・チェック等についての具体的責務を考えることになろう。 [↑](#footnote-ref-46)
47. 「表示に沿った効果・性能がないかもしれないことによる不利益は一般消費者に負担させるべきでなく、当該表示に関する情報へのアクセスが容易であり、知識・判断力等において優る表示事業者（事業者）が負担すべきこととなる」（前注13のミュー事件東京高判）。 [↑](#footnote-ref-47)
48. LRA基準については、芦部信喜[1994]232頁以下等の概説書の他、須藤陽子[2008]、君塚正臣[2011],藤井俊夫[2012]等を参照。 [↑](#footnote-ref-48)
49. 樋口範雄[2021]366頁。 [↑](#footnote-ref-49)
50. 樋口範雄[2021]366頁。 [↑](#footnote-ref-50)
51. 橋本基弘[2014]123頁以下参照。井上嘉仁[2022]38頁注21も参照。 [↑](#footnote-ref-51)
52. 芦部信喜[2023]238頁以下、市川正人[2020]364頁参照。 [↑](#footnote-ref-52)
53. あん摩師等法事件＝最判令和4・2・7（前注１３）。本件事案は、あん摩養成施設の認定制度の合憲性を争ったものであって、経済的自由に関するものである。 [↑](#footnote-ref-53)
54. 山口厚[1999]247頁、木村光江[2000],甲斐克則（編）[2012]136頁以下[松澤伸]等参照。近年の諸判決は次第に詐欺罪の成立範囲を広げているという見解も一部でみられる。他方で、詐欺罪に該当する事実を立証することが、実際上きわめて困難なことが多い。垣口克彦[2003]156頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-54)
55. 井上嘉仁[2022]37頁参照。 [↑](#footnote-ref-55)
56. 海野敦史[2018]は、この2つを区別する議論をしている。 [↑](#footnote-ref-56)
57. 特に、次の松本恒雄（発言）は的確であるように思われる。「業界団体として統一した基準をつくってもらうとか、JISの規格として採用してもらうとか、やや周辺整備になりますけど、そのあたりからきちんとやっていかないと、個別の事業者とやりとりしているだけだと、公取が権限濫用しているだけだといわれかねない」（「座談会　消費者取引の適正化に向けて」公正取引 633号2頁以下 (2003)）。 [↑](#footnote-ref-57)