

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——

太田裕之

はじめに

第一章 営利的言論法理の誕生とその衰退

第一節 営利的言論法理の誕生

第二節 営利的言論法理の衰退と崩壊

第二章 新しい営利的言論法理の生成と展開

第一節 新しい法理の生成

第二節 新しい営利的言論法理の展開

第三節 法理の転換——「常識的差異」の強調——

第四節 基準の定式化

小括

第三章 営利的言論法理の現在

第一節 四段階分析の適用

第二節 営利的言論法理の現在

むすびにかえて

はじめに

本稿は営利的言論 (commercial speech) をめぐるアメリカ連邦最高裁 (以下単に「最高裁」又は「連邦最高裁」と記す) の判例法理の展開について論じるものである。営利的言論とは、広告、勧誘等話者の経済的利潤追求の手段として行なわれる言論であり、それ故経済活動の側面と精神活動の側面の両面を有する表現類型であるということが出来る。そしてこの故に最近に至るまで、営利的言論はアメリカ憲法上、経済活動の一類型であるとされ、言論の自由を保障する修正一条の保護領域外にあるとされてきた。しかし一九七〇年代半ばに至り、連邦最高裁は営利情報の有する受け手にとっての価値を強調し、この営利的言論に対して修正一条の保護を正面から与えるようになった。⁽¹⁾

この最高裁の営利的言論に対する取り扱いの転換の背後にはいわゆる情報化社会の著しい進展がある。第二次世界大戦後マス・メディアは異常に発達し、巨大なメディアへの情報集中化現象がみられ、一般公衆はもはや情報の積極的な送り手とは殆どなりえず、専ら情報の単なる受け手でしかありえない。⁽²⁾ そこでは一九世紀的な表現の自由把握の前提であった意見発表の自由の主体と意見享受の自由の主体との一致がもはや解体を余儀なくされ、この二つの自由の主体は分離されるに至っている。⁽³⁾

このような情報化社会たる現代社会において、表現の自由は送り手中心ではなく、むしろ受け手を中心にその機能を考えていくことが要請される。⁽⁴⁾ そして営利的言論を経済活動の一類型であると分類してそれに表現の自由の保護を与えなかった裁判所が、営利的言論に修正一条の保護を与えるようになったことは、まさにこの表現の自由の現代的変容の最高裁による認識を反映している。この意味において、営利的言論は極めて現代的な言論形態であるといえよう。

本稿では表現の自由の現代的変容を示す一つの典型として営利的言論を取り上げ、連邦最高裁の判例法理の展開を叙述する。我が国に比してはるかに情報化社会の進展度が高いアメリカにおける営利的言論法理の研究は、我が国における表現の自由の現代的変容の理解にとって示唆するものが極めて大きいと考えるからである。

本稿はまず第一章において、営利的言論は修正一条による保護を受けない、という営利的言論法理を生み出したとされる判決を中心にその法理の崩壊過程を追い、第二章ではその法理の根本的な転換点となった判決を中心として、営利的言論規制の審査基準を確立した判決までの展開をみ、さらに第三章では第二章でみた営利的言論規制に対する審査基準がどのように適用されているのかを、現在に至るまでの判例から明らかにし、あわせて営利的言論法理の持つ問題点を指摘する。

(1) See, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748 (1976).

(2) 芦部信喜『現代人権論』(一九七四年、有斐閣)九七―八頁、伊藤正巳『現代社会と言論の自由』(一九七四年、有信堂)六〇―一頁、樋口陽一他『注釈日本国憲法上巻』(一九八四年、青林書院新社)四九一―二頁(浦部法穂執筆)参照。その結果集団行動の自由が思想表現手段として新しい意義を担い、その重要性を増すことになる。(芦部信喜、前掲書一八〇―一頁参照)。

(3) 堀部政男『アクセス権』(一九七七年、東大出版会)三二頁参照。

(4) 佐藤幸治「表現の自由」(川又良也編『総合研究アメリカ④―平等と正義』一九七七年、研究社、一四九頁以下)一八二―三頁、奥平康弘『表現の自由Ⅱ』(一九八四年、有斐閣)三一二頁参照。

第一章 営利的言論法理の誕生とその衰退

第一節 営利的言論法理の誕生

営利的言論が修正一条の保護の対象とならない、という営利的言論法理を生み出したのは、一九四二年の *Valentine v. Chrestensen*, 316 U. S. 52 (1942) である。

旧海軍の潜水艦を見物料をとって展示し、金銭的利益を得ようとした被上訴人が、その広告を New York 市内で配布しようとしたところ、その行為は営利広告物の街路での配布を禁じる市条例に違反する、との警告を市警察当局より受けた。条例は営利広告物以外の配布は明示的に許容していたので、被上訴人は、市が潜水艦係留の為のドック使用を拒否したことに対する政治的抗議文をビラの片面に印刷し、裏面に潜水艦展示の広告文を載せた両面刷りのビラを市中で配布したが条例違反で起訴されるに至った。被上訴人は条例の修正一四条違反を主張し、その執行差止を求めて提訴した。

連邦地裁は条例執行の中間的差止命令を発し、さらに審理の後で永久的差止命令を出した。巡回控訴裁判所は営利広告と非営利広告の区別の不明確さを指摘し、本件ビラのような政治的抗議文にまで条例を拡大適用することは違憲であるとして地裁判決を支持した。⁽¹⁾

連邦最高裁は *Roberts* 裁判官による全員一致の法廷意見において次のように判示した。

「当法廷は街路が情報伝達及び意見普及の自由の行使にとり適切な場所であること、そして州及び自治体は公共の利益においてその特権を正当に規制しうるが、公共の往来におけるその特権の行使を不当に悩ませたり禁止してはならないことを明示的に判示してきた。『しかし』憲法が純粋に営利的な広告についてそのような制約を政府に負わせていないことも同様に明らかである。⁽²⁾」

そして法廷意見は、街路において果たして、またどの程度利潤追求の為のサーヴィスが遂行できるのかということ

は立法部の判断の問題であるとし、さらに本件広告ビラの政治的抗議の部分は条例の禁止をのがれる為の言い抜けであって、本件ビラは営利広告であるとして条例を支持した⁽³⁾。

何ら先例を引用しなかったこの判決が、如何なる理論的根拠の下で「純粹に営利的な広告」を修正一条の保護対象外においたのかは不分明である⁽⁴⁾。しかし本判決は営利的言論が修正一条の保護をうけず、そして営利的言論かそれ以外の言論かの区別は、その言論がなされた「主たる目的」が金銭的なものかどうか次第で決まる、という営利的言論法理を生み出した⁽⁵⁾。そしてこの法理の下で営利的言論は修正一条の保護対象とはならず、その規制はポリスパワーの行使であるとされ、*due process* と *equal protection* 条項の下で行われる経済活動規制立法に対する審査と同一レベルで審査が行なわれるとされた⁽⁶⁾。

しかしその後この法理を明白に適用した判例はみられず、この法理は以後約三〇年間実在であるよりはむしろ「さまよう影」であった⁽⁸⁾。

(1) 122 F. 2d 511 (2d Cir. 1941).

(2) 316 U. S. 52, 54 (1942).

(3) *Id.* at 55.

(4) 本判決の原審で反対意見を述べた Frank 裁判官は、営利ビラへの憲法上の保護が憲法起草者によって意図されていないことを強調した。Chrestensen v. Valentine, 122 F. 2d 511, 524.

(5) 伊藤正巳『言論出版の自由』(一九五九年、岩波書店)一九六頁参照。Chrestensen 判決の下級審判決当時からこのテストが取締当局の主観に左右される危険を持つことが指摘されていた。See, Note, *Commercial Handbills and the First Amendment*, 30 GEO. L. J. 303 (1942), 40 MICH. L. REV. 584 (1942).

(6) 伊藤、前掲書一九六頁、堀部政男『アクセス権』(一九七七年、東大出版会)一二四頁参照。しかし言論内容にもとづい

て修正一条の保護を全く否定する⁽⁷⁾。表現の平等な自由の観点から疑問視された。See, Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 33-35 (1975).

(7) 例えば *Breard v. Alexandria*, 341 U. S. 622 (1951) では、家屋居住者の同意なしに商品販売の目的で戸別訪問勧誘を行なうことを禁じる市条例が修正一条に違反するかが争われたが、最高裁は、「販売はその取引に営利性をもたらす」(at 642) とのべ、本件が金銭目的の営利勧誘であることに注意をうながしたが、*Chrestensen* 判決に言及せず、修正一条の保護はプレスや口頭での唱道のみが主張しえ、「家庭用小物やブラシの行商人には与えられない」(at 641) と判示して条例を支持している。

(8) *Schiro, Commercial Speech: The Demise of Chimera*, 1976 SUP. CT. REV. 45, 98.

第二節 営利的言論法理の衰退と崩壊

Chrestensen 判決において誕生した営利的言論法理は、その後数十年を経る中で次第に疑問視されるに至る⁽¹⁾。そして修正一条の保護から排除されていた営利的言論を、修正一条の保護領域にいれるための重大な試みが一九六四年の *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964) ⁽²⁾ においてなされた。

この判決で最高裁は、文書による名誉毀損 (*libel*) という中心的な争点に到達する予備段階として、被上訴人より名誉毀損であると主張された言論が営利広告の一部として新聞紙上に掲載されたことが、修正一条の適用を不可能にするかという問題について次のようにのべた。

「*Chrestensen* の言論は *Chrestensen* 判決で用いられた意味での『営利』広告ではなかった。それは情報を伝達し、意見を表明し、苦情をのべ、濫用に抗議し、その存在と目的が最高次の公的利益と関心事である運動への財政的援助を求めるものであった⁽³⁾。」

このように最高裁は本件広告が *Chrestensen* 判決の広告とは容易に区別可能な内容を持ち、修正一条の保護をう

ける言論である、としたのであった。最高裁は *New York Times* 判決において「主たる目的」テストという話者に焦点をあてたテストを採らずに、言論が非営利的な公益要素を含むとき修正一条の保護が与えられるという、表現内容にもとづく区別のテストを明らかにしたのである。⁽⁴⁾

次に営利的言論法理の崩壊を予感させた判決は、一九七三年の *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U. S. 376 (1973) である。

上訴人たる新聞社の男女別の求人広告欄が、雇用者等による性にもとづく雇用差別を違法とし、さらに何人に対しても違法な性差別雇用の扶助を禁止する市条例に違反するとして被上訴人は、当該求人広告欄を改め、性に言及しない求人欄を設けるよう上訴人に命令した。上訴人はこの命令が新聞社の修正一条上の権利を侵害するとして争った。⁽⁵⁾

五対四で命令に合憲判断を下した原審判決を支持した *Powell* 裁判官による法廷意見は、まず *New York Times* 判決によって言論は広告に関係するからといって営利的とされるのではないことを指摘した。しかし本件において新聞社は何ら公的な問題についての主張を行っていないので、本件は *New York Times* 判決とは容易に区別され、本件広告は *Chrestensen* 判決と同様の「単に営利取引を申し出るにすぎない」言論であり、本件「広告はそれ故営利的言論の古典的例である」⁽⁷⁾と性格づけた。

さらに法廷意見は、「雇用差別は営利活動であるばかりでなく、条例の下での違法な営利活動であり、」「通常の営利的申出によってもたらされ、恐らく間違いなく規制を支持する政府利益に優越するであろう修正一条のいかなる利益も、営利活動それ自体が違法で、広告規制が経済活動に対する有効な制限に付随する時には、全く欠けている。」⁽⁹⁾とのべて規制の合憲性を支持した。

以上のように本判決は、営利的言論の決定に際し、*New York Times* 判決と同様に広告の主たる目的よりはむしろ内容に焦点をあて、公益性を有する営利的言論であれば、ある程度の修正一条の保護が及ぶことを示唆した⁽¹⁰⁾。しかし本件は、条例で禁止された性差別という違法活動に関する営利的言論であるが故に保護は否定され、ある活動が違法であれば政府はその活動の広告や勧誘を禁じうる、ということを示したといえよう⁽¹¹⁾。そしてこの判決によって *Chrestensen* 判決で生まれた営利的言論法理は重大な疑いにさらされることになったのである⁽¹²⁾。

(1) *Cammarano v. United States*, 358 U. S. 498 (1959) の同意意見において *Douglas* 裁判官は *Chrestensen* の判示が「思ひ込みで、殆どぞんじない」ものであり、再考をまねがれなうと批判した。(358 U. S. 498, 514, *Douglas, J., concurring*) やむに彼は *Dun & Bradstreet, Inc. v. Grove*, 404 U. S. 898, 904-06 (1971) (*Douglas, J., dissenting from denial of cert.*) における法理が誤っており、それをくつ返す機が熟していることを指摘した。

(2) *New York Times* 紙に公民権運動への支持と財政的援助を訴える広告が掲載されたが、その中に公務員に対する名誉毀損的部分が含まれていたとして、公務員により新聞社等を相手として損害賠償請求訴訟が提起された。最高裁はこの広告に完全な修正一条の保護を与え、公務員が公務に関係する虚偽の名誉毀損的言説の故に損害賠償を得るためには、その言説が「現実の悪意」(*actual malice*) をもってなされたことを、原告たる公務員の側で立証しなければならぬと判決した。この判決については *See e. g., Kalvan, The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, 1964 SUP. CT. REV. 191.

(3) 376 U. S. 254, 266.

(4) *Roberts, Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment*, 40 OHIO ST. L. J. 115, 118 (1979).

(5) 委員会の命令は第一審裁判所において支持され、さらに控訴裁判所も命令の範囲を限定した上で支持した(4 Pa. Commw. 448, 287 A. 2d 161 (1972))。州最高裁は審理を拒んで連邦最高裁に移送された。

(6) 413 U. S. 376, 385.

- (7) *Id.*
- (8) *Id.* at 388.
- (9) *Id.* at 389.
- (10) J. NOWAK, R. ROTUNDA, & N. YOUNG, CONSTITUTIONAL LAW (2d ed.) (1983) at 930-31.
- (11) *Id.* See also, *The Supreme Court, 1972 Term*, 87 HARV. L. REV. 55, 155 (1973).
- (12) 本判決の翌年の *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U. S. 298 (1974) での反対意見に Brennan 裁判官は次のように述べた。「営利広告が、公的重要性をもつ政治、社会問題についての言論より低い保護にしか値しないとしても、それはやはり『言論』であり、しばしば多くの人々にとって議論に値する情報、思想を伝達する。」(418 U. S. 298, 314, Brennan, J., dissenting).

第二章 新しい営利的言論法理の生成と展開

第一節 新しい法理の生成

純粹な営利的言論に修正一条の保護を与えた一九七六年の *Virginia Pharmacy* 判決⁽¹⁾での新しい営利的言論法理誕生の先掛けとなったのは、一九七五年の *Bigelow v. Virginia*, 421 U. S. 809 (1975) である。

Virginia 州で新聞を編集、発行していた上訴人は、自己の新聞に New York 州での合法的な妊娠中絶を周旋する団体の周旋広告を掲載したことで、出版、広告その他の方法による中絶の促進助成を禁止する州法に違反したとして起訴された。それに対し上訴人が同法の修正一・一四条違反を申し立て争ったのが本件である。⁽²⁾

七対二で原判決を破棄し、当該州法の上訴人への適用に違憲判断を下した Blackmun 裁判官の法廷意見は、上訴人の過度の広汎性の主張を退けた後⁽³⁾、New York Times 判決や Pittsburgh Press 判決によって、有料の営利広

告であるというだけで言論が修正一条の保護を奪われるのではないこと、そして営利活動の存在が修正一条による表現の保護を限定する正当化の理由とはなりえないことを指摘した。そして次に Chrestensen 判決の再解釈を行ない、そこでの条例は営利広告配布方法の合理的規制として支持されただけであり、Chrestensen は「明らかに広告それ自体が保護されないという包括的な命題を支持するのではない」とした⁽⁴⁾。

法廷意見は次に、上訴人の修正一条の主張の正当性について判断し、本件広告は妊娠中絶という明白な「公益」を含み、単なる営利取引の申出以上のものであり、情報を伝達し意見を発表する自由の行使に関係する言論であるが故に、上訴人の修正一条の利益は一般公衆の憲法上の利益と一致するとのべた。さらに広告は全ての公的表現と同様に正当な公益に仕える合理的規制に服しうるが、その際営利活動とそれが含む言論との関係が修正一条の利益と規制利益の衡量の際の一要素となるとのべ、比較衡量によって規制の合憲性を判断することを明らかにした。

比較衡量において、州域内の医療サービスの質の維持に州は正当な利益を持つが、本件広告が州内医療サービスの質に影響を与えるという主張はなされておらず、州は本件広告が詐欺、虚偽であったとも主張していない。さらに本件広告が申し出るサービスは New York 州においては合法であり、州は自州のポリスパワーが及ばない活動についての情報を市民から隔離することによる利益を主張するにすぎず、この利益は本件でわずかな重みしか持たない、として法廷意見は当該州法の適用に違憲判断を下した⁽⁵⁾。

本判決は Chrestensen 判決の効果をその事実限定するアプローチを採り、営利的言論が営利要素を持つからといって全ての修正一条の保護が否定されるのではないことを初めて明らかにしたといえる⁽⁶⁾。さらに本判決は、広告が正当な公益達成の為の合理的規制に服するが、規制の合憲性判断を広告が仕える修正一条の利益と規制利益との比

較衡量によって行なうことを示唆したのである。この衡量において本件広告は、憲法上保護される中絶についての権利を扱っていたが故に公益を含み、かつ合法活動に関するものであることから大きな重要性を有するが、これに反して州の規制利益は市民が重要な情報を得ることを妨げることによる利益であって、わずかな重みしか持たなかったが故に規制は支持されなかったといえよう。

しかし本件で用いられた「公益」テストは明白な「公益」性を持たない純粋な営利的言論への修正一条の保護を示唆するものではなく、さらに重要なことはこのテストは、裁判所に公益性判断の為のガイドラインを何ら与えておらず公益性の判断が裁判官の主観に左右される危険性を持ち、又規制される側の予見可能性を損なう可能性を持ったテストであることが指摘できよう。⁽⁷⁾しかしそれにも関わらず、この公益テストには Chrestensen 判決⁽⁸⁾での話者に焦点をあてた主たる目的テストから、言論内容がもつ聴き手の公益に焦点をあてる方向への転換がみられる。そこには表現の自由の現代的变化に裁判所が応えていこうとする姿勢があらわれていたといえるのではないだろうか。

Bigelow 判決⁽⁹⁾の翌年の Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U. S. 748 (1976) ⁽¹⁰⁾において、最高裁は、Bigelow 判決の公益テストを「拡張、洗練」し、純粋に営利的な言論にも修正一条の保護が与えられることを初めて明らかにした。州内で処方箋薬を常用する人々から成る消費者団体が、州の免許をうけた薬剤師による処方箋薬の薬価広告を「非専門的行為」として禁止する州法の修正一・一四条の下での合憲性を争って提訴したのが本件である。⁽¹⁰⁾

五対三⁽¹¹⁾で原審を支持して当該州法に違憲判断を下した Blackmun 裁判官による法廷意見は、本件が広告主たる薬剤師によってではなく、薬価情報をうけとる権利を主張する消費者により提訴されたことに注意を喚起した上で、修

正一条の表現の自由の保障は話者のみにではなく受け手にも与えられるとのべた。

そして営利的言論に修正一条の保護を否定する示唆が Chrestensen 判決等において存在したが、Bigelow 判決によって保護されない営利的言論の観念は殆ど消滅したとのべ、本件で問題となる、「Xという処方箋薬をYという価格で売ります」という「単に営利取引を申し出るにすぎない」⁽¹²⁾純粋に営利的な言論も修正一条の保護をうけると宣言して、法廷意見は Bigelow 判決を大きく一歩進めた。

次に法廷意見は、修正一条の利益と規制利益との比較衡量を行ない、営利情報の持つ受け手及び社会にとっての利益が実質的なものであるとした。即ち広告主の利益は純粋に経済的なものであるが、労働争議の言論と同じように必ずしも修正一条の保護を否定されるのではないこと、受け手の利益はその時代の最も緊要な政治的議論における受け手の利益と同程度に強いものであること、社会の利益として自由企業経済の下で資源の配分は私的経済決定により行なわれ、この決定が知的かつ十分な見識をもって行なわれることは公的利益の問題であり、この利益の為に営利情報の自由な流通は不可欠であること、さらにこの情報の自由な流通は、自由企業体制そのものの規制、変更についての知的な意見の形成にも不可欠であり、営利情報の自由な流通は民主主義における公的決定に寄与しうることを示唆した。

これらの実質的な修正一条の利益に対するのが州の規制利益である。州は、広告が価格競争をひきおこすことによってサーヴィスの質の低下や薬価の上昇が生じ、安価な薬を消費者がさがし求めることから薬剤師と顧客との安定した関係が破壊され、ひいては薬剤師の専門職たるイメージが損なわれる、と主張した。

しかし法廷意見は、州が薬剤師の高度の専門職性の維持に強い利益を有することは認めながらも、それは実際には

広告規制によってではなく、州が実施している他の厳格な規制によって確保されており、本件は修正一条にもとづく訴訟故にこれらの正当化では不十分であり、「厳格審査(close inspection)」が妥当するとのべた。そして州の広告禁止は公衆を無知にとどめておくことで利益を達成する「高度にパターナリスティックなアプローチ」⁽¹³⁾であると判示し、「州はどんな専門職水準をも要求しうるが……競合する薬剤師が提供する全く合法的な条件から公衆を無知にとどめることによってはそれをなしえない」⁽¹⁴⁾のであって本件規制は違憲であると判断したのであった。⁽¹⁵⁾

最後に法廷意見は、ある形態の営利的言論の規制は許されるとして、(1)時・場所・方法規制、⁽¹⁶⁾(2)虚偽又は誤導的な広告の規制、(3)広告で申し出られる取引がそれ自体違法であるものの規制、(4)電波放送メディアの特殊な問題の規制、⁽¹⁷⁾をあげ、さらに(5)医師、弁護士等の専門職の広告には異なる要素の考慮が必要であると指摘した。

本判決は、消費者及び社会が営利情報の自由な流通において持つ利益から「単に営利取引を申し出るにすぎない」純粹に営利的な言論に修正一条の保護が与えられることを初めて明らかにしたのであるが、しかし同時に営利的言論に与えられる保護は非営利的言論に与えられる保護とは程度が異なることを示唆するものであった。

法廷意見は虚偽、誤導広告の規制についての判示部分において脚注24を付し、つぎのようにのべた。

『単に営利取引を申し出るにすぎない』言論と他の言論との間には、常識的差異が存在する。……真実かつ正当な営利情報の流通が損なわれないことを確保する為には異なる保護の程度が必要である。⁽¹⁸⁾

そしてこの差異の内容として(1)営利的言論の真実性は広告主により容易に検証が可能であり、虚偽までも保護する必要があるにはある政治的論評等とはことなること(検証性の高さ)、(2)営利的言論は利潤獲得の必須要件であり、適切な規制による萎縮効果が殆どない、丈夫な言論であること(丈夫さ)、⁽¹⁹⁾をあげた。

一つの問題は、果してこの「常識的差異」故の限定的保護が虚偽、誤導広告のみに適用され、他の営利的言論には適用されないのか、ということである。⁽²⁰⁾しかし本判決においては、この営利的言論と非営利的言論との「常識的差異」にも関わらず、修正一条の保護の程度は政治的言論に与えられる保護と同程度に高いものであったようにみえる。⁽²¹⁾即ち法廷意見は、本件規制が消費者から情報を奪うことによって達成される利益にもとづくものであるとすることで、本件がコミュニケーションの抑圧に関わるものであったことを示唆し、その結果厳格審査に近いレヴェルの審査を適用して、州利益の強度がやむにやまれぬ (compelling) ものではないこと、そして広告禁止が非専門的行為抑制を實質的に促進したかは疑わしいこと、さらに専門職水準は広告禁止以外の直接規制によって確保されうることを示唆している。従って、本判決は、州利益が保護されたコミュニケーションの抑圧に関係する時、「常識的差異」が適用されないことを示唆していたといえよう。⁽²²⁾

また本判決は他にもいくつかの重大な問題点を残すことになった。まず第一に、常識的差異の内容たる営利的言論の検証性の高さと丈夫さが営利的言論への限定された保護を導くならば、この二つの要素が営利的言論とそれ以外の言論を分ける基準となることになる。しかし、例えば *New York Times* 判決での広告においても広告中の事実は検証可能で (事実について述べた)、かつ広告を出した者の決意は、営利広告主と同じくらい強いものであった。それにも関わらずそこでは修正一条の完全な保護が与えられたのである。また例えば専門職サービス広告について広告内容が客観的に検証できなければ、萎縮しやすくなり、それ故より大きな保護が与えられるべきであるのに、本判決はそのような広告が詐欺のより大きな可能性を有し、規制に服すとしている。このように本判決のあげる営利的言論の常識的差異は矛盾する内容をもつといえよう。従ってこのような常識的差異が営利的言論への限定的保護を正当

化しえるかは疑問であるといえる。⁽²³⁾

さらに本判決は、Chrestensen 判決で生まれた営利的言論法理を拒絶して、純粹に営利的な言論に修正一条の保護を与えたが、それが果たして修正一条の伝統的理論と調和しうるか、⁽²⁴⁾また営利的言論の定義のあいまいさが、他の言論まで営利的言論とされることで非営利的言論への修正一条の保護を弱める効果を持たぬか、⁽²⁵⁾等の問題を未解決のままに残したといえよう。⁽²⁶⁾

- (1) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U. S. 748 (1976).
- (2) 郡裁判所は上訴人に有罪判決を下し、巡回裁判所で罰金刑が言い渡され州最高裁もそれを支持した (213 Va. 191, 191 S. E. 2d 173 (1972))。上訴人は連邦最高裁に上訴したが、訴訟係属中に Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973) 及び Doe v. Bolton, 410 U. S. 179 (1973) 判決が下されたので、最高裁は墮胎罪に違憲判断を下したこの両判決に照らして本件を審理するよう求めて事件を州最高裁に差戻した (413 U. S. 909 (1973))。しかし州最高裁は再び有罪判決を下し (214 Va. 341, 200 S. E. 2d 680 (1973))、上訴人は再上訴を行なった。
- (3) 421 U. S. 809, 815-18.
- (4) *Id.* at 819-20.
- (5) Rehnquist 裁判官の反対意見 (White 裁判官同調) は、法廷意見が営利広告に対して伝統的に与えられていた保護を越える憲法上の保護を与えたと批判し、本件広告は殆ど憲法上の保護をうけない純粹な営利広告であり、州はその規制に正当な利益を持つから該州法は正当な公益を達成する合理的規制として許容できると主張した。421 U. S. 809, 829-836 (Rehnquist, J., dissenting).
- (6) Roberts, *Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment*, 40 OHIO ST. L. J. 115, 122 (1979); 61 CORNELL L. REV. 640, 656 (1976).
- (7) *The Supreme Court, 1974 Term*, 89 HARV. L. REV. 47, 116-17 (1975).
- (8) 61 CORNELL L. REV., *supra* note (6), at 641-43.

- (9) Roberts, *supra* note (6), at 126.
- (10) 連邦地裁は当該州法が消費者の修正一条上の権利を侵害するとして被上訴人に法執行を禁じる旨の判決を行なった。373 F. Supp. 683 (E. D. Va. (1974)). これに対し州側が跳躍上訴を行なった。
- (11) Stevens 裁判官不参加。
- (12) 425 U. S. 748, 762 (quoting *Pittsburgh Press Co. v. Comm'n on Human Relations* 413 U. S. 376, 385 (1973)).
- (13) *Id.* at 770.
- (14) *Id.*
- (15) Burger 首席裁判官の同意意見は、本件薬剤師の広告と医師や弁護士等の専門職の広告が区別されるべきことを指摘した(425 U. S. 748, 773-75, Burger, C. J., concurring)。Stewart 裁判官の同意意見は、法廷意見の判示が虚偽や誤導広告を規制する州の権限を排斥するのではないことを強調した(425 U. S. 748, 775-81, Stewart J., concurring)。
- Rehnquist 裁判官の反対意見は、消費者、社会が有する自由な営利情報の流通における利益は州立法部の関心であるのに、法廷意見は正当な州利益の達成手段を「パターンリスティック」であるとして無視し、自己の社会、経済的信念を立法部の判断におきかえてしまったと批判した。そして衡量における立法部の利益は強大であるが消費者の利益は取るに足らぬものであると主張した(425 U. S. 748, 781-90, Rehnquist, J., dissenting)。
- (16) 時・場所・方法規制は規制が(1)言論内容に関係なく正当化され(2)重要な政府利益に仕え(3)情報コミュニケーションの十分な代替チャンネルを残している時は許容される。425 U. S. 748, 771.
- (17) 医師、弁護士等の専門職は、規格化された製品を供給しないので、ある種の広告を行なうことは詐欺の可能性をもたらす。*Id.* at 773 n. 25.
- (18) *Id.* at 771 n. 24.
- (19) *Id.* これらの差異にもとづいて、話者を沈黙させることを恐れるあまり不適切な言論を許容する必要性が少なくなり、また言論が詐欺的となることを防止する為に必要な付加的情報、警告、否認を営利メッセージに含めさせることができ、事前抑制の禁止が適用されなくなるとされた。
- (20) Roberts, *supra* note (6), at 130.

- (21) *The Supreme Court, 1975 Term*, 90 HARV. L. REV. 56, 145 (1976).
- (22) *Id.* at 147.
- (23) *Id.* at 150-51.
- (24) See, Note, *Purely Commercial Speech and Its Relationship to the First Amendment*, 37 LA. L. REV. 263 (1976),
See also Jackson & Jeffries, *Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment*, 65 VA. L. REV.
1 (1979).
- (25) *The Supreme Court, supra* note (21), at 149-51; Alexander, *Speech in the Local Marketplace: Implications of
Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. for Local Regulatory Power*, 14 SAN
DIEGO L. REV. 357, 375 (1977).
- (26) なお本判決で最高裁は、初めて言論への限定的な保護をその言論の内容にもとづいて決定したといえる。Roberts, *supra*
note (6), at 131.

第二節 新しい営利的言論法理の展開

Virginia Pharmacy 判決で生まれた新しい営利的言論法理は、翌年の Linmark Associates v. Township of Willingboro, 431 U. S. 85 (1977) においても維持された。

被上訴人たる郡区は、人口変動に伴う黒人人口比増加による白人所有住宅の恐慌的売却 (panic selling) を防止し、人種的に統合されたコミュニティを促進する為に、現住住宅の前に「売家」「売却済」等の標識を出すことを禁止する条例を制定した。この条例に対し郡区内に不動産を所有しそれを売却しようとした上訴人が、修正一条にもとづく条例の違憲宣言及び執行差止訴訟を提起した。⁽¹⁾

Marshall 裁判官による法廷意見は、八対〇で⁽²⁾原判決を破棄し、条例に違憲判断を下した。

法廷意見は最初に、本件条例で禁止される標識が Bigelow 判決の中絶や Virginia Pharmacy 判決の処方箋薬価広告と区別されうるかについて判断した。そして本件において家屋の売主も潜在的な買主も言論の主題について事実を伝達し、情報を受ける権利を有しており、また社会も営利情報の自由な流通において利益を有するので、本件は前述の二判決と区別できないとした。

次に法廷意見は、本条例がコミュニケーションの一手段のみを規制し、修正一条の利益は直接に関係ないとの被上訴人の主張を拒絶したが、⁽³⁾本条例の政府利益として主張される、安定した、人種的に統合されたコミュニティの維持の重要性については疑いがないとのべた。しかし郡区は「売家」標識が恐慌的売却の主たる原因であることを立証しておらず、郡区が人種的に統合されたコミュニティであり続ける為に本条例が必要であることが立証されていないと判示した。そして法廷意見によれば、本件で郡議会は、住民が行なう最も重要な決定の一つである、どこに住みどこで家庭を営むかの決定に係る情報を、その効果を恐れたが故に住民から隔離しようとしたのであり、本条例の憲法上の欠陥は「はるかに根本的」⁽⁴⁾であり、従って本件と Virginia Pharmacy 判決で無効とされた法律との間に意味のある相違は存在せず、本条例は修正一条に違反するとされた。

法廷意見は最後に営利的言論とそれ以外の言論との「常識的差異」の存在と、それ故の異なる程度の保護の存在を再確認し、虚偽、誤導標識を扱う法律は非常に異なる憲法上の問題を提起しうるが、それは本件では問題とされなかったとのべた。このことは本判決において「常識的差異」が存在せず、厳格審査が適用されたことを示している。⁽⁵⁾しかし本件からは Virginia Pharmacy 判決におけると同様に、虚偽、誤導広告のみに「常識的差異」が存在するのか、それとも他の営利広告においてもこの差異が存在するのかは必ずしも明らかでなく、本件は新しい営利的言論法理の

範囲と性質について付加的ガイドランスを与えるものではなかったといえる。⁽⁶⁾

Linmark 判決と同年に⁽⁷⁾ Virginia Pharmacy 判決で「異なる要素の考慮が必要」とされた弁護士広告を扱った Bates v. State Bar of Arizona, 433 U. S. 350 (1977) が下された。

Arizona 州においてある程度の収入がある為に公的な法律扶助を受けることができない中・低所得者層向けに、低額で法律扶助を与える法律クリニックを開業していた上訴人たる弁護士は、日刊紙に争いのない離婚、養子縁組、改姓等の五つの「定型的 (routine)」法律サービスの内容及び価格を紹介し、「きわめて合理的な料金」でこのサービスを提供する旨広告した。しかし州弁護士会の懲戒規則は、弁護士によるサービス広告を特定の場合を除き一般的に禁止しており、上訴人の広告が懲戒規則に違反するとして懲戒手続きが採られ、上訴人はこれに対し規則の修正一条違反を申し立てて争った。⁽⁸⁾

五対四で原判決を破棄し、本件懲戒規則の上訴人への適用が修正一条に違反する旨判示した Blackmun 裁判官による法廷意見は、まず上訴人の Sherman 法違反の主張を退けた後で修正一条の争点に焦点をあてた。⁽⁹⁾ そして Virginia Pharmacy 判決での州法と同様、本件規制も営利情報の自由な流通を妨げ、公衆を無知にとどめることに仕えたことを指摘し、本件での違憲判断は「一層有力な理由で」⁽¹⁰⁾導かれるとした。本件は Virginia Pharmacy 判決で留保された専門職のサービス広告規制を扱うものであるが、弁護士のサービスの質の広告に関するものではなく (サービスの質に関する広告は検証が困難で誤導となりうる)、又直接 (in-person) 勧誘についてのものでもなく (直接勧誘は不当な影響力行使の危険、行き過ぎや虚偽陳述の危険があるので規制が可能)、果たして弁護士がある「定型的サービス」の価格を憲法上広告しうるか、という限定的な争点をもつものであるとした。

法廷意見は、その上で受け手及び社会の利益と州の規制利益を衡量し、実質的な受け手と社会の利益に対する州の規制利益につき次のように判断した。州は広告規制の正当化理由として(1)広告が専門家気質 (professionalism) に与える逆効果、(2)弁護士広告の本質的に誤導的な性格、(3)司法 (administration of justice) への逆効果、(4)広告の望ましくない経済的效果、(5)サービスの質に対する広告の逆効果、(6)全面禁止以外の規制を執行する困難さ、をあげたが、法廷意見はこれらがいずれも全ての弁護士広告の抑圧正当化の理由として受け入れられるレベルには達していないと判示した。⁽¹¹⁾

次の段階で法廷意見はまず、懲戒規則が上诉人の保護された言論を制約することが明らかであっても、営利的言論と他の言論との間の「常識的差異」によって過度の広汎性の理論は営利的言論領域に適用されないとした⁽¹²⁾後で、上诉人の広告が修正一条の保護対象外であるかを検討した。州は、上诉人の広告が誤導的でありそれ故保護されないと主張したが、法廷意見は広告の誤導性を否定し、州のあげる正当化の理由がいずれも本件広告が抑圧されうることを立証していないと判示した。⁽¹³⁾

最後に法廷意見は、弁護士広告が必ずしも全く規制されないものではなく、虚偽、詐欺的、誤導的広告は規制に服しうること、公衆は法的サービスについての知識を欠くので他の営利的言論ではみすごされるかもしれない誤った陳述も不適切とされえ、例えばサービスの質に関する広告、直接勧誘は規制されえ、広告中に誤導を避ける為の適切な情報の補足を要求しうること、を指摘しさらに広告一般の問題として合理的な時・場所・方法規制、それ自体が違法である取引に関する広告禁止が許され、電波放送メディアは特別な考慮を要する問題であることを Virginia Pharmacy 判決と同様に指摘した。⁽¹⁴⁾

本判決は Virginia Pharmacy 判決に強く依拠し、そこで判断されなかった弁護士の定型的サーヴィスの新聞紙上の価格広告にも修正一条の保障が与えられることを明らかにした。本判決は、営利的言論と非営利的言論との間の「常識的差異」の存在を認め保護の程度が異なることを示唆するが、その比較衡量において Virginia Pharmacy 判決と同様に州に規制正当化の重い負担を負わせる厳格審査を行ない、本件営利的言論への修正一条の完全な保護を示唆するものであった。⁽¹⁵⁾ また法廷意見はその判示の限定性を主張するが、何が「定型的」サーヴィスとなるのかを定義しておらず、本判決での事実を越えて適用が拡大される可能性をもつものであったといえよう。⁽¹⁷⁾

- (1) 連邦地裁は違憲宣言を行なったが、連邦控訴裁判所はそれを破棄した。535 F. 2d 786 (3d Cir. 1976).
- (2) *Rehnquist* 裁判官不参加。
- (3) 法廷意見は、(1)たとい本件が時・場所・方法規制であるとしても、他のコミュニケーション手段である新聞広告等は高価かつ不十分であって、本件規制が十分な代替手段を残しているかは疑問であり、(2)条例は言論の場所（家屋の前庭）や方法（標識）に対して純粹に関心を持っていたのではなく、むしろ被上訴人は、特定の標識が持つ主たる効果を、即ち標識から情報を得た者がそれにもとづいて行為することを恐れたが故に、標識の内容にもとづいてその特定形式を禁止したのであって、本件は時・場所・方法規制ではないと認定した。431 U. S. 85, 93-94.

- (4) *Id.* at 96.
- (5) *Roberts, Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment*; 40 OHIO ST. L. J. 115, 133 (1979); 26 EMORY L. J. 913, 926 (1977).
- (6) *Roberts, supra* note (5), at 132; 26 EMORY L. J., *supra* note (5), at 926.
- (7) *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748, 773 n. 25 (1976).
- (8) 州弁護士会綱紀委員会は上訴人に対する短期の業務停止処分を懲戒委員会に勧告した。懲戒委員会は審理の後で処分を一週間の業務停止に軽減し州最高裁に勧告した。州最高裁は上訴人の修正一条と *Sherman* 法上の主張をいずれも拒んだが、

処分を戒告に軽減し上訴人に言渡した。113 Ariz. 394, 555 P. 2d 640 (1976).

- (9) Sherman 法違反の主張については、state action の除外条項に該当するとして原判決が支持された。433 U. S. 350, 359-63.

- (10) *Id.* at 365.

- (11) (1) について法廷意見は、広告と真の専門家気質との関係はこじつけであるとした(433 U. S. 368-72)。(2) について州はさらに法的サーヴィス広告は①サーヴィス内容が、質に関して個人ベースで異なるので広告にもとづいた比較が不可能であり、②消費者はどのようなサーヴィスが自分に必要なのか、前もってわからないし、③弁護士広告は不適切な要素を強調する、と主張した。これに対し法廷意見は、①定型的サーヴィスのみが広告に適し、②消費者は一般的なレビューで自己の必要とするサーヴィスを認識しえ、③消費者を無知にとどめることによる利益にもとづく正当化は許されないとした(433 U. S. 350, 372-75)。(3) について法廷意見は司法部に訴えぬことは悪徳はなごころ(433 U. S. 350, 375-77)。(4) について広告はむしろコストを下げる判断し(433 U. S. 350, 377-78)。(5) について質を落とそうと思う弁護士は、広告規制の有無に関わらずそうするだろう、とのべ(433 U. S. 350, 378-79)。(6) について広告規制に関わりなく、弁護士の大部分は専門職の名誉と品位を守る為に行動し続けるだろうと判断した(433 U. S. 350, 379)。

- (12) 法廷意見によれば過度の広汎性の理論は、過度に広汎な立法がもつ保護される言論への萎縮効果にもとづくものであるが、営利的言論の丈夫さと検証性の高さはこの理論の適用を不適切にする、とした。433 U. S. 350, 380-81.

- (13) 州は本件広告が次の点で誤導的であると主張した。①「法律クリニック」という不明確な用語を使用している。②「きわめて合理的な」料金でのサーヴィス提供を申し出るが、争いのない離婚を扱う料金は合理的な価格ではない。③消費者が弁護士の手を借りずに改姓できることを明記していない。これに対して法廷意見は次の点を指摘して州の主張をしりぞけた、①公衆はたやすく「法律クリニック」の意味を理解できる。②争われない離婚の取扱料金は実際合理的である、③そもそも殆どの法律サーヴィスは消費者が自らなしえる。433 U. S. 350, 381.

- (14) Burger 首席裁判官の反対意見は、Virginia Pharmacy 判決が限定的なものであり、本件のような弁護士による法律サーヴィス広告には適用されないと述べ、さらに法廷意見は「定型的」サーヴィスの定義を行っていないと批判した。433 U. S. 350, 386-88 (Burger, C. J., dissenting).

Powell 裁判官反対意見 (Stewart 裁判官同調) は、法律サーヴィスを「定型的」なものとそれ以外のものに分けることは不可能であると主張し、「定型的」サーヴィスも多様な仕事内容を含むので、一つの価格で表示することは本質的に誤導的なものである。433 U. S. 350, 389-404 (Powell, J., dissenting).

Rehnquist 裁判官反対意見は営利的言論への修正一条の保護を疑問視した。433 U. S. 350, 404-05 (Rehnquist, J., dissenting).

- (15) *The Supreme Court, 1976 Term*, 91 HARV. L. REV. 70, 205 (1977); Note, *The Traditional Ban on Advertising by Attorneys and the Expanding Scope of the First Amendment*, 38 LA. L. REV. 259, 266-67 (1977); Comment, *Bates v. State Bar of Arizona: A Consumers' Rights Interpretation of the First Amendment Ends Bans on Legal Advertising*, 55 DEN. L. J. 103, 121 (1978).

- (16) 433 U. S. 350, 366.

- (17) *The Supreme Court*, *supra* note (15), at 204; Note, *supra* note (15), at 271-75.

第三節 法理の転換

——「常識的差異」の強調——

前節でみた諸判決は、営利的言論と他の言論との「常識的差異」の存在を認めながらも實際上厳格審査を適用して、営利的言論の抑圧が許されないことを明らかにしてきた。しかし本節でみるように、最高裁の判例の流れは一九七八年を境に方向を転じ、この「常識的差異」の存在の強調によって、営利的言論への修正一条の保護の限定性を強く主張するようになる。「常識的差異」を最初に強調した判決は *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 U. S. 447 (1978) である。

偶然自動車事故の被害者の存在を知った上訴人たる弁護士は、被害者を訪問し、補償交渉の代理を申し出る直接勧

誘を行ない、被害者の一人から口頭での同意を得た。上訴人は被害者に補償を受ける権利があることを知らせたが、被害者が同意を撤回しようとする、契約違反を理由に訴訟を提起し、同意を得た時の隠し録音テープを証拠として提出してそれが拘束力のある口頭契約である旨の主張を維持しようとした。被害者の申立により郡弁護士会は、上訴人の行為が弁護士に対して助言を求めている非法律家に自己の雇用を勧める行為を禁じ、さらに法律の素人に自発的な助言を与えた弁護士に対してその助言にもとづく雇用受入れを禁じる懲戒規則に違反する旨認定した。上訴人は本件規則の適用の修正一・一四条違反を申し立てて争ったが、州最高裁は郡弁護士会の認定を受け入れ、上訴人の修正一条の主張を退けた。⁽¹⁾

八対〇で原審の判断を支持した Powell 裁判官による法廷意見は、まず営利的言論と非営利的言論の「常識的差異」について強調し、営利的言論に他の言論と同じ憲法的保護を求めることは、「プロセスを水準化させることによって」〔非営利的言論への〕修正一条の保障の希薄化を招きうる⁽³⁾」ので、営利的言論に対しては「その修正一条の価値の低さに比例した限定的な保護」⁽⁴⁾が妥当し、非営利的言論領域では許容されない規制が許されとのべた。そして弁護士による直接勧誘は「言論が不可欠ではあるが従属的構成要素でしかない」⁽⁵⁾「ビジネスの取引にすぎず、圧力行使し比較や熟考の機会を与えずにしばしば即座の返答を要求するものであり、個人的及び社会的利益に仕えず、Bates 判決で保護された真実の広告とは区別されることを指摘した。それ故直接勧誘も勧誘された者に彼らの法的権利についての情報を伝達するのである程度の憲法上の保護は与えられるが、「重要な州利益を促進する」⁽⁶⁾規制に服しうるとのべた。

次に法廷意見は対抗する規制利益の強さについてのべる。州は消費者を保護し、営利取引を規制する一般的利益に

加え、専門職の水準の維持に特別な責任を持つ。そして直接勧誘がもつ危険がある詐欺、不当な影響力の行使、威嚇、行き過ぎ、プライバシーの侵害等の実質的害悪から公衆を保護する州の利益は、「正当かつ重要な」ものであるとした。⁽⁷⁾

さらに法廷意見は、上記の実質的な害悪を防止する州の利益は、それらの害悪が発生する可能性がある状況下での直接勧誘の予防的規制を正当化するとべ、自己の勧誘行為が現実の害悪の発生を伴わなかったとの上訴人の主張を退け、州に現実の害悪発生⁽⁸⁾の立証を求めることは、勧誘が一般に公衆の監視から逃れているが故に州に困難な負担を課すとし、州が予防的ルールを用いることは不合理でなく憲法に違反しないと結論づけた。

以上のように本判決は、(1)単に虚偽のみならず、全ての営利的言論がその「常識的差異」及び修正一条上の価値の低さ故に限定的な修正一条の保護しか与えられないことを強調し、⁽⁹⁾(2)弁護士⁽¹⁰⁾の金銭目的での直接勧誘は、州の規制利益が正当かつ重要であり、現実の実質的害悪の存在が立証されなくても予防的ルールで規制可能であるとして、営利的言論領域において直接勧誘が他の広告よりも、より低く位置づけられることを明らかにしたといえる。

本判決のコンパニオンケースである *In re Primus*, 436 U. S. 412 (1978) でも弁護士の勧誘行為が争点となった。そこでは弁護士は ACLU (American Civil Liberties Union) の為に、公的医療扶助をうける条件として不妊手術をうけさせられた女性に訴訟を勧める勧誘を手紙で行なった。最高裁はこの勧誘行為が金銭的利益をえる為のもではなく、自己の政治的信念実現の為の結社の自由の行使であると判断して、完全な修正一条の保護を与えた。しかし話者の動機や表現行為の性格による区別の有効性は疑問であるとの指摘がある。⁽¹¹⁾

次に「常識的差異」を強調し、営利的言論への限定的保護を主張したのが一九七九年の *Friedman v. Rogers*, 440

U. S. 1 (1979) である。

商標を用いて州内で検眼業を営んでいた検眼師及び消費者団体より成る被上訴人が、仮名、商標、法人名で検眼業を営むことを禁じる州法は修正一・一四条に違反するとして、州法の違憲宣言及び執行差止を求めて提訴した。連邦地裁は州の規制利益は営利的言論の重要性に劣るとして、当該州法に違憲判断を下してその適用を禁止した⁽¹²⁾。州側がこれに対し跳躍上訴を行なった⁽¹³⁾。

七対二で原審の判決を破棄し、差戻を命じた Powell 裁判官による法廷意見は、まず営利的言論の「常識的差異」にふれ、真実かつ正当な営利情報の流通が妨げられないことを確保する為に、営利的言論には限定的な保護しか与えられないことを強調した。そして次に本件商標が検眼サービスの価格、質についての情報を提供し、営利取引の一部として用いられる営利的言論の一形態であると認定した。

しかし商標はそれ自体としては何ら固有の意味を有さず、一定期間用いられ、公衆の心の中に商標と価格、質との間の連想が形成されるまでは、提供されるサービスの価格、質についての情報を何ら伝達しないものであると性格づけた。それ故このはっきりしない商標とサービスの価格、質についての連想は検眼師によって巧みに操作されるので、公衆を誤導する為に用いられる重大な可能性があることを指摘し、詐欺の可能性は著しいとのべた。

そして、州利益について法廷意見は、公衆を詐欺、誤導的な商標の使用から保護する利益は実質的なものであり、たとい被上訴人の商標の使用が實際上誤導でないとしてもそれは誤導の可能性をもつものであったとのべ、さらに本件規制が検眼師の営利的言論に最も付随的な影響しか与えないことを強調し、商標が伝達する事実情報は他の手段によって公衆に自由に伝達されうることを指摘して、当該州法は州利益を促進する憲法上許容される規制であると判断

営利的言論をめぐる判例法理の展開

(14)
した。

本判決の脚注9において法廷意見が、「営利的言論の特殊な性格とその修正一条の保護の相対的な新しさの故に、我々は正当な規制利益に仕える経済規制が修正一条で争われるとき注意深く行動する。より伝統的な修正一条の問題を扱う我々の諸判決は、この未知の領域に自動的に拡張されるのではない」⁽¹⁵⁾とのべて、営利的言論への保護が限定されていることを重ねて示唆したことから理解できるように、本判決は *Virginia Pharmacy* 判決や *Bates* 判決で用いられた厳格審査を適用せず、州の規制の動機や他の利益達成手段の存在を問わずに、実質的規制利益の存在をもって規制を容認するものであったといえよう。⁽¹⁶⁾

- (1) 48 Ohio St. 2d 217, 357 N. E. 2d 1097 (1976).
- (2) Brennan 裁判官不参加。
- (3) 436 U. S. 447, 456.
- (4) *Id.*
- (5) *Id.* at 457.
- (6) *Id.* at 459.
- (7) *Id.* at 462.
- (8) Marshall 裁判官の一部同意・結果同意意見は、州の正当な規制利益は実質的害悪発生防止に限定され、本件ではこの害悪が発生する現実の危険が存在したので規制が正当化されると論じた。436 U. S. 447, 468-77 (Marshall, J., concurring in part, concurring in judgement). Rehnquist 裁判官の結果同意意見は、本件と *Primus* 判決との区別は原理的に困難であると主張し、州は政治的勧誘と営利的勧誘を区別する為の克服しがたい困難に直面すると批判し、憲法の審査は弁護士の行為の性格や訴訟の性格ではなく州が規制しようとする行為の性格に焦点をあてるべきだと主張した。436 U. S. 447, 477. (Rehnquist, J., concurring in judgement), *In re Primus*, 436 U. S. 412, 440-46, (Rehnquist, J., dissenting).

- (9) Roberts, *Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment*, 40 OHIO ST. L. J. 115, 137 (1979).
- (10) *The Supreme Court*, 1977 Term, 92 HARV. L. REV. 57, 197-98 (1978). しかし情報の提供という側面からみれば、弁護士の勧誘行為の動機が金銭的であるか政治的であるかを問わず、勧誘は法的権利や救済についての情報を相手に伝えるものでありうる。Id.
- (11) Cox, *The Supreme Court*, 1979 Term—Foreword: *Freedom of Expression in the Burger Court*, 94 HARV. L. REV. 1, 32 (1980), See also L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (1978), 1979 Supp. at 59-61.
- (12) 438 F. Supp. 428 (E. D. Tex. 1977).
- (13) 他に被上訴人は検眼業の監督・規制を行なう州の検眼師委員会の構成が自己に不利であると主張して、委員会の構成を定めた州法の equal protection 及び due process 条項の下での合憲性を争ったが連邦地裁はこの主張を退け、連邦最高裁も当該州法は州の正当な目的に合理的に関連するとしてその主張を退けた。
- (14) Blackmun 裁判官の一部同意・一部反対意見 (Marshall 裁判官同調) は、商標は固有の意味を持たないのでそれ自体詐欺的とはならないと主張し、州利益も実質的でない⁽¹⁾と批判した。440 U. S. 1, 19-28 (Blackmun, J., dissenting in part, concurring in part).
- (15) 440 U. S. 1, 10, n. 9.
- (16) Note, *Reuniting Commercial Speech and Due Process Analysis: The Standard for Deceptiveness in Friedman v. Rogers*, 57 TEX. L. REV. 1456, 1473 (1979); 50 MISS. L. J. 487, 497-98 (1979).

第四節 基準の定式化

前節であらわれた営利的言論の限定的保護を強調する傾向は、そのまま一九八〇年になり営利的言論規制の審査基準を「定式化」した Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 447 U. S. 557 (1980) にひきつがれ、⁽¹⁾ すでに固定化されるようになった。

被上訴人たる公共サービス委員会は、冬期の燃料不足をみこして電力使用を促進する全ての広告を禁止する命令を出した。そして燃料不足解消後も被上訴人は、広告を電力の消費刺激を意図する促進的広告とそれ以外の情報提供的広告に分け、全ての促進的広告をエネルギー保護という国家政策に反し、料金の公平性、効率性を損なうとして禁止した。上訴人たる電力会社がこれに対し委員会の命令は修正一・一四条に違反するとして争った。⁽²⁾

八対一で原審を破棄し、命令の修正一条違反を認定した Powell 裁判官による法廷意見は、まず被上訴人の命令が「話者とその聴き手の経済的利益のみに関係する」⁽³⁾ 営利的言論だけを制約すると認定した。そして営利的言論は話者の経済的利益のみに仕えるのではなく、情報の可能な限り完全な流通における社会的利益を達成し、消費者を助けるものであって、修正一条はこれを不当な政府規制から保護することを再確認した。しかし同時に諸判例は営利的言論と他の言論との間の「常識的差異」の存在を認めており、営利的言論には限定的保護しか与えられず、特定の営利的表現に与えられる保護は、表現とその規制が仕える利益の双方の性格次第で決められるとした。

法廷意見はその上で営利的言論領域では次の四段階分析が發展してきたと指摘した。

(I) 営利的言論が合法活動に関わり、誤導的ではないこと、即ち修正一条で保護される言論であること。

修正一条で保護される営利的言論であれば、

(II) 主張される政府の規制利益が実質的 (substantial) であり、

(III) 規制がその利益を直接に促進し、

(IV) 規制が政府利益に仕えるのに必要以上に広汎でないこと、

が問われ、(II)、(III)、(IV) を満たしてはじめて営利的言論規制は支持されるとした。⁽⁴⁾

法廷意見は次にこの四段階分析を本件に適用し、まず本件の促進的広告が不適切であるとか違法活動に係関係するという主張は存在しないとして、本件言論が修正一条の保護を受けることを認めた。

次に州の規制利益について、州は①エネルギー保護、②電力料金の公平性と効率性の確保を規制利益としてあげ、これに対し法廷意見は①の利益はエネルギー資源の依存状態を考えれば疑いもなく実質的な利益であるとし、②についてもその実質性を認めた。

そしてこれら二つの実質的規制利益と広告禁止との関連性について、②の利益については促進広告と電力料金の公平性との関係は推論的であり、希薄であると判断したが、①の利益に関しては広告と電力需要との密接な関連性を認め、広告禁止によりこの利益が直接に達成されるのでエネルギー保護の州利益と広告禁止との間に直接の関連があると認定した。

最後に法廷意見は、営利的言論の完全な抑圧が州のエネルギー保護利益の促進に必要以上に広汎でないかという点について判断した。そして委員会の規制は、例えばヒートポンプなどのエネルギーの総使用量を増加させない電力装置やサービスの促進までも一律に禁止し、またより限定的な言論規制では利益達成に不十分であるとの立証も存在しなかった⁽⁵⁾ので、本件規制は必要以上に広汎であり、当該命令は修正一条に違反すると判示した。

(1) 米沢広一「最近の判例」(『アメリカ法』一九八二—、六八頁) 参照。

(2) 州地裁、州控訴裁判所は上訴人の主張を退け、州最高裁も命令の合憲性を支持した。47 N. Y. 2d 94, 390 N. E. 2d 749 (1979).

(3) 447 U. S. 557, 561.

(4) *Id.* at 564-66.

(5) Brennan 裁判官は結果に同意した。447 U. S. 557, 572-73 (Brennan, J., concurring in judgement). Blackmun 裁判官の結果同意意見 (Brennan 裁判官同調) は、⁴⁴⁷ 法廷意見の四段階分析が「中間審査」にしかすぎないと批判し、本件規制は公衆から自由な選択をなす為に必要な情報をうばうことで市民の選択を巧みに操作しようとするものであるから、Linmark 判決までに確立された厳格審査が適用されるべきであると主張した。そして法廷意見の四段階分析は誤導的言論から消費者を保護する為の営利的言論規制や、営利的言論の「時・場所・方法」規制にのみ適切であると主張した。⁴⁴⁷ U. S. 557, 573-79 (Blackmun, J., concurring in judgement).

Stevens 裁判官の結果同意意見 (Brennan 裁判官同調) は、営利的言論には他の言論よりも低い保護しか与えられないので、より大きな憲法的保護を与えるべき言論を不注意に抑圧することがないように、営利的言論の定義を限定的に行なう必要があると説き、法廷意見の定義が不適切に広いものであると批判したが、本件規制は営利的言論をこえた言論の抑圧であり許されないとした。⁴⁴⁷ U. S. 557, 579-83 (Stevens, J., concurring in judgement).

Rehnquist 裁判官は反対意見をのべた。彼は州法で生み出され、広汎な州規制に服する独占企業である電力会社の言論は修正一条の保護に値せず、また州法は経済規制として最も適切であり、営利的言論に与えられる保護は法廷意見が与えた保護よりも低いものであると主張し、法廷意見は自己の判断を州の判断におきかえたと批判した。⁴⁴⁷ U. S. 557, 583-606 (Rehnquist, J., dissenting).

小括

Virginia Pharmacy 判決によって「単に営利取引を申し出るにすぎない」純粋な営利的言論も、主として営利情報を持つ消費者と社会にとっての情報価値故に修正一条の保護が与えられることになった。しかし営利的言論に与えられる保護は、営利的言論のもつ「丈夫さ」と「検証性」の高さという「常識的差異」故に、他の言論に与えられる保護よりも低いものであることが示唆されていた。⁽¹⁾ だがそれにも関わらず、新しい営利的言論法理の開花期の判決である Virginia Pharmacy, Linmark, Bates によって、この「常識的差異」は顧みられず、むしろ他の言論に与えられ

る保護と同程度の保護を営利的言論に与えて、最高裁は「厳格審査」を適用していたように思われる。

ところが一九七八年の *Ohralik* 判決を境に、最高裁は営利的言論の「常識的差異」を強調し、営利的言論の限定的な保護を主張するようになり、この流れの延長線上に *Central Hudson* 判決の四段階分析が存在する。

Central Hudson の四段階分析は営利的言論の内容にもとづく規制に対して適用される中間レベルの審査であり、⁽²⁾ *Virginia Pharmacy* 判決等で示唆された、規制正当化の為のやむにやまれぬ (compelling) 利益の存在は要求されず、実質的な利益で足りるとすることは明らかに営利的言論に対する保護程度の低さを反映しているといえよう。しかしこの四段階分析の第四段階、即ち規制が利益達成に必要以上に広汎なものであってはならないという要件は *Central Hudson* 法廷意見によれば、*Primus* 判決から導かれている。⁽³⁾ *Primus* 判決は弁護士⁽⁴⁾の勧誘が営利的言論ではなく、政治的言論であるとされた判決であり、厳格審査が行われた。その厳格審査の基準を営利的言論規制の審査基準にもつてくることは、この第四段階の基準が営利的言論に対して政治的言論と同じ高い保護を与える為の装置となりうることを示す。⁽⁴⁾ *Central Hudson* 判決において顕著にみられたように、もし裁判所が厳格にこのテストを適用すれば、自ら他より効果的な規制利益達成手段を見出すことで、あるいはより限定的な手段では規制利益が達成しえないことの立証を政府に求めることで、規制側に重い負担を課し、簡単に立法部の判断をくつがえし、営利的言論に非営利的言論と同程度の高い保護を与えうるものである。⁽⁵⁾

Central Hudson 判決までは、営利的言論に与えられる保護がどの程度であるべきか、そしてその審査基準は如何なるものであるべきかについて裁判所内部で意見の対立があった。そして *Central Hudson* 判決で審査基準が確定して以後は、四段階分析がどの程度厳格に適用されるべきか、という方向に裁判所内部の対立は移行していったように

みえる。そこで次章では、この *Central Hudson* 判決で定式化された営利的言論規制の審査基準がその後現在に至るまで、どのように適用されてきたかを分析する。

- (1) *Ohralik* 判決 (436 U. S. 447, 456 (1978)) はこの二つの「常識的差異」の内容に加えて営利的言論の修正一条における価値の低さをあげた。しかし裁判所が言論の価値を判断しうるとすれば、それは極めて重大な問題を提起しよう。松井茂記「修正一条と営利的言論」(『判例タイムス』四五一号一六頁) 参照。 *But cf., Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U. S. 50, 70 (1976) (Stevens, J., plurality opinion) (エロティックな表現を保護する社会的利益は、自由な政治的議論における社会の利益とは全く異なり重要性の低いものであるとする。)
- (2) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U. S. 557, 573 (Blackmun, J., concurring in judgement).
- (3) *Id.* at 565.
- (4) Note, *Legislative Choice and Commercial Speech: Central Hudson Gas & Electric Corp.*, 1981 UTAH L. REV. 831, 839-40.
- (5) Note, *Restrictions on Electric Utility Advertising*, 78 MICH. L. REV. 433, 445 (1980); Note, *Constitutional Protection of Commercial Speech*, 82 COLUM. L. REV. 720, 729 (1982).

第三章 営利的言論法理の現在

第一節 四段階分析の適用

I. *Metromedia, Inc., v. City of San Diego*, 453 U. S. 490 (1981)

被上訴人たる市は、歩行者及び運転者が標識によって注意をそらされることから生じる危険の除去と、市の景観の保護・向上の為に屋外の広告標識を禁止する条例を制定した。それには二つの例外が設けられ、標識が設置される敷

地上 (on-site) で提供される製品、サーヴィス等の営利広告掲示板と、条例が特定する一二の非営利標識は許容されていた。従って営利広告であってもその標識が設置される敷地以外の場所 (off-site) で提供される製品、サーヴィスを広告する標識は禁止され、また一二のカテゴリーに入らない非営利標識は全て禁止されていた。市内に多数の広告掲示板を所有していた上訴人たる屋外広告会社は、この条例が修正一・一四条に違反するとして条例の文面上無効を主張して提訴した。⁽¹⁾

連邦最高裁の意見は鋭く分裂したが、六対三で当該条例に違憲判断を下した。⁽²⁾ White 裁判官による相対多数意見は、営利的言論と非営利的言論のそれぞれに対して当該条例がもつ効果の分析を行なった。

営利的言論規制について、相対多数意見は Central Hudson 判決での四段階分析を適用し、まずその第一段階のテストに関して、本件で問題になる営利広告が違法行動に関係したり、誤導である旨の主張は存在せず、第二段階についても条例の目的である交通安全と市の景観の保護という二つの利益が実質的であることに重大な疑いはないとした。さらに第四段階のテストに関して、相対多数意見は、「もし市が広告掲示板は交通に危険で、景観を損ねると信じる十分な根拠を持つなら、「それに対する」最も直接的かつ恐らく唯一の効果的アプローチは、それを禁止することである」⁽³⁾とのべて、市は目的達成の為に必要である以上の規制は行なっていないと判示した。

最後に第三段階、即ち条例が二つの政府利益を直接に促進したかにつき、相対多数意見は次のように判断した。まず交通の安全という規制利益につき、相対多数意見は広告掲示板が交通に危険であるという立法部の判断が明白に不合理ではなかったとした州最高裁の意見をとりあげ、この立法部の判断が不合理なものではないとのべた。また景観の保護利益についても、広告掲示板が景観にとって有害だと考えることは推論的なものではないとして市の判断を肯

定した。そして、市は敷地外広告と同様に交通の安全と景観に害を与える敷地上の広告と特定の非営利標識を許容することで交通の安全と景観上の利益を自ら無視している、との上訴人の主張を拒絶して次のようにのべた。まず敷地上の広告が許容されているや否やを問わず敷地外広告禁止は交通の安全と景観という利益を直接に促進する。第二に市は、定期的に内容が変わる敷地外広告の方が敷地上広告よりも重大な問題を生じると「信じてきた」⁽⁴⁾。第三に市は、敷地上広告のもつ利益が、市の規制利益よりも強いと決定したのであって、市は、ビジネスを行なう場所において、そこで提供される製品、サービスの広告を行なうことに営利企業がより強い利益を持つと「合理的に結論した」⁽⁵⁾のであり、敷地上の営利広告掲示板が許容されていても、敷地外の営利広告掲示板が禁止されうるとして相対多数意見は、「営利的言論を規制する限りにおいて」⁽⁶⁾ 条例が Central Hudson の四段階分析の要請を満たすと判断した。

しかし営利的言論規制が Central Hudson のテストを満足させたことは、条例による非営利的言論標識の一般的禁止を修正一条の下で有効とはしなかった。敷地上の営利広告は広く許されているのに、敷地内・外を問わず非営利的言論は特定の例外を除いて禁止されている。営利標識が許容されるところで何故非営利標識が営利標識よりも交通の安全に脅威となり、景観を損なうのかを市は説明しておらず、このことは非営利的言論に対し営利的言論に与えられるよりも大きな保護を与えるという裁判所の判断を転倒させたものであり許されないとして、相対多数意見は本条例の修正一条違反を認定した。⁽⁷⁾

Central Hudson 判決のわずか一年後に出された本判決は、結論的に違憲判決を下したが、しかし Central Hudson 判決からの驚くべき後退を示していた。四段階分析を適用しながらも、相対多数意見はその第四段階について、他の

より規制的な選択手段では利益達成が不十分であることの立証を求めずに、⁽⁸⁾ 本件条例が必要以上に広汎でなかったと認定し、さらに第三段階の分析において、条例が敷地上の営利広告を許容することから利益達成の為には狭きに失することに考慮を払わず、記録が市の立場を支持する証拠を欠くところでは、裁判所自身がその正当化を行ない、例えば定期的に内容が変わる敷地外広告の方が敷地上広告よりもより重大な問題を生むと市は「信じる事ができた」と⁽⁹⁾のべている。ここで政府利益が直接に促進されることの立証は、殆ど求められていないといえよう。⁽¹⁰⁾ 相対多数意見が用いたこの立法部の判断に追従的なアプローチは、むしろ *due process* 条項の下で経済規制審査に用いられる合理的関連性のテストを示唆するが、⁽¹¹⁾ 相対多数意見がこのような追従的なアプローチを採る理論的根拠が何なのか、その説明はなされていない。⁽¹²⁾

II. *In re R. M. J.*, 455 U. S. 191 (1982)

Bates 判決をうけて改訂された *Missouri* 州最高裁の懲戒規則は、弁護士広告規制を緩和し限定的に許容していた。上訴人たる弁護士は、①事務所開設を知らせるカードを規則で定められた送付対象以外の者に送付し、また新聞、雑誌広告を行ないそのなかで②規則で定められた以外の用語を用いて自己の業務領域を記載し、③業務領域を記した後付加せねばならない業務領域の記載が弁護士のその領域での専門的技術を証明するのではない旨の断り書きを含めず、さらに④自分が数州及び連邦最高裁で弁護士業務を許されているという、規則で明示的には許されていない情報が記した。上訴人の上記の四つの行為は懲戒規則に違反する非専門的行為であるとの告発が規則の執行者たる綱紀委員会より州最高裁になされ、上訴人は③を除いて規則の修正一・一四条違反を主張したが、州最高裁は上訴人に非公開の戒告処分を命じた。⁽¹³⁾

全員一致で原判決を破棄し、懲戒規則が修正一条に違反すると判決した Powell 裁判官の法廷意見は、Bates 判決等より専門職のサーヴィス広告領域における営利的言論法理を以下のように一般的に整理した。(1)合法活動に関する真実の広告は修正一条の保護をうけるが、広告の特定の内容又は方法が広告の本質的な誤導性を示すとき、又は事実広告が濫用されたとき、州は適切な規制を課しえ、誤導広告は完全に禁止されうる。しかし例えば業務領域の列举等のある種の潜在的に誤導的な情報、詐欺的でない方法でも伝達されうるならば、州はそれを絶対的に禁止しえず、否認や説明を要請しえる。そのような広告の規制は詐欺の防止にとり合理的に必要な以上に広汎であってはならない。(2)広告がたとい誤導的でない時でも、州はそれを規制しうるが、州は実質的利益を主張せねばならない、(3)州は規制が実質的利益を促進する限りにおいてのみ規制をなしうる。(4)言論の制約は規制が仕える利益と比例しなければならぬ。

以上のように法廷意見は本件での Central Hudson 判決の四段階分析適用を明らかにし、まず上诉人が業務領域を示す為に許されている用語を逸脱する用語を用いたことについて、そこで用いられた用語は殆ど誤導的ではありえず、詐欺の明白な危険性が存在しなかったし、州は実質的規制利益を示していないので、この部分の規制は上诉人の広告に適用された限りにおいて無効であると判示した。

次に弁護士が開業を許されている管轄区の明示の禁止についても、州は実質的利益を立証せず、又そのような情報は事実的であり、高度に適切な情報であるとした。

最後に規則で定められた者以外に事務所開設を知らせるカードを送付することの禁止につき、法廷意見は、郵送は新聞よりも監督が困難ではあるが、監督できないことが当該禁止の理由であるとの示唆は存在しなかった。たとい監

督の困難さが規制理由であるとしても、例えば綱紀委員会への郵送物のコピーの送付等、より規制的でない方法で合理的な監督が行なえると判示した。

そして上訴人の言論が誤導であった、あるいは本質的に誤導的であるとの認定は存在せず、絶対的禁止以外の規制では詐欺の防止に不十分であるともいえないので、三つの規制はいずれも支持されないと判示したのであった。

R. M. J. 判決は、Bates 判決をうけて改訂された州弁護士会の広告規制の適否について審査し、弁護士等の専門職のサービス広告での営利的言論法理を一般的に明らかにした点において意味をもつ。⁽¹⁴⁾そして Central Hudson の四段階分析を適用して、あっさり全員一致で違憲判断を下した「簡単なケース」であったといえる。⁽¹⁵⁾しかしその判示はあくまで判決中の事実に限定されており、法廷意見が整理した弁護士広告領域での営利的言論法理も一般的なものであり、依然不明確な部分をもっていたといえる。⁽¹⁶⁾本判決で注目すべき点は、本判決を前年の Metromedia 判決と比較するとき明らかとなる、Central Hudson の四段階分析の厳格な適用である。法廷意見は繰り返して州の実質的規制利益が立証されなかったことを指摘し、又他のより規制的でない利益達成手段が存在する可能性を強調して本件規制を支持しなかった。しかし本判決と Metromedia の Central Hudson テストの追従的適用との相違がどこから導かれているのかは不明である。

本件で争われた規制は、内容規制と時・場所・方法規制の両側面を有するものであったが、法廷意見が一律に内容規制の審査基準たる Central Hudson テストを用いたことは、Central Hudson での基準が両態様の営利的言論規制に共通して適用されることを示唆するかもしれない。⁽¹⁷⁾

III. Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 U. S. 60 (1983)

営利的言論をめぐる判例法理の展開

連邦法は受取人の依頼なしに自発的に避妊具広告を郵送することを禁止していた。避妊具の製造・販売業者たる被上訴人は、①自社製品の販売を促進する広告、②性病予防を促進する広告、③被上訴人の製品の、及び一般的な避妊具の有用性と望ましさを説く情報提供広告を、受領者の依頼なく自発的かつ大規模に郵送しようとしたところ、郵政公社より当該内容の広告郵送が上記連邦法に違反する旨の通知をうけた。そこで被上訴人は修正一条違反を理由に連邦法の違憲宣言及び執行差止を求めて提訴した⁽¹⁸⁾。

八対〇⁽¹⁹⁾で原審の判断を支持し、当該連邦法が上訴人の広告に適用された限りにおいて修正一条に違反する旨判断した、Marshall 裁判官による法廷意見は、まず問題となる郵送品の性格について、その殆どは「単に営利取引を申し出るにすぎない言論」という営利的言論の中心概念に該当するが、情報提供的パンフレットについて、それが広告であることも、その特定の製品への言及も、また被上訴人の経済的動機も、それ自体としてはパンフレットを営利的言論とするのではないが、これらの全ての性格の結合はこのパンフレットを営利的言論として性格づけるとのべて、情報提供的パンフレットが性病や家族計画といった重要な公的問題についての議論を含むにも関わらず、営利的言論であるとした。

法廷意見は本件が営利的言論規制であるとし、Central Hudson の四段階分析を以下のように適用した。

(1) 郵送品が虚偽、誤導的であるとか、違法活動に係しているという主張はなされていない。さらに避妊具の広告は営利情報の自由な流通において「実質的な個人的、社会的利益」⁽²⁰⁾を持つのみならず、不当な州の干渉から保護される活動に関わるので、この営利的言論は修正一条で保護される。

(2) 政府の規制利益として、①不快な (offensive) 郵送物からの受領者の保護、②家族計画という重要かつ繊細な

問題に子供が接する方法を両親が支配する努力への助成、が主張される。このうち①の利益は実質的とはいえない。保護された言論が不快であるという事実はその抑圧を正当化しないし、政府が強調する不快な郵送物の家庭への郵送という点は、その受領者が郵便受からゴミ箱に郵送物を捨てることで対処しうるからである。②の利益は実質的である。両親は疑いもなく子供の養育において重要な指導的役割を有するからである。

(3) 実質的な②の利益を達成する手段として当該連邦法は、政府利益を最も限定的にしか促進せず審査に耐えない。両親は郵送物が郵便受に入った時から既にその処分について実質的支配力を行使しているし、連邦法の下で一定の郵便物のそれ以上の郵送を拒否する権利を持ち、郵便受に入る情報の支配も行なっている。さらに両親は既に子供に対する外部からの様々な刺激に対処しているので、本件規制は当該法律によってしか子供を本件のような郵送物から保護しえず、しかも子供が様々な刺激にさらされていない両親のみを援助するにすぎない。

(4) 本件規制は必要以上に広汎である。本件規制は大人にとって全く適切な情報の自発的郵送をも禁止している。子供の保護の為に大人向けの放送の規制は許されるが、それは放送の持つ広汎に伝わり、子供の眼にふれやすいという独自の性格故であって、本件郵送物の受領は家庭への侵入性が少なく、又支配可能性が高い。さらに本件規制は、家族計画について子供と議論し、見識の広い決定を行なう両親の能力に関係する真実の情報を否定するという基本的な欠陥を持つ。

法廷意見はこのような分析を行なって、当該連邦法の上訴人の広告への適用が違憲であると判示した⁽²¹⁾。

本判決は Central Hudson の四段階分析を厳格に適用して、避妊具広告の自発的郵送を禁じる連邦法の適用に違憲判断を下したわけであるが、本判決で最高裁は営利的言論の定義について明らかにする機会を持ったにも関わらず、

それを利用しなかったといえる⁽²²⁾。被上訴人の用いた三番目の広告である情報提供的パンフレットについて、最高裁は他の二つのパンフレットとの区別に焦点をあてることによって、営利的言論の定義を明らかにする機会を持った。しかし最高裁は、情報提供的パンフレットもその性格を全体としてみれば営利的言論とされると判断したにとどまった。営利的言論の定義の問題は決定的に重要である。何故なら、明確な定義の不存在は、保護される言論が不必要に営利的言論とされることで、保護の程度が低められる危険性を持ち、その結果修正一条全体の保護力が希薄化することになるからである⁽²³⁾。また規制される側にとってみれば、有効な定義の不存在によって、自己の言論が営利的言論とされるのかを前もって予見することが不可能となり、重大な萎縮効果の問題が生じるからである。Central Hudson 判決での「話者とその聴き手の経済的利益のみに関係する」言論という定義は、消費者運動や労組の指導者の保護され⁽²⁴⁾た言論に拡張される危険があり、又 Virginia Pharmacy 判決での「単に営利取引を申し出るにすぎない」言論⁽²⁵⁾という定義も、どんな営利的言論も何らかの非営利的な社会、政治的意味を伝えるとする立場からは不適切であるとされる⁽²⁶⁾。最高裁が「常識的差異」の存在を認め、営利的言論に対する保護を限定する姿勢をとり続けるのであれば、定義問題に答えなければならないといえよう。

IV. Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, 85 L. Ed. 2d 652 (1985)

上訴人たる弁護士は、IUD (子宮内避妊具) 使用で被害をうけた女性の訴訟代理を申し出る新聞広告を行なった。その広告中には以下の情報が含まれていた。①製造元に対する訴訟提起が手遅れでないこと、②IUDのイラスト、③訴訟引受は成功報酬ベースで行なわれ、権利回復がなければ依頼人は弁護士料 (fees) 支払責任を負わないこと。そしてこの上訴人の広告の①について、助言をもとめていない者に自己への依頼をすすめることを禁じる規則、及び非

法律家に自発的助言を与えた弁護士に対しその助言から生じる依頼引受を禁じる規則に、②については、広告中のイラスト使用を規制する規則に、③については、法廷費用 (costs) の控除が、成功報酬率の中に算定されているかどうかの明示を求める規則に違反する、との認定が被上訴人によりなされ、上訴人は懲戒手続きにかけられた。これに対して上訴人は上記懲戒規則の適用の修正一条違反を申し立てた。⁽²⁷⁾

最高裁は五対三で上記広告の①に関する規則に、八対〇で②に関する懲戒規則に、各々適用違憲の判断を下し、③に関する規則は六対二で支持した。⁽²⁸⁾ 法廷意見をのべた White 裁判官は、本件での規制形態を次の三つに分け、各々に Central Hudson 判決の四段階分析を適用するとのべた。

(1) 特定の法的問題に関する助言及び情報を含む広告による法的ビジネス勧誘の禁止——広告中の助言は虚偽、詐欺ではなく、被害者に訴訟が手遅れでないことを知らせる、全く適切なものであった。従って、本規則が実質的政府利益を直接に達成することの立証責任を州は負う。印刷広告は直接勧誘と異なり、行き過ぎやプライバシー侵害の危険性も少ないので、Ohralik 判決で直接勧誘を支持した実質的利益は本件では存在しない。又訴訟ひきおこしを防止する利益は実質的ではない。州は弁護士の広告では詐欺、誤導広告と真実広告の区別が困難であり、取り締りの困難さ故に予防ルールが妥当する旨主張するが、他の製品、サービス広告においても真実と虚偽の区別は困難であって、弁護士広告でとりわけその区別が困難であるとはいえないから、本件規制は実質的政府利益達成に必要であることが立証されていない。

(2) 広告中でのイラスト使用規制——本件広告中のイラストは IUD の適切な描写であり、誤導的なものではないので、規制正当化の実質的利益を示し、規制が最も侵害性の少ない選択手段であったことの立証責任を州は負う。公

衆とのコミュニケーションにおける弁護士の商品位の確保が実質的利益といえるかは不確かである。州は、イラストが潜在意識に作用して効果を生むので弁護士によるイラスト使用は誤導の危険性があり、特定のイラストの誤導性立証は困難で、取り締りの困難さ故に予防ルールが適切であると主張する。しかしイラストの誤導的使用が全面禁止以外の方法では取り締れないという立証は存在せず、イラスト使用と結合した特定の害悪の存在も立証されていない。さらに広告中の視覚メディアの詐欺的使用を取り締ることが本質的に負担の大きなものともいえず、事例毎の取り締りの可能性が存在する。

(3) 成功報酬の文言に関する明示の要請——明示要請は言論の完全な禁止と異なり、自己のサービス提供条件についての事実的情報を含めるよう求めるだけである。修正一条による営利的言論の保護は、主として営利情報のもつ消費者にとっての価値故に正当化されるので、広告中に特定の事実情報を含めないことにおける弁護士の修正一条上の利益は取るに足りない。明示要請が正当化されない、又は過度に負担となる場合は保護される言論を萎縮させ許されないが、もし明示要請が消費者への詐欺防止利益に合理的に関連するならば広告主の利益は適切に保護される。本件広告は弁護士料金 (fees) と法廷費用 (costs) の区別に何ら言及せず、この用語の差異に気づかない消費者は敗訴しても訴訟代理が無料になると考えるだろうから本件では詐欺の可能性が存在した。従って、法廷費用責任を明示しない広告が詐欺的であるとの州の主張は、本件明示要請を支持するのに十分な合理性をもつといえる。⁽²⁹⁾

本判決は営利的言論領域において専門職広告が異なる取扱いをうけることを示唆した Virginia Pharmacy 判決の伝統的立場にも関わらず、規制利益としての訴訟ひきおこしの防止の実質性を否定し、又弁護士広告における品位の確保という利益も疑わしいものであることで、今後この領域にも他の営利的言論と同様、実質的利益としては

主として誤導や詐欺の防止だけが認められることになる可能性を示唆する⁽³⁰⁾。さらに本判決は脚注14⁽³¹⁾において、弁護士広告で詐欺、誤導を避ける為の付加的な情報の明示要請を、*Central Hudson* の四段階分析で要請される全面禁止に対する「より規制的でない他の選択手段」として位置づけ、その許容可能性を規制目的との合理的関連性のテストで判断することを明らかにした。明示要請は情報流通を禁止せずに適切な情報を消費者に伝えうるという側面を持つが、明示要請が過度の、場合によっては主たるメッセージ以上の情報の明示を求める場合に主たるメッセージをくもらせる危険があり⁽³²⁾、⁽³³⁾ 法廷意見がこの危険を認識しているかは疑問である。また明示要請が過度に負担となってはならないという要件は、どの程度の要請が過度に負担となるのかのガイドラインを示していない。さらに *Central Hudson* テストは全ての営利的言論規制に対して等しく適用される基準であるはずであり、最高裁の明示要請についての緩やかな合理的関連性テストによる判断基準は、この点での不整合性が問題とされよう⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾。

(1) 州地裁は上訴人の主張を容れ、条例の執行を禁じる判決を出し、州控訴裁判所はそれを支持した。しかし州最高裁は控訴審判決を破棄した。26 Cal. 3d 848, 610 P. 2d 407 (1980).

(2) *White* 裁判官の相対多数意見 (Stewart, Marshall, Powell 各裁判官同調) の結論に *Brennan* 裁判官 (*Blackmun* 裁判官同調) が同意した。

(3) 453 U. S. 490, 508 (*White*, J., plurality opinion).

(4) *Id.* at 511.

(5) *Id.* at 512.

(6) *Id.*

(7) *Brennan* 裁判官の結果同意意見 (*Blackmun* 裁判官同調) は、条例が広告掲示板のメッセージを完全に禁止する効果を持つこと、市は全てのコミュニケーションメディアの禁止により達成される十分に実質的な利益を立証していないとのべた。

453 U. S. 490, 521-40 (Brennan, J., concurring in judgement).

Stevens 裁判官の一部反対意見は、非営利的言論が禁止されえないとした相対多数意見を批判した。453 U. S. 490, 540-55 (Stevens, J., dissenting in part).

Burger 首席裁判官の反対意見は、不快なメディアを規制する市の広汎な権限の存在を主張し、市は話者に他のより不快でないメディアの使用を求めるべきとした。453 U. S. 490, 555-69 (Burger, C. J., dissenting).

Rehnquist 裁判官の反対意見は実質的に Burger 首席裁判官と Stevens 裁判官の意見に同調した。453 U. S. 490, 569-70 (Rehnquist, J., dissenting).

(8) 危険な場所や景勝地での営利広告掲示板のみを規制するものが、他のより規制的でない選択手段として存在しえたかもしれない。The Supreme Court, 1980 Term, 95 HARV. L. REV. 91, 219-20 & n. 49 (1981).

(9) 453 U. S. 490, 511.

(10) The Supreme Court, *supra* note (8), at 219; Comment, *Metromedia, Inc. v. City of San Diego: A Bifurcated Approach to Billboard Regulation and the First Amendment*, 3 CARDOZO L. REV. 327, 338-40 (1982).

(11) Comment, *supra* note (10), at 339; Case Comment, *Standard of Review for Regulations of Commercial Speech: Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 66 MINN. L. REV. 903, 910-11 (1982); Note, *Metromedia, Inc. v. City of San Diego: The Conflict Between Aesthetic Zoning and Commercial Speech Protection*; *Hawaii's Billboard Law under Fire*, 5 U. HAWAII L. REV. 79, 94 (1983).

(12) Comment, *supra* note (10), at 339, *See also* Case Comment, *supra* note (11), at 912-14 (この註文は、この論文の結論に反対するものではない)。

(13) 609 S. W. 2d 411 (1981).

(14) Comment, *In re R. M. J.: The Scope of Lawyer Advertising Expands*, 1983 UTAH L. REV. 99, 100.

(15) Stoltenberg & Whitham, *Direct Mail Advertising by Lawyers*, 45 U. PITT. L. REV. 381, 399 (1984).

(16) 50 TENN. L. REV. 175, 193 (1982).

(17) *Id.* at 189-91, *See also* Note, *Constitutional Protection of Commercial Speech*, 82 COLUM. L. REV. 720, 729

(1982)；市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(一)」、『法経論叢』第四卷一号二七頁)参照。

But cf., Note, *Time, Place or Manner Restrictions on Commercial Speech*, 52 GEO. WASH. L. REV. 127 (1983)

- (18) 連邦地裁は当該連邦法に違憲判断を下した。526 F. Supp. 823 (D. D. C. 1981)。これに対して連邦政府が跳躍上訴を行なった。

- (19) Brennan 裁判官不参加。

- (20) 463 U. S. 60, 69.

- (21) Rehnquist 裁判官の結果同意意見 (O'Connor 裁判官同調) は、二つの政府利益は共に実質的であるがそれが直接的に規制によって達成されるか、又規制が必要以上に広汎でないかは疑問であるとのべた。463 U. S. 60, 76-84 (Rehnquist, J., concurring in judgement).

- (22) Note, *Constitutional Law—First Amendment—Protection of Commercial Speech—Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 32 U. KAN. L. REV. 679, 695 (1984).

- (23) *The Supreme Court, 1979 Term*, 94 HARV. L. REV. 75, 167 (1980)；*See also*, Note, *First Amendment Protection for Commercial Advertising: The New Constitutional Doctrine* 44 U. CHI. L. REV. 205 (1976).

- (24) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U. S. 557, 561 (1980).

- (25) *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748, 762 (1976) (quoting *Pittsburgh Press Co. v. Comm'n on Human Relations*, 413 U. S. 376, 385 (1973)).

- (26) *The Supreme Court, supra* note (23), at 165-67.

- (27) 被上訴人たる州最高裁綱紀委員会から規則違反の申し立てを受けた懲戒委員会は上訴人の懲戒規則違反を認定した。州最高裁その認定を支持した。10 Ohio St. 3d 44, 461 N. E. 2d 883 (1984).

- (28) Powell 裁判官不参加。

- (29) Brennan 裁判官の一部同意一部反対意見 (Marshall 裁判官同調) は、法廷意見の判示(3)について反対した。彼は本件明示要請が何の明示を要請したのかは明らかでなく、本件明示要請は *due process* 条項と修正一条に違反すると主張した。85 L. Ed. 2d 652, 675-86 (Brennan, J., concurring in part, dissenting in part).

O'Connor 裁判官の一部同意一部反対意見 (Burger 首席裁判官 'Rehnquist 裁判官同調) は、法廷意見の判示(1)に反対し、弁護士は専門職であるからより広汎な規制に服しえ、法的助言は詐欺の高度の可能性をもつので、詐欺防止という実質的利益による予防ルールが許されると主張した。85 L. Ed. 2d 652, 686-91 (O'Connor, J., concurring in part, dissenting in part).

- (36) See also, *The Supreme Court, Leading Cases*, 99 HARV. L. REV. 120, 193-202 (1985); Case Comment, *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel: Refining the Regulation of Attorney Advertising*, 88 W. VA. L. REV. 265, 280 (1985).

- (31) 85 L. Ed. 2d 652, 673 n. 14.

- (32) Canby, *Commercial Speech of Lawyers: The Court's Unsteady Course*, 46 BROOKLYN L. REV. 401, 410 (1980).

- (33) *The Supreme Court, Leading Cases*, *supra* note (30), at 200-01.

- (34) Rosenberg, *Texas Disciplinary Rule 2-101 (c): The Fine Art of Disinformation*, 22 HOUS. L. REV. 909, at 913-16 (1985), See also Note, *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court of Ohio: States' Rights v. the First Amendment*, 46 LA. L. REV. 923, 933, 936 (1986); Case Comment, *supra* note (30), at 281.

- (35) さらに本判決が、イラスト等の視覚メディアを用いた弁護士広告が取り締り可能であるから広告中でのイラスト使用を禁止できないところから、電波放送メディアでの弁護士広告に道を開くものではないと主張する。See e. g., *The Supreme Court, Leading Cases*, *supra* note (30), at 199-200. なお電波放送メディアと営利的言論の区別。See e. g., Comment, *The New Commercial Speech Doctrine and Broadcast Advertising*, 14 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 385 (1979).

また弁護士広告の修正の条については、See e. g., Canby, *supra* note (32); Brosnahan & Andrews, *Regulation of Lawyer Advertising: In the Public Interest?*, 46 BROOKLYN L. REV. 423 (1980); Andrews, *Lawyer Advertising and the First Amendment*, 1981 AM. B. FOUND. RESEARCH J. 967; Hazard, Pearce & Stempel, *Why Lawyers Should Be Allowed to Advertise: A Market Analysis of Legal Services*, 58 N. Y. U. L. REV. 1084 (1983); McChesney, *Commercial Speech in the Professions: The Supreme Court's Unanswered Questions and Questionable Answers*, 134 U. PA. L. REV. 45 (1985).

第二節 営利的言論法理の現在

営利的言論を扱った最も最近の判決は、一九八六年の *Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company of Puerto Rico*, 92 L. Ed. 2d 266 (1986) である。そして本判決において最高裁は、立法部の判断への驚くべき追従を見せ、営利的言論への保護をきわめて限定する判示を行なった。

Puerto Rico は許可を受けた賭博場でのカジノ賭博を公認していたが、同時に法律により、賭博場が「広告又は他の方法」でその施設を *Puerto Rico* 公衆に提供すること⁽¹⁾を禁止していた。さらにこの法律の執行権限を持つ被上訴人は、法律の実施規則において *Puerto Rico* 公衆に対するカジノ賭博広告を禁じた。この広告規制に違反したとして被上訴人より罰金を課された上訴人たる賭博場は、当該法律及びその実施規則が文面上ないし上訴人に適用された限りにおいて修正一条に違反する旨の宣言判決を求めて提訴した。

第一審裁判所は広告規制が上訴人に対し違憲的に適用されたとしたが、本件規制の限定解釈を行なって文面上違憲の主張を退けた。それによって本件規制は、住民をカジノに引き寄せる為の地元広告メディアを用いたカジノ広告のみを禁止し、観光客に向けたカジノ広告は付随的に住民の眼に入ることがあっても許容されることを明らかにした。⁽²⁾

五対四で本件規制が文面上修正一条に違反しない旨判示した原審判断を支持した、*Rehnquist* 裁判官による法廷意見は、本件が純粹な営利的言論の規制であるとして *Central Hudson* の四段階分析の適用を宣言し、このテストの各部分が満足されたとした。

- (1) 本件の住民に向けたカジノ広告は合法活動に関わり、誤導、詐欺的ではない。
- (2) 本件の規制利益は第一審の認定によれば住民によるカジノ賭博需要の縮減である。地元住民による過度のカジ

ノ賭博は、道徳・文化様式の崩壊、地元犯罪の増加、組織犯罪の浸透等の住民の健康、安全、福祉にとって重大な害悪を生じると立法部は信じており、住民の健康、安全、福祉上の立法部の利益は実質的である。

(3) 立法部は住民に向けたカジノ広告がカジノ賭博の需要を高めると明らかに信じた。この立法部の確信は合理的である。上訴人は住民に向けた競馬、闘鶏、宝くじ等伝統的な他の賭博広告が許容されているので、本件規制は狭きに失する (underinclusive) と主張するが、①他の賭博が広告されるや否やを問わず、本件規制は政府利益を直接に促進するし、また、②立法部の関心は全ての賭博ゲームの需要縮減にあつたのではなく、カジノ賭博需要の縮減にあった。カジノ賭博と結びついた危険の方が他の伝統的賭博と結びつく危険よりも住民にとっては重大だと立法部は感じたのであるから、第三段階も満足される。

(4) 第一審裁判所による限定解釈は、本件規制が観光客に向けたカジノ広告に拡大適用されないことを確保している。上訴人は賭博を促進する営利的言論の抑圧によらずに、賭博を抑制する言論を普及することで利益が達成しうると主張するが、そのような対抗言論政策が、広告規制と同程度に利益促進に効果を有するかの決定は立法部にまかされていゝる。立法部は、住民が既にカジノ賭博の危険を知覚しているが、それでもなお広告によってカジノ賭博に引き込まれると「結論しえた」⁽³⁾。

上訴人はさらに、本件規制が避妊具広告の禁止を無効とした *Carey v. Population Service Int'l*, 431 U. S. 678 (1977) 及び中絶クリニック広告にもとづく刑事有罪判決を破棄した *Bigelow* 判決の下で支持されず、また住民によるカジノ賭博は合法とされているから、広告規制は行ないえないと主張した。これに対して法廷意見は *Carey*, *Bigelow* 判決では広告の基礎となる (underlying) 行為が憲法上保護されていたのに対し、本件で立法部は住民によるカジノ

賭博を完全に禁止しえた。カジノ賭博を完全に禁止するより大きな権限は、カジノ賭博広告を禁止するより小さな権限を含む、とのべていずれの主張も拒んだ⁽⁴⁾。

本判決は「根本的に Central Hudson と対立するか、又は Posades 自体が冗談で、殆ど意味を持たないかのいずれか⁽⁵⁾」であった。法廷意見は表面上 Central Hudson の四段階分析を適用しつつも、その実 Metromedia 判決での判示を数多く引用して立法部の判断に極めて追従的な審査を行ない、立法部の立証が存在しないところでは Metromedia 判決同様、自己の判断を補った。とりわけ第四段階の他により規制的手段が存在しないことという要請に対して、本判決は、何ら立法部に立証を求めることなく、その決定は立法部にまかされているとして完全に立法部の判断に追従しているといえる⁽⁶⁾。

法廷意見は、本件では広告の基礎となる行為（住民による賭博）が憲法上保護されていないとのべるが、果たして立法部は非住民にカジノ賭博を許し住民にはそれを禁じえるかは、平等保護の見地からみて疑問である⁽⁷⁾。さらに、もし本判決が、政府は製品、サービス自体を違法とする権限を有するとき、それらの製品、サービス広告を全て禁止しえることを示唆するとすれば、それは明らかに Central Hudson 判決の否定となるだろう⁽⁸⁾。

この追従的な四段階分析の適用の理論的根拠は一体何であろうか。法廷意見はそれを説明していない。たとえば法律が既に住民によるカジノ賭博を禁じており、住民によるカジノ賭博は違法であるとの認識が法廷意見にあったからだ⁽⁹⁾と仮定しても、法廷意見はその認識を明示せず、さらに住民のカジノ賭博の合法性を示唆すらしていることと矛盾することになる。あるいは法廷意見は、本件と Carey, Bigelow との相違の強調によって、合法活動に関する営利的言論をさらに広告の基礎となる行為が憲法上保護されているものとそれ以外のものに分け、前者に対する Central

Hudson テストの厳格な適用と後者への追従的適用を示唆するのだろうか。もしそうであれば、何が憲法上保護される活動か、という困難な問題に直面することになる。いずれにせよ、本判決は営利的言論への Central Hudson の四段階分析適用が持つ問題点を端的に示すものであるといえよう。⁽¹¹⁾

- (1) The Games of Chance Act of 1948 § 8. (codified at P. R. Laws Ann. Tit. 15 § 77 (1972)).
- (2) Puerto Rico 最高裁は実質的憲法問題を欠くとして上訴を却下した。
- (3) 92 L. Ed. 2d 266, 282.
- (4) Brennan 裁判官の反対意見 (Marshall, Blackmun 裁判官同調) は、受け手が提供された情報にもとづいて行動することを恐れて、合法活動に関する真実の営利的言論を市民から奪うことで政府が私人の活動を巧みに操作しようとするところでは、営利的言論規制は厳格審査に服するとのべ、本件での厳格審査の適用を主張した。さらに彼は Central Hudson の基準の下でも本件規制は支持されないと批判した。92 L. Ed. 2d 266, 285-92 (Brennan, J., dissenting).
- Stevens 裁判官の反対意見 (Marshall, Blackmun 裁判官同調) は、本件規制が広告の公表者、受け手、広告中で用いられる文言にもとづき違憲な差別を行なっていると批判した。92 L. Ed. 2d 266, 292-95 (Stevens, J., dissenting).
- (5) Rotunda, *The Constitutional Future of the Bill of Rights: A Closer Look at Commercial Speech and State Aid to Religiously Affiliated Schools*, 65 N. C. L. REV. 917, 923 (1987)
- (6) Kurland, *Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*: “*Twas Strange*, *Twas Passing Strange*; *Twas Pitiful*, *Twas Wondrous Pitiful*,” 1986 SUP. CT. REV. 1, 7-8.
- (7) *Id.* at, 10; Rotunda, *supra* note (5), at 925 & n. 46.
- (8) Rotunda, *supra* note (5), at 925, *See also*, Kurland, *supra* note (6), at 12-15.
- (9) 本件法律は「広告又は他の方法でその施設を Puerto Rico 公衆に提供すること」(傍点筆者)を禁止していた。
- (10) 立法部は住民によるカジノ賭博を「完全に禁止した」(92 L. Ed. 2d 266, 284) (傍点筆者) という文言は、逆に住民によるカジノ賭博の合法性を示唆する。

(11) See, *The Supreme Court, Leading Cases*, 100 HARV. L. REV. 100, 172-82 (1986); Geller, *First Amendment Scorecard*, 73 A. B. A. J. 41, 45 (1987) やらじタバコ・アルコール飲料広告規制への本判決の適用が問題となるなど。 *The Supreme Court, Leading Cases*, at 181; Rotunda, *supra* note (5), at 927-28; Note, *Constitutional Realism: Legislative Bans on Tobacco Advertisements and the First Amendment*, 1986 U. ILL. L. REV. 1193, 1201. タバコ・アルコール飲料広告規則と営利的言論について。 See e. g., Wuliger, *The Constitutional Rights of Puffery: Commercial Speech and the Cigarette Broadcast Advertising Ban*, 36 FED. COM. L. J. 1 (1984); Welkowitz, *Smoke in the Air: Commercial Speech and Broadcasting*, 7 CARDZO L. REV. 47 (1985); Note, *The First Amendment and Legislative Bans of Liquor and Cigarette Advertisements*, 85 COLUM. L. REV. 632 (1985).

むすびにかえて

第一章において概観した、営利的言論が経済活動の一部であり修正一条による保護をうけない、という営利的言論法理は、第二章でみたように最高裁による表現の自由の現代的変容の認識によって、営利情報の持つ受け手と社会にとっての価値故に修正一条の保護を営利的言論に与える法理にとってかわられた。しかし営利的言論と伝統的に修正一条の保護が与えられる他の言論との間に存在する「常識的差異」の故に営利的言論には修正一条の限定的な保護しか与えられない。そしてこの保護の限定性を示すのが、*Central Hudson* 判決において定式化された中間審査たる四段階分析である。

しかしこの四段階分析は、最後の分析において営利的言論規制が実質的政府利益の最も規制的でない達成手段であることを求め、この基準の厳格な適用によって裁判所は営利的言論規制の合憲性を厳格に審査しえる⁽¹⁾。だが実際には

第三章でみたように、最高裁はある時にはこの基準を厳格に適用し、⁽²⁾又別の時には立法部の判断に極めて追従的な基準の適用を行なっている。⁽³⁾果たしてそこで裁判所は原理的区別を行なっているのであろうか。もし基準が厳格であっても、その実際の適用が追従的であれば、基準そのものの厳格性は一体どういう意味を持つのだろうか。⁽⁴⁾

またそもそも Central Hudson の基準は営利的言論の持つ「常識的差異」から導かれるものであるとされる。しかし営利的言論と非営利的言論の間にあるとされるその「常識的差異」は、果たして営利的言論への限定的保護を正当化しうるといえるのであろうか。⁽⁵⁾さらに営利的言論の明確な定義が存在しないことを考えあわせれば、最高裁は極めて ad hoc に、その場その場で営利的言論の決定を行ない、規制に対して Central Hudson テストの原理的ではない適用を行なっていく危険がありはしないだろうか。⁽⁷⁾それは修正一条の保護全体の希薄化を招くのではないだろうか。最高裁がこれらの問題にどう答えるのかをみる為に今後の判例の展開に注目し続ける必要があるだろう。

修正一条による営利的言論の保護に関して、修正一条に横たわる価値と営利的言論との関係が問われるが、この問題について学説は多岐にわたっている。修正一条の価値は Emerson によれば、⁽⁸⁾①個人の自己実現②真理への到達③政策決定への参加④自治⑤安定と変化との間の均衡であり、このうち個人の自己実現と政策決定への参加⑥自治の価値は近代憲法原理と密接に関わるが、他の二つはそれを支える信条ないし仮説であるとされる。⁽⁹⁾そしてこの自治及び自己実現の価値と営利的言論との関係が問われる。

ある論者によれば伝統的な修正一条理論の下では通常の営利的言論は自己実現にも代表民主制下の政策決定にも寄与しないとされ、営利的言論は修正一条の保護をうけない経済活動であるとされる。⁽¹⁰⁾また別の論者は修正一条を政治的言論の保護に限定しており、その立場からは営利的言論の保護は否定されるだろう。⁽¹¹⁾しかしこれらの議論は営利的

言論の性格と修正一条の価値をあまりに限定して捉えているという批判が可能であるし、⁽¹²⁾ 営利的言論法理の転換点となった *Virginia Pharmacy* 判決は自治との関連性を示唆している。⁽¹³⁾ また自治との関連性は薄い⁽¹⁴⁾ が、営利的言論は自己実現の価値と結びつくという議論も存在する。

修正一条による営利的言論の保護の是非、及びその保護程度についての見解は、結局のところ論者が修正一条の価値をどう捉えるか、また営利的言論がそれらの価値とどう結びつくと判断するかによって分かれるようである。しかし修正一条に横たわる価値をどう捉えるにせよ、情報化社会といわれる現代社会において表現の自由の機能が変化していることは認めねばならず、さらに営利的言論が判例上修正一条による保護をうけるようになった背景として、表現の自由の現代的变化を認識し、受け手中心に表現の自由を捉えていくとする最高裁の姿勢が存在する。⁽¹⁵⁾ 憲法は情報の自由な流通を保障するのであって、たとい営利的言論が修正一条の価値を直接に促進しないとしても、その修正一条の保護を否定することは、もはや不可能といえるだろう。⁽¹⁶⁾

(1) Note, *Restrictions on Electric Utility Advertising*, 78 MICH. L. REV. 433, 445 (1980); Note, *Legislative Choice and Commercial Speech: Central Hudson Gas & Electric Corp.*, 1981 UTAH L. REV. 831, 839-40; Brandt, *Freedom of Speech*, 1981 ANN. SURV. AM. L. 31, 37; Note, *Constitutional Protection of Commercial Speech*, 82 COLUM. L. REV. 720, 729 (1982).

(2) See, *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U. S. 557 (1980); *In re R. M. J.*, 455 U. S. 191 (1982); *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U. S. 60 (1983), See also *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*, 85 L. Ed. 2d 652 (1985).

(3) See, *Metromedia, Inc., v. City of San Diego*, 453 U. S. 490 (1981) (White, J., plurality opinion); *Posadas de Puerto Rico v. Tourism Co.*, 92 L. Ed. 2d 266 (1986).

- (4) G. GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW (11th ed.) (1985), at 1145 n. 1.
- (5) *The Supreme Court, 1975 Term*, 90 HARV. L. REV. 56, 149-51; *The Supreme Court, 1979 Term*, 94 HARV. L. REV. 75, 167-68 (1980).
- (6) *The Supreme Court, 1979 Term*, *supra* note (5), at 166-67; Alderman, *Commercial Entities' Noncommercial Speech: A Contradiction in Terms*, 1982 UTAH L. REV. 731, 742; Handler, *First Amendment II*, 1984 ANN. SURV. AM. L. 291, 299; Simon, *Defining Commercial Speech: A Focus on Process Rather than Content*, 20 NEW. ENG. L. REV. 215, 216 (1984-85), *See also* Comment, *Commercial Speech: A Proposed Definition*, 27 HOW. L. J. 1015 (1984); DiLullo, *The Present Status of Commercial Speech: Looking for a Clear Definition*, 90 DICK. L. REV. 705 (1986); Barnes, *A Call for a Value-Based Test of Commercial Speech*, 63 WASH. U. L. Q. 649 (1985)
- (7) Note, *Constitutional Protection of Commercial Speech*, *supra* note (1), at 730.
- (8) Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L. J. 877, 879-86 (1963); Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CALIF. L. REV. 422, 423-28 (1980).
- (9) 佐藤幸治「表現の自由」(芦部信喜編『憲法Ⅱ人権』)一九七八年、有斐閣)四五七頁、芦部信喜『現代人権論』(一九七四年、有斐閣)四〇六―七頁参照。
- (10) *See*, Jackson & Jeffries, *Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment*, 65 VA. L. REV. 1 (1979), *But cf.*, Shiffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*, 78 NW. U. L. REV. 1212 (1983).
- (11) *See*, Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1 (1971); BeVier, *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle*, 30 STAN. L. REV. 299 (1978).
- (12) *The Supreme Court, 1979 Term*, *supra* note (5), at 166-68.
- (13) *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U. S. 748, 765 (1976). *See also* Comment, *The Right to Receive and the Commercial Speech Doctrine: New Constitutional Considerations*, 63 GEO.

L. J. 775, 801-02 (1975).

- (14) See, Redish, *The First Amendment in the Market Place: Commercial Speech and the Values of Free Expression*, 39 GEO. WASH. L. REV. 429 (1971); Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982); 菅部信喜『演習憲法』(一九八二年、有斐閣)一二四頁以下。なお参照 Theory of Freedom, 62 IOWA L. REV. 1 (1976).

- (15) D. O'BRIEN, THE PUBLIC'S RIGHT TO KNOW (1981), at 102; Kushner, *Freedom to Hear: The First Amendment, Commercial Speech and Access to Information*, 28 WAYNE L. REV. 137, 137 (1981).

- (16) 本稿は営利的言論の判例法理の展開に重点をおいたために理論面での検討を十分に行なうことができなかった。この点についての検討は将来の課題としたい。さしあたり修正一条と営利的言論との理論的關係については脚注(10)と(15)の文献を参照されたい。