

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

(措置命令処分取消請求事件、令和3年(行ツ)第33号)
令和4年3月8日第三小法廷判決、上告棄却、集民
267号29頁、判タ1500号76頁、判時2537号5頁

沼本 祐太

【事案の概要】

不当景品類及び不当表示防止法（以下「景表法」、あるいは単に「法」という。）5条1号ないし3号は、事業者による特定の表示を不当表示として禁止しており、特に1号は、品質、規格その他の内容に関する不当表示（優良誤認表示）について規定している。同法の定める不当表示等がなされたときは、消費者庁長官（33条1項）が、「当該事業者に対し、その行為の差止め若しくはその行為が再び行われることを防止するために必要な事項又はこれらの実施に関連する公示その他必要な事項を命ずることができる」（7条1項柱書前段）。また、続けて、同法7条2項は、消費者庁長官が、「前項の規定による命令に関し、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。」とする、いわゆる不実証広告規制を定めている。

原告は、食料品の販売等を目的とする株式会社であり、全国紙に商品の広告を掲載した。当該広告には、「ボンヤリ・にごった感じに！！」、「1日1粒（目安）30日分に納得！！」、「60代でも衰え知らずが私の自慢！！ ようやく出会えたクリアでスッキリ！！」等の記載があった。

消費者庁長官は、原告に対し、景表法7条2項を根拠として、当該記載の裏付けとなる合理的根拠資料の提出を求めた。これに対して、原告は、消費者庁長官に対し、回答書及び資料を提出した。その後、消費者庁長官は、通知書により、原告に対し、措置命令を予定し、弁明書及び証拠の提出期限を定めた上で、弁明の機会を付与する旨を通知し、原告が弁明書を提出した。

こうした手続を執った上で、消費者庁長官は、原告に対し、本件記載による表示は景表法7条2項により優良誤認表示とみなされるとして、同条1項に基づいて、本件記載が違法なものであったこと等を一般消費者に周知徹底すること等を求める措置命令を発出した（措置命令平成29年3月9日（消表対第284号〔(株)だいにち堂〕））。

原告は、景表法7条2項に基づいて消費者庁長官が任意に合理的根拠資料の提出を求めることができるとすれば、規制が広範に過ぎて、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から、消費者庁長官が合理的根拠資料の提出を求めるためには、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を要し、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解すべきであり、本件資料提出要求は各要件を充足せずになされたものであって本件措置命令は違法である、そして、仮に本件において合理的根拠資料の提出が求められるとしても、原告が提出した本件資料は、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、と主張して、その取消しを求めた。

第1審（東京地判令和2年3月4日金判1651号19頁）は、原告の請求を棄却した。さらに、控訴審（東京高判令和2年10月28日金判1651号17頁）において、原告は以下①ないし③の主張を追加した。①「法7条2項によって、

具体的な効能・効果の訴求を伴わない表示に対してまで合理的根拠資料の提出を要求されると、予測可能性が担保されず、社会的に許容される範囲の誇張と認識していた表示が不意打ちで優良誤認表示と認定され、重大な不利益を受けることになる。これは、表現行為を過度に規制し、萎縮させるもので、表現の自由（憲法21条1項）を侵害するから、法7条2項を憲法に適合するように運用するためには、明文はないものの、当然の前提要件として、具体的な効能・効果を訴求する表示がされている場合に限られると解するべきであり、かかる限定的解釈をとらなければ、表現の自由及び営業の自由を侵害する憲法違反の規定となる」。②「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」。③「本件広告における表示は、一般消費者の印象又は認識を基準として、目の症状が改善されるという具体的な効能・効果をうたったものではない」。これも棄却されたので、原告が上告した。

【判決要旨】

「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、当該表示のとおり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。

そして、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おり品質等が当該商品等に備わっているものと期待するのが通常であって、実際にこれが備わっていなければ、その自主的かつ合理的な選択を阻害されるおそれがあるといえるから、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なるべきである。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といえることができる。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府の合理的裁量の範囲を超えるものといえることはできない。」

「したがって、法7条2項は、憲法21条1項、22条1項に違反するものではない。このことは、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和29年（あ）第2861号同36年2月15日大法廷判決・刑集15巻2号347頁〔あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法7条違反事件最高裁判決〕、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〔小売市場事件最高裁判決〕）の趣旨に徴して明らかである。」（〔〕内筆者補足）

【評釈】

I. 本判決の意義と分析の焦点

(1) 本判決の意義

本判決は、まず、一般に「不実証広告規制」と呼ばれる景表法7条2項の合憲性を、最高裁判所として初めて確認した点に意義を有すると言える¹⁾。

また、実務において、本条項の定める不実証広告規制の適用事案は相当数

存在しており²⁾、本判決はこうした実務を追認することになる³⁾。

加えて、本判決は、同様の立法技術を採用した、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2⁴⁾、東京都消費生活条例51条3項等についても影響を与えるものと考えられる⁵⁾。

(2) 分析の焦点

本判決については、次の諸点について分析を加えることが可能であろう。

1. 景表法における不実証広告規制は、エンフォースメント、つまり、「違反行為を事前に防止・抑止し、または、違反行為があった場合に法的対応をとるための仕組み」⁶⁾の一部として設けられたものであり、その法的効果に

1) 下級裁判所における合憲判決として、東京高判平成22年10月29日公正取引委員会ウェブサイト〔(株)オーシロによる審決取消請求事件判決〕、東京地判平成28年11月10日判タ1443号122頁〔(株)翠光トップライン及び(株)ジェイトップラインによる措置命令取消等請求事件判決〕を参照。

便宜上、ここで本判決の評釈を列挙しておく。井上嘉仁「判批」法セ増(新・判例解説Watch)31号(2022年)35頁以下、谷本誠司「判批」銀法892号(2022年)66頁(銀法896号(2023年)129頁に再掲)、西上治「判批」民商159巻1号(2023年)172頁以下、楡垣宏太「判批」広島法学46巻3号(2023年)17頁以下、向田直範「判批」公正取引863号(2022年)26頁以下、若色敦子「判批」熊本法学155号(2022年)51頁以下。また、解説として、匿名記事・判タ1500号(2022年)76頁以下(以下、引用にあたって「判タ匿名記事」と記載する。)、匿名記事・金判1651号(2022年)8頁以下(以下、引用にあたって「金判匿名記事」と記載する。))がある。

2) 大元慎二編著『景品表示法〔第5版〕』(商事法務、2017年)79頁、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——課徴金制度の解説』(商事法務、2015年)50頁及び166頁掲載の資料2-1(「景品表示法における不当表示規制の対象及び不当表示に対する措置命令事件の状況(平成26年10月時点)」)を参照。

3) 西上・前掲註(1)174-175頁を参照。

4) 後藤巻則ほか『条解 消費者三法〔第2版〕』(弘文堂、2021年)423頁〔齋藤雅弘〕を参照。

5) 判タ匿名記事・前掲註(1)77-78頁、西上・前掲註(1)175頁。

なお、この他、本判決の意義として、岩本論ほか「〔座談会〕最近の景品表示法違反事件をめぐって」公正取引863号(2022年)4頁以下、17頁〔白石忠志発言〕は、「憲法違反でないということはそのとおりだと思うのですが、それよりもこの判決は、最高裁が景品表示法においても判決を行い一定の強い発信をして存在感を示したということに意味があるのではないかと考えています」と指摘する。

6) 白石忠志「景品表示法の構造と要点 第2回 管理措置・命令手続」NBL1045号(2015年)

については、こうした仕組み全体の中で検討されるべきである。この観点からすると、特に不実証広告規制の「みなす」効果が及ぶ範囲が問題となる(Ⅱ)。

2. 本判決で問題となった景表法7条2項の規制は、事業者が行う広告を規制するため、憲法学の伝統的なカテゴリーで言えば、営利的言論の自由に対する規制に当たると考えられる。本判決において、不実証広告規制を定める同条項の合憲性が、どのような基準によって審査されたのか(Ⅲ)、また、審査の具体的な内容は適切か(Ⅳ)、という点が問題となる。一般に、憲法学の関心は、むしろまずはこの点に向けられるものと思われる⁷⁾。

以上の点について、以下、順に論ずる。

Ⅱ. 不実証広告規制の立法理由と解釈

(1) 不実証広告規制の趣旨——措置命令及び課徴金納付命令との関係——

不実証広告規制は、平成15(2003)年の景表法改正により導入された規制である。実務担当者による解説、学説及びこれまでの下級裁判所の判決によれば、景表法7条2項に基づいて、法7条1項に定める措置命令が発出され

96頁以下、96頁。同『独占禁止法〔第3版〕』(有斐閣、2016年)4-5頁は、「エンフォースメント」を、「違反があった場合にどのような法的処置がされるのか」という諸問題を包括的に指すと説明している。

7) こうした見方以外にも、景表法がそもそも独占禁止法の特例として制定された法律であること、そして、消費者庁へと景表法を移管した際に、同法の目的規定(1条)が「この法律は、商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和二十二年法律第五十四号)の特例を定めることにより、公正な競争を確保し、もつて一般消費者の利益を保護することを目的とする。」から、「この法律は、商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれのある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的とする。」へと改正されたとはいえ、「①公正な競争を確保するとともに、②消費者が自主的かつ合理的に商品または役務の選択を行える意思決定環境の創出・確保を図る」という政策目的は表裏一体の関係である(西川康一編著『景品表示法〔第6版〕』(商事法務、2021年)27-28頁)ことを踏まえると、憲法と同法の関係は、巨視的に見れば、憲法と独占禁止法の関係について言われるのと同様に、憲法が市場における競争秩序の形成とどのような関係に立つかという問題に関わるものとも見ることができなくはない。

る場合、その後の措置命令に対する行政不服審査及び取消訴訟において、当該表示が法5条1項の定める優良誤認表示に該当するか否かを争うことはできないとされる⁸⁾(なお、措置命令の発出を含め、景表法の定める内閣総理大臣の権限は、法33条1項に基づいて、消費者庁長官に委任されている。)。この点について、本件最高裁判決は明確な見解を示していないが、第1審判決はこうした理解に基づくものであり、控訴審判決もこれを変更していない(Ⅱ(4)で後述)。

課徴金納付命令についても、不実証広告規制が採用されているが、措置命令の場合とは規定が異なる。景表法8条3項(「内閣総理大臣は、第1項の規定による命令……に関し、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推定する。」)は、提出期間内に合理的な根拠を示す資料を提出しないときには優良誤認表示と「推定」するとしており、資料提出期間の経過後であっても、新たな合理的根拠資料を提出することで、当該表示の優良誤認表示該当性を争うことができる⁹⁾。平成26(2014)年の景表法改正によって不当表示規制に課徴金制度が導入された際、措置命令と課徴金納付命令の間でこのような差が設けられたのは、消費者庁関係者の解説によれば、以下の理由によるとされる。すなわち、措置命令との関係では、特定の表示が不実証広告規制に基づき優良誤認表示であるとして措置命令の対象となったとしても、事後的に合理的根拠を示す資料が備わった場合には当該資料を基礎として同

8) 西川・前掲註(7)96-97頁、白石忠志「景品表示法の構造と要点 第10回 不当表示各論(上) 優良誤認表示、不実証広告規制」NBL1061号(2015年)61頁以下、64頁を参照。同旨をいう下級審判決として、東京地判平成28年11月10日判タ1443号122頁〔(株)翠光トップライン及び(株)ジェイトップラインによる措置命令取消等請求事件判決〕がある。なお、本註釈冒頭で掲げた消費者庁関係者による西川編著の書籍では、97頁においてこの地裁判決を参考として挙げているが、判決日の記述に誤りがある。

9) 西川・前掲註(7)338-339頁を参照。

一の表示を行うことができるのに対して¹⁰⁾、課徴金納付命令との関係では、命令によって処分が完了するため、不実証広告規制において「みなす」ことを規定したとすれば、事後的に合理的根拠を示す資料が備わったとしても、優良誤認表示の該当性を争えなくなることで、合理的な根拠を備えるに至った表示に対して課徴金納付命令の効果が維持されることになり、これによって、「事業者の財産権または営利的言論の自由の保障の観点から」問題が生ずるためである¹¹⁾。

なお、令和5(2023)年の景表法改正では、適格消費者団体(消費者契約法2条4項)が事業者の現にする表示を優良誤認表示に該当すると疑うに足る相当な理由があるときには、当該事業者による表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の開示を要請することができることとなった(改正後35条1項)¹²⁾。事業者は、資料に営業の秘密(不正競争防止法2条6項)が含まれる場合その他の正当な理由がある場合を除き、資料の開示要請に応じる努力義務を負う(改正後35条2項)。

-
- 10) 不実証広告規制を適用して措置命令を行った場合、「貴社は、今後、本件商品又はこれと同種の商品の取引に関し、表示の裏付けとなる合理的な根拠をあらかじめ有することなく、……の表示と同様の表示をしてはならない。」との命令がなされるのが通例だとされる(黒田・前掲註(2)53頁註2、白石・前掲註(8)65頁を参照。)。本件の措置命令においても、同様の命令がなされている(措置命令平成29年3月9日(消表対第284号〔(株)だいにち堂〕)。事後に合理的根拠を示す資料が備わった場合の措置について、景表法の執行関係者の解説書は、菅久修一編著『景品表示法』(商事法務、2005年)67頁を最後に言及していない。
- 11) 黒田・前掲註(2)51-52頁。白石・前掲註(8)65-66頁、中原茂樹「景品表示法上の課徴金について」小早川光郎先生古稀『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、2016年)793頁以下、796-797頁も参照。ただし、こうした「みなし」規定と「推定」規定の使い分けが「あまり考え抜かれたものとは言い難いように思われる」との指摘もある(鶴澤剛「行政裁量と考慮事項——行政訴訟における要件事実・序説——」金沢法学64巻2号(2022年)21頁以下、52頁)。
- 12) 南雅晴ほか「「不当景品類及び不当表示防止法の一部を改正する法律」(令和5年景品表示法改正法)の概要について」公正取引873号(2023年)40頁以下、44-45頁、渡辺大祐「「不当景品類及び不当表示防止法の一部を改正する法律」(令和5年景品表示法改正法)の概要」NBL1246号(2023年)44頁以下、50-51頁、同「令和5年景品表示法改正法の概要」ひろは76巻6号(2023年)13頁以下、18頁を参照。令和5年改正については、併せて、ジュリ1587号(2023年)13頁以下の特集「景品表示法改正」も参照。

(2) 景表法7条2項の立法目的と適用対象

不実証広告規制について押さえておくべきは、この規定がまずもって行政手続における行政の負担軽減のための規定だということである¹³⁾。本規定導入以前の実務においては、特に性能や効果の表示に対しても、当該表示を不当表示として規制するために、専門機関による調査・鑑定等により、表示通りの性能・効果がないことを行政の側で立証する必要があった¹⁴⁾。これにはかなりの時間を要し、消費者被害が拡大する可能性のある事態が生じたため、本判決の目的審査で説かれたように（IV(1)で後述）、「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、迅速に措置命令を行うことが目指された¹⁵⁾。したがって、景表法違反に対する行政処分の手続過程は①規制当局による情報の取得、②調査、③措置、④不服申立てであるとされるところ¹⁶⁾、不実証広告規制は、②調査の段階における行政の負担軽減を目的とするものと整理できる¹⁷⁾。

13) 鶴澤・前掲註(11)47-48頁、檜垣・前掲註(1)24頁を参照。

14) 南部利之編著『改正景品表示法と運用指針』（商事法務、2004年）9頁。

15) 南部・前掲註(14)9-10頁、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（2003年）10頁以下、10-11頁を参照。

16) 西川・前掲註(7)295-296頁を参照。

17) 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（2023年）43頁以下、45頁を参照。行政機関の負う調査義務については、基礎として、小早川光郎「調査・処分・証明——取消訴訟における証明責任問題の一考察——」雄川一郎先生献呈『行政法の諸問題 中』（有斐閣、1990年）249頁以下、266-275頁、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論〔第6版〕』（有斐閣、2015年）286頁を参照。さらに、行政処分に先立ってどの程度の調査が必要か、また調査における瑕疵の法的効果は何かといった点について、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 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、2008年）269頁以下、273-278頁及び281-285頁、北村和生「行政の調査義務と裁判による統制」芝池義一先生古稀『行政法理論の探究』（有斐閣、2016年）161頁以下、168-184頁、須田守「私人の情報提供と行政判断」太田匡彦＝山本隆司編著『行政法の基礎理論——複眼的考察』（日本評論社、2023年）133頁以下、147-153頁、曾和俊文「行政調査と、その瑕疵の効果」法教457号（2018年）35頁以下、39頁なども参照。

こうした目的を達成するため、景表法7条2項は、表示を行った事業者側に合理的な根拠を示す資料を提出させて、資料を提出しない、あるいは提出された資料が合理的な根拠を示すものと考えられない場合には、当該表示を優良誤認表示とみなすという手法を採用しているわけだが、これが事業者に負担を転嫁するものであることは疑いない。ただ、このような負担転嫁の前提には、本件において最高裁が判示したように、「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」との事業者の義務が存在することに注意すべきであろう¹⁸⁾。なお、事業者が表示等の管理上の措置を講ずべきことについては、平成26(2014)年の景表法改正によって法26条1項(「事業者は、自己の供給する商品又は役務の取引について、景品類の提供又は表示により不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害することのないよう、景品類の価額の最高額、総額その他の景品類の提供に関する事項及び商品又は役務の品質、規格その他の内容に係る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。」)が導入され、確認されている¹⁹⁾。

また、実務では、景表法7条2項導入当初、同条項は「効果、性能に関する表示以外についても適用され得るものであるが、当面は、効果、性能に関

18) 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」小早川光郎先生古稀・前掲註(11)293頁以下、305-307頁は、「行政機関は公益を実現するために私人に対し決定を行う場合、原則として、当該決定にあたり考慮すべき事項の全般につき調査・説明義務を負うと解される」とした上で、しかし、私人の側も行政機関に対して調査・説明義務を負う場合があることを説いており、その例として、租税法分野における推計課税(所得税法156条、法人税法131条)と、本件で問題となった景表法の不实証広告規制を挙げている。なお、檜垣・前掲註(1)24-25頁は、「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」という規範を定立した上で、さらに、「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」としつつ、本判決は、本稿も本文中で挙げた事業者の義務に基づいて、本条項を例外的に手続過程において立証責任の転換が許される場合に当たると説示したのだと解する。

19) 若色敦子「消費者への情報提供にかかる事業者準則(一)景品表示法上の不实証広告規制」熊本法学157号(2023年)1頁以下、9頁、西川・前掲註(7)251頁を参照。

する表示を対象に運用されていくものと考えられる」とされていたのであり²⁰⁾、今日でも、「法運用の透明性と事業者の予見可能性を確保するため、……どのような資料であれば表示の裏付けとなる合理的な根拠を示すものに当たるのか等についての考え方を明らかにするべく²¹⁾」制定・公表されている「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——」では、基本的には、効果、性能に関する表示に対する同条項の適用についての考え方が示されている²²⁾。こうした実務のあり方は、後で見る不実証広告規制の強い法律効果の自覚に基づき、その発動を抑制しようとしていることの一つの表れと評価できる²³⁾。ただし、同条項の適用対象は、「商品又は役務の品質、規格、その他の内容」に関する表示であるから（法5条1号）、内容に関する表示の一種である効果、性能に関する表示以外に対しても適用され得るのであり、実際にこれら以外の内容の表示に対しても不実証広告規制を適用した例が存在する²⁴⁾。

なお、本件では、当該表示が効果、性能に関する表示以外でも資料提出要求の対象になるかという上記の点は争点にはなっておらず、原告としては、今回の表示は「具体的な」効能・効果を表示していないのだから、資料提出の要求対象とはならないとの主張を行っている。そして、第1審判決・控訴審判決のいずれも、本件における表示が、目の症状が改善されるという効能・効果に関する表示であることを認定し、「具体的な」効能・効果を訴求する表示でなくとも資料提出要求の対象となると判示している。

20) 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（2003年）2頁以下、4頁。菅久・前掲註（10）61-62頁も参照。

21) 南部・前掲註（20）2頁。

22) 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——」（https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/guideline/）よりダウンロード可能。2023年7月25日最終閲覧）3頁を参照。

23) 白石・前掲註（8）63頁を参照。

24) 措置命令平成29年4月21日（消表対第516号〔(株) プラスワン・マーケティング〕）。西川・前掲註（7）93頁、白石・前掲註（8）63頁も参照。

(3) 「みなし」効果の射程に関する実務担当者による解説の変化

不実証広告規制の導入当時、景表法を所管していたのは公正取引委員会であった（その後、平成21（2009）年改正で、消費者庁への移管がなされた）。公正取引委員会関係者は、不実証広告規制の導入を含む法改正の解説書において、当該規定が所定の場合に表示を不当表示とみなすという「強い法律効果を発生させるものである」との認識を示しており、「このため、その「みなし」効果が及ぶ範囲を公正取引委員会が行う排除命令……及び審判手続……の段階に限定し、審決取消訴訟段階における裁判所の判断にまで及ばないようにしたものである」と説明していた²⁵⁾。導入当初における不実証広告規制は、「公正取引委員会は、前項第1号に該当する表示か否かを判断するため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、第6条第1項及び第7条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。」（平成15（2003）年法律第45号による改正後の景表法4条2項）との規定振りであり、後段の「第6条第1項〔排除命令〕及び第7条〔審判手続〕の規定の適用については」の部分²⁶⁾が、このような「みなし」効果の制限をもたらすのだという。

しかし、公正取引委員会関係者のこうした見解については、「法律論として根拠のない不自然な解説である」との批判が存在し²⁶⁾、今日では、消費者庁関係者による解説書でも、不実証広告規制の「みなし」効果が抗告訴訟にも及ぶことが明記されており²⁷⁾、これに従う下級裁判所の判決も存在する²⁸⁾。

25) 南部・前掲註(14) 15頁。向田・前掲註(15) 13-14頁も参照。なお、景表法の執行にあたる関係者の書籍が、7条2項の「みなし」効果が抗告訴訟まで及ぶことを明文で記載し始めたのは、笠原宏『景品表示法〔第2版〕』（商事法務、2010年）74頁からである。

26) 白石忠志「消費者庁移管後の景表法裁判例の検討」消費者法研究4号（2017年）35頁以下、48頁。同・前掲註(8) 65頁、同『独占禁止法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）230頁も参照。

27) 西川・前掲註(7) 96-97頁を参照。

28) 東京地判平成28年11月10日判タ1443号122頁〔(株)翠光トップライン及び(株)ジェイトッ

(4) 「みなし」効果と抗告訴訟

本件において最高裁は、景表法7条2項に基づいてなされた措置命令に対する抗告訴訟において、当該表示が優良誤認表示に該当することまで争うことができるかについて、明確な見解を示していない²⁹⁾。ただ、第1審判決では、「本件措置命令が適法であるためには、法7条2項が規定する処分要件を充足すれば足り、本件においては、①消費者庁長官が、本件記載による表示が優良誤認表示に該当するか否かを判断するため本件資料提出要求をする必要があると認めたことが相当であるか否か、②原告の提出した本件資料が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しないと認められるか否かが審理の対象となるものと解される」との理解が示されている。控訴審判決もこれを変更していない。また、すでに述べたように(Ⅱ(3))、消費者庁関係者の解説、これまでの下級裁判所の判決は、みなし効果が抗告訴訟に及ぶことを認めている。

裁判所での審理に一定の範囲で制限を設ける規定としては、独占禁止法が定めていた実質的証拠法則が想起される。同法は、「第77条第1項に規定する訴訟〔公正取引委員会の審決の取消しの訴え〕については、公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する。」(同法80条1項)としつつ、「前項に規定する実質的な証拠の有無は、裁判所がこれを判断するものとする。」(同条2項)と定めていた(平成25(2013)年法律第100号による改正で審判制度と共に廃止³⁰⁾)。実質的証拠法則を採用する規定の例として、その他、電波法99条、鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律52条が挙げられる³¹⁾。

しかし、本件において問題となっている景表法7条2項は、事実認定につ

ブラインによる措置命令取消等請求事件判決]。

29) 西上・前掲註(1)177頁を参照。

30) 改正についての資料として、岩成博夫ほか編著『逐条解説 平成25年改正独占禁止法——審判制度の廃止と意見聴取手続の整備』(商事法務、2015年)48-50頁を参照。

31) 寺田麻佑「専門的機関と実質的証拠法則」『先端技術と規制の公法学』(勁草書房、2020年)95頁以下、100頁を参照。

いて裁判所を拘束するものではなく、当該表示が法5条1項の規律する優良誤認表示に該当すること、すなわち、法適用の結果が存在するという点について、裁判所を拘束するものである点³²⁾で、実質的証拠法則と異なる³³⁾。裁判所が担う司法作用の構成要素として、事実認定と法適用は等価値と考えるか、それとも、後者がより核心的な構成要素であると考えたか、実質的証拠法則に対する合憲性の評価は変わってくるとされている³⁴⁾、法適用が重要な構成要素であるとの点は、いずれの見解においても共通する。このように考えてみると、今回問題となった不实証広告規制の「みなし」規定が、裁判所に対する拘束力も有するとすれば、司法権との関係はどのように理解されるべきかという問題が生ずるように思われなくもない。もっとも、本件における第1審判決が示すように、裁判所は、景表法7条2項に基づく措置命令についても、2つの処分要件の充足を審査する。また、同条項は、確かに「みなす」と規定しているものの、本判決でも認定された、表示に際して合理的根拠を有していなければならないという事業者の義務を前提に、必要性要件と合理的根拠不提出要件がいずれも充足されたときに措置命令を行うことができるという、行政処分について定めた通常の規定であるとの理解もありうる³⁵⁾。

32) 鶴澤・前掲註(11)48-49頁を参照。

33) また、鶴澤・前掲註(11)48-49頁は、景表法7条2項について、法適用の結果が存在すると推定する点で「法律上の権利推定」(伊藤真『民事訴訟法〔第7版〕』(有斐閣、2020年)389-390頁を参照。)と類似するところがあるが、これと異なり、権利を推定するのではなく、「当該表示が優良誤認表示に該当する表示である」とみなすとしており、それだけでなく、そもそも前提事実が必ずしも事実ではない(不提出要件は、消費者庁長官が提出資料を合理的な根拠を示すものではないと評価した場合も充足される。)という相違があると指摘する。

34) 大石真『憲法概論Ⅰ 総説・統治機構』(有斐閣、2021年)366-367頁を参照。

35) 中川丈久ほか「〔座談会〕景品表示法の改正および運用改善について」ジュリ1587号(2023年)14頁以下、27頁〔中川丈久発言〕や西上・前掲註(17)45頁は、このような理解を示しているのではないと思われる。特に前者は、景表法7条2項が立証責任の転換を定めた規定であるとの理解に対して違和感を示している。これに対して、白石「消費者庁移管後の景表法裁判例の検討」・前掲註(26)52頁は、同条項の「みなし」規定の効果として、①提出された資料に合理的根拠があるか否かが「真偽不明となった場合には被疑違反行為者でなく消費者庁が勝つ」、②「合理的根拠を示すものであるかどうかを審理される資料は、不实証広告規制のみな

このように、景表法7条2項の理解については議論の余地があるが、仮に同条項に基づく措置命令に対する抗告訴訟において、当該表示が法5条1項の定める優良誤認表示に該当することまで争うことができるとすれば、どのような事態が生ずるかも考える必要があるだろう。この点について、すでに下級裁判所の判決において、仮に上記のような解釈を採用する場合、結局消費者庁長官が訴訟において優良誤認表示該当性について立証責任を負うことになるため、優良誤認表示規制を迅速に行うことができないような事態に立ち至るのではないか、それは不实証広告規制の立法趣旨に反するのではないかと、との指摘がなされたことがある³⁶⁾。

Ⅲ. 違憲審査の枠組み

(1) 原告の主張

以下、本判決における違憲審査の枠組みについて検討するが、まずは原告の主張について、2点確認しておくべきことがある。

第1に、原告は、景表法7条2項が、表現の自由及び営業の自由を侵害する旨の主張を行っており、少なくとも第1審の段階では、営業の自由の根拠として、憲法22条1項だけでなく、29条も挙げていた。しかし、控訴審にな

し規定が指定する期間中に提出されたものに限られる」という2点を挙げており、効果①からして、同条項を立証責任に関する規定と見ていられる。

36) 東京地判平成28年11月10日判タ1443号122頁〔(株)翠光トップライン及び(株)ジェイトップラインによる措置命令取消等請求事件判決〕を参照。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——措置命令取消等請求事件判決（窓フィルム事件）の解説」NBL1097号（2017年）11頁以下、13-14頁も参照。

このほか、西上・前掲註（17）47頁は、「仮に取消訴訟において優良誤認表示該当性そのものを争えるとした場合、事業者は合理的根拠資料を証拠として提出することになると思われるが、……措置命令後に合理的根拠資料を備えた場合には、事業者が当該表示をすることは妨げられないから、そもそも当該表示をするために措置命令を取り消す必要はない。その他に取消しによって回復すべき法律上の利益（行訴9条1項かつこ書）がない限り、訴えの利益を欠くことになるのではないかと思われる」とする。なお、刑事訴訟（景表法36条1項等）におけるみなし規定の効果については、触れることができなかった。この点については、西上・同47-48頁を参照。

ると、当事者の主張の中に営業の自由の根拠となる憲法条文が見当たらなくなっており、最高裁の段階では29条違反を主張していない³⁷⁾。また、第1審判決、控訴審判決のいずれも、当該事業者の営業の自由は侵害されていないと判断するが、判決において、営業の自由がどの憲法条文から導出されるのかは明確に特定されていない。この点、最高裁は、本件において、憲法21条1項と併せて、憲法22条1項が問題となることを明示している。

第2に、憲法に関わる原告の主張は、控訴審において追加された主張②を措けば、消費者庁長官が景表法7条2項に基づいて合理的根拠資料の提出を要求できる範囲を限定するように解釈しなければ、表現の自由及び営業の自由を侵害するという主張である。すなわち、講学上の用語で言えば、「合憲限定解釈」³⁸⁾を主張していたものと考えられる。いずれの判決でもこうした原告の主張は容れられず、最高裁では、当該条項を一般的に審査した上で、合憲の判決が導かれている。

(2) 本判決における違憲審査の流れ

本判決において、最高裁は、前もって違憲審査の判断枠組みを示すことなく、問題となった景表法7条2項の目的審査及び手段審査を行い、当該条項は憲法21条1項及び22条1項に違反しないと判断した。目的審査においては、当該条項の目的が「公共の福祉に合致する」かどうか、手段審査においては、手段の必要性及び合理性が審査され、立法府の合理的裁量を超えていないかが検討されている。また、手段審査の段階では、3つの事情を論拠として、手段の必要性及び合理性を論証するという構造が採られている。問題となっているのが営利的言論に対する規制であることを考えると、通説に従うならばセントラル・ハドソンテスト³⁹⁾等の使用が考えられるところであるが、

37) 金判匿名記事・前掲註(1)10頁を参照。

38) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)702頁を参照。

39) 芦部信喜『憲法Ⅲ 人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣、2000年)318-324頁を参照。

これまでの最高裁判決と同様、そうした審査基準は採用されていない⁴⁰⁾。

最高裁が、どのような理由に基づいてこうした厳格度の審査を行ったのかについては、判決の文言からは判然としない。したがって、この点については、最高裁が引用した、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法（現在の「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律」）7条違反事件最高裁判決（以下、「あん摩師等法最高裁判決」という。）及び小売市場事件最高裁判決も見つつ推測する他ない。

また、本判決に先行する京都府風俗案内所規制条例の合憲性に関する最高裁判決⁴¹⁾は、本判決と同じく、違憲審査の枠組みを示すことなく、上述の2つの最高裁判決を引用して合憲の判決を下しており、この最高裁判決と本判決の異同も興味深い。

(3) 引用判例、京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決と本判決の関係

本判決では、京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決と同じく、あん摩師等法最高裁判決、小売市場事件最高裁判決を引用して、合憲判決が下された。もっとも、京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決とは異なり、違憲審査の対象となる条項が憲法21条1項と22条1項で分かれておらず、同一の条項（景表法7条2項）を21条1項及び22条1項両方の観点から審査するという形式になったこともあり、本判決では、まず22条1項についての審査をしてから、続いて21条1項の審査を行うといった分節化を行っていない⁴²⁾。

40) 檜垣・前掲註(1)20頁を参照。

41) 最判平成28年12月15日集民254号81頁。

42) 檜垣・前掲註(1)19頁を参照。京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決が、営利的言論を表現の自由の保障範囲に含めているのかは議論があり、表現の自由の保障を受けるものとしたとする見解（小川亮「判批」自治研究95巻1号（2019年）121頁以下、124頁）、表現の自由の保障を受けるという方向へ一歩踏み出したのではないかとする見解（上田健介「判批」民商153巻5号（2017年）773頁以下、779-780頁）、表現の自由の保障を受けるとは解していないと考える余地もあるとする見解（松本和彦「判批」法教439号（2017年）122頁）に分かれている。しかし、同判決が、風俗案内所の表示物等に対する規制について、文教施設からの距離規制と段落を分けた上で21条1項に照らした判断を行なっていることからすると、少なくとも前二者の見解が妥当と解される。これに対して、宍戸常寿「判例講座・憲法人権 第12回 表現の自

このことが、簡潔な判示と相まって、本判決の分析を難しくしているように思われる。実際、本判決においてあん摩師等法最高裁判決、小売市場事件最高裁判決からいかなる「趣旨」を読み取ったのかは、全くもって不明確である⁴³⁾。この点については、既出の評釈でもすでに分析されており、同旨の説明がなされている⁴⁴⁾。目的手段審査に先立って予め判断枠組みの明示がなされなかったことについては、違憲審査の基準が制約されている権利の性質や規制の手法等を勘案して設定されるべきものであるとすれば⁴⁵⁾、こうした点についての最高裁の考えを正確に把握する機会が失われたことになるため、やはり残念である⁴⁶⁾。

由(2)(表現の自由の保護範囲2)警察学論集76巻6号(2023年)141頁以下、168頁は、同判決での営利的言論の位置付けは不明確であり、この点は本判決でも変わらないとする。

- 43) 若色・前掲註(1)56頁は、「本判決はこれら〔両判決〕の趣旨に沿っているという形を取るが、事案としてはかけ離れている印象である」(〔〕内筆者補足)という。なお、参照されたこれらの判決のうち、小売市場事件最高裁判決については、経済規制が合憲であることを認める事例で広く参照される傾向があることが指摘されている(木下智史「営業の自由をめぐる実践と理論の課題」毛利透ほか『憲法訴訟の実践と理論(判時2408号臨時増刊)』(判例時報社、2019年)117頁以下、128頁及び135頁。曾我部真裕「職業の自由」法教496号(2022年)60頁以下、68頁も参照。)
- 44) 井上・前掲註(1)36頁、楡垣・前掲註(1)20頁を参照。本判決における先例の引用について、「本件で、最高裁は、消費者の知る権利を重視しかつ国家による広告規制のもう一つの根拠を経済的自由の制限に求めたのではなからうか」とする見解もある(向田・前掲註(1)29頁)。向田は続けて、小売市場事件最高裁判決が、小売市場の許可規制を「社会経済の調和的發展を企図するという観点から」の規制であるとして、目的の合理性を認め、規制手段・態様が著しく不合理であることが明白であるとは認められないとする部分を参照し、「これを景表法にあてはめると、景表法による不当表示規制は国が社会経済の調和的發展を企図するという観点からの消費者保護政策の一方途と位置付けられることになる」とする(同29頁)。しかし、経済的自由の規制について、いわゆる目的二分論、すなわち、国民の生命・健康に対する危険除去のための規制と、社会経済の調和的發展のための規制を区別する立論を採用するとしても、本件で問題となった不实証広告規制は、社会経済の調和的發展を企図する規制という面は確かにあるように思われるものの、後述のように(IV(2))、前者の性格、つまり、優良誤認表示に対して迅速に対応することで消費者利益を保護するための規制という面もあるのではないかと、という疑問がある。
- 45) 尾形健「違憲審査基準論の意味と考え方」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』(日本評論社、2020年)1頁以下、4-7頁を参照。
- 46) 楡垣・前掲註(1)22頁を参照。先行する京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決でも判断枠組みは明示されなかったが、これについて、匿名コメント(判タ1435号(2017年)86頁以

(4) 立法府の裁量

このように違憲審査の基準という点ではすでに検討が尽くされているように思われる本判決であるが、営利的言論に対する規制が問題となっている事案で、立法裁量を前提とする審査がなされている点についても、若干の検討の余地があるように思われる。再度の確認となるが、本判決では、立法府の裁量を前提とした目的手段審査を大枠の構造として採用した上で、目的審査においては、当該条項の目的が「公共の福祉に合致する」かどうか、手段審査においては、手段の必要性及び合理性が審査され、立法府の合理的裁量を超えていないかが検討されている⁴⁷⁾。これは京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決と同一の審査手法である。この京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決は、風俗案内所の表示物等に対する規制を憲法21条1項に照らして審査する際にも、「京都府議会が同規制を定めたことがその合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえない」としており、立法府の裁量権を前提とした判断を下している。これまで最高裁が「精神的自由については、確かに、経済的自由のように立法裁量を前提とした判断をしないという点では異次元の判断をしている」と整理することができる⁴⁸⁾とすれば、表現の自由が問題になっていながら立法裁量を前提としている本判決や京都府風俗案内所規制条例事件最高裁判決の位置付けについては一考を要するはずであるが、これら両判決だけから考えるならば、最高裁としては、営利的言論の規制については、憲法21条1項が問題となるとしても、経済的自由権に対する規制と同様、立法裁量を前提として裁判所は違憲審査を行うという構造を採用すべきだと

下、88頁)が合憲の結論には異論が出ないであろうとしていることを受けて、「本判決の立場は、……判断枠組みについて、議論するまでもない事案だというものかもしれない(もっとも、第1審判決は違憲判決であるのにこのコメントはいかがなものか)」と批判的に指摘する見解がある(松本哲治「判批」ジュリ臨増(平成29年重判解)1518号(2018年)22頁以下、23頁)。

47) 判タ匿名記事・前掲註(1)77頁は、表現の自由の規制についての先例としてよど号記事抹消事件最高裁判決(最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁)、経済的自由の制約についての先例として薬事法距離制限違憲判決(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)を挙げているが、前者に立法府の裁量権への言及はない。

48) 木下昌彦「国民審査の憲法理論に向けて——最高裁令和4年5月25日大法廷判決」法時94巻9号(2022年)4頁以下、5頁。

考えているのかもしれない。これ以上の分析を行うには簡潔過ぎる判示であり、今後の判例の展開が待たれる。

なお、本判決に先行して、別の事案においても、下級裁判所で景表法7条2項の合憲性は肯定されてきたが、ここでは、「事業者がその取り扱う商品等につき、その効果、性能について表示し、広告することは、営利活動に関するものであって、憲法22条1項による保障に加え、同法21条1項による保障をも受けると解する余地があるとしても、公共の福祉による制約を受けるものと解すべき」と判示されており⁴⁹⁾、22条1項による保障を基本としつつ、21条1項による保障については曖昧とも取ることのできる書き振りとなっている。また、立法府の裁量権については言及がない。

IV. 違憲審査の具体的内容

(1) 目的審査・手段審査

本判決において、目的審査の段階では、景表法7条2項の目的とは、「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、当該表示のお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

49) 東京高判平成22年10月29日公正取引委員会ウェブサイト [(株) オーシロによる審決取消請求事件判決]。東京地判平成28年11月10日判タ1443号122頁 [(株) 翠光トップライン及び (株) ジェイトップラインによる措置命令取消等請求事件判決] も同旨。後者は、保障根拠に続けて、制約の正当性の判断基準について、「規制の目的が正当であり、その目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様および程度等を較量して、当該規制による制約が必要かつ合理的なものとして是認されるものである限り、憲法の許容するところであると解するのが相当である」として、小売市場事件最高裁判決、証券取引法事件最高裁判決 (最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁)、よど号新聞記事抹消事件最高裁判決 (最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁)、成田新法事件最高裁判決 (最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)、府中市議会議員政治倫理条例事件最高裁判決 (最判平成26年5月27日集民247号1頁) を参照しているが、特に立法府の裁量についての言及はない。

益をより迅速に保護すること」であるとされ、その正当性が認定された。この点は、不实証広告規制導入時の公正取引委員会関係者の解説で示された立法趣旨を踏襲したものと考えられる⁵⁰⁾。

また、手段審査では、以下3つの事情が考慮され、目的達成のための手段として必要かつ合理的であるとされた。①一般消費者の期待という観点からして、表示を行う事業者が、その裏付けとなる合理的な根拠を有してしかなるべきである、②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合理的な根拠を示す資料を提出しない場合に限られるので、同条項の定める「みなし」効果が発生する範囲は合理的に限定されている、③たとえ同条項の適用を受けたとしても、合理的な根拠を示す資料を備えた上で、再度同一の表示を行うことは何ら制限されていない。①についても、同じく規制導入時から実務担当者による解説ですでに説かれていたところであり⁵¹⁾、③もこれまでの実務に則したものである⁵²⁾。

もっとも、この手段審査における考慮事情のうち、②の合理的根拠資料提出については、なお検討の余地がありうるように思われる。

第1に、景表法7条2項が憲法上の権利を制約する規定であること自体は認められているのだとすれば、当該表示が優良誤認表示とみなされることを回避するための合理的な根拠を示す資料の基準は、権利保障の観点からしても明確であるべきだろう⁵³⁾。合理的根拠資料の要件について、消費者庁は、景表法7条2項の運用指針において、「①提出資料が客観的に実証された内容のものであること」、「②表示された効果、性能と提出資料によって実証された内容が適切に対応していること」、と定めている⁵⁴⁾。こうした要件について、本件訴訟における第1審判決は、「法7条2項の趣旨を踏まえれば、

50) 南部・前掲註(14)9-10頁を参照。

51) 南部・前掲註(14)9頁を参照。こうした説明は、景表法を公正取引委員会が所管していた時代から一貫してなされている(菅久・前掲註(10)60頁)。

52) 前掲註(10)を参照。特に③の事情について、西上・前掲註(1)177頁は、「本判決は、法7条2項の趣旨から一般論としてこれを明言しているところに特徴がある」と指摘する。

53) 合理的根拠資料の不提出要件について、西上・前掲註(17)46頁を参照。

54) 消費者庁・前掲註(22)5頁。

本件運用指針が示す上記の判断基準は、妥当なもの」と判示している⁵⁵⁾。

第2に、目的達成のための手段として景表法7条2項の規制が必要であるというためには、同条項によって付与される消費者庁長官の合理的根拠資料提出要求にあたっての裁量に、制限が設けられるべきだろう。すなわち、同条項は「必要があると認めるときは」合理的根拠資料の提出を求めることができる」と定めており、資料提出を求めるか否かという点については消費者庁長官に裁量を与えたものと考えられるが⁵⁶⁾、この裁量権の限界として、まず、明らかな誇張表現であると消費者の側が社会通念に照らして認識できるような場合、すなわち、「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」が害されるおそれのない場合にまで、合理的根拠資料の提出を求めることはできないと解される⁵⁷⁾。この点について、本事案における控訴審判決も、「そもそも、一般消費者が著しい優良性を認識しないような表示であれば、合理的根拠資料の提出の対象とはならず、仮に、かかる表示について合理的根拠資料の提出要求がされても、優良誤認表示に該当するとみなすことはできないと解される」、と判示している。また、本条項の立法趣旨からして、合理的根拠資料提出要求を必要とすると言えるためには、要求の対象となる表示が優良誤認表示であることを立証するための調査に、相当の期間を必要とすることが求められるのではないかと考えられる⁵⁸⁾。

55) 東京地判平成28年11月10日判タ1443号122頁〔(株)翠光トップライン及び(株)ジェイトップラインによる措置命令取消等請求事件判決〕も、同じく、運用指針の示す要件を妥当なもの」と判示している。

56) 西川・前掲註(7)91-92頁、白石・前掲註(8)63頁を参照。

57) 西上・前掲註(17)45-46頁、白石・前掲註(8)63-64頁を参照。

58) 西川・前掲註(7)91-92頁も、景表法7条2項の規定を用いるかどうかは、「消費者庁長官の立証に要する時間を短縮して迅速に不当表示を規制するという第7条第2項の趣旨を踏まえつつ、表示の内容、見込まれる信憑性、表示内容が合理的根拠となる裏付けを伴うかについての判断材料の所在の状況などを勘案して、消費者庁長官が一定の裁量の下で判断することができる」とする。また、かつての実務担当者による解説書では、より直裁に、同条項の趣旨を踏まえれば、その適用対象は、「優良誤認表示に該当する蓋然性が高い場合であって、性能や効果に関する表示のように優良誤認表示に該当するとの立証に多大な時間を要する案件」であろうと記述されていた(菅久・前掲註(10)61頁)。

(2) パターナリスティックな制約？

本判決の評釈の中には、景表法上の不実証広告規制、ひいては優良誤認表示規制が、パターナリスティックな制約であることを問題とするものがある⁵⁹⁾。例えば、「不実証広告規制は、消費者の選択機会の保護を目的としている。しかし、政府によるパターナリスティックな介入が、行為主体の選択機会を減少させ、利潤機会の創造的発見を損なうことは見逃されている」との指摘がなされている⁶⁰⁾。現在、憲法学における有力説が、パターナリスティックな制約を限定的にしか許容していないことからすると⁶¹⁾、優良誤認表示規制がパターナリスティックな規制であるか否かは、その制約の正当化について考える上で重要だと言える。

この点、たしかに、営利的言論に対して消費者保護の観点から制約を加える場合、時としてそれがパターナリスティックな制約になりうるとの主張が、これまでになされてきた⁶²⁾。しかし、不適正表示は、一般に、消費者と事業者の間の解消し難い構造的な情報格差に起因し、これを放置すれば、消費者が「商品内容の識別を誤って生命・健康を害したり、商品内容や取引条件の識別を誤って経済的損失を受けたりすることにもなりかねない」⁶³⁾。すなわち、不適正表示に対する規制は、他者加害の原理からでも十分に説明がつくように思われる⁶⁴⁾。「消費者の脆弱な意思決定能力につけ込むことや相手方の認知上の制約を不当につけ込んで搾取することを規制するのはパターナ

59) 井上・前掲註(1) 37頁、檜垣・前掲註(1) 23-24頁を参照。

60) 井上・前掲註(1) 37頁。

61) 佐藤・前掲註(38) 154頁。

62) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995年) 74-76頁を参照。

63) 国民生活センター編『表示規制法概説』(日本評論社、1979年) 11頁。同書は、消費者による商品および役務の適切な識別の権利を、憲法25条1項が規定する「健康で文化的な最低限度の生活を営む」権利に由来するものとし、「適正な識別の権利」を「消費者生存権」と位置付ける(同11-12頁)。また、事業者と消費者の間の構造的な情報格差については、横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商123巻4・5号(2001年) 551頁以下、551-553頁も参照。

64) 実際、これまでに営利的表現の規制とパターナリスティックな規制の関係に言及していた論者も、消費者保護を理由とする規制について、他者加害原理から説明のつく場合があることを認めていた(阪本・前掲註(62) 75頁を参照。)

リズムとは次元の異なる問題である」、との見解が妥当ではないだろうか⁶⁵⁾。

また、仮に優良誤認表示規制がパターンナリストティックな制約としての側面を有するとしても、規制のない環境下で、消費者による自律的判断能力の十全な発揮が期待できるかを考える必要がある。すなわち、そもそも成人に対するパターンナリストティックな制約が原則として許されないのは、「通常の認識・判断能力を有する成年者については、その自律的判断を尊重することが強く求められる」からであるが⁶⁶⁾、こうした情報格差を前提とすれば、消費者は自己にとって最も適切な商品・サービスを自律的に判断し選択することの困難な環境に置かれているといえよう。成年者の自律的判断の尊重と、情報格差に鑑みた消費者の適切な判断・選択環境の保全のための規制は、調和しうるように思われる。

〔附記〕

本稿執筆にあたって、篠原永明准教授（甲南大学）より貴重なコメントを賜った。記して感謝申し上げます。また、本稿は、JSPS 科研費（課題番号 22K13281、20H01421）の助成を受けた研究成果の一部である。

65) 林秀也ほか『景品表示法の理論と実務』（中央経済社、2017年）16頁。橋本基弘「医師広告規制と表現の自由」『表現の自由 理論と解釈』（中央大学出版部、2014年）143頁以下、158頁は、「虚偽もしくは詐欺的広告の規制は、広告の送り手と受け手の間にある情報の非対称性を前提に、反論や異論による広告内容の検証にどれほど期待できるのかという点からのみ正当化できる」とする。

66) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）§§10-24』（有斐閣、2017年）152頁〔土井真一〕。