

営利広告規制と情報パターンナリズム

橋 本 基 弘

はじめに

- 一 広告をめぐる二つの事件
- 二 合衆国最高裁判所における医薬品広告の自由
- 三 営利的表現に対する憲法保障のあり方
おわりに

はじめに

憲法上営利広告の自由は保障されるのか、保障されているとして、その程度や範囲をどう考えるか、あるいは、その自由の性格をどう捉えるか。昭和三六年判決⁽¹⁾（きゅう師による適応症広告をめぐり争われた事件）以来、最高裁には正面から扱った判決はない。同判決は営利広告規制が公共の福祉の観点から規制されると述べるに止まり、営利広告の憲法上の位置づけなどに関する問題が解明されているわけではない⁽²⁾。

しかし、最近になり、最高裁においても下級審においても営利広告規制が争点となった注目すべき判決が現れている。また、不当景品類及び不当表示防止法（以下「景表法」という。）の改正や薬事法を改正した医薬品医療機器法（本稿では、改正前の法律に言及する場合は「旧薬事法」とする。）により、広告規制への関心が高まっている。

たとえば、健康食品市場の拡大によって、様々な媒体を通じて、多様な広告が展開されているが、そこで用いられる広告表現にはきわどいものもあり、消費者庁による措置命令を含む対応が増加しているという。⁽³⁾ 消費者契約法に基づく、認定消費者団体による広告の差止請求も広告をめぐる議論を活性化させるものと考えられる。

このような状況を前にして、本稿は、まず、最近判示された注目すべき二つの判決を素材にして、広告の自由あるいは広告規制の正当化に関する論点を扱う。次いで、営利広告の自由に関して、新たな展開が見られる合衆国最高裁判所判例を分析しながら、わが国への示唆を得たいと思う。そして、「情報パターンリズム」という概念を定めることによって、情報と日常的な意思決定のあり方を探ってみたい。

一 広告をめぐる二つの事件

1 デイオバン事件における学術論文と広告

(1) 事件の概要

本件は、スイスの大手製薬会社であるノバルティスファーマ社とその従業員が⁽⁴⁾高血圧治療薬（アンジオテンシン受容体拮抗薬、商品名「デイオバン」）に関して大学病院の医師らによって実施された臨床試験のデータを改ざんし、同医薬

品の効能または効果に関して虚偽記載をしたことが旧薬事法六六条一項に違反するとして起訴された事件であった。

ところで、旧薬事法第六六条一項は、次のように定めていた。

「何人も、医薬品、医薬部外品、化粧品、医療機器又は再生医療等製品の名称、製造方法、効能、効果又は性能に關して、明示的であると暗示的であるとを問わず、虚偽又は誇大な記事を広告し、記述し、又は流布してはならない」。

この事件の争点は、データの改ざんがあったかどうかという点とその改ざんが旧薬事法六六条一項が禁止する「虚偽又は誇大な記事を広告し、記述し、又は流布」したかどうかにあった。東京地方裁判所は、データの改ざんがあったことは認めたものの、それが旧薬事法が禁止した「広告」には該当しないとして、被告会社および被告人に無罪を言い渡したのである。

東京地方裁判所は、旧薬事法六六条一項の立法史を丹念にたどりながら、同項にいう「『記事』の広告、『記述』、『流布』は、いずれも広義の広告に含まれる行為の一つの態様を表現したものであると解することが相当である」と述べ、解釈上の争点を「広告」とは何かに集約させている。そこで、判決は、厚生省医薬安全局監視指導課長が平成一〇年に発出した「薬事法における医薬品等の広告の該当性」についてと題する通知を援用した被告会社の主張を容れて、広告に該当するかどうかに関する三条件を提示する。すなわち、①顧客を誘引する意図が明確であること、②特定医薬品等の商品名が明らかにされていること、③一般人が認知できる状態であることがすべて満たされたとき、これを広告とするとの解釈によりながら、本件雑誌広告が広告に該当するかどうかを判断している。

そして、「以上を踏まえると、本法六六条一項の規制対象である広義の広告は、社会通念上の広告の範囲内にある

もののうち、顧客を誘引するための手段として広く世間に告げ知らせる行為であり、『記事』の『広告』、『記述』及び『流布』は、それを三つの態様に書き分けたものであると解される。したがって、いずれも顧客を誘引するための手段としてなされるものであることを要し、記事の対象が医薬品であることに即していえば、その情報受領者の購入意欲（処方薬に関しては、医師の処方意欲を含む）を喚起・昂進させる手段としてなされるものであることを要すると解される」と述べている。

判決は、右三要件のうち、特定性と認知性については肯定したが、誘因性については否定する判断を下した。すなわち、本件各論文は、学術論文であり、「医学領域の学術論文に投稿し、掲載してもらうという行為は、研究成果の発表行為として理解されていると考えられる」というのである。そして、「このような学術論文を作成して学術雑誌に投稿し、掲載してもらうという行為は、それ自体が需用者の購入意欲ないし処方意欲を喚起・昂進させる手段としての性格を有するとはいい難いものである。本件各論文を作成して学術雑誌に投稿し、掲載してもらった行為も、本件各論文の内容がそれらを閲読した医師らによる医薬品の処方等の判断に影響を与え得るものであったにせよ、その雑誌の性格や、査読を経て採択され、掲載に至ったという経緯、論文の体裁、内容を客観的にみた場合には、上記の点で一般の学術論文の学術雑誌への掲載と異なるところはない」と述べている。

（２）学術論文と広告

高血圧治療に広く用いられ、認知度も高い医薬品の臨床データが偽造された可能性があるという点において、ディオバン事件は社会に大きな衝撃を与えた。ある新聞報道が述べるように、「一般に、学術雑誌に良好な臨床データが

掲載されれば、そのデータをもとに製薬会社は広告材料などを作り営業に使用する。当然、虚偽のデータを見て、多くの医師はディオバンが優れていると誤認したはずである。このことは東京地裁判決も認めるところではある。

しかし、争点は、学術論文が薬事法によって禁止される広告に該当するかであって、判決は、これを否定した。薬事法における広告規制の意義を認めながら、同法における広告を狭く解釈することで、規制対象から除外したのであった。判決は、この限定解釈の合理性を同法の立法史を遡りつつ論証している。また、同法に関する公定解釈に依拠しつつ、薬事法が禁止する広告であるためには「誘引性」が必要であるとした。そして、学術論文には、顧客を誘引する要素が欠けていると判断する。

問題は、処方薬の場合、製薬会社あるいは医薬品販売業者が広告によって訴求するのは一般消費者ではなく、医師や薬剤師である点をどう考えるかに向けられる。これら専門職にとつては、医薬品の選択における学術論文の役割は、他の日用品の選択における広告と比肩する力があるともいえよう。また、この事件の場合、虚偽のデータは、医薬品としての承認された使用目的（高血圧症の治療）に関するものではなく、その付随的な効能に関するものであった（脳血管疾患、心臓疾患）点も特徴的である。主たる目的に関する効果効能にさしたる差がなければ、付随する効果効能が優れた医薬品を選択するとの動機に訴えかけるのである。この意味においても、ディオバン事件は、処方薬の選択における学術論文の役割について、一般市民にも問題提起を行ったものといえようか。なお、本件は、検察側が控訴している。

2 クロレラ広告事件と医薬品・健康食品情報の規制

(1) 事実と争点

他方、健康食品のチラシ広告における「勧誘性」が争点となった事例がある。このケースは、京都市にある消費者団体Xが健康食品「クロレラ」を販売するYに対して、Yが配布した広告の差止めを求めたことに端を発している。Xは、Yの広告には、「クロレラ」が医薬品のような薬効があるかのごとく表示されているが、これは景表法にいう「優良誤認表示」に該当し、景表法一〇条一号⁽⁶⁾、又は消費者契約法一二条二項及び同二項⁽⁷⁾に基づきYの広告の差止めを求めるものであった。

これに対して、Yは、「不当表示規制は営利的表現の自由を規制するものであるから、事業者の活動を不当に萎縮させないよう、限定的に解釈されなければならない」こと、また、優良誤認表示にいう「表示」とは、「一般消費者にどのような認識を与えるかにより判断すべきであるとしても、その判断に際しては、研究会チラシから看取できる情報のみを基礎にすべきである」から、「クロレラ」という原材料名を商品名に付けていることは、特定の商品を表示しているわけではなく、優良誤認表示や不实告知には該当しないと主張した。

(2) 京都地裁判決

第一審京都地方裁判所は、Xの主張を認めて、Yの広告の差止めを認めた⁽⁸⁾。その理由はおおむね次のようであった。

「景表法による不当表示に対する規制は、商品を購入させるため不当な誘導を社会から排除し、一般消費者の適正な商品又は役務の選択を確保することを目的とするから、ある広告に、字面上、商品名が記載されていないとしても、その一事から当該広告は商品表示ではないとして規制対象から外すのは相当ではない。なぜなら、商品名を表示品広告であっても、多数の消費者が当該広告で行われた不当な説明に誘導されて特定の商品購入に至るという仕組みがある場合には、当該広告をも景表法の規制対象としなければ、景表法の規制目的を達成することが非常に困難となるからである。」

「〔本件広告の場合〕そこに記載された様々な効用に関心を抱いた顧客は必然的に被告商品の購入を勧誘されるという仕組みが取られているのであるから……被告商品の品質に関する表示とみななければならないのである」。

「不当表示規制の趣旨は、商品を購入させるための不当な誘導を社会から排除し、一般消費者の適正な商品又は役務の選択を確保することにあるから、商品の内容について『実際のもの……よりも著しく優良であると誤認される表示（景表法一〇条一号）をしたか否かは、業界の慣行や事業者の認識ではなく、表示の受け手である一般消費者の認識により判断されるべきである……また、同法の『著しく』とは、当該表示の誇張の程度が、社会一般に許容されている限度を超えて、一般消費者の商品選択に影響を与える場合をいうと解される」。

「わが国では、医薬品が、国民の保健衛生上極めて重要であることに鑑み、医薬品の使用によってもたらされる国民の健康への積極的、消極的被害を未然に防止し、その品質、有効性及び安全性を確保するため、薬事法により、医薬品は品目ごとにその製造販売について厚生労働大臣の承認を受けなければならない（一四条一項）、その承認をする際は、その品質、有効性及び安全性に関する調査が行われ、申請に係る効能又は効果を有するか否かを厳格に審査され

ている（一四条二項、五項）。この承認を受けることなく医薬品を製造販売することはできず（五五条二項）、これに違反した場合には刑罰を科せられる（八四条三号）さらに承認を受けていない医薬品につき、その名称、製造方法、効能、効果又は性能に関する広告をすることはできず（六八条）、これに違反した場合にも刑罰が科せられる（八五条五号）……このように、わが国では、薬事法が制定された昭和三五年以降、医薬品は厳格に規制され、国による厳格な審査を経て承認を得なければ製造販売することができず、承認を受けてない医薬品は医薬品的な効能効果を表示することが刑罰をもって禁止されてきたのであるから、〔1〕医薬品的な効能効果を表示する商品があれば、当該商品が当該効能を有することについて国の厳格な審査を経た医薬品であり、〔2〕通常の事業者であれば、承認を受けた医薬品でない商品について医薬品的な効能効果を表示して販売しないであろうという社会通念が形成されているといふべきである」。

「そうすると、医薬品としての承認がなされていない商品について、医薬品的な効能効果が表示されている場合、当該商品は、一般消費者に対し、当該商品があたかも国により厳格に審査され承認を受けて製造販売されている医薬品であるとの誤認を引き起こすおそれがあるから、優良誤認表示にあたりと認めるのが相当である。」

「〔効能効果がないことの立証責任は原告XにあるとのYの主張に対して〕クロレラ粒等の被告商品は、医薬品として製造販売するための承認を受けていない。したがって、研究会チラシが説明するような医薬品的な効能効果があるうかがなからうが、研究会チラシは、一般消費者に対し、当該効能効果が国による厳格な審査を経ているかのごとき誤認を生させるおそれがあり、商品を購入させるための不当な勧誘となり、一般消費者の商品選択に不当な影響を与えるのである。したがって、医薬品的な効能効果を謳う商品の場合、景表法一〇条一号所定の優良誤認表示にあたるかどうか

かを判断するに際し、当該効能効果の有無を問うまでもないのであって、被告の当該主張は採用できない。」

京都地裁は、右のように述べ、Xの請求を認め、差止めを容認した。

(3) 大阪高裁判決

控訴審大阪高等裁判所は、Yにおいて問題となった広告の配布を取りやめていることを重視して、原判決を取り消した。同判決は、景表法一〇条一項に基づく差止請求に対しては、Yがチラシを一新したことを理由にその必要性を否定したが、消費者契約法一二条一項に定められる「必要な措置」については、次のように述べて、これを否定している。

「消費者契約法が、消費者と業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に鑑み、事業者の一定の行為により消費者が誤認し又は困惑した場合についての契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとすること等を目的とする法律であることに照らせば、規制の対象となる同法一二条一項及び二項にいう『勧誘』には、事業者が不特定多数の消費者に向けて広く行う働きかけは含まれず、個別の消費者の契約締結意思の形成に影響を与える程度の働きかけを指すものと解される。そうすると、個別の者に向けた勧誘方法であれば規制すべき勧誘に含まれるが、不特定多数向けのもの等、客観的に見て特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結意思の形成に直接影響を与えているとは考えられないものについては、勧誘に含まれないと解するのが相当である。これを本件チラシについてみると、研究会のチラシの配布は、新聞を購読する一般消費者に向けたチラシの配布であり、特定の消費者に働きかけたものではなく、個別の消費者の契約締結の意思の形成に直接影響を与える程度の働きかけといえることはでき

ない。したがって、上記各項が規制する勧誘に当たるとは認められない。」

(4) 最高裁判決⁽¹⁰⁾

判決を不服としてXが上告した。最高裁は、上告を棄却したが、右記消費者契約法一二条一項の解釈について、次のように述べている。

「上記各規定にいう『勧誘』について法に定義規定は置かれていないところ、例えば、事業者が、その記載内容全体から判断して消費者が当該事業者の商品等の内容や取引条件その他これらの取引に関する事項を具体的に認識し得るような新聞広告により不特定多数の消費者に向けて働きかけを行うときは、当該働きかけが個別の消費者の意思形成に直接影響を与えることもあり得るから、事業者等が不特定多数の消費者に向けて働きかけを行う場合を上記各規定にいう『勧誘』に当たらないとしてその適用対象から一律に外すことは、上記の法の趣旨目的に照らし相当とはいえない。したがって、事業者等による働きかけが不特定多数の消費者に向けられたものであったとしても、そのことから直ちにその働きかけが法一二条一項及び二項にいう『勧誘』に当たらないということはできないというべきである。」

(5) 何のための広告規制か

①優良誤認表示のとらえ方

本判決は、適格消費者団体による差止請求が初めて争われた事例として注目された⁽¹¹⁾。このケースにおいては、被告

Yは、自社の製品そのものを広告したわけではなく、クロレラ一般についての情報をチラシによって配布したに過ぎなかった。したがって、それが景表法による差止めの対象となり得るかどうかがひとつの争点となった。この点について、第一審京都地方裁判所は、景表法の目的解釈を用いて、商品名が明示されていない広告も優良誤認表示規制の適用を受けるとの判断を示している。

問題は、本件において、効能効果を表示した広告が優良誤認表示にあたるかといえるかどうかであるが、京都地裁は、医薬品に対する薬事法の承認制度に根拠を求め、医薬品としての承認を受けていない商品は、その効能効果を表示すること自体が優良誤認表示にあたるとしたのである。したがって、実際にその商品が表示された効能効果を有するか否かを問うことなく、あたかも医薬品のごとくに効能効果を広告すること自体が優良誤認表示にあたるとの立場を取ったといえよう。

しかし、仮にクロレラが表示された効能効果を有していたとしたらどうか。「『一般消費者による自主的かつ合理的な商品等の選択を確保する』という景表法の観点からは、本件商品に標榜されたとおりの効能・効果がある以上、何ら問題がないという考え方も十分成り立ち得ると思われ」⁽¹²⁾るからである。

このことと関連して、京都地裁判決は、商品が実際に優良誤認表示にあたるか否かの証明責任を転換したと考える見方がある。「一般的な主張立証責任の分配の考え方に従えば、当該表示が不当表示であるとして差止めを求める適格消費者団体において主張立証責任を負うべきものと考えるのが自然ではある」⁽¹³⁾が、同判決はこの立場を取らなかった。その結果、医薬品以外で商品の効能効果を表示する広告は、それが具体的な商品名を表示していかなくとも差止めの対象となり、効能効果がないことを証明するまでもなく、差止められるとの解釈を採用したことになる。

もつとも、本件の場合、具体的な商品名を表示していないものの、表示されたクロレラに関する問い合わせ先の電話番号が明示されていたことから、実質的には商品が表示されていたと見ることも可能であつて、京都地裁判決の射程は限定されていると見ることもできよう。ただし、その場合でも、具体的な商品名が明示された広告とは異なり、商品購入の意思形成への影響は間接的なものとどまると考えることもできる。消費者契約法一二条一項に定める「勧誘」に関してではあるものの、大阪高裁が問題にしたのもまさにこのような点であつた。

②消費者契約法一二条一項にいう「勧誘」と営利表現の差止め

この点に関する最高裁の立場は、必ずしも明らかではない。特定の購入層ではなく、一般的な情報の受け手（不特定多数の消費者）に対して働きかけを行う広告も消費者契約法一二条一項の目的から考えて、「勧誘」に当たらないとして「その適用対象から一律に外すことは……相当ではない」との説示からすると、ケースバイケースで適用の可否を判断するとの姿勢が表明されたと考えるべきであろうか。

広告の差止めの観点から見たとき、本件訴訟は、差止めの対象となつた広告内容を今後使用しないとの姿勢を明らかにすれば、請求が棄却されるとの結論が明らかにされた。営利的な広告とはいえ、表現を差止めること自体、大きなインパクトを有するものであることから考えると、大阪高裁及び最高裁の姿勢には一定の合理性がある。

以上のように、薬事法（現薬機法）や景表法にいう「広告」とは何か、それが「広告」以外の表現行為と異なる取り扱いを受けるのはなぜか、そしてその扱いは妥当なのかについては、未だ解明されていない問題が多い。そこで、以下アメリカ合衆国における営利的言論の現状をスケッチすることによって、わが国における営利広告規制のあり方

に一定の問題提起を行うこととしたい。

二 合衆国最高裁判所における医薬品広告の自由

1 アメリカ合衆国における営利的言論法理の展開と医薬品広告

(1) 前提としてのセントラルハドソンテスト

わが国と同様に、アメリカ合衆国においても医薬品販売は、食品医薬品局 (Federal Food and Drug Administration, FDA) の承認を必要とする。⁽¹⁴⁾これに伴い、医薬品の広告も他の領域に比べてより広範な規制権限に服してきたといえよう。FDA 権限は、薬害訴訟や市民運動の興隆を受け、拡大の傾向を見せてきた。⁽¹⁵⁾一方で、一九七〇年代半ば以降、合衆国最高裁判所においては、営利広告の自由に対する保障が大きなテーマとなってきた。ビッグロウ対ヴァージニア州事件⁽¹⁶⁾とヴァージニア薬事委員会事件⁽¹⁷⁾は、それまで第一修正の保障外とされてきた営利広告を表現の自由保障の領域に取り込んだのであった。この傾向は、一九八〇年に判示されたセントラルハドソン判決⁽¹⁸⁾において、営利広告規制に対する合憲性審査基準の定立という形で結実する。

セントラルハドソンテストと称される合憲性判断基準⁽¹⁹⁾は、①広告される内容が違法な活動に関わるものでも、公衆を誤解させるものでもなければ、②主張される政府利益が本質的で、③その規制が政府利益を直接的に促進し、⑤政府利益を促進する以上に強力でないならば営利広告規制が許されるというものであった。合衆国最高裁判所は、その後若干の紆余曲折を経たものの、基本的にセントラルハドソンテストを踏襲し、今日その審査水準は相当に高く、虚

偽若しくは誤解を招く広告のみを規制する法理へと変容したと考えられる。⁽²⁰⁾つまり、真実の内容を誤解を招くような方法で広告するものでなければ、第一修正はその保護を及ぼすということになる。真実の広告を規制するには、相当高いハードルを越えなければならない。

(2) 真実の医薬品広告規制と営利的言論法理 ウェスタンステートメデイカルセンター事件

① 争点と法廷意見

医薬品を製造販売するにはFDAの承認を経なければならないが、すでに承認されている医薬品を混合して調剤する行為は、改めて承認を受ける必要はない。ただし、いくつかの州では、混合薬の提供を患者の要求を受けた医師の処方箋に基づいてのみ調剤できる旨の規制を置いている。連邦議会は、このような方針を制定法にすべく、一九九七年に食品医薬品局近代化法 (Food and Drug Administration Modernization Act of 1997, FDMA) を制定する際に混合薬の提供に関する規定を制定した。その際、混合薬については新薬同様の承認申請を要求しないが、その提供に関していくつかの条件を付したのである。その中に、「医薬品の混合については広告を行うことができず、または特定の医薬品を混合することについて販売促進をしてはならない」との規定を置いた。⁽²¹⁾これに対して、混合薬の調剤を専門に行っている薬局又は薬剤師のグループが広告禁止規定の合憲性を争ったのが、二〇〇二年に判示されたウェスタンステートメデイカルセンター事件である。⁽²²⁾

連邦政府は、「セントラルハドソンテストの第①項目の下で、FDMAの表現関連条項を擁護しようとしているのではなく……FDMAがセントラルハドソンテストの残りの項目を満たす主張しよう」と⁽²³⁾している点が興味深い。混

合薬を調剤する行為自身は法律によって認められている以上、違法とはいえない。それゆえ、このケースでの争点は、真実の医薬品広告を規制することができるかどうかにかき集約される。

同規制を正当化するために、連邦政府は、FDAによる新薬承認手続の簡潔性 (integrity) の利益を持ち出した。混合薬は新薬ではないが、混合することで新しい医薬品を作り出すことに似ているから、これを広告するには、FDAの承認を要するというのである。⁽²⁴⁾ これは重要な利益であって、広告規制はこの利益を直接促進するため、セントラルハドソンテスト第②項目を満足する。⁽²⁵⁾ そして、広告規制という手段を用いなければ、承認を経ない混合薬が広範囲に出回ることになるから、混合薬広告を規制することはセントラルハドソンテスト第④項目を満たすと主張する。⁽²⁶⁾

しかし、合衆国最高裁判所は、この主張を認めなかった。法廷意見を述べるオコンナ裁判官は、セントラルハドソンテスト第④項目について、政府は「当該言論規制が必要以上に強力でないことの主張に失敗している」と判断する。⁽²⁷⁾ すなわち、言論規制を用いる前に利用可能な目的達成手段があるとして、次のように述べる。

「混合薬を調剤することと大規模での医薬品製造とを区別するように、言論とは無関係な方法が利用可能である。第一に、政府はFDAが一九九二年以来、混合薬の調剤と製造を区別するために依拠してきた根拠を用いることもできるであろう。たとえば、混合医薬品の検査器具を販売目的で製造することを禁止するような方法を用いることもできたし、薬剤師がすでに受け取った処方箋に対応するのを超えて、前もって混合薬を調剤することを禁止することもできたであろう」⁽²⁸⁾

② 反対意見との応酬

このような法廷意見に対して、ブライヤー裁判官は、薬務行政の専門技術性から、より敬讓的な審査、すなわち「合理性の基準」を適用すべきとの反対意見を述べている。混合薬の広告を広く認めてしまえば、それを本当に必要としている者以外にも購入意欲が沸いてくることになるのである⁽²⁹⁾。そして、医師に処方箋を書いてもらう際、広告が影響を与えているというデータをもとに、「連邦議会が（広告規制）より規制力の弱い方法で、安全という目的を有効に実現できたかといえば、疑問である」⁽³⁰⁾との考え方を示したのである。しかし、オコンナ裁判官法廷意見は、反対意見の関心は「もし、混合薬に関する真実の情報が与えられたなら、人々が誤った判断をするというような危惧に他ならない」⁽³¹⁾と批判する。

さらに、ブライヤー裁判官は、法廷意見が採用した違憲審査基準についても異論を展開する。すなわち「むしろ合衆国最高裁判所は、より柔軟な審査方法を適用してきたのであって、規制の比例性（proportionality）、規制と目的の関係、目的と手段の適合性を検討してきたのである。そうすることで、本裁判所は、営利的言論に対する規制が『本質的な政府利益』を『直接促進する』か、それは『必要以上に広汎ではない』かを問うてきたのである」⁽³²⁾と述べる。これに対して、法廷意見は、セントラルハドソンテストの厳格さは合理性の基準より高いと反論する⁽³³⁾。

③ カテゴリーカルなアプローチと比例原則

この判決において、合衆国最高裁判所が取ったスタンスは、一九九〇年代半ば以来続く、情報規制に対する厳しい姿勢を継承していると考えてよい。真実の情報を規制することへの警戒といってもいいであろう。人々が誤った判断

をすることを危惧して、真実の情報遮断することは憲法に反する。混合薬を調剤すること自体が禁止されていないのなら、その行為を広告という形態で知らせる行為もまた禁止できないのである。これは、昭和三六年判決奥野裁判官反対意見にも共通する視点であるといえる。

営利的言論に対する審査基準についても、本判決は興味深い論点を提供している。セントラルハドソンテストの水準を高く設定することで、実質的に虚偽または誤解を招く広告のみの規制を許容するテストへと改変させてきたのが最近の判例の流れであった。オコンナ裁判官法廷意見もこの流れに沿った判断をしている。一方ブライヤー裁判官反対意見は、セントラルハドソンテストを比例原則を体现したものと解釈する。

たしかに、セントラルハドソンテストは、比例原則を連想させる審査項目から構成されている。それは、利益衡量テストであり、グローバルモデルとしての比例原則とも類似している。しかし、合衆国最高裁判所は、どちらかといえば、この審査基準の利益衡量的な側面を軽視し、審査項目①を通過した（問題となる広告が虚偽でも誤解を招くものでもない）ならば、残りの項目を厳格に適用するというカテゴリカルな姿勢を明確にしている。オコンナ裁判官法廷意見とブライヤー裁判官反対意見の違いはこの姿勢にあるといえるであろう。

さらに、広告の真実性についても、この判決は興味深い論点を提供している。オコンナ裁判官法廷意見は、混合薬の調剤それ自体が違法でなければ、その行為を広告することもまた違法ではないとの立場をとる。一方、ブライヤー裁判官反対意見は、広告を認めてしまえば、FDAの新薬承認権限を実質的に骨抜きにしてしまうことを危惧している。これは、先に見たクロレラ判決において、広告の内容が真実かどうかを問題にするのではなく、医薬品としての承認を受けていない商品が効能効果を広告することを問題にしている姿勢とも共通する。広告内容の真実性は、実際

にそれが真実かどうかによって決まるのではなく、真実性を担保する手続なり制度を利用しているかどうかで決まるという立場である。混合薬は、すでに承認されている医薬品を混合することによって処方される。それは、新たな承認を要する practice ではないと見るべきか、それとも新しい医薬品と見るべきか。この評価の違いもまた、意見を分けた要素である。

真実の情報を遮断することができると、という問題は、本判決から一〇年を経過した後、新たな医療実務の中で争われることになる。

(3) デイテール活動規制の合憲性 ソレル対IMSヘルス社判決⁽³⁴⁾

①事実と争点

製薬会社は、その医薬品を医師に供給する際、「デイテリング (detailing)」と呼ばれるプロセスを経ている。薬局は、処方箋をデータ処理する際に「処方箋作成者を特定した情報 (prescriber-identifying information)」を受け取り、その情報をデータ解析業者 (data miners) に売る。データ解析業者は、処方箋作成者の行動について報告書を作成し、その報告書を製薬会社に提供する。「デイテ일러 (detailers)」は、製薬会社に雇われた者であるが、その報告書を用いて製薬会社の販売戦略を策定し、医師に対して医薬品の販売促進を行っている。一方、ヴァーモント州処方薬秘密保持法 (Vermont's Prescription Confidentiality Law) は、処方箋作成者の同意なしに、処方箋作成者を特定できる情報を薬局や同様の機関が販売し、それらの機関が販売促進の目的で情報を開示し、製薬会社の販売戦略のために利用することを禁止する、との定めを置いている (Vt. Stat. Ann., Tit. 18, § 4631 (d))。この禁止事項には、「健康促進のた

めの研究 (health care research) 目的での使用などで用いる場合を除外するなど、多くの適用除外事項が定められていた。

被上告人のヴァーモント州にあるデータ解析業者および自らのブランドを冠して医薬品を製造している製薬会社の業界団体 (an association of brand-name drug manufacturers) は、州当局に対して宣言および差止めを求める訴えを提起した。その主張は、§ 4631 (d) が、第一修正表現の自由条項を侵害するというものであった。連邦地方裁判所は、この訴えを退けたが、第二巡回区裁判所は、これを覆し、§ 4631 (d) は憲法に違反して、製薬会社とデータ解析業者に対し、十分な理由なく負担を課すものであると判示した。

② ケネディ裁判官法廷意見

「ヴァーモント州は、本件規制が、医療上のプライバシーを保護し、医薬品の販売促進が患者や州の利益にはならないような処方箋作成につながることを少なくすると主張している。これらの利益は重要であると思われる。しかし、製薬会社が行う販売促進活動を手助けする言論は、第一修正表現の自由によって保護される表現の形態をとっている。結果として、ヴァーモント州法は『厳格な司法審査 (heightend judicial scrutiny)』に服する⁽³⁵⁾」。

「その文面上、ヴァーモント州法は、内容や話者に基づき、処方箋作成者を特定できる情報の販売や情報開示、使用を禁止するものである。同条項は、まず情報購入者の内容に大幅に基づいた適用除外を認めて、情報の有償提供を禁止する。たとえば、一定の教育上のコミュニケーションを行おうとする者は、その情報を購入することができる (§ 4631 (e) (4))。その基準は、情報を受ける話者が販売促進の目的でその情報を用いようとするときには情報開示を

禁止することになる。結局、同条項の第二センテンスは、製薬会社が販売促進の目的のためにその情報を使用することを禁止している。かくして、同州法は、販売促進活動を不利に扱っている。それはすなわち、特定の内容を持つ言論を不利に扱っていることになる。それ以上に、同州法は、特定の話者、すなわち製薬会社を不利に扱っている……同法は、その文面上好ましからぬ話者が好ましからぬ言論を行うことに負担を課すものである。……第一修正は、政府が伝達メッセージに対して同意しないことを理由にして言論を規制するときは常に高められた審査 (heightened scrutiny) を要求してきた……表面上は内容や話者に対して中立的な仮定的な規制であっても、その目的が言論を抑圧するものであったり、表現に対する許されない負担となるものは、憲法に違反する。このことは営利的言論についても変わらない。州側は、本件言論が営利的なものにしか過ぎないことを理由にして、厳格な司法審査は不要であると主張する。保護される言論と経済活動や、より一般的に非表現的な行動との間には差があることは事実である。また、第一修正は公益や行動に対して付随的な規制を課することを禁止していないことも事実である。それは、人種に基づいて雇用を行うことを禁止することによって、『白人の応募者に限る』というメッセージが禁止され、屋外での火気使用を禁止する条例が国旗の焼却を禁止することの理由である。だが、§4631 (d) は、保護される言論に対する付随的な規制を課しているのに止まらない。文面上も運営上も、ヴァーモント州法は言論内容や話者が誰なのかに基づいて規制を課している。規制される言論が経済的な利益から生じているものであっても、それは多くの重要な言論に対する規制と変わることはない。ヴァーモント州法は、単に言論に対する効果を有するだけでなく、一定の内容に向けられ、特定の話を狙い撃ちしている。⁽³⁶⁾」

「やらにヴァーモント州は、§4631 (d) が規制するのは、言論ではなく、単に情報へのアクセスであると主張する。

処方者が特定できる情報は法規制に従って作成されていることから、一種の政府言論であると主張するのである。「また」ヴァーモント州は、本件において厳格な審査は適用されないと主張している。売買や利益移転、処方箋作成者が特定できる情報は行動であって、言論ではないという点がその理由である……「しかし」本裁判所は、情報の作成と伝達は第一修正の意味における言論の範囲内にあると判断する。結局のところ、事実とは多くの言論の出発点であって、人間の知識を発展させたり、様々な問題に取り組むためにどうしても重要なものである。したがって、処方箋作成者が特定できる情報は、第一修正の目的にとつての言論であるとする強力な主張が存在する」⁽³⁷⁾。

「仮に、ヴァーモント州は……説得力があり過ぎると考えた保護される言論を規制するものである。同時に、州は、自分の考え方と一致するメッセージを持つ者には規制を課そうとしてはいない。これは州ができないことである。控訴審裁判所判決を維持する」⁽³⁸⁾。

③合法的活動に関する真実の情報の抑圧

ソレル判決法廷意見の姿勢は、「行為それ自体が適法である以上、その行為を広告する活動も違法となし得ない」と要約できるであろう。この姿勢には、情報規制が各人の自己決定に介入し、自発的な選択を妨げかねないという危惧が控えている。先に述べたウエスタンステートメディカルセンター事件法廷意見の立場が本判決においても維持されていると考えてよい。

ただし、本判決はウエスタンステートメディカルセンター事件と異なり、セントラルハドソンテストの枠組を用いていない。むしろ、職業や立場に焦点を当てて、情報流通を制約するような規制を内容規制（話者規制）と見たところ

ろに本判決の特徴がある。本来であれば、セントラルハドソンテストを適用し、テスト①「広告される活動が合法的か、広告は虚偽若しくは誤解を招くようなものではないか」を通過したならば、政府利益の本質さと規制利益と規制手段の均衡に審査を移していく方法が通例であった。しかし、ソレル判決はこの手順を踏まなかった。ディテール活動規制を内容規制（話者規制）と認定し、厳格審査を適用したのである。これは、営利的言論法理を大幅に変更するものに他ならない。⁽³⁹⁾ それゆえ、今後営利的言論規制に対して、合衆国最高裁判所がどのような姿勢を取っていくのか、どのような審査基準を用いていくのが注目される。

この点について、連邦控訴裁判所判決ではあるものの、ソレル判決を先例として、営利的言論規制の問題に取り組んだ興味深い判決が下されている。項を変えてこれを検討しよう。

（４）ソレル判決の展開 合衆国対カロニア判決⁽⁴⁰⁾

①適用外使用とFDA規制

これまでに述べてきたように、アメリカ合衆国においても、わが国と同様、FDAの承認を受けなければ医薬品を製造販売することができない。承認に当たっては、当該医薬品の適応症についても明示する必要がある。すなわち、医薬品は、特定の効果効能についての医学的実証を経たものでなければならぬ。

しかし、医薬品の多くは、本来の適応症を超えて用いられる（off-label use）ことがある。そして、医師も本来の適用対象以外の症状に対して医薬品を処方することも認められている。適用外処方とは違法ではない。では、特定の医薬品を本来の適用対象を超えて処方することを広告する行為はどうか。FDAはこれを認めていない。⁽⁴¹⁾ 医薬品を承認さ

れた目的以外で用いる広告は禁止されている。

カロニア判決は、中枢神経抑制薬ザイレム (Xyrem) について、適用外使用の販売促進を行ったことが不当表示 (misbranding) に当たるとして、オルファン社 (現在は吸収合併されジャズ製薬となっている) に販売促進担当として雇われたカロニアが起訴されたケースであった。

②判決

多数意見を述べる第二巡回控訴裁判所のチン裁判官は、ソレル判決を意識しながら、基礎の根拠となった不当表示 (misbranding) 条項の解釈とそれを受けた刑事訴追の合憲性という二段構えの審査を適用する⁽⁴²⁾。

まず、誤認表示条項の解釈については、第一にこれが目的外使用の販売促進を禁止するという点において内容規制であると判断する。政府が承認した使用と承認しない使用の間で区別をすることは、*“favored speech”* と *“disfavored speech”* の区別に匹敵するといえる⁽⁴³⁾。第二に、この禁止は医薬品販売業者という話者を標的にした規制であるから、*“speaker based”* な規制であるとする。これは、ソレル判決がデータ処理業者に焦点を当てた規制であると判示したことと同じである。そして、「本件における第一修正に対する主張はソレル判決よりやむにやまれぬものでなければならぬ。なぜなら、本件ではより厳格な審査に服すべき刑事制裁が含まれているからである」と述べている⁽⁴⁴⁾。

次に判決は、刑事制裁の合理性および必要性については、センシティブハドソンテストによることを明らかにしながら、同テストの四項目をそれぞれ審査する。

まず、問題となる活動の合法性については、目的外使用それ自体は禁止されていない活動であることが述べられ

る。⁽⁴⁵⁾ また、政府の規制利益（医薬品の安全と公衆衛生）は実質的なものであると認定する。問題は、本件の刑事制裁がその目的を直接促進するか（審査項目3）と手段が狭く定められているか（審査項目4）であるが、判決は、いずれも否定する判断を下している。承認薬の適用外使用それ自体は禁止されていないのであるから、適用外使用を広告することを禁止するのは、「高度にパターンリスティックなやり方」であるというのである。⁽⁴⁶⁾ また、狭く定められているかについても、言論規制とは関わりないやり方があるはずであって、たとえば、適用外使用それ自体を制限するか、適用外使用の上限を定める方法でも目的は実現できたはずであると述べる。⁽⁴⁷⁾

これらの点から、判決は、販売促進担当者を有罪とした原審を破棄し、連邦地裁に差し戻したのである。⁽⁴⁸⁾

③ 内容規制とセントラルハドソントテスト 二段階の構成

本判決は、ソレル判決後初めて医薬品広告規制の合憲性審査が行われたケースとして注目された。⁽⁴⁹⁾ 第二巡回区控訴裁判所が出した結論は、合衆国最高裁判所の姿勢と同じであったが、審査の枠組として、内容規制（話者規制）か否かという視点に加えて、規制方法の審査に当たってセントラルハドソントテストを用いたところに特徴がある。ソレル判決のように、一定の話者に焦点を当てた規制を話者規制として厳格審査を適用する方法もあったはずであるが、カロニア判決は、規制方法の審査をセントラルハドソントテストの枠組で行ったのである。

ところで、セントラルハドソントテストの水準は、限りなく厳格審査に近い中間段階のレベルにあると考えられるが、医薬品の適用外使用に関する広告を内容規制と判断したのであれば、規制手段の審査も厳格審査における手段審査（必要最小限の規制）を適用すれば事足りたはずであった。しかし、判決はこの方法をとらずに、LRAの審査を適

用したのである。この点は疑問が残る。ただ、ソレル判決が下された直後であり、控訴審裁判所としても合衆国最高裁の姿勢を考慮する必要があると認識しつつ、しかし、合衆国最高裁が長く用いてきたセントラルハドソンテストを適用して事案を解決する方が先例との関係で無難であったと見ることもできよう⁽⁵⁰⁾。また、あえてセントラルハドソンテストを適用したのは、適用外使用それ自体は合法であり、合法的活動の真実の情報は規制できないとの結論を導くためであったと見ることもできよう⁽⁵¹⁾。ここでもまた、真実の情報を規制することが許されないバッテリーナリズムに当たるとの強い姿勢を看取することができる。

では、合衆国におけるこのような姿勢からわれわれは何を学ぶべきなのであろうか。以下、冒頭に述べた二つの判決との関係で、営利的表現規制のあり方について考えてみたい。

三 営利的表現に対する憲法保障のあり方

1 営利的言論保障の構造

(1) 高橋和之教授の問題提起

①話者の自由と聴者の自由

高橋和之教授は、人権の正当化と人権制限の正当化の観点から、合衆国において営利広告が憲法上の保護を受けるに至った根拠を洗い直す。そして、それが「情報の受け手の利益」を援用することで初めて可能となった点を指摘する。しかし、人権は、一人ひとりが「自律的生を生きることにより自己の価値を充実・発展させていくことが

想定されているから……人権として憲法が保障するのは、あくまでも自律的生を生きる本人にとって不可欠の利益なのである」から、「その人権行使が他者の利益や公益に資するというような理由は、人権の正当化根拠にはなり得ない」と述べる。⁽³²⁾つまり、営利的な広告は、話者の利益ではなく、受け手の利益を援用することで初めて憲法上の保護を受けるに至ったのであるならば、「人権」としては正当化され得ないと要約できよう。少なくとも、「日本国憲法の理解としては、人権は個人の自律的生に必要な不可欠だから保障されているのであり、人権の正当化は、あくまでも人権主体の利益として構成されなければならない」というのである。⁽³³⁾

高橋教授が指摘するように、合衆国最高裁判所や合衆国の憲法理論において、営利広告の自由が憲法保障の領域に取り込まれるには、受け手の利益（消費者の利益）⁽³⁴⁾が大きな役割を演じてきた。ただ、高橋教授と同様な問題意識は、合衆国の憲法学説においても早い段階から指摘されており、今日においてもなお、営利広告に対する憲法保障に異議を唱える学説として説得力を失っていない。

② エドウィン・ベイカーと「自由」

その代表は、故C・エドウィン・ベイカー（C. Edwin Baker）⁽³⁵⁾であって、営利広告への憲法保障を全面的に主張するM・レディッシュ（Martin H. Redish）⁽³⁶⁾との間での論争がわれわれの記憶に刻まれている。ベイカーは、表現の自由が個人の自己実現を保障するためにあるとの前提から、市場に支配され、利益動機に導かれた営利的な言論は憲法保障を受けないと主張した。これに対して、レディッシュは、営利広告が情報の受け手の自己実現に奉仕するものであるとの立場に立ち、ベイカーを批判した。もちろん、ベイカーの視点は、人権の正当化根拠としての話者の権利にこ

だわるといふより、何ものにもとらわれず、何ものにも支配されない状況で、自由に発話することこそが表現の「自由」であるとの考え方に貫かれたものである点で、高橋教授の指摘とは、若干関心を異にしているのは確かである。しかし、「表現」の自由を「話者」の自由として構成する点において、両者には共通の要素を見いだすことができる。

ところが、表現の自由の正当化にあたっては、伝統的に、話者の自律や自己実現の観点だけでなく、民主主義への参加や真理の発見（あるいは合意）、社会の安全弁など、それが果たす機能があわせて持ち出されてくることが通常であった。アレクサンダー・マイクルジョン（Alexander Meiklejohn）にしても、トマス・I・エマソンにしても、むしろ表現の自由が果たす役割、機能、そしてその果実を持ち出すことによって、表現の自由を正当化してきたのではなかったか。「なぜ表現の自由が保障されなければならないか」を説明するために、「表現の自由を保障することでのような利益が得られるか」あるいは「表現の自由を保障しなければならないような害悪がもたらされるのか」という点に訴えかけてきたとでもいふべきであろうか。いわば、表現の自由領域では、自由の機能から権利を正当化する論理が用いられてきたのである。

問題は、人権の正当化そのものにかかわるため、高橋和之教授の問題提起に応えるには、より包括的な検討が必要となる。ただ、個々人の権利を保障し、個々人が被っている自由への侵害を回復させることを目的とするアメリカ型違憲審査制においても、個々人の権利侵害は、いわば「引き金（trigger）」であって、「誰に憲法上の問題を提起させるのがふさわしいのか」という「きっかけ」がスタンディングの考え方の根底にあるとするならば、権利の正当化と権利の機能が一体的にとらえられてきたこともあながち否定すべきではなからう。そして、営利広告の自由の場合、情報の受け手の自己実現に焦点を合わせる形で、その保障が拡大されてきた歴史を見ることができよう。

営利的な言論活動は、会社を中心とした話者の自由である。他方、この自由は、情報の受け手の合理的意思決定の自由を援用しながらその保障範囲や程度を拡大してきた。しかし、このことは別段特異なことではない。「真実の情報を伝える自由は規制できない。それは、情報の受け手の自己決定に資するからである」という論法は、営利情報であれ、政治的情報であれ妥当するからである。表現の自由の領域では、「真実」を媒介にして、話者と受け手が結びつく構造ができあがっている。高橋和之教授のように、「自律的生を生きる本人にとって不可欠の利益」を憲法上の人権と捉えるならば、表現が実現し、発見し、あるいは合意する真理は保障の正当化根拠とはなり得ないかもしれない。しかし、誰かが発信する情報を基にして自己実現を図ることこそが憲法保障の根拠であるとする、M・レディッシュのような立場に立てば、営利的言論に対する憲法保障を正当化することも困難ではない。⁽⁵⁸⁾

(2) 真実の営利情報は規制できるか

①情報パターンリズムへの警戒

合衆国最高裁判所における営利的言論規制の関心は、「真実の情報が与えられたなら、人々は誤った行動をする」という仮定に向けられている。これは、昭和三六年大法廷において奥野裁判官反対意見が問題提起した「真実の情報を規制することの可否」に関わっている。受け手の行動を危惧して行うこのような規制を「情報パターンリズムに基づく規制」と呼んでおこう。問題はこれが正当化されるかどうかにある。

この点について、クラスマイヤーとレディッシュは、事の本質が営利的言論規制の問題を超え、自由な社会の前提に関わる問題を含んでいると指摘している。すなわち、「リベラルな民主社会においては、市民と政府の間に暗黙の

内に社会契約が交わされ、政府が各市民の知的な尊厳 (intellectual dignity) を無視するとき、それは崩壊する⁽⁵⁹⁾」と述べるのである。とりわけ、レイディッシュは、営利的言論が全面的に保障されるべきであるとして、次のような主張を展開している。⁽⁶⁰⁾

① 政府は、真実の表現が合法的な活動を伝えようとしていることについて、選別的に抑制するような方法をもって市民の合法的な活動を操作することはできない。

② 表現が自己利益に基づくものであっても、そのことがただちに表現を虚偽やミスリーディングであるとして、憲法保障から除外することにはならない。

③ 表現を規制する政府権限は、行動を規制する権限を上回らない。

④ 政府は、何かを強要する (extortion) ような方法で、憲法上の保障を完全に受ける表現を人質に取る (hostage) ことはできない。

② 内容規制、主題規制、話者規制と営利的言論

ソレル判決は、ディテール活動規制を営利的言論規制とみなしながら、しかし、内容や話者に基づく規制として厳格な審査を適用した。このことから、本判決が営利—非営利の区別を実質的に廃棄した、あるいは廃棄に向けた第一歩を記したと見る学説も存在する。⁽⁶¹⁾ たとえば、H・トムブソンは、「合衆国最高裁判所は……内容規制、話者規制という厳格審査の引き金となる考え方を営利的言論に適用することにより、その保障を引き上げた⁽⁶²⁾」と述べている。そして、「営利的言論に対する内容規制や話者に基づく規制という考え方を導入したのであって、原理の大幅な変更が

あったことを示している」⁽⁶³⁾と述べる。

セントラルハドソントテストは、一種の利益衡量審査であって、また比例原則の表現規制への適用という性格を持っていた。しかし、繰り返しになるが、この審査水準は年々高められてきた経緯がある。仮に、合衆国最高裁判所が営利的言論規制の領域でセントラルハドソントテストを用いないということであれば、一九八〇年以後の重大な判例変更があったことになる。

製薬会社や情報処理会社によるディテール活動を内容あるいは主題、もしくは話者に焦点を合わせた規制と見るならば、一般的に「会社が行う言論」もまた、話者規制に分類されることになる。それが営利的あるいは政治的な意味を持つかどうかを問題にすることなく、特定の話者、トピック、視点を規制するものはすべて厳格審査に服することになってしまう。合衆国最高裁判所が、このような方向に歩みを進めるかどうかは、今後の判例の展開を待って判断するほかないが、少なくともソレル判決は、言論規制に対する審査基準に方向性に大きな変革があることを予兆させるものとなっている。

これは、同じく会社の言論である政治献金が問題となった事例についても当てはまる。合衆国最高裁判所は、政治献金に課せられた総額規制が第一修正に違反するとする判断を下している。⁽⁶⁴⁾そこでもまた、厳格審査を施し、自由な表現空間に政府が介入することを嫌悪するような姿勢が示されているのである。⁽⁶⁵⁾

③情報規制と厳格審査

では、営利―非営利を問わず、なぜ特定の情報を規制することが厳格審査を要求するのであろうか。A・ウルフ

は、三つの視点を明らかにしている。すなわち、①特定情報の締め出しが主題規制に該当すること。「誰が」、「何を」にかかわる規制は厳格審査が必要であるという点。②言論の自由は真理共有の手段 (device) であるというマイクルジョンの視点。③言論の重要性は利益動機とは関係がないというJ・ロックもしくは憲法起草者の視点である。⁽⁶⁶⁾ ウルフは、ソレル判決におけるディテール活動規制は、特定の言論を包括的に規制するものであるから、厳格審査が適用されたとの解釈が明らかにされている。⁽⁶⁷⁾

もちろん、このようなソレル判決の市政に対しては批判的な論者もいる。たとえば、D・オレントリッヒャーは、医療や健康に関する分野において薬務や医務当局に広い裁量が認められてきたのは、製薬会社や医療機関と患者、消費者との間に情報の非対称性があるから、情報格差を埋める手立てが講じられるべきであって、広告規制はその一つであるという。⁽⁶⁸⁾ これは、ウエスタンステートメディアカルセンター事件ブライヤー裁判官反対意見に共通する考え方と見えよう。

(3) 営利的言論概念のゆらぎ

①営利的言論とは何か

合衆国最高裁判所は、営利的言論の定義を何度か試みたことがあった。たとえば、「専ら話者と聴者の経済的利益にかかわる言論」(ヴァージニア薬事委員会事件) が営利的言論であるとされたことがあった。しかし、今日情報の送りと受け手の経済的利益(関心)やその伝達方法(媒体)は多様化している。ナット・スターンは、合衆国最高裁判所が営利的言論に正確な定義を与えてこられなかった過去を振り返りつつ、そこには「健全なプラグマティズムが控

えている」ことを指摘する⁽⁶⁹⁾。

この点は、先に引用したクロレラ広告事件最高裁判決が、不特定多数の者に向けて伝えられる「広告」でも消費者契約法一二条一項にいう「勧誘」に該当する場合があるとしたことと似ている。特定の商品の購入を働きかけるものでも、特定の商品名を明示したものでもない「広告」は営利的言論なのであろうか。ディオバン事件におけるような専門雑誌に掲載された論文やレポートの形態をとるものはどうか。⁽⁷⁰⁾ 利益動機が表現の価値を左右しないとするならば、⁽⁷¹⁾ 営利的言論と非営利的言論の区別は、つまるところあいまいなのではなからうか。そして、このことがセントラルハドソンテストの役割が縮小している理由であるともいえる。

② 営利的言論のスペクトラム

したがって、営利的言論に正確な定義を与えるより、経済的利益に関わる表現活動には一定の範囲があることを認めた上で、各言論にふさわしい対応を考えていく方が生産的である。先に見たスターンは、営利的言論には、①事実を表示しない広告 (Nonfactual advertisement)、②会社のコメント (corporate commentary)、③営利活動への批判 (criticism of commercial practice)、④カモフラージュされた販売促進活動 (camouflaged promotion)、⑤製品広告 (product placement)、⑥営利的言論と科学情報が合わさったもの (commercial speech and science)、⑦その他の文脈の七種類⁽⁷²⁾ 見て取れるという。スターンは、これらの種類に即して対応が図られるべきだと主張する。

また、ジェニファー・ハープブストは、科学的な知見と営利性が分かちがたく結びついているような表現規制の合憲性審査には「高められた中間段階の審査基準 (enhanced intermediate scrutiny)」が適用されるべきであるとして、

そのうち、科学的な要素が強い表現を規制するには厳格審査が必要となると主張する⁽⁷³⁾。表現と結びついた営利性や表現の動機としての営利性は表現の価値を図るものさしではない。科学や医学論文における虚偽性や誇大性は、学界のルールにより判断され、処断されるのが本筋といえる。

この点から考えると、ディオバン事件は、「誘引性」を否定して、薬事法上の「広告」に該当しないという判断ではなく、医学雑誌の掲載された論文も「広告」となり得る可能性を認めた上で、「虚偽」もしくは「誇大」の認定を厳格に行う方法もあり得るかもしれない。ただし、営利性の有無や多少なりとも勧誘の要素が見いだせたなら、これを営利広告として規制対象とすることによって、表現の自由が浸食されるリスクも考慮しなければならない。

レイディッシュは、「真実の広告は規制できない」と断言する⁽⁷⁴⁾。真実の広告が情報の受け手の行動に影響を与えることがあっても、その影響を危惧して行われる規制は許されないというのである⁽⁷⁵⁾。「情報パターンリズム」に対する強い警戒心が表されている。今日、営利的言論規制の合憲性を審査するセントラルハドソンテストの水準は高く、営利―非営利の区別は、保護の水準においてほとんど差がないものと考えられている。両者の区別は、虚偽の営利広告が禁止できるという点に見いだせるのみとなっている。虚偽でもミスリーディングでもない営利的言論は、もはや規制できない。合衆国最高裁判所多数意見の根底にあるのは、このような考え方に他ならない。

おわりに

営利的な表現がより多くの規制を受けるのはなぜか、その規制はどこまで認められるのか、営利的な表現を規制す

る際の適切な判断方法は何かなど、わが国においては解明されていない問題は多い。それは、すべて昭和三十六年大法院判決奥野裁判官反対意見に回帰する問題でもある。一方、消費者契約法による消費者団体の広告差止訴訟が活発になれば、営利広告をめぐる法律論にようやく光が当てられる状況になるともいえる。

行為そのものは適法であるのに、その行為を広告することが規制されるのはなぜか。広告を禁止することで当該行為の頻度や程度を抑制することができるのなら、行為そのものを禁止しないのはなぜか。「正確な情報を与えたなら、人々が誤った判断をする」というパターンリスティックな危惧は表現規制を正当化しない。これが、合衆国最高裁判所における判断の到達点であった。もちろん、裏返せば、「虚偽の情報流すことで人々に誤った判断を行わせる」ような表現は規制対象となる。

薬機法にせよ、景表法にせよ、広告規制の目的は、虚偽情報の流通による誤った判断の防止に置かれているはずである。逆からいえば、適法行為について正確な情報を提供するような広告は禁止してはならない。この観点から考えたとき、過剰な広告規制が行われていないかもまた検討する必要がある。広告規制の対象は、違法な活動もしくは、適法な行為に関する虚偽の情報の規制に限定されるべきである。

(1) 最大判昭和三十六年二月一五日 刑集一五卷二号三四七頁。

(2) ただし、個別意見はこれら問題に対して正面から取り組んでいる。その理論水準は、今日においても目を見張るものがある。詳細については、拙稿「営利的な広告の自由」憲法判例百選第六版六〇事件参照。

(3) 日本経済新聞二〇一七年七月一〇日朝刊。

(4) 東京地判平成二九年二月一六日。判例集未登載。

(5) 日経産業新聞二〇一七年三月一七日。

(6) 景表法は、平成二六年秋の臨時国会において改正され、課徴金制度の導入とともに、条文番号の整理が行われた。その結果、同一〇条は五条に改められているが、引用においては改正前の条文番号を用いた。

(7) 消費者契約法第一二条 適格消費者団体は、事業者、受託者等又は事業者の代理人若しくは受託者等の代理人（以下「事業者等」と総称する。）が、消費者契約の締結について勧誘をするに際し、不特定かつ多数の消費者に対して第四条第一項から第三項までに規定する行為（同条第二項に規定する行為にあつては、同項ただし書の場合に該当するものを除く。次項において同じ。）を現に行い又は行うおそれがあるときは、その事業者等に対し、当該行為の停止若しくは予防又は当該行為に供した物の廃棄若しくは除去その他の当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる。ただし、民法及び商法以外の他の法律の規定によれば当該行為を理由として当該消費者契約を取り消すことができないときは、この限りでない。

2 適格消費者団体は、次の各号に掲げる者が、消費者契約の締結について勧誘をするに際し、不特定かつ多数の消費者に對して第四条第一項から第三項までに規定する行為を現に行い又は行うおそれがあるときは、当該各号に定める者に対し、当該各号に掲げる者に対する是正の指示又は教唆の停止その他の当該行為の停止又は予防に必要な措置をとることを請求することができる。この場合においては、前項ただし書の規定を準用する。

一 受託者等 当該受託者等に対して委託（二以上の段階にわたる委託を含む。）をした事業者又は他の受託者等

二 事業者の代理人又は受託者等の代理人 当該代理人を自己の代理人とする事業者若しくは受託者等又はこれらの他の代理人

(8) 京都地判平成二七年一月二一日 判時二二六七号八三頁。本判決に対する評釈としては以下のものがある。窪幸治「クロレラチアシ配布差止請求事件―京都地裁平成二七年一月二一日判決―」総合政策（岩手大学）一七巻二号二四一頁（二〇一六）、大高友一・志部淳之介「景品表示法に基づく差止訴訟判決」法律のひろば二〇一五年六月号四八頁、山口由紀子「健康食品の薬効を記載した新聞折込チラシの配布差止請求が容認された事例」現代消費者法二九巻八九頁（二〇一五年）。

(9) 大阪高判平成二八年二月二五日、金融・商事判例一四九〇号三四頁。

(10) 最判平成二九年一月二四日 判例集未登載。本判決に対する批評として、「適格消費者団体による優良誤認表示の差止め

請求について、差止めの必要性がないとして原判決を取り消した事例」商事法務二二二二号五九頁（二〇一六年）。

(11) 大友・志部前掲五二頁。

(12) 大友・志部前掲五四頁。ただし、この論考は、京都地裁の考え方を「むしろ適切といえる面もあるのではないか」と述べる。

(13) 大友・志部前掲五四頁。

(14) 21 U.S.C.A § 355a.

(15) Aaron Kesselheim, Prospects for Regulation of Off-Label Drug Protection in Area of Expanding Commercial Speech Protection, 92 N. Cal. L. Rev. 1539, at 1541-3 (2014). 秋元奈穂子前掲一二二頁参照。

(16) Vigelow v. s. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

(17) Virginia State Board of Pharmacy v.s. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 784 (1976).

(18) Central Hudson Gas & Electric Corp. v.s. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557 (1980).

(19) Id. at 566.

(20) 上の点について、拙稿「営利的言論法理の現在」『表現の自由 理論と解釈』一〇九頁（二〇一四年）以下参照。

(21) § 353a (c).

(22) Thompson v.s. Western States Medical Center, 533 U.S. 357 (2002).

(23) 533 U.S. 368.

(24) 533 U.S. 370.

(25) Id.

(26) 533 U.S. 371.

(27) Id.

(28) 533 U.S. 372.

(29) 533 U.S. 379.

(30) 533 U.S. 387.

- (31) 533 U.S. 374.
- (32) 533 U.S. 388.
- (33) 355 U.S. 374.
- (34) *Sorell vs. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011).
- (35) 564 U.S. 553.
- (36) 564 U.S. 566.
- (37) 564 U.S. 570.
- (38) 564 U.S. 580.
- (39) *Thea Cohen*, Notes, *The First Amendment and The Regulation of Pharmaceutical Marketing: Challenges to The Constitutionality of The FDA's Interpretation of Food, Drug, and Cosmetics Act*, 49 Am. Crim. L. Rev. 1945, at 1947 (2012).
- (40) *United States vs. Caronia*, 703 F. 3rd 149 (2012).
- (41) *Federal Food, Drug and Cosmetics Act*, §§ 301 (a), 303 (a) 1.
- (42) 703 F. 3d. 164.
- (43) 703 F. 3d. 165.
- (44) *Id.*
- (45) 703 F. 3d. 166.
- (46) *Id.*
- (47) 703 F. 3d. 167-8.
- (48) なお、本判決には、リヴィングストン裁判官反対意見が展開されているが、ここでは省略する。また、FDAは上訴を見送ったため、本件は連邦控訴裁判所で確定した。
- (49) *Christopher Robertson*, *When Truth cannot be Presumed: The Regulation of Drug Promotion under An Expanding First Amendment*, 94 B.U.K. Lev. 545, 552 (2014).

- (50) Id. at 555.
- (51) Cohen *supra* note 39 at 1966.
- (52) 高橋和之「人権論の論証構造——「人権の正当化」論と「人権制限の正当化」論(1)ジュリスト一四二七号五三頁(二〇一一年)。
- (53) 同「人権論の論証構造——「人権の正当化」論と「人権制限の正当化」論(3)ジュリスト一四二三号七三頁(二〇一一年)。
- (54) 学説の状況を明快に整理するものとして、Nat Stern, In Defense of The Imprecise definition of Commercial Speech, 58 *ML. L. Rev.* 74-9 (1999). 参照。また、拙稿『表現の自由 理論と解釈』(二〇一四年)七五頁以下参照。
- (55) C. Edwin Baker, Human Liberty and Freedom of Speech (1989).
- (56) Martin H. Redish, Freedom of Expression (1984).
- (57) Mark Tushnet, Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law, 54 (2014).
- (58) Martin H. Redish, *supra* note at 55 (1984).
- (59) Coleen Klasmeyer & Martin H. Redish, Off Label Prescription Advertising, the FDA and the First Amendment: A Case Study in the Values of Commercial Speech Protection, 37 *Am. J. & med.* 315, 351.
- (60) Id. at 350.
- (61) Hunter B. Thompson, Whither Central Hudson? Commercial Speech in the Wake of *Sorell v. IMS Health*, 47 *Colum. J. L. & S. P.* 171, 201 (2013).
- (62) Id. at 199.
- (63) Id. at 202.
- (64) *McCutcheon v. FEC*, 134 U.S. 1434 (2014).
- (65) Id. at 1449-50. 拙稿「政治資金規制と司法審査の役割——*McCutcheon* 判決を読む——」比較法雑誌四九卷一号一頁(二〇一五年)。
- (66) Andrew J. Wolf, Detailing Commercial Speech: What Pharmaceutical Marketing Reveals About Bans on Commercial

Speech, 21 W & Mary L. Rev. 1291, 1311-5 (2013).

- (67) Id. at 1322.
- (68) David Orentlicher, The Commercial Speech Doctrine in Health Regulation : The Clash Between the Public Interest in a Robust First Amendment and the Public Interest in Effective Protection from Harm, 37 Am. J. L. & Med. 299, 310 (2011).
- (69) Stern, *supra* note 54, at 57.
- (70) わが国では、高血圧症に用いられるディオバンをめぐる雑誌論文の性格が争われたことがあった。
- (71) Klasmeyer & Redish, at 350.
- (72) Stern *supra* note 54, at 119-127.
- (73) Jennifer L. Herbst, Off-Label “Promotion” May not be Merely Commercial Speech, 88 Temp. L. Rev. 43, 74.
- (74) Id. at 344.
- (75) その意味で、この立論は、「トライブの「情報伝達のインパクト論 (communicative impact)」論に近う。Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 993 (1988).

(本学法学部教授)