

## 比較広告、おとり広告と表現の自由

縣 幸雄

### 一 広告の意義

広告とは、宣伝などの目的で広く一般に情報を流すことをいう。この広告には意見広告と商業広告とがある。意見広告とは、個人、政府、企業、団体等が自己の考えるところをメディアをおして有料で伝達することをいう。商業広告また営利広告とは、商品の販売促進や企業のイメージの向上のために行う情報の提供をいう。たとえば宗教に関係する本の広告のように、いずれの性質を有するものか一義的に判断することが出来ないものもあるが、大方の広告は二分できるものである。

これら広告につき、判例において、次のようにとらえられている。意見広告については、意見広告と反論文掲載請求権をめぐって争われたサンケイ新聞事件で<sup>1)</sup>、意見広告を行うことは表現の自由として保障されるものであるが、アクセス権に関してはメディアの編集権により制限されるべきものとする。商業広告については、あんま師はり師きゅう師柔道整復師法事件で<sup>2)</sup>、商業広告も表現の自由の保障に含まれるが、「もしもこれを無制限に許容するときは、患者を吸引するためややすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来すること

をおそれたためであつて、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保険衛生上の見地から公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない」として、広告は経済的自由の側面を有することから他の言論よりも大きな制限が可能であるとする。また、広告を行う時・場所・方法に関する規制につき、大阪屋外広告条例事件で<sup>3)</sup>、意見広告、商業広告の区別をすることなく、「国民の文化生活の向上を目的とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であるから、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対する許された必要且合理的な制限と解することができる」として、都市の美観風致を維持しおよび公衆に対する危害を防止するために、屋外広告物の表示の場所および方法ならびに屋外広告物を掲出する物件の設置および維持について必要な規制を行うことができるものとしている。

これら判例につき、学説では、サンケイ新聞事件判決の趣旨については異論はみられないところであるが<sup>4)</sup>、あんま師はり師きゅう師柔道整復師法事件判決や大阪市屋外条例事件判決については、批判がある。前者（昭和四五年、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律と法律名を改正）については、最高裁判決の少数意見に示されているように「広告が商業活動の性格を有するからといつ

て——表現の自由の保障の外にあるものということ」はできず、本法七条は、適応症に関する真実・正当な広告まで一切禁止しているが、禁止の合理的根拠を発見しえず、表現の自由を不当に制限した違憲の条項といえるとする。また、学説においても、医薬品等は国民の健康管理に直接に関係するものであるから、これに関する「虚偽または誇大」な記事が国民に与える実害は可能な限り回避すべきものであるが、同法七条は「虚偽または誇大」であるか否かを問わず法律規定の列挙事項以外は全面禁止することは、表現の自由の本質を侵害しているとの批判がある<sup>15)</sup>。過度に広汎であるが故に無効の理論により文面上違憲となりうる法律であるということである。後者については、屋外広告物条例は表現内容中立規制であり、これに適用されるべき違憲性の判断基準としてのLRRAの基準により審査すれば、立看板等の大小を問わず全面禁止とする当条例は、他にもう少し制限的でない手段があると考えられるので違憲となるものとの批判があるし、また広告物の揭示されている場所や性質、その周囲の状況、広告物の数量、形状、揭示の方法などを総合的に考慮し、その地域的美観風致の侵害の程度と広告物にあらわされた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、条例の定める刑事罰を科することは適用違憲となる場合があるとの見解もある<sup>16)</sup>。

この広告の憲法問題に関しては、意見広告、商業広告ともに、その表現内容規制、表現内容中立規制の双方につき、現行の法制度のもつ問題点については、既に多くの論考がなされているところである。本稿では、従来、個別の広告の形態に着目した論考がなされていないことに鑑みて、商業広告のうち、比較広告の規制、おとり広告の禁止の法的問題について、論考を行いたい。この二つの広告を取り上げた理由は、企業の側からすれば、自社の商品を売り込む強力な方策であるが、公平な競争を害するものとして公正取引委員会により前者は規制され後者は禁止されているが、規制緩和と自由な競争の促進という現在の時代の潮流の中で、どのような法的問題を有するにいたっているのか

を、憲法理論より検討して見たいということである。これらの広告の問題は、表現の自由という問題意識より、消費者保護に重点がおかれていたように考えられるとの指摘もある<sup>17)</sup>。商業広告における表現の自由と知る自由という面に重点をおいて現行の規制立法を検討すると、本稿は、比較広告の規制法の文面はパターナリズムの過剰によるものであり、商業広告による自由な競争を損なう表現の自由への侵害と消費者の知る自由への侵害となつてゐること、を指摘したい。そして、おとり広告の禁止については、有名タレントが商業広告に出演することは場合によってはおとりとなり、当該表現行為は憲法の保障外となる行為であることを指摘したい。

## 二 比較広告の規制、おとり広告の禁止

1 独禁法の特別法としての不当景品類及び不当表示防止法四条に規定する違法広告

独禁法一九条は「事業者は不公平な取引方法を用いてはならない」と規定し、「不公平な取引方法」を禁止している。では、どのような取引方法が不公平なのか。公取委は、一六の取引方法を列記し、こうした行為が不公平な取引方法である、と指定した。それには「抱き合わせ販売」「競争者に対する取引妨害」「取引拒絶」「不当販売」「販売価格の拘束」「優越的地位の濫用」などがあるが、その指定項目の一つに「欺瞞的顧客誘引」があり、これに焦点を合わせて制定された法律が「不当景品類及び不当表示防止法」(以下、景表法とする)<sup>18)</sup>である。景表法四条は、不当な表示を禁止する。次のように規定する。

第四条 事業者は、自己の供給する商品又は役務の取引について、次の各号に掲げる表示をしてはならない。

一 商品又は役務の品質、規格その他の内容について、実際のもの又は当該事業者と競争関係にある他の事業者に係るものより著しく優良であ



ると一般消費者に誤認されるため、不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあると認められる表示

二 商品又は役務の価格その他の取引条件について、実際のもの又は当該事業者に係るものよりも取引の相手方に著しく有利であると一般消費者に誤認されるため、不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあると認められる表示

三 前二号に掲げるもののほか、商品又は役務の取引に関する事項について一般消費者に誤認されるおそれがある表示であつて、不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあると認めて公正取引委員会が指定するもの

この一号に関係するものが比較広告であり、三号に関係するものがおとり広告である。比較広告とは、どのような広告をいうものか。それは、特定広告商品の特徴を他社商品または自社のこれまでの商品と比較してその優位性を強調する広告の手法をいう。自社のこれまでの商品と新商品の比較広告は、これまでよく行われてきているが、他社商品との比較はややもすれば中傷・誹謗となりやすいため、日本の広告業界では積極的に採用していない。しかし、皆無ではなく、最近の事例では、九一年に日本ペプシコーラがコカコーラに対してユーモア感覚での挑戦広告を行い、九二年にGMが日産自動車に対して燃費などの比較広告を行い、NTTが新電電各社に対して料金比較を行い、また全日空がJR各社に対して料金比較を行っている。九三年にコンパックと日本IBMがNECに対してパソコンの性能比較を行い、九五年には野村証券と山一証券が銀行預金との利回りの比較広告を行っている(19)。九七年にJR東日本が航空機各社より短時間で東京より秋田に行けることの広告を行っている。これも比較広告である。次におとり広告とは、どのような広告をいうのか。それは、一部商品価格が非常に安いことを強調しながら、広告主にはその商品を売る意思がなく、店に誘導した消費者に他のより高い商品や広告主にとってより有利な

商品を買わせようとする意図しているときは、その広告はおとり広告として広告規制の対象となる(20)。ただ、安売りの広告で、めだま商品として、限定品何個、先着様何名というように条件を明示している場合には、おとり広告にはならない。

## 2 六条による排除命令

景表法四条に違反する広告は、どのような措置がとられるのか。景表法六条は次のように規定する。

第六条 ① 厚生取引委員会は、第三条の規定による制限若しくは禁止又は第四条の規定に違反する行為があるときは、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する公示その他必要な事項を命ずることができ、その命令は、当該違反行為が既になくなっていない場合においても、することができる。

② 公正取引委員会は、前項の規定による命令(以下、排除命令という)をしたときは、公正取引委員会規則で定めるところにより、告示しなければならぬ。

これによれば、景表法四条一号また三号に違反すると公取委が判断した広告は、その広告の排除命令がなされる。この不当広告の排除命令を受けながら、これに違反して広告をなお依然として継続するならば、最終的には独禁法九〇条三号の罪が問われ、二年以下の懲役または三百万円以下の罰金に処されることになる(21)。広告には立看板やポスターなど継続的に表示されているものもあるが、また新聞・テレビのスポットCMのような一過的で反復継続しないものもあり、このような短期のものについては、当該違反行為は既になくなっていないものであるが、このような広告に対しても公取委の排除命令がなされる。これは、排除命令の一般的効力をねらったものであり、広告業界に対す

る対警世的効果を期待するものである。いままでも公取委が不正な広告であるとして排除命令をだした例として五五〇件余あるという<sup>12)</sup>。ここで摘発された不正広告とは、虚偽・誇大広告であつて、すべてが違法な比較広告やおとり広告であつたということではない。

### 3 一〇条による公正競争規約

広告の規制には、国による法的規制と広告主やメディアによる自主規制があるが、その中間に景表法一〇条による業者間の不正競争規約がある。次の如くである。

第一〇条① 事業者または事業団体は、公正取引委員会規則で定めるところにより、景品類又は表示に関する事項について、公正取引委員会の規定を受けて、不当な顧客の誘引を防止し、公正な競争を確保するための協定又は規約を締結し、又は設定することができる。これを変更しようとするときも、同様とする。

② 公正取引委員会は、前項の協定又は規約（以下「公正競争規約」という）が次の各号に適合すると認める場合でなければ、前項の認定をしてはならない。

- 一 不当な顧客の誘引を防止し、公正な競争を確保するために適切なものであること。
- 二 一般消費者及び関連事業者の利益を不当に害するおそれがないこと。
- 三 不当に差別的でないこと。
- 四 公正競争規約に参加し、又は公正競争規約から脱退することを不当に制限しないこと。

以下 略

この公正競争規約の趣旨は、次のことにある。企業活動は、むやみに

取り締まればよいというものではない。企業のバイタリティーは、自由闊達な市場活動から生まれてくるものであり、法律的にみても、企業の活動は私的自治の原則と関連している。景表法一〇条の定める公正競争規約は、広告に関する企業の自由を促進しつつ公的な統制も加えようとするものであり、法規制と自主規制の中間にあつて景表法の目的を業界に徹底しようとするものである。公正競争規約の例として、チョコレート、チュウラインガム、化粧石けん、歯磨き、農業機械、自動車、ビールなど、一〇〇余を数える。この制度の難しい点は、その規約の厳しさの度合いにあるという。内容を厳しくすると、規約に参加する会社の数が少なく、結局はそれに加わらない会社に利するということになり、逆に規約を緩やかにすると、多くの会社の参加は得られるが、内容が業界の利益に寄りすぎて規制の主旨が曖昧になるということである<sup>13)</sup>。

### 4 自主規制および日本広告審査機構など

広告の規制には、前述のように、法的規制と自主規制がある。この自主規制については広告主（広告団体）、広告会社、メディアによって行われる。広告主によるものとしては、広告倫理綱領（全日本広告連盟）、企業と消費者（日本広告主協会）などがあり、広告会社によるものとしては、日本広告業協会倫理綱領、屋外広告倫理綱領（全日本屋外広告業団体連合会）などがあり、メディアによるものとしては、新聞広告倫理綱領および新聞広告掲載基準（日本新聞協会）、新聞折り込み広告基準（日本新聞協会加盟新聞社）、日本民間放送連盟放送基準、放送広告契約基準、雑誌広告倫理綱領（日本雑誌広告協会）、雑誌広告掲載基準などがある<sup>14)</sup>。これらの綱領等に共通するものは、虚偽・誇大・誤認・中傷・誹謗・不公正な取引を行う広告を禁止し、また広告の量の制限を行うものもある。本稿のテーマである比較広告の規制については、明言しているわけではないが、これら綱領等によつても、中傷・誹謗となる広告として自制されるべきものであろうし、おとり



広告の禁止については、不公正な取引を行う広告として取り扱わないものとしていることになる。

これら網領等に反した広告を行った場合には、どのような措置がとられるのか。広告の真实性を確保するための自主的組織として、一九七四年に日本広告審査機構（JARO）である。この機構は広告主、広告会社、広告メディア、学識経験者により、組織され、消費者からの広告についての苦情や問い合わせがあると、簡単なものならば、事務局が広告主や業界団体に問い合わせを返答を行う。それで、問題の解決ができない場合には、問題のレベルに応じて事務局、業務委員会、審査委員会へと送る。この審査委員会は、学識経験者によって構成されており、広告の適性、不適性を決定する最高機関である。広告主が審査委員会の決定に従わない場合には、名前を公表し、メディアに広告の差止めを依頼するなどの措置をとる<sup>15)</sup>。これは、業界として、公取委の排除命令をまつまでもなく、不適正な広告をみずから排斥しようとするものである。

### 三 商業広告と消費者保護

#### 1 表示と広告

景表法で、不当表示として防止されるべきものはなにか。表示と広告は本来は別の概念である。表示とは消費者が商品の選択、使用する上での情報としての機能を果たす表記等であるのに対して、広告は消費者に対して、商品・サービスの知名度を高め、その特性を理解させることにより消費者の購買意欲を高めようとするものである。すなわち、表示は、商品の名前、品質、量、取扱方法などについて誤認を避け、内容をよく理解させるための情報である。これに対して、広告は、商品等の知名や購買の動機付けが主たる役割となる<sup>16)</sup>。しかし、景表法では、次のように規定する。

#### 第二条 ① 略

② この法律で「表示」とは、顧客を誘引するための手段として、事業者が自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について行う広告その他の表示であつて、公正取引委員会が指定するものをいう。

この規定によれば、表示という語には、広告もその他ラベル、カタログもすべて含むということであり、その区別を行っていない。このことは、消費者保護の見地より、区別を行うことなく、どのようなものであれ不当表示を禁止しようとするものである。

それでは、不当表示とは、どのようなものをいうのか。前記したように、景表法四条は、この不当表示を三項目にかけてる。それらは、一号の商品等の内容についての「優良誤認」、二号の取引条件についての「有利誤認」、三号の公取委が指定するものである。第一の優良誤認は、表示が真实性に反する虚偽・誇大広告と当該事業者と競争関係にあるものより著しく優良であるとの誤認をもたらす比較広告を禁止する。第二の有利誤認は、「不当な価格表示に関する景表法第四条第二号の運用基準」（昭和四四年）として二重価格の表示規制がある。これは、小売業者が商品について実際に販売する価格にこれよりも高い価格を併記するなど実売価格に「比較対照価格」を付して、取引条件を有利にしようとするものであり、この手の広告は禁止される。第三の公取委の指定事項には、「無果汁の清涼飲料水等についての表示」（昭和四八年）、「商品の原産国に関する不当な表示」（昭和四八年）、「消費者信用の融資費用に関する不当な表示」（昭和五五年）、「不動産のおとり広告に関する表示」（昭和五五年）、「おとり広告に関する表示」（平成五年）などがある。

#### 2 公取委の比較広告、おとり広告に関するガイドライン

公取委は、一九八七年、「比較広告に関する景表法上の考え方」を示

し、景表法では比較広告を制限ないし禁止するものではない、としている。次の如くである。

昨今の貿易摩擦問題に関連して、外国企業等から「日本では比較広告が規制されているため、一般消費者に対し輸入品の内容や特徴を知らせる機会が少なく、輸入品の販売における効果的な広告宣伝活動が妨げられている」との批判が聞かれるが、比較広告に対する景品表示法の基本的考え方は、次のとおりである。

- ①景品表示法第四条は、自己の供給する商品の内容や取引条件について、競争事業者のものよりも、著しく優良又は有利であると一般消費者に誤認される表示を不当表示として禁止しているが、競争事業者の商品との比較そのものについて禁止し、制限するものではない。
- ②望ましい比較広告は、一般消費者が商品を選択するに当たって、同種の商品の品質や取引条件についての特徴を適切に比較し得るための具体的情報を提供するものである。したがって、例えば、次のような比較広告は、商品の特徴を適切に比較することを妨げ、一般消費者の適正な商品選択を阻害し、不当表示に該当するおそれがある。
  - ア 実証されない、又は実証され得ない事項を挙げて比較するもの
  - イ 一般消費者の商品選択にとって重要でない事項を重要であるかのように強調して比較するもの及び比較する商品を恣意的に選り出すなど不公平な基準によって比較するもの
  - ウ 一般消費者に対する具体的な情報提供ではなく、単に競争事業者又はその商品等の中傷し又はひぼうするもの

このガイドラインによると、アについては、たとえば自動車の燃費比較を行う場合には一〇モード法で計測するとか、相当数のサンプルを選んで行う無作為抽出法による調査結果にもとづく比較広告であるとすか、また調査機関として広告主とは関係のない第三者がおこなった調

査（国公立の試験研究機関のデータなど）による比較広告であることが要請される。イについては、たとえば自社のデラックス・タイプと他社のスタンダード・タイプの比較、自社の新製品と他社の旧型製品の比較などが、不当表示となる。ウについては、単に競争事業者や商品を隔れるために殊更にその欠点を指摘するものや、事実にもとづくものであっても、相手の信用失墜や人身攻撃にわたるものは、不当表示を行う比較広告となるものである<sup>177</sup>。このように比較広告を行うことは、現行法上は上記の事柄を遵守するならば問題はなく、比較広告を行う広告主は下位の企業が上位の企業に対する挑戦広告として、有効な広告のあり方でもある。しかし、日本においては、比較広告はあまり盛んではない。それは、他社の悪口をいうという意味で日本の国民性に合わないということもいえるが、日本の広告会社の特殊性によるとの指摘がある。アメリカにおいては、広告主との取引で一業種一社の原則が強く守られるため、誹謗直前の表現で大胆に比較をしている。しかし、日本では競争相手の会社も同時に得意先としていることが多く、あまり露骨に比較を行うことができないという事情によるものといわれている<sup>178</sup>。

次に、おとり広告のガイドラインである。次の如くである。

- 一 一般消費者に商品を販売し、又は役務を提供することを業とする者が、自己の供給する商品又は役務の取引（不動産に関する取引を除く）に顧客を誘引する手段として行う次の各号に掲げる表示
- 一 取引の申出に係る商品又は役務について、取引を行う準備がなされていない場合その他実際には取引に応じることができないその商品又は役務についての表示
- 二 取引の申出に係る商品又は役務の供給量が著しく限定されているにもかかわらず、その限定の内容が明瞭に記載されていない場合のその商品又は役務についての表示



三 取引の申出に係る商品又は役務の供給期間、供給の相手方又は顧客一人当たりの供給量が限定されているにもかかわらず、その限定の内容が明瞭に記載されていない場合のその商品又は役務についての表示

四 取引の申出に係る商品又は役務について、合理的理由がないのに取引の成立を妨げる行為が行われる場合その他実際には取引する意思がない場合の商品又は役務についての表示

このガイドラインによると、一については、たとえばビラ等において安価な商品を販売することを記しているが実際にはその商品を用意していない場合であり、二についてはその商品が用意されていても数が著しく少ない場合には、それぞれおとり広告となる。三については、たとえば「早いもの勝ち」との表示をするにつき人数を明記しない場合であり、四については広告した商品の欠点をあげ他の商品を販売しようとする場合には、これらはおとり広告となる。

#### 四 商業広告と表現の自由

##### 1 消費者が不当表示より保護される憲法上の根拠

不当表示の排除により保護される法益はなにか。不当な比較広告の規制については他の事業者を中傷・誹謗より守るという意味もあるが、その主たる法益は不当な広告によって消費者が惑わされないというコンシューマリズムによるものである。また、おとり広告の禁止もコンシューマリズムによるものと考えられる。コンシューマリズムは、ケネディ政権下、自動車欠陥問題を契機にラルフ・ネーダーの運動により展開されてきた社会運動を取り入れたものであり、暮らしを取り巻く全領域を対象として消費者の立場を最優先させるべきであるとし、消費者には四つの権利があるとされる。それらは、安全である権利、知る権利、選ぶ権利、意見を反映させる権利であるとする<sup>(19)</sup>。消費者保護基本法は、一九六〇年代大きな社会運動となつてこのコンシューマ

マニズムの影響をうけて制定されたものであり、本稿のテーマに関しては、この知る権利、選ぶ権利にもとづき、次のように規定している。

第一〇条 国は、消費者が商品の購入若しくは使用又は役務の利用に際しその選択を誤ることがないようにするため、商品及び役務について、品質その他の内容に関する表示制度を整備し、虚偽又は誇大な表示を規制する等必要な施策を講ずるものとする。

このように、表示の適正等を、消費者保護に関する施策の一つとしてあげている。消費者保護基本法は、一九六八年に制定された。すでにこれ以前より景表法は制定されているが、この一〇条にもとづき、前記のような細部にわたる比較広告とおとり広告のガイドラインが改めて出されたものといえる。

ところで、消費者が保護されることは、憲法上の権利といえるものか。すなわち、憲法上、明記はされていないが、個人の尊厳のために不可欠な権利として、消費者は、幸福追求権、知る権利などと同様の意味で、事業者の不当な表示から保護される権利を享有するにいたっているものであるのか。コンシューマニズムによる消費者の権利は、社会運動にもとづく立法政策の効果であつて、憲法上の権利による必然の成果であるとはいいたい、と考える。国民はすべて消費者であり、一般の国民と異なつた消費者という格別の地位を有し、その地位に固有する権利があるものとするものではない。たしかに、憲法は国民のうち勤労者の地位を認め、そして労働基本権を明文をもって保障している。これと同様に国民のうち消費者の地位を認め、消費者になにかの権利が保障されているとの主張もありうるであろうが、もし消費者の権利が憲法上の権利とするならば、勤労者の場合と同様に明文をもって消費者の地位を認めその権利の内容を特定していなければならぬはずだからである。つまり、国民の中には、天皇、未成年者、公務員、被拘禁者などの地位があり、その地位に応じた格別の扱いがあ



ることを規定しているが、この類の規定が消費者に対して行われていないし、また勤労者は国民の中の一定の者と特定できるが消費者は文字どおり国民全員であり、これにつき特別の権利があるとは言いがたいからである。

しかし、この権利性がないことをもって、消費者が憲法上のなんらの保護を受けないというものではない。市場経済の下で犠牲になりやすい消費者の利益を守るために行われる事業者の経済活動に関する社会国家また福祉国家による規制の結果と解するのが妥当であろう。独禁法による「事業者は不正な取引方法を用いてはならない」とする公正な経済活動を確保するために、不正な広告を行う表現の自由を憲法が保障しているとは言い難く、事業者の表現の自由における内在的制約として前記したような比較広告の規制を受け、おとり広告が禁止されているということである。

## 2 広告内容の規制

広告は、その内容に関して規制をうける。一つは、広告の内容が正しくとも規制をうける場合がある。それは、公共の福祉の基準によるべきとされる領域の広告であり、公共の安全もしくは健康にとつて有害なものとの広告は禁止される。あんま師はり師きゅう師柔道整復師法による規制は、営業それ自体の能力の広告に属するものであり、虚偽誇大広告でなく「真実の広告」を制限するものであるが、<sup>120</sup> ややもすれば虚偽誇大にながれ一般大衆を惑わす虞があるとして判例はこれを合憲とした。この判決には、批判があることについては、既に指摘したところである。また、海外の事例の見られるタバコや酒の広告規制のように虚偽誇大でない広告であっても規制されるのも、この基準によるものといえる。<sup>121</sup> 他の一つは、虚偽誇大の基準というべきものであり、詐欺的・欺瞞的・誤導的な広告は禁止される。営利的言論の自由は、非営利的言論の自由よりも保障の程度が低いということにその根拠が求められる。景表法による規制また薬事法などにその規定

の例が見られる。

このように経済活動の自由、そしてその一環としての広告の自由を規制することは、消費者を保護する目的のために行われる措置であるが、その手段としての景表法の規定する内容の合理性の有無が問題となる。公取委が保護すべきとする消費者のレベルは「高校卒業の（標準的な知識水準の）、一般家庭の主婦が（専門的知識はないが買い物の経験のある人が）、午後五時頃（少し不注意になっている状態で）、市場で買物をするとき（少しでも安く良い物を買おうとしているとき）、間違ふような表示は、不当表示である」としている。<sup>122</sup> この基準の設定は、その内容の表記の仕方の当否は別にして、特に専門的知識を有しない者が、悪意をもった広告に誘導されて購入することが予想されるものを不当表示としている。また一定の事項の広告を禁止するあんま師はり師きゅう師柔道整復師法もこの基準を想定して制定されたものといえよう。ところで、このようなバターナリスティックな国家介入をすべての商業広告に対して行うとする現行法の規定に合理性があるのかにつき、二重の意味で疑問がある。一つは、景表法の規定の文面が過度に広汎であるが故に商業広告の自由を萎縮せしめているということ、他の一つは、景表法の保護により消費者は知る権利を妨害されているということである。特に、この後者については、商業広告は、高度な情報化社会における国民の知る権利や商品の優劣に関する情報公開との関連で捉えるべきものであって、広告が虚偽誇大であつて消費者の自由な判断を誤まらしめる蓋然性が高いが故に制限すべきという侵害原理（明白にして現在の危険が及ぶ危険有害医薬・食品や無知な弱者への違法な契約強制など）に限定すべきであつて、これによらない分野については消費者の知見と選択は広告の自由市場の雑菌のなかで高められていくものだ、ということである。<sup>123</sup> そして、おとり広告は、詐欺的な要素をもつ悪意をもった表現であるが故に保障される合理的理由はなく、広告の自由の市場より退席を求められる表現であると考えられる。



### 3 比較広告

比較広告は、それが事実であり、欺瞞性がない場合には、消費者にとって重要な商品についての情報であり、また生産者にとっても商品の改良を促し、市場の活性化を引き出すものである。この意味で、真実の比較広告そのものは、正当なものとされ、実定法で禁止されてはいない。景表法四条一号は「商品又は役務の品質、規格その他の内容について、実際のもの又は当該事業者と競争関係にある他の事業者の係るものよりも著しく優良であると一般消費者に誤認されるため、不当に顧客を誘引し、公正な競争を阻害するおそれがあると認められる表示」は、違法な比較広告である。ここに「著しく優良であると一般消費者を誤認される」比較広告の意義につき、前記したように、一九八七年に公取委は「比較広告に関する景表法上の考え方」とするガイドラインを示し、限定的に適用するものとしている。しかし、景表法の規定の文面は、比較広告に対して制限的に規定しており、過剰な自主規制を引き出す結果となるものであるといえる。当該規定が、商業広告の自由と消費者の知る自由を侵害する違憲なものとはいえないとしても、バターナリズムの過剰による当を失した文面であるといえよう。侵害原理によって厳密に保護されるべき領域外にあるものは別して、これ以外の広告で、真実とはいえない比較広告を行った場合、損失を受けるのは、消費者か、それとも比較された事業者であるのか。その双方とも損失を受けるものであろうが、真実を見極めた消費者は二度とその事業者の広告を信用しない。また比較された事業者は不正競争防止法二条一号の「競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知し、又は流布する行為」により、不当に信用を害された虚偽の事実が流布されたとして、同法七条により信用回復の措置を求め、謝罪広告を行はしめればよい。悪意のある比較広告は、広告の自由の市場より自然に淘汰されていくものであり、比較広告を、一般的に規制するような景表法四条一号の規定の仕方は、妥当とはいえないと考える。

比較広告は、アメリカでは盛んに行われている。アメリカの不当表示に関する規制立法として、FTC（連邦取引委員会）法がある。その五条a(1)は「商業における、あるいは商業に影響を及ぼす不正な競争方法、および不正または欺瞞的な行為または慣行は、これを違法とする」と規定し、この条規にもとづき欺瞞的な広告を連邦取引委員会は摘発し、撤廃命令を出すものであるが、比較広告につき、一九七九年に比較広告を奨励する告示「基本的声明」を出している。それは、①業界のコードおよび基準の中には、比較広告の使用を妨げていると解釈できる用語を含んでいるものが多い。当基本方針声明は、業界の自主規制が広告主の行う適正な比較広告を制限しないよう宣言したものである。②この基本方針声明において、比較広告とは「客観的に測定可能な特性または価格について他のブランドと比較し、そのブランドの名称、描写、その他区別情報によって識別した広告」と定義する。③競業企業を名指し、また言及を奨励する一方、消費者に対する欺瞞を避けるために必要な裏付、または表示を義務づける。さらに放送業者または自主規制団体は適正な比較広告の使用を制限してはならない。④比較広告は、それが事実であり、欺瞞性がない場合、消費者にとって重要な情報源であり、合理的な購入決断を行う場合の助けとなる。比較広告は商品の改良と刷新を促し、市場における価格を引き下げることができる。⑤比較広告を制限している業界コードは、FTCによる行政措置の対象となる。他の表現よりも比較広告に対して高度の立証責任を課している業界コードと運用規定は不適當であり、訂正しなくてはならない。<sup>129)</sup> このように、アメリカでは、比較広告を奨励するのであるが、本来どのような表現を行うかは自由であり国家が介入し容喙しないことが基本であるが、FTCはこれを行うことができるという。これが認められる理由は、表現の自由を保障する修正一条は、営利、非営利的表現を等質的に扱えば修正一条の希薄化を招くとして、保障には差があり偽り・詐欺的・誤解を招く不明確な広告は排斥されるべき、とする論理に準拠するものであろう。<sup>125)</sup> アメリカでは、広告



の自由の保障の程度は低く、それだけ国家の広告に対する合理的理由による介入は経済的自由における国家の介入との接点があるが故に、強度の介入を可能とする。その一環として、比較広告の勸奨が理解される。

比較広告には、他社名をあげて行う指名比較型、「何%の人が使用する」というような無指名比較型、「世界一流品に匹敵する」というようなあやかり比較型があるが、<sup>126</sup> 日本では、指名比較型はあまり見られない。消費者にとって、この中で、指名比較型が最も刺激的で役立つ情報提供となるが、あまり行われていない。その理由は、前記したところであるが、同一の広告会社が同種の競合する会社の広告を扱うため、その商品の優劣をアピールすることができないという、業界の自主規制にある。この規制は、アメリカではFTCの基本方針の5に該当し、行政措置の対象となる慣行と思われる。アメリカでは、一社は一広告であり同種の商品の広告は行わない。この類のことを、日本の公取委が行うことは、消費者の知る権利に資するものであり、禁じ手とされているものではないと考える。

#### 4 おとり広告

おとり広告は、景表法四条三号により禁止される。おとり広告は、明白に虚偽の広告で顧客を誘引しようとする欺瞞行為であり、商業広告における表現の自由の保障の範囲外にあることはいうまでもない。人を騙す権利は保障されるものではないからである。情報化社会においては、商業広告は、イメージに訴えることが多い。その有力なイメージ広告として位置づけられるものは、有名・人気タレントを使用しテレビなどをとおして語りかけ購入を勧める広告であろう。この広告は、その製品をそのタレントがその影響力を使用しその購入を広く宣伝するものであるが、その製品をタレントが愛用していない場合、それは、広告会社はそのタレントをおとりとして使用し、そのタレントは多額の報酬をえて自らおとりとなって消費者を誘引しようとしている宣伝

行為であると、解することができる。

この広告は、景表法四条三号に規定する「一般消費者に誤認されるおそれのある表示であつて、不当に顧客を誘引」する行為に該当するものとはいえないのか。この類の出演行為は、憲法二一条の保障する表現の自由としてではなく、相当の注意を怠つて出演をした場合には公序良俗に反する経済行為の問題として把握するべきものと考ええる。いまままで、悪徳商法の宣伝に利用されたタレントとしてその者のイメージダウンでとどまった例、広告出演に際して広告主の業務内容につき注意義務を怠つた注意義務違反があつたとして損害賠償を命ぜられた例があつた。アメリカのFTCでは、広告に出演するタレントがその広告商品の愛用者でないときは、「欺瞞広告」に当たる可能性があるとい指摘している。<sup>127</sup> 日本においても、明白に虚偽の営利的言論は、憲法の保障外にあるものであるから、景表法四条三号よりタレントの表

現行為を除外すべき理由を見出しがたい。

- 1 最高判 昭和六二・四・二四
- 2 最高判 昭和三七・二・一五
- 3 最高判 昭和四三・一二・一八
- 4 例えば、芦部信喜「憲法(新版)」(岩波書店)一六二頁 佐藤孝治「憲法(第三版)」(青林書院)五四三頁。
- 5 奥平康弘「ジャーナリズムと法」(新世社)三二頁。
- 6 市川正人「立看板の規制」岩間昭道・戸波江二編 別冊法学セミナー司法試験シリーズ第三版憲法Ⅱ(日本評論社)一四三頁。
- 7 土居靖美「アメリカにおける商業広告による表現の保護基準」愛媛法学会雑誌第一一巻二号 一頁以下。
- 8 高桑未秀「広告の世界史」(日経新聞社)三四頁。
- 9 現代用語の基礎知識一九九八 四〇一頁。
- 10 現代用語の基礎知識一九九八 三九三頁。
- 11 私的独占の禁止及び公正取引に関する法律違反・宅地取引法違反被告事



- 件 判例時報第六一九号 二五頁。
- 12 八卷俊雄・梶山皓「広告読本(第二版)」(東洋経済新報社) 二二五頁。
- 13 八卷俊雄・梶山皓 前掲書 二二二頁。
- 14 八卷俊雄・梶山皓 前掲書 一三〇頁。
- 15 梶山皓「広告入門」(日経新聞社) 一七七頁。
- 16 八卷俊雄・梶山皓 前掲書 三三二頁。
- 17 豊田彰「広告の表現と法規」(電通) 一二五頁。
- 18 寺田信之介「よくわかる広告業界」(日本実業出版社) 一五四頁。
- 19 現代用語の基礎知識一九九八 八七六頁。
- 20 石村善治「憲法判例百選(第三版) I」(有斐閣) 一一六頁。
- 21 豊田彰 前掲書 三一頁。
- 22 豊田彰 前掲書 七一頁。
- 23 保木本一郎「マスコミ判例百選(第二版)」(有斐閣) 一三五頁。
- 24 岡田米蔵・梁瀬和男「広告法規」(商事法務研究会) 三二六頁。
- 25 アメリカ法における広告の規制に関する判例の研究としては、土居靖美・前掲論文、大林文敏「広告規制と第一修正」・川岸令和「营利的言論の規制と第一修正」憲法訴訟研究会若部信喜編「アメリカ憲法判例」(有斐閣) 五二頁、五八頁。
- 26 山口朔生「比較広告はここまでできる」(中央経済社) 一五九頁以下。
- 27 岡田米蔵・梁瀬和男 前掲書 三四頁。