

健康食品クロレラ広告配布差止等請求事件

神坂 亮一*

The Health Food “Chlorella” Advertisement Trial

Ryôichi KAMISAKA

要 旨

健康食品「クロレラ」を紹介する広告で、薬効があるかのように表示することが不当景品類及び不当表示防止法（景表法）等に違反するとして、その表示及び広告配布の差止めが認められた原審（京都地判平成27年1月21日〔平成26年（ワ）第116号〕、判時第2267号83頁）から一転して、被控訴人の主張が認容されなかった事案（大阪高判平成28年2月25日〔平成27年（ネ）第503号第3民事部判決〕、判時第2296号81頁）について紹介し、さらに営利的言論である広告の規制根拠として景表法が妥当であるか否かを検討した。

キーワード：国民の権利の保障，広告・表示，景表法，消費者契約法，営利的言論

1. 本判決の概要

(1) 当事者

被控訴人（原審における原告）である特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワーク（以下、X）は、平成19年12月25日に消費者契約法第13条第1項に基づく内閣総理大臣によって認定を受けた適格消費者団体である。一方、控訴人（原審における被告）であるサン・クロレラ販売株式会社（以下、Y）は、健康食品の小売販売等を目的とする株式会社であるとともに、不当景品類及び不当表示防止法（以下、景表法）第2条第1項及び消費者契約法（以下、消契法）第2条第2項の「事業者」に該当する。

*非常勤講師 医事法学（明治大学 ELM 客員研究員）

(2) 事案の概要

Yは、クロレラ及びウコギを含有する商品（以下、Y商品）を不特定多数の消費者に対して販売している。しかし、Y商品はいずれも薬事法（現在は薬機法）第2条第1項第1号に規定されている医薬品でも、薬事法第14条第1項によって承認を受けて製造販売されている医薬品でもない。

それにも拘らず、Yの組織の一部である日本クロレラ療法研究会（以下、クロレラ研究会）によって作成されたクロレラ及びウコギの薬効を紹介した新聞折込チラシ（以下、研究会チラシ）が不特定多数の消費者に定期的に配布されていた。

特に、研究会チラシには、クロレラ及びウコギを摂取することで、様々な効果があることが示されていて、具体的には、これらを服用することで、腰部脊柱管狭窄症、肺気腫、自律神経失調症、高血圧等の慢性疾患の症状が改善されるといった体験談も記載されていた。更に、研究会チラシを見て、Y商品に興味を持った消費者がクロレラ研究会に資料請求すると、クロレラ研究会作成の資料だけでなく、Y商品のカタログ及び注文書も送付されていた。

そこで、平成25年10月11日に、クロレラ研究会はYの会社組織の一部に過ぎないから、研究会チラシを作成し配布したのはY自身であることを前提にして、研究会チラシがY商品の内容を表示するもので、景表法第10条第1項第1号及び消契法第12条第1項及び第2項に基づき、当該チラシの配布が優良誤認表示又は不実告知に当たるとして、XはYに対して消契法第41条に規定された事項を含む書面による当該チラシの差止請求を行った。

原審では、Yは、研究会チラシを配布することで、Y商品の内容について優良誤認表示を行ったことを認めて、「今後も、自己又は第三者をして、Y商品の内容について」「優良誤認表示を行うおそれがあると認められる」と判示した。そこで、Xは、景表法第10条第1項第1号に基づき、Yに対して優良誤認表示の差止め及び優良誤認表示である旨の周知措置の履行を求めることができるとし、Xの請求が全て認容されたために、Yはこれを不服として控訴した。

2. 判旨（控訴審）〔被控訴人（第一審原告）の請求を棄却〕

(1) 争点1（研究会チラシの配布主体）

Yとクロレラ研究会の関係性について、平成27年7月23日時点では、①Yの従業員がクロレラ研究会の会員ではなく、Yとは資本関係のない会社が会員となっていること、②クロレラ研究会の事務所がYの本社から移転して、その賃料は当該研究会が支払っていること、③事務所の光熱費、電話料金、人件費等は当該研究会が負担していること、④クロレラ研究会の職員

はYの業務に従事していないこと、⑤クロレラ研究会は消費者からの照会に対してはY商品だけでなく同業他社の商品も併せて紹介していること、⑥クロレラ研究会は当該研究会が保有する個人情報をYを含む第三者に開示することがないように対策を講じていること、⑦クロレラ研究会は研究会チラシの配布を行っておらず過去のチラシを廃棄したこと、等に加えて、「遅くとも平成27年1月22日以来、Yもクロレラ研究会も、原審で審理対象とされた研究会チラシ（原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載された表現が含まれるもの）の配布を一切行っていないことが認められる。また、同様に、平成23年2月21日から同年10月4日までに配布されたことのある、原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載された表現を含むチラシ（甲25の1から11まで）についても、現時点では配布されていないことが認められる」。

しかしながら、クロレラ研究会は、①Yの本社ビル内にあり、他の支部もYの事務所内にあるものがあったこと、②チラシ作成配布費用を含め広報活動に要する費用も電話料金もYが負担し、独自の職員はおらず、Yの従業員が事務に携わっていたと考えられること、③クロレラ研究会に資料請求ただけでY商品のカタログ等が送られてくる仕組みもあったこと、④チラシの配布を行わなくなってからクロレラ研究会の支部は廃止されたこと、⑤現時点で、Yは、Y名義のチラシを配布していることを踏まえると、「少なくとも平成26年6月2日以前の研究会チラシの配布主体はYであったと認めるのが相当である」。

(2) 争点2（景表法第10条第1項第1号に基づく請求）

そもそも景表法第10条第1項第1号では、「適格消費者団体は、事業者が、不特定かつ多数の一般消費者に対して、商品又は役務の性質、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同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であると誤認される表示を現に行い、又は行うおそれがあるときは、当該事業者に対し、当該行為の停止若しくは予防又は当該行為が上記表示をしたものである旨の周知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旨」が規定されている。

「ところで、Yは、研究会チラシの配布主体について争っているが、弁論の全趣旨（Xから、何らの指摘もないこと）によれば、遅くとも平成27年1月22日以来、Yもクロレラ研究会も、原審で審理対象とされた研究会チラシ（原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載された表現が含まれるもの）の配布を一切行っていないことが認められる。また、同様に、平成23年2月21日から同年10月4日までに配布されたことのある、原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載された表現を含むチラシ（甲25の1から11まで）についても、現時点では配布さ

れていないことが認められる」。

したがって、「現時点では、原判決別紙1の2(1)から(4)までに記載された表現を含むチラシを配布していないのであるから、Xの主張を前提にしても優良誤認表示を現に行っていると認めることはできない」。

また、「平成27年6月29日以降、YがY名義で配布しているチラシには、「サン・クロレラA」という商品名が大きく記載され、目立つ文字で「クロレラは医薬品ではありません」と記載されている上、Xが差止対象とした原判決別紙1の2(1)から(4)までの表示は一切されておらず、クロレラの栄養素、「サン・クロレラA」のこだわりとして、精製方法、使用しているクロレラの種等が記載され、体験談としても、健康習慣や生活習慣が記載されているのみであり、ウコギ(イソフラキシジン)の記載は全くない(乙82)」。

特に、「特定の疾病の治療、予防又はその効能、効果が特定の製品について宣伝されると薬事法に抵触する問題があるが、特定の製品についてではなく、一般的なある成分についての宣伝であれば直ちに薬事法上問題があるということには若干困難があるとするのでは、薬事法上の規制が十分働いていないのではないかということは、既に昭和62年7月の衆議院社会労働委員会の質疑に取上げられている(甲22)。そして、健康食品の摂取により特定の疾病が快復したとの記載(原判決別紙1の2(4)に記載の表示)は、効能効果があるとの表示があるからといって、消費者に、当該商品を医薬品と誤認させるものとはいい難いが、医薬品と同等の効能効果があるとの広告と解されるのであれば、まず、薬事法上の規制が考えられるものである」。「そうすると、Yが現在Y名義で配布しているチラシについて、再度、特定の疾病が快復したとの記載をしたり、薬効があるなどの原判決別紙1の2(1)及び(3)に記載された内容を表示することは、チラシを一新した控訴人に行動に照らし、客観的にみても考えられないというべきである。したがって、現段階では、YがXが主張するところの優良誤認表示を行うおそれがあるとは認められない」。

ところで、「Xは、Yが本件訴訟において研究会チラシが優良誤認表示に該当することについて争っていることからすれば、現在でも、Yが優良誤認表示を行う可能性が十分であると主張する。しかし、Yが、原審で審理対象となった研究会チラシの配布を一切行わないことを明言しているのみならず、Xが差止めを求めた原判決別紙1の2(1)から(4)までの表示が一切含まれないY名義のチラシを新たに作成し、配布していることからすれば、優良誤認表示に該当するか否の法律解釈について本件訴訟で争う態度を示していることを考慮しても、Yが優良誤認表示を行うおそれがあるとは認められない」。「よって、景表法10条1項1号に基づく差止めの必要性があるとはいえない」。

(3) 争点3 (消費者契約法第12条1項及び第2項に基づく請求)

消費者契約法第12条第1項では、「適格消費者団体は、事業者等が、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、同法4条1項から3項までに規定する行為（同条1項1号の不実告知を含む。）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旨を定め」、同法第12条第2項では、「適格消費者団体は、受託者等、事業者の代理人又は受託者等の代理人が、消費者契約の締結について勧誘をするに際し、1項と同様の行為を現に行い、又は行うおそれがあるときは、当該受託者等に委任した事業者等に対し、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旨」が定められている。

特に、「消費者契約法が、消費者と事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（同法1条参照）法律であること、すなわち、消費者について一定の状況下で契約が締結され、又は承諾の意思表示がされた場合にその契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消しを認めること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12条1項及び2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の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、特定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、個別の契約締結の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」。

そこで、「これを、研究会チラシについてみると、研究会チラシの配布は、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はいうことができない。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」。

ところが、「Xは、Yによるチラシの配布、Yから消費者への資料送付、Yから消費者へのY商品の販売という一連の予定された経過を全体としてみれば、消費者は商品購入を誘引されるから、研究会チラシの配布が「勧誘」に当たると主張する。しかし、研究会チラシの配布主体がYであるとしても、研究会チラシは新聞に折り込まれて配布されるものであるから、不特定多数の新聞購読者に向けた発信にすぎず、この時点で特定の者に向けた勧誘を行ったとい

うことは困難である。研究会チラシを見てクロレラ研究会に問い合わせを行う者は不特定多数の新聞購読者の一部であるところ、これらの者については、クロレラ研究会に対する問合せをきっかけとして、その後Yから商品購入の勧誘を受けたのであれば、その時点で上記各項の勧誘を受けたことになるというべきである。研究会チラシの配布を行った時点でYが特定の消費者に対する勧誘行為を行ったとみることはできない。「よって、研究会チラシの配布行為は、消費者契約法12条1項及び2項が規制対象とする勧誘行為に該当するとはいえない」。

3. 考 察

(1) はじめに

原審¹は、Yと研究会の一体性を認めた上で、研究会チラシがY商品を宣伝する広告であるとし、これら商品が医薬品でもないにも拘らず薬効が認められると宣伝したことを不当表示と断じた。一方、控訴審²は、Yと研究会の一体性を認めつつも、現在、研究会自体が独立運営していることに加えて、過去のチラシは廃棄済みで既に配布されていないことをもって、Xの差止請求に理由がないとし、更に、当該チラシが不特定多数を対象とするために、消契法上の「勧誘」には当たらないといった論理展開を行っている。より具体的には、本件における争点は、1. 研究会チラシは誰が配布したのか、2. 景表法第10条第1項第1号に基づく請求が妥当であるのか、3. 消契法第12条第1項及び第2項に基づく請求が妥当であるのか、である。そこで、以下では、まず、本件における差止請求の意義³を確認した上で、これら3点を中心に検討するとともに、営利的言論でもある広告活動の自由の規制根拠としての景表法の妥当性にも触れることにする。

(2) 本件における差止訴訟の意義

ア) 消費者団体訴訟制度

平成18年5月に、消費者団体が差し止めを請求することができる制度を認めた消費者契約法の改正が行われた。当該制度が成立した背景として、「少額・拡散的・多数被害という消費者取引の特質に鑑み、個々の消費者に権利行使を期待し難いことなどから、同種紛争の未然防止・拡大防止を図って消費者の利益を擁護」⁴しなければならない状況が挙げられる。そこで、かかる法改正によって、一定の要件を満たす適格消費者団体は事業者等による不当な行為を差し止めることができるようになった。

このような規定の趣旨を前提として、第12条第1項及び第2項における差し止めの要件には、

「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4条第1項から第3項までの行為を「現に行い又は行うおそれ」があることが必要である。前述のように、こうした不当勧誘行為は第4条第1項から第3項に規定されている（「不実告知」「断定的判断の提供」「不利益事実の不告知」「不退去」「退去妨害」）。但し、これらの勧誘行為に該当しても、「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」場合には、差止請求ができない（第12条第1項及び第2項但書）。

特に、「おそれがあるとき」とは、差止請求の対象となる行為が現実に行われているわけではないが、当該行為が行われる蓋然性が客観的に存在している（当該行為がなされる可能性が否定できない）ことが重要である。基本的には、過去に事業者等による不当勧誘行為が行われた事実があれば、「特段の事情」が存在しない限り、将来においても当該行為がなされるおそれがあるというべきであり、現時点で当該行為が行われていないという事実をもって、将来の「おそれ」なしということとはできない。そこで、「おそれ」を否定するためには、「特段の事情」に該当することが認められなければならない。その事情には、事業者等が当該行為の違法性を認め、当該行為の発生を防止する適切な措置を講じたこと、当該行為を中止してから相当の期間が経過していることなどが挙げられる。

イ) 医薬品といわゆる「健康食品」における広告・表示に関する諸規定

従来、食品表示⁵は、食品衛生法、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（以下、JAS法）及び健康増進法によって規制されていた。しかし、事業者が食品を販売するために必要な表示を求める際に、これら個別法規上の複数の表示基準を確認する必要があったこと、食品表示の適正さを確保するための措置も担当部署もそれぞれの法律によって異なっており、執行体制が統一されていないことから食品表示の一元化に向けた取り組みが模索されることになった⁶。平成21年9月1日に、消費者庁が設置されると、食品表示一元化検討会のもと、平成24年8月9日に、『食品表示一元化検討会報告書』⁷が公表された。この報告書の公表後、平成25年4月5日に、食品表示法案は、閣法として国会に提出されて、同年5月31日に可決・成立した。

食品表示法では、消費者契約法第2条第4項に規定された適格消費者団体は差止請求を行うことができるようになった（第11条）。これは従来の食品表示制度には存在しなかった規定であるが、「国・地方公共団体による執行に加えて民間による差止請求を認めることにより、食品関連事業者の食品表示違反を重疊的に規制する趣旨」⁸を含む規定である。しかし、食品表

示法には、広告規制が全く盛り込まれないままに、食品衛生法第20条、健康増進法第31条第1項の規定がそのまま残ってしまい、結果として表示規制と広告規制が分断されることになった⁹。このようにして、わが国の食品の表示規制は食品表示法によって一元化されたわけであるが、健康食品の表示・広告規制に関する法的根拠は必ずしも明確ではない¹⁰。

そもそも、医薬品の広告規制は、薬機法第66条第1項で、「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、効果又は性能に関して、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。」とし、第2項で「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効能、効果又は性能について、医師その他の者がこれを保証したものと誤解されるおそれがある記事を広告し、記述し、又は流布することは、前項に該当するものとする。」と規定する。

一方、医薬品以外の健康食品には「保健機能食品」（特定保健用食品、栄養機能食品、機能性表示食品）と「いわゆる健康食品」があるが、これらの表示に関しては、特定保健用食品と栄養機能食品に関する表示規制が存在する¹¹。特に、これらの食品の表示・広告を規制する根拠としては、健康増進法第31条第1項で、「何人も、食品として販売に供する物に関して広告その他の表示をするときは、健康の保持増進の効果その他内閣府令で定める事項について、著しく事実に相違する表示をし、又は著しく人を誤認させるような表示をしてはならない。」とある。しかし、「いわゆる健康食品」に関しては、その表示・広告を規制する法律は存在しない。現行法では、食品衛生法第20条で、「食品、添加物、器具又は容器包装に関しては、公衆衛生に危害を及ぼすおそれがある虚偽の又は誇大な表示又は広告をしてはならない。」と規定されており、健康増進法第31条第1項で、前述のように表示・広告を規制するのみである。ただし、これらの法律を補完するために、「食品として販売に供する物に関する健康保持増進効果等に関する虚偽誇大広告等の禁止及び広告等の適正化のための監視指導等に関する指針」¹²（薬食発第0829007号）（平成28年4月20日一部改正）が定められている。

ウ) 景表法における不当表示の規制¹³

そもそも、不当な広告・表示による顧客誘引行為は独占禁止法で規制対象になっていた。しかし、昭和33年頃から、賞金など的高額化が目立つようになった懸賞付販売の規模が爆発的に拡大し、こうした販売行為が消費者の射幸心を過度に煽るものであるという理由からこの規制が求められるようになった。そのような中で、いわゆる「ニセ牛缶事件」¹⁴が起きたことで、こうした欺瞞的な表示に対する規制の必要性が一気に高まった。特に、独占禁止法では限界があることに鑑みて、特別法の制定が求められた。かかる状況の中、昭和37年5月に、不当景

品類及び不当表示防止法（法律第134号）が可決・成立した¹⁵。景表法では、独占禁止法の「ぎまんの顧客誘引」及び「不当な利益による顧客誘引」の具体化が行われて、その規制によって消費者の合理的な選択が確保されたといえる¹⁶。

まず、景表法第2条第4項において、表示は、「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」とされている。特に、「広告その他の表示」は、公正取引委員会の告示である「不当景品類及び不当表示防止法第2条の規定により景品類及び表示を指定する件」（昭和37年公取委告示第3号）によって定められている。

次に、当該表示行為が「顧客を誘引するための手段として」（景表法第2条第4項）行われる必要がある。また、こうした「顧客の誘引」には、今まで取引関係にない者との新たな取引の誘引のみならず、既に取引関係にある者に対する取引の増大・継続及び再度の取引の誘引も含まれる。特に、「顧客を誘引するための手段として」行われているか否かについては、事業者の主観的意図によって判断されるのではなく、当該表示の受け手に対して客観的に誘引効果が認められるか否かで判断される。より具体的には、消費者が取引を行う際に考慮すべき要因として当該表示を受け取り得るのであれば、「顧客を誘引するための手段」に該当し、この場合、表示の対象となる商品の購入は問題とならず、個々の顧客も特定される必要もないとされる。

また、景表法では、不当表示として禁止される表示を3つに類型化している（「優良誤認表示」「有利誤認表示」「その他の不当表示」）。本件で問題とされる「優良誤認表示」（景表法第4条第1項第1号）とは、当該表示が「実際のものよりも著しく優良である」ことを示す「商品又は役務の品質、規格その他の内容」のことを指し、その誇張の程度が社会で許容できず一般消費者の選択に影響を与えるものとされる。

特に、留意すべきことは、一般消費者の自主的かつ合理的な選択の確保といった景表法の趣旨に照らせば、「実際のものよりも著しく優良である」か否かといった該当性の判断に関しては、業界の慣行や事業者の認識ではなく、一般消費者の誤認を招くか否かといった観点からなされる必要がある。また、他の事業者が供給する競合商品及び競合役務との比較においても、特に優良性に関して一般消費者の誤認を招く表示は不当表示とされる。したがって、基本的に他の立証は必要とはされないで、「一般消費者に誤認される」表示であれば、一般消費者の「自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがある」と認められる。

最後に、適格消費者団体による差止請求は景表法第10条第1項第1号（現行法では第30条第1項第1号）に規定されている。これは、平成20年5月2日の「消費者契約法等の一部を

改正する法律」(平成20年法律第29号)によって定められることになった。特に、多くの消費者が不当表示による被害を受けていることに鑑みて、行政機関による執行を強化するだけでは限界もある¹⁷ことから、不当表示を排除する仕組みを複線化して、その速やかな排除と抑止力の強化を図るために、平成18年5月に法改正された消費者契約法において導入された消費者団体訴訟制度の対象に不当表示を盛り込んだものである¹⁸。

(3) クロレラ研究会広告の配布主体

以上の事柄を踏まえて、本件の各争点に関して、検討を加えていくことにしたい。まず、研究会チラシの配布主体を検討する上で、まず、Yとクロレラ研究会の一体性について、原審で、研究会は「Y商品の宣伝広告活動を行うYの組織の一部門にすぎないと考えるのが合理的である」と一体性を肯認し、「したがって、研究会チラシを配布した者はY自身であり」、「細胞壁破碎クロレラ粒等の薬効を表示したのもY自身である。」と判示した。一方、控訴審も、「少なくとも平成26年6月2日以前の研究会チラシの配布主体はYであったと認めるのが相当である」と判示しているが、平成27年7月23日以降、研究会が独立し、既にYもチラシを配布していないとし、Yと研究会の一体性を否定している。つまり、控訴審では期間を区切って、Yと研究会の一体性の判断を行っている。

このような原審と控訴審での判断の相違をどのように理解すべきであろうか。特に、原審では、研究会チラシの内容が景表法上の不当表示における商品に該当するか否かを判断する前提として、両者の一体性を認める必要性があったわけだが、控訴審のこのような期限を区切って両者の一体性を肯定した判断により、Xの主張の一部が認容されたとみるべきなのだろうか。換言すると、原審が、両者の一体性を認めた上で、当該表示が優良誤認を生じさせる表示であり、差止請求の対象になることを認めたことで、Yがチラシの配布を自主的に止めるに至ったといった一定の効果を汲んだ控訴審の判断と看做することができるのであろうか。

ただし、このように、控訴審の一体性の判断を考慮するとしても、原審で触れたYと研究会が個人情報共有することの意味をどのように考える必要があるのだろうか。特に、原審では、「クロレラ研究会に資料請求をすると、YからY商品のカタログや注文書が送付されてくるのであるから、クロレラ研究会がYから独立して個人情報を管理していると認めることはできない」と判示している。例えば、マンション販売業者とマンション管理会社での個人情報の共有¹⁹(東京地判平成10年1月21日)に関して、プライバシーの開示行為に正当な理由が認められるか否かの判断につき、「開示の目的、必要性、開示行為の態様、開示によってプライバシーを侵害された者の受ける不利益の程度その他諸般の事情を総合考慮して判断すべきであ

る」とし、マンション購入者にとって当該管理会社にマンションの管理が委託されることは規定の事実であること、このようなことから管理会社が購入者の個人情報を一括管理する必要があったこと等から正当な理由があるとして、販売会社の管理会社への個人情報の提供がプライバシー侵害ではないと判示した。このような事案を踏まえると、控訴審では、Yと研究会の一体性を判断する上で、特に、個人情報の共有といった側面からも、当該共有に「正当な理由」が存在するか否かを検討すべきであったように思われる。

(4) クロレラ研究会広告の性質

契約関係を成立させるためには、一方当事者から他方当事者に提供される情報が必要である²⁰。これには、「広告・表示から、具体的な契約締結過程での情報提供や説明、助言、警告にいたるまで存在し、提供されるものの性質や目的、程度などによって多様である²¹。「広告」は「一般に、事業者が顧客を誘引するために、自分の商品を広く世間に知らせる行為や表示」であり、「表示」は「何らかの事柄を他者に知らせる「手段」を指すもの²²である。しかし、広告と表示の区別は「そこでの情報が顧客に対して結果的にいかなる影響を及ぼすかによって区別の意味を失う可能性がある²³」り、「その内容を手がかりに、顧客が当該商品を購入するかどうかを決定するとなれば、いずれにせよ顧客の動機に働きかける重要な要素とな²³る。

本来、契約は申込と承諾の意思表示の合致があって初めて成立するものであるので、広告は相手方に申込をさせることを目的とする意思表示であって「申込の誘引²⁴にとどまるものであったが、現在、広告のすべてを「申込の誘引」と解するのは適切ではなく、「広告の内容が商品（動産または特定化されたサービス）の品質・用法等を具体的に指示しており、意思表示をした者がそれらを重要と考え、広告を信頼して意思表示をしたかぎり、その意思表示は承諾と解釈すべきである」とする見解²⁵がある。特に、「それまでの接触からはじまる様々なやりとりや前提とされた事実（広告その他の言動を含む）が、最終的合意内容に反映され得ると考えるべきであって、私法的に無色なものではあり得ない²⁶とされる²⁷。

そこで、こうした広告の法的性質²⁸を踏まえて、本件における商品表示該当性を検討すると、まず、原審では、「研究会チラシは、単にクロレラやウコギの成分の効用を人々に知らせめようとする広告ではなく、Y商品の販売促進を目的とするものであり、研究会チラシの記載は、Y商品の内容に関する「表示」と認められる」と判示している。更に、研究会チラシの「説明は、医薬品としての承認を受けていない細胞壁破碎クロレラ粒等のY商品につき、医薬品的な効能効果があると表示するものであり、一般の消費者に対し、細胞壁破碎クロレラ粒等のY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。」上に、当該表示は、「商品の宣伝広告として社会一般に許容される誇張の限度を大きく踏み越えるものである。」ので、研究会チラシの説明は、景表法10条第1項第1号の「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」であることを認めている。また、一般消費者の商品選択についても、「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がなからうが、研究会チラシは、一般の消費者に対し、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発生させるおそれがあり、商品を購入させるための不当な誘導となり、一般の消費者の商品選択に不当な影響を与えるのである。」と判示している。

一方、控訴審では、「Yが、原審で審理対象となった研究会チラシの配布を一切行わないことを明言しているのみならず、Xが差止めを求めた原判決別紙1の2(1)から(4)までの表示が一切含まれないY名義のチラシを新たに作成し、配布していることからすれば、……、Yが優良誤認表示を行うおそれがあるとまでは認められない」ので、「よって、景表法10条1項1号に基づく差止めの必要性があるとはいえない」と判示している。

このように、研究会チラシの内容がY商品の内容を示すものであるとして景表法上の商品に該当することを認めた上で、その内容があたかも医薬品の効能を謳うものであり、一般消費者に医薬品であるとの誤認を引き起こすことに加えて、商品選択においても不当な影響を及ぼすものであるとした原審の判断とは異なり、控訴審では、原審が認めた研究会チラシの「商品表示該当性」及び「優良誤認表示」の有無に関して、Yは現在、チラシの配布を行っていないのでXによる請求には理由がないと判断している。しかし、現在研究会チラシを配布していないことをもって、将来にわたって、「Yが優良誤認表示を行うおそれがあるとまでは認められない」といえるのであろうか。特に、広告が当事者の「最終的合意内容に反映され得る」とすれば、申込の誘引以上の意義を有する広告及び表示の前述のような法的性質を考慮した判断をする必要があったのではないだろうか。

また、消費者契約法における「勧誘」性の有無に関しては、原審では触れていないが、控訴審では、「「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の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、特定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、個別の契約締結の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」ので、「研究会チラシの配布を行った時点で控訴人が特定の消費者に対する勧誘行為を行ったとみることはできない」とし、「よって、研究会チラシの配布行為は、消費者契約法12条1項

及び2項が規制対象とする勧誘行為に該当するとはいえない」と判示している。

確かに、原審では、Xの差止請求が全面的に認められたことで、Yはチラシの配布を止めたので、訴訟上の一定の効果があつたと見るべきかもしれない。しかし、消費者契約法第12条第1項の差止請求の要件にある「おそれがあるとき」とは、当該差止請求の対象となる行為が現実に行われているわけではないが、当該行為が行われる蓋然性が客観的に存在していることが重要である。特に、過去に事業者等による不当勧誘行為が行われた事実があれば、「特段の事情」が存在しない限り、将来においても当該行為がなされるおそれがあるというべきであり、現時点で当該行為が行われていないという事実をもって、将来の「おそれ」なしということとはできないように思われる。

また、控訴審で、「Yが、原審で審理対象となった研究会チラシの配布を一切行わないことを明言しているのみならず、Xが差止めを求めた原判決別紙1の2(1)から(4)までの表示が一切含まれないY名義のチラシを新たに作成し、配布していることからすれば、……、Yが優良誤認表示を行うおそれがあるとは認められない」と判示しているが、どのような根拠でYが優良誤認表示を行うおそれなしと判断しているのであろうか。特に、消契法第12条第1項における「特段の事情」を斟酌した上で、当該表示行為を行うおそれがないことを示す必要があつたのではないだろうか。

更に言えば、勧誘の範囲(特定の者か、不特定多数の者か)については、平成27年12月に、内閣府に設置された消費者委員会の消費者契約法専門調査会が公表した『消費者契約法専門調査会報告書』²⁹の中で、「消費者の契約締結の意思の形成過程に瑕疵を生じさせたか否かが重要であり、その手段・方法は、必ずしも特定の者に向けたものでなければならぬわけではないと考えられる。その一方で、不特定の者に向けた働きかけは非常に多様であり、媒体並びに内容及び表現手法も様々であることに鑑みると、取消しの規律の適用の対象となる行為の範囲として、いかなるものを含めるかについて、現時点ではコンセンサスを得ることは困難である。」とされた。しかし、消契法第4条における「勧誘の範囲」の解釈では、「特定の消費者」に働きかけて契約締結の意思の形成に直接に影響を与えないとして広告を除外しているが、この見解を明らかに不適切であるとし、「同法では、広告による表示内容と顧客の意思表示が要件の上で因果関係で結ばれているだけに、当然、射程に収めるべきものであつた」³⁰とする見解がある。特に、控訴審では、研究会チラシが不特定多数、あるいは特定の消費者に向けられていたのかを判断するのではなく、「研究会チラシが個別の消費者の契約締結の意思の形成に影響を与えるものであるかどうか、チラシを見た消費者がどのように注文に至ったのかなどの具体的な事実に基づいて検討判断が行われる余地があつたのではないかと考える。その方がこの要件

の外延が明らかになり、ひいては、さらに現実的な議論を導くことができた³¹ように思われる。また、勧誘の範囲に「不特定多数」を含む判例（東京簡判平成20年1月17日）も存在する。このように、「勧誘の範囲」の解釈に関しては、学説・判例も一定のコンセンサスを獲得していないので、今後の解釈如何によっては流動的であるように思われる³²ものの、この「勧誘の範囲」の解釈に「一定の影響を与えることになった」³³と言えるのではないだろうか。

(5) 営利的言論とその規制根拠としての景表法の妥当性

原審では、Yの代理人は「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。」と主張しているにも拘わらず、この点に関しては、原審でも控訴審でも判断されることはなかった。しかし、医事法学上の主要な論点として、Yの広告・表示によって、消費者の商品選択の機会が奪われたのか、あるいはまた、適切な健康維持（治療？）の機会が奪われたのか、といった消費者（あるいは患者）の自己決定権をも包摂しながら、景表法が営利的言論を規制する根拠として妥当であるのか否かを検討する必要があるように思われる。また、広告による不当な表示行為から消費者を保護するために、自己決定権（自ら適切な治療を選択する権利）といった消費者の基本権と広告活動の自由（あるいは営業活動の自由）といった事業者の基本権との比較考量、特に、前者の過少保護・後者の過剰介入の禁止といった前提を踏まえた国家の基本権保護義務³⁴といった観点から、営利的言論である広告の制限根拠である景表法の解釈のあり方を考えていく必要があるのではないだろうか。

そもそも、憲法における営利的言論とは、「一般に、利益目的または事業目的で製品またはサービスを広告する言論」³⁵と解される。特に、営利的言論の概念は、「営利広告をそれ以外の言論形態から区別し、より少ない保護しか受けられない言論範疇に設定する解釈理論」³⁶であり、「表現の自由の価値の重点ないし現代的意義は自己統治の価値にあると考えるので、営利的言論の保障の程度は非営利的言論のそれよりも若干弱い」³⁷と解される。つまり、営利的言論は精神的自由に属するが、政治的意思決定等の本来の表現の自由より制限が可能であるといえる³⁸。

特に、広告規制³⁹のあり方に関しては、広告は「広告の送り手の経済的自由や表現の自由から導き出されるものではあっても、その直接の受益者は、広告の受け手であることに目を向ける必要がある。それゆえ、広告規制の多くは、広告の受け手の反応を考慮して設計されている」（例えば、景表法第4条第1項第1号では、優良誤認表示を判断する際、消費者が当該表示によって誤認を招くか否かが問題となる点はこのような制度設計の表れともいえるのではないだろうか。）ので、「広告の受け手の反応を考慮して、その意思決定をコントロールする規制が他の規

制様式と比較して、穏当な規制手段といえるかどうか⁴⁰を慎重に検討する必要がある。確かに、事業者と消費者の間には、一般的には「情報の質及び量並びに交渉力の格差」が存在し、消費者の意思決定が歪められる可能性が高い⁴¹とともに、こうした格差を積極的に利用して、自己に有利な契約へと消費者を誘導する危険性も高い⁴²といえるので、国は消費者の自己決定権の過少保護の禁止に反することはできない。しかし、それでもなお、国が「情報の受け手の意思決定に直接介入し、何が価値のある表現なのかを情報の受け手に代わって判断する」⁴³可能性が否めない⁴⁴以上、広告規制の根拠としての景表法の妥当性とその明確な基準、あるいは、営利的言論である広告活動の自由と自己決定権との基本権をめぐる比較考量といった憲法解釈が原審でも控訴審でも行われなかったことは適切ではなかったように思われる⁴⁵。

また、広告も一種の情報提供であると解すると、消費者（広く国民）の自己決定権の適切な行使に働きかける情報のあり方を検討する必要があるように思われる。例えば、消費者が錯誤に陥ることのない情報の提供という意味での広告・表示のあり方を検討することも議論の方向性としてあり得るのではないだろうか。その際、金融取引商品に関する判例（例えば、金利スワップ契約における銀行の説明義務⁴⁶）も参考になるように思われる。加えて、事後的には、消費者が不当な広告・表示によって錯誤を惹起し、健康食品の購入の契約を締結したために、その後、消費者が当該食品を摂取したことで健康被害が生じた場合に、それを消費者の自己責任とするのは適切であろうか。これは、広告のミスリードによって、消費者がその広告内容を信じて購入したと解することも可能であるように思われる。

(6) 小括

控訴審の判決については賛成であるが、理由に関していくつかの疑問が残る。特に、営利的表現の自由である広告を憲法論に触れずに判断したこと（より具体的には、広告規制としての景表法が営利的言論に対する萎縮的効果を及ぼすものであるのか、あるいは、景表法が営利的言論の規制根拠として妥当するとして、その明確な範囲及び基準はいかなるものであるのか）、研究会とYとでの個人情報の共有の正当化理由が不十分であること、更に、何を以て優良誤認表示であるといえるのか、あるいは、今後、Yが優良誤認表示を行うおそれがないといえるのはいかなる理由からであるのかといった判断をしていないこと⁴⁷である。

しかし、原審でも控訴審でも、広告の不当表示に対する差止請求に関して、消契法及び景表法が消費者団体訴訟制度の中核であるといった意義が確認されたことは言うまでもない。特に、原審では、Yと研究会の一体性を認めた上で、研究会チラシがY商品を宣伝する広告であるとし、これら商品が医薬品でもないにも拘らず薬効が認められると宣伝したことを不当表示

と判断した。ただし、この判断によって、Yが研究会チラシの配付を止めたことを、Yに一定の法的効果を及ぼしたと捉えることも可能であるかもしれないが、逆に、「既に取りやめた表示について差止めが認められるハードルが高いことが明らかになった」⁴⁸ 事案であったとも言えるように思われる。

4. 結びに代えて—残された問題—

最後に、健康食品の不当表示規制に関して、控訴審判決を契機に検討する必要があると思われる問題を試みに提示したい。第一に、健康食品の機能性表示の問題である。特に、平成27年4月1日から、「機能性表示食品制度」が導入されたが、健康増進法で定められている特定保健用食品及び栄養機能食品とは異なり、「事業者の責任において、科学的根拠に基づいた機能性を表示した食品」であり、「販売前に安全性及び機能性の根拠に関する情報などが消費者庁長官へ届け出られたもの」であるが、「消費者庁長官の個別の許可を受けたものではない」食品のことを指す。

確かに、これまでのように婉曲的な言い回しでなく、明確にその機能性を表示することで、消費者にその機能性が伝わって、適切な商品の選択に資するといったメリットもあるが、これまで以上に健康食品を医薬品のように捉えて、治療目的にこれらの商品を利用する消費者も増えてくるかもしれないといったデメリットもある⁴⁹。その際に、原審でも「研究会チラシは、単にクロレラやウコギの成分の効用を人々に知らしめようとする広告ではなく、Y商品の販売促進を目的とするもの」であるとしていたが、意思決定基盤である広告の情動的な側面を考慮すると、消費者も事業者も「機能性はあくまでも成分の機能性であり、製品の機能性でないことをはっきりと認識」⁵⁰ する必要があるだろう。特に、健康食品は、「自然」を謳い文句にしているためにリスクが顕在化しにくい⁵¹ といった側面もある。したがって、消費者の商品選択に歪みを生じさせないためにも、広告において十全な情報の提供を行うべきであろう⁵²。

また、本件では、研究会チラシには「体験談」が記載されていて、これが商品選択の決め手になる可能性が十分考えられるところである。特に、原審では、体験談について、「人の疾病を治療又は予防する効能効果があることを暗示するものであり、一般の消費者に対し、細胞壁破碎クロレラ粒等が医薬品であるとの誤認を引き起こすおそれがあるから、医薬品的な効能効果があると表示するものである。」と判断した。場合によっては、こうした体験談や有識者の見解（例えば、あまめしば事件⁵³）といった情報をどのような基準で広告内容に取り込めばいいのかといったその信憑性に関する問題も検討する必要があるだろう。

附 記

泉日出男「〔消費者法判例研究〕クロレラチラシ配布差止等請求控訴事件」愛媛法学会雑誌第43巻第3-4号(2017年)77頁以下に接したが、本稿では十分参照できなかったことをお詫び申し上げたい。なお、平成29年1月24日に、最高裁判決(平成29年1月24日第三小法廷判決)(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/454/086454_hanrei.pdf)が出された。最高裁は、「勧誘」の要件に関して、「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12条1項及び2項にいう「勧誘」に当たらないということとはできないというべきである。」と判示したので、消費者契約法の改正にも大きな影響を及ぼすことになるように思われる。特に、消費者契約法の改正に向けた議論の方向性を取り上げる特集として、「特集 消費者契約法の改正」法時第88巻第12号(2016年)4頁以下の各論稿を参照されたい。今後、筆者は、この最高裁判決を踏まえて、いわゆる健康食品の広告のあり方に関して別稿で改めて論じていきたいと考えている。

注

- 1 原審の評釈として、大高友一・志部淳之介「判評」法律のひろば第68巻第6号(2015年)48頁以下、伊吹健人「判評」消費者法ニュース第103号(2015年)143頁以下、小畑徳彦「審決・判例評釈」公正取引第775号(2015年)56頁以下、山口由紀子「判評」現代消費者法第29号(2015年)89頁以下、窪幸治「判評」総合政策(岩手県立大学)第17巻第2号(2016年)241頁以下がある。
- 2 控訴審の紹介・評釈として、編集部「消費法の「勧誘」に新聞折込チラシ配布行為が含まれないとした判決—サン・クロレラ販売事件控訴審」NBL第1071号(2016年)103頁以下、鶴瀬恵子「審決・判例評釈」公正取引第789号(2016年)83頁以下がある。
- 3 差止請求権の根拠に関する研究として、根本尚徳『差止請求権の理論』(有斐閣・2012年)がある。
- 4 後藤卷則・齋藤雅弘・池本誠司著『条解 消費者三法』(弘文堂・2015年)122頁。
- 5 食品表示制度の変遷に関しては、三上伸治「社会情勢の変化に対応した食品表示制度について」公正取引第785号(2016年)60頁以下を参照されたい。
- 6 石川直基「食品表示法成立の経緯と今後の制度上の・運用上の課題」現代消費者法第21号(2013年)11頁から12頁。
- 7 http://www.caa.go.jp/foods/pdf/120809_1.pdf (平成29年2月3日確認)
- 8 石川・前掲注(6)20頁。
- 9 石川・前掲注(6)20頁。特に、石川・前掲注(6)20頁は「表示と広告は、情報提供の方法として共通する側面があり、統一的な規制が望ましい。たとえば、一定の表示を義務付けなくても、広告で、表示と相反する記載をすれば、表示による情報提供の効果が広告によって減殺されることになる。義務表示と矛盾抵触する広告を禁止する必要がある。」と主張する。
- 10 健康食品の安全性及び広告・表示規制に関する法制度を概観する論考として、山口由紀子「「健康食品」に関する消費者取引の適正化」国民生活研究第48巻第3号(2009年)70頁以下を参照されたい。
- 11 これに関しては、玉川淳「食品の機能性表示に関する規制と表現の自由(1)」三重大学法経論叢第27巻第1号(2009年)6頁から12頁を参照されたい。
- 12 当該留意事項では、健康増進法第31条第1項で規定する「広告その他の表示」に関して、「顧客を

- 誘引するための手段として行う広告その他の表示である。このため、個々の表示が「広告その他の表示」に該当するかどうかは、チラシやCMといった形態のみならず、その内容や表示方法にも着目する必要がある。」とする。また、健康の保持増進の効果に関して、同項は、「健康状態の改善又は健康状態の維持の効果」とし、具体的「ア 疾病の治療又は予防を目的とする効果 イ 身体の組織機能の一般的増強、増進を主たる目的とする効果 ウ 特定の保健の用途に適する旨の効果 エ 栄養成分の効果」とする。
- 13 景表法の成立過程に関しては、鈴木恭蔵「景品表示法と不正競争防止法との交錯について—景品表示法制定の経緯と独占禁止法の差止請求制度導入を中心として—」小野昌延先生古希記念論文集『知的財産法の系譜』（青林書院・2002）767頁以下を参照されたい。
 - 14 昭和35年7月末に、東京都衛生局に、缶詰にハエが入っているとの通報があり、同衛生局による立入調査が行われた。しかし、この調査とは別に、市販の牛肉の大和煮等と表示されている缶詰の大部分に馬肉や鯨肉が混入されていて、牛肉の缶詰を100%使用しているのは全国で僅か2社であったことが判明した（真淵博『景品表示法第4版』〔商事法務・2015年〕7頁）。
 - 15 景表法の成立過程に関しては、真淵・前掲注（14）6頁から37頁に詳しい。
 - 16 更に、平成26年には、「不当景品類及び不当表示防止法の一部を改正する法律」（法律第118号）が可決・成立し、課徴金制度が盛り込まれた。この経緯に関しては、真淵博「改正景品表示法における課徴金制度（本年4月1日施行）に関する政令・内閣府令・ガイドラインの解説」公正取引第785号（2016年）2頁以下、課徴金制度の評価と課題に関しては、山口由紀子「課徴金制度の導入に伴う改正景品表示法の評価と課題」公正取引第785号（2016年）20頁以下を参照されたい。
 - 17 福井秀夫「行政上の義務履行確保」法学教室第226号（1999年）29頁から30頁は、行政代執行の限界を中心に、「実効性がなく、著しく効率性が劣り、不公正な強制権の発動制度である代執行制度が、行政上の義務履行確保手段の一般則となっていることには合理性がないというべきである。基本的には、義務そのものの領域を簡素・合理化する方向で徹底的に見直したうえで、行政上の義務履行確保手段の一般則としては、賦課金制度を採用すべきである。」と指摘する。なお、平成26年の景表法改正により、事業者が不当表示で被害を受けた消費者に自主返金を行った場合に、返金相当額を課徴金から減額する、または返金相当額が課徴金額を上回る場合に課徴金の納付を免除するといった制度が導入された。
 - 18 真淵・前掲注（14）282頁。
 - 19 判時第1646号102頁。これらの問題を検討する上で、特に、意思決定基盤をなす情報の提供と取引における自己決定権の法的保護のあり方を検討する論考として、角田美穂子「取引における自己決定権の法的保護—金融商品取引を中心に」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務・2015年）145頁以下が興味深い。
 - 20 河上正二「広告・表示と情報提供」法学セミナー第740号（2016年）120頁。なお、現代消費者法第32号（2016）における「特集 広告と消費者法」も合わせて参照されたい。
 - 21 河上・前掲注（20）120頁。
 - 22 河上・前掲注（20）120頁。
 - 23 河上・前掲注（20）120頁
 - 24 「申込の誘引」に関して、「予約」との関係性から論じる論考として、加賀山茂「「予約」と「申込の誘引」との関係について」法律時報第68巻第10号（1996年）76頁以下を参照されたい。特に、「予約」と「申込の誘引」の違いについて、予約では「契約交渉において、当事者一方（予約権者）が、契約締結に関してキャスティング・ボートを持ち、申込の誘引では「申込の誘引をする者は、相手方に申込を

健康食品クロレラ広告配布差止等請求事件

- するように誘導し、自らは、被申込者に納まることによって、キャスティング・ポートを維持」するとし、「キャスティング・ポート」という観点では、実質的な差異はないが、前者は消費者が主体となり、後者は不特定多数を対象とするというイメージが強いため、事業者が主体となるとする。
- 25 平井宜雄『債権各論Ⅰ 上 契約総論』（2008年・弘文堂）152頁。
- 26 河上・前掲注（20）121頁。
- 27 更に、誇大広告及び虚偽広告を信じて商品を購入した場合、錯誤無効を主張することができるか否かに関しては、「もちろん、広告によってもたらされた顧客の期待の全てが保護されるわけではないが、少なくとも、通常の顧客にとって契約を締結するかどうかにとって重要な事項に関する限り、欺瞞的広告による錯誤を利用することは可能というべきではあるまいか」という見解がある（河上・前掲注〔20〕121頁）。特に、この問題に関する先駆的論文として、早川眞一郎「広告と錯誤（1）から（3・完）」NBL第491号（1992年）24頁、NBL第492号（1992年）42頁、第493号（1992年）43頁を参照されたい。
- 28 広告の法的性質を検討している先駆的業績として、櫻井朗郎『広告の法的意味 広告の経済的効果と消費者保護』（勁草書房・1995年）がある。
- 29 http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2015/doc/20151225_shoukei_houkokul.pdf（平成29年2月3日確認）
- 30 河上・前掲注（20）121頁。
- 31 鶴瀨・前掲注（2）90頁
- 32 広告規制の今後のあり方に関して、河上・前掲注（20）122頁は、「表示が契約締結にとって重要な動機であった場合には、要素の錯誤を、表示が虚偽であることを事業者が認識し、かつ、それによって消費者を欺罔しようとする故意のあるときは詐欺取消を認めるなど不実表示を理由に契約の効力を否定するなどの手段が、容易に可能となるよう「推定」の工夫をする余地がある。消費者契約法4条は、そうした要件の客観化の工夫の一つではあるが、なお改善の余地がある」とする。
- 33 鶴瀨・前掲注（2）90頁。
- 34 これに関しては、山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』（有斐閣・2004年）3頁以下を参照されたい。
- 35 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）[増補版]』（有斐閣・2000年）314頁。
- 36 橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』（中央大学出版会・2014年）52頁。
- 37 芦部・前掲注（35）318頁。
- 38 営利的言論である広告活動の自由に関して、表現の自由と営業の自由の二面性を有していて、「経済活動の自由の側面をもつ広告」に対しては、「政治的言論と違って、より大きな制約を加えることが可能であるといえるであろう。すなわち、実質的害を生ずる蓋然性のあるような広告を禁止もしくは制限し、または広告の形式、方法を規制することは許されると考えてよいであろう。」とする学説もある（橋本公巨『憲法』〔青林書院新社・1975年〕221頁から222頁）。なお、わが国の広告活動の自由とその規制に関しては、清水英夫「広告活動と表現の自由」青山法学論集第15巻第3・4号合併号（1974年）27頁以下を参照されたい。
- 39 長尾治助「営利広告の法規制と広告事業者責任（一）—その比較法的考察—」立命館法学第4号（1985年）403頁は、広告規制の根拠に関して、「広告が大衆の利害に大きくかかわっているだけではなく、ときとして回復し難い不利益を及ぼすこともあることから、いわゆる消費者の権利として提言されている思想を基調として、消費者保護の見地から妥当と目されない広告を規制しようとするものであり、「偽瞞的表示・広告は、「競争侵害の立証がなくても消費者保護からそれ自体違法とすることが可

- 能]となる。」と述べる。
- 40 橋本・前掲注(36)160頁。
- 41 山本・前掲注(34)28頁。
- 42 山本・前掲注(34)23頁。
- 43 橋本・前掲注(36)160頁。
- 44 稲葉治久「食品の健康広告表示と営利的表現の自由—保健機能食品を中心として—」大学院研究年報(中央大学)第32号(2003年)339頁では、「消費者は本来弱い立場にあるから、その保護のためには公的に認定された情報のみを表示させるべきであるという家父長的発想は、消費者を愚弄するものといわなければならないだろう。」と述べ、「消費者の権利を確保するためには、むしろ多くの情報に触れさせることが必要であって、そうした情報環境のなかでこそ消費者の選択肢が拡大され、自己責任を高めていくことに貢献するのではないだろうか。したがって、営利的表現の規制は、非営利的表現より劣位であるからなされるのではなく、また劣位ゆえに審査基準を緩和するという考え方は適切でないと思われる」とする。
- 45 例えば、Tribeは、表現行為に対する規制を「情報の受け手の反応を危惧して行われるもの」と「情報の受け手の反応を考慮しないで行われるもの」に分類している。前者は、「情報の受け手の意思決定に直接介入し、何が価値のある表現なのかを情報の受け手に代わって判断するものであるから、憲法違反の疑いが濃い」とし、後者は、屋外広告物の使用を制限する規制のように、「表現内容を理由として、規制を課すものではなく、「特定情報の流通そのものを制限するものではない」ので、「情報の受け手の意思決定への介入は、それほど深刻ではない」とする。これに関しては、橋本・前掲注(36)160頁から161頁に詳しい。
- 46 判タ第1339号95頁以下。特に、判例研究として、城内明「金利スワップ契約における銀行の説明義務」国民生活研究第54巻第2号(2014年)116頁以下を参照されたい。なお、西原康人「消費者契約の経済分析」(有斐閣・2016年)も参照されたい。
- 47 鶴瀨・前掲注(2)89頁。
- 48 鶴瀨・前掲注(2)90頁
- 49 千葉剛「健康食品・サプリメントの機能とリスク」現代消費者法第21号(2013年)34頁から35頁。
- 50 千葉・前掲注(49)35頁。
- 51 Jeremy Sugarman, Informed consent, Shared decision-making, and Complementary and Alternative Medicine, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 31 (2003) pp. 247-250.
- 52 神坂亮一「断食道場事件」『医事法判例百選 第2版』(有斐閣・2014年)181頁。特に、「天然」及び「自然」といった表示の規制に関する論考として、内田耕作『広告規制の研究』(成文堂・1982年)325頁以下がある。
- 53 判時第2001号69頁以下。特に、健康食品を販売する際には、医学博士の肩書を有する者は、当該食品を摂取した時に生じる健康への害に触れることなく、その効用のみを説明することで、「かかる危険性を判定する能力に欠ける消費者は、自らその危険性について検証することなく上記医師等による説明を受け入れがちである」ので、当該食品の解説を行う場合には、「同食品が生命・健康を害する危険性の有無についても、その時点の最高の知識と技術をもって確認し、危険性が存する場合にはこれを指摘し、消費者に警告をするなど適宜な措置を講ずべき義務が課せられている」と判示する。なお、この事件の評釈として、手嶋豊「判決紹介」年報医事法学第25号(2010年)112頁以下がある。手嶋教授は、有識者の注意義務の水準が「最高の知識と技術」のように医療水準より高い水準が求められるとしたことに関して、「健康食品は医学的必要性があつて摂取するものではなく、健康改善の

健康食品クロレラ広告配布差止等請求事件

ために選択するものである以上、選択を助ける実質が必要で、その結果として限界が高められている」と指摘し、更に、「不十分な調査のもとに宣伝の権威づけにしかない内容の解説を行うことは、専門家の職務執行のあり様として不適切であることになる。」と述べられる。また、広告に芸能人などの有名人を起用した場合（体験談を寄せる場合も含めて）の法的責任（例えば、滝沢昌彦「詐欺的商法と広告出演者の責任」『消費者法判例百選』〔有斐閣・2010年〕32頁以下）や不当な広告を掲載した新聞社の法的責任（特に、山田卓生「不当広告と広告掲載新聞社の責任」『消費者法判例百選』〔有斐閣・2010年〕30頁以下）も併せて検討していく必要があるように思われる。