

アメリカ合衆国憲法修正第一条における営利的言論 の自由論

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2010-03-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 佐々木, 秀智 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7844

【論 説】

アメリカ合衆国憲法修正第一条における

営利的言論の自由論

佐々木 秀 智

目 次

- 一 はじめに
- 二 営利的言論の自由の法理の確立
- 三 営利的言論規制に関する合憲性判断基準の構築
- 四 営利的言論の修正第一条上の地位の実質的向上
- 五 おわりに

一 はじめに

25
アメリカ社会において広告 (advertising)、勧誘 (solicitation) 等の営利的言論 (commercial speech) が果たす役割及び効用は、きわめて大きい。このことは、アメリカ独立当時から指摘されているところであるが、¹⁾ 合衆国最高裁判

所は、薬剤師による処方薬の価格に関する広告の禁止の合憲性が問題となった、一九七六年の *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council* において、まず広告の社会的役割について次のように指摘している。⁽²⁾

「広告とは、時折、無意味かつ行き過ぎたものと感じられるにもかかわらず、当該製品を誰がどのような理由でもって、いくらで生産し、販売するのかに関する情報を発信する。我々が現在一般に行われている自由主義経済を維持するかぎり、全体的規模での資源配分は、多くの私的経済決定を通じて行われる。当該決定が全体として理性的に、かつ熟慮のうえでなされるということは、公共の利益の問題である。この限りでの営利的情報の自由な流通は、必要不可欠なものである。」

さらにダイレクトメール、電話勧誘等の勧誘の社会的役割については、たとえば公認会計士による個人勧誘を禁止する州法の合憲性が問題となった、一九九三年の *Edenfield v. Fane* において合衆国最高裁判所が、以下のように指摘している。⁽³⁾ すなわち他の多くの営利的言論と異なつて勧誘というものは、販売業者と購入者間の直接かつ自発的なコミュニケーションの余地を残している。販売業者は市場を啓蒙し、自らの商品又はサービスに関する需要を刺激することに強力な財務上のインセンティブを有しており、勧誘は、購入者のみが接触することを認められた場合よりも、販売業者と購入者の個人的な相互交流を増加させる。個人的な相互交流は、潜在的な購入者が当該商品又はサービスの提供者に会い、判断することを可能にし、両当事者が当該取引又は専門家との関係の望ましい形態について話し合い、交渉する余地を残している。勧誘はまた、販売業者が自らの商品に最も興味を持っていると確信するのに相当の理由がある消費者に対して、自らの提案を直接伝達することを可能にする。購入者の側になつても、ある商品を市場にある他の物と比較検討する際に、勧誘が詳細な説明を聞く機会を提供する。

以上の営利的言論の社会的役割、効用をふまえて、これらの営利的言論は、「連邦議会は、……言論又はプレスの内

由……を縮減する法律を制定してはならぬ」(Congress shall make no law…… abridging the freedom of speech, or of the press……)と規定するアメリカ合衆国憲法修正第一条の保障する言論・プレスの自由に含まれていると理解されるのが一般的である。このことについて合衆国最高裁判所は、*Edenfield*判決において、「商業市場は、我々の社会及び文化生活の他の領域と同様に、思想や情報が流れ込むフォーラムを提供する。その思想や情報には必要不可欠なものもあれば、とるにたらないものもある。しかし、提示された情報の価値を判断するのは発言者及び聴衆であつて政府ではない、というのが一般原則である。したがつて商取引の提案以上の意味がないコミュニケーションでさえ、修正第一条の対象となる資格を有する」と指摘している。⁽⁴⁾

その一方で修正第一条の保障する言論・プレスの自由は、アメリカ合衆国の民主主義政治体制の維持及び発展に必要不可欠なものとして位置づけられている。たとえば、*Louis D. Brandeis* (Louis D. Brandeis) 合衆国最高裁判所裁判官は、共産主義労働党の設立の支援等を処罰するカリフォルニア州の刑事サンディカリズム法 (*Criminal Syndicalism Act*) が修正第一条に違反するか否かが争われた、一九二七年の *Whitney v. California* での同意意見において、「アメリカの独立を勝ちとつた人々は、個人が自ら考え、考えた通りに発言する自由が、政治的真実の発見及び発展のために必要不可欠な手段であること、それは自由な言論及び集会での議論がなければ、無益なものとなること、これらが存在すれば、議論が有害な理論の発信を防ぐための適切な保護を日常的に提供すること、自由への最大の脅威は、無気力な人民であるということ、公の討論は政治的義務であること、そしてそれは、アメリカの政治の基本原理であることを確信していたのである」との見解を示している。⁽⁵⁾ このことをふまえて言論・プレスの自由は、合衆国最高裁判所によって、憲法上厚い保護を認められてきているのである。

以上から、すべての言論活動が修正第一条による保護を受けるとはかぎらなかつた。特に二〇世紀半ばまで、営利

的言論、名譽毀損的言論 (defamatory speech)、わいせつ表現 (sexual expression)、流神的表現 (profane)、けんか言葉 (fighting words) 等が、修正第一条の保護の対象外であるとの理解が一般的であつたのであり、合衆国最高裁判所もこの立場に基づいていた。⁽⁶⁾ ただ、これらの修正第一条の保護の対象外とされた表現類型は、もちろん、まったく保護されない領域は存在するものの、その後保護対象が拡大されることになつた。⁽⁷⁾

さらに修正第一条の保護の対象となるとしても、合衆国最高裁判所は、これらの言論について、對抗する政府利益の存在により、その規制の合憲性を認めることが多く、政治的言論よりも、これらの言論は事実上低い保護しか受けてこなかつた。⁽⁸⁾ そこでは、これらの言論が表現として価値が低いことを指摘する裁判官もあつた。しかしながら、その表現が低い価値しか有していないとか、逆に価値が高いと評価することは、法的にはきわめて困難であるのも事実である。その一方で、これらの言論が社会に対して重大な危害を与えることが多いということが一般に認識されている。そこで、その危害への法的対応が修正第一条に適合しているのか、またこれらの言論がどこまで規制されるのか問題となる。

これらの言論の中でこの問題が最も深刻なものとなつたのが、営利的言論である。前述のような営利的言論の社会的役割及び効用を考慮すれば、政治的言論よりも価値が低いとは一概には言えない。また、本稿で検討するように、意見広告という形態で政治的言論がなされた場合、区別が容易な場合もあれば、困難な場合もある。さらに極論すれば、本稿で検討するように、マスコミ等が営利企業の形態で運営されているならば、そこでなされる言論活動はすべて営利的言論ということにもなりかねない。その一方で営利的言論の中には、プライバシー侵害、消費者詐欺等の問題を生じさせる危険性が高いものも多く、何らかの規制の必要性が認識されている。このことから、なぜ営利的言論が修正第一条上保護されなければならないのか、また、その限界がどこにあるのかを検討されなければならないことが一

般に認識されている。

そこで本稿は、合衆国最高裁判所が営利的言論を合衆国憲法修正第一条上に位置づけてきたのかを検討する。これまでわが国においては、アメリカの憲法学説上あるいは理論上の議論を中心にこの問題の紹介を行ってきたが、⁽⁹⁾ そのもととなっている判例理論については十分な検討がなされてきたとはいえない。このことから本稿では、これらの議論の下となっている合衆国最高裁判所による理論構築のあり方を検討する。⁽¹⁰⁾

以上に加えて、アメリカにおいては、近時の情報通信技術の発達によって、様々な広告媒体が出現している。そのなかでは、迷惑な電話勧誘、迷惑な広告メール等が社会問題化し、法規制が実施されているものもある。このことはわが国においても議論されているところであり、アメリカの法規制のあり方が紹介されている。⁽¹¹⁾ ただ、アメリカにおけるこれらの規制は、営利的言論の自由に配慮した制度設計を行っており、さらにはこれらの規制が営利的言論の自由を不当に制約しているか否かが争点とされる訴訟が提起されるにいたっている。⁽¹²⁾ この点は、わが国の議論においてはあまり注目されていないところであり、営利的言論の自由の問題を無視したままでこれらの規制を紹介するのは、きわめて不十分な理解しかなされない。もちろん、これらの問題において営利的言論の自由がいかに考慮されているのかを具体的に検討する必要があるのであるが、それらの検討する前提作業として、営利的言論の自由論について整理・検討する必要性が高いのである。

注

- (1) 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 495-96 (1996).
- (2) *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748, 765(1976).
- (3) *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 766(1993).
- (4) *Id.* at 767.

- (5) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927).
- (6) けんか言葉規制が修正第一条に違反しないとされた一九四二年の *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572(1942) において合衆国最高裁判所は、「その抑止及び処罰がまったく憲法上の問題を生じさせないと考えられてきた、十分に定義され、制限的に限定された一定の言論の階層がある」との基本認識を示したうえで、それらに該当するものとして名譽毀損的言論、わいせつ表現、流弊的表現、けんか言葉等を例示し、「この種の発言は、思想の表出に関する何ら本質的部分ではなく、真実に優先にむけた一歩として低い価値しかなく、これらの発言から生じる何らの便益も、秩序と道徳に関する社会的利益に明白に優先される」と指摘している。同判決では言及されなかったが、本稿で検討するように営利的言論も当初このカテゴリーの中に入れられていた。
- (7) また、このようなカテゴリーの存在価値を肯定する場合もある。たとえば、人種差別に基づく犯罪、いわゆる「ハイト・クرائم」(hate crime) を規制する市条例が修正第一条に違反するとされた一九九二年の *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 383(1992) において合衆国最高裁判所は、「当裁判所の先例は、一九六〇年代以降、名譽毀損……及びわいせつ……に関して伝統的な範疇的除外の射程を限定してきたが、限定的な範疇的アプローチは、当裁判所の修正第一条に関する理論の重要な部分を占め続けている」と指摘している。
- (8) *See William Van Alstyne, A Graphic Review of the Free Speech Clause*, 70 CAL. L. REV. 107 (1982).
- (9) 理論面に関する詳細な検討を行っているものとして、やはり、橋本基弘「営利的言論法理の現在——合衆国最高裁判所における営利的言論法理の変容——」法学新報第一二二巻第一一・一二号(二〇〇六年)四五五頁参照。
- (10) 営利的言論の自由に関する議論状況について、*See, e.g., STEVEN G. BRODY, BRUCE H. JOHNSON, CAMERON P. DEVORE, ADVERTISING AND COMMERCIAL SPEECH: A FIRST AMENDMENT GUIDE* (2004).
- (11) 迷惑メール規制について、総務省 <<http://www.soumu.go.jp/index.html>> の「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」のページ <<http://www.soumu.go.jp/joho.tsusin/policyreports/chousa/mailken/index.html>> 参照(二〇〇七年一〇月二二日最終検査)。
- (12) *See, e.g., Mainstream Marketing Services, Inc. v. Federal Trade Commission*, 358 F.3d 1228 (10th Cir. 2004), cert denied, 543 U.S. 812(2004). 同判決について、拙稿「Mainstream Marketing Services, Inc. v. FTC, 358 F. 3d 1228 (10th Cir. 2004)——迷惑な商業テレマーケティングを規制する Do-Not-Call Registry は、プライバシー保護及び消費者保護を目的とするか?」を参照。

的とし、テレマーケティング業者の営利的表現の自由を必要以上に制約しない合理的な規制であり、合衆国憲法第一修正に違反しない。」「二〇〇六」アメリカ法三六五頁参照。

二 営利的言論の自由の法理の確立

(一) 営利的言論の自由保障の必要性の認識

営利的言論の修正第一条上の位置づけについて合衆国最高裁判所は、当初この種の言論が修正第一条の保障の対象となる言論に含まれないとの立場をとっていた。⁽¹⁾たとえば、潜水艦体験ショー業者がショー開催広告の配布を禁止されたことを受けて、表面に広告、裏面に政治的メッセージを印刷して配布し、街路上での広告配布を禁止するニューヨーク州法に基づいて起訴されたことの合憲性が問題となった、一九四二年の *Valentine v. Christensen* において合衆国最高裁判所は、「当裁判所は、街路が情報を伝達し、意見を発信する自由を行使するために適切な場所であること、並びに州及び自治体は公共の利益のためにその特権を適切に規制することができるが、これらの公共の街路において、その活動を不当に制約又は禁止することはできないことを議論の余地なく支持してきている。同時に当裁判所は、合衆国憲法が純粹に商業広告の場合にもこのような制約を政府に課していないことを明確にしている」と判示して、営利的言論が修正第一条の保障の対象たりえないとの立場を明確にしていた。⁽²⁾ そのうえで合衆国最高裁判所は、当該業者の活動が単なる「営利目的の事業に従事している」とし、「いかに、またいかなる範囲で街路において営利目的の事業を開始又は継続できるか、当該活動のいかなる範囲が公衆の利用者としての権利の侵害として規制されるべき

かは、立法府の判断事項である」としている。⁽³⁾

しかし、同判決以降、合衆国最高裁判所は、営利的言論と認定されれば、その言論規制の合憲性をまったく審査しないということはなく、営利的言論それ自体が修正第一条の保護を受けるとの立場を明確にしないけれども、何らかの公共の利益がその言論の中に存在していれば、修正第一条上の保護を認めている。⁽⁴⁾

ここで最も問題となったのが、広告の手法を用いて政治的又は社会的メッセージを発信する「意見広告」(editorial advertisement)をどのように位置づけるかである。このことについて新聞に掲載された黒人の地位向上運動に関する意見広告が不法行為法上の文書名誉毀損 (libel) に該当するとされ、当該新聞社に対して懲罰的損害賠償を含む高額な賠償責任が課されたことが修正第一条に違反するとされた、一九六四年の *New York Times Co. v. Sullivan* において合衆国最高裁判所は、「本件で掲載されたものは、*Valentine v. Chestensen* において用いられた言葉の意味での「営利」広告ではなかった。それは、情報を伝達し、意見を表明し、不満を述べ、主張されている権力濫用に抗議し、またその存在と目的が最高の公の興味と関心のある事項になっている運動のために財政的支援を求めたものであった」として問題となった意見広告が *Chestensen* 判決と区別されるとし、また広告掲載に対して *Times* 社が報酬を受けたということは、新聞や書籍が販売されているという事実と同様に重要ではないとしたうえで、意見広告が修正第一条の保護をうける根拠として次のように判示している。⁽⁵⁾

「他のいかなる結論も、このタイプの『意見広告』を掲載する新聞社の意欲を失わせ、したがって出版施設にアクセスできない人——プレス界の構成員でなくとも言論の自由の行使を望む者——による、情報と思想の宣伝の重要な出口を閉ざすことになりかねない……。その結果は、『多様かつ相対立する情報源からの情報の可能な限り広範な普及』を確保しようとする修正第一条の意図を妨げることになるであろう……。表現の自由にその種のハンディキャップを

課すことを回避するために、当裁判所は、文書名誉毀損的な記述であると主張されていることが、現在の判決から他の方法で憲法上保護されるのならば、それらが有料の広告という形式で掲載されたからといって、当該保護を失うものではないと判示する。」

また性別を明らかにしない求人広告欄を用いることを命じる条例の合憲性が問題となった、一九七三年の *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations* において合衆国最高裁判所は、「……*Chrestensen* 判決以降の諸判例は、言論が広告と関係しているとの事実のみによつて営利的とされないということを論証してきた」との認識を示している。⁽⁶⁾そして合衆国最高裁判所は、*Sullivan* 判決と比較しつつ、「新聞社の収益という動機が決定的に重要なものであるならば、その作業過程の全場面——ニュース記事の選別から社説の立場の選択まで——が、その作業が売り上げの増加を図るとの立場でもつて行われた場合、規制対象となりうる」として、営利性のみを判断基準とすることの問題点を指摘して、このような規制根拠は、明らかに修正第一条と相容れないとの立場を明確にしている。そのうえで合衆国最高裁判所は、問題となった広告について、「核心部分において、本件記録にある広告は、*Sullivan* 判決の広告よりも、*Chrestensen* 判決の広告に類似している」と評価し、その根拠として、社会政策の問題として、どの広告も一定の職業がいずれかの性の者で満たされなければならないか否かに関する立場を表明しておらず、またどの広告も、条例又は委員会の執行手続業務を批判していないこと、それぞれの広告は、雇用の可能性を提案しているに過ぎないことを指摘している。⁽⁷⁾以上をふまえて合衆国最高裁判所は、「通常の商業上の提案に関する広告によつて達成され、また規制を正当化する政府利益に優越するとされる修正第一条上の利益は、双方とも、当該営利活動そのものが違法なものである場合、また広告規制が経済活動に関する有効な制限に付随するものである場合には、存在しない」とし、性差別が違法な営利活動そのものであるとして、同条例による規制が修正第一条に違反しないとされている。⁽⁸⁾

さらに、墮胎に関する広告を処罰するヴァージニア州法の合憲性が問題となった、一九七五年の *Bigelow v. Virginia* において合衆国最高裁判所は、営利的言論と政治的言論の区別に関する判断基準を具体化している。⁽⁹⁾ 合衆国最高裁判所は、まず「原告の発行する新聞における特定の広告が商業的側面を有する、又は広告主の商業的利益を反映しているという事実が、すべての修正第一条の保障を否定しない」として、営利性の存在のみによって広告が修正第一条の保護対象から除外されないとの立場を確認している。そして合衆国最高裁判所は、その広告が販売又は勧誘に関するものであること、新聞社がその広告の掲載の対価の支払をうけたこと、原告又は広告主の動機が金銭的收入にあったことを理由とした規制は、修正第一条に違反するとし、「商業的活動の存在それ自体は、修正第一条によって確保される表現の保護を限定する根拠たりえない」との立場を明確にしている。⁽¹⁰⁾ そして合衆国最高裁判所は、本件と *Chrestensen* 判決との相違点として、*Chrestensen* 判決で問題となった条例が商業広告の配布方法に関する合理的な規制として合憲性が承認されていることをあげている。そのうえで合衆国最高裁判所は、*Chrestensen* 判決で問題となった条例が特定のビラの配布禁止の効果を生じさせることを前提として、同判決が営利的言論を規制するすべての法律が憲法上の問題を回避させる、あるいはより包括的に営利的言論がそれ自体として保護されないとの見解を正当化することはないとしている。⁽¹¹⁾

以上をふまえて合衆国最高裁判所は、本件で問題となった新聞広告について「……新聞に掲載された広告は、商業上の取引の単なる提案以上のものである。それは、明らかに「公共の利益」についての事実に関する題材を含むものであった」として修正第一条の保護対象となつてゐる。その根拠として合衆国最高裁判所は、「全体としてみて、当該広告は、潜在的に有益な情報を伝えており、多様な読者——提供されるサービスを必要としている読者だけでなく、当該問題又は他州の法制度及びその展開並びにヴァージニア州における法改革に漠然とした関心を有している又

はまさに利害関係を有している者にも——に伝達されるべき価値がある」と指摘している。⁽¹²⁾

また合衆国最高裁判所は、「他の公的表現と同様に広告は、正当な公共の利益に資するために、合理的な規制の対象となる……」として、非営利的言論と同様に保障の限界があることを指摘している。その際合衆国最高裁判所は、営利的活動との関係を考慮して修正第一条によつて保護される言論の価値が変化すると、従来の見解に対して、「営利活動が規制対象とされる限りで、言論とその活動の関係は、とりわけ問題となる公共の利益と修正第一条上の利益が衡量される際に考慮されるべき要素の一つとなる。したがつて広告は、修正第一条の保護を剥奪されることはない。物品又はサービスの市場と言論の関係は、その言論の思想の市場における価値を減じさせるものではない」として、営利性による言論の価値序列を行い、営利的言論の修正第一条上の地位を低くするのではなく、営利性が当該規制の合憲性判断における判断要素の一つとされるべきであるとしている。⁽¹³⁾ また公共の利益が存在する営利的言論規制の合憲性の判断基準として合衆国最高裁判所は、「当裁判所は、『州がラベルだけで憲法上の権利の存在を否定することはできない』と述べ続けてきた……。ヴァージニア州によつて主張される特定のラベルにかかわらず、裁判所は、問題となる修正第一条の利益の調査及び当該利益とその規制によつて達成されるとされる公共の利益との衡量という任務から逃れることはできない」として形式的な判断を否定して、利益衡量基準を採用している。⁽¹⁴⁾

(二) 合衆国憲法修正第一条による営利的言論の自由保障の確立

その後合衆国最高裁判所は、*Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council* において、公共の利益の有無を修正第一条による保護の要件から除外し、「営利的情報の自由な流通における特定の消費者の利益は、その日

の最も重要な政治に関する議論における利益より重要といわないまでも、それと同等に重要なものである」と営利的言論そのものが修正第一条の保障の対象となることを認めることとなった。⁽¹⁵⁾

そのなかで公共の利益の有無の要件に関して合衆国最高裁判所は、「……一つの又はその他の形式によつて広告料を支払うことによつて、言論活動を行うために金銭が消費されたことを理由として、当該言論が修正第一条上の保護を否定されないことは明らかである……。同様に言論は、営利目的で『販売』される形式で伝送される場合でさえ……。また購入若しくはその他の金銭の支払い又は寄付の勧誘を含む場合でさえ……。保護される」としたうえで、「……修正第一条上の保護が全くなされない一定の種類(16)の言論が存在するとするならば、それは、その内容によつて区別されなければならない」との立場を明らかにしている。そして合衆国最高裁判所は、修正第一条の保護対象となる言論について、「保護を否定されるべき内容の言論は、安易に商業に関する項目に関する言論であるとされぬ。薬剤師が、一般論として、処方薬の価格が規制されるべきか、又はその広告が禁止されるべきかの問題について、聴衆に聞かれることが禁止されるべきであるとは、誰も主張していない。また商業広告が編集を加えられていない単なる事実の告知だけであるとの考えを誰も支持していない。公共の利益に関する純粋な事実問題は、保護されてしかるべきである」として、公共の利益の有無の要件を放棄している。⁽¹⁷⁾

また合衆国最高裁判所は、処方薬の価格が低所得者層及び高齢者層の消費者にとつて重要なものであるから、この種の消費者が価格広告にとりわけ敏感になり、価格広告禁止がこの種の消費者に打撃を与えると指摘している。⁽¹⁸⁾ さらに合衆国最高裁判所は、「一般論として、社会もまた、営利的情報の自由な流通に強固な利益を有している。個々の広告において、ほとんど『営利的な』ものであったとしても、一般的な公共の利益性がある」とも指摘している。⁽¹⁹⁾ これらをおまえて合衆国最高裁判所は、前述の営利的言論の社会的価値について言及したうえで、「……また営利的情報の

自由な流通が、自由経済システムにおける適切な資源配分に必要不可欠であるならば、当該システムをいかに規制すべきか、又はいかに変更すべきかに関する理性的な意見形成にも必要不可欠なものとなる。……修正第一条は、本来民主主義における公的意識決定啓蒙の道具であると考えられるが、当裁判所は、営利的情報の自由な流通が当該目標に資さないということはできない」と指摘して、営利的言論が修正第一条の保障の対象となると結論づけている。⁽²⁰⁾

同時に合衆国最高裁判所は、本件で問題となった規制が、パターナリズムに基づく規制であつて修正第一条上否定されるべきものであり、それに代えて「当該情報そのものが有害ではないこと、人民が、十分な情報提供を受けて自らの最善の利益を判断できること、その目的を達成する最善の方法がコミュニケーションの余地を閉ざすことではなく、むしろそれを公開することであること」が確保された状況を実現すべきであるとしている。⁽²¹⁾そして、このような状況が実現されたならば、専門職である薬剤師が自らの製品が他のものより優れていること、低価格であること等をマーケティングすることができるとしている。合衆国最高裁判所はまた、これらは裁判所や議会が決定できるものではなく、修正第一条上、裁判所が可能なのは、情報を抑制することの危険性と当該情報が制約なく流布した際の誤用の危険性に関する選択であるとしている。さらに州も専門職としての薬剤師の行動基準を自由に定め、薬剤師を競争から保護し、助成金を交付すること等ができるが、「競合する薬剤師が提供するまったく合法的な事項について公衆が知らないままにしておくことによつて、保護することはできない」としたうえで、合衆国最高裁判所は、ヴァージニア州が提示した規制根拠は正当化されないと結論づけている。⁽²²⁾

しかし一方で、合衆国最高裁判所は、営利的言論とその他の言論に「常識的差異」(commonsense differences)が存在することを認め、「当該差異は、たとえ営利的言論が価値のないものであり、州による完全な禁止の対象となるとの結論を正当化するものではないとしても、しかしながら、程度の異なる保護が真実かつ合法的な営利的情報の流通が

損なわれることがないようにするために必要であることを示唆している」と指摘して、営利的言論の自由の保障の程度が非営利的言論の自由と同一のものではないことを明確にしている。⁽²³⁾ その際、営利的言論の特性として合衆国最高裁判所は、「営利的言論の真実性は、たとえばニュース報道若しくは政治論評よりも、その情報発信者によって容易に証明される。それは、通常広告主が自らの提供する特定の製品又はサービスに関する情報の発信を望んでおり、おそらく他の誰よりもそれらの情報を知っているからである。また営利的言論は、他のものより永続的である。広告は、商業上の収益に必要不可欠なことから、適切な規制によって萎縮したり、完全になくなったりする可能性はない」としている。⁽²⁴⁾ 以上をふまえて合衆国最高裁判所は、これらの営利的言論の真実性の証明の容易性、耐久性等といった特性によって、発言者を沈黙させないために不正確な言論に寛容になる必要性は低くなり、詐欺防止を目的とした文書若しくは追加情報、警告、否認声明書等を要求するのが適切なものとなり、事前抑制の禁止の例外となるとしている。

さらに新聞その他のメディアにおいて弁護士広告を掲載するのを禁止するアリゾナ州最高裁判所の弁護士倫理規則に基づいて同州弁護士会が、同規則に違反した弁護士を処分したことの合憲性が問題となった、一九七七年の *Rules v. State Bar of Arizona* において合衆国最高裁判所は、営利的言論の修正第一条上の位置づけに関して、発言者の自由及び聴衆の利益に加えて、「……営利的言論は、商品及びサービスの有用性、性能及び価格について公衆に情報提供を行うのに資しており、したがって自由な企業システムにおける資源分配において欠くことのできない役割を果たしている……。つまり、営利的言論は、十分に情報提供された信頼にたる政策決定の確保に関する個人的及び社会的利益に資している」と指摘している。⁽²⁵⁾

そして合衆国最高裁判所は、営利的言論規制の合憲性判断について、まず虚偽、詐欺的又は誤解誘導的な広告を規制しても修正第一条上の問題は生じないとしている。その理由として、「広告主は、自らの商品に関する知識を有して

おり、その情報発信に商業上の利益を有していることから、当裁判所は、真实性を確保するための規制が保護された言論を抑制するとは全く懸念していない……。また、真实性に関する厳格な要件が自発性を不当に抑制するとの何らかの懸念は、営利的言論が通常慎重に検討されたものであることから、適当でないと思われる。実際、⁽²⁶⁾営利的言論からの公的及び私的便益は、その正確性及び確実性に関する信頼から生じてくる」ことがあげられている。そのうえで、非営利的言論において認められてきた不正確又は誤解誘導的な表現に関する許容度は、営利的言論においてはあまり大きいものではないとされている。そして弁護士による勧誘に特殊な事情として合衆国最高裁判所は、「事実、公衆は、法的サービスについて高度な知識を欠いており、他の広告において見過ごされるか、あまり重要でないともなされる誤った説明は、法律に関する広告においてはきわめて不適切なものである」との認識を示している。この認識をふまえて合衆国最高裁判所は、「警告又は同様の表示等によって消費者が騙されないことを確実にするために、ここで判断されるものと類似の広告でさえも限定的な補完措置を要求される可能性を排除しない」として、詐欺的な広告とそうでない広告の間の境界線の確定の問題が解決されないままであることから、弁護士会が自由かつ正確な弁護士広告の流通を確実なものとするために果たしうる特別な役割を有していると結論づけている。⁽²⁷⁾

注

- (1) See Martin Redish, *The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression*, 39 GEO. WASH. L. REV. 429, 450 (1971).
- (2) *Valentine v. Christensen*, 316 U.S. 52, 54 (1942).
- (3) *Id.*
- (4) See Alex Kozinski & Stuart Banner, *The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech*, 71 TEX. L. REV. 747 (1993).
- (5) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 266 (1964).

三 営利的言論規制に関する合憲性判断基準の構築

1) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission* 合衆国最高裁判所判決

その後、電力会社による電力消費促進広告をカリフォルニア州公共事業委員会が禁止したことの合憲性が問題となった、一九八〇年の *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission* において合衆国最高裁判所が、営利的言論規制に関する合憲性判断基準を初めて明確に定式化した。

同判決において合衆国最高裁判所は、まず「修正第一条は、……営利的言論を不当な政府規制から保護している……。営利的表現は、発言者の経済的利益に資するだけでなく、消費者延いては社会の可能性が十分に十分な情報の発信に関する利益に資するものである」と述べて営利的言論が修正第一条の保護を受けるとの立場を再確認している。その際に合衆国最高裁判所は、*Virginia Pharmacy Board* 判決を引用しつつ、政府が営利的言論を抑制、規制する完全な権限を有しているとのパターンリズムに基づく規制を明確に否定し、*Bates* 判決を引用して、広告に不完全な情報しか含まれていなくても、まったく情報がなく、いづぶんかの正確な情報を重視するのが修正第一条の立場であると指摘している。また合衆国最高裁判所は、「……当裁判所の先例は、伝統的に政府規制の対象となる分野でなされる商取引を提案する言論と、その他のさまざまな言論の間に「常識的な」区別があることを認定してきた……」として *Virginia Pharmacy Board* 判決で提示された常識的差異論を踏襲し、「憲法は、営利的言論に対して、他の憲法

上保護される表現よりも薄い保護しか与えなかった……。特定の営利的表現に認められる保護は、当該表現及びその規制によって達成される政府利益双方の性質に依拠する」との見解を明らかにしている。⁽²⁾

以上をふまえて合衆国最高裁判所は、営利的言論規制の合憲性判断基準として、⁽³⁾①問題となった言論が合法的な活動に関するものであつて、誤解誘導的なものでないか否か、⁽⁴⁾②当該規制に関する政府利益が実質的なものか否か、⁽⁵⁾③当該規制がその政府利益を直接的に促進するか否か、⁽⁶⁾④当該規制がその政府利益を達成するために必要以上に広範なものでないか否か、との四基準を提示している。その際、合衆国最高裁判所は、この判断基準のそれぞれについて詳細な説明を行っている。⁽⁵⁾

①の基準について合衆国最高裁判所は、「営利的言論に対する修正第一条の関心は、広告の情報提供機能に基づいている……。その結果、合法的な活動について公衆に正確な情報提供を行わない営利的メッセージの削除に対して憲法上の異議はない。政府は、公衆に情報提供するよりも、公衆を騙す危険性が高いコミュニケーション方法、又は違法な活動に関係する営利的言論を禁止できる」と説明している。⁽⁶⁾さらに合衆国最高裁判所は、修正第一条が表現内容に基づく規制を一般的に禁止する中で、営利的言論の二つの性質が内容規制を認めるとしている。⁽⁷⁾第一に、営利的言論の発言者は、市場及び自らの製品に関して広範な知識を有しており、そこでは、当該発言者が自らのメッセージの正確性及びその基礎になっている活動の合法性について評価するのに適したところにいるとされている。そして第二に、経済的利己心の所産である営利的言論は、広範な規制によってとりわけ抑制されやすいものとはいえないことがあげられている。これらは、*Virginia Pharmacy Board* 判決で指摘された、真実性の証明の容易性、耐久性と同一のものであるといえる。

③の基準について合衆国最高裁判所は、*Virginia Pharmacy Board* 判決等を引用しつつ、「広告禁止が専門職の倫

理又は行動基準を保護するために課されえない」として、政府利益を間接的にしか促進しない規制の合憲性を支持するものに消極的であつたとして⁽⁸⁾。④の基準については、同基準が「修正第一条が言論規制は「限定的に画定された」ものでなければならぬと命じている」との認識を反映したものであるとして、「規制手法は、当該規制がその政府利益に資する限りにおいてのみ、策定されなければならない。州は、提示された州の利益に何らの危害も与えない言論を規制することはできず、またより限定的な言論規制がその利益に同じように資することができる場合、情報を完全に抑制できない」とされている。⁽⁹⁾

他方、同事件においては、ガス、電力事業者といった公共企業が、競争原理の機能しない市場において消費者の判断形成過程を向上させるような情報の提供を行わないことが一般的であるから、その独占的地位ゆえに、これらの事業者等の営利的言論規制が、他の言論形態よりも認められるようになるとの主張がなされていた。原審においてもこのことは支持されていたが、合衆国最高裁判所は、まず「独占的市场においてさえ、広告規制は、消費者に提供される情報を減じさせ、それによって修正第一条の目的も減じさせることとなる。……ほとんどの企業体——規制されている独占企業であつても——は、消費者にとつて全く利益のない又は無益な宣伝広告を行うことはありえない」として原審の判断を批判している。⁽¹⁰⁾ そのうえで「実際、独占企業は、合法的に自ら開発してきた新規サービス又は営業内容を公衆に情報提供したいと希望している。消費者は、独占的サービスを利用するか否か、あるいは自らが購入するサービスの価格に関して判断するための情報を必要としている」との立場を示し、広告に関する企業の判断を歪曲させる事実が存在しない場合、企業が自らの製品を宣伝したいとの意欲が当該広告に消費者が関心を持つていたとの確信に基づいているということ为前提とすることができるとして、本件において、判断を歪曲させるような事実が存在しておらず、独占的地位の存在によって営利的言論の修正第一条上の地位は変更されないと結論づけている。⁽¹¹⁾

以上をふまえて合衆国最高裁判所は、具体的な検討に着手している。まず②の基準の実質的な政府利益の有無について合衆国最高裁判所は、エネルギー保全及び公正かつ効率的な価格の維持が実質的な政府利益に該当するとして⁽¹²⁾いる。しかし、③の基準について合衆国最高裁判所は、まず公正かつ効率的な価格の維持と当該規制との関連性について、当該広告禁止と料金構造との関連性が、せいぜい薄弱なものしかなく、料金の公平性に関する消費促進広告の影響はきわめて憶測に過ぎないと認定して、料金の公正性と効率性に直接影響を与える他の要素が一定のままであるのに対して、オフ・ピーク消費の増加のための広告は、ピーク時の消費を必ず増加させることから、「このような条件つきで関係の薄い結末は、単独では……促進広告を沈黙させるのを正当化できない」と指摘して合理的なものではないと結論づけている⁽¹³⁾。一方、エネルギー保全に関しては、広告と電気需要の間には直接の関連性があり、*Central Hudson*社は、自らがその消費促進が売り上げを増加させない限り、広告禁止に反対しなかつたであろうとして、エネルギー保全の利益と規制の間に合理的関連性があるとされている⁽¹⁴⁾。

そして合衆国最高裁判所は、エネルギー保全と合理的関連性を有する当該規制が④の基準を満たしているかに関する検討を行っている。そこで注目されたのは、委員会の禁止命令がエネルギー利用すべてに関する促進広告を対象とするものであった点である。このことについて合衆国最高裁判所は、「……エネルギー保全という根拠は、それ自体重要なものであるが、全エネルギー利用の全体的な増加を生じさせない電気機器又はサービスに関する情報を規制することを正当化できない。加えて、促進広告の内容に関するより限定的な規制が当該州の利益に十分に資することができないとの証明がなされていない」として、委員会の命令が修正第一条に違反していると結論づけている⁽¹⁵⁾。

これらから合衆国最高裁判所は、そもそもの *Central Hudson* 判決基準としては、政府利益の具体化、規制をより限定化すべきとの立場をとっていたといえる。

(I) *Central Hudson* 判決基準の具体化

さらに、プエルトリコの合法カジノに関する広告規制の合憲性が問題となった。一九八六年の *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* において合衆国最高裁判所は、*Central Hudson* 判決基準の④の基準について、立法過程において「立法目的とその目的達成のために採用された規制手段との間の『関連性』に関する検討が原則として含まれている」として、議会による判断を尊重して合理的関連性の存在を推定するとの基本的立場を明確にし、「当裁判所は、議会の結論が合理的なものであると考え、また上告人がわざわざ最高裁判所まで訴訟を継続するのを選んだという事実が上告人が議会と認識を共有していることを示唆している」としている。⁽¹⁶⁾ そして同判決では、「立法目的と規制手段の間に、修正第一条上の問題に対処しうる十分な『関連性』があるならば、平等保護に関して適用される『合理性』審査と同一の『関連性』が、もちろん適切なものとなる」とされている。⁽¹⁷⁾

同判決において合衆国最高裁判所は、プエルトリコ住民のカジノ賭博需要の減少を実質的な政府利益として認定している。⁽¹⁸⁾ その際に政府側が、地域住民による行き過ぎたカジノ賭博が、道徳及び文化様式の崩壊、地域犯罪の増加、売春の増加、収賄の拡大及び組織犯罪の侵蝕等といったプエルトリコ住民の健康、安全及び福祉に深刻な害悪を与える主張したが、このことについて合衆国最高裁判所は、「もちろん、五〇州のうち圧倒的多数のカジノ賭博を禁止する州がまさにそれと同じ懸念のいくつかを有している。当裁判所は、自らの市民の健康、安全及び福祉に関するプエルトリコ議会の利益が『実質的な』政府利益となると結論づけることに何らの問題も見出すことはできない」と指摘して実質的な政府利益となると判示している。⁽¹⁹⁾

他方、同事件においては、賭博を推奨する営利的言論を抑制することよりも、それをやめさせるように仕向ける付加的な言論を普及させる、いわゆる「対抗言論」(counter speech)の方が、言論に制約を課すことなく政府利益を達成できるとの主張がなされたが、合衆国最高裁判所は、「当裁判所は、『対抗言論』政策が、広告規制と同じようにカジノ賭博需要を減少させることに効果を有するか否かを判断するのは、立法機関の責任であると考ええる。本件で実際に行ったように、議会は、プエルトリコの住民がすでにカジノ賭博の危険性について認識しているにもかかわらず、このような潜在的に有害な行為にひきつける広範に及ぶ広告によってそのかされると結論づけることができる」と指摘して、ここでも立法判断を尊重するとの立場に基づいて、対抗言論の妥当性を否定している。⁽²⁰⁾

また学生寮内での営利的勧誘を禁止した州立大学規則の合憲性が問題となった、一九八九年の *Board of trustees of State University of New York v. Fox* において合衆国最高裁判所は、まず同大学規則によって規制されるものが営利的言論か否かに関する判断において、慈善団体による資金調達の際に、過去十二ヶ月に集められた寄付金のうち実際に慈善活動に使われた割合についての説明文を提示すること等を義務付けたノース・カロライナ州法を修正第一条に違反するとした、一九八八年の *Riley v. National Federation of Blind* において合衆国最高裁判所が、当該説明文が単に営利的言論を強制しただけであるとの州の主張に対して、当該説明文が「他の完全に保護される言論と複雑に絡み合つて」おり、修正第一条の審査のレベルは、「当該言論全体としての性質及びそのうえでの強制された説明文の効果」に基づいて決定されなければならないとの判断を引用して、「もちろん営利的言論は、当該州法がそう要求していたことから、『複雑に絡み合つて』いた。それとは対照的に、本件の説明文の非営利的側面について、いかなる『複雑さ』も存在しない。何らの人定法も自然法も、家政学を教えないままの家庭用品の販売、又は家庭用品の販売なしの家政学の教授を不可能にしない。当該決定における何ものも、これらの非営利的メッセージに関する発言者

による情報伝達、あるいは聴衆による聴取を妨げないし、事物の本性における何ものも、非営利的メッセージが営利的メッセージに統合されるよう命じていない」としている。⁽²²⁾ そのうえで合衆国最高裁判所は、「……重要な公的問題に関する議論を含むとの事実にもかかわらず、営利的言論となりうる……。……商品と現在の社会一般の討論と関連付ける広告は、それをもって非営利的言論に与えられる憲法上の保護を受ける資格はない」として、本件で問題となった言論が営利的言論となると判断している。⁽²³⁾

そして合衆国最高裁判所は、*Central Hudson* 判決基準を適用するとしたが、そのうち③の基準について「当裁判所の先例は、営利的言論に関する政府規制は、その実質的利益に資するのに『必要な』範囲以上に幅広くかつ広範囲に行われてはならない」としている⁽²⁴⁾としたが、本件において最も問題とされたのが、「必要な」とはいかなる意味をもつのかということであった。この問題についてそれまで合衆国最高裁判所は立場を明確にしておらず、厳格に解釈すると、通常の言論内容規制に用いられる最も言論制約的でない規制手法 (*least-restrictive-means*) の要件が課されることとなり、それを示唆する判例も存在したが、その要件の緩和を示唆するものも存在した。⁽²⁴⁾ ただこのことは、傍論 (*dicta*) 部分で言及されているにすぎなかったことから、同判決において合衆国最高裁判所は、営利的言論に関して最も言論制約的でない規制手法の緩和との立場を明確にすることとなった。そこでは「当裁判所の先例は、『営利的言論は、修正第一条の価値の等級における下位の地位に応じた限定的な程度の保護を受ける』ものであり、『非営利的言論の分野においては許容されない規制のモード』の対象となることを強調してきた……。このような言明によって示唆される正当な規制根拠の範囲は、最も言論制約的でない規制手法の要件が課されるならば、誤解を招きやすいものとなり、州に重い責任を課することになる」という理由づけが行われている。⁽²⁵⁾

次に合衆国最高裁判所は、④の基準について、営利的情報の自由な流通が、有害なものから無害なものを区別する

コストを規制しようとする者に課すのを正当化するに十分なほど価値あるものでありつつ、「当裁判所は、規制しようとする者に当該区別が一〇〇%完璧なものであるとか、規制方法が望ましい目的を達成しうる最も制約的でないものであることを完全に論証する責任を課すことまではしてこなかった」との立場を明らかにしている。⁽²⁶⁾ そのうえで合衆国最高裁判所は、立法目的とその目的を達成するために採用された手段の間の「関連性」(FF)があることを要求し、その具体的内容として、当該関連性は必ずしも完全なものでなくとも合理的なものであること、すなわち必ずしも最善の処分である必要はなく、その手段が達成されるべき利益に比例する範囲内でなされるものであること、必ずしも最も制約的でない手段である必要はなく、望ましい目的を達成するために限定的に画定された手段が採用されていることをあげている。そして合衆国最高裁判所は、以上の範囲内で、政府の政策決定者に対していかなる規制手法が採用されるべきかの判断を委ね、政府の目的が実質的なものであること及びコストが慎重に計算されていることを要求し、さらに政府が当該規制を正当化する責任を負うことから、合理的関連性を積極的に証明しなければならない⁽²⁷⁾としている。

一方で合衆国最高裁判所は、社会・経済規制に関する合憲性判断の基準として用いられる合理性の基準 (Rational basis) を採用すべきでないことも明確にしている。このことについて合衆国最高裁判所は、営利的言論規制に関する合憲性判断基準が「……修正第一四条の平等保護の審査において用いられる『合理性の基準』とは極めて異なるのである……」と明言して、それぞれの基準の相違点をあげている。そこでは、まず合理性の基準は、その法律が、法外なコストがかかるか否かについて考慮することなく、合法的な政府目標を促進すると考えられれば十分であるのに対して、営利的言論規制の合憲性判断基準においては、政府目標が実質的であることを要求し、またそのコストは注意深く計算されなければならないことが要求されていること、さらに政府が営利的言論規制を正当化する責任を負い、政

府は合理的関連性を積極的に証明しなければならぬことがあげられている⁽²⁸⁾。また最も制約的でない規制手法の要件を課さないことによって、規制がその要求される目的以上に広範になる地点を正確に構築することの困難さが考慮され、立法機関及び執行機関に伝統的に政府規制の対象となつている領域、すなわち営利的言論において必要な規制の余地が存在するとも指摘されている⁽²⁹⁾。以上をふまえて合衆国最高裁判所は、「決して修正第一条の本質的な保護を損なうことはなく、当裁判所は、このような対処が修正第一条の保護を強化することになると考える。『営利的言論と非営利的言論を同一で対等な憲法上の保護を要求することは、均等化の過程によつて簡単に非営利的言論に関する修正第一条の保障の力の希薄化をもたらすことになる……』と結論づけている⁽³⁰⁾。

これらの判例によつて *Central Hudson* 判決基準に基づいた具体的な合憲性判断がなされることとなり、以上の合憲性判断基準の基本枠組みは現在まで変更されておらず、一九九〇年代初めまでの期間においては、営利的言論規制に寛容的な傾向があつた。

(三) 営利的言論の修正第一条上の地位に関する合衆国最高裁判所裁判官の見解の対立

Central Hudson 判決を中心とした一九八〇年代末までの一連の営利的言論に関する判例の中では、法廷意見と同時に、営利的言論の保護を限定すべきという見解と、営利的言論の保護を拡大すべきとの見解がそれぞれ少数意見として提示されている。前者の見解はレーンクイスト (William H. Rehnquist) 首席裁判官が主な提唱者であり、後者の見解はブラックマン (Harry A. Blackmun) 裁判官が主な提唱者である⁽³¹⁾。

レーンクイスト首席裁判官は当初 *Valentine* 判決に従つて、営利的言論が修正第一条上の保護の対象となることに

消極的な立場を示していた。たとえば、*Bates* 判決におけるレーンクイスト首席裁判官の反対意見は、「……この裁判所によって長い間公的 중요事項又は知的関心に関する表現のための聖域であると理解されてきた修正第一条による言論の保護が、物品及びサービスの広告を保護するために用いられることによって品位を汚される……」と指摘して、「……上告人の広告は、いかに真実又は合理的なものであるかに関わらず、その保護のために修正第一条が適用されるような種類の表現ではない……」との立場を明らかにしている。⁽³²⁾そしてレーンクイスト首席裁判官は、法廷意見に対して「*Virginia Pharmacy Board* 判決において当裁判所が『転落への道』(slippery slope)への第一歩を踏み出してから、広告分野における保護される言論と保護されない言論の合理的かつ有効な相違化の可能性が大幅に減じられた。*Valentine* 判決によって確立された修正第一条の保護からの営利的言論の除外が破棄されてからは、広告に関する修正第一条上の主張について事例ごとの判断への移行は予想できた結果であった」と批判している。⁽³³⁾その後レーンクイスト首席裁判官は営利的言論が修正第一条の保護の対象となりうるとの立場をとることとなったが、立法府の裁量を大幅に認める前述の *Posadas* 判決の法廷意見を執筆している。

一方、ブラックマン裁判官は、そもそも営利的言論が修正第一条上低い価値しか有しないとの見解を批判している。このことについて、たとえば *Posadas* 判決でのブラックマン裁判官の反対意見は、「……合法的な活動に関する正確な情報を消費者から遮断することを目的として、政府が営利的言論を抑制しようとする場合に、営利的言論が他のタイプの言論より低い保護が認められなければならないということに何らの合理性を見出すことはできない」として、言論価値の序列づけを否定している。そして、それまで合衆国最高裁判所が提示してきた営利的言論の真实性の証明の容易性、耐久性との特性が、詐欺又は脅迫から消費者を保護することを目的とした営利的言論の手法に関する規制に対するより許容的なアプローチを正当化し、またこれらの特性によって保護される言論の萎縮を防止するために設

計された法理が営利的言論に適用されない理由となるとの法廷意見に対して、「……営利的言論と他の種類の言論の間の何らの相違点も、本件のように政府が合法的な活動に関する真実の情報を市民から奪うことによって私人の活動を操作しようと試みる場合、営利的言論をより狭い範囲でしか保護しないことを正当化しない」と批判している⁽³⁴⁾。

他方、これらに関連してブラックマン裁判官は、*Central Hudson* 判決で執筆した補足意見において、「『営利的』言論に関するものであっても、この種の規制は、修正第一条の核心を攻撃する。というのも、その規制が、説得又は直接的な規制によつてではなく、自由な選択を行うために必要な情報を公衆から奪うことによる自州の市民の選択を州が操作するための密かな試みなのである。州の政策選択は、直接的な規制に必然的に伴う透明性や監視から隔離され、市民の行動が市民に提供するために政府が選んだ情報によつて左右される」とも指摘している⁽³⁵⁾。そしてブラックマン裁判官は、これを根拠として、政府が合法的な活動に関する誤解誘導的でない営利的言論を、その受領者が提供された情報に基づいて行動するのを恐れて規制するよう試みた場合、そのような規制は厳格な司法審査の対象となるべきであると主張している⁽³⁶⁾。

同時にブラックマン裁判官は、厳格審査基準ではなく、*Central Hudson* 判決基準のような一定程度緩和された審査基準を採用するにしても、*Posadas* 判決で問題となったカジノ広告規制は、修正第一条に違反するとしている。ここでは、法廷意見が議会の判断を尊重する立場を採用していることが問題視されており、「……法廷意見は、憲法上保護される表現を骨抜きにする前例のない権限を政府に与えて、営利的言論が十分な修正第一条上の保護を受けるに値するとの事実をまったく無視している」と批判している⁽³⁷⁾。そしてブラックマン裁判官は、*Central Hudson* 判決基準の②の基準について「政府が営利的言論に制約を課す場合、……そのような規制法を制定するために政府が有しているたであろう正当化根拠について安易に憶測することはできない。むしろ政府は、問題となった規制を正当化する責任

を最終的に負っており、促進しようとする利益が現実的かつ実質的なものであることを証明するのは政府の責務である」として、同基準を厳格化し、政府に厳格な証明責任を課すよう主張している。⁽³⁸⁾ そのうえでブラックマン裁判官は、③の基準について、「……広告禁止がカジノ賭博の常連である住民を効果的に減少させるということを前提としても、法廷意見がカジノ賭博と関連付ける『深刻な害悪の影響』をコントロールすることに関するプエルトリコの利益を、その広告禁止がどのように直接的に促進するかは、明確ではない。とりわけ、住民を対象としたカジノ広告の禁止が地域犯罪、売春、収賄の拡大及び組織犯罪の侵蝕に影響を与えるか否かは、不明確である」と指摘して、この証明を政府が果たしていないと結論づけている。⁽³⁹⁾ 次に④の基準についてブラックマン裁判官は、「政府が重要な利益を促進するために言論規制を試みる場合、……より侵害的でない規制手法によって政府利益が十分に保護されるか否かを判断するのは政府の責任ではない。むしろより限定的な規制手法がその利益を保護するのに十分ではないことを証明するのは政府の責任であり、この証明責任を政府が果たしたか否かを判断するのが裁判所である」との見解を示している。⁽⁴⁰⁾

以上のブラックマン裁判官の見解の前提として、修正第一条に関するブラックマン裁判官独自の理論が前提となっている。このことは *Posadas* 判決においても明確に示されている。ブラックマン裁判官は、自らの理論の前提として、合衆国最高裁判所が、修正第一条上、情報を規制する危険性と、その情報が自由に入手できる状態にある場合の誤用の危険性との選択を行う義務を明らかに有していること、アメリカの民主主義体制における人民は、衝突する諸議論の相対的な長短を審査し、評価する責任を委ねられていることをあげている。そのうえでブラックマン裁判官は、「修正第一条は、『自らが十分な情報提供を受けた場合にのみ、自らの最善の利益について理解するであろうし、この目的を達成するための最善の方法は、コミュニケーションのチャンネルの余地をなくすことではなく、確保しておくことである』ということ所与の条件としている……。人民が……情報……を評価できないという危険が存在するの

ならば、それは、修正第一条の起草者たちによって予測された危険である」との見解を示している。⁽⁴¹⁾

注

- (1) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557, 561-62(1980).
- (2) *Id.*
- (3) 初めは基準が離れていたのを証拠とする。See Stephen Schiff, *The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment*, 78 N. Y. U. L. REV. 1212, 1251 (1983).
- (4) 447U.S. at 566. See Joshua A. Marcus, Note, *Commercial Speech on the Internet: Spam and the First Amendment*, 16 *CARDOZ ARTS & ENT. L.J.* 245, 253 (1998).
- (5) 「の判断基準が定められた」の文は「この基準的な」の文。See Alex Kozinski & Stuart Banner, *Who's Afraid of Commercial Speech*, 76 *V. L. REV.* 627, 631 (1991).
- (6) 447U.S. at 564. n6.
- (7) *Id.*
- (8) *Id.* at 564-65.
- (9) *Id.*
- (10) *Id.* at 567.
- (11) *Id.* at 568.
- (12) *Id.* at 568-69.
- (13) *Id.*
- (14) *Id.*
- (15) *Id.* at 570.
- (16) *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.*, 478 U. S. 328, 341-42 (1986).
- (17) *Id.* at 344.
- (18) *Id.* at 341.
- (19) *Id.*

- (20) *Id.* at 344.
- (21) *Riley v. National Federation of Blind*, 487 U.S. 781, 796 (1988).
- (22) *Board of trustees of State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469, 474 (1989).
- (23) *Id.* at 475.
- (24) たゞえば *Central Hudson* 判決において合衆国最高裁判所は、「より限定的な営利的言論の制約でもってその政府利益に資する」ことができるのならば、「過度の制約は審査に耐えられぬ」と指摘している (447 U.S. at 504)。See, also *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*, 471 U.S. 626, 644 (1985)。一方、*Central Hudson* 判決基準が言論内容中立規制における判断基準に「実質的回答」を要求する。See *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522, 537 n.16 (1987)。
- (25) 492 U.S. at 477。また合衆国最高裁判所は、「言論内容中立規制の妥当性を審査する際——中核的な政治的言論が問題となつた場合においてさえ——に、最も制約的でない規制手法の要件を課すのを抑制してきた。当裁判所は、すべての制約的でない他の選択肢の排除を要求するとは解釈されてこなかつた基準である、実質的な政府利益に資するために「限定的に画定」されたものであるかぎり、その規制を支持した……。同様のことが、政治的見解に関する過度なものを含む、過度な行為の規制に關しても言える。州の重要又は実質的な利益に資するために「限定的に画定される」ことを要求する際、当裁判所は、そこに強制力のある選択肢がないことに固執するのではなく、当該規制が政府の合法的な利益を促進するのに必要な範囲以上に言論に重大な負担を課してはならないことを主張してきた」と指摘している (*Id.* at 477-78)。
- (26) *Id.* at 479.
- (27) *Id.*
- (28) *Id.* at 480-81.
- (29) *Id.*
- (30) *Id.*
- (31) レンクイスト、ブラックマン以外にも、たとえば *Central Hudson* 判決におけるステイブンス (John P. Stevens) 裁判官の反対意見 (478 U.S. at 359) のように、様々な見解が提示されてゐるが、() では省略する。
- (32) 433 U.S. at 404.
- (33) *Id.* at 405.

- (34) 478 U.S. at 350-51.
- (35) 447 U.S. at 574-75.
- (36) 478 U.S. at 351.
- (37) *Id.* at 352.
- (38) *Id.* at 355.
- (39) *Id.* at 355-56.
- (40) *Id.* at 357.
- (41) *Id.* at 358.

四 営利的言論の修正第一条上の地位の實質的向上

(一) *Central Hudson* 判決基準の混乱

しかし、一九九〇年代に入って、営利的言論の修正第一条上の地位、及び *Central Hudson* 判決基準の妥当性に疑問が提起されるようになり、合衆国最高裁判所の立場も流動的なものとなった。⁽¹⁾ ここでは特に営利的言論が他の言論と同じ修正第一条上の価値を有し、ただ営利的言論が「特有の危害」(unique harm)を有することから規制が正当化されるとの立場が有力となった。

たとえば、一般新聞紙とは別個に、交通安全及び景観維持を理由として、市が公道上に設置されたニューズラックでの商業出版物の頒布許可申請を拒否したことが修正第一条に違反するとされた、一九九三年の *City of Cincinnati*

v. *Discovery Network, Inc.* において合衆国最高裁判所は、「市は、営利的言論が非営利的言論よりも広範な政府規制の対象となる根拠として必要な、ニューズラックで配信される原告出版社の情報の規制によって防止される商業上の危害の防止に関する利益を主張してはいない」と指摘して、初めて営利的言論が生じさせる危害によってのみ規制が正当化されるとの立場を明らかにしている。⁽²⁾ さらに合衆国最高裁判所は、「商業上の危害防止に関する利益は、同一の出版物に営利的言論と非営利的言論が混在している場合においてさえ、非営利的言論よりも強い営利的言論規制を根拠づける。その一方、情報及び思想の自由な流通の保護に関する利益は、当該表現が商業上の文脈においてなされる場合においても考慮される」と指摘して、商業上の危害と、情報・思想の自由な流通の二つの利益の衡量が重要な判断要素となるとしている。⁽³⁾ 合衆国最高裁判所はまた、*Central Hudson* 判決基準の③及び④の基準に関して、*For* 判決に依拠して、「……当裁判所は、営利的言論規制を審査するために『最も制約的でない規制手段』テストを用いることを拒否してきた一方で、また単なる合理性審査基準も拒否してきた。規制が無条件に設定された目的を達成する最も厳格でないものである必要はないが、明らかに営利的言論の規制により負担をかけない選択肢が多数存在するならば、目的と手段の関連性が合理的か否かに関する判断において確実に類似の検討がなされる」との従来の基本的立場が提示されている。⁽⁴⁾

一九九三年の *Edenfield v. Fane* においても合衆国最高裁判所は、「我々の社会及び文化生活におけるものと同様に、商業市場は、思想と情報で満たされるフォーラムを提供する。きわめて重要な思想及び情報もあれば、僅かな価値しか有しないものもある。しかし、提供された情報の価値を判断するのは、発話者及び聴衆であつて政府ではない、というのが基本原則である」との見解を示して、商取引上の提案でしかないコミュニケーション⁽⁵⁾ であっても営利的言論の一部として保護されることを再確認している。⁽⁵⁾ そして、その例外として合衆国最高裁判所は、「……営利的言論は、

それが目的とする商業上のとりきめと「解けないほどに関係づけられた」(linked inextricably)ものであり、それゆえにその基礎にある取引を規制する州の利益は、表現そのものに付随的な利益を犠牲にする」ことを理由として、営利的言論の規制が正当化されるとし、実質的な政府利益を促進し、合理的な方法で画定された規制であれば、修正第一条に違反しないと判示している。⁽⁶⁾ そのうえで同判決では、*Central Hudson* 判決基準の③の基準に関して、まず営利的言論規制の承認を求める当事者がそれを正当化する責任を負うとの従来の立場を再確認している。そのうえで合衆国最高裁判所は、その具体的内容として「この責任は、単なる憶測又は推論によって満たされるものではなく、むしろ営利的言論規制を維持しようとする政府機関は、当該言論が生じさせる危害が現実的なものであり、実際その規制がかなりの程度その危害を緩和させることを証明しなければならない」として、明確かつ現実的な危害の提示、規制の効率性についての証明責任を政府に課している。⁽⁷⁾

一方、従来どおりの *Central Hudson* 判決基準を支持するものとして、放送における懸賞広告を規制する連邦法の合憲性を支持した、一九九三年の *United States v. Edge Broadcasting Co.* において合衆国最高裁判所は、「当裁判所が下してきた諸判決は、伝統的に政府規制の対象となる範囲でなされる商取引を提案する言論と、他の一連の言論との間に「常識的な」差異を認定してきた。したがって憲法は、営利的言論に対して他の憲法上保護される言論よりも低い保護しか与えていない」として常識的差異論を前提とし、特有の危害まで要求するとは明言していない。⁽⁸⁾ そして *Central Hudson* 判決基準の③、④の判断基準について合衆国最高裁判所は、表現内容中立規制に関する基準を採用し、その理由として「……時間、場所又は方法に関する規制の妥当性は、営利的言論の文脈において適用されるのときわめて類似した基準でもって判断され、またそれは完全に保護される言論に適用されるものより厳正な基準を営利的言論に適用することが修正第一条の階位における営利的言論の低い階位と矛盾しない」ことをあげている。⁽⁹⁾

(I) *Central Hudson* 判決基準の厳格化

さらに九〇年代半ば以降合衆国最高裁判所は、現在まで *Central Hudson* 判決基準の③、④の判断基準を厳格に運用する傾向にあり、結果として営利的言論の修正第一条上の地位を實質的に向上させており、合憲判決が下されたのは一件のみである。⁽¹⁰⁾

たとえば、ビールのラベルにアルコール成分の表示を禁止する連邦法の合憲性が問題となった、一九九五年の *Rubin v. Coors Brewing Co.* において合衆国最高裁判所は、「*Edge Broadcasting* 判決」、*Posadas* 判決、*Central Hudson* 判決基準に関する例外を策定するよう命じていない。と、この「両判決において当裁判所は、*Central Hudson* 判決基準を適用しているのである」として、両判決が *Central Hudson* 判決基準を緩和させていないとの認識を示している。⁽¹¹⁾ そのうえで③の基準に関して、*Edenfield* 判決に依拠して實質的な政府利益を直接かつ相当程度促進することに関する単なる憶測又は推論でない現実的な証拠の提示を要求し、④の基準に関しては、*Discovery Network* 判決に依拠して言論規制に関する合理的かつ明白な代替措置を検討しなければならないとしている。⁽¹²⁾ また問題となった営利的言論規制は、個別に独立してではなく、規制の全体枠組みの文脈において評価されなければならないとし、問題となった連邦法に基づく規制が「政府の規制枠組み全体としての非合理性」を有していることを理由として修正第一条に違反しているとしている。⁽¹³⁾

さらに、アルコール飲料の価格に関する広告を禁止するロードアイランド州法の合憲性が問題となった、一九九六年の *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island* において合衆国最高裁判所は、後述のように、営利的言論の自由論に

関して法廷意見を形成できなかったが、営利的言論の地位の向上を主張する立場、営利的言論の地位の向上とはいわないまでも、*Central Hudson* 判決基準の厳格化を主張する立場が多数派となったことから、同州法が修正第一条に違反すると判示している。⁽¹⁴⁾

それに対して、唯一の合憲判断が下されたのが、事故又は災害発生後三〇日間、被害者及びその家族を対象を特定した勧誘ダイレクトメールを弁護士が送付することを禁止するフロリダ州弁護士会倫理規則の合憲性が問題となった、一九九五年の *Florida Bar v. Went For It, Inc.* である。⁽¹⁵⁾ ただ同判決においても合衆国最高裁判所は、*Central Hudson* 判決基準に依拠し、同基準を厳格化した先例を前提としている。とりわけ③の基準に関して州が問題となった規制が直接かつ実質的な方法で政府利益を促進することを論証しなければならぬとされ、その責任は単なる憶測又は推論によつては満たされず、政府は当該営利的言論が生じさせる危害が現実的なものであり、当該規制が実際にその危害をかなりの程度緩和させることを証明しなければならぬとされている。⁽¹⁶⁾ しかし、その際合衆国最高裁判所は、「いずれにせよ……、うんざりするほどの予備情報によつて作成された数値データが、当裁判所に提出されるよう要求すると先例を解釈することはできない」として政府に対して厳格な証明責任を課さないとの立場を明らかにしている。そして合衆国最高裁判所は、「実際にも、他の修正第一条の文脈において当裁判所は、訴訟当事者がそれぞれの場面に関連する調査及び逸話すべてに言及することによつて言論規制を正当化するのを認め……、あるいは、背景事実、世論ないしは「単なる常識」のみに基づいて規制を認めてきた……。州が問題となった規制を根拠づける何らの証拠又は逸話も提示しなかった事例である *Eulenfeld* 判決においても、「これ以上のことは要求されていない」としたうえで、事故発生直後の状況でのダイレクトメール勧誘の禁止が、明確で非現実的でない危害を対象としていると結論づけている。⁽¹⁷⁾

同時にここで合衆国最高裁判所はまた、「専門職による言論は、明らかに多くの側面を有している。当裁判所が、公的問題及び法的説明が必要な事項についての弁護士による言論に、わが国の憲法が提供する最大の保護を認めている」として弁護士という専門職の言論を尊重しつつも、「……本件は、純粹な営利広告に関するものであり、当裁判所が通常修正第一条の下で相対的に低い保護しか認めていないものである。とりわけ州が資格を付与する弁護士の水準及びその行動は、伝統的に州による広範な規制の対象とされてきたことから、当裁判所が州の規制に関する審査を、修正第一条の枠組みの中の『二次的位置』に相応しいレベルに限定することはより一層適切である」として、営利的言論が低い地位にあると明言し、専門職の倫理の維持の観点からの規制を正当化している。⁽¹⁸⁾

その後、カジノ広告放送を規制する連邦法を修正第一条に違反するとした、一九九九年の *Greater New Orleans Broadcasting Association, Inc. v. United States* において合衆国最高裁判所は、*Central Hudson* 判決基準の③の基準について、その規制が「提示された政府利益を直接かつ相当程度促進」しなければならず、非効率的又は間接的なものでない場合は合憲性が支持されず、その際に政府は、「問題の行為によって生じる害悪が現実的なものであり、実際問題、当該規制がその害悪をかかなりの程度緩和させることを証明」しなければならぬ⁽¹⁹⁾としている。また④の基準については、最も制約的でない手段であることまでは要求されないが、その規制対象が達成されるべき政府利益に比例するものでなければならず、その間に合理的な関連性があることが必要であるとされている⁽²⁰⁾。そして、全体として当該規制が、その規制によって言論に課される負担に関連するコストと便益を慎重に計算されたものでなければならぬとされている⁽²¹⁾。また合衆国最高裁判所は、政府目的のために非効率的又は間接的な根拠づけしか提示されない場合、又は当該規制が政府目的を促進することがほとんどない場合には、合憲性が認められぬ⁽²²⁾としている。

タバコ製品の広告及び販売を規制するマサチューセッツ州法を修正第一条に違反するとした、二〇〇一年の *Lorillard*

Tobacco Co. v. Reilly において合衆国最高裁判所は *Central Hudson* 判決基準を維持するとの立場を明らかにして、同基準の位置づけについて、「伝統的に政府規制の対象とされる領域において行われる商取引を提案する言論と他の種類の言論の間の区別」を認識しつつ……、当裁判所は、時、場所及び方法に関する規制の合憲性判断テストと「著しく類似」(substantially similar)する営利的言論規制に関する分析枠組みを構築してきた」との認識を示している。⁽²³⁾

しかしながら、③の基準について合衆国最高裁判所は、この基準が州の利益の根底にある危害とその利益を促進するために、州によって採用された規制方法との関係を対象とすとしたうえで、*Greater New Orleans* 判決を引用して、当該規制がその政府利益を直接かつ実質的に促進しなければならず、政府は単なる憶測だけではなく、当該営利的言論から生じる危害が現実的なものであり、現に当該規制が相当程度その危害を減少させることを証明しなければならぬとして厳格化された基準を用いている。⁽²⁴⁾

次に④の基準について合衆国最高裁判所は、それが③の基準を補完するものであり、その政府利益を達成するために必要以上のものでないかが審査されるとし、ここでは最も制約的でない規制手法でなければならぬというわけではなく、合理的関連性があればよいとし、その関連性とは目的を達成するために限定的に画定されたものでなければならぬとしている。⁽²⁵⁾

ただ合衆国最高裁判所は、④の基準での考慮要素として、「言論規制のコストに関する慎重な評価は、州による合法的な言論の利益への侵害がないということではなく、言論規制が発言者の商取引の提案能力を不当に侵害しないことを証明しなければならないことを意味する」と指摘して、政府の証明責任を一定程度厳格化している。⁽²⁶⁾

さらに調合薬の広告及び勧誘を禁止した連邦法の合憲性が問題となった、二〇〇二年の *Thompson v. Western States Medical Center* においても合衆国最高裁判所は、*Central Hudson* 判決基準に依拠することを明確にして⁽²⁷⁾る。そこで④の基準に関して合衆国最高裁判所は、「*Central Hudson* 判決の最後の基準に関する先例において当裁判

所は、政府が言論を制限しない又はより制限しない方法でその利益を達成できる場合、政府はそうしなければならぬということ（28）を明確にしてきた」としている。さらに合衆国最高裁判所は、「修正第一条に何らかの意味があるとすれば、言論を規制することは最後の——最初ではない——手段でなければならぬということである」として営利的言論の自由を可能な限り保護すべきとの立場を示し、問題となった連邦法が言論規制を第一に考えているとして、同法が修正第一条に違反していると判示している。（29）

(三) 営利的言論の合衆国憲法修正第一条上の地位に関する合衆国最高裁判所裁判官の見解の対立

以上の諸判例の一般的傾向として、*Central Hudson* 判決基準の基本的枠組みを大枠で維持し、③及び④の基準を厳格化しているといえるが、より詳しくみると、*44 Liquormart* 判決で明らかにされたような、(a) 営利的言論の修正第一条上の地位向上を主張する立場、(b) 営利的言論の地位向上には消極的であるが、*Central Hudson* 判決基準の厳格化を主張する立場、(c) *Central Hudson* 判決基準を *Posadas* 判決のように緩やかに理解する立場の三つが対立している。（30）

(a) の立場の有力な提唱者として、トーマス (Clarence Thomas) 裁判官がいる。（31）トーマス裁判官は、*44 Liquormart* 判決で執筆した一部同意意見において、「私は、『営利的』言論が『非営利的』言論よりも『価値が低い』との主張に関する理論的又は歴史的根拠を見出すことはできない……」と指摘している。（32）また、*Central Hudson* 判決において提示された営利的言論規制の根拠論について、「これらの根拠づけが真に『営利的』言論を他の言論とは別に取り扱うことができる（あるいは、実際、明確な区別がなされるのか否かの）程度に関しては、議論の余地がある……。」と

にかく、これらの根拠づけが、商業的又は政治的市場における市民の選択を操作する手段として政府が、市民を無知のままにしておくことを認める何らの根拠も提示していない」として、バターナリズムに基づく営利的言論規制が消費者を無知のままにするものであることを強調しており、この観点からの規制において提示される政府利益は、それ自体で不法なものであるとして⁽³³⁾。そして「私の見解では、*Central Hudson* 判決基準は、——知っているとの価値と無知の価値という——裁判所に対して比較できないものを衡量し、矛盾する前提——十分な情報提供を受けた成人が自らの利益の最善の判断者であるということ、そうではないということ——を適用するよう求めている」と批判し、非営利的言論の規制において正当化される政府利益以外のもので、営利的言論を規制することはできないとしている。⁽³⁴⁾ また *Posadas* 判決の問題点については、後述の(b)の立場の指摘を支持している。

(b)の立場の有力な提唱者として、ステイブンス裁判官がいる。ステイブンス裁判官は、*44 Liquormart* 判決で相対多数意見を執筆しており、第IV部(ケネディ(Anthony M. Kennedy)、ギンズバーク(Ruth B. Ginsburg) 裁判官同調)において、まず「広告は、わが国の歴史全般にわたって、我々の文化の一部となってきた。独立以前においてさえ、公衆は、市場に関する必要不可欠な情報のために『営利的言論』に依存していた」と営利的言論の重要性を指摘している。⁽³⁵⁾ そのうえでステイブンス裁判官は、「当裁判所の判例法の検討によって、ロードアイランド州が、すべての営利的言論規制が同一のカテゴリーの表現を対象としているとの単純な理由から、同一の合憲性審査基準の対象となるとの過ちを犯していることが明らかになる。商取引を提案するメッセージが含まれているとの単なる事実それ自体、当該メッセージを規制するとの決定に適用されるべき憲法上の審査基準を決定づけるものではない……」として、営利的言論とされれば、定型的に低い地位におかれるべきではないとしている。⁽³⁶⁾

そしてステイブンス裁判官は、州が誤解誘導的、虚偽的又は威迫的セールズ活動からの消費者の保護を目的とし

て営利的言論を規制したり、有益な消費者情報の開示を命じたりする場合、その規制の目的は、営利的言論に与えられる憲法上の保護に関する根拠と一致しており、したがって合憲性判断基準の緩和が正当化されるとしている。と同時にステイブンス裁判官は、「州が、公正な売買交渉過程の維持と無関係な理由でもって真実の誤解誘導的でない営利的メッセージの発信を包括的に禁止する場合、修正第一条が一般的に要求する厳格な審査から離れることに全く理由がない」としており、規制根拠によつて営利的言論規制の合憲性判断基準を二分化すべきとの見解を打ち出している。⁽³⁷⁾

またステイブンス裁判官は、「真実で誤解誘導的でない営利的言論の完全な規制の根拠となる特有の危害は、営利的言論と非営利的言論の間に存在する『常識的差異』に依拠することによつて言い抜けることはできない……」として、従来の規制根拠論を批判している。そのうえで、「なぜ営利的言論が非営利的言論以上に政府規制の対象となるかに関する典型的根拠」を提示するのが、『商業上の危害』からの消費者保護に関する州の利益である」として、特有の危害論を一般論として支持している。⁽³⁸⁾ しかしながらステイブンス裁判官は、「真実で誤解誘導的でない営利的言論を対象とする禁止は、当該危害から消費者を保護することはめつたにない。その代わり、当該禁止は、言論規制なしに実施可能な『背景的な政府方針』の障害となることにのみ資することがしばしばである」との認識を示して、誤解誘導的でない営利的言論を禁止することによつて、消費者の選択が制約されるだけでなく、公共政策の重要論点に関する議論まで制約されるとの懸念を示している。⁽³⁹⁾ そのうえでステイブンス裁判官は、真実で誤解誘導的でない営利的言論の禁止が虚偽又は行き過ぎのいずれかからの消費者保護を目的としているのは稀であり、当該規制は、公衆が真実に對して非理性的に対応するという無思慮な前提のみに基づいてると指摘して、「修正第一条は、政府が自ら善と考えるものに関して、人民が無知なままにされておかれることを目的とする規制にとりわけ懷疑的にならなければならぬと我々に対して命じている。この教えは、消費者が選択した商品に関する正確な情報を消費者から奪おうとの

州の試みにも等しく適用される」と主張している。⁽⁴⁰⁾

他方、スティーブンス裁判官は、相対多数意見第VI部（ケネディ、トーマス、ギンズバーク裁判官同調）において、*Posadas* 判決が間違った前提に基づいたものであると批判している。まずスティーブンス裁判官は、「カジノ広告の禁止は、公衆がギャンブルに関する情報を入手したら、ギャンブルをしてみたいと思うようになってしまふとの恐れから、公衆それぞれを真実の誤解誘導的でない言論から遠ざけることを目的とするものである。その結果広告禁止は、より直接的で、かつ言論内容中立的規制においてなされる、公衆の監視から、州の反ギャンブル政策を庇うのに役立つ」と指摘している。⁽⁴¹⁾次にスティーブンス裁判官は、この種の営利的言論規制に対して合衆国最高裁判所がその合憲性について懐疑的な立場をとっていたことを前提に、「*Posadas* 判決がより言論制約的でない規制を選択しなかったことが立法裁量であると結論づけたことが明らかに間違いであったとして、「」の点に関する *Posadas* 判決の法廷意見は、言論内容中立的規制手法をとりうる場合に、真実かつ誤解誘導的でない広告の規制が問題となった本件と類似の広範な規制を無効とした連続と続く先例と一致させることはできない……。」と *Posadas* 判決が先例に従っていないと指摘している。⁽⁴²⁾そしてスティーブンス裁判官は、その理由として① *Posadas* 判決が五対四という僅差の票決であったこと、②この種の規制が憲法問題を生じさせ、憲法について合衆国最高裁判所が最終解释权者であることあげて、真実の誤解誘導的でない情報をバターナリズムの観点から規制することを目的として規制する場合、立法裁量を広範に認めることはできないと結論づけている。

(c)の立場については、オコナー (Sandra Day O'Connor) 裁判官が執筆した一部同意意見（レンクイスト首席裁判官、スータ (David H. Souter) 及びブレイヤ (Stephen G. Breyer) 裁判官同調) において、「ロードアイランド州の規制が、*Central Hudson* 判決において定立されたより厳格でない基準さえも満たさないことから、ここで営利

的言論規制の評価に関する新たな審査手法の実用化は必要ない」との立場がとられている。⁽⁴³⁾

その際オコナー裁判官は、「*Posadas* 判決が、何の審査もなしに、当該規制が州の利益を促進し、また当該利益に資するために必要以上に広範なものではないとのプエルトリコの主張を合理的なものであると認めたことはたしかである」と述べて、*Posadas* 判決について他の立場が指摘する問題点を認めている。⁽⁴⁴⁾しかし、オコナー裁判官は、「……*Posadas* 判決以降、当裁判所は、当該言論規制が修正第一条上の合憲性判断基準を満たしていると認める前に、州が主張した利益及びそれを促進するために実施される言論規制をより厳重に審査してきている。これらの先例において当裁判所は、州による規制に関して提示されたうわべだけの正当化根拠を認めることに消極的であり、主張された目的とそれを達成するために用いられた言論規制の間の関連性を慎重に審査した」として、*Posadas* 判決が立法府に対して広範な裁量を認めるきっかけを与えたとの他の立場からの批判に反論している。⁽⁴⁵⁾そのうえでオコナー裁判官は、「*Posadas* 判決以降、当裁判所が要求してきた詳細な審査は、州に当該言論規制が直接その利益を達成し、また限定的に画定されていることを証明するよう要求することで、*Central Hudson* 判決において定立された審査方法の目的により合致している」と、*Posadas* 判決を肯定している。⁽⁴⁶⁾

注

- (1) ハロウズ檢討トモのハロウズ、*See, e.g., Howard K. Jernichowitz, Note, Tobacco Advertisements and Commercial Speech Balancing: A Potential Cancer to Truthful, Nonsmoking Advertisements of Lawful Products*, 82 CORNELL L. REV. 432, 447 (1997); Scott D. Matthews, Note, *Will NASCAR Have to Put on the Brakes?: The Constitutionality of the FDA's Ban on Brand-Name Tobacco Sponsorship in Motor Sports*, 31 IND. L. REV. 219, 237 (1998).
- (2) *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 426 (1993).
- (3) *Id.* at 426 n.21.
- (4) *Id.* at 417 n.13.

- (5) 507 U.S. at 767.
- (6) *Id.*
- (7) *Id.* at 770-71.
- (8) *United States v. Edge Broadcasting Co.*, 509 U.S. 418, 426 (1993).
- (9) *Id.* at 430.
- (10) また、農産物の販売促進広告の費用負担等が言論の自由を侵害するかどうか問題となった事例において、営利的言論の自由の観点からの検討がなされることがあるが、これらの事例においては営利的言論ではなく、強制言論 (compelled speech) が主な争点とされるのが一般的であることからも、本稿では検討しない。See, e.g., *Glickman v. Wileman bros. & Elliott*, 521 U.S. 457 (1997); *United States v. United Foods, Inc.* 533 U.S. 405(2001).
- (11) *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476, 482 n.2 (1995).
- (12) *Id.* at 487.
- (13) *Id.* at 488.
- (14) *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).
- (15) *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S. 618(1995).
- (16) *Id.* at 625-26.
- (17) *Id.* at 628.
- (18) *Id.* at 635.
- (19) *Greater New Orleans Broadcasting Association, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173, 188 (1999).
- (20) *Id.*
- (21) *Id.*
- (22) *Id.* at 193.
- (23) *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525, 553 (2001). また同時に合衆国最高裁判所は、「裁判所の構成員の中には、*Central Hudson* 判決基準及び特定の事案への適用の可否に疑念を表明する者もいる」としつつも、「新たな根拠を提示する必要はない」としている。*Id.* at 554.
- (24) *Id.* at 555. ただし、それと同時に *Went For It* 判決も引用され、厳密な数値データのみを要求しないとされている。

五 おわりに

以上の合衆国最高裁判所による合衆国憲法修正第一条における営利的言論の自由に関する理論構築の過程を検討することによって、次の点が明らかになる。

第一に、言論の自由の射程が政治的言論のみから営利的言論にまで拡大したのは、消費者への情報提供の価値等が注目されるようになったからである。⁽¹⁾消費者としては、これらの情報が多様かつ自由に流通することに、政治的言論と同等の利益を有しており、このことが修正第一条による保障に値するものとされたといえる。⁽²⁾

第二に、営利的言論が修正第一条の保障の対象となるとされても、合衆国最高裁判所は当初、修正第一条と民主主義的政治プロセスの維持の観点から、政治的言論と営利的言論との間に「常識的差異」の存在を認め、営利的言論が政治的言論よりも価値が低く、営利的言論規制の合憲性判断基準を緩和していた。そこでは、営利的言論の真実性の証明の容易性、耐久性等といった特性が根拠とされていた。

しかしながら、一九九〇年代半ば以降、営利的言論の価値が低いという立場に対する批判が有力となり、政治的言論と営利的言論の間の「常識的差異」論はあまり支持されなくなった。それに代わって有力になってきたのが、営利的言論の「特有の危害」論である。この立場は、政治的言論と営利的言論それぞれの価値の高低を評価するのは国民であり、裁判所が法的に評価することはほぼ不可能であるとする。そしてそれぞれの営利的言論によって、消費者詐欺、プライバシー侵害等の問題が生じる現実的危険性、すなわち「特有の危害」が客観的に認められる場合に、その規制が正当化されている。このことは、規制根拠を明確かつ客観的に提示するよう要求することによって、営利的言

論の修正第一条上の地位を實質的に向上させているといえる。⁽³⁾

ただ、そこでは営利的言論に対して政治的言論と全く同一の保護を認めようとする立場が一般の支持を得るにはいっていない。であるから、近時の合衆国最高裁判例においても、同一の保護を認めようとする立場による法廷意見の形成は成功していない。同一の保護を認めようとする立場以外に合衆国最高裁判所裁判官の中では、従来の言論の自由と民主主義的政治プロセスの維持を重視し、営利的言論の修正第一条上の地位を低く理解する立場と、従来の営利的言論の地位及び *Central Hudson* 判決基準を維持し、その厳格化を試みる立場が対立している。⁽⁴⁾ これらの立場が対立していることから、政府側が厳格化された *Central Hudson* 判決基準を充足することができなかった場合、同判決基準の厳格化を主張する立場と政治的言論と同一の保護を認める立場によって、当該規制が修正第一条に違反するとの判決が下されるが、逆に政府によって厳格化された *Central Hudson* 判決基準が充足された場合、当該規制が政治的言論の自由規制においてはその合憲性が認められないものであっても、合憲性が承認されているのである。

第三に、以上のように営利的言論の修正第一条上の地位が實質的に向上した原因である営利的言論規制の合憲性判断基準の厳格化について、以下のことが指摘できる。*Central Hudson* 判決基準が、その採用以降基本的に維持されているが、その具体的内容、特に③当該規制がその政府利益を直接的に促進するか否か、④当該利益がその政府利益を達成するために必要以上に広範なものでないか否かの基準のそれぞれは、一九八〇年代のものと現在のものとは、著しく異なっている。これらの基準は、政治的言論規制であれば最も言論制約的でない規制手法が採用されているか否かが審査されることになるが、八〇年代においては、それが平等保護 (equal protection) 条項と同じ合理性の基準と同じ意味であるとされ、緩和されていた。しかしながら、九〇年代半ば以降には、政治的言論ほどではないにしろ、合憲性判断基準の厳格化がなされている。

ここで違いが顕著になるのが、営利的言論規制の合憲性の証明責任である。合理性の基準であれば、立法府の判断が尊重され、その規制の合憲性が推定されることになっていたが、厳格化されたことによって、議会及び政府に対して厳格な証明責任を課すこととなっている。まず③の基準に関しては、政府がその営利的言論によって生じる危害が単なる憶測に基づくものではなく、現実的なものであることを証明しなければならず、それに対処することを目的とした規制がその危害をかかなりの程度緩和させていることを証明しなければならないとされている。次に④の基準に関しては、言論の規制が最後の手段でなければならないというのが修正第一条の前提であるとされ、政府は、その規制対象が政府利益に比例するものであり、これらの間に合理的関連性が存在することを証明しなければならないとされている。そこでは、全体としてその規制が言論に課す負担に関連するコストと便益を慎重に計算しなければならないとされている。また、その際に政府が非効率的な又は間接的なものしか証明できなかった場合等には、合憲性は認められないとされている。

このように *Central Hudson* 判決基準の厳格化によって、特に③及び④の基準において、その営利的言論によって生じる危害が個別具体的に、かつ詳細に検討されることとなった。その結果、分野別の検討が必要となっている。そこで、以上の営利的言論の自由に関する基本枠組みをふまえて、専門職による個別勧誘、迷惑な広告メールの規制と修正第一条の問題等の個別具体的な検討がなされなければならない。これらについては、別途検討していきたい。

注

- (1) なお、本稿で検討したように虚偽又は違法な営利的言論は、修正第一条の保護の対象とはならない。ただ、営利的言論が修正第一条の保護の対象となるとの立場を明確にしてから、これまで合衆国最高裁判所がこの点について言及したものは存在しないとされている。本稿でも言及した、一九七三年の *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations* のみが、営利的言論が修正第一条の保護の対象となるとされる以前に、性差別禁止を目的とする条例に基づいて違法とされた

広告であつて、当該規制が修正第一条に違反しないとした。唯一の判例であるとされている。以上については、See ERWIN CHERMERINSKY CONSTITUTIONAL LAW 1264-65(2d ed. 2005). See also Jason Kessler, *First Amendment Protection for False Commercial Speech by a Publisher Regarding the Truthfulness of Its Publication: A Response to Litigation Arising over James Frey's a Million Little Pieces*, 24 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1219 (2007).

(2) See Alex Kozinski & Stuart Banner, *The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech*, 71 TEX. L. REV. 747 (1993).

(3) このことについて、ステイブンス裁判官のように、特有の危害の存在が営利的言論と政治的言論を区別する根拠となると理解される場合がある。

(4) 二〇〇六年に、営利的言論の問題について自らの立場を積極的に提示してきたレーンクイスト首席裁判官とオコナー裁判官が合衆国最高裁判所を去り、新たな裁判官が任命されたことから、営利的言論の自由の問題があらためて注目されるであろう。