

## 表示広告をめぐる消費者被害の現状について

### — 広告と法に関する問題の外延整理の覚書

佐賀大学教授(NPO 法人佐賀消費者フォーラム理事長) 岩本 諭

#### はじめに 一本講演の目的

広告(商業広告)という事業活動の手法は多種多様なものがあり、したがって広告をめぐる問題領域も広範に亘る。日本の広告に関する法規には、独禁法、景品表示法、不正競争防止法といった一般法による規制に加えて、個別事業法による法規律が存在し、さらに事業者団体による自主規制も行われている。その一方、学会においては、広告に特化した一般法の必要性も議論されている。

本講演は、広告に対する法規律の問題について、経済法・消費者法の立場、消費者教育の立場、適格消費者団体に関わる立場からの関心事を整理するものである。

#### 1. 「表示・広告をめぐる消費者被害」とは何か ー 広告問題の多面性

##### (1) 広告・広告問題とは何か

##### ① 広告とは何か

- ・ 情報としての広告 ～ ブランド(商品名・企業名)情報、強調的・断片的情報
- ・ 販促手法としての広告 ～ テレビCM、新聞折り込みチラシ、車内広告、インターネット広告、イメージ広告、有名人出演広告、一定時間枠の多頻度広告、オープン懸賞広告、サブリミナル広告(インプリンティング効果)、番組とのタイアップ広告(アニメ)、商品宣伝番組、行動ターゲティング広告、ステルス型、ミス・クリック誘発型、クチコミ、仮想市場モール、etc.

##### ② 広告/広告問題に対する法(行政)の目線と消費者の目線のギャップ

・ 広告に関する一般的定義が不在の中で、広告=申込みの誘引と捉える見方<sup>1</sup>、広告=表示としての捉え方と、広告=顧客誘引または勧誘(行為)としての捉え方がある。もっとも、表示が顧客誘引の一形態・手段であるとする見方も定着(特に、経済法の領域において)していることからすれば、これらの見方の境界線も曖昧である。

・ 他方、消費者にとっての広告又は広告問題についての意識は、さらに多様である。大括りでいえば、“広告の質”、“広告の量”、“広告の態様”の問題と見ることもできる。かかる問題特性を有する広告を「申込みの誘引」、「表示」、「行為」として捉える理解で、どこまで実質的に対応できるか。

・ また、消費者が、広告に対し何らかの疑念を抱き、あるいは広告によって何らかの被害を受けた場合、誰を相手方と見極め対応すべきかが、必ずしも明々白々ではない。

<sup>1</sup> 広告と意思表示の関係について、河上正二「広告・表示と情報提供」法学セミナー9月号(2016年)120頁を参照されたい。

(2) 表示・広告による「消費者被害」ー狭義の消費者被害と一般消費者の利益の侵害

- ①申込みの誘引⇔顧客の意思表示(承諾)による契約成立から生じる被害
- ②虚偽、誇大な表示・広告による商品又は役務の提供という「行為」が行われていることが消費者被害(一般消費者の利益の侵害)

※②の事例(主に景品表示法違反事件)として、豊田商事事件、ココ山岡事件、旅行代理店白夜ツアー事件、九州ミシン広告事件、学習塾・英会話学校・予備校等の合格者水増し事件、百貨店タラバガニ事件、スーパー牛肉事件、九州・牛乳事件、久留米名産品事件、特養ホーム事件、弁護士法人事件、痩身効果等の健康食品事件など

(3) 小括 ー法としての「広告」規律の視点・捉え方

- ①契約法アプローチ ー申込みの誘引、但し、×「勧誘に際して」<sup>2</sup>
- ②事業者の行為規制アプローチ ー顧客誘引行為、その典型としての表示行為

## 2. 日本における広告規制の複層化

(1) 法制度の沿革 (制定順)

- ・不正競争防止法(昭和9年、平成5年全改)
- ・独占禁止法(昭和22年、経済憲法) ー不公正な取引方法2条9項6号ハ(不当な顧客誘引) ー一般指定8項「欺まんの顧客誘引」
- ・景品表示法(昭和37年、表示の憲法) ー独禁法の特例法(昭和37年ー平成21年)、独禁法との関係切断(平成21年ー)
- ・訪問販売法(昭和51年) ー特定商取引法(平成12年、法律名称変更)
- ・消費者契約法(平成12年)

(2) 民事規律と行政規制

①民事規律

- ・不正競争防止法における差止(事業者による差止請求) ※事業者ー事業者(B2B)
- ・消費者契約法4条

②行政規制(消極規制/事後規制)

- ・独占禁止法、景品表示法、特定商取引法など

③行政規制(積極規制/事前規制)

- ・食品表示法、家庭用品品質表示法、薬機法など

④その他の業法(職能団体関係)

- ・弁護士法、医療法など

---

<sup>2</sup> 「サンクロレラ事件」大阪高判平成28・2・25。河上正二・法学セミナー・121頁は、消費者契約法4条「勧誘に際して」に広告表示を含まないとする消費者庁の解釈の問題点を指摘している。

#### ④事業者団体による自主規制

- ・公正競争規約制度（景品表示法 31 条）に基づく自主基準
- ・その他の自主基準 放送倫理など

#### (3)景品表示法と独占禁止法の関係

##### ①平成 21 年移管前 ～景品表示法は独占禁止法の「特例」法としての位置付け

※にせ牛缶事件(昭和 35 年)を契機として、独占禁止法の不公正な取引方法(旧・一般指定 6「不当な顧客誘引」)では実効性ある不当表示規制が困難であるとして、景品表示法が制定された。厳格な一般法－特別法の関係ではないが、法運用上、事業者－消費者(B2C)の不当表示については景品表示法が優先適用されてきた。

##### ②平成 21 年消費者庁への移管後 ～ 上記「特例」の関係は切断

- ・景品表示法 1 条の目的規定の修正
- ・不当表示、不当景品・懸賞類の規制基準(違法要件)の修正
- ・消費者庁担当官の立場「改正後の景品表示法の実体規制(過大な景品類の提供および不当表示規制)の範囲に実質上変更はない。」<sup>3</sup>
- ・上記の立法担当者の方見方については、「理論的位置づけないし法体系の捉え方として景表法を独禁法から切り離すかどうかは、なお検討の余地があるとも思われ」とする考え方が示されている<sup>4</sup>。←法律上は切り離されたが、運用上で（従前との）一体性を担保する曖昧性に対する問題の指摘といえる。

### 3. 景品表示法における広告規制－「表示としての広告」に対する規制

#### (1)景品表示法の目的(1 条)

**「この法律は、商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれのある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的とする。」**

#### (2)表示の定義(2 条 4 項)

**「この法律において「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のこれらの取引に関する事項について行う**広告**その他の表示であって、内閣総理大臣が指定するものをいう。」**(網掛けは筆者挿入。)

#### (3)不当表示の禁止(5 条)

<sup>3</sup> 片桐一幸編著『景品表示法〔第 3 版〕』28 頁、伊従寛=矢部丈太郎編『広告表示規制法』65 頁以下など。

<sup>4</sup> 根岸哲=舟田正之『独占禁止法〔第 5 版〕』222 頁。なお、岩本「経済法と広告規制」現代消費者法 32 号(2016 年 9 月刊行予定)は、この点について考察している。

**「事業者は、自己の供給する商品又は役務の取引について、次の各号のいずれかに該当する表示を**  
**してはならない。**(下線は筆者挿入。以下、条文省略)

1号 優良誤認 2号 有利誤認 3号 指定告示」

(4) 不当表示に対するエンフォースメント

① 措置命令(消費者庁…7条1項、都道府県知事…33条11項)

及び「不実証広告規制」(7条2項) ※いわゆる「優良誤認不当表示の見なし規定」<sup>5</sup>

② 課徴金納付命令(8条)、返金措置の実施による減額等(10条)

(5) 景品表示法の法適用・解釈上の論点

- ・ 表示規制＝表示行為規制
- ・ 表示行為とは何か／表示行為者とは誰か

※「ベイクルーズ事件」(東京高判平成20・5・23)

「一般消費者の信頼を保護するためには、「表示内容の決定に関与した事業者」が法4条1項の「事業者」(不当表示を行った者)に当たるものと解すべきであり、そして、「表示内容の決定に関与した事業者」とは、「自ら若しくは他の者と共同して積極的に表示の内容を決定した事業者」のみならず、「他の者の表示内容に関する説明に基づきその内容を定めた事業者」や「他の事業者にその決定を委ねた事業者」も含まれるものと解するのが相当である。そして、上記の「他の者の表示内容に関する説明に基づきその内容を定めた事業者」とは、他の事業者が決定したあるいは決定する表示内容についてその事業者から説明を受けてこれを了承しその表示を自己の表示とすることを了承した事業者をいい、また、上記の「他の事業者にその決定を委ねた事業者」とは、自己が表示内容を決定することができるにもかかわらず他の事業者に表示内容の決定を任せた事業者をいうものと解せられる。」<sup>6</sup>(点線は筆者挿入。)

- ・ この判決は、適格消費者団体による不当表示を行った事業者に対する差止請求を行う際の「事業者」を判断する際の重要な手がかりとなる。
- ・ 楽天事案(仮想市場モールの出店事業者の不当表示につき、モール運営事業者の責任はどこまで問えるか、については、上記「ベイクルーズ判決」が参考になる。)

#### 4. 独占禁止法と広告規制

(1) 独占禁止法の目的(1条)

**「この法律は、…公正且つ自由な競争を促進し、…以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」**

- ・ 制定時は、日本で唯一の競争法であり消費者法であった。

<sup>5</sup> この見なし規定は、適格消費者団体には認められていない。

<sup>6</sup> 中川寛子・経済法判例百選・270頁。岩本・ジュリスト1387号170頁など。

## (2) 「顧客誘引行為としての広告」規制

・表示・広告規制は、独占禁止法の4本柱(私的独占の禁止、カルテル禁止、不公正な取引方法の禁止、M&A規制)のうち、不公正な取引方法(2条9項…定義、19条…禁止規定)の適用対象

・不公正な取引方法の定義「不当な顧客誘引」(2条9項6号ハ)を個別具体化した一般指定8項「欺まんの顧客誘引」

**「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、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること。」**(網掛け筆者)

・「不当に」=公正競争阻害性(公正な競争を阻害するおそれ)

この不当性(違法性)は、一般に競争手段の不公正さ(=能率競争の侵害)と説明される。

・「顧客に誤認させる」行為は、「誤認される表示・広告をする行為」だけでなく、「表示・広告を通じて誤認させる行為」として広く捉える解釈が可能<sup>7</sup>。

・不当な顧客誘引が適用された事例として、マルチ商法の不当誘引案件である「ホリディマジック事件」(公取委勧告審決昭和50・6・13)がある。この翌年に「訪問販売法」(現在の特定商取引法の前身)が制定され、それ以降は独占禁止法の適用事例はない。

## (3) 一般指定8項の立ち位置

・景品表示法は事業者-消費者(B2C)、独占禁止法はB2B、B2Cの双方射程。景品表示法の移管前も現在も、B2Cの表示・広告は景品表示法、B2Bの場合は独占禁止法、という運用上の棲み分けがあると説明されることが少なくない一方、基本書の多くが一般指定8項はB2Cも当然に適用対象とする。この棲み分けを肯定する立場からは、一般指定8項不要論が主張されている<sup>8</sup>。

・「法律上特例ではないが、運用上は変更ない」とする前記・考え方を肯定しても、景品表示法の適用から漏れる、又は同法が対象としない表示・広告の問題に対して、独占禁止法(一般指定8項)によってカバーする役割・機能がある。

・広告・表示を含む欺まんの行為(独禁法と景表法の関係不在、景表法の目的、違法要件の改正により、広告・表示に対して、独禁法と景表法の双方適用は理論上可能。※少数説)

## (4) 「力の濫用行為としての広告」規制

・かつては、B2Cに対して、不公正な取引方法の一つである「優越的地位の濫用」による規制が検討されていた時期があった<sup>9</sup>。近似の優越的地位の濫用ガイドラインはB2C適用の

---

<sup>7</sup> 景品表示法5条2号の有利誤認の禁止規定では「一般消費者に誤認される表示」と規定されている。

<sup>8</sup> 村上正博編「条解独占禁止法」215、218頁、2014年。

<sup>9</sup> 森貴=中園裕子『「消費者政策の積極的な推進に向けて-消費者取引問題研究会報告書一」の概要』公正取引627号53頁以下。

可能性は触れられていない。

・事業者－消費者の間の力の格差（市場力、情報力、交渉力の格差）を所与とすれば、広告問題に対する優越的地位の濫用の適用可能性は排除されないと思われる。

## 5. 民事請求の対象としての広告

### (1)適格消費者団体を原告とする差止請求

- ・景品表示法に基づく差止請求は優良誤認と有利誤認を対象(5条3号を除く)<sup>10</sup>。
- ・その他、特定商取引法の「誇大広告等の禁止」(12条、36条、43条、54条)が差止対象
- ・広告が消費者契約法の「勧誘」(4条1～3項)に該当する場合には、差止対象となる。しかしながら、「サンクロレラ事件」高裁判決は、この点を否定(第一審判決と異なる)<sup>11</sup>。

### (2)消費者を原告とする差止請求

- ・景品表示法上は、独禁法の「特例」であった時代から現行法まで明文規定はない。
- ・広告・表示による誘引を独禁法の不公正な取引方法(欺まんの顧客誘引)として構成すれば、独禁法24条の「差止請求」の利用が可能となる<sup>12</sup>。

### (3)損害賠償請求

- ・表示・広告事案は、集団的被害回復のための民事裁判の特例法の対象外
- ・景品表示法が独禁法の「特例」でなくなったことに伴い、改正以前には可能であった(連動していた)独禁法25条「無過失損害賠償請求訴訟制度」の活用はできなくなった。
- ・但し、不当広告・表示を独禁法の不公正な取引方法(欺まんの顧客誘引)として構成すれば、当然に25条請求は可能となる。
- ・基本的には、不法行為責任として構成した損害賠償請求による。景品表示法に基づく確定した措置命令、または独占禁止法(不公正な取引方法)違反の確定した排除措置命令があれば、不法行為の存在の立証負担は裁判上軽減されることが予想される。
- ・民訴法の選定当事者制度(30条)により、価格カルテル損害賠償請求訴訟の事例がある<sup>13</sup>。

### (4)イメージ広告(特に有名人出演広告)に対する民事請求

- ・過去の判例(東京地判平成6・7・25<sup>14</sup>、東京高判平成13・8・29など)は、事業者の違法行為につき広告出演者が知らなかったことにつき落ち度がないとして損害賠償責任を否定し

---

<sup>10</sup> なお、佐賀消費者フォーラムの適格消費者団体認定前の申入れ事例として、ビールメーカーの「発泡性リキュール」CM(女性タレントが「私にはビールです」と発言)に対する件がある(景品表示法の優良誤認に該当するおそれの指摘)。

<sup>11</sup> 鶴瀬恵子「サンクロレラ事件解説」公正取引8月号(2016年)83頁

<sup>12</sup> 金井=川濱=泉水『独占禁止法〔第5版〕』552頁

<sup>13</sup> 「石油価格協定損害賠償請求事件(鶴岡灯油訴訟)」最判元・12・8(1653名の消費者)

<sup>14</sup> 判時1509号31頁

ている。

・広告出演者が広告商品名や企業名をアピールするにとどまる広告、出演者本人の商品使用の発言、対談によって商品を推奨している広告では、前者より後者の方が顧客誘引効果は大きいと思われる<sup>15</sup>。後者の場合には、消費者が当該有名人の発言や対談(「驚くほどヤセられたんです」)がなければ当該商品を購入しなかった旨を主張する場合には、当該有名人も名宛人となりうるのではないか。

## 6. おわりにー広告と消費者

### (1)憲法と広告規律

・憲法の人権規定の関係については、

①営業活動の自由(事業者の権利←憲法 22 条/29 条)、②表現の自由(基本的人権)との関係が指摘される。判例としては、②について「あん摩師はり師きゅう師及び柔道整復師法違反事件」(最高裁昭和 36・2・15)がある。

・営利広告(に対する規制)については、①経済活動の自由であるとしつつ、広告内容や態様を具体的考慮しながら保障の程度を考えるべきとする立場と、②表現の自由の一形態として捉え、より制限的でない他の規制手段の立証テストを要するとする立場がある<sup>16</sup>。

・憲法における「消費者」及び「消費者の権利」の視点が欠如しているため、広告規律、さらには広告一般法規をめぐる議論の展開に際して、①または②の自由権の枠組みでの検討に収斂せざるを得ない現状にある。「消費者の権利」については、生存権説、幸福追求権説、新たな人権説などがあるが、この点の議論と関心は一般的には極めて薄い。

・①の営業活動の自由と広告については、事業者の「広告力」が市場の競争に対して及ぼす影響、その結果として一般消費者の利益に対して及ぼす影響に対する規制の在り方を議論する際に問題となろう<sup>17</sup>。

### (2)子どもを対象とする広告に関する考え方の検討の意義

・いわゆる適合性原則の問題、判断能力不十分者、高齢者等の事例(投資や購入勧誘など)<sup>18</sup>

・「子どもは消費者か(子どもの消費者性)」をめぐる考察は喫緊の課題。

・EU・ドイツでは、1970年代からの議論と立法例の蓄積がある。2005年のEU「不公正取引指令」では、脆弱な消費者(vulnerable consumer)の典型例として「子ども」を挙げしており、また子どもとその親への購入働きかけ行為を「攻撃的取引方法」としている<sup>19</sup>。

---

<sup>15</sup> 最近のタレントの商品使用・対談の広告例として、「株式会社全日本通販に対する景品表示法に基づく措置命令(平成 27・5・22)」。

<sup>16</sup> 憲法判例百選①[第 6 版]事例 59(橋本基弘・執筆)

<sup>17</sup> 正田彬『消費者の権利 [新版]』岩波新書 115 頁は、広告の質と量が企業の経済力や資本力と密接な関係にあることから、「公正な競争」の観点から一定の規制を必要とする。

<sup>18</sup> 河上正二・前掲・法学セミナー 129 頁

<sup>19</sup> 岩本「脆弱な消費者ー子どもを対象とする顧客誘引に対する規制のあり方をめぐる競争

・近時(2014年)の「Rule of Magic 事件」

※ドイツ最高裁(BGH)判決 ドイツ国内で提供されたインターネットゲーム (Rule of Magic) のゲームサイト内で、ゲームの進行に連れて、「Du」とする呼びかけ表現を用い、またゲームのキャラクターを育てて、キャラクターにより強い武器の購入を、通常子どもが用いる俗語によって働きかけたことが、ドイツの消費者団体(訴訟原告)によって問題とされ、ドイツ最高裁は、同ゲーム提供事業者(被告)によるゲーム内広告は、ブラックリスト 28 号の「子どもに対する直接の購入の働きかけ」に該当し、したがって不正競争防止法(UWG)が禁止する「攻撃的取引方法」に当たり違法であると判示した<sup>20</sup>。

・独占禁止法、景品表示法の保護法益「一般消費者の利益」は、子ども、高齢者等の消費者の多様性について、どこまで考慮する余地があるか。

### (3)消費者教育と広告

・平成 24 年制定の消費者教育推進法を受けて閣議決定された「消費者教育の推進に関する基本的な方針」(平成 25 年 6 月 28 日)は、「高度情報化社会における情報や通信技術の重要性を理解し、情報の収集・発信により消費生活の向上に役立てることができる力」、「情報、メディアを批判的に吟味して適切な行動をとるとともに、個人情報管理や知的財産保護等、様々な情報を読み解く力を身に付け、活用できる力」を「消費者教育が育むべき力」としている。

・「消費者教育の基本的方針で重視されている情報・メディアを消費生活に活かし、またこれらを批判的に吟味する力を修得するためには、現在に至る日本の広告の問題の所在を確認し、問題点を抽出作業が先立って行われ、「あるべき広告」について議論と思考がなされることが必要である。」<sup>21</sup>

・(不当)表示としての広告という捉え方に加えて、広告に関する一般的秩序ないし理念が明確に示されないかぎり、消費者教育の中での広告の立ち位置が定まらない懸念がある。

---

法的考察」(科学研究助成金・基盤研究C課題番号 24530061)」。岩本「脆弱な消費者—子どもと法的視座」(日本消費者教育学会編『九州における消費者教育 30 年の歩み』花書房)187 頁、2015 年 3 月。

<sup>20</sup> GRUR 3/2013、298 頁以下(確定判決前の本件最高裁判決)。同事件の評釈として、David Jahn/Christoph Palzer、*Werbung gegenüber Kindern – “Dus” and Don’ts*、GRUR 4/2014、332 頁以下がある。

<sup>21</sup> 岩本「子どもに対する広告規制の理念と展開」日本消費者教育学会『消費者教育〔第 35 冊〕』2015 年 9 月(中部日本教育文化会)35 頁。